הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · נתיבות המשפט, ביאורים

נתיבות המשפט, ביאורים על שולחן ערוך חושן משפט

רבי יעקב לורברבוים מליסא

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

נתיבות המשפט, ביאורים על שולחן ערוך חושן משפט

רבי יעקב לורברבוים מליסא

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/נתיבות-המשפט-ביאורים-על-שולחן-ערוך-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 8
סימן ג 11
סימן ד 14
סימן ה 19
סימן ו 20
סימן ז 21
סימן ט 23
סימן יא 24
סימן יב 25
סימן יד 27
סימן טו 29
סימן יז 29
סימן יח 32
סימן כ 32
סימן כב 34
סימן כג 37
סימן כד 38
סימן כה 39
סימן כו 60
סימן כח 61
סימן כט 71
סימן ל 72
סימן לא 86
סימן לג 89
סימן לד 92
סימן לו 100
סימן לז 112
סימן לח 119
סימן לט 122
סימן מ 137
סימן מא 139
סימן מב 149
סימן מג 155
סימן מד 164
סימן מה 165
סימן מו 169
סימן מז 191
סימן מח 194
סימן מט 198
סימן נ 213
סימן נא 218
סימן נב 224
סימן נג 226
סימן נד 226
סימן נה 230
סימן נו 232
סימן נז 251
סימן נח 253
סימן נט 267
סימן ס 269
סימן סא 293
סימן סב 299
סימן סג 312
סימן סד 313
סימן סה 318
סימן סו 343
סימן סח 367
סימן סט 371
סימן ע 377
סימן עא 378
סימן עב 390
סימן עד 422

סימן עה 424
סימן עו 434
סימן עז 442
סימן עח 448
סימן עט 452
סימן פא 453
סימן פב 458
סימן פג 466
סימן פה 467
סימן פו 473
סימן פז 479
סימן פח 486
סימן פט 497
סימן צ 504
סימן צא 510
סימן צב 516
סימן צג 519
סימן צד 521
סימן צה 522
סימן צו 527
סימן צז 529
סימן צט 529
סימן ק 532
סימן קא 532
סימן קב 532
סימן קג 534
סימן קד 538
סימן קה 540
סימן קז 545
סימן קח 550
סימן קט 556
סימן קי 560
סימן קיא 564
סימן קיב 568
סימן קיג 572
סימן קיד 572
סימן קטו 575
סימן קטז 580
סימן קיז 581
סימן קיח 581
סימן קיט 582
סימן קכ 585
סימן קכא 587
סימן קכב 594
סימן קכג 597
סימן קכה 597
סימן קכו 603
סימן קכח 606
סימן קכט 608
סימן קל 612
סימן קלא 616
סימן קלב 616
סימן קלג 618
סימן קלד 623
סימן קלה 624
סימן קלו 625
סימן קלז 625
סימן קלח 627
סימן קמ 630
סימן קמא 639
סימן קמב 643
סימן קמג 644
סימן קמד 646
סימן קמה 649

סימן קמו 651
סימן קמז 662
סימן קמח 664
סימן קמט 667
סימן קנ 678
סימן קנב 682
סימן קנג 683
סימן קנד 691
סימן קנה 698
סימן קנו 708
סימן קנז 710
סימן קנח 712
סימן קנט 715
סימן קס 715
סימן קסא 717
סימן קסב 717
סימן קסג 718
סימן קסד 719
סימן קסה 723
סימן קסז 723
סימן קעא 723
סימן קעב 728
סימן קעג 729
סימן קעד 730
סימן קעה 730
סימן קעו 732
סימן קעז 764
סימן קעח 766
סימן קעט 769
סימן קפא 771
סימן קפב 772
סימן קפג 783
סימן קפד 789
סימן קפה 790
סימן קפו 796
סימן קפז 800
סימן קפח 802
סימן קפט 805
סימן קצ 805
סימן קצא 813
סימן קצב 817
סימן קצג 825
סימן קצד 825
סימן קצה 830
סימן קצו 835
סימן קצז 835
סימן קצח 840
סימן קצט 841
סימן ר 843
סימן רא 865
סימן רב 865
סימן רג 867
סימן רד 873
סימן רה 874
סימן רו 885
סימן רז 887
סימן רח 896
סימן רט 899
סימן ריי 905
סימן ריא 906
סימן ריב 912
סימן ריג 914
סימן ריד 917
סימן ריה 921

סימן רכו 922
סימן רכז 923
סימן רכט 931
סימן רל 933
סימן רלב 937
סימן רלג 944
סימן רלד 945
סימן רלה 946
סימן רלו 955
סימן רלז 961
סימן רלח 961
סימן רלט 962
סימן רמ 963
סימן רמא 966
סימן רמב 974
סימן רמג 974
סימן רמד 981
סימן רמה 984
סימן רמו 986
סימן רמז 987
סימן רמח 989
סימן רנ 997
סימן רנא 1005
סימן רנב 1006
סימן רנג 1007
סימן רנה 1014
סימן רנו 1020
סימן רנז 1021
סימן רנח 1022
סימן רנט 1022
סימן רס 1026
סימן רסא 1034
סימן רסב 1035
סימן רסד 1039
סימן רסה 1043
סימן רסז 1043
סימן רסח 1044
סימן רסט 1046
סימן רע 1048
סימן רעג 1049
סימן רעה 1050
סימן רעו 1053
סימן רעז 1055
סימן רעח 1055
סימן רעט 1061
סימן רפ 1062
סימן רפא 1065
סימן רפג 1069
סימן רפד 1070
סימן רפה 1070
סימן רפז 1071
סימן רפח 1074
סימן רפט 1075
סימן רצ 1075
סימן רצא 1079
סימן רצב 1094
סימן רצג 1107
סימן רצד 1107
סימן רצה 1109
סימן רצו 1112
סימן רצז 1113
סימן ש 1115
סימן שא 1115
סימן שג 1120

סימן שד 1124
סימן שה 1126
סימן שו 1127
סימן שז 1134
סימן שח 1135
סימן שט 1137
סימן שי 1139
סימן שיא 1143
סימן שיב 1143
סימן שיג 1148
סימן שיו 1148
סימן שיז 1149
סימן שיז 1151
סימן שכא 1153
סימן שכט 1156
סימן שלב 1156
סימן שלג 1159
סימן שלד 1166
סימן שלה 1167
סימן שמ 1169
סימן שמא 1179
סימן שמב 1185
סימן שמד 1186
סימן שמו 1189
סימן שמח 1193
סימן שנ 1196
סימן שנא 1198
סימן שנג 1199
סימן שנד 1204
סימן שנו 1205
סימן שנז 1206
סימן שס 1207
סימן שסא 1207
סימן שסב 1210
סימן שסג 1210
סימן שסה 1214
סימן שסח 1215
סימן שסט 1215
סימן שעא 1215
סימן שעג 1217
סימן שעה 1217
כללי תפיסה 1218
ביאורים לכללי תפיסה 1224
קיצור דיני מיגו 1245
ביאורים לקיצור דיני מיגו 1249

סימן א

א **בזמן הזה וכו'** הנה בהא דעבדינן שליחותייהו משמע מהש"ס שהוא רק דרבנן דקאמר משום נעילת דלת: ולפענ"ד דבאמת הוא מדאורייתא רק שנמסר לחכמים ולא עשו אותנו לשלוחים רק במקום דאיכא נעילת דלת. תדע דהא מקבלין גרים בזמן הזה מטעם דעבדינן שליחותייהו וקידושיו קידושין ולא תפסי אח"כ קידושי שני ואין כח ביד חכמים לעקור ד"ת בקום ועשה. וכן מעשין אגטין אף דגט מעושה ע"פ הדיוטות פסול מדאורייתא. ודוחק לומר דאפקעינהו רבנן לקידושי מיניה דה"ל לפרושי דהא נ"מ בזה לדינא. אמנם הרמב"ן והרשב"א כתבו דהוי רק מדרבנן ובגיטין הטעם דאפקעינהו לקידושין ועמ"ש לקמן סק"ה במ"ד. ועיין ספר קצה"ח שכתב דמ"ש הטור הפי' בהודאות דהיינו עדי הודאות ולא כ' הפי' לענין כופר הכל הטעם משום דבשבועת היסת לא נחתינן לנכסי רק שמנדין אותו כמבואר בסי' ע' וכיון דמבואר בסעיף ה' דאפי' בדיני קנסות מנדין אותו אין נ"מ במה שדנין עכ"ל. ואין לזה טעם דודאי אם לא היו דנין דין שבועת היסת לא היה שייך דין נידוי המבואר בסעיף ה' דשם הנידוי הוא לפייס וכאן הנידוי הוא לקיים הדין שדנו דהיינו שישבע ומנדין כדי לפייס לא שייך כאן כיון שאין אנו יודעים אם האמת עם התובע ולא שייך נידוי רק לקיום הדין שישבע ואם אין כאן דין אין כאן נידוי תדע דהא אין מנדין למי שכופר בקנס ועוד דבשבועת היסת אין מתירין הנידוי עד שישבע או עד שיסלק הכל משא"כ בקנסות כמ"ש הסמ"ע סקי"ז:

ב **וכן מי שגנב או גזל** ע' סמ"ע וש"ך שהאריכו והעיקר כתי' הר"ן והרמב"ן בחמש שיטות דמתני' דריש סנהדרין דבגזילות בעינן מומחין היינו במקום מומחין אבל שלא במקום מומחין ומכ"ש בזמן הזה דליכא מומחין אף הדיוטות דנין ע"ש (והאו"ת כתב זה מסברא דנפשיה ולא ראה שהן דברי הר"ן והרמב"ן) והטעם לזה נראה דהא התוס' בסנהדרין נ' ד"ה שלא תנעול דלת כתבו הטעם הא דבעי' בגזילות מומחין ולא חששו מטעם שיונעל דלת בפני עושי עולה כי אפילו אי בעינן מומחין ג"כ יגזול כי הגזלן יחשוב שהנגזל יבקש מומחין וטעם זה לא שייך כ"א במקום מומחין משא"כ בהודאות דהטעם הוא כדי שלא יונעל דלת בפני לוין דנין הדיוטות אפי' במקום מומחין דאם לא ידונו המלוה לא ירצה להלוות על סמך שיבקש מומחין ומ"ש הש"ך בסק"ט וז"ל הקנס מגזילות כגון כפל ארבעה וחמשה דה"ל לא שכיח וכו' פי' דלא שכיח שיהיה בענין שיתחייב כפל ד' וה' אבל הקרן גובין דשייך ג"כ במילה דשכיח וכמ"ש הסמ"ע בסקי"א:

ג **עדים שהעידו עדות שקר**. אין להקשות הא בני מלקות נינהו ומלקות פוטר מתשלומק והא דאמרי' בכתובות ר" ם אלו גערות בפי" ריבת, תורה עדים זוממין לתשלומין דזה

הוא דוקא בממון שחייבים מכח כאשר זמם אבל ממון דהכא לאו מכאשר זמם הוא אלא מכח דינא דגרמי המלקות פוטרן. לק"מ דהא הן חייבין ג"כ תשלומין מכאשר זמם ובמקום מומחין ג"כ ממונא משלם ולא לקי ליכא מלקות כלל הרשות בידינו ג"כ לדון ממה אחר. ומזה מוכח כדעת התוס' דבממון לא שייך לומר כאשר זמם ולא כאשר עשה. ולפי זה במקום דלא שייך התשלומין דכאשר זמם כאשר יתבאר להלן בהלכו' עדות אף ממון דדיני דגרמי פטורין משום המלקות:

ד **וכן אם תפס כו'**. עש"ך סקט"ז דבטוען טענת גנב וכו' ואנן לאו ב"ד אנן אין חייב כפל. לכאורה תמוה דא"כ עדים זוממין לא יתחייבו מלקות ולא בכאשר זמם כשיעמדו ב"ד מומחין דהא לא העידו בפני ב"ד מומחין וגם לא יפסלו בהזמה רק מדרבנן הכרזה אלא ודאי דבדברים דעבדינן שליחותייהו הוי כאלו נעשה בב"ד מומחין. לכן נראה דעיקר הטעם בטוען טענת גנב כיון דבעי' דוקא שהשבועה יהי' בפני ב"ד כמבואר בב"ק דף ק"ו דקאמר חוץ לב"ד וקפץ לא מצית אמרת וכן משמע כל הסוגיא התם וא"כ נהי דבשעת דין חשובין אנחנו כב"ד מומחין מ"מ בשעה שנשבע שוב לאו ב"ד אנן כיון דהשבועה אינו אלא לצורך כפל שאין דנין אותן לא עשו אותנו שלוחין כלל בזה ומש"ה לא נתחייב כפל:

ה **אין מוציאין מידו ואם תפס הניזק וחזר המזיק ותפס מהניזק מה שתפס ממנו**. כתב הישׁ"ש בב"ק פ"א סי' מ"ג וז"ל אבל זה לא יכול לחזור ולתפוס מידו מאחר שבא ליד הניזק כבר א"כ זכה בו בדין משא"כ בשאר תפיסה דספיקא דדינא וכו' אכן מדברי הרא"ש ב"ק ט"ז שהקשה על הרי"ף שלא הביא האיבעיא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק ותי' דליכא נ"מ דאי לא תפס אין גובין בבבל ואי תפס גובה הכל מצד שהוא ספיקא דדינא ע"ש. אלמא דשוין הם ממש דאי לא ה"ל להביא האיבעיא דהא נ"מ לענין זה אלא ודאי דשוין הן. אמנם אשכחנא גוונא דגרע הך תפיסה. מתפיסה דספיקא דדינא דנראה דמיתמי לא מהני תפיסה זו דהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי אפי' בניזקין כמבואר בב"ק דף י"ד רק דבע"ח גובה מתקנת הגאונים ובמזיקין לענין תפיסה ודאי לא תיקנו הגאונים משא"כ בתפיסה דספיקא דדינא מהני אפי' ביתומי' ומדברי הרא"ש לא מוכח רק דעכ"פ לא עדיף הך תפיסה מתפיסה דספיק' דדינא אבל מ"מ י"ל דגרע. ועש"ך סקט"ז דאפי' הודה קודם שתפס ואפילו לא באו עדים וכו'. והנה בי"ד סי' רס"ז (') הוכיח הש"ך בעצמו דלא מהני תפיסה בדליכא עדים מהא דר"ג שאמר שכבר אין לך עדים ומשאר הוכחות ע"ש. וסותר בכאן דברי עצמו. ונראה דמ"ש ואפי' לא באו עדים הכוונה שלא הביא העדים לפני ב"ד בהא פליגי הפוסקים דמאן דס"ל דמהני תפיסה אף שלא הביא העדים הוא מטעם דהא בלא"ה אנן לאו ב"ד אנן לקבל עידי קנס רק שכתב הט"ז דכל

שתפס א"צ דיינים ובתפיסה עביד אינש דינא לנפשיה ע"ש בט"ז וכיון שכן אפי' לא הביא העדים לפני ב"ד כיון שהוא בעצמו יודע מהעדות אבל כי ליכא עדים כלל ודאי לא מהני תפיסה וכן במקום מומחין כיון דאיכא דיינים לא מהני עד שמביא העדים לפני ב"ד דדוקא במקום דליכא דיינים כתב הט"ז דא"צ לדיינים משא"כ במקום דאיכא דיינים. ובספר קצות החושן כתב לתרץ קושית הש"ך מהא דר"נ בב"ק שאמר שכבר אין לך עדים כתב וז"ל דלא מהני הודאת ר"ג בעבד מטעם דמחייב לאחריני שמחייב לעבד שאסור בשפחה וכמ"ש התוס' בגיטין לענין גרושה. וטעה בדבר פשוט דודאי בעבד קי"ל דזכות הוא לעבד שיצא לחירות משא"כ בגרושה כתבו התוס' שפיר דגט חוב הוא כמבואר בגיטין ע"ש. וא"ל דהוי חב לאחריני משום שאסרו בשפחה וכיון דההודאה לא מהני לענין איסור שפחה לא מהני ג"כ לענין הממון דהיינו העבדות דזה אינו דא"כ מה מוכיח הש"ס בב"ק דף ע"ד דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב מהא דאמר שכבר אין לך עדים ע"ש דילמא לעולם אימא לך דפטור והא הוצרך לומר שאין לו עדים הוא משום דאם היה לו עדים היה חייב דהא ההודאה לא הוי הודאה כלל כיון דהוא חב לאחריני דהיינו שפחה וכן בגיטין דף מ' בהא דאמר עשיתי עבדי ב"ח והוא אומר לא עשאני שכתבו הפוסקים דהוא מטעם דהוי תרי ההודאות דסתרו אהדדי ע"ש בתוספות וברשב"א ולפ"ד הא בלא"ה הודאת הרב לאו כלום הוא דחב לאחריני אלא ודאי דאף דלענין איסור לא מהני הודאתו דהרי בדבר שבערוה מ"מ לענין ממון גוף העבדות ודאי מהני דאפי' בגט דאף למ"ד דס"ל דאין הבעל נאמן לומר גרשתי דכמו שאינו נאמן לשעבר אינו נאמן להבא דהוי דבר שבערוה דלענין חיובי אשה לבעלה נאמן ואמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים וכן כשאומרת ירשתני במקום שאינו נאמן כגון דאיכא דמסייע לה מ"מ לענין ממון נאמנת ומכ"ש לפמ"ש התוס' בגיטין דף מ' בד"ה אותו העבד שמעוכב גט שיחרור מותר בשפחה ויצא בשן ועין צריך ג"ש אין התחלה לדבריו דהא אין אוסרו בשפחה. ועסמ"ע ס"ק י"ח שכתב דבנזקי קרן עבדינן כר"ת ובשאר קנסות כהחולקין וכו' ומשכחת לה בשאר קנסות שיתפוס גוף המזיק לפמ"ש הש"ך סק"א דנזקי אש ובור אין דנין וא"כ משכחת לה באבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו שהן התולדה דבור. וכל מה שאין דנין בזה"ז קרי קנס. ותפס דבר המזיק. ונסתלק בזה קושית התומים. ולענין אי מהני מגו בקנס כשתפס כתב הסמ"ע ס"ק י"ט דמהני ובקצה"ח כתב כיון דהאידנא לאו ב"ד אנן משוי ליה אנן ראה וכו' עיש. וליתא דהא כיון שתפס הרשות בידינו לדון דהא ע"כ לא מהני תפיסתו עד שדנין אם הוא חייב הקנס ופוסקין לו השבועה כשתפס ודאי מהני ולא דמי לראה בעדים דהעיקר תלוי בשבועה

שפוסקין לו הב"ד משא"כ כאן שאנן פוסקים לו השבועה הוי כשאר משכון שמהני הראהו בב"ד:

ו **אבל קנסות שבאים חכמים לקנוס וכו'** בתומים הקשה דבי"ד סי' רס"ז פסק גבי המוכר עבדו דאין קונסין אותו ונראה דהרמ"א הכריע דאותן השנויים במשנה ובריייתא י"ל דבעי' דוקא סמוכין אבל בהקנסות שכ' המרדכי פרק השולח מהא דהגוזל קמא דאמר ר"ג גזלנא עתיקא הוא ובעינא למיקנסיה. ורש"י פי' בכתובות דף מ"ג דכ"מ שנקרא רב לא היה מוסמך דנין אותו ככ"מ ומזה נלמוד ג"כ במה שרוצין החכמים לקנוס על תקנתם בזה"ז כדמייתי התם המרדכי ראיה מהא דמכין ועונשין שלא מן הדין ע"ש:

סימן ג

א **אין ב"ד פחות משלשה.** עש"ך סק"א שהקשה על הרמב"ם והסמ"ע שכתבו דמד"ת בחד סגי כרב אחא הא ר"א אית ליה דשמואל והרמב"ם? והט"ו פסקו דשנים שדנו אין דיניהם דין ועוד דהא כתבו בהדיא דבעינן אלקים בדין רק דאנן שליחותייהו דקמאי עבדינן ואי ס"ל כר"א הא מדאורייתא בחד סגי מקרא דבצדק תשפוט. והן באמת תמיהות גדולות. וליישב קושייתו נראה דהעיקר כתירוץ התומים רק שהיה לבו מגמגם בהרבה דברים לכך הוספתי בתוך תירוצו כדי שיהיה מיושב על נכון ובכלל דברי דבריו. והוא דדעת הרמב"ם דאף רבא וכל אמוראים ס"ל קרא דבצדק תשפוט דחד כשר בד"מ דאלת"ה היה להש"ס להקשות לרבא האי קרא בצדק תשפוט מאי עביד ליה. ועוד דהא בסנהדרין דף ה' היא ברייתא מפורשת דיחיד מומחה דן ביחידי וע"כ הוא מטעם דכתיב בצדק תשפוט כמ"ש רש"י שם ואפי' אי נימא במ"ש התוס' שם דתקנתא דרבנן הוא מ"מ צ"ל ע"כ דס"ל קרא דבצדק תשפוט דבחד סגי דאי מדאורייתא בעינן ג' מומחין א"כ למה היה להם לתקן יחיד מומחה הא ליכא נעילת דלת דהא שלשה הדיוטות מצוין ומדאורייתא ג' בעינן. לכן נראה דהנה הרמב"ם בפ"ב מסנהדרין כתב וז"ל מומחה לרבים וכו' ה"ז מותר לדון יחידי אבל אינו חשוב ב"ד וכ"כ פ"ה הלכה י"ח מומחה לרבים אף ע"פ שדן ד"מ ביחידי אין הודאה בפניו חשיב הודאה בב"ד ולכאורה קשה מה ראו חכמים לחלק בתקנתם שנתנו רשות ליחיד מומחה שידון ולא יהיה לו דין ב"ד. ונראה הטעם דס"ל דאף דקי"ל עירוב פרשיות דבעינן ג' מומחין דתלתא אלקים כתיבי היינו לענין דמיירי התם בקרא בדברים דבעינן דוקא ב"ד כגון לענין טוען טענת גנב דכתיב שם בקרא דבעינן דוקא נשבע בב"ד כמבואר בב"ק ק"ו ולענין כי הוא זה דהיינו הודאה מקצת וערש"י קידושין ס"ה ד"ה הודאת בע"ד דנלמד מקרא דכי הוא זה ע"ש וגלי קרא דלא חשיב ההודאה

בב"ד כ"א בג' מומחין ובפחות יכול לחזור מהודאתו וקרא דבצדק תשפוט דכשר בחד מיירי בדין בעלמא שא"צ ב"ד דסגי בחד כמו הוראת או"ה וא"ש דלא סתרי קראי אהדדי. והנה התוס' סנהדרין ב' ד"ה ליבעי נמי מומחין כתבו דמאן דס"ל ע"פ ס"ל נמי לפניהם ולא לפני הדיוטות א"כ אף דגלי לן קרא דבצדק תשפוט דבדין בעלמא חד נמי בשר מ"מ בעינן מומחה דוקא דהא כתיב נמי לפניהם ולא לפני הדיוטות משא"כ למאן דלא ס"ל ע"פ ולא כתיב כלל מומחין בקרא בד"מ לא דרשינן נמי לפניהם ולא לפני הדיוטות כמבואר בש"ס ותוס' שם א"כ כיון דגלי קרא דבצדק תשפוט דחד כשר ודאי דאפילו הדיוט כשר דמה"ת לן לומר מומחה דוקא ומה"ט הוצרך רש"י בסנהדרין ג' ד"ה מדאור' חד לומר אף דס"ל לרב אחא קרא דבצדק תשפוט דס"ל נמי אין ע"פ ע"ש שהוא תמוה ולפמ"ש א"ש דהוצרך לומר זה לענין שיהיה אפי' חד הדיוט כשר משא"כ למאן דס"ל ע"פ בעינן עכ"פ חד מומחה והא דבעינן קרא דבצדק תשפוט הא כיון דלא ס"ל ע"פ ממילא לא בעינן ג'. י"ל דאי לאו קרא היינו לומדין ממשפט אחד דשוה ד"מ לגזילות כמ"ש התוס' דף ב' ד"ה אין דיניהם דין ע"ש וגלי לן קרא דבצדק תשפוט דלענין זה לא נא' קרא דמשפט אחד וקושית הש"ס מעיקרא שהקשה אי אין ע"פ ג' נמי לא ליבעי היא ג"כ מכח קרא דבצדק תשפוט וא"ש האיכא בינייהו דקאמר בש"ס דלרבא דס"ל ע"פ ובעינן עכ"פ מומחה א"כ נהי דהקילו חז"ל בג' הדיוטות מ"מ בשני הדיוטות אפילו בדיעבד פסול ויחיד מומחה באמת בדיעבד כשר מבואר שם בדף ה' משא"כ לרב אחא דלא ס"ל ע"פ ומדאורייתא אפילו חד הדיוט כשר רק שחז"ל החמירו בג' הדיוטות מש"ה בדיעבד שנים שדנו דיניהם דין וה"ה חד כמ"ש התוס' בדף ה' ד"ה שנים שדנו ע"ש. והשתא א"ש דברי הרמב"ם והסמ"ע דאף דקי"ל כרב אחא דיליף מקרא דבצדק תשפוט דבחד סגי מ"מ הא קי"ל ג"כ דע"פ כתיב כמבואר בב"ק דף ק"ז ע"ש ובעינן מדאורייתא יחיד מומחה עכ"פ פסקו שפיר דשני הדיוטות שדנו אין דיניהם דין ופסקו ג"כ שפיר דשליחותייהו דקמאי עבדינן דבלא שליחותייהו פסולים אנחנו לדון דהא ליכא מומחה בינינו וא"ש הכל. ובסקצה"ח כ' דבחד כיון דיכול לחזור מהודאתו אין חייב שבועה דמודה במקצת. ודאי ליתא דלא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן ועוד דהא עכ"פ אם יודה בהודאה גמורה או בע"א באופן שלא יהיה יכול לחזור מהודאתו ודאי דיכול לחייבו שבועה דלא גרע ממחויב בתוך טענותיו. גם מ"ש דאי לא בעינן בפקדון מודה במקצת לא משכחת לה בפקדון דבר שיהיה צריך ב"ד. תמוה דהא לענין טוען טענת גנב בעינן ב"ד דוקא גם מ"ש דאי שעבודא לאו דאורי' והב"ד כופין בעי ב"ד דוקא לכפותו דהדיוטות לאו בני עישוי נינהו. נ"ל לפענ"ד דליתא דכיון דדמי לעשה סוכה ואינו עושה דכופין אותו לקיים

המצוה דכל אדם מצוה להפריש חבירו מאיסור אפי' מי שאינו בכלל ב"ד כדמוכח בב"ק כ"ה גבי נרצע שכלו ימיו דיכול רבו להכותו כדי להפרישו מאיסור שפחה ע"ש ואי בעינן בגמר דין ג' והיינו לומר פ' זכאי יבואר אי"ה בסי' ה':

ב **אין דיניהם דין**. עש"ך ס"ק ה' עד ועוד דאמאי ניבעי בקיום ואודיתא ג' טפי מגבי דין וכו'. ויש שם ט"ס בש"ך וכצ"ל ומ"ש התו' שם דכשמואל ס"ל רק גבי קיום ואודיתא בהא לא קיי"ל וכו'. אף דלדידן יש חילוק בין אודיתא לדין כמ"ש הש"ך ס"ק ו' לענין מומחה ע"ש. היינו דוקא במומחה שהוא רק משום תקנתא דרבנן דמדאורייתא קיי"ל כרבא אבל אם נאמר דמדאורייתא קיי"ל כשמואל מה"ת לחלק בין קיום לדין כיון דמדאורייתא בחד סגי בדין כשמואל אף בקיום ואודיתא ודאי דמהני אך קשה דהא רב נחמן פסק כשמואל וסובר לענין קיום ואודיתא דבעי ג' כמ"ש התוס' סנהדרין ג' ד"ה לרבא. ועש"ך ס"ק י' ויש שם ט"ס וכצ"ל א"כ באינו מומחה וכו' תיבת אבל ט"ס:

ג **ואינם מומחין לרבים**. עסמ"ע וש"ך שתמהו דהא להרמב"ם אפי' מומחה לא הוי הודאה והטור כתב כן בל' פלוגתא אהמחבר ע"ש שתירצו בדוחק ולפענ"ד נראה דלכאורה תמוהין דברי הרמב"ם דלפ"ד דההודאה לפניו לא הוי הודאה ויכול להחליף הטענות א"כ מכ"ש שאין יכולין לקבל עדות דהא אין להן דין ב"ד כמ"ש הרמב"ם בהדיא ולקבלת עדות בעי ב"ד וכ"כ הש"ך בהדיא בסי' מ"ו ס"ק ע' הוא תמוה דהא הודאת והלואות פירש"י בסנהדרין עידי הודאה והלואה ואם אין יכול לקבל עדות האיך אפשר לו לדון הא ההגדה בפניו לא חשיבה הגדה ויכולין לחזור ולהגיד וגם האיך אפשר לו לדון שום דין ולו' חייב אתה ליתן דהא אפשר לו להחליף הטענות וההודאות. וגם אין הסברא נותן כן שיהיה תקנת חכמים שידון ביחידי והבע"ד יהיה יכול להחליף טענותיו עשרת מונים ומתוך דבריו ילמוד לשקר משיראה שיוצא חייב יחליף טענותיו עד שיצא זכאי. ודוחק לומר דבאמת אסור לו לדון יחידי עד שיקבל הטענות והעדות בשלשה ואח"כ דן יחידי דכל כה"ג ה"ל לפרושי ואנן סתמא תנינן בברייתא. ועוד איך אפשר שיהיה יכול לחזור מהודאה הא אין לך הודאה גמורה גדולה מזו שמודה לפני מי שדן לפניו שיכול לחייבו מתוך טענותיו. וגם בקיבלו עלייהו קשה דמה בכך שהבע"ד קיבלו עליהם הדיינים. מ"מ העדים לא קיבלו עליהם הדיינים בפי' ויכולין ממילא לחזור ולהגיד וכן הא דאמר שמואל שנים שדנו דיניהם דין דוחק לו' דמירי שקיבלו הטענות והעדות בשלשה. לכן נראה ברור דכ"מ שמותר לו לדון יכול לקבל עדות והטענות וא"י לחזור בו לא העדים ולא הבע"ד ושלא כדברי הש"ך סי' מ"ו ס"ק ע' ומקיימין השטר עפ"י עדות שיעידו לפניו דנגד דין זה שהן יכולין לדון עושין כל מה שב"ד עושין וכ"כ הרשב"א בב"ק

דף צ' ע"ב הביאו ג"כ השטה מקובצת שם וז"ל דמומחה אין יכול לדון ע"פ ראיית עצמו דראייתו של דיין מומחה אינו בדין שיהיה כשמיעה משני עדים ע"ש משמע דמומחה יכול לדון עכ"ש כששומע משני עדים רק עפ"י ראייתו א"י לדון וזהו דלא כהש"ך סי' מ"ו ס"ק ע' והא דכ' הרמב"ם בפ"ה מה"ס הי"ח יחיד מומחה לרבים אע"פ שדן ד"מ יחידי אין הודאה בשניו חשובה הודאה בב"ד כוונתו לענין שיהיה לו דין שטר וגם לענין אם בא והודה מעצמו לא מהני ההודאה כיון דאפי' בשלשה בעינן קבעו ושלחו לקמן סי' ל"ט סעיף ט'. וגם אין ב"ד אחר יכול לדון מתוך אותו כ' שכ' היחיד מומחה או השנים שהודו או שהעדות הגידו לשניהם כיון שאין עלייהו דין ב"ד הוי מפיהם ולא מפי כתבם כיון שנכתב שלא בצווי המתחייב ודין עדים עלייהו רק שדינן דין וכן אין יכולין לקבל עדות או טענות ולשלוח לב"ד אחר בכתב או להגיד בפה דהוו עדים מפי עדים. אכן הן בעצמן יכולין לדון במקום שדינו דין כגון במומחה או שנים אליבא דשמואל ויכולין לכוף על קיום פס"ד של אלו כשמגידין בפה שכך נגמר הדין מפיהם ואין מדקדקים אחריהם אבל מתוך כתבם אין דנין שדין עדים עלייהו רק שדינן דין ובסי' ך"ב שכ' ג' מומחין בקבלת עדות היינו לשלח קבלת עדותו לב"ד או באינם מומחין לרבים וגם מה שמסיק הרמב"ם דלא הוחזק כפרן היינו שנאמן לטעון פרעתי אח"כ כיון שלא הוחזק כפרן בב"ד דאין דין ב"ד עלייהו אבל לטעון פרעתי קודם אף כשדן בפני יחיד מומחה א"י לחזור ולטעון ודעת הרא"ש שהביא הטור שחולק ס"ל דדין ב"ד עליו לכל דבר ומש"ה הכא בש"ע שכ' המחבר שיכולין להחליף גם הטענות יפה הגיה הרב ואינן מומחין לרבים דבמומחה לרבים ודאי דא"י להחליף וכמ"ש. ומה שכ' הש"ך על הסמ"ע שכ' דמיירי שהמחום רבים עליהם דמנין לו להסמ"ע זה לא הבינותי דרבים היינו ציבור והציבור ודאי יכולין לתקן כמו שירצו:

ד **מהני ליה רשות המלך** עש"ך ס"ק י"ד עד לענין שידון ביחידי בקיבלו עלייהו כמה שכתב בס"ק י' לזה לא מהני רשות המלך:

סימן ד

א **יכול להכותו.** עיין במשנה למלך ובתומים שהקשו דבסי' תכ"א סעיף ו' בהג"ה כתב דוקא במשרת וחושש שמא יגנוב דאיכא פסידא מותר להכותו ובלא"ה אסור להכותו לכן נראה דהיה קשה ליה להרמב"ם מה שהקשה המשל"מ מהא דב"ק כ"ח דאמר התם נהי דאית לך רשות לאפוקי לאזוקי לית לך רשות' , ולזה נלפענ"ד דלא מיבעיא במקום שיש לאחר טענה עליו וטוען שבדין הוא מחזיק בו ודינא בעינא ואציית למאמר ב"ד

והוי כאפשר דהציל בענין אחר דאסור להכותו כמבואר בב"ק ד"ח גבי אפשר לשומטו אלא אפי' אינו אומר שום טענה מ"מ קשה הדבר שיהיה מותר להכותו לכתחלה במקום דליכא פסידא דהא אפי' הב"ד גופיה אין שולחין יד בגופו של המסרב תיכף רק שולחין שליח ב"ד ומוציא בע"כ וכשאינו מניח לשליח ב"ד אז מנדין להמסרב רק באינו משגיח על הנידוי ודאי דמותרין להכותו עד שתצא נפשו ואם כן מה"ת יהיה הוא בעצמו מותר להכותו הא הוי כאפשר להצילו בענין אחר דהיינו שילך לב"ד ואם לא יציית דין הב"ד ינדוהו ולא חשידי ישראל לעבור אנידוי. וגם הב"ד אפשר שישלחו שלוחם להוציאו מהבית בלי הכאה כלל ועוד שמא יש לו טענה שאינו רוצה לגלות רק לב"ד ויציית למאמר ב"ד ועיין בנימוקי יוסף ולא עדיף הוא משליח ב"ד אכן כשכבר הכהו שהב"ד מסופקין שאפשר שלא היה אפשר אפי' להם להציל רק בהכאה הוא ג"כ פטור על הכאתו אבל לכתחלה קשה להתיר הכאה: לכן נראה דדעת הרמב"ם והש"ע להכריע ולחלק בין קרקע למטלטלין דבמטלטלין דאיכא חשש פסידא אפילו לכתחלה מותר להכותו אבל בקרקע דליכא שום חשש פסידא אסור לכתחלה ויש חילוק בין לכתחלה בין דיעבד דהא דקאמר בש"ס דבמקום פסידא לכ"ע עביד אינש דינא לנפשיה היינו הפסד ברור כגון בהאי גרגותני דקאמר התם דלא נשאר לחבירו מים לדלות ואיכא הפסד ברור ויהיה לו היזק בשדהו והב"ד לא יגבו לו הזיקו עפ"י הדין כי הוא רק גורם דפטור אז ודאי מותר לעשות ע"פ הכאה דבודאי יהיה ניזק ולא יושלם לו הזיקו ע"י ב"ד אבל שלא במקום הפסד ברור אבל מ"מ איכא חשש הפסד כגון שתופס ממנו מטלטלין דגזירההאף דהב"ד יגבו ממנו. מ"מ איכא חשש הפסד דאימר יבריחם או יקלקלם בהא פליגי בב"ק שם וקיימ"ל דאפי' בכה"ג עביד אינש דינא לנפשיה אבל במקום דודאי יכול להציל שלו עפ"י ב"ד בלי שום חשש כלל כגון בהאי גוונא המבואר בסי' תך"א דהא בודאי לא יקולקל ביתו כשיעמוד שם קצת שעה עד שילך לב"ד והב"ד ישלחו להוציאו משם ס"ל להרמב"ם והש"ע דאסור להכותו כיון דליכא שום חשש הפסד הוי כאפשר להציל בע"א דהא אפשר להציל בע"א אסור להכות כמבואר בסוגיא שם. אבל ודאי אם כבר הכהו ואחר בואו לב"ד הב"ד מסופקין שאפשר שאף הם לא היה להם באפשרי לעשות כ"א ע"י הכאה כגון שלא היה ציית אף לב"ד עד שהוצרכו גם הם להכותו פטור אבל אם הוא ברור שלהב"ד באפשרי לעשות שלא ע"י הכאה דאז הוי כאפשר להציל בע"א חייב ובהכי מיירי הא דב"ק דף ד"ח הנ"ל כדמוכח בסוגיא התם ולמאן דס"ל לא עביד אינש דינא לנפשיה בכל גוונא חייב לשלם בדיעבד ולהכי בב"ק כיון דלא תני התם רק שפטור בדיעבד לא מקשי רק למאן דס"ל לא עביד אינש דינא לנפשיה דלפ"ד עביד

לא קשה דהא ע"כ מירי באי"א להציל בע"א דבאפשר חייב כדמוכח התם אבל לענין לכתחלה שפיר פסקו הרמב"ם והש"ע בסי' תכ"א דאסור דמה"ת יסמוך עצמו אאומדנא שלא לעבוד אלאו ולהכות רעהו להיות רשע הא ליכא שום חשש פסידא ובמקום שיש לו טענה עליו ואומר שרוצ' לציית מאמר ב"ד ודאי דאסור להכותו במקום שאין לו הפסד ברור כנ"ל:

ב **אם ימתין** עש"ך ס"ק ב' עד ואסלקנו בדברים אחרים וכו'. הכוונה שאומר שיניח ביד ב"ד קודם הדין מחמת שבלא"ה רוצה לסלק אותו בדברים אחרים ובודאי שיכול לסלק אותו אף שתפס כיון דהתורה ברצון הלוה תלה דוהוא יוציא אליך את העביט כתיב. ודוקא במשכון שהשכינו מדעת א"י לסלקו בדברים אחרים דמשכונא סתם דיני כאפותיקי סתם:

ג **יכול לעשות** בכ"ע ויורד אח"כ עמו לדין עסמ"ע ס"ק ד' ומה שפי' דבכ"ע היינו אפי' א"י לברר ומתוך זה הוצרך לחלק דבדבר הגזול דאז בודאי יכפור הגזלן א"י לתפוס אלא ביכול לברר או בלא עדים דאז יהיה נאמן במגו והוי כיכול לברר משא"כ כשבא לתפוס בעד חובו דאפשר לומר שיודה מותר לתפוס שיהיה בטוח בחובו ע"ש והוא תמוה דשורש דין זה הוא ממהרי"ק ושם מבואר להיפך ע"ש. וכן תמה עליו בתומים: ומה שנלפענ"ד בישוב דברי הרב הוא בהקדים הש"ס דב"ק דף ך"ה דפריך אמאן דס"ל עביד אינש דינא לנפשיה מהא דתנן מי שהיה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו נטלה ונתן לו מן הצד מה שנתן נתן ושלו לא הגיעו דא"א עביד וכו' אמאי שלו לא הגיעו לנקוט פיזר' וליתוב וכו' וכתבו התוספות בד"ה לינקוט קס"ד השתא דשלו לא הגיעו לפי שאין יכול להזמין כל עוברי דרכים לדין. וקשאי בה תרתי חדא כיון דקיי"ל בסי' ק"ו דגובין אפי' שלא בפניו ומכ"ש גזילה וכאן ע"כ מירי דיכול לברר דאל"ה לכ"ע לא מצי עביד דינא לנפשיה וא"כ קשה דלינקוט שליח ב"ד פיזרא וליתוב או יתנו לו הב"ד רשות ויעשו אותו בעצמו שליח ב"ד למינקט פיזר' וליתוב. ועוד קשה לי לפי דיעה זו דתפיסה בלא הכאה שרי א"כ תקשה אפי' למ"ד דלא עביד אינש דינא לנפשיה מ"מ נהי דאסור בנקיטת פיזרא מ"מ יתפוס הדרך בלא הכאה כגון לנדרו או לחפור חריץ וכי א"א לעכב עוברי דרבים רק בנקיטת פיזר' והנה לקושיא ראשונה אפשר לתרץ דהרמב"ם פ"ד דשכנים פסק בבית ועליה שנפל דאם אינו בכאן דבעל עליה בונה וכו' וכתב המ"מ דס"ל כהירושלמי וכי נפרעין מאדם שלא בפניו וכו' וכן כתב הנ"י והב"י דס"ל דאין נפרעין מאדם שלא בפניו וכתומים סי' ק"ו ס"ק א' כתב הטעם כיון דהא דגובין שלא בפניו הוא מכח תקנה שלא יטול אדם מעות חבירו וילך למד"הי ובבית לא שייך זה דלא

שכיח ע"ש. והכא שהוא בעצמו גרם זה שהחליף הדרכים ועשה לעצמו דין עם אותו שלא יכול להזמינו לדין כ"ע מודים דאין נפרעין שלא בפניו. ועוד אפשר לומר כיון דרק מצד טורח א"א להזמין כולם לדין ובכי הא אין נפרעין שלא בפניו ועוד אפשר ליישב קושי' הב' ג"כ דלא התיר המהרי"ק תפיסה בלא הכאה רק כשירד אח"כ לדין כמ"ש הרב והבא גבי דרך הרבים שאפי' לבסוף לא ירד לדין עמהם אפי' תפיסה בעלמא אסור וכיון שהוכחנו דאסור אפי' תפיסה בעלמא כשלא ירד לדין בסוף תיכף וכשתופס ויורד תיכף לדין לית דין צריך בשש דמותר כפו שהוכיח בתומים מהא דכתובות דף פ"ה ודר"פ ור"ה בריה דר"י תפסו בשל יתומים אף שלא היה להם על נוף החפץ רק על חוב אחר. וזהו כונת הרב בהג"ה דמעיקרא כ' דאינו רשאי לעשות דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר שהוא שלו דהיינו שיש לו טענה על גוף החפץ וע"ז כתב אח"כ די"א דלא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא כשמזיק לחבירו כגון שמכהו ולכן לא יוכל לעשות אא"כ יכול לברר שהוא שלו פי' דהיינו דוקא שיש לו טענה על גוף החפץ שהוא שלו. והא דנקט שיוכל לברר משום דכשאינו יכול לברר אפי' יש לו טענה על גוף החפץ לא מצי עביד דינא לנפשיה. ועיקר הדיוק הוא רק מה שנקט שהוא שלו ועיקר הכונה דדוקא כשמזיקו לא מצי עביד דינא לנפשיה רק על דבר שהוא שלו אבל כשתפסו על חוב אחר אסור וזהו שסיים אבל תפיסה בעלמא שתפסו למשכון יכול לעשות בכל ענין פי' אפי' אין לו טענה על גוף החפץ רק שתופסו על חוב שנתחייב לו מחמת גזילה משום דזה לא מקרי עביד דינא לנפשיה כיון שתופסו ויורד תיכף לדין אבל כשאינו יורד לדין ומחזיק לעצמו מה שתפס מיקרי ג"כ עביד דינא לנפשיה ואסור לעשות רק ביש לו טענה על גוף החפץ. וזה מדוקדק בל' מהרי"ק שכתב וז"ל דודאי למסרו ביד עכו"ם העשויין להעליל ודאי אין לו למיעבד דינא לנפשיה אם לא יהיה דבר ידוע שהוא שלו וכו'. (ויש חסרון הניכר בדברי מהרי"ק וכצ"ל ועוד נראה דלא שייך עביד דינא או לא עביד רק כשמזיקו או מפסידו וכמש"ל) וכה"ג איירי כולה שמעתא דהמניח שהנתבע נפסד על ידו בגוף או בממונו וכו' אבל היכא שאין הלוה נפסד ע"י לא שייך לומר לא עביד דינא דמאי דינא שייך הכא הא לא הוי אלא תופס בעלמא דבשלמא להכות כו' שייך לומר עביד דינא דהוי כעין דיינא שהרי הדיין יש לו כח לרדוף ולכוף בין בגוף בין בממון וכו' וכן אי הוה מצינן למימר דאפי' בחפץ שאינו מבורר כלומר שאין לו תביעה על אותו ממון שהוא תופס אלא על ממון אחר אפ"ה מצי שקיל לנפשיה בתורת גובייניא (פי' שגובה מעצמו בלי גביית ב"ד) . אז הוה שייך שפיר למימר עביד או לא עביד דודאי התם נמי הוא דיינא דנחית לנכסיה דחייב ומגבי לאידך שהוא זכאי ומשום כך הוצרך ר"מ להוכיח דבכה"ג לא אמרי' עביד

דינא לנפשיה כיון שאין לו תביעה על אותו ממון עצמו וכו' עכ"ל הרי מוכח בהדיא מדברי מהרי"ק דכל שתופס דרך גוביינא דהיינו שאינו יורד לדין רק שגובה לעצמו בלא ב"ד זה נקרא עביד דינא לנפשיה ואסור לעשות דין לנפשיה כ"א כשיש לו טענה על גוף החפץ אבל תפיסה בעלמא דהיינו שתופס והולך לב"ד. מיד לא מיקרי כלל עביד דינא לנפשיה רק תפיסה דאין זה מעשה דיין ומותר בכל ענין פי' אפי' אין לו טענה על גוף החפץ רק שנתחייב לו מכח גזילה אבל ודאי דאסור לתפוס כי אם במקום שיהיה מועיל תפיסתו לפני ב"ד כגון בלא עדים או שיהיה מועיל לפני ב"ד מכח טענת קים ליה כמו בעובדא דמהרי"ק אבל לתפוס בעדים שלא יהיה נאמן לפני ב"ד ודאי דאסור. וגדולה מזו נראה דאפי' יודע שיהיה נאמן לפני ב"ד במגו דהחזרתי אסור לו לתפוס בעדים דהא יהיה מוחזק בגזלן ויעשהו חשוד כמבואר בב"ב גבי נסכא דרבי אבא והאיך יעלה על הדעת שיחיה מותר הא כיון שמוחזק בגזלן ארבעין בכתפי' ועובדא דרב הונא בברכות שהביא המרדכי ע"כ או שהיה בלא עדים או שיודע היה שלא ילך כלל האריס לב"ד או שהיה יודע שיודה לו האריס בפני ב"ד. דודאי אין לומר שרב הונא היה עושה באופן שיוחזק בגזלן וחשוד לפני ב"ד ח"ו רק שהאיסור היה במה שלקח זמורות אחרות ולא הלך לב"ד וזה הוי עביד דינא לנפשיה דעביד כמו דיינא שמגבה לנפשיה ואסור לעשות דין לנפשיה כ"א כשיש לו טענה על גוף החפץ שהוא שלו כמ"ש המהרי"ק ולפרש דברי המהרי"ק לתרץ מה שהקשו עליו המהרש"ל והתומים נראה דשם בנידון שלו היה שהקהל תפסו כלי קודש לטעון קים לי ורצה השואל לומר דשלא כדין תפסו דלא מצי למיעבד דינא לנפשיה בדבר שאינו מבורר והוכיח זה מדברי המרדכי שכ' דה"מ בחפץ המבורר וכו' ופי' השואל דהיינו שיש לו בירור וע"ז השיב דתפיסה לא מיקרי עביד דינא לנפשיה ואפי' אי מיקרי השיב דאין הפי' כלל כמ"ש המרדכי בחפץ המבורר דהיינו שיש לו בירור דא"כ קשה הראיה שהביא המרדכי מהא דלא ימשכנו אלא ע"כ דהפי' כמ"ש המרדכי בחפץ המבורר דהיינו שיש לו טענה על גוף החפץ שהוא שלו ובא למעט דאם בא לגבות דבר זה בשביל דבר אחר לא מצי עביד דינא לנפשיה ובזה שפיר מייתי ראיה מהא דלא ימשכנו אלמא דאמר רחמנא דבכה"ג לאו דיינא היא לנפשיה ואח"כ מביא מהרי"ק עוד ראיה לדבריו מהא דמתרץ המרדכי דר"ה היה לקה זמורות אחרות ואם כדברי השואל היה לו לתרץ בפשיטות דר"ה (לא) היה לו בירור ואח"כ כ' דיש להביא ראיה לדברי השואל דבשאין לו בירור לא מצי עביד דינא לנפשיה מהך שותא שכ' המרדכי ואח"כ סתר דע"י גוים שאני ואח"כ משיג מהרי"ק על השואל (וכפי ההג"ה שהגהתי לעיל) דאפי' יהיה הפי' בדברי המרדכי כהשואל מ"מ הא לא מיקרי עביד דינא

לנפשיה רק בהכאה או כמו רב הונא שגבה לעצמו בלא ב"ד דבר אחר ולא ירד כלל לדין רק שעשה לעצמו בעין דיין דנחיתי לנכסיה ומגבי לאידך וה"נ שקיל הוא בתורת גובייגא לנפשיה אבל לתפוס ולירד לדין לפני ב"ד אחר זה לא מיקרי כלל עביד דינא לנפשיה רק תפיסה וזה מותר. וביתומים הבין כונה אחרת בדברי מהרי"ק ולכן הקשה עליו והפירוש הברור כמו שכתבתי. ולתפוס בעד חוב של הלואה ודאי דאסור מקרא דלא תבא אל ביתו. אכן בחוב של עיסקא שהוא פלגא פקדון. אם מותר לתפוס יבואר בסי' צ"ז אי"ה:

ד **והוא מבני העיר**. עש"ך ס"ק ט' דלענין מוחזקין אפילו נגד שלא מבני עירן ומ"מ אסור למיעבד דינא לנפשיה כו' ואף שיהיו נאמנים לפני ב"ד דהא יש לו דין מוחזקין מ"מ אסור למיעבד דינא לנפשייהו כ"א כשיש לו טענה על גוף החפץ וכמש"ל אבל נגד בני עירן מותרין למיעבד דינא לנפשייהו אף במקום שיחיד אסור למיעבד דינא לנפשיה כגון שאין לו טענה על גוף הממון צבור מותרין ע"ש במהרי"ק דיליף זה מהא דתענית דף י"ז דת"ח שרי למיעבד דינא לנפשיה אבל תפיסה לירד לדין ודאי מותר כדלעיל. ומה שכתב הסמ"ע בהג"ה בין נתפשרו עיין בנימוקי מהר"ט מריזבור"ק שהכוונה שפרעו כבר. ובמחזיקי אורנד"י נראה דנקראין מוחזקין כיון דדינא דמלכותא שכ"ז שאין להם שובר מגבאי מחוייב לשלם שלוח' דמלכא כמלכא:

סימן ה

א **אין דנין בלילה**. עסמ"ע ס"ק ד' עד ה"ל כקבלוהו וכו'. ונראה דלשנים בלילה לא מהני קבלה בלא קנין שיהיה ההודאה בפניהם הודאה בב"ד או לענין קבלת עדות דלמידי דבעי ב"ד דוקא אפילו בדיעבד לא מהני בלילה וכמ"ש לקמן והוי תרתי לריעותא דלא מהני קבלה בלא קנין כמבואר בסי' ר"ב סעיף א' בהג"ה:

ב **וי"א דאם עברו ודנו בלילה וכו'** עסמ"ע שהקשה מסי' ר"ח. ולפענ"ד נראה ליישב דהנה הרמב"ם כ' הטעם דאין דנים בלילה דהוקשו ריבים לנגעים. ותמה הכ"מ דהא בסנהדרין אמרי' מתני' דלא כרבי מאיר דס"ל הקישא דריבים לנגעים. ומתרץ כיון דאמרי' התם ור"מ ביום הנחילו את בניו מאי עביד ליה ומשני להא דאר"ח שנים שנכנסו לבקר החולה וכיון דאנן קיי"ל בהא ממילא ס"ל ג"כ ההיקש דריבים. ותמהו הלח"ט והתומים דא"כ היה לו למירמי היקישא דריבים אקרא דושפטו. ועוד דא"כ לימא נמי מתני' כר"מ וס"ל הקישא דריבים לתחלת דין כמו לרבנן. ונלפענ"ד ליישב דרבנן אף דס"ל להא דר"ח דביום אתה מפיל נחלות מ"מ אצטריך הקישא דריבים דהרמב"ם בפ"ב דסנהדרין פסלן

אף מדאורייתא חד כשר מ"מ אין לו דין ב"ד כי אם בשלשה וע' מה שכ' בסי' ג' ס"ק ב' דהוא מדאורייתא להרמב"ם ע"ש וא"כ מקרא דביום לחודיה ה"א נהי דבלילה פסול לקבלת עדות היינו דגלי לן רחמנא שאין להם דין ב"ד בלילה משא"כ לענין דין בעלמא דמיא להוראות או"ה שכשר אפילו בחד בלילה נמי כשר להכי איצטריך הקישא דריבים לפסול אפילו דין בעלמא ולעולם לתחלת דין אתי משא"כ ר"מ דס"ל דכל דין בעי ג' דהא אמר אי מה ריבים בג' וע"כ על כל דינים קאמר ר' מאיר דבעי ג' דאי לא יאמר ר"מ דבעי ג' רק לקבלת עדות וכדומה א"כ מנא ליה לר"מ דרחמנא אקשיה לדין כזה דילמא לא הוקשו נגעים לריבים רק לזה לדין פשוט דלא בעי ג' וכן רבא ס"ל בדף ג' ע"ב וכל דין בעי ג' מקרא דביום גופיה מוכח דכל דין פסול בלילה דהא לדידהו אין שום חילוק וס"ל דלכל דין בעי ב"ד וממילא פסול בלילה וא"כ ר"מ דס"ל ג"כ הקישא דריבים ע"כ לגמר דין אתי וא"ש הא דאמר מתני' דלא כר"מ. וא"ש ג"כ הא דרבא מקשה מקרא דביום גופיה מוכח דכל דין פסול בלילה וכמש"ל. ול"ק נמי קושית הלח"מ מיבמות ק"ד דאמר התם דכ"ע לא מקשו ריבים לנגעים דאי מקשו אפילו גמר דין נמי. ולפענ"ד נראה דל"ק דלפי דעת הס"ד דפלוגתייהו הוא אי מקשינן ע"כ צ"ל דכ"ע ס"ל דחליצה כג"ד דמיא דאי כת"ד אפילו לא ס"ל הקישא פסול מקרא דביום דהא חליצה ג"כ בעי ג' ודמי לדברים שטעון ב"ד דנלמד מקרא דביום דפסול וע"כ דעת הס"ד דחליצה כג"ד דמיא לכ"ע והקישא לג"ד נמי אתי ולזה קאמר שפיר דכ"ע לא מקשו וכו'. ולפ"ז מיושב גם כן קושית הסמ"ע דקבלת עדות דבעי ב"ד דוקא ונפקא לן מקרא דביום מבואר בהדיא בקרא ודאין להן דין ב"ד על ראיית לילה ופסול דיעבד משא"כ דין בעלמא דלא בעי ב"ד ומהקישא דריבים נפקא לן י"ל דלא הקפידה רחמנא רק אלכתחלה ולא אדיעבד. ובקצה"ח כתב כיון דגמר דין כשר בלילה מש"ה אם עברו ודנו בלילה כשר דאף דנתבטל תחלת הדין מ"מ הגמר דין כשר דדמי לדיינים שפסקו בלא מו"מ דהדין כשר ואין הבנה לדבריו כיון דאין להם דין ב"ד בתחלת דין ממילא אין יכולין להחליף טענותיהם ואין ההודאה חשיבה הודאה וממילא הגמר דין שלהם ג"כ בטל:

סימן ו

בדין פחות משוה פרוטה. מ"מ אם נזדקקו נראה דיש להם דין ב"ד לענין הודאה והוחזק כפרן:

סימן ז

א **גר ה"ז פסול.** בס' קצה"ח תמה היאך משכחת גר דן חבירו ד"ת הא מן התורה סמוכין בעינן וכו'. ולק"מ דהא אפי' ממונה על אמת המים אסור מדאורייתא וכיון דדן מדרבנן ה"ל כהתמנו' ואסור בישראל מדאורייתא ולגר מותר דהתמנות לגר אין אסור רק על ישראל ולא על גר חבירו:

ב **אבל הסומא בב' עיניו פסול.** עיין סמ"ע ס"ק ז' עד ולזה ביממא לילי"א הוא וכו' וא"כ לפי דעת הסמ"ע כשר בדיעבד. וכן פתוח בתחלת דין ונסתמא בג"ד מותר. אכן מדברי הנ"י פ' אחד ד"מ שכ' וז"ל דאי בד"מ פסול סומין לא אצטריך לעיני בחליצה מוכח דאפי' בדיעבד פסול דאל"כ איצטריך לעיני למיפסל דיעבד. אך דברי הנ"י שם תמוהין מאוד דבש"ס גמר פסול סומין מקרא דכולך יפה. ועוד דהא איצטריך לעיני למיפסל סומא בא' מעיניו דכשר בד"מ וכן תמה בס' קצה"ח. ונלע"ד כוונתו דאי נימא דחליצה בעי מומחין אף דלא כתיבי אלקים בחליצה ע"כ הוא מטעם דחליצה כד"מ דמיא כמבואר ביבמות ק"ד לענין חלצה בלילה וע"כ דממעטינן סומין מקרא דלעיני לא אתי למעט סומא באחת מעיניו דהא בסנהדרין ל"ד פירש"י והרי"ף דא"א לאוקמי הקישא דריבים לנגעים בא' מעיניו כיון דלילה כשר לג"ד וסומא בא' מעיניו עדיף מלילה ע"ש א"כ ה"נ בחליצה כיון דחלצה בלילה כשרה ע"כ הא דממעטינן מקרא דלעיני לסומא בב' עיניו אתי ולזה כתב הנ"י שפיר דאי ס"ד דגם בד"מ כשר סומין א"כ קשה הא דאמר בש"ס דהדיוטות נפקא לן מדאיצטריך קרא דלעיני וכו' הא נהי דמוכח מדאיצטריך לעיני דלא בעינן סנהדרין מ"מ אפשר דצריך מומחין כמו בד"מ דהא חליצה דמי לד"מ כמבואר ביבמות ק"ד ומ"מ איצטריך קרא דלעיני לפסול סומין ביון דבד"מ כשר סומין אלא ודאי דבד"מ ג"כ פסול סומין וא"ש הוכחות הש"ס דע"כ מדאיצטריך קרא דלעיני למעוטי סומין הא בלא"ה סומין פסילי דהא חליצה דמי לד"מ ומדאיצטריך קרא הרי גילה רחמנא דלא נלמוד חליצה מד"מ וממילא גם הדיוטות כשר בחליצה זו משא"כ בש"ס אי הוה אמרינן דבעי סנהדריז וע"כ הוא מטעם שכתבו התוס' משום דכתיב השערה ואז שפיר הוי ממעטינן אפי' סומא בעין אחת ולא קשה הא לילה כשר דדוקא במקום שהפסול סומא הוא משום שאינו רואה בטוב הוא ק"ו מלילה דכשר משא"כ הכא שהפסול הוא משום' שאינו ראוי להיות סנהדרין ולא שייך הק"ו מלילה כלל ושפיר קאמר הש"ס דאי בעינן סנהדרין ממילא פסול מקרא דכולך יפה. כנ"ל לפרש דבריו שלא יהו תמוהין כ"כ:

ג **אם העיד א' מהדיינים וכו'** נראה דאם ג' דיינים קבלו עדות והלך א' וצירפו אחר עמהן והעידו בפניו העדות שיקבלו שיכולין השנים להיות ג"כ דיינים אף שהעידו לפני

הב'. ואין שייך לומר בזה אין עד נעשה דיין. והטעם דבשלמא בעדות שהעידו על ראיית המעשה שלא היה ב"ד בשעת ראיה כגון ראוהו שנים או ג' בלילה כשהן נעשין דיינים הרי הן פוסקין הדין ע"פ עדותן שייך לומר אין עד נ"ד או מטעם דעדותו הוי עדות שאאי"ל כיון שהן דנין ע"פ עדותן או מטעם דבעינן ועמדו שני האנשים לפני ה' דהיינו שהקפידה רחמנא שהדיינים יהיו ע"פ העדות ששמעו מאחרים משא"כ הכא שאותן השנים לאו מצד עדותן הן דנין רק מכח העדות שקיבלו ושמעו מאחרים ודמי להא דסי' ל' סעיף י"ב שא' מכל ב"ד מצטרפים ואפילו למאן דס"ל דכל שהוזמנו להעיד פסולין לדון אף ע"י עדים אחרים אלמא דגזירת הכתוב הוא דלא יהא עד נעשה דיין מ"מ הכא נראה דמותר דהא ודאי אם היה אלו הב' כתבו הקבלת עדות בכתב במותב תלתא וחד ליתוהי וחתמוהו שנים ודאי דסומכין על כתבם ודנין על כתבם ואם נאמר דשנים שנשארו מב"ד של ג' אינן נאמנין רק מטעם עדות קשה הא הוי מפי כתבם דהא שנים דעלמא אם יכתבו עדותן בשטר שראו שנחקרה עדותן בב"ד ונגמר הדין בב"ד ודאי דלא מהני דהוי מפי כתבם ואלו ב' מהב"ד גופיה מהני אלא ודאי דב' שבאו מב"ד תורת ב"ד עליהן ונאמנים מטעם ב"ד ולא מטעם עדות וכן בקיום וכן בפס"ד כשמת אחד מהן כותבין וחד ליתוהי וא"כ כשב"ד אחר דנין ע"ז הכתב ומקבלין הכתב בתורת ב"ד ודנין עליה כן יכולין אותן הדיינין לצרף הג' שידון עמהם על אותו הכתב קבלת עדות שכתבו אלו השנים וכתבו בו וחד ליתוהי כי הג' שרואה המעשה ב"ד דן עפ"י מעשה ב"ד. ולפ"ז אם יכולין לדון אלו השנים בצירוף הג' כשכותבין אלו השנים בכתב קבלת עדותן כמו כן יכולין להגיד בפיהן ונאמנין מטעם ב"ד דהא יכולין לכתוב מה שאמדו בפיהם ויהיו נאמנין מטעם ב"ד ולא יהיה כתבן עדיף מפיהם ואפשר דכשמגידין לפני הג' לצרף עמו עוד שנים כמו בשעת קבלת עדות דאין זה מטעם עדות להיות נידון כקבלת עדות להצריך שלשה דכששומע השלישי מפיהן הוי כרואה בכתבן כיון שיכולין לכתוב: וראיתי בתומים סי' ל' ס"ק י"ז ובאורים ס"ק ל"א כתב דבשנים שנשארו משני בתי דינין שצרפו עמהן ג' כיון שצריכין להעיד בפני הג' אין עד נעשה דיין. אמנם זה אינו סותר לנ"ד דשאני התם דאותן השנים שבאו משני ב"ד אין יכולין לכתוב מעשה ב"ד על קבלת עדותן. כיון שלא קיבלו עדותן ביחד ועוד דנהי שנאמנין לומר שנתקבל עדות בפני הב"ד אף שלא שמעו הקבלת עדות ביחד מ"מ הוי כעדות מיוחדת כיון שכ"א מסייע לחבירו שראו קבלת עדות שזה חייב לזה אבל אין שום אחד מהימן לומר שהוא בעצמו מכלל הב"ד היה כיון שאין כאן שנים על זה דאין אחד יודע מחבירו כנלע"ד:

סימן ט

א **צריך להחזירו.** יש להסתפק בשוכר עדות שקר והעיד לו אם חייב להחזיר כשיתבענו כמו בשוחד. ונראה דאין חייב להחזיר דדוקא ברבית ושוחד דאמר רחמנא לא תקח ומאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עבד לא מהני בדאמר בהדיא ה"ט לענין רבית בתמורה דף ו' ע"ב ואביי דס"ל שם ג"כ דיוצאה בדיינין הוא מקרא דוחי אחיך עמך אבל בלאו קרא פטור וע"כ בשוחד דחייב להחזיר דליכא קרא הוא רק מטעם דרבא דאי עביד לא מהני והוי כלא לקח כלל וברשותא דמרא קמא קאי והאי דצריך קרא דוחי אחיך בריבית אין כאן מקומו משא"כ בשוכר עדי שקר דלא כ' רחמנא לאו על הלקיחה רק שלא להעיד שקר דמי לאתנן שנותן שכר בעד ביאה אסורה שא"צ להחזיר וקצת ראיה מהא דראש השנה ך"ב ע"ב ברש"י ד"ה מאתים זוז וז"ל ותהא רשאי לעכבן ואע"פ שלא השלמת תנאי שלך לשוכרך וכו' משמע דאם השלים התנאי מדינא א"צ להחזיר וזה ברור:

ב **כשיתבענו.** עט"ז דגם בריבית בעינן תובעו. ולכאורה קשה דכיון דשוחד ורבית מש"ה לא לקח עלייהו דהויין ניתק לעשה דבני השבה נינהו א"כ חייב להשיב כדי שלא ילקה כמו בכל ניתק לעשה דלקי בלא קיימו. וע"כ צ"ל דהוא מטעם שכ' התומים כיון דמדעתו נתן חזקתו מחלו כשאינו תובעו. ובזה נסתלק דברי בעל קצה"ח שכ' דכופין אותו שיאמר רוצה אני לתבעו ולמ"ש ליתא דחזקה מחלו. ומה שהביא ראיה מהמשנה למלך ג"כ לאו ראיה הוא כלל דשא"ה שכבר התחיל החיוב רק שתלח הזמ"פ בתביעתו וכמ"ש בעצמו. תדע דהא המ"ל שם כ' דהב"ד כופין את החייב בעצמו אפי' אינו רוצה לתבעו ובשוחד ורבית ודאי דאין הב"ד כופיין הדיין בעצמו ולדעת הגאונים דס"ל בי"ד סי' ק"ס דלא מהני מחילה ברבית ודאי דלא בעי תביעה דהא עיקר הטעם דפטור בלא תביעה הוא מטעם מחילה וכנ"ל. גם מ"ש בקצה"ח להוכיח דבריבית לא בעי תביעה מהא דב"ק נ"ד דמלוה רבית שהחזירו אין מקבלין ממנו ומחזירין לציי"ש ושם איירי בלא תביעה מדאין מקבלין ממנו דע"י תביעה מקבלין ממנו ואפ"ה מחזירין לציי"ש עכ"ל. אין ראיה כלל דאפשר דמיירי שתבעו פעם אחת ולא רצה להחזירו ואח"כ עשה תשובה ומחזיר. גם מ"ש לתרץ קושית הראשונים שהקשו בהא דאין ממשכנין חייבי חטאת כיון דלא ניחא ליה בכפרה כשאונסין אותו הוי כאנסוהו לקנות וכו' לא דמי כלל דבשלמא אנסוהו לקנות ליכא קבלת זוזי ובלא זוזי לא גמר ומקני אגב אונסא לחוד ואפילו מקבל זוזי כיון דהאונס הוא רק על הקנין דלא מהני משא"כ כשהאונס היא על המכירה אמרינן דאגב אנסי דזוזי גמר ומקנה ולפ"ז ה"ה בחייבי חטאות דודאי כל אדם ניחא ליה בכפרה אילו לא היה צריך להוציא מעות רק שיצרו של חמדת ממון תקפו שלא ליתן בהמתו

לצורך כפרה כעין שכ' הרמב"ם ס"פ ב' מהל' גירושין ע"ש ומחמת אונסו עד שתשש יצרו והקבלת כפרה שנחשב לזוזי דכמו שכתב התוס' דחיוב מצוה חשיב כקבלת זוזי ה"ה חיוב כפרה נחשב זוזי וכיון דעיקר אונס הוא על הקדש בהמתו וכפרה ודאי ניחא ליה רק ההקדש לא ניחא ליה וממילא כשאונסין אותו שיקדש בהמתו לחטאת כאנסוהו למכור דמיא וכיון שכתבו התוס' דחיוב הוי כקבלת זוזי גמר ומתרצה אגב אונסי דזוזי דמה לי חייב במצוה או שחייב בכפרה:

ג **הנוטל שכר לדון.** בכה"ג בשם מהרי"ט כ' ודוקא דין התלוי בשודא וכו'. ולפענ"ד נראה דחז"ל בטלו ממנו שם דיין והוי כטען חוץ לב"ד ויכול להחליף טענותיו וההודאה בפניו אינה הודאה דלאו דיינא הוא:

ד **שכר פעולה.** ואם לא התנה עיין סמ"ע וש"ך. ובס' קצה"ח כתב דזה הוי כאומר פרע חובי וכו'. ול"ג דשאני התם דאמר פרע והוו כאומר תן מעותיך משא"כ כאן דלא אמר רק דון לי ולא הזכיר כלל המעות ואפשר דניחא ליה למיעבד מצוה בממוניה ומחשב שכר מצוה כנגד הפסדה:

סימן יא

א **או לא רצה לבוא** לכאורה קשה דהא ע"ז א"צ השליח ב"ד להעיד דהא תיכף כשלא בא אותו יום מנדין אותו והשליח ב"ד א"צ להעיד רק שהגיד לבע"ד שיבוא ואפי' זה א"צ השליח ב"ד להעיד לחזקה עשה שליחותו כמבואר בסעיף ג' בהג"ה ובסמ"ע ס"ק י"ד וכן קשה במה שסיים המחבר עד שיבואו שנים ויעידו שמנע לבוא וכו' הא זה א"צ להעיד שהרי עינינו רואות אם בא או לא בא. וע"כ צריכים לפרש דהכא מיירי שהשליח ב"ד או השנים מעידין שהבע"ד השיב שאינו רוצה לבוא דאז מנדין אותו מיד ומש"ה על הוצאות ממון דהיינו על כתיבת הפתיחא בעי שנים אבל אם ראינו שלא בא מנדין אותו למחרתו וכותבין פתיחא ואין חוששין כלל שמא לא הגיד שליח ב"ד כי חזקה שליח עשה שליחותו ולא המרה פי ב"ד אף דחזקה שליח עושה שליחותו לא מהני להוציא ממון שליח ב"ד שאני וכ"כ בביאורים ס"ק ט' ודוקא על התשובה שהשיב הבע"ד אין שליח ב"ד נאמן נגד הוצאות ממון אבל על גוף השליחות אם עשה שליחותו סומכין על החזקה, אפי' נגד הוצאות ממון וכן נוהגין ששולחין כל התראות עפ"י שליח ב"ד לבד:

ב **ואם יש בהן מומחה.** עסמ"ע ס"ק י"א עד אבל מסידור לשון מור"ם וכו'. ואין להקשות דה"ל להוכיח בפשיטו' דאי נימא דאף במומחה לא סגי בהזכרת שם מומחה לבד רק ביום הקבוע לישיבת הדיינין א"כ אין חילוק בין מומחה להדיוט דביום הקבוע אפי'

בשלשתן שוין סגי בהזכרת שם אחד דזה אינו קושיא דהיינו יכולין לומר דיש נ"מ בין מומחה להדיוט לענין לכתחלה דבמומחה אף לכתחלה אין מזכירין רק שמו משום כבודו לזה הוכיח הסמ"ע דינו רק מהסידור לשון מור"ם מהא שכתב הרב הג"ה שלו על דין ראשון של המחבר דמיירי ביום שאינו קבוע משמע דבמומחה אף ביום שאינו קבוע מזכיר רק שם המומחה. ונראה דהאי מומחה הוא אפי' אינו מומחה לרבים במומחה לרבים לא היה הסמ"ע צריך לומר הטעם שכתב משום דהמזומן היה לו לחשוב שכר שלשתן וכו' הא בלא"ה הרי מומחה לרבים דן בע"כ של אדם כמבואר לעיל סי' ג' והיה מוכרח לבוא אף שהיה חושב שהמומחה לבד הזמינו לדין כנ"ל פשוט:

סימן יב

א **אחר שגמר הדין** עש"ך ס"ק ו' דדוק' פשר שהבע"ד מתרצין שהדיינים יעשו פשר לפי דעתן. והטעם נראה כיון דהבע"ד יודע שהו' זכאי כל מה שמגרעין מזכות נראה כהטיי' פשר. אבל פשרה שמפייסין הדיינין למחול סך כך מותר. וכן מסתבר דמה"ת יהי' אסור לפייס לא' שימחול לחבירו וכן כל הסוגי' דפשרה בג' ג"כ ע"כ מיירי בהכי דבפיוס ודאי אף ביחיד סגי:

ב **לגזור ולהחרים**. משמע דאם לא החרימו יכולין הקטני' למחר כשיגדילו כמבואר בכתובו' דף י"א גבי גר קטן ודוק' כשהב"ד מפשרין רק כדי להשקיט ממריבות אבל כשמפשרין עצמן עם בעה"ד בעד שבועה וכיוצ' זהו כקונין השבועה והב"ד או האפטרופס יש להן רשות למכור ולקנות בנכסי יתומים ומכרן וקנינן קיים וא"י למחות כשיגדילו תדע דהא מוכרין עבדים ומשחררין אותן ומותרין בבת חורין וכן בסי' רפ"ט בחלוק' קרקעות שא"י למחות כשיגדילו אף שמעלה בדמי' כמ"ש הרשב"א בחדושיו לגיטין פ' השולח ע"ש:

ג **צדדים להשמט** עיין תומים דכשיודע שהאמת אתו רק שהדיינים לא יאמינו לו מותר. ונראה דהיינו דוקא במקום שלא יהיה כרשע לפני הדיינים.

ד **כל זמן שלא קנו**. עיין בר"ן בחידושיו דדוקא כשקיבלו בק"ס על הפשרה ופירשו בפירוש שיהיה פ' ופ' פשרנים אבל אם קיבלו ק"ס בסתם על הפשרה א"י שלשה לעשות פשרה כל שלא קיבלו עלייהו ואם באו לשני ג' לדין וקיבלו ק"ס סתם על הפשרה הוי כפירשו על שמות הפשרנים. ועש"ך ס"ק י"ב שכתב דפשר שעושין הבע"ד בעצמן א"צ קנין. והיינו מהתובע למוחל כמבואר בתשובת מוהר"ם לובלין:

ה **מחילה א"צ קנין**. כתב הרש"ל דאם אמר התובע שהיה בדעתו למחול לו רק עכשיו תובעו שרוצה להתנקם ממנו דאין יכול לתובעו דמחילה במחשבה הוי מחילה וראיה מאשה ששהתה כ"ה שנים דמחלה כתובתה וכו'. ויפה השיג בקצה"ח ממ"ש מהרי"ט דלא אזלינן בתר המחשבה רק במקום דאיכ' אומדנ' דמוכח לכל העולם ע"ש. אמנם נראה דדוק' מחיל' על הדבר שכבר נתחייב לו לא מהני אבל בדור עמי או אכול עמי שאומר שהיה בדעתו למחול לו ודאי מהני מחשבתו דהוי כתנו למתנה בשעת מעשה. ופשוט:

ו **בקנין ובקנס**. עיין חלקת מחוקק וב"ש באה"ע סי' נ' סעיף ו' דוק' כשאומר לו שמקבל על עצמו בקנין ובקנס אבל אם אמר אם לא אקיים אשלם קנס הקנס הוא שובר על הקנין. ואז אפי' נעשה הקנס באופן שיש בו משום אסמכתא צריך לקיים הפשר או שיתן הקנס:

ז **ובנה זה קצת**. עסמ"ע ס"ק ך"ג. והן סתומים. ועיין תומים שכתב דמיירי במחולקים על מי לבנות הכותל המשותף שכ"א אומר שעל חבירו לבנותו ונתפשרו שיבנו אותו שניהם ומש"ה אף שהתחיל אחד לבנות לא הוי גילוי דעת להשני שנתרצה בפשרה כיון דלפ"ד בלא"ה על השני לבנותו מש"ה בעינן שגם השני יתחיל לבנות ואז איכ' גילוי דעת ששניהם מתרצין ע"ש והוא תמוה לפענ"ד דמה בכך שהתחיל דמ"מ יכול לחזור בו מהמותר דאטו אם נתפשרו בלא קנין שאחד יתן לחבירו מנה ונתן מקצת וכי לא יהיה יכול לחזור בו מהמותר ואפשר שכונתם על מה שכבר בנה א"י לתבוע ממנו החצי דהוי כמו שסילקו כבר:

ח **אא"כ אמרו דלא כאסמכת'** עש"ך ס"ק ו' שהניח בצ"ע. ובאמת הוא תמוה מאוד דממ"נ במאי מיירי אי לא הקנה לו בגוף המשכון לאו כלום הוא דמנה אין כאן משכון אין כאן כמבואר בסי' רי"ז סעיף י"ז ואי אמר זכה בגוף החפץ כפי שיאמרו הפשרנים אין לך קנין גדול מזה. דודאי אם נתן מעות או חפץ לחבירו ואמר יהי' שלך אם יאמרו הפשרנים קנה וכן אם זיכה ע"י אחר דהא בפשרה א"צ קנין דוק' אלא ה"ה באחד משאר דרכי הקניה כמבואר בסעיף ז' בהג"ה ואין קנין גדול מזה שהמשיך לחבירו או זיכה ע"י אחר לחבירו ואם כן למה הצריך לומר דלא כאסמכת' או מעכשיו ובס' קצה"ח כתב לתרץ קושית הש"ך והתומים דהא דמהני דלא כאסמכת' משום דלאו אסמכת' גמורה היא וכו' ולא הועיל כלום דמ"מ קשה מה שהקשיתי. והנה בגוף תשובת הרשב"א סי' אלף ל' כתב וז"ל אא"כ קנו ואמרו דלא כאסמכת' ע"ש. ונראה דמיירי שהניחו ערבונות לקיים הפשר ובאם שלא יקיימו יוחלטו הערבונות לשכנגדו ודומי' דסי' ר"ז סעיף י"ז וכונתו אא"כ קנו מידם על תנאי זה ואמרו דלא כאסמכת' כונתו שאמרו באופן שיועיל ע"פ דין שלא יהיה כאסמכת' וכן הוא הלשון בסי' ר"ז סעיף י"ז וז"ל המחבר שם אלא

יקנה לו בסודר דלא כאסמכת' והיינו ג"כ כנ"ל וה"נ כונתו כן או שיאמר מעכשיו דמהני גם כן וכן בסי' ר"ז שם מהני מעכשיו עבט"ז שם סעיף י"ז:

סימן יד

א **בד"א בשאר הדינים וכו'**. עסמ"ע ס"ק ו' מה שפי' בזה. ולפענ"ד דבריו צ"ע דמה"ת יהיה טענת שותפין גרוע משאר טענות דהא כששותף אחד טוען לחבירו שיש לו בידו משלו ואין רוצה להחזיר לו הוי כטענת גזולה. וכן קשה דמ"ש שכירות מטענות מזיק. לכן נ"ל דנקט שזה טוען וזה טוען היינו שטוענין על דבר שאין מוחזקין בו כגון זה טוען של אבותי וזה אומר של אבותי או האי אומר דידי והאי אומר דידי או ששניהם מוחזקין כגון שניהם אוחזין או מנה שלישי שאין כאן תובע ונתבע רק שניהן תובעין אבל במקום שא' תובע וא' נתבע התובע כחו עדיף מהנתבע דכל נתבע כמוחזק וא"ר להחזיר הוי כגזילה: וכן בגונ' דנקט הסמ"ע שהמלוה טוען הלויתיך סלע וזה אומר נתתי בידך משכון שוה ב' סלעים נראה דהלוה יכול לומר בתביעתי שיש לי עליך על המותר נלך לב"ד הגדול ודוחק לומר כיון דצריך לדון בעירו על המשכון שהוא כנגד ההלואה צריך לדון על הכל. ואף אם נאמר כך מ"מ נראה אם הלוה אומר אסלק חובך ואח"כ אתבע אותך בב"ד הגדול זה ודאי יכול לומר:

ב **וכן הדין בזה"ז**. קאי אלמעלה דבטענת ב"ד הגדול כתב שיש חילוק בין תובע לנתבע וע"ז קאמר דכן הדין בזה"ז שאין שם בדה"ג רק שיש מקומות וכו' והיינו בית הוועד ג"כ דינא הכי דהמלוה יכול לכוף ללוה ולא הלוה למלוה. ויש ט"ס בסמ"ע ס"ק ד' וכצ"ל בסמוך סעיף ד' וגם בס"ק ו' וכצ"ל ולא הטריחוהו לילך חוץ למדינ' וכו':

ג **ואע"פ שהוא קטן ממנו**. פי' בין המלוה בין הלוה יכולים לעכב עד שיתפשרו יחד על ב"ד אח'. ואם א"א להתפשר ישבו שניהם יחד והוי כעין זבל"א ואם שני הב"ד א"ר לשבת יחד אזי הנתבע כחו גדול כיון שא"א לכפותו כשאמר לב"ד זה אני רוצה ודעת הרא"ש שהביא הסמ"ע הוא דוקא מקטן לגדול יכול לדחות ולא מגדול לקטן ועפ"ר. והטעם דלעולם מומחה יכול לכפות לדין כ"ז שאין גדול הימנו ע"ש בפרישה. ונראה דאף שגם הגדול אינו מומחה דגמיר וסביר מ"מ כיון שאין גדול הימנו נקרא מומחה. ולפי זה גם בהדין שכתב הרמ"א בתשובה סי' ק"ד דבשהבורר של הנתבע הוא קרוב לבורר של התובע נפסל בורר של התובע דהנתבע כחו גדול בזה. היינו כשהבורר של התובע אינו גדול משל הנתבע אבל בלא"ה אינו יכול לדחותו לפי דעת הרא"ש אך כיון שלדיעה הראשונה יכול תמיד לדחותו והנתבע מוחזק יכול הנתבע לומר קים לי וממילא

יכול לדחותו תמיד אפי' מגדול לקטן כשהן בעיר אחת והטעם לזה דכשהן בעיר אחת ויכול לברר הטעות אין יכול התובע לטעון לגדול קאזלינן דהנתבע יכול לומר מה איכפת לך הא אם יטעו יתברר לך תיכף הטעות מפי הגדול כיון שהן בעיר אחת:

ד **חייב לפרוע**. עסמ"ע ס"ק ך"ח דוקא שנתחייב בדין וכו'. ועיין תומים שכתב דוקא כשרואין שהתובע נתחייב מחמת שהלך בערמה ומרמה אז פטור הנתבע אבל כשרואין שהתובע הלך בתמימות והיה סובר שהדין עמו והנתבע סירב חייב להחזיר הוצאותיו דלמה הי' לו לגרום היזק שלא לירד עמו לדין. ועש"ך ס"ק י' עד א"צ לשלם וכו'. אמנם במקום שגובין שלא בפניו רק ששולחין להודיע ללוה הלוה צריך לשלם כמ"ש הרא"ש פ' הכותב עיין שם:

ה **הוצאות לכופו**. משמע מדבריו דוקא מה שהוציא בערכאות לכופו לדין ישראל מחויב להחזיר אבל אם נתן שוחד בערכאות לדון לו שחייב לשלם אף אם דנו הערכאות כדין א"צ להחזיר אם לא שהיה לו תביע' בשטר וכשסירב הנתבע נתנו לו הב"ד פס"ד שלא בפניו שחייב לו כדין ואז נותנין לו הב"ד רשות לילך בערכאות שישלם לו ואז הוי הכפיה לקיים דין ישראל אבל כשהב"ד אינן יכולין לדון שלא בפניו שיהיה מחויב לשלם אז אין הב"ד יכולין ליתן רשות לילך בערכאות להוציא הוצאות לכופו לשלם כי אין יודעין אם הוא מחויב לשלם והוי כהוציא שלא ברשות ב"ד. ועסמ"ע ס"ק ך"ט באם כופר הנתבע שלא הזמינו וכו'. לא מיירי שתבעו הוצאות שהוציא בערכאות כי זה צריך שיברר שהיה ברשות ב"ד וכשמברר שנתנו לו ב"ד רשות ממילא יש בירור על סרובו רק שמיירי שהזמינו לפני ב"ד וסירב ונסע למקום אחר לב"ד אחר ועי"ז הוכרח התובע לנסוע ג"כ לשם ותובע ההוצאות מחמת שסירב לעמוד לב"ד ראשון:

ו **אין אומרים שישבע וכו'**. ועיין תומים שהקשה הא כל ניזק נשבע ונוטל וה"נ ניזק הוא שהרי גרם לו היזק. ולפענ"ד לא קשה מידי דשאני התם שנזדמן באקראי ולא היה אפשר לברר משא"כ הכא דיכול לעשות ע"פ בירור ההיזק שגורם לו ואם א"א להוציא הוצאות ע"פ בירור יכול להוציא ע"פ שומת ב"ד. אמנם אם א"א לברר ולא ע"פ שומ' באמת הדין עם התומים שנשבע ונוטל כשאר כל הנזקין. ועש"ך שצריך בירור ושומא וכו'. אמנם אין צריך לברר רק עניני הוצאות שהוציא כגון כמה שלוחים שלח וכמה נסיעות נסע ואז אפי' אינו מברר כמה מעות שנתן יכול לומר בפחות שבשומו' כמו בסי' שע"ה ע"ש:

סימן טו

א **אבל אם קרובו וכו'**. עיין תומים שהקשה דהא בשבועות אמרי' שלח ר"י לר"נ עולא ברי' דרב עלאי וכו' וא"כ הרי היה אביו ת"ח ואין לך קרוב יותר מאביו וכו' ע"ש: ולפענ"ד לק"מ דדוקא כשקרובו הוא בחיים ואיכא כבוד קרובו אבל אחר מיתת קרובו לא שייך כבוד תורה דאין סברא דכשיב' אחד לדין לחקור אחר יחוסו: עוד כתב האו"ת ראיה דבנתבע ת"ח אין בו דין קדימ' מהא דשבועות שם דשלח עולא חברינו עמית בתורה למאי נ"מ לאקדומיה א"נ לשוד' וכתבו התוס' שם דמיירי שכנגדו היה ג"כ ת"ח ואם כן קשה דהא בלא"ה הוה לו דין קדימ' משום השכנגדו שהיה ת"ח ועכצ"ל דהשכנגדו היה נתבע ולא היה לו דין קדימה בשביל זה וכו'. ואי משום הא לא ארי' די"ל דמיירי שהכנגדו טען ע"י מורשה דאז אין לו דין קדימה כשפתחו ליה בדינ' כמ"ש באורים ס"ק ו'. ועוד נראה דבנתבע ת"ח כיון דהטעם משום זילות' דב"ד או משום בלוי זמן ובמורשה של הנתבע לא שייך זה:

ב **יש לדיין לדון וכו'**. לשון הרמב"ם הביאו הטור יש לדיין לדון בד"מ ע"פ הדברים שבדעתו וכו' א"כ למה הצריכה התורה שנים עדים שבזמן שבאר העדים לפני הדיין ידון על פיהם אע"פ שאינו יודע אם העידו אמת או שקר וכו'. ולכאורה תימא דהא אפי' ראה כשנעשה עד אינו נעשה דיין ואין לך אומדנא דמוכח גדול מזה שהוא בעצמו ראה המעשה ואפ"ה אסור לו לדון ונראה דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא. תדע דאמרי' בכתובות פ' הכותב. קרענא ס"ד אלא מרענ' או לענין מיפך שבועה אבל לענין להוציא ממון אין שום הוה אמינ' כדאמרינן שם קרענ' ס"ד. והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים. נראה דוקא אומדנא שהוא אומדנא לכל העולם כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם ובדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות כמ"ש התוס' ביבמות ר"פ האשה רבה אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב כנ"ל:

סימן יז

א **אין לדיין לפסוק יותר**. עסמ"ע וש"ך שתמהו ע"ז דהא עיקר הראיה של הד"מ מהא דב"ב ה' דאמר ליה ואי לא דיינינ' לך וכו' והתוספ' כתבו דלא להפחידו אמר כן א"כ היאך אמר ליה דיינינ' וכו' הא אסור לפסוק יותר ממה שתבעו. ודחקו הרבה בזה. והש"ך כתב דהר"ב מיירי בסתם אז תולין לומר שאינו טועה רק שמוותר ומוחל נגדו ובתי' דקושי' דחק מאוד ע"ש. ובתומים תירץ מדאמרו בש"ס אתא לקמיה דרבא ולא אמר

אתו לקמיה דרבא משמע דרוני' בעצמו אתא לקמיה דרבא ואמר לו רבא שיתן לו הדבר מועט שרוצה דאי לא פי' שיבוא רבינא לפניו ויתבע יותר יפסוק לו כפי שיתבע דהלכה דחייב ליתן לו החצי מכפי מה שגדר ומזה הוכיח הרמ"א דינו מדלא אמר לרוניא שהוא גזל בידו אף שרבינא תובע ממנו בפחות אלא ודאי דתולין במחילה. ולדידי קשה הדבר טובא דמאי שנא מהא דב"מ דף ס"ג דכשהוא בכדי שהדעת טועה לא תלינן במחילה ומתנה רק בטעות ואין לך בכדי שהדעת טועה יותר מד"ת בזה"ז שנתמעטו הלבבות. ומכ"ש בעם הארץ שאינו יודע בשום דין והרב לא חילק כלל בין ת"ח לע"ה. ויותר תמוהין דברי הסמ"ע שסובר דאפי' ודאי טעה בדין הוי מחילה והוא תמוה מהא דכ"מ ס"ג דשם מסיק דרק בזביני מחילה בטעות הוי מחילה מטעם שכתבו התוספות דניחא ליה למיקם בהימנותא או מטעם שכתב הרא"ש שם דבמקום שהוא יודע בודאי שנותן את שלו לחבירו שיהיה של חבירו אף שהוא מחמת טעות בדין שאם היה יודע הדין היה חוזר בו הוי מחילה אבל באונאה שא"י כלל אם נותן לו את שלו לא הוי מחילה מטעם דלא ידע דמחיל וא"כ ה"נ ממש להא דמי דמה לי אם טעה בשווי המקח וסובר שהוא של חבירו מחמת המקח או שסובר שהוא של חבירו מחמת שטועה בדין כיון שא"י אם יש לך דבר ביד חבירו כלל. וראיתי כתומים שהקשה דמאי ראיה מייתי הרב לדינו מהא דרוניא שרבא לא פסק לו יותר הא רבא ס"ל דמחילה בטעות הוי מחילה משא"כ לדידן דקיי"ל דלא הוי מחילה. והלך בעקבותיו בעל קצה"ח והקשה ג"כ קושיא זו, דאין ראיה מהריב"ש דהריב"ש ג"כ ס"ל דמחילה בטעות מחמת הדין הוי מחילה ע"ש ולפענ"ד ליתא לדבריהם דזה דמי ממש לאונאה דלא ידע דמחיל דהא אינו יודע כלל אם יש לו איזה דבר ביד חבירו. לכן נלפענ"ד דדוקא במקום שלפי הדין הוי גזל תחת ידו אם אינו מחזירו ודאי דחייב להחזיר וגזל הוא ת"י כשאינו מחזירו ואף שחבירו אינו תובעו תלינן בטעות שאין לך בכדי שהדעת טועה יותר מדין ודוקא בהא דרוני' ורבינא במקיף את חבירו בגדר דשם אם יתחייב ליתן לו כפי מה שגדר הרי יהיה הגדר החצי של דוני' כיון שפרע לו החצי משא"כ כשלא ישלם לו רק אגר נטירה לא יהיה לו חלק בכותל. והנה הנ"י ריש ב"ב במתני' דסמך לו כותל אחר דמגלגלין עליו את הכל כ' וז"ל וא"ת במה קנאו דמחייבין אותו וי"ל לפי שבנאו על מקום שניהם היה בדעתו שיזכה לו חצירו כשירצה ע"ש ולפ"ז לא היה רוניא מתחייב ליתן לרבינ' רק כשנתכוין לכך מתחלה. וכן לפמ"ש הרמב"ן בחי' דף ד' במתני' דהמקיף את חבירו שהחיוב הוא מטעם יורד לשדה חבירו שלא ברשות: והש"ך בסי' שצ"א ס"ק ב' כתב דהיורד לשדה חבירו אינו חייב כי אם כשנתכוין להשביח לחבירו ע"ש. ולפ"ז אף אם היה רבינ' טועה בדין

מעיקרא ולא נתכוין להקנות לרוניא הכותל כשיראה כענין שכתב הנימוקי יוסף כנ"ל אין רוניא מתחייב לשלם לרבינא ואפי' אם היה רבינא מתכוין להקנות הכותל לרוני' כשישלם מ"מ כ"ז שאין רבינא תובע לרוניא לשלם לו בעד חצי הכותל אין שום גזל תחת יד רוני' כי הרי כ"ז שאין רוניא משלם לרבינא הרי הגדר הכל של רבינא ואין לרוניא חלק בהגדר עד שמשלם ובזה ודאי דאין הב"ד מחוייבים להודיע לרבינ' דיכול לכפותו לרוניא למכור לו ח"ה כיון שכ"ז שאין כופהו אינו מתחייב לו וליכא גזל תחת ידו וכמו כ"ג באותן הדברים שבני המבוי ובני החצר כופין זה את זה אין הב"ד מחוייבין להודיע רק במקום שיש גזל ת"י אז הב"ד מחוייבין להפרישו וכן בעובדא דריב"ש לא היה שום גזל מש"ה אין הב"ד מחוייבין לפסוק יותר ולא להודיע כלל לבע"ד. ובזה מדוקדק לשון הרמ"א שכ' וז"ל והדיין רואה שיתחייב לו יותר וכו' לא כתב והדיין רואה שהוא חייב לו יותר ועכצ"ל בכוונתו דדוקא במקום שעכשיו אינו חייב לו כלל רק שהדיין רואה שבאם היה תובע היה נתחייב לו יותר כמו בעובד' דרבינא ורוניא שקודם תביעת רבינא לשלם לו בעד חצי כותל אין רוניא מתחייב לו כלל רק שרואה הדיין שבאם יתבענו יתחייב לו יותר אין לדיין לפסוק ולומר שמחוייב אתה ליתן להתובע יותר אם ירצה לתובעך יותר. וכן בעובד' דריב"ש ג"כ הענין הוא כך להמעיין אבל במקום שיש גזל ת"י אע"פ שאינו תובעו מחוייב להחזיר והב"ד צריכין להודיע להנתבע שגזל הוא ת"י כשאינו מחזיר דתלינן בטעות. והשתא לא קשה נמי מה שהקשה הסמ"ע דכונת רבא במה שאמר זיל פייסי' במה דאיפייס ואי לא דיינינ' לך וכו' לא היה הכונה במה שאמר ואי לא דהיינו שלא תרצה ליתן דיינינ' לך משום קנס דודאי רבא היה יכול לכופו בשמת' כמ"ש התוס' רק הכוונה במה שאמר ואי לא היינו כשלא נתפייס ויתבע שתשלם לו בעד חצי הכותל כמו שהתחיל לתובעך רק שנתרצה באגר נטירא מחמת שלא ידע אי מינח ניח' לך אבל השתא שגלית דעתך וירצה לתובעך אפסוק כהלכה שתשלם לו הכל ואין לומר דילמא לא נתכוין להקנות מעיקרא חצי כותל דז"א כיון דמעיקרא התחיל לתובעך בחצי כותל ודאי הקנה לך מעיקרא רק תיכף אין אני יכול לפסוק שתשלם החצי דשמא אף אחר שגלית דעתך אינו רוצה לתובעך יותר מאגר נטיר' מש"ה איני יכול לפסוק יותר:

ב **הוי טעות בדין וחוזר** עש"ך ס"ק ט"ו שכתב דעיקר הטעם דאין פוסקין יותר הוא משום דמספיק' אינו מוציא ממון דמחזקינן ליה במחילה. ומהאי טעמא פסק בס"ק י"ז דאם כבר הוציא ממון דיכול לומר שהיה מכח טעות כיון שהוא מוחזק וכו'. ונראה דאפי' לא הוציא הדיין עדיין ממון והוא חוזר וטוען לפני ב"ד המותר שמגיעו לו עפ"י הדין ואומר שמה שתבע מקודם פחות היה בטעות דיכול לחזור ולטעון והב"ד פוסקין

לו אח"כ גם המותר לא מיבעיא אם הוא בתביעת קרקע שאפי' אם הקנהו לו בפי' יכול לחזור בו קודם שנעשה קנין המועיל א"כ ה"נ אפי' אם נאמר כדע' סמ"ע דודאי מחילה הוא מ"מ הוא יכול לחזור בו קודם שעשה קנין אלא אפי' במטלטלין שאם היה מוחל בפי' לא היה יכול לחזור מכל מקום כיון שכתב הש"ך דהכ' אינו אלא ס' מחילה נאמן לומר שהיה מחמת טעות דהא בב"מ דף ס"ז גבי' מוכר דבר שלא בא לעולם או באסמכתא דייק מיניה דמחילה בטעות הוי מחילה ושם נאמן לומר שמחל בטעות ולא מחזקינן ליה שהיה ידע הדין ומחל ונאמן לומר שבטעות מחל רק דהש"ס מסיק דבזביני מחילה בטעות הוי מחילה ועיין בתוס' שם הטעם והכא לא שייך זה וק"ו הוא מה התם שנתן לו כבר ויכול לטעון שבטעות היה מכ"ש הכא שעדיין לא נתן לו רק שטען לפני ב"ד פחות שיכול לטעון שבטעות טען כך ונאמן ע"ז דהא אחר נתינה א"י לטעון טעיתי כמבואר בסי' פ"א כן נראה לי ברור. והש"ך לא כתב כן רק אם אינו טוען כלום שהיה מחמת טעות דין אפ"ה אם כבר הוציאו ממון אין חוזרין ומוציאין. ולפמש"ל בס"ק א' אין נ"מ בזה ע"ש:

סימן יח

וסלק וכו' עש"ך ס"ק ה' אם יודעים אם יוכל להסתלק וכו'. ולבבי לא כן ידמה דהא מדקתני ד"מ דנין ביום וגומרין בלילה והיינו לומר פ' אתה חייב דזה נקרא ג"ד בכל דוכתי ולמד זה מקרא משמע דאי לאו קרא אפי' ג"ד היה אסור בלילה א"כ כיון דקתני ד"מ בשלשה ולא קתני דגומרין בשנים משמע דאף הגמ"ד דהיינו לומר פ' אתה חייב בעי שלשה משום דילמא חזו זכות' ויאמרו בשעת גמר דין כמבואר בשבת דף י' לענין גמר דין קודם מנחה וכ"פ בתומים וכן עיקר:

סימן כ

א **אע"פ שמצא אח"כ אינו כלום** עסמ"ע ס"ק ג' דאמרי' עדי שקר הן ששכרן וכו'. ולפ"ז נראה דהעדים נפסלים נגד תובע זה דאם מוציא עוד שטר בעדים אלו אף על איש אחר הן פסולין כמבואר בכתובות מ"ד בד"ה לאורועי סהדא ע"ש אמנם בתומים כתב דהאי ששכרן לאו דוקא רק הודה שהעדים טועין דנגד הודאת פיו אמרי' שהעדים טעו ושלא במתכוין משקרים וכו' ע"ש ולפענ"ד א"א לומר כך דמוכח מהא דכתובות מ"ד הנ"ל ומה לי שמגידין בבית דין תלינן בטעות ומה לי שחתמו בשטר הא שטר ג"כ לא הוי רק כנחקרה עדותן בב"ד ונתלה גם כן בטעות. ונידון מה שהקשה התומים דא"כ אם ראובן

תובע לשמעון מנה ואמר שאין לו ראיה ואח"כ הביא עדים דנפטר שמעון ואח"כ תבע שמעון לראובן בתביעה אחרת בעדים אלו ג"כ א"י לגבות דממ"נ אם העדים אמת הרי חייב לו מתביעה ראשונה ואם שכרן הרי הן עדי שקר שהעידו שקר בב"ד וא"י להוציא אחר כך בעדותן ולא מצאנו כן בפוסקים עכ"ל ולפענ"ד בהא ודאי דיכול להוציא מהן דהא מבואר בסי' ע"ט סעיף א' בלוה שאמר לא לויתי והביא המלוה עדים שלוה ופרע דחייב לשלם אף שהלוה והמלוה אומרים שלא פרע והרי אומר שעדי שקר הן שמעידין שקר לפני ב"ד ומ"מ סמכינן אעדותייהו שאומרין שלוה ועכצ"ל דהבעל דבר אינו פוסל העדים נגדו רק בשמודה דבר שהוא לחובתו דנגד חובתו הודאתו כמאה עדים דמי ולזה פוסל העדים המכחישין הודאתו ואומרין זכותו ופסול אפי' לעדות אחרת נגדו אם רוצה להעיד לזכותו אבל כשהוא אומר זכותו ועדים מכחישין אותי ואומרין חובתו אינו פוסל העדים כלל ויכול להביאן לעדות אחרת דאלת"ה א"כ כל לוה שאמר לא לויתי והעדים מעידין שלוה יפסלו העדים נגד לוה זה לעדות אחרת דהא אומר שהעידו שקר א"ו במה שאומר מה שהלא זכות לו אינו פוסל העדים אדרבה העדים מכחישין ופוסלין אותו ולזה נראה דכשהמלוה אומר מאתים ועדים מעידין מנה גובה מנה ודוקא כשהוא תובע מנה והעדים מעידין ר' פוסל העדים ואינו גובה כלל מש"ה אף שהמלוה אומר שלוה ולא נפרע והעדים מעידין שלוה ופרע והלוה אומר שלא לוה ולא פרע מקבלין העדות שאומרין לוה שהמלו' לא פסל אותם נגד עדות אחרת כלל רק הלוה פסל אותם במה שאומר לחובתו שלא פרע והעדים מעידין שפרע וכן נמי אין הלוה יכול לומר ממ"נ אם העידו שקר במה שאמרו שפרע גם מה שהעידו שלוה אינן נאמנין כדמוכח בב"ב דף ל"א דאי איתכחשו באכילה נם עדות אבהת' בטלין לרב חסד' שם דס"ל דהעדות המוכחשת פסולין לעדות אחרת וכיון דמכח הכחשת בע"ד נפסלו לעדות אחרת כדמוכח בכתובות מ"ד הנ"ל א"כ נפסלו ג"כ על העדות שמעידין שלוה אלא ודאי דמה שמעידין לחובתו נאמנין וא"י הלוה לומר ממ"נ דאי עידי אמת הן הרי מעידין שפרעתי דנגד מה שמודה בעצמו לחוב לעצמי לא מהני טענת ממ"נ דאולי הודה ומחל אבל לזכותו לא מצי שוב להביאם דתלינן נגדו לגריעותא במה שנוכל לספק ואמרינן דהרי הודה שפסולין הן דאימר הודה שבשקר העידו. מש"ה ה"נ שמעון יכול לתבוע את ראובן בתביעה אחרת כיון שהוא לא פסל אותם קודם רק שהלוה פסל אותם מעיקרא כשאמר אין לי ראיה שאמר לחובתו אבל הלוה לא פסל אותם במה שאמר דבר לזכותו ואמר לא לוה והעדים הכחישוהו ואמרו לוה כמו שמקבלין העדות שמעידין לוה ופרע אף שאין מאמינין להן שפרע מאמינין להם במה שמעידין שלוה וגם אינו יכול לבוא עליו ממ"נ כנ"ל:

ב **וחייבוהו** לאו דוקא חייבוהו אלא אפי' אם נראה שיתחייב בו וכמו שיתבאר בסי' פ' ע"ש:

ג **או שהיתה דסקיא של אביו מופקדת וכו'** בתומים כתב דאם יש לו עדים בכאן שי"ל ראיה במדנ"ה דא"י לסתור דינו מטעם דהיה לו לומר כן קודם שיש לו ראיה במדנ"ה והב"ד היה מאמינין לו כיון שיש לו עדים ומדלא אמר כך הוה כהודה שאין לו בשום מקום ראיה ולענ"ד ל"נ כן דמה שהביא ראיה מתשובת הרא"ש אפשר לומר כתי' שתי' הכנה"ג דמיירי דשאלוהו אם יש לו ראיה בשום מקום. ועוד נראה דמיירי דשאלוהו אם יש לו עוד טענות והשיב שאין לו ואח"כ רצה לטעון טענות אחרות רק שטענו אח"כ מחמת שלא ידעו מהזכות שיש לו במקום אחר ולכך לא טען וזה אינו מועיל דיורש יכול לטעון לאידעתי אבל ענייני קהל הוא מפורסם אף שהם לא הפקידו בעצמם דמי קצת ליורש מ"מ ענייני הקהל הוא מפורסם לכך אינן יכולין לומר לא ידענו:

סימן כב

א **מי שקיבל**. עש"ך ס"ק א' שמסיק כהג"א דבנאמן עלי אבא בעינן דוקא שיקבל עליו כן בפני ב"ד של שלשה כשרים. ומוכח דינו מירושלמי. והעיקר כהתומים דמוכח מהנ"י ספ"ק דב"מ שכתב בשם הרשב"א והר"ן דהא דקאמר בירושלמי בב"מ בפני ב' יכול לחזור בו הוא פיסק' ואין קאי כלל על קרוב או פסול רק על דיינים כשרים דכשטען בפני ב' יכול לחזור בו ולדון בשני אחרים ובשני ג' אחר שטען בפניהם א"י לחזור ולדון בשני אחרים גם מה שפליגי בירושלמי שמואל ור' יוחנן אר"ל קאי על ר"מ דשמואל ס"ל בנו"נ דהיינו ג"ד אפי' ר"מ מודה דא"י לחזור בו דפלוגתייהו היא רק לפני ג"ד ור"י ור"ל ס"ל דאפי' נשא ונתן יכול לחזור בו לר"מ דפלוגתייהו היא אפי' לאחר ג"ד וכמו דסבירא ליה לר"י בש"ס דילן ואם כן אינו ענין לדינו של הג"א וכן עיקר. וכן משמע לעיל בסי' ה' גבי לילה שכתב הסמ"ע הטעם דהוי כקיבלו עליהו רק בכמה דוכתי ולפי הג"א א"כ יכולין לחזור ולהחליף הטענות ביום דהא בלילה לאו זמן ב"ד הוא לכן העיקר כהתומים דאין חילוק כלל וכדמוכח מדברי הטור והמחבר והסמ"ע שלא חילקו בזה. ועוד נרא' לפענ"ד דהג"א והנ"י ור"י לא פליגי כלל דהא קשה בדברי הנ"י שמחלק דבפני ב"ד אפי' קודם גמר דין אין יכול לחזור בו מנין הוציא חילוק זה בשלמא בהג"א יש לומר שהוציא כן מירושלמי אבל הנ"י אין לו שום מקום להוכיח דינו ועוד קשה במה שמסיים הנ"י אבל א"ל כן בפני ב"ד מיד כשקיבל הלה לישבע ה"ל כאלו צוו לו ב"ד כן עכ"ל וקשה דאם כן בנאמן עלי אבא דלא שייך סברא זו דה"ל כאלו צוו לו בית דין כן מה"ת יהיה קיים

ואם ס"ל מסברא דמה שאומר בפני ב"ד קיים ואינו יכול לחזור בו אם כן גם בשבועה למה לי לטעם דהוי כאלו צוו לו ב"ד לכן נראה לפענ"ד דהג"א מיירי בנאמן עלי אבא להיות דיין דבקיבלו להיות עד לא משכחת בחוץ לב"ד לגמר הדין רק במציאות רחוק דמסתמא הב"ד לא קיבלו עדות העד פסול אם לא ששמעו מפיו שנתרצה להיות עד אלא ודאי דלא מיירי ההג"א רק בקיבלו לדיין. ובודאי מה שכתב האו"ת דכשקיבל הפסולים לדון וטען לשניהם הרי נעשה ב"ד והוי כקבלה בב"ד ומה שכתב גנ"א דקבלה חוץ לב"ד לא מהני מיירי כיון שגמרו הדין אח"כ שלא בפניו כגון במקום שיכולין לדון שלא בפניו כגון בשטר באופן המבואר לקמן סי' ק"ו ע"ש וכיוצא בזה ובזה ודאי צדקו דברי הג"א דלא מהני הקבלה חוץ לב"ד והנ"י מיידי בקיבל פסול להיות עד בזה צדקו דברי הנ"י דאפי' למאן דסבירא ליה דאפי' בעדות לא מיקרי גמר דין כשהעידו מכל מקום כשקיבל כן בב"ד ודאי מהני דמה לי אם אמר אשלם כשיתבע שכנגדו דמיחשב כגמר דין מטעם שכתב הנ"י דהוו כאלו צוו לו ב"ד כן ומה לי אם אמר אשלם כשיאמר אבא שלויתי אצלו. כנ"ל לפרש שלא יהיה מחלוקת ביניהם. אבל העיקר לדינא כדעת התומים כנ"ל:

ב **בדיין אחד.** עסמ"ע ס"ק ה' עד הרי הוא דן ע"ש הטענות והודאות וכו'. מיירי שקנו מידו כמבואר בתשובת הרשב"א שם אבל בלא קנו מידו אין ההודאה בפניהם חשיבא הודאה:

ג **דאיכא תרתי לריעותא** עסמ"ע סק"ו אם קיבל עליו כשר א' במקום ג' ועש"ך שכתב דהוי תרתי לריעותא ובס' קצה"ח כתב כיון דיחיד מומחה דין יחידי לא הוי רק חדא לריעותא דהוי כקיבל עליו יחיד הדיוט במקום יחיד מומחה. ואף שקיבל עליו במקום ג' אין הדבר תלוי בלשון וזהו דעת התומים בסי' כ"ה ע"ש ולפענ"ד ליתא דהא ודאי דחלוק דין יחיד מומחה מג' הדיוטות לענין שיהיה ההודאה בפניו הודאה ולקבל עדות ושלא להחליף הטענות כמבואר בסי' ג' וכיון שקיבל עליו היחיד שיהיה דינו כג' לכל הנ"ל הוי תרתי לריעותא וממיל' בטל הקבלה מכל וכל. גם מה שכתב בס' קצה"ח לסתור הראיה שכתב התומים מג' רועי בקר וכתב הוא דש"ה דליכא רק חדא לריעותא דהא בחד גמיר סגי לא דק דרועה פסול מטעם רועה. ועיין תומים שכתב דבקיבל עליו אשה קרובה הוי תרתי לריעותא . ולפ"ז אם קיבל עליו קרוב שהוא פסול ג"כ הוי תרתי לריעותא אף שלבי מגמגם בזה מ"מ אין לזוז מדבריו בלי ראיה: עוד כתב באחד שאמר לחבירו אשתך תהא נאמנת שלא פרעתי לה ואמרה שלא פרע דלא הוי כג"ד דדוקא בעדות הוי ג"ד כשאמר כיון שאינו חוזר ומגיד מה שאין כן בבע"ד וכיון דקיי"ל בסי' ק"ד דאם פרע לאשת המלוה דנפטר בזה הוי היא הבע"ד דלא הוי ג"ד בהגדתה ודוחק והעיקר כהב"ח

שכתב דהראב"ן שכת' דין זה פליג וסבירא ליה דלא מיקרי ג"ד כשהעידו. ובלאו הכי נראה בפשיטות דלא מהני דהא הוי כקיבל קרוב במקום ב' עדים דהוי תרתי לריעותא דלא מהני בלא קנין:

ד **ישבע שלא קיבלו.** עש"ך ס"ק י"ג עד דאין לך כפירת ממון גדול מזה וכו' נראה דמיירי אחר שנגמר הדין ונתחייב ממון אבל בקנו מידו קודם ג"ד אין בו משום כפירת ממון דמי יודע אם יחייבוהו דיין זה יותר מחבירו. ופשוט:

ה **אם כבר דן** עש"ך ס"ק ט"ו עד כיון דהקנין אינו כלום במה יתקיים הדין שלא יכול לחזור וכו'. פי' דבקבלת עכו"ם שיהיה דיין הוי תרתי לריעותא דהוי כקיבל פסול כשלשה ממילא נג"ה לא מהני לענין קודם הפס"ד ובעי קנין ולזה מקשה הש"ך דכיון ד ה קני ן אינו כלום במה יתקיים הדין וכו':

ו **אלא הריני משלם** עש"ך ס"ק י"ז דאם אמר לפני ב"ד אשבע דהוי כאלו אמר אקיים הדין ולא הוי כקיבל עליו רק לישבע ולא להפך וכו'. ופשוט דזה דוקא בשבועה דרבנן אבל בשבועה דאורייתא שמן הדין אינו יכול להפכה ואמר השבע וטול וקיבל עליו ואומר אני נשבע א"י לחזור בו כיון שמה שקיבל עליו לישבע היה בדבר שלא מן הדין אבל במלוה בשטר שהיפך השבועה על הנתבע שבועת היסת וקיבל עליו יכול לחזור ולהפוך אחר שיצא מב"ד כיון דההיפוך ע"כ היה בענין שאמר הריני כמלוה ע"פ והשבע היסת ובשעת קבלה קיבל השבועה על עצמו כתביעת ע"פ הוי כאמר אקיים הדין מש"ה יכול להפכה וע' בס' קצה"ח מ"ש ליישב סוגיא דפ' הכונס (בבא קמא דף נ"ז) ומה שאומר התם דילמא כר"מ ומחלוקת לפני ג"ד וכר"ל וכו' א"א לומר כן דהא הסוגיא הוא אליבא דרבי חייא בר אבא אמר ר"י דכך הוא שקל' וטרי' של הסוגיא שרצה להוכיח מר"י דס"ל דשומר אבידה שומר חנם מדמחייב כפל בטוען טענת גנב ודחי דלעולם ס"ל לר"י ש"ש ומשכחת בטענת לסטים מזויין דגנב הוא ומייתי המדחה ראיה לדבריו דגנב הוא ודחי דילמא כרבי מאיר ס"ל ולפי דבריו עדיין מר"י גופיה מוכח דהא ר"מ גופיה ס"ל דלאחר גמר דין מחלוקת וא"כ ע"כ מי ס"ל דגנב הוא וממילא מוכח דמי ס"ל דשומר אבידה ש"ח אלא ודאי צ"ל לפירוש הרא"ש דס"ל דבאמר הריני משלם לא מקנה ליה כפיל' משום דיכול לחזור בו ע"כ צ"ל דלא טען מקודם טענה לפטור רק שאמר תיכף הריני משלם ואיני נשבע דאז לכ"ע א"י לחזור בו דאין חוזר וטוען מחיוב לפטור דהוי כהגדה מעיקרא ומי ס"ל בסנהדרין לאחר ג"ד מחלוקת אלא ודאי דאם אמר תיכף הריני משלם לפני ב"ד ולא טען שום טענה לסטור א"ע ודאי דאין יכול לחזור ולטעון מחויב לסטור לכולי עלמא:

ז **לא יוכל לחזור.** עש"ך ס"ק ך' יש בסופו ט"ס וכצ"ל ואפשר הב"י דוקא במעשה שלו ספק כן שכבר נשבע ולא שייך לומר מי יימר דמשתבע גם בנק"ח אבל בעלמא אפשר דגם הב"י מודה לדינא כמו שכתבתי ועוד דהא מ"מ הוי דבר הגורם לממון ולא ממון. עצמו כנ"ל ובהאי ועוד מקשה על דינו של הב"י ג"כ הנהו דלא שייך בו מי יימר דמשתבע מ"מ לא הוי רק דבר הגורם לממון ולא ממון עצמו כיון שאין כפירתו על גוף הממון כנ"ל:

סימן כג

א **נסתלקו מלפניו** בס' קצה"ח הקשה דהא כיון שאחצר פלוני חכם זיכה לי הקרקע והחכם מכחישו אינו נאמן כמו בפ' חכם טיהר לי הכתם ואישתכח שיקרא. ותי' דמ"מ בהא שלא זיכה לחבירו נאמן ומזה יצא לידון בדבר החדש דיכול הדיין לחזור ולעשות שוד' מחדש ולית' דשם גבי פ' חכם טיהר הכתם או תיקן הכרי אין האשה נאמנת רק מטעם עד וגם החכם נאמן מטעם עד דעד אחד נאמן באיסורין ושפיר כיילי הפוסקים דכל מי שיש לו נאמנות מטעם עד ואמר עדות משם אחר והאחר מכחישו בטל עדותו ועדות החכם לא נתבטל ממילא נשאר נאמנות החכם דעד א' נאמן באיסורין ואף שנוגע אח"כ לכתובה שהוא ממון מ"מ עיקר העדות הוא באיסורין משא"כ הכא כיון ששניהם מודים שכבר נפסק הדין והקרקע של א' והמוחזק שאומר לי זיכה והקרקע שלי לאו מטעם עד נאמן רק מטעם מוחזק והחכם אינו נאמן להוציא מיד המוחזק ממילא המוחזק נאמן וכן במקום שאין אחד מוחזק דהדין כל דאלים גבר אין החכם נאמן לקלקל הדין דכד"ג דע"א אין לו נאמנות בשום דבר בממון וטענת הבע"ד טענה מעליות' הוא שיהיה בו דין כד"ג ואפי' באיסורין כל שהבעלים נאמנין מטעם בידו כתב הרמ"א בתשובה דאין החכם נאמן ושוד' מחדש א"י לעשות כיון דבהא שניהם מודים שאין לדיין שוב כח שכבר עשה שלו והקרקע כבר הוא רק של אחד מהן וטעה בדבר הפשוטים בלא"ה לא דמי להא דפ' חכם טיהר וכר' כמה שכתבתי בספרי חוות דעת סי' קפ"ה ע"ש. ואפי' לפי טעותו לא א"ש מה שמיישב קושית הריטב"א דהנה הא דאין הדיין נאמן. הוא מטעם דאומר בדמי א"כ אינו נאמן במה שאומר שזיכה כבר וצריך לעשות שוד' מחדש דמה לי אם אומר בפה שזיכה לזה שצריך לעשות שוד' מחדש כמ"ש בעצמו ומה לי שכתב כן בפס"ד:

ב **אינו נאמן.** ואם הדיין ובע"ד אח' אומרים שלא נפסק עדיין ועכשיו רוצה הדיין לפסוק ואחד אומר כבר פסק הדיין וזיכה לי. מוכח מדברי הרשב"א בחי' לקדושין דף ע"ד שהקשה דיהיה נאמן הדיין לומר שזיכה לזה במגו שהיה אומר עדיין לא פסקתי

הדין והכי קאמינ' ותי' דבשוד' גם בע"ד השני לא יתרצה למיהדר ולדייניה כיון שהוא אומר שכבר זיכה אותו ובשאר דינים ג"כ אין הדיין נאמן במגו שלא פסק עדיין כיון ששני הבע"ד מודים שכבר פסק הרי מוכח מדבריו דבכה"ג שרק בע"ד אחד אומר שכבר זיכה לו והדיין ובע"ד השני אומרים שלא נפסק עדיין הדיין נאמן ואפי' בנסתלקו מלפניו כיון שיש עדים שקיבלו לדיין אבל אי ליכא עדים שקיבלו לדיין ונסתלקו מלפניו נאמן הבע"ד במגו דלא קיבלו לדיין ואין לו דין מגו בעדים כיון שכבר נסתלקו שוב אין לדיין שם שני עדים:

ג **אם אין בידו פס"ד.** עש"ך שכתוב בפסק דין שכתוב בו סתם קרקע זה שלך דמצי אידך לומר ממני נפל. והקשה התומים הא לנפילה לא חיישינן כמו בשטרא שכתוב בו לויתי ממך ע"ש. וכוונתו בודאי במקום דליכא מגו כגון דאיכא עדים שנתן זה הפס"ד לאחד מהן קודם שנסתלקו מפניו רק שאין זוכרין למי נתן דאל"כ נאמץ במגו שהיה אומר שנתן הפס"ד אח"כ דאז אין הדיין נאמן כמ"ש הש"ך ס"ק א' ובמקום שיש לו מגו נאמן בטענת נפילה: כמבואר בסי' נ' אבל גם במקום שאין לו מגו נרא' דצדקו דברי הש"ך דדוקא בשטר ראיה לא חיישי' לנפילה מטעם דאמרינן ביבמות קי"ז אי לנפילה מיזהר זהיר ביה והיינו כיון דהשטר היא ראיה שכשהוא בידו אין השני יכול להכחישו מש"ה זהיר ביה משא"כ פס"ד שאין הפס"ד שבידו ראיה כלל דהא שכנגדו יכול להכחישו ולומר שנתן לו הפס"ד אחד שנסתלקו מלפניו ואם יודה יודה בכל וא"צ לראיה ולא זהיר ביה ובן אם עדים יהיו יודעין שניתן קודם שנסתלקו מלפניו מסתמא יהיו יודעין הכל הפס"ד ולא זהיר ביה ולא חיישינן שיהיו העדים יודעים רק מקצת הדברים כמ"ש הרשב"א בחי' לקידושין דף ע"ד עיין שם מש"ה חיישינן לנפילה. גם מה שכתב באורים דהדיין נאמן לומר שהגיע הפס"ד לידו קודם שנסתלקו במגו שיכול לומר עדיין לא פסקתי ועכשיו אני פוסק כך לית' דאם כן יהיה נאמן לומר לזה זכיתי במגו אלא ודאי דאין זה מגו כיון שהבע"ד מודים שכבר נפסק הדין וכמה שכתב הרשב"א בחי' שם ובש"ך שם סעיף קטן ג' יש שם ט"ס וכצ"ל או שאומר לזה שאין הפס"ד בידו זכיתי וכו' וצריך לומר דמיירי שאין אחד מהם מוחזק וכו' ובש"ך ס"ק ז' יש ט"ס שני פעמים כתב שם אינו יכול וצ"ל יכול ובש"ך ס"ק ט' יש ט"ס וצ"ל והוא מתשובת הרא"ש כלל נ"ו סי' ו' וכו':

סימן כד

א **אין נזקקין אלא לתובע תחלה.** כן הוא לשון הגמר'. וכתבו הפוסקים בזה פירושים שונים. ותמהתי למה נדו כולם מדרך הפשוט דודאי כשטענת הנתבע הוא לפטור מטענת

התובע אין שייך לומר אין נזקקין אלא לתובע תחלה אבל במקום שהדין דזה גובה וזה גובה כדלקמן סי' פ"ה נזקקין להגבות לתובע תחלה ואוכל פירות הקרקע תחלה כמבואר בתוספות כתובות דף ק"ס ד"ה סוף שהקשו מהא דנזקקין לתובע תחלה ותירצו דבמקום פסידא אין נזקקין והיינו כשיגבה התובע תחלה יגבה הוא בינונית והשני זיבורית ע"ש. מוכח בהדיא דשלא במקום פסיד' נזקקין להגבות לתובע תחלה. ועיין בש"ג פ' הפרה שכתב וז"ל הרי שתבעו בשטר מנה והנתבע תובע שיש לו בידו חפץ פ' או קרקע פלוני אומרין ב"ד פרע שטרו תחלה אבל אם הנתבע תובעו דבר הראוי לפרעון שטרו ה"ז כאלו טענו שהשטר פרוע והכל תביעה אחת ואם הוא טוענו שישבע לו לא יגבה שטרו עד שישבע לו עכ"ל. וכוונת דבריו במה שכתב שטוענו חפץ פלוני או קרקע פלוני היינו ע"כ שאינו ראוי לפרעון שטרו אף אם הוא אמת כגון שהקרקע זבורית או שהוא בעצמו אינו רוצה לסלק אותו בזה וכן בחפץ פ' מיירי שאינו רוצה לסלק אותו בזה ואם כן אין תביעה זו כטענת פרעון לגבי השטר. ומשמע מדבריו שבטענה כזו אין צריך לישבע על שטרו אפי' טוען ישבע לי כיון שאינו רוצה שיהיה לפרעון רק שיהי' בדין זה גובה וזה גובה והוי כתביעה אחרת ולא כטענת פרעון ואינו בדין שישבע דביש לי בידך כנגדו אינו נאמן רק במגו דפרעתי ובזה ליתי ליה מגו דהא הוא רוצה לתבעו דוקא אבל אם הלוה אינו רוצה לתובעו רק שינוכה בדמי חובו מגו דפרעתי מגו מעלי' הוא ונאמן להשביע בטענת יש לי בידך במיגו דפרעתי דהא במלוה ע"פ ג"כ נאמן במגו ביש לי בידך כמבואר בסי' ע"ה ומה"ת לא יועיל מגו כזו לחייב שבועה וכן מוכח בש"ך סק"ד ע"ש וכן מוכח בסי' פ"ח סעיף ק"א דכשתובעו בדרך תביעה לא נחשב למודה במקצת וה"נ דכוותיה:

ב **ושמעון משיב יש לך משלי וכו'** ודוקא בטען יש לך משלי דהוי כב' תובעין לכך נזקקין לתובע תחלה אבל אם טען פרעתי והוא בכה"ג שידוע שיש עדים נותנין לו זמן יותר כמבואר בריש סי' ט"ז ע"ש והוא מטעם דבזה לא שייך לומר נזקקין לתובע תחלה שהשני אין תובע רק יכול לסטור עצמו ועיין תומים שכ' דאפי' בטוען נפחת המשכן וכוונתו דטענה זו דמי לטענ' פרעתי ושוב ל"ק מה שהקשה עליו בקצה"ח. וכן מוכח בסי' פ"ח סעיף כ"א דכשתובעו בדרך תביעה לא נחשב למודה במקצת והכא נמי דכוותיה. ובקצה"ח טעה בפירושו עיין שם:

סימן כה

א **יכ דיין שדן וכו'** עש"ך ס"ק א' וסק"ד שהכריע דבנו"נ ביד חייב אפי' בטעה בד"מ בתומים רצה להוכיח דאפי' בנו"נ ביד פטור להרי"ף. וכתב דטעמא דמילתא כיון דלר"מ

חייב בדינ' דגרמי במזיק ממש וכיון דדיין פטור להרי"ף בדינ' דגרמי כיון שהוא אנוס מה"ט גופיה פטור הדיין כשעושה מעשה כיון שהוא אנוס ע"ש. ותמוהין דבריו לפענ"ד דקוטב דבריו הוא שם דהדיין פטור בטעה בד"מ אפי' בנוע ביד וכמו כן פטור אפי' בטעה בשיקול הדעת אף דקם דינו ואינו חייב רק בטעה בש"ה ונו"נ ביד. והוא תמוה מאוד דמה יוסיף תת כח לחייב יותר מחמת דקם דינ' ונו"נ ביד כיון דעושה מעשה לחוד דהיינו שהשליך לים פטור וקם דינ' לחוד ג"כ פטור מה יוסיף כח בדאיכא שניהם הלא כשהשליך לים ודאי קם דינ' דהא א"א להחזיר ולא ניתן לומר כלל. ומה שהביא בשם העיטור קושיא על הרי"ף במה שהוכיח הרי"ף דהלכה כר"ח מהא דבכורות ג"כ מוקי למתני' דדן את הדין בנו"נ ביד. ותמה בתומים דשם בבכורות לא מוקי לה דמיירי בנו"נ ביד רק משום חיוב תשלומין ואפשר דלענין שיהיה הדין קיים אין הלכה כר"ח ואפי' נו"נ ביד מה שעשה עשוי ולפענ"ד נראה דשפיר הוכיח הרי"ף דע"כ הסוגיא דבכורות ס"ל כרב חסדא דאף הדין אינו קיים רק בנשא ונתן ביד דאי ס"ל כר"ש דבדבור קם דינ' רק לענין חיוב תשלומין בעינן נו"נ ביד משו' דבדבור לא הוי רק גורם לא א"ש כלל מה שתירץ דמיירי בנו"נ ביד אפי' לענין חיוב תשלימין דמה היזק הוסיף כשנו"נ ביד כיון שכבר היה של חבירו בדבורו הרי לא נו"נ רק של חבירו לדעת הטור דס"ל דאפי' לא הוציא הדין קיים וכמו שהקשו התוס' בב"ק דף צ"ט אהא דאגע ביה שרץ. אלא ע"כ דהסוגיא דבבכורות ג"כ ס"ל דאפי' הדין אינו קיים רק כשנו"נ ביד כר"ח וא"ש גם מה שהקשה בתומים על מ"ש הרי"ף להוכיח דאף לר"מ לא משלם רק בנו"נ ביד וז"ל הרי"ף דהא ר"ח נמי אוקי למתני' בנו"נ ביד דלאו לדחויי לר"מ קא בעי כ"א כסברא דקושט' קא מוקים ליה למתני' וכו' וע"ז הקשה בתומים דלמא לא הוצרך ר"ח לחלק בין נו"נ ביד ללא נו"נ ביד רק לענין קם דינא או הדר דינא אבל מה זה לענין תשלומין דבאמת לענין תשלומין אפשר דלר"מ משלם אפילו לא נו"נ ביד לפענ"ד לק"מ דהרי"ף הוכיח שפיר כיון דרב חסדא בדינא דקושטא דהיינו אפילו לר"מ מחלק בין נו"נ ביד ללא נו"נ ביד ע"כ ס"ל דאפי' מתשלומין פטור בלא נו"נ ביד דהא הרי"ף סובר כל היכא דחייב הדיין לשלם וליכא פסידא לבע"ד אין הדין חוזר וא"כ אי נימא דלר"מ מחייב לשלם אפי' בלא נו"נ א"כ גם הדין היה לו להיות קיים אפי' בלא נו"נ ביד כיון דליכא פסידא לבע"ד אליבא דר"מ אם כן נצטרך לומר דר"ח אליבא דרבנן ולדחויי מר"מ קאתי וזה לא משמע ליה להרי"ף כמ"ש הרי"ף דמשמע דר"ח בדינא דקושטא נאמר ולא לדחויי לר"מ. ובקצה"ח כ' ליישב קושיית התומים וז"ל דהא קשה על הא דמשני זיכה את החייב שהיה לו משכון ונטלו ממנו וקשה דהא נטילת משכון אינו רק כמזיק שעבוד כדמשמע בתשובת מיימוני לספר

נזיקין סי' י"א ופטור לרבנן וע"כ צ"ל כיון דע"י מה שנו"נ ביד קם דינא ונפטר מגוף החוב הוי מזיק ממש דהא מזיק גוף החוב וא"כ ע"כ הסוגיא שם אתיא כר"ח דאי כר"ש ודבור לא הוו רק גורם אף בנטילת משכון פטור דלא הוי רק מזיק שיעבוד עכ"ל בקיצור. והוא תמוה מאד דע"כ תשובת מיימוני מיירי במשכנו בשעת הלואה דלא קני ליה משכון וס"ל כדעת הי"א באה"ע סי' כ"ה סעיף י"ב בהג"ה אבל במשכן שלא בשעת הלואה דיש בו קנין גמור לקדים האשה ולקנות עבדים וקרקעות ועש"ך סי' ע"ב דהוו שלו ממש ודאי דהוי הוא מזיק ממון ממש ולא מזיק שיעבוד וכן למאן דס"ל דיכול לקדש האשה אפילו במשכנו בשעת הלואה ג"כ מזיק ממש הוא. וע"ד דהא התוס' בגיטין מ"א בד"ה מזיק שיעבוד כתבו דאפילו רבנן דפטרו מדיני דגרמי מחייבו במזיק שיעבוד וגם נראה דעיקר דבריו ליתא כלל דבשלמא אם היה סברת הרי"ף דנו"נ ביד הוא סיבה דמחמת זה קם דינא היה שפיר נחשב שעושה מעשה בגוף הממון אבל באמת סברת הרי"ף הוא כמ"ש הרא"ש בדבריו דמדינ' יש להיות קם דינא אפי' בלא נו"נ ביד רק משום דפטור הדיין. ואיכא פסידא לבע"ד תיקנו שיהיה הדין חוזר וא"כ כיון דלפי דבריו אינו נתחייב הדיין במה שהוציא המשכון ממילא גם הדין חוזר ואין כאן מעשה כלל ולפענ"ד עיקר דבריו הן טעות. עוד הקשה בס' קצה"ח דלמה יהיה נו"נ ביד חייב הא אף דבמזיק ריבה רחמנא שוגג במזיד מ"מ בגזלן אינו חייב שוגג במזיד דהא מבואר בתוס' ובנ"י ס"פ מרובה דאם אמר לחבירו קח לי שור שהוא בבית פ' שהוא שלי ונמצא שאינו שלו אלא לגנבו נתכוין דמשמע שם ששניהם פטורין המשלח משום דאין שלד"ע והשליח לפי שלא ידע ועש"ך סי' שמ"ח אלמא דגזלן שהגביה ונתן לחבירו בשוגג פטור ע"ש. ותמוהין דבריו מאוד דאדרבה להיפך כתב שם הנ"י בשם האחרונים דס"ל אין שלד"ע דהשליח חייב רק שהש"ך מסיק שם בס' שמ"ח דאף השליח פטור בשלא ידע. ומ"מ נראה דשאני התם דמיירי שהשור נאנס ביד השליח דמתניתין דפ' מרובה דנתנו לבכורות בנו קאי ע"ש. ובאונסין ודאי דאין יכולין לחייבו מטעם מזיק רק מטעם גזלן ובודאי דלא נעשה גזלן להתחייב באונסין כשלא נתכוין לגזול כלל דהא לא נתכוין לקנותו לגזילה אבל כשנתנו לגנב ואלו לא היה הגנב נוטלו בעצמו כגון דקאי בתרי עברי דנהרא ומחמת גרמת הנתינה א"א להחזיר השור חייב מטעם גורם להזיק דמזיק אפי' בשוגג חייב כמו במרא' דינר לשולחנו דמה לי אם זרקו לים או מסרו לגנב כשא"א להוציא ממנו ואין לך מזיק גדול מזה. וזה ברור מאד:

ב **חוזר הדין.** עש"ך סק"ב שכתב במאי דסלק' בתיקו אם פסק הדיין להוציא מיד המוחזק להנך פוסקים דס"ל דמהני תפיסה בתיקו או פסק הדיין לא הוי טועה. ובתומים

משיג עליו ומסיק דהדין חוזר כשלא התפיסו עדיין וכשהתפיסו זכה והדיין מחויב לשלם. ולפענ"ד נראה דלעול' לא עלה ע"ד הש"ך לומר דהדין קיים אפילו לא התפיסו כדמשמע בסוף דבריו שכתב וז"ל כיון דהתפיסוהו ב"ד כו' עיקר ראיית הש"ך הוא כיון דהא דתפיסה מהני הוא מטעם כיון דדיינא דעביד עביד ועביד אינש דינא לנפשיה א"כ כ"ש כשדיין ממש עושה דין ומתפיס וזהו ג"כ כוונת ראייתו מהתוס' שסיימו התוס' שם ואי מספק' ליה לדיין הממע"ה. ופי' ג"כ בדברי התו' כמו שפירש התומים דהיינו בדיעבד שכבר פסק. הדיין להוציא שסובר הלכה כא' ואחר כך מספק' ליה לדיין דאמרינן הממע"ה והרי מוכח דאם כבר התפיסו הדיין שזה מוחזק הדין עמו ומה שכתוב בתומים דמשלם הדיין מביתו. תמוה לי דבזה ודאי הדין עם הש"ך דהא אפילו בטעה בשיקול הדעת הקשה בס' תמים דעים להראב"ד דכמו שהבע"ד פוטר עצמו מלהחזיר משום דיכול לומר הראו לי דשלא כהלכה דנוני ואחזיר כמו כן יפטור עצמו הדיין מלשלם בטענ' זו ועכצ"ל בטעם הדבר דבשיקול הדעת כיון דדיינין לכתחלה כסוגיא דעלמא אף להוציא מיד המוחזק רק כשכבר החזיקו הדיין ע"פ דין ונעשה מוחזק מפי ב"ד שוב אין מוציאין מידו משא"כ הדיין גופיה אין לו שום טענ' לפטור עצמו מן הדין ולומר כדין הורתי דהלכה כאותו פוסק שפסקתי כמותו כיון שאני מוחזק דהא אפילו להוציא מיד המוחזק אזלי' בתר סוגיא דעלמא וכ"כ בקצה"ח סק"ד ע"ש אבל בתיקו או פלוגתא דרבוותא דהדין דכל מוחזק יכול לפטור עצמו בטענת קים לי מה"ת יגרע הדיין בודאי דגם הדיין יכול לפטור נפשו ולומר קים לי שכדין פסקתי ועוד דלא יהא הדיין רק כאיש אחר בעלמא שאינו דיין שתופס מזה ונותן לזה במתכוין כדי להתפיס חבירו דפטור ועיין בתומים גופיה בתקפו כהן ס"ק קכ"ו בתפיסה ע"י שליח ע"ש. ול"ד להא דסי' קל"ט בגזל דבר שחולקין עליו דחייב לשלם לשניהם דשם בודאי גזל ונתחייב בהשבה בודאי וכ"ז שאינו משיב לשנים הרי הוא מסופק בהשב' אם השיב ואוקי אחזקת חוב כמו בא"י אם פרעתיך אבל הכא שלא נתכוין לגזול לעצמו רק להתפיס להשני ואפשר דהדין עם השני הוי כמסופק בגזיל' יהוי כטוען א"י אם גזלתיך דאולי הדין עם השני ולא הוי גזלן כלל. לכן העיקר בזה דפטור ודלא כהתומים כנ"ל ברור:

ג **ויש חולקין**. עש"ך סק"ה שתמה על הסמ"ע שפסק דאפי' מומחין וקיבלו חייבין דהא אפי' בשיקול הדעת דקם דינ' והוי מזיק ממש פטור מומח' מכ"ש בדבר משנה וא"א להחזיר דלא הוי אלא גורם. וגם במרא' דינר לשולחני פטור מומח' ולעד"נ ליישב דדעת הסמ"ע כיון דהתוס' מדמה טעות בד"מ וא"א להחזיר למראה דינר לשולחני ובשולחני בשכר אפי' מומה' חייב ובשומר אבידה' קיי"ל דהוי שומר שכר משום פרוטה דר"י דפטור

משום דמצוה קעביד וא"כ הכא בדיינים למה לא נחשביהו כשכר דהא ג"כ מצוה קעביד ומרויח פרוטה דר"י וכיון שהוא בשכר חייב מומחה דמומחה לא הוי רק כאונס דדמי לגניבה שחייב בשכר כמ"ש התו' שם משא"כ בשיקול הדעת א"ש מה דמומחה פטור דהא הראב"י בס' תמים דעים הקשה דמה"ת יתחייב הדיין הלא בכח עצמו שהבע"ד פוטר עצמו שיכול לומר הראה לי דשלא כהלכה דנוני ואחזיר הדיין נמי יכול לומר הראה לי דשלא כהלכה דנתי ואשלם. והש"ך בסקט"ז כ' דמה"ת הוצרך הירושלמי לו' הטעם משום דהגיס דעתו לדון יחידי דבלאו האי טעמא היה פטור הדיין מטעם דיכול לומר יפה דנתי מש"ה הוצרך לטעמא דהוא מטעם קנס אליבא דר"מ דדאין דינא דגרמי ואליבא דרבנן אינו חייב מטעם קנס ע"ש בס"ק קט"ז ע"ש בתי' הב' דהש"ך במה שתי' שם דהתם שאני שהטעות מבורר ע"ש וכן כ' הרא"ש כיון שנשתדל לדון יחידי והוא אינו מומחה ראוי הוא שיתקיים הדין וישלם מביתו ומש"ה במומחה פטור וכן אי הוי אמרי' קם דינא בטועה בדבר משנה ע"כ היה זה מטעם קנס כדי שישלם מביתו ומשום דבדבורו עביד מעשה כיון דקם דינא ממילא במומחה דליכא קנס הדר דינא ואינו אלא גרמי ופטור לרבנן. ועוד כיון דרק קנסו הוא לא קנסו את השוגג דומיא דמטמא ומדמע ומנסך דפטורים בשוגג ואונס ודוקא במזיק גמור בעינן אונס דדמי לגניבה כנ"ל דעת הסמ"ע ובקצה"ח כ' דבדיין אף דהוא מומחה מ"מ צריך לאגמורי ואף במראה דינר לשולחני חייב במומחה דצריך לאגמורי. וליתא דבשלמא בשולחני לא היה לו להראותו כשהוא צריך לאגמורי מה שאין כן בדיין כל שהגיע להוראה ומחויב להורות ודאי דדמי למומחה שא"צ לאגמורי כיון דא"צ שוב לאגמורי לענין שיהיה רשאי להיות דיין. אמנם מ"ש הוא נכון ול"ק שוב קושיות הש"ך שהקשה איש חולקין דמאי מקשה הש"ס לימא ליה טוע' בדבר משנה לישני דר' עקיבא ס"ל כר"מ. ולפמ"ש לא קשה דאי ר"מ היא א"כ אפילו מומחה חייב כנ"ל ומאי א"ל מומחה את ומה שכ' הש"ך לתרץ קושית התוס' מטמא דשוגג פטור ומשמע ליה לדוחק תי' התו' ופי' הא דטיהר את הטמא דמיירי בלוקה ומוכר והוליד מזה דין מחודש דבטיהר את הטמא ועירבן בעה"ב עם פירותיו דלא גרע ממטמא ומדמע דפטור בשוגג והוא תמוה מאוד בעיני דהיאך יתיישב לסי זה טימ' את הטהור הא ג"כ קשה דלא גרע ממטמא ומדמע דפטור בשוגג ובב"ק דף צ"ט מקשה התוס' אהא דטימ' הטהור מהא דמטמא ומה יתרץ אזה אך זה י"ל דמיירי ג"כ בלוקח שנתבטל המקח והחזיר המוכר המעות על פיו. אך קשה אהא דהלכ' חמורך טרפון ורבי עקיבא השיב לו דמומחה את הא בלא"ה פטור דנהי דקם דינא וטריפ' מ"מ הא היזק שאינו ניכר הוא ופטור בשוגג. ונראה דמטימא את הטהור מודה הש"ך דהדיין חייב אפילו בשוגג מטעם

שכתבו התוס' דהיה לו לדקדק וחשיב מזיק רק גבי טיהר את הטמא שכתבו התוספות ג"כ דהיה לו לדקדק שהבע"ה יערבם זה נראה לש"ך לדוחק. ונידון מה שהקשה מוהרח"י אהש"ך הביאו בתומים כי מה"ת יהיה הלוקה מחזיק במקחו במקום שזה יעצו לרע ומה ענין זה לדין כלל. ועיין תומים שהקשה ג"כ דהא בסי' ש"ו פסק דבלוקח מטבע עפ"י השולחני שאמר שהוא טוב ונמצא רע דחוזר על המוכר ואין זה דומי' לדיין שדן כיון שבתחלת המקח יעצו לרע אין כאן דין ובודאי המקח בטל: וע"ש בתומים שהקשה עוד דהא כאן ודאי איסור דהא סוגי' דעלמ' כאידך ואפי' לספק איסור לא דמי ע"ש. ועוד הקשה על הש"ך שכ' דלמאי דמוקי בנו"נ ביד א"א לאוקמי בכה"ג והקשה דהא אפשר לאוקמי שלקח הדיין הפירות ומסרן ללוקח וקיבל תמורתן המעות ומסרן למוכר. עוד הקשה כיון דרב חסדא ע"כ מוקי בעירב וסובר כתירוצים של התוס' א"כ למה כתב הש"ך שתירץ התו' דחוק כיון דר"ח לא ס"ל לדוחק והנלע"ד בישוב כל זה דהש"ך אזיל לשיטת המ"א שכתב בי"ד סי' רמ"ב סעיף ל"ב דחכם שהתיר אין חבירו יכול לאסור כשחל' הוראתו של ראשון אם הטעות בש"ה ובתומים סקי"ג הקשה על זה דהאיך יתיישב הא דישלם מביתו כיון שהיתר קם והרי זה מותר תשלומין מאי עבידתיה. ואפי' לפירוש הט"ז דצריך שיחול הוראתו מכל מקום הא עירבן בפירותיו והרי חלה הוראתו דעשה מעשה ע"פ הוראתו ועירבן בפירותיו הטהורים. ולפי עניות דעתי לק"מ דודאי אחר אין יכול לאסור והטהור בטהרתו אבל כשהדיין מודה בעצמו שטעה עיקר הטעם דאין יכול לחזור בו בדיני ממונות משום דהבע"ד מצי לומר לדבריך הראשונים אני מאמין דדילמ' השתא טעית ומעיקרא יפה דנת כמ"ש בסקמ"ז ע"ש וא"כ הכא בטיהר את הטמא נהי דמה שעשה עשוי והוא טהור ואין שום ב"ד יכול לאסרו מ"מ הבע"ד אם רוצה יכול לו' אין רצוני לאכול פירות ולדבריך האחרונים אני מאמין כיון שאתה מודה בעצמך שטעית והם אסורים והרי הזקתני הפירות אחרים שערבתי עמהם לפי דבריך ואני מאמין לדבריך ועבי"ד סי' קכ"ז דבמאמין לדברי העד אסור ומש"ה משלם ולפ"ז א"ש כאן דהא במשנה אינו מפורש גבי טיהר את הטמא מה היזק נעשה מחמת זה רק שאנו מפרשין שההיזק היה שעירבן ולזה כ' הש"ך די"ל דמיירי שלקח ושילם ע"פ ומ"מ אין המקח מתבטל כיון דאין שום ב"ד יכול לאסרן והן טהורין לכל העולם ודאי אין הלוקח יכול לחזור ממקחו ואף שהדיין מודה בעצמו שטעה יאמר המוכר איני מאמין לדבריו האחרונים דאימר מעיקרא יפה דן ואין אנו משגיחין על דבריו האחרונים כיון שהן מותרין לכל העולם מה"ת יהיה המקח מתבטל אבל הדיין צריך לשלם להלוקח דהלוקח מצ"ל אני מאמין לדבריך האחרונים וכיון שאתה מודה בעצמך שטעית והזקתני הרי אתה מחויב לשלם

לי ע"פ הודאת עצמך ודומה קצת להא דכ' השיך בי"ד סימן ד' סק"ה דמצי א"ל קח לך היין וכו' ע"ש וא"צ לאוקמי כלל בעירבן עם פירותיו דנראה דהא שכתב הרמ"א בי"ד שם דבעינן שיחול הוראתו וכתב הט"ז דהיינו שעירבן עם הפירות היינו לר"ח דס"ל דלא הוי מה שעשה עשוי רק בנשא ונתן ביד והיינו שנעשה כבר מעשה ועיין מש"ל סקי"ג בסי' דברי הש"ך סקי"ד ע"ש. והשתא א"ש מ"ש הש"ך דלר"ח דס"ל דאין הדין קיים רק כשנשא ונתן ביד ובאו"ה ודאי דחוזר הדין עד שיהיה מגיע בו שרץ בטימא את הטהור ובטיהר את הטמא בעינן עירבן דהא בעינן שיחול הוראתו כמו שכתב הרמ"א בי"ד שם אליבא דרב חסדא ע"ש ומש"ה הוצרך הש"ס לאוקמי שעירבן עם פירותיו כדי שיהיה מה שעשה עשוי ובאמת גם ר"ח מוקי לה בלוקח ומוכר שהוצרך לומר דמיירי בעירב כדי שיהיה הדין קיים ומחמת שנשא ונתן ביד המעות מהלוקח למוכר ודאי דזה לא נקרא חלה הוראתו שיהיה הדין קיים דבעינן מעשה שיהיה ניכר שהוא טהור ואין שום היכר אם לא במערב עם פירות טהורין. ומ"ש עוד הש"ך משא"כ הכא שמיד ששוחטו ע"פ שוב אין לו תקנה. ואף שכתב באות ב' דעיקר החיוב בהא דמראה דינר לשולחני משום דה"ל לומר אל תסמוך עלי אבל הכא י"ל דליביה אנסיה דאלת"ה לא היה צריך לתרץ קושית התוספות מטיהר טמא דמיירי בלוקח ומוכר דהא בל"ה ראוי להיות חייב כמו במראה דינר לשולחני אלא ע"כ דגם בטיהר הטמא שייך לביה אנסיה א"כ בנשחט ע"פ נימא גם כן ליביה אנסיה דזה אינו דדוקא בטיהר הטמא היה יכול לומר אל תסמוך ולא שייך ליביה אנסיה רק דבטיהר הטמא לא שייך כלל לומר שהוא סובר להראות איסור וכו' וע"כ צ"ל דגם בטיהר את הטמא ועירבן עם פירותיו שייך זה דאלת"ה מה יתרץ בטיהר את הטמא. ז"א דבטיהר הטמא א"צ לשלם תירץ דבזה לא שייך לומר כלל דסבר וקיבל לשלם דמנין היה יודע שעירבם עם פירותיו משא"כ הכא בנשחט ע"פ ואם כן ה"ה אם אמיר לו חזי דעלך סמיכנא בשעה שמערבם עם פירותיו חייב. ועיקר התירוץ בהא דנשחט על פיו וגם לתרץ קושיות התוספות בבכורות בהא דלא מקשה הש"ס אמתני' דנשחט על פיו לימא מתני' ר"מ הוא. נראה דטעם המשנה דהא הרמב"ן כתב דמיירי שהוא מומחה וקיבלו פטור בכל מקום אפילו לא נטל רשות מר"ג אלא על כרחך דהכא חייב מתקנות חכמים משום קנס שלא נטל רשות דדבר זה הניחו חכמים לר"ג להתגדר בו וכמו שכתב הרמב"ן דלא יתיר בכורות אפילו מומחה בלא נט"ר ולכן קנסוהו ומ"ש עוד הש"ך גבי פיגול דבשחיטה עשה מעשה וכו' אף דבהולכה גם כן יכול לפגל ואז אינו עושה מעשה בגוף הבהמה וצ"ל כיון דלהכשר קדשים הצריכה רחמנא הולכה וזריקה כשעושה מעשה בדם הבהמה הוי כאלו עושה מעשה בגוף הבהמה והנה אם

כבר לקח אחד פירות מחבירו בחזקת טהורים ועדיין לא נתן המעות לתבעו לדין וטעה הדיין ואמר שהן טהורין ומחמת זה זיכה החייב ע"פ טעות של שיקול הדעת שטעה בדין טומאה וטהרה למאן דסבירא ליה שהפירות נשארו טמאין כמעיקרא נראה דמ"מ הדין שדן בדיני ממונות קיים ודומה לשאר טעות בש"ה דמה שעשוי עשוי דיכול המוחזק לומר מאי חזית דטעמא קמא דידך טעית דילמא טעמא בתרא טעית ובזה אפילו חתומים מודה כיון שאחר גמר המקח דן את הדין מה שעשוי עשוי והוא פשוט: ובס' קצה"ח בסק"ב דזיכה את החייב הוי כעדים שהעידו שקר ולא הוי מזיק ממש ולא דק דהא בש"ה מוציאין אפילו מיד המוחזק רק מטעם שהחזיקו ב"ד והרי בדבורם נעשה ההיזק. ובתומים סקט"ז ב' סברא זו הקצה"ח לענין חייב את הזכאי וזה יותר נכון ומ"מ גם דבריו אינן נראין בעיני:

ד **ולענין הוראות או"ה.** עש"ך סק"ו עד והאמת אתו בזה והוא תמוה דהא לעיל בסק"ה סתר דעת הסמ"ע וסבירא ליה דאף בטעה בדבר משנה פטור מומחה וקיבלו ולפי זה לא קשה קושית הסמ"ע ושייך דברי הנ"י אפילו בטועה בדבר משנה וכן תמה באורים ונלפענ"ד כוונת הש"ך דסברת הנ"י שכת' לחלק דבדיני ממונות דוקא אינו פטור רק מומחה וקיבלו אבל מומחה ולא קיבלו חייב אבל באו"ה אפי' מומחה ולא קיבלו פטור הוא דוקא בטעה בשיקול הדעת יש לחלק כן דהטעם דבש"ה מה שעשה עשוי וישלם מביתו כתב הרא"ש וז"ל כיון שנשתדל לדון יחידי ראוי הוא שיתקיים הדין וישלם מביתו ועש"ך ס"ק ט"ו שכ' בטעם החיוב תשלומין של הדיין וא"י לומר יפה דנת היא משום שהגיס דעתו לדון יחידי דתנן אל תהי דן יחידי וכו' ע"ש ומשום הכי שפיר יש חילוק בין מומחה וקיבלו למומחה שלא קיבלו כמבואר בסי' ג' בש"ך סק"י דהא דתנן אל תהי דן יחידי הוא רק במומחה ולא קיבלו אבל במומחה וקיבלו מותר לדון יחידי עיין שם ומשום הכי אף דבמומחה ולא קיבלו חייב משום שהגיס דעתו לדון יחידי ותנן אל תהי דן יחידי אבל במומחה וקיבלו דלא שייך זה פטור מה שאין כן באיסור והיתר דלא שייך דין זה דאל תהי דן יחידי כלל דודאי מותר להורות באו"ה יחידי ולא שייך הסברא דמשום שהגיס דעתו לדון יחידי אפילו מומחה ולא קיבלו פטור מה שאין כן בטעה בדבר משנה ולמאן דחייב בדין משום דינא דגרמי והטעם דמומחה וקבלו פטור משום שהוא אונס כמו שכתב הרא"ש אבל מומחה ולא קיבלו חייב משום דלא הוי אונס דמי הכריחו לדון אין שום סברא לחלק בין דיני ממונות לאו"ה דבאו"ה שייך ג"כ לחלק דבמומחה וקיבלו הוי כאונס ובמומחה ולא קיבלו לא הוי אנוס כלל חייב ואח"כ כתב הש"ך דמדברי כל הפוסקים משמע דאין חילוק כלל בין דיני ממונות לאו"ה אפילו לענין טעות בש"ה:

ה **ועשה כאחד מהם.** עש"ך סק"ה עד אלמא דהאי שלא ידע גורם הפטור ולא החיוב וכו' (ושם יש טעות סופר בש"ך ב"פ שכ' וישלם צריך לו' ואינו משלם) כוונת דבריו דמלשון המרדכי שכ' כיון שלא ידע שהיה חולק עליו וכו' משמע דכיון שלא ידע הוא פטור וא"כ מוכח מזה כפי' השני דהיינו שהיה ג"כ סוגיא דעלמא דאי כפי' הסמ"ע דמיירי במחלוקת שאין בו שום סוגיא דעלמא א"כ אדרבא הא דלא ידע מהשני היה סברא לחיוב כמו שכ' בריש דבריו וזיל הוי כד"א דמיקרי שיכול הדעת וכו'. ולפענ"ד נראה דעיקר כפי' הסמ"ע דהיינו שפסק במחלוקת שאין בו שום שיקול הדעת כאחד ולא ידע מהשני כלל ואלו הוי ידע מהשני לא היה פסק כן ומ"מ הא דלא ידע גורם הפטור ולא החיוב דהא ודאי מיירי שלא ידע רק מהאחד ופסק להוציא מעות מיד השני דאי פסק להחזיק הא דודאי אף אם היה ידע מהשני היה פוסק כן דודאי במקום דאיכא תרי פוסקים חולקים וליכא אפי' סוגיא דעלמא כאחד מהן הדין עם המוחזק אלא ודאי דמיירי דלא היה יודע רק מאחד ופסק להוציא ממון ואח"כ נודע לו מהשני ובודאי אם היה יודע קודם שפסק משני החולקים ואינו בר הכי שיהיה יכול להכריע הדין עם המוחזק כמבואר בהג"ה ובודאי אם היה פוסק כא' להוציא ממון בלי סברא מכרעת רק דטעה שסבור דבמקום שיש פלוגתא דרבוותא הדין עם המוציא ודאי דדינו כדין טועה בדבר משנה לפי הכלל המסור בידינו במחלוקת הפוסקים דהממע"ה וק"ו הוא ממי שפסק בתיקו להוציא דהוי טועה בדבר בשנה להנ"י שהביא הש"ך סק"ב אות ב' וחייב לשלם לדעת היש חולקין לזה כ' המרדכי דאם לא ידע רק מפוסק האחד בשעה שפסק ומשום הכי פסק להוציא ממון ואלו היה יודע מהשני ודאי דלא היה פוסק כן דהא הממע"ה מ"מ לא נקרא טועה בד"מ ואפילו טועה בש"ה לא הוי כיון שפסק כפי הפוסק שידע ממנו ולא ידע מהשני כדין פסק ולא נקרא טועה כלל וגם אין יכולין לברר הטעות ועל דין כיוצא בזה אמרי' דעביד כמר עביד וכמר עביד והרי הא דלא ידע גורם הפטור דהא אם היה יודע מהשני והיה טועה בכלל דבפלוגתא דרבוותא המע"ה הוי טועה בדבר משנה וחייב לפי מה שכתבתי אתי שפיר גם הרא"ש שהביאו המרדכי והגמ"י מרבי ישמעאל ברבי יוסי דשם גם כן לא היה סוגיא דעלמא כלל רק שהטעות היה שלא היה יודע מסברת רבי חייא כלל:

ו **פשט המעשה** עש"ך סק"ט עד כגון שסתמא דש"ס פריך וכו'. נראה דמיירי בדין שבש"ס הוא שנוי במחלוקת ולא נזכר בפוסקים. אבל דין שנזכר בפוסקים שפסקו כן אף שהוציאו את הדין מהא דפריך סתמא דהש"ס מכל מקום כיון שכבר הסכימו הפוסקים שיהיה הדין כך וכבר נתפשטו החבורים שיהיה הדין כך מיקרי טועה בדבר משנה וכן

מוכח מדברי הרא"ש במה שהשיב על בעל המאור (ויש שם טעות סופר בש"ך דכצ"ל לא אתי לאפוקי אלא דבר שיש בו מחלוקת וכו':

ז **אבל קיבלו אותו בע"ד** עש"ך ס"ק י"ב דבסתם שבאו לפניו לדון הוי קבלה ועיין תומים שהקשה על הרא"ש דבג' הדיוטות כ' הטעם דפטירי בקבלה כיון דאי לא קבלינהו עלייהו נמי דינייהו דינא אהני קבלה למיפטרינהו. ובמומחה וקיבלו כו' טעם אחר לפוטרו דהוא משום כיון דמומחה הוא ולא היה ראוי לטעות אלא מזל' דהאי גברא גרים ע"ש. ולפענ"ד לק"מ דבמומחה אף שדן יחידי מ"מ אין לו דין בית דין לענין שיהיה ההודאה בפניו הודאה ולענין החלפות טענות אם לא שקיבלו עלייהו כמבואר לעיל סימן ג' סעיף ב' וכיון דבעינן הקבלה לענין זה לא מהני הקבלה למיפטריניה מש"ה הוצרך לטעם דאנוס. ומ"מ נראה דהעיקר כמ"ש התומים. דבמומחה כיון דעיקר הטעם דאנוס וכשלא קיבלו לא הוי אנוס כמו שכתב הש"ך משום הכי סגי בסתם בשבאו לפניו לדון מה שאין כן בג' הדיוטות דעיקר הטעם משום דהקבלה הוא מילתא יתירתא למפטרינהן בעינן דוקא שיאמרו בפה מלא הרי את מקובל עלינו. ולא קשה נמי מה שהקשה הש"ך בס"ק ט"ו דהא יכול לומר לא אדון בפניכם רק בפני בית דין אחר ולפי מ"ש לק"מ דבעינן אמירה בפה מלא וזה ודאי הוי מילתא יתירת' והוכחה למיפטרינהו אין צריך לחלק בין תובע לנתבע דבג' הדיוטות בעינן שיאמרו שניהם בפה הרי את מקובל ובמומחה אף שהתובע קיבלו מ"מ כיון שדן ע"פ כפיית הנתבע לא הוי כאנוס. והא דכתב הרא"ש דג' הדיוטות וקיבלו שוה למומחה וקיבלו הוא רק לענין פטור תשלומין אבל לענין הקבלה חלוקין הן שבהדיוטות בעינן קבלה בפה וכמומחה סגי בסתם וכמו שכתב בתומים:

ח **חוזר הדין**. עיין ברא"ש שתמה על הרי"ף דאם כן הו"ל לר"ה לשנויי דמתני' דמחזירין מיירי במומחה ועיין תומים שתירץ כיון דמומחה בעינן דוקא קיבלו ולא הוי דומיא דדיני נפשות דשם לא שייך קיבלו וא"כ לא שייך לחלק בין דיני ממונות לדיני נפשות דהא דיני ממונות דומיא דדיני נפשות בלא קיבלו ג"כ הדין קיים ע"ש. ושתי תשובות בדבר. חדא דאדרבא לדעת הרי"ף לדיני ממונות כשהוא דומיא דדיני נפשות דהיינו סנהדרין ודאי דפטורין לשלם דהא עדיפי מסמוכין שנטל רשות מנשיא דהגדול שבהן הוא הנשיא בעצמו ועוד דהן ג' דודאי פטורין. עוד קשה דהא לפי גירסת הרי"ף בשנוי דרב יוסף מוקי למתניתין דדיני ממונות מחזירין באינו מומחה תיקשי גם כן הא דיני ממונות ע"כ במומחין אם כן דיני ממונות דומיא דדיני נפשות דמומחין גם כן אין מחזירין וע"כ צ"ל דמתני' הכי קאמר דדיני נפשות לעולם לא משכחת שיהיה מחזירין לחוב מה שאין כן בד"מ משכחת דמחזירין כגון באינו מומחה אם כן ה"נ יש לומר כך. ובזה נסתר

ג"כ התירוץ השני שכתב שם. ולפענ"ד נראה לתרץ דעת הרי"ף דלכך לא רצה לאוקמי מתניתין דהכא במומחה וקיבלו דפטור מלשלם ולכך מחזירין דהא תנן התם במתני' דיני ממונות בשלשה וע"כ בג' הדיוטות כדמוקי לה לעיל בד' ג' ובלא קיבלו דבקיבלו בחד סגי ומשמע דסיפא דמחזירין אריש קאי ואף לפי שיטת רש"י דר"י מוקי מתניתין דהכא במומחה בחד סגי די"ל דבעי שלשה לענין שיהיה ההודאה וקבלת עדות מהני כדלעיל סימן ג' סעיף ב'. וקושיא השניה שהקשה הרא"ש מהא דמקשה לעיל אם טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת ותי' בתומים בדוחק. ולפענ"ד תמוה קושייתו דהא בלאו הכי כתבו התוס' בדף ג' דהך קושיא דאי טעו לא ישלמו לא קאי לרב חסדא. וגם מה שהקשה הרא"ש מהא דמר זוטרא דהא יותר ראוי להתקיים הדין בקיבלו וכו' קשה לי דהא הרא"ש גופיה גם כן מפרש כך דבמומחה וקיבלו וחזור הדין כשיש גדול ובלא קיבלו אין הגדול מחזיר ואפשר לומר דדעת הרא"ש היא דבשלמא לטעם הרא"ש דקיום הדין הוא משום קנס שפיר יש לקונסו יותר בלא קיבלו מבקיבלו משא"כ להרי"ף דס"ל דקיום הדין הוא מדינא ולא מטעם קנס שפיר הקשה הרא"ש דיותר ראוי להתקיים הדין מדינא בקיבלו. גם מה שהקשה הרא"ש על הרי"ף שפירש בהא דרבי יוסף ור"נ דביש מומחה אפי' גדול משלם הא רבי עקיבא היה גדול מר' טרפון ואמאי פטרי' רבי עקיבא לר' טרפון משום דמומחה וכו' ע"ש. ולפענ"ד נראה ליישב דכוונת הרי"ף בהא דיש גדול היינו כשהיה בשעת הוראה במקום שהורה בו גדול ממנו ומשום הכי חייב לשלם שלא הי' לו ולהורות במקום שיש גדול ממנו והזיקו דאם לא היה מודה והיה בא הדבר לפני הגדול היה מורה הדין ולא היה מפסיד מה שאין כן בהא דרבי טרפון לא היה במקום זה שום גדול ממנו בעיר זה שהורה בו ר' טרפון שיכשיר דהא קתני ובא לפני חכמים ביבנה והכשירוהו משמע דבעיר זה לא היה מי שיכשיר ואפשר גם רבי עקיבא לא היה בשעת הוראה מ"מ אם היה בא המעשה לפני ר' עקיבא היה גם כן מטריף דהא רק חכמים שביבנה הכשירוהו ואם כן לא הפסידו ר' טרפון במה שהורה דמי שהיה הורה בעיר זה היה מטריף ובודאי אין שום סברא כלל לומר לדעת הרי"ף דכשיש גדול בעולם דחייב לשלם אלא ודאי דכונת הרי"ף כשיש גדול בשעת הוראה ומטעם שכתבנו. ועוד נראה לישב דהא ע"כ גם הרי"ף מודה דמומחה וקיבלו פטור מלשלם כדמוכח בסנהדרין דף ה' דאמר רב יוסף למר זוטרא אי קיבלוך לא תשלם דכיון דרב יוסף מוקי למשנה דדן את הדין במומחה אין צריך לאוקמי בדקיבל עליה דוקא בסנהד' דף ה' דמוקי למתני' באינו מומחה צריך לאוקמי בקיבלו מה שאין כן לרב יוסף דמוקי להמשנה במומחה מוקים בלא קיבלו משום הכי פטור במומחה וקיבלו וממילא לא קשה ג"כ מרבי טרפון דהא

ר"ט מומחה וקיבלו הוי כנ"ל ברור: ומה שסייע כתומים להרי"ף מהא דנאמן הדיין לומר לזה זכיתי דמקשה ליהדר ולידייניה ולא משני דטעה בשיקול הדעת לרב ששת ולרב נחמן אבל להרי"ף לק"מ דממ"נ אם הדיין משלם לא איכפת ליה לבע"ד ואי אינו משלם הרי הדר דינא ע"ש ואין תירוץ זה נכון. דמ"ש דמה איכפת ליה לבע"ד הא משכחת לה דלית ליה לשלומי לדיין אבל באמת לק"מ משם לא מיבעיא לדעת הש"ך שכ' בס"ק ך"ט דלא אמרינן קם דינא כי אם כשהוציא כבר א"א לה לאוקמי בהכי דכשכבר הוציא והלה מוחזק לא בעינן לנאמונתו של דיין ואפילו לדעת הטור שהביא הש"ך בסכ"ט מ"מ נראה כיון דהדיין חייב לשלם וע"כ הוא מטעם דאדם מועד לעולם והוי מזיק לא מהימן כלל הדיין לומר שהוא טעה והזיק של חבירו ואפילו במומחה שהוא פטור מטעם אנוס מ"מ אין טענת אונס טענה לעולם כל זמן שאינו מביא ראיה וכן לעולם אינו נאמן לומר טעיתי רק במגו ודוקא להחזיק לכן לא מהימן הדיין כלל לומר שטעה: ועסמ"ע וש"ך כתבו דהי"א שהביא הרב בהג"ה סעיף ג' פליני גם אהא דמומחה. דסעיף ב' וכתומים הקשה דמנ"ל לומר זה דאימר הרמ"א הכריע וס"ל דבמקום שיש פסידא לבע"ד הדין חוזר ע"ש. ולק"מ דהא הרמ"א כתב דבזמה"ז שמכריחין הקהל דאין משלמין אם טעו והדין קיים והא דכתב ומ"מ יש להם לחזור ע"ש בש"ך הפירוש מוכח דס"ל דאף במקום דאיכא פסידא לבע"ד אין הדין חוזר. ועש"ך סקי"ד ואבאר דבריו מה שכ' בסוף אות ? (א) דגם רב חסדא מודה לדינא לר"ש וכו' כוונתו דחיוב תשלומין הוא אפילו בלא נו"נ ביד ולא הצריך נו"נ ביד רק לענין קיום הדין והא דמשמע מדברי ר"ח דאפילו חיוב תשלומין אינו אלא בנו"נ ביד דהא דחיק לאוקמי בטיהר את הטמא שעירבן הדיין. ונהי דזיכה את החייב הוכרח לאוקמי בנו"נ ביד משום קיום הדין אבל טיהר את הטמא הא דמוקי לה בנו"נ ביד הוא רק משום חיוב תשלומין ועל זה קאמר דבעי לשנויי גם אליבא דרבנן ומה שכ' באות ? (ב) וכדי דלא נשוי להרי"ף טועה גדול. כדי להבין דברי הש"ך במה שהקשה על הרי"ף וישובו צריך להעתיק דברי הרי"ף במה שהביא בשם גאון וז"ל הרי"ף וחזינא לחד מרבוותא בהני בבי כדפרישנא וקאמר דמומחה שטעה בש"ה ולא נו"נ ביד דדיני' דינא ופטור מלשלם וקא גמר לה מהא דעכברא דשכיב אדינרי וסתר הרי"ף ראייתו דשם לא הי' הטעות בש"ה כלל. וכתב עוד הרי"ף בשמו ז"ל וקאמר נמי דמומחה שטעה בש"ה ולא נו"נ ביד ושאינו מומחה שטעה בש"ה ולא נו"נ ביד שניהן מה שעשו עשוי ואין חייבין לשלם ועל זה הקשה הרי"ף דאם כן מתניתין דקתני מחזירין ואוקמיה רב חסדא בלא נו"נ ביד היכא משכחת לה. וכתב עוד הרי"ף בשמו דהא דאוקימנא למתניתין דדן את הדין בנו"נ ביד כי היכא דלא ניסתמיה כר' מאיר דדאין דינא דגרמי והשתא דס"ל

כר"מ מי שאינו מומחה שטעה בש"ה אע"פ שלא נו"נ ביד אם אין הדבר מצוי שיחזור ויתברר כי הוא גרם לממון של זה שיאבד ועל זה השיב הרי"ף דכי אית ליה לר' מאיר דינא דגרמי רק בדיני נזיקין אבל גבי דיינא לית ליה האי סברא ומוכיח זה דאי משום דינא דגרמי מחייבת ליה אפילו בטע' בד"מ נמי אם אין הדבר מצוי שיחזור לבעליו יהי' חייב וכו' ע"כ והנה דברי הגאון שהביא הרי"ף תמוה מאוד דמתחלה פסק דבין מומחה ובין אינו מומחה ולא נו"נ ביד מה שעשה עשוי ולבסוף כ' דאם לא נו"נ ביד ואין הדבר מצוי שיחזור וכו' משמע דאם הדבר מצוי שיחזור חוזר ובעיקר דברי הגאון הפי' הוא כמו שמשמע מדברי הבעל העיטור הפי' בדברי הגאון והוא שהגאון פסק כרב ששת לכך כתב מתחלה דבין מומחה ובין אינו מומחה ולא נו"נ ביד מה שעשה עשוי. ומה שכ' בסוף דהא דאוקימנא למתני' דדן את הדין בנו"נ ביד כי היכא דלא נסתמי' כר"מ וכו' כוונתו דהא דמוקמינן במסכתא בכורות דף כ"ח משנה זו דדן את הדין בנו"נ ביד ומשמע דלא אמרינן מה שעשה עשוי רק בנוע ביד ע"ז קאמר הגאון דהא דמוקמינן בנו"נ ביד הוא רק שלא למיסתמי' כרבי מאיר אבל לענין קיום הדין אפילו לא נו"נ ביד ומשמע מדברי העיטור דלא גרס בדברי הגאון אם אין הדבר מצוי שיחזור ויתברר עכ"ל ע"ש בעיטור ולמה מקשה העיטור והש"ך על הרי"ף דמאי מקש' על הגאון מטעה בד"מ הא בש"ה קם דינא לפי פסקי הגאון שפסק כר"ש דהוי מזיק ממש משא"כ בטעה בד"מ דלאו כלום עביד. ומה שתירץ הש"ך דס"ל להרי"ף כהתוס' דהסוגיא דסנהדרין דלאו כלום עביד הוא כרבנן ואליבא דרבי מאיר טועה בד"מ ג"כ גרמי הוא וכיון דפטור הדיין בד"מ ע"כ משום דהדיין הוי כאונס א"כ ה"ה בטועה בש"ה דקם דינא יש לו להיות פטור מטעם דהוי אונס דלר"מ אין חילוק בין גרמי ובין היכא דקם דינא דהוי מזיק כן הוא כוונת הש"ך. אבל הוא תמוה דאם סובר כהתוספות דסוגיא דסנהד' דאמר דטעה בד"מ לאו כלום עבד הוא אליבא דרבנן א"כ מנין לו להרי"ף להקשות על הגאון מטעה בד"מ דהא אליבא דר' מאיר באמת חייב בטעה בד"מ. ולפי הגירסא דידן ברי"ף שכ' בשם הגאון וז"ל דאם אין הדבר מצוי שיחזור וכו' יפה הקשה הרי"ף מטעה בד"מ דהא לפי גרסא זו לדברי הגאון גם בש"ה חוזר הדין רק כשא"א להחזיר חייב ושפיר הקשה מטעה בד"מ והפי' בדברי הגאון לפי גירסת הרי"ף הוא כך במ"ש הגאון דהא דאוקימנא למתני' דדן את הדין בנו"נ ביד וכו' קאי ארב חסדא הא דמוקי בנו"נ ביד הוא דוקא אליבא דרבנן דפטרו בלא נו"נ ביד ואיכא פסידא לבע"ד מש"ה חוזר הדין בלא נו"נ ביד משא"כ לר' מאיר דמחייב אפילו בלא נו"נ ביד ממילא קם דינא אפילו בלא נו"נ ביד דהא ליכא פסידא לבע"ד. (ולבסוף אות ב' יש טעות סופר וכצ"ל מן אלא בטעה בד"מ לכ"ע פטור וכו' עד וכמ"ש בעה"מ צריך להיות

בסוף האות אחד העיקר כמו שכתבתי): ומה שהקשה בסוף אות ? (ד) על התוספות דמתרצי דמיירי במומחה דסמיכ' דא"כ מאי מקשה הש"ס מסיפא דאם הי' מומחה לישני דמיירי במומחה שלא בסמיכה וכו' נראה דלק"מ דהתוס' לא כתבו לחלק בין מומחה בסמיכה ובין מומחה שלא בסמיכה רק במומחה דלא קיבלו דבאינו סמוך קנסוהו להיות הדין קיים משא"כ בסמוך אבל במומחה דקיבלו דלא שייך שום קנס דבקיבלו לא הגיס דעתו חוזר הדין אפילו באינו סמוך דהא קיבלו עדיף מנט"ר ונט"ר עדיף מסמיכה כמ"ש הש"ך סקכ"ט אות ח'. והא דקאמר אם קיבלוך לא תשלם באמת הדין חוזר וכ"כ בתומים (ויש טעות סופר בש"ך שם וכצ"ל שתוספות ורש"י אינן חולקין וכו') ומה שכתוב באות ? (ח) דאי לאו דדייני' דינא אמאי לא משלם נימא דקיבלנוהו אדעתא למידן ד"ת וכו'. והנה לפמ"ש בסק"ה דעיקר הטעם במומחה משום דאניס לא שייך סברא זו ומבואר עוד כמ"ש בש"ך סק"ל: ומ"ש באות [ט'] ? (י) דבג' הדיוטות וקיבלו אין הגדול מחזיר ודאי כן הוא כמ"ש בתומים דאי לא תימא הכי לא משכחת לה שיהיה הדין של ג' הדיוטות קיים דהא לעולם יש גדול מהן. אך הטעם שכ' שאין בהשגתם להבין דברי הגדול וכו' וכוונתו נראה דעיקר תלוי שהדיין בעצמו צריך להיות חוזר מטעותו וכיון שאין בהשגתם להבין דברי הגדול אין חוזרין בעצמן. ומכל מקום דחוק. ונראה דהטעם הוא דהא עיקר הטעם שכתב בש"ך דמומחה וקיבלו פטור מלשלם משום דהקבלה אהני למיפטרינהו אף דבמומחה אפילו לא אמרו בפה את מקובל עלינו סגי כמש"ל וא"כ מה קבל' יתירתא יש כאן ע"כ צ"ל הטעם דהא דכתב הש"ך בסק"ל דסתם קבלת מומחה הוא בין לדין בין לטעות אך קשה דאם מחמת שהקבלה מלתא יתירתא אמרינן שקבלו בין לדין בין לטעות לפוטרו מהתשלומין א"כ תהני שיהיה הדין קיים שלא יהיה הגדול מחזירו כדמוכח בסמ"ע ס"ק ך"ד גבי קיבלו בין לדין בין לטעות לכן נרא' כמש"ל (וממילא גם הדין קיים כמה שכ' הסמ"ע סקכ"ד א"כ כבר כתבתי) דבמומח' הקבל' לאו מילת' יתירתא הוא דהא אהני הקבל' להיות הודא' בפניו הודאה והטעם דפטור מתשלומין הוא מטעם שכ' הרא"ש דהוא אנוס מה שאין כן בשלשה הדיוטות ודאי הקבלה מילת' יתירא הוא כמ"ש הרא"ש וממילא הי' בין לדין בין לטעות והדין קיים ואין הגדול מחזירו כנ"ל ומדברי הש"ך שכ' שאין בהשגתם להבין דברי הגדול. ולפי עניות דעתי מוכח דלא מהני חזרת מומח' במה שנתוודע לו דסוגיא דעלמא כאידך דאי נימא דגם זה מיקרי טעות במה שלא ידע מקודם הסוגיא דעלמא ואח"כ נתוודע לו מה שייך בזה שאין בהשגתם להבין מה השג' שייך בזה. וגם לשון רש"י שכ' הטעם באינו מומח' דיכול לו' מאי חזית דטעמא בתרא עדיף וכו' תמוה דהא יכול לברר האיך סוגיא דעלמא אלא על כרחך דהטעות הי' שמתחלה

פסק מכח איזה הכרעה שהי' בדעתו. דהא בחייב את הזכאי על כרחך היה מצד איזו הכרע' שהיה נראה לו איזה הוכחה כהך דיעה שפסק דהא כיון שלא ידע שום סוגיא דעלמא ולא ידע רק שהוא מחלוקת הפוסקים מה"ת הי' לפסוק להוציא במקום פלוגתא דרבוותא אלא על כרחך שהיה לו איזה הכרע' ואח"כ נתברר לו שטע' בהוכחה שהיה לו ומצורף לזה ג"כ נגד סוגיא דעלמא או שאח"כ כשנתוודע לו הסוגיא דעלמא יש לו ג"כ איזה הוכחה שהדין הוא שלא כמו שפסק זה מיקרי טעות בשיקול הדעת אבל כשהטעות רק מכח סוגיא דעלמא לא מיקרי טעות שיהי' הדין חוזר כיון דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר דעביד כמר עביד כך הי' נ"ל אך כיון שמהפוסקים משמע דאפילו בטעות מחמת שלא הי' יודע סוגיא דעלמא מיקרי ג"כ טעות בש"ה (ובאות י' יש טעות סופר וכצ"ל הכי נקטינן דאין הגדול מחזיר. וגם בריש אות (ב') יש טעות סופר וכצ"ל מ"מ בזה דס"ל לבעה"מ היכי דיש גדול מחזיר בזה נראה כוותי' וכו' ותיבת ופטורים מלשלם נמחק) ומ"ש באות (יד) ומדברי רש"י אלו מבואר וכו'. כוונתו דאף שמביא בסקכ"ט דבד"מ אין הדין קיים בדיבור רק כשהוציא המעות דוקא מ"מ באיסור והיתר בדבור קם דינא. ומ"ש הש"ך דכן מוכח בש"ס וכו'. הכונה דאי נימא דלא קם דינא בדבור אם כן אי אפילו אי אמרת דאינו חוזר מכל מקום הא אלו הוה קמן הוי הדר ולאו כלום עביד אלא על כרחך דבדבור קם דינא. ומה שכ' דלא כמ"ש בעה"מ פשיעותא דבע"ד וכו' הכונה דלפמ"ש הבעה"מ אין כאן הוכחה דיכולין לומר דלעולם לא קם דינא בדבור עד שיעשה מעשה כמו בדיני ממונות דבעינן הוציא ומכל מקום אי אמרינן טעה בד"מ אינן חוזר שפיר קמפחיד ר' טרפון דבשלמא אי הדין חוזר ודינו לאו דינא כלל והרי הבעלים כשהאכילו לכלבים האכילוהו כשירה לכלבים שייך שפיר למימר פשיעותא דבעל דין שהרי פשעו והאכילו כשרה לכלבים מה שאין כן אם נאמר דדינו דינא רק שכל זמן שלא נעשה מעשה יכול לחזור וכשנעשה מעשה הדין קיים באמת והוי כאלו נתגלע למפרע שבא מת טריפה הוא והבע"ד השליך דבר שהיא באמת טריפה לכלבים לא שייך לפטור הדיין שהטריף בפי' משום פשיעותא דבע"ד כיון דהבע"ד השליך דבר שהוא באמת טריפה לכלבים כיון דאחר שנעשה מעשה היא באמת טריפה ואחר כך כתב הש"ך וכך כתב הר"ן וכו' פי' דמדברי הר"ן ג"כ מוכח דתיכף בדבור קם דינא. ומש"כ באות זה אלא משום דכיון דאוקמי למתני' דבכורות בנו"נ ביד אלמא דהיינו כרבנן וכו' והוא תמוה דהוא צריך לאוקמי בנו"נ ביד אפילו לרבי מאיר משום קיום הדין לרב חסדא. ונראה בכוונתו דכיון דמוקי למתניתין דבכורות בנו"נ ביד וכיון דרישא דמתניתין דהיינו מה שעשה עשוי מיירי ע"כ בנו"נ ביד ע"כ סיפא דמתניתין דקתני וחייב לשלם

ע"כ סבירא ליה למתניתין דאינו חייב לשלם רק בנו"נ ביד והיינו כרבנן דאי סבירא ליה למתניתין כרבי מאיר וחייב לשלם כשא"א להחזיר אפילו בלא נו"נ ביד היה לו למתניתין לאשמעינן רבותא יותר דמשכח' לה שחייב לשלם אפי' בלא נו"נ ביד דהיינו כשא"א להחזיר וכיון דרישא בחדא גוונא מיירי על כרחך לא משכחת חיוב תשלומין רק בנו"נ ביד והיינו כרבנן: ועתה אכתוב מה שנ"ל ליישב דברי אא"ז הגאון ח"צ שכ' ליישב תמיהות הש"ך בס"ק זה שתמה על הרמ"א בי"ד סימן רמ"ב שב' דבש"ה יכול החכם השני להחזירו מהוראתו דהא הרמ"א פסק כאן כר"ש דאפילו לא נו"נ ביד מה שעשה עשוי אפילו גדול אינו מחזיר ותי' אא"ז דאף דאפילו לא נו"נ ביד אינו חוזר מ"מ מעשה בעי וכל זמן דלא נעשה מעשה חוזר ובסי' זה מיירי שכבר הוציא משום הכי פסק לאין הגדול מחזיר ובס"ד מיירי שעדיין לא נעשה מעשה מש"ה פסק דהגדול מחזיר. וע"ז תמה התומים דהא אמרינן בש"ס דר"ע תרתי אמר ליה חדא דטועה בד"מ את ועוד דאפילו בש"ה טעית מומחה את משמע אלולי דהיה מומחה חייב ולדבריו דמעשה בעי פטור כיון דאלו הוי קמן הוי הדר עכ"ל. ומקודם צריך ליישב דברי הראב"ד שסותרים זה את זה דהרא"ש הביא בסנהדרין בשמו דאפי' גדול אינו מחזיר ובע"ז הביא הר"ן בשמו דבאו"ה קם דינא אף דבד"מ חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה וכר ולייש זה נראה דבע"ז מיירי קודם שנעשה מעשה ואז דוקא באו"ה קם דינא כיון דשויא חד"א משא"כ בד"מ חבירו המומחה חוזר ומזכה וגם הסוגיא דסנהדרין דף ל"ב בפלוגתא דר"י ור"נ ור"ש מיידי קודם שנעשה מעשה דר"י ס"ל דדוקא אינו מומחה וקיבלו אין יכול לחזור בו קודם שנעשה מעשה דכיון שהוא אינו מומחה וא"י לדון רק מחמת קבלה דן ומי שמוהו לאיש שופט לדון שנית ולחזור מהוראה ראשונה אבל מומחה דיכול לדון יחידי יכול לחזור מהוראתו ולדון שנית ור"נ סבירא ליה דדוקא גדול ממנו מחזירו דכשאין גדול ממנו יכול לומר מאי חזית ודוקא כשגדול מחזירו והוא מודה לו שטעה דהעיקר תלוי כשהדיין בעצמו מכיר שטעה וחוזר כמבואר בש"ך במ"ש בטעם דבג' הדיוטות אין הגדול מחזיר משום שאין משיגין דברי הגדול. ור"ש ס"ל דאפי' גדול אין מחזיר בש"ה אפילו קודם שנעשה מעשה אבל כשנעשה מעשה סבירא ליה להראב"ד מסברא דכ"ע מודים דאין הגדול מחזיר ומטעם שכתב הרא"ש וזה לשונו דא"א להחזיר הדין כיון דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר אין מוציאין מיד המוחזק וכו' ומשום הכי אפי' גדול אינו מחזיר. וא"כ קושית הש"ך מי"ד סי' רמ"ב לא קשה כמה שכתב הח"צ דשם מיירי קודם שנעשה מעשה הרמ"א פסק שם כהר"ן דפליג אהראב"ד וסבירא ליה דאו"ה דמי לד"מ ומשום הכי יכול לחזור והכא דפסק להחזיר אפי' יש גדול מיירי שכבר הוציא אבל

כשלא הוציא סביר' ליה באמת דחוזר כשיש גדול הימנו וכשאין גדול הימנו אינו חוזר והטעם היא משום דפסק כר"נ וטעמא דר"נ דא"י לחזור בו בלא גדול משום דאמר ליה מאי חזית משום הכי כשיש גדול חוזר הדין אבל כשכבר הוציא דשוב אי אפשר להחזיר הדין מטעם שכתב הרא"ש כמש"ל אפי' גדול אינו מחזיר ובאו"ה דלא שייך לומר מאי חזית דע"א נאמן באיסורין משום הכי חוזר אפי' בלא גדול וקשיות הש"ס הוא אליבא דרב ששת דסבירא ליה אפי' גדול אינו מחזיר אפי' קודם שנעשה מעשה אלמא דס"ל דבדבור קם דינא אם כן ה"ה באו"ה ומקשה הש"ס שפיר והנה בס' קצה"ח הקשה על הש"ך שכ' דר"ח דמוקי באגע בו שרץ הוא אליבא דרבנן. והקשה כיון דקם דינא מאי הוסיף במה דאגע בו שרץ ואי הגיע בו שרץ קודם אינו דיין אלא מזיק ממש. וקושייתו הוא קושיית התוס' בבא קמא דף צ"ט ע"ש. ומ"ש דזה אינו דיין אלא מזיק לא ידענא מאי מאמר דודאי משכחת לה שהגיע שרץ תוך כדי דבור לפסק שלו:

ט **וג' הדיוטות.** עיין ש"ך ס"ק ט"ו שהאריך להביא פוסקים החולקים אזה. ולפי עניות דעתי נראה דהעיקר כמ"ש בתומים להשוות הפוסקים דודאי כל שקיבלו בפי' ואמרו הרי את מקובל עלינו ודאי דפטירי דהא אכל ג' הדיוטות מקשה בש"ס דף ג' טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת וכיון דלא פטירי רק בקיבלו בפי' לא שייך נעילת דלת דמי יכופם שיקבלו מפירוש. ובסתם שבאו לפניו לדון ודאי דחייב ובכה"ג מיירי הפוסקים המחייבים ובהא לא שייך טעם הרא"ש תדע דהא התובע תמיד בא מעצמו לדון דמאן כופייהו ואי נימא דבסתם הוי קבלה ופטור אם כן קשה שינוי דהש"ס כל שכן שאתה נועל דלת ולחלק בין תובע לנתבע כמו שמחלק התומים דוחק גדול הוא דכל כה"ג לא ה"ל להפוסקים למיסתם:

י **הי' הטועה מומחה ב"ד.** בתומים כ' דדוקא במומחה לרבים דהיינו שנתפרסם המחאתו מהני קיבלו אבל כל שלא נתפרסם המחאתו לא מהני קיבלו וחייב לשלם וכ"כ באורים והוא תמוה לפענ"ד דהרי יכול לברר המחאתו דהא טעם דמומח' פטור מפני שהוא אנוס והכא כשמברר שהוא מומחה הרי מברר אונסו וכן במראה דינר לשולחני אף כשמברר אח"כ שהוא מומחה מהני דמה"ת יוגרע הדיין. ובספר קצות החושן כתב דאין צריך לברר שהוא מומחה כשיש לו מגו שהיה אומר שלא טעה. ולית' דהא עכצ"ל טעם לדבריו. ועוד דאין זה מיגו דירא שיתברר טעותו מפי אחרים. (ובש"ך סעיף קטן ך"ב יש ט"ס וכצ"ל מיידי אפילו בגמיר ולא סביר):

יא **או שלא היה מומחה אבל קיבלו וכו'.** עש"ך סקכ"ד שהשיב על הרמב"ן שכתב בדלא גמיר אפי' קיבלו אפי' נו"נ ביד יכול לחזור. והקשה על זה חדא לר' אבוהו כל

תרי אפי' גמירי פסולי ואפ"ה מהני קבלה. ועיין תומים שסתר בדוחק. וכן לעיל בסימן כ"ב סק"ט כתב ג"כ בהא דאם נודע שטעו דאם כבר הוציאו ממון הדין קיים. ומוכיח מזה מדברי הנ"י שכת' בקיבלו עליה' יושבי קרנות דפליגי אי חייב לשלם משמע דהדין קיים ולפענ"ד הדברי' תמוהין דהא בהדיא כתבו התשובות מיימוני והמרדכי הביאם ב"י בסי' כ"ג באם קיבלו עליהם ג' רועי בקר ונודע שטעו דאין דיניהם דין וכתבו הטעם דלא עדיף מפשרה דבעי קנין וע"כ מיירי בגוונא דבדיינים בשרים הדין קיים בטעות דאי אפי' בדיינים כשרים הדין בטל לא היה צריך לטעמא דידיה. לכן נראה דאדרב' מהנ"י שהביא הש"ך מוכח דהדין בטל דכיון שכתב בג' רועי בקר דלא מצי למימר אדעתא דלידון דין תורה קיבלום דמידע ידעי שאינם יודעים דין תורה וכיון דלא קיבלו כלל על דין תורה ודאי דשפיר כתבו המרדכי והתשובות מיימון דדמי לפשרה דבעי קנין ובלא קנין לאו כלום הוא ואף דבדיינים כשרים ובקיבלו עליהם בין לדין בין לטעות נרא' דלא בעי קנין מדלא כתבו הפוסקים ויבואר לקמן אי"ה. היינו מטעם דטעות בש"ה ג"כ דין תורה הוא ואדעתא דדברי תור' פסקו דין שפסקו על פי הך אמורא אבל הנך דלא נחתו כלל לפסוק על דבר תורה רק ע"פ שכלם לא שייך לומר שהחזיקו ע"פ דעה דהא דהא לא ידעי מזה כלל ולא סמכו על דיעה זו כלל דהא לא ידעו ממנו ומיירי הנ"י כשהי' קנין משא"כ בשאר דיינים. ולפי זה נראה דדוקא ברועי בקר דלא גמירי כלל אז הדין בטעות אפי' בש"ה לאו כלום הוא כשלא הי' בניין כמו בפשרה אבל בקיבל עליו קא"פ מומחה ודאי דאין הפרש לכאורה בין שאר כשרים דבזה ודאי צדקו דברי הש"ך דהא לר' אבהו כל חד פסול לדין ואפ"ה בקיבלו דדין קיים בטעות ש"ה ומה נשתנה קא"פ אכן מדברי המחבר שסתם בסי' כ"ב וכתב בכל קבלת קא"פ דבנודע שטעה אין הדין קיים ומשמע אפי' במקום שהדין קיים בכשרים בש"ה אפ"ה בקא"פ הדין בטל ועל כרחך צ"ל דס"ל כיון דמה שעשה עשוי הוא מכלל התקנה וקנס כמ"ש הרא"ש ולא תיקנו רק בכשר לדיין משא"כ בקא"פ הוא מילתא דלא שכיח לא עבדו רבנן תקנתא. אמנם לדינא נראה להכריע כמש"ל דברועי בקר לא מהני בלא קנין ובקא"פ מהני בלא קנין כמ"ש הש"ך (ובש"ך סק"ד יש טעות סופר וכנ"ל מומחה וקיבלוהו אם נו"נ ביד אין חוזר הדין וכו'):

יב **קיבלו**. עסמ"ע סק"א דברי הסמ"ע הן אם נאמר דגמיר ולא סביר שנט"ר לא נפטר מתשלומין. ויש שם טעות סופר וכצ"ל לחלק בין גמיר ולא סביר ללא גמיר וסביר. דהכונה דהיה צריך לחלק דבגמיר ולא סביר דמהני נט"ר מה שעשה עשוי ולא גמיר דלא מהני נפדר וסביר אין דינו ד ן כלל ואם לא טעה:

יג **נשא ונתן ביד.** עש"ד סקמ"ה שכתב דאם כפוהו על התשלומין הוי כנו"נ ביד. וכן כתב בתומי' ופשוט:

יד **ישלם מביתו.** עש"ך סקכ"ו וכ"ז מה שהקשה על הרמב"ם. ועוד קשה לי כיון דהרמב"ם לא ס"ל הסברי' שכתב הרי"ף דהדר דינא משום פסידא דבע"ד א"כ מנין לו דבמומח' וקיבלו הדר דינא הא הרי"ף לא הוכרה לזה רק משום הסברא שכתב דהטעם בהא דאמר רב חסד' דבלא נו"נ ביד הדר דינא הוא משום פסידא דבע"ד כמ"ש הרא"ש וכיון דהרמב"ם לא ס"ל הסברא דפסיד' דבע"ד מנין לו דבמומחה חוזר. לכן נראה דלהרמב"ם היה קשה לו על דברי הרי"ף דלפי דעת הרי"ף צ"ל דמדינא קם דינ' רק משום פסידא דבע"ד הדר דינא כמ"ש הרא"ש לפ"ד הרי"ף ובירושלמי מוכח דהטעם בהא שעש' עשוי הוא משום קנס כיון דהגיס דעתו לדון יחידי וע"כ הטעם שכתב הירושלמי הוא על הא דמה שעש' עשוי דאי על הא דקתני וישלם מביתו הא לאו משום קנסא הוא רק מדינא דכיון דקם דינא ממילא מחויב לשלם מביתו כיון דקיי"ל כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי. ועוד כיון דקם דינא מזיק גמור הוא וע"כ הטעם דקאמר בירושלמי הוא על הא דקאמר מה שעשה עשוי וכיון דרק משום קנסא הוא ס"ל להרמב"ם דהיינו טעמא דר"ח דמחלק בין נו"נ ביד בין לא נו"נ ביד דס"ל דלא קנסינן רק כשנו"נ ביד והוציא הממון מרשותו מש"ה קנסינן ליה אבל כשלא עשה שום מעש' רק שהורה בדבור לא קנסינן ליה על דבורו ולזה שפיר פסק במומחה וקיבלו דלא שייך הגיס דעתו ממילא לא קנסינן ליה שיהיה מה שעשה עשוי וחוזר הדין ומה שכ' הרמב"ם בלא נו"נ ביד בא"א להחזיר דחייב לשלם פליג ג"כ על הרי"ף דהרי"ף ס"ל דלא שייך כדיין דינא דגרמי והרמב"ם מחייב:

טו **ואין הדין חוזר.** עש"ך סקכ"ט שסתר דעת הטור שסבירא ליה דאפי' לא הוציא עדיין מיד שפסק הדין אין הדין חוזר. וסתר הוא דבריו דבעינן דוקא הוציא. ולכאורה תמוהין דבריו מאוד דא"כ קשה אמאי ישלם מביתו הא אילו הוה קמן הוה הדר ולעיל בסק"ה טרח ליישב משום קושי' זו הא דטיהר את הטמא ולפ"ד כאן עדיין קשה מחייב את הזכאי וכן תמה בתומים ולפענ"ד נרא' ליישב דדוקא בטע' בך"מ שייך לומר בחייב את הזכאי לאו כלום עבד אף דברי היזיקא דודאי היה מוכרח ליתן ע"פ ב"ד מ"מ הא דבורו של הדיין לא הזיקו כלום דאף כשנתן לו הי' יכול להוציא ממנו דהא הדין חוזר אף שאח"כ לא הי' יכול להוציא ממנו מ"מ לא הי' ברי הזיקא שלא יהא אפשר להחזיר מה שאין כן בש"ה דתיכף כשנתן לו הדין קיים מחמת שהחזיקו הדיין דבלא החזקת ב"ד מוציאין ממנו ע"פ סוגיא דעלמא וכיון דהדין קיים ומחמת דיבורו של דיין הדין קיים ודבורו של דיין מזיקו ולא שייך לומר לאו כלום עביד אבל בשיקול הדעת ודאי דהדבור

הוא דמזיקו משא"כ בטועה בדים דלאו דבורו מזיקו שייך לומר לאו כלום עביד (אבל בש"ה חייב) דהוי נדמי נהי דמזיק ממש לא הוי כיון דלא עביר מעשה אבל גרמי ודאי הוי כיון דדיבור מזיקו וחייב לר' מאיר מה שאין כן בטיהר את הטמא ועירבן בעה"ב קשה שפיר דהא הדיין לאו כלום עביד בדיבורו לכך טרח הש"ך ליישב בסק"ה:

טז **בין לדין בין לטעות.** נראה דסגי בקבל' בלא קנין ול"ד לפשרה דבעי קנין דשם מיירי בטעות בש"ה דהוי ג"כ דין תורה כמ"ש הש"ך בסק"ל ואף דבסי' כ"ב הביא הב"י דטעות דמי לפשרה שם טעמא אחרינא איכא כמש"ל. עוד כ' הש"ך ליישב דברי רש"י הוא תמוה לפענ"ד דמ"מ קשה דה"ל להוכיח ממתני' דדן את הדין דמיירי ולרש"י בקיבלו סתם וקתני דאם הי' מומח' פטור ודינו דין והוי ממש כי האי דהבא דאמר אם קיבלוך לא תשלם והוא דין מפורש במשנה ולמה לו להביא מדברי אמוראים. וכן הקש' בתומים ונלפענ"ד ליישם דבריו דמתני' אפשר לומר הטעם דמומח' פטור כמ"ש הרא"ש דהוי כאונס וא"כ ליכא הוכחה דאפי' אם נאמר דקבלה היה רק שיהי' לו רשות לדון מ"מ פטור מטעם אנוס אבל ממר זוטרא מוכיח שפיר דאמר אם לא קיבלוך זיל שלים ופירש"י דהיינו שאמר דון לי דין תורה וכו' ואי הטעם משום דאניס אפי' בכה"ג יש לפוטרו מטעם דאניס אלא ע"כ דלר"י דאית ליה פרוט' דר' יוסף חייב באונס כי האי דדמי לגניב' מטעם שכתבתי לעיל סק"ג ע"ש. ורש"י בסנהדרין ל"ג שכ' טעם דאניס הוא אליבא דרב נחמן דס"ל כרבה דלית לי' פרוט' דר"י במ"ש התוס' בב"ק נ"ו ד"ה בהאי הנא' אבל לר"י ע"כ הטעם במומח' דפטור משום דהקבל' מילתא יתירא היא וע"כ הי' לקבל אף הטעות והא דלא פירש"י כפשוטו דאם לא קבלוך דהיינו שדן בכפי' ולא קיבלוהו כלל דבכה"ג אף הדין חוזר דר"י מוקי למתני' דמחזירין בסנהדרין דל"ב במומח' ודוק' בהדיוט או במומח' שקיבלו שיש לו בית דין אין מחזירין. והטעם נראה דעיקר הטעם הא דקם דינא בטעות בש"ה משום דכבר הוא מוחזק כמ"ש הרא"ש ואף דבש"ה מוציאין אפי' מיד המוחזק כיון לסוגיא דעלמא כאידך מ"מ כיון דכבר הוחזק ע"פ ב"ד אין מוציאין מידו וכמש"ל וכיון דמומח' שדן בכפי' אין לו דין ב"ד כלל כמבואר בסי' ג' סעיף ב' אין הדין שלו קיים בטעות כיון שהבע"ד לא הוחזק ע"פ ב"ד וע"כ בקיבלו עליהם שיהי' לו דין ב"ד רק שאמר דון לנו דין תורה וכיון דטעות בש"ה ג"כ ד"ת הוא כמ"ש הש"ך הדין קיים כיון שהוחזק ע"ם ב"ד וחייב הדיין לשלם אבל בקבלה סתם אמרי' דהי' הקבל' בין לדין בין לטעות דאין לומר שלא הי' הקבל' רק להיות הדין קיים בטעות אבל לא לענין פטור תשלומין דזה אינו דכיון שבודאי הי' הקבל' אף לענין טעות ולא אמרו בפירוש לדון ד"ת ודאי הי' הקבל' לכל דבר אף לענין פטור תשלומין והא דמפש' הש"ס סנהדרין ל"ג מסיפא

דאם הי' מומח' אמתני' דדיני ממונות מחזירין ולא משני דמתני' דמחזירין מיירי בלא קיבלו ומתני' דדן את הדין מיירי בקיבלו וסתם קבלת מומח' הוא בין לדין בין לטעות שם המקשה היה רב נחמן גופיה שמתרץ שם כמבואר בכללי הש"ס ור"נ ס"ל בדף ה' כשמואל דאפי' חד הדיוט כשר וע"כ מתניתין דדן את הדין מיידי בלא קיבלו דלשמואל ורב נחמן אפי' בהדיוט הקבל' סתם היא בין לדין בין לטעות כיון דדינו דין אפי' בלא קבלה כמו במומח' וכיון דמיירי בלא קיבלו מקשה שפיר והוכרח ר"נ לתרץ תי' אחר ורב יוסף דס"ל כר' אבוהו לעיל באמת לא חש לקושיי' שהקש' שם ר"ג מסיפא דאם הי' מומח' דמוקי לה בקיבלו ולק"מ:

יז **דמה להם לעשות** עש"ך סקל"ב שהקש' דהא בלא"ה פטורים דהוי כקבל'. ויש ליישב דנ"מ באמרו להם ע"מ שתדונו דין תורה דחייב לרש"י כמ"ש הש"ך סקל"א ע"ש גם מ"ש הש"ך בס"ג דע"י קנס לא מיקרי אונס הוא תמוה דודאי בכה"ג אפי' אונס ממון הוי אונס ודוקא לענין מסור מחלקינן בין אונס הגוף לאונס ממון וכ"כ בתומים גם מ"ש הש"ך בסקל"ה דבנו"נ ביד חייבין הוא תמוה דהא מוכרחין הן לישא וליתן ע"י שליח ב"ד דדמי לנו"נ ביד וכן כ' בתומים:

יח **והחלק הג' מפסיד**. ובספר קצה"ח הקש' דהא קיי"ל כר"נ דכל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי ולדידי לא ק"מ דהא אדרבה הרמב"ם פסק בהלכות נזקי ממון גבי שלמים שהזיקו אינו גובה מבשרן כנגד אימורין ומטעם דאמר בב"ק שם אפי' תימא כר"ג דמי ס"ל בשר אזיק אימורין לא אזיק וה"נ דכותיה. דמ"ש דכאן נגמר ע"י השנים כיון דהיו יכולין לגמרו בלא השלישי לא ידענא דהא מ"מ נגמר הדין ע"י כולם שכולם אמרו פ' אתה חייב. וגם הוכחתי לעיל דכולם צ"ל כשעת גמר הדין ועש"ך סקל"ט שהקש' כיון דהרב לא הכריע בין הרי"ף והרא"ש א"כ הי' לו להיות חוזר הדין נגד חלק הג' כיון דאיכא פסידא דבע"ד ולפמש"ל בס"ק י"ג לק"מ דהא בסעיף ג' הכריע כהרמב"ם ולא כהרי"ף דאפי' בלא נו"נ ביד ישלם מביתו אלא דאין הטעם כלל משום פסידא דבע"ד והא דבמומח' וקיבלו חוזר הדין הוא משום דל"ש גביה קנס משום שהגיס דעתו משא"כ בג' הדיוטות דלא הי' להם לדון בכפי' כמ"ש הש"ך בסקי"ד אות ט' הדין קיים וגם מטעם שכתב הש"ך שם אות י"א דאין בהשגתו להבין דברי הגדול הדין קיים:

יט **ואם אין לו וכו'**. עש"ך סקמ"ה ויש ט"ס וצ"ל אבל אם כפוהו על התשלומין ותיבת ולא ט"ס גם מש"כ בין שני חצאי לבנה ובקיבלו עלייהו או מומח' פטרי אפי' בכה"ג. נראה דט"ס הוא וצ"ל ובקיבלו עלייהו מומח' מיירי וכו' כצ"ל. או דקאי על טעות בדבר משנה דפטור במומחה אפי' לא קיבלו או בקיבלו ואינו מומח' להרי"ף והרמב"ם:

כ **ודוקא.** עש"ך ס"ק מ"ח שהביא בשם בה"ג עד אע"פ שנתגלה עליהם ממון וכו'. והוא תמוה מאוד דהא מבואר בסי' י"ב סעיף י"ד דאם כפר ונתפשר ואח"כ הביא עדים דיכול לחזור בו וה"נ ממש כן הוא דמעיקרא כפר ואח"כ נתגלה קצת וע"כ בעדים. ולכן נ"ל דמיירי שאח"כ נתגלה עליהם ממון מה שלא ידעו הם ג"כ מעיקרא ולא הי' טעות בפשר כלל כי כן הי' מו"מ ביניהם אבל כשנתנו לו רק בעד השבועה שהיה עליהם ואח"כ נתברר קצת הממון שהיה תובע הם יכולין לחזור ולתבוע המעות שנתנו כי כבר נתברר מקצת מהממון שתבע כי בודאי אם א' תבע לחבירו אלף זהו' פקדון ונתפשר בעד שבועת שומרים בסך ת"ק זהובים ואח"כ הוכר הגנב מסך ת"ק זהו' או אפי' מפחות שמחויב המפקיד להחזיר לו דמי הפשר שקיבל דהוי פשר בטעות דהא נתברר שלא היה עליו שבוע' רק מסך ת"ק זהו' ובודאי אלו היה ידוע לדיינים בשעת הפשר הי' מפשרן בפחות לזאת נתבטל הפשרה וחזרה שבועה למקומה:

סימן כו

א **שגרם הפסד.** עיין בנימוקי מהר"ט מריזבורק דמיירי שתבעו בעד חבלות בדא"ה וכבר הענישוהו העכו"ם לתת קנס לכן אין דנין אותו פעם שנית בד"י ולזה כתב הסמ"ע ס"ק ז' דה"ה לד"מ וכבר שילם וכו' דכיון שכבר נעשה מעש' ע"פ העכו"ם אין דנין אותו שנית:

ב **והסברא הראשונה נ"ל עיקר.** בתומים כתב ב' טעמים. א' דהוי כקיבל עליו קא"פ דא"י לחזור בו אחר גמ"ד. ב' משום קנס שהלך לפני עבו"ם. ונ"מ בין ב' הטעמים דלטעם הא' אם נתחייב התובע מחמת שוחד שנתן שכנגדו לעוות המשפט נזקקין לו דהא בקא"פ אפי' טעו חוזר הדין ולטעם הב' משום קנס שוב אין נזקקין לו. ומדסתמו הפוסקים משמע דהעיקר כהטעם הב' ולעולם אין ב"ד נזקקין לו. אבל אם הבע"ד בעצמו יודע שחייב לו ע"פ ד"ת ודאי דצריך לשלם לו ואפי' אם הוא מסופק צריך לדון לפני ד"י שלא יהיה ספק גזל ת"י:

ג **ומציל בדיני עכו"ם.** עסמ"ע ס"ק ה' שנותנין לו רשות להוציא שלו ולא שהעכו"ם יכופהו לעשות וכו'. ונראה דמיירי באופן שידוע החוב לדייני ישראל כגון במלוה בשטר וכיוצא דבמלו' ע"פ אי אפשר לדייני ישראל ליתן לו רשות להוציא דאימר אינו חייב לו כל כך רק משמתין אותו כשאינו רוצ' לבוא וכן מוכח מהב"י שכתב כשא"י להוציא ממנו ע"פ אדרכתא משמע שידוע שחייב לו כבר וכן מוכח מהדרישׁ סי' ב' שכתב וז"ל שאם הי' העכו"ם אומרים לישראל תן ממון זה לישראל חבירך שאתה חייב לו ע"פ הדין וכו' ולתי' הא' אף זה אסור ולתי' שני שם אינו מותר רק בכה"ג:

סימן כח

א **כל מי שיודע עדות לחבירו וכו'**. בב"ק דף נ"ו מבואר דע"א אינו עובר מדאורייתא רק מדרבנן. ונ"מ למי שנשבע שלא יעיד דבמקום שמחייבין מדאורייתא אין השבוע' חל דהוי נשבע לבטל המצוה אבל מדרבנן חייל וכ"כ בתומים ונרא' דבעדות מיוחדת ג"כ אין הא' עובר מדאורייתא כיון דא"י מעדות השני רק השני אחר שכבר הגיד הראשון עובר מדאורייתא. ונראה דדוקא בע"א דאין מחייב רק שבועה אינו חייב מדאורייתא להעיד אבל במקום שמחייב ממון כגון בהכשירו לקרוב כב' עדים נהי דאינו עובר באם לא יגיד מ"מ חייב מדאוריית' משום השבת אבידה לבעלים וכתב הר"ן דבהכשירו לקרובים לעדות שאינן עוברים באם לא יגיד דבירושלמי ממעט לה מדכתיב והוא עד את שכשר להעיד עדות תורה ע"ש. ואף דבשבועות אמרינן דעד מיתה כיון דנאמן מדרבנן חייב קרבן שבוע' יש לחלק דש"ה דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון משא"כ בהאמינו לקרוב הוי כמחייב עצמו מה שיאמר הקרוב:

ב **וחייב בדיני שמים**. עש"ך ס"ק ב' שהביא בשם הרש"ל דרק בקים ליה בדרבה מיניה מחני תפיס' ולא בשאר דברים. ובתומים הקש' מהא דסנהדרין ע"ב בהא דרבא איגנבי ליה דכרי במחתרת ואהדרו ניהליה ולא קיבלה הואיל ונפיק מפומיה דרב והקשו בתו' דהא מ"מ חייב לצי"ש ותי' דחשבו דמחוייבים להחזיר וכו' ואי נימא דבקים ליה בדרבה מיניה מהני תפיס' קשה נהי דבטעות החזירו מ"מ הא הוי כתפיסה ע"ש שדחק , ולפענ"ד אפשר לומר דנהי דאם תפס אין הב"ד מוציאין מידו מ"מ אסור לו לתפוס דהא הטעם דתפיסה מהני כתב הש"ך בסי' כ"ה סק"ב דהוא משום דעביד איניש דינא לנפשיה וכיון דהב"ד אסורין לעשות דין להוציא מידו כמו כן הוא בעצמו אסור לעשות דין ומה שהקש' בס' קצה"ח בהא דיש אוכל אכילה אחת וחייב עליה ארבע' חטאות ואשם רמ"א אם היתה שבת והוציאו בפיו ע"כ והקש' כיון דקלב"מ פטור מקרן וחומש ופטור נמי מאשם כמבואר בפסחים כ"ט כו' וע"ש גם לדידי הוי קשה לי ואחר העיון לק"מ (") דהא בלא"ה קשה דהא בפסחים שם מוכח דכל היכא דהוא לאו בר דמים שהוא איסור הנא' אין בו חומש ואשם ונותר איסור הנאה הוא כמו חמץ ולאו בר דמים הוא אך החילוק הוא מבואר דש"ה בפסחים דהוא קדושת דמים ומעילה דקרן וחומש הוא משום גזילת הקדש כמ"ש התו' בכתובות דף ל' בד"ה זר שאכל תרומ' מש"ה בעינן שיהיה בר דמים משא"כ הכא מיירי בקדושת הגוף דמעילה דידה לא תליא בדמים כלל ולפ"ז גם קושיא זו לא קשה דהא התוס' בכתובות דף ל' שם כתבו דתרומה חייב אף בק"ל בד"מ דהתשלומין דידה משום כפרה הוא משא"כ בקרן וחומש של הקדש אינו משום כפרה רק משום שישלם

גזל הקדש ע"ש בתוס' וזה שייך בקדושת דמים אבל בקדושת הגוף אפי' במקום דלאו בר דמים ודאי דלאו משום גזילת הקדש הוא רק משום כפרה כמו בתרומה. ומה שתירץ הוא דחייב לצי"ש חייב בקרן ובפסחים כ"ט מיירי בהזיד בחמץ דעבדינן ליה החומרא ואפי' בדיני שמים פטור וכו'. תלה נמי בוקי סריקי במהרש"ל דודאי אף מהרש"ל מודה דאפי' אי עבדינן ליה החומרא חייב לצי"ש דהא אתנן אסרה תור' אפי' בא על אמו במזיד והתראה וכן בב"מ אמרינן דחוסם פי פרה דלוקה ומשלם לצי"ש רק דלענין תפיסה כתב סברא זו:

ג **להשביען**. באורים הקשה לדעת הרמב"ם דס"ל דבשבועות העדות א"צ שיענה אמן וכו'. ולק"מ דכאן יכולין לומר בפי' אין אנו מקבלין עלינו בשבועה ואז ודאי פטורין משבועת העדות דדוקא שתיקה בעינן לדעת הרמב"ן:

ד **אינו חייב לשלם** עסמ"ע סקכ"א עד פעמים שמנדין עד שיתן והיינו כשיכולין לברר וכו'. תמיה לי דהא כשיכולין לברר ששקר העיד נחתינן לנכסי' כמ"ש הרמ"א דחייב לשלם. לכן נראה דהעיקר עם התומים דמיירי באופן שאף אם האמת כדבריו אפשר שאינו חייב להעכו"ם כגון שהוא טוען פרעתי והעד מעיד שלוה ובמקום שבדיניהם אינו נאמן לטעון פרעתי דאז מזיקו אף אם האמת כדבריו ובזה נראה שהדין עמו דמשמתין אותו עד דמסלק הזיקו דומיא דשליש שהחזיר שטר שלא היה לו להחזירו דסי' נ"ה. והנה אם רוצה להשביעו להעד וטוען עליו ששקר העיד והזיקו נראה דא"י להשביעו כמו שאינו יכול להשביע כל שני עדים או עד אחד במקום שמשלם על פיו כגון במשואיל"מ או בעד מיתה דכ"ז שלא נשבע נגד העד הרי הוא כשנים כדמוכח בהא דנסכא דר"א וה"נ יכול לומר אמת העדתי ולא היית יכול לישבע ואין לומר דישבע עכשיו דזה אינו דלא מצינו נשבע ונוטל. ועוד נראה כיון דאם היה העד מעיד בפני ב"ד של ישראל היה מחויב לישבע ש"ד להכחישו א"כ לא מיקרי מזיק ממון רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע כמ"ש הש"ך סי' כ"ב ס"ק כ' אבל קא"פ שהעיד לפני עכו"ם והוציאו ממון על פיו ודאי דיכול להשביעו ואפשר דחייב לשלם כמ"ש בקצה"ח דהא ודאי אם ראובן תפס משל שמעון ונתן ללוי באמרו שהוא של לוי וא"א להחזירו שהלך לוי למדנ"הי חייב ראובן לשלם וא"נ לומר אמת הגדתי שהוא של לוי מטעם חזקה וה"נ כשהעיד לפני עכו"ם שחפץ שביד ראובן הוא של שמעון והזיקו א"ג לומר שכך הוא האמת להוציא מחזקה לכל מה שת"י אדם הוא שלו רק שבקצה"ח חולק דבעד שם עד עליו משא"כ בקא"פ. ולפעד"נ החילוק שכתבתי נכון דבעד כשר כיון שאפי' בד"י היה חייב שבועה ולא מיקרי מזיק ממון רק גורם לממון משא"כ בקא"פ. ואם תפס מהעד ויש לו מגו וטוען עליו ששקר

העיד אם נתחייב לשלם ע"פ העד בד"י כגון שהיה משואיל"מ ודאי דא"י לתפוס דהא בכה"ג העד הוי כשנים והוי במגו במקום עדים אבל אם נתחייב ע"פ בדא"ה יכול לתפוס ונאמן במגו לטעון ששקר העיד ונשבע נגדו להכחישו כנ"ל:

ה **שאין מוציאין**. עסמ"ע סקכ"ה דאדם חשוב מותר וכו'. ונראה דהיינו דוקא במקום שאם באמת כדבריו לא יתחייב יותר מאלו היו דנין בדין תורה אבל במקום שיתחשב יותר כגון שיש בר אסמכתא דפטור בדין תורה ובדיניהם יתחייב ודאי דאסור להעיד ואם העיד חייב לשלם כדין מסור ומזיק:

ו **ודלא כיש מכשירין וכו'**. עסמ"ע סקמ"ב דהתוס' והרא"ש ס"ל דמותר לשלוח עדותו בכתב וכו'. ודע דאף לר"ת דכשר מפי כתבם מ"מ לא הוי בהגדה בב"ד עד שבא הכת' לב"ד ויכול לחזור ולהגיד קודם שבא הכתב לב"ד כמ"ש הרמ"א בתשו' סי' י"ב ע"ש. וא"כ אם מת או נשתתק או שכח עדותו קודם שבא הכתב לב"ד אף לר"ת פסול דדוקא שטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד משעת חתימה אבל עדות בכתב לא הוי עדות עד שבא הכת' לב"ד ואין העדים עוברין בלאו דלא תענה עד שבא הכתב לב"ד ואף שבמסירת הכת' לב"ד לא עשו עדים שום מעשה דהא השליח הביא הכת' לב"ד מ"מ כיון דעשה מעשה מתחלה ולא חזר בו עד שבא הכתב לב"ד ונגמר המעשה שלו חייב דהא כל עד אפי' הגיד בפה יכול לחזור תכ"ד וכשלא חזר בו חייב. ולפ"ז נראה דאף במקום שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד. יכול לשלוח כתבו לב"ד לדעת ר"ת וכן בת"ח אפילו לדידן כיון דקריאת הכתב בבית דין חשיב אז להגדה ושם הוא בפני בע"ד. ובאו"ת חולק ע"ז ול"נ כמ"ש מדסתמו הפוסקים ומה שהקש' כתומים דאינו דומה ראיית פניו דאינו מעיז לכתיבה שלא בפניו דמעיז. לק"מ דהא דבעינן בפני בע"ד לאו משום דלא מעיז הוא רק גזירת הכתו' דהא אפי' בשור הנסקל בעינן בפני השור. ועוד דהב"ד יכול ללך ולהיות שם בשעת כתיבה וגם כשהעד יודע שיקראו הכתב בב"ד בפניו אינו מעיז:

ז **חותכין ד"מ בעדות שבשטר וכו'**. עש"ך סקי"ד שהביא קושית הרמב"ן על הרמב"ם מהא דאמרי' בש"ס בגיטין וקידושין ושטרי קנין דמדאורייתא כמי שנחקרה וכו' ע"ש ויש ט"ס שם בש"ך בד"ה עוד כתב מהר"י ליאון וכצ"ל אלמא דמדאורייתא א"צ לקיים השטר כלל וכו'. ולפענ"ד נראה ליישב דשאני גיטין וקדושין ושטרי קנין משטרי ראיה. דבגיטין דף ס"ז בהא דאמר לשנים אמרו לפ' שיכתוב ולפ' ולפ' שיחתמו כתבו התוס' בד"ה אמרו לסופר וז"ל לא דמי לעד מפי עד דהנ"מ כששמעו מפי עדים שפ' לוה מפלוני מנה שלא נמסר עדות לאלו המעידים אבל כאן עיקר עדות לא נמסר אלא לאלו והראשוני' הן שלוחי הבעל שמצוה לאלו לעשות לה גט עכ"ל. ולכאורה תמוה דלא אישתמיט שום פוסק

לכתוב שאם יבואו ב' לשנים אחרים ויאמרו פלוני צוה שתכתבו שטר עליו או שתעידו בע"פ שלוה מפלוני מנה או שנתן במתנה שדה פלוני לפ' וייחד רק אתכם לעדים ואנו רק שלוחים לכם שתהיו אתם העדים בדבר שיהיו אותן הב' האחרים יכולין להעיד עליו או לכתוב שטר שפ' לוה מפ' מנה או שנתן שדה שלו לפ': והנה בדברי התו' הי' אפשר לומר דלא מהני אומר אמרו רק לענין הכתיבה וחתימה שיכתבו ויחתמו ועל הנתינה ישמעו מפי הבעל או שימסרו ליד הבעל שיתן לה ולענין הכתיבה והחתימה שפיר מהני דהא בשעת חתימה לא נגמר עדותן שהרי עדיין לא נתגרשה רק בשעת נתינה כשמוסר ליד' וכשרואין הגט בידה נעשין הע"ח ע"מ או אנן סהדי כמ"ש הר"ן פ' המגרש באריכות ע"ש ובשעת מסיר' כשמוסר הבעל או שלוחו שפיר נגמר עדותן דהא רק הא דבעינן אמר לב' אמרו וכו' הוא משום דבכו"ח בעינן שליחות ושמיע' מפי הבעל כמבואר בגיטין ע"ב ולענין זה מהני אומר אמרו ולא דמי לעד מפי עד וכו' כיון דהראשונים לא אמרו בפני ב"ד אין בעדותן ממש ולא מהימני ועיקר עדות של עדי החתימה של הגט מעידין שהבעל אמר כך כמ"ש הב"ש באה"ע סי' ק"ל סק"ט וכיון דהראשונים לא מהימני שהבעל אמר כך א"כ עדותן של ע"ח שמעידין שהבעל אמר כך בשעת חתימ' הוא בשטר ובזה כתבו התו' שפיר דמהני ולא דמי לעד מפי עד. והטעם לזה דהא דל"מ עדות חוץ לב"ד הוא רק בדבר ערוה או בממון בגמר הדבר כגון לומר נתגרשה שבאין להוציא' מחזקת א"א אבל קודם גמ"ה כגון להעיד בהכשירה דגט או בהכשר האיש שראוי לגרש לא דמי לדבר שבעתה כמ"ש הרי"ף ביבמות גבי ואשתמודענ' דאחוה דמיתנ' הוא והרמב"ן גבי סימנין דנבדקות ע"פ נשים ע' בתשב"ץ סי' פ"ג כיון דבשעת הגדתן לא הגידו להתיר דבר שבערוה רק שאיש זה ראוי לגרש או לחלוץ וכיון דנאמן והחזיק נאמנותו אף שבא אח"כ לדבר שבערוה ולד"נ אין בכך כלום כמו שכ' הרמב"ם באיסור שהוחזק בעד א' דלוקין ע"י והאריכו הפוסקים הרבה בעניינים כאלה ולחלק בין העידי עדותן קודם שבא הדבר לידי דבר שבערו' ובין העידו אח"כ כמבואר בדבריהם אם כן הכא נמי שהראשונים לא באו להעיד רק שאלו השנים האחרים שלוחין הן ועומדין במקום הבעל לכתוב גט וראוין לגרש דמי לאשתמודענ' דאחוא דמיתנ' במעידין שראוין לגרש ולחלוץ ומ"מ בעינן בכאן שנים כיון דלאו גילוי מילתא גמור הוא ומ"מ לא דמי לדבר שבערוה כיון שאין מעידין בגמר הדבר ומהני עדותן חוץ לב"ד דדמי לאיסורין במקום דאיתחזק איסור' ואף דבעינן שנים מ"מ סגי כשמעידין חוץ לב"ד דדוקא בהוצאת ממון דכתיב אם לא יגיד בעינן ב"ד אבל באיסורין אף במקום דבעי' שנים מ"מ מהני עדות חוץ לב"ד וכ"כ הפ"י בגיטין דף כ"ט ע"ש וא"ש דברי התוס'. אמנם הרמב"ן בחידושיו דף כ"ט כ' בהדיא דבאומר אמרו

אפי' ליתן נותנין ע"ש. רק דברי הרמב"ן שם צריכין ביאור שכ' שם וז"ל ואם תשאל היאך העדים חותמין מה שלא שמעו מפי הבעל אלא משום הגדת אחרים ה"ל עד מפי עד זו אינה שאלה דאין עד מפי עד אלא בבאין להעיד במה ששמעו מפי אחרים אבל אלו אינם מעידים כלום ואם תשאל על האשה הזאת אם היא מגורשת ואמרו לך שאינם יודעים ואם תבא היא להתיר עצמה בב"ד ע"פ אלו צריכין שתי כתי עדים הראשונים שהעידה בפנינו אמר וב' אלו שיאמרו כתבנו וחתמנו אלא שהם יכולים לעשות ע"פ שאומרים להם הבעל אומר לכם לכתוב ולחתום או צוה לנו שנא' למי שנרצה ושלוחים בעלמא הן ועושין שליחות ע"פ שנים וכותבין וחותמין ואפי' ליתן נותנין דומה לשליח שנותן גט לשליח אחר ליתן לאשה בשליחות הבעל והוא א"י אם נתן הבעל גט לגירושין אלא כיון שהגט ביד הראשון והוא יכול ליתנו לאשה אף זה נותן במקומו וכן אלו העדים שלוחי השנים הראשונים ועושין שליחות במקומן ואינם מעידים כלום עכ"ל. ולכאורה דבריו סותרין זה את זה דאם נאמר דצריכה היא ב' כיתי עדים כשתבוא להתיר עצמה היאך יכולין ליתן לה ניחוש דילמא תלך ותינש' בגט זה לבד דהא הב"ד לא ידעו מזה ויתירו אותה להנשא בגט זה לבד ועוד תמוה מ"ש דצריכ' להביא ב' אלו שיאמרו כתבנו וחתמנו וכו' דלמה להו להביאם הא גט חתום ת"י ובגט א"צ קיום כשאין טוען מזוייף. וגם תמוה מש"כ ואם תשאלם יאמרו שאינם יודעים וכו' הא ודאי כיון שהן נתנו לה הגט ושמעו מפי הראשונים שהבעל צוה כן ודאי דיאמרו מגורשת זאת האשה דהא אדעתא דהכי נתנו לה שתהיה מגורשת. לכן נראה לפרש דברי הרמב"ן דכונתו לומר דעדי חתימ' של הגט' לא הוי עד מפי עד כיון דכל עיקרן של עדי חתימה לאו להעיד באין שנתגרשה זאת האשה דהא לעולם כשתשאל לעידי חתימה אם נתגרשה זאת האשה ישיבו שאינן יודעין דהא כותבין גט לאיש וכו' ולבעל הן מוסרין הגט והן אינן יודעין כלל אם נתגרשה מהבעל והן אינן מעידין רק שנכתב בציווי הבעל ונמסר לבעל או לשליח הבעל ועדות שנתגרשה האשה העדי חתימה לא מעידין כלל רק כשהבעל מוסר לידה הגט אנן סהדי שנתגרשה דכיון שנכתב בציווי הבעל ודאי בא ליד הבעל או ליד שלוחו וכשהוא בידה אנן סהדי שמיד הבעל או מיד שלוחו בא לידה ומביא עוד ראיה דעדי חתימה לאו עידי גירושין הן דהא אם תבא האשה להתיר עצמה להנשא ולא יהיה הגט בידה כגון שנאבד ממנה אז בודאי לא סגי במה שתבי' אותן הב' שיעידו ששמעו מב' שיכתבו ויתנו וכתבו וחתמו ונתנו לה רק צריכ' ב' כתי עדים והטעם לזה דהרמב"ן ס"ל בדעת הרא"ש הובא בב"ש באה"ע סי' קמ"א סקי"א וז"ל והחולקין הוא הרא"ש וס"ל דהשליח הוא במקום הבעל והאשה לכן אין מצטרפין אותו כלל להעיד על שליחותו ולא בעת שמוסר לה הגט

וצריכין ב' עדים בעת שממנ' אותו וכן בעת המסירה וכו' נמצא בש"ק אין השלוחים נאמנים לו' שקיבלו הגט ונתגרשה כיון שהן שלוחין הן בעלים ולא עדים רק בשליח הולכ' א"צ להביא עדים , אמנם זה דוקא כשהגט בידו כמבואר בב"ש שם סקע"ו ע"ש והוא מטעם שכ' הרא"ש ריש גיטין או משאר טעמים שכתבו הפוסקים שם אבל כשאין הגט בידו דינו כמו שליח קבלה דלא הוי עד לדעת הרא"ש כיון שהוא בע"ד ואפי' יש לו מגו ל"מ דמגו ל"מ רק כשהגט בידו כמו שהארכתי בזה בחידושי לאה"ע שם. ושפיר כ' הרמב"ן דכשנאבד הגט מידה צריכה היא שני כתי עדים היינו שנים הראשונים לגמר שהשנים הן שלוחין כמו דבעי' בשני שלוחי קבל' להביא עדי אמירה שהן ש"ק כמו כן צריכין בשלוחי הולכ' כשאין הגט בידן שיבואו עדים להעיד שהן שלוחי הולכ' והן גופן לא הוי עדים כיון שהן שלוחים הן בעלים ולא הוי עדים כמו בש"ק והא דמועיל עדותן לומר אנו כתבנו וחתמנו ונתננו אף דהן שלוחים ובעלים אף דבש"ק צריך ג"כ עדים אחרים שמעידין על הקבל' הכא שאני כיון שיש עדים שהן שלוחין לכתוב ולחתום וליתן הרי הן כבעל ממש דאם לא גירשו כבר עדיין רשות בידן לגרש דהיינו לכתוב ולחתום וליתן וממילא נאמנים לומר שכבר גירשוה כמו בעל שאמר גרשתי דנאמן מטעם דבידו לגרש וה"נ כאן כיון שיש עדים שהן כבעל ובידן לגרש נאמנין לו' שכבר גירש' ואף דבבעל שאמר גרשתי חיישי' לה היינו משום דליכא קלא וכאן הא איכ' קלא שהרי באמת נתגרש' וכיון דחזינן דהני עדי חתימה לאו עדות הן ובעינן עדות אחרים שפיר כ' הרמב"ן דלא דמי לעד מפי עד דהא הני לאו עדות הן כלל תדע דהא צריכה להביא עדים אחרים כשצריכ' להתיר עצמה וע"כ לאו עידי גירושין הן ועיקר עדותן היא רק על שנכתב בשליחות הבעל ובזה מהני מה שהגידו הראשונים אפי' חוץ לב"ד כמש"ל וסיים הרמב"ן דאפי' ליתן נותנין וכו' דכמו שנאמנין בעדותן לומד חוץ לב"ד מי הוא שליח הכתיב' כמו כן נאמנים לומר מי הוא שליח הנתינ' ואם היו אומרים על איש אחר שהוא שליח הנתינה היו רשאין כותבי הגט למסור לידה דאף חוץ לב"ד נאמנין לומר שהאיש זה ראוי לגרש כמש"ל וממילא נאמנין ג"כ לומר שהכותבים בעצמם הם שלוחי הנתינה דמה לי אם אומרים על איש אחר שהוא שליח הנתינה או שאומרים על הכותב בעצמו שהוא ש"ג דהא דלא מהני עדות חוץ לב"ד רק כשאומרים בגמר הדבר דהיינו שמעידים שכבר נתגרש' האשה אבל לומר שהאיש זה ראוי לגרש מהני חוץ לב"ד כמש"ל ועל גוף הגירושין עדי חתימה אינן מעידין כלל רק אחר שנמסר לידה אנן סהדי כמש"ל מהר"ן ומש"ה נמי כ' המחבר לקמן סי' רמ"ד גבי שטר מתנה ויש מכשירין באומר אמרו לפ' ופ' שיכתבו ויחתמו ויתנהו לפ' ע"ש אלמא דאפי' על נתינה נאמנים הראשונים אף

שמעידין חוץ לב"ד והוא ג"כ מטעם זה דהא דבעינן בממון הגדה בב"ד דוקא כשאומרים נגמר הדבר דהיינו כשאומרים כבר לוה פלוני מפלוני מנה או כבר נתן פ' לפלוני שדה שלו במתנ' דבכה"ג גם בגירושין לומר שכבר נתגרשה האשה בעינן ההגדה בב"ד אבל כשאומרים שהאיש זה הוא שליח וראוי להקנות מהני אפי' חוץ לב"ד כמו שמהני בגירושין כשאומרים שהאיש זה הוא שליח וראוי לגרש ודבר שבערוה דבר דבר ילפינן ובהאי דמהני בדבר שבערוה חוץ לב"ד מהני נמי בממון חוץ לב"ד וע"ח בשטר מתנה לאו עדים הן בגמר המתנ' רק אחר שנמסר השטר מתנה ליד המקבל אנן עדי המסירה אנן כמו בגט כמ"ש הר"ן פ' המגרש דבשטר מתנה דמי ממש לגט ובחנם תמה הפ"י בגיטין כ"ט ולפ"ז א"ש גם דברי הרמב"ם שבכאן דגיטין וקידושין בשטר קנין שאני כיון דעדי חתימה לאו אגמר הדבר מסהדי ועדותן אינו רק שמעידין שנכתב בציווי הבעל והן עשו שליחותו בעדות ובזה אפי' אומר אמרו קשר מטעמא דכתיבנ' ואפי' מאן דפוסל בפי' רמ"ד אומד אמרו הוא מטעם דמילי לא מימסרן לשליח אבל לא מטעם עד מפי עד וכיון דמפי עדים כשר ואפי' הראשונים אינן מעידין בפני ב"ד מחמת שאין מעידין בגמר הדבר וכמש"ל ה"ה מפי כתבם נמי כשר דבמקום דלא בעי הגדה בב"ד גם מפיהם לא בעינן וכשר מפי כתבם ולא קשה נמי קושית הפ"י בגיטין י"ב שהקשה הא עדי הגט הוי עדות שאי אתה יכול להזימ'. ולפמ"ש לק"מ כיון דעדות כזה לא בעינן שיהיה הגדה בפני ב"ד לא בעינן ג"כ שיהיה יכול להזימ' דעל מסירת הגט עדי חתימה לא מעידין כלל רק אנן סהדי כמ"ש הר"ן פ' המגרש דכיון שהוא בידה ודאי הבעל מסרו לה ובמקום דאנן סהדי ל"ש דהוא מפי כתבם דכיון שכבר איתחזיק לגט שנכתב בציווי הבעל ושנמסר ליד הבעל דלדבר זה כשר מפי כתבם ועכשיו אנו רואים אותו בידה אנן סהדי וכן לא שייך לומר בדבר שאנן סהדי עדות שאאי"ל דהא לעולם במקום דאנן סהדי לא ידעינן באיזה יום וכ"כ המרדכי בהדיא הביאו התומים וז"ל דשטר קידושין שמקדש' בשטר לא שייך מפי כתבם אבל אם נתקדש' בכסף וכתבו לה שטר לראי' לא מהני דהוי מפי כתבם והוא טעמא דכתיבנ' דבשטר ראיה בגמר הדבר מעידין וילפינן דבר דבר מממון ובעינן הגדה בב"ד ופסול ג"כ מפי כתבם וכמו כן בממון בשטר ראיה כשכתוב בשטר שמעידין שפלוני נתחייב כבר לפ' ע"י קנין או שכותבין שמכר פלוני לפ' שדה בכסף או שנתן בקנין מדאורייתא הוי מפי כתבם ופסול רק מדרבנן כשר לדעת הרמב"ם. והא דסומכין על זמן דגיטין לענין אם קידש' אחר הוא ג"כ מטעם זה דעדי חתימה אין מעידין כלל על שנגמר הדבר בזמן הזה דהא אם תשאל לעדים אימת נגמר הדבר ישיבו שאינן יודעין דהא מסרוהו לבעל והן אינן מעידין רק על שנכתב הגט ביום זה וכיון דלאו גמר

דבר היא נאמנין בהגדתן חוץ לב"ד ומפי כתבם ועל המסירה שהיה ביום זה אנן הוא דמעידין כן משום חזקה דלא מקדים אינש פורענותא ומש"ה ביבמות ל"א לא אמר דהוי מפי כתבם רק כשמונח השטר ת"י העדים וחיישי' שמא ישכחו העדים כל הדבר מה שנמסר השטר ליד האשה רק שיראו בכתבם וידעו שמעולם לא מסרו שום שטר אחר זמן הכתיב' ויעידו מפי כתבם שבודאי הי' ביום זה והוי מפי כתבם כנ"ל לישב דעת הרמב"ם בס"ד:

ח **שהגידו בראשונה ע"פ החרם** בקצה"ח האריך ותוכן דבריו שמחלק בין נשבע שא"י לך עדות לבאו עדים שראו העדות לא נפסל לשבוע' דיכול להיות שבאמת א"י דהא מעשים בכל יום שהנתבע כשטוען א"י נשבע שא"י ולא נפסל לשבועה ולא אמרי' שמסתמא ידע אבל כשנשבע לא ידעתי לך עדות מעולם ובאו העדים שראו העדות וידע נפסל לשבוע' כיון שראינו שעבר והרשב"א הובא בב"י סי' ל"ד שכ' דנעשה חשוד בשבועת העדות וא"י לו' אישתלין מיירי בכה"ג שנשבע לא ידעתי מעולם והתוס' בשבועות דף ל"ז בד"ה הזיד בשבועת הפקדון שכתבו הא דלא בעי בשבועות העדות משום דא"א לידע לעולם הן מזידין שיכולין לומר שכחנו היינו משום דסתם שבועת העדות מיירי באין אנו יודעין ובכריתות בפ' אמרו לו מיירי באומר לא ידעתי דבז' אינו נאמן לומר שכחתי עכ"ל בקיצור ותמוהין דבריו דמ"ש לתרץ דברי תוס' דשבועות כיון דסתם שבועות העדות הוא שאומר א"י עדיין קשה דמ"מ הו"ל למיבעי הזיד בשבועת העדות בכה"ג דאמרו לא ידענו אך באמת א"א לומר כן דאף שנשבע לא ידעתי מ"מ כשא"י עכשיו אינו ראוי להגיד ואינו עובר על אם לא יגיד ולא על שבועת העדות דשבועת העדות באם לא יגיד תליא ושבועת לא ידעתי שבועת ביטוי הוא כמו לא אכלתי ואכל ואין זה בגדר שבועת העדות כלל וגם הרשב"א שכ' שבועת העדות ע"כ לא כוון ללא ידעתי דזה חשוד על שבועת ביטוי הוא ולא על שבועת העדות דאימר א"י מעכשיו. גם מ"ש לחלק בין נשבע שא"י עדות חוץ לב"ד דלא נעשה פסול דיכול להיות שא"י באמת כמו כל נשבעין שנשבע שא"י ולא נפסל אבל בב"ד דעבר עבירה לפנינו על אם לא יגיד לא תלינן בא"י ולכך לא נפסל לא ידענא מאי קאמר דהא חוץ לב"ד כשמשביעין שתבואו ותעידוני ג"כ עובר עבירה לפנינו כשאינו מגיד דהא מושבע מפי אחרים מחייבו להגיד כמו באם לא יגיד בב"ד וגם אין שום שכל סובל סברא זו לחלק בין עון דשבוע' לעון דאם לא יגיד וזה בודאי אמת הוא כשנשבע לא ידעתי דחשוד הוא דבשלמ' כשנשבע שא"י בהיתר משתבע דאינו מחויב לידע משא"כ כשנשבע לא ידעתי הוי ליה למרמי אנפשיה דאדם מועד לעולם דהא אפי' שוגג צריך כפר' מה"ט ולאונס

לא חיישינן דאונס לא שכיח כשמתרין בו ובתומים בסי' ג"כ מחלק ג"כ קצת כעין זה ע"ש ומכ"ש כשמתיר עצמו למלקות דהא דמי ממש לנשבע לא אכלתי והעדים הותרו בו דלוקה וה"ה באומר לא ידעתי והעיקר בדברי רשב"א כמ"ש חתומים לחלק בין מלקות דיכול לומר שוגג הייתי דהא לכך בעינן התרא' לר"י בן יהודה דלא ניתן התראה רק לחלק בין שוגג למזיד משא"כ לענין לפוסלו לשבועה אינו נאמן לומר שוגג הייתי וזהו כוונת הרשב"א בלשונו שמוכיח זה דא"כ לא מצינו חשוד אפי' בשבועת העדות דיכול לומר אישתלי כמו שמצינו בהתראה בכתובות די"ל אשתלי אי נימא דגם לענין חשוד י"ל אישתלי כמו בהתראה לא מצינו חשוד בשבועת העדות אלא ודאי דאף דלענין מלקות נאמן לומר אישתלי מטעם דבעינן התראה תכ"ד ואחר כ"ד גז"ה הוא לענין מלקות ומיתה אבל לענין חשוד אזלי' בתר אומדנ' וכל שיש אומדנא דהוא רשע נפסל לשבועה ולכן בשבועת העדות כל שע"פ אומדנא זכור הוא כגון שנעשה בזמן קרוב פסלינן אותו ולכך בעובר על השבועה כגון בנשבע שלא אוכל ואכל אפי' נעשה בזמן רחוק מ"מ כיון דהוי ליה למירמי אנפשי' בשעת עשיי' איסור ולא רמי איכא אומדנא דרשע הוא ונפסל וכן כשהנתבע נשבע שא"י אם הפקידו אצלו ובאו עדים שאינו ראוי לשכוח כגון שבזמן קרוב הפקיד אצלו ודאי דנפסל לשבועה דלענין לפסלו לשבוע' אזלינן בתר אומדנא וכן לענין קרבן בכריתות דף י"ב דאינו נאמן במגו דשכחנו דלענין לחייבו קרבן אזלינן ג"כ בתר אומדנא גם מ"ש ליישב דברי הרמ"א בהגידו שלא בפני בע"ד בשבועה דחוזרין ומגידין כיון דליכא עדים רק הוא בעצמו אומר שבשקר העיד בראשונה תלינן בשוגג משא"כ כשיש עדים שעבר על השבוע' לא תלינן בשוגג כמו גבי ס' מלוה ישנ' דכשיש עדים שגזל לא תלינן במלוה ישנה לא נהירא כלל דלדבריו אם יעידו שני' בב"ד זה שראובן לוה מנה משמעון ובב"ד אחר העידו בהיפך ג"כ לא יופסלו דתלינן בשוגג והא ודאי ליתא לפענ"ד כיון דאנן סהדי שעבר עבירה הוי כהוחזק בגזלן ע"פ עדים דאין תולין באונס כמו באח ואחותו שהוחזקו עצמן ובאו עדים שבא עליה קודם דלא תלינן באונס והעיקר כהתי' התומים דמיירי שהחרם או השבועה היה שיעידו האמת ולכך לא נפסלו כשהעידו בשקר שלא בפני בע"ד דזה לא נחשב עדות רק כספור דברים בעלמא דלא עברו על השבועה:

ט **ואם היה הנתבע חולה** בתומים הקשה דהא מדברי הרא"ש משמע דהא בהא תליא דאם לא בעינן בחלה שלחו אף בנתבע מהני חלה דהא הרא"ש למד דבעינן בחלה התובע שלחו מהא דאין מקבלין כשנתבע חולה. ולפעד"נ דהנה דברי הרא"ש קשין דז"ל הרא"ש כגון שהיה הוא חולה התובע וכו' אבל אם היה הנתבע חולה וכו' למת נשמט לקבל

העדות שלא כדין כדי שיגבה חובו מיד דאם באנו לחוש לעיכוב פרעונו וכו' וכן אם היה הוא חולה וכו' אין מקבלין עדות אא"כ שלחו דאז הוא פושע כו' מידי דהוי אחלה הנתבע וכו' ולכאורה משמע בריש דבריו הטעם דבחלה הנתבע אין מקבלין משום דאין בו חשש הפסד רק חשש עיכוב פרעון כמו שאין מקבלין ביתומים קטנים משום חשש עיכוב פרעון ולבסוף משמע דבנתבע חלה אין מקבלין משום דהנתבע לא פשע לכן נראה דלפי דברי הרא"ש דהא דבשלחו לו ולא בא אכולהו קאי אפי' אחלה הוא ומדוקדק הש"ס לומר דוקא חלה הוא דהיינו התובע אז מקבלין בדאיכא תרווייהו דהיינו שחלה התובע ואיכא חשש הפסד וגם ששלחו לו דאיכא פשיעות הנתבע. ולפ"ז משמע דבחלה הנתבע אף ששלחו אחריו ולא בא דאיכא פשיעת הנתבע ואח"כ חלה הנתבע דאיכא נמי חשש הפסד מ"מ אין מקבלין ובאמת סובר הרא"ש דעיכוב פרעון הוי ג"כ הפסד ומ"מ אין מקבלין כיון דעיקר קבלת העדות הוא משום היתומים ואין מקבלין עדות שלא כדין לחוב ליתומים כמ"ש הרא"ש וכיון העיקר החוב הוא ליתומים והיתומים לא פשעו פטור ולפ"ז למד שפיר דבחלה התובע ולא שלחו אין מקבלין מחלה הנתבע דאין מקבלין משום דהיתומים לא פשעו ולפ"ז א"ש גם דברי הרב בהג"ה דזה ס"ל כהרא"ש דחלה הוא דאמר בש"ס פירושו חלה התובע וסובר דשלחו לא קאי אחלה דבחלה א"צ לשלוח אחריו דממילא ע"כ צריכין לחלק הא דבחלה מקבלין משום חשש הפסד אף דליכא פשיעת הנתבע ובחלה הנתבע אין מקבלין וע"כ צ"ל דעיכוב פרעון לא חשיב הפסד ומ"ש בתומים דהרשב"א כ' הטעם, הא דאין מקבלין ביתומים קטנים משום דאין יתומים יכולין לחפש אחר זכותן ולא שייך זה בחלה הנתבע וכו' לא ידענא דכשחלה הנתבע ג"כ א"א לחפש אחר הזכות ובפרט העיקר הקבלת עדות הוא בשביל היתומים וגם טעם הנ"י שהביא שייך בחלה לפמ"ש:

י **המביא עדים לפטור**. בתומים הביא בשם רשב"א דהמחזיק בקרקע ומביא עדים על חזקתו דמי למביא עדים לפטור ומכח זה תמה מלקמן סי' ק"מ הא שם מיירי בחזקת קרקע דהוי כמו לפטור ע"ש. ולק"מ דהרשב"א מיירי כשהוא מוחזק בקרקע עכשיו והוי כמו לפטור משא"כ בסי' ק"מ שהוא אינו מוחזק בקרקע כלל רק שהשוכר לפי שמעידין ששכרו מכחו נעשה מוחזק וכ"ז שאינן מעידין ששכרו הבית מכחו אינו מוחזק כלל ואין מקבלין העדות לעשות אותו למוחזק כנ"ל:

סימן כט

א **אחר שהעיד וכו'**. עסמ"ע ס"ק א' שמוכח מדבריו דמידי דבעי דו"ח יכול לחזור בו קודם שנגמרו החקירות ועיין או"ת שהקש' דבפסחים י"א ד"ה זה ידע ובדף י"ב שכתבו וז"ל אפי' לא יכוונו ליום השבת כיון שכבר אמרו יום החודש ה"ז חוזרין ומגידין מוכח מדבריהם דאפי' בדבר דבעי דו"ח א"י לחזור בו וכו' ע"ש. ולא ידעתי מאי קשיא ליה דודאי מקושיית התוס' מוכח כן אבל אחר שתי' התוס' שם בדף י"ב במה איזה יום וז"ל כיון דז' חקירות ילפי' מקרא צריך שלא יכחישו זא"ז ולא יכחישו עצמן וכו' יפה פסק הרמב"ם דכיון שריב' רחמנא כשמכחיש עצמו בחקירות יכול לבטל עדותו ואין בו משום חו"מ מכ"ש כשמכחיש עצמו בגוף ההלוא' בתוך החקירות דהאיך יעלה על הדעת דאם יחזור ויגיד שלא היה ההלוא' באות יום ויעיד שהיה הלואה ביום אחר שיבטל עדותו מכל וכל ואם יחזור ויגיד שלא היה הלואה כלל לא באותו יום ולא ביום אחר יתקיים עדותו. ועוד דהא נאמן לבטל עדותו במגו דאי בעי היה מבטל עדות על ידי שהי' חו"מ בהכחשת חקירות שהיה אומר שלא היה באותו יום שאמרתי קודם. אמנם להיפך אם כבר נתבטל עדותן מחמת שהכחישו עצמן בחקירות ודאי פשוט שא"י לחזור ולהגיד אחר כ"ד לקיים עדותו ולהוכיח זה היא יגיעת בשר ושפיר כתבו התוס' גם בדף י"א בד"ה זה ידע ודו"ק:

ב **תנאי** עמ"ש מזה בסי' מ"ו בכ"ד:

ג **ולא אמרו אין אנו יודעים**. ע' ט"ז שהקשה על הסמ"ע שחילק בין אומר איני זוכר ובין אומר איני זוכר עתה מהא דכתובות דרב אשי הוי ידע סהדותא לר' כהנא ואמר מעיקר' לא ידענא והדר איזכיר ואסהיד וכו' עיש דתמה אני על תמיהתו דהא בהדיא מוכח מדברי הב"י דהא דר' אשי דאמר אנא הוא דרמאי אנפשאי הוי אמתל' ע"ש ובאמתלא ונותן טעם למה לא העיד בתחלה ודאי דיכול לחזור ולהגיד כמ"ש הר"ב בהג"ה. ובאו"ת הקשה דא"כ בשבועות דף ל"ב דאמר התם א"כ לאחת דכ' רחמנא לחייב על כל שבועה ושבועה היאך משכחת לה דהא בב"ד אינן חייבין אלא אחת ולפמ"ש הסמ"ע א"כ לוקי בב"ד ואמר איני זוכר עתה שיכול לחזור ולהודות. גם בסק"ה הקשה אהא שכ' בהג"ה דאפי' באמרו אין אנו יודעין יכולין לחזור ולהגיד באמתל' ומשמע אפי' הכריזו בחרם הא במתני' אמר בהשביע עליו ה' פעמים בב"ד דאינן חייבים אלא אחת מטעם דא"י לחזור ולהודות ואי נימא דבאמתלא יכולין לחזור ולהגיד אפי' אחר שבוע' וחרם א"כ אמאי א"י לחזור ולהודות הא יכולין להחזיר ע"י אמתלא ע"ש. וב' קושיות אלו לק"מ לפמ"ש רש"י במתני' דף ל"א זו"ל הואיל ואין יכולין להזור ולהודות אלו כפרו בראשונה

וכו' הילכך אע"ג דלא כפרו אלא לבסוף כל השבוע' היה לבטלה חוץ מן הא' שאם שתקו בראשונה כפירה הוא שוב אין ראויין להשביען ואם אינה כפירה הרי מושבעין ועומדין ומה זה שבועה על שבועה וע"כ כי כתיב לאחת לחייב על כאו"א אשבועה חוץ לב"ד וכפרו בב"ד כתי' דשבועת דחוץ לק"ד שהיה משביען שיבואו לב"ד לא יצאו לבטל' וראויות לחלק שהרי אפי' כפרו בראשונה היה ראוי לחזור ולהשביען עכ"ל רש"י וע"כ צ"ל בכונת דברי רש"י כיון דבשבועות עדות רחמנא חידשה דאפי' במושבע מפי אחרים הוי כמוציא שבועה מפיו משא"כ בשבועות אחרות ועיקר השבוע' היא שתבואו ושתעידוני לא נתחיי' בשבועת העדות כי אם כשכפר ששוב אינו ראוי להגיד עדות אז עבר על שבועת העדות וכל כמה דיכול להעיד עוד חייב להעיד מכח שבועה הא' ואם השבע עליו עוד פעם א' שיבוא ויעיד הוי כשבועה על שבועה אבל חוץ לב"ד אף ששתקו ולא הוי ככפירה מ"מ חייב על כל א' ואחת ולא הוי כשע"ש אף שחיי' להעיד מכח שבועה הא' מ"מ כיון דהשבועות ראויין לחלק אם כפר כיון שהוא חוץ לב"ד יכול לחזור ולהודות מש"ה אף במקום ששתק ולא הוי ככפר ולא עבר כלל על שבועה עדיין והוי שע"ש מ"מ חיי' עכאו"א כיון שראויות ליחלק אם כפר ע"ש ולפ"ז לק"מ דאפי' אם יכול לחזור ולהגיד באתמלא וכן באומר איני זוכר עתה שיכול לחזור ולהגיד בלא אמתל' מ"מ אינו חיי' עכאו"א כיון דיכול להגיד הרי הוא מושבע להגיד עדותו מכח שבועה ראשונה והוי שע"ש כיון דאלו כפר אין השבועות ראויות לחלק ממיל' הוי שע"ש כשיכול לחזור ולהגיד רק חוץ לב"ד דמשכחת לה שיהיו השבועות ראויות לחלק בכפר אף במקום דלא הוי' כפירה כגון בשתיק' או אומר איני זוכר עתה חיי' עכאו"א כיון שראויות לחלק בכפר משא"כ בב"ד שאין ראויות לחלק אם כפר ממילא הוי שע"ש במקום שיכול לחזור ולהגיד ועיקר הטעם דנקט ר"ש שא"י לחזור ולהרמת אכפיר' קאמר דהיינו כיון שהכפירה א"י לחזור ולהודות ואין ראויות לחלק בכפיר' ממילא במקום שיכול לחזור ולהגיד הוי שע"ש כמ"ש רש"י:

סימן ל

א **בחקירות עדותן בטילה.** נסתפקתי בעדים שהעידו בניסן לפני ב"ד שפ' לוה מפ' מנה ואח"כ בתשרי חקרו אותן הב"ד באיזה זמן היה הלואה שהעדתם והכחישו עצמן בחקירות אם נתבטל העדות של ההלואה למפרע אם נאמר כיון דבד"מ לא בעי דו"ח א"כ תיכף כשאמרו פלוני לוה נגמר עדותן וא"י לחזור בהן א"י ג"כ לבטל עדותן ע"י הכחשת חקירות אכן נראה דודאי נתבטל עדותן למפרע דאלת"ה לא משכחת לה

להכחשת חקירות רק כשהגידו החקירות תכ"ד לעדותן וכן הזמה לא היה מועיל רק באם הגידו החקירות תכ"ד לעדותן וזה לא שמענו מעולם וראיה לזה מהא דסי' ל"ד סעיף ט' דאם אמרו בזמנו כתבנו (") והוזמו דנפסלו למפרע' אף דהגדה היה בשעת חתימה ואמירת בזמנו כתבנו הוא אחר זמן רב וטעם לזה נראה כיון דבדיני נפשות ודאי אף אם אמרו החקירות אחר כ"ד לעדותן והוזמו נפסלין למפרע דהא החקירות מגוף העדו' הוא והוה כאלו הפסיקו באמצע עדותן כדי דיבור דודאי נפסלו מהתחלת זמן עדותן וכיון דמדאוריית' דיני ממונות שוה לדיני נפשות רק שחכמים הקילו דלכתחלה לא יהי' צריכין דו"ח אבל בדיעבד כשהיה דו"ח ד"מ שוה ממש לד"נ ונפסלו למפרע. ולפ"ז מיושב הא שתמה הט"ז בסי' מ"ג אדין המבואר בסי' ל"ד הנ"ל וז"ל קשה טובא א"כ אמאי פסלינן להאי שטרא נימא דמאוחר הוא והא דאמרו בזמנו וכו' שיקרא הוא אלא השתא הן אומרין כן. ולפמ"ש מיושב כיון דאם הגידו עדותן בניסן והזמן הגידו בתשרי נפסלין כשהוזמו אח"כ משעת הגדת עדותן דהיינו מניסן ובודאי אם מסופקין אימת היה ההגדה של גוף העדות אם בר"ח ניסן או בר"ח אייר ודאי דאין יכולין לפסול העדים רק מר"ח אייר כמבואר לקמן סי' ל"ד סעיף כ"ג בהג"ה ומש"ה בשטר אף שכתו' בו זמן לא הוי כנחקרה עדותן רק על גוף ההלואה ולא על הזמן דעל הזמן אין ראי' מהשטר דאימר מאוחר הוא ולא הוי הגדתם שבשטר רק כהגדה בב"ד פ' לוה' מפ' וכשאומרין אחר כך בזמנו כתבנו הוי כמו שהגידו שזה שהעדנו אז בהשטר שפלוני לוה מפ' היה בזמן פ' וכשהוזמו על יום פ' נפסלו משעה שראו השטר בחתימתן שאז בודאי היה ההגדה לפני ב"ד ונפסלין מאז אבל קודם לכן אין יכולין לפוסלן דילמא לא חתמו עדיין בזמן ההוא הוי ממש כמסופקין בזמן ההגדה הנ"ל. ולפ"ז בשטר שלא נזכר בו כלל הזמן ואין כתוב בו רק סתם פ' לוה מפ' מנה ואחר זמן כשבא השטר לפני ב"ד קראוהו להעדים ושאלו אותן על הזמן ואמרו שהיה בזמן פ' והוזמו על זמן זה נפסלו ג"כ משעה שראו השטר בחתימתן ובט"ז שם תי' תי' אחר ועיין תומים שפי' דבריו וז"ל דלהכי נפסלין דמה"ת ישקרו ויאמרו בזמנו כתבנו אם באמת אחרוהו למה להן לשקר ולומר זמן אחר וימנעו האמת אלא ודאי שישקרו בגוף ההלואה. ואף לפי פירושו נראה דבנ"ד דהיינו שהגידו הזמן אחר זמן שהגידו גוף העדות ג"כ יש לומר כך דודאי שיקרו בגוף ההלואה דאם באמת ראו ההלואה בזמן אחר למה היה להן לשקר בזמן ולמנוע האמת. וע' ס' קצה"ח במה שכ' לתרץ קושיית הפ"י שהקשה אהא דאמר מפני מה תיקנו זמן בגיטין הא בעינן זמן משום דו"ח. ותי' הוא דכיון דחתמו סתם ועדים שחתמו על השטר הוי כנחקרה עדותן אז והוי כאומר היום דלא בעי דו"ח כמ"ש הר"ן וכו'. ואין לדבריו שחר

דהא אפי' אם אמרו בב"ד סתם פ' לוה מפ' לא הוי כאומר היום. ואף בגיטין וקידושין עיקר מה שמעידין בחתימתן לא על גוף הגירושין שהן מוסרין הגט לבעל וא"י מהגירושין רק שעדותן הוא שהבעל צוה להן לחתום כמ"ש הב"ש באה"ע סי' ק"ל ס"ק י"ט ע"ש ואם היה צריך לגט דו"ח היה צריך לכתוב בגט הזמן שאמר להן הבעל למען יהיו יכולין להזים אותן ועוד קשה דא"כ גט מאוחר לפסול מהאי טעמא ומה שכתב הוא תשובה לזה אין לו שחר כלל וכן גט מוקדם לפסול מדאורייתא ובישו' קושיית הפ"י כתבתי במקום אחר בס"ד [ועש"ך סק"ו ויש שם ט"ס וצ"ל וראב"ן כ' בסי' ס"ג ותיבת ורמב"ן ט"ס עוד צ"ל שם ולקמן סי' ל"ג סעיף ט"ו וכו']:

ב **לא כי אלא באייר וכו'**. עסמ"ע סק"ט דאפי' שבועה נגד העד א"צ וכו' ואפי' תובעו שניהם. ולפ"ז אם היה הרבה עדים ושנים הכחישו לשנים או בשלשה וא' הכחיש לשנים בדרישות כה"ג והמלוה תובע שניהן עדותן בטילה כמבואר בש"ס וברמב"ם הלכות עדות. והנה הרבה תמוה לי בכאן. א. להרמב"ם דס"ל שהכחשה בגוף העדים כגון ביין ושמן דהוי הכחשת דרישות דהא בב"ק דף ע"ד בכת א' אומר שינו והדר עינו ונתחיי' להעבד דמי עין וכת אחד אומרת עינו והדר שינו דחייב בדמי שן אף דדמי ממש ליין ושמן וכן במנה ומאתים בסנהדרין פ' ז"ב גבי מנה ומאתים לב"ש דס"ל דהכחשת בדיקות גם כן פוסל קאמר התם דנחלקה עדותן ומשמע דעכ"פ נשאר ע"א וכן מסתבר לכאורה דהא הוי כתובעו מנה והוה ב' כתי עדים מכחישות זא"ז שכת א' אומרת לוה לכת אחת אומרת לא לוה ואח"כ תובעו בהלואה אחרת מזמן אחר ובאו ג"כ אלו ב' עדים ואותו הכת שאמרו קודם על ההלואה ראשונ' לא לוה אמרו השתא לוה והכת שאמרו מקודם לוה אמרו עכשיו לא' לוה הלואה זו דנראה דחייב לו הלואה א' ממ"נ דהא ממ"נ כת אחת כשרין הן וא"כ הכא בתבעו שניהם בשני זמנים וב' כיתי עדים מכחישין זא"ז בלא כי ממש להא דמי. ב. דאי הפירוש במאי דאמר לא כי דהיינו שהראשון אמר שראה עם השני הלוא' בניסן והשני מכחישו ואמר לא כי שלא ראה עמו רק שראה הלואה של אייר עם הראשון והראשון מכחישו ג"כ ואמר שלא ראה עמו הלואת אייר והמלוה תובע שניהם קשה הא מבואר בפ' כ"ט סעיף ג' בהג"ה דאם אומר העד פ' היה עמי ופ' אמר שלא היה עמו דאין זה הכחשה וכיון דלא הוי הכחשה א"כ בשנים נגד שנים ממילא איכא שני עדים על כל הלואה וחייב בשני המנים ובעד נגד עד חייב שבועה ואפי' אם התובע אינו תובע רק הלואה אחת של ניסן חיי' לשלם המנה שמעידין העדים כשיש ב' נגד ב' שמכחישין זא"ז בחקירות דהא לא איתכחשו להו מבתראי דמה שמעידין השנים שלא ראו עמם לא הוי הכחשה ואי הפי' דלא כי שמכחישין גוף ההלוא' שהראשון אומר באחד

בניסן הלוה לי והשני אמר לא כי שהמלו' היה עמו בניסן רק בתשרי ראיתי שהלו' קשה דא"כ צ"ל שגם הראשון אומר לא כי על ההלוא' שמעיד השני באייר דא"כ ישאר הלוא' שמעיד עליו השני כיון שתובע שניהם וליכא מאן דמכחיש להו וא"כ היה לו להזכיר בש"ע שגם הראשון אומר לא כי ג. קשה דהא דיני ממונות שוה לד"נ בהכחשת חקירות בדיעבד כמבואר בש"ך סי' ל"ג א"כ במתני' דתנן א' אומר בשלש' וא' אומר בחמשה עדותן בטל' וכ"ה ברמב"ם ואפי' איכא הרבה עדים ולא קתני לא כי ואף שיש הרב' עדים ומעידין שבא על הערו' דהוי כתובעו שניהם כיון שאפשר להיות שניהם אמת שבא עלי' בניסן ובתשרי. ד. קשה על דעת הרמב"ן בסי' ל"ג שהביא הש"ך דאפי' בדרישות כשר בד"מ ואפילו בלא כי דהיינו שמכחיש הלוא' שמעיד עליה הראשון ואומרים שהמלו' היה עמהן כמבואר בבע"ת שער כ"ט ח"ד. וקשה מהא דסי' קמ"ה סעיף ב' בהעיד א' שאכלה אג"ה וא' העיד שאכל' בד"ו ומכחישין זא"ז אין מצטרפין ודמי ממש להא כיון דכל א' מעיד שהוחזק ג' שנים רק שמכחישין עצמן בחקירות דהיינו בזמן החזק' שכל אחד מעיד חזקה בשנים אחרים ומכחיש הענין שמעיד האחר. לכן נראה לפענ"ד דמיירי כאן שהעידו ביחד או בתכ"ד שפלוני לוה מפלוני שראינו ביחד והואיל ונצטרפו ביחד בראי' והגדה הרי הן עדות אחת וכיון שהכחישו עצמן בחקירות כל העדות בטל בין אם הכחישו עצמן בסתם כגון כשחוקרין אותן באיזה זמן היו ואמר הא' בשלש' בחודש היה ההלוא' שראינו ביחד והשני אומר בחמשה בחודש העדות בטל אפי' בהרב' עדים ורק אחד מכחיש ולא דמי להא דסי' כ"ט סעיף ג' באומר פלוני היה עמי ואותו פלוני מכחישו דלא הוי הכחשה דשם לא נצטרפו יחד להעיד משא"כ כאן שנצטרפו יחד גזירת הכתו' הוא כשמכחישין עצמן בחקירות שיתבטל עדותן כמ"ש התוס' לענין חוזר ומגיד בפסחים דף י"ב בד"ה באיז' יום וכן אפי' בהרב' עדים ונצטרפו ביחד ובחקירות אמרו שנים בניסן והשנים אחרים מכחישין או מזימין שאמרו עמנו הייתם בניסן רק מה שראינו ביחד היה באייר כיון שנצטרפו ביחד והכחישו עצמן בחקירות נתבטל עדותן של כולם והזמתן ג"כ נתבטל והוא והן פטורין אבל אם לא נצטרפו ביחד להעיד בתוך כדי דיבור מעיקרא והשנים אחרים באו ואמרו עמנו הייתם בניסן רק באייר ראינו שלו' העדים חייבין לשלם מכאשר זמם והלו' חיי' לשלם ההלואה שנית כשתובע שניהם כמבואר במכות דף ה' ע"א וכן כשמכחישין עצמן וכל א' אומר על הזמן שהעיד השני עמו היה המלו' או בשנים נגד שנים חיי' לשלם הלואה אחת ממ"נ וכן באחד נגד שנים אחד במקום שנים לאו כלום הוא. ולא קשה שוב מהא דב"ק דף ע"ד דשם לא נצטרפו יחד לא בראי' ולא בהגדה. וגם מסנהדרין לא קשה דהכחשת בדיקות אינו מבטל כל

העדות בד"מ כמבואר בש"ס וברמב"ם הל' עדות רק מטעם קא"פ יכולין להקשות לב"ש וזה כבר הקשו התוס' בסנהדרין ותירצו שפיר. והא דקאמר הכא לא כי ובמתני' אמר סתם זה אומר בשלש' וזה אומר בחמשה עדותן בטיל' אף בלא אמירת לא כי היינו טעמא דבד"מ עדות מיוחדת כשר ואם לא אמרו ל"כ י"ל שכוונתם בהא שבאו יחד להצטרף שרוצין להעיד כל אחד על הלואה מיוחדת זה בניסן וזה באייר ומתוך כך יצטרפו ועל דעת זה באו להצטרף ולא להכחיש עצמן כלל לכך בעינן שיאמר ל"כ ופירושו של ל"כ היינו שאומר שאותה הלוא' שנצטרפנו ביחד להעיד עליה לא על הלואת ניסן באנו רק על הלואת אייר משא"כ בדיני נפשות דעדות מיוחדת אין מצטרפין ע"כ על מעשה אחד מעידין מש"ה אפי' בלא אמירת ל"כ הוי הכחשה וכן אפי' אם לא אמרו קודם החקירות כלל רק שאמרו העדות והחקירות ביחד דהיינו שאחד אומר בפנינו הלוה פ' לפ' והב' אומר ל"כ אלא אותו ההלוא' שראינו ביחד ונצטרפו בראי' והגידו בתוכ"ד על חיוב הלוה רק מכחישין עצמן בחקירות שכל העדות בטל אבל אם לא הגידו אחד בתכ"ד של חבירו או אפי' הגידו ביחד רק שאמרו שלא ראו ביחד הרי הן כשתי כתי עדים ואם מכחישין עצמן ה"ה כב' כתי עדים המכחישי' זא"ז. והראב"ן שהביא הש"ך דמכשיר בהכחשת חקירות ע"כ צ"ל ג"כ בכה"ג שבאו להצטרף ביחד וכ"א מסייע לחבירו כגון שאמר אותו ההלוא' שראינו ביחד היה באייר וכיון שמודה לו בגוף ההלוא' אין פוסל הכחשת חקירות אפי' אם מכחיש הזמן של ניסן בהזמה כגון שאומר עמנו הייתם בניסן רק שראינו ביחד באייר ומכ"ש כשמכחיש הזמן של ניסן בהכחשה שאומר עמי היה המלוה אבל אם מזימין הזמן של ניסן ועל הלואת אייר אומרים שראו בעצמן ולא נצטרפו עם הראשונים משלמין מתורת הזמה והלוה חייב לשלם הלואת אייר כשתבעו שניהם כדמוכח במכות דף ח' ע"א ובהכחשה חייב הלוה לשלם הלואה אחת ממ"נ דאטו מי לית ליה לראב"ן הכחשה והזמה בד"מ אלא ודאי כדכתיבנא דהיא מטעם כיון דגם עד השני מודה לראשון בגוף הלואה שראה עמו ביחד ובע"א נגד ע"א לא נשאר רק ע"א וחייב שבועה דעל כל הלוא' איכא עד אחד בהכחשה. וא"ש הא דסי' קמ"ה כיון שאחד מכחיש החזק' שאומר חבירו ועל החזק' שמעיד הוא לא בא להצטרף עם השני רק אומר אני ראיתי לבדי ובאמת אלו באו והעידו שראו ביחד איך שאכל ג' שנים בדילוג רק שהכחישו עצמן זה אמר אג"ה וזה אמר בד"ו או שני' אחרו' היו מצטרפין לדעת הראב"ן ואין לתרץ הא דסי' קפ"ה דהוא מטעם כיון דאם נקח דברי שני העדים לאמת הוי אכל רצופין באתרא דמוברי וליכא חזקה. דז"א דהא לדעת הראב"ן אפי' באין תובעו שניהם שא"א ליקח דברי שניהם לאמת ואפ"ה מצטרפין ועוד דא"כ קשה למאן דס"ל דאכלה

רצופין באתרי דמוברי דהוי חזקה הא ש"ס מפורשת הוא הא דאחד אמר אג"ה וא' אמר בד"ו דלא הוי חזקה. ובתומים הקשה משבועות דף ס"ח באחד אומר ג' ואחד אומר ה' שמצטרפין דהיינו כשיבוא עוד א' ויאמר ה' ע"ש ואמאי והא כבר נתבטל עדותן ע"ש בתומים ויש לומר דשם מיירי שלא נצטרפו בראיי' דהיינו שא' ראה מחלון זה וא' מחלון זה דהוי כשני עדיות כמ"ש הש"ך סי' ל"ו ס"ק ו' ע"ש. דאין להקשות מהרמב"ם שפסק בסי' י"ב מהל' גירושין גבי שנים שאמרו כ"א זו אשתי דלא הוי עדות הואיל וכל אחד לעצמו העיד ע"ש הא בלא"ה איכא הכחשת חקירות שכל א' מעיד שנתקדשה לאחר ואינו אומר כלל שנצטרף עם האחר דזה אינו דהרמב"ם כ' טעם זה דכ"א לעצמו העיד משום שפסק בפרק ט' מהלכות אישות בעד נגד עד אף שהיא אומרת גם כן לא נתקדשה דלא תנשא לכתחתל' והוא משום דיש לה עד מסייע מעיז' וה"נ מעיז' בפני כל א' דהא יש לה עד מסייע נגד כ"א להכי הוצרך הרמב"ם לטעם דכל א' לעצמו העיד. והנה אף שכתבתי דבד"מ כשלא הגידו ביחד ומכחישין כל א' את חבירו שאומר המלוה היה עמו בזמן שאומר השני דבב' נגד ב' חייב לשלם ממ"נ הלואה אחת בד"נ נראה דאם ב' אומרים פ' הרג נפש בניסן ובאו ב' אחרים אחר כ"ד והכחישום ואמרו ההורג היה עמנו בניסן רק באייר ראינו בעצמינו שפ' הרג הנפש והראשונים מכחישין השנים שאין הב"ד יכולין להרוג הרוצח מכח ממ"נ כיון שאין הב"ד יודעין ע"י איזה כת גומרין הוי עדות שאאי"ל דהא אין עדים זוממין נהרגין עד שיגמר הדין ע"פ וכאן אין ידוע ע"י איזה כת שנגמר הדין שנהרוג אותן כמו אם היו ד' עדים מעידים שפלוני הרג נפש והב"ד יודעין שכת א' פסולין וא"י איזהו מהכת שהן פסולין רק שלא היה להם צירוף כגון שלא ראו מחלון א' דאין הורגין הרוצח מכח ממ"נ דהוי עדות שאאי"ל. ולפי"ז מוכח דבממון לא בעינן עדות שאי"ל דהא גבי מנה ומאתים בסנהדרין פרק ז"ב ס"ל לב"ש נחלקה עדותן וס"ל דבב' אומרים מנה וב' מאתים דחייב לשלם מנה אף שכת אחת פסולין הן לב"ש כמ"ש התוס' שם ואפ"ה מחייבין הלוה אף שא"י ע"י איזה כת הן גומרין את הדין והוי עדית שאאי"ל א"ו דלא בעינן בממון עדות שאי"ל: מעשה בעדים שהעידו על קדושין שא' העיד שביום ב' בשבוע קידש פלוני לפלונית והשני העיד ג"כ כן רק שאמרו שניהם שהיה ג"כ ביום השוק וידוע לכל שיום השוק לא היה ביום ב' ולפענ"ד דלא מבעי' אם העידו קודם על איזה יום ואח"כ העידו שהיה ביום השוק ודאי לא נתבטל עדותן דהא התוס' בפסחים י"ב ד"ה באיזה יום הקשו וז"ל תימה כיון דכבר כיונו יום אחד לחדש למה למשיילינהו באיזה יום והלא אפילו לא כיונו איזה יום ה"ל חוזרין ומגידין וא"י לחזור אחכ"ד ותירצו כיון דז' חקירות ילפינן מקר' צריך שלא יכחישו זא"ז ולא את עצמן עכ"ל ולפ"ז הכא כיון

שכיוונו היום ואח"כ אמרו שהיה ביום השוק הרי הן כחוזרין ומגידין דכאן לא שייך תי' התו' דהא יום השוק אינו מהז' חקירות. ואפילו אמרו קודם שהיה ביום השוק לא נפסלה עדותן דיום השוק אף שתלוי בזמן לאו מחקירות הן דודאי אף אם יאמרו העדים שבאותו היום שהיה זה המעשה היה ג"כ דבר המפורסם לרבים כגון ביאת המלך לעיר או גשם שוטף וידוע שלא היה באותו יום בשבוע שאמר שאין זה מבטל העדות דאפשר שיודע באיזה יום בשבוע היה המעשה שמעיד עליו רק שאינו זוכר באיזה יום היה הדבר המפורסם דמילת' דלא רמיא עליה דאינש היא וסובר שהדבר המפורסם היה ג"כ ביום ההוא שהרי עינינו רואות שאינו זוכר אימת היה יום השוק שהרי אומר ביום ב' ובאמת היה ביום ד'. וגדולה מזו נ"ל דאפילו זה אומר על רגל שלנו כגון שאמר שהיה בעצרת וביום ב' וידוע שעצרת היה ביום ד' דלא נתבטל העדות דמחמת שטועה וסובר שעצרת היה ביום ב' אומר שהיה בעצרת דעיקר חקירות אינן רק מה שדרשו בש"ס מקרא דהיינו בכמה בחודש. תדע דהא הר"ן בחי' כתב דאפילו באומר אמש צריך לחקירות מדאוריית' אלמא דעיקר חקירות הן אותן הז' דוקא וכל שאר דברים בדיקות מיקרי:

ג **וזה תובעו שניהם.** הפוסקים חתרו למצוא טעם מה"ת יהיה עדיף הכחשת התובע מהכחשת עדים וע' ט"ז. ובתומים תי' דכשהתובע אינו תובע רק מנה שחור אפילו אם מודה שחייב לו מנה לבן פטור דהוי כטענו חטין והודה לו בשעורין כיון דב' מינים הן ע"ש. ומ"מ לא נתיישב לדבריו הא דמנה ומאתים וכן דמי חבית יין דמי חבית שמן דהא בדמי חטין ושעורין חייב כמבואר בסי' פ"ח. (") ולפעד"נ הטעם פשוט דהא דמצטרפי בהכחשת עדים בבדיקות הוא מטעם דלא דייקי כמבואר בחי' הר"ן ובכל המפרשים דעדים עבידי דטעי בבדיקות ואף דבכל עדים המעידין שחייב לו סך מעות כך וכך מחייבינן לי' כל הסך שאומרים העדים ולא אמרינן שמא לא דייקו בסך המעות ובא' אומר מנה וא' אומר מאתים אמרינן דלא דייקי עכצ"ל דבמקום דאיכא הכחשה מיישבין דברי העדים אפי' בדוחק כדי שלא לפוסלן ואמרי' דלא דייקי וטעי. אך קשה כיון דעכצ"ל גבי מנה ומאתים דלא דייק וטעה בסך המעות ולא ידע כמה הסך שהלוה היאך אנו מקבלין אותו לעד כלל דכמו שיכולין לומר שהיה מנה וסבור מאתים כן י"ל שהיה רק חמשים וסבור ר' והיאך מקבלין עד שיודע שטעה בסך המעות לעד ואי משום שהעד הב' אומר ג"כ מנה הרי כל העדות יוצא מפי ע"א. ועכצ"ל דתלינן הטעות בעד האומר מנה דאותו העד הוי כאלו מעיד שני עדויות עדות אחת מעיד לחייב הלוה שלא הי' פחות ממנה ומעיד לחייבו מנה ועדות הב' מעיד לסייע להלוה שמעיד שלא היה יותר ממנה ובא להכחיש העד האומר מאתים ולפטור את הלוה ממנה הב' ותלינן הטעות בהעדות

שמעיד על המנה במה שאמר שלא היה יותר ממנה כיון שהעד השני מעיד שהי' יותר ממנה שהיה מאתים דבמקום הכחשת עדים תלינן בטעות אבל במה שמעיד עד המנה שלא הי' פחות ממנה דליכ' מאן דמכחיש ליה דהא גם עד המעיד מאתים מעיד שלא היה פחות ממנה א"כ באותו העדות שמעידין שני העדים דהיינו שלא היה פחות ממנה מקבלין עדותן דהא איכא ב' עדים שלא הי' פחות ממנה דבאותו עדות דליכא מכחיש נגדו לא תלינן בטעות דיותר יש לתלות הטעות במה שאמר שלא הי' יותר דאיכ' מכחיש כנגדו מלתלות הטעות במה שאמר שלא היה פחות דליכא מכחיש נגדו ואדרב' גם עד הב' מסייע לו בזה ועוד דאין לתלות הטעות בבעל הר' ולו' שלא דקדק בהסך דא"כ לא הי' לו להעיד משא"כ כשתלינן הטעות בבעל המנה אמרינן דדקדק שפיר שהי' מנה בודאי ולכך העיד במנה ועל המותר לא דיקדק ולכך לא העיד על יותר ממנה רק על מנה משא"כ כשהתובע אינו תובע רק מנה ומוד' באצבע שהעד האומר ר' טעה היינו שהי' הסך פחות שלא הי' רק מנה וסבור ר' אין אנו יכולין לקבל אותו לעד כלל דכמו שהי' יכול לטעות בין מנה למאתים כמו כן הי' יכול לטעות בין חמשים למאתים ועד שידוע שטע' וסבור על סך מועט שהוא יותר אין אנו יכולין לידע מעדותו כמה הי' בו. ולפ"ז במנה ור' כשתובעו שניהם א"צ לתבוע רק ר' משא"כ בדמי חבית יין ודמי חבית שמן כשאין מעידין על הסך צריך לתבוע שניהם היינו יין ושמן דכשתובע רק א' דהיינו דמי חבית יין לחוד ועכצ"ל שהעד שמעיד חבית יין וטעה וסבר שמן אין אנו יכולין לקבל אותו לעד כלל דדילמ' הי' שכר וטעה שראה יין וסבר שמן אמרינן דילמא הי' שכר וסבר שמן אבל כשתובע שניהם מישבין דבריהם ואמרינן שהי' באמת שני חביות יין ושמן וזה דיקדק על החבית יין ולא דיקדק על החביות השני ולכך אינו אומר רק מהיין והב' לא דיקדק רק על השמן ולכך אינו אומר רק שמן. ולפ"ז בא' אומר בפני הודה מנה וב' אומר שהוד' מאתים בעינן שיתבע ב' ההודאות דאז אמרינן דזה דיקדק על המנה וזה דיקדק על המאתים אבל כשאינו תובע רק ההודאות המאתים אז ע"כ העד שאומר ששמע ההודאות מנה טעה בשמיעתו א"נ אפשר ששמע פחות ממנה וטעה דהא מעיד על מה שלא שמע משא"כ בראיית הלוא' אף שהי' מאתים מ"מ ראו ג"כ מנה דכמו שיכול לטעות בין יין לשמן כמו כן יכול לטעות בין שכר לשמן. והשת' א"ש ג"כ הא דסי' פ"ב גבי לוה אמר מחצה פרוע והעדים אומרים כולו פרוע דנשבע וגוב' מחצה דקש' דהא הוי כעין תובעו שניהם דאין מקבלין אותו לעד כלל דמ"ש הלוא' כשהמלו' אומר פחות ממה שאומרים העדים דאין מקבלין אותו לעדות ומ"ש פרעון כשהלו' אומר פחות ממה שאומרים העדים ראוי ג"כ שלא לקבל את העדים כיון שהלו' פוסלן והי' ראוי להיות שהמלו' יגבה שטרו משלם

ומשום מגו לא מהימן הלוה דמיירי התם באופן דליכ' מיגו כמ"ש הסמ"ע שם ע"ש. וגם (") בלא"ה קשה להבין הדין כמ"ש הסמ"ע והש"ך דממ"נ אם מחזיקין אותן לעדים מוכחשין מכח הודאת הלוה המלו' נאמן על שטרו ואם לא נחזיק אותן למוכחשין אמאי צריך הלוה לישבע הא יש לו שני עדים. ולפמ"ש ל"ק כיון דע"פ הודאת הלוה טעו בסך המעות שהי' פחות והיו סבורים שהי' יותר אין אנו מחזיקין אותן לעדים אפילו על מנה דאימר הי' פחות אפילו ממנה וטעו לכך מחויב הלוה לישבע אבל שטרא איתרע דהא פרעון ודאי הי' דאין לחוש רק שטעו בהסך והוי כפוגם שטרו ע"פ עדים דמחויב לישבע עכ"פ וכיון שהוא אומר לא נפרעתי כלום אינו יכול לישבע דהא איכא עדים שבודאי פרע. ועוד דהא העדים אינן פסולין דהב"ד מחזיקין אותן לכשרים רק נגד הלוה נפסלין אבל ודאי דאין מניחין המלו' לישבע בב"ד נגד העדים הכשרין בב"ד והוי דינו כפוגם שטר והוא חשוד דמפסיד שטרו כמבואר בסי' צ"ב סק"ט ואפילו לדעת הי"א שם דהמלו' גובה שטרו כמ"ש הסמ"ע סי' פ"ב ס"ק נ"א מ"מ כיון שידוע ע"פ עדים שהי' פרעון וא"י לב"ד כמה הי' פרעון אין לך דרר' דממון גדולה מזה ומועיל גביה תפיס' ברשות ושובר פרעון הוי כתפיס' ברשות כמבואר סי' מ"ב בש"ך סקי"ח ובס' תקפו כהן. ואין זה דומה למ"ש בכללי ד"ת דכל ספק שהיה לעדים מחמת שלא ראו הדבר בשלימות דלא הוי ספק דשא"ח שאין ספק רק להב"ד אי טעו העדים ודאי דמועיל ביה תפיס' ברשות. ועוד כיון דמ"מ איתרע שטר' אף הי"א שבסי' פ"ב סעיף ט' מודים דאינו גובה כשא"י לישבע. ולפ"ז בתבעו מנה ועדים מעידין מאתים דאין מקבלין עדותן לחייבו על פיהן במנה מ"מ חייב שבוע' מדין העדאת עדים דר' חייא. ועט"ז שהקשה מהא דסי' קמ"א בא' אומר אכלה חטין וא' אומר אכלה שעורין דא"צ המחזיק שיאמר שאכלה שתיהן. ובס' קצה"ח חי' דהכחשת התובע עם הבע"ד הוי הכחש' וכיון דשם מוחזק בקרקע א"מ מידו ע"ש ואין בדבריו ממש דבקרקע אינו מועיל תפיס'. ומ"ש הוא דלפעמים מועיל תפיסה בקרקע כגון במילתא דעביד' לגלויי לאו כלום קאמר ועוד דא"כ הכא נמי יהיה מועיל תפיס'. וכן בסי' פ"ג גבי מחצה פרוע מועיל תפיסה לפי דעתו ועוד יש להשיבו אך להשיב זה הוא יגיעת בשר. ולפעד"נ דלא קשה מידי דל"צ שיהי' תובע שניהם רק במקום שהכחשת התובע הוא נוגע בסך הממון בפחות ויותר שאם הן משקרין לפני ב"ד בכונה הן פסולין לעדות כגון במנה ור' או ביין ושמן שפירש"י שם שהשמן הוא יקר מהיין וכן צ"ל במנה שחור ומנה לבן שמטבע ישנה חשובה מן החדשה ואף אם נתלה בטעות שטעה שהיה פחות והי' סבור שהי' יותר אין כאן עדות כלל וכן אם הוא טוע' וא"י מה הי' אם יין או שמן נוכל לומר ג"כ שהי' מין אחר כגון שכר וכן אם טוע' במנה שחור דהיינו מטבע ישנה

אמרי' כיון שטעה בנוגע לסך הממון בגוף צורת המטבע אמרינן אימר הי' מטבע אחרת שאינו עולה לסך מנה אין עדותן עדות אבל כשמכחישין עצמן בבדיקות שאינו בגוף הממון כגון מארנקי שחורה ומארנקי לבנה דאפי' מאן דפוסל בהכחשת בדיקות מכשיר בהא א"צ שיהיה תובעו שניהם דהא אפי' אם משקרין בכונה לפני ב"ד מאיזה ארנקי נתן לו לא נפסל בכך וכן אם טעה ולא דקדק בזה אמרי' דמ"מ בסך הממון שלא לגרום היזק לחבירו ודאי דמדקדק רק מאיזה ארנקי שאינו עושה היזק לא דיקדק מש"ה בזה אומר אכלה חטין וזה שעורין כיון שאין נוגע לגוף הממון דאף אם לא דיקדקו מאיזה מין אכל ואף אם נאמר שטעה ואכל מין שאינו לא חטין ולא שעורין ג"כ הוי חזקה א"צ התובע לתבוע שניהם וראיה לזה מדיוטא עליונה ותחתונה שיכולין לראות מזה לזה שכת' הנ"י דהוי הכחשת בדיקות ולא מצריך שיהיה המלוה תובע שניהם אלא ודאי דהוא מטעם שכתבתי. והנה הא דצריכין שיתבע שניהם היינו דוקא בע"א המכחיש לע"א אבל כשב' מכחישין לב' בבדיקות אפי' אינו תובע אלא א' חייב לשלם כמ"ש הסמ"ע סי' ל"א סק"א. ובזה נ"ל ליישב תמיהת התוס' בב"ק דף ע"ד בד"ה עבד כ"ד ניחא שכתבו וז"ל הרבה יש לתמוה אמאי קאמר כל דהוא דלגמרי באין לסיועי' . ולפי הנ"ל יש ליישב דהנה לכאורה קשה במאי דאמר התם גבי כת א' אומרת הפיל שינו וסימא עינו וכת א' אומרת עינו והדר שנו דדינא כוותייהו פסקינן דיש בכלל מאתים מנה ע"ש. הא בעינן שהתובע יתבע שניהם והכא העבד מכחיש להעדים. אך באמת לא קשה דבשני כתי עדים אין מזיק הכחשת התובע כנ"ל. ולפ"ז בסיפא דמוקי לה במיפך והזמה וכיון דעדים הראשונים אמרו שינו והדר עינו ע"כ גם העבד אמר כן דהא קתני שהרי עבד אומר כן דאם לא היה אומר כן היו העדים נפסלין בהכחשת פיו ובפרט שהכחישה הוא בחקירות דהיינו בזמן השן ובזמן העין ואחר כך כשבאו עדים אחרים ואפכינהו ואזמינהו הרי העדים הראשונים נפסלים על ידי הזמה ועדים האחרונים נפסלים בהכחשת התובע דהא העבד מכחיש להו בחקירות של זמן העין והשן ונפטר האדון מתשלומין ומאי ניחא ליה לעבד במאי דקאמרי הני ובתוס' כתבו כמה טעמים דמיירי שיודעין היו שיבואו עדים ובודאי היה ניחא ליה לעבד אלו היו אומרים האמת כמו שהוא דאז היה נוטל דמי שן מה שאין כן השתא שאומרים שינו והדר עינו לבסוף כשיבואו עדי הזמה ויאמרו האמת יפסיד הכל ולא יטול אפילו דמי שן לזה אמר דעבד כל דהו ניחא ליה דניפוק לחירות. וא"כ י"ל דמיירי שאין מכחישין עצמן בזמן השן כגון שאמרו שהפיל שינו ביום ב' ועין ביום ג' והאחרונים אמרו שהעין הי' ביום א' א"כ ודאי דנפיק לחירות וא"ל כיון שהוא פוסל העדים אף נגד השן [לא יצא] שבועה לחירות דזה אינו כמבואר בתומים סי' כ' סק"ב

דעדים שהוכחשו מפי הבעל דבר אין נפסלין לעדות אחרת אפי' נגד הבעל דבר ומכ"ש כשהן רק מוכחשין מפיו בחקירות ובדיקות כנ"ל ברור:

ד **וישבע ש"ד על מאה.** עט"ז שכתב הטעם הא דלא מחייבינן שבועה מטעם דר"ח קמיית' כיון דהעדאת עדים לא ילפינן רק מק"ו מפיו שאינו מחייבו קנס עדים שמחייבין אותו קנס א"י שמחייבו שבועה. ועדים ע"י צירוף אינו מחייבו קנס דאין חיוב קנס אלא על מעשה שראו שניהם כאחת כמו דלא מהני בא' אומר נסתר' שחרית וא' אומר נסתרה ערבית ובסעיף ה' מיירי ששמעו הודאה מפיו בשעה אחת וכו' ע"ש ובתומים תמה עליו חדא דגם הודאה אחר הודא' לא שייך בד"נ. קושי' ב' דא"כ עדים שא"י בחקירות דא"י לחייבו קנס לא יחייבו שבועת ר"ח קמיית'. ובקצה"ח תמה על הט"ז והתומים דבקנס ודאי מועיל עדות מיוחדת כמו בממון דהא לא בעינן הגד' ביחד בקנס כמבואר בב"ק דף ע"ד והגדה מקשינן לראיה וא"כ לא בעינן נמי ראי' כאחד. ולפענ"ד טעה בזה דודאי עדות מיוחדת כשר בד"מ כגון שא' ראה מחלון זה וא' ראה מחלון זה שהיה אצל המעשה שני עדות אבל לצרף שני עדות שכל א' ראה מעשה אחר כגון שאחד ראה היום שנגח שורו ונתחייב קנס ואחד ראה ביום שני שפיתה בתו או נגיחת שור אחר זה לא יאמר בר בי רב דחד יומא שמצטרפין לחייבו ממ"נ דא"כ אפילו אחד מעיד שראה שנתחייב קנס ע"י נגיחת שור וא' ראה שהלוה מעות ונתחייב יצטרפו ג"כ והא ודאי ליתא דקנס כשלא הי' עדים בדבר אין בו שום חיוב. דאשר ירשיעון אלהים כתיב בקנס ובעינן שהב"ד יהיו יכולין לחייבו מכח מעשה זה וזה פשוט דברור ולזה מביא הט"ז ראי' שפיר מעדי יחוד לענין קידושין שא' ראה שחרית וא' ערבית דלא מצטרפי (") והטעם כתבו כיון דקידושין לא נגמר בלא עדים לא מהני ראיית אחד כלל וה"נ קנס אין בו שום חיוב כשלא הי' עדים בדבר על מעשה זה שמעיד דבעינן אשר ירשיעון אלקים שיהיה הב"ד יכולין לחייבו על מעשה זה וכיון שאין הב"ד יכולין לחייבו על מעשה זה שאין בו רק ע"א מה מועיל אח"כ מה שראה ע"א בפ"א אח"כ שהלוה לו מעות בשלמ' להפוסקים דמהני תפיסה בקנס כשיש מגו הרי הב"ד יכולין לחייבו על מעשה זה וקרינן בי' אשר ירשיעון אלקים וכן כשמעידין ששור בין שוריו נגח יכולין לחייבו על מעשה זה. גם מה שהקשה בתומים מעדים שא"י בחקירות ל"ק כלל דהא מדאורייתא גם בממון בעי' חקירות וגוף הק"ו לחייב שבוע' הוא מדאורייתא ובודאי מדאורייתא עדים שא"י חקירות אינם מחייבים שבוע' דלא ממון רק שחכמים הקילו דאף דליכא חקירות הוי כנחקרו והוי כנחקרו גם לענין שבועה גם מה שהקשה מהודאה אחר הודא' דליתא בד"מ לק"מ דבקנס אלו לא הי' הודאה פוטרת בקנס הי' הודאה אחר הודאה מצטרף דבקנס כשר עדות מיוחדת רק

בקנס לא משכחת הודא' המחייבת ולמאן דס"ל דהודאה חוץ לב"ד מחייב כמבואר בסי' א' מחייב גם בכה"ג ובממון ודאי מחייב הודאה וכיון דזה הוי במנה א' יכולין ללמוד מקנס דב' עדים שראו מעשה א' המחייבת קנס בזה אחר זה כגון שזה ראה תחילת ביא' והלך וזה ראה הגמר ביא' מחייבין קנס כיון שראו מעשה א' המחייבת וה"נ כיון דהודא' מחייבת בממון הוי כראו מעשה א' המחייבת בקנס ויכולין ללמוד זה מזה. ועוד דהתומים בעצמו כתב דעדות מיוחדת בממון אינו רק מדרבנן וע"כ צ"ל דעדות מיוחדת היינו היכא שכ"א ראה מעש' אחר דעדות מיוחדת היכא שאחד ראה מחלון זה מקר' ילפינן לה במכות דף ו' וכיון דעדות מיוחדת כזה הוא רק מדרבנן והבו דלא להוסיף ואין מחייב שבועת מש"ה בהודא' אחר הודא' דהוי כעדות מיוחדת על מעש' אחת מחייב שבועה. אך לפמ"ש לעיל בישוב דחקירות לא אתי שפיר תי' זה:

ה **דנין הדבר כמכחישין להקל.** עיין ט"ז שהקשה מסי' כ"ט דמיישבין דברי העד שלא יהיה מוכחש. ומחלק הט"ז דכשהכחשה הוא בחקירות שאז יפסלו העדים מיישבין דבריהם וכאן מיירי בהכחשת בדיקות דלא נפסלו העדים דנין כמכחישין. ומזה תמה על הסמ"ע גבי חבית יין ושמן שכתב דמסתמא דנין אותן כמוכחשין. והט"ז פליג דכיון דהוי הכחשת דרישות אין דנין אותן כמוכחשין רק התם הטעם כיון דאמר של שמן היתה מוכח דאזמן אחד מעידין דהיתה משמע מה שאתה אומר של יין היתה אני אומר של שמן היתה אבל בסתם כשאומר ראיתי חבית שמן וזה אומר ראיתי יין אין דנין אותן כמוכחשין כיון שהוא הכחשת דרישות. ובתומים תמה מהש"ס מהא דמקשה בפסחים י"ב אלו דייקינן בהנן סהדי וכו' נימא איפכא מ"ד שלש תחלת שלש ומ"ד ד' בסוף ד' והוי עדות מוכחשת וכו'. וכן הקשו התוס' שם גבי א' אומר בשנים וכן בסנהדרין ס"ט הוכיח מזה דאזלינן בתר רובא ומהט"ז קשה דהא הכחשת דרישות הוא ולעולם מיישבין דברי העדים כדי שלא יפסלו וא"ל דשאני ד"נ דכתיב ושפטו העדה דהא כל הראיות שמביא הר"ן שמיישבין דברי העדים יליף מהא דא' אומר בג' וא' בד' וזה בד"נ. ועוד דא"כ בד"מ אם א' אומר בג' וא' אומר בה' יהיה עדותן קיימת דנימא הך דאמר בשלשה סוף ג' ומ"ד בה' תחלת ה' ובשיעור זה אדם טועה עכ"ל בקיצור ע"ש שהאריך. ולפענ"ד נראה דכך הוא האמת הברור דרק בדיני נפשות אמרי' אלו דייקינן דהא בהדיא מסיק הש"ס בקושיא דאלו דייקינן ורחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העד' בפסחים ובסנהדרין שם וקרא זה לא שייך רק בד"נ ובד"מ דלא שייך קרא דושפטו ודאי דלא דייקינן בא' אומר בג' וא' אומר בה' לפסול עדותן ומסתמא כשרין וכהט"ז. תדע דהא התוספות בפסחים שם בד"ה אלא אמר רבא הקשו גבי א' אומר בג' וא' אומר בה' מהא אלו דייקינן ומתרצין

דלהחמיר ולקיים עדותן לא בדקינן להו עכ"ל. ולפי דברי התומים דמתניתין מיירי אפי' בד"מ והועלה על הדעת דבד"מ בשביל הוצאת ממון לא דייקינן לקיים עדותן והוצאת ממון יהיה נקרא להחמיר הא כל ממון הוי חומרא לזה וקולא לזה. ועוד א"כ אם יעידו עדים לפטור ממון וא' יאמר בג' וא' בה' יהיה עדותן קיימת ובתומים מדייק לה מדקתני סתמא משמע דאפי' בממון הדין כן ע"ש א"כ מוכח ג"כ מזה דאפי' אם מעידין על פטור ממון ג"כ הדין כן והא ודאי לא נקרא להחמיר. ועוד היאך יעלה על הדעת דמשום הוצאת ממון יהי' נקרא להחמיר ולפסול העדים יהיה נקרא קול' וכדי שלא להוציא ממון נפסל עדים ואדרב' איפכא מצינו בשני כיתי העדים המכחישה זא"ז דמשום חזקת כשרות דעדים מוציאין ממון אלא ודאי דרק בד"נ הדין כן דלא מחמרינן לקטול נפש ולקיים עדותן אבל בד"מ ודאי דדייקינן בסהדי שלא לפוסלן וא"כ ע"כ מתניתין דא' אמר בג' וכן כל סוגית הש"ס דפסחים ובסנהדרין בד"נ מיירי וא"כ יש לומר ג"כ דאפי' בסתמא כשר בד"מ כל שאפשר ליישב דבריהן כשמכחישין עצמן בחקירות משום חזקת כשרות וכדעת הט"ז ומה שהקשה בתומים על הא דדייק הר"ן דמיישבין דברי העדים מהא דא' אומר בג' וא' בד' ושם בד"נ מיירי לק"מ דהא הר"ן בדבר המצוי לטעות מיירי כמ"ש הר"ן בתשוב' והתומים ואפי' בבדיקות ומק"ו יליף לה הר"ן דאם בד"נ ואף להחמיר תולין בטעות מכ"ש בד"מ וכן מוכח מסי' כ"ט שכתב דמיישבין דברי העדים ואפי' בדרך דחוק ויליף לה משטר שהוזמו עדיו דאמרינן דמאוחר הוא אף דהוא דרך דחוק אלמא דבד"מ אמרינן אף דרך דחוק כדי שלא לפסול העדים משא"כ בד"נ אפי' דרך מורווח לא אמרינן להחמיר ולקיים עדותן כמו שכתבו התוס'. ומה שהקשה דהא בסי' כ"ט מיישבין דברי העד שלא יהיה חוזר ומגיד אף דשם העד לא מיפסל רק שאין מקבלין עדותו משום חוזר ומגיד ואפי' הכי מיישבין דברי העדים. יש לומר דמ"מ אם לא ניישב דבריו ונחזיקינהו לחוזר ומגיד והוי כאומר שקר העדתי ויהי' נאמן לגבי עצמו לחייב עצמו ולפסול נפשו במה שהוא לזכותו כמבואר בסי' צ"ג סעיף ה' מש"ה מיישבין דבריו שלא נחזקינהו לפסול לגבי נפשיה ועוד דשם מיירי כשנוכל ליישב באופן דדמי לדבר שהעדים מצויין לטעות כגון שהרוב מצויין לדבר בל' זה על פי' זה:

1 **החזיק בקרקע.** ואם א' מעיד שנתן לפלוני בפניו ובפני עד א' שמת בניסן והשני מעיד שבפניו ובפני עד שמת נתן בתשרי כתב בב"י בשם המשרי' דהוי שני שטרי מתנות על ענין א' דאמרי' ביטל שני את הראשון ובשני ליכא אלא חד סהדי ותמה הב"י ולא כתב טעם לתמיהתו ובס' קצה"ח כתב דסברת הב"י הוא דוקא בשטרות שייך לומר שזייף אבל בעדים שהן קיימים לא שייך למפסל סהדי. ולא דבר נכונה דודאי מצי למפסל סהדי

במה שמעידין על זכותו כמבואר לעיל גבי הכחשת בדיקות בעינן שיתבע שניהם מהאי טעמא. ואף שכתב (הש"ך)[קצות החושן] שכתבו התוס' בכתובות דף מ"ד בד"ה א"כ אורועי סהדי והיינו רק לפסול חתימתן דאימר זיופו זייף ע"ש ודאי דהתוס' מודים דיכול לפסול עדים לגבי נפשיה ע"פ הודאתו רק שדעת התוס' בתי' הב' הוא דכל כמה דנוכל לתלות הודאתו שאינו פוסל העדים תלינן ולכך תלינן הכא יותר שהודאתו היה שהשטר מזוייף ולא תלינן שפוסל העדים אבל היכא דלא אפשר דלא למיתלי ההודאה רק בפיסול העדים ודאי דנאמנין ונפסלין לגבי נפשייהו. ונלפענ"ד נראה דיפה תמה הב"י דודאי לא דמי שני שטרות לשני עדים דבשלמא בשני שטרות איכא הוכח' דעדים הראשונים פסולין הן לדברי התובע דאי אמת הוא שהי' הקנין בזמן הראשון דהיינו בניסן למה היה לו לחזור וליקח שטר אחר מתשרי ולגרע ולקלקל לעצמו כיון שכבר שטרו בידו מניסן. ואין לומר דילמא בשעה שקיבל השטר שני מתשרי נאבד שטרו מניסן והוכרח ליקח שטר מתנ' מזמן שני כמבואר לקמן בסי' מ"א דזה אינו דא"כ עכ"פ עכשיו בב"ד שיש השטר מזמן ראשון בידו למה לו להוצי' השטר מזמן שני ועכשיו כשמוציא השטר מזמן שני הוי כאלו מודה שנעש' מזמן שני דאם לא לא היה מוציאו בדבר שמקלקלו ומגרע כחו וכשמוציאו ע"כ מודה הוא שלא נעשה קודם והוי כמעיד שאלו הראשונים פסולין הם שמעידין בשקר משא"כ כאן שמביא ע"א על הקנין שמזמן ראשון וע"א על הקנין שמזמן שני אין בזה ראיה שהראשון שקר ענה דשמא מחמת שלא היו מצויין עדים הראשונים בתשרי שיתנו לו שטר מזמן ראשון שמתו או שהלכו למדינת הים או שלא רצו ליתן לו שטר ובקש ממנו שיקנו ממנו עדים אחרים מחדש ושיצוה לכתוב לו שטר מזמן שני וגם עתה לא נחשב להודא' במה שמביא העד שמזמן שני דהא ע"כ צריך להביאו דהא אין לו שני עדים מבלעדו ולפ"ז אפי' העד האחד אינו מעיד רק שבפניו בלבד היה קנין בזמן ראשון והעד השני מעיד שבפניו בלבד היה קנין בזמן הב' ג"כ סגי כיון דעל ידי צירוף יש שני עדים שקרקע זו שלו ואין לדמות כלל עדים לשטר שיש לו ראיה תחת אפונדתו מ"מ מוציא השני משא"כ עדים וגם אפי' במכר יש לומר מחמת שלא היו העדים מצוין והוא כפר הוצרך שיקח מחדש דעביד אינש דזבין דינ' כמבואר בב"ב דף ל' ע"ב משא"כ בשטר דנחשב הודא' במה שמוציא עכשיו בב"ד השטר מזמן שני:

ז **שפרעו מנה בניסן**. עסמ"ע ס"ק כ"ז שכתב דבעינן שהלוה לטעון שפרעו שני מנים ובתומים כתב דאף אם אינו טוען רק מנה א' נאמן במגו שהי' טוען שנים כמו בסי' פ"ב אם לא שטען מנה א' קודם שהעידו העדים ע"ש. ונרא' דהש"ע אזיל בשיטת רש"ל שהביא הש"ך בסימן ל"ב סק"ד דאם מודה שהעדים הן פסולין דלא מהני מגו והכא ג"כ

הרי מודה שהעד שמעיד המנה בתשרי הוא פסול דהא מכחישו בהמנ' שבתשרי ואינו טוען רק על מנה שבניסן וע"כ מודה הוא שהעד פסול ולא מהני מגו משא"כ בסימן פ"ב דאינו מכחיש רק במנה ומאתים שהן הכחשת בדיקות והעדים לא נפסלו מהני מגו:

ח **יבא בית דין אצל ב"ד וכו'**. עסמ"ע סקל"ד שכתב אבל מקצת מב"ד הא' ומקצת מב"ד השני אינן יכולין להצטרף ולהעשות ב"ד חדש. נראה דדוקא אחד מכל ב"ד א"י להצטרף אבל שנים מכל ב"ד מצטרפין דכל שנשאר שנים עדיין תורת ב"ד עליהן תדע דהא יכולין לכתוב קבלת עדותן בתורת ב"ד ולכתוב בו וחד ליתוהי וב"ד השני דנין ע"פ כתבם כמו ע"פ מעש' ב"ד וכמ"ש בסי' כ"ט סעיף ה' משא"כ א' מכל ב"ד. ובסיפא דקיבלו כל ב"ד שני עדים אפילו בא' מכל ב"ד סגי הטעם דהא כל א' יכול לדון ע"פ שמיעתו מהעדים לב"ד ואין צריך כלל לשמוע מהשני משא"כ כשקיבלו כל אחד מעד א' לבד דאז כשבא כל א' לא סגי במה ששמע הוא מפי העדים לבד כיון שעדיין לא נתחייב על ידו דהא לא שמע רק מע"א לבד וצריך הוא לשמוע מהשני שקיבל ג"כ עד השני ואחד אינו נאמן שנתקבל עדות של עד השני בפני ב"ד והוא פשוט:

סימן לא

א **המכחישות**. עש"ך סק"א דחכמי בריסק נסתפקו בעד אחד אומר ליה והשני מכחישו אם מצטרפין יחד לעדות אחרת כיון שכל אחד אינו מוכחש משנים. והכריע הש"ך דאין מצטרפין מדברי הר"ן בכתובות בע"א אומר נתגרש' דאמרינן תרוייהו בא"א קמסהדי והקש' הר"ן היאך מצטרפין ביחד לעדות של ע"א. אלמא דאפי' באחד מוכחש מאחד אין מצטרפין. ובתומים מקשה מהא דשבועות דפריך הש"ס מא' אומר גבוה ב' מרדעות וא' אומר ג' דמצטרפין לעדות אחרת והתם א' מוכחש מא' הוא. ולשיטת חכמים הנ"ל אין כאן קושי'. ולפענ"ד נראה ליישב דבריהם דהנ' לכאור' קשה מה סברא הוא זה לו' דמצטרפין כיון שאינו מוכחש רק מא' מ"מ הא אנן ב"ד סהדי שעד אחד מהן שקר העיד ונפסל ועכצ"ל בטעם הדבר דהנה בסי' רכ"ב גבי נאמן בעל המקח מוכח דבמקום דמידק דייק נאמן ע"א כשנים. וע"כ הא דע"א אינו נאמן בעלמא הוא משום דלא דייק ואומר בדדמי ובמקום דקים להו לחז"ל דדייק בשעת מעשה כגון בבעל המקח דסי' רכ"ב לא חשדוהו שמשקר במזיד. ולכאור' קשה א"כ אם א' מוכחש משנים אמאי נפסל נימי' דאמר כן בדדמי ולאו רשע הוא. וע"כ צריך לחלק כמו שמחלק הסמ"ע בסי' צ"ב ס"ק י' דבדלא נחשד בעדים מכשירין אותו מחשש דשמא ספק מלוה ישנה אבל כשנחשד בעדים לא מכשרינן לי' מספק מלוה ישנה ע"כ. וה"נ בע"א כשבאו עדים עליו שהעיד

שקר לא מכשרינן ליה מספק שאמר כן בדדמי: ועוד צ"ל להכריע חילוק זה מסנהדרין ט' בפ' דבעני לרצוני דהוא ואחר מצטרפין להורגו מטעם פלגינן דיבורא והיינו דאמרי' שהי' לאונסו ולרצונו שאמר הוא שקר דעל עצמו אינו בגדר עד עיין בתוספות שם וברא"ש במכות דף ו'. וא"כ קשה מ"מ עד השני נהי שאמר סתם פ' רבע פ' דאלו מיירי שהעד השני אמר בפי' לאונסו קשה למה הוצרך רב יוסף לומר בטעם דאין מצטרפין משום דרשע הוא הא בלא"ה עדות המכחישין זא"ז בבדיקות פסול בד"נ וע"כ מיירי באמר סתם א"כ קשה דהא עד השני הוא עד על הרובע והנרבע ומבואר בסי' ל"ד דאם שני עדים מעידין על אחד שעבר עבירה שא"נ לומר שוגג או אונס. וא"כ הך עד השני היאך מצטרף עם הנרבע ממ"נ אם העיד בשקר על הנרבע רשע הוא שהעיד שקר לפני ב"ד על הנרבע דע"א נמי נפסל כשהעיד שקר כדמוכח מקושיית הר"ן גבי ע"א או' נתגרשה הנ"ל ואי אמת אומר שנרבע א"כ מן הסתם תלינן שהי' ברצון והוא רשע היאך מצטרף עמו. וע"כ צריך לחלק בחילוק הנ"ל דדוקא כששני עדים העירו שראוהו נרבע נעשה רשע ונפסל לעדות אבל כשעד אחד מעיד על חבירו יכול אפי' להצטרף עמו לעדות אחרת ולא אמרי' דממ"נ נפסלו לצירוף עדות דעביר' שעשה עפ"י עד א' תלינן באונס משא"כ ע"פ ב' עדים ולפ"ז ודאי הדין כן בע"א המוכחש מפי ע"א שיכול להצטרף עמו דמה לי שהעיד ע"א על חבירו שהעיד שקר או שעבר שאר עבירה כמו דלא פסלינן לצרף בהעיד עליו שעבר שאר עביר' משום ממ"נ דתלינן העביר' שעשה באונס וכיוצא בע"א שלא הוכחש רק מפי ע"א תלינן עדותו שהעיד בדדמי ואמרי' דלאו רשע הוא מכ"ש בע"א שהעיד שקר שלא רצו לחייב רק שבוע' שתולין שאומר בדדמי כדי להכשירו משא"כ במוכחש מפי ב' אין תולין בשום דבר להכשירו. אמנם נראה דא"א לתלות בשום דבר להכשיר עדות שקר כ"א שאמר כן בדדמי. ולפ"ז אין להכשיר עד א' המוכחש מפי ע"א כי אם כשאומר כן בתורת ע"א אבל בב' שבאו להעיד אין תולין בשום א' מהן שאמר כן בדדמי כיון שבאו להעיד ולהצטרף שיהיו שני עדים מש"ה שני עדים המכחישין זא"ז בחקירות נפסלו כיון שנצטרפו בראי' והגד' להיות שני עדים ודאי מידק דייקי מעיקרא ולא חיישינן כלל שאמרו בדדמי מש"ה אפילו אחד מוכחש מפי א' פסולין לצירוף ולא נחלקו חכמי בריסק רק בעד אחד אומר לוה שבא להעיד רק בתורת ע"א. ול"ק שוב מהא דמקש' בשבועות מא' אומר גבוה ב' מרדעות דשם באו בתורת שנים. (") וגם קושית הש"ך לא קשה דשם העד האומר נתגרש' אינו מעיד שראה הקידושין רק כשמעיד שראה שנתגרש' ע"כ היתה א"א וכיון שעל הגירושין מחזיקין אותו למשקר או לאומר בדרמי

ממילא ליכא כאן רק ע"א שהית' א"א ושפיר הקש' הר"ן ואין מדבריו סתיר' לשיטת חכמי בריסק:

ב **שהרי בודאי א' מהן שקר.** בב"י הביא בשם רי"ו דאם אין מכחישין זה את זה אלא במקצת עדות נתקיים אותו מקצת וכו' והיינו כגון שכת א' אומר אבהתי' ואכילתי' וכת אחת מכחיש באכילתי' בב"ב דף ל"א ולקמן סי' קמ"ו. ואם כל הב' כתות אומרין דאבהתי' ומכחישין עצמן באכילתי' מסיים בתומים בצ"ע כיון דע"כ כת א' פסולין הן והויין בעדות אבהתי' כנמצא א' מהן קא"פ דעדותן בטיל' כמו שהקשו התוס' בסנהדרין דף ל"א גבי מנה ומאתים. ולפענד"נ דל"ד דבשלמא גבי מנה ומאתים כיון שהכת של ר' או של מנה פסולין הן באותו עדות הרי כת הב' נצטרפו לפסולין משא"כ בעדות של אבהתי' ואכילתי' דאף שנתכחשו באכילתי' לא מבעיא כשלא ראו ביחד דודאי כשר כמ"ש הש"ך בסי' ל"ו סק"ו אלא אפי' ראו ביחד וכיוונו להעיד מ"מ בשעה שהעידו עדות אבהתי' מקודם כשרים היו דעדיין לא העידו שקר והעדים נחשבים לכשרים כדמוכח ברש"י ותוס' בב"ק דף ע"ג בד"ה שהעידו בבת אחת ע"ש ואפי' לאביי דאמר למפרע הוא נפסל רק שנתבטל העדות שהעידו תכ"ד מחמת עדות שביטל' מקצת' בטלה כולה כמבואר שם בש"ס וא"כ בעדות אבהתיה לא נצטרפו לפוסלן ולא שייך לו' נמצא א' קא"פ בשעה שהעידו עדות אבהתי' ובמקום שנתבטל קצת עדות מהעדים דלא אמרי' דנתבטלו ג"כ שאר העדים. תדע דהא הרמב"ם פסק בפ"ב דבהרב' עדים בד"נ ואמר א' בחקירות א"י דלא נתבטלו שאר העדים ע"ש:

ג **וישבע על השאר.** בתומים נסתפק אם באו העדים והכחישו אי נפסל לשבוע'. ולפעד"נ דכמו שאין עדותן שמעידין אח"כ מועיל להוציא ממון כמו כן אינו מועיל עדותן שמעידין אח"כ להוציאו מחזקת כשרות גם מה שנסתפק אם יכול כת אחד לבוא בפני עצמו להעיד על אחר שהוא פסול להוציאו מחזקת כשרות. ולפענ"ד דאין כאן ספק דהא חזקת ממון אלים מחזקת כשרות וכיון דאפי' ממון מוציאין על ידו כ"ש חזקת כשרות וטעם כיון שקודם שמעידין על נידון זה מחזקינן אותן הב"ד בכשרים נאמנים אח"כ על כל עדות שיעידו אח"כ:

ד **ואם אח"כ הוציא השטר השני.** נסתפקתי אם הוציאם בזא"ז ופסקו הב"ד על כל אחד שהוא כשר ואח"כ בא לב"ד שהב"ד יגבו לו סך ב' השטרות אם מגבין לו הב"ד ב' השטרות אם בעינן שם הגוביינא מהשטר הראשון יהיה קודם להשני או דלא בעינן רק שיהיה הפס"ד של הראשון קודם לשני וכן בסעיף ג' יש לספק כן:

ה **אלא א"כ באו עדי השטר.** עש"ך ס"ק ד' שיש שם ט"ס וכצ"ל דמיירי שזוכרין ההלואה אלא דאשמעינן דה"א כיון שאין מעידין שחתמו רק שזוכרין הלואה חיישינן דילמא העדים טועין וסוברין שזה חתימתן ולא ליהוי רק מלוה על פה קמ"ל דכל שזוכרין ההלואה וכו':

סימן לג

א **מיהו אם נפסק הדין וכו'** עש"ך סק"ט דאפי' לא נפסק הדין א"י להעיד דעביד אינש לאחזוקי דיבורא. ובתומים תמה דהא גבי שלא בפני בע"ד יכולין לחזור ולהגיד וכן בסי' מ"ד כשהעידו עם קרוב א"פ יכולין לחזור ולהגיד ולא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורא (") ולפעד"נ דלק"מ דבמקום דהגדתן לאו כלום הוא ואין עוברין שום איסור בהגדת שקר לא שייך לומר עביד אינש לאחזוקי דיבורא רק שבהעיטור שהביאו הש"ך מוכח דמיירי כשלא ידעו בשעה שהעידו שהן קרוב א"פ ואין להם התנצלות לו' ששיקרו מחמת שאין בעדותן ממש דהא לא ידעו מזה שפיר אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורא. וגם אפילו ידעו העדים בקורבתן רק שיודעין העדים שהב"ד אינן יודעין' מקורבתן ויסמכו עליהם ובשעה שהעידו העידו אדעתא דהכי שב"ד יסמכו עליהם מש"ה אמרינן דעבידי' לאחזוקי דיבורייהו דאי יודו ששיקרו יהיו נחשדין בעיני הבריות כמעידין עדות שקר שהרי אדעת' דעדות העידם:

ב **ויש מי שמכשיר.** עיין בט"ז דכתב במתנת שכ"מ במקצת דלכ"ע פסול כיון דנוגע הוא בשעת ראית העדות אמנם במהרי"ט ח"א סי' ק"ה כתב דיש להתיישב בדבר דנראה דאפי' במתנת שכ"מ במקצת נמי כשר דדמי' להא דמבואר בסי' ל"ז סעיף י"ח גבי בני העיר דנגנב ס"ת דמהני סילוק דבפסול ממון לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות וה"נ כיון שמת נמי הוא כנסתלק ע"ש ומביא ראיה מקרובי נרצחים דיכולין להעיד על הרוצח וממוכר דנאמן לומר לזה מכרתי ע"ש ובקצה"ח הסכים לזה ומחלק בין כשמעיד שקרובו מכר או נתן קרקע או חפץ הידוע דיכול להעיד על היורש שהוא רחוק נגדו אבל במעיד שקרובו לוה מעות אינו נאמן להעיד על יורשיו והטעם כיון דנכסי אינון ערבין ביה וכשאין יכול לגבות מלוה עצמו א"י לגבות מנכסים שהוא ערבין ביה ע"ש והנה בגוף הדין שכתב מהרי"ט והניח בצ"ע על הרי"ף נ"ל לפענ"ד דהעיקר כהט"ז דל"ד להנך דמייתי מהרי"ט ראיה דהא מבואר ברא"ש במכות גבי אלעי וטובי' דהא גבי פלוני רבעני לרצוני פלגינן דיבורא דכיון שהוא בע"ד לא שייך לומר גבי' עדות שבטלה מקצתה בטל' כולה אבל גבי אלעי וטובי' דעדות הוא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כול'. ולפי

זה נראה דבאם אמר פ' רבע קרובי ובשעת הגדת עדות מת קרובו או שמעיד דפ' רבע קרובי לאונסו אף דבשעת הגדת עדות הוא חייב ודאי פלגינן דיבורא כיון דבשעת הגדתו כבר קרובו מת ולא שייך ביה עדות שבטל' מקצתה בטל' כולה דכיון דכבר מת לא שייך עליו עדות ונתקיים על הרחוק כמו בכל פלגינן דיבורא ולא שייך לומר דכוון דבשעת ראיה ראה דפ' רבע קרובו שנתבטל הראיה על קרובו וא"כ נתבטל לגמרי דז"א דאטו אם ראה על ב' דברים מה שעשה קרובו ומה שעש' רחוק וכי יהיה הראיה נתבטל על הרחוק וראי' לזה מסי' נ"א סעיף ו' הכותב נכסיו לב' בני אדם וכו' וכ' בהג"ה דבעדות בע"פ כה"ג הוא קיים לרחוק אף דבשעת ראיה על קרוב ג"כ מ"מ לא נתבטל על הרחוק ודוקא אם נצרף בשעת ראית פסול תבטל העדות אבל בכה"ג לא. ולפ"ז ליכא ראיה מכל הראיות שהביא מהרי"ט מה שהביא ראיה מבני העיר שנגנב ס"ת דמהני סילוק לאו ראיה דשם עדותו על ב' דברים שאינו של המערער ושהוא של קרובו ולכך כיון שקרובו כבר נסתלק שאין בו שום תועלת לקרובו בשעת הגדה מקבלין עדותו מה שהעיד שאינו של המערער דעדות מה שהעיד שאינו של המערער היה כשר לזה שמעיד לו אף בשעת ראיה ועדות שבטל במקצת לא שייך לומר בזה דהא עדות שמעיד שהיה של קרוביו אין שם עדות כלל כיון דכבר נסתלק ובשעת ראיה לא שייך לומר דהראי' דבטלה במקצת כהנ"ל. ולפ"ז אמרינן שפיר דמהני סילוק כיון דפלגינן דיבורא ונאמן שאינו של המערער ובעדות זה סגי לבטל ראיות המערער כיון דאינו שלו וכן מה שהביא ראיה מקרובי נרצח ג"כ לאו ראיה מחמת טעם הנ"ל דעל הנרצח לא שייך שם עדות כיון דכבר מת ובעדות זה שרא' שרצח ישראל אף דלא ידעינן מי הוא הנרצח סגי ולכך אמרינן פלגינן דיבורא. וכן מה שהביא ראיה ממוכר דנאמן לומר לזה מכרתי ג"כ לאו ראיה דבמקחו בידו נאמן מחמת דהאמינו חז"ל מחמת אומדנא שלהם ובאין מקחו בידו דנאמן מדאורייתא בע"א והוא מחמת טעם הנ"ל דעל עצמו לא שייך שם עדות כמ"ש הרא"ש הנ"ל ולכך אמרינן פלגינן דיבורא. משא"כ הכא דמעיד שקרובו מכר ביתו ועכשיו מת בודאי דלא מהני עדותו אף שהוא יחזק ליורש דהא א"א להוציא מהיורש רק בעדות שהעיד שקרובו מכר דלא שייך לומר בכה"ג פלגינן דיבורא לומר שלקה ולא מקרובו דהא ידוע שהבית של קרובו וקנינו מאחר לא מהני. וא"כ ע"כ צריך לקבל עדותו שקרו בו מכר ועדותו זה בשעת ראיה היה בו תועלת למוכר אף דבשעת הגדה כבר מת ואין בו תועלת מ"מ הי' בשעת ראיה בפסלות ולא פליגי הרי"ף והרא"ש רק במתנת שכ"מ בכולה דג"כ בשעת ראיה לא היה בו תועלת משא"כ במתנת שכ"מ במקצת בשעת ראיה היה גם כן נוגע לו אף עכשיו דמת לא מהני. גם מ"ש בקצה"ח לדעת מהרי"ט לחלק בין מכר להלואה

דבעדים קרובין ללוה ורחוקים ליורשין פטורין מטעם דאם אין הלוה מחויב הערב נמי לא מחויב דנכסי אינון ערבין ביה לא נהירא דהא כשמת בלא"ה פקע שיעבוד הגוף. רק שבתומים סי' ס"ו כ' דכשיורשים נכסים משתעבדים הגופים וא"כ הרי הוא כמו שיעבור הגוף. ועוד דהא אם הערב מודה שהלוה חייב בודאי הערב נשתעבד וא"כ הוא הלוקח או המוכר. כמ"ש התומים בסי' מ"ט גבי ב' יוסף ב"ש שירש או שלקח שדה מיב"ש ע"ש וא"כ עדים דחוקים לבניו הרי ידוע לו ע"פ עדים דחייב והוי כאלו אתי אליהו דחייב לו וראיה לזה מתוספות כתובות דף צ"ב בד"ה דינא דכתבו דנ"מ אם עדי קיום קרובים ללוה ורחוקים ללוקח דמלוקח יכול לגבות ולכאורה קשה הא מלוה גופיה א"י לגבות וא"כ בטל השיעבוד הגוף א"כ בטל שיעבוד נכסים דנכסים אינון ערבין ביה אלא ודאי ע"כ הטעם כיון דאם הלוקח מודה שיודע דהשטר אינו מזויף יכול המלוה לגבות מלוקח א"כ כשבאים עדים ואומרים דאינו מזויף הוי כאלו אתי אליהו והוי כאלו מודי: [מהדו"ק בס' קצה"ח פסק דבשטר שלם זכר על סך מסוים והעד הי' קרוב ופסל אותו כיון דחוב אבוהון הוא הא הוי תחלתו בפסול ואפי' להמכשיר כיון דהוא בתורת חוב וכיון דהלו' פטור הנכסים שהן מטעם ערב גם כן פטורין ולפענ"ד נראה להיפך דאפי' למאן דפוסל במתנה במקצת כיון דא"י לחזור ממילא העדות שייך ג"כ להשכ"מ אם יעמוד מחליו. אבל בנ"ד בשטר שלם זכר שאין שייך להאב כלום דא"י לתובעו כל ימי חייו ואין הדבר נוגע' רק להיורשים אין העדות רק נגד היורשים וכיון שהוא רחוק להיורשים כשר. ומ"ש כיון דהלוה פטור לאו כלום הוא דהא אפי' ברחוקים מ"מ כיון שמת ודאי דנפטר מהחיוב דמת לאו בר חיוב הוא רק דהיורש כרע' דאבוה הוא והרי הוא הלוה ועיין בתומים סימן ס"ו ס"ק מ"ג ע"ש תדע דהא מחוייב לתבוע היורש תחלה קודם שגובה מהנכסים אלמא דהנכסים הן ערבות בעד היורשים ולא בעד המת. ודוקא בלוקח השטר חוב שייך שפיר לומר כיון דהלוה נפטר דהלוקח אינו קונה רק שיעבוד נכסים ושיעבוד הגוף נשאר אצל הלוח וכיון שהעדים קרובים להמלוה וליכא עדים על שיעבוד הגוף ממילא גם שיעבוד נכסים ליכא אבל במת והורישה דבלא"ה פקע שיעבוד הגוף של הלוה כיון שמת והיורש הוא בגוף וכיון דרחוקים הן לו כשר השטר למאן דמכשיר בצוואת ש"מ בלא קנין גם מה שדימה מתנת שכ"מ בקנין למ"ש הראב"ן והנ"י גבי פסול ממון דלא בעינן תחילתו בכשרות כיון דלמי שהוא מעיד לא היה קרוב בשעת ראיה וכו' נראה לחלק דשאני התם גבי בני עיר שיצא עירעור על שלהם. וכן בעובדא שהביא הב"י בשם המישרים שערערו על השדה שמכר קרובו שלא באחריות דשם העדות הוא שאינו של המערער ואם כן נהי דמקודם לא הי' יכול להעיד זה כיון דהי' נוגע לקרובו

מ"מ כשנסתלק הקרוב העדות זה שאינו של המערער לעולם כשר היה נגד זה אבל כל שעיקר העדות הוא שהקרוב נתחייב אף שעכשיו ירשו הרחוק מ"מ כיון שהרחוק מכח הקרוב נתחייב ועיקר העדות על חיוב הקרוב הוא בטל העדות דהא מה שראה הי' עדות להפסול משא"כ הראיי' במה שמעיד שאינו של המערער הוא רק נגד המערער ואינן בפסול כנ"ל ובתומים הקש' מקרובי נרצח שיכולין להעיד על הרוצח כיון שאין תועלת לרוצח ומ"ש מתנת ש"מ בכולה דא"י להעיד למאן דפוסל הא אין תועלת להשכ"מ כלל. נרא' לחלק דבנרצח כשמעידין הקרובים על הרוצח שהרג אין צריד להזכיר בעדותן שם הנרצח כלל וכשמעידין פלוני הרג ישראל סגי ולא חשיב עדות זה עדות על הנרצח כלל משא"כ במתנת ש"מ דצריכין להזכיר בעדותן שם השכ"מ שהוא נתן נכסיו שלא יהיו שלו בשעת מיתה ועשה בהן כרצונו שנתן למי שהיה רצונו ליתן הרי זה עדות על הש"מ ממש דהא מעידין על השכ"מ מה שעשה בנכסיו ובשעת ראיה פסולין היו כנ"ל:]

סימן לד

א **עבר עבירה שא"ב מלקות פסול מדרבנן.** ואין בכלל זה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דהא אין בו מלקות הוא משום חומר איסורו וגם אין בכלל זה לאו הניתק לעשה דהא איכא מלקות בביטלו ולא ביטלו. וגם אין בכלל זה עבירי' שיש בו חימוד ממון דבזה נפסל אף שא"ב מלקות דפסול מטעם רשע דחמס ע"ש. ושם ליכא מלקות אפילו בביטלו כמבואר במכות דממונא משלם ולא לקי וכ"כ המהרי"ק שורש קכ"ו. וכן מוכח בסי' זה בכמה דוכתי וכ"כ בתומים בהדיא אבל בלאו שא"א לו לעבור כ"א בהתראת ספק לא נפסל כיון דלא משכחת ביה מלקות כמבואר בב"י בא"ע סי' מ"ב ע"ש ואם ביטל מ"ע נ"ל מוכח מכמה דוכתי דלא נפסל לעדות עד שיעבור בקום ועשה או שהוא פורק עול לגמרי:

ב **אינו נאמן לומר שוגג.** (") עש"ך ס"ק ז' שכתב דזה קאי לסברא הראשונ'. ולכאור' אין הבנה לדברים הללו ונרא' לפרש דבריו דהנה יש לעיין בהא דנקט הרב בהג"ה דינו בעבר על השבוע' ולא נקט סתם בכל העבירות מי שבאו עדים שעבר עביר' אינו נאמן לומר שוגג. ועכצ"ל דבשאר עבירות הדבר פשוט דאינו נאמן לומר שוגג דרמיא עליו למידק בשעת מעשה אם אינו דבר איסור דבאיסור בדיל מיני' מחויב ליזהר משא"כ בשבוע' שנשבע על דבר היתר דלא בדיל מיניה ה"א דנאמן לומר שוגג קמ"ל דא"נ. ולזה מוכח הש"ך דמיירי בשביעה דלהבא דבשעת עביר' עסוק בדבר שהוחזק להיתר משא"כ בשבוע' דלשעבר דבשעת שבוע' ודאי דחייב ליזהר אם אינו עובר על השבוע' וכשאר

איסורין דמי. והא דנקט טענת אונס דוקא בשבוע' ולא בשאר עבירות דבשאר עבירות צריך דוקא אונס נפשות משא"כ לענין שבוע' דסגי אפילו בשאר אונסין כמבואר בי"ד סי' רל"ב דארבעה נדרים התירו חכמים נדרי אונסין ואפילו באונסין דשכיחי ולא שכיח כמבואר בי"ד בש"ך סי' רל"ב ולזה צריך לאשמעינן דלא מהני טענת אונס:

ג **או אונס** עש"ך סק"ח עד דהתם טען אנוס הייתי על השבוע' כו' הכוונ' דהתם מיירי דעדים היו בשעה שעבר על השבוע' והוא טוען שהי' אנוס בשבוע' והי' רשאי לעבור משום הכי אינו נאמן כיון שהי' עדים בשעת שבוע' ולא ראו האונס ועוד דהי' לו להתנצל ולומר בפני העדים שהי' אנוס בשבוע' מה שאין כן כאן דמיירי אפילו בסתם דמשמע אפילו בכגון שנשבע לפורעו לזמן פלוני והעדים היו עם המלו' ולא זזה ידם ויודעין שלא פרעו ולא ראו את הלוה ואפשר שהי' הלוה אנוס ואפ"ה אינו נאמן. ועל זה תמה הש"ך. ומה שתמה הש"ך על הרש"ל במה שפסק דיכול לטעון שכחתי מהא שכתב הרשב"א דא"י לטעון שכחתי וכן ממה שכתב הבעה"ת ומשוה פלוגתא בין הרשב"א להר"ן דלהר"ן היכא שאינו קרוב יכול לטעון שכחתי ולהרשב"א ובעה"ת לעולם אין לטעון שכחתי. ולפענ"ד נראה דבגוונא דנקט בעה"ת דמיירי שנישבע היפך האמת כגון שלוה ונשבע שלא לוה לכ"ע אינו יכול לטעון שכחתי דרמי' עליו למידק שלא ליישבע לשקר משא"כ בשבועת העדות ששבועתו הוא שאין יודע בעדות ואם שכח ונשבע שא"י שבועתו הואי באמת ולא רמיא עליו למידק כלל כיון שעכשיו שוכח הוא יכול לישבע באמת שא"י ולמה לו למידק אבל אם מעיד להיפך כגון שלוה ומעיד ונשבע שלא לוה דאך לשקר נשבע א"י לטעון שכחתי וכמו שבלו' גופי' כשנשבע שלא לוה נפסל אבל שבועה שא"י אנו פוסקין לכתחלה לישבע ואף באין עדים שלוה לא נפסל. וגם הרשב"א והר"ן נראה דלא פליגי באם היה העדות בזמן רחוק דודאי יכול לטעון שכחתי ובאמת נשבעתי שא"י רק דהרשב"א רצה לדמות מה שאנו פוסלין אותו לעדות למלקות כמו במלקות בעינן התראה תכ"ד. ואי לאו מצי למימר אישתלי כמבואר בכתובות דאמר ניתר' בהו מעיקר' אמר אישתלין נתרי בהו בשעת מעשה פרשי ולא מסהדי ובשעת מעשה היינו תכ"ד דהא כל התרא' צריך שיהא תוך כדי דיבור של העבירה ומשמע דמעיקר' היינו קודם כ"ד מצו למימר אישתלין ומדמה הרשב"א פסול לעדות למלקות דכל שאינו תכ"ד לא נפסל וסיים בצ"ע הרשב"א שהביא הר"ן. והרשב"א בתשובה והר"ן בפרק כל הנשבעין פסקו דכל שהוא בזמן קרוב א"י לו' שכחתי ואינו דומה להתראה של מלקות דמצי למימר אישתלין אחר כ"ד. ודברי הר"ן תמוהין לי שפי' הא דאמרו בכתובות בשעת מעשה היינו בזמן קרוב. וקשה הא כל התראה בעינן שיהיה הכ"ד של עבירה דוקא. ובענין מה שהקש'

התומים בהא שכ' הרשב"א דמי שנשבע לפרוע דאין מסדרין לו ומחויב למכור חלוק ומכנסיים ויתפלש באפר וא"כ אנו רואין שהגיע הזמן וכל מטלטלין ובגדים עליו ואיך שייך שהוא אנוס וכו' ע"ש. נ"ל דל"ק דאם נשבע כשהי' עשיר והעני מחמת אונס ודאי דפטור משבועתו דאונסא דלא אסיק אדעתי' הוא שיעני ויצטרך למכור החלוק ומכנסיים דנדרים מממון ילפינן כמבואר בש"ך בי"ד סי' רל"ב סכ"ג ובממון כה"ג הוי אונס וכ"ה בהדיא בי"ד שם סעיף ט"ז. ודוקא שלא נשתנה מבראשונה ע"י אונס דשכיח ולא שכיח מחויב להתפלש באפר כיון דלא אתני אבל בהעני מחמת אונס דלא אסיק אדעתיה ודאי דפטור משבועתו זאת ואינו חייב להתפלש באפר וא"כ ה"נ י"ל דהי' אנוס בכה"ג ושמא עשיר הי' בשעת שבועה והעני דאין אדם יודע מטמונותיו של חבירו כן נראה לי ברור

ד **נבילה או טריפה.** ע' סמ"ע ס"ק ט"ז עד לא עבר אלא אלאו דלפני עור וכו'. צ"ע נהי דעבירה דלית ביה מלקות הוא מ"מ נפסל מדרבנן כמבואר בסי' ע"ב:

ה **החולק עם הגנב** ובתומים תמה כיון דמחזיק ממון חבירו בידו לא גרע מכופר בפקדון דפסול לעדות והוי רשע דחמס. ובקצה"ח תי' כיון דגונב אחר גנב אינו משלם כפל ולכך אפילו לדידן דקיי"ל דאם גזל ולא נתייאשו יבא אחר ואכלו רמ"ג ורמ"ג דוקא באכלו ומטעם מזיק אבל גזלן לא הוי כיון דאינו ברשותו דמרי' לא הוי גזלן דבעליו. תדע דהא בגזל והוקרו ותברה משלם כשעת היוקר ואם איתבר ממילא אינו משלם רק כשעת הגזילה אע"ג דאגבי' בשעת היוקר אלא ודאי דאחר שיצא מרשות בעלים לא הוי גזלן עכ"ל בקיצור: והנה אע"ג דנודה לדבריו בהגבהת שני לא נעשה שני גזלן מ"מ אם הב' עשה שינוי ודאי דהוי גזלן כיון שע"י שינוי הוציא מרשות בעליו והוי גזילה חדשה כמ"ש רש"י ב"ק דף ס"ח בד"ה תברא וההיא שעתא דמרא הוא ע"ש. ועוד ראיה לזה מתמור' דף ד' גבי הא דאמר רבא מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וקאמר התם בשינוי קונה פליגי. ונראה דשם לא מיירי בשינוי דלא הדר דהא קיי"ל הא דרבא וקי"ל שינוי נמי קונה בשינוי דלא הדר אלא ודאי דמיירי בשינוי דהדר וה"ה בשינוי דאינו חוזר אפילו ממילא קונה רק לר"א כתבו תוס' ב"ק דס"ח ד"ה טביח' דשינוי אינו קונה רק בשינוי בידים אבל אנן קיי"ל דקונה אפילו ממילא. ולפ"ז י"ל דבשינוי החוזר דלמאן דס"ל דלא קנה וקיי"ל כוותיה אפי' בשינוי בידים כמבואר בח"מ סי' שס"א. ולפ"ז י"ל דאביי ס"ל דשינוי קונה דאינו קונה רק בשינוי ידים כמו דס"ל לר"א אפילו בשינוי דלא הדר דמה"ת נשוי פלוגתא רחוקה ולומר דקנה אפילו בשינוי ממיל'. ולפ"ז לרבא דס"ל דאי עביד לא מהני אפילו בידים לא קנה ולכך אנן דקי"ל כרבא דאי עביד לא מהני ולכך בשינוי החוזר אפי' בשינוי בידים נמי לא קנה ומטעם כל מילת' דאמר רחמנא לא תעביד

והיינו שעובר בשעה דמשנה ג"כ על לאו דלא תגזול דהוי מילה מחדש כמ"ש רש"י הנ"ל דא"ל דהא דאמר בש"ס הטעם בשינוי דהוא משום דאמר רחמנא לא תעביד על גוף המילה אמרינן ומשום דהוי כאלו לא גזלה והוי כאילו נשתנה בבית הנגזל א"כ קשה אף שינוי דאינו חוזרות נמי לא יקנה וכן שאר קנינים למה יקנה כגון יאוש ושינוי השם או יאוש ושינוי החוזר אע"כ דקנין של המילה כיון שהוא רק לחייב הגזלן ובע"כ רחמנא הקנה ליה ואפילו אינו מכוין ואינו רוצה לקנות לא שייך לומר דלא מהני דהא בע"כ אקני רחמנ' ול"ש דלא מהני וקושית הגמרא הוא משינוי החוזר דלא קנה רק כשעשה בידים ולזה קאמר הש"ס דלא מהני משום דאמר רחמנא ל"ת אבל בשינוי דאינו חוזר מודה רבא דקונה דל"ש לומר מילתא דאמר רחמנא ל"ת כיון דממילא נמי קונה כמ"ש התוס' בתמורה דף ד' בד"ה רבא אמר גבי הצורם אוזן בכור ע"ש ול"ק הילכתא אהילכתא ועוד נראה דאם הב' גזלה ע"מ להשתמש בו דנעשה שואל שלא מדעת והוי גזלן של בעלים דדוקא כשלא שימש רק דעיכבו בידו דלא הוסיף על גזילה של ראשון ושייך לומר דלא הוי גזלן של בעלים דאינו נעשה קנין במה דעיכבו בידו אבל אם שימש דהוסיף על הנזילה של ראשון ודאי דהוי גזלן. וראיה לזה מדברי התוס' כתובות דף ל' בד"ה אי דלא מצי לאהדורי דכתבו דכשתחב לו מרצונו מיד כשמשים בפיו ולא אהדר' קנה מיד להתחייב באונסין ע"ש. ולכאורה מוכח מדברי תוס' דהב' נעשה גזלן בקנין גזילה. אך דאפשר לומר מחמת שמחזיק בפיו ונהנה ממנו הוי כמשתמש עכ"פ מוכח דאם שימש נעשה גזלן מחדש וקונה אפילו להתחייב באונסין. ומכל מקום נראה עיקר כהתומים דדוקא אם החזיר או שהודה ורוצה להחזיר כשר לעדות אבל כשכבר פסול לעדות כיון דעושה משום חימוד ממון ובחימוד ממון אפילו באין בו מלקות פסול לעדות: ובתומים תמה דהא הוי כמו כופר בפקדון דפסול לעדות דהא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רמ"ג ורמ"ג ובס' קצה"ח תירץ דהא דבא אחר ואכלו דחייב מטעם מזיק הוא ולפענ"ד נראה דאפי' לא אכלו רק עשה בו שינוי שקנא' ע"י הגזילה חייב מטעם גזלן ולא מטעם מזיק דמעיקרא בגזילה הראשונ' כשגזל' הגזלן הראשון עדיין הגזילה של נגזל הוא ולא יצא רק מרשותו של נגזל דהא גזל ולא נתייאשו שניהם א"י להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ואח"כ כשעשה שינוי הרי עשה גזילה חדשה שהוציאו משל הבעלים לגמרי שמעיקרא היה עדיין של הבעלים רק שאינו ברשותו נקרא אבל שלו נקר' וכשעשה שינוי מעשה ג"כ אינו שלו ואין לך גזלן יותר מזה ולזה אם עשה שינוי והוקר אח"כ ואכלו חייב לשלם כשעת שינוי דהא קנאו בשעת שינוי כמבואר בב"מ דף מ"ג וכן אפילו אם אמר עשה שינוי אף שנקנ' להגזלן מ"מ הוי כאכלו דמה לי

אכלו או הקנהו לאחו וראי' לזה דבתמור' דף ד' גבי כל מילתא דאמר רחמנ' לא תעביד אי עביד להו לא מהני וקאמר דבשינוי קונ' פליגי אלמא דבשע' שמשנ' הגזילה עובר על לא תגזול וכן אם בא אחר ושיב' ונאנס אח"כ ג"כ חייב על האונס שאחר השינוי דכבר מיקלי קלי' בשעה ששינהו שנעשה ע"י זה קנין בידו ושוב אינו של בעלי' ולזה אם חלק עם הגנב ושינהו או אכלו ודאי דפסול שעבר על לאו דלא תגזול כדמוכח בתמור' שם וכן אם נשתמש בו הוי שואל שלא מדעת דהוי גזלן דהא הוי עדיין של הבעלים וכשמשתמש בשל בעלים שלא מדעת דמי אבל אם לא נשתמש בה אף שנתכוין לזכות בו לעצמו מ"מ כיון דלא הוסיף גזילה בהקנין ההגבה' שעשה לשם גזילה על הגזילה הראשונה דתיכף בגזילה הראשונה נקר' של בעלים ואינו ברשותו של בעלים וגם בגזילה השני כך הוא ולא הוסיף מידי לא עבר אלא תגזול דהגזיל' קנין בעי כדמוכח בש"ס ובהגבהה זו שעש' החולק לא נעש' שום קנין נוסף על הגבהה שעש' הגזלן הראשון. ובכה"ג מיירי בש"ע דנקט החולק עם הגנב. ואף דמ"מ עבר דהא מחוייב להשיב אבידה לבעלי' כמבואר סי' שנ"ט מ"מ אינו אלא כעובר על מ"ע דלא נפסל כמ"ש בסק"א ע"ש:

1 **שאפשר שכתבוהו ואחרנוהו.** עש"ך סקי"ב שפסק כדעת הרז"ה דבעדות שבשטר לא מהני הזמה לענוש הגוף או ממון אבל מ"מ העדים נפסלין והשטר בטל (ויש ט"ס בש"ך וכצ"ל דבשטר לא מחייבינן לעדים זוממין רק לפסול הגוף ולא ממון וע' ב"ק וכו') וע' תומים שהוכיח כהרז"ה מהא דגיטין וקידושין לא בעינן זמן מדאורייתא משום דרישה וחקיר' אלמא דבשטר לא שייך הזמה כלל. והוכיח מדברי הרז"ה שפסק דהעדים יכולין להיות קרובים להדיינים דלא שייך בשטר הזמה אלמא דלא שייך שום הזמה בשטר ע"ש שהאריך. ולפמ"ש לעיל בסי' כ"ה בהא דפסק הרמב"ם דעדות שבשטר הוא מדרבנן והקשו גם כן מגיטין וכתבתי ליישב שם באורך וכאן אקצר דבגט עדי חתימה אין מעידין על גוף הגירושין דהא הן מוסרין הגט לבעל והבעל מוסרו לה שלא בפניהם רק העדות הוא שהבעל עשאן שלוחין לכתוב הגט ונכתב בשליחותו ועל המסירה אנן סהדי דמידי הבעל בא ליד' כמבואר בפוסקים ועל העדות שהבעל עשאן שלוחים לא בעינן הגדה בפני ב"ד כלל רק שנים בעינן ואפי' עדים מפי עדים כשר דהא אומר אמרו כשר וע"ש שהארכתי בבירור הדברים דכל שאינן מעידין על גמר הדבר של גירושין לא בעינן הגדה בב"ד כלל וכיון דמפי עדים כשר מפי כתבם ג"כ כשר דקרא דאם לא יגיד דמשמע בפה בב"ד כתיב וכיון דעדות זו לא בעי הגדה לפני ב"ד ע"כ לא בעי בעדות זה עדות שאתה יכול להזימה דהזמה אינו רק אחר גמר ב"ד ובדיעבד אם הוזמו ודאי נפסלין העדים אף שאין עושין בהן דין הזמה דהא באומר אמרו לא הגידו בפני ב"ד ואפילו הגידו בפני

ב"ד לא הגידו עדיין על גמר הדבר של הגירושין מ"מ נפסלין דרחמנא חידש' בהזמה כשאומרין הזמה על גופן של עדים שיהיה האחרונים נאמנין וכאלו באו להעיד על גופן של עדים שהן גזלנין תדע דהא אפילו באיסורין אם הוזמו המזימין נאמנין וכיון שהמזימין נאמנין ממילא הראשונים שהתירו איסור בשקר נפסלין כמו טבח שהוציא טריפ' מת"י וזה טעם הש"ך שפסק דהעדים נפסלין ואין עושין בהן דין הזמה. דבשטר ממון ג"כ העדי חתימה אין מעידין רק שעשאן שלוחים דהא כותבין שטר ללוה ולנותן ובממון ג"כ אומר אמרו כשר לר"י כמבואר לקמן בסי' רמ"ד אלמא לעשותן שלוחים לא בעי הגדה בפני ב"ד ולזה לא בעי עדות שאי"ל. ואם הוזמו המזימין נאמנין והראשונים נפסלין. וכן אפי' מעידין בגמ"ד בשטר כגון למאן דלא ס"ל דמדרבנן עדיו בחותמיו זכין לו דאז אין חותמין רק כשראו המסירה ומעידין על גמר הדבר מ"מ אפשר דלא חייבי' רחמנ' ולענוש דין הזמ' רק במגידין בפה והעדים ודאי דנפסלין כשהוזמו דהמזימין תמיד נאמנים:

ז **אם יש שם עדים וכו'** עסמ"ע סק"ב והן דברים תמוהין דמה בכך שלא ראו הזמן והמקום בתוך השטר מ"מ כיון דמיירי ע"כ שיודעין בסי' מובהק השטר והרי הן עכשיו רואין השטר והזמן והמקום הכתוב בו ונראה לפרש דבריו דכונתו מחמת שלא ראו אז בהשטר הזמן והמקום הכתוב בו לא שמו על לבם המקום שראו שחתמו השטר ואין זוכרין המקום רק היום שחתמו דאם היו רואין בשטר המקום וכיון דבודאי לא היה במקום הכתוב בשטר דהא משמע במחבר שמעידין היום שחתמו והוא היום הכתוב בשטר דהא בסיפא כתב המחבר או עדים שראו השטר וכו' משמע דברישא כשראו שחתמו מיירי שהוא ביום הכתוב בשטר וכיון דבשטר כתוב בניסן ובירושלים ועידי הזמה מעידין שהיה בניסן בלוד ואם היו העדים שראו שחותמין רואין בתוך השטר שכתוב בירושלים ובאמת היה בלוד היה רואין תיכף שכותבין שקר והיו שמין על לב להעיד שהיו בלוד כשחתמו והיו הן ג"כ עדי הזמה מש"ה כ' הסמ"ע דמיירי שלא ראו אז בתוך השטר ולא שמו על לבם המקום שחתמו בו ואינן זוכרין להעיד באיזה מקום היה החתימ' רק באיזה יום ומש"ה לא הוי הן עדי הזמה כנ"ל בכונת הסמ"ע:

ח **והם שיקרו**. עיין במה שכתבתי רס"ל בזה:

ט **וי"א דבאבק ריבית אינו נפסל אלא המלוה**. ועיין בב"י דלדיעה זו אף בר"ק אינו נפסל המלוה רק מדרבנן דהא במשנ' לא חשיב רק פסולי דרבנן וחשוב המלוה והלוה כמבואר שם. וע"כ דמיירי בר"ק אלמא דאף המלוה פסול רק מדרבנן וכן סתם התומים בהדיא:

י **ונוטל שכר לילך ולראות וכו'**. עיין ש"ך ס"ק י"ח שכתב ועיין באה"ע סי' ק"ל סק"א וכו'. ורומז דשם פסק דעידי הגט לא יטלו יותר משכר בטילה והרמ"א התיר שם

מטעמים אחרים. ולפעד"נ ליישב דהנה הא דמותר ליקח שכר לילך ולראות ושיהיה עד נרא' דאינו פותר רק בנוטל שכר משני הבעלי דינים בשוה דמיניה מיירי כל הסעיף וכמ"ש הגט פשוט באה"ע סי' ק"ך דבנוטל מצד א' אחר שראו המעשה שיעיד אפילו פי' שנותן לו השכר בין שיעיד לו לזכות בין לחוב מ"מ והא תלוי בפלוגתא שהביא המחבר בסי' ק"מ סעיף ט' דלמאן דפוסל התם משום ההנאה שמחזיר לו שלא יפסיד מכ"ש שפסול מטעם דמיחשיב נוגע שמקבל שכר מחדש ואין צריך לטעם קנס וגם כל שהוא פסול מטעם נוגע אפילו החזיר השכר אחר שהעיד פסול כמבואר בסי' ל"ג סעיף י"ב בהג"ה משא"כ כשאינו פסול רק מטעם קנס מהני כשהחזיר השכר אפילו לא העיד מחדש כמבואר כאן. ועוד נראה דאפילו למאן דמכשיר בסי' ק"מ פוסל הכא מטעם נוגע דשם מחויב המשכיר להחזיר אף אם לא יעידו וכמ"ש בתומים סי' קכ"א סקי"א ע"ש משא"כ הכא. ומה שהקש' הכ"פ דהא מ"מ הוי נוגע דאימא א"י להעיד כלל וכשיאמר שא"י יצטרך להחזיר השכר ומוכרח להעיד פטור או חוב לאחד כפי שנראה בעינו נראה דלא קשה כיון ששני הבע"ד מודים שהעד היה אצל המעש' לא חיישינן בשכחה בזמן קרוב שאינו ראוי לשכחה כמ"ש הש"ך בס"ק ח' ע"ש וא"כ בסופו כשנוטל שכר לילך ולראות להיות עד הוי נוגע כשמעיד אחר כך כשנוטל מצד אחר דהא נטל ממנו שכר ונהנה ממנו שיהיה עד. וכן כשנוטל מב' צדדים והוא אחר זמן רחוק פסול דכיון שנטל שכר שיהיה עד לבסוף ודאי דאם ישכח אח"כ העדות יצטרך להחזיר השכר דשכחה הוי כפושע ואפילו דמי לאונס גניבה שוכר חייב אפילו בדברים שאין דין שומרים נוהג מ"מ מפסיד שכירתו ולא משכחת לה שיהיה כשר להעיד אחר זמן רב רק כשקיבל שכר משניהם ולבסוף נותנים לו השכר במתנה אפילו אם שכח משא"כ בשקיבל מצד א' אף אם נותן לו במתנה השכר קודם שיעיד נפסל מטעם הנאה כמבואר בסי' קכ"א סעיף ט' ולזה בסי' ק"נ באה"ע הוכרח ליתן טעמים אחרים אפי' אם נותן להם שכר שיהיה ע"מ כשתרצה להנשא אחר שקורעין הגט כמנהג ובפרט להרמב"ם דס"ל דאפילו עידי חתימה צריכין שיהיו זוכרין הענין בשע' שמעידין והוו נוגעין מש"ה הוצרך ליתן טעמים אחרים שאין זה רק שכר טרחו ואשה ששולחת אחר גט והשליח אומר בפ"נ ובפ"נ אפילו נוטל שכר מרובה מתיר הג"פ שם כמו שמתירין הנשים הפסולין להביא גט כמבואר בספ"ב דגיטין משום שהכתב מוכיח אבל להעיד במיתת בעל באמת אסור כשנוטל שכר מרובה יותר מכדי טרחו ואף דמהריב"ל מסופק הוא מטעם דס"ל דנוגע אין פסול מטעם דנחשד לשקר אבל באמת קי"ל דנוגע הוי חשוד לשקר כמ"ש בסי' ל"ז ע"ש:

יא **לסיבת יסורין** ומיירי שהעידו אחרים אחר עדותן שהעידו כן מחמת אונס ומועיל עדותן להיות כדין תרי ותרי שלא להוציא ממון אבל הן עצמן אינן נאמנין כמבואר בסי' מ"ו ובתומי' הקשה בכאן ע"ש ולא ידענא מה קשיא ליה:

יב **אלך ואמסור** עסמ"ע ס"ק מ"ט אף דמבואר בסי' שפ"ח דאומר אילך ואמסור הוי מסור ע"ש. מ"מ הא כתב הש"ך שם בסקי"ד דדוקא כשניכר שיעשה כן מש"ה בעינן הכא שיהיה שונאו ושיאמר בפני רבים שניכר שיעשה כן:

יג **מומר שחזר בו.** עסמ"ע סקנ"ד ועש"ך ס"ק ק"א עד שודאי יעשה תשובה שלימה וכו'. ואף דבסי' ל"א מבואר דבעינן שיקבל עליו לאסור דברים המותרים עבירה דחימוד ממון שאני:

יד **קודם שהכריזו.** עש"ך סקכ"ג עד לא משכחת לה להאי דינא ועיין בתומים דהא משכחת לה שחתמו עצמם על שטר בי"ט שני או על שטר שיש בו רבית וכו' ע"ש. נראה מפירושו שפי' לאותה עדות דהיינו דבאותו עדות שמעיד עליו נעשה באותו הדבר פסול עליו כמו לדידי אוזיף ברבית דנעשה פסול באותו עדות שהעיד עליו בשעת מעשה וכן כשחתמו בשטר ביום שני אמנם אין טעם בדבר לחלק דהא גם בזה יש פסידא דלקוחות כגון בחתמו בשטר בי"ט שני. (") דהשטר כשר בסתם כמו בכתב זמנו בשבת ושמא ימכור השט"ח בחזקת כשר ואח"כ יבואו עדים שחתמו באמת בי"ט שני דנפסל ואיכא פסידא לכן פי' הש"ך דבאותו עדות שפוסל בו א"ע כגון לדידי אוזיף ברבית שפוסל א"ע בשעת הגדה לאותו עדות שמעיד בע"פ פסול בלא הכרזה דלאותו עדות ממש שפוסל א"ע ליכא שום חשד פסידא ובזה שפיר מקשה הש"ך. אמנם לפי מה שחילק הרשב"א בין אומר זניתי עם אשתך (") דלא פ"ד ובין אומר אשתך זינתה עמי דפלגינן דיבורו וכאלו אומר רק אשתך זינתה ולא עמי א"כ ה"נ משכחת לה כשאומר אני לויתי ממנו ברבית דלא פלגינן דיבורא להרשב"א וגם משכחת לה כשנטל שכר להעיד אך דשם בלא"ה לא בעי הכרזה כמ"ש בסעיף י"ח:

טו **מוקמינן גברא אחזקתו.** בס' קצה"ח תמה דמ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר דהטהרות טמאין למפרע מטעם דאיכא תרתי לריעותא דהעמיד טמא על חזקתו והרי חסר לפניך וה"נ איכא חזקת ממון והרי פסול לפניך וכו' ע"ש. ולפענ"ד דנראה דלא קשה דשאני התם בטהרות דשני החזקות חזקות המבררות הן ומצטרפין לברר שנחסר מקודם משא"כ חזקת ממון דלאו חזק' המבררות הוא רק שאין יכולין להוציא מיד המוחזק בלא ראיה מטעם סברא או מקרא כמבואר בב"ק ריש פרק שור שנגח. ועי' בקונטרס התפיסות שבס"ס קצה"ח שכת' ג"כ בהדיא כן. ולזה לא חזי אותן השני חזקות לאיצטרופי:

טז **ראוהו קושר**. עסמ"ע ס"ק נ"ו ומשמע מדבריו דאפי' באיסור דאורייתא שיש בו מלקות בעינן ג"כ שידע ג"כ שנפסל ע"י ע"ש. ולפענ"ד נראה דבזה ודאי פסול דהא רשע נקרא והתורה אמרה אל תשת רשע עד ולא חילקה רחמנא ועוד דחשוד על עדות שקר ובמידי דאינו נפסל רק מדרבנן שייך חילוק זה דהם אמרו והם אמרו:

יז **שהלוה לו ברבית**. עש"ך סקכ"ח שתמה על הריב"ש (") דהא בשותפין סילוק דוקא בעינן וכו' (ויש ט"ס בריש דבריו ויצא ואמר הלוה לי ברבית נ"ל אפי' ותיבת ולא שקיל מידי ט"ס) ותמיה לי דבשותפין ודאי נוגע הוא דהא כל מה שיוציא מהשותף יצטרך לחלוק עמו ולהכי בעינן סילוק משא"כ הכא כיון שידוע לכל אדם דלגבי נפשיה לאו עד הוא ואין עדותו מועיל רק נגד חבירו לפוסלו לאו נוגע הוא:

יח **שבא על אשתו**. עסמ"ע סקס"ד עד זניתי עם אשתך דלא פלגינן דיבורא וכו' והעיקר כהתומים דהרשב"א לא כתב שם רק בד"נ דא"י לפלוג דיבורי' ולומר שהיה לאנסו מטעם שכתב שם דאין קישוי אלא לדעת ואונס ע"י גוים א"א דהא ג"ע הוא ויהרג ואל יעבור. וגם בשוגג א"א לומר דהא ע"כ היה התראה ושוב לא היה שוגג משא"כ כשמעידין רק לפוסלו לעדות או לאוסרה על בעלה אמרינן אפי' באומר זניתי עם אשתך פלגינן דבורי' ואמרינן שבא עליה שוגג והיא מזידה כגון שלא ידע שהיא אשת איש. וכן להיפך כשאומר אשתי זינתה עם פלוני יכולין לומר שהיא שוגגת והי' סבורה שהיא בעלה והוא מזיד:

יט **שרבע שורו**. גם בכאן העיקר כהתומים דאפי' הראב"ד שהביא הרא"ש פ"ק דמכות דכיון דהוי קרוב לגבי שור נתבטל עדותו אף לגבי הרובע ע"ש מ"מ זה שייך בזמן הבית שהעדות הוא גם נגד השור לסוקלו משא"כ בזמן הזה דאין בו שום שייכות עדות על השור דא"צ סקילה וגם הוא מותר באכילה לא שייך לומר עדות שביטלה מקצתו דהא אין כאן שום עדות על השור:

סימן לו

א **באתם כדי להעיד**. עש"ך סכ"ג שכתב דאם כולם לא נתכוונו להעיד אף עדות הכשרים נתבטל דמאי אילמי הני מהני ע"ש. ולכאורה הוא תמוה דא"כ במשנה מכות ו' דאמר רבי אימתי בזמן שהתרו בהן אבל לא התרו בהן וכו' ולדבריו משכחת לה שיתבטל העדות אפי' לא התרו בו הפסולין כגון שלא התרו ג"כ הכשרים דהא התרא' אפי' מפי עצמו מהני ולדברי הש"ך כך הי' לו לומר אבל לא התרו בהן הפסולים והתרו בהן הכשרים. וכן המחבר שכתב בד"א בזמן שנתכוונו כו' ולפ"ד הש"ך כך הי' לו לכתוב בד"א בזמן שנתכוונו כולם או לא נתכוונו כולם אבל אם נתכוונו הכשרים ולא נתכוונו הפסולים

כו'. ועוד מעשים בכל יום שמקבלין עדות אף שאומרים שראו ההלוא' ולא נתכוונו להעיד אף שאומרים שהי' במעמד כל בני הבית ולא ראיתי מעולם לבטל מחמת זה. ולכן נרא' דאם לא העידו הפסולים בב"ד רק הכשרים העידו דלא נתבטל עדות הכשרים אפי' ראו כאחד ולא נתכוונו כולם רק כשהעידו הכשרים והפסולים בב"ד וגם ראו ביחד ולא נתכוונו כולם בהא פוסל הש"ך אף עדות הכשרים. והטעם נראה דבסנהדרין דף ט' כתבו התוס' בד"ה בזמן שהתרו דדעת רשב"ם דתיכף כשרואה ונתכוין להעיד מיקרי עד הן לענין קא"פ לבטל עדות הכשרים והן לענין אין עד נעשה דיין ודעת ר"י דלא נקרא עד כלל בשעת דאי אפי' כוין להעיד הן לענין קא"פ דלא מבטל עדות הכשרים בשעת ראי' והן לענין שיכול להיות דיין כ"ז שלא העיד דלא נקרא עד רק כשמעיד ע"ש ודעת המחבר לענין קא"פ כדעת רשב"ם דבראית עד כשנתכוין להעיד מיקרי עד ומבטל עדות הכשרים דכיון דנקראו עדות בשעת ראיה הו"ל עדות שביטלו מקצתן ביטלו כולן ולזה שפיר כ' הש"ך דמדעת ר"י נלמד לדעת רשב"ם דכמו שלדעת ר"י דס"ל דלא נקרא על שניהם שם עדות כלל בשעת ראי' אפי' נתכוונו להעיר דלא אזלינן בתר המחשב' כמ"ש הריטב"א ומ"מ ס"ל דאם העידו אח"כ הכשרים והפסולים אמרי' כיון שנתבטל עדות הפסולים בטל כל הצירוף אף שבהתחלת הצירוף לא הי' נקרא על שניהם שם עדות מ"מ אמרינן איגלאי מילתא למפרע דצירוף א' הוא א"כ ה"נ לדעת ושב"ם אם לא נתכוונו כולם להעיד ומעידים שניהן בב"ד דג"כ בהתחלת הצירוף לא נקרא על שניהם שם עדות ואח"כ כשמעידים נקרא על שניהם שם עדות ונתבטל מקצת מהצירוף נתבטל הכל דהא לא נתכוונו להעיד להרשב"ם הוי כמו נתכוונו להעיד להר"י לא נקרא שם עדות עליהם בשעת ראי' ומ"מ נתבטל עדות הכשרים וה"נ להרשב"ם אבל כשמעידין הכשרים והפסולין לא העידו כלל דאז נקרא על הכשרים שם עדות בשעה שמעידים ועל הפסולין לא נקרא שם עדים כלל דהא לא העידו כלל ל"ש כלל לומר עדות שבטיל' מקצתה בטלה כולה דהא אין על הפסולים שם עדות כלל אבל אם הכשרים נתכוונו להעיד אינו חשיב צירוף כלל דאינן שוים בשעת צירופם דהא לדעת ר"י אפי' נתכוונו להעיד לא מיקרי עד כלל בשעת ראי' ואפ"ה כשהבשר נתכוין והפסול לא נתכוין הצירוף לא נתבטל אפי' מעידים אח"כ בתוך כ"ד לא נתבטל עדות הבשר דהא לא חילקו כלל בקא"פ לענין ביטול עדות בין תכ"ד או לא וע"כ הטעם טשום דלא חשיב צירוף כלל כשהכשרים נתכוונו והפסולים לא נתכוונו כיון שאינם שוין בצירופן כלל. אמנם נרא' דאף להסמ"ע דחולק אהש"ך וס"ל דאם כולם לא נתכוונו להעיד לא נתבטל עדות הכשרים מחמת צירוף הפסולים מ"מ נרא' דאם העידו אח"כ בתכ"ד ואמרו בשעת עדות שראו זא"ז אף הסמ"ע

מודה דנתבטל עדים הכשרים דראיה לזה מהוזמו מקצתן דנתבטלו כולן ובעדים זוממין לא קאמר דשואלין אותם אם למיחזי אם לאסהודי אף דבעדים זוממין בעינן ג"כ שיאמרו כל העדים שנצטרפו בראיה כדקתני התם במכות דף ו' ע"ב דאם אין מקצתן רואים אלו את אלו דהן שתי עדיות ומ"מ אין שואלין אותן אם למיחזי אתו וע"כ הטעם כיון דבעדים זוממין בעינן שיעידו תכ"ד ונצטרפו בהגדה נתבטל כל העדות והדברים ק"ו ומה בעדים זוממין דבאמת לא נצטרפו בראיה כמ"ש התוס' ואפ"ה אם נצטרפו בהגדה תכ"ד נתבטל כל העדות ממש בקא"פ דנצטרפו גם כן בראיה דנתבטל כל הערות אפילו לא נתכוונו להעיד בשעת ראיה. אמנם יש לחלק דדוקא בקא"פ שיודע שאינו בר עדות והסברא נותן שלא בא לאסהודי רק למחזי מש"ה שיילינן להו משא"כ בזוממין שכולן כשרין לא שיילנן דמסתמא לאסהודי אתו תדע דהא לא שיילינן להו מחשש דאימר הכשרים יאמרו שכיונו להעיד והמזימין יאמרו שלא נתכוונו להעיד ואז לא יתבטל העדות של האינן ניזומין דלא גרעי מקא"פ כמ"ש התוס' כמה פעמים דהזמה לקא"פ דמי אלא ודאי דבכשרים תלינן מסתמא שכוונו כולם להעיד מ"מ מסברא נראה דבלא נתכונן כולם להעיד והעידו תכ"ד כיון שהיו שוין בהתחלת הצירוף בשעת ראיה וגם נצטרפו בהגדה תכ"ד דלא גריע' מעדים שהוזמו מקצתן דלא היה שום הצטרפות כמ"ש התוס' ואפ"ה נתבטל כל העדות ומש"ה במשנה וכן במחבר דלא מיירי רק בהצטרפות ראיה בלא הגדה כלל מש"ה נקט במשנה אבל לא התרו בהן וכו' דכיון שלא התרו בהן הפסולים אפי' גם הכשרים לא התרו בהן ולא נתבטל עדות הכשרים כיון שלא העידו הפסולי' בב"ד וכן המחבר מיירי בלא העידו הפסולים עדיין מש"ה לא נקט רק כשלא נתכוונו הפסולים שוב לא נתבטל העדות של הכשרים אצל כשהעידו גם הפסולין דעת הש"ך כשלא נתכוונו כולם דכל העדות בטל. ומ"מ נראה העיקר כהסמ"ע דלא נתבטל עדות הכשרים בלא נתכוונו כולם רק כשהעידו תכ"ד. והנה אם בשעת ראי' כשר הי' ואח"כ בשעת הגדה נפסל מחמת קורבות אישות או שאר פסול בודאי דג"כ בטל כל העדות. כמו שהוכיח בתופים ואחריו הקצה"ח מהא דמקש' תוס' גבי אחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דנתבטל העדות מטעם דהוי כנמצא קא"פ אף שבשעת ראי' עדיין לא נפסל , וכן מוכח בפוסקים בכמה דוכתי. אך מ"ש בקצה"ח דבהיה כשר מתחלתו בעינן צירוף בשעת הגדת לא נ"ל כן ונראה דאפילו לא העידו כלל נפסל להרמב"ם ולהרא"ש כשהעידו אפילו אחר כ"ד דכן היתה גזירת הכתוב כל שנצטרפו העדים בשעת ראיה ונתבטל מקצתן מחמת פסול שנתבטל כל הקישור והצירוף מחמת עדות שבטל' מקצתה דהא התו' בב"ב שם גבי א' אומר מנה וא' אומר מאתים לא חילקו בין הגידו בב"א

רק בתירוץ א' כתבו וזיל א"נ לא אמרי' נמצא קרוב או פסול רק כשהעידו בב"א וכן משמע דלא אמרי' בשום מקום בקא"פ עדותן בטיל' רק כשהעידו בב"א אבל לשיטת תוס' דבכ"מ בקא"פ בעי' בב"א צריכין לתירוצים האחרים שכתבו שם ואין חילוק בין זה לשאר דוכתי ולכל התירוצים שם משמע דאפילו בכה"ג פסול וכן בחקירות כשאמר א' א"י שכתבו התו' דפסול דהוי כנמצא א' קא"פ אף דלא הוי רק בשעת הגדה אך משם אין ראיה דמיירי בהעידו בבת אחת. אמנם להרי"ף בסעיף ב' דבעינן שידע הכשר בפסול הפסול ודאי דכשר בכה"ג כנ"ל:

ב **להעיד באתי.** עש"ך סק"ד שתמה על הסמ"ע שהביא הדין דהתרו בו בשם תשובת הרשב"א והוא משנ' מפורש'. ונראה ליישב דהנה אף לדיעה הראשונה דלא בעינן העיד מ"מ בא לב"ד בעינן וכ"ז שלא בא לב"ד תלינן מסתמ' דלמחזי אתי כמ"ש הש"ך בסק"ח ולזה הביא דאם התרו בו בשע' מעשה או כיוצא בזה שעש' גילוי דעת בשעת מעשה דרוצין לאסהודי אפי' שלא באו לב"ד עדותן בטל:

ג **מפריישין אותו.** עש"ך סק"ה עד לאו כל כמיניהו וכו' ולא הי' צריך לוה דהא אפי' היו הפסולים נאמנים מ"מ הא הכשרים נאמנים שלא ראו את הפסולין ממילא לא נצטרפו כשלא ראו זא"ז כמ"ש הש"ך בס"ק ו'. ונראה טעמו דלא בעינן רק שיאמר א' מן הכשרים שראו הפסולין דהא סגי כשמקצתן רואין אלו את אלו ומש"ה שפיר כתב הש"ך דאקרובים אינן נאמנין שהיו שם דבעינן שני כשרים שהיו הקרובים שם. אמנם לפמ"ש בסמוך לא א"ש זה:

ד **אם נמצא כאלו שנתכוונו להעיד וכו'.** עש"ך סק"ו עד ובכל ענין בעינן שיראו כאחד וכיונו להעיד וכו'. ואתי למעוטי דאם הכשרים כיונו להעיד והפסולים לא כיונו לא נתבטל עדות הכשרים כיון שלא הי' צירופן שזה ואם שניהם לא כיונו והעידו בתכ"ד עמש"ל סק"א. וכתב עוד הש"ך שם בד"ה ומוכח מכל זה וכו' עד דאם הוזמו אח"כ הפסולים כיון שאינם אומרים אמת אינן מבטלין העדות וכו'. לכאורה תמוהין דבריו דהא כתב בעצמו בסק"ה דאין קא"פ נאמנים שהיו שם עד שיהי' ידוע שהיו שם ע"ש וע"כ האי ידוע היינו בעדים וא"כ קשה ממ"נ אי ליכא עדים כשרים שהיו שם אפילו לא נזומו אין מבטלין עדות הכשרים ואם יש עדים כשרים שהיו שם או שאלו עדים כשרים אמרו שראו את הפסולים שם אם כן לא הויין עדי הזמה עדות כלל דהא הוי כתרי ותרי דעדים אלו אומרין שהיו הפסולין במקום זה והמזימין אומרים שהיו במקום אחר וממילא אין מוציאין ממון מחזקת הנתבע כמו בכל תרי ותרי. ועוד נראה דכאן ודאי העדים כשרים נאמנים כשאומרים שראו את הפסולין יותר מן המזימין כיון דבעדות

זו שאומרין שלאו שראובן לוה משמעון מנה אמרו ג"כ בתכ"ד שראו בשעת ראיה את הפסולין דאחר כ"ד לא מהימני לבטל עדותן ובתכ"ד ודאי דנאמנין למיעקר סהדותייהו כמו באומרים כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו דנאמנין מטעם הפה שאסר וה"נ הוי הפה שאסר דהא אי בעי לא אמרו כלל שראו ההלואה ועכשיו שאמרו שראו ההלואה רק שהיה במעמד פסולין ונתבטל עדותן ודאי נאמנין דלמיעקר סהדותייהו קאתי. לכן נראה דמייירי שא' מן הכשרים המעידין בראיית ההלואה אומר שראו הפסולין דנאמן ג"כ לבטל עדותו וכיון שנתבטל עדות של א' מן הכשרים נתבטל כולה דלא גרע מא' אומר א"י בחקירות שעדות כולה בטילה מטעם דהוי כנמצא א' קא"פ כמ"ש התו' שם וה"נ כשאמר בתכ"ד של החקירות שראה בפסולים נאמן לבטל לכל העדות במגו שהיה אומר שא"י בחקירות שהיה מבטל כל העדות להש"ך בסי' ל"ג בס"ק ט"ז או שהיה מכחיש עדים בחקירות שהיה מבטל כל העדות ה"נ כשאומרים שראה הפסולים שאין לבטל כל העדים במגו זה משא"כ כשניזומו הפסולים ע"י עדים כשרים נהי דאין דין הזמה שייך במזים את הפסולים מ"מ הא ודאי הכשרים נאמנים יותר מן הפסולים וגם שנים נאמנים יותר מן הא' וכיון דהמזימין נאמנין שלא היו הפסולים שם ממילא עדות הכשר קיים אף שאמר שקר לפני ב"ד במה שאמר שהפסולין היו שם דהא המזימין מכחישין אותו מ"מ לא נפסל העד במה שאמר שהי' שם הפסולין כמבואר בס"ס כ"ט בהג"ה מטעם דאין העד מדקדק מי היה עמו ע"ש ממילא נשאר עדות הכשרים קיים כנ"ל ברור בפירושו ועיין בס' קצה"ח שתמה על התומים שתי' על הרמב"ם דאם הוזמו מקצתן בטילה הכת האחרת ג"כ מטעם דהוכחשו במה שאמרו שראו זה את זה. ותמה בקצה"ח דהא על כרחך מיירי בליכא הכחשה דאי איכא הכחישה בטל עדות המזימין וכו'. ודבר זה כ' התומים בעצמו בסי' ל"ח עיין שם. ותירץ זה דהא סגי באחד רואה אלו ואלו וליכא שנים המכחישין המזימין ומכל מקום כיון דהאחד הוכחש ונפסלו מצטרף לאותן שראו אותו גם אותן נתבטל עדותן. גם מ"ש דבהיה כשר בשעת ראיה ונפסל דמבטל העדים מהוכח' דעדים שהוכחשו מקצתן מבואר בתומים ג"כ אך מ"ש בתומים הטעם דאם הוזמו כת הראשונה דבטל עדות השנייה דכיון שהגידו אחר כדי דיבור אם יזימו השנים אין להן דין הזמה כיון דכבר העידו הראשונים נברא קטיל' בעי' למיקטלי עדותן ג"כ בטל דהוי עדות שאאי"ל עיין שם וכ"כ הלח"מ ברמב"ם פ"ך מה"ע ע"ש. קשה דמטעם עדות שאאי"ל היינו שומעין עד תו פעם אחרת שיעידו פעם אחרת לפני ב"ד. וברמב"ם משמע דמתבטל עדותן לגמרי מחמת הזמו קצתן ואינו מועיל שיחזרו ויגידו בפני ב"ד פעם אחרת. ועוד להתוס' בסנהדרין דף ס"א בד"ה ולגמור דינא שכתבו דזה הוי עדות שא"י להזימה כיון

דאי מיתזמי קמאי מהני סהדותייהו וכו' ומה שהקשה בקצה"ח דפלוני הי' עמו מבואר בסי' כ"ט דלא נתבטל העדות י"ל דבדיני נפשות נתבטל דלא גרע מהכחשת בדיקות:

ה **אפי' לא ידעו זה מזה** עש"ך סק"ז עד אפי' לא ידעו זה מזה כיון שמקצתן רואין אלו את אלו וכו'. לכאורה תמוהין דבריו דהא אלו שלא ראו ולא ידעו שהכשרים שראו אלו את אלו נפסלו הוי כאלו לא ידעו בפיסול הפסולין ומה"ת יפסל אותן שלא ראו ולא ידעו. לכן נראה דהש"ך מחלק דוקא בנמצא קא"פ סבירא ליה להרי"ף כיח שאין שם עדות על הפסול דהא פסול לאו עד הוא לא שייך לומר עדות שביטלה מקצתה ביטלה כול' דהא הפסול לאו עדות הוא ואין הכשר נפסל רק מטעם שצירף עצמו לפסולי' משום הכי כשהכשרים לא ידעו בפסול הפסולים ואין עליהם אשם במה שצירפו עצמן לפסולין לא נתבטלה עדותן משא"כ בשכולן כשרים לעדות ועדות של כשר אחד נתבטל בטלו כולן מטעם עדות שביטלו מקצתן בטלו כולן. תדע דהא אפי' אחד אומר א"י בחקירות נתבטל עדות כולן ואף דודאי אין על שאר העדים אשמה במה שצירפו לאותו עד שאמר א"י אלא ודאי דעדים כשרים שנתבטל עדות של אחד מהן שאני לדעת הרי"ף משא"כ להתוס' דס"ל דאפי' בקא"פ כשלא ידע בפיסול הפסולים ג"כ נתבטל עדות הכשרים אין חילוק כלל בין נתבטל עדות של כשר בין שהוא נתבטל מחמת קא"פ ובכולן שייך לאשר עדות שביטלה מקצתה בטל' כולה:

ו **דתרתי בעינן**. עש"ך סק"ט מה שתמה על הב"ח והאמת דהב"ח אזיל בשיטת שהבי' הריטב"א ריש מכות דדוקא בד"נ שאין מצטרפין כשאין רואין כא' מש"ה אינה מצטרפת ג"כ לענין קא"פ אבל בד"מ שמצרפות אפי' לא ראו כא' ה"ה דמצטרפין נמי לענין קא"פ. והעיקר כמ"ש הריטב"א שם וסתר דיעה זו דאין חילוק בין ד"מ לד"נ. ולענין שטר שהביא הרב בהג"ה יתבאר אי"ה נכון לקמן בסי' מ"ה (ועסמ"ע סק"ז ויש שם ט"ס וצ"ל וגם בסי' נ"א ס"ה):

ז **ואם הזמין** עסמ"ע סק"ט דאם אמר שנים מכם דכונתו לכשרים והש"ך חולק ובתומים הביא ראיה להסמ"ע מהא דגיטין ס"ו האומר לג' ב' מכם יכתבו גט לאשתי והי' אב ובנו בתוכם וכו' ולפענ"ד אין מזה ראיה לפמש"ל בסי' ל"ד דהא אינם רק עדים שהבעל עשאן שלוחים ובזה לא בעינן דין עדות דהא אפילו אמרו לפ' ולפ' ויחתמו כשר אף דהוי רק עד מפי עד:

ח **לא נתבטל עדות הכשרים** עש"ך סקי"ז שהקשה דאם נתכונו להעיד כבר נתבטל עידותן משעת ראיה ואם לא נתכונו להעיד לא צריך להאי טעמא וכו'. ומזה הוכיח דינו דמיירי בסתם וכשבא לב"ד אומרין בסתם דנתכוין להעיד משא"כ כשבא לקול

הכרוז. ובתומים תמה ע"ז דהא בש"ע מבואר בהדיא אפילו נתכוין להעיד ואני תמה על תמיהתו דהאי אפי' נתכוין להעיד נזכר בש"ע ברישא גבי ואם הזמין עדים דמיירי בשעת מעשה משא"כ כסיפא גבי מי שצוה להחרים דמיירי בשעת הגדה אפשר לומר דמיירי בלא נתכוונו להעיד. אך מ"מ אין דינו של הש"ך מוכרח לפמש"ל דאם כולן לא נתכוונו להעיד דמ"מ נתבטל עדותו כשהעידו תכ"ד דיש לומר שלא נתכוונו להעיד ומ"מ הוא צריך להטעם שכתב הש"ע דלא היה כוונתו אלא בראויין לענין אם העידו תכ"ד דנצטרפו בשעת הגדה דנתבטל העדות אפילו בלא נתכוונו כמש"ל. משא"כ להטעם שכתב הש"ע דלא היתה כוונתו אלא בראוין להעיד והוי כהזמין כשרים דאז אין הגדה מצרפן כמו שהראיה אין מצרף כשהזמין כשרים אך מ"מ דינו של הש"ך אמת מסברא. ומ"ש בתומים דכשבא לקול הכרוז לא הוי ממקיימי דבר הוא דחוק ונופל מעצמו. ומה שהוכיח דא"כ רובע והורג יציל כיון שבאין לב"ד לק"מ דבע"ד אינו בגדר עדות וממקיימי דבר נתמעט ג"כ עושי דבר. ויש להביא ראיה להש"ך דאפילו להרמב"ם בעינן דוקא שבאי מעצמם לב"ד להעיד דאלת"ה א"כ משכח' לה לחייב קרבן שבועה לקרובים כגון שהשביע לקרובים להעיד אם למיחזי או לאסהודי דנאמנין ומועיל עדותן לממון ובפרק שבועת העדות תנן דאינו נוהג בקרובים אלא ודאי דכשאינן באין לב"ד מעצמם רק מכח השבועה אין פוסלין עדות הכשרים ונכון:

ט **שעדות הרחוק כשרה.** עיין בתומים שכתב להסמ"ע דלהתוס' שכתבו דאפי' לא ידעו זה מזה דלא סבירא ליה כהרי"ף וכו'. ותמיה זה לו דהסמ"ע לא כ' זה כלל דודאי אף להתוס' עיקר הצירוף בשעת ראיה דהא לא הגידו תוך כדי דיבור והגדה לא בעינן רק שיהיה ממקיימי דבר ומשום הכי לא בעינן שידע הכשר אם הגיד פסול אבל בשעת ראייה אפשר דמודו התוס' דבעינן שידע הכשר בהפסול:

י **ונאמן לומר שלא הכיר.** עיין תומים שחילק דבקרבות העדים אמרינן מסתמ' ידעו מהקורבה אבל בא' שקרוב ללוה אמרי' מסתמא לא ידע מהקורב'. ועוד כ' דאשה כיון דאינה ראויה להעיד לא מיחשב שני קרוב או פסול ולא נתבטל עדות בשבילה אבל פסול דרבנן מבטל העדות. ומדבריו יש ללמוד (") דה"ה עכו"ם וקטן אינן מבטלין עדות הכשרים: נדרשתי לאשר שאלוני בדבר הגט שחתמו בו עדים שהיו שני בשני בחד בעל מצד האם וניסת לשני ונתעברה ואח"כ גירשה בעלה הראשון בגט כשר. וזה דבר תשובתי הנה אם היו ע"מ כשרים ולא היה פסול רק מכח מזוייף מתוכו דלא הוי רק פסול דרבנן. הדין מפורש בא"ע סי' ק"נ דאם ניסת לא תצא רק העיקר מה שצריך עיונא היות שדרך לייחד הע"ח לע"מ והרי נתכוונו להעיד ומבואר בח"מ סי' ל"ו דאם נמצא קא"פ

בין אותן שנתכוונו להעיד דעדות כולן בטלין וא"כ הוי גט בלא ע"ח ובלא ע"מ דאינו גט. ומה שנ"ל למצוא בזה היתר דהנה ביבמות ק"ד גבי מעשה שחלץ בינו לבינה והכשיר ר"ע. ופריך הש"ס בינו לבינה מנא ידעינן ומשני בעדים רואין אותו מבחוץ. דפי' הנ"י אקושיי' הש"ס דמג' ידעינן דאין דבר שבערוה פחות משני' והובא דבריו בתוי"ט. ומקשה הנ"י שם והרשב"א בחי' ליבמות שם מאי פריך הא בעל שאמר גרשתי נאמן וא"כ ה"נ יבם שאמר חלצתי ותי' דמסיק בב"ב גבי בעל שאמר גירשתי נאמן דחיישי' לה וכו'. (") והנה דברי הרשב"א והנ"י תמוהין ומרפסן איגרי לכאורה דהא בעל שאמר גירשתי ל"מ רק בשאומר גרשתי בעדים אבל אם אומר גרשתי בלא עדים לאו כלום הוא דגו"ק בלא עדים מידי ממשא אית בהו. והכא כיון דגוף החליצה הוא בלא עדים להנ"י דס"ל דהוי דבר שבערו' לאו כלום הוא ומה לנו ולנאמנותו. וכן הש"ס גופי' דפריך מנא ידעינן תמוה דכך ה"ל להקשות חליצה בלא עדים מידי משא אית בהו הא אין דבר שבערוה פחות משנים וכן הא דמשני ועדים רואים מבחוץ תמוה דהא דבר שבערוה לא מהני עד שיראו הם את העדים ולא סגי שהעדים יראו אותן כמבואר באה"ע סי' מ"ב סעיף ג': לכן (") נ"ל דהנך תלת' דבר שבערוה דהיינו גיטין וקידושין וחליצ' דמשמע לכאורה דאין להם קיום בלא עדים לאו בחד' מחת' מחתינהו וכ"א יש לו דין אחר מטעם אחר דבקידושין דף ס"ה גבי המקדש בע"א קאמר ואי ס"ד דילפת דבר דבר מממון מה להלן קוראת בע"ד כמאה עדים ה"נ וכו' ומשני התם לא לאחריני קא מחייב והכא מחייב לאחריני. ופי' הרשב"א בחי' דהיינו דקדושי' ילפינן ממון במקום שהוא חב לאחריני דהיינו כמו שצריך עדים בממון ממקום דחייב לאחריני ה"נ צריך בקידושין. וכ' הפ"י אף דעיקר קרא דדבר לענין נאמנות במקום הכחש' מיידי דקרא דכי מצא בה עדות דבר לענין לאוסר' על בעלה מיירי וא"כ מנ"ל לענין קידושין שלא יהיה קיום כלל בלא עדים ומתרץ דאתי' לן מסברא כיון דעיקר קידושין הן לאוסר' אכ"ע כהקדש דליקו עלה באיסור א"א וכיון דלא אפשר למחייבנהו בלא עדים דמוקמינן לה בחזקת פנוי' לגבי אחריני מג"ש דדבר דבר ממילא לא הוי קידושין כלל אף לגבי דנפשייהו דאין קידושין לחצאין מוכח מכאן דאלו היה הודאת בע"ד מהני אף בממון דמחייב לאחריני הי' מהני אף בקדושי' וגירושין לענין קיום הדבר דקיום הדבר בנאמנות תלוי ולפי זה קשה בגירושין דבעל שאסר גרשתי נאמן מטעם דבידו לגרש'. וידוע דבדבר שבידו נאמן בממון אף דמחייב לאחריני כדמוכח בסנהדרין ל' ובח"מ סי' רנ"ה גבי ראיתי אביכם שהטמין מעות ואמר של פ' הוא דנאמן מטעם בידו. ומשמע אפילו מונח ברשותי' דיתמי כמ"ש האו"ת. וכן מוכח בקידושין דף ס"ד בתוס' ד"ה ד"ה נאמן לנדרים דהוי כדבר שבידו ושם מהני הנאמנות אפילו להוציא

וכן מוכח מבעל שאמר גרשתי מפיה דנאמן מטעם בידו ואלו לא היה נאמן כדבר שבידו בממון דחב לאחריני גם בגירושין לא היה נאמן מכח ג"ש דדבר דבר דיליף מממון דחב לאחריני. ועיקר ילפות' דדבר לענין נאמנות כתיב וע"כ בדבר שבידו מהני גם בממון דחב לאחריני. וא"כ קשה דגוף הגירושי' יהיה כשר בלא עדים דהא אם הי' הודאת בע"ד מהני בממון דחב לאחריני הי' גוף הקדושין קיימים בלא עדים וכיון דגירושי' דבר שבידו הוא ומהני במימון דחב לאחריני א"כ יהיה גם כן גוף הגירושין כשר בלא עדים. לכן נ"ל דבגט דפסול בלא עדים טעמא אחרינא איכא במילתא. דהתוס' גיטין י"א ד"ה חספ' וכפי מה שפי' דבריהם באו"ת סי' ס"ח סק"ח ע"ש ואפילו בממון בשטר קני' אם כ' שדי מכורה לך ואין שם לא ע"ה ולא ע"מ ולא כ' ידו אף שהנותן מודה שמסרו לידו דלאו כלום הוא אף דבממון מהני הודאת בע"ד לא קני בשטר זה שאין לו דין שטר כלל דאין חשיב שטר רק כשיש ראיה ממנו ומש"ה בגט נמי אין הגט גט בדליכ' עליו לא ע"ח ולא ע"מ ולא כת"י דהא תנן דאשה קונה עצמה בשטר והאי לאו שטר' הוא ובזה מיושב קושית הרשב"א בחי' לקידושי' ס"ה אהא דגם שכ' בכת"י כשר בלא ע"ח וע"מ ואם קידש בשטר שנכתב בכת"י פסול בלא ע"מ. ולפמ"ש הדברים כפשטן דבקידושי' דחב לאחריני אין לו נאמנות בכת"י נגד אחיריני ממיל' גם סוף הקידושין בטלין דקיום הקידושין בנאמנות תלי' כמ"ש הפ"י שהבאתי לעיל משא"כ בגט דנאמן בכת"י נגד אחריני מטעם בידו וממילא גם גוף הגירושין קיימין וגם הוא חשוב שטר לענין קנין דשטר ראי' הוא ולהכי כשר הגט הנכתב בכת"י מש"ה בחליצ' דלית בי' לא הא ולא הא רק מטעם דנאמנות בעי תרי מקשה הרשב"א שפיר דליתני אפי' בלא עדים מטעם בעל שאמר גרשתי דהוי בידיה וכיון דמהני לענין נאמנות מהני ג"כ לענין קיום הדבר כמש"ל ומתרץ שפיר דקייל בגירושין בבעל שאמר גרשתי דחיישי' לה. ובזה א"ש ג"כ הא דבחליצ' בינו לבינ' הוא חליצ' פסולה ופוסלת כמבואר באה"ע סי' קמ"ט וגבי גירושי' וקדושין בינו לבינ' לאו כלום הוא מטעם הנ"ל והשת' הנך תלתא דבר שבערו' חלוקין בטעמן ודינן. ועדיין צריכין אנו למודעי בהא שכתבו הרשב"א והנ"י דחליצ' הוי דבר שבידו מדמ' אותו לבעל שאמר גרשתי דנאמן מטעם בידו ולכאור' לא דמי זה לזה דשאני גירושין דבידו לגרש' בע"כ משא"כ חליצ' דדע' שניהם בעינן דמי' לקידושין דאפי' שניהם מודים שנתקדש' לפני עדים לא מהימנ' אלמא דלא הוי כדבר שבידו. ולייש זה נראה דודאי כששניהם מודים הוי כדבר שבידו דמה להם לשקר הא ביד שניהם לעשות כמו שאומרים רק הטעם שבידו לא מהני רק להתיר ולא נגד לאוסר' בא"א לחייב עלי' מית' כעין שמחלקין התוס' ריש גיטין ד"ה מ"ד אכל עדיות ע"ש. והטעם דבקידושין ס"ד אמרי' מה לי לשקר כחזקה דמי'

ולא אתי חזק' ומפקי לחזק' ופירש"י וז"ל ומיהו כל כמה דלא הדר בי' חזק' אין אדם חוטא ולא לו והיינו כמ"ש הפ"י ריש גיטין דחזקה לא שביק היתיר' ואכל איסור' כיון דבידו להתיר משא"כ לאיסור. ואף אם מהימן בדבר שבידו אף לאיסור כגון בנתנסך יינך מ"מ לא מהני ללקות ולסקול ע"ש. ודוקא במקום שהעד העיד לאיסור במקום דלא אתחזק להתיר אתחזק גם ללקות ע"י כמו שפסק הרמב"ם בפט"ז מסנהדר' אבל כשמעיד נגד חזק' אף דמהימן מדאוריית' מ"מ לא מהימן לסקול ע"ש דהא אפי' אב דהימני' רחמנ' אין סוקלין ע"ש קידושי' ס"ג וכ"כ הפ"י בקונטרס אחרון ועמ"ש בס' חוות דעת סי' קפ"ה וסי' קכ"ז. ומש"ה בקידושין כיון דלא מהני נאמנות בדבר שבידו לסקול על ידו לא הוי קיום כלל דבקיום הדבר בקידושי' בנאמנות תלי' כמ"ש חפ"י מש"ה מהני עדים רואין מבחוץ בחליצ' כיון דבחליצ' אין האיסור רק מטעם חומרא דחייש לה כמ"ש הרשב"א והנ"י והא שכתבו התוספות בגיטין דף י"ז דבעל שאמר גרשתי לא מהימן כשהיא מכחישתו. ולכאור' קשה כיון דגירושין בידו הוא ובדבר שבידו הא מהימן בממון אפי' במקום דחב לאחריני אפי' במקום הכחש' ועיקר דבר שבערו' דבר דבר מממון ילפינן אמנם באמת לק"מ דהנה התוס' במכות דף ו' כתבו וז"ל היאך מצאנו ידינו ורגלינו בגיטין וקידושי' שנותנים במעמד קרובים ואפי' לר' יוסי דאינו פוסל רק בד"נ מ"מ גיטי' וקידושין לדיני נפשות דמיא ע"ש ולכאורה תמוהים הדברים הא דהתוס' למדו גיטין וקידושין מד"נ הא בקידושין ס"ה מוכה דאפי' שנים לא הי' בעינן רק משום נ"ש דדבר דבר מממון וכיון דעדים שיש ביניהן קא"פ כשר בממון דחב לאחריני אליב' דר' יוסי מה"ת יהי' פסולים בגיטין וקידושי' אבל באמת לק"מ דהש"ס לא איצטריך למילף ג"ש דדבר דבר רק במקום ששניהם מודים דבמקום הודא' ע"א נאמן בכל איסורין ואתחזק ג"כ ללקות ע"י כמ"ש הרמב"ם פט"ז מסנהד' ומלקות הוי כד"נ ומש"ה בעי ג"ש דדבר דבר שלא נדמי' קידושי' לאיסור' אבל במקום הכחש' דמקר' אחר נפק' דלא יקום ע"א באיש בעינן שני עדים הכשרים בד"נ כיון דבא לידי נפשות: ובזה יש ליישב קושיות הב"ש באה"ע סי' מ"ב סק"ח על המקדש בע"א חוששין לקידושי' דא"כ למה פסול בצירוף קא"פ ע"ש ולפמ"ש לא קשה כלל דבמקום הודאה כיון דיליף דבר דבר מממון במקום הודאה מה"ת לן למיפסל בצירוף קא"פ. ועתה נבוא לנידון דידן כיון שכבר הוכחנו שכל מה שכשר בד"מ מהני ג"כ לענין קיום בגיטין וקדושין והנ' בר"ה כ"ו ובמכות י"ב יליף מקרא בסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש דאין נעשין דיינים מקרא דוהצילו העדה אבל אי לאו קרא נעשין דיינים. וקשה ל"ל קרא הא כתבו התוס' בב"ק צ' הטעם דאין עד נעשה דיין. וצ"ל דדוקא כשראו בלילה דנעשו עדים והדר דייני' שייך לומר הטעם שכתבו התו' כיון דעל

עדותן לאו בני הזמ' נינהו אבל כשראו ביום דמעיקרא דיינים הן ומטעם לא תהא שמיעה וכו' וכיון דמשעת שמיע' ודאי דא"צ שירדו בני הזמה דהא דיינים א"צ לידע באיזה יום כמו עדים דדיינים לאו בני הזמה הן כלל כמ"ש התשב"ץ סי' א'. ואפילו אי נימא דנפסלו הדיינים כשמזימין אותן על ראייתן מ"מ ודאי דאין נענשים כדין זוממים רק כדין גזלנים ורוצחים. ולפ"ז נראה בהך דג' שנכנסו לבקר החולה דרצו עושים דין בב"ב דף קי"ד דאם היו ד' וביניהם קא"פ דיכולים לעשות דין למאן דס"ל דלא שייך בדיינים נמצא אחד מהן קא"פ. ואפילו למ"ד דשייך גם בדיינים נמצא קא"פ מ"מ נראה ברור בסנהדרין שראו טריפה שהרג הנפש שנהרג כמבואר בסנהד' ע"ח דאם הי' אצלם קא"פ שלא הי' מכלל סנהדרין ומתכוין להעיד והתר' בו נראה דאין מבטל להדיינים דהדיינים לאו מטעם עדים דנין דהא עדות שאאי"ל הן דהא א"צ לידע באתה יום ובאיזה שעה ראו רק שהם דנין על ראייתם מטעם לא תהא שמיעה גדולה מראיה ודאי דאין עדים פסולים מבטלים לדיינין דמאי שייכות דעדים לדיינים שהעדים יבטלו להדיינים וזה פשוט וא"צ לראי'. ולפי"ז נראה דה"ה בג' שנכנסו לבקר החולה דרצו עושין דין שאם היו ד' וג' לא נתכוונו להעיד והרביעי נתכוין להעיד והי' קא"פ שאותם הג' אם רוצין עושין דין ונעשין דיינין ואין הקא"פ שמתכוין להעיד פוסלן דאין עד פסול פוסל לדיינים כמש"ל מטעם דהדיינים דלא יהא שמיע' גדולה מראיה דנין וכיון דבשמיע' אין הקא"פ פוסל אותן ה"ה אם דני' מטעם ראיה. אמנם אין ללמוד מזה לשאר דיני ממונות דדוקא בקידוש החודש שיכולי' להיות דייני' בלי ריצוי שום אדם וכן בג' שנכנסו לבקר החול' שהתור' עשאן דיינים בע"כ של המלוה כמ"ש התוס' בב"ב דף קי"ד בד"ה אורע' כל הפרש' ע"ש. אבל בשאר ד"מ שצריך ריצוי הבעלי דינים שיהיו דיינים כמבואר בסנהדרין כ"ט דאפילו כנפינהו אין כותבים עד שאמר הוו עלי דייני ודאי דהקא"פ פוסל אותן דאין יכולי' לומר דיינים אנן בע"כ של הבע"ד. וכ"כ בתשו' נודע ביהודה חלק אה"ע סי' נ"א ע"ש אמנם נראה דאם הבע"ד קיבלו אותם מרצונם אח"כ שיהיו אותן שראו דייני' עליהם כיון דלא שייך בהו אין עד נעשה דיין מטעם דלא יהיה שמיעה גדולה מראיה כמבואר בח"מ סי' י"ב וכיון דע"כ צריך לומר שאין דנים מטעם עדות רק מטעם דיינים שבודאי לא צריך בהו שום דיני עדות כגון שיהי' עדות שאאי"ל ושאר דיני עדות מה"ת יהיה קא"פ פוסלת וזה ברור ולא יחולק בזה כ"א המתעקש ואינו מודה על האמת. והשתא נבוא לנ"ד כיון שכ' בתשו' נ"ב שם דקדושין וגיטין כשהן ג' יכולים לעשות דין מעצמם ודין דיינים עליהם כמו בקידוש החודש וג' שנכנסו לבקר החול' כיון דקדושין וגיטין ושאר מילתא דאיסורא א"צ ריצוי הבע"ד שיהיו דיינים ויכולים להיות דיינים מעצמם ורצו עושים דין על ראייתם. ולזה

נ"ל דסנהדרין שראו בא' שקידש אשה ובא אחר שהיה טריפה ואנסה בפניהם דסוקלי' אפי' עמד קא"פ ביניהן ונתכוין הקא"פ להעיד דהסנהד' מטעם דיינין דנין ואין קא"פ פוסל דינו כמש"ל. וגם לא שייך בזה לפוטרו מכח קרא דוהצילו העדה המבואר במכות י"ב כיון שהיה טריפה כמבואר בסנהדרין פ"ח ואין לפוטרו מטעם קידושין בלא עדים כיון שהקא"פ שנתכוין להעיד פוסל להעדים ואין לקדושין קיום בלא עדים דזה אינו דכל שהקדושין נעשים בפני אנשים שנאמנים בממון דחב לאחריני מהני בקדושין לענין קיום הדבר וכיון דאם היו בממון נאמנים להוציא מטעם דהיו דנין מטעם דיינים במקום שיכולים להיות דיינים בלא ריצוי הבע"ד מהני ג"כ בקידושין כמש"ל. ומעתה נבוא לנ"ד דנראה דגם בגיטין כשהיה ג' שרצו עושין דין ונעשין דיינים אין הקא"פ פוסל אותם וכ"כ התשב"ץ סי' א' בהדיא וז"ל והאידנא דתיקנו רבוותא קריעת הגט וכו' שכיון שעשו לה מעשה ב"ד דהיינו קריעת הגט וכו' לפי דעת' כבר נגמר ענייני' בב"ד וכו' ומעתה יש לומר שאשה זו הוחזק' גרושה ע"פ ב"ד שקריעת הגט מעשה ב"ד הוא ולא מעשה עדים שהרי קודם שריפה היה צריך שיתקיים בחותמיו וכו' וא"ת מי החזיקם דיינים וכי נאמנים לומר דיינים אנו הא ליתא שהדיינים עצמן נאמנים וכו'. וא"ת היאך אפשר לומר דליהוי עדי הגט דיינים הא אין עד נעשה דיין הא נמי ליתא דכי אמרינן אין עד נעשה דיין היינו כשהעיד בב"ד או שראו בלילה כו' דאמרי' ג' שנכנסו לבקר החולה וכו'. ואף להרמב"ן בטעם שרצו עושין דין דהוי כהודאת ב"ד וה"נ יכולים ג"כ להיות דיינים שהרי הודה זה לזה שנתגרשה ואף דבעל שאמר גירשתי אינו נאמן היינו שאין הגט יוצא מת"י בנידון זה דנין ע"פ טענותיהם שהיא טוענת נתגרשתי בגט זה והוא מודה לה דנאמן וכיון שכן ע"מ אלו שבאין להתיר אשה זו במה שראו או שהודו בפניהם יכולים הן עצמם לעשות דיינים ומעשיהם הוא מעשה ב"ד וכו' ע"ש וכ"כ הריב"ש סי' ש"צ וסי' תי"ג וז"ל דהב"ד יכולים לעשות מעשה ב"ד על הגט מטעם דלא יהיה שמיעה גדולה מראיה דלא מפלגינ' בינייהו לעדות החודש ואפי' למאן דס"ל דבעי' הגדה בד"מ מ"מ הא איכא הודאת הגירושי' מבעל שאמר גירשתי ע"ש שהאריך הרבה ואין להתעקש ולומר דלא אמרינן דרצו עושים דין ולומר דייני אנחנו רק במקום שצריך ב"ד כגון בקידוש החודש או בחליצה אבל במקום שא"צ ב"ד אין יכולין לעשות עצמן לדייני' דהא ליתא דהא בשלש' שנכנסו לבקר החול' ג"כ א"צ ב"ד דהא רצו נעשין עדים. וכן מוכח מהתשב"ץ והריב"ש ותשו' נודע ביהודה הנ"ל. וכן אין להתעקש ולומר דהא אנן לאו מומחין אנן דהא שליחותייהו דקמאי עבדינן במידי דשכיח כמו בגיטין דהא מעשין אגיטין וכן מוכח מתשו' לחם רב סי' כ"ו באשה שנתקדשה בפני עשרה ונתייחדו לעדות שלו פסולין שכ' שלא נתבטלו העדות הכשרי'

דאתיין למיחזי ע"י הפסולין שנתייחדו לעדות. ומדברי הפוסקים עש"ך סי' ל"ו מוכח להיפוך. ולפמ"ש א"ש דקידושין שאני שיכולין לעשות עצמן לב"ד בלא ריצוי הבע"ד. ובזה יש להבין מה שכתבו התוס' בשבועות ל"ה דקתני או שהי' אחד מהן קא"פ פטורין ותמהו התוס' כבר שמענו זה שאין נוהג אלא בראויין להגיד ותירצו דקמ"ל באם היו שלשה וכו'. ועדיין תימה הא מתני' היא דקא"פ מבטל כל העדות ולמ"ש ניח' דמיירי במקום שיכולין לעשות דין כגון בג' שנכנסו לבקר החולה ומ"מ פטורים שאין זה בגדר שבועת העדות. ולפ"ז נראה בנ"ד כיון שמקבצין עשרה אנשים במקום ישיבת ב"ד ועושין מעשה ב"ד בקריעת הגט כמ"ש התשב"ץ אין הקא"פ פוסלן רק שישבו שלשה מהן ויעשו מעשה ב"ד שנתגרשה אשה זו ומכ"ש לפמ"ש דבגט א"צ עדות מטעם דבר שבערוה רק מטעם דלא חשיב שטר בלא ע"ח וע"מ. ועוד יש לצדד היתר דהא שאר הרואים לא ידעו בקורבתן של אלו העדים. ובתומי' כתב דבשלא הכירו בקורבתן בעינן דוק' שיגידו בב"ד לכ"ע והכא לא הי' הגדה בבי"ד אף שחתמו על הגט ל"ש לומר דהוי כנחקרה רק בעדות כשרים ולא בפסולים וכמ"ש הט"ז בסי' מ"ה. וגם דעת התוס' והרא"ש דבכ"מ אין קא"פ פוסל כ"א בדאיכ' תרתי ראיה והגדה וכאן לא הי' הגדה בב"ד כנ"ל וגם הרבה פוסקים סבירא להו דקרובי אם ואישות לא הוי רק דרבנן ובפסול דרבנן אם ניסת לא תצא. ואף שיש לחלק בין גט שפסול מדרבנן ובין מגרש בפסולי עדות דרבנן מ"מ כיון דמידי דרבנן הוא יש לסמוך להקל. ומה גם שבנידון דידן אינו רק מילתא דרבנן כיון שגירשה הראשון אחר הנשואין כשנתודע תיכף בגט כשר ואין בו רק קנס דרבנן שתצא מזה ומזה. ומכל הלין טעמים שכתבתי יש לסמוך להקל. מ"מ הנלע"ד כתבתי:

סימן לז

א **כל עדות שיש לאדם הנאה וכו'**. עסמ"ע וש"ך שהכריעו דטעם פסול נוגע הוא מטעם דחשוד לשקר ולא כהע"ש שכ' שהוא מטעם קרוב ע"ש ונ"מ באם חתם בשטר עד שלא נעשה נוגע ונעשה אח"כ נוגע דאי אמרי' דאינו פוסל מטעם דנחשד לשקר רק מטעם קרוב אחרים מעידין על חתימתו כמו בחתם בשטר עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו בסי' מ"ו סעיף ל"ה ואי הטעם דנוגע הוא משום דחשיד לשקר אפי' אחרים אין מעידין על חתימתו כמו בחתם בשטר עד שלא נעשה גזלן בסי' מ"ו סעיף ל"ד. והעיקר כהסמ"ע וש"ך דפסול מטעם חשד דהוי בעל דבר וכמו דחשדינן לבע"ד חשדינן ג"כ לנוגע ואפשר דכונת הע"ש לומר דאף במקום דליכא חשש חשד כגון בגוונא דנקט הש"ך שהוא נוגע מטעם דלא יהיה לוה רשע דבהא ליכא חשש חשד כמ"ש הש"ך ע"ז כתב הש"ך דמ"מ

פסול מטעם קרוב. והנה בתומים סקכ"א רצה להוכיח דאפי' לחוב פסול להעיד מהא שכתב הרא"ש בתשו' כלל ו' סי' כ"א דבני העיר שהעידו שא' נפטר מהמס דאין בעדותן ממש אף שהעידו לחובתן דאין חילוק בין עדות הפסול דפסול לכל בין לזכו' בין לחובה ומזה הוציא לסתור הדין שכתב המחבר בסי' זה סעיף ו' ע"ש. ועוד תמה בתומים דלדעת רש"י ותוספות האומר פ' רבע שורי דנאמן ואלו אם אחיו אומר פלו' רבע שור אחי א"נ מה"ת יהי' הוא נאמן יותר מאחיו ע"ש. והנ' זה יש ליישב דהא דבעינן בשור שני עדים הוא משני טעמים. א' דלא גרע משאר הוצאות ממון דבעי ב' עדים דהא באין לסוקלו ולהספידו ממון. טעם ב' דאפי' לא הי' בדבר שום הפסד ממון מ"מ בעי' שני עדים משום גזירת הכתוב דכמיתת בעלים כך מיתת השור. מש"ה לדעת רש"י ותוס' דלא אמרי' אדם קרוב אצל ממונו לא הוי כמו קרוב להשור וכשר לעדות סקילת השור שהוא מטעם גזירת הכתוב ונגד הוצאת ממון של עצמו לא בעינן עדים דאדם נאמן להפסיד ממון עצמו משא"כ אחיו נהי דמשום טעם הב' דבעי עדות משום גזירת הכתוב דמיתת השור כמיתת בעלים מהני עדות דאינו קרוב להשור לדעת רש"י מ"מ מצד דיש הפסד ממון קרובו א"נ דאין הקרוב נאמן להפסיד ממון קרובו דלא יומתו כתיב. אמנם לפענ"ד אין מדברי רש"י ותוס' ראי' דלא הוי קרוב לגבי ממונו והא דכתב רש"י דהשור נהרג כתב רש"י הטעם משום דכיון שמעיד על פלוני שרבע ונהרג הורגין ג"כ השור. וכן נרא' דכ"מ שמעיד על ממון שלו אינו נאמן אפי' אומר לחובתו. תדע דהא מלוה שאמר על שטר שבידו שהוא פרוע א"נ כשחב לאחרים כמבואר בסי' מ"ז ואפי' יש ע"א עמו אינו מצטרף להעיד ואף שמעיד לחובתו לא נחשב עד כמ"ש הש"ך בסי' מ"ז סק"ד ונוגע לא הוה דהא אין לו ולשמא יתעשר ל"ח. ולכן נראה דכל שמעיד על ממון שהוא שלו לא מיקרי עד כלל אף שהעדות הוא גם לחובתו דאדם קרוב אצל ממונו ואפי' לחוב הפסול. דהא כמו שהוכיח הש"ס דקרוב פסול משום גזירת הכתוב אפי' במקום דליכא למיחש לחשש דמשקר מהא דמשה ואהרן פסולין לקרוביהן ה"נ יש להוכיח כשמעיד על ממונו דפסול אפי' ליכא חשש חשד מהוכח' זו ממש דהא ודאי דמשה כמו שהוא פסול לאהרן אחיו מכ"ש דאינו נאמן על עצמו רק כשאומר להפסיד ממונו נאמן מטעם הודאת בע"ד ולא מטעם עדות ובמקום שחב לאחרים דלא הוי הודאה אף מטעם עדות א"נ כלל משא"כ בנוגע כיון שמעיד לחובתו ונתבטל הזכות שיש לו בנגיע' זו שוב על ממון אחר הוא מעיד ונאמן דלא גרע מסילוק דמועיל ומש"ה הדין המבואר בסעיף ו' דאם שני שותפין הלוו לאחד ואמר שותף אחד שנפרע החוב דחלקו נמחל מטעם הודאת בע"ד ושוב על ממון אחר הוא מעיד דאין לך סילוק גדול מזה דהא באמירתו נסתלק תיכף מחלקו ועדותו

כשר על חבירו וכן בשני לוין כיון שבאמירתו נתחייב בחלקו תיכף נאמן ג"כ על חבירו דהוי כסילוק ואין עדות רק על של חבירו. והא דתשו' הרא"ש ג"כ א"ש דשאני פורעי המס דהמעות מה שחייב אחד מבני העיר נקרא בעל חוב דהא אינו ידוע על מי יוטל ההערכה של אותן העשרה זהובים שמחוסר אחד מבני העיר וא"י כמה יעריכו השמאים על כל אחד ואחד וכ"א מבני העיר מסופק כמה יגיע עליו מהמס ההוא. ועוד כיון דקיי"ל דבר מתא אבר מתא מיבעט כמבואר בב"ק דף קי"ג ולקמן סי' קכ"ח א"כ יכול המלך או הגבאי שלו לתפוס את אחד מבני העיר עבורו ואז יהי' זה שלא נתן המס הבע"ח של זה הנתפס לבד וכל העיר יהיו רק ערבים בעדו וכיון דחוב זה של ראובן שמעידין עליו אותן העדים הן בע"ח של העדים הוי כמעיד על ממונו או על שיעבודו דלא הוי עד כלל אפי' מעיד ג"כ לחובתו כשהוא חב לאחרים ג"כ. וה"נ הוי כאילו הלוה אמר על שטר שבידו פרוע ומחיוב לערב א"נ מטעם עד:

ב **ובא הא' להוציאה וכו'**. עסמ"ע סק"ג עד כמ"ש הטור סי' קע"ו סל"א וכו'. והוא שם בש"ע סעיף כ"ה. ובסמ"ע סקנ"ט. ודוקא כשהשותף בעיר דמזה מיירי התם אבל אם אינו בעיר כלל אין מקבלין עדות שלא בפניו כמו שאין מקבלין ביתומים קטנים אף שיש גם כן גדולים:

ג **ואפילו על חלק השותף** עסמ"ע סק"ח עד חלוקתינו בטעות. ובט"ז סי' קע"ה סק"ד חלק על דברי הסמ"ע ובקצה"ח משוח דבריהן דכשטרפו בע"ח אין זה חלוקת טעות משא"כ כשלקחו נגזל דהוי חלוקת טעות. וכבר הארכתי בסי' קפ"ב ובכמה דוכתי דגם בגזילה לא נקרא מקח טעות רק מטעם אחריות. ומ"מ נראה כדבריו ולהשוות המחלוקת דהא התוס' בכ"מ כתבו דאף דלא אמרינן גבי בע"ח אחריות ט"ס מ"מ בגזילה דצריך להחזיר גם הפירות לכ"ע אחריות ט"ס ה"נ יש לחלק בזה דאף שבשותפין שחלקו אחריות מבע"ח לאו ט"ס הוא כיון דהספק הוא על זה כמו ע"ז מ"מ במילה כיון דצריך להחזיר גם הפירות גם בספק ודאי דלא יכנס בלא אחריות כנ"ל. ומדברי הסמ"ע יש ללמוד דשותפין שחלקו שדהו ונשתדף השדה ביד אחד אין הבע"ח של השותף שנשתדף השדה בידו יכול לטרוף מחלק שביד השותף השני ולומר (") כיון דאחין שחלקו כלקוחות דמי ובע"ח טורף מלקוחות דזה אינו דהן כלקוחות מטעם דאין ברירי' והתוס' בגיטין מ"ז ד"ה טבל וחולין כתבו דאין ברירי' הוא ספק דיש לומר ג"כ שכ"א הגיע לו את שלו וא"כ אין הבע"ח יכול לטרוף מספק כמ"ש הר"ן בכתובות פ' מי שהיה נשוי ולא פליגי שם רק כשיש ספק אם יש מקום לגבות מב"ח אבל כשגוף השיעבוד מסופק לכ"ע אינו גובה. ומכאן מוכח זה דאלת"ה א"כ אף בחלקו א"י להעיד מפני שמעמידו בפני

בע"ח כיון שנטלו את שלו מידו מעיד כדי שב"ח שלו יקח מהשותף שלו חלקו דנהי שכ' הסמ"ע דהוא א"י לומר דחלוק' בטעות הי' מ"מ לענין בע"ח לא מהני הודאה שלו ויכול לטרוף דהבע"ח יאמר חלוק' בטעות הי' אלא ודאי דאין חבע"ח יכול לטרוף משותפין שחלקו כמ"ש. אך באמת א"א לומר כך דנהי דבאשתדף חלק של שותף אחד באמת אין הבע"ח יכול לטרוף חלק שני מטעם הנ"ל מ"מ כאן שניטל מחמת גזילה הבע"ח יאמר שחלוקה בטעות הי' ודאי דיכול לטרוף חלק השני. ולענין הקושיא דמעמידו בפני בע"ח כיון דההודא' לא מהני לחוב לאחריני יבואר לקמן בסעיף י"ז ע"ש ודע דהא שכתב המחבר לפסול עידי המערער אין הכונה להעיד על העדים של המערער לפוסלם בגזלנות דבזה ודאי אפי' חלקו אינן יכולין להעיד דהא כשמעיד שהן פסולין הדבר נוגע גם לחלקו דהא אם יאמינו לו שהן פסולין אף חלקו לא יוציא המערער והרי הוא נוגע בעדותו ואין בעדותו ממש וע' בסי' ל"ב בש"ך סקכ"ח גבי לדידי אוזפן ברבית דצריך לומר ולא שקיל עידי דאל"ה נוגע ומכ"ש כאן. אך הסמ"ע הי' לו הוכחה דאין הכונה במחבר שבא לפוסלן להעדים בגזלנים דע"ז לא שייך הלשון מה שסיים המחבר דאפי' על חלק השותף לא יועיל עדותו וכך הי' לי להמחבר לכתוב דאינו מועיל העדות אפי' לגבי אחרים דהא העדים נשארו כשרים לעדות לכל העולם כיון דאינו מועיל עדותן לפוסלן כמבואר בסמ"ע ס"ק ט"ו וגם א"א בכאן למיפלג דיבוריה אך הכונה במ"ש לפסול עדי המערער דהיינו שבא להעיד להכחיש עדי המערער שהעידו שהמוכר גזל אותן השדות ומעיד השותף שלא גזלן המוכר רק לקחן מהמערער ומיירי שטוען על השדה שנפל לחלקו שאינה גזולה וגם מעיד בתורת עדות על השדה שנפל לחלק השותף שגם כן לאו גזולה הוא ובזה כת' הסמ"ע שפיר. ואין להקשות דהא מוכרח ג"כ לומר על חלק השותף שג"כ אינו גזול דירא דאם לא יאמר כן ויקח המערער חלק השותף יטעון השותף שחלוקה בטעות הוא ויחלק עמו מחדש. דזה אינו דלמה לו להעיד בזה הא השותף שלו טוען כמוהו שהשד' אינה גזולה וא"כ ממ"נ אם יקבלו הב"ד עדות של המערער את שניהם יקחו ואם לא יקבלו העדות חלק שניהם ישאר בידם:

ד **ואפילו לא סילק עצמו.** עש"ך סק"ג עד שמסלק עצמו קודם שראה העדות וכו' והיינו כשרא' העדות אחר שנעשה שותפי כגון שראה שטר מכירה ביד המוכר מהמערער אחד שנעשה שותף דהיה תחלתו בפסול בעינן סילוק קודם שראה אבל בעדות שרא' קודם שנעשה שותפו דתחלתו בכשרות אפילו סילוק אחר שראה מהני:

ה **ישלם לו דמיה.** ודוקא שאינו מקבל אחריות רק לגבות מב"ח ולא ממשעבדי דאם מקבל גם לטרוף ממשעבדי יש חשש נגיעה דאימר קנה שדה בין הבע"ח ובין הקבלת

אחריות ומכרה אחר שקיבל אחריות דלא קיבל אחריות נגד הלוקח ואז הבע"ח מוקדם לא יכול לטורפו מיד הלוקח כיון שלא כ' להבע"ח דאקני ויטרוף מיד השותף והשותף יטרוף מיד הלוקח שלא באחריות ולא יהיה נגדו לוה רשע כיון שהוא שלא באחריות וכ"כ התומים. אך קשה דמ"מ יש לחוש דילמא עשה השותף אפותיקי חלקו שהוא שוה מאה זהו' לבע"ח בעד הק' זהובים ואח"כ נתקלקל השדה ואינו שוה חלקו רק נ' זהובים ויצא חלק א' בגזילה מת"י ואז הבע"ד יחזור על חלק השותף לגבות החצי ואף שהחצי שת"י השותף אינו שוה רק נ' וממילא כשיטרוף החצי לא יהיה שוה רק כ"ה זהו' ומכל מקום ינוכה על החוב סך נ' זהובים דהא אם יהיה כל השד' בידו אף שלא היה שוה רק נ' זהובים היה מנוכה כל המאה זהובים דהא אפותיקי מפורש הוא וכשגובה החצי מנוכה חצי החוב משא"כ אם יוצא השדה בגזילה מת"י השותף ג"כ יהיה בע"ח על כל המאה ויהיה לוה רשע על כל החוב דזה אינו קושי' דאם יצא רק חצי השדה ממנו אין הבע"ח צריך לגבות שדה האפותיקי כשאינו שוה כדי חובו כמו בקנה שדה בית סאתים בסי' קפ"ב דהלוקח יכול לומר לסאתים אני צריך ה"נ יכול לומר כן בעל אפותקי וצריך לשלם לו כל חובו כשלא נשאר רק חצי השדה:

ו **וכפר א' והוד' הב'**. באורים כתב דוקא כשטוען המלו' ברי דאז אין המודה נאמן במגו דלא היה אומר שחייב לו רק ג' מה שמגיע על חלקו והוא משום דאף אם יאמר כן מ"מ הא יהיה מחוייב לישבע נגד המלוה ועד הצריך שבוע' אינו עד אבל כשהמלוה טוען שמא נאמן בעדותו ממנו כמו בשליח נעשה עד דנאמן במגו ע"ש. ולפענ"ד הא ודאי ליתא דדוקא בשליח שאינו בע"ד כלל ואין הדבר נוגע לו כלל ויש לו מגו דשוב אינו נוגע בעדותו נאמן מטעם עד אבל הכא דהא הוא עד והוא ג"כ בע"ד דהא אם לא ישלם השני הוא יתחייב לשלם להמלוה והשני מחוייב להחזיר לו כל מה שישלם לחבירו נמצא שאפשר שיהיה תובע וממילא שוב אינו נאמן אפי' יש לו מגו דכיון שהוא ג"כ תובע הוא בגדר מגו להוציא ודוקא במקום שאינו תובע לעצמו כלל נאמן מתורת עד כשיש לו מנו ולא כשהוא תובע ג"כ כנ"ל. ועיין בסי' ע"ז ראיה לזה:

ז **לאחד מהחתומים**. ולא בעי' שיראו עדים חתימתו מקודם שקודם שקנ' כיון דאיכא עדים שקנה אין כאן רק חשד' בעלמא וכשר כמבואר בסי' ט"ו ע"ש:

ח **הגזברים**. עש"ך סק"י דאפילו משום הנא' בעלמא פסול. ועיין תומים דקרוב לנוגע כזה כשר לכולי עלמא כיון דאין בו צד ממון לא מיחשב בעל דבר רק שפסול מטעם דחשיד לשקר וא"כ קרוב דלא נחשד לשקר כשר:

ט **אע"פ שאם יתעשר**. ובס' קצה"ח תמה דא"כ כל מי שהוא עני יהיו קרובים כשרים להעיד שפרע שט"ח. ומחלק דנוגע אינו אלא כנוטל שכר להעיד ואינו פסול רק מדרבנן וכו' ולא דיבר נכונה דהא דנוטל שכר להעיד אינו פסול רק מדרבנן הוא רק כשנוטל שכר שיעיד בין לזכות בין לחוב אבל כשאינו נוטל שכר רק כשיעיד לזכות הנותן שכר פסול מדאורייתא כיון שהעדות נוגע לו וקושייתו מעיקרא ליתא ולק"מ דדוקא כשמעיד לאחרים רק שהוא נוגע אמרינן דשמא יתעשר לא חשיב נגיעה אבל להעיד לעצמו אף שאין בו שום זכות פסול לעצמו מטעם קרוב דאפילו לחוב אינו נאמן על עצמו מטעם עדות רק מטעם הודאת בע"ד אבל עדות לא מיקרי כיון שהוא בעל דבר וכן קרובו של בעל דבר כל שהעדות הוא נגד הבע"ד ממש אף קרובו פסול והוא פשוט וכמש"ל סק"א:

י **לוה שבאו לערער וכו'**. נראה דדוק' כשנשאר קרקע אבל מטלטלין לאו שיורא הוי דלא סמיך דעתיה אמטלטלין. וכן נרא' דאם אין לו קרקע כלל ובא להעיד על מטלטלין אף שלא נשאר בידו מטלטלין אחרים יכול להעיד דעיקר טעם הפסול דכשמעיד על דבר ששיעבודו עליו הוי כמעיד על חפץ שלו כיון שהוא משועבד לו ובקרקע דוקא שייך שיעבוד משא"כ במטלטלין דלאו שיעבודי' עלייהו. וראי' זה מהב"ח ופרישה שכתבו בטעם דהלוקח שני מעיד לראשון כשיש למוכר קרקע אחרת אף דאם יטרפנו הנגזל מראשון חוזר על המוכר ולא ישאר לשני סמך על אחריות שלו וכתבו דמשום דכתחלה מקח של שני לא סמכה דעתו על זה כיון שהוא משועבד על אחריות של הלוקח ראשון ומכ"ש במטלטלין דאין בהם שום שיעבוד וסמיכת דעת וגם הסברא מורה כן דאלת"ה א"כ אם א' יהי' חייב לחבירו דינר יהיה פסול לו לכל עדיות במטלטלין ובמו"מ. ולפ"ז ה"ה במלוה ע"פ יכול להעיד כיון שאין לו שיעבוד:

יא **ואם ישאר בידו קרקע אחר**. אפילו ממשעבדי ואפי' אצל ערב וכ"כ התומים. ואין לומר דיהיה נוגע מטעם הראשון נוח לו דכאן כיון דאין כאן רק חששות רחוקות רק כ"ז דאין לו שיעבוד רק על זה הוי כמעיד. על שיעבודו וכמעיד על שלו דמי משא"כ כשיש לו שיעבוד על מקום אחר ומה"ט לוקח שני מעיד לראשון אף דאיכא למיחש לנגזל ובע"ח שיקח זה הקרקע ולא יהיה לו על מי לחזור מ"מ כיון דהשדה של לוקח ראשון אינה משועבד לו יכול להעיד עליו. והנה בלוקח שמעיד למוכר כתבו התוספות ג"כ דכשיש למוכר קרקע אחר נגד אחריותו דמעיד. ובספר קצה"ח חולק ע"ז וכתב כיון דלוקח אית ליה על המוכר ג"כ אחריות משבח ושבח אין לו קצבה ולפענ"ד נרא' דלפמ"ש לעיל דמלוה דמעיד על מטלטלין של לוה אף דמיניה מצי גבי אף מטלטלין כיון דאי מזבני להו לא מצי טריף לא מיקרי שיעבוד שלו ויכול להעיד עליו ה"נ נגד השבח כיון דלא מצי

טריף ממשעבדי לא מיקרי הקרקע שיעבודו. וגם כבר הוכיח בתומים דלא נפסל בשביל שבח לעדות דאלת"ה אפי' נשאר קרקע ביד מוכר לא יעיד לו דהא אם יצא הגזילה מת"י ויטרפנו הלוקח שני מיד המוכר שוב לא יהיה לראשון אחריות על השבח משדה זו כיון שהוא כבר משועבדים ת"י הלוקח שני:

יב **שלא באחריות.** עש"ך סקכ"א שהקשה על הסמ"ע שכתב דמשום חשש תרעומת לא יעיד מהא דפריך בש"ס והאמר ר"פ ה"ל לאקשויי בלא"ה דהא תרעומ' אית ליה כיון דלא אסיק אדעתיה תירוצא דהש"ס דמכיר בה שהיא בת חמורו. ולפענ"ד נראה ליישב דבמטלטלין כיון דלעולם אית ליה לחלוקח הדמים שנתן מהנגזל משום תקנת השוק לית ליה תרעומת על המוכר ומשום שבח ל"ש תרעומת כיון שאין לו היזק משא"כ בקרקע שאין מקבל שום דמים ומפסיד מעותיו שפיר אית ליה תרעומת כנ"ל (ויש ט"ס בש"ך סקכ"ד בס"ה אלא נ"ל דצ"ל שם ולא קאמר רב זביד בלא כו' ותיבת ודקאמר רב זביד ט"ס:

יג **שאפשר שנוח לו וכו'** הנה בתומים סקי"ה יצא לידון בדבר החדש דבע"ח יכול לגבות אף שהיה יאוש דיאוש מטעם הפקר וכשם שהבע"ח יכול לטרוף מדבר שהפקיד כן יכול לטרוף מהדבר המיואש. ולפענ"ד הא ודאי לית' דא"כ אף ביאוש דאבידה כשיש לו בע"ח ששיעבד לו מטלטלי אג"ק יכול לטרוף מהמוכר אבידה אחר יאוש וזה לא שמענו מעולם אלא ודאי דשאני יאוש מהפקר דהא דבע"ח יכול לטרוף מהקרקעות שמכר כתב רש"י בפסחי' דף ל' ע"ב בד"ה דכ"ע אתי מלוה וטריף כיון דמחמת דשיעבוד הוי כדבר שאינו ברשותו ולא הוי מכיר' ומש"ה אתי וטריף משא"כ יאוש העיקר הוא דמהני יאוש הוא רק לדבר שאינו ברשותו דהא כל גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדישו מפני שאינו ברשותו ואפי' הכי מועיל יאוש דביאוש גזירה הכתוב הוא ורחמנא בע"כ דידיה אפקה מרשותו ולא מטעם הפקר הוא כלל ואדרב' במקום שהוא ברשותו לא מהני יאוש כלל כמ"ש הרמב"ן בב"מ במלחמות גבי בטלה לפני יאוש ובמקום אחר הארכתי בזה ממילא גם הבעל חוב אינו יכול לטרוף כיון דלא שייך הטעם שכתב רש"י בטריפת בעל חוב:

יד **ביאוש ושינוי רשות.** עש"ך בסי' שנ"ג סק"ה מה שהקשה שם אדין זה ושם יבואר אי"ה:

טו **אבל אם בא להעיד שהוא של ראובן וכו'.** בתומים הקשה דילמא רוצה להעמידו בפני בע"ח דנגד הב"ח לא מהימן בהודא' שלו דא"כ לחוב אחריני ותירץ דכיון שמודה שמעון שהשד' הוא של ראובן והרי בע"ח של שמעון נפרע משדה של ראובן ומחוייב ראובן להחזיר דמיו לשמעון וכשלא ישלם יהי' לוה רשע ולא ישלם ג"כ. ותמוהין לי

דברי' אלו דהא זה הוי כנתפס על חבירו ואין לך מי שנתפס על חבירו דהי' חבירו חייב לשלם כיון דלפי דעתו בעידי שקר לקח הימנו. לכן נ"ל כיון דעיקר הטעם שלא יהי' לוה רשע בפני הבריות כפ"ש הש"ך סק"א וכאן כיון שהוד' שהשד' של ראובן וא"כ הבע"ח שלו כשלוקח' בחובו מיד ראובן בגזל לקחו ואינו נפטר מחובו נגד הבע"ח והרי הוא לוה רשע ולא ישלם בעיני הבריות ואדרבא הבריות יאמרו שע"י שהוא רשע ואינו משלם להבע"ח גרם להבע"ח שיהי' ג"כ גזלן שיגאל השדה מראובן:

סימן לח

א **או הזימום ה"ז פטור.** בתומים הקשה בשם מוהרח"י על הרמב"ם שפסק בעדים שהוכחשו והוזמו בבת אחת דאין להן דין זוממין דהיינו שבאו עדים ואמרו אתם והלוה היה עמנו דאין זה הזמה והקש' מהא דאמר בש"ס פלוני רבעני לאונסי שהוא ואחר מצטרפין להורגו ולדברי הרמב"ם הא הוי עדות שאאי"ל דהא א"א בזה להזמ' בלא הכחש' דכשיזימו ויאמרו עמנו הייתם ממילא הוי גם כן הכחש' דהא העד הוא הנרבע גופי' וע"ש שתירץ בדרך רחוק מן האמת ולפענ"ד נרא' ליישב בפשיטות דהנה יש להבין מ"ט דהרמב"ם ומאין הוציא זה. ונרא' דטעמו הוא דהנה הסמ"ע הביא בשם הטור בטעמא דהזמה עדיף מהכחש' דהזמה כיון דהוא בגופן של עדים הוי כאומרים לשנים חיללתם שבת או הרגתם את הנפש שאינן נאמנין להכחישן בדבר שהעידו על גופן וה"נ בהזמה דהוא על גופן של עדים משא"כ בהכחשה שהן מכחישין עצמן בדבר אחר הראשונים נאמנין כמו האחרונים ובזה א"ש דברי הרמב"ם שכתב וז"ל ואמרו ב' אחרים ביום זה ובמקום זה היינו עמכם ועם אלו כל היום ולהד"ם שלא זה הרג את זה ולא זה הלו' את זה הרי זה מוכחשת. ומיירי שהמזימין מודים שהעדים היו בעולם שאמרו העדות נמצא דבמה שמכחישין שזה לא הרג ולא הלוה אינן מזימין גופ' של העדות רק שמכחישין בגוף המלוה והלוה ובזה אין אלו נאמנין יותר מאלו. ונראה דלרבא דאמר בב"ב דף ל"א גבי אבהת' ואכילת' בהדי סהדי שקרי למה לי דלאותו עדות אף בהכחשה אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אפילו אם המזימין אומרים העדים והמלוה היה עמנו במקום אחר שבטלה ההזמה אך להרמב"ם שפסק כר"נ בב"ב שם הוצרך לומר דוקא כשהמזימין אומרים היינו עמכם באותו מקום שאומרים העדים ולא קשה מפלוני רבעני אף דשם איירי רבא בהך דינא דשם הכחשה ג"כ בגופן של עדות שאומר אתה היית עמי ואין העד נאמן להכחישו ולומר לא הייתי עמך כמ"ש הסמ"ע בטעם נאמנותן של הזמה וגם מה שהקשו מסוגי' דמיפך והזמה ג"כ לא קשה די"ל דמיירי שהוזמו מקודם

ונתבטל עדותן לאחר כדי דיבור הכחישו דאז לא נתבטל העדות של ההזמה דשתי עדיות הן וכמבואר בפ"ק שם. ונידון מה שכתב בתומים דכשהמזימין אומרים היינו עמכם ולא ראיתם דהוי הזמ'. לפענ"ד ליתא דהא כשאומרי' הלו' היה עמנו אומרי' ג"כ שלא ראית' ומ"מ הוו הכחש' כמו שמכחישין גם גוף הלוא' וה"נ דכוותי' שהרי מכחישין ג"כ גוף המעשה כנ"ל:

ב **איכא נפקותא וכו'**. עש"ך ס"ק ב' שהשיב על הריב"ש וחילק בין הזמה שלא בפניהם שאינן נפסלין ובפסלינהו בגזלנות' דנפסלין שמעידין על גופן של עדים. והוא מחוסר הבנה לכאור' דהא בהזמ' ג"כ פוסל גופן של עדות דמה לי אם אמרו שגזלו או שאמרו שהעידו שקר. ונראה בכונתו דדעת הש"ך דהזמה לא נקרא מעידין על גופן של עדות בסנהדרין דף כ"ה גבי פלוגתא דאביי ורבא בעד זומם אי למפרע הוא נפסל דרבא ס"ל דמכאן ולהבא הוא נפסל ואמר הטעם דעד זומם חידוש הוא וקאמר התם דאיכא בינייהו דפסלינהו בגזלנות' וכו' אלמא דלפסול בגזלנות' לאו חידוש הוא וע"כ הטעם משום דמעידין על גופן של עדות לפסול אותן משא"כ הזמה מיקרי חידוש ואי לאו דחידש רחמנא לא הוי נקרא מעידין על גופן של עדות ולא היינו מהימנינן לאחרוני' טפי מהראשוני' וע"כ הטעם דאף שאומרי' בהזמה שהעידו שקר הא כמו כן כשמכחישין ואומרי' המלוה או הלוה עמנו הי' ג"כ אומרי' שהעידו שקר ומ"מ לא מהימני האחרוני' טפי מהראשוני' מטעם כיון דעיקר הגדתן הוא נגד המלוה ואי לאו חידוש הזמה דומה להכחשה אלמא דהזמה לא מיקרי כ"כ הגדה על גופן של עדות כמו פסלינהו בגזלנותא. ובתומים כתב דזה תלי' בפלוגתא שבין ראבי"ה לריב"א דהנה הראבי"ה הוכיח דאם קיבלו עדות שלא בפני בע"ד דמהני מהא דהזמ' שלא בפניהם דהוי הכחש' והריב"א השיב דהכחש' לא הוי רק נגד הבע"ד דהיא בפניו וכו' וע"כ הראבי"ה דהוכיח מזה דמהני ס"ל דהזמה שלא בפניהם אפי' לפסול העדים ולפ"ז למאן דס"ל דקבלת עדות שלא בפניו לא מהני גם הזמה שלא בפניה' לא מהני נגד לפסול העדות. אך יש לצדד דהא גם על פסול גזלנות יש לעיין היאך מקבלין חובתם שלא בפניה' וע"כ מטעם דכיון דאין העדים לשנינו והמלוה הביא עדים להוציא ממון מיד הלוה והלוה מביא עדי הזמה לפטור עצמו מתשלומין ובנתבע מקבלין עדיות שלא בפני בע"ד ובפרט דהוי בעדים רדופין למדנה"י כיון שהלה רוצה להוציא ממון ממילא מהני ג"כ הקבלת עדות לענין פסול העדות ולפ"ז בתובע שרוצה להביא עדים להזים עידי השוכר אין מקבלין העדות גם לפסול העדים וכן בהזמת עדי גירושין עכ"ל התומי'. ולפענ"ד דאף הריב"א סובר דמהני הזמה שלא בשניה' לפסול העדות רק דסברת הריב"א הוא כיון דעיקר הדין שבא עליו הקבלת עדות

הוא נגד התובע או הנתבע והוא בפניו והרשות בידינו לקבלו אף שנצמח מזה פסול להעדי' וכן שלא בפניו אין משגיחין על זה ומקבלין כיון שעיקר העדות הוא על דבר שהוא בפני בע"ד. גם מה שהוכיח מהרמ"ה והר"ן ספ"ב דכתובות שהוכיחו דבשטר לית ביה דין הזמה דאל"כ היאך נאמן קרוב לקיים כתב יד קרובו דילמא אתי לידי הזמה והרי יוזמו על ידי קרובי' וכו'. ומזה הוכיח דמהני הזמה שלא בפניה' לפוסלן דאלת"ה לא משכחת לה הזמה ע"י קרובי' דהא ע"כ יהיה בפניה' ולפענ"ד אין מזה הוכח' דאפשר שבשעת הזמה כשיהי' בשניהם יהיה השטר נאבד וע"כ יהיה הזמה ע"י קרוביה' שקיימו אז הכת"י או שיהיו העדי' אז סומין או קרובי' לבע"ד שאחרי' יהיו צריכין להעיד על כת"י. כמבואר בסי' מ"ו וע"כ יהיה ההזמ' עפ"י הקרובי' שקיימו כת"י עוד נ"ל דאפילו לדעת הש"ך דאין העדות פסולין מ"מ אין לו דין תרי ותרי שיהי' מועיל תפיסה דדוקא לפוסלן לעדות אחרת הוי כשלא בפני בע"ד אבל עדותו שבשטר זה נתבטל לגמרי ע"י ההזמה שלא בפניה' דעדות זה לפני הבע"ד הוא ועיין בס' קצה"ח שכתב דעדים שהעידו שנתנסך יינו של ראובן והוזמו דחייבין לשלם מכאשר זמם. והביא ראיה מסנהדרין י' בפ' רבע שורו של פ' והוזמו דחייבין לשלם דמי שור לבעלי' וכו'. ולפענ"ד לא דמי דלא שייך כאשר זמם רק בדבר שצריך עדות בב"ד כגון הריגת שור אבל באיסורין אפילו במקו' דצריך ב' עדים מ"מ לא צריך הגדה בב"ד כמש"ל בסי' כ"ח ובס' חוות דעת סי' צ"ט ע"ש ובדבר שא"צ עדות בב"ד לא חידש' התורה דין דכאשר זמם אכן מ"ש דאם כבר נפסל דחייב לשלם מדינא דגרמי יפה כתב. והואיל דאיירינן בזה הסי' בדיני הזמה אמרתי להעלות על שלחן מלכים דבר נאה ומתקבל מה שמצאתי בכתבי אאמ"ו הרב המנוח זצוק"ל בחידושיו על הש"ס דפ"ק דמכות על הא דאי' שם דף ג' אמר רב יהוד' א"ר עד זומם משלם לפי חלקו ופריך מאי משלם לפי חלקו אילימ' וכו' אלא כגון דאיתזם חד מינייהו מי משל' וכו' אמר רבא באומר עדות שקר העדתי ופריך כל כמיני' כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכו'. וכתבו התו' וז"ל בד"ה באומר עדות שקר העדתי ושוב הוזם לכאורה משמע דכי אמר הכי משלם חלקו דאינו כן וביקש להפסיד ממון חבירו בעדותו ולא נראה דהא ליתא מאן דמשלם ממון אא"כ הוזם במקו' פלוני עמנו הייתם עכ"ל. ודברי התוס' אלו משוללי הבנ' לכל רואה ובמהרש"א כתב בכוונתם דלכאור' משמע דאיירי בלא הוזמו וכו' ע"ש ופירושו דחוק מכמה טעמי' ואין לשון התוס' הולמתו כלל. חדא ל' ושוב הוזם אין לו פי' והוא מיותר. ב' לשון דא"כ וביקש הוא מיותר ואין לו שחר כלל. ג' האריכות לשון דליכא מאן דמשלם וכו' עסה"ד היא אך למותר והיה די באומר דלא משלם ממון אלא בהזמ' ע" י עדות ולא ע"פ עצמו ותו לא ובודאי אין סברי' שישלם

על שביקש להפסיד ולא הפסיד וחזר בו דמאי קעביד. ד' קשה ל' עד זומם לפירושו דמשמע דהוזם מאחרי' ואף שהוא מפורש דהוי דינו כעד זומם זהו דוחק גדול ומאי ס"ד דרבא לפרש כן דברי רב בדוחק שיקרא לזה עד זומם הואיל ומשלם. ונראה לענ"ד לפרש דבריה' בדרך זה. דהיה קשה להתוספות על אוקימתא דרב' באומר עדות שקר העדתי א"כ למה קורא אותו רב עד זומם. וגם אין סבר' שישלם על פיו כמש"ל. לזאת רצו לפרש דברי רבא דמיירי כגון שהעיד בב"ד שפ' חייב לזה ושוב אמר עדות שקר העדתי ואח"כ באו עדים והזמו לזה דהיינו שבאו ואמרו שאנו היינו באותו מעמד כשהלו' לו וגם אתה היית שם וראית ההלוא' ונתיחדת לעד וידעת מזה והנה לפי דס"ד דמהימנין ליה כשאומר עדות שקר העדתי ממילא רצה להפסי' באמירתו זאת להמלו' (") ולכך חייב לשלם ע"י ההזמ'. ומשכחת שמשלם לפי חלקו בעדות מיוחדת בג' עדים א' אמר ק' בניסן וא' אומר ר' באייר וא' אמר ש' בסיון וחייבוהו הב"ד ר' ואמר עד השני שקר העדתי וממילא לא נתחייב רק ק' נמצא שהזיק ק' ואח"כ הוזם על אמירה זו משלם חלקו מה שרצה להזיק. וזה שכתבו בתחלת לשונם ושוב הוזם פי' שהוזם אמה שאמר עדות שקר העדתי דאינו כן. וזה שכתבו עוד דלכאור' משמע דכי אמר הכי פי' שאמר עדות שקר העדתי דאינו כן מחמת ההזמה וביקש להפסיד ממון חבירו דהיינו למלו' בעדותו היינו מה שאמר עדות שקר העדתי והאמינו ליה. ופריך הש"ס מי מהימן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד פי' ואם כן לא הפסיד למלו' במה שאמר עש"ה כן הי' משמע לכאור'. וע"ז כתבו במסקנתם ולא נראה דהא לית'. פי' היאך ס"ד דרבא לו' דמשלם אמה שאמר עש"ה ושוב הוזם דאינו כן. דזה אינו דליכא מאן דמשלם ממון אא"כ הוזם במקו' פלוני עמנו הייתם פי' שלא היית במקו' זה כלל ולא ראית ההלוא' אלא במקו' אחר היית. ומדוקדק על נכון מה שהוכרחו לפרש דין הזמה במקו' פלוני עמנו הייתם להורות דזה דוקא נקר' הזמה ולא כשאומרי' המזימין אנו היינו עמכם במקום הלוא' וא"ש. וז"כ ופשוט לענ"ד בלי גימגום. ע"כ דפח"ח וש"י:

סימן לט

א **או שהודה בפני עדים וכו'**. עסמ"ע סק"א דאם אמר סתם הנני מודה לך בפני עדי' בקנין שאני חייב לך לא ידעתי על מה יחול הקניין ובש"ך סק"א הביא בשם ב"ה שתמה על זה דהא משעבד נכסיו בקנין ולענ"ד נראה לתרץ דהנה אף דמסיק הש"ך בס"ק י"ד דאפי' לא התנה אמרינן אחריות ט"ס הוא מ"מ אם בא הלוה והודה בקנין שחייב לו מכבר מלוה על פה נראה דלא אמרי' ביה אחריות ט"ס דהא עיקר הטעם דאמרי' אחריות

ט"ס הוא משום דלא שדי אינש זוזי בכדי כמבואר בסמ"ע וש"ך וזה שייך בשע' הלוא' כשלא רצה המלו' להלותו עד שיכתוב לו שטר או עד שיקנ' בק"ס אמרי' אף דלא התנה המלו' באחריות כיון דהתנה על ק"ס או שטר ודאי דטע' במה שלא התנה באחריות וכונתו הי' ג"כ על אחריות דלא שדי זוזי בכדי אבל כשבא הלוה ומוד' בק"ס על מלוה בע"פ שחייב לו מכבר זמן רב ולא התנה על אחריות היאך שייך לומר שהלו' טעה ושכח להתנות אחריות דהא על הלוה לא שייך סברא דלא שדי זוזי בכדי והמלוה אין לו כח להתנות באחריות לו' עליו שטעה במה שלא התנה. ואף שהסמ"ע בס"ק ב' כתב טעם אחר משום כיון דהקנ' לו בעין יפה ודאי אין מקפיד בקלא ואמרינן דמסתמא הוציאו העדי' הקול מ"מ נראה דמוכרח הוא לטעם דלא שדי זוזי בכדי ג"כ כמ"ש בתומי' סי' ס"ט סק"ח ע"ש וע"כ דבלא סברא דלא שדי זוזי בכדי לא אמרינן דטעה וכיון דלא התנה באחריות הוי כפי' שלא באחריות רק מחמת סברא דלא שדי זוזי בכדי אמרינן דטעה וא"כ בהודא' דלא שייך סברא זו לא שייך לומר אחריות ט"ס ובזה אפשר ליישב דברי הנ"י דסתרי אהדדי שהביא הש"ך בסקי"ד ולא צריכין להדוחק שכתב הסמ"ע והש"ך ע"ש. ובאמת גם בק"ס שיתן לו חובו עד זמן פלוני לא טריף ממשעבדי כשלא התנה ובהג"א לא כתב זה רק לענין אם יכולין לכתוב בלא אמר כתבו שאין ממש בקנין זה דכשאינו מקנה לו שום דבר הוי כקנין דברים דלא מהני אף לענין כתיבה משא"כ במקנה ליתן חובו עד זמן פלוני דלא הוי קנין דברי' וכותבין ומיירי כגון שמתחלת הלוא' הי' על זמן ארוך ונתרצ' בשעת הודא' לשלם בזמן קרוב א"נ מיירי להיפך שמתחלת הלואה היה על זמן קרוב ונתרצ' המלו' להמתין לו על זמן ארוך ושיקנה לו בקנין סידור בשעת הודא' דזה דמי למכיר' ושייך סברא דלא שדי אינש זוזי בכדי אמרינן ביה אחריות טעות סופר כנ"ל ברור:

ב **והמלו' את חבירו בשטר וכו'** עש"ך שהאריך לפלפל אי שיעבודא דאורייתא אי ל"ד והואיל ואינו נוגע כ"כ לדינא לא הארכתי בו והנה בפי' דשיעבודא דאורייתא ליש פוסקים הפי' דמאן דס"ל ש"ד הוא דשעבוד הוי כקנין וא"י למכור ולהוריש ולמאן דס"ל ל"ד האמת דמיני' גובין מדאורייתא רק דס"ל דמכאן ולהבא גובה ולא אלים בשעת שיעבוד כקנין וכשמוכר והוריש קודם הגבי' שוב א"י לגבות מהן. ויש פוסקים ס"ל דאפילו מיני' לא שייך גובייא ושיעבוד כלל בנכסים רק הא דנחתינן לנכסי' הוא מטעם כיון דפריעת ב"ח מצוה וכופין ומכין אותו עד שתצא נפשו והוא דנחתינן לנכסי' הוא ג"כ מתורת כפי'. דוק בתו' וברמב"ן סוף פ' ג"פ ובשאר פוסקים ונראה נ"מ באם נשתט' אחר הלואה דהנה מדרבנן ודאי נשתעבדו הנכסים ונחתינן לנכסי' דלא גרע מיורש רק הנ"מ

מדאורייתא דלמאן דס"ל דמיניה נשתעבדו נכסי' מדאורייתא גובין ממנו מדאורייתא משא"כ למאן דס"ל דהוא מצד כופין אותו לקיים המצו' וכמו שמכין אותו עדיף טפי למיחת לנכסי' מלהכותו ע' ברמב"ן ס"פ ג"פ ושוטה לאו בן מיעבד מצוה הוא. וע' בש"ך סק"ב בד"ה עוד הבי' מהרש"ל שם עד וז"ב. כונתו שהש"ך הבין בדברי רש"ל במ"ש מדמחלקינן לתרי מימרי וכר' היינו שלפ"ד התוספות דרב פפא מחלק בין מלוה הכתוב' בתור' לשאר מלוה ע"כ ס"ל דמלוה הכתוב' בתור' אלים ובודאי ככתוב' בשטר דמיא וא"כ הרי המימרות סותרות עצמן דמעיקר' אמר דלאו ככתוב' בשטר דמיא ואח"כ אומר דכ"ע סבירא להו דר"פ ור"פ ודאי סבירא לי' דככתוב' בשטר דמיין וע"ז משיג הש"ך על הרש"ל דר"פ לא ס"ל כלל דככתובה בשטר דמיא רק דס"ל דבמלו' הכתוב' בתור' שיעבוד' דאוריית'. אבל באמת כוונת מהרש"ל להוכיח דר"פ על כרחך לא מיירי במלוה הכתוב' בתור' דאי ר"פ מיירי במלוה הכתיב' בתור' דגוב' מהיורשין ולא מהלקוחות לא הי' לו לאתויי כלל רק הא דר"פ ושוב לא קשה מה שהקש' הש"ך והנה בתומים ובקצה"ח מביאין קושיית העולם למען דס"ל שיעבוד ל"ד ואין בע"ח גובה מיורשין כלל א"כ קשה הא דאמרי' בשבועות פ' כל הנשבעין שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין וכו' הא בלא"ה אינו גובה מן היורשים מדאוריית' ועוד הקשו דהא ע"כ אינו גובה מן היורשין רק מקרקע ולא ממטלטלים א"כ הוי כפירת קרקעות עיין בדברי הפוסקים. ולפענ"ד נרא' דמשכחת לה במשכון בין בש"ה בין שלא בש"ה שהחזיר הכר בלילה למצוה או לפקדון ומבואר בסי' צ"ז סעי' כ"א דבשיש ללוה מגו נאמן לומר פרעתי במגו דהחזר' ע"ש ומכ"ש כשאינו ידוע כלל בעדים שהי' הדבר ההוא ממושכן בידו שנא' לטעון לא לויתי מעולם או פרעתי במגו דלא לויתי. וז"פ דאם המשכון ביד לוה ויש לו מגו ומודה במקצת דחייב ש"ד במקום דלא הוי המשכון הילך כגון שאכלו אפי' יש לו מגו חייב ש"ד ולפ"ז שפיר משכחת לה ביורשים כגון שהחזיר המשכון לפקדון או למצוה ללוה או לפקדון ליורשים ואכלום דכיון דהי' אביהם נאמן לטעון שלא הלוה רק נ' או שפרע מקצת במגו דאי בעי אמר שלא הי' הדבר ההיא משכון כלל ביד המלוה ואנן טענינן ליורשי' כל מה שאביהן יכול לטעון וא"כ אם היורשים מודים בחמשים ובחמשין טוענין א"י ודאי דפטורין מחמשי' כיון שאביהן הי' נאמן אך אם שייך מחוייב שבוע' ואינו יכול לישבע משלם גבי יורשים היו חייבי' בודאי לשלם כל המאה דנהי דטוענין להן כל מה שאביהן יכול לטעון מ"מ הא אביהן חייב לישבע שבוע' דאוריית' כמוד' במקצת וא"כ כיון שהיורשים אינן יכולים לישבע השבוע' בברי ה"א דהוויין כמחוייב שבוע' וא"י לישבע דמשלמין והוצרך הקרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דביורשי'

לא אמרי' משואיל"מ וממילא אין חייבים רק לשלם רק החמשים שהוד' והשאר פטורין. ובקצה"ח הקשה על הש"ך דמסיק דלהכי אין גובים מן העבדים משום דשיעבודא ל"ד ובדרבנן עבדא כמטלטלי דמי ומסיק ג"כ דלרב פפא ס"ל דבמלוה הכתוב' בתורה ש"ד א"כ קשה הא דב"ק דף י"ד דאמר שוה כסף דבר הנקנה בכסף ופריך עבדים נמי ולדברי הש"ך הא שם בנזקין מיירי דהוא מלוה הכתובה בתורה דש"ד ובזה באמת עבד' כמקרקע דמי ע"ש. ולק"מ דהא בלא"ה היה לו להקשות מה פריך הש"ס מעבדים הא הרבה אמוראים ס"ל בב"ק דף י"ב בהדיא דבע"ח גובה מהעבדים אפי' מיתמי וע"כ צ"ל דקושיית הש"ס הוא לרב ושמואל והרבה אמוראים דס"ל דאין חילוק כלל בין מלוה הכתוב' בתורה או לא ובכולא שעבודא לאו דאורייתא:

ג **גובה מן המשועבדי'**. עסמ"ע סק"ב דמסיק דוקא כשהעדים לפנינו וזוכרים זמן הקנין דאל"כ אע"פ שהלוה מודה וכו'. אין הסמ"ע רוצה ליתן טעם על כשאין העדים לפנינו דזה בלא"ה אין גובין ממשעבדי דהא יכול לטעון פרעתי אפי' תוך זמנו כמבואר בסעיף ה'. רק שטעם הסמ"ע צריך באם העדים לפנינו ואין זוכרים זמן הקנין ויש עדים אחרים שזוכרין הזמן שאין מצטרפי' לגבות מזמן הקניה מטעם שכתב הסמ"ע והיינו דחיישי' כיון שרואין שאין העדים זוכרין הזמן אמרי' מסתמא שכחו ביום הקנין להפקיע הקול דאם היו מפקיעי הקול ביום הקנין היו בודאי זוכרים זמנו. אמנם נראה דאם העדים לפנינו ואין זוכרים אם היה הקנין בר"ח ניסן או בר"ח אייר דגובה עכ"פ מר"ח אייר דביום שזוכרין שאז ודאי כבר הי' הקנין בודאי הפקיע הקול באותו יום וכן מנהג העולם שאם העדי' מסופקים באיזה יום הי' הקנין שכותבין בשטר היום שברור להם שאז היה כבר הקנין רק דעת הסמ"ע שאין מצטרפים עדות אחרים שזוכרים הזמן לכתוב מאותו זמן שוכרין העדים האחרים:

ד **שלא יחזירו למלוה ע"פ מלוה בשטר**. עיין תומים שהקשה הא בלא"ה צריך לומר כתבו דבלא"ה הוי מפי כתבם. ולק"מ דלהטעם דלא ליהוי מפי כתבם סגי בכתבו וחתמו בלבד ולא צ"ל תנו כדמוכח בסעיף ג' בהג"ה דכתב דכל שלא אמר כתבו הוי כפנקס משמע דכשאומר כתבו וחתמו שוב לא הוי מפי כתבם אף דלא אמר תנו ומשום שלא יחזרו למלוה ע"פ מלוה בשטר צ"ל תנו ולפ"ז אם אמר כתבו וחתמו ותנו וחזר אחר הכתיבה ומוחה מליתנו מ"מ לא הוי מפי כתב' כיון דנכתב ונחתם בשליחותו כמ"ש התומים:

ה **צריכין להמלך בו**. עיין בראש"ש שהקשה דהא אמר תן חפץ לפ' א"צ להימלך ותירץ דרגלים לדבר כיון שלא קנו ממנו וכו'. ולכאורה קשה דהא אמר תן שטר

מתנה זו ג"כ א"צ להימלך אף דלא קנו מידו ואיכא רגלים לדבר ג"כ וצ"ל דשאני הכא דעשה שתי שליחות על הכתיב' ועל הנתינת ולא קנו מידו ואיכא רגלים לדבר שאם היו קנו מידו לא היה צריך לשני השליחות ולכך צריכין להימלך אחר קיום שליחות הכתיבה בין שליחות הנתינה. והא דלא תירץ בפשיטות דכאן איכא ב' שליחות דהיה קשה לו מכתבו ותנו דגבי גט אשה דא"צ להמלך בין כתיבה לנתינה:

1 **דאם נתקיים דנין ע"פ**. עש"ך סק"ט ודבריו צריך ביאור. ואפרש דבריו בקיצור. מ"ש הד"מ ונראה דמהר"מ לא קאמר אלא בשטר מקויים ואין העדים צריכין להעיד בפה ולכן מהני עדותן אע"פ שאינן זוכרין ואין השטר בתיקונו מ"מ עדות הא מיהא איכא וכו'. ולכאורה אין הבנה לדבריו הללו דלמה הצריך שיהיה מקויים הא יכולין השת' לקיימו. וכן מ"ש הרב בהג"ה דאם נתקיים דנין ע"פ תמוה דלמה הוצרך להיות שנתקיים. ונראה לפענ"ד דהנה המהר"מ אזיל בשיטת תירוץ השני של ר"י שהיא בשיטת ר"ת כמ"ש הש"ך לקמן והנה זה פשוט דאף לדעת ר"ת דמכשיר מפי כתבם במי שאינו אלם מ"מ אין עדותן נגמר עד שבא הכתב לפני ב"ד דבשעת כתיבה שכותבין חוץ לב"ד לא עדיף ההגדה מפי כתבם מהגדה בפיהם כשמגידים חוץ לב"ד אין בו ממש וכמ"ש בתשובת רמ"א סי' י"ב ועמ"ש בסי כ"ח. ולזה בעינן שיהיו העדים זוכרין העדות בשע' שבא הכתב לב"ד דכיון דאז הוי כהגדה בב"ד וקודם שבא לב"ד הוי כהגדה חוץ לב"ד ובעינן שיהיה ראוי להגיד בפה בשעה שנחשב הגדה בבית דין דכשאינו זוכר ואינו ראוי להגיד הוי כאלם דפסיל גבי' מפי כתבם ולזה כשנתקיים בב"ד ואמרינן דבשעה שנתקיים דאז בא השטר לב"ד ודאי היו זוכרין כמבואר בסי' מ"ו סעיף י' והיו ראויין להגיד ונחשב הכתב כהגדה בב"ד אבל אם עדיין לא בא השטר לב"ד להתקיים רק עתה הוא הפעם ראשון שבא השטר לב"ד ואין זוכרין העדות פסול דהא אין ראויין להגיד שעה שנחשב הגדה בב"ד והוי כאלם דפסול. משא"כ בשטר גמור שנכתב כתיקון חכמים הוי כנחקר העדות בשעת חתימה. וכשר אפי' , אינן זוכרין עתה. ובזה תבין מה שתירץ בד"מ הקושי' שהקש' מוהרי"ו על מהר"מ מהירושלמי ומה שכתב לחלק בין ע"א לב' עדים ומסיים דבב' עדים שנכתב מדעת שניהם שטר גמור הוא ומשמע דס"ל דבע"א אפי' נכתב מדעת שניהם לאו שטר הוא דבעינן דומיא דספר המקנה כמ"ש התו' בכתובות דף ה' ד"ה ורבי יוחנן ומ"ש הש"ך דתי' ב' של ר"י אזיל בשיט' ר"ת דמפי כתבם כשר בראויים להגיד. לכאור' קשה דא"כ ל"ל נוסח שטר. ונרא' כוונתו דכשכותבין בנוסח שטר למוסרו כך למלוה ולא לשנותו וכמ"ש הש"ך ואז הוי כשולח כתבו לב"ד דהא המלוה יתבע השטר בב"ד אבל כשאין כותבין בנוסח שטר דהיינו כשכותבו רק שיהיה לזכרון דברים אצלו א"כ אין שטר זה

נכתב שיבוא לפני ב"ד ולא הוי כשולח כתבו לב"ד רק כמגיד חוץ לב"ד. ומה שכתב עוד הש"ך בשטר שלא נכתב כתיקון חכמים דהיינו באין בו קנין פי' דלא ס"ל עדים בחותמיו זכין ומיידי שנכתב שלא בפני המלו':

ז **שלא בפני המלו'**. עש"ך סקי"ד מ"ש בשם הבעה"ת במקבלי עדות דאין לב"ד וכו'. ויבואר זה אי"ה לקמן סעיף ז' ח' ט' ע"ש:

ח **כשהזמין אחרים בקניינו**. ודאי דאף אם לא הזמין כלל א"י לכתוב לו מה"ט שכתב הסמ"ע דא"כ כל שנים יכתבו לו שטר והא שכתב כשהזמין אחרים בקנין הוא לענין שיהיה נאמן אם טען פרעתי תוך זמנו דאז בעינן דוקא שהזמין אחרי' בקנינו דאיתרע כשלא הוציא שטר מש"ה נאמן לטעון פרעתי תוך זמנו אבל כשלא הזמין כלל שאין להם לכתוב שטר כלל אין נאמן לטעון פרעתי תוך זמנו דלא איתרע טענותו כלל:

ט **לא היו קבועי'** עש"ך סקי"ח דמסיק דכל הפוסקים מודים דכשהי' ע"י תביע' והב"ד חייבו אותן מתוך טענותיהן דלא בעינן שלחו ע"ש. ואף דהרמב"ם כ' וז"ל הא דהודאה או עדות בב"ד וכן היא במחבר לקמן סי' ע"ט סעיף י"ב ועדות בב"ד ע"כ הב"ד חייבוהו ואפ"ה כתב דבעינן שלחו ע"ש. וכן בש"ך בס"ק י"ד בשם הבעה"ת דמקבלי עדות א"י לכתוב שטר וכו' היינו משום דמיירי שלא עשו פס"ד עדיין על הקבלת עדות רק שהתובע בא לקבל עדות לפני הנתבע ולא באו כלל לדון בפניהם רק שיכתבו עדותן אבל כשכבר עשו פס"ד ביניהם באמת הוי שטר כמ"ש שם הש"ך ע"ש אבל בלא עשו פס"ד עדיין בפניהם רק שקיבלו עדות אסור להם ליתן עדות כתב או לעשות פס"ד שלא בפני הלוה וליתן להמלוה כתוב בלא קבעו ושלחו אבל קבעו ושלחו מעלה לוה על דעתו שהן ב"ד רשאין ליתן לו כתוב וכ"ז שקיבלו עדות בפני הלוה אבל מה שגובין עדות שלא בפני הלוה וכותבין ב"ע שהי' שלא בפני הלוה רשאין למוסרו למלוה שאין לו דין שטר בידן שכתוב בו שהי' שלא בפני הלוה. אכן גוף דברי הש"ך תמוהין ועיין בסמוך ס"ק י"א פי' דבריו:

י **שמא יתן לו**. עסמ"ע סקי"ט. והנה לכאורה סעיף זה וסעיף ט' הן כפולים. וגם בסעיף זה נקט הטעם מחשש דשמא יתן ובסעיף ט' נקט הטעם דשמא פרעו. ונראה דכאן בא להשמיענו הדין אם כותבין לו דאחר שנכתב ודאי דיש לו דין מלוה בשטר ומיירי כאן כשבא לכתוב בעת שעדיין ודאי לא פרע לו ובזה כתב המחבר בסעיף זה דאסור להן לכתוב לו מחשש דשמא יתן ומיירי כשאין מודיעין להלוה דאסור להן לכתוב מטעם שכתב הסמ"ע בס"ק זה ובסעיף ט' בא להשמיענו דהודא' בב"'ד הוי כמלו' בשטר אף שעדיין לא כתב דסעיף ט' קאי על מ"ש הרמב"ם והטור דהודא' בב"ד הוי

כמלוה בשטר כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ג והיינו דהוי כמלוה בשטר אף שלא נכתב עדיין וע"ז קאמר בסעיף ט' בד"א דהוי כמלוה בשטר קודם שנכתב כשלא קיבל את הדין וכו' והיינו קבעו ושלחו ומסיים אבל שנים שבאו לדין וכו' והיינו בלא קבעו ושלחו באמן לטעון פרעתי. ומה שמסיים דאין כותבין מיירי אפי' כשרוצים להודיע ללוה שנותנין פס"ד דאז לא שייך החשש דשמא יתן מ"מ אין כותבין מחשש דשמא פרעו כבר. ודעת הש"ך מ"ש בסקי"ח ובסק"כ ובסקכ"ג נתבאר בסמוך בסקי"א. ועש"ך סקכ"ד שחולק על הסמ"ע וס"ל דכשיכול לטעון פרעתי אינו טורף מלקוחות. ובס' קצה"ח הקש' מערב למלוה ע"פ דכשהלוה מודה דגובה מהערב ולא חיישי' לקנוניא ותירץ דערב דומ' לא"י אם פרעתיך ולקוחות דמי לא"י אם נתחייבתי לך והמציא מזה דין חדש דלקוחות שקנו תיכף אחר פס"ד באופן דליכא חשש שמא פרע קודם שלקחו דגובה מהן ע"ש ותמוהין דבריו דהבע"ח אין להם על הלוקח כלום רק על הנכסים תובע שנשתעבדו לו והן תמיד בנדר אחד כמו ערב דהנכסים ודאי נשתעבדו לו וספק אם יצאו משיעבודן. והעיקר נראה דל"ד כלל לערב דבשלמא בערב כיון שנתערב בעד מלוה ע"פ ודאי על דעת כך נתערב דכשיתחייב הלוה בב"ד באיזה אופן שיתחייב ולא יהיה ללוה לשלם אז יתחייב הערב מצד ערבות דאם לא היתה כוונתו להיות ערב רק שיהיה ערב באם שהלוה הוא חייב על פי האמת ואם הלוה יהיה יכול לפטור עצמו מן הדין רק שיתחייב ע"פ דיבורו לא יהיה עליו דין ערב א"כ לעולם לא יתחייב הערב לשלם כיון דמלוה ע"פ הוא ולעולם יכול הוא לטעון פרעתי. גם מה שנסתפק בקצה"ח בהא דעמד בדין גובה ממשעבדי אי גובה מלקוחות שקנה באותו היום אחר שעמד בדין וגם אי גובה מהיורשין כשמת בו ביום. ולפענ"ד אין כאן מקום ספק דודאי מלקוחות לא גבה דהא כתובה כמעש' ב"ד דמי לשמואל כמבואר בגיטין דף י"ח דיש קול לנשואין ואפ"ה איני גובה מלקוחות שבאותו היום דהא אפי' בב' כתובות ביום א' חולקין והטעם דטריפת לקוחות משום נעילת דלת הוא רק בהלוא' ובשאר ענייני ממון הוא משום תקנ' כמ"ש התו' בב"ב ד' קע"ה בד"ה או מן היורשין ולכך הושוו מדותיהם ומעש' ב"ד אין לו רק דין שטר ולכך כמו ששטר אינו גובה רק מיום המחרת כמו כן מעש' ב"ד וכתובה אבל מיורשין גבי אפי' לרב ושמואל דהא כתובה לא גבי מלקוחות רק ממחרת יום הכתיבה וכן שטר וכשמת ביום הכתיבה ודאי דגובה מיורשין. והטעם מהא דאינו גובה מלקוחות רק מיום המחרת כתבו התוס' בכתובות דף צ"ד משום דאינו מוכח מתוכו והר"ן בפ' המגרש כתב דדוקא נגד הלוקח ב' שלקח אחריו אינו מוכח כיון שי"ל שקנה קודם אבל המוכר גופיה א"י לחזור בו דנגד המוכר מוכח הוא דכשהשטר בידו הוא ראיה שהחזרה הוא אחר מסירה ולפ"ז גבי

היורשין ג"כ מוכח כיון דע"כ מסירת השטר היה בחייו כתבו התו' בב"ק דף י"ח בד"ה כגון שעשאו אפותיקי דלא חש לשיעבוד נכסים של לקוחות לא שייך הטעם דנעילת דלת לגבי היורשים והכא דכתב שטר או עשה ק"ס דהוי כשטר או עמד בדין רק שלא היה יכול לעשות יותר לענין טריפת לקוחות לענין הלקוחות שקני באותו יום דאפי' אם היה כותב השעות מ"מ בשטר מכירה לא יהי' כתוב השעה וכל טצדקי דהי' יכול למיעבד לענין טריפת לקוחות עביד ודאי דגבו מיורשים שירשו אחר שעמד בדין או אחר שכ' השטר אפי' באותו יום: (") ואמר פרעתי נאמן. עסמ"ע סקכ"ו ויש ט"ס וכצ"ל וכשיהי' כתב הודאה בידו לא יהיה נאמן ואף שהטור כתב בשם הרמב"ם דס"ל דאפי' כשהפס"ד בידו נאמן לומר פרעתי כתב הודאה שאני אבל מדברי מור"ם ר"ס נראה בהג"ה דמשוה וכו'. ולפ"ז לשיטת הסמ"ע פס"ד גרע מכתב הודאה דבכתב הודאה כשהוא ת"י המלו' אפי' לא קבעו ושלחו א"נ לומר פרעתי משא"כ בפס"ד אפי' הוא ת"י מחלוקת הפוסקים אי נאמן לומר פרעתי בלא קבעו וישלחו. ולשיטת הרמ"א כתב הודא' שוה בכל אופן לפס"ד אבל בקבעו ושלחו אף לשיטת הסמ"ע אפי' לא כתבו עדיין הפס"ד א"נ לומר פרעתי דלא גרע מהודא' כן מבואר להדיא להמעיין בסמ"ע ופרישה. אבל הש"ך יש לו שיטה אחרת בזה דהנה לכאור' דברי הש"ך תמוהין מאור כמ"ש בסקכ"ד לתרץ דעת הע"ש שכתב דאפי' בציית דינא (דהיינו לא שלחו אחריו) רק שנתברר שלא פרע כותבין וע"ז תמה הסמ"ע בסקכ"ו דהא מוכח מדברי הרמב"ם והמחבר דאפי' בא בעת שעדיין ודאי לא פרע אין כותבין ותי' הש"ך בסקכ"ה דהרמב"ם מיירי בהודא' ולכך אין כותבין בלא קבעו ושלחו אפי' בנתברר שלא פרע. והע"ש מפרש מה שכתב הרי"ף וז"ל הרי"ף ולא דעמד בדין הוי כמלוה בשטר ה"מ היכא דלא צאית דינא ונתברר דלא פרע כו'. ופי' הע"ש ללא צאית דינא היינו ששלחו אחריו (ומיירי בהודא' דלא הוי מלוה בשטר רק בקבעו ושלחו) ומ"ש הרי"ף א"נ ציית דינא (דהיינו אפי' לא שלחו) ונתברר דלא פרע מיירי בפס"ד שהדיינים מחייבין אותו מתוך טענותיהן דזהו הוי בקבעו ושלחו כמ"ש בש"ך בסקי"ח משה"כ כותבין אפי' בלא שלחו כשנתברר דלא פרע כן הוא כוונת הש"ך בס"ק כ"ג. והוא תמוה מאוד דכיון דפס"ד במקום שהדיינים חייבו אותו מתוך טענותיהן הוי בקבעו ושלחו כמ"ש הש"ך בסקי"ח א"כ אפי' לא נתברר דלא פרע כותבין כמבואר בסעיף ז' בקבעו ושלחו דכותבין אפי לא נתברר ועש"ך שם ועוד תמוה מה דמשמע בסקי"ח דבדבר שהדיינים מחייבין אותו מתוך טענותיהן הוי כמו קבעו ושלחו וא"נ לומר פרעתי רק בהודא' שאין הב"ד עושין כלום בעינן קבעו ושלחו והוא תמוה מאוד דהא בהדיא מבואר בב"מ דף י"ז והוא במחבר לקמן סי' ע"ט סעיף י"ג באומר לו צא תן

לו ואמר פרעתי והעדים העידו שלא פרע הוחזק כפרן לאותו ממון וכתב הרא"ש הפי' לענין שא"נ לומר פרעתי אח"כ. ולפ"ד הש"ך להא באן טען פרעתי והעדים העידו שלא פרע דהרי אתחייב ע"פ ב"ד מהמת העדים שהכחישוהו א"כ ל"ל טעמא דהוחזק כפרן הא בלא"ה א"נ לטעון פרעתי נגד הפס"ד. גם מה שמבואר שם דבחייב אתה ליתן לו דלא הוחזק כפרן ונאמן מה בכך דלא הוחזק כפרן מ"מ הא א"נ מכח הפס"ד שחייבו אותו הב"ד מחמת העדים דהוי כמלוה בשטר לדברי הש"ך. וגם מוכח מכמה דוכתי דבעינן שיתרה בו בפני עדים שלא יפרענו בלא עדים הא בלא"ה א"נ. לכן נראה לפרש כוונת הש"ך דהא דאם חייבו אותו הב"ד מתוך טענותיהן הוא בקבעו ושלחו הוא רק לענין זה דהש"ך ס"ל דמחלוק' הרמב"ם ורוב הפוסקים שהביא בס"ק ך' היא רק בקבעו ושלחו אבל בלא קבעו ושלחו לכ"ע אינן יכולין לכתוב כלל אפי' כשמודיעין ללוה מטעם דלאו שם דיינים עליהם רק שם עדים ואסורין לכתוב כשלא אמר להן כתבו וחולק על הסמ"ע דס"ל דאפי' בלא קבעו ושלחו כותבין כשנתברר דלא פרע ומודיעין ללו' כמש"ל והש"ך ס"ל דאין כותבין אפי' כשמודיעין ללו' דחיישי' שמא יפרע לו ולא יחוש ליקח השטר מידו ונמצא זה תובע אותו בשטר וכו' ובאמת לפ"ד הש"ך אין לו דין שטר כיון שלא אמר כתבו ולענין זה כ' הש"ך דדוקא בהודא' שלא קבעו ושלחו אין להם רק שם עדים ואסורין לכתוב בלא כתבו אבל במקום שבאו התובע והנתבע לדון לפניהם והדיינין מחייבין אותו מתוך טענותיהם ודאי שם דיינין עליהם לכתוב בלא צווי המתחייב וזה אמת ברור כמ"ש הש"ך דלא נשמע בשום דוכתי בפס"ד ואדרכת' שלא יהיה מועיל רק בקבעו ושלחו אבל ברור דנאמן לומר פרעתי בפס"ד כ"ז שלא הודיע ללו' שיכתבו פס"ד אף בקבעו ושלחו דפס"ד גרע מהודא' כשלא הודיע דבשלמא בהודא' לא בא לפני הדיינים לגבות המעות רק שיהיה לו ראיה שלא יהי' יכול לכפור וההודאה ניתן לכתוב להיות לראיה מש"ה הוי ההודא' כשטר ראיה כיון שעומר לכתיבה לראיה כמו קנין משא"כ כשבאין לדון לפני ב"ד ובאין כדי לגבות תיכף המעות ולא שיתנו לו ראיה וכיון דקיבל עליו הדין נאמן לטעון שפרע ואפי' בקבעו ושלחו דבפס"ד אין הפרש כלל בין שלחו ללא שלחו שם דיינים עליהם רק כשניתן לו הפס"ד בידיעת הבע"ד אז א"נ לומר פרעתי משום חזקה דהי' לו ליקח הפס"ד מידו ומ"ש הש"ך בסק"ט דאפי' לא נכתב א"נ לטעון פרעתי היינו כשהודיעו ללוה שיכתבו לו וא"ש דברי הש"ך דבפס"ד כשנתברר דלא פרע כותבין אפי' בלא קבעו ושלחו כשמודיעין ללוה משא"כ באודית' כשלא קבעו ושלחו אין כותבין אפי' כשמודיעין ללוה משום דשם עדים עליהם ולא מהני כתיבתן בלא ציווי הלו' אמנם להסמ"ע אפי' בפס"ד בקבעו ושלחו אפי' לא נכתב א"נ לומר פרעתי כמו

בהודא' ממש וראי' לזה דהא הקשו הא דהודאה דסנהדרין מהא דב"מ דף י"ז דנאמן לומר פרעתי ותירצו דהך דסנהדר' מיירי בלא ציית דינא ופירשו בו דהיינו בשלחו והך דב"מ מיירי בציית דינ' והיינו בלא שלחו ואם איתא דפס"ד גרע דאפי' בקבעו ושלחו נאמן היה להם לתרץ בקיצור דהך דב"מ מיירי בפס"ד דנאמן אפי' בקבעו ושלחו או דאין חילוק כלל לדבריהם בין הודא' לפס"ד משא"כ להש"ך גרע פס"ד דאפי' בקבעו ושלחו נאמן כשלא נכתב ומפרש בציית לדינ' שכ' הרי"ף בפס"ד וסובר דבפס"ד אפי' בלא שלחו הוי כשלחו וכמש"ל ועיקר נרא' להורות כדברי הש"ך דלא מצינו בשום מקום בפס"ד לחלק בין קבעו ושלחו ללא קבעו ושלחו:

יא **ואם זה איחר כמה ימים הפסיד בידו** ולא תבעו סברא שפרעו מדשתק כולי האי וכו' ומ"מ נרא' דדוקא בפס"ד בלא שטר אמרינן סברא זו אבל אם יש ג"כ שט"ח בידו עם הפסיד לא אמרי' סבר' זו לאורועי כח השטר שבידו:

יב **לענין טריפת לקוחות.** עש"ך סקל"ד שתמה דא"כ אפי' מיניה דהא הוי מפיהם ולא מפ"כ וכו' ולק"מ דלענין שלא יהיה מפ"כ לא בעינן רק שיאמר להם כתבו וחתמו אף שלא אמר תנו וכן מוכח מסעיף ג' בהג"ה שכתב וז"ל וכל שלא אמר כתבו וחתמו הוי בפנקס בעלמא משמע דכשאמר כו"ח אף שלא אמר תנו לא הוי שוב מפ"כ וכמ"ש בתומים בהדי' אבל לענין טריפת לקוחות בעינן ודאי שיאמר ג"כ תנו א"כ יש לומר דעיקר החשש הוא שמא לא אמר רק כו"ח ולא אמר כו"ח ותנו וסברי דבכתבו וחתמו לבד סגי אבל להא לא חיישינן שיכתבו בלא צוואתו כלל (") דהוי כמשקרי בעיקר הענין ולהא ל"ח:

יג **ואפי' אומר המלו'** עש"ך הטעם דחיישינן דילמא מערים הוא. ובתומים הקש' הא כיון שלא ציו' הלו' הוי מפ"כ וכו' ולפע"ד לק"מ דהא כשכותבין שטר ללוה לעולם אין העדים יודעין מהלוא' ועיקר עדותן נגמר בשעת מסירת השטר כמ"ש הר"ן בפ' המגרש דעידי חתימה מטעם מסירה הן כורתין וא"כ תלוי העיקר כשמצו' הלוה ליתן (") וכשאמר תנו נגמר עדותן בשעת מסירה אמנם למ"ד עדיו בחז"ל האמת דכשנעש' בשעת חתימה שלא כציווי הלו' פסול ואפשר דהא שכתבו התו' בגיטין ב' ד"ה מודה ר"א במזוייף דאם העדים חותמין על נייר חלק ואח"כ כתבו השטר עליו דפסול וכו'. דהוא ג"כ למ"ד עדיו בחז"ל. ועוד אפשר לחלק דכשחותמין על נייר חלק אין כאן הגדה כלל ופסול משא"כ כשחותמין עצמן בלא ציווי הלו' אף שהוא שקר עכשיו מ"מ נגמר עדותן למפרע כשאומר הלו' אח"כ תנו:

יד **בד"א בשטר שיש בו קנין שהרי וכו'** עש"ך סקל"ט שהקש' להרא"ש שכתב בדעת הרי"ף דבשובר לא בעינן מטא לידי' מהא דמקש' הש"ס על אביי ממתניתין דמצא גיטי נשים ומשני ה"מ היכא דמטי לידי' ולדעת הרי"ף אכתי לא מתרצי קושיין בשוברין. ובפרישה הקשה ג"כ מהא דאין האשה מודה דלא יחזיר ואי לא בעינן מטא לידיה מה בכך שאין האש' מודה. ובתומים תי' דהרי"ף ס"ל דבשטרות שא"א לקנות רק בשטר בעינן שיגיע השטר לידו משא"כ מחילה דא"צ קנין ולא שטר רק באמירה בעלמא לא בעינן שיגיע השטר לידו אבל מ"מ לאמירה בעינן שיזכה למפרע משעת חתימה. ואף שדעת הרא"ש דבעדים בחותמיו זכין לו היכא דבעינן מטא שטרא לידי' כשמכר בנתיים לא מהני שוב מה שמטא לידי' אח"כ היינו דוקא בשטר כיון שמכר נתבטל השטר ולא מהני מטא לידי' אבל בשובר דל"צ רק אמיר' אף שמכר אח"כ בנתיים מהני אמירה דידיה אח"כ ע"ש. ולפעד"נ דאי נימא דלא מהני עידיו בחז"ל רק כשאומר אח"כ ודאי דכשמכר בנתיים לא מהני שוב אמיר' דידיה. ולפעד"נ ליישב דהרי"ף ס"ל דאפי' בשטר הקנאה בעינן מטא לידי'. וע' בש"מ שהביא בשם הרי"ף בתשובת שאל' שהביא ראיה מהא דסמפון היוצא מת"י מלוה וכו' וע"ש שכתב שהכותב שטר ע"ד ללות אף בקנין כותבו וע"ד כן וכו' שאם ילוה ירצה בשיעבוד זה וכו'. ומה שהקשה שם בשיטה מהא דלשמואל דאמר המוציא שטר הקנא' יחזיר נראה דס"ל כשיטת הר"א שהביא שם וז"ל לומר שאין חוששין שמא לא לוה שאלמלא שכבר לוה לא הוי משעבד נפשיה בקנין והרי"ף בתשובה שם מיירי שידוע שלא אמר תנו בידי דהא מסיים שם דשטר היוצא מת"י לאו כלום הוא ע"ש. דלפ"ז נראה דאפי' לפי הס"ד דס"ל דכשעדים בחז"ל לא בעינן מטא לידיה והוא דוקא בשטר מתנה דשיחרור שגובה בשטר לבד אבל בשטר הלואה ודאי דעל דעת ללות הוא כותב ועל תנאי הלואה ודאי דבעינן הלוא לבסוף רק דלא בעינן דלימטי' שטרא לידיה לבסוף ואפילו נאבד השטר גובה למפרע משעת חתימה כשהלוה לבסוף מש"ה בשובר אף שזוכ' מיד בה למאן דס"ל עדים בחז"ל ולא בעינן מטא לידי' מ"מ פרעון ודאי בעינן דעל תנאי פרעון נכתב וכדמוכח מהא דסמפון היוצא מת"י מלוה דספ"ק דמציע' ובפרט למ"ש הש"ך בסי' פ"א סקע"ד דחיישינן לשמא אמר תנו בידי ע"ש ודאי דדעתו היה לכשיפרע וכל תנאי שבממון קיים רק שזוכה בשטר מחילה מעכשיו ולכשיפרע וכשפורע אח"כ נמחל חובו למפרע כמו גבי תנאי מעכשיו וא"ש ג"כ הקושיא משוברין דשם חיישינן שמא לא פרע עדיין ולא נתקיים התנאי כלל אבל כשהאשה מודה חשוב כפירעון דדמי לאומר הריני כאלו התקבלתי וזכה למפרע דדמי לתנאי דמעכשיו משא"כ בשאר שטר דבעינן מטא לידיה ולא תגמר הקנין של

עדים בחז"ל עד דמטא לידיה מחמת שהקנין של עדים בחז"ל הוא רק מדרבנן והם אמרו דבעינן מטא לידיה לגוף הקנין שפיר כתב חרא"ש דכשמכר בנתיים לא מהני מה שמטא לידיה אח"כ. עוד הקש' הש"ך על הרא"ש שמחלק בין מכר להלואה דבמכר כשמכר בנתיים לא מהני מטא לידיה אח"כ וכתב וז"ל דניחוש דלמא טריף מהלקוחות שקנו אח"כ וכו' כוונת קושייתו דמ"ש שיעבוד ממכר וכמו דלא מהני במכר כשמכר בנתיים ה"נ ל"מ בשיעבוד כשמכר בנתיים ונרא' ליישב דדעת הרא"ש הוא דוקא בשטר מכר כשמכר קודם מסירת השטר נתבטל השטר לגמרי לא מהני שוב מסירת השטר משא"כ בשטר שיעבוד אף שמכר קרקע אחת לא נתבטל' השטר שיעבוד ולענין שאר נכסים מהני מסירת השטר שיגב' בו למפרע משעת חתימ' ומה שהקשה מכותבין שטר למוכר אשתמיטתי' מ"ש הר"ן הובא בשיט' דלא חיישינן לכתחילה שמא ימכור לזה ויחזור וימכור לאחר וכו' ומה שהקש' משיחרור ג"כ ל"ק דהא כתב התומים דל"ח בשיחרור שמא מכר העבד בנתיים ואח"כ ימסור לו השיחרור דלא חשיד לקלקל העבד להתירו בבת חורין שלא כדין והש"ס לא מקש' רק שמא מכר העבד נכסים בנתיים ובודאי אף שמכר העבד נכסים בנתיים מהני מטא השיחרור לידי' אח"כ להיות זוכה בו למפרע כיון דהשטר שיחרור לא נתבטל במה שמכר העבד נכסים מהני מטא לידי' כמש"ל לענין שטר שיעבוד עוד יש ליישב קושית הש"ך משוברין דודאי בשובר פרעון בעינן מטא לידיה כדמוכח מהא דסימפון היוצא מת"י מלו' וה"נ חיישי' שמא המלוה הכינו ונפל מידו כמו דספ"ק דמציעא והרי"ף לא כתב סברא זו דלא בעינן מטא לידי' רק בשטר מחילה. ושם בב"מ גבי מצא שובר דמסיק אפ"ת ליתא לדשמואל אבייי לטעמי' דאמר עדים בחז"ל וכיון דליתא לדשמואל ולא מהני שובר של מלו' אחר שמכר השט"ח ודא' דס"ל אין כותבין שובר פרעון דהא יש לחוש לפסיד' דלקוחות דשמא מכר השט"ח ואין מועיל שובר שלו וכיון דאין כותבין ס"ל דל"ח כלל לשמא שובר פירעון הוא ומחזקינן ליה בשובר מחיל' ושפיר כתב הרי"ף דלא בעינן מטא לידיה. ומה שכ' הש"ך לעיל ולענין שטר הקנא' אין מקומו שם וט"ס הוא שם ומקומו צ"ל בסוף הס"ק זה גם יש ט"ס שם בד"ה ואע"ג וצ"ל כהרי"ף דבשטרי הקנא' בעינן ג"כ דמטא לידי' ותיבת לא ט"ס ולענין גוף הדין שכתב דדעת הרב' פוסקים דבעינן בשטר הקנא' מטא לידיה קשה דהא בקנין לבד אפי' לא כתבו כלל גוב' ממשעבדי וא"י לטעון פרעתי כמבואר לעיל. ודוחק לומר דכשאמר כתבו ותנו גרע. וצ"ל בכוונתם דמיירי דוקא בקנו מידו שלא בפני המלו' דהא דאוקמי בב"מ בשטר הקנא' הוא מתניתין דכותבין שטר ללוה בלא מלוה והיינו שלא בפני המלו' ובזה סתם קנין לאו לכתיבה עומד כמ"ש הר"ן הביאו המחבר סעיף

זה. וס"ל להנך פוסקים דבזה בעינן ג"כ דוקא מטא לידי' אפי' ציוה הלוה בשעת קנין לכתוב וליתן. ולפ"ז נסתר הראיה שהביא הש"ך מהר"ן בפ' התקבל ודוק ועי"ל דהא דבעינן בשטר הקנא' מטא לידיה היינו כשלא הלוה דשטר הקנא' הוא בין ילוה ובין לא ילוה לכך בעינן מטא לידי'. כיון שלא הלוה ומטעם שודאי על תנאי הלוא' נכתב כמ"ש הראב"ד הובא בש"מ דף י"ג אבל כשכבר הלו' בעידי קנין לבד גובה ממשעבדי ומכ"ש כשכבר כתבו השטר רק שלא מטא לידיה ועיין בשיטה שם שמוכח כן מדבריו בהדיא והנה להנך פוסקים דס"ל דלא בעינן מטא לידיה וכתב הש"ך דמן הסתם היא אף אם לא ילוה וכו' אין כונתו דא"צ להלות לו כלל דזה אין שום סברא כלל דודאי על תנאי הלואה נכתב דהיינו מחמת שהמלו' התחייב עצמו להלות נתן לו שטר בקנין רק כונתו דהוא זכה תיכף בהשיעבוד נכסים ועל המלוה נעשה ההלואה כחוב מלוה ע"פ שמחייב ליתן לו מעות ההלואה שהבטיח לו ויכול המלוה לפטור נפשו ולומר כבר הלויתיך ואין הלוה יכול לבטל השטר ולטעון לא הלויתני. והשטר יהא בתקפו. כן משמע מתשובת הריב"ש וסי' קס"א שכתב וז"ל מה שפרש"י בין ילוה בין לא ילוה אין הכוונה שלא ילוה לגמרי דזה שטר חיוב הוא אלא הכוונה שמשעבד נכסים בהשטר אפי' לא ילוה וההלואה יהיה על המלוה כמלו' ע"פ וכן מוכח מהא דלקמן סעיף י"ז ועי' במש"ש:

טו **וכתבו לו.** עש"ך סקמ"ד או שאמר כתבו סתם וכו'. ועש"ך סי' נ"ו סקכ"ז דלא חיישינן במצא שטר הקנאה דילמא אמר תנו בידי ולכאורה קשה דבסי' פ"א סקע"ד כ' גבי שובר דחיישי' לשמא אמר תנו בידי ואפשר דה"ט דבשטר הקנאה דאפי' בכתבו סתם יכולין ליתן למלוה מש"ה ל"ח לשמא אמר תנו בידי משא"כ בשובר או בשטר דלאו הקנאה דבעינן דוקא שיאמר תני דדוקא כשמוחל או פוטרו בשניהם אפי' כתבו א"צ לומר כמבואר בס"ג אבל כשאומר סתם כתבו שובר יש לחוש לשמא הכינו ואסורין ליתן עד שיאמר תנו אבל בסתם כתבו צריכין להימלך בו לכך חיישינן דילמא אמר סתם כתבו דאז הוי כתנו בידי. ודע דאף דלא בעינן בשטר הקנא' מטא לידי' מ"מ אם מוח' קודם הנתינה שלא ליתן לידו אינו גובה ממשעבדי עיין בסי' ל"ט סעיף ד' ובסי' דמ"ג סעיף ט' בהג"ה ובסמ"ע סקט"ז וי"ז וע"ש בסמ"ע סק"ט דאפי' מוחה מליתנו אחר הכתיבה. וכן בסי' ל"ט בסמ"ע סקי"ג דמדמ' שטר הלואה לשטר מכירה ובזה יש ליישב קושית התו' בב"מ דף י"ג בד"ה משום דקשיא לי' לאביי שהקשו וז"ל תימא דמשום כך לא הוצרך לומר עדים בחתומיו זכין לו וע"ל בסי' ס"ה מ"ש בזה:

יז **ומסר החייב השטר** והש"ך הניח זה בצ"ע ונראה דאפי' להמחבר דוקא בקנין דמשעת קנין זכו בו רק משום שאמר תנו בידי אמרינן דלא כוון בהקנין רק על תנאי

דהיינו שיהיה למפרע ואחר שהתקיים התנאי אותו הדבר שבמחשבתו מש"ה אמרינן שלשון בידי שאמר דכונתו לא היה רק שכל זמן שיהיה השטר בידי לא יתחיל הקנין אבל כשמוציאו מתחת ידו להמתחייב אף שמסרו לא"מ ע"כ כבר נתקיים תנאו שהיה במחשבתו ובודאי לא היה כונתו בלשון תנו בידי רק לתנאי זה אבל בשטרי דלאו הקנאה רק שקונה אותו בשטר כשמטא לידיה ודאי דבעינן שיגיע ליד שניהם דשניה' צריכין לעשות קנין כמו במקדש או במגרש ב' נשים בשטר אחד או בשטר מתנה לב' אנשים ביחד דבעינן שיתן לזה ואח"כ לזה שיעשו שניהם הקנין ובקנין סתם ולא אמר תנו בידי לפי מה דקימ"ל דבשטר הקנאה בסתם לא בעינן מטא לידיה אין צורך להאי דינא כלל:

יז **לוה שבא לב"ד.** המעיין בבעה"ת יראה דמיירי בשטר הקנא' וכן המחבר איירי בכך דהא פסק דאין כותבין שטר חוב ללוה רק בשטר הקנאה ומש"ה ס"ל להרמב"ן הובא בש"ך דחייב להלוותו לו כיון ששטר הקנאה הוא בין ילוה ובין לא ילוה וההלואה היא רק חוב ע"פ על המלוה כמש"ל. וא"כ זכה המלוה בהשיעבוד נכסים תיכף על השטר ואפי' לא מטא לידי' דבשטר הקנא' לא בעינן מטא לידיה וכיון שקנה המלוה השיעבוד נתחייב בדמי השיעבוד כמו בקנה חפץ שנתחייב הקונה בדמים. ונראה דאף דמיירי ע"כ כשאמר תנו בידי דהא לשון המחבר הוא לוה שבא בשט"ח שבידו וכשלא אמר תנו בידי מוסרין אותו למלוה ולא ללוה מ"מ אף שאמר תנו בידי הוי קנין למפרע כשיגיע לידו והוי כזוכה בחפץ ע"י קנין על תנאי שנתחייב בדמיהן על כרחו כשמקיים הלוה את התנאי. אבל בשטר דלאו הקנא' דבעינן מטא לידו שיהי' בו קנין דאורייתא דבלא קנין דאורייתא לא תיקנו רבנן שיהיה קנין למפרע וכיון דליכא קנין כלל כ"ז שלא מטא לידיה נראה דאין יכול לכפות את המלוה ללות לכ"ע והרשב"א דפליג אפי' בשטר קנין הוא מטעם דס"ל דשיעבוד ל"ד לקנין דדוקא כשקונה דבר בקנין נתחייב ליתן דמים שהמוכר א"י לחזור בו משא"כ הכא דלא קנה רק שיעבוד נכסי ל"ד לקנין וכמו שאבאר לקמן בס"ק הסמוך. וכיון שכן תמוה מה שהקשה הש"ך מסי' רל"ח דשם במוכר בקנין מיירי כמבואר שם בסעי' א' וכיון דבקנין מיירי שנקנה החפץ בקנין ללוקח ודאי נתחייב הלוקח בדמים ואין שום חולק ע"ז ועיקר המחלוקת אם לדמות שיעבוד לקנין וכן תמה בתומים. והנה ליישב הוכחת הרשב"א ולהליץ בעד הרמב"ן וגם ליישב כל הראיות שהביא בתומים ולהסביר דברי הרמב"ן נראה דהנה מבואר בכמה מקומות שיש הפרש בין קנין לחיוב דבקנין נקנה לו גוף החפץ ויכול לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות אבל כשמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פ' אין לו קנין בגוף החפץ רק שהחיוב חל אגברא ויכולין הב"ד לכפותו ולהגבות אותו החפץ שנתחייב לו ולהקנותו במשיכה דאף הגביית ב"ד צריך לעשות

קנין משיכה בדבר שמשיכה קונ' ואפי' תפס החפץ שנתחייב לו הלה וקידש בו אשה קודם גבית ב"ד אינ' מקודשת ואם המחויב קידש אשה בחפץ שנתחייב בו מקודשת וכן אם מכרו מכור דשלו הוא רק שהב"ד כופין אותו לשלם דמי שווי חפץ שנתחייב כיון שקילקל החיוב. והנה מבואר ג"כ במוכר חפץ לפ' שכיון שקנה הלה החפץ נתחייב הלה במה שהבטיח ליתן נגד דמי מכירתו כמבואר בר"פ הזהב (בבא מציעא דף מ"ה) ע"ש דאמר נקנה הכסף בכ"מ נתחייב נברא מיבעיא ליה ע"ש ברש"י וע"ש בנ"י שכתב דאם אמר לו ליתן לו כור חיטין בהחפץ שמחויב ליתן לו כור חיטין דוקא ע"ש בד"ה דאי אמר לו מארנקי ישנה אלמא דהקונה חפץ חל עליו חיוב במה שהבטיח ודינו בזה כדין המתחייב חפץ לחבירו ועמ"ש בסי' של"ג שלא יקשה על הנ"י שם מהא דמבטיח ליתן לו חפץ בשכרו ע"ש. ולפז"נ דטעם הרמב"ן דס"ל דמחויב להלות לו וכן טעם המבי"ט דמחויב ליתן לו המטלטלין לאו משום דהשטר הוי כסף דשט"ח שלו לא הוי ככסף משום דאגיד גבי' כמבואר באה"ע סי' כ"ט ע"ש בח"מ ע' בריטב"א ובתו' רי"ד בקידושין דף ט"ז שכ"כ בהדיא דלא קנו מטעם כסף וגם לחליפין לא דמי דהא חוב למטבע דמי ואין מטבע קונה בחליפין וגם אילו היה דמי לחליפין היה שפחה כנענית נקנה בשט"ח שנותן אנפשיה דהא שפחה נקנית בחליפין ובהדיא כתב הריטב"א דאינה נקנית אלא ע"כ טעם הרמב"ם הוא דמדמה שיעבוד לקנין וכמו שקנה חפץ נתחייב גברא בדמים כמו כן הכא כיון שקנה השיעבוד וכמ"ש הרמב"ן הובא בטור שנקנה לו השיעבוד בחליפין וכו' וכוונתו כיון דמיירי בשטר הקנאה וכמש"ל נקנ' לו השיעבוד נכסי בחליפין דהיינו בהק"ס השיעבוד מדמה אותו לקונה חפץ בקנין שנתחייב בדמיו וה"נ באם הבטיח להקיף לו מטלטלין והוא קנה השיעבוד לנכסי דהוה כקונה חפץ להרמב'קן ונתחייב לו בחיוב נברא אהמטלטלין שהבטיח לו כמ"ש הנ"י בפ' הזהב שהבאתי לעיל כמו בקונה חפץ והבטיח לו מטלטלין ידועין דנתחייב גברא בהמטלטלין הידועין אבל אין לו שום קנין בגוף המטלטלין והב"ד יכולין לכפותו ולהגבותו המטלטלין שהבטיח וקונה בגביית ב"ד. ואם מכרן קודם שהגבוהו אותו הב"ד מכרו מכור שאין לו קנין הגוף במטלטלין ומחוייב לשלם דמיהן שיהיה נגד השיעבוד שנשתעבד. אמנם הבע"ח של לוה אין יכול לתפוס המטלטלין מיד המלוה כיון שאין להלוה קנין הגוף בהם ודלא כהמבי"ט. ולפ"ז נסתלקו כל הוכחות שהביאו נגד דעת הרמב"ן דמהא דקידושין שהביא הרשב"א אין ראיה דשם לענין קידושין מיירי וכיון דגוף הממון שלו לפי מאי דס"ד דמשיכה אינו קונה בשומרין ולא בהלואה וממילא לא נקנית לו גוף המעות שיהיה שלו רק שחל חיוב עליו מטעם שקנה השיעבוד נכסי אבל גוף המעות עדיין שלו הוא קודם שיכופו

אותו הב"ד להגבות לו דגוף המעות שלו ממילא יכול לקדש בהן אשה ויתחייב באמת מחמת החיוב להלות מעות אחרים כיון שקילקל החיוב שנתחייב להלוקח מעות אלו וכן משואל קורדם שהביא הש"ך ל"ק דשם לענין קנין גוף החפץ מיירי אם יכול להפקיע ע"י מכיר' קנין שאילה דאי משיכה אינו עושה קנין בגוף החפץ כו' להפקיע ע"י מכיר' וכיוצא משא"כ כשמשיכה קונה בשאלה אפי' אם מכרו אינו מכור אבל באמת אי לא תיקנו משיכה בשאלה מ"מ מחוייב הוא בחיוב גברא ליתן קורדם זה ובשמכרו מחויב ליתן קורדם אחר או שווי דמי השאלה וכמש"ל אפי' אי נימא דמשיכה אינו קונה בשאלה וכן שפחה כנענית אינו נקנה בשט"ח שנותן דבש"כ בעינן קנין הגוף וכן כל הוכחות שהביא בתומים מהא דב"מ דף ע"ג ושאר הוכחות שהביא שם נסתלקו דשם לענין קנין גוף החפץ מיירי אבל לענין חיוב באמת חייב וכמש"ל:

יח **והחזיק במשכון**. והטעם נראה דדוקא מה שקנה שיעבוד נכסי ל"ד לקונה חפץ בשיעבוד נכסי דבר שאינו ברשותו הוא דהא מכאן ולהבא הוא גובה ואי אקדיש מלוה וזבין מלוה לאו כלום הוא ואין לו שום קנין בהשיעבוד נכסי מש"ה ל"ד לקונה חפץ שיתחייב בדמיו משא"כ בהחזיק במשכון שיש לו קנין בגוף המשכון לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות דמי לקונה חפץ שנתחייב בדמיו. ולפ"ז אפי' פי' לו שישאל מטלטלין ידועים נתחייב ליתן לו אותן מטלטלין דוקא אכן אם מכרם נפקע חיוב מאותן מטלטלים ונותן לו מטלטלין אחרים בעד חיובו וכמש"ל בס"ק הסמוך:

סימן מ

א **הוו עלי עדים** עסמ"ע וש"ך דהרבה פוסקים חולקים בהנך תרתי דהיינו בא"ע וחייב אני לך מנה בשטר וס"ל דלא מצי להתחייב כ"א בשטר גמור או בכת"י ונראה דדוקא כשגילה בהדיא בלשונו שאינו הודא' שחייב לו מכבר רק שמתחייב עצמו מעכשיו אבל כשאמר בסתם א"ע שאני חייב לפלוני מנה לא מיבעיא אם זה טוען שבאמת הוא חייב לו מכבר לא יכול הלה לחזור בו ולומר לא הייתי חייב לך כלל רק שרציתי להתחייב לך בלשון זה ועכשיו אני חוזר בי לא מהימן דבסתם אמרינן דהודא' הוא וכ"כ הר"ן ר"פ הנושא בהדיא וז"ל במי שבא עכשיו להתחייב וכתב לו בשטר חייב אני לך מנה ומסרו לו בפני עדים וגלי בהדיא דלאו הודא' הוא וכו' אלמא דמסתמא אמרינן דהודאה הוא. ולפ"ז אפי' מודה או שנתברר בעדים דלא היה חייב לו מקודם מ"מ חייב כיון דבסתם אמרינן דהודאה הוא ובאודיתא כ"ע מודים דיכול להקנות כדמוכח בב"ב דף קמ"ט גבי איסור גיורא וש"מ שהודה. וכ"כ הנ"י פ' מי שמת גבי איסור גיורא בהדיא דאפי' ידוע שאינו

חייב מהני כשאמר בלשון הודא'. להא שכתב הש"ך סק"א דאם מודה שאינו חייב דפטור היינו שמודה ג"כ שהודאתו בטעות היה אבל בסתם אמרינן שרצ' לחייב עצמו באודיתא וחייב לכ"ע דבאודיתא לכ"ע יכול להקנות וכ"כ התומים בהדיא. ובתומים הקשה על רש"י שפי' שאין אדם יכול לחייב עצמו אפי' בשטר גמור מהא שפי' רש"י בב"מ י"ג בשטר אקנייתא שהוא בין ילוה בין לא ילוה אלמא דיכול לחייב עצמו ע"ש. ולפענ"ד לק"מ לפי מש"ל בסי' ל"ט סקי"ד דהכונה בהא שכתב רש"י בין ילוה בין לא ילוה דהיינו שמשעבד נכסים מיד והמלוה נתחייב להלות לו והלואת המעות הן מלוה על פה על המלוה. ולפ"ז אין הלוה משעבד עצמו בחנם רק בעד החוב שנתחייב לו המלו' ליתן ההלואה שהבטיח לו ובזה מודה רש"י שיכול לשעבד נכסיו בשטר. דמיחשב כחליפין דחליפי השיעבוד נתחייב המלוה להלות לו משא"כ כשמחייב עצמו בחנם סבר רש"י דאין יכול לחייב עצמו בשטר גם מ"ש התומים דלהרא"ש בפ' גט פשוט שכתב דלר' אליעזר דס"ל עידי מסירה כרתי ומהני עדי חתימ' מטעם דאמרינן שבודאי היה שם ע"ח ממילא נם כתב ידו לא מהני לחייב עצמו בלא עידי מסירה דכתב ידו לא עדיף מעידי חתימה וכו'. לפענ"ד לא נראה כן דודאי הרא"ש לא יחלוק על התוס' שכתבו בגיטין דף ב' בד"ה דקיי"ל ובדף י' בד"ה חספא דבממון אף דליכא עידי מסירה מהני מטעם הודאת בעל דין. ונרא' דהרא"ש לא כתב זה רק לענין משעבדי דלא מהני הודאת בע"ד מטעם דחב לאחריני דהא בקידושין אמרי' דמה"ט לא מהני הודאת בע"ד משום דחב לאחריני כמבואר בקידושין דף ס"ה ע"ב וממון דחב לאחריני דמי לקידושין. ושפיר כתב הרא"ש דלא מהני בלא ע"מ אבל שטר שאינו מועיל רק נגד הבע"ד כגון לחייב עצמו בשטר או בשטר מתנה מודה הרא"ש דמהני בע"ח בלא ע"מ מטעם דהודאת בע"ד חשוב כע"מ וכמ"ש התוס' ובאמת במקום שמגיע מזה חוב לאחריני כגון בשטר שעיקר השטר הוא בא לשעבד נכסין כשימכרו רמיני' אפילו מגלימא דעל כתפו ואפי' בלא שטר וה"ז נכתב רק נגד לחוב לאחריני צריך ע"מ דוקא ובס' קצה"ח כ' דאודית' אף דהוי קנין מ"מ לא מהני בלא עדים וכ' זה מסברא ולא ידעתי היאך מיל' לבו לחלוק מסברא על התו' והתו' שהביא בעצמו שכתבו דמהני כשמוד' בהודאה גמורה אפי' בלא עדים וכ"כ התומים בכמה דוכתי בפשיטות וכן נראה' דבכ"מ דאתם עידי מהני הודא' גמורה ג"כ מהני דבמקום דחשיב הודא' נגד טענת השטאה חשוב ג"כ קנין:

ב **שאני חייב** עש"ך סק"ד שכ' דכל שנתחייב על תנאי דמי לערב ולא מהני רק בקנין וכו' זהו לדעת הרמב"ם דס"ל בערב אפי' שטר לא מהני רק קנין אבל להחולקים שם ס"ל דערב דמי לשאר מתחייב עצמו וכמו שיכולין לחייב עצמו בשטר בלא תנאי כמו

כן כשנתחייב עצמו בתנאי או ערב מתחייב ג"כ והנה כל המפרשים תמהו אהרמב"ם שפסק לחלק בין ערב ובין שאר מתחייב וגם כתב דבערב אחר חיתום שטרות דבעי קנין וכ"כ הנ"י דמתניתין דערב אחר חיתום שטרות מיירי בקנין. ולפ"ז תמוה הסוגיא דר"פ הנושא בכתובות דאמר אפלוגתא דר"ל ור"י לימא כתנאי ומייתי מתניתין דערב היוצא אחד חיתום שטרות ואמר דר"י ס"ל כר' ישמעאל ור"ל ס"ל כב"נ. ולפי הנ"ל תמוה דר"ל מצי סבר גם כר"י והא דמתחייב בערב הוא משום דמיירי בקנין ור"י מצי סבר כב"נ והא דפטר ב"נ דערב הוא מטעם אסמכתא דהא אפי' בקנין פוטר ב"נ עיין שם שדחקו עצמם מאוד. ולפעד"נ דאף דדעת הרמב"ם והנ"י בסוף ב"ב דמיירי מתני' דערב היוצא אחר חיתום בקנין מ"מ ע"כ לא מיירי דאיכא עדים שקנו מידו דא"כ למה ליה למינקט היוצא אחר חיתום הא בלא"ה איכא עדים אלא ע"כ דגם הא שהיה בקנין כתב אחר חיתום דהיינו שכתב אחר חיתום שמודה שנעש' ערב בק"ס ופליגי בתרתי כעין שכ' התו' לשיטתם שם ע"ש דר"י סובר דמהני קנין אחר מתן מעות וגם הודאה שלו מה שמודה בכת"י אחר חיתום בלא עדים שנעשה ערב בקנין מהני הודאתו דאלימא מילתא דשטרא דלהרמב"ם מועיל לענין חיוב שטר גרוע כמו לענין הודא' ובן ננס פליג בתרתי וסובר דפטור משני טעמים דערב לאחר מתן מעות לא מהני קנין ואפי' אם ת"ל דמהני קנין מ"מ הודאה דלאחר חיתום לא מהני וכן פי' התו' בד"ה אליבא דבן ננס אליבא דר' ישמעאל דמחייב משני טעמים ע"ש ומוכח דפליג בהודאה דאלת"ה רק שסובר דלא מהני קנין היה לו לב"נ לומר רבותא גדולה מזו דאפי' קודם חיתום לא מהני א"ו דמש"ה נקט גם ב"נ מחלוק' שלו לאחר חיתום לאשמעינן פלוגת' השני' דפליג ג"כ לענין הודא' ובהודאה לאחר חיתום לאו כלום הוא אפי' את"ל דמהני קנין ומ"מ בהודא' דלאחר חיתום דהיינו שמודה שנעש' ערב בשעת מתן מעות דלאו כלום הוא לב"נ ובנידון דפליגי ג"כ לענין הודא' אי אמרינן אלימא מילתא דשטרי ממילא מוכח ג"כ דפליגי אי אמרינן אלימא מילתא דשטרי לענין אי יכול לחייב עצמו בשטר כזה דלענין חיוב ולענין הודא' שוה כמ"ש התו' והפוסקים דבשטר דמועיל לענין הודא' מועיל ג"כ לענין חיוב והשתא א"ש מה שתלה הש"ס מחלוקת דר"י ור"ל בפלוגתא דר"י וב"נ כן נלפענ"ד ליישב דברי הרמב"ם שלא יהיו מוקשין כל כך:

סימן מא

א **ואפילו נמחק לגמרי.** עסמ"ע סק"ג והנה מדברי הרבה פוסקים משמע דהר"י חולק וס"ל דבנמחק לגמרי לא מהני ובאמת הוא תמוה מאוד כמו שתמה בתומים דהא אפי'

נשרף לגמרי מהני. ומה שתי' בתומים דס"ל בנשרף לגמרי בעינן עידי השטר דוקא דעדים אחרים ה"ל עד מפי עד ומש"ה ס"ל דנמחק ורישומו ניכר יכולים להעיד ולא הוי עמפ"ע דהוי מלתא דעבידי לגלויי הואיל ועדיין יכולין ב"ד בעצמן לראותו. והוא תמוה מאוד לפענ"ד דהא עכשיו כשבאין לב"ד הוא נמחק לגמרי כמ"ש הסמ"ע סק"ב רק שראוהו העדים בעוד רישומו ניכר וא"כ להך דיעה דס"ל דבנשרף לא מהני עדים אחרים אף שהעדים ראוהו שהיה שלם לגמרי וכ"ש דלא מהני כנמחק שראוהו העדים שכבר נמחק רק שהי' רשומו ניכר ולפענ"ד נראה לפרש בטעם (הרשב"ם) דעיקר המחלוקת הוא (שהר"י) ס"ל דלא מהני עדים רק אם ראו השטר בשעה שהולך לימחק אבל אם כבר נמחק והביא עדים שראו השטר בשעה שהיה שלם לא מהני והחולקים ס"ל דאף בכה"ג מהני מטעם (הרשב"ם) דס"ל דבעינן דוקא ראוהו כשרישומו ניכר דהרמב"ן בחי' הקשה מה מועיל מה שהעדים מעידים דילמא היו בו לשונות מסופקין בשטר שאין העדים בקיאין בהן לזה ס"ל דכשראוהו בשעה שהולך להימחק שאז נתכוונו להעיד שאז ודאי דקדקו בטוב כדי להעיד על כל הלשונות שראוי להסתפק אבל כשראהו בשעה שלא הי' (הולך) להימחק כלל דאף שראוהו הא לא נתכונו להעיד והוי מילתא דלא רמיא עלי' דאינשי ובודאי לא היו אדעתייהו לדקדק בכל הלשונות והספיקות שבשטר מש"ה לא מהני עדים אחרי' ובנשרף ס"ל באמת כהנך דס"ל דבעינן עידי גוף ההלואה דוקא או דמיירי שראוהו ביד החוטף לשרפו ונתכונו להעיד:

ב **יכולין להעיד שלא בפני בע"ד.** עש"ך סק"ב שתמה בזה. ולפענד"נ כיון שכתב בתומים דהמחבר אזיל בשיטת הרמב"ם דס"ל דבעינן עידי גוף ההלואה דוקא וכמ"ש בט"ז לדעת הטור ומיירי שיש ב' כיתי עדים עדי הלוואה ועדי מחיקה שנמחק לפניהם שטר זה בחתימת אלו עדים כעין שכ' בסמ"ע ס"ק ט' ובזה כ' רמ"א דעידי מחיקה יכולין להעיד שלא בפני בע"ד והטעם דהא כ' הסמ"ע סק"ו דאף דבכל עדות צריכין הב"ד לדרוש ולחקור דהיינו שיעידו כל א' זה שלא ב"ז מ"מ כשאיכא עידי גוף. ההלו ושהי' לו שטר ולא בעי עידי מחיקה רק לגלויי מילתא ששטר זה הוא סגי בלא דו"ח. ובדליכא עדים אחרים אפי' בדיעבד לא מהני בלא דו"ח אם כן מכ"ש לענין להעיד שלא בפני הלוה דכשר בדיעבד מכ"ש כשיש עידי הלואה ולא בעינן עידי מחיקה רק לגלויי מילתא מכ"ש דלא בעינן שיעידו בפני הלוה. ועוד אפשר לומר דשאני כשמעידין אשטר שצוה הלוה לכתוב דהא משמע מדברי התו' בפ' ג"פ דף קע"א דאפילו העדים בעצמן היו יכולין לכתוב השטר שלא בפני הלוה רק משום גזירת מוקדם. ובב"ד ג"כ ל"ש גזירת מוקדם

כנ"ל. ומ"מ נראין דברי הש"ך עיקר. (ועש"ך סק"ד ויש שם ט"ס כי מן וכ' הסמ"ע עד בתשובה סי' מ"ט ע"ש צ"ל בסוף הס"ק):

ג **עד שתתקיים עדותן וכו'** עסמ"ע סק"י דאם עידי מחיקה מעידין בעצמן בעינן דו"ח המבואר בסי' כ"ט דהיינו זה שלא בפני זה וזהו כעדות חדש וכשיש ג"כ עידי הלואה ולא בעי עידי מחיקה רק לגלות ששטר זה הוא א"צ דו"ח. מש"ה בשכתוב בו ונזדקקנו סגי בעידי מחיקה לבד. אבל כשלא כתוב כן דאז נראה שלא הי' דו"ח מש"ה בעינן ג"כ עידי הלואה. דאז כשיש עידי הלואה לא בעי דו"ח כנ"ל. ותמו' לי דנראה דאפי' בכל עדות כשר בדיעבד אף שלא היה דו"ח. לכן נראה דעיקר הפירוש כמ"ש בתומים דבעינן שיעידו על כל הלשונות שבשטר בדליכא רק עידי מחיקה. ומש"ה בעינן שיכתוב ונזדקקנו וכשלא כתוב כן נראה שלא היה כן. מש"ה בעינן ג"כ עירי הלואה:

ד **שצריך לכתוב בקיום שקרעו.** עיין ש"ך סק"ג ויש שם ט"ס וכצ"ל דהיינו היכא. דידעינן דלא קרעו פסולין וכו':

ה **ולא מב"ח.** עיין סמ"ע סקט"ז עד דשובר אצל לקוחות ליכא עכ"ל ולכאורה לא היה צריך לטעם זה דבפשיטות הול"ל שמא יגבה בהגוף קודם מב"ח ואז לא יצטרך ליתן שובר כיון שמחזיר הגוף ואח"כ יגבה פעם שנית מבנ"ח בהקיום דהא ע"כ צ"ל טעם זה בשטר הלואה דאין כותבין אפי' בלא אחריות דגבי שטר הלואה ל"ש לומר שובר אצל לקוחות ליכא כמבואר בב"ב קס"ט דבהלוא' הולכין הלקוחות לישאל להלוה כשמצטרפין מהן משא"כ בלוקח ע"ש וא"כ למה לו ליתן טעם אחר בלוקח והיל"ל בפשיטות שלא יגבה שני פעמים מבנ"ח מקודם בגוף ואח"כ בהעתק אך בפרישה ביאר הדבר וכתב טעם זה מפני שבש"ס הקשה דנכתוב תיכף שובר למוכר דהיינו שיכתבו כל שטר' דליפוק על שדה זו פסולין בר משטר זה ע"ש דבשטר מכיר' יכול לעשות כן כיון שנכתב על שדה ידוע משא"כ בהלוא' וא"כ אין חשש שיגבה שני פעמים מבנ"ח דהא יהיה שובר בידו וע"ז תירץ דלמא יגבה מקודם בהקיום ואח"כ בהגוף מלקוחות דשובר אצל לקוחות ליכא. וכת' עוד בפרישה שם דלא צריכין לטעם זה רק כשידוע עכשיו בשע' שמעתיקין שיש להמוכר בנ"ח דאז ליכא חשש שיגבה מקודם מלקוחות בהגוף דאין נפרעין ממשועבדי' במקום ש"ש בנ"ח אבל כשאין בנ"ח להמוכר יש לחוש בפשיטות שיגבה קודם בהגוף מלקוחות ואח"כ יגב' בהקיום מבנ"ח:

ו **אם לא כתבו בו טעם למה עשו שטר אחר.** תמוה לי דהא ודאי ל"ח לב"ד טועין רק לשכחה כמ"ש הסמ"ע סקי"א והכא ל"ש זה וטעות גמור לטעות ל"ח:

ז **ואפי' נאבד בעדים** עש"ך סקי"א ודבריו לכאורה הן תמוהין מאוד למעיין. ומה שנ"ל לפרש דבריו. דהנה עיקר המחלוקת אם לכתוב שטר אחר בנאבד בעדים דהש"ך שם בשם הרשב"ם ושאר פוסקים דסברי דכותבין לו אחר מטעם כיון דמודיעין ללוה וממילא יקח שובר ולא יבוא לגבות ב' פעמים והפוסקים דסברי דאין כותבין שטר אחר טעמם דהא איכא מחלוקת בש"ס אי צריך הלוה לפרוע כשנאבד השטר דהרבה סוברים דאין כותבין שובר ואין הלוה צריך לפרוע ומאן דס"ל דכותבין שובר הוא מטעם שלא יאכל הלה וחדי כמבואר בב"ב משא"כ לענין לכתוב שטר אחר לא תיקנו שובר וחסוברים דכותבין אחר סברי דגם לענין כתיבת שטר שייך דיאכל הלה וחדי דאם לא יהיה לו שטר לא יהיה יכול לגבות חובו ולכך דחי הש"ך שפיר ראיית הפוסקים דאין כותבין אחר על סמך השובר מהא דכתובות דף ט"ז דשם הסוגי' אזל' למ"ד אין כותבין שובר משא"כ למ"ד כותבין שובר לענין פרעון י"ל דלענין כתיבת אחר ג"כ כותבין וסומכין על שובר. וכ' עוד לתרץ קושיית הב"י שהקשה דניחו' שיגבה בגוף השטר תחל' וכו' פי' כוונ' קושייתו אף דמודיעין ללוה וממילא אף כשיבא לגבות בגוף השטר יבקש הלוה שובר כיון שהודיעו לו שכתבו לו שטר אחר מ"מ היה קשה להב"י דכשיבוא לב"ד לא יאמינו לו הב"ד להלוה שיש להמלוה שטר אחר בידו ויכריחו להלוה לשלם בלא שובר ויבוא לגבות ב' פעמים. וע"ז תי' הש"ך דמ"מ יחזיק גוף השטר הקרוע במקום שובר ומוכיח זה מכתובות מהא דמקש בכתובות שם וניחש דילמא מפקי עידי הינום' וכו' ומ"מ דברי הש"ך תמוהין מאוד דודאי אין ראיה משטר כתוב' הקרוע שביד הבעל שכבר פרע וכמו כן אין ראיה משטר חוב קרוע שביד הלוה שכבר פרע החוב דהא כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלו' עמו וכן כותבין כתוב' לאיש אע"פ שאין אשתו עמו וא"כ אפשר לומר שכתב לעצמו כמה כתובות וכמה שטרי חובות ונשאר א' בידו כמ"ש התו' בב"ב קס"ה בד"ה אבל בשטר מקח ובאמת עיקר הקושי' שהקשה מהא דכתובות דניחוש דילמ' תגבה קודם בשטר הכתוב' ואח"כ בעידי הינומא לק"מ דהא בלא"ה מקש' הש"ס שם וניחוש דלמא תגב' בעידי הינום' בהאי ב"ד והדר תגבה בעידי הינום' בב"ד אחר. ומשני במקום דלא אפשר ודאי כותבין שובר. וא"כ ע"כ עיקר הוכחה שהוכיח למעלה בסוגי' זו דכותבין שובר דהיינו שהבעל צריך לפרוע אף שאפשר שתחזיר לו הכתוב' מכח הקושי' דניחוש דלמא תגבה בעידי הינום' והדר תגבה בכתוב' ואף דשם ע"כ צריך הוא לשובר אפי' אם תחזר לו הכתובה אם נאמר דכתוב' לאו במקום שובר הוא ע"כ צ"ל הטעם כמ"ש התו' שם בכתובות ובדף פ"ט שם כיון דע"י הכתוב' יכול לבוא לידי הפסד שלא יהיה לה עידי הינום' או כשלא יהיה לה עידי קידושין א"צ לפרוע

לה למ"ד אין כותבין שובר במקום שאפשר. ומוכיח שפיר דכותבין שובר אפי' במקום שאפשר כיון דצריך לפרוע לה אף שהכתובה ת"י ויכול לבוא לידי הפסד. ולפ"ז שוב ל"ק קושיית הש"ך דניחוש דתגבה מקודם בכתוב' ואח"כ בעידי הינומא. ומזה הוכיח דכתובה כשיהיה בידו הוא במקום שובר ולפמ"ש אין כאן שום הוכח' דלעולם הכתובה לאו במקום שובר הוא רק דמשום חשש דעידי הינומא ודאי דכותבין שובר כיון דנגד חשש זה הוי כלא אפשר דודאי כותבין שובר. ולכן דבריו הן לפענ"ד תמוהין בזה. וכתב עוד הש"ך קושי' בשם חג"ת דאפי' נאבד בעדים אך יצאנו מחשש זה שמא פרעו ותי' הש"ך דמיירי שנאבד באונס. ולכאורה לפמ"ש הש"ך לקמן דצריכין להודיע ללוה קודם כתיבת שטר אחר א"כ שוב אין לחוש לשמא פרעו דאי איתא דפרעו הוי טעין ואמר כבר פרעתי. ולכ"נ דהש"ך לא מצריך רק לשלוח ולהודיע לו כדי שיהא זהיר ליקח שובר אבל אין מצפין לתשובתו והקשה שפיר. ומה שתי' הש"ך דמיירי שידוע לעדים שנאבד באונס נראה דמיירי ע"כ שלא זזה יד העדים מידו משעה שנאבד עד בואו לב"ד דאם לאו איכא למיחש שמא פרעו בנתיים שאפשר שמצאו לשטר אחר ראיי' העדים האביד' והחזירו ללוה כשפרעו דעדיין לא הודיעו ללוה א"ו דמיירי שהעדים יודעים שלא פרעו עדיין אבל בלאו הכי אין כותבין דבשלמא כשנשרף בעדים אפי' אם העדים מעידין בתשרי שנשרף בניסן כותבין דליכא למיחש לשמא פרעו דממ"נ אם לא היה יודע שנשרף הי"ל ליקח שובר מיראתו שהשטר עדיין בידו ואם היה יודע שנשרף מ"מ הי"ל ליקה שובר מחשש שהב"ד ודאי נתנו לו שטר אחר משא"כ בנאבד דיש לחוש שמא מצאו בנתיים והחזירו כשפרעו ואם באו עדים בתשרי שנאבד ממנו בניסן אז צריכין לכתוב בשטר שכך היה המעשה ואז באמת הלוה יכול לטעון פרעתי כיון שלא כתב בשטר שעשו ב"ד שהעידו העדים שלא פרע ולא מהני הקיום שעשו לו ב"ד רק נגד טענת להד"ם שיהיה מוחזק כפרן. עוד כ' הש"ך לתרץ קושיית הני"ת שהקשה דברי הרשב"ם שהן סותרין זה את זה שכתב דבעדים ל"ח שמא ימצאנו ואח"כ כתב בעצמו החשש דשמא ימצאנו. ותי' הש"ך וז"ל דכיון שחייב לו בודאי כשיפרע לו יכתוב לו שובר וכו' דל"כ רשב"ם שם רק כטוען אבד ממני דאז שמא ימצאנו ויצטרך לפרוע לו בחנם עכ"ל הש"ך והוא תמוה מאוד ואין לו שום הבנה ונ"ל דבריו דהנה לכאורה ק' על הרשב"ם דל"ל לטעם דשמא ימצאנו וטריף והדר טריף ולמה לא פי' כפשוטו דאין כותבין מחשש דשמא פרעו כקושיית הני"ת וכאן ל"ש תי' הש"ך דהא מיירי בלא עדים רק באמר שנאבד ובודאי הוא פשוט לתשב"ר דאין כותבין דמה"ת נאמין לו שאבד אולי פרעו והחזיר לו השטר. ואף על הש"ס ק' דאין מן הצורך כלל לשנות דבר זה וע"כ צ"ל דהנה התו' בב"ב קס"ט ד"ה

אבל בשטר מקח הקשו דאמאי לא נעשה לו שטר שני שנכתבו לו פב"פ אמר לנו שנאבד שטרו וכתבנו לו אחר לראיה שלא יכול לכפור וכו' ותי' דחיישי' לב"ד טועין שיטעו לומר אם לא שחקרו עדים שאבד הא' לא כתבו לו שני וכו' ע"ש ונראה דעיקר חידושא דש"ס להשמיענו זה דאפי' בלשון זה שאמר שאבד ויש עדים שכתבו לו שטר מה אין לכתוב לו מחשש ב"ד טועין כמ"ש התו' ואז אין חשש לשמא פרעו דכשיהי' כתוב בו כן יהיה הלוה יכול לטעון פרעתי דהא אפי' אם יטעו הב"ד ויסברו שידעו האבידה בעדים מ"מ אפי' בהעידו העדים שנאבד אם ל"כ בו שהעדים יודעין שלא נפרע יכול לטעון פרעתי כמש"ל ואין שטר זה מועיל רק נגד טענת להד"מ וכמש"ל. והוצרך לטעם חשש שמא ימצאנו וטריף והדר טריף. ולפ"ז שפיר קאמר הש"ך דבבא ואמר שאבד דליכא עדים איכא חשש דשמא ימצאנו ויצטרך לפרוע לו בחנם. והכוונה דאולי כבר פרעו וימצא השטר והיינו שאחר ימצאנו ואז אם לא יתנו לו שטר שני הדין מפורש דמצא שט"ח לא יחזיר והיה הלוה יכול לטעון פרעתי משא"כ כשיתנו לו שטר שני אף שיהי' כתוב בו שאמר לנו שאבד שטרו וכתבנו לו אחר מ"מ לא חיישי' לב"ד טועין שיסברו שידוע' האבידה בעדים ואז א"נ לטעון שפרעו רק כשטוען שמצאו אחר ראיית העדים האבידה והחזיר לו השטר בשעת פירעון קודם שהודיעו לו שכותבין אחר וכמש"ל וכיון שנמצא השטר שלם ביד אחר והב"ד יטעו שידוע בעדים שנאבד באונס כמ"ש התוס' ומבואר בדברי הבע"ת גבי מצא ג' קשורין בסי' ס"ה דמחזירין דדוקא במצא שטר די"ל דהשליכו משום פסולו לא יחזיר אבל כשהי' דרך אבירה כגון שיש סי' וניכר שהיה דרך אבידה מהמלות מכ"ש כשיש עדים שאבדו מחזירין למלוה. וכיון דלפי טעות הב"ד שיסברו שהוא ידוע האבידה בעדים שכתבו לו ממילא מחזירין לו השטר. ומכ"ש שא"נ לומר שפרעו והחזיר לו השטר כיון שהשטר שלם ביד המוצא וידוע בעדים שנאבד באונס. ומדוקדק לשון הש"ך דדוקא בנאבד בעדים דודאי חייב לו עכ"ל פי' כיון דמיירי שהעדים מעידין שלא פרעו עדיין וכמש"ל משא"כ בבא ואמר שיצטרך לפרוע בחנם כשימצאנו וכמש"ל בכוונת דברי הש"ך. אמנם העיקר כהתומים דאפי' בנאבד בעדים אין כותבין אחר דאין לסמוך על מה שכתב הש"ך שמודיעין ללוה וממילא כשיפרע יכתוב שובר דהא מ"מ איכא למיחש שיגבה שלא בפניו או מיתומים בגוף השטר קודם והן לא ידעו ויפרעו בלא לקיחת שובר: אמנם לכאורה קשה קושיית התוספות שהקשו בב"ב קס"ט דניכתב תיכף שובר ללוה בלשון זה כל שטרותי יהיו בטלין בר משטר זה שנותנין לו עכשיו ואז ליכא שום חשש ומה שתי' התומים דשמא מכר השט"ח וגם ימכור הקיום ואז יגבה מהמלוה שני פעמים דהשובר אינו מבטל גוף החוב רק השטר ולא דמי למוכר

שט"ח וחזר ומחלו כיון דלא ביטל גוף החוב רק השט"ח המקח שלו קיים וצריך הלוה לפרוע לו וגם כשיפרע ללוקח ראשון ויתן לו שובר מ"מ יצטרך הלוה לשלם להלוקח שני דהשובר שנותן לוקח ראשון לא מהני נגד לוקח שני ולא ידענא מה הוא שח דכיון דמכר החוב ללוקח ראשון שוב לא יכול למכור להשני דכבר נקנ' החוב לראשון ומכירת השני בטל ובודאי מועיל השובר שנתן הראשון דודאי אין הלוה צריך לפרוע ב' פעמים וזה פשוט ועיקר קושיית התו' אפשר ליישב דדוקא בשטר מכירת קרקע שנכתב על שדה ידוע שייך לכתוב שובר כזה אבל בשט"ח היאך אפשר לכתוב שכל השטרות יהיו בטלין שמא יש לו למלוה הרבה שט"ח על לוה זה ומכרן לאחרים והרי אנו מפסידין לכל הלוקחים בחנם בשלמא אילו לא הי' חשש רק עד לוקח אחד היה אפשר לומר דלא ניחוש שמא מכר השט"ח ומפסיד ללוקח כמו כשאומר המלוה שנאבד ומקבל פרעון שאין חוששין שמא מכרו מפסיד ללוקח אבל לבטל כל השט"ח שמכר אין סברא כלל שהב"ד יעשו זה ואפשר קושיית התוספות הוא באמת באם אותן העדים שאמרו כתבנו לו השטר מעידין שלא חתמו לו רק על שטר א' וכיון שמזכירין בקיום שמות העדים שוב אין חשש. ולפ"ז שפיר תירצו התו' שכתבו וז"ל ושמא אנו גוזרין והיינו שגוזרין שמא יכתוב שטר כזה בכל שטר הלואות ויבא הדבר לידי הפסד לקוחות כנ"ל:

ח **אא"כ עדים מעידין שנשרף**. עש"ך סקי"ב שכותבין מזמן ב' עד ויכבוש הלוה גופיה את השובר. ונראה דמ"מ מודה הש"ך דגובה מזמן ראשון ולא חיישינן שיעשה קנוניא ויכבוש השובר רק דלכתחילה אין כותבין מחשש קנוניא אבל לגבות גובין. ולא חיישינן לקנוניא דאלת"ה קשה דהא בב"ב קס"ט מקש' הש"ס אהא דאמר התם דשובר אצל לקוחות ליכא א"ה שטרי הלוא' נמי ומשני דזוזי מסיק אמרינן שלא פייסי' לבע"ח בזוזי וכו' ולפ"ד הש"ך תקשה דאימר יכבוש הלוה גופי' את השובר. וא"ל דאם בא לחוש לקנוניא עם הלוה אפי' אם נאמר דאין כותבין שובר יש לחוש לקנוניא שהלוה יתרצ' לפרוע על השובר ואח"כ יכבשנו. דזה אינו דבשעת פרעון ודאי אין לחוש לקנוניא דמ"ל לעשות קנוניא יכבוש דמי הפרעון לעצמו וממילא ילך המלוה אצל לקיחות רק דחיישינן דבשעת גובייא יבוא לידי קנוניא והאיך תיקנו רבנן שובר דאתי לידי פסידא דלקוחות. ועוד קשה היאך גובה אשה כתובתה בעידי הינומא הא מקשה הש"ס בכתובות ריש האשה שנתארמלה דניחוש שמא תגבה הרב' פעמים ומשני דכותבין שובר ושם ג"כ יש לחוש שיכבוש הבעל השובר. אלא ודאי לענין גובייא מוד' הש"ך וטעם דהא כללא הוא דלא חיישינן לקנוניא רק בנפל ואתרע. רק דעת הש"ך דאין כותבין לכתחיל' שטר אחר מחשש קנוניא דכתבי כל הפוסקים הובא בב"מ דף י"ט דכל דחיישי' אם נפל חיישינן

ג"כ לענין כתיבת שטר לכתחילה ע"ש. ובזה נסתלק תמיהות התומים שתמה על הש"ך מהא דב"ק גבי נשרף שט"ח דמקש' הש"ס אי דאיכא עדים לכתבי' ליה שטרא אחרינא ולדברי הש"ך הא יש לו היזק מגביית זמן ראשון ולוקי בנשרף בפני במה עדים. ולפמ"ש לא קשה דאף אם נוקי בכך מ"מ אין לו היזק כיון שגוב' הוא מזמן ראשון ויכול ליקח תיכף אדרכתא על הלקוחות שקנו מזמן ראשון וכ"כ התומים בעצמו סק"ו ע"ש. וא"ל על הש"ך דא"כ גם מזמן שני יש לחוש לקנוניא שיכבוש השובר בשעת גוביינא די"ל דס"ל להש"ך דכל העתקה שמעתיק יצא הקול על הלוא' מחודשת וא"כ הלקוחות אפסידי אנפשייהו במה שקנו מזמן ב'. ומה שמוכיח הש"ך דינו מהא דנמחק הפסול באם לא קרעו השטר קשה לכאור' דהא שם ודאי איכא למיחש שיגבה קודם בגוף השטר ולא יכריחוהו ליתן שובר ואין לתרץ כמ"ש הש"ך בס"ק י"א דהשטר יהיה במקום שובר דהא בנמחק א"י אם הוא שטר כלל רק שהמלו' מביא עידי מחיקה דהיינו שמכירין השטר בטביעת עין ואולי לא יהי' ללוה עידי מחיקה ונראה דכונת הש"ך דכיון דהדין בנמחק שכותבין קיום וממילא מחויב ליקח שובר בנמחק:

ט **וידוע זה בעדים.** עיין תומים סקי"ב שהקש' דאם יהי' לו ב' הטפסות יש לחוש אולי ימכור שטר הטפסה לאחד בניסן והב' לא' באייר ויבוא זה הלוקח באייר לגבות ואח"כ יביא זה שבניסן ואף שיהיה ללוה שובר מלוקח איך פקע זכותו של לוקח ראשון ומחילת לוקח שני אין מבטל זכותו של לוקח ראשון. ולפענ"ד הדבר פשוט דמבטל. דכמו שהשובר של המלו' מבטל כן נמי אם המלוה ציוה ליתן לאחד הפרעון שפרע לאותו, שציוה המלו' ליתן הוי כפרעון למלוה. וה"נ כיון שמסר שטר הטפסה לגבות מהלוה הוי כאומר להלוה פרע לפלוני. כמ"ש התוספות בב"ק כ"ד בד"ה רבה אמר. וה"נ הוי ממש דכוותי' וכיון שפרע למי שאמר לו המלוה ששיעבוד הגוף בידו לפרוע הוי כאלו פרע לידו ממש ונפטר דהא ברשות פרע ולא עדיף לוקח ראשון משיעבודא דרבי נתן בסי' פ"ו דאם פרע להמלוה קודם שידע דנפטר כמבואר בסי' פ"ו סעיף ה':

י **וא"צ ב"ד להעתקת שטר.** וע' או"ת שתועלת העתקה הוא לענין אם טוען לא הי' דברים מעולם. והוא פשוט. דאלת"ה העתקה זו למה. ותמי' לי כיון שהעדים כותבין מדעת עצמן ולא בשליחות הלוה הא הוי מפי כתבם דהא אם העדים יכתבו מדעת עצמן שראו ההלואה אינו מועיל ה"נ אם כותבין שראו שטר בידו ואפי' באותן עדים אמרינן דאין חוזרין ועושין שליחותן לכ"ש עדים אחרים. וא"כ איך יועיל העתקתן. ונראה דהרשב"א בתשובה סי' אלף ר"א כתב כיולל דין אימת אין העדים יכולים לכתוב שלא בשליחות. וכ' דכל היכא דמחייב בשל עצמו כגון במוכר או בנותן בשלו אין כותבין שלא מדעתו וכן

אפי' כמודה שלוה כבר. מ"מ כיון שמתרב' החיוב ממלוה ע"פ למלוה בשטר אין כותבין שלא מדעתו ע"ש שהאריך. וא"כ כשמעתיקין ממלוה בשטר שאין מתרבה שום חיוב וגם ליכא בזה שום אפושי שטרי כיון שנכת' בו שהוא העתק ודאי דכותבין שלא מדעתו אכן נרא' דזהו לפמ"ש הרשב"א שם. ולדבריו מודעא ומחא' כותבין מדינא. ונראה דס"ל כמ"ש התוספות בכתובות הביאם הש"ך בסי' ל"ט סק"ט דכל שהוא בנוסח שטר לא שייך מפי כתבם אבל לפמ"ש התוספות בב"ב ובשאר דוכתי דמודעא ומחאה היא רק מתקנה ולא מדינא אפשר לאין העתקת עדים מועיל כלל. ונרא' דהעיקר דזה לא הוי מפי כתבם דהא קיי"ל דכותבין מתנה שאין בו אחריות כמה פעמים ולא הוי מפי כתבם: וכ' הרמב"ן הטעם בחי' לסנהדרין כיון דאין השטר מרבה חיוב על השטר הראשון שנכתב בשליחות הרי כאלו נכתב בשליחות ולא הוי מפי כתבם ע"ש רק כתבתיו בשנוי לשון וה"נ דכותי':

יא **ועדיין לא הגיע הזמן** עש"ך סקי"ט דמסיק דאם העדים קיימין ואומרין שהוא עדיין תוך זמן דאין הלוה נאמן דדל שטרא מהכא הא איכא עידי תוך זמן וכו' ובתומים הקש' דהא בכתובה אפילו עודה תחת בעל' לא יחזיר אף על גב דשם אנן סהדי שהוא תוך הזמן וגם בשום מקום לא מחלק הש"ס בין אם יש עדים שהוא ת"ז או לא בשטר שנפל ע"ש. ולפענ"ד נרא' דהעיקר כהש"ך דודאי אין לומר בשטר שנפל דחזקה שנפרע מחמת שלא נזהר לשומרו דאימר נאבד באונס רק חששא בעלמא איכא ומכ"ש שיש לומר שמחמת איזה פסול אחר לא נזהר לשומרו רק דאמרינן דאיתרע חזקת שטר כשנפל ובפרט חשש פירעון דכיון דנפל ואינו ביד המלו' שוב ליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי דאימר מיד הלוה נפל אבל אי איכא חזקה דלא פרע כגון שהוא תוך זמן אמרי' מכח החזקה דודאי לא נפרע ובאונס נאבד מידו השטר. ומה שהקשה בתומים מכתובה דלא יחזיר אפי' בעודה תחת בעלה והרי העדים קיימים שהוא תוך הזמן ומוכיח מזה דאפי' בעדים קיימים והוא תוך הזמן אינו גובה כשנאבד ע"ש ותמה אני על תמיהתו אטו בכתובה שם. כשנפל אינה גובה הכתובה הא קיי"ל דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום בב"מ דף י"ז. ועיין בתוס' ובפוסקים דאפי' במקום שכותבין כתובה ונאבד הכתובה אינו יכול לטעון פרעתי וע"כ הא דקתני שם בב"מ לא יחזיר לאו לענין גובייא מיירי דודאי גובה הכתובה אפי' נפל רק דאין מחזירין לה השטר כשא"א לה לגבות עכשיו וכ"כ התו' בב"מ דף י"ז בד"ה הטוען אחר מעב"ד וז"ל דלגבי ק' ור' נמי מפסיד דהא נאמן לומר פרעתי ק' מיגו דאי בעי אמר אלמנה נשאתיך אם אין לה עידי הינום' או אם אין לה עידי קידושין נאמן לומר פרעתי הכל במגו דאי בעי אמר אין את אשתי וכו' ע"ש וע"כ אין כונת' לענין אם היא

רוצה עכשיו לגבות דעכשיו הא' לית לה שום מגו כיון דהכתובה בעולם ולקודם אירוסין ליכא למיחש דכתב לה כמ"ש התוס' דף ז' בד"ה כגון שהבעל מודה ע"ש ומכ"ש דאין לה מגו' האלמנה כשיש עידי קידושין. ועוד דלשון התוס' שכתבו דלענין מנה ומאתים נמי מפסיד וכו' משמע דהכוונה שתהי' מפסדת לאחר זמן כשלא תהי' הכתובה בידה ולא יהיה לה עידי הינומא או עידי קידושין אלא ודאי אף דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וא"נ לומך פרעתי אפי' נפל ונאבד הכתובה מ"מ כשהכתובה ביד אחר והבעל טוען שפרע וממני נפלה הכתובה אף דאינו נאמן בטענתו שטוען פרעתי מ"מ אין מחזירין לה הכתובה כשא"א לה לגבות עכשיו ואין מאלמין כחה יותר ממה שיש לה ותגבה במעשה ב"ד שבידה דומי' דמצא שובר דלא יחזיר לא למלוה ולא ללוה אף דהמלוה נאמן בטענתו שטוען שממנו נפל לענין שגובה בשטרו כמ"ש הב"ש באה"ע סוף סי' ק"י ומ"מ אינו נאמן לענין שיחזירו לו את השובר דאולי יברר בעדים. וה"נ דכוותיה למה יחזירו לה הכתובה להחזיק כחה יותר ומכ"ש להש"ך שכתב בסקי"א דכתובה שביד הבעל הוא במקום שובר והרי אנו מסופקי' בכתובה זו אם מהאשה נפל והוא כשירה או מהבעל נפל ושובר היא ודאי דהדין נותן דלא יחזיר לא לזה ולא לזה. וקצת דומה ג"כ למי שטוען שקנה שט"ח בלא כומ"ס דאף שא"נ על החוב מ"מ לענין גוף הנייר נאמן. וא"צ להחזיר להרבה פוסקים או כטוען משכנתא על שט"ח דא"צ להחזיר גוף הנייר דהבעל כשטוען פרעתי טוען ג"כ על גוף הנייר שהוא שלו ויהיה איך שיהיה מפורש בדברי התוס' דלאו לענין גביית גוף הממון משתעי רק לענין החזרת השטר וא"ש דברי הש"ך דבש"ס לא מיירי רק לענין חזרת השטר אבל לענין גובייא ודאי דגוב' בעידים תוך הזמן אבל כשאין עדים קיימין אף דבשט"ח כתוב שהוא תוך זמנו אין ראיה דהלוה יכול לומר שכתב ללות בזה השטר ולא לוה ע"ז השטר שהמלוה לא רצה להלוות לו על זמן זה והוצרך לכתוב שטר אחר ולוה על זמן אחר והוא אחר זמן. ובאמת אם העדי' אומרים שראו ההלואה שהיה בזה השטר שהכירוהו בט"ע הוי כעדים קיימין ומעידין שהוא ת"ז אף שאינן זוכרין הזמן מ"מ זוכרין שההלואה היה על זמן המבואר בשטר הנמצא. אמנם אפשר לפרש דברי התו' דכיון דאין לה עידי הינומא ואינה יכולה לגבות בכח המעשה ביד רק בכח שטר אמרי' מדנפל איתרע כיון שלא נזהר לשומרו ודאי פרע דאי לא פרע היתה נזהרת לשומרו בשלמא בשאר מעשה ב"ד דא"צ כלל לשטר לא אתרע כח המעשה ב"ד כנפילת השטר אבל כל דבר שהיא באה לגבות בכח השטר מה שא"י לגבות בכח מעשה ב"ד אמרי' מדנפל איתרע וכיון שלא נזהרת בשמירתה פסול הוא וגם י"ל (כשאין לו עידי הינומא י"ל דהבעל סמך אמנו שיכול לטעון) כיון דהעיקר הוא

דבעל א"נ לטעון פרעתי נגד מעשה ב"ד משום דהי' לו ליקח שובר והכא כשאין לו עידי הינומא י"ל דהבעל סמך אמגו שיכול לטעון כמ"ש הסמ"ע סי' מ"ד סק"ב. אמנם מלשון התוס' מבואר דאף שתוכל לגבות עכשיו מ"מ אינו מחזיר לה הכתובה משום דמפסיד לכן ברור כמ"ש ובקצה"ח תי' קושיית התומים דבכתוב' כיון שהוא תנאי ב"ד חיישינן לצררי טפי כמבואר בש"ס ובפוסקי' לענין שבועה וה"ה הכא נגד תוך זמנו חיישינן בכתובה טפי ולא נהירא דחשש צררי הוא רק לענין שבועה אבל לענין פירעון ודאי דלא חיישינן בכתובה כלל דהא הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום כמ"ש השטה מקובצת בב"מ דף ז' ושם גבי מצא כתובה ע"כ מיירי בתוס' כתובה כמ"ש הש"מ שם או כשיש לו מגו דאלמנה נשאתיך כמ"ש התוס' ב"מ דף י"ז ועוד עיקר הוכחה שלהם מתי' ראשון שבב"מ דף ז' דאמר משום פרעון ולא משום צררי ומדמה שטר חוב לכתובה ע"ש לכן העיקר כמ"ש:

סימן מב

א **שטר אקנייתא**. עש"ך סק"ב (ויש שם ט"ס במ"ש אע"פ שהשטר של גיטין יכול להועיל לראיה וכו' תיבת גיטין ט"ס וצ"ל שהשטר של קנין) שכתב דאפי' חתם עצמו בדבר שיכול להזדייף אם טען זה להד"ם הוחזק כפרן. והוא תמו' מאוד. וכבר האריך לתמוה בזה בתומי' דודאי יכול לומ' שחתם עצמו על דבר של שטות והוא מחקו וכתב עליו שטר מקדו ומה שכתבו התוס' דכיון דעיקרן לאו לראיה מהני לא כתבו זה רק לר"א דפסול מגזירת הכתוב דלמען יעמדו לשטר ראי' אפי' לאלתר ע"ז כתבו התוס' דבשטר קנין כיון דעיקר לאו לראיה לא נפסל ראיה דידיה ע"י עידי מסירה ופשוט וכדי שלא להשוות להש"ך מאורן של ישראל לטוע' מצווין אנחנו ליישב דבריו אפי' בדוחק (ומקודם ליישב קושית המהרש"א שהביא הש"ך) ונראה דהא דכתבו התוס' דהאי דאביי לא אתי כר"א הוא מטעם דבב"ב קס"ז גבי הא דאמר התם דצריך שיהי' מכירין שם האשה והאיש. הקשה הש"ס וניחוש לשני יב"ש דעלמא כתוב גיטא וממטי לי' לאיתתא דהאיך וכתבו התוס' שם בד"ה וליחוש דהקושיא קאי אליבא דר"א דאמר עידי מסירה כרתי וז"ל שם ואע"ג דעידי מסיר' כרתי וצריכה להביא ע"מ ליחוש וכו' וכשתבי' ע"מ לב"ד שתאמר אלו העדי' ראו דיב"ש בעלי נתן לי הגט והן אומרי' הן ואח"כ לא יחקרום ב"ד לומר שמא טעיתם כך וכך וכו' וכונתם שאין העדים צריכין להכיר רק ששם הבעל והאשה כך וכך וא"צ לידע שהוא בעלה וכשתבוא להנשא שלא בפני בעלה ולא יהי' להם טביעת עין יבא הדבר לידי ריעותא ע"ש ולכאורה קשה דא"כ היאך כותבין שטר

ללוה בלא מלוה שמא מערים הוא ורוצה למוסרו בכדי להוציא מיב"ש אחר שלא בפניו או מלקוחות ומיתומים. אבל באמת הא בורכא דהא כיון שהב"ד ידעו שיש שני יב"ש הא אין אחר יכול להוציא עליהם וזה פשוט. ולפ"ז א"ש דברי התוס' בכתובות דהאי דאביי לא מצי אתי כר"א דלר"א אסור לחתום עצמו אחספא דדילמא משכח איניש דלא מעלי ויערים ויעשה קנוניא עם יב"ש השני שימסור לו שט"ח זה בפני ע"מ שידמו ששמו יב"ש לר' יוחנן דמכשיר אף בשטר ראיה בדבר שיכול לזייף א"נ בשטר מקנה וכמו שהקש' הש"ס בב"ב שם והב"ד לא יתנו לב לחקור יותר כמ"ש התוס' בב"ב ויגבה ממנו שלא בפניו וכאן לא שייך התירוץ שכתבתי לעיל דהא ב' יב"ש אין אחר יכול להוציא עליהם שט"ח דהא לא שייך הכא דהא איכא חתם ידו הניכרת לב"ד שהוא מיב"ש זה וא"ש דברי התוס'. ולפ"ז גם דברי הש"ך א"ש דכיון דלר"א אסור לחתום עצמו אחספא מטעם הנ"ל ובודאי ה"ה דאסור לכתוב דברים אחספא לחתום עצמו דהוי כחתימ' בעלמא כיון דיכול למחוק הדברים שכתב למעלה מחתימתו ולעשות רמאות כנ"ל וכיון שאסור לעשות חתימ' אחספא ממילא אינו נאמן שעשה כך כמו שא"נ לטעון במגילת' שחתם עצמו כך כשאין לו מגו וכיון דלר"א אסור לעשות כן גם בחספא שוה הדין בחספא כמו במגילתא כנ"ל ליישב דעת הש"ך שלא יהיה תמוה כל כך. ומ"מ העיקר כמ"ש התומים דלא הוחזק כפרן כשטון להר"מ בדבר שיכול להזדייף עוד כתב הש"ך דכשר בע"ח ובהוראות הנותן שמסרו לבד אפי' ליכא עדי מסירה. ובס' קצה"ח הקשה דהא אם מסר כתב יד אחר בינו לבינו בלא ע"מ לא קנה וכיון שהוא יכול להזדייף הוי כליכ' ע"ח ואפי' בערכאותיהן כתבו התוס' דפסול ע"ש שהאריך. ואין הנידון דומה לראיה דבליכא ע"ח ולא ע"מ לאו שטרא הוא כלל ולצחוק בעלמא מסר לו משא"כ כשיש ע"ח רק שהוא דבר שיכול לזייף שטר ואי אתי ע"ח קמן ואמרו דליכא זיוף מועיל וה"נ מועיל הודאת בע"ד במקום ע"ח (') דשטר קנין גמור הוא ועב"ש באה"ע סי' קכ"ג ס"ק ג' דלא בעינן מוכח לר"א אף דליכא ע"מ ואף לפמ"ש בסי' קל"א דבעינן מוכח זהו דוקא בגט אבל בשטרות ודאי דל"ב מוכח כיון דהודאת בע"ד סגי וראיה לזה דבב' שטרות היוצאים ביום א' דחולקין כתב הר"ן הטעם משום שאין מוכח ולר"א דע"מ כרתי אמרינן שודא והקשה הרמב"ן דניחוש דילמא לא היה ע"מ והשטר נעשה רק ע"י ע"ח ומתרץ דבממון כיון דמהני הודאת בע"ד מהני מסירתו כעדים וה"נ דכוותי' גם מ"ש דלדעת הר"ן דע"ח הן במקום ע"מ כשהשטר ע"ד המזדייף הוי כנמסר בע"מ ולא קראוהו תמוה דהא שם בעינן עכ"פ קראו לבסוף וכאן לא קראוהו כלל. ואפי' תימא דשם לא בעינן כלל קריאה היינו משום שאומר לפני העדים שמגרשה ובעל שאמר גרשתי נאמן אבל בדבר המזדייף שנותן בינו לבינה אף

שיש ע"ח ודאי דלא הווין ע"מ. גם מ"ש דבחתם ידו על דבר המזדייף נאמן המלוה דהוי בהאמינו בשעה שמסר בידו וכמו במסר בידו חתימה חלקה וכו' זה לא ניתן להאמין כלל דבשלמא במסר בידו חתימה חלק' האמינו דהא אם יכתוב על גבי ודאי דיגבה ממנו ולא מצי לטעון נגדו דתנן הוציא עליו כ"י שהוא חייב לו גובה מב"ח. אבל הכא מה האמינו שייך הא אף אם יכתוב עליו מצי טעין שזייף אותו כיון דהוא דבר המזדייף גם מה שתירץ על קושיא הפ"י שהקש' אהא דאמרינן בגטין דיפתרא כדי לכתוב עליו הגט ומוכיחין מזה דשאר שטרות פסולין. והקש' הפ"י דהא כיון דשטר מקנה כשר אכתי קשה דהל"ל כדי לכתוב עליו שטר מקנה ותירץ הוא כיון שכתבו התוס' בגיטין דשטר מקנה נכלל בגיטין ה"נ גבי דיפתרא דאמר גט נכלל ג"כ שטר מקנה וכו' א"י מה הוא שח דעיקר הוכחתם הוא דגט שיעורא רבה הוא משאר שטרות דבגט צריך לכתיב שם עירו ועירה ומקום עמידת העדים והרי את מותרת ודן די יהוי ושם הנהרות משא"כ בשאר שטרות. וכן קשה כשטר מקנה דבשדה מכורה לך לבד סגי בשלמא התם בגיטין דפוסל שטר ראיה בדבר המזדייף שפיר כתבו התוס' דכולל שטר מקנה בגט דג"כ לא שטר ראיה הוא מה שאין כן הכא לענין שיעורא דשבת מה ענין יש לחלק בין שטר מקנה לשאר שטר ראייה ופשוט

ב **הולכין אחר התחתון.** ע"ש ברשב"ם ובתוספות בב"מ דף קס"ו במה א"כ למה דכתבו דלמעלה נכתב ענין ההלואה ולמטה הוא ענין האחריות ולכאור' קשה אמאי אם נכתב למטה מנה הולכין אחר התחתון הא אפשר לקיים שניהם שהלוה לו מאתיים ולא קיבל אחריות רק על מנה. ואפשר דהוי כישוב בדוחק ואין מישבין כמ"ש הש"ך ומכאן ראיה להש"ך או אפשר דמיירי שכתוב למטה אחריות מאה הנ"ל (ועש"ך סק"י ויש שם ט"ס וצ"ל א"כ אי תימא דרש"י מיירי וכו' א"כ א"צ להחזיר וכו'):

ג **דיד בעל השטר על התחתונה.** בכה"ג הביא בשם תשובה דאפילו בקבלת שבועה אמרינן יד בעל השטר על התחתונ'. ותמה דהא ספק איסור לחומרא ונרא' דודאי כשהוא טוען ברי לא שייך ספק איסור רק דמיירי שהלשון שאמר הוא מסופק. ובגוונא שהביא הש"ך בשם מהרי"ק בסקי"ח. ובזה נרא' כיון דקי"ל בנודר עד לפני הפסח דאינו אסור רק עד שנגיע מטעם דלא מחית אינש נפשיה לספיקא וכן בהקדיש חייתו ובהמתו לא הקדיש הכוי והוא ג"כ מטעם הנ"ל אלמא דהספק שנופל בלשון לא נתפס באיסור שבוע' ונדר משום דלא מחית וכו' א"כ ה"נ כאן ובמקום אחר הארכנו בזה דיש להחמיר דבכמ' דוכתי פסק הרמב"ם דמחית ושם הארכנו:

ד **וינתן לחנני**. עיין תומים שמסיק דלא כהסמ"ע ואפי' אם השטר ביד חנן אינו גונה ע"ש הנה אם השטר ביד השליש אף אם אומר שחנן הלוה המעות והוא יודע שהשטר נכתב לחנן ובטעות נכתב חנני ודאי דאינו נאמן דמכחיש להעדים ואין השליש נאמן להכחיש עדים ולא לעשותן לטוענין ואם השטר ביד חנן לכאור' היה נרא' דאף דחנן ודאי דאינו גובה דמצי הלוה לטעון מחנני לויתי ופרעתי לו וממני נפל ואתה מצאת' מ"מ גם חנני אינו גובה כיון שהשטר ביד חנן הוי הדין כמבואר בסימן מ"א סעיף ד' בשטר שיוצא מתחת יד אחר דהלו' נאמן לטעון ממני נפל דכאן לא שייך הטעם מגו שכתב הסמ"ע שם סק"ל ועיין סמ"ע בסי' ס"ו סקל"ג ע"ש. כיון דחנן טוען שהוא בעצמו הלו' וכן בשליש שטוען שחנן הפקיד אצלו הוי כמו שהוא ביד חנן אמנם לפמ"ש לקמן בחידושי בסי' ס"ו סעיף י"א מבואר דאף כשהשטר ביד חנן גובה חנני וע"ש מה שכתבתי באריכות ועיין סמ"ע מ"ש בס"ק י"ט בשם הירושלמי דאם למעלה כתוב חנן ולמטה חנני דהוא איבעיא דלא איפשוט אם ילמד תחתון מעליון או עליון מתחתון. והוא תמוה דממ"נ הוא לחנני בין אם הוא חזרה בין שנחסר למעל' דהא אין דרך הסופרים רק לחסר ולא ליתר. ובאמת הוא ט"ס וכמבואר בירושלמי ובמ"מ שהביאו. וכצ"ל אם למעלה כתוב חנן ולמט' חנני אם ילמוד תחתון מעליון ועליון מתחתון והיינו כיון דדרך סופרים לחסר אות אחת אפשר שחסרו למעלה היו"ד מחנני ולמטה הח' מחנני והוי כאלו נכתב בשניהם חנני. וכן הוא באורים רק שתיבת חנני הנכתב שם גם כן ט"ס וצ"ל נני ע"ש. ומ"ש שם דאם כתבו הרשאה זה לזה גובין ממ"נ היינו נני וחנני דלחנן ודאי לא נכתב דהתחתון עיקר:

ה **ומלמטה קפל**. אף שיש לו מגו דאי בעי היה מוחק ליה לק' ובנמחק אות אחד מהתחתון ומדין מהעליון. מכל מקום הוי כמגו במקום עדים דמה שלמטה ודאי חזרה הוא. ועיין תומים שהקשה על הא שכתב שמא זבוב הסיר דניחוש שמא הוא בעצמו הסיר. ולק"מ דבזבוב חיישינן בעוד הדיו לה הסיר דבעודו לח לא ניכר המחילה דמהאי טעמא אסור ליתן הגט בעוד הדיו לח דהוי כדבר שאפשר לזייף אבל אחר שנתייבש א"א לזייף ולהסיר דניכר המחיקה תדע דאלת"ה בלאו הכי השטר פסול דהוי כנכתב בדבר שאפשר לזייף ובודאי העדים לא נתנו לידו עד אחר שנתיבש כדי שלא יהיה יכול לזייף ולכך הוצרך להטעם שהזבוב הסיר בעוד השטר ביד העדים כשהדיו עדיין לח. אך קשה כיון דאם יומחק אות אחת לומדין מן העליון א"כ יש לנו לפסול שטר שנכתב למעלה ספל ולמטה קפל דשטר שיכול לזייף הוא דימחוק למט' הק' ויגבה ספל ומזה מוכח כדעת התוס' בב"ב שם בד"ה אם כן למה כתב העליון דדוקא בהשם למדין מהעליון אבל כשנמחק אות אחד מהסך התחתון אין לומדין מהעליון והוא מטעם שכתבתי דאם

כן יכול לזייף וכנ"ל ומדברי התוס' שם בד"ה אבל לא בשתי אותיות משמע דאפי' בחסרון אות א' מהתחתון אין לומדין מהעליון כשהחסרון בהסך המעות דהא לפי גירסת הרשב"ם מיירי מתניתין בחסרון ומדלא כתבו לעיל בד"ה אא"כ דלהרשב"ם קאי הך טעמא אהא דלמט' מנה משמע דאפי' בחסרון אין לומדין מהעליון בחסרון המעות וכן מסתבר דדוקא בשם דרך לכתוב בקיצור השם משא"כ בסך המעות ודאי דאין דרך לקצר בהסך שיהיה נרא' יותר ברור:

ו **אי תפיס מטלטלין** עיין ש"ך סקט"ז שכתב אבל קרקע אפי' פירות קרקע לא מהני תפיסה וכו' אין כוונת הש"ך דבספק המבואר לעיל בש"ע סעיף ה' במאה שהם מאתים דלא מהני תפיסה בפירות קרקע דזה לא ניתן להאמר כלל. דמ"ש שתופס שאר מטלטלין או חוטף ותולש פירות מקרקע רק כוונתו בקרקע שאירע ספק בקרקע כמו בסי' שי"ב בחודש העיבור דאף דהספק הוא בפירות קרקע לא מחני תפיסה ואפילו בכה"ג שהספק נולד בקרקע או בפירות קרקע דלא מהני תפיסה אינו רק כשהוא מילתא דלא עבידי לגלויי אבל במילתא דעבידי לגלויי כגון בספק שבשטר שכתוב בו שנין סתמא מהני תסיסה דעבידא לאגלויי ע"י עדים הוא כמבואר לקמן סי' שי"ז סעיף ג' ועיין בספר תקפו כהן סי' מ"ט ושאר סימנים ותמצא כדברי והוא פשוט:

ז **וכ"ש שאומרים בשובר**. ועיין ש"ך ס"ק י"ז ועיין תומים שהשיגו והדין עמו דהא כיון דקיימא לן דיכול לומר קים לי לפטור עצמו משבועה א"כ הוא הדין הכא. אך מה שתירץ הוא כיון דהשטר נמסר ביד המלו' ובידו לשורפו עם הנאמנות הרי הימניה הלוה למלוה שיהיה יכול להשביעו כמו בשליש וכו' ע"ש ג"כ לא א"ש דא"כ אם מסר כתב בפני עצמו עם נאמנות להלו' יפטר משבועת הוסת וכל כהאי גוונא הוי להו להפוסקים להשמיענו ועוד דהא עדים לפנינו שהעידו על הנאמנות שהאמין להלו' מה בכך שהאמין לו במה שמסר השטר בידו הא אפילו בשליש אין הנאמנות רק שהשטר כמאן דליתא כיון שהיה בידו לשורפו והכא אפילו לא היה שטר כלל רק שנתן לו נאמנות בפני עדים ויש ספק בלשון הנאמנות והוא מוחזק יש לנו לומר שידו על על העליונ' ולפענ"ד לא קשה כלל וכמו שאבאר לקמן בסמוך:

ח **דלא כיש חולקין** עיין ש"ך ס"ק י"ח שמיישב דעת מהרי"ק דס"ל דלא אמרינן יד בעל השובר על העליונ' הוא משום דמיירי בטוען שמא. וסיים בדבריו דהא דסי' מ"ג סעיף כ"ז או דמיירי בטוען ברי שמחל לו בפי' גם חוב זה או שתפס קודם שנולד הספק או שתפס ברשות ואז א"צ לפרש שטוען ברי. ותמי' לי דלדבריו שכתב דבתופס ברשות אפי' בטוען שמא מהני תפיסה וכ"פ עוד בסקט"ו א"כ בעובדא דמהרי"ק אין לך תפיס ברשות גדול

מזה שהוא תפיס במעות שלו וטוען שאינו מחוייב כלל. וגם נראה דהוי כתופס קודם שנולד הספק. אמנם בס' הנ"ל כתב ליישב זה דמהרי"ק לא נחית לחלק בין קודם שנולד הספק כיון דכתב שם דדין ברור הוא שפדיון שבויים אינו בכלל צדקה. אמנם עיקר דברי הש"ך תמוהין דודאי הספק שאנו מסופקין אם נעשה החוב קודם כתיבת השובר או אחר כך לא נקרא תפס קודם שנולד הספק לפמ"ש לעיל בכללי התפיסה וגם לא נקרא תפס ברשות לפמ"ש שם כיון שלא התפיסוהו הבעלים על ספק זה ומכל מקום העיקר כהש"ך דאין ראיה ממהרי"ק לפי מה שכתבתי בכללי תפיסה דכל שבא לזכות מכח הלשון ויש ספק בהלשון אינו זוכה כלל משא"כ בסי' מ"ג שיש ספק במעשה אם השטר קודם או השובר קודם מהני מטעם מוחזק ועיין עוד בתומים דלאו ראיה הוא ממהרי"ק דבפדיון שבויים לא שייך מחילה דשבויים לא מחלו רק עיקר הכתב הוא שהקהל התחייבו עצמם שיתנו כל מה שהוא חייב ודמי לשטר חיוב והקהל הוי מוחזקין ונכון:

ט **ונמחק אותו סכום.** עיין סמ"ע סק"ל דבמלוה אומר המש היה הסך והלוה אומר שנים וכו' דפטור משבועה דאורייתא וכו' ונראה דאם הלוה אומר שלש דחייב שבועה דאורייתא דלא הוי משיב אבידה כמו בסלעים דינרין דש"ה דמסייע לי' שטרא משא"כ בנמחק דל"ל סיוע והוי מגו דהעזה. דאין להקשות אהא דנמחק דאומר מחקו כדי לפוסלו כמ"ש הסמ"ע לעיל בס"ק י"ז ע"ש דזה אינו דדוקא כשנמחק בשם המלוה או בשם הלוה המחק פוסל השטר דכיון דאינו ידוע מי המלוה או הלוה פסול משא"כ כשיש מחק בסך המעות אותו הסך שלא נמחק למדין ממנו:

י **ואי תפיס.** עיין ש"ך ס"ק כ"ה שמביא בשם הג"ת שהקשה משטר דכתוב בו שנין סתמא. ועיין תומים מה שהשיג על תירוצו וגם על מה שתירץ הש"ך על הקושיא משובר שכתוב בו דינרין. והדין עמו ועיקר כמו שתירץ בתומים לחלק בין תפוס ברשות לתפוס שלא ברשות מש"ה בשובר ומשכונא דתפיס ברשות מהני משא"כ בהלואה וקיימתי' מסברא וטעם לזה נראה אף דבכ"מ דמהני תפיס' מהני אפי' שלא ברשות כשטוען ברי כמו שכתב הש"ך בס"ק ט"ו וזהו דוקא בתרי ותרי או שיש שני לשונות בשטר דהוי כתרי ותרי אבל בספק דשנין סתמא הטעם מהני תפיסה דהוי כדררא דממונא כגון שיש ספק בלא טענותיהם דמהני ג"כ תפיס' כמו שכתבו התוס' בב"מ דף ק' בד"ה ולחזי ועיין בתומים בקיצור תקפו כהן סקנ"ד שכתב דבספיקא דררא דממונא לא מהני תפיסה בטוען ברי רק בשטוען על גוף החפץ שלי הוא מה שאין כן כשאין לו רק שיעבוד על החפץ לא מהני תפיסה אפי' טוען ברי. ומוכיח לה מהא דסוף פ' המניח גבי גדיל את הגדול וקטן את הקטן דלא מהני תפיסה אף שהספק הוא דדרא דממונא שהספק הוא

ע"פ העדים בלא טענותיהם דהא לסומכוס שם יחלוקו ע"ש. ועיין לעיל בחידושי בכללי דיני תפיסה משום הכי בשובר שכתוב בו דינרין או במשכנת' שכתוב בו שנין שאכל הפירות והא תפיס ברשות מהני כיון שטוען על גוף הדבר מה שאין כן בהלוא' דהוי תפיסה שלא ברשות כיון שאינו טוען על גוף הדבר רק שיעבוד ועיין בקצה"ח שהביא תשובת הראנ"ח בשטר שנולד בו ספק בזמן פרעון אימת דנאמן הלוה ול"ד להא שכתבו התוספות בב"ב גבי ארעת' תרתי דבשאלה כיון שחוזרת ברשות' דמרא קמא קאי דשאני שאלה דברשותו דמרא קאי מה שאין כן הלואה להוצאה ניתנ' ולא שייר בחזרה ברשותיה דלוה קאי והלוה נאמן והוא נכון ופשוט. אמנם מה שדימ' בקצות החושן למכחישין עצמן בזמן טיעון במלוה ע"פ לא ידעתי דשם הספק נופל ע"פ טענותיהן משא"כ בספק בשטר. אמנם העיקר כמ"ש המשנה למלך וכמו שכתבו התוספות בב"מ סוף פ' השואל דאפי' בשאלה בחפץ אזלינן בתר המוחזק:

יא **שית מאה וזוזי.** עסמ"ע סקל"ה שטר שכתוב בו מאד. דחמשים דינרין וכו' וכוונתו דבשלמא בכתוב בו שית מאה וזוזא שם זוזא הוא תיבה בפ"ע ואינו בא לפרש דהרי לא נכתב פי' על השית מאה מה הן ויכול ליתן לו מטבע הפחות שדרך לסוכם באותו מדינה אבל כשנכתב מאה וחמשים דינרי זהב שהשם דינרי' זהב נכתב לפרש על הסך שלמעלה על איזה מטבע הוא כוונתו לא שייך לומר שאינו מפרש רק החמשים ולא על המא' דאם לא בא לפרש רק החמשים שהן דינרי זהב והמאה הן מין מטבע אחרת הי' לו לפרש ג"כ המאה איזה מין מטבע הוא כמו שפי' על החמישים. אלא ודאי שהפי' דינרי זהב קאי גם על המאה וכוונתו שהמא' וחמשים הן דינרי זהב משא"כ אם כתוב בשטר מאה וא' דינרי זהב מפרשינן המא' שהן רק מאה זהובים כסף וכן מוכח ג"כ באורים ע"ש ובכל תנ"ך שמזכיר סכום חשבון גדול כותב הסך המרוב' והמועט ביחד וכותב לבסוף שם הדבר כגון ככרים ושקלים וממילא ידעינן שגם שם המרובה הוא ככרים:

סימן מג

א **ויש מי שאומר.** ע' ש"ך שהסכים לדיעה זו (") ובתומים הקשה דמ"ש משטר מאוחר דאמרי' דדעתו היה שלא יחול השיעבוד עד הזמן. א"כ ה"נ באין בו זמן. וכן בב' שטרות היוצאין ביום אחד אף דנמסר לא' מקודם הואיל ואינו ניכר מתוך השטר איזו מוקדם שניהן שוים וכו' ע"ש שהאריך. ולפענ"ד נראה לחלק דהא קיי"ל דאחריות ט"ס הוא ומטעם דלא שדי אינש זוזי בכדי ובכתוב בו אחריות מקצת לא אמרינן ט"ס הוא א"כ ה"נ א"ש דבאין בו זמן ע"כ אנו מבטלין השיעבוד מכל וכל ממילא אמרי' ט"ס הוא כמו בגוף

אחריות כשלא נכתב משא"כ בשטר מאוחר או בשני שטרות שנכתבו ביום אחד דאין מבטלין השיעבוד רק עד הזמן שמוכח מתוך השטר הוי ככתוב בו מקצת אחריות דלא אמרי' בי' ט"ס ואפשר דליכא פלוגתא כלל בין הפוסקים דמאן דס"ל לא מהני עדים מיידי דידעינן דלא היה ט"ס רק בכוון לא נכתב בו זמן מדעת הלוה שלא ציוה לכתוב זמן. ומה שתמה בתומים על הראיות שהביא הש"ך משיחרור וגט דאין הנידון דומה כלל דשם אינן באין מכח שיעבוד וקול רק כשמבררין אפי' בעידי גירושין ושיחרור ממילא הבעל והאדון מכרו דבר שאינו שלהם. ועוד דשם נכתב זמן בגט רק משום שנפל חיישינן שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי וכיון שמבררת שהיה בידה קודם נפילה חזר הגט לכשרותו וגובה מזמן הכתו' וכו' ע"ש ולפעד"נ ליישב דבריו דמה שמביא ראיה מגיטין דף י"ז נראה כוונתו דמוכח מהא דר"ל דסבירא ליה משוב פירות דסבירא ליה משעת חתימ' ואם לא יכתבו זמן תפסיד הפירות שמשעת חתימה עד שעת נתינה שלא כדין דמשעת נתינה תוכל ליקח כתב מב"ד כמ"ש התו' שם והא דסבירא ליה לרבנן בד"ה ר"ל דר"ל שם משעת חתימה ולא משעת כתיבה היא מטעם דליכא קלא עד שעת חתימה כמ"ש התו' בד"ה ר"ל אמר ע"ש. ואם נאמר דבשטר שאין בו זמן אפי' משעת חתימה ליכא קלא כדין מפסדת פירות משעת חתימ' ואמאי פסלי שאין בו זמן הא כל שמפסדת כדין כשר כמ"ש התוס' בגיטין דף נ' בד"ה כתב בכת"י אלא ודאי דאפי' בשטר שאין בו זמן ע"ה מוציאין קול וממילא מועיל אף בשטר לענין לקוחות ומה שמביא ראיה בגט שנפל כוונתו דבגט שנפל משמע דהבעל מוציא הפירות מהלוקח אפי' בלא מעות כמו בכל גט ואף דבלוקח מגנב מחוייב להחזיר דמים מפני תקנות השוק וע"כ צ"ל דבגט קלא אית ליה מהני כלוקח מגנב מפורסם ומזה מוכח דגם בשטר שאין בו זמן איכא קלא דהא שטר שנפל הוי כשטר שאין בו זמן דמחמת שנפל חיישינן שלא הגיע לידו ביום שנכתב כמבואר בסי' ס"ה בש"ך ס"ק ל"ה והוי כאין בו זמן ומזה מוכח דגם בשטר שאין בו זמן איכא קלא והוי כגנב מפורסם כנ"ל בכוונת הש"ך שלא יחשב כטוע' ח"ו:

ב **אם כתב ברביעי בעשרים יום.** עיין תשובת הרא"ש ובאורים דאף דדין פשוט הוא דהא אם לא נכתב יום השבוע כלל כשר מ"מ קמ"ל באם ידעינן שנעשה ביום כ"א והוא מוקדם רק שידעינן שרביעי בשבת היה ביום כ"א הטעות מוכח בתוך השטר וכיון דלא נכתב בד' בשבת הוי אמינא דליכא בירור בזה קמ"ל:

ג **הי' ביום ארבע ועשרים.** עיין ש"ך סק"ז שהקש' דבאה"ע כתב בזה ויש חולקין וכאן סתם דכשר ועיין בתומים שכ' דמחלוקת הרא"ש והריב"ש הוא דהרא"ש ס"ל דלא תלינן שטעו בימי השבוע דלא שכיח לטעות בימי השבוע והריב"ש ס"ל שתלינן הטעות שטעו

בימי השבוע וכו' ע"ש. וכוונתו נראה דהיינו שעמדו ביום שני בשבת וטעו וסברו שהוא יום רביעי בשבת. ולפנ"ד נראה דאין סברא כלל לתלות הטעות בזה. ולפענ"ד נראה פשוט דהנה ע"כ שטר מאוחר הוא דהא הזמן הוא שמיני עצרת ואם כן יש לומר שנכתב מקודם רק שאחרו הזמן ובזה שייך לומר שאחרו וטעו באחר רובו של חודש וגם בשני עיבורים דדוקא אחר שקבעו הב"ד החודש אמרי' אי אפשר שלא שמעו הקביעות ברובו של חודש וגם בשני עיבורים אמרי' בש"ס הטעם דלא טעו כיון דהוה אחר רובו של חודש ראשון משא"כ הן שכתבו מקודם זמן י"ל שטעו אפילו בשני עיבורים דמהיכן היה להן לשמוע הקביעות וגם לא שמעו קול שופר של הקביעות וכ"כ התומים בשם שבות יעקב ע"ש. וידוע דבמאוחר אין הגט ושיעבוד חלין עד הזמן וע"כ מן הסתם אחרוהו מדעת הבעל והלוה ובגט ודאי דמיירי מדעת הבעל דאי כשאחרוהו שלא מדעת הבעל פסול לגמרי דהוי שינוי בשליחות שהוא היה רוצה לגרש' מיד. וא"כ יש לנו לספק אם הבעל או הלוה אמר להם שלא יחול רק עד כ"ב לחודש ומחמת שהם טעו בעיבורא דירח' חשבו שהכ"ב לחודש הוא יום רביעי נמצא מה שכתבו ברביעי נכתב בטעות והזמן מתחיל מכ"ב שיום כ"ב הנכתב בשטר הוא עיקר או אפשר שהבעל והלוה אמר להם שיתחיל מיום רביעי בשבת ומחמת טעותם בעיבור' דירחא חשבו שרביעי הוא כ"ב לחודש ובאמת הוא כ"ד לחודש נמצא שיום כ"ב כתבו בטעות ואין הזמן מתחיל עד יום רביעי שהוא כ"ד לחודש וא"כ ממילא בשטר לא אתי לידי גובייא שלא כדין דתמיד יד בעל השטר על התחתונה ובכל ספק נחזיק לגריעותא לבעל השטר הן נגד דאקני נאמר שכ"ב עיקר והוי דאקני. וכן נגד לקוחות שקנו בכ"ג נאמר שרביעי הוא עיקר משא"כ בגט דהן לענין בת אחותו לא יקטילנ' מספק ואיכא חיפוי והן לענין פירות עיקר התקנה של הזמן היה לטובתה ומחמת ספק לא תוכל לגבות והוי כאין בו זמן ובמקום שהזמן נכתב בשקר או בטעות לא אמרינן דאהני לקמי' כמבואר בסוגיא שם ועיין עוד בתומים שהקשה בממ"נ אם הבית דין ידקדקו אח"כ בהזמן למה להם להפוסקים להכניס עצמם באיזה אופן טעו הא ליכא כאן חשש שיגבה מזמן ראשון ואי חיישינן שמא ברוב השנים ישכחו הב"ד אופן וסדר הקביעות מה בכך שטעו מ"מ הא איכא חשש שיגבו שלא כדין. ותירץ כיון דשטר מאוחר הוא ונכתב מוקדם ליכא חשש גבייה שלא כדין ע"ש ותמיה לי דהא במאוחר אין חל השיעבוד עד הזמן המבואר בשטר ושמא אמר להם הלוה שיכתבו מיום הרביעי ואז אין השיעבוד מתחיל עד יום רביעי שהוא כ"ד לחודש והב"ד שלא ידעו סדר הקביעות יטרפו מיום ך"ב לחודש ולפענ"ד נראה דהוצרכו הפוסקים לכתוב אופן הטעות כגון דידעי' שבודאי ציוה לכתוב בכ"ד דממ"נ כשר דתלינן בטעות דאם לא

היה אפשר בטעות היו תולין בחזר' דכיון שמאוחר הוא ומקודם נעשה רק שרצה שלא יחול השיעבוד עד הזמן א"כ יש לתלות בחזר' דהכל הולך אחר התחתון והדין לחשוב מכ"ב וכיון דידעינן שהיה בכ"ד נפסל לזה כתבו דתלינן בטעות ולא בחזר' כלל וכשר. ועוד נראה דאפשר דלא תלינן כלל בחזרה דהוי כדבר א' רק דאם לא היה אפשר לתלות בטעות וע"כ כתבו בשקר א"כ יש לפסול השטר לענין משועבדים דהא לא ידעינן מאיזה זמן יטרוף כיון דע"כ הזמן בשקר נכתב והוי כאלו לא נכתב בו זמן כלל אף דאין העדים נפסלין כיון דלא אתי לידי גביה שלא כדין מ"מ עכשיו אין יודעין מאיזה זמן יטרפו קמ"ל דהעיקר הוא מיום רביעי וכ"ב בטעות נכתב וזה נראה פשוט:

ד **כתב ידו אין צריך שיכתוב בו זמן**. עש"ך סק"ח דאפי' נגד בע"ח אין צריך דין מוקדם דחיישינן לקנוניא שהקדים הזמן בכוונה ועיין תומים שכ' דלא מיבעיא נגד מלוה ע"פ מאוחר ודאי דלא חיישינן לקנוניא דמה לו לשקר הא בלא"ה יכול להפקיע שיעבידו במכר או במתנה וכדומה וכמ"ש הרשב"א בתשוב' הביאו הב"י בס"ס מ"ו שנסתייע ממנו הש"ך בס"ק זה אלא אפי' נגד שטר מאוחר גם כן לא חיישינן לקנוניא להנך דס"ל דבפס"ד אף דנאמן לומר פרעתי מ"מ גובה ממשעבדי ולא חיישינן לקנוניא כ"א בנפסל ואיתרע ומביאים ראיה מהא דתנן מצא שט"ח אם אין בו אחריות יחזיר ואמאי ניחוש לקנוניא שרוצה להפקיע משיעבוד הבע"ח המאוחר אלא ודאי דגם בכת"י המוקדם קודם למלוה בשטר וא"כ ליכא למיחש לקנוניא בשטר שנפל אם ירצה לעשות רמאות יכול ליתן לו כת"י המוקדם ע"ש שהאריך: ולפענ"ד נראה דהדין עם הש"ך לא מיבעיא נגד שטר מאוחר ודאי חיישינן לקנוניא דהשטה מקובצת הביא בשם הריטב"א אהא דאמר התם לא חיישינן לפרעון ולקנוניא ז"ל אף ע"ג דהאומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן דילמא עביד קנוניא על בעלי חובותיו שלא יגבו מעותיו שמחייבין לו אבל לפרעון ולקנוניא דלקוחות שיעשה כן לגבות מלקוחות שלא כדין לא הי' חייש שמואל ע"ש. א"כ חילוק זה ממש יש לחלק בין פס"ד שהוא להוציא מלקוחות לא חיישינן לקנוניא היכא דלא נפל אבל לקנוניא שלא יגבה ממנו הבע"ח מאוחר ודאי חיישינן לקנוניא כמו באומר שטר אמנה הוא זה אלא אפי' נגד בע"ח בע"פ ג"כ צדקו דברי הש"ך דחיישינן לקנוניא ואף דבלא"ה יכול להפקיע השיעבוד במתנה ליתא דא"כ לדבריו אם יש עליו מלוה בשטר ובא לגבות מטלטלין שיכול להפקי' שיעבודי' במכר ומתנה כשלא כתב לו מטלטלים אגב מקרקעי יהיה ג"כ נאמן לומר שחייב עוד לאחרים במגו כי האי ובהדיא מבואר בסי' צ"ט בש"ך סק"ה דאינו נאמן בזה המגו משום דמיחזי כרשע שמבריח נכסיו מבע"ח שלו ונותן מתנה לאחרים ובודאי אם החזיק כת"י בב"ד קודם שהוחזקו המטלטלין בב"ד

ודאי דנאמן כמ"ש שם הש"ך אבל בקרקעות ומטלטלין שהוחזקו בב"ד קודם שהוציא זה הכת"י בב"ד לדחות את המלוה בע"פ בעדים המאוחר ממנו אינו נאמן לומר כן בפה דלא משגיחים על מה שיכוין להפקיע השיעבוד במתנה כמ"ש הש"ך שם ה"נ לא מהני אם הוציא עליו הכת"י דשמא עתה נתן לו הכת"י לקנוניא כמו שאינו נאמן עתה כשאומר כן בפה ובכה"ג מיירי הש"ך כאן ולא דמי כלל למ"ש הרשב"א שהביא הב"י הנ"ל דשם מיירי שכתב בחייו שהודה שהן של זה ובאותו שעה היה בידו ליתנם לי כפי הודאתו ודאי דנאמן ודמי להא דסי' נ"ו סעיף ז' דבאותו שעה עדיין לא הוחזקו המטלטלין שלו בב"ד וגם אינו נראה שעושה כן להבריח דהבעל בחייו יכול לעשות בשלו כמו שירצה ואין בזה שייכות הברחה ולא שייך התירוץ שכ' הש"ך בסק"ה אבל בבורח שבא עליו בע"ח אפי' מלוה על פה בעדים ודאי דצדקו דברי הש"ך דלא מהני מה שאחר מוציא כת"י אחר שנתחזקו הקרקעות והמטלטלים בב"ד ומה שהקשה משטר שאין בו אחריות דלמה מחזירים הא איכא למיחש לקנוניא נגד בע"ח המאוחרין ג"כ לא קשה דבשיטה מקובצת בב"מ דף י"ט כתב וז"ל אכתי לכתחילה ניחוש דילמא יזיף ביני וביני ואית להו לבע"ח למיגבי מהאי ארעא ולא מצי גביה מיניה ושלא כדין הוא וכההיא חששא דלעיל דאתי בע"ח וטריף לקוחות שלא כדין לא דמי דהתם אי טריף שלא כדין בגזילה ממש בא לידו אבל מקבל מתנה זה אע"פ שהוא מונע בע"ח בשטר מוקדם זה שלא יטרפנ' ממנו ושלא כדין הוא עושה מ"מ שדה שלו הוא מעמיד בידו עכ"ל אלמא דלא חיישינן רק להוצא' מלקוחות שהוא גזל ממש אבל משום מניעת טירפא לא חיישינן ומה"ט מחזירים שטר שאין בו אחריות דליכא רק חשש מניעת טירפא ושדה שלו הוא מעמיד בידו משא"כ בכת"י והבע"ח לפנינו דאיכא ודאי מניעת טירפא דמי לאומר שטר אמנה דא"נ לחוב לאחריני כן נראה לי ברור והוא ז"ל האריך בפלפול שאינו ראוי לחדש דינים מפילפול כזה:

ה **אלא מב"ח** עש"ך סקי"א דאם המלוה בעצמו כ' עליו קודם שנראה בב"ד שלא ניתן לטרוף אלא מזמן זה כשר ע"ש ונראה דע"כ מיירי דאיכא גם כן עדים שראו בידו מזמן שני דהוא בעצמו ודאי דאינו נאמן אימת מתחיל הזמן שני דכיון דהוא מוקדם הוי כאלו אין עדים שוב על הזמן אימת היה והוא אינו נאמן לומר שמיום פ' התחיל הזמן חדש אלא ודאי דאיכא עדים אך א"צ עדים שראו מסירת השטר דאפי' עדים שראו בידו השטר יכול לכתוב הזמן שראו העדים בידו ואחר כך יביא העידי ראיה לב"ד ויגבה מזמן ההוא ואם יש לו מגו כגון שא"י שהוא מוקדם רק על פיו נאמן במגו מאימתי התחיל הזמן שני. ובתו' הקש' דא"כ מה מקשה הש"ס בב"מ י"ז על שטר שנמחל שיעבודו ות"ל דה"ל מוקדם

הא במוקדם מהני שיכתוב ע"ג משא"כ בנמחל שיעבודו נלע"ד לתרץ דהנה לכאורה קשה הא דאמר בשטר שפרעו דאינו חוזר ולוה בו מטעם דנמחל שיעבודו הא הטעם פשוט דהא איכא פסידא דלקוחות ששמעו הפרעון ואהלוא' שנית לא נכתב השטר ולא יצא קול וכעין סברא זו כתבו התו' בדף י"ג ע"א ע"ש. וע"כ צ"ל דקמ"ל דאפי' אם לוה שנית ומסר השטר בע"מ דאז איכא קול בהלוא' שנית אפ"ה פסול מטעם כיון דההלוא' של השטר והעדים החתומים נמחל שיעבודו הוי מזויף מתוכו וכמבואר בסי' מ"ח וכיון דמיירי בע"מ והפסול אינו רק משום מזויף מתוכו ודאי שיש לו תקנה גם כן דמהני אם יכתוב עליו שנעשה הלוא' שנית דאז לא אתי למסמך אע"ח וע"כ דמיירי אם לא יכתוב עליו שאינו מתקנו כלל ושפיר מקש' דה"ל מוקדם ובתומים תי' כיון דמבואר בסי' מ"ה בסעי' ט"ו דצריך לתקן השטר קודם שנרא' פסולו בב"ד ביום שנכתב וע"כ צ"ל דמיירי בעדים דבלא עדים אינו נאמן שכתב עליו ביום זה אימר עתה כתב והקדים הזמן וכיון דיש עדים אף לענין נמחל שיעבודו מהני דהוי כע"מ ולא ידעתי מאי קאמר דהא ודאי דמהני כשכותב בפני הלוה וכותב בו שאותו היום שכותב מתחיל הזמן וסגי בזה ודאי לא הוי כע"מ ומה שהקש' הש"ך בהא דמי שפרע מקצת חובו דיכתוב שובר ע"ג השטר ותי' בדוחק לק"מ דהא מבואר בסי' מ"ד סעיף ו' דשטר שיש בו מחק מאחריו דכשר א"כ יש לחוש שהמלוה ימחוק השובר ואפי' לדעת הש"ך דפוסל מ"מ נרא' דדינו כמו ספק שבשטר דמהני תפיס' ואין לעשות תיקון שיועיל אחר כך תפיס' ובגוף הדין שבת' הש"ך דמהני כשיכתוב עליו אין לומר דמיירי שיכתו' למטה מחתימת העדי' דזה אינו דהרי לא תיקן פסולו כיון שיכול לחתכו ולגבו' ממשעבדי מזמן ראשון וכן א"ל דמיירי שיכתוב על השטר נגד הכת' או ביני שיטי דהא עדיין יכול למוחקו ולהמחבר כשר במחק ביני שיטי או מאחוריו וכן קשה על המחבר שכ' שהב"ח יכתוב וצ"ל דכוונתו שיעביר קולמוס על הזמן הכתו' בשטר שיהי' הכתיב' עדיין ניכר דאם יעשה מחק גמור יפסול השטר רק יעש' העברת קולמוס בקו על הזמן ואז לא יסמכו על הזמן הכתו' בשטר רק על הזמן הכתו' למטה וכשיביא עדים על יום כתיבתו כמו בסי' מ"ה סעי' ט"ז וכו':

1 **דפסול לגמרי** עש"ך סקי"ב דפסול אפי' נגד להד"ם ובתומי' השיגו ומבי' ראיה משטר שלא ניתן לכתו' וראיה זו ממש הביא הרמב"ן בתשוב' ע"ז והדין עמו ואפי' בשטר שנמחל שיעבודו מהני לענין להד"ם ואף דכל שטר שלא נכת' כתיקון חכמים אינו שטר לענין פרעתי אבל מפי כתבם לא הוי כיון שנכתב בציווי הלוה והטעם נרא' דהא בכל שטר העדים אינן מעידין על ההלוא' רק כיון שמעידין שנכתב בציווי הלוה אנן עדי מסיר' אנן כמ"ש הפוסקים מטעם דהאיך בא ליד המלוה וע"כ מסרו לו ולהעיד שנכתב בציווי

הלוה מהני אפי' מפי כתבם כמ"ש בס"ס ל"ט ועל המסיר' אנן סהדי ומה"ת יפסל מטעם מפי כתבם מה שאין כן כשלא נכת' ונמסר בציווי הלוה ומעידין הן על גוף הענין ודאי דהוי מפי כתבם:

ז **דהעדים נאמנים.** אי"ה בסי' מ"ו יתבאר זה ומ"ש הפוסקי' דהעדים נאמנים לומר על זה לא חתמנו הוא דוקא בזמן כמ"ש הרשב"א גיטין כ"ו דאין דרך של עדים לדקדק בזמנו של שטר והוי כדבר המצוי לטעות (ועש"ך סקי"ט ויש שם ט"ס וצ"ל דלדעת ר"י והרא"ש א"נ אא"כ אין כת"י יוצא וכו' עוד יש ט"ס בס"ק זה וצ"ל דתירצו דעדים אינן פסולים דיכולין וכו'):

ח **יכולים לחתום שטר אחר.** עש"ך סקכ"א שהקשה דלמה לא יהיו יכולין לכתוב שטר אחר מזמן השני אפילו כ"י יוצא ממקום אחר כיון דלא עשו שליחותן ועוד למה יהיו נאמנים לפסול השטר דילמא בשנת נ"ז קנו מידו ולכך פי' הש"ך דודאי מן הסתם השטר כשר דתלינן שבשנת' נ"ז קנו מידו והמקבל נאמן ע"ז וע"ז קאי דאם אין כת"י יוצא ממ"א נאמנים לפסול השטר ולומר שלא היה בשנת נ"ז רק בשנת נ"ח ולכתוב שטר כשנת נ"ח ולהכחיש המקבל שיאמר שהיה קנין בשנת נ"ז אבל כשכת"י יוצא ממקום אחד אינו נאמן להכחיש המקבל ולקרוע השטר שנכתב בשנת נ"ז ולכתוב שטר אחר כשנת נ"ח וסיים המחבר דכשכ"י יוצא ממ"א דהעדים א"נ להכחיש השטר ולומר שהיה בשנת נ"ח והשטר כשר כשנת נ"ז ומ"מ אף המקבל מודה שהיה בטעות ושנכתב בשנת נ"ח נאמן במגו שהיה אומר שבשנת נ"ז קנו מידו ואף דהעדים היו מכחישין אותו מ"מ כיון שכת"י יוצא ממקום אחר נאמן דבתומים השיגו דלשון המחבר והרשב"א אינו סובל פי' זה ומפרש בתומים דמיירי שהמקבל מודה שנעש' בשנת נ"ח ק"ס ומסתמא אמרינן דהעדים פסולים כיון שהמקבל מודה שהשטר מוקדם רק כשאין כ"י יוצא ממ"א נאמנין להכשיר עצמן ולומר טעינו בשנת המלך במגו דהיו אומרים לא התמנו אבל כשכת"י יוצא ממ"א א"נ להכשיר עצמן וא"י לחתום שטר אחר עכ"ל וגם דבריו תמוהים דמה מגו יש להן לומר לא חתמנו ולכתוב שטר אחר כיון דהמקבל אומר שחתמו על שטר מוקדם אף אם יאמרו העדים שלא חתמו על שטר זה מעולם מ"מ הן פסולים נגד המקבל כיון שמודה שהן פסולין נגדו וכמ"ש התוס' בכתובות דף מ"ד בד"ה א"ב אורועי סהדי ואין שום חילוק בין כת"י יוצא ממ"א ע"פ עדים או ע"פ המקבל דהמקבל נאמן על עצמו כמאה עדים גם קשה עליו דהא מ"מ יש להן מגו דמשנת נ"ז קנו מידו ומ"ש לתרץ הוא דרך רחוק ורחוק כמבואר למעיין בדבריו. לכן נלפענ"ד לפרש דודאי העדים כשרים ונאמנים במגו דמשנת נ"ז קנו מידו וגם נאמנים לומר טעינו כשהוא מצוי לטעות אפי'

בלא מגו רק כוונת המחבר לענין אם יכולין העדים לכתוב שטר משנת נ"ח כשיש צורך להמקבל כגון שיש להנותן עדים שבין שנת נ"ז לשנת נ"ח מכרו המקבל לאחר וא"כ אם נחזיק להשטר מתנה זו שהיה בשנת נ"ז דהיינו שקנו מידו בשנת נ"ז דמסתמא אמרינן כן וכמ"ש ממילא השדה של הלוקח ואף שהעדים אומרי' ששקר הוא מה שנכתב בשטר נ"ז והיא שנת נ"ח א"כ בשעת מכירה היה דבר שאינו שלו ומכירתו לאו מכירה אין בכך כלום דהעדים אינן נאמנין דהא חוזרין ומגידין הן כשכתב ידן יוצא ממ"א וא"נ ומחזיקין להשטר שהיה בשנת נ"ז משא"כ כשאין ב"י יוצא ממקום אחר נאמנין שהיה טעות והקנין לא היה רק בשנת נ"ח ממילא המכירה לאו מכירה היא כיון דבשעת מכירה היה שאינו שלו וכן נ"מ לענין אם מכרו המקבל שלא באחריות או נתנו במתנה לאחר ובא בע"ח שלא כתב בשט"ח דאקני לטרוף דאם האמת שהוא בשנת נ"ז הוי דקנה ובע"ח טורף ואם הוא בשנת נ"ה הוי דאקני ואינו טורף ולכך כשכת"י ייצא ממ"א נ"ן ומחזקינן להשטר שהוא משנת נ"ז שהק"ס היה בשנת נ"ז משא"כ כשאין כ"י יוצא ממ"א נאמנין לומר שהוא משנת נ"ח ובטעות נכתב שנת נ"ז כנ"ל:

ט **מזמן שני.** עמ"ש ש"ך סקכ"ב עד כיון דבאמת שטר זה פסול אף מזמן שני א"י לכתוב וכו' דבריו תמוהין דהא מיירי שהיה קנין וכדמשמע ברשב"א הביאו הסמ"ע סקי"ז ובקנין ודאי דיכולין לכתוב מזמן השני שהיה בקנין בעת ההוא:

י **חתימת סהדי** ואם כתב כן בשיטה אחרונה לכאורה היה נרא' דתליא בפלוגתא המבואר בסי' מ"ה סעיף י"ד וט"ו דאם נאמר דמועיל להכשיר השטר אפי' אם לא היה ביום שנכתב כשר אפילו היה בשיטה אחרונ' דאין לומר שמא כתבו בעצמן כדי להכשיר השטר דהא כ' הש"ך בסקי"א דאם כתב עליו קודם שנרא' בב"ד דכשר ונם אין לחוש שמא ימחקנו דאם ימחק אותו נפסל דחיישינן שמא מחק חובתו. אמנם לדעת האומר דאינו מועיל להכשיר שטר כי אם ביום שנכתב ומדעת הלוה כמבואר בסי' מ"ד פסול כאן כשהוא בשיטה אחרונה דחיישינן שמא כתב בעצמו כן כדי להכשיר השטר אמנם נרא' דאף הש"ך בסקי"א ע"כ כוונתו שיש עדים שמעידין על זמן שני דאלת"ה מאן מעיד על הזמן שני ומה בכך שהוא כתב על השטר שהלואה נעש בסיון אף שנכתב בניסן מ"מ דילמא נעש' בתמוז וא"ש מה שהצריך שיהיה כתוב קודם חתימת סהדי דאז כשר לגבות כיון שהעדים שבשטר מעידין עי זמן שני ולפ"ז צריך להיות קודם שיטה אחרונ' דוקא ודוקא כשנתברר שהוא מוקדם אבל בלאו הכי נאמן במגו:

יא **לא כתב דאקני.** ובספר קצה"ח כתב דשטר מאוחר לא צריך לדאקני דבמאוחר אין הזמן השיעבוד חל עד הזמן הוי כחיוב אחר שקנה כמ"ש התוס' בבכורות דף מ"ט לענין

פדיון הבן ע"ש ולאו כלום הוא דפדיון הבן שאני דבכל יום ויום הוי כציוו חדש מרחמנא משא"כ בשטר מאוחר דהחיוב כבר נעשה מזמן ההלוא' תדע דאם ימות קודם שהגיע הזמן הכתוב בשטר חייבים היורשים לשלם רק ממשעבדי לא לטריף עד הזמן רק דהוי כהתנה שלא יטרוף ממשעבדי עד הזמן אבל גוף החיוב לא נתחדש וזה פשוט:

יב **אבל בשטרי מקח וממכר** עש"ך סקכ"ח וז"ל נ"ל דה"ה לשטר מתנה וכו' ואף דשטר מתנה מסתמא אין בו אחריות ואינו רק לראיה להעמיד השדה בידו ונגד טענת להד"מ פסק המחבר לעיל סעיף ז' דכשר אפילו במוקדם מ"מ נ"מ באופן שאם אחרוהו בכוונה שהעדים פסולים וגם נ"מ שאם שטר מקנה הוא כיון שחז"ל פסלו להאי שטרא הוי חספא בעלמא ופסול לקנות בו השדה וכ"כ התוס' בגיטין דף י' בד"ה חספא דלענין ערכאות אף דמהני ג"כ לענין להד"מ מ"מ לא מהני לקנות בו ול"ד לשטר שיכול להזדייף דשם כיון דא"א לבוא לידי ריעותא דהא צריך ע"מ לא פסלוהו חז"ל לענין שטר מקנה אבל שטר שיכול לבוא לידי ריעותא פסלוהו רבנן והוי חספא בעלמא ואין בו תורת שטר לקנות בו רק דהעדאת עדים הוא לענין להד"מ אבל אין בו דין שטר ולא מהני לקנות בו ובזה אפשר לומר בהא שכ' המחבר בטוען אישתבע לי בסעיף י"ד דמיירי בשטר חיוב או שטר מתנה שטוען אישתבע לי שאינו מוקדם ולא נקנה בהשטר:

יג **אבל אם אינו מקויים על בעל השטר להביא ראיה** והוא תמוה דבאינו מקוים אפי' ליכא ריעותא בשטר נאמן לטעון כל הטענות במגו דמזוייף וכן הקשה התומים:

יד **כל שטר**. עיין סמ"ע וש"ך סקל"ג ובסי' ס"ה יבואר אי"ה ומ"ש בס' קצות החושן דהטור סבירא ליה כאביי וסבירא ליה דחיישינן לאיקרי וכתוב גם בתומים כתב זה:

טו **אבל בשטרי חיוב** ע' ט"ז הקשה מגט ולא ידענא מאי משיא ליה דאליבא דר' יוחנן דאמר משעת כתיבה בלא"ה תמוהין דברי הרא"ש וע"כ צ"ל כמ"ש בס' תורת גיטין ע"ש ולא קשה רק להרא"ש דס"ל דהא דעסוקין באותו ענין כשר קאי אמתניתין דגיטין וק' לר"ל דאמר משעת חתימה אך הא ג"כ לא קשה דהא כתבו התוס' בגטין י"ג ד"ה ר"ל אמר משום פירות וז"ל ולרבנן אע"ג דראוי לגרש כיון דליכא נמי קול אין הנעל מפסיד אלמא דהפסד פירות תלוי בראוי לגרש וקול דמי לשאר שטרות ולא דמי לשטר חיוב:

טז **ולפיכך נכתב מתחלת מרחשון** עיין ש"ך ובתומים השיג והדין עמו:

יז **וכן אין שמעון יכול לטרוף מלקוחות**. עיין תומים שכתב דלהך דיעה שסבירא ליה בשטר שאין בו זמן דאפי' ראו שטרו בידו מ"מ אין טורף ממשעבדי אינן יכולין הלקוחות לומר הנחנו לך מקום לגבות דהא על חודש ניסן מחל שיעבודו וכו' ע"ש. ולפעד"נ דאפי' להך דיעה יכולין הלקוחות לומר הנחנו לך למאן דסבירא ליה דמלוה ע"פ מוקדם למלוה

בשטר מאוחר א"כ יכולין הלקוחות לומר כיון דהא שדה בני חורין הוא ואת בר חד בניסן את ושמענו הקול מאחד בניסן שלוית דכל שטר יש לו קול ונהי דתחלת השיעבוד משועבדים ודינך כמלוה ע"פ מ"מ הנחנו לך מקום לגבות מבני חורין דהא את קודם לבר ה' בניסן ואת הוא דאפסדת נפשך שלא כתבת זמן בשטר אכן למאן דס"ל דמלוה ע"פ אינו מוקדם יפה כתב:

סימן מד

א **משטה אחרונה.** עש"ך סק"ד דאפי' אם אמרו העדים לא הרחיקו ואנו כתבנו אין לו רק מלוה על פה דכל שאינו מוכח מתוך השטר וכו' וקשה דהא בסי' מ"ט פסק המחבר דאם עידי השטר מעידים שזהו יב"ש שהעדנו עליו דהוי מלוה בשטר דלא בעינן מוכח מתוכו וכן הקשה כתומים ולפעד"נ דהפסול הוא מטעם אחר דבא"ח סי' קכ"ד מבואר דאם הגט נכתב על דבר שיכול להזדייף דכשר בע"מ כשהן לפנינו אבל בע"ח שמעידין שלא נעשה זיוף פסול. ומבואר בח"מ ובב"ש הטעם דבע"ח גזרינן דלמא נסמוך על עדים שמקיימין החתימה. א"כ ה"נ מה שכתוב בשטה אחרונה הוי ממש ככתוב על דבר שיש לחוש שנעש' בזיוף דלא מהני מה שע"ח באין לפנינו מטעם גזרה הנ"ל. ומכ"ש בשטרות שפסול מטעם שאין ראוי לעמוד ימים רבים כמבואר בסי' מ"ב אבל בשני יב"ש ליכא למיחש דאתי למיסמך על עדי קיום דהרי מ"מ לא ידעו ממי לתבוע. וא"ל דמ"מ איכא למיחש דאתי למיסמך אעדים אחרים שיאמרו שזהו יב"ש לעשותו מלוה בשטר על פיהם. זה אינו דהרי עינינו רואות שלא גזרינן כך ומכשירין בזה בסי' מ"ט וע"כ הטעם דלא גזרינן רק אם יבא הדבר לידי זיוף לגמרי ולעשותו דבר שהוא שקר. משא"כ בזה דמ"מ לא נעשה דבר שקר. וגם פסידא דלקוחות ליכא כיון שיצא הקול ואינהו אפסידו אנפשייהו

ב **לחובת מוציא השטר למדין.** עיין תומים שהק' על התוס' בב"ב קס"ה ד"ה דילמא שהקשו אהא דמקשה וליחוש שמא גייז הא צריך להחזיר ואם יגייז יפסול. והק' דהא אפשר שכתוב בו חוב אחר שהחזיר השטר דחובתו למדין ומזה הוציא דין מחודש ולפענ"ד לק"מ דהא התוס' לשיטתייהו דאם לא החזיר בשיטה אחרונה פסול אע"פ שאין טעם לפוסלו א"כ ע"כ לא כתוב שום שטה אחר חזרת השטר דאם כתוב שום שיטה אחר חזרת השטר הרי לא הוחזר השטר בשטה אחרונה ואנן דוקא חזרת השטר בשטה אחרונה בעינן ובאמצע אינו מועיל להכשיר השטר וזה הוי כמו באמצע:

ג **אם השטר כולו מכתיבת ידו והיינו לגבות מבני חורין**. אבל ללמוד משטה אחרונה שהוא בכתב ידו לענין לגבות ממשעבדי תלוי בפלוגתא אי חיישינן לקנוניא במקום דלא איתרע בנפילה כמבואר בסי' מ"ג סעיף ו' גבי כתיבת יד אי צריך שיכתוב בו זמן. ומהתימה על התומים דכאן פסק דחיישינן לקנוניא ושם מסיק להיפך ויש לחלק דלענין משעבדי חיישינן לקנוניא משא"כ לענין בע"ח תוס' בב"מ דף כ' בד"ה ש"מ איתא לדשמואל ע"ש:

ד **אם סיים השטר בסוף שטה**. עסמ"ע סק"ה עד כיון דהיה יכול לזייפו לחתוך שטר העליון ולכתוב בו חצי שורה וכו' נראה דהיינו דוקא כשכתוב לפנינו עתה באופן זה שהיה יכול לחתוך העליון ולהניח זה שהיה כתוב עכשיו ולגבות בו. אבל אם כתוב לפנינו מעכשיו באופן שא"א לחתוך העליון ולגבות בו כגון שכתוב עליו דברים בעלמא רק שמתחלה קודם הכתיבה היה אפשר לחתוך העליון ולכתוב על השטה ומחצה שטר ועכשיו כשכתב זה א"א שוב לזייף כלל כשר כיון שעשה כן קודם שנראה שפסולו בב"ד למאן דמכשיר במילוי קרובים בסי' מ"ה:

ה **וי"א אם היה מחק**. עש"ך שפי' התוספתא דמיירי בניכר המחק ומ"מ מגופו דהיינו בתורף פסול. ותמה התומים דבניכר אפי' בתורף כשר כמו בזוזי דאינון ונמחק ולא הבנתי תמיהתו דודאי הדבר שאינו נמחק כשר ולמדין ממנו. רק כוונת הש"ך דגוף הדבר מחוק אף שעדיין ניכר אין למדין ממנו. כגון שיש מחק על כל הסך ולא נשאר שום סך שאינו מחוק אין דנין ממנו אף שניכר עדיין מה היה כתוב על המחק דכתב מחוק אינו כתב:

ו **שיש בו גרר מאחוריו**. עש"ך ודוקא שהמחק במקום שא"א לזייף. אבל כשהמחק במקום דאפשר לגזזו מהימן במגו דאי בעי גייז ליה והוא פשוט וא"צ לפנים וכן הוא בס' קצה"ח:

סימן מה

א **וקרעו להם נייר חלק**. עסמ"ע סק"ט ועיין בתוס' בגיטין דף ט' ע"ב ד"ה מקרעין שהביא בשם הירושלמי שהק' והלא כתב ראשונה הוא ומשני כשהרחיב להם הקרעים ע"ש ומחתימה שלא הביאו זה הפוסקים כי כן הוא ג"כ מסברא דודאי אין יכול לזייף גדול מזה וביד אחד יכול ליקח אותן הקרעים ולהניח על שטר גדול ולמלאותן דיו:

ב **אם קבלו בני העיר**. עיין ש"ך סק"ח דאם מתחייב עצמו דמהני מדינא ובס' קצה"ח כתב דלא מהני רק בשטר ראיה ולא בשטר חיוב ומייתי ראיה ממאן דס"ל ע"ח כרתי

דלא מהני ואין הנידון דומה לראיה דודאי לא מהני לעשות שליח להיות עד אף דבעדותן נגמר הקנין מ"מ כך הוא גזירת רחמנא דע"י עדותן שמעידין בחתימתן נגמר הקנין וכשהן אין חותמין עצמן לאו עדות הן דהויין כעד מפי עד ואין הקנין נגמר על ידן. אך בבא להתחייב עצמו שבחתימת ידו עושה קנין ודאי מועיל שליחות לעשות קנין. וכן משמע מלשון הש"ך שכ' בבא להתחייב עצמו דמועיל אך מ"מ מ"ש הש"ך תמוה בין שטר ראיה בין בחיוב דכשאין מנהג מניין ידוע שהדבר אמת וכן לענין חיוב כל שאין מנין השטר ראיה לאו שם שטר עליו ואין קנין בשטר כזה כמ"ש התומים בס"ס ס"ח:

ג **אף על פי שהעד החתום בתחלה.** עש"ך סקכ"ג שהרבה להוכיח דבסוף פסול וסתר ראיית הרמב"ן ויש שם ט"ס בד"ה ואני אומר במחילה וכו' וצ"ל והלא לא הוזכר מקודם וכו' וגם בד"ה אכן מ"ש התוס' פ"ב דגיטין וכו' יש ט"ס וצ"ל כל כה"ג אין מקיימין אותו אלא מעדים של מטה וכו' והיינו דעיקר ראיית הרמב"ן מהא דהמביא דקאמר אי התם בתחלה ה"ל פסול. ולעיל קאמר א"ב נמצא א' קרוב או פסול דלמאן דאמר משום תנאי כשר וע"כ קאי אלבסוף. וע"ז תירץ ג' תירוצים א' דמיירי התם מראשונים ולעולם בסוף פסול והא"כ קאי אראשונים דכשר. והא דקאמר בתחלה דפסול היינו לכתחלה אבל בדיעבד כשר בראשונים כשהיה ישראל שם וכסוגית הש"ס דילן ואח"כ צ"ל הא דשטר שנמצאו ב' הראשונים קרובים והקושיא דליהוי כהרחקת עדים: או י"ל דר"י דקאמר דאתי כמ"ד עדים חותמים זה בלא זה אמר ג"כ האי דינא דשטר שנמצאו שנים הראשונים קרובים דכשר דהוא גם כן משום דעידי הגט חותמין זה שלא בשני זה דאי אין חותמין זה שלא בפני זה היה לנו לפסול כשחתם בו פסול מתחלה וכסברת התוס' בגיטין דף י"ז בד"ה א"ל פסול וכצ"ל בדברי ר"י ואפי' חתם ישראל לבסוף פסול ורבי אילא קאי אלמעלה אמתניתין דעד כותי כנ"ל. עוד כתב הש"ך בשם הריב"ש שכ' וז"ל אבל שטר שבא לפנינו ואינו נודע אם חתמו יחד בו זה שלא בפני זה לעולם כשר דתלינן דעדים הכשרים לא חתמו עם הפסולים אלא לאחר שנחתם השטר בחתימת הכשרים. וכתב הש"ך דלא מסתבר לחלק בכך וכן כתב לעיל בפי' הירושלמי דאם הראשונים לא ידעו מהאחרונים הפסולים שפסול ולכאורה תמוה דהא סברא גדולה דהא לא נצטרפו הכשרים עם הפסולים כלל ומה בכך שהפסולים נתכוונו לעדות כיון שהכשרים לא נצטרפו עמהם וכבר נתכשר השטר שכבר הוי כנחקרה עדותן בב"ד משעת חתימת הכשרים ואין כח שוב להפסולים שיפסלו השטר אחר שכבר נתכשר כמ"ש התוס'. אמנם מדברי הש"ך משמע דהטעם דודאי מתחלה נצטרפו יחד להעיד כמ"ש בד"ה מה שהביא הרמב"ן ע"ש. ולפענ"ד נראה שהוא דוחק לכן נראה דשטר שאני כיון דקי"ל

ע"ח כרתי וכתב הר"ן פ' המגרש דמה שמודה ר"א בגט החתום בעדים שא"צ ע"מ שהוא מטעם שהמסירה כורתה וכיון שיש עדים על עיקר הדבר דה"ל ע"ח כע"מ שהרי הגט יוצא מת"י בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרו לה ונמצא כאלו הם עצמן מעידין על המסירה הרי מבואר מדברי הר"ן דעידי חתימ' בשעת חתימה לא מעידין כלל דהא כותבין הגט לאיש ושט"ח ללוה ועדיין ליכא מסירה ובשעת מסירה הוי אז כמגידין על המסירה. והא דאמרינן עדים החתומים על השטר כאלו נחקרה עדותן בב"ד ע"כ לא הוי כנחקרה עד שעת מסירה ובשעת מסירה הוי אז כמגידין על המסירה דאז נגמר הדבר דקודם מסירה עדיין לא נגמר הדבר ואין העדים מגידין מאומה שאין להם מה להגיד כלל וא"כ בשעת מסירה הוי אז כשעת ראיה והגדה והבעל דבר מצרפן בשעת מסירה כשמוסר לה כעדים החתומים הללו כשיש ביניהם קרוב או פסול ולהכי נתבטל העדות ונראה דאפי' למ"ד ע"ח כרתי מ"מ לא נגמר הגדתן עד שעת המסירה דקודם המסירה אין ממש בשטרא ע"ל סי' מ"ו סעיף ל"ה בסמ"ע סקפ"ו ולפ"ז א"ש דברי הש"ך דשוב לא שייך לומר שכבר נתכשר השטר בשעת חתימת הכשרים דקודם המסירה עדיין לא נתכשר השטר ונראה דזהו דעת הרמב"ם בפ"ט מהלכות גירושין הלכה כ"ז וז"ל היה אחד משנים הראשונים פסול שהרי זה גט פסול שמא יאמרו עד פסול כשר בשאר שטרות בשעת שיהיה העדים רבים ולא הכשירו בגט שעדים רבים אלא מפני שעדי מסירה הם עיקר ותמהו עליו כל נושאי כליו. ולפמ"ש אתי שפיר דהא היה לנו להכשיר בשטר שנמצא קרוב או פסול מטעם שכ' הרמב"ם דשמא אחר שחתמו הכשרים חתם הפסול וכבר נתכשר השטר קודם שחתמו הפסולים רק הטעם דפסול הוא מטעם שכתבתי דעיקר הגדתן הוא משעת מסירה וכמו שכ' הר"ן וזה לא שייך רק בדליכא עידי מסירה כמ"ש הר"ן אבל בגט דצריך עידי מסירה אף שיש עדי חתימה ולא נצטרפו להגדה בשעת מסירה ולא נתבטל עדות הכשרים דכשיש עידי מסירה ממילא העידי התימה אין מעידים רק שנכתב הגט בציווי הבעל כמ"ש הב"ש באה"ע סי' ק"ל ע"ש וכיון שחתמו הכשרים קודם הפסולים ונגמר עדותן קודם שחתמו הפסולים כשר וגם מזויף מתוכו לא הוי דהא לא נסמך על חתימת הפסולים דהא עיקר הקיום מעדות דלמטה הן וכשרים הם ולא פסולין לגט רק משום גזירה דשטרות דבשטרו' לא נגמר עדות הפסולים עד שעת מסירה ואז באו עדות הכשרים והפסולים ביחד ואתי שפיר דברי הרמב"ם. עוד כ' הש"ך ולענין אמצעים וכו' ונראה דאפילו מאן דפוסל באמצעים היינו כשידוע שחתמו באמצע דאז ודאי לשם עדות חתם אבל בשטר הכא לפנינו וחתומים בו קרובים באמצע נראה דכשר דהא גם כן נוכל לומר שהכשרים החתומים למטה חתמו קודם ואחר כך חתמו

עצמ' הקרובים והכשרים למלוי ולפי דעתי אין שום סברא לחלק בין אם כל החתומים למטה הן קרובים דתלינן שחתמו למלוי ובין אם הם קצתן קרובים וקצתן כשרים אם לא מטעם שכ' הב"י דיסברו כמו שזה כשר אף השני כשר ואתי לקיומי מהן והוא דחוק. ועיין בחדושי לאה"ע ח"ג סי' ק"כ להלכה והא דפסלינן בישבו כולם לחתום אף דבגט דודאי דיושבין כולם לחתום דהא אין חותמים אלא זה בפני זה שאני גט דאדעתא דבעל חתמו כמ"ש התוספ' בגיטין י"ח בד"ה א"ל פסול משא"כ בשטרות דלא שייך זה כמ"ש הר"ן בגיטין ע"ש:

ד **הרי השטר כשר** מדברי המחבר כאן מוכח דס"ל דוקא בסתם שטר הבא לפנינו כשר דתולין שחתמו הכשרים קודם למטה ואח"כ חתמו עצמם הפסולים אבל אם ידוע שהפסולים חתמו עצמם קודם למעלה ואח"כ חתמו עצמם הכשרים למטה פסול. וכשיט' הרא"ש והר"ן והרשב"א והא דאמר אם יש עדות ברור' שכולם ישבו לחתום פסול נראה כשחתמו הפסולים עצמם קודם ואחר כך באו הכשרים וחתמו עצמם אצל הפסולים הוי כישבו כולם לחתום דהא מדעת צירפו עצמם הכשרים להפסולים והפסולי' ג"כ בודאי נתכונו להעיד כיון שחתמו עצמם קודם לכולן בשיטות הראשונו' למאי חתמו עצמם ודאי לעדות כיוונו כנ"ל פשוט:

ה **אם הכשרים זוכרין העדות**. עיין ש"ך סעיף קטן ך"ה דדוקא ב"ד אבל הם עצמם לא שכבר עשו שליחותן שלא נעשו שלוחים לחתום השטר אלא בצירוף הפסול עכ"ל ותמוה לי דאם לא נעשו שלוחים לחתום רק בצירוף הפסול אם כן לא נעשו שלוחים לעשות שטר כשר כלל והאיך יכולין לפלוני מנה יכולין לכתוב שטר:

ו **אע"פ שיש בין חתימה לחתימה ריוח גדול**. והיינו כשהשטר והעדים חתומים על הנייר אבל כשחתימ' הערים על המחק והשטר על הנייר ונכתב בין עד לעד אנחנו סהדי פסול כשיש ריוח בין עד לעד כשיעור ב' שיטות דיכול למחוק הנייר ער העד ולעשות שטר בעד אחד על המחק ובן הריוח שבין העד לעד יעשה שטר בע"א ושני שטרות בשני עדים מצטרפין והוא פשוט וכ"כ בתומים:

ז **אבל אם כתבו כן בפני חתימתן** ע' תומים שכ' דכשכותבין אנחנו סהדי צריכים לכתוב כן אנחנו סהדי המעידים על השטר שסכומו כך וזמנו כך וכך שם המלוה והלוה. אכל כשכותבין סתם אנחנו סהדי כתבנו שטרא אניירא וחתמנו אמחקא פסול דיאמרו עדים רק אזה חתמו כמו בטיוט' שאומרין עדים אטיוט' חתמו ולא כן לבבי ידמה דא"כ כשמקיימין השיטו' בשיטה שלפני האחרונה ג"כ יפסול משום דעדים רק אזה חתמו ומכל הפוסקים משמע להיפך וכן מנהג העולם ופוק חזי מאי עמא דבר וגם אם יהיה

כתוב בשטר הרבה עניינים לא יועיל עדותן על הענין הכתוב למעלה ובהדיא כתבו התוספ' גבי פ' ערב בסוף בבא בתרא דאדרבא עיקר עדות על השטר ודוקא בשאילת שלום אמרינן דאשאיל' שלום חתמו משום דסותר להגט ע"ש אלא ודאי דדוקא בטיוט' שהרחיקו העדים מגוף השטר שלא כדרך העדים דדרך העדים לחתום בסמוך אמרינן סהדי אטיוט' חתמו אבל כשחותמים סמוך לכתב אכולא מילתא מסהדי. ומה שהקשה בתומים על התוספ' שכתבו דהיכא דעד אחד חתם בראש שטה והשני בסוף שטה ונחנו סהדי בנתיים הא מתחלה כתבו דזה מחזיק ב' שיטין וכו'. ולא קשה מידי דנוכל לומר דמתחילין לכתוב בהשט' שבין עד לעד ואחר שטה זו למטה כותבין עוד ב' או ג' שיטות וא"ל דאם כן יגוז למטה זה אינו דאז יוכר הזיוף כיון שרואין שהתחילו לכתוב ולא גמרו כן נראה לי:

ח **כתב יד הלוה.** ואף דהמחבר סי' מ"ד סעיף ו' מכשיר מכל מקום הכא דאיכא פרעון כחוב ויש בו גרר או מחק הוי כמו שובר שיש בו מחק דדנין לריעותא לבעל השטר כמבואר בסי' י"א ובבא קמייתא שכ' דצריך ליזהר הוא רק לכתחלה ובדיעבד כשר וכ"כ בתומים והוא פשוט:

סימן מו

א **לא לויתי.** הב"י פי' דטוען ממני נפל ואתה מצאתיו. וכתומים תמה דהא באה"ע סי' קנ"ב גבי גט שלא נתקיים רק ע"פ הבעל וטוען ממני נפל ואתה מצאתיו דאינו נאמן וכו' ע"ש ונראה ליישב דשאני הכא בשט"ח דלא חיישינן לנפילה אמרינן ביבמות דף קט"ז הטעם דאי לנפילה מיזהר זהיר ביה ועמ"ש בתוספ' דמיירי בנפילה דיחיד אלמא דאפילו בנפילה דיחיד צריכין לטעמא דזהיר ביה וגבי שט"ח כ' הסמ"ע בס"ק ל"ב וז"ל ובפרט בזה שאינו מקוים שיכול לומר הנחתיו בידו ע"ד שאם יתבענו אימא מזויף הוא וכן הוא בהדיא טעם זה בבעה"ת ובתומים ע"ש וכיון שהשטר אינו מקוים לא זהיר ביה ומניחו אפי' ביד המלוה גופיה מטעם דאין לו מורא משום שיכול לטעון מזויף מכ"ש שאינו זהיר מנפיל' דאף אי אתי ליד המלוה אין לו מורא שאם יתבענו הרי יכול לומר מזויף ומשום שלא יגבה בו שלא בפניו או מיתומים ולקוחות אנן נטעון מזויף משא"כ בגט שאין טוענין מזויף וא"צ קיום ויכולה להנשא בגט בלא קיום כמבואר בש"ס ובפוסקים ודאי דזהיר ביה מנפילה דשמא תמצאנו ותנשא בו שלא בפניו מה שא"כ בשט"ח ובמ"מ תי' דדוקא בגט אין חוששין לנפילה משא"כ בממון הקשה בספר קצה"ח דהא בגיטין מדמה נפילה דגט לשט"ח גבי ב' נשים ששמותיהן שוות ע"כ ולק"מ דשם חיישינן לנפילה מן האשה

אחר שנתגרשה והאשה אחר שנתגרשה בגט ודאי לא זהיר ביה כלל כמ"ש התוספ' ביבמות שם דף קט"ו בד"ה מאי אמרת ע"ש ועיקר החילוק שבין גט לממון כ' התומים דהבעל זהיר ביותר בגט שלא יבוא לידי איסור משא"כ לנפילה מן האשה ודאי חיישינן כמו בממון כמ"ש התוספ' והנה לפי מ"ש הפ"י בגיטין ס"ד בטעם דלא חיישינן לנפילה שהוא משום חזקה דכל מה שתחת יד האדם הוא שלו יש לחלק בפשיטות דבשלמא גט דכשנותן לה להתגרש בו הרי הוא שלה והוי חזקה טובא משא"כ בשט"ח דשל לוה הוא בוודאי רק דטענות' הוא על השיעבוד (") לא שייך חזקה הנ"ל וכעין שכ' הש"ך סי' מ"ז סק"ו ע"ש ובתוספת דיבמות קט"ז ד"ה אותיות:

ב **אם יש בו נאמנות.** עיין תומים שהקשה דא"כ בכתובות י"ט גבי האומר שטר אמנה לוקה בדאמר לוה ויש בו נאמנות ולא יצטרך לאוקמי כדאמר ר"ה אמר רב דהא כשמוקי בדאמר מלוה ובחב לאחרים ג"כ ע"כ מיירי ביש בו נאמנות כמ"ש בסי' מ"ז וכו' ע"ש ולא ידעתי מאי קאמר דהא למאן דמוקי בדאמר מלוה י"ל דמיירי באין בו נאמנות ולא אמר אשתבע לי כמבואר בש"ך סי' מ"ז סק"ד ע"ש:

ג **אין מקיימין שטרות בלילה** עסמ"ע דאם נתרצו שניהם מותר דהוי כקיבלו קא"פ וכ' התומים דדוקא בשטר שאין בו אחריות אבל ביש בו אחריות דגובה בו ממשעבדי מה מהני ריצוי דידהו לחוב ללקוחות:

ד **ואם קיימו בשנים** עט"ז שכ' דאף שכ' הריב"ש שיכולין להעיד עדות מפי כתבם מ"מ הב"ד שדנין ע"פ כתבם צריכין שיכירו בעצמם כתבם ולא מהני במה שיעידו עדות שזה הוא כת"י דהוי כעד מפי עד וכו' ועסמ"ע סק"ז שכ' דאם השטר הוא חת"י הלוה והלוה מודה נראה דמהני קיומא תמוה לכאורה דהא אדרבא בח"י הלוה בעי קיום מדאורייתא ואפילו מפי כתבם לא מהני האי קיום ונראה דמיירי שהלוה צוה להם לחתום ולקיים וחשיב העדא' עדים כמו כל שטר שנעשה בציוי המתחייב:

ה **קיום שטרות דרבנן.** הש"ך האריך להשיג על הר' אביגדור שפסק דכשהב"ד טוען מזויף דבעי קיום מדאורייתא דהא איתא בגיטין שם להדיא דאפילו אתי בעל ומערער לא משגחינן ביה (ויש שם ט"ס בד"ה ובזה ס"ל להר"א ונ"ל דאין משמעות בש"ס ופוסק דלא כוותיה) ולפענ"ד נראה ליישב לפמ"ש מהרי"ק הביאו הש"ך לענין העדים שאמרו לא חתמנו וז"ל כיון שבא השטר לב"ד קודם לכן וכו' אלמא דיש לחלק בין בא השטר לב"ד קודם לכן או' לא וה"נ לענין טענ' הבעל יש לחלק בין דאם הוחזק השטר בב"ד ונעשה השטר בחזק' כשר מדאורייתא שוב אינו יכול להוציא מחזקתו ובזה מדוקדק הלשון של מהר"א שכ' וז"ל ואע"ג דקיום הגט דהיינו בפ"נ ובפ"נ אינו אלא משום חשש הכחשה

שאם יבוא הבעל ויערער השתא מיהו לא אתי וזה מדוקדק כדברי וכ"כ הב"ש סי' קמ"ב וכן לענין א"א ואיסורו החילוק הוא כעין זה בין אם בא לב"ד קודם המכחיש ובין אם באו בבת אחת וזה כתבתי ליישב דעת הר"א שלא יהי' תמוה כ"כ. אבל העיקר כהש"ך וכמו שמשמע מן הפוסקים דאפי' כשטוען מזויף א"צ קיום מדאורייתא ובב"ש באה"ע סי' קמ"ח סק"ע הביא ראיה לדברי הר"א מהרמב"ם וט"ו שכתבו בטוען הבעל מזויף דאינו גט כלל ולפעד"נ דהא דקיום שטרות דרבנן בעינן עכ"פ שנודעו העדים מי הם רק שכת"י אינו ניכר ולפ"ז ל"ק כלל דשם כ' הרמב"ם וט"ו בהדיא וז"ל (") ולא נודעו העדים כלל. וא"ל דהא בכל גט המביא ממדה"י אין נודעים העדים מן הסתם ועיקר הסמיכה הא דשליח מהימן לו' בפ"נ ובפ"נ משום הא דר"ל דמדאורייתא א"צ קיום ואינו צריך לשאול כלל להשליח מי הן העדים משמע אפי' העדים אינן ידועים כלל א"צ קיום מדאורייתא. ולכן נראה שכל מי שהביא שטר או גט ואומר בפירוש שאין יודע כלל מאיזה מקום הם העדים בוודאי דאינו שטר וגט כלל דהא עיקר הטעם דא"צ קיום מדאורייתא הוא משום דהיא מילתא דעבידא לגלויי ומירתת לזייף ואם נאמר דאפי' בכה"ג א"צ קיום מדאורייתא מאי מרתת איכא הכא הא' בידו לזייף עדים כרצונו ויאמר שהם עדות מסוף העולם שא"י מקומן של העדים. אלא ודאי כשאומר כן ניכר זיופו להב"ד דהרוצה לשקר ירחיק עדותו וצריך קיום מדאורייתא רק מן הסתם לא חיישי' לזה שזייף כי ירא הוא דילמא ישאלו הב"ד על מקומן של העדים ואם יאמר שא"י הרי ניכר זיופו לב"ד ואם יאמר המקום של העדים מילתא דעקירא לגלויי הוא ומ"מ א"ש דברי הרמב"ם שכ' בהדיא שלא נודעו העדים כלל הרי מבואר שהאשה א"י כלל מקום העדים וע' פ"י כתובות ק"ח ואפשר להעמיס בדבריו בדוחק שכוון לדברי ובנדון אם העדים אומרים לא חתמנו שכ' הש"ך ג"כ דא"צ קיום מדאורייתא תמה בתומים דמה"ת לא יהיו נאמנים כשאמרו לא חתמנו מה בכך שחזקה הוא שלא חשוד לזייף הא כמו כן חזקה על כל ישראל דלא חשוד לחלל שבת ולעבוד ע"א ואפ"ה שני עדים נאמנים עליו ע"ש ותמיה גדולה היא. לכן נראה דהא דאמר מדאורייתא א"צ קיום ואינן נאמנים באמרם לא חתמנו הוא דוקא כשכ"א אינו מעיד רק על חת"י שאין זה חתימתו ואין מעיד על כתב חבירו שאין זה חת"י חבירו ונחשב כחד לגבי תרי ועמ"ש הש"ך בסכ"ג. אבל כשמעיד על חבירו דהיינו שאין זה כת"י ולא כת"י חבירו הוי כשני עדים מעידין שזייף ואף דכ"א אינו מעיד רק שאינו כת"י מ"מ הא איכא שני עדים שזייף רק שהן עדות מיוחד' שכשר בממון הא כ' חתומים בסי' ל' דאפילו בממון אין עדות מיוחדת כשר מדאורייתא ולכך בכה"ג א"צ קיום רק מדרבנן ע"ש. עוד כ' הש"ך בשטר קידושין שנמצא דבעי קיום מדאורייתא דכיון

שאין ביד שום אדם לא שייך לומר לא חשיד לזיופ' ותמה בספר קצה"ח מהא שכתבו התוספ' גבי מוצא שטר הקנא' וכו' ע"ש ולק"מ דהתם כיון שהמלוה תובע להשטר ואמר שהוא שלו שלוה מעו' ע"ז השטר א"כ מה לי שמוציא בעצמו זה השטר או שנוטלו ממי שמוצאו ותובע בו כיון שאומר שהיא כשר ותובע בו ודאי לאו זיוף הוא דאי הי' זיוף הי' מירתת לתבוע ביה במילתא דעבידא לגלויי ואף דשטר הקנאה הוא בין ילוה בין לא ילוה הא כתב הריב"ש בסי' קס"א דאא"ל שלא ילוה כלל דזה נקרא שטר חיוב אלא ודאי צריך להלו' לו רק שמעו' ההלואה הן כמלוה ע"פ על המלוה ע"ש בריב"ש ועוד דהא המלוה צריך לטעון שהקנין הי' בפניו דבלא"ה לאו לכתיב' ולנתינ' עומד וממילא מירתת משא"כ בנמצא שטר קידושין ואין הבעל לפנינו אמרינן דכשיביא הבעל ודאי יודה ועוד דקידושין שאני כיון שאין הבעל כאן רק שאנו בית דין רוצים להחזיקה במקודש' מחמת השטר אמרינן אימר איש אחד חשוד זייף לשטר קידושין וזרקו לשטר קידושין כדי שמי שימצאנו יוציא קול לעז על האשה זו שהיא מקודשת משא"כ בשט"ח שנכתב על שם המלוה למה הי' לשום אדם לזייפו כיון שהמלוה יהיה מירתת לתבוע בו:

ו **מתתקיים השטר.** הנה מכל הסימן משמע דאפילו כשטוען הלוה פרוע ומודה שכתבו דנאמן במיגו דמזויף בעי' קיום שיהיה שני עדים מקיימין דוקא השטר ולכאורה הוא תמוה דליסגי בע"א המקיים השטר. כיון דמודה שכתבו ואינו נאמן לטעון פרוע רק במיגו דמזויף ואילו היה טוען מזויף היה צריך לישבע ש"ד נגד העד הוי מחשוי"ל כמ"ש הש"ך בסימן ע"ה סקי"ב בממרנו' שלנו בנאמנו' שיש ע"א דהוי משואי"ל ומצאתי בפני יהושע בכתובות דף י"ט בד"ה א"ל ר"נ וז"ל ונהי דהיכא שעד אחד מעיד על התימ' ב' עדים ודאי דלא מהני אף במודה בשטר כדמוכח מדברי התוס' סוף פרקין ד"ה קיום שטרות דבכה"ג בעינן נמי שיהיה גדול עמו וכו' ולכאורה היא תמוה דהא מיגו במקום ע"א לא אמרינן בכל דוכתי. ולפענ"ד ליישב דבשטר לאו מטעם מגו אתינן עלה רק מטעם שכ' הסמ"ע סק"ב דכל שיכול לטעון מזויף אינו חושש להניח שטר כזה בידו וליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי ומש"ה כ"ז דליכא קיום רק בע"א איני חושש (") אף דמ"מ יתחייב שביעה נגד העד מ"מ אינו חושש דכ"ז דליכא חיוב ממון רק שבועה לא מירתת דהא אפילו ליכא עד חייב שבועה נגדו כשטוען מזויף ואפ"ה אינו חושש להניח בידו ודמי ממש לשטר בע"א המבואר בסי' נ"א ולהרמב"ם שם דמחייב בשטר בע"א ה"נ בשטר שיש עליו קיום ע"א וע"ע במ"ש בסי' ע"ה ישוב אחר ועוד נראה ליתן טעם דיש לו מיגו דהיה טוען פרוע והשטר מזויף דאז אין חייב שבועה דאורייתא נגד הע"א כיון שהעד אינו מעיד שבודאי חייב ממון רק שמעיד שהשטר אמת ואפשר שפרע

אין מחויב שבועה דדמי למ"ש הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ק"ט בע"א שאומר שהי' תנאי רק שאינו יודע אם נתקיים דלא הוי עד לענין שבועה כיון שאינו ודאי שחייב לו ממון אף דשם ג"כ אם היו שם שני עדים שהיה תנאי היה חייב ממון מכח חזקה כמ"ש הרשב"א כיון שהתנאי בקום ועשה ואוקי אחזקה קמייתא שלא נעשה ואפ"ה כיון שאין העד מעיד בודאי שחייב ממון אינו חייב ש"ד והטעם נ"ל דלא אמרינן הכלל דכל ששנים מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבועה כ"א במקום שהשנים מחייבים אותו ממון מחמת עדותן בלבד אבל במקום שאין השנים מחייבים אותו ממון בעדותן לבד רק בצירוף חזקה אין הע"א מצטרף לחזקה לחייבו שבועה דחזקה שנעשה על פי ע"א לאו כלום הוא א"כ ת"נ שמכחיש השטר וטוען פרוע העד אחד המעיד בשטר לא מחייבו שבועה כיון ששנים אין מחייבין אותו ממון רק בצירוף חזקה דשטרך בידי מאי בעי ומש"ה לא הוי משואיל"מ. ול"ד לנסכא דרבי אבא דהתם כיון דאינו נאמן לטעון דידי חטפתי רק במגו דלא חטפתי ואילו היה טוען לא חטפתי היו שנים מחייבין אותו ממון בבירור וע"א הוא המחייבו שבועה וכן במקום שאינו נאמן רק במגו דלא לויתי וכשיש ע"א על ההלואה הרי מעיד שחייב ממון בודאי דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי. וכן בגונא שכ' הש"ך בסימן ע"ה ס"ק מ"ב שיש נאמנות בהשטר דאין לו מיגו רק דאי בעי היה מכחיש הנאמנות ויש ע"א על הנאמנות חייב שבוע' דאוריית' דהא העד מעיד שחייב לו ממון בודאי כיון שנתחייב עצמו לשלם באמיר' התובע והוי כמתחייב עצמו בדבר שאינו חייב דהוי כהימניה שיהיה כך אם יאמר כך כמו בשליש בגיטין ס"ד וגם אין התובע צריך לישבע ושנים מחייבין אותו ממון בלא שבועת התובע ומש"ה ע"א מחייב שבועה משא"כ בשטר שאין בו נאמנות לא הוי משואיל"מ מטעמים הנ"ל שכתבתי ושפיר יש לו מיגו דמזויף:

ז **שיבואו עדים חתומים בו.** עש"ך סקי"ב שב' בשם רי"ו וז"ל יש מחלוק' בתוספתא אם אומרים העדים כ"י הוא ואחרים אומרים אין זה כת"י אי צריך קיום אחר והוא תמוה לכאורה דמה מהני קיום אחר הא תרי כמאה וכן הקשה בתומים ולפענ"ד לא קשה מידי דהא כתבו התוס' ביבמות ריש פרק האשה רבה הביאם הש"ך ס"ק ס"ו וז"ל כיון דאיכא תרי דאמרו מת אפילו איכא מאה דאמרו לא מת הא במאה וי"ל דלגבי דבר הנראה וידוע לכל העולם לא אמרינן תרי כמאה ע"ש (.) אלמא דבדבר התלוי בטביע' עין לא אמרי' תרי כמאה א"כ ה"ג בהכרת הכתב בטבעי' עין דמה הפרש יש בט"ע דהכרת איש או הכר' הכתב בט"ע ובודאי אזלינן בתר רוב העולם ורוב דעו'. גם מה שהקשה דיכולין לכתוב שטר אחר כיון דאיתרע ריעותא בהאי שטר תמוה מאוד דהא הם עצמם אמרו שעשו שליחותן וכבר כתוב שטר ואומר פרע השטר והשטר זייפו הוא גם מה שהקשה

דהא אפשר ששינו כתבם לק"מ דמיירי שמעידים שא"א להם לכתוב כתב כזה כגון שהכתב שבשטר של סופר מהיר וא"ש ג"כ מה שאמר אם צריך קיום אחר ופי' דהיינו אם מצריכין אותם שיכתבו כתבם לפני ב"ד ויראו הב"ד אם אפש' להם לכתוב כתב כזה. גם מה שתמה בתומים על הא דאם העדים אומרים אין זה כת"י ואחרים אומרים זהו כ"י הא הוי כחוזרין ומגידי' תמיהתו תמוה כמבואר למעיין:

ח החמישי שיהי' כת"י יוצא ממ"א. עש"ך כתב לענין כת"י אם מקיימין אותו ע"י דימוי. ובספר קצה"ח כ' דדימוי דמי לסימנין שאין מוצירין ממנו ע"י סימנין כמ"ש התוספ' בחולין צ"ו דאם באו עדים ואמרו פלגיא דהאי סימנא לוה מפלוגי מנה דאין מוציאין ממון וכו'. והנה אף שזה אמת דדמי שמדמין החתימות דמי לסימנין והוא רק מקולי שהקילו בקיום כמ"ש המרדכי ר"פ האשה שנתארמלה. אמנם נראה דהא אין מוציאין ממון בסימנין דוקא בסימנין האמצעי' דמספקא לן אי מדאורייתא אי מדרבנן רק אבידה מהדרינן בסימנין כאלו אבל בסימנין מובהקים דלכ"ע הן מדאורייתא כמבואר באח"ע סי' י"ז ע"ש מוציאין ממון דכשמוציאין אשה מבעלה בגט הנמצא כשאומר ממני נפל ודבר שבערוה מממון ילפינן בנ"ש דדבר דבר ובודאי דאין לדמות ד"נ לד"מ לגמרי דהא אם יאמרו העדים יב"ש ממקום פ' קטל נפשא בלא טביע' עין לא קטלינן ליה וכשאומרי' יב"ש ממקום פ' לוה מנה מחייבינן לשלם בלא הוחזקו דדוקא כשלא נכתב שם העיר בשטר כ' הב"י בסי' מ"ט דיכול לומר לאו אנא הוא אבל כשנזכר שם העיר בשטר ודאי דגובין בלא הוחזקו דאלת"ה בטל כל השטר דנהי דהוי כנחקרה בשע' חתימה דאז הכירוהו בט"ע מ"מ בשעת גובייא דליכא ט"ע האיך גבינן מיניה אלא ודאי דיב"ש בלא הוחזקו מסי' מובהק דמי ואפי' נימא דעדיף מסי' מ"מ מוכח דאין לרמות ד"נ לד"מ ועוד דאפילו אי נימא דאפי' סימן מובהק לא מהני היינו כשאומר התובע ומטעם שכ' הר"ן בחידושיו לחולין דע"ט דחיישינן לאומר מחזא חזי אבל בסי' מובהק שאומרים העדים מהני והתוספ' בחולין אפשר שכיוונו לסי' אמצעי ולאו משום דמדמין ד"מ לד"נ רק שיש להם הוכחה דאין מוציאין ממון בסי' אמצעי כמו שהוכיחו בפ' א"ג בב"מ ובשאר דוכתי אבל בסי' מובהק שפיר כ' הש"ך בסי' רצ"ז דמהני בממון. ומ"ש בקצה"ח בהא דב"ב דף קכ"ח דמהני כשמכוין מצרנהא דמשמע דמהני סימנין לחלק בין קרקע למטלטלין. דבקרקע לא חשיב הוצאת ממון ודאי ליתא דבכל מקום הוצאת קרקע דמיא להוצאת ממון אך משם בלא"ה לא קשה די"ל דשם איירי שהמוכר והלוקח תרי מחולקים איזה קרקע או איזה נסכא מכר לו דאז ודאי דיכול להעיד כשמכוין המדה והמשקל דהא ליכא למימר איתרמויי איתרמי דהא לא נולד הספק רק בין ב' דברים:

ט **הואיל והדבר כן**. עש"ך ס"ק ל"ב שכ' טעם לדברי הרמב"ם דכיון שהם לפנינו ואין זוכרים ואין ראויים להעיד הוי מפי כתבם ולכאורה תמוהין הדברים דהא הרמב"ם לא מחלק בהך דמפי כתבם בין ראוי להגיד או לא דסבירא ליה דאפי' במקום שראוי להגיד לא מכשירין בשטר רק מטעם תקנת חכמים. ועוד דהא אפילו מתו העדים או נשתתקו כשר בשטר מטעם תקנות חכמים ונראה דכוונת הש"ך הוא כיון דהתקנות חכמים שהי' להכשיר השטר אף שהוא מפי כתבם הוא מטעם שמא ימותו העדים או ילכו למדנה"י מש"ה אין מועיל בשטר רק כשמתו העדים או הלכו למדנה"י שבשביל זה הי' תקנות חכמי'. אבל כשהעדים לפנינו ובעי שיזכרו העדים שיהיו ראויים להגיד ואם אינם ראויים להגיד פסול דהוי מפי כתבם כיון שלא הי' תקנות חכמים בשביל זה ומה שסיים הש"ך דאפילו למאן דס"ל דשטר מועיל מדאורייתא מקרא דוכתב בספר ג"כ בעינן כשהן לפנינו שיהי' ראוין להגיד ולכאורה קשה דמה חילוק יש מדאורייתא בין מתו העדים בין הן לפנינו ואין ראוי' להגיד נראה דהטעם דהא חזינן דלדעת ר"ת דמפי כתבם כשר בראויין להגיד מ"מ לא הוי עדות עד שיבוא הכתב לפני ב"ד וכ"ז שלא בא הכתב לפני ב"ד יכול לחזור בו דמפי כתבם לא עדיף מפיהם וכיון דמעידין בפה בעינן דוקא שיעידו לפני ב"ד וקודם שבא הכתב הב"ד הוי כהעידו חוץ לב"ד לעדות שחוץ לב"ד לאו עדות הוא כלל ה"נ כשמעידין ע"פ כתבם בעינן שיהי' הכתב לפני ב"ד וכ"כ הרמ"א בהדיא בתשובותיו סי' י"ב ע"ש וא"כ קשה נהי דהחולקים על הרמב"ם ס"ל דשטר שנכתב מדע' המתחייב כשר אף דהוי מפי כתבם מ"מ מנין לנו דהוי בהגדה בב"ד קודם שבא השטר לב"ד דילמא בעינן דוקא שיבוא השטר לב"ד ואז נגמר ההגדה כמו בכל מפי כתבם לדעת ר"ת דבעינן דוקא שיבוא הכתב לב"ד וא"ל דמוכח מקרא דלמען יעמדו ימים רבים דמשמע שהשטר כשר אפילו מתו העדים דזה אינו דהא יכולין לקיים הקרא בנתקיים בב"ד דכיון שבא השטר לפני ב"ד הוה כהגדה בב"ד לזה ס"ל להש"ך דהאמת כך הוא דמדאורייתא לא הוי השטר כנחקרה עדותן בב"ד רק בשעה שבא לב"ד השטר והא דקיי"ל דכל שטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד בשעת חתימה הוא רק מתקנות חכמים דשמא ימותו העדים קודם שיבוא לפנינו ב"ד להתקיים ולכן ס"ל להש"ך דרחמנא לא הכשיר בשטר מפי כתבם רק כשראויין להגיד בשעה שבא השטר לב"ד ואם מתו העדים קודם שבא לב"ד פסול רק מתקנות חכמים כשר במתו אבל כשהם לפנינו בשעה שבא השטר לב"ד ואין ראוין להגיד פסול דע"ז לא הי' תקנות חכמים כנ"ל בכוונת הש"ך:

י **ואין אנו זוכרים** בס' קצה"ח כ' דסגי שיזכרו שחתמו אף שאינם זוכרין ההלואה מטעם כיון שנשתעבד בשטר אע"פ שלא לוה כמבואר בסי' מ' הוי כזוכרין החיוב והנה

דינו אע"פ שהוא אמת מ"מ אין בו בנותן טעם דבסי' מ' מיירי כשמוסר לו השטר מאז נתחייב אבל בחתימה בלא מסירה אין כאן חייב ועוד דכאן רק על תנאי הלואה נכתבו וכשלא לוה לא נתחייב. אמנם הדין אמת דודאי כשזוכרין שחתמו עצמם בציווי הלוה סגי דהא כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו א"כ לעולם אפילו זוכרין העדות אין יכולין להעיד רק שנכתב בציוי הבעל המתחייב כמ"ש הב"ש בסי' ק"ל ועל המסירה אנן סהדי כמ"ש הר"ן בפרק המגרש וכיון דכל עיקר עדותן שבשטר הוא רק שנכתב בציווי המתחייב וזה זוכרין סגי רק שאין זוכרין שציווה להם הלוה אף שמכירין חתימתן בטביע' עין וא"כ ודאי הי' בציווי הלוה מ"מ כיון דעדותן שבשטר היא שנכתב בציווי המלוה וזה הוי מפי כתבם בעינן שיזכרו העדות שיהי' ראוין להגיד בפה ואפילו למאן דלא ס"ל עדים בחתומיו זבין לו ואין כותבין שטר ללוה לכתחלה מ"מ מאן דלא עביד הכי וכתבו ונתנו ללוה לא מיפסל וכמ"ש הסמ"ע בסי' מ"ג א"כ עיקר הגדתן שבשטר הוא שנכתב בציווי הלוה. אמנם בשטרי אקנייתא ולענין משעבדי שעיקר העדות שהי' הקנין ביום פ' בעינן שיזכרו עדותן מהקנין ושהי' ביום פ' ומה שמשמע בספר קצוה"ח כשזוכרין הענין רק ששכחו ההכר' ט"ע מהאיש ואנן יודעין זה רק ע"פ עדות אחרים או ע"י חזקה דג"כ לא מהני להרמב"ם דמקשה מגיטין כ"ז בהא דלא חתמנו אלא על גט א' ע"ש ושם זוכרין שיב"ש צוה להם לחתום רק שאין מכירין אם זה הוא הא ודאי ליתא דגם כשמעידין בפה ולא נגמר עדותן רק בצירוף עדות אחרים או בצירוף חזקה מהני אם לא שנאמר דהוי חצי דבר אמנם גם זה ליתא דחצי דבר לא הוי רק כשבשעת ראיה לא ראו כל מה שיכולין לראות כמבואר בסמ"ע סק"ד ע"ש אבל בשעת הגדה אין משגיחין על חצי דבר כדמוכח בגיטין דף ס"ג בתוס' ד"ה אפילו הם הראשונים שכתבו דלר"ה דאמר שליש נאמן לא צריכא עידי אמירה לעידי קבלה וכו' ואע"ג דבשעת הגדה דהגט קרוע ואין השליש נאמן צריכין עידי אמירה לעידי קבלה מ"מ כיון דבשעת ראיה לא הוי חצי דבר אין בכך כלום ה"נ בגט עיקר העדות הוא שהבעל צוה לחתום רק שאין מכירין אם זה הוא מצטרפין עדות שלנו שזה הוא ומהני וכיון שהעידי חתימה א"צ לידע רק שנכתב הגט בצווי הבעל דבר שלם הוא וזה מה שצריכין לידע של מי הוא עדות אחרת הוא:

יא **שיזכור העדות אלא בע"א.** עש"ך סקל"ג מה שתמה ע"ז ולפמ"ש לעיל בסק"ט בפירוש דברי הש"ך בס"ק ל"ב דמדאורייתא לא הוי עדות שבשטר עדות רק בשעה שבא השטר לפני ב"ד כדי שיראו הגדה בב"ד והא דקיי"ל דהוי כנחקרה עדותן בב"ד משעת חתימה הוא רק מדרבנן. ולפ"ז שפיר פסק הרמ"א בע"א בעינן שיזכור העדות והוא מטעם דהא כתב הסמ"ע בס"ק ס"ה דבע"א לא שייך לומר כמו שנחקרה עדותן בב"ד

וע' מש"ש דהיינו דלא הוי כנחקרה משעת חתימה רק בשעה שבא השטר לב"ד מש"ה בעינן שיהי' בשעת שבא לב"ד זוכר העדות שיהי' ראוי להגיד אז אבל כשמת העד השטר כשר מטעם תקנות חכמים משא"כ כשהוא לפנינו דבזה לא הוי תקנות חכמים כמ"ש לעיל בס"ק ט' בעינן שיהי' זוכר העדות שיהי' ראוי להגיד אבל אם נתקיים פעם א' בב"ד ממ"א דהוי כהגיד אז בב"ד עדותו ובשעה שנתקיים היינו אומרים שמסתמא הי' זוכר אף שאמר אח"כ שאינו זוכר השטר כשר. והנה בעיקר דין קיום במה שאומר כ"א זה כת"י שמעידים על מנה שבשטר קשה דמ"מ מה בכך היאך נעשה מלוה בשטר לגבות ממשעבדי הא כיון ששטר בע"א אין טורף ממשעבדי וכ"א א"י אם חתם חבירו ג"כ הרי אינו מעיד שהוא מלוה בשטר וצ"ל שהוא מקולי קיום כיון שמעידים על מלוה שבשטר לא חשו שוב יותר:

יב **לקיים חתימת החי.** עש"ך סקל"ח ובס' קצה"ח חולק עליו מטעם דכיון שנתקיים ע"פ ב"ד לא הוי כנטול ע"ש ואין לו שחר דכיון שכבר העיד בפיו וא"צ להב"ד הב"ד הוי כנטול:

יג **דאמאי דמסהיד.** עש"ך סקמ"א והוא תמוה דהא מ"מ נפיק ריעותא כגון שעד החי יעיד אח"כ בעצמו על חתימתו וב' יעידו על הדיין ועוד ע"א יעיד על חתימת העד הב' דמועיל בכה"ג והוי נפיק ג' רביעי ע"פ מרובים והא אין לחוש דשמא יבוא דיין בעצמו עם העד החי דכשיבואו בעצמו ידעו שהם מרובים:

יד **מעידין על הדיין.** עש"ך סקמ"ו בשם הר"ן ובס' קצה"ח על הר"ן מסי' מ"ה סעיף י"ט ע"ש ולק"מ דסברת הר"ן הוא דנהי דחיישינן מדרבנן בקיום שטרות שח"י מזויף אבל כשנתקיים חתימתו לא חיישינן שמא האחר מזויף שיתקלקל מחמת חשש זה חת"י במקומים. אבל הא דסימן מ"ח בשטר הבא בשיטה א' ועדיו בשיטה אחרת לא חשבינן אותן לעדים כלל מחמת חשש המבואר שם ומה לנו בקיומו שמקיים אותם והוא פשוט:

טו **עידי הקיום הקרובים.** ובס' קצה"ח הקשה מסעיף ל"ח בחתם בשטר ונעשה חתנו דהוא אינו מעיד ולק"מ דשם על מנה שבשטר הוא מעיד ואפילו אם יעיד עם אחר על כתיבת ידו מ"מ כיון דהעד עצמו מעיד ג"כ על מנה שבשטר ואפילו אומר בפי' שמעיד על כתיבת ידו כמבואר באורים ס"ק מ"ד וכשהוא קרוב למקצת העדות אמרינן דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמבואר בכמה דוכתי ופה שתירץ בספר הנ"ל דהוי כנטול אין לו שחר דהא כיון דקרוב הוא וא"נ על המנה שבשטר לא הוי אידך כנטול גם מה שהקשה אהא דסעיף י"ב דהא כשר בקרובים א"י מה הוא שח דקרובים להדדי ודאי פסולים להעיד ביחד. (ועש"ך ס"ק נ"א ויש שם ט"ס כי מן ומ"ש הריב"ש עד בחידושי

רשב"א שלו לא הי' אין מקומו שם וצ"ל בסק"נ אצל מ"ש בדברי הרשב"א כתוב פרק קמא דגיטין בסוגיא דבפני כמה צ"ל שם ומ"ש הריב"ש וכו' עד לא הי' כתוב כן וכו' גם בש"ך ס"ק נ"ד יש ט"ס וצ"ל וא"כ צריך לכתוב בקיום שמות וכו' ותיבת ואינו ט"ס גם בש"ך סק"ט יש ט"ס במ"ש וה"ה אם הוא חתימת ידו וכו' נמחק חתימת ידו וצ"ל וה"ה אם הוא חי ואינו בנמצא וכו':

טז **ונמצא אחד מהן קרוב.** עש"ך ס"ק ע"ז דבחתום שבסוף פסול כמו בשאר שטרות והנה לפמ"ש בסי' מ"ה בסעיף י"ב בטעם הדבר שפסול בסוף אף שחתם הפסול אח"כ ולא נצטרפו הכשרים עם הפסולים כלל הטעם דעיקר הגדתן נגמר בשעת מסירה ואז נצטרפו ביחד וע"ש שהארכתי משא"כ בדיינים לא שייך זה ועוד נראה דאפילו לפי הטעם המבואר בפוסקים כיון דחתם עצמו במקום דיכולין לקיים השטר מחמתו ודאי לשם עדות נתכוין ובטלה כולה משא"כ בדיינים דתלינן דג' אחרים ישבו ודיינים לא שייך לו' נמצא אחד מהם קרוב או פסול כמבואר במ"ל והביאותיו לעיל בסי' כ"ח וא"ל דפסול מטעם דילמא אתי לקיימו מהקרוב דא"כ אפילו בראשונים פסולים דבליכא רק ג' מקיים מכל תרי כמבואר בהג"ה:

יז **חתם בשטר קודם שנעשה גזלן.** בספר קצה"ח פשיט להספק של הב"י בשם התוספת שנסתפקו ברשע שאינו של חמס אם חיישינן לשמא זייף די"ל דדוקא ברשע דחמס חשוד למשקר בשביל הנאת ממון אבל רשע שאינו של חמס דלא פסול אלא מצד גזירת הכתוב דינו כמו בנעשה חתנו דסעיף ל"ה ופשוט הוא מהא שכתב הנ"י פי' ז"ב דרשע שאינו של חמס דהוא רק מצד גזירת הכתוב דכשר לעדות אשה וכו' ע"ש והוא תמוה דהא מבואר בי"ד סי' קכ"ז דש"ך ס"ק כ' דאפילו באיסורין א"נ לאיסור רק להתיר מטעם אין אדם חוטא וקרובים נאמנין אלמא דכל רשע חשוד לשקר. ולעדות אשה אף הנ"י מודה דא"נ דחשוד שנתן עיניו בה כמבואר ביבמות ובאה"ע סי' י"ז דכל פסול דאורייתא פסול לעדות אשה ע"ש:

יח **ונעשה חתנו.** בתומים ס"ק ל"ו כתב דכשהעד אחד גזלן דרבנן וע"א כשר דכשר דא"ל דהגזלן דרבנן עשה עול דאם כן לא היה האחר חותם עצמו כמו בגיטין דף ב' ע"ב בהא אי לאו דכותי חבר הוי כמ"ש התוספות שם כיון דהוא רק מדרבנן וגם הביא ראיה מתשובת רמ"א סי' ק"י וראיות אלו איני מכיר כי בגיטין הטעם משום דעידי הגט אין חותמין זה שלא בפני זה והוי כאילו העד הב' מעיד על העד הראשון וכן מיירי התם בת' רמ"א שהעד השני מעיד על העד הראשון שבפניו חתם ע"ש. אבל הכא בסתם שטר דהעדים חותמים זה שלא בפני זה והרי אין העד הב' מעיד על העד האחד כלל ואם כן

יש לומר דנהי דהעד הכשר כדין חתם ובזמן הכתוב בשטר מ"מ המלוה שראה שאין לו רק שטר בע"א וידע כי שטר בע"א אין לו דין שטר ביקש מהגזלן עתה שיחתום עצמו עכשיו על השטר למען יהיה לו שטר בב' עדים. גם מה שכתב דאם ע"א מעיד שראה השטר קודם שנעשה גזלן דרבנן דמהני דהא יש כאן ב' עדים דהעד החתום ג"כ מצטרף והוה ליה תרי ואפשר בפסול גזלן דאורייתא גם כן מהני ע"א עכ"ל. ולפענ"ד הא ודאי ליתא דאם כן אם יש קיום על ע"א ועל עד השני יש ע"א שמכיר ב' החתומים נאמר ג"כ שיצטרף הע"א עם העד החתום בשטר ואנן בעינן על כל חתימה ב' עדים והכא נמי דכוותי':

יט **אבל אם יוצא מתח"י העדים** ומקור הדברים נובעים מהרי"ף פרק ד' אחין שכתב לתרץ הקושיא שהק' מהא דיבמות דאמר התם אי לא דכירי רחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם והא סומכין על עדות שבשטר. ותירץ דלא ה"ל מפי כתבם כי אם בדאיתא לשטר תחת יד סהדי דאי בעי כבשיה לשטרא אבל שטר דנפיק מתחת יד המלוה כיון דמסרו לי' לא יכלו למיהדר הוי כהגדה בהאי שעתא ומזה נצמח הדין שכתב הב"י כאן. אמנם הדברים תמוהים מאוד דהא הרמב"ם והראב"ד והר"ן תמהו בדברי הרי"ף הלזו דא"כ נפסול הרבה שטרות המונחים תח"י סהדי ואין זוכרין העדות. ועוד דהא שם בקידושין ע"כ כבר נמסר ליד האשה להתקדש בו והוי כנחקרה עדותן ואפילו הכי הוי מפי כתבם ותירצו דדוקא בקידושין דלא ראוי למיתביה השטר להבעל דבר כמו בשטר קידושין דלא חזי למיתביה לאשה הוי מפי כתבם אבל בשטר שראוי ליתן להבע"ד אף שהוא תח"י העדים הוי כפקדון ביד העדים והוי כנחקרה עדותן תיכף ולפ"ז דברי הש"ע תמוהים דהא בשטר הוי כנחקרה עדותן תיכף וכן הקשה בתומים. ועוד ק' דהא הרי"ף כתב עיקר דבריו גבי כשעדים אין זוכרין עדותן ואם כן היה לו להש"ע להביא הך דינא דהרי"ף לעיל גבי אין זוכרין עדותן וכתבו שלא במקומו. וגם בעיקר דברי הרי"ף קשה לי לפי מה שפי' הרמב"ן והר"ן דבריו העיקר תלוי אם ניתן למסור השטר ביד הבע"ד או לא ואם כן ק' לשונו מאוד מה שכתב דאי בעי כבשיה ליה לסהדותא ולפי דעת הרמב"ן לא תליא בזה כלל דהא בשטר שראוי ליתן להבע"ד מהני אף על גב דאי בעי כבשיה וגם קשה מה שתמה הב"י בל' הרי"ף עיין שם כב"י סי' כ"ח ועוד יש לי לדקדק במה שכתב הרי"ף דאי בעי כבשיה ליה לשטרא שהיה לו לו' דאי בעי קלתי' לשטרא כמו דאמר גבי שליש. ועוד תמיה לי במ"ש הרמב"ן והראב"ד בקושייתם שהקשו דא"כ נפסל כמה שטרות שמונחים תח"י העדים ואין זוכרין וכו' הא מאי קושיא הא בשטר שהוא דומיא דשטר קידושין דמיירי מיניה הרי"ף שצריך מסירה ע"כ אין זוכרים שצוה להם כלל לחתום

ולמסור דכשזוכר שצוה להם למסור אפי' אינו יודע מהלוא' השטר כשר דהא העדים לעולם א"צ לראות ההלואה רק שמצוה להם למסור סגי וע"כ מיירי שאינן זוכרים כלל מצואת המסירה ואז בודאי נפסלין כדין מצא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו שמונח עד שיבוא אליהו דהא גם כן איכא לספוקי שמא הלוה הפקידו ועוד דהא צריכין להימלך עם הלוה קודם הנתינה. לכן נ"ל בדעת הרי"ף דכוונתו דאין הגדה שבשטר חשיב הגדה וכמו שנחקרה רק במקום שמי שרואה השטר יודע להעיד מתוך השטר שזה לוה מזה אז הוי השטר כנחקרה עדותן בב"ד ומי שרואה בשטר ומעיד הוי כמעיד ראיתי עדות שנחקרה בב"ד כמ"ש התוספות בכתובות דף כ' בד"ה ור"י אמר אבל במקום דאף אם השטר נכתב ומ"מ מי שרואה בשטר א"י להעיד על המעשה לא הוי הגדה שבשטר הגדת עדות כלל דהא השטר אינו מעיד כלום דהא אף מי שרואה בשטר אינו יודע עדיין אם נעשה כלל המעשה שכתוב בשטר. ולזה נראה דיש חילוק בין שטר הקנאה לשאר שטר דבשטר הקנאה דהדין הוא דאפילו אם נמצא בשוק יחזיר לבעליו וא"כ אפילו השטר ת"י העדים הוי כנחקרה עדותן בב"ד דהא השטר מגיד לכל מי שרואה בתוכו שפלוני חייב לפלוני מנה אף שהוא ביד העדים עדיין דהא בשטר הקנאה לא בעינן מטי לידיה ואפילו אם רואים אותו מונח באשפה יכולין להעיד שזה נתחייב לפלוני מנה רק לפעמים יש חשש פרעון כשהוא אחר זמן הפרעון אבל מ"מ יכולין להעיד שזה נתחייב לפלוני מנה. ונ"מ בעדות' לכמה דברים כגון כשטוען הלוה לא לויתי וכיוצא בו מש"ה הוי הגדה שבשטר עדות גמורה משא"כ בשטר דלאו הקנאה דלא הוי שטר עד שנמסר ליד המלוה מש"ה כל זמן שהוא עדיין ביד העדים לא הוי סהדותא כלל אפילו אם העדים ראו ההלואה דהא כל מי שראה בשטר אין יכול להעיד מתוכו שזה לוה מזה דהא כל זמן שלא נמסר ליד המלוה לא הוי שטר ואימר כתב ליתן ולא נתן ושפיר כתב הרי"ף דלא הוי סהדותא כלל עד אחר שנמסר ליד המלוה דאז חשיב ההגדה שבשטר הגדה דאחר שהוא ביד המלוה כל מי שרואה אותו ביד המלוה יודע שזה נתחייב לו מנה. אבל כל זמן שלא נמסר ליד המלוה לא אמרינן כיון דעדיו בחתומיו זכין לו למפרע הוי כאלו נחקרה עדותן למפרע קמ"ל הרי"ף דלא אמרינן כך דכל זמן שהשטר ביד העדים לא אמרינן דהוי כנחקרה עדותן כלל וכן בשטר קידושין דמיירי בשטר שמקדש אותה בשטר זה ושטר כזה נכתב בלשון הבעל ולא בלשון העדים ולא כתוב בו רק בלשון אנא פב"פ מקדש אותך כמו שכותבין בגט דבעינן ספר מקנה כמ"ש הר"ן בפ"ק דקידושין וכ"ז שלא נמסר בידה אינה מקודשת ג"כ לא הוי הגדת עדות כ"ז שהוא ביד העדים דהא אפילו אחר שנתקדשה בשטר זה כבר אפילו מי שרואה שטר זה ביד העדים אינו יכול

להגיד שנתקדשה דאימר לא נמסר לידה עדיין ולא נתקדשה עדיין לא הוי סהדותא עד שהוא ביד האשה דאז הוי עדות ממש דכשרואין אותה בידה יכול להעיד שנתקדשה. והא דאמר בש"ס הטעם משום מפי כתבם ולא אמר סתם דאי לא דכירי ממילא אין כאן עדות כלל על הקידושין דאימר כתב לקדש ולא קידש דבזה אין חשש כלל דבודאי לא יבאו להעיד כשלא יזכרו גוף הקידושין מחשש הנ"ל רק החשש הוא דלמא יזכרו מגוף הקידושין רק שלא יזכרו הזמן ויבאו להעיד ובאמת כשהוא בידם ואין הגדתן מועיל למי שרואה בתוכו לא נכתב השטר לסהדותא כלל ואסורין להעיד שום דבר מתוך השטר רק שהיה קשה להרמב"ן והראב"ד דהא כיון שהשטר היה ביד האשה פעם א' שנתקדשה בו ואז היה כנחקרה עדותו וממילא הוי שטר כאילו הגידו בב"ד ומה בכך שהוא ביד העדים בפקדון לזה מתרץ כיון דלא ניתקן שיהיה לראיה כלל דהא מחויב שיהיה מונח ביד העדים וכשהוא ביד העדיים אין יודעים מתוכו מאומה מהמעשה והוי כאילו לא ניתקן שיהיה לראיה כלל ומש"ה לא נחשב הגדה שבשטר עדות לראיה כלל וזה ג"כ כוונת הרי"ף במ"ש דאי בעו כבשו לשטר' וכו' היינו שאם הי' כובשין את השטר שלא ימסרו למלוה אף שהיו מראין אותו לכל אדם לא היה שום אדם יודע מהמעשה אבל בשטר הקנאה וכיוצא שאין מחוסרים נתינה לבעליו ואף אם יכבשו השטר מליתנו להמלוה מ"מ מי שיראה להשטר יכול להעיד על המעשה הוי הגדה שבשטר עדות גמור ולזה לא היה יכול המחבר להעתיק דברי הרי"ף לעיל גבי זכירת העדים דלא נ"מ לדינא דבשטר הקנאה אף הרי"ף מודה דהוי עדות לפי מאי דקיי"ל דבשטר הקנאה לא בעינן מטא לידיה כמבואר בש"ך סי' ל"ט ובשטרי דלאו הקנאה ודאי כשאין זוכרין אם ציוה למסרו השטר בטל דהוי כנמצא אצלו ואינו יודע מה טיבו משא"כ הכא בחתם בשטר עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו והוא ביד העדים שיודע מה טיבו ומ"מ אסור ליתן לו השטר דמיירי בשטר דלאו הקנאה וכיון דלא הוי עדות עד שנמסר לידו ואז הוא קרוב פסול השטר ואפשר דכ"ע מודים בהא ועוד נראה דהא הר"ן בפרק המגרש כתב דאף דקיי"ל עידי מסירה כרתי מ"מ כשר בעידי חתימה לבד דע"ח מטעם מסירה הם כורתין דכשמוסר לידי' בע"ח הוי כמעידין בשעת מסירה על המסירה דהוי כמסור אז לפניהם וא"כ כשהוא קרוב בשעת מסירה הוי כמו שאין כאן ע"מ כלל בשעת מסירה אבל בשטר הקנאה נראה דאף הרי"ף מודה דאין כאן מחלוקת ובתומים כתב לפרש דברי הרי"ף דס"ל כדעת הרמב"ם דבעינן שיזכרו העדות שיהיו ראויין להגיד רק בכת"י יוצא ממ"א אינן נאמנים לומר שאין זוכרים ומ"ה כשהשטר ת"י דאי בעי כבשיה לי' לשטרא הוי כאין כת"י יוצא ממקום אחר ונאמנים לומר שאינם זוכרין ולפ"ז אם ראו עדים אחרים

מקודם השטר יכולין להגיד אף מפי כתבם דהא אז אמרינן שמסתמא היו זוכרין ועוד אין פשט דברי הרי"ף סובלים זה דמה לו להאריך כל כך היה לו לומר בפשוט שאני הכא דנאמנים שאין זוכרין במיגו דאי בעי כבשיה ליה משא"כ בשטר שתח"י המלוה וכת"י יוצא ממ"א. ובספר קצות החושן מתרץ מכח דברי הרי"ף קושית התוספת בגיטין ר"פ ב' בד"ה אני הוא עד שני שהקשו דמי איכא מידי דאלו אמר בפ"נ כשר וכשאומר אני עד שני פסול ולפי דברי הרי"ף לק"מ דעיקר נאמנות השליח הוא מטעם דמדאורייתא א"צ קיום וכשהוא ביד העד צריך קיום מדאורייתא וא"נ מטעם תקנות חכמים רק כשמעיד אם הוא עד שני הוי קיום וחתימת השני הואיל וכבר יצא מתח"י והוי כנחקרה עדותו בב"ד נאמן עליו השליח מטעם תקנות חכמים ומש"ה פסול דאנן בעינן או כולו בקיום הגט או כולו בתקנות חכמים וכאן ע"א מתקיים בקיום וע"א בתקנות חכמים עכ"ל בקיצור ולא ניתן להאמר כלל דמה בכך שהוא ביד העד כיון שמסרו עכשיו ביד האשה הוי בשעת מעשה כנחקרה עדותו אז מדאורייתא כמו בכל עדים כשמוסרים השטר ליד בע"ד וכי כל העדים כשמוסרין השטר צריכים מדאורייתא לקיימו קודם וכמו שהעדים יכולים למסור שטר ליד הבע"ד מדאורייתא בלא קיום כמו כן השליח יכול למסור מדאורייתא בלא אמירת בפ"נ ובפ"נ שתלך ותנשא בו משום דהוי מדאורייתא כאלו נחקרה ועוד דהא כבר יצא הגט מקודם ליד הבע"ד קודם שעשאו שליח להולכה גם מ"ש שהעד הב' אין צריך קיום מדאורייתא שכבר יוצא מתח"י אינו כלום כיון שלא יצא מידו ליד הבע"ד רק לעד הב' כלא יצא מידו דמי דהא אם העדים יפקידו השטר ביד אחד ודאי דלא הוי כיצא מידם וזה פשוט והוא טעות גדול לפענ"ד:

כ **בריא ונשתתק.** כתב הש"ך משמע דאלם אינו יכול לחתום שטר וקשה כיון דלדעת המחבר אין חילוק בין אלם לאינו אלם דבשטר לא שייך מפי כתבם וא"כ אפילו חתם כשנשתתק כשר. ועוד אמאי א"י להעיד על כתיבת ידו הא עידי קיום יכול להיות מפי כתבם עכ"ד הש"ך. ובתומים תירץ דכשמעיד בעצמו על כת"י דהוי כמעיד על מנה שבשטר. ובספר קצה"ח תירץ דאלם פסול מדאורייתא מקרא דאם לא יגיד פרט לאלם והא דבגיטין פרק מי שאחזו דמקשה מחרש שיכול לדבר מתוך הכתב מהא דאם לא יגיד פרט לאלם ומשני שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ומשמע דמטעם מפי כתבם פסול מתרץ דה"פ דהקש' אדרב כהנא דה"ל דכתיבה הוי כדיבור מהא דממעט שא"י להגיד הא כתיב' חשיב כדיבור ומשני דבעדות לא חשיב כדיבור כיון דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ויפה כתב והיינו דרחמנא ממעט מקרא דלא יגיד כל שהיה בשעת ראיה אינו ראוי להגיד עדות דאף דכתיבה חשיב כדיבור מ"מ לא הוו בשעת ראיה

ראוי להגיד עדות המועיל דעל ידי כתיבה רחמנא מעטיה מטעם ולא מפי כתבם ושוב הוי כפסול הגוף דאפילו נתרפא אח"כ בשעת הגדה ויכול להגיד בפה מכל מקום כיון דבשעת ראיה לא היה ראוי להגיד מעטיה רחמנא מקרא דאם לא יגיד דליהוי כתחלתו בפסול ונכון הוא:

כא **וקורעין השטר.** ואע"ג דלא מהימניה אלא במיגו דאי בעי שתקו ולא הוי מקיימי ליה לשטרי ושטר שאינו מקוים לא קרעינן ליה מ"מ כיון דאף שיקיימוהו ליה לא הוי רק תרי ותרי לא מועיל רק לענין תפיסה מש"ה קרעינן ליה השתא דליכא קיום כמ"ש הש"ך ס"ק צ"ט ולפ"ז בעדים עצמן שאומרים כת"י ואנוסים היינו לא קרעינן דאם יתקיים השטר יהא כשר דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד אמנם השיטה בד"ה ה"א נאמנין כתב הטעם דלא קרעינן משום דכיון דלא נחקרה עדותן נאמנין מטעם עדות ואם כן אפשר בעדים עצמן קרעינן ליה:

כב **וי"ח ומכשירין השטר.** עש"ך ס"ק ק"ב דמחלק לדיעה זו בין כשהעדים לפנינו נפסלים העדים ונפסל השטר כדמוכח בב"ק ע"ג מהא דקאמר דפסלינהו בגזלנותא ואם העדים אינם לפנינו אינן נפסלים וכן דעת מהרלב"ח דהעדים אינן נפסלים כשפוסלים אותן שלא בפניהם ובמתו העדים אף דיעה קמייתא מודה דלא שייך לומר כיון דהעדים נפסלים גם השטר נפסל ותמיה לפ"ז דא"כ בהזמה ג"כ יש להיות הדין כן ואם מזימין עידי השטר שלא בפניהם היה ראוי להיות כשר לענין תפיסה דלא הוי רק תרי ותרי לדעת היש מכשירין ולדיעה קמייתא היה ראוי להיות כשר במתו העדים כמו בפסלינהו בגזלנות' ואדרבא הזמה גרע שלא בפניהם מפסלינהי בגזלנותא כמ"ש הש"ך בסי' ל"ח ולעיל בסי' ל"ד מבואר דשייך בשטר הזמה כשכתב בשטר בזמנו כתבנו ולא מחלק בין העדים לפנינו או לא ובין מתו העדים לכן נראה דדוקא בפסלינהו בגזלניתא דאין עדותן רק על גופן של עדות לפוסלן והשטר אנו פוסלין ממילא כיון שכבר ידעינן שהם פסולין וכיון דעיקר עדותן אינו רק בגופן של עדות מש"ה בעינן בפניהם דוקא דהא הם הבעלי דינים בדבר הזה ואין מקבלין עדות שלא בפניהם משא"כ בהזמה דלא מיקרי מעידין על גופן של עדות כמ"ש הש"ך בסי' ל"ה ועיין במ"ש ראיה לדבריו מהא דבבא קמא דף ע"ג דאמר הזמה חידוש הוא ופסלינהו בגזלנותא אינו חידוש וע"כ הטעם הוא דפסלינהו בגזלנותא מעידין על גופן של עדות שעשו דבר שיש בו חיוב על גופן מלקות אבל כשאמרו עמנו הייתם אי לאו דחידשה רחמנא לא היינו דנין אותו במעידין על גופן של עדות רק כמעידין להכחיש ההלואה כמו באומרים עמנו היה המלוה דג"כ אומרים לא ראיתם המלוה כיון שהמלוה והלוה עמנו היו ואפילו הכי לא משוינן אותם כמעידין

על גופן של עדות רק כמעידין על ההלואה שלא היה ולא מהימנינן לאחרונים טפי מהראשונים וה"נ בהזמה כשאמרו עמנו הייתם ולא ראיתם ההלואה לא הוי כמעידין על גופן של עדות רק כמעידין להכחיש ההלואה ואי לאו דחידשה רחמנא לא היה מהימנו טפי מהראשונים רק דרחמנא חידשה להאמין לאחרונים אף דהכחשה אינו רק בגוף ההלוא' ולא על גוף העדים וכיון דלא מיקרי הגדה על גופו של עדים רק על גוף ההלואה רק דרחמנא חידשה להאמין להו א"כ מאיזה סברא יהיו צריכין שיהי' לפנינו בפני העדים הא עיקר הגדתן הוא נגד המלוה והוא הבע'ד והוא בפנינו ומה בכך שהעדים אינם לפנינו הא כיון דלא מיקרי מעידין על גופן של עדות ולא מיקרי העדים בעיר ומש"ה אם באנו לדון מכח עדותן של המזימין לענין ההלוא' ולהאמין להם מכח החידוש שחידשה רחמנא לא בעינן שיהיה בפני העדים רק בפני בע"ד. אמנם אם באנו לדון מכח עדותן לפסול הגוף של העדות או לעונשו בממון או בגוף העדות הן הבעלי דין בזה ובעינן שיהיו העדות בפניהם דוקא ולפ"ז לענין לבטל עדות גוף ההלואה עדיף בהזמה מפסלינהו בגזלנות' אבל לענין לפוסלן להעדות לכל עדות לדיעה קמייתא דהכא דס"ל דנפסלין העדים שלא בפניהם עדיף פסלינהו בגזלנות' מבהזמה דבגזלנות אין מעידין להכחיש ההלואה כלל רק על גופן של עדות וא"א לבטל ההלואה רק כשנאמר שהן פסולין והא בהא תליא כיון דבממון הקילו חכמים לקבל עדות שלא בפני בע"ד כעדים רודפים לילך למדנה"י כמבואר בסי' כ"ה וכיוצא וכיון דמקבלין עדותן לענין לבטל ההלוא' שבשטר זה דבממון הקילו בקבלת עדות ומהמנינן להו לענין ההלואה שבשטר זה ואומרים מכח עדות האחרונים שהראשונים פסולים ממילא כיון דהא בהא תליא א"א לתפוס החבל בשני ראשין ומוכרחין אנו לפוסלן לכל עדות גם כן וכמ"ש בתומים סי' ל"ח מש"ה מהני אפילו שלא בפניהם לפוסלן אבל בהזמה דרחמנא חידשה להאמין האחרונים בגוף ההלואה אף שאינם מעידין על גוף העדים וגם חידשה רחמנא לפסול ולענוש הגוף מכח עדות האחרונים מש"ה נגד החידוש של עדות ההלואה שהמלוה הוא הבע"ד לא בעינן בפני העדים דוקא רק בפני המלוה ונגד החידוש של פסול ועונש הגוף שהעדים הן הבע"ד בעינן בפני העדים דוקא וכמ"ש הש"ך בסי' ל"ח וא"ל כיון דמהמנינן להו לענין ההלואה אנן סהדי ששקר העידו וממילא נפסלין זה אינו כיון דחידוש הוא אין לך בו אלא חידושו:

כג **תנאי היה בדבר**. עש"ך ס"ק כ"ז דמחלק בתנאי שהיא בקום ועשה לתנאי שהוא בשב ואל תעשה ונראה דזה דוקא בתנאי דלהבא אבל בתנאי דלשעבר לעולם צריך המלוה לברר שנתקיים התנאי. וראיה לזה מכתובות דף ט' דהאומר פ"פ מצאתי דנאמן להספיד'

כתובתה מטעם חזקה דאין אדם טורח והקש' הר"ן דל"ל טעם זה הא בלא"ה הא שטר על תנאי הוא שהיא בתולה וצריכה לברר בקיום התנאי עכ"ל בשינוי לשון ואף שהבעל טוען שעברה על התנאי בקום ועשה ואפ"ה מהימן אלמא בתנאי דלעבר לעולם מהימן והטעם לזה נראה דבתנאי דלהבא כבר נגמר הענין בודאי ותנאי מילתא אחריתא הוא וכחוב על המקבל דמי משא"כ בתנאי דלשעבר באם עבר על תנאי אין כאן התחלת חיוב כלל וצריך לברר שנתחייב לו:

כד **נאמן ואין כאן אלא ע"א.** עש"ך ס"ק ק"ט והוא דחוק מאד ובתומים כתב לתרץ כיון דהעד (") האומר תנאי לא מהימן אלא במיגו דאין זה כת"י ואילו היה העד אומר כן ודאי היה הלוה האומר תנאי צריך לישבע נגד העד האומר לא היה תנאי ולא ידעתי מאי קאמר דהא העד האומר זה כתב ידי ותנאי היה בדבר א"כ יש לו מיגו דהיה אומר תנאי היה בדבר שהייתי בשעת חתימ' השני והיה בו תנאי והיה שותק בקיום החתימה שלו או שהיה אומר אין זה כתב ידי. גם מה שתירץ הוא דהעד האומר זה כתב ידי ולא היה בו תנאי כיון דנתקיים חתימתו שוב הוי כנחקרה עדותו בב"ד בשעת חתימ' דלא היה בו תנאי והוי כבאו זה אחר זה דהראשון מהימן כמו כאיסורין ולפענ"ד לא דמי כלל דהא דמהימן הראשון באיסורין בבאו זה אחר זה אף דהשני גם כן מהימן מדאורייתא לענין איסורין ומאי אולמא דהאי מהאי הטעם דאין ע"א נאמן באיסורין להוציא מחזקה רק במקום דלא איתחזק וכיון דתיכף בבוא עד הראשון והימניה רחמנא כשנים הוי כהוחזק ע"פ עדים ושוב אין העד השני נאמן להוציא מחזקה כמ"ש רש"י ביבמות ר"פ האשה רבה משא"כ דע"א הימניה רחמנא לשבועה הן לחיוב הן לפטור ולא שייך בו סברא הנ"ל. ומה שנ"ל לתרץ קושית הש"ך דהע"א האומר תנאי אין לו שום נאמנות לומר תנאי הן מטעם עדות דהא חוזר ומגיד הוא וגם מטעם מיגו לא מהימן כמ"ש התוספות בכתובות דף י"ח בד"ה הרי אלו נאמנים מטעם דהוי מיגו במקום עדים רק שתרצו התוספות שם כיון דהוצרכו חכמים קיום לא חשיב קיום כלל כשאומר תכ"ד דבר הסותר לעדותו ונראה הטעם דאם מחזיק אותו למשקר באמירת אנוסי' היינו שהעיד בתכ"ד להקיום ממילא בטל עדות הקיים דעדות שביטלה מקצתו בטל' כולו כיון שהעיד עדות שקר בתכ"ד כמבואר בב"ק דף ע"ג ויהיה הטעם איך שיהיה מ"מ כיון דהעד האומר תנאי לא מהימן על אמירתו שאומר תנאי רק דלא חשיב קיום א"כ במה יש כח בידו לפטרו משבועת ע"א הא אנן מחזיק' העד האומר תנאי כמאן דליתא וא"כ מחיוב שבועה נגד האומר לא היה תנאי והוא פשוט. ועוד נ"ל לתרץ כיון דהעד האומר לא היה תנאי נאמן מדאורייתא לחייב שבועה והעד האומר היה תנאי מדאורייתא דא"צ קיום א"נ כלל רק

מדרבנן כיון שצריך קיום נאמן הנאמן מדאורייתא אלים ובזה ודאי דשייך לומר דכ"מ שהאמינה התורה לע"א הרי כאן שנים וכעין שמחלקין התוספת בכתובות דף כ"ב בד"ה אי הכי ע"ש אמנם זהו דוקא למ"ד דס"ל דבתנאי אינם נאמנים רק מטעם מיגו אבל להמחבר דפסק בסי' פ"ב דבתנאי נאמנים אפי' בלא מיגו ממילא פסק שפיר בכאן דהוי עד נגד עד ופטור משבועה דאורייתא ואינו נשבע רק שבועה היסת וכן עיקר. והנה בספ' קצות החושן סי' פ"ב הקשה כיון דהלוה האומר תנאי לא מהימן רק במיגו דמזוף א"כ אפילו לא היה השטר רק בע"א הא הוי משואיל"מ כמ"ש בסי' ע"ה ס"ק מ"ב ואמאי פסק דמחיוב שבועה הא הוי משואיל"מ ואין עד המסייע פוטר ולק"מ דבע"א אפי' אין ללוה מגו נאמן דדוקא בשטר בשני עדים כיון דחתימתן הוי כמגידין שלא היה תנאי וא"נ באמירת תנאי רק במיגו דמזוף כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר אבל כשאין בו אלא ע"א אף דנחזיק אותו בחתימתו כאומר בפירוש שלא היה בו תנאי הא אפילו אם ע"א אומר בפי' לפנינו פלוני חייב לפלוני מנה בלא שום תנאי והלוה מכחישו ואמר שלא נתחייב לו רק על תנאי מהימן לישבע נגדו ולהכחישו בלא שום מיגו כמו בשאר מכחיש ע"א דמה לי שמכחישו בכולו או במקצתו. ול"ד להא שכתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ב דשם כיון דאיכא נאמנות א"י לטעון פרוע מחמת הנאמנות שמודה לו רק מטעם מיגו דאי בעי היה מכחיש להעד וה"ל מחויב שבוע' ואינו יכול לישבע משא"כ הכא והוא פשוט וברור ובסי' רצ"ז דא"נ לומר תנאי רק במגו שם מיירי שיש עדים שנעשה שומר והא דכתב רמ"א שם דאפילו בליכא עדים הטעם משום מגו לרוחא דמילתא כתב כן ואפילו בגט נאמן לו' פקדון ע"ת כמ"ש הש"ך בסי' נ"ו ע"ש וגם א"ל דכאן כיון שיש שטר בשני עדים ויש ע"א על הקיום הוה ליה מחשואיל"מ זה אינו דהא חזינן דבכל שטר בעינן שני עדים על הקיום וכ"ז שאין בו רק ע"א על הקיום נאמן לטעון פרוע ושאר טענות במיגו דמזוף ולא אמרינן דה"ל מחשואיל"מ ועיין מש"ל בטעם הדבר ועוד דנאמן לטעון תנאי במיגו דפרוע דודאי נאמן:

כה **שטר אמנה** עיין תומים ס"ק מ"ז שהקשה על הנ"י שהביא הסמ"ע שכ' כשנוטלין קבין ומאמינים על המעות שאין איסור כי אם לעשות שטר והקשה ממ"נ דאם התנה בין אם ילוה בין אם לא ילוה מה אמנה שייך בזה ואם שהתנה דוקא אם ילוה הדר ה"ל מוקדם וכו' ע"ש. ולא הבינותי דהא אם הקנה בקנין ופי' מעכשיו אם ילוה לכ"ע קנה מעכשיו ולית ביה דין מוקדם. אך י"ל מה קמ"ל דבשלמא בשטר אסור דאיכ' ריעותא דשמא לא ילוה ויטרוף ממשעבדי שלא כדין אבל בקנין דא"א לטרוף כ"א בעידי קנין והם יאמרו לפני ב"ד שהיה תנאי בקנין. ואפשר דכוונתו דבשטר כשהוא אמנה המלוה

עביד איסור אף שהעדים אינם יודעים מזה אבל בקנין אם התנה עמו שלא בפני עדים על תנאי שילוה לא עביד המלו' איסור אף שיכול לבא לידי ריעותא דהא מצי טריף בעידי קנין ממשעבדי שלא כדין כיון שהעדים אינם יודעין מהתנאי אין האיסור משום אל תשכן באהלך עולה רק בשטר ששהה העולה בבית. אבל בקנין לא עביד איסור א"נ אפילו כשהעדים יודעים מהתנאי ה"א דאיכא איסור דשמא איכא שרואין הקנין ולא שמעו מהתנאי והעדים אין צריכין להיות מזומנים כמבואר בסי' ל"ט:

כו **אין נאמנין בשום דבר**. עסמ"ע וש"ך דקאי גם על תנאי והקשו מסי' פ"ב ומסי' כ"ט עיש בדבריהם ובסי' כ"ט מסיק הש"ך להלכ' דאפילו בתנאי א"נ בשכת"י יוצא ממקום אחר ע"ש. ובתומים הקשה מגט דאין כותבין תנאי בגט א"כ אינן נאמנין על התנאי. ומתרץ דבאמת כשאומרים בשעת מסירה היה תנאי מהימני והכא מיירי שאומרים שהיה תנאי בשע' כתיבה ומש"ה אינן נאמנין כיון שלא כתבו התנאי בשטר: עוד תי' דאם העידו שהי' תנאי להדיא שלא לכתבו אותו בשטר דנאמנים שאין זה סותר עדותן שבשטר דמה שלא כתבו הלא כך היה התנאי שלא לכתוב ולכן בגיטין דהדין הוא שלא לכתבו יכולין להעיד כן בע"פ וכו' ע"ש. ולפענ"ד נראה דהתי' השני ודאי ליתא ואסור לשומעו וכ"ש לאומרו דכיון שא"נ לומר תנאי דהוי כחוזר ומגיד וכשאומרים שהי' תנאי על תנאי שלא לכותבו נאמנים. ועוד דגם בגט יכולין לכתוב התנאי קודם החתימ' כמבואר באה"ע סי' קמ"ז ע"ש אמנם התירוץ הראשון ודאי אמת דכשמעידין על דבר שנולד להם אחר החתימ' נאמנים כמ"ש הש"ך בס"ק קי"ד ע"ש אך קשה דא"כ כשמתנין תנאי קודם החתימ' יהיו צריכים ליחד עדות אחרים וזה לא שמענו ולא ראינו מעולם וסתמא כתב המחבר בא"ע דמהני תנאי בע"פ קודם החתימ' ע"ש בסי' קמ"ז ונראה דשאני שטר לא מבעיא למאן דס"ל גבי כותבין שטר ללוה בלא מלוה דבעינן או שטר הקנא' או שיראו המסיר' אם כן חתימתן שבשטר הוי כמעידים על המעשה שפלוני חייב לפלוני דהיינו שמעידין בחתימתן שראו הקנין או המסיר' וכשאומרים אחר כך כתב ללות ולא לוה הוא היפך ומה שמגידין בשטר הוי חוזרין ומגידין. וכן כשאמרו תנאי הוה כחוזר ומגיד כיון שבשטר הוי כאלו נתפרש שהמעשה היה בלא תנאי כמ"ש הרמב"ן הביאו הר"ן ואפילו למאן דס"ל עדים בחותמיו זכין לו ולא בעינן שיראו המסיר' מ"מ הוי הגדתן שבשטר כמגידין שזיכה לו בשעת חתימה מנה מעכשיו ולכשימסור וכשחוזרין ומגידין ואומרים שאין ממש בזיכוי זה או שהזיכוי היה על תנאי אומרים היפך ממה שהגידו בשטר הוי כחוזר ומגיד דעוקר סהדותא שהעיד בשטר שבשטר מעידין בחתימתן שהקנה לו סתם או שזיכה לו בהחתימה סתם למאן דס"ל עדים בחותמיו זכין לו ועכשיו מרע

ליה לסהדותא ואומרים שלא הקנה וזיכה רק על תנאי משא"כ בגט שכותבין לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ואין עידי חתימה בשעת חתימה מעידים כלל שנתגרשה שהרי אינם יודעים מהמסירה וגם כל הגט ל' הבעל הוא ואין ניכר בו כלל בלי הגדת עדים שנתגרשה כמ"ש הפ"י בכמה דוכתי בגיטין והעדים אינם מעידין רק שהגט נכתב בציווי הבעל ומסרוהו לבעל כמ"ש הב"ש סי' ק"ל ומה שמחזיקין אותה בגרושה ע"פ הגט הוא מטעם כיון שהגט בידה אנן סהדי דודאי מסרוהו ומיד הבעל בא לה וכ"כ הפ"י בגיטין דף י"ח בד"ה א"ל פסול ע"ש והא דלא חיישינן שמא מסר לה לפקדון או על תנאי דכיון שמסר בידה הימניה שיהיה לגירושין א"ת לגירושין אפילו אם תשקר כמו בשליש כמבואר בפוסקים או משום דתפיסתו מוכחת עליו כמ"ש הר"ן וא"כ כשמגידין אחר כך שהיה על תנאי אין זה חוזר ומגיד ואינו סותר להגדתן שהיה בשטר דבשטר לא הגידו כלל על גוף המסירה והגירושין רק שכתב בציווי הבעל ואנן דמסהדינן על המסירה והגירושין מש"ה כשחוזרין ומגידין שהיה תנאי על הגירושין אין זה חוזר ומגיד ואפילו אם יאמרו העדים לפקדון ולאמנה מסר הגט בידה אין זה חוזר ומגיד דהגדתן שבשטר לא היה על המסירה רק על שחתמו בציווי הבעל והגדתן האחרונ' הוא לסתור מה שאנן סהדי שמסר לידה לגירושין והם מכחישין אותנו ואומרים של אמנה ופקדון מסר בידה ומכ"ש כשאומרים לתנאי ואפי' אמרו שקודם החתימה התנה התנאי דהא התנאי ג"כ אין תלוי בהחתימה כלל כי מה יש לו להתנות על החתימ' הא אין מזכין לה בהחתימה וגם אין מעידין כלל בהחתימה דהא בגט הוא לשון הבעל כמ"ש הפ"י ועיקר התנאי הוא על המסיר' שאם יהיה כך לא תתגרש בהמסירה מש"ה לא הוי חוזר ומגיד משא"כ בשטר התנאי תלוי ג"כ בחתימ' למאן דסבירא ליה דעדיו בחותמיו זכין לו וכן בשטר הקנאה או בשטרא דלאו הקנאה ומסר בפניהם כיון דהשטר לשון העדים הוא שמגידין שהיה כך המעש' הרי הם כמגידים בחתימה אם היה תנאי בהמעשה אי לא והוי כחוזר ומגיד. וא"ל דבגט נמי כיון דבאו להכחיש מה שאנן סהדי תרי ותרי הוא הא ליתא דהא אנן ליתינן סהדי שלא נמסר ביד' לפקדון ולתנאי רק מטעם דהימניה או מטעם דתפיסתו מוכחת עליו והוא כמו במטלטלין חזק' שכל מה שת"י האדם הוא שלו וכיון שמצד חזקה הוא אתי עדים ועקרו לחזקה כמבואר בקידושין גבי יש לי אחים כמו במטלטלין כשמביא עדי פקדון וכן אם נאמר מטעם דהימניה א"ש ג"כ דלא הימניה שיהיה לגירושין אם תאמר לגירושין רק כשלא יהיה עדים מכחישין אות' כמו בשליש שאינה מגורשת אם העדים מכחישים אותו ומש"ה אפי' כשאומרין שמסר הגט בידה לפקדון ולאמנה בפניהם לא משוי נפשייהו רשיעי דאין המסירה תלוי בהו. משא"כ

בשט"ח שהן הן המגידים על המסירה ואם צריך השטר למסירה צריכ' שתהיה בפניהם או שיהיה המלו' במעמד דהוי כמסיר' בפניהם ומש"ה כשמוסר לאמנה משוי נפשייהו רשיעי ולא שייך לומר מה בכך שהוא לאמנ' הא הימניה שיהי' כך אם יאמר כך זה אינו דדילמא שכיב ונפל קמיה יתמי כדאמרי' בב"ב דף ס"ח גבי זקפי' רווח' אקרנא ומש"ה בשטר כי מסר לאמנ' איכא איסורא למלוה אפי' בשטר דלאו אחריות ולא אמרי' מה איסורא עביד אם הימניה על עצמו ולא יהא אלא כמוסר בידו מטלטלין או מעות שלו אלף זוז ומאמינו. ולפמ"ש אתי שפיר דשאני שטר דכי שכיב והב"ד יחזיקו את השטר מטעם שעשו חתימתן שבשטר לעדות שהם המגידין שהמסירה היה בכשרות והרי הוא כעושה עדות שקר משא"כ במעות ומטלטלין אף כי שכיב ויחזיקו הב"ד אותו ביד יתמי לא ע"פ עדים הן מוציאין אותו ואין כאן עדות שקר רק מטעם חזקה כל מה שביד האדם הוא שלו ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה שהחזיק אותן בכך משא"כ בגט לא עבדי איסורא כשמקבלת הגט לידה לאמנ' ולפקדון שאין כאן עדות שקר ביד' שהן אינן מעידין על כך ואם מסר ביד' על תנאי שיהיה לגירושין אם תאמר לגירושין מה איסורא עבד' בזה ולכי שכיב לא יבוא שום איסור במה שהגט בידה: אמנם נרא' דבשטר על תנאי אף לדיע' זו אם אמרו שהמלוה ציוה לכתוב התנאי בשטר נראה דודאי נאמנים דהנה במ"ל בפ"ג מהלכות עדות הלכ' ה' הביא בשם מהרש"ך וז"ל שמה שמעידים שלא מכר כ"א לעלות לא"י עדותן זה הוא בשטר לא מיקרי חוזר ומגיד וכו' והמ"ל תמה עליו דמה לנו אם עדותן בשטר או בע"פ כיון שקדם השטר הראשון שחתמו הם בעצמם או איפכ' שכתבו שטר למוכר שיהי' בתנאי ונעשה כמי שנחקרה כל שחתמו עצמם אח"כ היפך הוי חוזר ומגיד ומה לנו אם עדות השני הוא ע"פ או בשטר ודברים אלו אין ראויים לשומעם וכו' ולהוכיח זה הוי יגיעת בשר וכו' עכ"ל: ולפענ"ד נרא' דהדין עם מהרש"ך לא מיבעיא אם המלוה צוה לכתוב וליתן שטר תנאי ביד הלוה אף שמעידין עכשיו כן בע"פ ודאי נאמנים דהנה בכתובות כתב הר"ן גבי מודע' היו דברינו דנאמנים מטעם דניתן לכתוב פי' וז"ל קאי אמודע' שבידם לכותבו ולכתוב זמן, קודם שטר מכר או באותו יום עצמו אפשר ג"כ לומר דאפילו בכת"י יוצ' ממקום אחר נאמנין שאין אלו חוזרין ומגידין שעדיין לא הגידו כיון שבידם לפסול המכר משעה ראשונה ולא דמי לאנוסים היינו מחמת נפשות ופי' דבריו דבאנוסים היינו מחמת נפשות צריכין להגיד עכשיו בפה והוי הגד' כחוזר ומגיד משא"כ במודע' דניתן לכתוב פי' ומקבלין עדותן שבשטר זה כיון שחכמים נתנו רשות לכתוב שטר על זה וכאלו נחקר' אז מזמן הכתוב בשטר ואם ירצו יכתוב שטר המודע' בזמן שהוא קודם לזמן כתיבת השטר ואז לא יחשב הגדת שטר המודע' לחוזר

ומגיד דאדרב' הגדת המודע' הוה קודם להגד' שבשטר משא"כ אונס מחמת נפשות לא שכיח לא תיקנו בי' רבנן שטר וא"א להם לפסול השטר (") ולפ"ז בתנאי אפי' כת"י יוצ' ממקום אחר נאמני' דהתנאי שציו' המוכר לעדים לכותבו בשטר להתנאי הוי כמו שובר שניתן לכתוב מדעת המלו' ויש לו דין שטר וה"נ תנאי כשנכתב בציווי המלו' יש לו דין שטר דא"כ בידם לפסול הגדת המכר משע' ראשונ' שבידם לכתוב שטר של תנאי קודם לזמן המכר כמ"ש המ"ל בעצמו דאם הי' איפשר שכתבו שטר למוכר שהי' בתנאי וכו' הוי החתימ' שבשטר חוזר ומגיד ומש"ה נאמן אפי' ע"א החתום בשטר לומר תנאי כיון שבידו לעשות הגדתו שבשטר לחוזר ומגיד משא"כ ע"א דעלמ' א"נ והא דלא מהימן ע"א במודע' דמודע' עדות אחרת וראי' אחרת הוא ובעינן שני' שיעידו על אותו מעש' שראו בפעם אחר' משא"כ תנאי פרוש' דהאי סהדות' שבשטר הוא וכעדות אחת דמי וממיל' כשנותן העד התנאי כתוב ביד הלוה נעש' עדותן שבשטר חוזר ומגיד ולדעת ההג"ה בסוף סי' דבע"א לא אמרינן כמו שנחקר' וממילא א"י לעשות הגדתן שבשטר לחוזר ומגיד אין ע"א נאמן לומר תנאי ונרא' אפי' אם המלוה לא אמר שיכתבו שטר בפ"ע ולמסרו ללוה רק שאמר שיכתבו התנאי בשט"ח גופי' וא"כ לא הוי רק כאומר כתבו ולא אמר תנו מ"מ כיון שהכתיב' הי' בצווי המלוה שוב לא הוי מפי כתבם אפי' לא אמר תנו כמבואר בתומים סי' ל"ט ע"ש וזה כוונת מהרש"ך במ"ש שעדותם הוא בשטר והיינו כיון שהתנאי ניתן לכתוב בשטר לא הוי חוזר ומגיד אפי' של תנאי וכתב מאוחר לזמן השטר דלא יהא אלא כהגידו בע"פ מאוחר לזמן השטר דנאמן מטעם דניתן לכתוב מזמן ראשון כמ"ש הר"ן משא"כ בע"פ דהיינו שלא ניתן לכתוב שלא ציוה המלוה שיוכתב התנאי ושוב לא קשה קושית הסמ"ע והש"ך מסי' פ"ב דשם בטוען שהתנאי ציוה המלוה לכתוב בשטר דנאמנים מטעם הנ"ל והכ' מיירי בתנאי בע"פ שלא ניתן לכתוב דומיא דאנוסים ואמנה שאומרים דבר שלא ניתן ליכתוב ולא קשי' נמי מסי' כ"ט דשם שהגידו עדות בע"פ דודאי אינו יכול לעשות מהגד' שניה הגדה ראשונה וחוזר ומגיד הוא משא"כ בשטר שהתנאי ניתן לכתוב ויכול לכותבו מזמן ראשון שלא יהיה חוזר ומגיד ונראה דאף לדיע' השני דס"ל דבכת"י יוצא ממקום אחר נאמן מ"מ בתנאי דלשעבר נרא' דא"נ דבשעת כתיבת השטר לא חייל שיעבודא אפילו במקצת. אך באופן שכתבתי שהמלוה ציוה לכתוב שטר נאמן מטעם דניתן לכתוב ולבטל הגדת המכר משעה ראשונ' שיעשו שובר של תנאי כיון שבידם לכתוב שובר כנ"ל ברור והא דעדים אחרים נאמנים היינו דוק' כשאין מכחישין עידי השטר והיינו כשאומרים שהתנאי היה שלא במעמד עידי השטר אבל כשמכחישין עידי השטר הוי תרי ותרי ובמכיר' אוקי הקרקע בחזקת הלוקח

כיון שבדין ירד הלוקח נקרא מוחזק כמבואר בתשו' הרשב"א סי' תתקע"ב ובמשכנת' הממשכן נקרא מוחזק כמבואר בתשוב' הרשב"א הובא בתומים ס"ק מ"ט:

כז **עד אחד החתום בשטר.** עש"ך ס"ק קי"ט שתמה דהא קיי"ל בסי' נ"א דע"א בשטר זוקק לשבוע' וכו' וע"ל בסק"ט שכתבתי ליישב זה דודאי גם עד אחד בכתב לא הוי מפי כתבם רק דלא אמרינן ביה דהוי כנחקר' בשעת חתימ' מטעם שכתב הסמ"ע כאן ומש"ה יכול העד לחזור בו קודם שנרא' השטר בב"ד אבל אחר שנרא' השטר בב"ד שוב אינו יכול לחזור בו וכמ"ש הרמ"א סי' י"ג לדעת ר"ח דמכשיר מפי כתבם שיכולין לחזור בו קודם שנרא' בב"ד וע"ש שהארכתי עוד כתב הש"ך בס"ק זה והשיג אתשובת רמ"א שהכשיר קיום השובר וז"ל הפן הב' אינו צודק רק לעדות בע"פ ולא לקיום השובר. ונ"מ טוב' לענין טריפת לקוחות כדאמרינן ספ"ק דמציע' גבי מצא שובר עכ"ל הש"ך ובהשקפה ראשונ' לכאורה תמוה מאוד כיון דאיכ' עדים שנפרע הרי מכר דבר שאינו וחספא בעלמ' הוא ולא בעינן שטר בזה ודוק' בשט"ח לענין טריפת לקוחות בעינן שטר וכבר עמד בזה בסקצה"ח אבל באמת כוונת הש"ך כפשוטו דהעדים אף שהעידו על הקנין של השובר לא העידו על הזמן ובקיום השובר נתקיים גם הזמן הכתוב בו ואיכ' למיחש לחשש דאמר בב"מ דף כ' דאומר הפירעון היה אחר המכיר' והשובר מזויף והזמן כתוב בו מקודם אך בתומים הקשה שפיר דהא קיי"ל כשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול. אך גם זה לק"מ דהא התוספות והרא"ש הקשו שם דהא בשובר לא תצטרך לשלם רק דמים שקיבל וכשתמחול תצטרך לשלם כל הדמים ותי' התוס' לא קיי"ל כמבואר בסי' ס"ו ע"ש. ועכצ"ל כתי' הרא"ש שם דמיירי שהוא עכשיו באותו ענין שהית' בשעה שנכתב השובר ע"ש והכא הכשיר השובר בכל גוונא. ועוד יש כמה נ"מ בין קיום השובר לעדותו בע"פ:

סימן מז

א **ממה לפרוע.** עש"ך פק"ב דה"ה אם הוא גברא אלמא. ונראה ליתן טעם לדבריו כיון דכתב הש"ך דהדין כמו במשועבדים דאין גובין במקום שיש בנ"ח ובסי' קי"א הוכחתי דאפילו כשהלוה אלים אין גובה ממשעבדי במקום שיש בנ"ח:

ב **וכתוב בו נאמנות.** ע' תומים שכתב דכשאומר המלוה שטר אמנה מודה המחבר דאפילו אין בו נאמנות דהא א"צ לישבע כמבואר בסי' פ"ב אם לא שיש לו מגו דפרעתי וכו' והוא תמוה כמו שתמה בקצה"ח דהא כשטוען אמנה אפילו יש לו מיגו דפרעתי אין חייב לישבע כמבואר בסי' פ"ב. אמנם אם הלוה טוען פרוע והמלוה אומר שטר אמנה

אינו גובה כשלא נכתב בו נאמנות דכיון שהלוה טוען פרעתי מחויב המלוה לישבע וכיון שאומר אמנה (") ממילא אין רוצה לישבע שחייב לו על שטר זה א"י לגבות בו וע' עוד במ"ש הש"ך דאפילו ע"א מעיד שהוא פרוע וכו' מכאן ראיה למ"ש בסי' ל"ז דהבע"ד גופיה אף שמעיד לחובת עצמו אינו עד (") דאלת"ה בע"א שהוא פרוע יצטרף עם המלוה גופיה ויש כאן שני עדים אלא ודאי כמ"ש:

ג **והוחזק השטר בב"ד.** עש"ך סק"ו שהביא דעת הי"ח המבואר בסי' צ"ט דס"ל דא"נ אפילו יש לו מיגו דהוי מיגו במקום חזקה וכו'. והנה בסקצה"ח הקשה הא דנאמן הלוה לקלקל השטר שביד המלוה כשיש לו מיגו כגון במגו דמזויף וכן בשטר פקדון נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו ולא אמרינן דהוי מיגו במקום חזקה נראה הטעם דדוקא בלוה שיש לו מיגו עם חזקת ממון מסייע לדבריו אמרינן מיגו במקום חזקה כזו שכנגד המיגו כיון דלבעל המיגו יש לו ג"כ חזקת ממון דעדיף מהחזקה שיש לה לכשנגדו תדע דהא אפילו אי תפיס בעדים נאמן לומר דידי חטפתי במיגו דהחזרתי אף דודאי איכא חזקה דכל מה שתח"י אדם היא שלו לכ"ע. אבל כשמלוה אומר על מה שבידו שאינו שלו שאין (") לו חזקת ממון להאומר רק מיגו לא מהימן במיגו נגד חזקה זו אמנם הש"ך מסיק דבכאן העיקר כדעת המחבר:

ד **בב"ד.** ואם הראה השטר בפני עדים ואמר בפני עדים שהוא פרוע נאמן כמ"ש בתומים הטעם דלא דמי דהא דסי' ע"ב וסי' קל"ג באמר לפני עדים בשעה שראוהו ממושכן בידו דא"נ דשאני התם דשם תלוי בשבועה משא"כ הכא ע"ש בתומים דלא כמ"ש בקצה"ח. ונראה דאפילו יש ביד הלוה שובר מכת"י המלוה מהני כיון שידוע שע"כ נכתב השובר קודם שהוחזק השטר בב"ד והי' לו מיגו אז דהא הי' בידו אז לשרף השט"ח מהני הודאתו וכן אם יש בידו שובר בעדים ולא כתב בו שפרע בפניהם רק שהודה בפניהם ג"כ מהני כיון שנכתב השובר בשעה שהי' לו מיגו דקלת' ולא הי' בו עדיין חשש קנוניא ואם הוחזק השטר בפני עדים ולא אמר אז לפני עדים כלל והוחזק השטר בב"ד ותיכף אמר לפני ב"ד שהוא אמנה או פרוע נאמן דהא מ"מ יש לו מיגו שהי' שורף להשטר והי' אומר עכשיו פרע לי אחר שראו השטר ואפילו העדי' הלכו עמו לב"ד תיכף מ"מ הא העדי' לא היו תופסין אותו בבגדו שלא ילך ללוה וא"כ יש לו מיגו בשעה שבא לב"ד ואמר פרוע דאי בעי הי' הולך ללוה קודם שהלך לב"ד והי' אומר מעכשיו פרע לי אם לא שהי' המלו' אז לפני העדי' והתרה בו שלא יפרע למלוה שלו כי הוא חייב לו דאז אסור להלו' ליפרע לו כמ"ש הש"ך בסי' פ"ו ועיין בכה"ג סי' פ"ב דמיגו לא מהני כ"א תכ"ד והנה אם השטר ביד שליש לא מהימן במיגו דהי' כותב לו שובר דכשהשטר ביד שליש לא מהני שובר

הודאה רק שובר פרעון שפרע בפני העדי' כיון שלא הי' לו מיגו דקלתי' בשעת כתיבת השובר דהא השטר ביד שליש ומיירי באופן שלא הי' ליקח השטר מהשליש ואפי' נתן לו שובר בלא זמן לא מהני:

ה **אינו נאמן**. עסמ"ע סק"ד דכשאומר מעות שבידי הן של פלוני וכו' וראיה לזה מאשה שאומרת וכו'. ולכאורה אין הבנה לדבריו דאם כוונתו להביא ראיה דנאמן על מעות פקדון במיגו הא דין זה מבואר בתשובת הרא"ש שהביא בעצמו דאפילו בעיסקא נאמן במיגו וא"צ לראיה ואם כוונתו להביא ראיה דמעות פקדון אף שמותר להשתמש בהם כשהן מותרין אפי' לצרכו דינו במטלטלין דאין הבע"ח גובה מהן דלא בדעת הש"ך אין שום ראיה מהראיות שהביא ועוד דהא בפקדון מצריך שיהי' ידוע שיש לו פקדון מאחרים ובהראיה שמביא מוכח דאפילו אינו ידוע לכן נראה דכוונתו דהרא"ש בתשובה מיירי כמ"ש הש"ך בסי' צ"ט סעיף קטן ז' שידוע סך העיסקא כגון שיש ללוי שטר עיסקא עליו רק שאינו יודע אם אלו המטלטלין הם מזה העסק ונאמן שהן מזה העסק במיגו שיהי' נותנן לו בפרעון חובו ובע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ועיין בב"י ובתשובת הרא"ש שכתב בהדיא כן והסמ"ע מיירי כגון שאינו ידוע כלל סך הפקדון רק שידוע שיש לו פקדון מאחרים דאיתרע חזקה דכל מה שתחת יד האדם הוא שלו כיון שידוע שיש לו פקדון מאחרים וכשאומר דהמעות פקדון לא שייך לומר המיגו דהי' נותנם לו בפרעון חובו דהא א"י כמה סך הפקדון רק דהמיגו הוא דאי בעי הי' נותנן לו ואף שהמטלטלין אלו הם ידועים בעדים שראו בידו מ"מ יש לו מיגו דאי בעי הי' נותנם לו ואף דהעדים הי' רואים מהנתינה שנתן ליד פלוני מ"מ לא היו מוציאין מידו דהחזקה דכל מה שתחת יד האדם הוא שלו לא מהני כיון שאתרע החזקה מאחר שידוע שיש לו פקדון מאחרים רק במקום שאין מוציאין בחזקה זו מיד המוחזק וכעין שכתב הש"ך בסי' צ"ט ס"ק י' בשם הרשב"א כגון הכא שמטלטלין הוא ביד הבע"ח ואומר שאינן שלו מהני החזקה במקום דליכא מיגו כיון שאינו להוציא דהא אינן ביד אותו פלוני אבל כשכבר מסרן לפלוני שהוא מוחזק בו אף שמסרן בעדים לא מהני מה שראו עדים בידו בשעת מסירה ולומר החזקה שכל מה שתחת יד האדם הוא שלו להוציא מיד המוחזק האומר שהיא שלו ולהעמיד' בחזקת הבע"ח משה"ה אפילו אם הוא בידו נאמן לומר של פלוני הוא במיגו דהי' נותנם לו כיון דאיתרע החזקה כנ"ל ודוקא כשא"י כלל אם יש לו פקדון דהוי חזקה אלימת' כמ"ש הט"ז בסי' צ"ט עיין שם לא מהני מגו וכן אפילו כבר מסרן החייב לאותו פלוני שהודה לו בפני עדים מחויב אותו פ' להחזיר כיון שמסר לו בשעה שא"נ שהוא כדבריו אבל כשידוע שחש לו פקדון דאיתרע החזקה מהני כשנותנו

לפ' וכן מגו מהני ומביא ראיה ממ"ש הטור בסי' פ"ח דאם אשה אומרת על ממון שתחת ידה דשל פלוני הוא דנאמנת במיגו דהי' נותנם לו אפי' בידוע שממון זה תחת ידה וע"כ הטעם דשם ג"כ אם כבר נותנם לו אין להבעל שום טענה עליו כמ"ש הב"י בטור אח"ע סי' פ"ו בשם הר"י מיקא"ש וז"ל כשתתן האשה לפלוני אין להבעל לערער וכו' ע"ש ומש"ה אפי' כשהוא בידה נאמנת במיגו דהי' נותנם וע"ז סיים דדוקא להוציא מיד מלוה א"נ כיון דכבר מוחזק בידו וכו' פי' כיון שכבר אינו בידו ושוב לית ליה מיגו מש"ה לא מהימן במיגו למפרע ואם אמר בשעה שמסרו להמלוה שהוא של פלוני אז נאמן מחמת שהי' לו מיגו בשעת מסירה ויתבאר אי"ה בסי' צ"ט. ומביא עוד ראיה מהא דנאמן הבעל לומר שלקח בגדים הללו לשם אשתו להפסיד לבע"ח פי' דשם משמע דאפי' נמצאים הבגדים ביד הבעל נאמן וע"כ מטעם מגו דהי' נותנ' לה וכשהי' נות' לה והיתה מוחזקת והית' נאמנת ע"ז ומוכח מדברי הסמ"ע דס"ל כהתומי' בסי' צ"ט ס"ק ה' דאפי' רק בידוע שיש לו פקדון מאחרים סגי וחולק על מ"ש הש"ך בפי' צ"ט ס"ק ז' ע"ש:

ו **ונודע אח"כ** ומיירי בע"כ באופן דליכא מיגו כגון באופן שלא הי' יכול בשעה שאמר פרוע לצאת מב"ד ולהחזיר השט"ח ללוה ולומר עכשיו פרע דבלא"ה אין זה מיגו למפרע דהא בשעה שאמר פרעתי לפני ב"ד הי' בידו לצאת מב"ד ולהחזיר לפ' דהא הב"ד לא היו מעכבין בידו כיון שא"י אם הוא חב לאחריני:

ז **אינו נאמן**. עש"ך סק"ז בד"ה עוד כתב הסמ"ע דהנ"מ כשהגיע הזמ"פ של לוה שני וכו' ע"כ לפני הערך הי' כתוב כגירסא זו וגם ע"כ לא הי' כתוב בסמ"ע סיום דברי הסמ"ע דלפי הגירסא שלנו בסמ"ע וגם מסיום דברי הסמ"ע דכוונת הסמ"ע הוא על הזמ"פ של המלוה הראשון אכן באמת בדו"פ בסי' פ"ו לא מחלק רק בזמ"פ של מלוה שני ומשמע כדברי הש"ך ע"ש:

סימן מח

א **שנמחל שיעבודו**. עסמ"ע קס"א דבשטר בעדים כיון שנתבטל לגבי משעבדי מחמת שנמחל שיעבודו נתבטל גם מבנ"ח וכו' ע"ש בש"ך סי' מ"ג סקי"ב הביא בשם הריב"ש שהוכיח מזה כדיעה הסובר דבשטר מוקדם ג"כ פסול לגמרי אפילו נגד טענות להד"מ דבב"מ דף י"ז גבי שטר שנמחל שיעבודו פריך הש"ס ותיפוק ליה דה"ל מוקדם וכו' ואי אמרי' דמוקדם כשר נגד בנ"ח לענין טענות להד"מ א"כ מאי מקשה הש"ס ותיפוק ליה דה"ל מוקדם הא איצטריך לאשמעינן דין שטר שנמחל שיעבודו שהוא פסול גם נגד בנ"ח דמכח מוקדם הוא כשר אלא וודאי דגם מוקדם הוא פסול לגמרי אפילו נגד

טענות להד"מ וסיים בזה שהוא קושי' עצומה ולפענ"ד נראה לתרץ דהא עיקר המחלוקת בשטר מוקדם אם היא פסול לגמרי נגד טענות להד"מ הוא דמאן דפוסל ס"ל דשטר שלא נכתב כתקנות חכמים לאו שטר הוא כלל שלא ניתן לכתוב והוי מפי כתבם ואין כאן עדות כלל ומאן דמכשיר ס"ל כיון שניתן שטר זה להכשיר כשיכתוב עליו מזמן שני ניתן לכתוב והוי העדאת עדים לענין להד"מ אבל פרעתי יכול לטעון דלאו שטר הוא וכן מבואר בטור בסי' מ"ה ובש"ך ובתומים כמה פעמים ולפ"ז א"כ פלוגתייהו הוא בטענות להד"ם היינו כשטוען הלוה להד"מ שלא צויתי לכתוב שטר זה מעולם ולא לויתי כלל וכמכחיש העדים ואפ"ה ס"ל להפוסלים דנאמן כיון דהוי מפי כתבם אין כאן עדות כלל ויכול להכחישם והמכשירין ס"ל דאף דאין לו דין שטר מ"מ העדאת עדים איכא ואינו נאמן להכחיש העדים אבל אם מודה שציוה להעדים לכתוב שטר ואינו מכחיש להעדים כלל רק שטוען להד"ם שכתבתי ללות ולא לויתי רק שנפל ממני ומצאת או שטוען אמנה והעדים לא ידעו מזה ודאי דאפילו המכשירין השטר לענן להד"ם מודים דבטענת אלו נאמן דהא מודים דנאמן לטעון פרעתי א"כ ודאי דיכול לטעון ג"כ טענות אמנה או כתבתי ללות ולא לויתי במיגו דפרעתי דלא עדיף מכת"י דנאמן לטעון אמנה או כתבתי ללות במיגו דפרעתי ועיקר המחלוקת הוא רק לענין אם נאמן להכחיש עדים אבל שאר טענות המבטלין השטר כ"ע מודים דנאמן לטעון במיגו דפרעתי. ולפ"ז שפיר מקש' הש"ס גבי שטר שנמחל שיעבודו ותיפוק ליה דה"ל מוקדם דהא בשטר שנמחל שעבודו כשטוען להד"מ ע"כ אינו טוען להכחיש העדים דהא מהלוא' שני' העדים לא ידעו כלל רק שטוען האמנתיך והנחתי אצלך השטר ולא לויתי כלל או שטוען נפל ממני או שאר טענות ובטענות אלו אף בשטר מוקדם נאמן וכמש"ל ולפ"ז שפיר מקש' הש"ס ותי' דה"ל מוקדם כיון דבטענות כאלו אף בשטר מוקדם נאמן לכ"ע כנ"ל. ועתה נבוא לבאר דברי הסמ"ע והש"ך דלכאור' ק' על הסמ"ע שכ' דגובה אפי' מבנ"ח קושיית התומים הא ליכא עדים על ההלוא' שנית דהא העדים אינן יודעים כלל ואינם מעידים כלל על הלוא' שנית וכן הוא בירוש' ספ"ק דמציע' להדיא טעם זה וז"ל הירוש' משני שלא חתמו העדים על זה ע"ש ועוד קשה על הש"ך במה שסתר ראיית הסמ"ע מנדרים וכ' וז"ל דבנדרים ליכא הכחש' כלל וכו' והוא תמוה כמו שתמה בתומים דמה בכך דליכא הכחש' דהא ודאי כשהשטר הוא חספא בעלמא אינו מועיל נגד להד"מ לא מהני אף לענין קנין ונרא' לפענ"ד דהנה גם הע"ש שכתב דאפילו נגד בנ"ח מהני לא כתב כן רק בשטר של משעבדי ומטעם כיון דנתבטל השטר לענין משעבדי נתבטל גם כן כנגד בנ"ח כמו עדות שביטל' מקצת' ביטל' כולה דה"נ אמרי' שטר שבטל מקצתו בטל כולו ובטל שם שטר מיניה

משמע דבשטר שאין בו אחריות שלא שייך ביה שנתבטל לענין משעבדי לא נתבטל לענין בנ"ח וא"כ גם על הע"ש קשה הא ליכא עדים על ההלוא' שנית ועכצ"ל דהיינו שטוען המלו' שפרע והחזיר לו השטר וחזר והלו' ממנו על שטר זה שמסרת לי השטר וקניתי במסיר' והלו' טוען שנפל ממנו או שאר טענות וא"כ שוב לא קשה הא ליכא עדים כלל על ההלוא' שנית זה אינו דהא הר"ן בפ' המגרש כתב דאף דקיי"ל עידי מסיר' כרתי מ"מ סגי בעידי חתימ' אף שלא נתן לה בע"מ דה"ל ע"ח בע"מ שהרי הגט יוצא מתחת ידו בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרו לה ונמצא כאילו הן עצמן מעידין על המסיר' וע"ש דכן הוא הטעם בשטרות. ולפ"ז כמו שבהלוא' ראשונ' ג"כ לא ראו לא ההלוא' ולא המסיר' דהא בשטר שאין בו אחריות אין צריכים העדים לראות כלל ההלוא' וכן אפילו בשטר שיש בו אחריות למאן דס"ל עידיו בחתומיו זכין לו ואפ"ה הוי העידי חתימ' ע"מ מטעם שכ' הר"ן כנ"ל א"כ בהלוא' שני' כשמוסרו לידו השטר בע"ח הוי כמוסר בע"מ דכשר רק ממשעבדי אינו גובה מהלקוחות ששמעו הפרעון ועל הלוא' השנית לא יצא הקול וכמו שכתב התו' בב"מ דף י"ג בד"ה היינו טעמא דחיישינן וסברת הע"ש הוא דבשטר שיש בו אחריות כיון דנתבטל לענין משעבדי נתבטל נמי לענין בנ"ח ואין לו דין שטר ויכול לטעון פרעתי אח"כ וממילא נאמן ג"כ בכל הטענות במיגו דפרעתיך אח"כ ואפילו כשטוען האמנתיך והנחתי בידך השטר כשפרעתיך בראשונ' במיגו דפרעתיך אח"כ. ולפ"ז מיישב ג"כ דברי הש"ך במה שסתר ראיית הסמ"ע מנדרים שכתב הש"ך דהאי דנדרים מירי כשמודה לו רק דפליגי אי קנה בהאי שטר' וכו' שלכאור' תמוהין הדברים דהא כשהאי שטרא חספ' בעלמא וחשיב כשטר שאין בו עדים ודאי דלא יכול לקנות בהאי שטר' וכן הקש' התומים ולפמ"ש לק"מ דהא כשמוסר לו השטר בע"ח נחשב כמוסר לו בע"מ וכנ"ל רק דנאמן כשיש לו מיגו דפרעתי לטעון נפל ממני ומקום שאין לו מיגו כגון שהוא תוך זמן או בנאמנות דהעדאת עדים איכא לכל מ"ש בשטר מטעם הנ"ל דע"ח הם במקום ע"מ וכשנתקלקל המיגו האי שטרא שטרא מעליא הוא ודאי דיכול לקנות בו וכמו שקונ' בשטר שהוא רק כתיבת ידו מטעם שכתב התוס' דכת"י כק' עדים דמי ואף דג"כ נאמן לטעון עליה דנפל ממני במיגו דפרעתי מ"מ חשוב שטר לקנות בו א"כ ה"נ בשטר כזה אך בלא"ה קשה לי על הסמ"ע מאי ראיה מייתי מנדרים הא יכול לאוקמ' התם בשטר שאין בו אחריות שמוד' בי' הע"ש וע"כ צריכ' לאוקמי בהכי דאל"כ היאך יכול השליש ליתן השטר הא הוא מוקדם ואפילו מזמן ב' לא מצי לגבות ממשעבדי דהא הוא נמחל שיעבודו וע"כ צריך לאוקמי או בשטר שאין בו אחריות או שכתב עליו האי שטי' לא למיגבי בי' ממשעבדי והדר ה"ל בשטר שאין בו אחריות ומה שהבי' הש"ך

ראי' לדברי הע"ש מחזקת הבתים דל"ב גבי האי ערבא דאמר הדרת יזפת מנאי והוב' בח"מ סי' נ"ז עיקר ראייתו מסי' נ"ז דמיירי שהשטר הוא ביד המלו' גופי' אבל מהש"ס אין ראי' כלל דשם מיירי בשטר שנכתב ע"ש המלו' והוא ביד הערב והערב טוען שהדר לוה ממנו על שטר זה ובשטר זה ודאי דאינו יכול להשתעבד כיון שלא נכתב על שמו וכן כתב התומים רק עיקר הראי' מהא דסי' נ"ז אבל גם מזה נ"ל דלאו ראי' היא דודאי אף למאן דס"ל דמועיל לגבות בו מבנ"ח ומטעם שכתבתי לעיל בשם הר"ן וכשמוסר לו השטר בע"ח ה"ל כאיכ' עדים בשעת מסיר' מ"מ נראה דבעינן קנין ומסיר' מיד ליד דנהי דלא קי"ל כהרא"ש שכ' בנדרים שם דבעינן כתיב' ומסיר' כיון שהשטר נכתב על שמו מ"מ מסיר' מיד ליד ודאי בעי דבלא"ה לא קני' להאי שטרא כלל להשתעבד בו מחדש וגם הוי כליכ' עידי מסיר' ושם י"ל דמיירי שלא הי' מסור מיד ליד ומ"ש עוד הש"ך בשם הרא"ש דבעי כתיב' ומסיר' הוא מטעם שכתב הרא"ש בתשוב' הביאו התומים בסי' נ"ח ע"ש ומ"ש עוד הש"ך בכת"י כשמסר לו בע"מ דאינו חוזר ולוה בו כשפרעו הטעם דהא ג"כ יכול לבוא בהאי שטר פסיד' לענין משעבדי כשיבי' ע"מ הראשונים וה"ל כשטר מוקדם דמה לי כשלו' שנית על שטר שיש עליו ע"ח או שיש עליו ע"מ כשניהם יכול לבוא לידי פסיד' דלקוחות. ולהלכ' נרא' כדעת הסמ"ע כיון שכ' הר"ן דהע"ח הוי ממש כע"מ מה"ת לא יגב' מבנ"ח במו אם הי' ע"מ רק מלקוחות לא מצי גבי כיון דנתבטל הקול הראשון בהפרעון ובעינן עידי מסיר' להוצי' הקול כנ"ל. עוד כתב הש"ך בס"ק ב' בד"ה עוד כתב הסמ"ע וז"ל ומיהו נראה עד ומיירי שהלו' לו בעדים דאל"כ אינ' קודם למלו' ע"פ וכו' תמוה לי הא מכל מקום יכול להבי' ראי' שראו בידו הכתב יד קודם הלואת המאוחר ויטרוף כמבואר בש"ך סי' ע"ט ע"ש וצ"ע והנה הא דמסכים הש"ך באיכ' עידי הלוא' היינו שהוא תוך זמנו או בגוונא דליכ' למיחש לפרעון דאי לאו הכי בלא"ה אינו מוקדם דחיישינן לפרעון:

ב **ומסרו לו בפני עדים**. עש"ך סק"ה דבעינן שימסור בפני עידי חתימ' וכו' ולכאור' תמוה מאוד כמו שתמ' בתומים דממ"נ אם אתה אומר שלא חתמו רק על ההלוא' ראשונ' אם כן מה בכך שהן הן עידי מסיר' עכ"פ חתימתן לא סובל ע"ז וה"ל מזויף מתוכו וע"כ הטעם דבשעת מסיר' הן הן עידי מסיר' מחדש רק דבעינן עידי מסיר' אחרים מחמת שנתבטל הקול דהלקוחות שמעו הפרעון ועל ההלוא' שנית לא יצא הקול וכמש"ל ובעינן עידי מסירה דליפקי לקל' א"כ אפילו עידי מסיר' אחרים כשר. אבל אחר העיון (") דבריו כהוגן דהא מה שמוציאין ממשעבדי ע"י עידי חתימה דהוי כאלו הן מעידים שיצ' הקול על ידם ומש"ה כשהן הן העידי מסיר' גם על ההלוא' שנית כשסומכין אח"כ על העדות של העידי

חתימ' להוציא ממשעבדי הוא אמת דהא על ידם נפיק הקול באמת גם בהלוא' שנית אבל כשהעידי מסיר' הן אחרים ואח"כ כשגובין ממשעבדי ע"י העידי התימ' והעידי מסיר' אינן לפנינו ואנו סומכין על העדות של הע"ח ודנין כאלו הן מעידין שהוציאו הקול והוא שקר דהא הקול הראשון נתבטל בפרעון והקול שיצא בהלוא' השנית אינן יודעין מזה והוי מזוייף מתוכו כנ"ל ברור:

סימן מט

א **ששם הלוה.** עסמ"ע סק"ב עד ואותו הלוה יפטור נפשו בשובר זה ממלו' שלו שלא כדין וכו' והוא תמוה מאוד כמו שתמ' בתומים דנגד חשש זה אפי' אם יהי' מכירו לא מהני דמ"מ אימר חייב ג"כ ליב"ש השני (") ועוד דאם המלו' הי' רוצ' להערים לא הי' צריך לשנות לשם אחר שם הלוה והלוה יתן השובר להלו' שני הא בעצמו הי' יכול ליתן להלו' שבאמת שמו כך השובר לכן נרא' כוונתו דודאי במקום דאיכ' חשש שמא הלו' זה ג"כ חייב ליב"ש השני ודאי העדים לא יכתבו שובר בלא שילוש כמבואר בסי' מ"ט רק כוונתו במקום שהעדים יודעין שאיש זה העומד לפניהם אינו חייב ליב"ש השני כגון ששאלו ליב"ש השני אם איש זה העומד לנגדינו חייב לך ואמר שאינו חייב לו דאז א"צ לשלש וע"ז אמר דמ"מ צריכין להכיר ששמו כך דאל"כ יש חשש שמא באמת זה האיש שראוהו היב"ש השני בט"ע אינו חייב רק ששינ' שמו כדי שיקח השובר ויתננו לאיש אחר שחייב ליב"ש השני:

ב **לצורבא מרבנן מקבלינן** עמ"ש הסמ"ע והש"ך והם דוחקים גדולי' אכן בבה"ת הביאו התומים מפורש בהדיא הטעם דלפני צ"מ כיון דלאו דרכו למידק אינן יראין לשקר בפניו לא הוי מלת' דעביד' לגלויי כל כך מה שאין כן כאן בע"ה הוי מילתא דעבידא לגלוי בוודאי לא הטעוהו ומש"ה א"נ לומר שהטעוהו ע"ש שהאריך והוא הנכון ונראה דמיירי אפי' חתם על השטר שני עדים וא' הוא צ"מ מ"מ יכול לקלקל שטר החתום בשני עדים וא"ל גבי אנוסים היינו ליהמני במגו דאי בעי אמרי לא זהו בשלמא אי צריכין לאמירה דתרווייהו לפסול השטר באמירת לא זהו הוי מגו בתרי דלא אמרינן משא"כ דאם נאמר דאפי' חד נמי מצי לפסול שטרא קשה דלהימן כל אחד במיגו כשהוא צ"מ דזה אינו דמיגו דטעיתי לאו מיגו הוא:

ג **דאפי' כתבו שטר כשר** ולא שייך בשטר לומר עשו שליחותן כל זמן שלא עשו קנין הלשון אינו מדוקדק דמשמע מדבריו דאפי' במקום דשייך לומר בגט עשו שליחותן מ"מ בשטרות לא שייך לומר עשו שליחותן והא ליתא דהא בנאבד השטר מידם קודם הנתינ'

מיירי כמבואר בש"ך ס"ק ח' ע"ש וא"כ בגט בכה"ג שנאבד קודם הנתינה בודאי לא שייך לומר עשו שליחיתן דמי אמר להו כתבו ואנחו בכיסייכי כמבואר בש"ס גיטין פ' התקבל ובש"ע אה"ע סי' קכ"ב וע' בר"ן פרק התקבל שהוא מרא דהאי דינ' דאדרבה מחמיר בשטרות דבגט כשנאבד קודם הנתינה בוודאי לא שייך לומר עשו שליחותן אבל בשטר שיש בו קנין אפי' נאבד קודם הנתינה שייך לומר עשו שליחותן כיון שאין מחוסר נתינה וכו' דמשעת קנין שיעבד נפשו כיון שנעשה השטר ונחתם כהוגן עשו עדים שליחותן ושוב אין כותבין ונותנים שלא אפרו אלא כעין גט שאינו כלום עד שיגיע לידם עכ"ל הר"ן אלמ' דשטר שאין בו קנין שוה ממש לגט דכשנאבד קודם הנתינה לא שייך לומר עשו שליחותן כמו בגט ממש וצריך לדחוק ולפרש דברי הש"ע ג"כ ונראה דהי"א אלו לא פליגי כלל אדיע' קמיית' דהא דיעה קמיית' לא מיירי כלל בנאבד השטר ואפשר דמודו להי"א בנאבד והנה דברי הר"ן אלו קשיין לכאור' דמ"ש כיון דמשעת קנין שיעבד נפשיה כיון שנכתב כהוגן עשו שליחותן הא אדרבה כיון דמשעת קנין שיעבד נפשי' ואין צורך להשטר רק לראי' א"כ במה עשו עדים שליחותן קודם הנתינה ליד המלוה ואם לא אמר רק כתבו ותנו לידי שלא עשאן שלוחין רק על הכתיבה והוא יתן בעצמו ודאי דיכולין לחזור ולכתוב וליתן להלוה דלכתיבה כזו לא בעינן שליחות כלל דבשעת נתינה נגמר עדותן של החתימה כמבואר בסי' ל"ט סעיף י"ג דאי לאו חשש' דמערים היו העדים יכולין לכתוב בלי ציווי המתחייב ועמ"ש שם לכן נראה דהר"ן ס"ל כדעת הרא"ש הוב' בש"ך סי' מ"ג ס"ק ל"ה דס"ל דקנין לא עדיף ממשעבדי קודם שנכתב ע"ש. ולפי"ז אף אם אמר כתבו ותנו או בסתם דהוי כאמר כתבו ותנו דהוי ב' שליחות הן דשליחות הכתיבה מועיל לגבות ממשעבדי ושליחות הנתינה היא לראיה ולזה שכבר כתבו נגמר ענין שליחות הכתיבה ועשו שליחותן בכתיבה משא"כ בלא קנין וכן בגט שאין נגמר שום דבר בהכתיבה קודם הנתינה ולא נעשה שום שליחות עדיין בהכתיבה ולכך יכולים לחזור וליכתוב וליתן:

ד **וי"א דאין שייך בשטרות כלל.** ולפענ"ד דהרב בהג"ה מיירי קודם הנתינ' ולא פליג על הי"א רק בשטר קנין דהר"ן שהוא הי"א הראשון ס"ל דבשטר קנין עשו שליחותן מטעם שכ' לעיל וי"א אלו ס"ל כדעת רוב הפוסקים שהביא הש"ך בסי' מ"ג ס"ק ל"ה דקנין אף שלא נכתב גובה ממשעבדי ואין צורך בכתיבה ונתינה רק שיהי' לראיה ביד המלוה וממילא כתבו ותנו חד שליחות הוא ולא נגמר ענין השליחות כלל קודם הנתינה דקודם הנתינה לא נעשה שום ראיה ביד המלוה ולמד זה מדברי הרשב"א שכ' וז"ל בשטר מכר שיש בו אחריות משום שכשחוזרין וכותבין עכשיו נשתעבדו נכסים בשטר

זה וא"א לומר שכוונתו הוא על גוף השיעבוד דהא מוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי ואין צריך לקנין וע"כ כוונתו על הראיה של השיעבוד שנגמר השליחות בנתינה שטר הראשון וכשנותנין שטר שני הרי הן כחוזרין ועושין שליחותן וממילא מוכח דקודם נתינה השטר ליד הלוקח לא נעשה משום שליחות ויכולין לחזור ולכתוב ולפי זה ה"ה במלוה למאן דס"ל דקנין לבד גובה ממשעבדי יכולין לחזור ולכתוב קודם הנתינה כיון דהכתיבה אינה אלא לראי' ולא נגמר השליחות קודם הנתינה:

ה **אם יתברר הדבר שהוא טעות סופר כשר** עי' בתומים שזה תלוי בפלוגתא שהבי' הש"ך בסקי"א דלמאן דס"ל התם שאפי' עידי השטר בעצמם אומרים שזהו יב"ש דאפ"ה אין לו רק דין מלוה על פה אלמא דאין יכולין לשלש ולעשות שטר אחר אפי' מזמן שני מכ"ש בטעות גמור ונראה דאפי' חד דיעה דס"ל התם שיכולין לשלש ולכתוב אפי' מזמן ראשון מ"מ בטעות גמור שכתבו ראובן במקום שמעון אין יכולין לכתוב אחר בשטר שאין בו קנין רק מזמן ב' דהא האי שטרא חספא בעלמ' ולקנין שיעבוד בעינן שטר ולא מהני מה שהעדים הוציאו הקול כמו שהוכיח התומים בסי' זה מהא דסי' מ"ה סעיף ט"ו דאם מלאוהו בקרובים לשטר פסול אף שהעדים תיכף הוציאו הקול כנ"ל ועי' בסקצה"ח שחולק על הש"ך סק"ו וכתב דבספק פסול דיכולין לכתוב אחר ע"ש ומתשובת הרמב"ן סי' קמ"ה ובג"פ סי' קכ"ב מבואר בהדיא דאפי' בס' גמור הדין כן והטעם דבשלמא בפסול דרבנן עכ"פ הוא פסול ודאי מה שאין כן בספק פסול דהיינו שמסופק בדין הוי כספק מחמת חסרון ידיעה דלא הוי ספק כלל דאם הוא אינו יודע אחר יודע וכן הדין לענין טריפות דבספק כזה לא חשיב ספק:

ו **שלי הוא והחזרתי לך** עי' תומים שכ' דבשטר שנכתב בו לויתי ממך שלא נזכר בו שם המלוה שאינו יכול לטעון כן דבזה ודאי לא הי' מחזיר לידו שלם כיון שיכול למכרו לאחר והאחר יתבענו וכו' ועוד כתב טעמים אחרים שלא הי' מחזירו שלם ולפענ"ד נראה דלא דק דבשטר שלא כתבו בו שם המלוה יכול לטעון בפשיטות לויתי על שטר זה מאחר ששמו ראובן ואותו אחר לא ידע שיש שני יב"ש ופרעתי לו והחזיר לך השטר ועכשיו אתה מוציאו עלי ולפענ"ד נראה כן בפשוט דאם כתוב בו ממך אפי' מוציאו יב"ש השני כמוציאו אחר דהדין דאין אחר יכול להוציא שט"ח:

ז **דבריו סותרים זה את זה.** עש"ך סק"ו מה שתירץ והוא תמוה מאוד דמ"ש שיכול לומר מתחלה לא ידעתי ששטר זה אינו כלום כי הייתי סבור כתנא ברא דאין כותבין ללוה בלא מלוה וכו'. והוא תמוה דמחלוקת שבש"ס הוא בשטר שאין בו קנין אבל שטרי אקנייתא דהיינו שיש בו קנין לכ"ע כותבין בלא מלוה גם מה שכ' דכשטוען ידעתי

מהשטר בזה צ"ל הטעם דהחזרתי לך השטר כשפרעת וכו' תמוה כיון דיכול לטעון לא ידעתי רק שהלוה בעצמו משוי ליה שטר במה שאומר ידעתי נאמן לטעון פרעתי ושכחתי שטרי בידך או אמנה ושאר טענות גרועות במיגו דלא ידעתי כמו בכתב יד בסי' ס"ט ובסי' פ"ב גם מה שכ' דבשטר מכר או מתנה אינו יכול לטעון החזרתי וכו' וכונתי בשטר מכר שכתוב בו סתמא מכרתי הבית שלי ולא כתב בו שום סי' וידוע שלא היה לו רק בית זה שדר בו ותובע שיתן לו ביתו בכח השטר יכול לטעון שהשטר מכר זה שלי והחזרתי לך כשמכרתי לך א"נ דמיירי לענין אחריות כגון שטרפה נגזל ותובע ממנו המעות מצד אחריות דיכול לטעון שממך לקחתי שדה זו ואחריות שלי ג"כ חל עליך כן נראה בכוונתו. ומ"מ תמוה מאוד דכיון שיכול לטעון לא ידעתי מהשטר וכתבו לך העדים שטר שאתה אמרת שאתה המוכר ועכשיו אתה אומר שאתה הלוקח א"כ יכול לטעון כל הטענות הגורעות השטר במיגו כמו בסי' ס"ט א"כ יכול לטעון באמת אני המוכר ואני כתבתי השטר למכור ולא מכרתי ומסרתי לאמנה וכן יכול לטעון החזרתי לך השטר זה כשמכרתי לך בשטר מכירה אחרת דהא אפילו נפל ממני ומצאת או אמנה יכול לטעון במגו כמבואר בסי' ס"ט ובסי' ס"ב מכ"ש שיכול לטעון טענה זו. ולפענ"ד נראה ליישב בפשיטות דהנה ודאי קושיות הש"ך היא קושיא עצומה דלמה נתנו לו כשלימות כשפרע לו דממ"נ אם ידע שאין גובין בשטר זה למה לקחו מתחלה ואם לא ידע וסבר שגובין בו למה החזירו לו ובהדיא אמרי' ביבמות קט"ז כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה וגם דברי הש"מ תמוהין מטעם זה כמו שתמה בתומים דממה נפשך אם העדים לא ידעו וסברו שיכול לגבות בשטר כזה היאך עשו שלא כדין ומסרו שטר כזה בידו אסמך דכותבין שטר ללוה וכי לא ידעו שאח"כ יהיה יכול לומר שהוא הוא המלוה שהשטר בידו ושמו כך ואם ידעו שאין גובין בשטר כזה למה כתבו לו שטר כזה והפסידוהו פשיטי דספרא. ועוד דהא בש"ס אמרו טעם זה שאין גובין משום חשש זה ולפ"ז לא שייך כלל הטעם זה דהא אם נאמר דגובין בו בודאי לא יתנו לו העדים שטר כזה. ולכן נראה דהחשש הוא כך דהעדים יטעו ויסברו דאפי' הן על אחרים אין מוציאין וכמבואר בברייתא בש"ס שם דף קע"ג דאפי' הן על אחרים ג"כ אין מוציאין מחשש נפילה ומסירה ע"ש. וא"ל א"כ למה כתבו לו שטר כזה והפסידוהו פשיטי דספרא כיון שאין גובין בו י"ל דדעתו ללות בשטר זה ע"י עידי מסירה וע"מ ידעו מי היא הלוה אך מ"מ ק' דאם טעו וסברו שאין גובין בו וכתנא דברייי' דאין מוציאין שט"ח על אחרים רק שרצונו להלות עליו ע"י ע"מ וע"כ יהיה צריך להביא העידי מסירה לפני הב"ד שידעו מי הוא הלוה ויכירו השטר בטביעת עין דאל"כ איכא למיחש שמא שטר אחר הוא וכיון

דע"כ יצטרך להביא העידי מסירה לפני הב"ד בשעת גוביינא אכתי קשה למה חתמוהו והפסידוהו לפשיטי דספרא הא אין יכולין לידע מכח חתימתן שום עדות אפי' על חוט השערה עד שיבואו עידי מסירה לפנינו ויגידו בע"פ וכשע"מ יהיה לפנינו אפי' אין עדים חתומים עליו כלל שטר גמור הוא כמבואר בסוף סי' נ"א וע' בגיטין דף כ"ב בתוספות ד"ה אבל בשטרות וא"כ אין בחתימתן שום תועלת לצורך עדות וא"כ קשה היאך אפשר שטעו וסברו שא"י לגבות בשטר כזה רק ע"י ע"מ א"כ למה חתמו והפסידוהו פשיטי דספר' של העדי' מה שאין שום תועלת בחתימתן ולא תיקנו חז"ל ע"ח רק מטעם דשמא ימותו ע"מ וכאן דא"א בלא ע"מ כלל א"צ לחתום והשתא א"ש דכוונת הש"ס כך דפלוגתייהו הוא דמאן דס"ל דמוציאין זה על זה ס"ל דעידי חתימה זכין לו כמבואר שם בש"ס וממילא אין יכולין לומר שטעו העדים וסברו דאין מוציאין אפילו על אחרים וכמו שכתבתי לעיל רק שכתבוהו כדי ללות בו ע"י ע"מ ולא קשה למה חתמוהו כיון שע"כ יצטרך להביא העידי מסירה דז"א די"ל שהי' רוצה ללות בו בתשרי והוא חתם השטר בניסן כדי לזכות בהשיעבוד מניסן דעדיו בחז"ל וכן בשטר שיש בו קנין י"ל שהקנה לו בפני הע"ח וכתבו יום הקנין ולא לוה עד תשרי ומהני ע"ח לזכות בהשיעבוד מיום הקנין הנזכר בהשטר כשיבואו הע"מ שראו שלוה זה מסר שטר זה למלוה זה דזה אין לחוש שמא מוקדם היה שמוסר השטר עכשיו רק שפרע לו והחזיר לו השטר ועכשיו רוצה הוא ללות בו דזה ליכא למיחש דכ"ז שלא הפסיד הפשיטי דספרא אין לחוש שרוצה ללות בשטר מוקדם או בשטר שנמחל שיעבודו להפסיד ללקוחות ממון הרבה כמ"ש התוספות בכ"מ דף י"ג בד"ה היינו טעמא ואפילו בשטר שנטל מחזירין ולא חיישי' חששא זו מכ"ש בשטר שלא נפל וכיון שרואין המסירה אח"כ ויודעין מי הלוה סומכין על זמן שבשטר נידון השיעבוד ושפיר הוצרך לחתימ' העדים משום הכי יכול לטעון שכתבוהו ללוה בלא מלוה מכח טעות הנ"ל ומשום הכי יכול לטעון ג"כ החזרתי לך כשפרעת לי ולא קשה היאך החזירו שלם ולא חש שמא יתבענו בו די"ל שידע שלא יהי' יכול לגבות בו בלא ע"מ שידעו מי הוא הלוה מחמת החשש האמור בש"ס דשמא כתבוהו העדים ללוה לבד והא שהלוה על שטר זה מתחלה הי' ע"מ והא דהחתים עדים כדי שידע התחלת יום השיעבוד או משום הקנין או משום דעדים בחז"ל משא"כ למאן דלא ס"ל עדים בחז"ל ובשטר דלית ביה קנין דאין לחוש שמא בא הלוה לבד להערים לכתוב שטר מטעם שכתבתי לעיל דממ"נ אם יסברו העדים שיכול לגבות בשטר זה לבד בלא ע"מ ממילא אין שום תועל' ועדות בחתימתן ולמה הי' לו לחתום עדים ולהפסיד פשיטי דספרא וכיון שהחתים ע"כ סבר שיכול לגבות בשטר זה בע"ח לבד וא"כ בודאי לא כתבו השטר עד שראו המסירה

להמלוה ולפ"ז גם החשש דשמא החזיר להלוה כשפרע לו אין לחוש דלמה הי' לו להחזיר לו שלם כיון שסבר דיכול לגבות בו כיון שהחתים עדים ולוה על זה מתחלה הי' לו לחוש שמא יתבענו והשתא א"ש הא דלא קאמר הט"ו הטעם האמור בש"ס דבש"ס הוצרך לומר הטעם דכותבין השטר ללות ולא מצי אמר הטעם דהחזיר כשפרע כיון דגם חשש זה תליא בהא דכותבין שטר ללוה ובחשש שכתבוהו ללוה לבד ובלאו חשש האמור בש"ס גם חשש דהחזיר השטר ליכא למיחש לכך אמר בש"ס החשש הראשון ובש"ע שכתב דלא מהני לגבות בשטר זה עד שיבואו עדים ויאמרו שזהו שהעדנו עליו דהיינו שיהי' יודעים דוקא מן הלוה ולא מהני כשאינן יודעין רק שהי' הלוה והמלוה במעמד אחד וא"י מי הלוה לא מהני אף דבזה לא שייך חשש האמור בש"ע כמ"ש הרשב"ם שם וע"ז הוצרך לומר הטעם מחשש דשמא החזיר לו כשפרע לו ולא קשה דלמה החזירו שלם דהי' סובר דא"א לגבות בשטר זה בלא ע"מ שידעו מי הלוה והא דהחתים עדים הוא כדי לידע התחלת זמן השיעבוד למאן דס"ל עדים בחותמיו זכין לו וכן בשטר קנין כדי לידע יום הקנין וממילא בשטר שאין בו קנין דליכא שום חשש גובה ג"כ ממשעבדי וכדמוכח מברייתא שם דקתני כשם שמוציאין על אחרים כן מוציאין זה על זה וכשמוציאין על אחרים גובה ממשעבדי ממילא גם במוציאין זה על זה גובה ממשעבדי ודלא כהתומים ונראה דאף אם הוא תוך זמן יכול לומר החזרתי לך כשפרעת לי אף דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מכל מקום יכול לומר פרעתי בכיון כדי ליקח השטר ממנו ולתבוע אותו ועוד דבשטר שיש בו קנין או למאן דס"ל עדים בחז"ל דכותבין השטר ללוה בלא מלוה ויכול לטעון כתבת בעצמך על זמן המבואר בשטר ואח"כ כשבאת אצלי ללות לא רציתי על זמן זה וקבעתי זמן מוקדם ונתת לי כתב על זה והחזרתי לך כשפרעת לי משא"כ בשאר שטר שביד המלוה שהוא תוך זמנו א"י לטעון טענה כזה דא"י להכחיש שטר שביד המלוה שכתוב בו שהיא תוך זמנו ולומר שהוא אחר זמן ועוד דאף שהיו שניהם במעמד ובודאי מסרו בפני העדים מ"מ יכול לטעון כתבתי ללות אצלי ומסרתיו ביד ללות בו והאמנתי ואח"כ לא לויתי והחזרתי לך ובמקום שיש לו מיגו נאמן לטעון טענת פירעון אפי' בתוך זמן והנ' אם אין טוען טענה זו רק טוען אמת כי אני הלוה ופרעתי לך והנחתי השטר בידך ג"כ נאמן במיגו ודמי למוד' בשטר שכתבו דנאמן על כל הטענות במיגו ולענין הלכ' בגוף הדין כיון שהש"ך והט"ז מסכימים כהמחבר כן יש להורות:

ח **וזהו שהעדנו עליו בהלוא'** עש"ך סקי"א שי"א אפי' בעידי השטר עצמם אינו אלא מלו' על פה ע"ש והוא מטעם דבעינן בשטרות ג"כ שיהי' מוכח מתוך השטר ואם אינו מוכח מתוך השטר אין לו דין שטר ובתומים הקשה דממה נפשך אי מיירי בשטר קנין

א"כ דל שטר מהכא הא בעידי קנין ג"כ גבי ממשעבדי ואי ליכא הא קי"ל דבעינן שיראו המסיר' וקי"ל כר"א דס"ל ע"מ כרתי בשטרות וא"כ הן הן עירי מסיר' ולר"א בשיש ע"מ לא בעינן כלל מוכח מתוכו עכ"ל. ולפע"ד לק"מ דמיירי בשטר שאין בו קנין ומ"מ מותרין הן לכתוב ללו' בלא מלו' אף דאין רואין המסיר' דדוקא במקום שיכול לגבות בשטר לחוד וא"צ שיבאר העדים לפנינו אסור להם לכתוב השטר ללו' בלא מלו' דשמא לא ילו' עד תשרי והוא יבוא לפני ב"ד ויגבה מזמן הכתוב בניסן עד סמך חזק' דביום שנכתב נמסר משא"כ במקום דא"א לגבות בשטר זה עד שיבואו העדים ויאמרו זה השטר שהעדנו עליו מותרין הן לכותבו ללו' בלא מלו' דכשיביאו ויעידו ג"כ שנכתב ללו' בלא מלו' ויצטרך להביא עדים אימת מטי השטר לידו דבב"מ דף י"ז אמרי' דבנפל מחזירין הב"ד השטר מטעם דאיכא קלא וכיון דאפי' במקום דאיכא למיחש שלא הגיע לידו ביום הכתיב' לא חיישינן לשמא לא הגיעו לידו עד תשרי מטעם דהלקוחות יאמרו לו אייתי ראי' כמבואר בב"מ ט"ז ע"ש מכ"ש הכא דע"כ צריכין שיבאר העדים לפנינו ואז כשיתוודע שכתבו השטר ללו' בלא מלו' לא יהי' יכול לגבות ממשעבדי כי אם כשיש עדים שראו השטר בידו ביום שכתוב בשטר ממש או מיום שראו השטר כיון דליכא גזיר' שמא יבוא לגבות מזמן ראשון מכ"ש שמותרין העדים לכתוב אף שאין רואין המסיר' ומיירי שלא ראו המסיר' ולכך בעינן שיהי' מוכח מתוכו כיון דליכא עידי מסיר' רק ע"ח עוד מקשה כתומים להך דיעה דס"ל דבעינן מוכח מתוכו גם בשטרות אמאי הן מוציאין על אחרי' הא לא מוכח מתוך השטר מי הוא המלו' ובגיטין כ"ד אמר הא גדולה מצי מגרש לה וכו' מוכח משם דבעינן מוכח מתוכן אפי' גדול' שגיט' ביד' אינה מגורשת ובש"ס שם מדמה לזה שני יב"ש שמוציאין שטר על אחרים ע"ש ולא ידעתי מה הוא שח דאדרבא משם מוכח להיפוך דבש"ס לא מדמה התם גט לשטר רק דענין חשש נפיל' וכמו שפירש רש"י שם והתוספות ביבמות דף קט"ז ע"ש וא"כ במסקנא דאמר התם בגיטין בעידי מסיר' ור"א הוא וע"כ הפירוש הוא לעולם דב' יב"ש אין מוציאין על אחרים דחיישינן דנפילה רק דמיירי בע"פ ולזה שפיר כתבו התוספות דלר"מ פסול דלא הוי מוכח מתוכו כיון דהשתא קיימינן בסברא דחיישינן לנפיל' ואין ראי' במה שהגט ביד' שהוא שלה רק משום שהעידי מסיר' העידו כן בע"פ ולא הוי מוכח מתוכו אבל לפי מה דקי"ל דלא חיישינן לנפילה וכשהגט ביד' ראי' שהוא שלה ושהיא היא המתגרשת וא"צ לעדים שיעידו בפה הוי מוכח מתוכו אפי' לר"מ ואדרבה משם מוכח להיפוך דקא משמע התם דאין מוציאין שט"ח על אחרים דהיינו דלא חיישינן לנפיל' א"ש אפילו לר"מ ובע"ח אף דלר"מ בעינן מוכח מתוכו והא דבעינן שמה כלל אף דבשטרות כשר כשכתוב בו לויתי

ממך א"כ בגט נמי ליתכשר בשכתוב בו הרי את מגורשת דזה אינו דהא מטעם שכתב הר"ן בפ"ק דקידושין דבגט כתב רחמנא ספר ואמר בש"ס דלספירת דברים הוא דאתי ובלא שמה אין זה ספירת דברים ועיין בספרי תורת גיטין ומה שחילק בין גט לשטר אינו נראה דעיקר הטעם כשאינו מוכח מתוכו אין הע"ח חשיב עדות כיון שא"י הדבר מתוך החתימה ובשניהם עיקר הדבר נגמר בשעת מסירה בין בגט בין בשטר מנין לנו לחלק בין גט לשטר:

ט **יש לו דין מלוה ע"פ** משמע דכשעידי השטר עצמן מעידים ה"ל מלוה בשטר ובתומים תמה ע"ז כיון דמיירי בלא קנין היאך יכולין לכתוב שטר אחר מזמן ראשון הא ה"ל מוקדם וכמו בהרחיק ב' שיטין בסימן מ"ה דאם תקנו וליומא אוחרא דפסול מה"ט אף דהעדים הוציאו הקול כיון דליכא שטר ולא היה יכול לקנות השיעבוד בהאי שטרא וה"נ דכוותיה ואם הועילו עידי השטר מה"ת לא יועיל עדים אחרים ובספר קצה"ח הקשה ג"כ דהא עכשיו הלוה מוחה מלכתוב השטר. ולפענ"ד נראה דלק"מ דדוקא בהך דסי' פ"ה דפסלוהו חז"ל מטעם כיון שאפשר לבוא לידי ריעותא ושטר שפסלוהו חז"ל לא מהני לקנות בו את השיעבוד נכסים משא"כ הכא דלא יכיל לבוא לידי ריעותא רק שאינו מוכח מתוכו ובודאי למאן דס"ל דלא בעינן מוכח מתוך השטר וכן ס"ל להמ"מ האי שטרא שטר מעליא הוא לענין שיהי' יכול לקנות בו השיעבוד דהא אפי' שטר שנכתב על דבר שיכול להזדייף מדינא מועיל בשע"ה באין ומעידים שאין בו זיוף אף שאינו מוכח מתוך השטר דהא בשכתוב בו ראובן יכולין לומר שכתוב בו שמעון ומחק וכתב ראובן ומ"מ מועיל מדינא כשע"ח באין ומעידים בפה שלא זייף דהא אפילו בגט מבואר באה"ע סי' קכ"ד סעיף ב' בח"מ סק"ב ובב"ש סק"ג דאם כתב על דבר שיכול להזדייף דכשר בע"ח דאם ע"ח באים ומעידין שלא זייף ג"כ כשר מדינא רק שקצת פוסלים אותו משום גזירה שמא יבואו להכשיר בעדים המכירים החתימ' והטעם דכשר מדינא כתבתי בחידושי לאה"ע דהוא מטעם דהא כתב הר"ן בפרק המגרש דע"ח ג"כ מטעם ע"מ הן כותבין עין שם וכיון דכשר כשע"מ באין לפנינו ה"נ כשר בע"ח באין לפנינו דהא הם ג"כ כע"מ חשובין ובחדושי לאה"ע שם הארכתי כזה רק מטעם גזירה פסול כנ"ל וכאן לא שייך גזירה זו דודאי לא יכשיר כאן בעדים המכירין החתימה דהא לא ידעו לאיזה יב"ש ותבעו וא"ל שיבא להכשיר לגבות ממשעבדי בעדים אחרים שיעידו שזהו היב"ש דלא דמי הגזירות להדדי דשם בדבר שיכול להזדייף אם יכשירו בעדים המכירים החתימה אפשר שהוא זייף והוא שקר גמור משא"כ כאן אף שאין שטר זה ראוי לגבות בו ממשעבדי מ"מ אין הדבר כשקר גמור וכעין שמחלק הסמ"ע בסי' מ"ו סק"ק ע"ש ועוד

דשם גזירה השכיח הוא דבכל שטר מכשירים בעדים המכירין החתימה ויבא להכשיר גם בזה משא"כ כאן דלא שכיח הוא למיגזר דלמא עוד פעם שני ילוה יב"ש ולא ישלשו השמות ויסמכו על עדים שידעו איזה יב"ש ובמידי דלא שכיח לא גזרו וכיון דשטר כשר הוא לקנות בו השיעבוד רק שאין ניכר מתוכו הראי' ודאי דיכולים העדים לחזור ולכתוב מזמן ראשון ולשלש כיון שלא עשו שליחותן לענין הראי' והשיעבוד כבר נקנה באותו יום משא"כ עדים אחרים ודאי לא מהני דהא אפי' בקנין שבודאי נקנה השיעבוד מיום הקני' אפ"ה לא מהני עדים אחרים שראו הקני' לעשותו מלוה בשטר כמבואר בסי' ל"ט סעיף ה' דדוקא נגד עידי הקני' עצמם א"י לטעון פרעתי כיון שעידי הקנין יכולים לכתיב שטר צריך להודיע לעדים בשעת פרעון כדי שלא יכתבו שטר משא"כ בעדים אחרים יש לומר שפרע והודיע לעדים או שהעדים כבר כתבו שטר ולקחו כשפרע וא"כ הוא הדין ממש כמו התם דנגד העדים כיון שיכולין לכתוב שטר אחר אינו נאמן לומר שפרע והניח השטר כיון שאינו יכול לגבות בו דז"א דהא העדים יכולין לכתוב לו שטר אחר כמו בעידי קנין אבל נגד אחרים שראו מסירת השטר ודאי דנאמן לומר פרעתי והודעתי לעדים ומכ"ש לפי מ"ש הסמ"ע בסי' ל"ט סק"ב דאפי' בעידי קנין דכשאין העדים לפנינו חיישינן שמא שכחו העדים הקנין א"כ ה"נ י"ל כך:

י **אחד מהן קטן ואף דקטן שלוה מאחרים חייב לשלם** כמבואר בסי' רל"ה מ"מ אין יכולין לעשות שטר על קטן דבשטר בעינן שליחות להעדים ואין שליחות לקטן מסתמא אמרי' דחזקה על העדים שאין חותמים אלא בגדול משמע אפי' שט"ח מלוה וה"ה אם יב"ש הלוה ליוסף בן שמעון וא' מהם קטן דע"כ הגדול הוא הלוה דעל לוה קטן אין כותבים שטר וכ"כ התומים:

יא **יכתבו שום סי' כגון אם הוא כהן** ועיין תומים שהביא בשם פסקי מהרי"ל סי' ו' דאם כתב סתם והשני כהן אמרי' ודאי דישראל הוא דאמרי' מסתמא העדים ידעי שיש ב' יב"ש כיון שהוחזק כדמוכח מהתוס' כתובות כ"ד ואילו היה כהן הלוה בודאי היה כותבין כהן וכיון שכתבו סתם ע"כ הישראל הוא הלוה:

יב **ויש אומרים דאין כותבין שם העיר בשטר** עש"ך סקי"ג שזה הוא מדברי הרמב"ן שמביא ב"י ועיין תומים שתמה דהנה בדברי הרמב"ן בב"ב בפרק ג"פ קס"ד שהקשה בשטרי הלואות דלא כתבינן שם עירו ניחוש שמא יכתוב שטר בשמו יב"ש ויש בעיר אחר אדם אחד ששמו כך ונותן למלוה שבשטר ועושין קנוני' ע"ז ותירץ שאין חוששין לקנוני' בזה ע"ש מוכח מדבריו שאפי' טוען לא אנא הוא אינו מועיל וצריך לשלם דאל"כ מאי קנוני' שייך הא הלוה יטעון לאו אנא הוא ותמה על זה דא"כ לא שבקת חיי' לכל

עשיר דאחד ילך לארץ הודו ויקח שטר מיב"ש עני וילך לארץ צרפת ויתבע מעשיר גדול ויב"ש טובא איכא בעולם ולפענ"ד נראה דודאי כשהלוה הוא מחברון ולוה ממלוה שהוא בירושלים בודאי דצריך לכתוב שם עירו דהלוה דודאי יש להם להעדים להעלות על הלב מי יודע לאיזה לוה יתבע דמה"ת יתבע דוקא מלוה שבחברון הא כמה עיירות שיש בה טובא יב"ש ומה"ת יתבע מהלוה שבחברון דוקא וזה לא יאמר אדם רק אם המלוה שבירושלים מלוה ליב"ש הלוה שהוא גם כן מירושלים בזה ס"ל להרמ"א דא"צ לכתוב שם העיר דבלא"ה נדע שהוא מעיר זה מכח חזקה כאן נמצא כאן היה כמ"ש התורת חיים בס"פ ג"פ וכמ"ש הנ"י גבי יצחק ר"ג דאזיל מקרטונא לאספמי' דאין חוששין לאחר מטעם כאן נמצא כאן היה ומכ"ש בכאן דאיכא חזקה על העדים שעשו כהוגן ובשלמא אם הלוה הוא מעיר זה וכיון שלא הוחזקו בעיר זה שני יב"ש שפיר כתבו בלא סי' משא"כ על לוה מעיר אחרת לא היה להם לכתוב בלא סימן העיר כיון שהוחזקו בעולם טובא יב"ש וכמו שכתב בפסקי מהרא"י בכתבים סי' ו' דאם כתב סתם ואחד כהן דאמרינן מסתמא הישראל הוא דאם היה כהן היו העדים כותבין לסימן מכ"ש כאן דאמרינן אילו חיה מעיר אחרת אלפי אלפים יב"ש איכא בעולם ובודאי אילו היה כן היו העדים כותבים מאיזה עיר הוא הלוה אלא ודאי הוא מעיר הזאת ולא כתבו שם העיר שסמכו על החזקה וקושיית הרמב"ן הוא כך וניחוש לשני אנשים מירושלם שוים כשם אנשים שבחברון ילכו לעדים שיכתבו שטר על שמם ואי לא יכתבו העדים שם העיר כיון ששניהם מירושלים וימסרו לאיש אחד בחברון שיתבע לאיש אחד ששמו כשם אותו שבירושלים ואז אמרינן כיון שהמלוה מחברון ודאי בחברון נעשה ההלואה ללוה זה שבחברון ולהכי לא כתבו שם העיר כיון ששניהם מכאן וע"ז תי' דלקנוניא כי האי דהיינו דהמלוים לא חיישינן ודעה קמייתא סבירא ליה דחיישינן לקנוניא ומש"ה צריך לכתוב שם העיר אפילו כששניהם מעיר אחת ומש"ה כתב הב"י דלדיעה זו אף דאם לא נכתב שם העיר והלוה אין טוען לאו אנא הוא השטר כשר מ"ה אי טען כן טענתו טענה והיינו לשיטתו דסבירא ליה דצריך לכתוב שם העיר ומש"ה כשלא כתב איכא ריעותא ואיתרע שטרא ומש"ה טענתו טענה ונראה דאף שהב"י כתב דאי לא טען כן השטר כשר דהיינו דוקא לגבות מיניה דידיה אבל מיתומים ולקוחות כיון דהוא מצי טעין אנן טענינן ליה גם כן דהא טענינן ליתמי ולקוחות כל מה דהוא מצי טעין ולדעה אחרונה ודאי לא מצי טעין כן דאלו היה מצי טען כן לא היה שום שטר כשר לגבות מיתומים ולקוחות דהוי טענינן ליה דיב"ש מעיר אחרת הוא:

יג **וכתבו שם העיר של אחד מהם** לא גרע מסי' נראה דלא מיירי שתחל' נכתב על הלוה של מקום זה וכתבו שם עירו דבזה כבר כתבתי לעיל דאין צריך שום סי' דבלא"ה אינו יכול לטעון לאו אנא הוא דאלת"ה בודאי היה צריכין לכתוב שם העיר שלא יהיה יכול לטעון כן הלוה וכן נגד יתמי ולקוחות דאנן טענינן לי' רק דמיירי שכתבו על הלוה דהוא ממקום אחר וכמש"ל דלא נימא דאף דנכתב על הלוה ממ"א אפשר שהי' על הלוה של מקום שנכתב וכיון דלא הי' צריכין לכתוב שם העיר כשהלו' במקום זה לכן לא דקדקו העדים בשם העיר כמ"ש התוספות בגיטין פרק הזורק גבי שינה מקום הלידה קמ"ל דלא אמרינן כן בשטר:

יד **אני יב"ש שלי"ט**. ובתומים הקשה דהא בגט כתוב בלשון בעל אנא פב"פ הכהן ואפ"ה הוי סימן וכו' עיין שם ולפענ"ד לק"מ דבגט כשהוחזקו שני יב"ש אין מגרשין אלא זה בפני זה ובחידושי לאה"ע הארכתי בטעם דבעינן תרווייהו ואז ודאי הוי סי' מעליא דהשני לא הי' מניחו לכתוב כך כשהוא רואה שכותבין הסי' שלו:

טו **אם אין השטר יוצא מת"י**. היינו שנאבד ומש"ה אף דהלו' יודע שחייב לאחד מהן וא"י למי פטור דלא דמי להא דסי' ע"ו וסי' ש' דחייב לשלם לכל אחד דשאני הכא דיכול לומר אנא אשטר' סמכתי וכ"כ התומים:

טז **אם יכתבו הרשאה**. מלשון המחבר שסיים הרי מודה שלא פרע אלא לאחד משמע שהלוה טוען שפרע וא"י למי ולא הוי כא"י אם פרעתיך נגד כל אחד כיון שמ"מ טוען ברי שאין חייב לשניהם כמ"ש הנ"י בפ' המפקיד גבי שנים שהפקידו זה מנה וזה מאתים בכרך א' ע"ש אך קשה דמ"מ יהיה חייב לשלם לכל א' כמו בסימן ע"ו ובסי' ש' דמה לי אם אמר לויתי וא"י למי או פרעתי וא"י למי ולקמן בס"ק הסמוך יבואר:

יז **מהם**. משמע אפילו כל א' טוען ברי שלי הוא מ"מ מהני כשכותבים הרשאה זה לזה. ולכאורה קשה דבב"ב דף ל"ה בתוס' אין מוציאין כתבו וז"ל ואפילו כתבו הרשאה זה לזה הואיל ורשעים הן אין נזקקין להן עכ"ל וא"כ ה"נ כיון שכל א' טוען שלי הוא השט"ח דמי ממש לזה אומר של אבותי דלא מהני הרשא' דהא משם מוכח היכא דשניהם טוענים ברי דא' מהן ודאי רשע לא מהני הרשאה וגם לא מצינו בש"ס כתיבת ההרשא' רק בב' טוענים שמא כגון בבכורות במת אחד מהם ואף דבב"ב שם פליג ר"א מ"מ מנין לנו דפליג אסבר' זו לכן נראה דדוקא שם דמיירי שגזל הא' דקאמר התם גזלן דרבים ובזה שפיר דלא מהני הרשא' דמדינא דש"ס אין כותבין הרשא' אמטלטלין כדפרי' מטעם שגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדישו כמבואר בב"ק ע' רק מתקנת חכמים מועיל הרשאה אפילו בדבר שא"י להקנותו כמבואר לקמן סי' קכ"ג בש"ך סק"א

ע"ש וכיון דרשעים הם י"ל דלא תיקנו להם חכמי' הרשא' אבל הכא שהלו' אינו רוצה לגזול לעצמו רק שא"י למי יחזיר דמי לאומר לשנים א' מכם הפקיד לי דודאי שניהם יכולים להקדישו דדוקא גזילה שהגזלן קנאו לענין שינוי ושאר דברים יצא מרשות הנגזל תדע דהא הגזלן צריך לעשות קניה בגזיל' כגון הגבהה או משיכ' או חצר אבל פקדון לא יצא מרשותו ואפי' באביד' כתב הרמב"ן בפ"ב דב"מ דהוי ברשותו ע"ש וא"כ כאן דהלוה אינו רוצ' לגזול והשט"ח הוא ביד אחר דלא קנאו השני שרוצ' לגוזלו וגם אפי' הי' ביד השני הא אפי' בגזיל' יכול הנגזל להקנות הגזיל' לגזלן כמבואר בב"ש באה"ע כיון דמדינא יכול להקנות השט"ח להאחר ולא צריך תקנת חכמים מהני הרשא' כנ"ל:

יח **אבל אם משולשים בשטר.** עש"ך סקי"ז שהסכים עם הטור דהדין עם בעל השובר. ולפעד"נ דהדין עם המחבר דאי נימא דאפי' במשולשין מהני שובר קשה דהא ודאי אם לוה א' ילוה מהרב' אנשים או שיהי' הרבה לוים מהרב' מלוים ויבאו עדים ויאמרו שמלוה א' יש לו שטר פרוע וא"י איזה הוא בודאי שכל א' נשבע ונוטל שאין זה בגדר עדות כלל ודוקא כשמעידין שמלוה זה יש לו שטר פרוע על לוה זה כל שטרותיו בחזקת פרוע כמבואר בסי' נ"ד סעיף ג' בהג"ה משמע דוקא בכה"ג שיודעי' מי המלו' ומעידי' עליו ועוד דדמי קצת להא דסי' ל"א סעיף ב' בב' מלוין ולוה א' דכ"א נשבע ונוטל אף שבאו בבת אחת דבכה"ג במלוה ולוה א' שטר א' פסול מ"מ בשני מלוין כ"א גובה שטרו אף דא' ודאי פסול וה"נ יש לכל א' חזקת שטר וא"כ ה"נ אמאי שטרות שניהם פרוע ובפרט כשהן משולשים בשטר דדמי ממש לשני מלוים שאין שמותיהם שוים ועוד קשה הקושיא שהבאתי בס"ק הסמוך עכצ"ל הטעם בשטרות שניהם פרועים דמיירי באינם משולשין וכיצד יעשו ישלשו דנקט המשנה הכונה דישלשו בשטר לבד ולא יועיל שום שובר שאינו משולש כנגדו כדעת הרמ"א והמחבר ומתקנת חכמים הוא כמ"ש התומי' וטעם התקנ' נ"ל הא דמהני שובר שאינו משולש נגד שטר שאינו משולש אף דא"י מי המלו' דאי לא יועיל שובר שאינו משולש א"כ יאבד שטרו של זה יאכל הלוה וחדי דהא אי אפשר לכתוב שובר דשובר שאינו משולש לא יועיל ושובר משולש אם יכתוב יב"ש בן יעקב ליחוש שימסור השטר לשני ששמו יב"ש בן נפתלי כיון שהשטר אינו משולש והוא תח"י ונחזיק אותו בשלו ולא יועיל השובר נגדו ולהכי תיקנו שיועיל שובר שאינו משולש נגד שטר שאינו משורש ולא חשו לפסיד' דהאחר דאיהו דאפסיד אנפשי' דהי' לו לשמוע לעצת חז"ל ולשלש שטרו ואז לא הי' מועיל שובר שאינו משולש נגדו ולפ"ז ל"ק נמי מה שהקשיתי בסקט"ז מהא דסי' ע"ו וסי' ש' דחייב לשלם לכל א' דז"א התם ג"כ אינו חייב לשלם רק במקום דהמלוה לא פשע ולא הי' לו לחוש כלל כגון שהפקידו בב'

כריכות אבל בהפקידו זה בפני זה לדעת רש"י ותוס' כמבואר בסמ"ע סי' ש' פטור הנפקד וא"כ ה"נ כיון שהמלו' לא שילש בשטר ויודע שהלוה כשיפרע יהי' מוכרח ליקח שובר שאינו משולש כנ"ל ויהי' שטרו ג"כ איתרע ופשע המלוה ג"כ שלא שילש בשטרו מש"ה פטור הלוה משא"כ אם נאמר דשובר שאינו משולש מועיל ג"כ נגד שטר משולש המלו' לא פשע ולא מידי רק הלוה מה"ת לא יתחייב הלוה לשלם אלא ודאי כדעת המחבר כנ"ל ברור וכן נ"ל עיקר:

יט **שובר מקוים** עמ"ש בסי' ס"ה:

כ **כיון שאין לחברך בנ"ח** בתומים הקשה הא בלא"ה יכול לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרינ' שטרי למרי'. ולפענ"ד לק"מ דהא כשמחזיר השטר לא חזר' מכירתו והוי כחוזר ומכרו לו א"כ י"ל דמיירי שגם יב"ש השני אין לו בנ"ח אחרים רק שדה זו שקנה מיב"ש הב' ואם יחזיר השדה דהוי כחוזר ומוכר יבא על השני מכח ממ"נ ומכ"ש לפמש"ל באורים סק"ל דאפי' אית לי' נכסי דמי לאשתדף נכסי בנ"ח כיון שא"י לגבות ממנו אך דינו אינו נוחה לי דשאני הכא דפשע שלא שילש בשטר והוי כשטר שכתוב בו ניסן סתמא דיכול לומר הנחתי לך מקום לגבות בסי' מ"ג סעיף כ"ג ושאני התם בבכורות דמיירי אפי' באית ליה נכסי דהתם לא פשע ולא מידי:

כא **וכיון שא"י לתבוע מהלו'**. עש"ך סקי"ט וסק"כ שה"ה יב"ש שירש שדה מיב"ש וכן ביב"ש שערב בעד יב"ש שאינו יכול לגבות ממנו מטעם זה וע"ש וכל הרואה ישתומם כמו שתמה בתומים דדל שטרא מהכא הא מבואר בסי' קכ"ט ס"ב בהג"ה דאם הלוה כופר והערב מודה דחייב הערב לשלם וכיון דאו' שהוא לא לוה ע"כ מודה שחבירו לוה רק שכופר וממילא חייב הוא לשלם וכן ביב"ש שירש שדה מיב"ש ק' כיון דהיורש מודה שאביו הי' חייב לשלם בשלמא ביביש שקנה שדה מיב"ש שנקט המחבר הטעם דאף שמודה לא הוי רק כעדים אחרים מעידין כן דהוי כמלוה על פה כמבואר לעיל סעיף ז' משא"כ בגוונא שכ' הש"ך כגון בירש או ביב"ש שערב תמוה ולזה כ' דליתא לדינא של הש"ך ותמוה לי על מה שהסכים עם המחבר במ"ש המחבר שהערב לשני יב"ש בין בב' מלוין בין מלוה א' דשטור הערב דהא הערב מודה שהלוה כופר ודמי להאי דסימן קכ"ט הנ"ל ומ"ש בס' קצה"ח דבמחבר מיירי דא"י למי הלוה א"י מה הוא שח דכיון ששניהם כופרין ע"כ הוא מחויב לשלם ממ"נ דבודאי אם הי' הערב מודה שהי' הערב בעד א' משני אלו שאין שמם שוה כלל בעד מנה רק שאין זוכר אם בעד ראובן או בעד שמעון ועכשיו ראובן ושמעון כופרין ודאי דחייב לשלם כיון דמודה דעכ"פ חייב ממון להמלוה וגם מדברי המחבר משמע שלוו שניהם משני מלוין או ממלוה אחד ואפ"ה

פטור גם מ"ש בתומים לתרץ הא דיב"ש שקנה הוא מטעם דהודאתו הוא כעדים אחרים דאינו רק מלוה ע"פ תמוה לי דהא איכא בהאי שטרא שיעבוד נכסי דהא אם יבואו עדי השטר ויאמרו זהו שהעדנו גובה ממשעבדי והא דלא מהני אחרים הוא מטעם שכתבתי בסק"ט ע"ש וא"כ כשהלוקח בעצמו מודה דמי לעידי השטר דהא ע"כ מקנה בזה השטר שיעבוד נכסי ועוד דהא בבכורות מ"ח לא אמר הש"ס כלל הטעם שכ' התומים רק מטעם אחר דהוא הטעם שכ' המחבר משום שאינו יכול לתבוע מהלוה ועוד דבש"ס מדמה לזה מתניתין דילד, שני זכרים ושם מלוה הכתובה בתורה הוא ולא שייך הטעם שכ, התומים ואם יש לחלק ביניהם למה מדמה אותם הש"ס להדדי כיון שהשטר של כל אחד הוא מטעם אחר גם מ"ש בסקצה"ח ליישב דמיירי בשטר חיוב וכיון דאינו מוכח מתוכו לא נתחייב כלל דהא מבואר בסעיף ז, דהמחבר ס"ל דלא בעינן מוכח מתוכו בשטרות רק הש"ך הביא דיעה זו גם מלשון המחבר משמע דמיירי במלוה ולוה ולפעד"נ דלק"מ דהכא מיירי דאינו יכול לבא עליו רק מכח השטר שא"י כלל אם לוה לחבירו רק מכח השטר איכא ראיה שלוח לחבירו כיון שהוא לא לוה ועדים ע"כ לא משקרי ובודאי חבירו לוה ובהא הדין עם המחבר דהא ודאי אם עדים יעידו שא' משני היב"ש לוה מעות מאחד בניסן וא"י איזהו ואח"כ באו שני עדים אחרים והעידו שא' מהן לא זזה ידו מיב"ש השני וממילא ע"כ היב"ש השני לוה ודאי דלא מצרפינן העדים לחייב היב"ש השני דהוי כמעידין על חצי דבר דלא הוי עדות כמבואר בסי, ל, סעיף י"ב ע"ש ובסמ"ע שם וכיון דעדים אחרים דכשמעידין שהשני לא לוה לא מהני לחייב את יב"ש השני מטעם דעדים הראשונים הוי כמעידין על חצי דבר א"כ ה"נ כשהיב"ש השני מעיד שהוא לא לוה ממילא היב"ש השני לוה ג"כ לא מצרפין הודאתו להעדאת העדים הראשונים כיון שהעדות של העדים הראשונים חצי דבר הוא ורחמנא פסל, לעדות כזה וא"ל דמ"מ על הערבות הוי דבר שלם כיון שמעידין שאחד לוה ואחד נתערב והוי כמעידין שיב"ש ודאי חייב לשלם וכן ביב"ש שקנה או ירש הרי מעידין שאלו הנכסים ממ"נ הם חייבים והוי דבר שלם זה ליתא דקי"ל דלא יתבע הערב תחלה וכיון דאין עדותן מועיל לחייב גופו של לוה אינו יכול לחייב גם הערב או הנכסים ע"ש עדותן כיון שעדותן שעל גופו של לוה אין בו ממש ולא דמי להא דאם הערב בעצמו מודה שיודע שהלוה לוה שחייב דהודאות בע"ד נגד דבר שמחייב לעצמו הוי כמאה עדים והוי כאלו יש עדים שהלוה לוה שהערב חייב משא"כ כשהערב אינו יודע רק שבאנו לחייב את הערב מכח העדים וכיון שהב"ד א"י לחייב גופו של לוה ע"ש אלו העדים גם הערב או הנכסים א"י לחייב מכח עדות אלו העדים דהא בילד' שני זכרים בבכורות מ"ח הב"ד מעידין שאלו הנכסים

מחוייבים ומכ"מ אין גובין כיון דאינו יכול לחייב את הגוף ע"פ ידיעתן וה"נ בעדות אלו העדים וכן בערב לשני יב"ש כיון שאין השטר והעדים ראי' נגד גופו של לוה הוי עדות העדים כמאן דליתא כלל אף נגד שיעבוד נכסי וגם בשטר כזה שאינו יכול לתבוע את הגוף לא נקנה כלל השיעבוד נכסי ומכ"ש ביב"ש שירש שדה מיב"ש או יב"ש שערב בשביל יב"ש יבא לגבות שלא בשנינו רק מכח השטר ודאי דפטור שיש לומר שפרעו כבר ומה שהניח הלוה השטר בידו אין ראיה כיון דהדין דאין מוציאין שטר על שני יב"ש ומכ"ש למאן דס"ל דבשטר שאין גובין בו ממשעבדי יכול לטעון פרעתי וכיון דלא הוי רק מלוה ע"ש אין גובה מיורשים. אמנם זה אינו רק למאן דס"ל דשייך חצי דבר אף אם הוא חצי דבר בשעת הגדה וכדמוכח מדבריהם ממה שהקשו בגיטין ס"ד גבי עידי אמירה ועירי קבלה ותירצו בתירוצים אחרים שלא כתי' התוס' שם ע"ש בדבריהם וכן מוכח מדבריהם בכמה דוכתי דכל שאין תועלת בעדותן וצריכין לעדותן כצירוף עדות אחרים התורה פסלה עדות כזה ודוקא בעידי נגיחה לעשות השור למועד דיש תועלת בעדותן לענין חצי נזק לא מיקרי חצי דבר וכן בעידי חזקה שיש תועלת בעדותן לפירות אבל בכ"מ שצריכין שני כיתי עדים ואין שום תועלת בשעת הגדה בבת אחת מיקרי חצי דבר ולא דמי להא דסעיף ז' דאם אחד הי' קטן שהשני חייב דקטן אינו בגדר עדות שידוע לכל העולם שהשני קטן ובדבר הידוע לכל העולם לא מיקרי עדות האחרונים חצי דבר דהוי כידוע לכל שאין בעיר הזאת רק יב"ש אחד אבל בדבר שצריך שני כיתי עדים הוי חצי דבר אמנם כבר הארכתי בחידושי לאה"ע דהעיקר כהתוס' בגיטין ס"ד דחצי דבר לא הוי רק כשהוא בשעת ראיה חצי דבר שתירצו שם דלמ"ד השליש נאמן לא הוי חצי דבר כיון דעידי אמירה א"צ לעידי קבלה וכו' אף דבשעת הגדה הגט קרוע והשליש אינו נאמן אלמא דהעיקר תלוי אם הוא חצי דבר בשעת ראי' וכן מוכח מדברי הרי"ף והפוסקים שכתבו דדוקא כשלא ראו כל הדבר שהיו יכולין לראות בשעת ראי' הוי חצי דבר אלמ' דהעיקר תלוי אם הוא חצי דבר בשעת ראי' אמנם נראה דאפ"ה חשוב חצי דבר דודאי עדים שאמרו ראינו אז בגבה ובכריס' רק שכחנו מכריס' ואין אנו זוכרין רק מא' בגבה ג"כ חצי דבר דאין חילוק בין לא ראו רק חצי דבר או ששכחו חצי דבר מהראי': ועוד אפשר לומר דמיירי הש"ך שאמר להמלוה לוה ליב"ש ואני ערב והוא א"י מהלואה כלל ובזה פטור הערב לא מבעי' אם אמר הלוה לו בשטר דודאי פטור כיון שאינו יכול לתבוע מהלו' בכח השטר ודאי פטור דדעתו ודאי לא הי' רק כשיהי' לו שטר שאם יפרע הוא עבורו יהי' הוא יכול לתבעו בכח השטר ההוא וכיון שלקח שטר כזה שאם יתבענו יאמר אני לא לויתי כלל ואתה בעצמך לוית על שטר זה ויופסד ממונו וכיון שאמר שלא נתערב

רק שילו' בשטר וכיון שהשטר ההוא אין לו דין שטר ממילא פטור הערב אלא אפי' לא אמר רק סתם הלוה לפלוני בעדים ואני ערב ודאי לא היתי' כוונתו רק שיהי' יכול לתבוע את הלוה בעדים ואז יהי' עליו דין ערב ואם אמר לו הלוה לפ' סתם ולא הזכיר בעדים ואני ערב והלוה לו בלא עדים אם הערב חייב מחמת שיכול לו' לו אתה האמנת שלא אמרת לי בסהדי הלוה לו יבואר בהלכות ערב: אמנם ביב"ש שירש מיב"ש ק' כיון שאם היורש מוד' שהמוריש חייב ממון אף דליכא עדים כלל חייב לשלם וא"כ ה"נ הרי ע"כ היורש מוד' שהמוריש הוא החייב כיון שהיורש אומר שהוא לא לוה ועדים לא משקרי וע"כ המוריש לוה המעות: (") ונרא' טעמו דמיירי שבא על היורש מכח השטר וכיון דלא הי' יכול לתבוע הלו' בשטר כזה שהרי הי' יכול לדחותו אין שטר זה ממש כלל ויכולין לומר שמא פרע והניח שטר זה כיון שאינו יכול לתובעו בו והוי כשטר שלא נזכר בו שם הלוה וכיון דאינו חשיב שטר אינו יכול לתבוע היורש בשטר זה כיון דאין לו דין שטר נגד הלוה אין לי דין שטר גם נגד היורשים כנ"ל אמנם נראה דבכל גוונא פטור משום דהוי חצי דבר כמש"ל:

סימן נ

א **כל המוציאו גוב' בו.** עש"ך ס"ק ב' ושזה המוציאו יאמר אני הלויתי לך וכו' כוונתו למעט דאם טוען שלקחו מאחר והוא לא הלו' מעצמו לא מהני בלא כתיב' ומסירה כיון דמסיק בב"ב דף קע"ב דממך לא משמע רק למי שמסרו לידו בשעת מעש' ולא נשתעבד רק לזה ולהכי כשמכרו צריך כומ"ם וכ"כ מהרי"ט בתשו' הביאו בתומים משא"כ כשכתוב בו לכל מי שמוציאו וכמו שיבואר לקמן:

ב **אלא מאחר נפל ומצאתיו.** משמע דלא מהימן במיגו דפרעתי רק כשטוען מאחר נפל אבל כשטוען להד"מ וממני נפל ומצאת לא מהימן אפי' במקום דיש לו מגו דפרעתי ולכאור' ק' דהא בסי' מ"ו סעיף א' כ' הסמ"ע סק"א דכשיש לו מיגו דמזויף נאמן לטעון נפל ממני. ואפי' לדעת התומים דחולק שם נראה דדוקא התם שנכתב בשטר שם המלו' וכשיטעון הלו' ממני נפל ומצאתיו והוי נפילה דחד שימצאנו דוקא איש ששמו כשם הכתוב בשטר ובנפיל' דחד אפי' במקום מיגו לא מהימן כמ"ש בסי' זה גבי ב' יב"ש כשטוען מחברך לויתי ונפל ממנו ואתה מצאתיו דאינו נאמן אפי' במקום מיגו כיון דהוי נפיל' דחד ע"ש שהוכיח כן מדברי בעה"ת. אבל הכא שכתוב בשטר ממך דהוי נפיל' דרבי' ק' ליהמן במיגו. ואפשר לומר דס"ל להמחבר דנפילה מהלוה לא חיישי' דזהיר בו בשטר כזה דלמא משכח לי' אינש דלא מעלי ויגב' בו כיון שכתוב בו ממך מה

שאין כן בסי' מ"ו דנאמן להסמ"ע ביש לו מיגו דמזויף דלנפיל' דחד דהיינו שימצאנו איש ששמו כשם הכתוב בהשטר לא חייש הלוה דלא שכיח ואחר לא יהיה יכול לגבות בו וגם אפשר דמכיר להלו' שלא ישקר ולא בעית מיניה. ועוד נראה דבשלמא התם שפיר נאמן במיגו דלא שייך לו' דזהיר ביה מטעם שכתבתי שם דהא בשטר שיש לו מיגו דמזויף אשי' ביד המלוה מניחו ולא זהיר כמ"ש הסמ"ע סק"ב מטעם מסמוך שאם יתבענו אימא מזויף מכ"ש דאינו זהיר מלהפילו מחשש שמא ימצאנו המלו' דהא לא חש להניח אותו ביד המלו'. משא"כ הכא אף דיכול לטעון פרוע אין לו' דסמיך עצמו שאם יתבענו אימא פרעתי דזה אינו דמ"מ ה"ל למיחוש דלמ' משכח אינש דלא מעלי ויתבענו תחלה בע"פ ואז לא יהי' מסיק דעתי' לו שפרע ויאמר בודאי האמת שלא לויתי ואח"כ יוציא עליו הכת"י ויוחזק כפרן כמבואר בסי' ע"ט וכמ"ש הסמ"ע סי' ל"ט סקכ"ז ע"ש משא"כ כשיוכל לטעון מזויף לא יהי' הוחזק כשרן כמ"ש הש"ך סי' ס"ט ואפשר דרבות' נקט דאפי' טוען מאחר נפל נאמן אף דבשטר כשר ודאי זהיר לשמרו ומכ"ש כשטוען ממני נפל ולא נזהרתי בו היותו פסול ולכן צ"ע בטוען ממני נפל וע"ע בסי' ס"ט מ"ש בזה ע"ש:

ג **ודוק' בבא מחמת אותו פ'**. היינו שטוען שקנהו מפלוני או שהוא שליח מפלוני אבל כשטוען שהוא בעצמו לוה על שטר זה שאותו פלוני לא הי' רוצה ללות ולויתי אני לא מהני דכיון שכתוב בו לפלוני ולכל שמוציאו הוי ככתוב בו לפלוני ולב"כ כמ"ש הסמ"ע ובעינן דוקא שיבוא מכחו ולענין אי בעי הרשא' או כומ"ס יתבאר בסי' ס"ו אי"ה וע' ש"ך סק"ו מ"ש בשם המבי"ט הנה הס' המבי"ט איננו בידי ונרא' כוונתו דהיינו שבא מכחו עם השטר ופרע מקצתו לשני עדים ולקח שובר דמהני דלא תימא דלא הית' כוונתו ליתן לו כחו רק שיפרע הכל ויקח השטר מידו דאז יצטרך המורש' להחזי' להמלוה המעות דהא המלוה היה יכול לתובעו להמורשה ולו' לו או תן המעות או תחזיר השטר אבל שיקבל המקצת ויתן השובר ע"ז ודאי לא הי' דעתו כלל ליתן לו הרשאה על זה דהא לא הי' יכול לתבעו להמורש' דיחזיר לו מעות דלא ידע אם נתן לו שוב קמ"ל דלא אמרינן ואפי' שובר במקצת ואח"כ בא לידי המבי"ט שכ' דשובר במקצת מהני והוא תמוה דהא אפי' שובר בכולו גם כן כ' הש"ך בס"ק ז' דג"כ לא מהני ומצאתי בש"ך בסי' קכ"א ס"ק כ"ה שהניח דברי המבי"ט בצ"ע ולפ"ז בנידן שכתבתי יכול המלוה ליטעון לא נתתי לו רשות לפרוע על שובר:

ד **אא"כ כ' בפי' בין בא מחמתו וכו'**. פי' ואז יכול לגבות בין אם טוען שלוה בעצמו בין אם טוען שקנה מאחר או שהוא שליח מאחר אפי' אין לו הרשאה וכומ"ס. הנה הרב

קיצר כאן ויש בזה הרבה פרטי דינים וכמו שאבאר בס"ד. דאם טוען שהוא בעצמו הלוה והלוה טוען פרעתי הדין פשוט דצריך לישבע כשטוען ישבע לי וכשטוען שקנה מאחר והלוה מוד' רק שטוען שפרע להאחר לדעת הש"ך סק"ז פטור משבועה דהא אפי' באמת פרע דעת הש"ך דחייב לשלם שנית ולדעת התומים שאבאר בסמוך דס"ל דאם פרע קודם דאין הלוקח יכול לגבות לו שוב אז הדין דנשבע אותו האחר ואם אינו רוצ' לישבע ונשבע הלוקח שלא פקדנו המוכר דל"ד להא דסי' ס"ו סעיף ט"ו דאם אינו רוצה לישבע דנפטר דשם כיון דיכול למחול נאמן המוכר כמבואר שם בש"ך אבל כשנכתב בו לכל מי שמוציאו דא"י למחול ואז אינו נאמן המוכר כמבואר בש"ך סי' מ"ז עיש ואם טוען שהוא שליח מחויב האחר לישבע כשטוען ישבע לי ואין בו נאמנות. ואם המוצי' טען מחמת עצמו שלוה בעצמו והלו' טוען שלא לוה ממנו רק מאחר ופרע להאחר ורוצה שישבע לו המוציאו שלא פקדני אז כיון דאף אם יודה אינו חייב רק לישבע אינו חייב רק חרם כמבואר בש"ך סי' ס"ז ע"ש. ואם טען המוציאו שקנה מהאחר והלוה טוען שאותו האחר יש לו בידו כנגדו דאם היה גם השטר ביד האחר הי' אותו האחר מחויב לישבע מחמת שהיה נאמן במיגו דפרעתי כמבואר בסי' ע"ה מ"מ כשהשטר ביד הלוקח אין על הלוקח אפי' חרם שלא פקדני דהא לא דמי לפירעון רק בדין זה גובה וזה גובה הוא ובשעה שמכר לא הי' נמחל שיעבוד השטר עדיין ומכירתו לא היה טוב וכיון דנשתעבדתי לכל המוציאו הרי הוא כאלו נשתעבדת לו מתחלה ומה לי שיש לך חוב על האחר מה לי בכך: ואם כתוב בשטר שם המלוה וטוען שהמלוה יש לו בידו כנגדו הדין מבואר בסי' פ"ה סעיף ו' ואם הלוה טוען שמא לא לקחת השט"ח רק אתה הוא שלוחו לגבות ממני ואני פרעתי להאחר ואותו האחר מחויב לישבע לי והלה טוען מחמת עצמו לקוח ג"כ אין עליו רק חרם כיון שאינו תובע רק שבועה ואף אם יודה שהוא שלוחו לא יצטרך לשלם מ"מ בשטר כזה נאמן לו' שקנ' וכיון שזה אין לו עליו רק טענת שמא אינו יכול להשביעו אבל אם טוען נפל מהאחר ולא פרעתי להאחר אין עליו אפי' חרם דמחויב לשלם למי שמוציאו כדמוכח בתו' בב"ב דף קע"ב בד"ה אבל הכא וז"ל דאם הי' פירושו דממך לכל מי שמוציאו דטענת נפילה אינ' טענ' כלל רק דממך לא משמע רק לפי שמסרו לידו ע"ש ואם כן בשטר שכ' בו לכל מי שמוציאו אין טענת נפיל' טענ' רק בטוען פרעתי לאחר כשהוציא השטר ונמחל שיעבודו קודם קנייתו טענתו טענ' והדין כנ"ל ומש"ה אם אין טוען רק יש לי בידו כנגדו דלא נמחל שיעבודו קודם אין עליו אפי' חרם דלא עדיף מטענת נפילה כנ"ל בדינים הללו והא דכתבו התוס' דטענת נפילת אינו טענה אף למאן דחייש לנפילה כיון דנתחייב נגדו מחמת שכ' בו ממך ע"ש אין להקשות הא מ"מ

יכול לטעון נפל מהאחר אחר שפרעתי לו ונמחל שיעבודו הוא מטעם דהא שמואל ס"ל בב"מ י"ג דאפי' בשטר שנמצא לא חיישינן לפרעון משום דאם איתא דפרע מיקרע הוי קרע לי' ואף דקי"ל דלא כשמואל היינו בשטר שנפל דאיתרע אבל הכא דלא איתרע לא חיישינן לפרעון ולנפילה:

ה **ואם נכתב שובר משום אדם וכו'** והיינו כשהעדים כתבו בהשובר שבשעה שכתבו השובר על השטר שסכומו כך ובקיום עדות כך היה השטר בידו בשניהם ופרע לו מקצת מהשטר וכ' שובר ומש"ה מהני כיון שהיה השטר שנכתב בו כל מי שמוציאו בשני העדים והיה הלוה חייב לו. בודאי דהא הוא היא המוציאו בשניהם וכשפרע לו הרי נמחל שיעבודו דהא המוציאו ודאי דיכול למחול ומש"ה אף אם מכרו אח"כ לא מהני שכבר נמחל שיעבודו אבל אם לא נכתב בהשובר שהוציא השטר בשני העדים לא מהני לא מיבעיא אם טוען מוציא השטר שלו הי' מעיקרא ודאי לא מהני השובר מטעם דכיון שהשטר בידו אמרי' כאן נמצא כאן היה והשטר שלו ואין שובר של אחר מהני אלא אפילו טוען שלקחו דאז לא שייך החזקה דכאן נמצא וכאן היה מ"מ כיון דנתחייב לכל מי שמוציאו והעדים שבשובר אינם מעידים שבודאי פרע למי שהיה חייב דאימר כבר היה השטר ביד אחר שמכר לו וממילא שוב איני חייב לו כלל רק להאחר דהא לא נתחייב בשיעבוד הגוף רק להמוציא. ועש"ך סק"ז עד שובר בעדים קלא איט ליה וה"ה הכא ולכאורה הש"ך סותר את עצמו שמתחלה כ' וז"ל יכול לטעון לא ידעתי ואנכי כיון שקניתי השטר ונתחייבת לכל מי שמוציאו והרי אני מוציאו עכשיו וה"ל כאלו נתחייבת לי מתחלה וכו' משמע דבשטר שנכתב בו שם המלוה דאינו יכול לטעון כך אפילו פרע רק בעדים בלא שובר אפ"ה אין הלוקח יכול לגבות אפי' אי ליתא לדשמואל וכן באמת מוכח בכמה דוכתי ואח"כ מביא ראיה מהא דב"מ י"ט משובר דטורף מלקוחות שקנו השטר וכו' ושם בשטר שנכתב בו שם המלוה מיירי דהא קאמר התם ש"מ איתא לדשמואל דמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול ובשטר שנכתב בו לכל מי שמוציאו א"י למחול אלמא דדעתו אפי' בשטר שנכתב בו שם המלוה לא מהני פרע בעדים אף בזה לא שייך הטעם שכ' דנשתעבד לו מתחלה וסותר דברי עצמו. ונראה לפענ"ד לפרש דבריו דהא בלא"ה דברי הש"ך תמוהין לכאורה במ"ש כיון דלית ליה קלא וכו' דהא מ"מ כיון דנמחל שיעבודו חספא בעלמא מכר לו ומה חילוק יש בין ידע ללא ידע ופה יש חילוק בשובר אחר הפירעון בין שנזכר בו שם המלוה בין לא נזכר בו שם המלוה כיון דנמחל שיעבודו קודם המכירה ועכצ"ל דס"ל להש"ך דדוקא בשטר שנזכר בו שם המלוה כיון שאינו יכול למכור שיעבוד גופו של לוה דהא יכול למחול אחר המכירה

וכן אפי' אם פרע הלוה בע"כ של הלוקח למלוה הראשון נפטר כמבואר בסי' ס"ו בש"ך ע"ש משום הכי יכול הלוה לפרוע בעדים דאין צריך לחוש לפסידא דלקוחות כיון שאינו יכול למכור שיעבודו ובע"כ של הלוקח יכול לפטור עצמו מהמלוה אף שבוודאי מפסיד להלוקח מה שאין כן בשט"ח שנשתעבד לכל מי שמוציאו אסור לו לפרוע במקום דאיכא פסידא דלקוחות כיון שאינו יכול לכופו על הפירעון בעדים בלא שובר למה לו להפסיד ללקוחות שנשתעבד להם מש"ה אף שפרע חייב לשלם שנית דלא היה לו לפרוע להפסיד ללקוחות וכיון שכן א"ש דברי הש"ך ג"כ בהראיה שלו דהיה ק' לו לפי הס"ד שם דליתא לדשמואל א"כ ק' אמאי תיקנו רבנן דכותבין שובר וכי תיקנו רבנן מילת' דאתי' בי' פסידא ללקוחות דהוא יפרע ויכתוב שובר ואח"כ ימכור השט"ח לאחרים ויהיה פסידא ללקוחות בשלמא להמסקנא דאיתא לדשמואל כיון דלעולם אף לאחר המכירה יכול המוכר לקבל הפירעון ולהפסיד ללקוחות לא חיישו רבנן לפסידא דידהו ולומר שלא נפרע ע"י שובר משום פסידא אבל לפי הס"ד ק' היאך יתקנו רבנן לכתוב שובר גבי מי שפרע מקצת חובו בב"ב ק"ע דאתו לידי פסידא דלקוחות אלא ודאי דשובר בעדים קלא אית ליה ולא אתי שוב לידי פסידא דמש"ה דעת הש"ך דדוקא שובר בעדים מהני להפסיד ללקוחות לפי הס"ד דשובר כה"ג תקינו רבנן משום דאית ליה קלא אבל פרע בעדים בלא שטר דמפסיד ללקוחות ודאי לא תקינו רבנן לפרוע בלא השטר שאפשר שיבוא בה לידי פסיד' דלקוחות ולא היה לו לפרוע בלא השטר משא"כ למסקנא דאית' לדשמואל ולא חיישו רבנן לפסידא דלקוחות וכמש"ל ודאי דכל פרעון מבטל לשטרי ולא מהני מה שמכר אחר כך כיון דלעולם יכול לקבל הפירעון ולמחול מצי הלוה לומר אדרבה לא הי' לך לקנות השטר ולפ"ז בשטר שנכתב בו לכל המוציאו דא"י למחול ולא לקבל פרעון אחר המכירה ודאי דא"צ לפרוע בלא השטר ע"י פרעון בעדים דבכה"ג לא תיקנו רבנן פרעון בלא שטר כיון דיכול לבוא לידי פסידא דלקוחות אם לא ע"י שובר בעדים דקלא אית ליה ואי עבר וסייע בלא שובר אין מפסידין ללקוחות כיון שפרע שלא כדין ויכול לומר כיון דגם לי נתחייבת לא היה לך לפרוע שלא כדין ולהביא הלקוחות לידי פסידא כנ"ל לפרש דבריו של הש"ך שלא יהא תמוה כל כך (ושם בד"ה ותו יש ט"ס וצ"ל אבל בממרנ"י שא"י למחול וכדלקמן) אבל באמת העיקר כדעת התומים דאף פרע בעדים מהני. אמנם נראה דוקא שהעדים מעידין שהוציא השטר לפניהם בשעה שכ' השובר דאז ראו שהוא המלוה והוא יכול לקבל הפירעון ולמחול מש"ה מהני שובר שלו אבל כשלא ראו השטר בידו אז לאו כלום הוא אפי' אם ראו אתו זמן מה קודם לזה בידו אפ"ה אינו מועיל שובר שלו דשמא מכרו לו אח"כ היינו אחר הזמן שראו קודם

הפרעון. ומה"ט שובר בכת"י המלוה לא מהני דמי יימר אם היה השטר בידו אז. והנה בשו"ת צ"צ סי' י' משמע דאפי' נאבד השטר מידו כיון שהיה כבר בידו מהני שובר שלו. ולפענ"ד נראה כמ"ש וכן משמע מלשון הנ"י שכתב וז"ל ומיהו כל שהוציא אחר שטר ופרע לו יעשה לו שובר. משמע דבעינן שיוציאו בשעת הפרעון. גם מ"ש דבנאבד שטר כזה דמחויב הלוה לשלם כשעושה לו ערבות שלא יבוא לו היזק משטר כזה לא ידעתי מנ"ל כיון דלא אמרי' רק כותבין שובר וכיון שאי אפשר לכתוב שובר על שטר כזה מנ"ל שמועיל ערבות הא הלוה יכול לומר אינו בטוח לי:

סימן נא

א **ע"א בכתב** עש"ך סק"א ודבריו צריך ביאו' דמ"ש בשם כ"מ וז"ל דאף על גב דסתם קנין לכתיב' עומד הנ"מ כשנטל קנין בפני שנים אכל הכא שנטל קנין בפני א' לא. ולכאורה תמוה דאי לא אמרינן לכתיבה עומד מה"ת לא יהא נאמן לטעון פרעתי הא אפי' בב' עדים במקום דלא אמרינן לכתיבה עומד נאמן לטעון פרעתי כדמוכח בסימן ל"ט. ובמאי הוא חזי לאצטרופי שיהי' כמלוה בשטר שלא יהא נאמן לטעון פרעתי ונראה דכוונת דברי הכ"מ דדוקא כשנטל קנין בפני שנים אמרינן לכתיבה עומד דהיינו שיכתבו שטר בשני עדים דהעדים מפקי לקלא שיש עליו שטר בשני עדים אבל כשנטל קנין בשני אחד אינו עומד לכתיבת שטר של ב' עדים ולא הוי רק ככתיבת שטר של ע"א אפי' קנה בפני ב' זה שלא בפני זה כיון שאין הא' יודע מקנין של חבירו אין כל א' מוציא קול רק בשטר של ע"א דהלקוחות יסברו שהן ב' עדים על ב' הלואות מיוחדות כיון שכל א' אינו מוציא קול רק מהלואה של עד אחד וכיון דליכא קלא רק משטר של עד אחד לא ידעו הלקוחות להיזהר ולא לאצטרופי לענין משועבדים דלא הוי רק כשתי שטרות שכל אחד חתום עליו עד אחד שכ' הרב בהג"ה. ומ"ש הש"ך בסימן ל"ט ס"ק י"ד בקנין בפני שנים זה שלא בפני זה דגובה ממשעבדי ע"כ שיודע כל אחד מקנין שקנה בפני חבירו כענין שאמרו בסנהדרין פ' ז"ב דאמר ליה מנה שקניתי בפניך קניתי ג"כ בפני פלוני. וכן נ"ל בציוה לשני עדים שיחתמו שטר זה שלא בפני זה אסור להם לחתום שטר בשני עדים רק כשאמר לכל אחד שיחתום שטר בשני עדים כי יצוה ג"כ עוד לאחד לחתום עמו דהוי כציוה לו לעשות שטר של שני עדים אבל בלאו הכי לא יחתמו על שטר של ב' עדים כיון דלא אמר לכל אחד רק כתוב שטר ותן לו לא צוה לכל אחד רק לכתוב שטר של עד אחד אבל פרעתי לא יכול לטעון דהלו' יודע שציוה לשני עדים לכתוב שטר ומה דמספקא ליה להראב"ד הביאו הסמ"ע סק"ג פשיטא ליה להב"י וס"ל דשייך ג"כ

חזקה דשטרך בידי מאי בעי כיון דיודע הלוה שיש עליו ב' שטרות מב' עדים אין מניחין בידו כשפורע ומש"ה נמי ע"א בכתב וע"א בקנין בפניו לבד אין מועיל לענין משעבדי רק נגד טענת פרעתי עוד כתב הש"ך דנ"מ אם יבוא אותו שבכתב ויכחישו שלא פרע וכו' בתומים תמה ע"ז דמה בכך שהעד מוסיף ואומר שיודע שלא פרע וכי בשביל זה מיגרע גרע ע"ש וזה לא קשה רק למה שכתבו התוס' בב"ב גבי נסכא דרבי אבא דכל זמן שאינו נשבע נגד העד להכחישו הרי הוא כשנים א"כ כיון שאינו מכחישו שלא לוה ה"ה כשנים מעידין שלוה וכיון דבעד א' בשטר ס"ל להרמב"ם דשייך גביה חזק' שטרך בידי מאי בעי ואינו נאמן רק במיגו דלהד"מ והוי כמיגו במקום עדים מה שאין כן לתירוץ הב' שכתב שם דירא להכחיש העד בשבוע' אם כן כיון דגם השתא מכחיש להעד וצריך שבוע' נגדו לא שייך זה אמנם בתומים תי' קושית הסמ"ע דהקש' דל"ל להרמב"ם הצירוף הא בלא"ה להרמב"ם אפילו בשטר בע"א א"י לטעון שדעתי ותי' בתומים דנ"מ לענין קרקעות ופירות קרקע דלא שייך שבועה דאורייתא דלא אמרינן גבי' מחויב שבוע' ואינו יכול לישבע משלם ואין להקשות הא אפילו אם לא יאמר אני קניתי רק שמעיד על גוף ההלוא' מ"מ כיון דאינו נאמן בשטר בע"א להרמב"ם לטעון פרעתי רק במיגו דלהד"מ וכיון דאיכא שני עדים על ההלוא' ליכא מיגו. דזה אינו דמכל מקום יש לו מיגו להכחיש העד ולומר שלא צוה לו לכתוב שטר וכמו בשטר שאינו מקוים דנאמן לטעון פרעתי במיגו דמזויף אף דאיכא עדים על ההלוא'. עוד כתב הש"ך וז"ל או שכתוב בפי' שידוע לו שלא פרע וכו' פי' כגון שכתב בשטר שהוד' לפניו בתשרי שלוה בניסן ועדיין לא פרע וצו' להם לכתוב שטר והוא מכחישו וטוען שציו' לכתוב שטר בניסן ופרע אח"כ בתמוז אבל אם העד כתב בעצמו בשטר שידוע לו שלא פרע הוי מפי כתבם דזה לא נכתב בציווי המתחייב עוד כתב הש"ך וז"ל דפירוש אני קניתי ר"ל בפני. ואף שהסמ"ע כתב שזה דוחק הרי הכ"מ תירץ כן וכו'. אין להקשות על הסמ"ע שכתב דמיירי באמר גם בשני הא ליכא כאן רק ע"א שמעיד שהי' קנין בפני ב' דהא אותו שבכתב אינו מעיד זה. ז"א דהא בכל שטר בשני עדים יש להקשות כן להא השטר אינו נגמר רק ע"פ ע"א בשלמ' בהלוא' בב' עדים אם נאמר שהוא שקר צריכין לומר ששניהם משקרין משא"כ בשטר בב' עדים הא אפי' אם נאמר שרק א' משקר שלא צוה לו לחתום אין כאן רק שטר בעד אחד ועכצ"ל כמ"ש הרמ"א בתשוב' הביאו הש"ך בס"ס מ"ו בפן הג' כיון דעיקר מלתא דשטר הוא מדרבנן דשיעבוד דאורייתא סגי בגילוי דעת של ע"א ה"נ דכוותי':

ב **אני קניתי** עסמ"ע סק"ב עד ואע"פ שהרמב"ם ס"ל אפי' בע"א החתום בשטר וכו' בתומים הקשה ע"ז דהא כיון שטורף ממשעבדי בעידי קנין כמש"ל א"כ ה"ל שיעבוד

קרקעות דלא שייך בי' מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ונרא' דכך הוא כוונת הסמ"ע כיון דלהרמב"ם בשטר בעד אחד לא מהימן אלא במיגו דלהד"ם וכאן כיון דאיכא שני עידי קנין ליכא מיגו וכאן ל"ש לומר דיש לו מיגו להכחיש שלא ציוה לכתוב שטר דכיון שיש ב' עידי קנין הוי כיש עדים שציוה לכתוב שטר דסתם קנין לכתיב' עומד רק דנאמן לטעון פרעתי נגד עידי קנין לחד דיעה בסי' ל"ט כשלא נכתב עדיין שטר והכ' כשע"א כבר כתב השטר ובכל שטר יש חזקה שתיכף נמסר ודינו כשטר בע"א להרמב"ם כיון דלית לי' מיגו כנ"ל:

ג **בפני נמסר השטר** עש"ך סק"א הטעם דמסתמ' נמסר גם בפני עד החתום והוי ב' עידי מסירה וכו' והוא מהרא"ש ובתומים תמה דהרא"ש לשיטתו דס"ל דהכשירו של שטר הוא רק בע"מ מש"ה אמרינן חזקה על העדים שעשו כהוגן ובודאי ראו המסיר' דלפי שיטתו של הרא"ש דאין השטר כשר בלא עידי מסירה אסורין לחתום עד שיראו המסיר' מחשש שמא ימסור להמלו' בלא ע"מ דאז השטר פסול ואתי למטרף לקוחות שלא כדין וכתב הרא"ש שפיר דחזק' על העדים שנמסר בפניהם אבל לפי מה דקי"ל דבמקום שהי' ע"ח א"צ לעידי מסירה או מטעם דהא דאמר ר"א ע"מ כרתי היינו אף ע"מ וגם ע"ח כרתי או מטעם שכתב הר"ן פ' המגרש דאנן ע"מ אנן א"כ א"צ העדים לראות המסיר' ובפרט למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו כותבין שטר ללוה לבד וא"צ שיראו המסיר' א"כ דין זה דבפני נמסר שכ' המחבר תמוה דהא עד החתום א"צ שיראה כלל המסיר' ואף אם נאמר דס"ל להמחבר בסי' ל"ט דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו וא"כ בודאי ראה המסיר' מ"מ קשה דא"כ היאך כתב הב"י דאם אומר עד החתום שלא ראה המסיר' דנאמן ולפי הנ"ל קשה דמה"ת יהי' העד נאמן לומר שעשה שלא כדין ותי' התומים דהא דהעד נאמן לומר שלא ראה הוא מטעם דמהימן לומר שטעה בדרב אסי כמ"ש הסמ"ע סי' מ"ג ס"ח וא"כ הך דינא דהב"י שנאמן העד לומר שלא נמסר בפניו במחלוקת שנוי' עכ"ל התומים בקצרה ולפענ"ד לק"מ דהנה לדעת התומים בב"מ שכתבו התוס' והרא"ש דכל שטר הבא לפנינו אמרי' דחזקה ביום שנכתב נמסר הוא מטעם דודאי העדים עשו כדין וראו המסיר' ולאביי דס"ל עבחז"ל ליתא לחזקה זו כלל ומספקינן על כל שטר הבא לפנינו שמא לא נמסר ביום הכתיבה כיון דהעדים א"צ לראות המסיר' לאביי רק דאפ"ה השטר כשר דנהי דלא נמסר ביום הכתיבה מ"מ הא עבחז"ל ולפענ"ד א"א לומר כן דהא בגיטין י"ח בתוס' ד"ה בגט דחזקה ביום שנכתב נמסר ובהדיא תנן בב"ב דכותבין גט לאיש ואין כאן חזקה על העדים שראו המסיר' דהא א"צ לראות המסיר' ואפ"ה כתבו דחזק' דביום שנכתב נמסר וא"ל דהתוס' שם סמכו על מה שכתבו בסוף דודאי אם הי' נמסר אחר כך בעידי מסיר'

היו העידי מסיר' מוציאין קול או אתירץ שכתבו דבגט לא מקדים אינש פורענותא לנפשי' דהא בב"ב קס"ז בתו' ד"ה אע"פ בהקושיא צ"ל ג"כ דחזק' ביום שנכתב נמסר דאלת"ה לא מקשי שם מידי דהא ע"כ תצטרך להביא ראי' אימת מטיא גיטה לידה ושם בהקושיא לא מסקו אדעתייהו מעולם שבגט לא חיישינן משום שלא מקדים אינש פורענות' אלא ודאי אף שכותבין גט לאיש מ"מ אמרינן בגט הבא לפנינו דחזק' ביום שנכתב נמסר והטעם יבואר לקמן ועוד דבב"מ דף י"ט דאמר התם דבמתנות בריא חיישינן לשמא כתב בניסן ולא נתן עד תשרי וחזר ונתן לאחר וכו' ומקשה השטה מקובצת אם כן היאך כותבין לכתחל' העדים שטר לנותן ושטר למוכר אע"פ שאין המקבל ולוקח עמו וניחוש לשמא לא נתן עד תשרי ותירץ דאין העדים צריכין לחוש במכירה לשמא ימכור ויחזור בו ויתן לאחר ע"ש. ולפ"ז קשה היאך מחזקינן בשטר מכר שנמסר ביום שנכתב לענין להוציא הפירות מהמוכר מהזמן הכתוב בשטר דלמא מסרו אח"כ כיון דכותבין שטר למוכר ואין העדים צריכים לראות המסיר' בשטר מכר אלא ודאי דבכל שטר הבא לפנינו איכא חזקה דביום שנכתב נמסר ואף דלא שייך לומר הסברא דחזקה על העדים שעשו כהוגן ועוד ראיה דאי נימא לאביי מספקינן בכל שטר הבא לפנינו שמא לא נמסר ביום הכתיב' רק דמתכשר מטעם דעבחז"ל קשה דהא התוס' בב"מ דף ק' כתבו דעבחז"ל היא רק מדרבנן וא"כ היאך סומכין בשחרור של עבד כשנוגע למילי דאוריית' שנכתב ביום שנמסר אלא ודאי דחזקה דאוריית' הוא חזקה מחמת רובא הוא ורובא דרובא אין כותבין השטר אלא בשעת מסירה רק מיעוט' שכותבין לפעמים קודם ולמיעוט' לא חיישינן והא דאמרינן חזקה דביום שנכתב נמסר הוא לאו דוקא והכונה דתיכף בשעה שנכתב נמסר תיכף לפניהם דודאי אין שום טענה לומר החזקה על היום דוקא תדע דבמקום שכותבין שעות ע"כ צ"ל החזקה גם על השעה אלא ודאי דחזקה שנמסר תיכף סמוך לכתיבה ועוד ראיה דבכל שטר איכא חזקה דתיכף שנכתב נמסר אף דליכא חזק' על העדים שעשו כהוגן דאלת"ה יורש שמוציא שטר אביו ניחוש לשמא כתב ללות מאביו ולא לוה ולוה מהיורש דבזה לא שייך עבחז"ל נהי דהעדים א"צ לחוש לזה לשמא ימות המלוה וילוה מהיורש מ"מ אם אירע שהיורש מוציא השטר ניחוש להכי אלא ודאי דכל שטר הבא לפנינו אמרינן ביום שנכתב נמסר וגם ראיות הרא"ש ברורה וכוונתו דאי לא אמרינן שחזקה שנמסר סמוך לכתיבה א"כ לד"א היאך כשר שטר הבא לפנינו נהי דהעדים ודאי כדין עשו ולא כתבו ללוה בלא מלוה מ"מ תחלת מסירתן הוא להלוה ואימר הלוה לא ימסור לפניהם ומה הי' בידם לעשות כיון דדבר שאינו בידם הוא ובאמת שכמו כן קשה על העדים לא יהיו העדים רשאין כלל להוציא השטר מתח"י להלוה רק שיהיו הן המוסרין

שטר להמלוה מחשש דשמא כשימסרו ליד הלוה לא ימסור לו בפניהם ויהי' השטר פסול מחמת שלא נמסר בע"מ לר"א אלא ודאי דאמרי' חזקה שימסור תיכף וכן בבוא השטר לב"ד אמרינן חזקה שנמסר תיכף סמוך להכתיב' בפני עידי החתימה והן הן העידי מסירה וא"ל דא"כ בסי' מ"ג דטרחו הפוסקים למצוא גוונא שיהיו העדים נאמנים לומר שהוא מוקדם וכתבו דהיינו שאומרים שטעו בדרב אסי ולא כתבו בפשיטות שאומרים שמסרוהו ללוה שימסור תיכף להמלוה ונתוודע להן שלא הלוה לו עד אחר זמן דזה אינו דבכה"ג ודאי דהעדים נאמנים אפי' כשכתב ידם יוצא ממקום אחר דכל שמעידין על דבר שנעשה בשעת מסירה אחר החתימ' ואחר שיצא מידם הוי כמעידין מחול או פרוע כמ"ש בסי' מ"ו ע"ש ולא היו חולקים הפוסקים בזה כלל אם העדים נאמנים בזה אלא ודאי דמיירי במעידין בפסול שהיה בשעת חתימה כגון שכתבו ללוה בלא מלוה טעו בדרב אסי ולפ"ז א"ש ג"כ מ"ש הב"י דאם העד אומר שלא נמסר בפניו דנאמן דהיינו שאומר שאחר שיצא מידו שמסרו ללוה ולא מסרו בפניו ובזה ודאי דנאמן דאפי' ב' עדים של השטר נאמנים בזה ואין בזה משום חוזר ומגיד כמש"ל כנ"ל ברור:

ד **שדינו כשטר שאין חתום בו אלא א'** עש"ך דבשני עדים ג"כ אמרי' רווחא שביק ולכאורה תימה דהא אפי' על עידי מסירה לא סמכינן מטעם גזירה דילמא אתי למיסמך עלייהו מכל שכן דאין לסמוך על העד האחר מטעם גזירה זו ועוד דגרע משטר שיכול לזייף דפסול ונראה הטעם דהא כתבו התוספות בגיטין י"ח ובב"ב הטעם דפסול כשחתומים קרובים לבסוף כיון דעיקר הקיום לבסוף ודאי לשם עדות חתמו ולא כתבו בפשיטות משום גזירה דלמא אתי למיסמך עלייהו והוי כמזוייף מתוכו עכצ"ל כיון דכבר נכשר השטר בעדים הכשרים שחתמו תחלה והוי תיכף כנחקרה עדותן בב"ד לא נפסל מה שנעש' מזויף מתוכו אח"כ דמזייף מתוכו אין פוסל רק כשנעשה בשע' שמשוי ליה שטרא וכמ"ש הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ס"ח בשם הרשב"א וא"כ ה"נ בע"א לענין שבועה ונראה ליתן טעם להפוסלין דהתוס' והרא"ש הקשו אמאי תלינן בשטר שחתמו לכבוד ולמלוי ובעדות בעל פה שיילינן להו אי למחזי אי לאסהודי ותירצו דשאני שטר דאמרינן בי' כמאן דנחקרה עדותן בב"ד וא"כ י"ל דהפוסלין ס"ל כדעת הריב"ש שהביא בהג"ה סי' מ"ו דבעד אחד לא אמרי' דכנחקר' עדותן בב"ד דמי מש"ה בב' עדים וחד קרוב דלא נשאר רק עד אחד לא הוי כנחקר' לא תלינן בי' דלכבוד או למלוי חתם:

ה **אם זוכר העדות** עיין בט"ז סי' ל"ו שכתב דהחתימה הוי כראיית המעשה והדין שדנין עליו הב"ד הוי כהגדה משום הכי כשכבר דנו הב"ד על השטר אין מועיל להגיד בפה כיון שכבר נצטרף בראי' והגדה אבל כשלא בא עדיין משטר אז יכולין להגיד בפה

והדברים תמוהין לי דממ"נ אי אמרינן השטר שחתומין בו פסולים ונתבטל שנים לא הוי כנחקר' עדותן בב"ד א"כ אפי' בא השטר לב"ד לא הוי כהגד' ואי אמרינן אפי' בשטר שחתומים בו פסולים דהוי כנחקר' עדותן בב"ד א"כ משעת חתימ' הוי כהגדה דהא הא דאמרי' כנחקרה עדותן בב"ד היינו כשעת חתימה הוא כמבואר בסמ"ע לכן נראה דודאי שטר שחתומים בו פסולים ונתבטל שוב לא הוי כנחקר' דהא לא הוי שטר כלל רק שהט"ז כתב זה לדעת הרא"ש דס"ל דאף מפי כתבם כשר כשאינו אלם כמבואר בסי' כ"ח בסמ"ע ס"ק מ"ב ובתשובת רמ"א סי' י"ב כתב כשמעידין מפי כתבם לא הוי הגד' עד שבא הכתב לב"ד ולפ"ז שפיר כתב הט"ז דכשהב"ד כבר דנו השטר הוי צירוף דמה לי כשנצטרף בהגד' בפה ומה לי שנצטרפו בשעת הגדה דכתב דלהרא"ש הגדה בכתב הוי כהגד' בע"פ והא שכ' הט"ז דשעת חתימה הוי כשעת ראיה ג"כ תמו' כיון דכבר ראו הכשרים בלא הפסולים והוי כשרים לעדות בשעת ראיה כיון שלא נצטרפו מה"ת יתקלקל ראייתן מחמת שחתמו שטר שהוא רק לראיה ביחד לכן העיקר אפי' הב"ד כבר דנו עליו יכולין העדים הכשרים להגיד בפה. דהא אנן קיי"ל דלא כהרא"ש בהא דס"ל דמפי כתבם כשר ולא נצטרפו כלל בשעת הגד' דהגד' שבכתב לא חשיב הגדה כלל לדידן ואם נצטרפו בשעת ראיה דעת הש"ך דנתבטל ואין יכולין שוב להגיד בפה. ולפענ"ד נראה דיש לחלק דהנה הסמ"ע בסי' מ"ה סעיף י"ג והש"ך שם מקשין דברי הרא"ש אהדדי דבכלל ס' דין ה' כתב דאין יכולין להגיד בפה רק כשהפסולים לא היו עמהם בשעת ראי' ובדין ג' בדין צווא' משמע דאפי' הי' בשע' ראי' יכול להגיד בפה אח"כ ודחקו בתירוצים. ולפענ"ד לקים דהא התוס' והרא"ש הקשו בהא דתלינן בשטר שחתמו לכבוד ולמלוי ובעדות בע"פ שואלין אי למיחזי אי לאסהודי ותירצו דבשטר כיון דהוי כנחקר' עדותן והוי כאילו העידו שחתמו הקרובים רק למלוי ולא נצטרפו. ולפ"ז לק"מ דבסי' נ' מיירי בסתם הוי השטר כאילו נחקר' עדותן והעידו שהקרובים בשעת ראי' רק למחזי אתו ולא לאסהודי דהא חתמו שטר ונתנו בידו והכשרים ודאי נאמנים להעיד על זה דהא להתוספות הא דלמיחזי אתו לא שיילינן רק להכשרים ולרש"י דס"ל דשיילינן רק לפסולים מ"מ מודה דהכשרים ג"כ נאמנים לומר שיודעים שהפסולים לא כיונו להעיד כגון שהכשרים נתייחדו להעיד או שהפסולים הגידו בשעת מעשה שבאו רק לראות ואז אין פוסלין עדות הכשרים אבל בסי' ס' דין ה' שם מיירי דידעינן שישבו כולם לחתום דאז אמרי' דבוודאי לשם עדים חתמו הפסולים עם הכשרים אז בוודאי גם בשעת ראיה להעיד נתכוונו כיון דחזינן דגם עכשיו חתם לשם עדות והכשרים נצטרפו עמהם ודאי גם בשעת ראי' נתכוונו ביחד להצטרף לעדות וכ"כ התומים בסי' זה סק"ח

דבכה"ג תלינן שנתכוונו לעדות בשעת ראיה ולק"מ רק הש"ך שהוכיח בסק"ד שהרא"ש בסי' ג' מיירי ג"כ בישבו כולם לחתום אבל העיקר נראה דמיירי בסתם והא שהוצרך שם להגד' שיגיד בע"פ הוא מטעם שכתב התומים ע"ש) (היוצא מזה דאם נתבטל בדרך שנתבאר אין יכולין להגיד בפה כשהיו יחד בשעת ראיה אבל בסתם שטר אפי' ידעינן שהיו ביחד בשעת ראי' לא נפסל עדות הכשרים מהטעם שכתבתי:

י **שטר שנמסר וכו'** והנה אי בעינן שמות של המוכר והלוקח או המלוה והלוה בשטר שהכשירו ע"י ע"מ משמע מדברי הפרישה סי' ס"ו דבעינן וכן כתבו התוס' ר"פ הנושא בכתובות ד"ה אליבא דב"נ ע"ש אמנם בהר"ן בפ"ק דקידושין משמע דרק בגיטין וקידושין בעינן שמו ושמה משום דבעינן ספירת דברים בגט וקידושין איתקש (לגט) משמע דבשאר שטרות לא בעינן:

סימן נב

שטר שיש בו רבית עש"ך שהביא קושית התוס' דהא העדים פסולין ובקצה"ח תי' דהעדים לא נפסלו אלא משעת חתימ' ואילך ומדמ' זה למ"ש התוס' גבי שוחט בשבת דלא נעש' מומר עד אחר שחיט' וחולק על מהרי"ט ח"א סי' קל"ה שמבי' ראי' מב"ק דף ע"ג גבי גניב' וטביחה דלמ"ד למפרע נפסל דהיכא דאיתזמי להו אטביח' דגם עדו' גניב' נפסל ובקצה"ח מחלק דדוק' בעידי הזמ' דנעש' חשוד לעידי שקר משא"כ ברשע ושאר עבירו' דלא נפסל רק מגזירת הכתוב לא נפסל רק מהחתימ' ואילך ע"ש ודבריו תמוהין דמה ראי' משחיטה דשם מומר בעינן ומומר היינו איתחזק דהא הרבה ס"ל דבעינן ג"פ אבל ודאי דרשע הוא בשעה שעושה העבירה ואדרבה המהרשד"ם מותיב אנפשי' מדברי תוס' אלו ומביא ראיה מדבריהם שנעשו פסולין בשעת עבירה וכוון למה שכתבתי והוא מביא ראיה להכשיר מדברי התוס' אלו וכן באה"ע סי' קכ"ג מבואר דבעדים שחתמו בשבת בגט שאינ' מגורשת מדאורייתא ואף דבגט צריך לחתום שמו ושם אביו וכיון שכ' ב' אותיות נפסל כמ"ש הב"ש שם מ"מ הא בדיעבד אפי' לא פי' שמו אינו פסול רק מדרבנן ורבנן דפקיעי שמייהו מבואר בגיטין דף מ"ו דרב הושעי' חתם עצמו ע' ואפילו לכתחלה כשר וא"כ אם חתם עצמו ע' עד כשר והרמב"ם פי"א דשבת כתב דבב' אותיות שווין אינו חייב רק כשהן שם והרי לא נעשי' עבירה רק אחר שגמר כל חתימתו ואפ"ה הגט בטל מדאורייתא ועוד קשה דניהו דלא נפסל רק אחר חתימה מ"מ השטר פסול דהא הרי"ף כ' גבי חתם עצמו בשטר עד שלא נעשה חתנו דקודם שיצא מת"י העדים לא מהני והובא דעתו לעיל בסי' מ"ו סעיף ל"ה וע"ש במ"ש דבשטרי דלאו הקנאה כ"ע מודו מטעם

דהא כ' הר"ן בפ' המגרש דהא דכשר בע"ח לבד דכשמוסר בע"ח הן הן הע"מ ע"ש ומכ"ש הכא בשטר שיש בו רבית שידוע שמסרו ליד הבע"ד אחר שנפסל ובכה"ג אפילו בנעשה חתנו שבאו עדים שתיכף אחר החתימה קודם שמסרו אפילו ללוה נעשה חתנו ודאי דפסול אפילו להך דעה דאנן ע"מ אנן ע"י הע"ח משום דהיאך בא לידה והיינו ע"כ העדים מעידין שמסרו ליד הבע"ד אבל כשנעשו פסולים בעודן בידן מאן מעיד שנמסר השטר ליד הלוה או הגט ליד הבעל דלמ' הן בעצמן מסרו ליד הבעל והאשה כיון שנעש' קא"פ קודם המסיר' וגז"ה הוא שלא יהיו נאמנין לשום דבר וא"כ אנן שמעידין על המסיר' מפי עדים פסולין מעידין. גם מה שהסכים בקצה"ח עם הדיעה שהביא המהרי"ט להכשיר בעובדא דידי' שנתנו חרם שלא יהי' שום עידי קדושין רק אותן שייחדו הקהל ובאו עדים אחרים שנתקדש' בפניהם ומטעם הנ"ל דלא נעשו פסולין עד אחר הקדושין וע"ז הקשה שם המהרי"ט דנהי דבשעת קדושין היו כשרים מ"מ בשעת הגדת עדותן פסולין הן ואעיקרא דדינא הקש' דנהי דכשהזמינו פסולין אף בשעת קידושין מ"מ מה"ת לא נא' פלגינן דיבורא שנתקדש' בפניהם ולא הזמינו לעדים וע"ז כ' בקצה"ח לחלק דאם נא' דאם הוזמנו לעדים נעשו פסולין בשעת קידושין הרי הן כאומרין שנתקדשו בפני עדים פסולין והוי כאו' לא נתקדש' והאיך נא' שנתקדש' בפני עדים כשרים וזה הוי כהוספות בדבריהם משא"כ אם נאמר דאפילו אם הוזמנו כשרים הן בשעת קדושין רק דעכשיו לפי דבריהם פסולין מכח שהוזמנו להעיד אמרי' פלגינן דיבורא ע"ש ולפי דבריו אם באו ב' עדים ואומרין שנתקדש' בפנינו רק רשעים אנחנו אינה מקודשת ותמוהים דבריו ואין בזה שום הוספ' רק כיון דאין אדם משים עצמו רשע דאין שם עדות על עצמו כלל והוה כאילו לא אמרו כלל שהן רשעים רק שנתקדש' בפניהם והקידושין קיימין דבמה שאמרו שנתקדש' בפניהם דסתמו כשרים הן מקודשת וראי' לזה מכתובות גבי עדים שאמרו כת"י היא זה ופסולי עדות היינו דנאמנין לפסול השטר וכ' הר"ן שם דאם אמרו פסולי עדות מחמת עביר' דפלגינן דיבורא וכן קיי"ל בח"מ סי' מ"ו וה"נ הרי השטר תלוי בהא דאם פסולין הן השטר לאו שטר הוא לענין משעבדי כמו שהקידושין אינן קידושין בעדים פסולין ואפ"ה אמרינן פלגינן דיבורא אך דברי מהרי"ט גופייהו שהביא ראי' לפסול העדות שעשו עביר' בשעת חתימ' מהא דק"ל בהוזמו על הטביח' שנפסל גם עדות גניב' ראייתו תמו' דהא שם פסלו גם העדות שהעידו על הגניב' אף שהי' קודם שהעידו בשקר על הטביח' ובודאי אם העדים עברו שאר עבירה תכ"ד אפי' עברו ע"ז תכ"ד של עדותן לא נתבטל העדות דהא לא אמרי' הוכיח סופו על תחילתו כמבואר בחולין דף מ' גבי שחט ואח"כ חשב ופי' רש"י דאמרינן אח"כ נכנס בו יצה"ר והמיר דתו

וזה שייך לי' אפי' תכ"ד רק משום כבודו דרשב"ג החמירו שם וע' בי"ד סימן ד' סעיף ב' בט"ז ואפי' לרשב"ג נרא' דדוקא שם שייך לו' הוכיח סופו על תחילתו ובודאי מחשבתו הי' כן בתחיל' ושם מחשב' פוסלת אבל לענין פסול עדות דלא נעש' רשע במחשב' ודאי דלא נתבטל העדות דלמפרע ובב"ק אמרו בהדיא טעם אחר בזה משום עדות שבטל' מקצת' בטל' כולה וכ' רש"י שם וז"ל דר"י סבר דלמפרע נפסל ועדות שבטל' מקצת' בטל' כולה דכול' עדות אחת הוא ומוכח מזה דאי לא הי' על כולה שם עדות אחת דהי' כשר אף שנעש' רשע תכ"ד וכן כ' השיט' וז"ל דה"ל כעדות שתחילת' בכשרות וסופו בפסלות ומסיים וש"מ מהא דר"י דעדות שהוזמ' בסופו אע"פ שלא הוזמ' בתחילת' בטל' ודוקא בתובע א' ונתבע א' דומיא דגניבה דטביח' וכו' ע"ש מוכח מדבריו דבב' תובעים ונתבעים דלא שייך בהו עדות שבטל' מקצת' בטל' כולה לא נתבטל אף שבודאי עשו עבירה תכ"ד לא נתבטל עדות הראשונ' מוכח כמ"ש:

סימן נג

אין שומעין היינו אפי' ברשות ב"ד דעדים בלא"ה אין יכולים לכתוב מזמן ראשון דלא עשו שליחותן ומזמן שני ודאי דיכולין לכתוב אפי' כמה שטרות מרצון הלוה ולא א"ש ל' רמ"א וכן כ' בתומים והוא פשוט:

סימן נד

א **ואמר המלו' אבד לי השטר**. הנה בש"ס איכא פלוגתא בזה ואיכא דס"ל דאין כותבין שובר ודוקא שמביא עדים שנשרף השטר ובלא עדים אינו גובה כמבואר בכתובות ר"פ האשה שנתארמל' ומאוד תמוה לי למה יהי' השטר עדיף ממשכון הא אפי' אם נתן משכון שגופו ממון והמלו' טוען שנאנס נשבע וגוב' חובו משום דלוה הוי כאינו יודע אם פרעתיך כמבואר בסי' ע"ב א"כ ה"נ כשהמלו' טוען שנשרף השטר יהי' ג"כ מהימן בשבוע' וגוב' חובתו וא"ל דשטר גרע משום לקוחות דא"כ בשטר דלית ביה אחריות מא"ל ועוד דהא בנשבע ואבד המשכון באונס ג"כ גובה בהשטר מלקוחות. ועוד ק' אפי' בנאבד השטר במקום דאיכא למיחוש שמא יחזור וימצאנו למ"ד דאין כותבין שובר מאי שנא ממשכון דחייב לשלם כשנאבד במקום שאינו ש"ש ונרא' ליישב דשאני משכון שאינו נוטלו רק לזכרון דברים כמ"ש רש"י בב"מ דף פ"א וגם משכון אינו דינו רק כאפותקי סתם ובאפותקי סתם אין הלוה יכול לכופו לסלק אותו באפותקי שהיא זיבורית ודינו בבינונית כמ"ש התומים וכן הדין במשכון כשיש לו מעות ודינו במעות

וכיוצא בזה ואז הוי ממש כשנים שיש להם חוב זע"ז שדינן זה גובה וזה גובה וכיון דראובן תובע חובו משמעון בברי ושמעון תובע מראובן החוב שלו דהיינו המשכון שמסר לו לזכרון ולא לפרעון רק שנעשה שומר עליו ותובע אותו בספק דאפי' המשכון בעין תח"י אינו נחשב לפרעון רק בדין זה וזה גובה הוא וכיון דתביע' הלוה בהמלו' במשכון אינו רק תביעת ספק תביעתו לאו כלום הוא והלו' צריך לשלם להמלו' אבל בשטר כ"ז שהוא בעין תח"י אין הלו' חייב לשלם כלל דלא נתן לו השטר שיהי' חוב על המלו' בהחזרת השטר רק שלא התחייב עצמו לשלם רק בהחזרת השטר ועיין בכנה"ג סי' פ"ב דשטר ברור שתח"י המלו' קיי"ל כגבוי דמי כיון דהנכסים משועבדים בשטר וכ"ז שהשטר בידו הוי ממש בפירעון בידו קודם הלוא' כיון דכגבוי הוא בשעת כתיב' והוי כספק חייב וכ"ז שאין מחזיר שטרו אין עליו שום חיוב לשלם ממון אחר דכבר הי' כגבוי בידי כשהשטר בידו ולכך צריך להביא ראיה שנשרף שטרו דבזה הוי טענות הלוה כא"י אם נתחייבתי לך לשלם ולמ"ד כותבין שוב אינו רק משום תקנה שאם יאבד שטרו של זה יאכל הלה וחדי כדאמר התם ואפילו למ"ש רס"י ע"ב ס"ק ל"ז דלא שייך במשכון דזה גובה וזה גובה מ"מ יש לחלק בין משכון לשטר דהנה הר"ן פ' כל הנשבעין בסוגיא קתא דמגלא הביא קושיא בשם הרמב"ן דאמאי ישבע הלוה דאם או' ג' דינרין הי' שוה הא אם המשכון הוא ת"י המלו' א"צ הלוה לשלם אפילו אין שוה המשכון כנגד החוב דא"כ הכא הלוה אינו יודע אם ישנו המשכון ת"י המלו' או שנאבד הוי כא"י אם נתחייבתי ותי' הריב"ן כיון דהחוב הוא ודאי הוי כא"י אם פרעתיך והר"ן השיג עליו וכ' דאם היה פטור מלשלם כשמשכון הוא בעין ת"י המלו' ודאי הוי כא"י אם נתחייבתי רק שדין הוא כשהמשכון אינו שוה כדי החוב אפילו אם המשכון הוא בעין ת"י המלו' ואינו רוצה להחזיר אף דהמלו' עובר על לאו דלא תחמוד מ"מ הלוה צריך לשלם היתרון ע"ש. ולכאור' ק' א"כ הא דאמר ר"א בב"מ דף פ"א דאם אבד המשכון ישבע ויטול מעותיו ושם אף דבשו' מיירי כמבואר בסוגיא שם ובשו' מודה הר"ן דאם ידוע שהמשכון ישנו ת"י המלו' דא"צ לישבע וא"כ להר"ן כשטוען א"י אם יש ת"י המלו' או שנאבד הוי כא"י אם נתחייבתי ואמאי אמר ר"א ישבע ויטול מעותיו ועכצ"ל דבשו' מודה הר"ן להרמב"ן דדמי לא"י אם פרעתיך כיון דשוה שיעור זוזי ודאי חשיב לפרעון כשאינו מחזירו משא"כ באינו שוה ע"כ הא דאין הלוה משלם היתרון אף דלאו פרעון הוא דהא אינו שוה עכצ"ל דהוי כמו תנאי שהתנ' עמו שלא יתחייב לשלם לו כשיהי' המשכון בעין ת"י ולא יחזור לו וכיון שהתנאי הוא בגוף החיוב הוי כא"י אם נתחייבתי ולפ"ז מיושב קושיא הנ"ל דגבי משכון אם שוה שיעור זוזי הוי כפרעון במקום שהמלו' חייב וממילא הלו' הוי כא"י

אם פרעתיך ושפיר נשבע המלוה שנאנס וגוב' חובו משא"כ בשטר שאינו שוה ודאי דמי למשכון דלא שוה שיעור זוזי דכתב הר"ן דהוי כא"י אם נתחייבתי ובשטר אפשר דאף הרמב"ן מודה דהוי כא"י אם נתחייבתי כיון דע"כ מכח תנאי אתינן עליה דלא שייך בהנייר שם פרעון כלל:

ב **ישבע המלו' היסת.** עש"ך דהשטר שוה פרוט' לראיה. אין להקשות כיון דהשטר ש"פ לראי' אם כן אפילו טוען הלוה שמא גם כן יתחייב לישבע שבוע' שאינו ברשותו כיון (") שהיא ש"פ לראי' והשטר של לוה הוא אחר הפרעון ואפי' בשטרות נשבעין שאין ברשותו כמבואר בסימן ס"ו בש"ך עיין שם זה אינו דשבוע' שאינו ברשותו אין חיוב רק על מי שנעש' שומר מש"ה בהפקיד אצלו שטר של אחר שנעשה שומר לשמור הראיה של חבירו ומש"ה חייב לישבע שהראי' אינו בידו כבר אבל במלוה שיש בידו שטר על הלו' לא נעש' נגד ההלוא' שומר לשמור הראי' שלו שאם ירצה לשרוף השטר מי ימחה בידו דהא ראיה שלו היא ולא נעשה שומר על של חבירו רק על הנייר לצור עפ"י צליחתו וזה אינו שוה פרוטה ובשומרין בעינן שוה פרוטה כמבואר:

ג **כשכותבין שובר.** עש"ך סק"ח דהסכים דשובר מוקדם כשר וכ' שהוא פשוט ובתומים תמה ע"ז דהא בב"מ כ' הקשה דניחוש לשמא כ' בניסן ומשני איתא לדשמואל והקשו התוס' דלמא מכר במעמד ג' שאינו יכול למחול וכן מהרש"ל הק' דדילמא חייב לאחרים ובדר"נ א"י למחול ותירצו דבכתובה לא שייך מעמד ג' וגם דר"נ ע"ש ואם כן בשט"ח אין מחזירין השובר וה"ה לשובר מוקדם. ולפעד"נ דלק"מ דאם באנו למיחוש למעמד ג' ע"כ צ"ל דחיישינן לקנוניא דהא הלוה יודע ג"כ מהמכירה וע"כ אם באת לחוש צריך אתה לו' שעשו קנוניא ביניהם ולקנוניא לא חיישינן רק בנפל כמבואר בכמה דוכתי ואף דהש"ך ס"ל בסי' ל"ט סעיף כ"ד דאפילו בלא נפל חיישינן לקנוניא היינו שאו' כן בשעה שידוע שחב לאחריני אבל לחוש לשמא חב לאחריני ולקנוניא לא חיישינן דהא שובר שאין בו זמן כשר וכמו שאבאר בסמוך וגם מה שהקשה שחייב לאחריני שפיר כ' הש"ך בסימן ס"ח ס"ק י"ט דלא חיישינן לזה דהא אי בעי קלי' או קרע ליה לשטרא ומה שהקשה בתומים שם סי' ס"ה דתינח אי לא איתחזק אבל אי איתחזק החוב בב"ד ליכא מיגו וכו' לא ידעתי מאי קא קשיא לי' דהא כיון דהשתא לא ידיעי אי חייב לאחריני ודאי דהרשות ביד הלוה לפרוע ויפטור אף מהמלוה שלו כמבואר בסי' פ"ו ס"ח דכל זמן שלא התרו בו ופרע להמלוה נפטר ע"ש וא"כ כיון דהשתא לא ידוע יש לו מיגו דאי בעי החזיר לו שטרא והיה או' דעכשיו פרע לו ונפטר ומש"ה רשאי לכתוב לו שובר בלא זמן דליכא למיחוש למכירה מטעם הנ"ל ובב"מ מקשה שפיר דבנפל חיישינן לקנוניא

וא"ל דהא יכול לכתוב שובר בלא זמן דלפי הס"ד דליתא לדשמואל ודאי דלא היה רשאי לכתוב שובר משום פסידא דלקוחות אבל לפי המסקנא דקיי"ל דאיתא לדשמואל וליכא חשש פסידא דלקוחות יכולים לכתוב אף שובר בלי זמן דאם ירצה להפסיד ללקוחות אף עכשיו יכול למחול ואין לחוש משום מכירה במעמד ג' דלזה צריך קנוניא ולקנוניא לא חיישינן ואי משום שחב לאחריני הלא בלא זה יכול לקרוע לשטרו וכמש"ל וכיון דיכול לכתוב שובר בלא זמן כמו כן כשר בשובר מוקדם דשובר בלא זמן ג"כ דינו כמו מוקדם ואי"ה בסי' ס"ח יבואר יותר:

ד **אם זוכרין זמן** עש"ך סק"ט שכ' דאם העדים יודעים זמן השטר צריכים הם לכתוב זמן השטר שלא יפסידו למלוה שלא יהיה יכול ללות סך הנזכר בשובר אם לא שיודיעו ואם לא עשה כן השובר פסול וכתומים מביא ראיה לדבריו מב"מ דפרי וניחוש דילמא מכר' כתובתה וכו' ומאי קושיא הא כשתרצה להערים תוכל לילך לעדים ולכתוב שובר בלי זמן וכו'. ולפענ"ד אין כאן ראיה דודאי לפי מה דס"ד דליתא לדשמואל ודאי אסור לכתוב שובר בלא זמן שלא להפסיד ללוקחים. ומ"ש דבמכירה לא יספיק אף שיכול למחול דהא אכתי איכא חשש דילמא מכר' במעמד ג' עיין שם שהאריך ולפמ"ש לעיל לק"מ דלמעמד ג' ליכא למיחוש דלחשש מכירה במעמד ג' צריך אתה ג"כ חשש קנוניא ולקנוניא לא חיישינן כשלא נפל וגם בלאו הכי לתי' קמא של התוספות שם לא שייך כלל החשש מכירה במעמד ג'. אך מסתברא כהש"ך דכל כמה דלית בהא דלא כתבינן זמן משום תקנת הלוה כיון שזוכרין ודאי פסול כשכותבין בגוונא דשייך פסידא למלוה כמו שטר מכירה מאוחר פסול משום חשש דלמא יחזור וימכור ה"נ בשובר פסול כיון דאיכא למיחוש שמא יחזור וילוה בו בשלמא במקום דאיכא חשש פסידא דלוה ודאי חיישינן יותר לפסידא דלוה כיון דעיקר מה שמחויב לשלם בכתיבת שובר הוא רק תקנה משום עבד לוה לאיש מלוה אבל במקום דליכא משום פסידא דלוה צריכין לכתוב ג"כ שלא יהיה בו משום פסידא למלוה ומה שהביא ראיה לסתור דברי הש"ך מתוס' ב"ב קס"ט ע"ב ד"ה בעלמא דסיימו שם וז"ל ושמא אנו גוזרין דהיינו שמא יכתבו שובר בלא זמן ושם מיירי דיודעין זמן השטר דהא כל הענין שם אי נכתוב מזמן ראשון וכיון דביודעין זמן השטר הדין כן שצריכים לכתוב זמן מה גזירה שייך בזה וכו' ע"ש. ולפענ"ד אין זה ראיה כלל דהא יש לומר דמיירי שיודעין זמן שנעשה בו השטר דהיינו יום הקנין ואין זוכרין אם כתבו אותו יום ג"כ בשטר או אפשר שאחרוהו לשטר לאיזה סבה בלא ידיעת המלוה שלא נמחל השיעבוד וכיון דאין זוכרין זמן הנכתב בשטר הדין בכתיבת שובר שלא לכתוב זמן בשובר ושייך גזירה שפיר:

ה **שובר שנכתב סתם מבטל כל שטר** והיינו אפילו שטר שהוא עדיין תוך זמנו ולא אמרינן גבי' חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו כמה שכ' התומים ע"ש:

ו **דינרים סתם**. עיין תומים שהביא תשובת הרא"ש בלוה שיש בו כת"י בקבלת רבית באופן שחייב לנכות מהשטר שהוא רבית קצוצ' רק שא"י כמה ופסק דהמלוה ישבע וכ' תומים דלא דמי לשובר שכ' בו דינרי סתם דנכתב לבטל השטר אבל הכא הוי כשני שטרות דהוי בדין זה גובה וזה גובה וכו' ע"ש:

סימן נה

א **והוא שלא יהיה אנוס** בספר קצה"ח הביא כאן מחלוקת שהביא הרב בהג"ה בי"ד סי' רל"ב סעיף י"ב באם לא הי' אנוס רק ביום האחרון אי נחשב אונס ודעת האגודה דלא קרוי אונס ומוכיח זה מהא דגיטין שהיה נטמן ביום אחרון של י"ב חודש מדהוצרך להלל לתקוני דהא נאנס ביום אחרון והקשה בס' הנ"ל דבית בבתי ע"ח אפי' אירעו אונס שלא היה יכול לפדותו כל השנה ג"כ אינו חוזר והטעם כיון דתיכף נקנה ללוקח אלא שציותה התורה על תנאי שיהי' רשות ביד הלוקח לפדותו הוי כמו אונסא דרחמנ' לא חייביה וכו' ואין דבריו נכונים דבית בבתי ע"ח מוכח בערכין דהוי כמו הלואה דאמר התם רבית גמור' והתורה התירה וכן מאן דס"ל התם דהוי כמו רבית ואינן רבית היינו מטעם משום דס"ל דצד א' בריבית מותר משמע ליה דלא הוי רק הלואה ואף שכ' הרשב"א בגיטין דף ע"ה דבתי ע"ח הוי במכיר' ע"ת מ"מ הא כ' שם בעצמו דדמי לתנאי דכשיהיה לי מעות אחזיר לך והיינו דכשיתן לו מעות נתבטל המכיר' למפרע והמעות יהא הלואה למפרע דהא בהדיא אמרו דרבית גמורה הוא ודמי ממש להתנה ואמר הרי אני מוכר לך ביתי ואם אתן לך מעות עד זמן פלוני דודאי בתנאי כזה אם נאנס ולא נתן נתבטל המכירה למפרע דבכיוצא בזה שייך אונס רחמנא פטרי' דהא ודאי אם התנה המוכר או הנותן הרי אני מוכר או נותן לך ביתי אם לא באתי דאם נאנס ולא בא נתבטל המכירה דדמי לאונס' רחמנא פטריה דדוקא כשהתנאי תלוי בלוקח או במקבל מתנה כגון שהנותן התנה ואמר הריני נותן לך שדי באם שתעשה דבר פלוני והמקבל נאנס חשוב כאונסא רחמנא לא חייבי' אבל כשהנותן התנה בתנאי שעליו לעשות ונאנס חשוב כאונס רחמנא פטריה רק בגיטין מהני משום דאין אונס בגיטין אבל במכירה כשנעשה מחמת אונס נתבטל המכיר' וחשיב כעין אונסא רחמנא פטריה א"כ ה"נ נבי בתי ע"ח כיון דחשיב כאלו התנה ואמר הריני מוכר לך בית זו אם לא אתן לך דמים עד שנה אם נאנס בנתינת דמים היה ראוי שיתבטל המכירה כמו התנאי דאם לא באתי ונאנס וא"ש קושית האגודה אך לא

היה צריך להוכיח זה כלל דהא אם אין לו מעות כל השני שנים אין לך אונס גדול מזה ואפ"ה אינו יכול לפדותו אחר ב' שנים דהא והשיגה ידו כתיב וכן מה שהוכיח מהא דכתובות דאע"ג דהיה יכול לבוא בתוך השני שנים כיון שנאנס ביום אחרון דהוי אונס לא היה צריך להוכיח כלל דודאי מוכח בכל הסוגיות כן דהא קאמר ואתא בסוף תלתין ומיפסקי מברא משמע דפסקו מברא בסוף וגם אין מהסברא שיהיה צריך להיות אונס מיום התנאי לכן נראה דודאי גם האגודה מודה דבגיטין וקידושין וממון אפי' נאנס בסוף סגי כדמוכח מטעם דאדעתא דהכי ודאי לא אתני ואומדנ' דמוכח הוא רק באונסי דשכיח אמרינן דה"ל לאתנויי משא"כ בלא שכיח אמדינן דלא אסיק אדעתא לאתנויי משום דלא שכיח ולא פליג רק בנדרים וגם הש"ע לא הביא הפלוגת' רק בי"ד בהל' נדרים סי' רל"ב סעיף י"ג ולא הביא פלוגת' זו גבי ממון בח"מ ולא גבי גט באה"ע ונראה דדוק' בנדרים ס"ל לאגודה סברא זו דס"ל דהא דבנדרים כשנאנס מותר אינו משום דאדעת' דהכי לא נדר דכל כה"ג דאיכא למימר אדעת' דהכי לא נדר צריך היתר חכם דכל שאלת נדרים הוא כך דמשוה ליה לנדר טעות כמבואר בנזיר פרק ב"ש ואפ"ה צריך היתר חכם רק שנדרי אונסים התירה רחמנ' מטעם דאונס רחמנא סטריה וס"ל לאגוד' דלא מיקרי אנוס שלא יהיה צריך היתר חכם רק שיהיה אנוס ולא היה אפשר לו כלל לקיים דאז שייך לומר אונס רחמנ' פטריה אבל כשהיה אפשר לו לקיים נדרו רק שפשע ודחה על יום האחרון ואז נאנס לא מיקרי אנוס לגמרי ולא שייך בזה לומר אונס רחמנא פטריה רק דאיכ' למימר אדעתא דהכי לא נדר דאי הוי ידע שיאנס ביום אחרון דהוא נתן לעצמו זמן גדול דהיינו שיהיה יום האחרון ג"כ במשך הזמן אך דזה צריך שוב היתר חכם כמו בכל נדר אדעתא דהכי לא נדר ומביא ראיה מגיטין מבית בבתי ע"ח דאף דשם לא מהני אונס אם נאנס הלוקח אפי' כל השנה ס"ל להאגודה דדוק' באונס שהיה ללוקח מחמת עצמו כיון דכתבי' רחמנא שאם לא יגאל תוך שנה שיהיה מוחלט ולא איתני באונס שלא יהיה מוחלט משמע דרחמנא הקפיד שיהי' מוחלט אפי' אם יהיה אונס דגבי רחמנא לא שייך לחלק בין אונס דשכיח ללא שכיח ולומר דלא אסיק אדעת' להתנות כיון דלא שכיח אלא אמרי' מדלא אתני רחמנא באונס ש"מ דאפי' אם לא יגאל מחמת אונס שיהיה לו שיהיה מוחלט ומ"מ ס"ל לבעל האגודה כיון דהלואה גמורה הוא והוא לא ביטל התנאי וכשנטמן הוי אונס דאתי לי' ע"י הלוקח ועל כרחך כיון דבמשך כל הזמן לא מיקרי אונס גמור מחמת הלוקח ולא שייך גבי' לומר אונס רחמנא פטריה והכא נמי דכוותיה דלא מיקרי אונס גמור להיות ניתר בלא היתר חכם אבל בהיתר חכם ודאי דניתר דהא איכ'

למימר אדעתא דהכי לא נדר והכא נמי בקנין ובגיטין בתנאי ודאי דבטל אפי' נאנס ביום אחרון מטעם דאדעת' דהכי לא אתני כנ"ל:

ב **השליש פטור** עסמ"ע סק"ה ולכאורה אינו מובן דמה הפרש יש בין שחתמו שקר או מסרו שטר פרוע שהוא שקר ונראה לפרש כשחותמין מיד יצא הקול שנשתעבדו נכסיו וא"י למכור שום נכסים ומזיקין אותו תיכף והוא גרמי כיון דההיזק נעשה מיד משא"כ בחזרת שטר פרוע אין יוצא קול ולא נעשה ההיזק מיד רק בשע' שגובה וגם לא ברי הזיקא דאימר לא יגבה והוי כגרמא בנזקין דפטור:

ג **אינו גובה רק מבנ"ח** עיין תומים שהקשה כיון דס"ל דבעי קנין יגבה ממשעבדי מחמת קנין. ולפענד"נ דל"ק דהא בעצמו כתב בסי' קכ"ט (ובשאר סי') הטעם דערב שלא בשעת מתן מעות דבעי קנין ומ"מ אין גובין ממשעבדי כיון שצריך הקנין לגוף החוב לא מועיל הקנין נגד משעבדי רק במקום שא"צ לגוף החוב קנין אז מהני הקנין למשעבדי וא"כ הכא דבעינן הקנין לגוף החוב לא מהני קנין נגד משעבדי אך על הסמ"ע שכתב דאפי' מבנ"ח אינו גובה קשה דיהא חייב מחמת הקנין לכן נראה דמיירי שהקנין היה באם שלא יפרע לו יתן לו השטר דבכה"ג ג"כ יכול לחייב עצמו כשכותב לו שטר חוב על עצמו ומקנה לו השטר בק"ס רק הכא לא מהני כיון דהאי שטרא כבר נמחל שיעבודו והוי חספא בעלמא לא נתחייב לו כשהקנה לו בלשון כזה כנ"ל לפרש דברי הסמ"ע:

סימן נו

א **שליש** עש"ך סק"א עד דא"כ מאי פריך רבא הא לא דמי כלל דהתם כיון דאיתחזק בב"ד אי בעי קלתי' דאזלינן בתר איתחזיק וכו' והלא אם ירצה להכשיר השובר ע"כ מוכרח הוא להביאו לב"ד ולכאורה אין לו הבנה דהא יכול להכשיר השובר שיחזיר השובר ליד הלוה וגם הוא שפת יתר דהא כבר כתב דל"ד לכן נראה בכוונתו דלכאורה אינו מוכיח במ"ש דל"ד שובר דאיתחזק לשטר דאיתחזיק דלכאורה דמיין ממש דהא כמו בשטר דאיתחזיק כשאינו אומר השליש כלל הדין דלא יחזיר לא לזה ולא לזה ומהני אמיר' השליש להחזיר ללוה כמ"ש הש"ך סי' פ"ה ס"ק ז' ה"נ בשובר דאיתחזק כיון דאילו לא אמר השליש כלל הי' ג"כ הדין דלא יחזיר לא לזה ולא לזה והשטר שביד המלוה כשר כמ"ש הב"ש באה"ע ס"ס ק"י ע"ש ובתשובות פ"י סי' ה' ע"ש ומהני אמירת השליש להחזיר השובר ללוה ולפסול השטר וע"כ דהוא מטעם נאמנות השליש וא"כ שפיר מקשה דמה"ת לא נסמוך על השליש ג"כ בשטר דאיתחזיק ג"כ להחזירו ללוה ולזה כ' הש"ך דיש לחלק בין שטר דאיתחזיק לשובר דאתחזי' דהא לכאורה קשה מה"ת

לא יהי' נאמנות השליש כשאומר בשעה שמראהו ששטר זה פרוע דהא מגו מעליא הוא דאי בעי לא הוי מראהו ועכצ"ל כיון דלא אמר שהוא פרוע קודם שמראהו הוי כהודאה שהשטר כשר ושוב אינו נאמן לומר שהוא פרוע משא"כ בשובר לפני ב"ד שיש לו שובר כשר נגד שטר שביד ראובן ודאי לא יאמינו לו הבית דין כלל לקלקל השטר שביד ראובן כיון שאין מראהו ונמצא שבשעת אמירתו אינו נאמן כלל ולא שייך על זה שם הודאה ממילא מהימן במגו דלא מראהו כשאומר תיכף בשעה שמראהו אבל העיקר דשליש נאמן בלא מיגו רק שהיה בידו פעם לעשות כמו שאומר עכשיו כמ"ש הש"ך וגם כוונת מהרש"א הוא כן ומ"ש בדברי התוס' בהתי' השני שתירצו דמירי בלא ידעי' אי פרוע אי לא פי' הש"ך שאינו מקויים ג"כ והוא דחוק מאוד ובעיקר קושיתו שהקשה אמאי לא כתב גם בתי' השני דמשמע ליה דאיתחזיק דומיא דיצא אחר חיתום נראה לפענ"ד דהתוס' משמע להו דהא דקתני דיוצא מיד שליש כשר משמע דאפי' אם המלוה מכחיש ענין השלישות ואפי' כשהלוה אינו כאן כגון שמת ובא לגבות מיתומים או מלקוחות שאין כאן פי שטוען ברי אפ"ה כשר השובר ולפ"ז א"ש דבשלמא לפי התי' הראשון דהשט"ח בידו ודאי יש לו מיגו טוב דאי בעי קלתי' וממילא לא הי' יכול לגבות מיתומים אבל כשאין השטר בידו והמיגו הוא דאי בעי הי' מחזיר השובר ליתומים ולכוחות וזה לאו פינו כיון שהיתומים אין טוענין ביי לא הוי מיגו כמ"ש סק"ח ע"ש ומה שמקשה דמשמע מכאן דשליש נאמן בלא מיגו כלל ובסי' מ"א מבואר דאפי' אומר להכשיר השטר בעי מיגו יבואר לקמן בס"ד ומה שכתב הש"ך וז"ל מדקתני רישא יש עליו עדים יתקיים בחותמיו משמע דסיפא דאין עליו עדים היינו דא"א להתקיים כלל וכו' הוכח' זו אינו רק לפי הס"ד הש"ס בב"מ כ' דיתקיים בחותמיו היינו קיום אבל לפי המסקנא שם דיתקיים בחותמיו דשיילינן לעדים וכו' ע"ש ליתא להוכחה זו:

ב **נאמן כשני עדים** עש"ך סק"ב דאם ע"א מכחישו אינו מחויב לישבע לא ש"ד ולא ש"ה ובתומים תמה דהא אם הי' ביד הלוה גופיה והיה טוען עליו בע"א היה צריך לישבע שבועה דאורייתא או היסת ואין השליש נאמן כב' עדים רק בגוף השלישות שאם ע"א אומר שאין להחזיר השלישות השליש נאמן יותי ממנו ויכול להחזיר ולא הוי כממון המוטל בספק אבל יכול לתובעו אחר החזר' בע"א וכתורה יעשו לו להשביעו עכ"ל. ולפענ"ד תמוה מאוד דבריו דא"כ אפי' ליכא ע"א והשליש הוא עד פסול יהי' חייב לישבע היסת אחר החזרה כמו בליכ' שטר כלל ובהדי' אמר בסנהדר' גבי האי איתתא דנפיק שטר' מתותי' ידה דהימני' ומשמע דנאמן לגמרי וכן הוא בהמחבר ואפי' הוא קרוב נאמן ומשמע דנאמן לגמרי לכן נראה ברור דהעיקר כהש"ך והטעם לזה דדוקא בדבר שלא

היה יכול השליש לעשות כלל לא שייך לומר שהאמינו משא"כ הכא לענין שבועה כיון דהשליש היה יכול לפוטרו משבועה דהא כתב הש"ך בס"ק ה' דכשהשטר ביד שליש דנאמן השליש אפילו הלוה א"י כלל מזה כגון שאמר שמחל לו דנאמן השליש ובכה"ג ודאי דפטור הלוה משבועה דהא א"י כלל וכיון שמסרו המלוה בידו וידע שיכול לפטרו משבועה ולא ירא ממנו ודאי הימני' אף לענין שבועה ועדיף מנאמן עלי אבא דאינו יכול להשביעו שוב כיון דהימני' וה"נ הוי כאלו הימני' בפי' ואמר נאמן עליו השליש אבל להיפך אם הלוה רוצה להשביעו למלו' ודאי דמצי להשביעו לא מיבעי' אם המלוה מסר השטר ביד השליש דהלוה לא הימניה כלל אלא אפילו אם הלוה מסר השטר ביד השליש מ"מ כיון דאי אפשר כלל להשליש לפטור המלוה משבועה כשיטעון ישבע לי דלא מיבעי' אם יטעון שפרע אחר שהלוה ודאי דחייב כמבואר בש"ך ס"ק כ"ה דאי אפשר כלל ללוה למיפטר אלא אפילו טוען שפרע מקצת מקודם חייב לישבע דהכא אין השליש יכול לומר שהלוה עשה משטר פרוע שטר כשר והמלוה אינו יודע מזה דאי אפשר לעשות משטר פרוע שטר כשר כמבואר בסי' נ"ה בש"ך סק"ו ע"ש וכיון דאי אפשר לשליש לומר באופן שיהי' המלוה פטור משבועה הרי לא הימני' לפטור להמלוה משבועה וחייב לישבע וכשהשטר ביד שליש לא עדיף מאלו השטר ביד המלוה ובמקום דחייב לישבע אם השטר ביד המלוה חייב ג"כ לישבע כשהשטר ביד השליש כנ"ל:

ג **ואפילו כתבו** עיין תומים דאם מסרו הכתב שלישות להשליש נאמן כיון דבידו לגוזלו הימני' אבל אם השליש מסר הכתב ליד הבע"ד אינו נאמן אם לא שיש לו מיגו דהחזרתי או נאנסו והדין עמו כיון שכתב על עצמו שהושלש בידו על תנאי זה וכשלא יתקיים מחויב להחזיר הוי ממש כשטר פקדון שאינו נאמן לומר לקוח אח"כ כשאין לו מיגו דהחזרתי דהוי כעידי פקדון וראה וה"נ אינו נאמן לומר שהקנה להאחר אח"כ על איזה תנאי אחר:

ד **הכחישו** עש"ך סק"ה שהאריך וקצת דבריו צריך ביאור קצת דמ"ש על הב"ח בד"ה והנה הרא"ש דכשהלוה טוען ברי לי שממני נפל שצריך לישבע נגדו והוי עד הצריך שבועה וכו' הוא תמוה לכאורה דאפי' אם החזיר השליש השטר למלוה שלא כדין פטור מלשלם כמבואר בסי' נ"ה בהג"ה וכל דבר שאם יודה אין מתחייב ממון אין חייבין על כפירתו שבוע' כמבואר בסי' פ"ז ובאמת לק"מ דמיירי שהשטר עדיין תח"י השליש והלוה תובע החזיר לי שטרי שנפל ממני ודאי דחייב לשבע כמו בתובע למלו' החזיר לי שטר הפרוע שלי דחייב לשבע כמבואר בסי' נ"ד סעיף ב' ועש"ך שם סק"ד הטעם כיון דשוה פרוט' מחמת הראי' שבו והכא נמי דכוותיה בתובע לשליש ואם כבר החזי' באמת

אין עליו שבועה רק באם הנייר שוה פרוטה לצור דהנייר של לוה היא כשכבר פרוע ואפי' אינו שוה פרוט' דאין חייב לישבע מ"מ הוא נוגע בעדות דמוכרח הוא לו' שהחזיר כדין דבהחזיר שלא כדין משמתין אותו עד דמסלק הזיקא כמבואר בסי' נ"ד ע"ש. עוד כ' בד"ה והשת' נמי אתי שפיר הא דלא האמינו הרא"ש ללוי במיגו וכו' עד דנוגע בעדות הוא כיון שהוא מכחישו ותובע השליש עצמו וכו' לכאורה ג"כ תימה דמ"ש מהא דסי' ל"ז סעיף י"ג דכשהשוכרים אוחזים השכירות בידם ואומרים שרוצים ליתן למי שיזכ' בדין ה"ז מעיד וה"נ הרי השטר בידו ואומר שרוצ' ליתן למי שיזכ' בדין מה"ת לא יעיד והרא"ש מיירי אפי' כשהשטר בידו עדיין ע"ש ולק"מ דש"ה גבי שוכרים דבמה שתובעין אותו בעסק שכירתן אין מכחישין מידי דהא הן מודים ששכרו מהמחזיק וכשיש מערער הב"ד פוסקים שיניחו השכירות ביד ב"ד ואין נוגעים בשום דבר וכשהן מעידין שהמחזיק אכל ג' שנים מעידין הם בדבר שאין שייך להם כלל ואין עליהם שום עסק שבועה כמו בשאר עדים. משא"כ הכא דבהכחשתו שמכחיש להתובע אותו אנו רוצים להחשיב הכחשתו לעדות דהא המלו' תובע אותו החזיר לי אבדתי שמצאת ואם תודה הב"ד יצוה ליתן לי ואתה גוזל אותי במה שאתה מכחיש ממני ודאי דצריך הוא לשבע נגד כפירתו דממון גמור היא כופר לו דודאי אין עולה על הדעת כשאחד יטעון על חבירו החזיר לי חפץ זה שבידך שהפקדתי אצלך והלה או' לא הפקדת אצלי ושל אחר הוא שיהי' פטור משבועה:

ה **השליש נאמן**. עש"ך סק"ה האריך לפלפל במכחיש לשליש וטוען לפקדון נתתי לך או נפל ממני ומצאת או גזלת ממני והאריך להוכיח דאין השליש נאמן והא דבגיטין בבעל או' לפקדון ושליש או' לגרושין דהשליש נאמן היינו בטוען לפקדון על תנאי כך וכך דהוי כמוד' ענין השלישות ובאמת הוא תמוה מאוד כמו שתמה בתומים ובפ"י דהא בש"ס מקשה התם קיבל למה לי פי' ליהמני' לשליש כי אמר לגירושין ולדברי הש"ך מאי מקשה הא בעינן עידי קיבל משום דילמא מכחיש הבעל ויאמר לפקדון גמור וגם הוא דחוק מאוד לפ' במה שאמר בעל אומר לפיקדון דהיינו על תנאי כך וכך דכל כה"ג ה"ל לפרושי ובתומים מחלק דלא מהני הכחשת שלישות רק במקום דשייך לומר אם איתא כמו שיאמר השליש לדידיה הוי יהיב לה ניהליה כמו בגטין דף ס"ד ואז תליא בפלוגתת הפוסקים באה"ע סי' קמ"א אי הלכה כר"ה או כר"ח דלהפוסקים דפסקי כר"ה התם מהני כאן בטוען נפל ממני ולהפוסקים כר"ח דלא ס"ל סברא דאם איתא לא מהני הכחשת שלישות והרא"ש ס"ל כר"ח ומש"ה פסק בכלל ס"ח דמהני הכחש' ומיירי במקום דהי' שייך אי איתא וגם זה דוחק דכל כה"ג ה"ל להרא"ש לפרושי דמיירי בעיר

אחת ומה ששיירתי דרך לעצמי. ולפענ"ד הוא נכון מאוד ובזה השוו כל הפוסקים ואין כאן מחלוקת בין הפוסקים כלל. וגם דברי הש"ך יתיישבו קצת שלא יהי' תמוהין כ"כ דהנה בהא דסנהדרין דף ל"א בסוגיא דשליש יש לתמוה הרבה וביישוב דברי הש"ס יתיישבו קו' הנ"ל דהנה הרשב"א הובאו דבריו בש"ך סי' ס"ה סק"ז תמה דלמה לי התם לנאמנותו של שליש דל נאמנות מהכא הא ה"ל שטר הנמצא ביד שליש וא"י מה טיבו ורבא נמי דאמר מיגו דאי בעי קלתי' למה לי מיגו הא בלא"ה איתרע האי שטרא ומזה הוכיח דשטר הנמצ' ביד יורשי הנפקד דמחזירין למלוה דלא איתרע רק בנפל לשוק ולא מרעינן שטר הנמצא ביד אחד וא"י מה טיבו רק כשנמצא ביד שליש והוא מרע מחמת שהוא שליש ועשאו כב"ד ממש שיהי' ספיקו של השליש כספיקו של בע"ד ודאי כודאי עכ"ל הרשב"א בתשו' ולפ"ז תימה דא"כ למה לי' להש"ס לאקשויי מבריית' ה"ל להקשות לר"נ דלא הימני' ממתני' דשטר הנמצא אצל השליש וא"י מה טיבו דאפי' ספיקו של השליש מרע לי' לשטר". ועוד תימ' הא בסי' מ"א סעיף ד' מבואר דכשהנפקד או שהשטר של המלוה דנאמן מטעם מיגו. וע' תומים שם דכשאיתחזק השטר בב"ד דלית לי' מיגו אינו נאמן ותימה דהא שליש נאמן בלא שום מיגו. ועש"ך שם ובטור מבואר בהדיא הטעם משום מיגו. עוד תימ, לר"נ דס"ל דשליש לא מהימן וכי יפלוג אר"ה ור"ח בגיטין ס"ד דשליש מהימן כשאינן בעיר אחת ועוד דאמאי לא מקשה בסנהדרין ממתנית' דמקשה בגיטין זה אומר כך וזה או' כך השליש נאמן דשם ג"כ איירי דליכא מיגו מדמקש' מינה בגיטין לרב הונא דבמקום מיגו אפילו ר"ח מודה כמבואר שם בשלמא הא דלא מקשה בגיטין מברייתא דסמפון דמקש' מינה בסנהדרין י"ל דרצה להקשות להוכיח דשליש נאמן אפי' במקום דשייך סברא דאי איתא כמ"ש התוס' בגיטין בד"ה מתי' רבי אבא ע"ש והיינו עכצ"ל דמיירי אפי' שהשליש או' שהיה בעיר אחת במקום דשייך אי איתא משא"כ בברייתא דסימפון דמיירי ע"כ במת השליש כמ"ש הש"ך ס"ק י"ב וא"כ היאך אפשר לידע שהי' במקום דשייך אי אית' לכך לא מקשה מינה בגיטין אבל הא ודאי תימ' דאמאי לא מקשה בסנהדרין מברייתא דשליש נאמן דמקש' מינה בגיטין. עוד תימא דאמר התם בסנהדרין מאי דעתך דאותיות נקנית במסיר' ומשמע לכאורה דהיינו דנאמן במיגו דלקוח וקשה להרמב"ם דפסק דאפי' אותיות בעי כתיב' ומסיר' נאמן לו' לקוח ושטר הי' לי' ואבד עסי' ס"ה וזה ק' אף ללישנא דאמר התם כיון דאיתחזק בב"ד מיגו דאי בעי קלתי' לא אמרי' מ"מ ליהימן במיגו דלקוח עוד תימ' מה שתמה בתומים אהנך דפסקי כרב נחמן בשליש מהך סוגי' דגיטין (ומתוך תמיהות אלו וישובן נתחדש לי הרבה דינים) ולזה נרא' דסוגי' דגיטין וסוגיא דסנהדרין שני נושאים הם דהא דאמרינן

בסנהדרין מאי דעתך דאותיות נקנית במסיר' לאו משום מיגו דלקוח הוא דאכתי לא אסיק אדעתי' מיגו כלל רק הטעם כמ"ש רש"י שם אותיות נקנית במסירה וקנאתו והוי כדיד' ונאמנת לו' פרעתי עכ"ל והיינו דשליש קנין גמור אית ליה בהחפץ שהקנ' לו שיהי' כך אם יאמר כך כמ"ש התו' בגיטין ע"ש וטוען שליש אני דמי ממש לטוען לקוח הוא בידי דמה ליה אם טוען לקוח הוא בידי לגופו או לפירותיו או לשאר איזה קנין או שטוען קניתי ע"מ להקנות דשייך ג"כ קנין על מנת להקנות כמבואר בנדרים דף מ"ח ע"ב ושפיר כ' רש"י דקנאתו דהוי כדיד' ונאמנת לומר פרעתי וכן כ' הרשב"א בתשו' סי' א' ל"ה דאפי' ספיקו של השליש הוי כספיקו של הבע"ד דעשאו כבע"ד ממש ע"ש הרי מבואר בהדי' דבמטלטלין או בשטרות למאן דס"ל דנקנין במסירה אפי' ר"נ מודה דשליש מהימן ובל' שום מיגו מטעם דשליש קנאו לזה שיהי' כמו שאו' ולא פליגי רב נחמן ורבא רק בשטר ואליב' דמאן דס"ל דלא מצי להקנות שטר בלא כתיבה ומסירה כדמוכח בסוגיא שם וכמ"ש ואין בו קנין בזה ס"ל לרב נחמן כיון דאין בו קנין לא הוי כשלו להיות נאמן עליו ורבא ס"ל אף דלא מהני מסירה לקנין מ"מ כיון ששניהם מודים שעשאוהו שליש ביניהם נתרצו שיאמיניהו שיהי' כך אם יאמר כך ודמי לאומר נאמן עלי אבא כמ"ש הפוסקים ובזה מיושבים כל הקושיות דלא הוי מצי להקשות מברייתא דשליש נאמן משניהם דהוי מצי לאוקמי במטלטלי וכן מברייתא דקתני וכן לשטרות וממתני' דשטר הנמצא ביד שליש וא"י מה טיבו לא הוי מצי להקשות דהוי מצי לאוקמי כר' דאמר אותיות נקנית במסירה ולר' אפילו רב נחמן מודה כדאמר התם מאי דעתך דאותיות נקנית במסירה ולהכי מקשה מברייתא דסימפון דסימפון אינו בר קנין וע"כ אפילו בדבר דלא קנאו השליש מהימן ובגיטין גם רב נחמן מצי סבר אפילו כר"ח דשליש מהימן דשם בדאיכא עדים שהוא שליח לקבלה מיירי וכשנותן להשליח שיהיה לגירושין אם יאמר לגירושין קנאו והוי כדידי' דהא הוא כאשה ממש וגם מה שהקשיתי להרמב"ם לק"מ. ומש"ה אני או' דאפילו לרבא יש חילוק בין מטלטלין לשטר לענין אם מכחיש השלישית וטוען נפל ממני או גזלתני לפמ"ש דשליש קנין ממש אית ליה ומצינו חילוק לענין אי טעין לקוח ממש והלוה טוען נפל ממני או גזלתני בין מטלטלין לשטר דבמטלטלין כשטוען לקוח אין הלה נאמן לומר נפל ממני או גזלתני ובשטר כשטוען לקוח נאמן הלה לומר נפל ממני ושאר טענות. והטעם כ' הרמב"ן בספר הזכות בכתובות פ' הכותב לפי שמטלטלין נקנין במסירה והגבהה ותפיסת עצמו שהוא תופס בהם הוא קונה לו נאמן הוא לו' לקוחין הן בידי ולא מפקינן ממונא מת"י דמוחזק אבל בשטר שאין תפיסתו קנין ואין מוחזק כלל אלא בנייר שלו אם טוען בענין כך נמסר לי עליו הראי' שאין שיעבוד השטר יוצא מחזקתו

של מלוה הכתוב בשמו אלא דלמ"ד אותיות נקנית במסיר' קסבר רבא כיון דתפיסתו קנין דהא בכל מסירה הוא קונה עשוהו כשאר מטלטלין שנאמן ואביי סבר כיון שאין גופן ממון ואין חזקתו אלא בנייר אינו נאמן הא למ"ד אין אותיות נקנות במסיר' אם טוען אגב או המחאה לד"ה אינו נאמן וכן בנ"י בב"ב פרק גט פשוט על מתניתין דשנים שהיה בעיר שם אחד יב"ש וז"ל דסברא הוא דאין תפיסתו ראי' על הכתיב' ולא על האגב וכן מוכח מדברי התוס' בב"מ בסוגיא דרכוב ומנהיג דכל היכא דלא קני לא מיקרי מוחזק ולא מהני מוחזקת שלו לו' עליו חזקה שכל מה שתח"י האדם הוא שלו: ולפ"ז נראה דבטוען שליש אני דינו ממש כטוען לקוח הוא בידי משום הכי במטלטלין דאם טוען לקוח הוא בידי והלה טוען נפל ממנו או גזלתני הדין דנאמן בטענות לקוח והטעם דהוא מוחזק ה"נ נאמן בטענות שליש אני אפי' במקום דלית ליה מיגו דלקוח כגון דאתחזק בב"ד והוד' בפניהם שאינו לקוח בידו ואחר כדי דיבור אומר שליש אינו נאמן דטענות שליש אני הוא כטענת קנין (וכ"כ בתומים דבחפץ ודאי ליתא לדינו של הש"ך רק שכ' שבשטר ג"כ ס"ל שהדין כך לפענ"ד יראה להכריע דבמטלטלין הדין כתומים ובשטר הדין עם הש"ך דבמטלטלין הטעם כפי שכתבתי) משא"כ בשטר שאין מוחזק אלא בנייר ואין גוף השיעבוד יוצא מחזקתו של מלוה הכתוב בשמו ונאמן לטעון ממני נפל או גזלתני נגד טענות לקוח ה"נ נאמן לטעון נפל מפני או גזלתני נגד טענות שליש אני דמה"ת יהי' עדיף טענות שליש אני מטענות שהוא שלו לגמרי שנאמן הלוה לטעון טענות נפילה וגזילה ואפשר שזהו כוונת הש"ך דגבי גט מיירי לפקדון על תנאי כך וכך כוונתו דהא לטענות פקדון ונפילה ממש לא חיישינן בשליח קבלה שהוא כאשה ממש וקני ליה לגט וחזקה שהוא שלה ואפילו טוען כך לא חיישינן משום סברא דאי איתא דלגירושין לדיד' הוי יהיב לה מ"מ לא מרעינן החזקה לגמרי ולא חיישינן רק דחיישינן משום סברא דאי איתא לפקדון ע"ת כך וכך דאז לא שייך שוב סברא דאי איתא וממילא שפיר קאמר רב חסדא דהימני' כיון דע"כ שליח הוא ובשליח הולכ' כבר כ' הרא"ש ריש גיטין הטעם דלא מהני טענת נפילה דכיון דהימנוהו לו' בפ"נ כן הימנוהו לומר שהוא שליח ועיין פ"י שכ' הטעם משום דבגט שהוא איסור וחשש נפילה הוא רק חשש דרבנן כיון דלא שכיח ובאיסורין אזלינן בתר רובא והימנוהו רבנן בדרבנן עוד נראה לי דבגט אפילו שליח להולכ' הוי מוחזק דהוי כקונה הגוף להקנות להאשה להתגרש בו ומהני מוחזקת שלו משא"כ בשטר שאין השיעבוד נקנה במשיכת השטר. ובזה אתי שפיר כל השו"ת שהביא הש"ך ואין כאן מחלוקת כלל דבתשובת הרא"ש כלל ס"ח מיירי בשטר הנאמן בטענות נפילה וכמש"ל. ולפ"ז לא אתי שפיר מה שלמד מתשובת הרא"ש זה דמיירי בשטר לענין מטלטלין

אם המקבל א"י והנותן (אינו) מכחיש השליש. ולפמש"ל במטלטלין אין הנותן יכול להכחיש השלישות כלל וצריך לדחוק בדבריו דמיירי במטלטלין העשויין להשאיל דאין חזקתו מועלת לטעון לקוח א"נ ג"כ שליש אני רק מטעם מיגו ולפמ"ש מיושב דברי התוס' גיטין ס"ד שכתבו וז"ל ולפ"ז מהמנינן ליה לשליש בדברים העשוין להשאיל כשאינו או' בתורת שאלה רק בתורת פקדון והן תמוהין מאוד כמו שתמה התומים והפ"י ע"ש מה שדחקו בדבריהם. ולפמ"ש א"ש בפשיטות דהתוס' דהכא אזלי בשיטת מ' דודי בשבועות דף מ"ו בד"ה וספרי דאגדתא דבדברים העשוין להשאיל דאינו נאמן דוקא כשטוען הלה שאולין אבל כשטוען נגנבו אינו נאמן במיגו דשאולין וכו' וא"ל הטעם דאינו נאמן בנגנבו משום דאחזוקי בגנב' לא מחזקינן דהא כמה גנבי איכא בשוקא אלא ע"כ הטעם דבדברים העשוין להשאיל לא נתקלקל החזקה רק נגד טענת שאלה ושכירות שעשויין לכך אבל נגד שאר טענות כיון נפילה ופיקדון ונגנבו הדין שוה כמו בשאר מטלטלין. ולפמש"ל דטענות לקוח דמי לטענות שליש מש"ה כשטוען הלה טענות שאלה אינו נאמן לטעון שליש ונגד שאר טענות כגון פקדון נאמן. ולפענ"ד מדברי התוס' אילו הוא ראיה שאין עליה תשובה למ"ש. ולפ"ז לדידן דקי"ל דבדברים דעשוין להשאיל אפילו טענות פקדון יכול לטעון נגד טענות לקוח היה נגד שליש אני ודוקא דליכא מיגו להשליש מהימן אבל במטלטלין דעלמא השליש מהימן וכשהשליש מסופק במטלטלין שהושלשו בידו כיון שהוא תפוס בחזקת שניהם והחלוק' יכולה להיות אמת יחלוקו ועיין בחדושי לקמן סימן ס"ה מה שכתב שם בש"ך סק"ז וכן מוכח מדברי תשובות מהר"ם שהביא הש"ך שלא כתב רק שחייב לשבע ומשמע שנאמן בשלישיתו ולהש"ך צ"ל דמיירי שיש להן מיגו ולא משמע כן מדבריו דמשמע דנאמן מטעם שליש ולפמ"ש א"ש דבמטלטלין נאמן לטעון שליש אני כמו טענות לקוח רק שצריך לשבע ואתי שפיר נמי הך דסי' מ"א דכמו שאין נאמן השליש לטעון שליש אני נגד טענות המלוה כשטוען נפל ממנו רק במיגו ה"נ אינו נאמן נגד הלוה לומר שליש אני מהמלוה כשטוען נפל ממנו דהא אפילו כשהוא תח"י המלוה כשאין כתוב שמו הרבה ס"ל דחיישינן לנפילה ומאן דלא חייש הוא מטעם שכתבו הר"ן והרמב"ן דאמרינן כאן נמצ' כאן היה ותמיד היה השטר בית אבל כשהוא ביד אחר ודאי דמצי טעין טענת נפילה אם לא שיש לו להנפקד מיגו דהי' מחזירו לו כמ"ש הטור ומזה ג"כ ראי' דבמקום דמהני טענות נפילה נגד טענות לקוח מהני ג"כ נגד טענת שליש אני אבל כשמודה הלוה שהשטר לא נפל ממנו ובודאי מיד המלוה הגיע לידו רק שטוען פרעתי ודאי דאינו נאמן דרשות הנפקד כרשות המפקיד מש"ה בכל שלוחים בשטרות דנים עליהם אף שהוחזקו קודם בב"ד וא"ל דלהימן הלוה

במיגו דטוען נפל דזה אינו דמיגו לאורועי שטרי לא אמרינן כמ"ש הכנה"ג בסי' פ"ב רק באינו מקוים דהוי כהפה שאסר דהמיגו היא דאי בעי שתק וכן בשטר פקדון שנאמן לומר נאנסו במיגו דהחזרתי והיינו דיכול לסמוך בשעת פרעון על איזה טענה שיהיה יכול לטעון סומך עצמו ומניח השטר בידו ולא שייך שוב לומר שטרך בידי מאי בעי ועיין עוד בסי' ס"ה מ"ש שם. ולפמ"ש דשליש קנין גמור אית לי' כמ"ש רש"י בסנהד' דקנאתו והוי כדידה וכו' נרא' דאפילו השליש הוחזק כפרן אחר שהושלש בידו דנאמן דהא הוי כהקנ' לו שיהיה כמו שיאמר אפי' ישקר כמ"ש התו' בגיטין ואפילו בשטר דהטעם הוא משום דה"ל כמו נאמן עלי אבא כמש"ל מ"מ בנאמן עלי אבא גופי' לא מצינו שיתבטל כשהוחזק כפרן דמ"מ שייך לומר אין אדם חוטא ולא לו ועוד נרא' דרבא פליג ארב נחמן וסובר דגם בשטר נקנ' להשליש דלענין שיהיה שליש סגי בקנין מסירה וכדמוכח מדברי רשב"א דס"ל דאף בשטר נעשה שליש כבע"ד וספיקו של השליש הוי כספיקו של הבע"ד ע"ש ברשב"א פי' א' ל"ה וזה דלא כמ"ש כתומים וכן מוכח מכל הפוסקים דאי כדברי התומים ה"ל להפוסקים להשמיענו דין מחודש גדול כזה ועוד נראה דאפי' השליש אינו אומר בענין השלישות רק שיאמר מאיזה ענין אחר שנפרע אף דלפי ענין השלישות שייך להמלוה מ"מ כיון שיודע שהוא פרוע נאמן ואם המשליש רוצה לחזור בו מהשליש ולבטל שלישותו אפ"ה פשיטא דהשליש נאמן דהשליש כבר קנאו שהי' כמו שיאמר וא"י לחזור בו והנה בספר קצה"ח כתב דקודם שהגיד השליש עדותו יכול לחזור בו ומביא ראיה מהגמ"ר ספ"ק דב"מ שכתב והמלוה א"י לחזור בו עתה מאחר שכבר נעשה המעש' שכבר פרע והוא בעצמו מוד' שהאמינו לכך וכן מביא ראיה מתשובת הרשב"א שכתב שכל שלא אמרו זכה בשביל שנינו יכול לחזור בהם וכו' ע"ש ודברי תימה הוא דלפ"ד אף אם אין חוזר משלישות רק שחוזר מנתינות הנאמנות נתבטל הנאמנות דהוא מדמה אותו לנאמן עלי אבא דודאי השליש נאמן אף שהמלו' חוזר בו דשליש קנ"נ אית ליה שיהיה כך אם יאמר כך ול"ד לנאמן עלי אבא וראיה לזה מבעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין משמע דאפילו הבעל אומר קודם השליש נאמן ואפ"ה השליש נאמן ואין הבעל נאמן במיגו דחזרה ועכצ"ל השליש אינו מטעם נאמן עלי אבא רק קנ"נ וא"י לבטלו וכ"מ מכל הפוסקים שסתמו דבריהם ומ"ש ראיה מרשב"א אין ראיה כלל דהרשב"א מיירי באחד שנתן מתנ' לחברו והשלישו ביד שליש ולא אמר זכה והשליש מודה שלא אמר זכה דאז וודאי דלא זכה האחר אבל בדברים דלא בעינן זכה או שהשליש אומר שאמר זכה נאמן השליש דשליש קנין גמור אית ליה שיהי' כמו שיאמר כנ"ל בתו' ומה שהביא מהגהמ"ר כוונת הגהמ"ר הוא דהשליש נאמן

כשאומר שכבר נעש' המעשה שכבר פרע אבל אם אומר שעדיין לא נעשה המעש' רק שהשלישו בידו על זמן שיהיה שליש ונאמן ביניהם על קיום התנאי רשאי לחזור בו קודם שנעשה המעש' ויקח השלישות מידו להשליש ביד נאמן אחר והוא פשוט וכן דנין כל ב"ד שבישראל ומ"ש התומים ולמד דין הכחשת שלישות מהא דשליח הולכ' אין צריך עדים על השליחות ולא חיישינן שיטעון הבעל נפילה או פקדון לפמ"ש לעיל נסתר הוכחתו ול"ד זה לזה כלל ועיין בחידושי לאה"ע בזה בס"ד:

ה) **הכחישו א' מהם** עסמ"ע סקי"ז עד וע"ל סי' י"א שם כתב הטור דגם אם טוען הלוה נפל וכו' והוא תמוה דשם כתב הטור דנאמן מטעם מיגו דוקא והכ' כתב דנאמן מטעם שליש ולא מטעם מיגו והוא ראיה לסתור ועמש"ל סק"ה בפי' דברי הטור ע"ש:

ו **השליש נאמן** עסמ"ע סק"ח שהביא תשובת הרא"ש דאם נמצא מחק או גרר אחורי השטר דנאמן לומר דתנאי השלישות נמחק ועש"ך וט"ז שתמהו ע"ז ודחאוהו מהלכה. ולפע"ד נרא' ליישב דז"ל הרא"ש בתשובה דלפרעון לא חיישינן כיון שהוא ביד שליש ועוד דלא הגיע הזמן והוא תוך זמן ע"ש ונראה דהני שני טעמים צריכין זה לזה וכוונתו דלא חיישינן לפרעון כיון שיש בו שניהם דהיינו שהיא ביד שליש וגם הוא בתוך זמנו דמבואר בסי' מ"א דשטר שנפל מיד המלוה אפילו הוא תוך זמן אינו גובה בו ונראה דזהו דווקא בנפל מיד המלוה אבל כשיש עדים או שניהם מודים שהשלישו השטר ונאבד מהשליש לא שייך לומר כיון שנפל איתרע דדוקא במלוה שייך לומר כיון שלא שמר שטרו ודאי משום פסולו לא נזהר לשמרו משא"כ בשליש שאבד השטר אין כאן ריעותא למלו' ויכול לגבות בעידי' תוך זמנו וה"נ בנמחק ביד שליש יכול לגבות בעידי' תוך זמן וכנ"ל עיקר ועכצ"ל כך דהא מסיים הרא"ש ועוד שהוא תוך זמנו ובנמחק בבית מלוה ודאי דדמי לנאבד דלא מהני תוך זמנו כמבואר בסי' מ"א אלא ודאי כמ"ש דביד שליש שאני:

ז **הכחשה בסך המעות** הש"ך בסעיף קטן ה' תמה דאטו משום דהוא נוגע בדבר אחד לא יהיה נאמן במה שאינו נוגע וכו' הנה הדין לפי מה שהביא הש"ך ודאי דבריו ברורים דאי לא תימא הכי כל אדם שירצ' לבטל נאמנות השליש יתבע להשליש יותר מהסך שהשליש בידו שרוצה אחת ומבטל נאמנותו וכן תמה בתומים לכן נראה בדור בכוונת דבריהם דמיירי באופן כשנתבטל הנאמנות בדבר שהוא נוגע בו יתבטל כל הדבר כגון שראובן ושמעון השלישו ביד לוי חמשים זהו' ושטר על מאה באופן זה שבאשר יביא שמעון עוד מעות לתשלום הלואה לזמן פלוני יהיה כל המעות לפרעון ויתקרע השטר ובאם שלא יביא סך הנ"ל לזמן הנ"ל ליד השליש המעות מתנ' והשטר בתקפו דומיא

דשלישות המבואר בסי' נ"ח ועתה טוען שמעון שנתן לו החמשים זהו' להזמן והשטר בטל ושייך לו והשליש וראובן אומרים שרק שלשים הביא והמעות החמשים זהובים מתנ' וממילא השטר והשלשים זהובים שייך לראובן או ששניהם מכחישין להשליש כגון שראובן אומר ארבעים הביא ומכל מקום עדיין לא קיים תנאו וכיון שמחמת העשרים זהובים שרוצ' לגנוב מוכרח להעיד בביטול התנאי אין בעדותו כלום ואין השליש נאמן והוי כאילו לא העיד כלל ודין השטר שיהיה מונח כמו בריש סי' ס"ה דדמי ממש להן הן שליחיו דכאן ג"כ הוא נוגע בכל עדותו שמעיד וכן כל כיוצא בזה כשהוא נוגע בכל העדות בטל עדותו וזהו דין אמת אבל בדבר שאינו נוגע שפיר כתב הש"ך:

ח **אבל במקום שיש לו מיגו נאמן** ואם כן בחפץ העשוי להשאיל וראו עדים בידו שוב אין לו מיגו אבל בשטר בעינן דוק' דאיתחזיק בב"ד ולא סגי בראיית עדים כדאמרינן בכל דוכתי דאיתחזק בב"ד והטעם נ"ל דאם אומר שהשטר של לוה אף בדאיכא עידי ראיה מ"מ לא איתחזיק בשטר מעליא דהא העדים אינם יודעין של מי הם ואפשר דהשליש ג"כ אינו יודע ואז דינו של השטר שיהא מונח לאו כלום הוא ואפי' אמר אז השליש לפני העדים שהוא של מלוה אמיר' חוץ לב"ד לאו כלום הוא ויכול לחזור בו לפני ב"ד משא"כ בהוחזק בב"ד מיירי שהוחזק ואמר אז שהוא של המלו' שהמלוה הפקידו בידו רק שאחר כדי דיבור אמר שיודע בו שנפרע אח"כ דאז הוי מיגו למפרע כיון שהוחזק בשטר מעלי' לפני ב"ד ועמ"ש בחידושי לקמן סי' ס"ח בש"ך סק"ז ע"ש וכן כשאומר שהשטר של מלוה דמהימן מטעם מיגו כמבואר בפי' מ"א ועמש"ל אפי' עידי ראה מהימן בב"ד דמ"מ יש לו מיגו דהיה מחזירו ואף שהעדים כבר ראו אותן בידו מ"מ גובין בו דהא אפי' בשטר שנפל והחזירו למלוה שלא כדין י"א דגובים בו ואפי' מאן דפליג התם היינו משום דנפל ואיתרע אבל בפקדון דלא איתרע וודאי דגובין בו כשבא לידו אחר ראיית העדים ואפי' אומר בפני עדים להיפך ממה שאומר בפני ב"ד יכול לחזור בו דהגדת שליש לפני עדים הוי כעד מפי עד והגדה חוץ לב"ד דיכול לחזור בו:

ט **שטר שהיה ביד** עש"ך סק"י עד דר"נ לא הימני' מיירי ששתקה עד שנתקיים וכו' והיא תמוה לעיני כל מעיין דא"כ מאי מקשה רבא אר"נ מברייתא דסימפון הא שם לא מיירי בכה"ג וכן תמה בתומים וליישב זה נראה דכשנא' דר"נ מיירי בכה"ג קשה במאי פליגי ר"נ ורבא ועכצ"ל דר"נ ס"ל דהימני, לשליש הוי כנאמן עלי אבא ולא ס"ל הסברא דאפי' אם ישקר וכיון שהגיד כבר במה שהניח לקיים שוב אינו חוזר ומגיד ורבא ס"ל דשליש כיד הבעלים ממש וכמ"ש הרשב"א הביאו הש"ך סק"נ גבי כשכתב שעל תנאי זה בלבד הושלש שכתב מעיקרא דהוי כמו שכבר הגיד על ממון המושלש ואינו חוזר ומגיד ואח"כ

כ' דאפשר לו' שהוא נאמן דשליש כיד הבעלים ממש הוא ואף שהש"ך כ' לפר' דברי הרשב"א בתשובה מ"מ נראה מדברי הרשב"א למעיין דיכול לחזור להגיד לחוב כמו הבע"ד וכ"כ בתשובה סי' אלף ל"ה דשליש כבע"ד ממש דספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד ע"ש ועיין ברשב"א שהביא הב"י דס"ל דנאמן אפי' בהכחשת עדים דהך ונראה מה שכ' הש"ך סק"נ הוא סברת עצמו וחולק על הרשב"א דהרשב"א ע"כ מיירי במקום דהוי כחוזר ומגיד דמה"ט רצה לומר מעיקרא דאינו חוזר ומגיד וגם אם כוונתו כהש"ך דמיירי כשאינו חוזר ומגיד למה לו לתלות בהא דהשליש הוי כבע"ד אלא ודאי דהש"ך חולק אהרשב"א ולפ"ז א"ש דמקשה שפיר מסימפון שאין עליו עדים ויוצא מת"י שליש דמיירי כמ"ש הנ"י והש"ך בסק"א דהיינו שאינו מקוים רק דנאמן מטעם משום דהוי יכול לקיים בשום פעם וכו' ע"ש ולר"נ קשה כיון דהוא רק כנאמנות ממילא כשאינו מקוים יש להאמין להמלוה כיון דהוי כמיגו בענין הנאמנות עצמו דנאמן כמבואר בסי' ע"א בש"ך סק"ד ועכצ"ל כרבא דהשליש שהיה בידו בשום פעם הימני' שיהיה כהבע"ד ממש ואפי' ספיקו של שליש כספקו של הבע"ד ומכ"ש ודאי של השליש הוי כודאי של הבע"ד ומיירי שהמלוה אומר שלאמנה בא ליד השליש והשליש מכחישו לזה אמרינן דאפילו יש ללוה מיגו דמזויף לא מהני דמה מועיל מיגו לזה דהא אף אם הוא אמת מ"מ כיון שהשלישו ביד שליש נתרצה שיהיה כך אם יאמר כך כמ"ש התוס' בגיטין ס"ד דהא שם ג"כ איכא הוכחה מכח סברא דאי איתא ואפ"ה נאמן השליש לגירושין מטעם דהימניה שיהיה כך אם יאמר וה"נ דכוותיה דמה בכך שיש הוכחה מכח המיגו שלאמנה נמס' מ"מ הא נתרצה שאם יאמר השליש שהוא כשר אפילו אם ישקר שיהיה כשר וכיון דמוכח דסברא דשליש הוא מטעם הימניה שיהיה כך אם יאמר כך מוכח ג"כ דמהני אמירתו אף אם שתק קודם ולא אמרינן דהוי כאילו כבר הגיד על ממון המושלש דהא מכח סברא זו הוכיח הרשב"א גבי תנאי דיכול לחזור ולהגיד וגם שלא מהני הכחשת עדים ולזה שפיר כתב הש"ך דהפוסקים בלישנא קמא דאפשר דמודים לדינא וכו' והוא מטעם דהש"ך בסק"ג פי' דשליש א"י לחזור ולהגיד:

י **וכן אם מת השליש** ע' תומים שהקשה על הש"ך שכתב שגם התוס' מיירי שמת השליש ותמה ע"ז דהא התוס' כתבו שם דמשמע ליה דמיירי באיתחזק וכו' ואם במת השליש בלא איתחזיק גם כן ליכא מיגו ולא ידעתי מאי קשיא בוודאי אי מיירי בלא איתחזק לא מקשה הש"ס מידי כיון דלא איתחזק מעולם בשטר מעליא ביד השליש היה נאמן אז בכתיבתו כאילו אמר אז לפני עדים בשעת כתיבתו בחיים דודאי דהיה נאמן לבטל השטר באמירתו וה"נ נאמן בכתיבתו וע"י כתיבתו נעשה הריעותא וכמ"ש

הש"ך ולכך הוצרך התו' לומר דמשמע ליה דמיירי באיתחזק היינו בחיים וכיון דאיתחזק בחיים שליש בשטר מעליא ושוב א"נ השלי' לר"נ אפילו באמירתו לקלקל השטר מכ"ש בכתיבתו לא מהני לעשות ריעותא ואפשר לר"נ כל שאיתחזק בשטר מעליא ביד השליש שוב אינו נאמן השליש לומר שנפרע קודם אפילו אית ליה מגו דקלתיה ואמר שנפרע אח"כ כיון דלא אמר בשעה שהחזיקו בב"ד הוי כהודאה דשטרא מעליא הוא:

יא **הכחישוהו עדים** ע' תומים שכ' דבגט אפילו באו עדים אחר שנשאת והכחישו לא תצא משא"כ בממון כיון דאיתא בחזרה מהני לעולם הכחשת עדים ונ"ל ראיה לדבריו דבגט לא מהני הכחשת עדים אחר שנשאת דאלת"ה קשה בגיטין ס"ו גבי בעל אומר לפקדון דמכח סברא דאי איתא אמרינן דודאי לפקדון רק דר"ח סבירא ליה לגירושין דהימניה שיהיה לגירושין אפילו אם ישקר ע"ש בתו' והקשה הרשב"א דהא בעינן ע"מ וכשמסר לפקדון הרי לא היה ע"מ ותי' כיון דהימני, שיהיה לגירושין ע"כ מסר לו בע"מ ואף שמסר לו לפקדון ע"מ הן כיון דהימני, שיהיה לגירושין במסירה זו ולפ"ז קשה כיון דודאי היה לפקדון מכח סברא דאי איתא ובודאי היה עדים בשעה שמסר לפקדון א"כ דילמא יבואו עדים ויכחישו כמו דחיישינן לשמא יבוא הבעל ויערער ול"ד לעדים בצד איסתן ותיאסר דשם ליכא רק קלא דאיכא עדים משא"כ הכא ודאי איכא עדים אלא וודאי דלא מהני הכחשת עדים אחר שנשאת ובממון ודאי אין חילוק כדמשמע מכל פוסקים שלא חילקו:

יב **מוכחש מעדים** עסמ"ע סקי"ד שכתב דאף דבעדים דנין הדבר כמוכחשין שהממע"ה ש"ה שהשליש בחזקת נאמן והעדים באים להוציאו מחזקת נאמנותי וכו' לכאורה קשה הא גם שם העדים שהעידו ראשונה בחזקת כשרות והעדים שניים באים להוציאו מחזקת כשרות ולק"מ דשם בעדים מיידי בהכחשת בדיקות דהעדים לא נפסלו אף אם ידונו אותן כמוכחשין כמ"ש הט"ז שם משא"כ הבא בשליש ואם נדונו כמוכחש יופסל ואפילו בהכחשת בדיקות כגון בק' ור' מ"מ בשליש אין דנין אותם כמוכחשים דשליש כל זמן ששלישותו בידו בע"ד ממש הוא כיון דעליו מוטל הדבר לעשות ומידק דייק והוי כמו עדים המכחישין הבע"ד בק' ור' דנפסל הבע"ד וע"ל פי' ל' מ"ש בזה וכיון דאנו באין לפוסלו מש"ה מיישבין דבריהם:

יג **אם יש להם תרעומת.** עש"ך סק"ב עד דהרשב"א לא קאמר דנאמן אף בלא מיגו לזכות' רק לענין גט דלא שייך שבועה או בשאר דבר לענין להחזיק בידו אבל לא לענין ממון שיהיה כעד אחד להיות עד המסייע לפוטרו משבועה היכא שהוא או, שהשליש הוציא השלישית מתח"י שלא כדין וא"ב לבתר תקנת ר"נ חייב השליש לישבע ואינו

יכול להיות עד עכ"ל ולכאורה דבריו תמוהין דהא סברת הרשב"א הוא דנאמן היה בשעת מסירתו דתפיסתו מוכחת עליו וכו' דהא גבי גט ודאי דאינו נאמן מטעם עדותו שמעיד עכשיו דהא עכשיו הוא עד א, ועד א' בגירושין לאו כלום אלא ע"כ דסמכי' על הנאמנות שהיה לו בשעת מסירה א"כ ה"נ אף דעכשיו הוא נוגע מ"מ הא בשעת מסירה נאמן היה דלא היה נוגע באותו פעם. ועוד ק' דמדברי הראב"ד משמע דנאמן במיגו דאי בעי מהדר ומדברי הש"ך משמע דדוקא כשמחזיר נאמן כמו בסי' ק"מ גבי שכירות ועוד ק' אהא שכ, הש"ך דהשליש חייב לישבע קושיית התומים דהא כיון דבעוד השלישות בידו מהימן שלא בשבועה מטעם חזקה דאין אדם חוטא ואילו בא לאמלוכי אמרי' ליה תן כפי שהושלש בידך ואין אתה חייב שבועה וכן אם מסרו בעדים אין חייב שבועה וכי משום שמסרו לו שלא בעדים יתחייב שבועה מאי נפקא מיניה לשליש במה שמסרו לו שלא בעדים דהא היה יכול למסרו לו בעדים והיה פטור משבועת ומה היזק עשה למשליש במה שמוסר לו שלא בעדים והוא תמוה באמת. אכן באמת דבריו פשוטין דודאי לענין להוציא מהמקבל אף שיש עדים נראה כיון שמודה הנותן שעשאוהו שליש ומהשליש בא לידו סברת הרשב"א נכונה הוא דנאמן היה השליש בשעה שמסרוהו לידו ואין לחוש דילמא השליש לא מסרו להמקבל לשם כך רק לפקדון או שמא נפל מהשליש ומצא' זה דזה אינו מטעם שכ' הרשב"א דתפיסתו מוכחת עליו דאיהו יהביה ניהליה וכו' וכמו כל חזקת מטלטלין דלא חיישי, לנפילה ופקדון מטעם דתפיסתו מוכחת עליו וכן כ' הנימוקי יוסף בפ' גט פשוט והרמב"ן בס' הזכות בפרק הכותב והתוספות ביבמות דף קט"ז בד"ה אותיות נקנית ואפילו הן דברים העשוין להשאיל לא שייך כאן דבדברים העשוין להשאיל היא לפי האיש וכאן בשליש ודאי דאין עשוי להשאיל הוא דאסור לו להשאיל וכן אפילו היא גודרת כיון דמסורין להשומר כיון שהם ביד השליש דהוא השומר ומש"ה כל שבא ליד המקבל אמרי' דתפיסתו מוכחת עליו דהשליש יהביה ניהליה לשם מתנה או מכר כמו בגט דתלינן לגירושין מחמת דתפיסתו מוכחת עליו והכי נמי במטלטלין וכן כ' הש"ך בהדיא וז"ל דוקא בגט דלא שייך שבועה או בשאר דברים לענין להחזיק בידו וכו' הרי בהדיא דלענין להחזיק נאמן המקבל מטעם הנ"ל. וכן מסברא דלא מיבעיא אם המקבל טוען ברי שמסרו להשליש לשם כך ודאי נאמן דמה לי אם אומר אתה מכרת לי או שאמר אתה צוית לאחר ליתנו לי ונתנו לי אלא אפילו אינו יודע באיזה אופן שמסרו הנותן ליד השליש מ"מ נאמן שהשליש מסרו בידו לשם כך כיון שתפיסתו מוכחת עליו והשליש בשע' מסירתו היה נאמן כיון שהימניה הנותן שיהיה כך אם יאמר כך ומ"מ כ' שפיר הש"ך לענין שבועה דהמקבל חייב לישבע דהסברא דתפיסתו מוכחת עליו לא

מהני לענין שבועה דהא אפילו בטוען מכרתו או נתתו לי והלה טוען טענת נפילה או פקדון מחייב לישבע ולא מהני הסברא דתפיסתו מוכחת עליו רק נגד להחזיק גוף החפץ ולא לענין לפטור משבועה ומש"ה יכול הנותן להשביעו דאימר לא מסרו לו השליש לשם כך והשליש אינו יכול להיות עד המסייע דנוגע הוא דאם אמר נפילה או פקדון יצטרך לשלם וגם השליש מחיוב לישבע ולא דמי אם השלישות יוצא מת"י דבזה שייך חזקה אין אדם חוטא ולא לו וכן כשמסרו בעדים נאמן היה בשעת מסירתו דלמה היה לו לגזול של חבירו ולמסרו לאחר משא"כ כשאין השלישית יוצא מת"י חיישינן דילמא יצא מידו דרך פקדון או נפילה וחייב לשלם ועתה מוכרח הוא לשקר כדי שיפטר מלשלם ולכך חייב לישבע וחשיב כטענת ברי כיון שטוען שמסרו להשליש לשם כך וחזקה ששליח עשה שליחותו ונידון הקושיא דהראב"ד כ' דנאמן במיגו דהיה מחזיר והש"ך מצריך דוקא שיחזיר נראה דהראב"ד לא כתב רק גבי גט דליכא חשש נגיעה אבל בממון דאיכא חשש נגיעה לא מהימן במיגו דאי בעי מהדר דירא הוא להחזיר דעכשיו הוא מעיד משום הפסד ממונו וכשיחזיר לו יאמר האמת לכך אינו רוצה להחזיר דמש"ה לא מהימן עד שיחזיר לו שלא יהיה שוב נוגע ואז נאמן להעיד כנ"ל:

יד **מזויף או פרוע.** לכאורה תמוה דנאמן נגד השליש כשיש לו מיגו דמזויף ובאה"ע סימן קמ"א סעיף נ"ח פסק דאם אינו מקוים וטוען פקדון דאינו נאמן נגד השליש במיגו דמזויף. ונראה דשאני הכא דשם מש"ה אמרינן דהימניה שיהיה לגירושין אף אם ישקר ויאמר לגירושין אף במקום שיש לו מיגו דמזויף כיון דבמסירתו לשליש איכא למיחוש שמא יתן לה השליש ותלך ותנשא בו אף שאינו מקוים דהא יכולה להנשא אף באינו מקוים כמבואר באה"ע סימן קנ"ב ס"ט ועוד דהשליח יכול לקיים אותו כשיאמר בפ"נ ובפ"נ משא"כ הכא בשטר כשאינו מקוים איכא למימר דלא הימני' כלל דמאי היה לו לחוש דלמא ימסרנו להמלוה ויגבה הא לעולם יכול לטעון שדעתי במיגו דמזויף ואפי' שלא בפניו אנן נטעון מזויף ופרוע כמבואר לקמן. והנה בס' קצה"ח דימה שליש לנאמנות בסי' ע"א דלא מהני כשיש לו מיגו דמזויף דהוי כמיגו בענין הנאמנות עצמו וה"נ נגד השליש כשיש לו מיגו דמזויף דנאמן ולפי דבריו קשה דאם כן להנך דס"ל דאין השליש נאמן כשמכחיש השלישות א"כ כשאין עדים בשלישות לא יהיה השליש נאמן אפי' מודה בשלישותו דהא הוי ג"כ כמיגו בענין הנאמנות עצמו דהא יכול להכחיש השלישות ולו' דלא הימני' כלל. ובש"ס ובכל הפוסקים מבואר להיפך דהא בעל אומר לפקדון בגיטין השליש נאמן. ולפמ"ש הש"ך דמיירי בפקדון על תנאי כך וכך ע"כ מיירי בלא עדים דאי איכא עדים ליחזי עדים מאי קאמרי אע"כ דשליש שאני דעדיף מנאמנות

דבמקום שהי, בידו לעשות כמו שאו' ע"כ הימניה ונתרצה שיהי, כמו שיאמר אפי' אם ישקר ומה מיגו שייך לזה דמיגו אינו אלא בירור שהוא אמת כמו שאומר ומה בכך שהוא אמת הא בגיטין גבי בעל אומר לפיקדון ג"כ איכא הוכחה דהבעל אומר אמת מכח אי איתי' דלגירושין יהבי' ניהלי' לדיד' הוי יהיב ומ"מ אמרי' שהימני' אם שיהיה לגירושין אפי' אם ישקר ואפי' במקום עדים סובר הרשב"א דנאמן מטעם זה ומאן דפליג לא פליג רק במקום עדים אבל במקום מגו ודאי נאמן השליש כדמוכח באה"ע סי' קמ"א סעיף נ"ה וכנ"ל ודוקא כשאינו מקוים סובר המחבר דנאמן דהא לא הימני' כלל דמה היה ביד השליש לעשות דאם ימסרנו להבע"ד ג"כ יהי' נאמן לטעון פרוע. והנימוק"י והש"ך סוברים כיון דמודה שכתבו ע"כ היה יכול לקיימו בשום פעם והרי הימני' אפי' אם ישקר. אך הא ק' על הנ"י והש"ך דהא הא דאמרי' הימני' הטעם כיון שמסרו בידו נתרצה כמ"ש כיון שהי' יכול לעשות כן א"כ כשהשטר תחת יד הבעלים והיה יכול לקיימו בשעת מעשה רק שאח"כ מתו העדים והוא אומר פרוע קודם שמתו העדים נימא ג"כ הכי שנתרצה שיהיה כמו שיאמר המלוה כיון שהיה יכול לקיימו דמה"ת יהיה גרע מסירה ליד הבעלים מיד השליש ואין השכל סובל כלל שיהיה יד הבעלים גרע מיד השליש. גלל כן נראה דיש עוד טעם אחר בנאמנות השליש דהבעה"ת כ' הטעם בנאמנות השליש דמה שנתפרש לשני השליש הוי כאומר נאמן עלי אבא ומידק דייק ודמי לנאמן הדיין לומר לזה זכיתי ונאמן בעל המקח לומר לוה מכרתי דסי' רכ"ב וכ"כ המרדכי ש' התקבל ובתשובת מיימוני לס' משפטים סי' מ"ד בטעם נאמנות השליש בשלישותו בידו מטעם דמידק דייק וכ"כ רוב הפוסקי, הטעם משום דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו. ולכאורה ק' דא"כ כל ע"א יהיה נאמן מטעם חוקה זו ועכצ"ל דכל ע"א חיישי' לאומר בדדמי כמ"ש התשב"ץ משא"כ בשליש דמידק דייק והטעם הוא כמ"ש הפ"י ריש גיטין גבי שליח להולכה דכל שהוא מחייב לעשות הדבר אמרי' ביה דמידק דייק א"נ כמ"ש הפ"י בקידושין גבי קדשתי את בתי דלא מהני חזקה זו דאין אדם חוטא רק להחזיק ולא להוציא מש"ה אינו נאמן רק שליש שיש לו קנין בהחפץ והוי להחזיק כמש"ל ומ"מ ק' דלמה להו לטעמים אלו ולא אמרו טעמא דהש"ס דהימני' דהיינו שנתרצה שיהיה כמו שיאמר אפי' אם ישקר כמ"ש התוס' בגיטין ובתשו' מיימוני סי' מ"ד אע"כ דכתבו טעם זה דנ"מ לנידון שכתב הנ"י בטוען פרוע ומכחיש השליש בשטר שאינו מקוים שאינו נאמן והוכיח דינו מהש"ס ובזה לא סגי הטעם דהימני' ונתרצה שיהיה כמו שיאמר אפי' אם ישקר כיון דאפילו במסרו לבע"ד דודאי הימני' מהני מיגו להכחישו ולכך כתבו הטעם דמידק דייק והוי כמו נאמן הדיין ונאמן בעל הפקח שכתב הסמ"ע בסי' רכ"ב הטעם

דמידק דייק וכאלו האמינו חז"ל אפי, במקום מיגו ודין שני עדים ממש יש לו דאפי' יש לו מיגו הוי מיגו במקום עדים כמ"ש הרשב"א בחידושיו לקדושין גבי נאמן הדיין דאפילו יש לו מיגו לאמר לא קבלתיך להיות דיין מ"מ נאמן וכמש"ל בסי' כ"ג ומשה"נ לא מהני מיגו והחולקים לא ס"ל סברי דמידק דייק מש"ה פסקו דמהני מיגו ולפ"ז העיקר כהנ"י והש"ך:

טו **או פרוע** עי' תומים שכתב דאם טוען פרעתיך אחר שהשלשתי בידך דאינו נאמן. דהא אינו נאמן לטעון פרוע רק במיגו דמזויף וכשיטעון מזויף יצטרך לישבע נגד העד דהא השליש אומר שאינו מזויף והוי משואיל"מ ודוק' כשטוען פרוע כשהשלשתי בידך שגם עתה מכחיש השליש נאמן במיגו. ולפענ"ד נראה דנאמן דאין זה בגדר מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע נגד השליש מחמת שהשליש יודע שאינו מזויף דא"כ בכ"מ שיש שטר מקוים בע"א לא יהיה נאמן לטעון פרוע במיגו דמזויף משום דה"ל משואיל"מ א"ו דכל שאינו מקוים בשני עדים טענות פרעון בעצמו טענה מעליותא הוא מטעם שכתב הסמ"ע סי' מ"ו ס"ק ב' ועוד מקומות אחרים שאין מקומם כאן ויהיה הטעם איך שיהי' כיון דקיי"ל שיכול לטעון פרוע נגד שטר מקוים בע"א ה"נ נאמן נגד השליש וזה ברור:

טז **מי שחייב עצמו בשטר בקנין** עיקר מקומו לקמן סי' ס"ה ויתבאר שם אי"ה בכל פרטיו:

יז **שבא הלוה עם אחד** עסמ"ע ס"ק ך"ג וע' פרישה דבא הלוה לאו דוקא רק שצריך שהלו' יטעון ברי עכשיו דשליח דין שליש יש לו וכמו שאבאר לקמן בס"ק הסמוך וכשמכחיש השליחות הוי כמכחיש השלישות וצריך שיהי' לו מיגו עכשיו בשע' שמכחיש וע"ל ס"ק ה' שחלקתי דבמטלטלין אפי' טוען הלוה שמא נאמן השליש ובשט"ח אין השליש נאמן כשטוען שמא ולפ"ז בשליח ג"כ הדין כן וכן מחלק התומים רק מטעם אחר ע"ש ומ"ש לעיל נ"ל ברור:

יח **כשליח בעלמא ויחזור למי שנתן לו** עש"ך סק"ל שכתב דהיינו דוקא שאין לו מיגו אבל אם יש להשליח מיגו יכול ליתן וכו'. ותמוהין דבריו דהא מ"מ (") יש לו מיגו דשליש אני דהא מה"ט מהימן למסור להשליש כמ"ש הסמ"ע בשם הטור בס"ק כ"ד. ואם דעתו דלא נאמן השליח למסור להשליש גם כן רק כשיש לו מיגו דלהד"מ א"כ למה ליה לאפלוגי בין אם השליש רוצ' לקבל או לא ליפלוג בדידיה בד"א שיש להשליח מיגו ואם אין לו מיגו לא יקבל ממנו השליש ויחזיר למי שנתן לו. ולפענ"ד נראה דהעיקר כהתומים דלא מהימן אפי' יש לו מיגו דהא מבואר בסי' ק"ח ס"ח דלא מהימן שום אדם על דבר שת"י במיגו דאם בעי קליה אלא גבי שליש דהימנוהו מתחל' עסמ"ע שם ס"ק

כ"ט ואפי' לדעת החולקים שם נראה דדוק' שם דהא בידו לעשות כמו שאומר כיון שהוא פרוע ודאי דהרשות בידו להחזיר ללוה משא"כ כאן דאפי' האמת כמו שאומר השליח שניתן בידו למסור להשליש (") על תנאי כך וכך מכל מקום אין בידו למסרו ליד הלוה שיהי' ביד הלוה על תנאי כך וכך דהא לא האמין ללוה ול"ד להא דסי רנ"ה באומר במקום פ' היא ושל פלוני הוא דשם בידו הוא דשם האמת כמו שאומר בידו ליתנו לו משא"כ כאן דאפי' האמת כך אינו בידו לתהנו לפלוני רק מטעם מיגו הוא ומיגו לא מהני כמו שאבאר ולדעת הרא"ש שם לא מהימן במיגו רק כשטוען שליש אני דאז הוי כבע"ד ונאמן במיגו אבל אם מוד' שהוא נפקד מראובן ואומר ידענ' ביה שהוא של שמעון וראובן גזלו אינו נאמן אפי' יש לו מיגו והטעם נ"ל דכשמודה א' שהוא נפקד מראובן ואומר לזכות שמעון דכיון דלדבריו שהוא נפקד מראובן (") הוי כמונח ברשות ראובן מש"ה אפי' אית ליה מיגו לא מהימן דמיגו דידיה הוי כמיגו להוציא דרשות הנפקד הוי כרשות המפקיד. ועוד נרא' דע"א לא מהימן אפי' אית ליה מיגו מטעם דהא עד א' חשדינן אותו לאומר בדדמי עסמ"ע סי' רכ"ב ובתשב"ץ ח"ד ולא אמרי' מיגו בדבר דחשדינן לאומר בדדמי משא"כ בשליש שהוא בע"ד אמרי' דמידק דייק כמ"ש המרדכי בפ' הגוזל ובתשובת מיימוני לס' משפטים סי' מ"ד ע"ש אמרי' גבי' מיגו. וע' פ"י ריש גיטין שכ' דבמה שעליו לעשות הוי כבע"ד ממש וגם אמרי' ביה מידק דייק. ויהי' הטעם איך שיהי' בהדיא כתב הרא"ש הכא בסי' ק"ח ס"ח דאחר אינו נאמן אפי' אית ליה מיגו דקליה ולזה בשליח ליד שליש ודאי דנאמן למסרו ליד שליש דהא הימניה לשליח להשלישו ליד שליש ודין שליש יש לו לענין זה דעל מה שעליו לעשות בע"ד ממש היא וע"ז הימנוהו ואפי' אין לי' עכשיו מיגו מהימן כמו כל שליש והטור דנקט בזה מיגו דאי בעי אמר שליש אני היינו כיון דכל שליש בעינן שיהי' לו עכ"פ פעם אחת מיגו כמ"ש הש"ך סק"א לזה כתב דגם השליח יש לו מיגו וכוונתו דהיה לו מיגו אבל ודאי אף דאין לו עכשיו מיגו כגון שהודה לפני ב"ד קודם מסירתו להשליש נאמן למסרו להשליש דע"ז נעש' בע"ד אבל כשהשליש לא רצה ליקחנו הרי הוא מחויב להחזיר להמשלח ושם נפקד ממש נשאר עליו דהא מחייב להחזיר ול"ד לשליש שעבר זמן שלישותו דעדיין שליש הוא דשאני התם דהשליש עדיין מחויב לעשות כפי מה שהושלש ת"י משא"כ השליח מחויב לחזור דין נפקד יש לו ומש"ה לא מהימן אפי' במיגו וכדעת הרא"ש בסי' ק"ח. ואפי' החולקים מודים כאן וכמש"ל וגם דמי לשליש שיצ' השלישות מת"י שכל שאין עליו שום דבר לעשות לא דייק ולא מידכר כמ"ש בתשו' מיימוני לס' משפטים סי' מ"ד ואין לו רק דין עד דלא נאמן אפי' במיגו ולא דמי להא שכתבו התוס' בב"ב נ"א דנאמנת לומר של

אחרים במיגו דנותנם לאותו ס' דשם אדרבה אימרת שהיא נפקדת משל אחרים ואינה נפקדת משל בעל כלל ואין להקשות אמה שכתבתי בדעת הרא"ש בסי' ק"ח ס"ח מהא דלקמן סי' רנ"ה גבי אמר במקום פלוני היא ושל פלוני הוא של מעשר הוא אם בידו ליטלם דנאמן. דשאני התם כיון דהבעלים הוציאו מרשותם למקום שיכיל ליטלם ואמרו לו בשעה שהוציא' שעושה כן בחזקת ס' ובודאי הרשות ביד האחר לומר לפ' שיטלם שלא בפני ב"ד או לעשות בעצמו כך דין שליש ממש יש לו שהימני' שיעשה בו כמי שאומר והוי ג"כ כאומר על דבר שאינו ברשות של כל אדם דהא אבוד הוא מעולם מכולם שא"י רק לאותו פ' ואינו אומר נגד שום חזקה משא"כ בסי' ק"ח שם בשטר שמוחזק שהוא בחזקתו ובא להוציאו מחזקתו והבעלים לא עשו במתכוין שיהיה השטר יכול להגיע לידו א"נ וכן בנ"ד כיון שהוא מודה שלפקדון מסרו בידו והשבה בעי מיעבד הוי ממש כמונח ברשות המפקיד וכבא להוציאו מרשות אחר דמי וגם הנותן לא עשה באופן שהיה הרשות בידו שימסור ליד אחר דהא הקפיד שישיב הפקדון לבעליו לכך אינו נאמן:

יט **יאמר לפני עדים.** בסמ"ע ובש"ך תמהו בזה מהא דסעיף ג' דאין לו ליתן רק בפני ב"ד , (ובש"ך ס"ק ל"א יש ט"ס וצ"ל שמא יטעון אסמכת' ושמא לא יטעון אסמכת' וירצה לקיים וכו') ותירצו בדוחק. וע' בתומים מה שתמה על תירוצם. ולפענ"ד נראה ליישב בפשיטות דכאן מיירי שאומר האופן שמחויב למסור לידו ונגד זה השליש הבע"ד הוא דאפי' ספיקו של השליש הוי כספיקו של הבע"ד א"כ כשמודה בפני עדים הוי כהודאת הבע"ד לפני עדים דמהני משא"כ בסעיף ג' מיירי שאומר השליש בעניינים שנתפרש לפניו מה שיהיה אחר שיוציא השלישות מת"י עבש"ך ס"ק ח' ובזה ודאי לא הוי כבע"ד דהא אם יהיה השליש מסופק בזה מ"מ מחויב למסור השלישות למי ששייך דלעולם יעשה השליש כפי מה שהושלש בידו וספיקו בזה לא הוי כספיקו של הבע"ד דבדבר שאין עליו לעשות לא הוי כבע"ד רק דמ"מ נאמן מטעם שכתב הבעה"ת דמה שנתפרש לפני השליש הוי כאומר נאמן עלי אבא ומידק דייק ודמי לנאמן הדיין ונאמן בעל המקח ע"ש. ובנאמן עלי אבא גופיה צריך שיאמר לפני ב"ד וחוץ לב"ד לאו כלום דהוי כמעיד ובעדות חוץ לב"ד לאו הגדה הוא דהוי בעד מפי עד וכן הדין בשליש דנתנו לו נאמנות כשני עדים אף בענינים אלו מ"מ לא עדיף מעדים ולא חשוב הגדתו רק כשיאמר בב"ד:

כ **מהימנו במיגו.** עיין בשו"ת רדב"ז סי' קמ"א דדוקא שאומרים של פלוני הם נאמנין אבל כשאומרים שחייב להם אינן נאמנין אם לא שאומרים שנתנו הבעלים להם רשות לפרוע וליתן להם משכנות אז נאמנים ובל"ה אינם נאמנים ולפמש"ל דברים פשוטים

בטעמם דבשלמא אם אומר דבר זה של פלוני הוא הרשות בידו להחזיר להם ובדבר שהוא בידו נאמן אפילו להוציא דבידו הוי כשני עדים דאפילו בדבר שבערו' מהימני כמו בבעל שאמר גרשתי אבל כשאומר שפ' חייב לפלוני אף אם האמת כדבריו אין רשות בידו לתפוס משכון ולמסור ללוה דאף שיכול לתפוס במקום שאינו חב לאחרים מכל מקום אין לו רשות למסרו למלוה בלא רשות ב"ד ואין לו רק דין מיגו ומיגו להוציא לא מהני דכיון שהוא ברשות הנפקד הוי כמו ברשות המפקיד והוי כמו מיגו להוציא וכמש"ל בסמוך וכשאומרים של פלוני הם נאמנין אפילו לדעת הרא"ש בסי' ק"ח דכיון שהוא שולטת בכל אשר לו והוי כנותנו לו רשות להחזיר של אחרים ואם היא בעצמה לותה והקיפה משל אחרים שהיא בעצמה חייבת ודאי דהרשות בידה לפרוע ונאמנת לומר אפילו שחייבת לפלוני במיגו:

סימן נז

א **ואין לו לעכב השטר בשביל פשיטי דספרא** לכאורה קשה כיון דיכול לעכב שטר של ק' כשחייב נ' להמחבר כשכותב שובר ולהש"ך אפילו בלא שובר א"כ גבי פשיטי דספרא הא המלוה יכול לקבל הפרעון אפילו על חוב אחר כמבואר בסימן פ"ג מכל שכן שיכול לקבל מדמי הפרעון על הפשיטי דספר' מקודם וישאר חוב על הלוה מדמי השטר גופיה ואז יכול לעכב השטר וצ"ל דקיבל מקודם בפי' על פרעון חוב דמי השטר ולא נשאר עליו רק פשיטי דספר' ואז אסור לו לעכב השטר והנה לדעת הש"ך ס"ק ז' שכתב בשם התוס' דמותר לעכב צריך לחלק בין פשיטי דספרא דמותר לעכב השטר ובין חוב אחר דאסור לעכב השטר בשביל חוב אחר דהא בנמחל שיעבודו מודה הש"ך ונגד החוב אחר הוי כנמחל שיעבודו ועכצ"ל דפשיטי דספרא משטר זה הוי כהלוה על שטר זה דמותר לעכב בשבילו:

ב **והוא שיכתוב שובר** הש"ך תמה דהא מהר"ן מוכח להדיא דאפילו בלא שובר מותר ע"ש ובאמת לכאורה הוא תימ' רבה על המחבר ומה שנ"ל בישובו דהנה גם בדברי הר"ן יש לתמוה דחילק בין אמנ' לתנאי דאמנ' לא חי שיעבוד' מהשתא כלל משא"כ בתנאי דל שיעבודא מהשתא בע"כ של לוה דבידו של מלוה לקיים תנאו וכיון דשיעבודא חל במקצת מותר בשם שמותר להשהות שטר של מנה אע"פ שאינו חייב אלא חמשים דאפילו שטר פרוע איכא מיד דזימנין דמשהי לפשיטי דספרא וכו' עכ"ל והוא תמוה לכאורה דא"כ אמנ' במקצת יהי' מותר כמו פרוע כמקצת ובהדיא מבואר בסי' פ"ד בסמ"ע ס"ק י"א דעולה הוא ועוד קשה דאין סברא לדמות כלל פרוע במקצתו לתנאי

דבתנאי כיון דבידו לקיים התנאי בע"כ של לוה וכשיתקיים התנאי חל כל שיעבוד השטר משא"כ פרוע במקצה מקצת השני לאו כלום הוא ועוד קשה דמה סברא הוא זה דמותר להשהות בתנאי כיון שהמלוה יכול לקיים התנאי בע"כ מכל מקום שמא לא יקיים התנאי ויגבה בעולה לכן נראה טעם הדבר דבשטר אמנ' או פרוע אסור להשהות ומיקרי עולה אף שהוא מרצון הלוה אף דבמשכנות ומטלטין מותר להחזיק ולהשהות של חבירו אצלו הוא מטעם דבשטר יש בו שיעבוד לקוחות וכן בכת"י יש בו ריעותא לבע"ח מוקדם ולא מהני רצון הלוה לזה והוי מחזיק בשל אחרים בעולה שלא מדעתם וזהו המחלק הר"ן דבאמנה כיון דלא חייל שיעבודא כלל והעדים לא מפקי לקלא תדע דהא אפילו לוה אח"ז לא חל שיעבודא למשרד ואיכא פסידא דלקוחות בשהייתו ומ"ש הר"ן בכתובות דמירי באמנה במעכשיו עמ"ש בחידושי לכתובות לוה משא"כ בתנאי דחל שיעבוד מהשתא והעדים מפקי לקלא תדע דהא כשמקיים אחר כך התנאי גובה ממשעבדי מיום הכתיבה בשטר ועכצ"ל דהעדים מפקי לקלא מיום כתיבת השטר מותר להשהות דהלקוחות אינהו דאפסדי אנפשייהו וכל היכא דאינהו מפסדי אנפשייהו מותר להשהות ולא חיישינן לתקנתייהו וע"ז מביא ראיה מפרוע במקצת דהנה יש לעיין בהא דאמרינן דמותר לעכב השטר בשביל פשיטי דספרא ואפילו מאן דאוסר מכל מקום במה שנשאר חייב מגוף החוב לכ"ע שרי ואפילו בלא שובר כמ"ש הש"ך ומשמע דיכול לעכב אפילו בע"כ של לוה בכדי שיפרע המותר או הפשיטי דספרא ואמאי הא משנה שלימה הוא בפ' גט פשוט דמי שפרע מקצת חובו דמחויב להחליף או לכתוב שובר והלוה יכול לכפותו ע"ז וצריך לחלק בין תוך הזמן לאח"הז כמבואר בסי' ע"ד סעיף ד' דאחר זמן כיון שיכול לכפותו שיתן לו כל חובו אין יכול לכופו שיכתוב לו שובר דאמרינן ליה שלים הכל וקח השטר חוב וכן משמע לכאורה בבעה"ת שער כ"ד שכתב וז"ל שהלוה ירא לפרוע לחצאין שאולי יכפור לו ויתבענו פעם אחרת וכו' הביאו הש"ך בסי' ע"ד ס"ק י"ז ומשמע דא"י לכפותו בכתיבת שובר דאי הי' יכול לכופו על כתיבת שובר לא הי' ירא לנפשו ובסי' נ"ד בש"ך ס"ק ב' שלא כ' דיש לו ג"כ ברירה שלא לכתוב שובר כלל מיירי שהפרעון עדיין ביד הלוה דאז המלוה א"י לכופו אפילו על פרעון המקצת כ"א כשיכתב שובר עכ"פ כנ"ל משא"כ במתניתין דמי שפרע מקצת חובו מיירי בתוך הזמן כגון בשטר על זמנים ודכוותי' דאז מחויב לכתוב שובר כיון שאינו יכול לכופו על הפרעון המותר ולפ"ז במקום שאין הלוה יכול לכפותו להמלוה לכתוב שוב אין כאן עולה משום דהלקוחות הקונים אינהו דאפסדי אנפשייהו דאף דאיכא למיחוש ששמעו מהפרעון כמ"ש התוס' ב"מ דף י"ג ד"ה ה"ט דחיישי' מ"מ הלא ידעו שאין הלוה יכול

לכופו על נתינת השובר וכיון שאין ביד הלוה שובר אינהו מפסידי אנפשייהו כשקונים ועוד דאין לחוש ששמעו הפרעון מהמקצת דאף אם שמעו הפרעון בוודאי שמעו ממה שלא רצה המלוה ליתן שובר כיון דבשעת פרעון היה דבר זה ולהכי מותר ולזה מביא הר"ן ראייתו דבב"מ דשייך לומר אינהו אפסדי אנפשייהו לא שייך עולה ומש"ה נמי מותר בתנאי ולא אמרינן עולה הוא דאולי לא יקיים התנאי ואפ"ה יגבה מהלקוחות וזה כוונת הש"ע שכתב דאין לו לעכב השטר בשביל פשיטי דספרא וממילא משמע דבשביל גוף החוב שנשאר השטר מותר לעכבו והיינו דוקא כשמעכב השטר על פרעון המותר ובהך גוונא שכתבתי שמעכבו על משכון המותר וכנ"ל ואז מותר דהלקוחות אינהו אפסדי אנפשייהו אבל כשאינו מעכב השטר על המותר כגון שהוא בתוך הזמן שאין לו רשות לעכבו רק ששכח ליקח שובר תיכף אסור המלוה להשהות ומחויב המלוה תיכף לכתוב שובר דהאי ודאי עולה הוא דהלקוחות השומעים מהפרעון יסברו שבודאי לקח תיכף שובר כיון שיכול לכופו אשובר ולא שייך לומר אינהו אפסדי אנפשייהו ומש"ה נראה דעובר בשהייתו בלא שובר אף מרצון הלוה משום פסידא דלקוחות וזה שדייק המחבר בלשונו שמעיקרו כתב לשון ואסור לעכב ולבסוף כתב שמותר להשהות והוא שיכתוב שובר והיינו דעיכוב השטר בגוף חוב אף בלא שובר אינו אסור רק כשמעכב משום פשיטי דספרא אסור אבל (לא) שיהיה אסור אף בגוף החוב עד שיכתוב שובר וכנ"ל ומתורץ כל הקושיות שהקשה הש"ך ובתומים כתב דהר"ן מירי מרצון הלוה. ולפענ"ד נראה דמהר"ן מוכח דאפילו שלא מרצון הלוה מותר דהא מסיים וז"ל דאפילו בשטר פרוע איכא מ"ד בש"ס דזמנין משהי ליה אפשיטי דספרא ומאן דס"ל דמותר בשביל פשיטי דספרא דאפילו בע"כ של לוה מותר ועוד דכיון דמדמה אמנה ותנאי לזה ובאמנה מוכח דאפילו מרצון הלוה אסור ולפי סברת התומים דאתיהיב למחילה והוי כמו שליש דהימניה שיהיה כמו שאומר אם כן אפילו באמנה יהיה מותר אלא ודאי כמ"ש ועיין עוד במ"ש בסימן מ"ו הטעם דלא שייך הימניה באמנה כמו בשליש ע"ש:

סימן נח

א **חייב השליח לפרוע להמשלח** והיא ש"ס ערוך בכתובות ולכאורה יש לתמוה מכאן אהא שכתב הסמ"ע בסי' קכ"ה ס"ק י"ט דבכה"ג פטור גם המשלח ממי ששלח לו וע"ש בפרישה שכתב בטעמא דמילתא משום כיון דאית ליה מיגו יאמר לו המלוה ודאי דהאמת עם השליח שאתה חייב לו דאם היה רוצה לשקר למה טוען טענ' גרועה שתופסו בשביל שאתה חייב לו שיש לו דינין ממך וממני ניחא הי' לו לטעון שהחזיר כו'

ע"ש ועכצ"ל דהא דאמרינן בקידושין מ"ג ומבואר לקמן סי' קכ"א דאין שליח נעשה עד אף שיש לו מיגו דהחזרתי ללוה דש"ה דהמיגו לא לטענא מעליותא הוא דמאי מעליותא איכא להשליח בין טענות פרעון למלוה בין טענות אהדריניה ללוה וליכא הוכחה מהמיגו שאומר אמת רק שעיקר הנאמנות שם הוא מטעם עדות רק שרצו לומר שאין לו דין עד מחמת שהוא נוגע שמוכרח לומר שפרע למלוה דאי לא אמרינן ליה זיל שלים וע"ז אמר דלא נוגע הוא מיגו דאמר אהדריניה ללוה פי' וכיון דהיה יכול לו' טענה אחרינא לפטור נפשיה ולא להעיד שקר ממילא נאמן שוב בעדותו מטעם עדות מש"ה קאמר התם שפיר דהשתא כיון דתיקן רבנן שבועת היסת ממילא הו"ל עד הצריך שבועה דאינו נאמן מטעם עדות אבל הכא דהמגו הוא לטענה מעליותא המיגו הוא הוכחה שאומר אמת ואפי' הי' קרוב או פסול שאינו נאמן מטעם עדות נאמן מטעם מיגו ולזה כתב הסמ"ע שם דאף המשלח פטור כיון דאיכא הוכחה מהמיגו שאומר אמת וא"כ קשה דה"נ יפטור השליח כיון דיש להמלוה מיגו לטענה מעליותא דאיכא הוכחה שאומר אמת שאתה חייב לו א"כ לא הזקתיך כלל ואפשר לחלק דש"ה דהמשלח פוטר עצמו מהחוב ע"י המיגו שיש להשליח ואילו הי' להמשלח עצמו מיגו ודאי דהיה לו נאמנות ע"י מיגו לפטור דרחמנא נתנה נאמנות ע"י מיגו לפטור וא"כ מה לי שיש הוכחה לפטור ע"י המיגו שיש להמשלח או שיש הוכחה מהמיגו שיש לאחר דרחמנא אחשביה להוכחה שבא ע"י מיגו להוכיח שהוא אמת כדי לפטור משא"כ הכא דהמיגו שיש להמלוה לאו הוכחה שהוא אמת כדי להוציא מהמלוה שהתורה לא נתנה נאמנות להמיגו כדי להוציא דהא מיגו להוציא לא אמרינן רק מכח השטר שבידו אמרי' המיגו ואם כן הוא הזיקו שהניח השטר בידו דממנו לבד לא ידעינין שהוא חייב וגם מהמגו והשטר אין ראיה והוכחה שהוא חייב דאין השטר מסייע שהוא חייב לו ממקום אחר רק דמהני משום שהשטר הוי כגבוי והוי כמגו להחזיק וה"ז השליח גרם שעשה להזיקו במה שהיה מקודם מוציא והזיקו ולכך חייב כנ"ל ליישב דברי הסמ"ע שלא יהיו תמוהין כ"כ אמנם ודאי דלא קיי"ל כהא כמ"ש הסמ"ע שם דכבר כתבתי בסי' נ"ו דלא מועיל מיגו שיש להאחר דבעינן דוקא שיהיה המיגו לבע"ד או למי שמוטל עליו הדבר לעשות כמו שליש ושליח או שיהיה בידו לעשות כמו שאומר:

ב **לפרוע להמשלח** אין להקשות כיון דאין פשיעתו רק במה שהניח שטר ביד המלוה הא אפילו אם הוציא השטר בשעת פרעון ואח"כ החזירו למלוה היה פטור דמחזיר שטר פרוע למלוה פטור כמבואר בסי' נ"ה ובסי' שפ"ו דלא הוי רק גרמא בנזקין דכאן שאני דכיון ששינה בפריעה בהמעות מדעת המשלח הוי כפשע והזיק בממון וחייב לשלם:

ג **שהשליח גם כן נתנן לו על חוב אחר** ואפילו מביא המשלח עדים שבפי' מסר להשליח המעות על חוב דבשטר לא מהני וכמו שאבאר אח"כ ועוד נראה דהשליח זה שניתן לו למסור להמלוה המעות על תנאי שיקח השטר דינו ממש כדין שליש על תנאי דכל מה שעליו לעשות דינו כדין שליש כמ"ש בסי' נ"ו ובשליש על תנאי אפילו באו עדים והכחושו השליש נאמן דשמא אח"כ באו והתנו בענין זה כמבואר בסי' נ"ו סעיף ב' וא"כ ה"נ יהיה השליח נאמן בשעה שמסר לידו שהיה על חוב אחר ואפילו אם עכשיו מכחיש השליה לעדים בהכחשה גמורה לא מהימנינן ליה במה שסותר הגדתו הראשונה:

ד **וכן מי שהפקיד** עש"ך שכתב דזהו כדעת הי"א דס"ל דהואיל דהשליח חייב לשלם אין יכול לתפוס ממנו ולהזיק להשליח רק כשטוען שבשליחות אותו פלוני הפקיד בידו דהשליח מתחייב אחר כך בהודאת פיו דיאמר לו התופס אם תודה לדברי תפטור ע"ש ולכאורה תימא כמו שתמה בתומים דאם כן אם יש עדים שלא צוה לו ראובן כך והמפקיד בשקר אמר כן ללוי מה"ת יהיה יכול לו לתפוס הא א"י לומר לו אם תודה לדברי תפטור כיון שיש עדים וכי כשביל שאמר שקר נקנוס אותו לכן נראה דעיקר הטעם דהי"א בהא דס"ל שא"י לתפוס כיון שיש הפסד לשמעון אף דלכאורה דעת הריטב"א מסתבר הביאו בתומים ס"ק ג' מטעם דמה נ"מ לי שאתה חייב לשלם מ"מ אינו שלך ואני תופס שיעבוד שלי דהא שיעבודא דאורייתא וכשהוא משועבד לי הוי כמכור לי מה"ת לא אתפוס משלי משום פסידא דידך ומאי חזית שאפסיד אני כדי שלא תפסוד אתה אך עיקר הטעם דלא מצי לתפוס מהנפקד כשמגיע לו היזק הוא דאף דהנפקד ודאי ג"כ משועבד להמלוה מדר"ג כמבואר בסי' פ"ו דאף בפקדון שייך דר"נ מ"מ הא כתב הש"ך בסי' פ"ו דבמקום דאית ליה פסידא דהוי הדין כמו במשועבדים ועיין תומים שם ס"ק י' שכתב מטעם זה דקיי"ל בדר"נ דא"י למחול היינו דוקא בדאית ליה קרקע אבל לגבות מטלטלין א"י כיון שמחל לו הוי כמטלטלין המשועבדים דאין בע"ח טורף ממנו א"כ ה"נ כיון דאית ליה פסידא שחייב לשלם הוי כמטלטלין המשועבדים דא"י לטרוף מהם ואף שכתבתי בסי' פ"ו דאין דינו של התומים ברור שם מ"מ בהא כ"ע מודים דהא מבואר בב"מ ר"פ המפקיד דכשהנפקד משלם מחמת פשיעה וכיוצא שנקנה לו הפקדון למפרע או סמוך לגניבה מטעם דהוי כאומר לו בשעת הפקדון (") לכשתנגוב ותשלימני תהיה פרתי קנויה לך מעכשיו או סמך לגניבה ע"ש ובתשובת רמ"א סי' ס"ז הביאו הש"ך בי"ד סי' ש"כ ס"ק ח' ע"ש דמטעם זה פטורה מהבכורה כשעכו"ם הנפקד משלם כשנגנבה הפרה אלמא דקנין גמור חשוב ליה וא"כ משועבדים ממש הן דהא נקנה לו לגמרי למפרע וגם בלא"ה נ"ל דרשות השומרים כיון שתיקנו משיכה בשומרין כדרך שתיקנו בלקוחות נקנין הן

להשומר בקנין שיהיה משועבדים ונקנין להשומר שיהיה בידו כמשכון בשביל אחריות שקיבל עליהן והוי ממש משועבדים גמורים דאין בע"ח טורף מטלטלין המשועבדים ומכ"ש כאן שהיא מלוה ע"פ דאין טורף כלל ממשעבדי ולזה כשאמר שמוסר לו בשליחות אותו פלוני אף שיש עדים שהגיד כן בשקר מ"מ נגד סילוק זכות שלא נקרא שוב אותן מטלטלין משועבדים שלו דהא הויין שוב כמוחזרין להבעלים והודאתו נגד זה הרי כהודאת בע"ד שהוא כמאה עדים שהוא מסולק מן החפץ ואינו שוב בע"ד על החפץ. ולפ"ז נ"ל דהא דא"י לתפוס כשמגיע היזק להשליח או למפקיד היינו דוקא כשנמסר החפץ לרשותם דאז קנוהו במשיכת' אבל אם ראובן חייב עצמו בחיוב המועיל על אחריות החפץ של שמעון העומד ברשות שמעון לוי יכול לתופסו מרשות שמעון החייב לו כשיש לו מיגו ואף שיגיע היזק מחמת זה לראובן כיון שלא עשה ראובן קנין בהחפץ לא נקרא משועבדים שלו ומכ"ש להטעם שכתבתי דהוא מטעם דהוי כקנוי לו כמבואר בר"פ המפקיד הא מבואר שם דבעומדת באגם לא קני' לה. ולפ"ז נראה דאין לו דין משועבדים רק במקום שנעשה בו קנין דאז הוי כמו בלקוחות אבל במקום שלא עשה השומר קנין רק שנתחייב מחמת שסילק האחר השמירה כמבואר בסי' רצ"ה ס"ה יכול הלוה לתופסו כיון שאין לו קנין בו לא נקרא משועבדים. ולפ"ז אפשר לפרש דלא סתרי (דברי) הרא"ש בפסקיו למ"ש בתשובה דגבי בקרא מיירי הרא"ש כשנעשה שומר על בהמות שעמדו באגם כדרך הרועים ובכה"ג דלא עשו בו שום קנין מודה הרא"ש ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה הש"ך בסימן קע"ו סעיף ל"ו ס"ק מ"ח דהאיך ישראל יכול לתפוס מהשותפות כיון דאיכא פסידא להשותף ולפמ"ש לק"מ דבאמת מבית השותף הב' שאינו חייב לו ודאי דאין יכול לתפוס אף בדבר שידוע שהוא משל השותפות כיון דאית ליה פסידא לדידיה ושותפין כש"ש דמי וכמשועבדים דמי אבל מבית השותף החייב לא יכול לתפוס וגובה מחלק החייב לו כיון שיש לו מיגו דהוי כעדים אף שיגיע היזק לשותף השני יכול לומר לו מה לי בכך כיון דשיעבודא דאורייתא וה"ה כמכור לו לשיעבודו וכמש"ל ונגד השותף השני לא דמי למשועבדים כיון שאין מונחים ברשותו ולא נעשה לו קנין בהם וראיה לזה מבכורות מ"ח ע"א דאמר התם זאת אומרת שני יב"ש שהי' בעיר א' ולקחו שדה לשותפות בע"ח גובה אותו דא"ל אי בדידך מסיקנא מנתא דידך שקילנא ואי בחברך מסיקנא מנתא דחברי' שקילנא והוא תמוה דהא כי שקיל בע"ח פלגא המותר יחלקו עצמם השותפים ביניהם והרי יפסיד הא' שאין חייב לבע"ח והיאך יכול הבע"ח להזיק בתפיסתו ודמי ממש למ"ש הש"ך בסי' קע"ו ס"ק מ"ט אע"כ הוא מטעם שכתבתי דהכא כיון שהוא קרקע והוא מלוה בשטר שהוא גובה ממשעבדי

אין משגיחין בנזק אחר ודין זה אין שייך רק במקום שאין גובין ממשעבדי וכמ"ש ועוד יש לחלק בכמה אופנים לפמ"ש מזה מוכח דעכצ"ל דא"צ להשגיח בפסידא דאחרינא במקום פסידא דידיה רק במקום דהוי אצלו משועבדים שהוא ברשותו והוי כאילו הוא משכון בידו וכמש"ל. ולפ"ז תוכח באם תופס באמרו שהוא שלו ממש שגנבו או גזלו ממנו ודאי דיכול לתפוס לכ"ע כיון דלא שייך בזה הסברא דאין גובין ממשעבדי כנ"ל:

ה **שהרי פשע** עסמ"ע ס"ק ה' דשואל חייב אפילו בלא פשע וכו' והמשנה למלך פ"א משכירות כתב בזה דאין אונס רק שבורה ומתה אבל הכא לוי טוען שחייב לו כדי דמיו ויש לו מיגו דנאמן ואב באנו לחייב שמעון היינו משום פושע שמסר למאן דלא מצי לאישתעויי דינא בהדיה דאלו לא השאיל שמעון ללוי היה ראובן נשבע ונפטר עד כאן לשונו ודבריו תמוהים מאוד דכיון דחייב לשלם כשפשע ע"כ דלא מהימנינן ליה בהמיגו ומחזיקין אותו לגזלן אם כן בשואל אפילו נעשה באונס יש לו להתחייב. ולייישב נראה דס"ל כדעת הסמ"ע בסי' קכ"ה ס"ק י"ט דכשהוא נאמן במיגו פטור הלוה מלשלם והא דחייב כשפשע דס"ל כדעת מהר"ם מלובלין הביאו הש"ך בסי' קכ"ח ס"ק ח' דאפילו היה של חבירו בידו כשפרע חובו של חבירו יכול לומר מפייס הוינא ליה והפסיד מעותיו. ועכצ"ל לדבריו דהא דאמרינן בב"ק דף מ' דמקשה הש"ס דלימא ליה אי אהדרתי ניהליה הוי מעריקנא ליה לאגמ' וע"ש בתוס' שכתבו הפי' דמתוך זה היה מתפשר עמי וע' בת"ח שכתב הפי' דהיינו שהיה מתפשר עמי מחמת שהיה מתפחד שלא אעשה כן ומשני הש"ס דיכול לומר דמשתעבד מדר"ג ע"ש. וא"כ בגוונא דמהר"ם מלובלין ג"כ ק' דהא יכול לומר ג"כ דמשתעבד מדר"נ ועכצ"ל דדוקא בפרע מעצמו הפסיד דיכול לומר מה הוי לך גבאי דהזקתני דאומר מפייס הוינא ליה משא"כ כשהיה ע"י תפיסה כדאמר התם דקדים ב"ד ותפסיה. ונראה דה"ה בתפיסה שתפס הבע"ח באונס דג"כ לא הפסיד אפילו במקום שחייב באונסין מטעם שכ' המ"ל דאין אונס רק שבורה ומתה חדא דאפילו בע"ח דוחק רוב הפוסקים ס"ל דחייב לשלם כמבואר בסי' קכ"ח בש"ך. וכיון שהבע"ח תפס דמי לבע"ח ודוחק ועוד דבנתפס על חבירו דפטור דוקא כשהוא גזלן אבל במקום דמדינא יכול לתבעו חייב כדמוכח בש"ך ס"ק י"א גבי מלמד ועיר דבמסים וארנונות דחייב מטעם דדינא דמלכותא דינא הוא שיכול לתופסו בעד חבירו מכ"ש הכא דדינא דמלכות שמים הוא כשיש לו בידו מטעם שיעבודא דר"נ ודאי דבנתפס על חבירו בכה"ג חייב ומכ"ש שנפטר מלשלם כשתפס והוא פשוט אצלי בתכלית הפשיטות עד שאין מהצורך להראיה: ולזה יפה כתב המ"ל דדוקא בפרע אם פרע מעצמו חייב אבל באונס פטור ואין להקשות לדעת מהר"ם מלובלין והמ"ל הנ"ל דאפילו היה של חבירו בידו ופרע

חובו דהפסיד מטעם דמ"ל מפייס הוינא ליה א"כ התופס לבע"ח ומסרו לידו יתחייב לשלם ומוכח בש"ס ופוסקים להיפך דז"א דקושיא זו ק' ג"כ על הש"ס ב"ק מ' דפוטרו מטעם שיעבודא דר"נ ובתופס לא יכול לומר מטעם שיעבודא דר"נ ועכצ"ל דתופס דא"א לחייבו רק מטעם מזיק וגזלן דהא תיכף כשתופסו זכה בו להבע"ח דהא בשבילו תפסו וכל שאין בו ההיזק ברור פטור דהוי ספק בחיוב משא"כ בנפקד דחייב בהשבה וכל שאין ההשבה גמורה הוי ספק בהשבה וחייב וזה כתבתי ליישב דעת המ"ל והמהר"ם מלובלין אבל לא קיי"ל כוותייהו כמבואר בסי' ק"פ ובסי' קכ"ח וגם לא קיי"ל כהסמ"ע בסי' קכ"ה הנ"ל:

ו **בטל השטר** עסמ"ע ס"ל ס"ק ל"א שכתב דאפילו מלוה ע"פ או מלוה בשטר ידוע בעדים ג"כ א"י לומר סטראי. והיינו דנאמן הלוה לו' שאותו הפרעון שהיה בעדים היה על שטר זה שמוציא עכשיו והמלוה ע"פ או המלוה בשטר שאין מוציא עכשיו השטר עליו מרע לו אח"כ. והמ"ל פי"ד מה' מלוה כתב שדין זה תלוי בפלוגתא שהביא הבעה"ת שער כ' והטור סי' פ"ג ע"ש וא"כ לפי מ"ש המחבר בסי' פ"ג דדין ההוא דהיינו ביש עליו ב' שטרות בא' יש עליו ערב ועל א' אין לו ערב דאפילו פרעו בעדים יכול לומר שעל השטר שאין עליו ערב פרעו ליתא לדינא של הסמ"ע ולפענ"ד לא דמי כלל להתם דבשלמא התם שמוציא גם עכשיו השני שטרות בב"ד ודאי דיכול לומר שעל שטר זה קיבל הפרעון דהא בידו לקבל הפרעון על איזה שטר שרוצה ואין הלוה יכיל למחות בו משא"כ הכא לא מבעיא במלוה ע"פ ידוע ודאי שפיר קאמר הסמ"ע כיון דחזקה דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע ע"פ כמ"ש הרא"ש והרי כאלו הזכיר לו בפי' את השטר כיון שקיבלו בסתם אלא אפילו במלוה בשטר ידוע מ"מ כיון שעכשיו אינו מוציא השטר בב"ד א"כ כיון שקיבל פרעון בפני עדים הרי ידוע לעדים שנתבטל שטר א' ת"י המלוה ודמי ממש לאומר שטר פרוע יש לי בידו דהדין דכשיש לו ב' שטרות שגובה בא'. אמנם זהו דוקא כשמוציא שני השטרות בב"ד אבל כשמוציא רק שטר א' בב"ד ודאי דאינו מועיל אם יביא עדים שראו בידו ב' שטרות אחר שאמר לו שטר פרוע לך בידי דודאי יכול לומר פרעתיך אח"כ שטר א' והחזרתי לי שטר והשטר שנתבטל בפני עדים נשאר תחת ידך כי סמכתי על זה שלא תוכל לגבות ממני כשלא תוציא ב' שטרות בב"ד מחמת שהעדים יודעים שיש בידך שטר פרוע ומה לי שהודה בפני עדים שנתבטל שטר א' ומה לי שידוע לעדים בעצמן שפרע בפניהם ונשאר שטר פרוע ת"י דגם כן בודאי א"י לגבות אם לא שמוציא שני שטרות בב"ד ולפ"ז הדין שכ' הסמ"ע הוא ברור. וראיה לדברי הסמ"ע מכתובות צ"ו ע"ב ברש"י ד"ה מאי לאו בהא פליגי וז"ל דסוף כשתובע הכתובה

יאמרו לה מה שמכרת לכתיבה מכרת וקבלת כתובתיך וא"ת א"כ תנו מזונות וכו' יאמרו נתננו וכו' אלמא דאף שהחוב מזונות ידוע מ"מ כיון שהפרעון ממכירת הקרקע ידוע בטל השטר וא"י לומר סטראי על המזונות הרי בהדיא כהסמ"ע. עוד כתב המ"ל דאם השטר הוא תוך זמן דיכול לומר סטראי אפילו בפרוע בעדים דחזקה א"א פורע תוך זמן וכ' זה בשם תשובת הרא"ש וחפשתי ולא מצאתי אותו בתשו' הרא"ש וצ"ע בדין זה דמדברי הפוסקים שסתמו משמע שאין לחלק. עוד כתב דאם השטר הוא על ק' ופרע ק"ן דיכול לטעון סטראי וצ"ע גם בדין זה דהא יכול לומר דפרע לי עוד נ' מלוה ע"פ שהיה לי עליו וע' עוד מ"ש בס"ק שאחר זה (ובסמ"ע ס"ק י' יש ט"ס וצ"ל כדכתב הט"ו בסי' ע"א סעיף נ'):

ז **דלא מגבי' ביה** עש"ך ס"ק י"ג עד דאין להניח את הודאי ולסמוך על הספק וכו'. והנה הרא"ש נתן טעם משום דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ וא"כ לפי טעם זה משמע דאם טוען החזרתי לך את השטר יכול לטעון סטראי. אכן נראה דגם הרא"ש מודה לטעם זה רק שכ' טעם שלי על הקושיא שהקשה דבלא עדים אמר בש"ס הטעם דמהימן מטעם מיגו דלהד"ם וע"ז הקשה דלמה לו לטעם מיגו הא סטראי בעצמו טענה מעליותא ומש"ה הוכרח לטעם שלו דטעם שכ' הבע"ת משום דאין להניח את הודאי לא שייך רק בפרעו בעדים שיש כאן ודאי פרעון משא"כ בלא עדים דאין כאן ודאי פרעון כלל הוצרך לטעם שלו. והנה אם הזכיר לו השטר וטוען ממה שפרעת החזיתי לך את השטר פשיטא דאינו נאמן כלל ואפילו תפיסה בעדים לא מהני דהוי כאילו או' שטר לך בידי פרוע דאינו נאמן לתבוע בשטר אחד עד שיוציא שני השטרות כמבואר בסי' ס"ה סעיף כ"ג וכן מבואר בתשובת הרא"ש כלל י"ח סי' י"ט. וכן מבואר בהדיא בסי' נ"ד ס"ג בהג"ה ע"ש:

ח **דלא מגבינן ביה** עסמ"ע ס"ק י"ב שאם על חוב שבשטר בא בהרשאה ועל הממון שהודה שקיבל בא מכח עצמו לא. משום דאי בעי מיהדר שטרי למריה. ועש"ך ס"ק ט"ו שהביא בשם תשובת הרא"ש שלמד דין זה מהא דסימן קי"ט וסי' קמ"ח מהא דיכול לומר אי שתקת שתקת וכו' וכן הוא בתשובת הרא"ש בהדיא והאו"ת הקשה דהא קיי"ל בסי' קי"ט כרמב"ם דלא אמרי' אי שתקת א"כ ליתא להאי דינא וכ"כ בכנה"ג דליתא להך דינא מטעם זה. והאו"ת מתרץ דהרא"ש כתב הך טעמא דאי שתקת לרווחא המלתא דבלא"ה יכול לטעון כאן סטראי דהא עיקר הטעם דבעינן בסטראי מיגו משום דלא שביק מלוה בשטר ופרע ע"פ והכא לא שייך זה כיון שהוא בשני ב"א יכול לומר הראשון נוח לי וכו' ע"ש. והוא דוחק גדול לומר סברא כזו. ועוד תימה גדולה דהא אפילו טוען החזרתי

לך את השטר דלא שייך ג"כ הך טעמא שכתב הרא"ש ואפ"ה א"י לטעון מטעם שכתב הבעה"ת הביאו הש"ך ס"ק י"ג דאין ספק מלוה מוציא מידי ודאי פרעון וזה שייך אפילו במורשה והרא"ש לא כתב טעם שלו רק משום הטעם שכתבתי לעיל: והנלע"ד בזה דלכאורה ק' להלום דברי הרא"ש דהטעם שכתב דאי בעי מיהדר שטרא למריה דמה בכך שיחזיר השטר הא במלוה גופיה לא יהיה יכול לתבוע כיון דברירא לן שהשטר נפרע ליד המורשה מהטעם שכתב ש"ך בס"ק י"ג דאין מניחין הודאי פרעון דתופסין את הספק מלוה והיא הוה לו רשות לפרוע להמורשה והאיך יכול המלוה לתבוע בו. ועוד דמטעם אי שתקת שכ' הרא"ש כמו בסי' קי"ט א"כ אפילו בלוקח שט"ח ג"כ יהיה דינא הכי דבסי' קי"ט מיירי אפילו במכירה וללוקח שט"ח ודאי דאין סברא לומר כך ובודאי דאף המוכר א"י לתבוע בשטר זה אפילו יחזיר לו את השטר. לכן נראה דהנה לכאורה ק' אהרא"ש דבמורשה אפי' בפרעון בלא עדים א"י לטעון סטראי דהא אפילו המורשה טוען להד"ם נאמן הלוה כיון דהרשוהו ליתן לשלוחו הוי המלוה כאומר א"י אם נפרעתי כמבואר בסי' קכ"א סעיף ח' ועש"ך שם ס"ק מ"א ובסי' זה בש"ך ס"ק מ"ז וע"כ צריך לחלק דדוקא כשאומר להלוה שיפרע לשלוחו בלא השטר אז יכול הלוה לומר להמלוה אתה הימנתיה דומיא דחנוני על פנקסו כמבואר בב"מ דף נ' אבל כשמורש להשליח ומוסר השטר בידי לא האמין להשליח כלל שינתן המעות בידי עד שיקח השטר מידו. דאז לא יכול השליח לכפור בקבלת המעות אבל בלא לקיחת השטר שיהיה יכול לכפור הקבלת המעות ודאי דלא נתרצה שיתן לו למעות באופן זה ולא האמינו בזה ומש"ה כשמסר בידו ולא לקח השטר מידו והמורשה טוען להד"ם חייב הלוה לשלם על שנתן לו ולא קיבל השטר מידו מש"ה יכול לטעון ג"כ סטראי ולפ"ז אפילו פרעו בעדים כשטוען השליח סטראי מחמת שלא הזכיר לו השטר ולא קיבל ממנו השטר דהמורשה ודאי דיכול לפטור עצמו בטענה זו אפילו קיבל פרעון בעדים ויכול לומר שעל חוב אחד קבלם כיון שמחזיר לי שטר שלו ואין לו על המורשה רק שבועת היסת מש"ה חייב הלוה לפרוע להמלוה פעם שנית כיון דלא היה לו רשות להלוה לפרוע להמורשה בלא לקיחת השטר הוי כמי שנתן לאחר שאינו מורשה שלו והמורשה ודאי דיכול להחזיר במעות בטענות סטראי דהלוה הוי כתובע להמורשה ולא כפוטר עצמו בפרעון זה כיון דלא נחשב לפירעון מחמת שלא היה לו רשות ליתן לי בלא לקוחות השטר וכיון דהלוה הוי רק כתובע להמורשה בהמעות שנתן ודאי דיכול המורשה לומר בפרעון חובי נתת לי כיון שנתת סתם כמבואר בסי' ע"ט סעיף ז'. ועוד כיון דאפילו נתן למלוה גופי' מהני תפיסה לדעת הרב בהג"ה והבא דהשליח מוחזק והלוה הוי כתובע לו הוי המורשה כתפס: אמנם נראה דדוקא המלוה

בעצמו כשמחזיר המורשה השטר לידו יכול לתבוע להלוה אבל כשהמורשה בעצמו רוצה לתבוע להלוה מחמת שכ' לו דון וזכו ואפיק לנפשך נראה דאינו יכול לתבוע דכיון שהמורשה בעצמו תובעו הוי הלוה כפוטר עצמו בטענות פרעון זה דא"י לטעון סטראי ולתבוע כשיש עדים על הפירעון ולכך הוצרך הרא"ש לטעם דכיון דיכול להחזיר חזינן אותו באילו הוא כבר מוחזק ובכאן כ"ע מודו דל"ד לסי' קי"ט דשם כיון שהוא לוקח והוא הבע"ד לא יכיל לי' מהדרינא משא"כ כאן במורשה דגם עכשיו תובע מכח המלוה כ"ע מודו דחזינן אותו כאילו הוא כבר מהודר והמלוה תובעו דאפוכי מטרתי למה לן דלא יהא אלא שכבר החזירו להמלוה והמלוה חזר ועשאו מורשה דודאי יכול לתבוע. משא"כ בלוקח שט"ח בודאי דא"י לטעון סטראי כיון דהיה לו להלוה רשות לפרוע לי אפילו בלא לקיחת השטר הוי ממש כפורע להמלוה אמנם נראה דבהזכיר לו השטר ולא לקח השטר מידו אף דודאי אם אין המלוה יכול להוציא המעות מהמורשה חייב הלוה לשלם פעם שנית להמלוה כיון דלא היה לו רשות לפורעו בלא לקיחת שטר הוי כנתן למי שאיני מורשה וכמש"ל מכל מקום המורשה ודאי דחייב להחזיר המעות ללוה כיון דהלוה נתן המעות בפירוש על אופן אחר בפני עדים הוי כתפיסה בעדים על חוב שאינו מבורר דלא מהני תפיסה כיון שהמורשה טוען סטראי רק מחמת מלוה על פה משא"כ כשלא הזכיר השטר לא היי כתפיסה בעדים על חיב שאינו מבורר אפילו נתן לו סתם א"י להוציא ממנו כמבואר בסימן ע"ט ע"ש: אמנם אם תובע להמורשה אחר כך וטען החזרתי לך את השטר ממה שפרעת לי פטור בשבועה אפילו הזכיר לו השטר:

ט **או בתורת פקדון** נראה לי דוקא בראו נותן מעות אבל בראו נותן לו חפץ בלא שומא יכיל לומר פקדון היה לי אצלך והחזרת לי כיון שראו שנתן לו בלא שומא:

י **הוחזק כפרן** עש"ך ס"ק נ' דמסיק דהלוה נשבע היסת דהוחזק כפרן לממון זה לא הוחזק כפרן לממון אחר והאו"ת כתב דהבעה"ת דפסק דפטור מיידי בנתן לו אבק ריבית דמהני בתפס דאז אין הלוה נשבע דכ"ז שלא נתן הא"ר אינו חייב ליתן ע"ש ולא הבינותי דהא בא"י לא מהני תפיסה אם לא שנתן בפי' בתורה ריבי' כמבואר בי"ד הל' ריבי' וכיון דמיירי הכא בנתן סתם ודאי דמנכינן ליה אחוב שבשטר וא"י לתופסו על הרבית:

יא **בפני ע"א.** עש"ך ס"ק ך"ג שכתב דאחר הפרעון הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"פ. והוא תמוה בעיני כל כמו שתמה בתומים דהא אפי' בשני עדים פסק בהג"ה לעיל דמהני תפיסה ומכ"ש בע"א דאחר הפרעון ודאי לתפיסה דמי. ולפענ"ד נראה בפשיטות דהנה הא דפסק הרב בפרעון בעדים וטוען סטראי דלא קרעינן השטר ומהימן אפילו תפס בעדים אח"כ אף דקיבל פרעון א' בעדים ואם כן ק' הא הוי כתפס בעדים על

חוב שאינו מבורר דלא מהימן כלל. אך הטעם הוא כיון שנתן סתם לפרעון ולא הזכיר השטר י"ל מסתמא על חוב אחר פרע כיון שלא הזכיר השטר. וגם י"ל להיפך חזקה לא שביק מלוה בשטר ופרע מלוה על פה והוי כי ספק בשטר דמהני תפיסה וכשהזכיר השטר והוא תפסו על חוב אחר הוי תפיסה בעדים ממש דלא מהני. והנה הא דתפיסה מהני ידוע דבכל מקום דמהני תפיסה לא מהני רק במטלטלין ולא במקרקע ולפ"ז הדין פשוט דאם פרע בעדים ותבעו לזמן ולא היה עדים בב"ד והימנוהו הב"ד למלוה בטענות סטראי מחמת קלא באו עדים והגביהו למלוה קרקע ואחר כך באו עדים והעידו שראו פרעון הראשון בסתם ודאי דצריך להחזיר הקרקע דהא הספק נולד ע"י הפרעון בסתם והגוביינא שהגביהו הב"ד הוי כתפיסה וכיון דהיה במקרקע ובמקרקע לא מהני תפיסה ודאי דצריך להחזיר ולפ"ז בע"א והגביהו קרקע דהתפיסה לא הוי תפיסה כיון דהוא קרקע הוי בדין משאיל"מ ואין להקשות דהא הוי קרקע דאין נשבעין עליהן דז"א דהא טענותייהו על הפרעון הראשון דהוי במעות ואין נאמן על טענת סטראי בפרעון השני רק במיגו דלהד"מ ואם היה טוען להד"ם בפרעון הראשון ודאי דהיה חייב ש"ד כיון שהיה במטלטלין וא"כ אי פקח הוא מגביהו קרקע והו"ל משואיל"מ. ועוד נראה דאפשר דדברי הנך פוסקים כדעת הרמ"ה הביאו הרא"ש בכתובות כ' דאף במקום דמהני תפיסה מ"מ אם התפיסוהו ב"ד לא מהני דאמרי' אנן אסקי' לי' ואנן אחתינן ליה ונראה דגם התוס' דס"ל שם בדף כ' בד"ה ואוקי ממונ' דתרי ותרי בקרקע דאמרי' כל דאלם גבר הוא מטעם תפיסה עי' באו"ת ס"ק ח' ובסי' קל"ט ס"ק א' ואפ"ה אם הב"ד החזיקוהו ע"פ עדים ואח"כ באו אחרים והכחישום אמרי' אנן אסקינן ואנן אחתינן כמבואר בסי' קמ"ו ולא הוי כתפיסה ולפ"ז הדין כן בכל התפיסות רק הרא"ש לשיטתו דפליג אהרמ"ה שם דס"ל דטעמא דכל דאלים גבר לאו משום תפיסה הוא רק דאמרי' דכל מי שהוא שלו ימסור נפשו עליו במ"ש הרא"ש בכמה דוכתי א"כ אין ראיה מהא דלא מהני תפיסת ב"ד גבי כל דאלים גבר שיהיה הדין כן בכל התפיסות אך אנן קיי"ל כהרא"ש בזה. ולפ"ז בהגביהו קרקע הוי בתר פרעון משואיל"מ ובהגביהו מטלטלין הוי כתפיסה ואין חייב להחזיר ודוקא כשהוא פקח ולא הביא העד לב"ד כשטען זה סטראי וחייבוהו לשלם ואחר הפירעון בשני עדים תובע הפרעון הראשון ומביא העד לפני ב"ד אז הוי משואיל"מ כשהגבהו קרקע אבל כשהביא העד לב"ד בתביעה ראשונה וחייבוהו ב"ד לשלם על פי שבועת התובע אין יכול לעשותו שוב ע"י אותו העד משואיל"מ כדמוכח בכתובות פ"ג גבי אי פיקח הוא מייתי לידי ש"ך וע' בפ"י שם בכתובות גבי אי פוקח הוא ובחידושי לקמן סי' פ"ב ול"ק שוב מ"ש בספר קצה"ח על הש"ך כיון דבתר פרעון הוי משואיל"מ

א"כ קודם הפרעון אמאי נתחייב הלוה לשלם הא הוי כהפוכי מטרתא ולפמ"ש לק"מ. עוד כתב בספר קצה"ח בס"ק ג' ליישב הקושיא שהקשו הפוסקים דהא בשבועה דרבנן לא אמרי' מתוך שא"י לישבע משלם ותירץ בספר הנ"ל כיון שכתב הרמב"ן דלא הוי מיגו להוציא דאין המיגו רק על מה שתפס והוי להחזיק א"כ ה"נ הוי משואיל"מ ע"ש והוא תמוה מאוד דודאי סברת הרמב"ן הוא טובה דהטענה שהוא טוען עכשיו שחייב לי חוב אחר ותופסו בשביל החוב האחר הוא להחזיק משא"כ לענין שיהיה נידון משום משואיל"מ ע"כ צריכין לבוא מכח המיגו דהיינו שבטענה שהיה יכול לטעון הוא חייב שבועה והוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ובטענה שהיה יכול לטעון דהיינו שלא פרע ודאי דלא היה עליו רק שבועה דרבנן דהוא ממש שבועת המשנה דע"א מעיד שהוא פרוע ודברתי עמי פא"פ והשיב שסמך עצמו על הרשב"א שהביא שם בס"ק ד' דכל שנסתלק הגורם הי"ל משואיל"מ ע"ש אבל גם זה ליתא דשאני התם הרשב"א ס"ל דגם בשבוע' דרבנן אמרי' מתוך שאי"ל משלם והעד נאמן מדרבנן להעיד שהוא פרוע רק שפסול מטעם שהוא עד הצריך שבועה ושפיר כתב הרשב"א דכשאינו מכחישו ונסתלק הגורם הוי עד כשר ונאמן הוא כשנים ולא שייך לומר מיגו נגדו דהוי כמיגו במקום עדים וע"ז תי' הרשב"א כיון דהעד על פרעון מעיד וכו' ליכא מתוך ולפ"ז להפוסקים דס"ל דדוקא בשבועה דאורייתא אמרי' מתוך וא"כ קודם פרעון עדות העד שאומר פרוע לאו כלום הוא דאין לו שום נאמנות מדאורייתא לבטל השטר ולא שייך לומר כלל דכשהודה נסתלק הגורם ויש לו דין עד דזה לא ניתן להאמר כלל דהודאתו אינו ניתן כלל נאמנות להעיד והוא פשוט:

יב **לא אמרי' דאיתרע שטרא.** עש"ך ס"ק כ"ד שכ' בשם הב"ח דאפילו אידכר ליה מהאי שטרא וכו'. מ"מ לפי דעת התוס' והר"ן אף בזה איתרע שטרא עכ"ל הש"ך משמע דאפילו מכחיש המלוה ואומר שלא הזכיר השטר ולכאורה היא תימה דהא כתב בעצמו בס"ק כ"ג הטעם דאיתרע שטרא משום דהי' צריך לישבע ש"ח נגד העד והשתא אין צריך לישבע אלא היסת וכו' ע"ש וא"כ כשמעיד העד שהזכיר השטר הרי לפי טענותו גם עתה מכחיש לדברי העד וחייב שבועה נגד העד וא"כ לפמ"ש בס"ק כ"ג וכן כתב ג"כ בסימן נ"א דכשמכחיש גם עתה לדברי העד אין עליו דין מחויב שבועת ואינו יכול לישבע משלם א"כ אף לדברי התוס' והר"ן אמאי איתרע שטרא. ובאמת לק"מ דלא דמי להא שכ' בסי' נ"א דשאני התם באומר אין חטפתי ודידי חטפתי והעד מעיד שחטף ולא דידיה הוא ודאי דצריך לישבע דדידיה הוא להכחיש את העד אפילו אם הנגזל לא יטעון כלל טענת חטיפה רק טענת שלי הוא החפץ שתחת ידך וגם העד לא יעיד

על החטיפה רק שהאי חפץ לאו דידיה הוא צריך לישבע נגדו וכיון דגם עכשיו צריך לישבע נגדו שפיר כתב הש"ך דלא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם משא"כ הכא דא"צ לישבע כלל שלא הזכיר השטר להכחיש העד דהא בלא"ה נגד שיהי' איתרע שטרא אפילו פרעו סתם אמרי' דודאי אהאי שטרא פרעו מטעם שכתב הרא"ש דחזקה לא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה על פה והוי כהזכיר השטר רק בדליכא עדים נאמן במיגו שחייב לו ממקום אחר וכיון שהוא חייב לו א"כ מה בכך שאתה נתת על חוב שבשטר אני תופסו על החוב האחר וא"כ אין חילוק כלל בין הזכיר השטר ובין לא הזכיר השטר דהא סתמא ג"כ הוי כהזכיר רק עיקר מה שאנו דנין אם נאמן הוא על חוב האחר במיגו ובמקום עד א' אינו נאמן במיגו וכן בתר פרעון הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כשהגביהו קרקע וכמש"ל בס"ק הקודם. ואם העד מעיד שגם המלוה הזכיר בשעת הפרעון שהוא על חוב שבשטר דאז הוי ממש כאו' העד לאו דידיה חטף ודמיא להא שכ' הש"ך בסי' נ"א הנ"ל. אך גם שם העיקר כהתומים דהוי אף בכה"ג מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם: היוצא מזה דבהזכיר השטר בעד א' הוי לכ"ע מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אחר הפרעון ובלא הזכיר לו את השטר בהגביהו קרקע הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ובמטלטלין הוי כתפיסה וקודם פרעון העיקר כדעת הרמ"א דלא איתרע שטרא. ואחר הפרעון ג"כ בעינן שלא יבא השטר קודם הפרעון לבית דין וכשהגביהו מטלטלין דאז הדין בעד אחד אחר הפרעון דהוי כתפיס' שלא הזכיר השטר ואז כשהעד מעיד שהזכיר השטר דלא מהני תפיסה נשבע להכחיש העד כנ"ל בדינים אלו. ואם פרעו ע"י שליח והלוה הזכיר להשליח בפירוש שיקח השטר והשליח פרעו גם כן בפני עדים סתם ולא הזכיר השטר לכ"ע בטל השטר לגמרי דהא ידוע לעדים שמעות אלו של המשלח הם ומונחים תחת ידו על אופן שיקח השטר דמי ממש לראובן שתופס בפני עדים מעות של שמעון המונח במקום אחד ואו' שחייב לו חוב שאינו מבורר דודאי א"י לתפוס בעדים ודוקא כשהלוה פורע בעצמו סתם אמרי' שהרי יש ראיה שחייב לו ממקום אחר כיון שפרעו בסתם ולא הזכיר לו את השטר וכן כשפרע השליח סתם וליכא עדים באיזה אופן מסר המשלח המעות ליד השליח אמרי' חזקה שהשליח לא עבר אדעת המשלחו אבל כשיש עדים באיזה אופן מונח המעות תחת ידו לא כל כמיני' דשליח להוציא מעות המשלח מחזקתו והוי ממש כתופס ממון המשלח הידועין לו על חוב שאינו מבורר דא"י לתפוס:

יג **הואיל והודה כו' אם יש עדים וכו'**. עש"ך ס"ק כ"ט עד משא"כ הכא דאין העדים מעידים רק שקיבל מעות ממי שהי' קונין בשר השור וא"כ היה יכול לטעון שהשור וכו'

ויש שם ט"ס ואין כאן מקומו וכצ"ל משא"כ והלכך אי לאו שהיו מעידין שקיבל דמי השור רק וכו' עד השתא ניחא נמי הא דצריכין להודאתו שהחוב היא מדמי השור משום (וכאן צריך לו' מה שכתבתי לעיל) שאין העדים מעידין רק שקיבל מעות ממי שהיה קונין בשר השור וא"כ הי' יכול לטעון שהשור בעצמו היה של עד דאטו סהדי בכיפי תלי להו (ואחר כך צריך לו') ולכך צריכין להודאתו דאם לא כן היה נאמן לטעון פטראי במיגו שהשור היה שלו וכו' כצ"ל ולפרש דברי הש"ך אשר קיצר במובן הוא דהרמב"ם ס"ל דאפי' ליכא עדים רק שקיבל מעות מאותן שלקחו בשר השור מהלוה אף שאינן יודעים אם המעות אלו שקיבל הי' דמי בשר השור או לעסק אחר ג"כ אינו יכול לטעון סטראי כיון שהודה המלוה שהחוב הוא מדמי השור. והר"י הלוי ס"ל דבכה"ג יכול לטעון סטראי במיגו רק כשיש עדים שמעידין שקיבל המלוה דמי בשר השור שלקחו מהלוה דאז הוי כאלו מעידין שראו שקיבל מעות מהמלוה ואף דאפי' אם ראו העדים שקיבל המלוה מהלוה מעות בסתם ולא אמר בפי' לשם פרעון חוב ס"ל להר"י הלוי דיכול לטעון סטראי במיגו דמתנה וא"כ ה"נ נהי שראו העדים שקיבל מעות הלוה מהלוקחים שלו מ"מ הא לא אמר הלוה בפי' הוא לפירעון חוב ויהי' נאמן לומר סטראי במיגו דמתנה דהיינו שהלו' נתן לו במתנ' המעות שמגיע לו מהלוקחים מ"מ ס"ל להר"י הלוי דהכא גרע כיון שהוד' שהחוב הוא מדמי השור הוי מיגו במקום חזקה ואחר כך כתב הש"ך שלא תקשה על הטור שהכריע כהר"י הלוי דהא כיון דהטור פסק דאפי' כשראו העדים שנתן מעות בסתם א"י לטעון סטראי א"כ הי' לו להכריע גם כאן כהרמב"ם דאפי' אם העדי' ראו שקיבל מעות סתם מהלוקחים שלקחו מהלו' לא יהי' שוב נאמן לומר סטראי ועל זה תירץ דדוקא כשקיבל מעות מהלו' בסתם אינו נאמן במיגו דמתנה מטעם דאדם החייב לחבירו אינו נותן לו במתנ' עד שיפרע חובו תחלה משא"כ הכא שקיבל מהלוקחים והלוקחים אינן חייבים לו נאמן במיגו דמתנה מש"ה צריכין דוקא שהעדים יעידו שקיבל דמי בשר השור שלקחו מהלו' דאז הוי כאלו מעידין שהמלוה קיבל המעות מהלו' דמה לי אם מעידין שקיבל מהלוה או מהבע"ח של לוה ואח"כ כתב הש"ך לתרץ הא דצריכין ג"כ להודאתו שהחוב הוא מדמי השור ולא סגי בעדים לחוד ועל זה תירץ דהכא שאני מטענות סטראי כיון שהודה שהשור הי' של המלו' קודם והמלו' ישב בעצמו אמסחתא וקיבל דמיו מהלוקחים יכול המלו' לומר לא נתתי לך כלל השור בהקפ' והשור הי' שלי בשלמא לעיל סעיף ב' בראו עדים סתם נתינת המעות ולא לשם פירעון לא יוכל לומר פקדון החזרת לי דחזקה כל מה שתחת יד האדם הוא שלו ובודאי הי' שלו וכיון שע"כ לפירעון ניתן חזקה לא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה על פה משא"כ כאן דהעדי'

לא ראו רק שהיו שניהם עומדים אצל מכירת הבשר וליכא כאן חזק' כלל ועכ"פ יותר מחזקת שותפות א"א לומר כלל כיון ששניהם עמדו אצל מכירת הבשר ויותר יש לומר שהשור הוא שלו לגמרי כיון שהוא קיבל המעות לבדו ואפי' ראו העדים השור בחיים אצל הלוה הגודרות אין להם חזקה א"כ המלוה יכול לומר לא הי' כאן פריעת חוב כלל רק דידי לקחתי ולא שייך כאן כלל חזקה דלא שביק וכו' רק הואיל והודה שדמי השור הוא החוב וכבר נזקף השור במלוה דמי לשאר חוב ואין לומר א"כ יהי' המלוה נאמן במיגו שהי' אומר דהחוב אינו מדמי השור כמו בפרע בלא עדים. דזה אינו דש"ה דשם עיקר הנאמנות הוא דחייב לו מלוה אחרת וכיון שחייב לו נהי שהלוה בוודאי נתן לו על החוב שבשטר שחזקה לא שביק מכל מקום המלו' יכול לתפסו ממילא על חוב האחר כמבואר בסעיף ז' ודמי לתפיס' בלא עדים דמהימן משא"כ כאן שהפרעון הי' בפני עדים אף שיש לו מיגו מ"מ כיון דחזקת לא שביק אינש וכו' הוי כהזכיר לו השטר בשעת פירעון וכיון שהמלו' קיבל בסתם הוי כקיבלו ג"כ על המלו' שבשטר וא"כ הוי מיגו זו כמיגו במקום חזקה. ואם קיבל חפץ בסתם בפני עדים ולא ידעו אם בתורת פרעון או בתורת פקדון עמ"ש בס"ק י' בזה. ועוד נ"ל לתרץ דהנה נראה בטענות סטראי בפרעון בפני עדים אפי' העדים אינן זוכרין הזמן אם הי' קודם זמן השטר או לאו נראה דאפ"ה א"י לטעון סטראי דהא מבואר בסי' פ"א סעיף כ"ט במודה לחבירו שקיבל ממנו הפרעון שהעדים יכולין לכתוב שובר וא"צ לומר כתבו ודינו של שובר שיכתבו בלא זמן ואם הי' שובר כתוב בא לפנינו בלא זמן ודאי דהי' מבטל השטר כמבואר בסי' נ"ד וא"כ ה"נ אם העדים באו לפנינו והגידו כן בע"פ דמה לי אם מעידין בעל פה בלא זמן או בשטר בלא זמן דודאי אפי' אין העדים זוכרין זמן הפרעון או ההודאה יכולין לכתוב שובר בלא זמן אבל אם העדים ראו נתינת המעות בסתם ולא ידעו אם בתורת פקדון או מתנה רק שמבטל השטר משום דאין דרך ליתן במתנה עד שישלם חובו תחלה א"כ בזה צריכין העדים לידע שהנתינ' הי' אחר זמן החוב שבשטר דאז שייך לו' חזקה זו. והשתא א"ש הכא דמיירי שהעדים אינן זוכרין זמן קבלת דמי השור משום הכא בעינן שיודע שהחוב הוא מדמי השור ובמיגו לא מהימן מטעם הנ"ל כן נראה לי ברור:

יד **אם ידוע שנתן לו קצת הדמים**. נ"ל דמיירי דוקא שפרע בפני עדים וקמ"ל דלא יוכל לומר סטראי לענין שיהי' מועיל בו תפיסה ובעובדא דמהרי"ק בשו"ת שם אף דלא מיירי מענין תפיסה מ"מ הוכרח לזה בעובדא דידי' דמיירי התם בשני שותפין ואיפרע הכל ולולי סברא זו הי' נאמן לטעון סטראי אפי' בפרעון בעדים דיכול לו' שאותו שפרע הי' חייב לו ממקום אחר ופרע המותר על החוב האחר ולא שייך בכאן החזקה דלא שביק

אינש מלוה בשטר כיון שהוא פרע כבר כל חלקו ואין חייב לו שוב כלל על השטר אבל בפרעון בלא עדים נראה דיכול לטעון סטראי והטעם לזה דבשלמא בפרעון בעדים כיון דידוע שנתן המקצת על החוב הא' הסבר' נותנת שכוונתו ג"כ בהמקצת האחר על החוב שבשטר והוי כהזכיר השטר ובהזכיר השטר ודאי דא"י לתפוס על החוב שאינו ידוע דהא תפיס' בעדים הוא אבל כשהפרעון הי' שלא בפני עדים א"כ מה בכך שמוכח מדנתן המקצת דמים על החוב שבשטר שנתן גם המקצת השני על החוב שבשטר הא אפי' אם יודה המלו' שהזכיר לו בפי' את השטר מ"מ יכול לו' שחייב לו ממקום אחר והוא תופסו במחשבתו עד החוב האחר משום דהוי תפיס' שלא בעדים וכן מוכח ממהרי"ק גופי' שמביא ראי' ע"ז מהדין המבואר בכאן סעיף י' ובהא דסעיף ג' פסק הרמ"א דהעיקר כסברא הראשונה דבעינן עדים דוקא. (") ולפ"ז לא ק' הא דהקשה התומים מתשובת הרא"ש דשם מיירי בלא עדים ובעיקר הדין דנתן מקצת דמים. נרא' דהדין עם התומים דדוקא כשנתן כל המעות ביחד אבל כשנתן לאחדים אף שנתן פעם אחד על השטר יכול לומר שפרעון של פעם השני הי' על המלוה בע"פ:

סימן נט

א **אינו גובה בו** עסמ"ע ס"ק א' הטעם דברי ושמא ברי עדיף מוקמינן ממונא בחזקת מריה ואם מת הלוה וטוען נגד היורשין שמא ג"כ פשיטא דאינו גובה דא"ל כיון דעיקר הטעם הוא משום דריי ושמא ברי עדיף והתו' בכתובות דף י"ב ד"ה ר"ה כתבו דבעינן ברי טוב ושמא גרוע והרא"ש בתשו' כלל פ"ו סי' א' כ' הטעם בהא דטענינן ליורש משום פתח פיך לאלם ומ"מ הא לא הוי ברי טוב דברי טוב לא הוי רק במקום שהיא העזה נגד חבירו וביתומים כשאנן טוענין ברי ליכא העזה דז"א כיון דלא מצי לישבע נגד היורשין שבועת המשנה כיון שטוען אינו יודע א"י לגבות בו כמו בחשוד שהוציא שטר על היורשין שאינו גובה בו כמבואר בסי' צ"ב סעיף י"ב ע"ש ואפי' כתב בו נאמנות דבטענות א"י לא שייך נאמנות אך בהא חילק בין כשהלוה חי ובין שהוא נגד היורשין דכשהוא חי מוציאין השטר מיד המלוה ומחזירין ללוה ואפי' אם יאמר המלוה אניח השטר ביד ב"ד אולי אזכיר את עצמי אין שומעין לו כמבואר בבעה"ת ואף דברי ושמא אין מוציאין ממון מ"מ נגד שטר מוציאין דמה שמוחזק בשטר לא חשיב כי חזקת ממון כיון דאין גופו ממון כמ"ש הש"ך סי' מ"ז ס"ק ו' ודוקא כשיש להטוען שמא חזקת ממון מנגד להברי לא אמרי' ברי עדיף ואף דהסמ"ע כתב בלשונו ואוקי ממונא בחזקת מרי' משמע דבעי' להטוען ברי חזקת ממון לא דק בלשונו ומש"ה מוציאין השטר מידו כיון דחזקת השטר

לא חשיב כחזקת ממון מש"ה ברי עדיף אבל ביורשין של הלוה נראה דאין מוציאין השטר מיד המלוה דהא להוציא לא טענינן ליתמי וא"כ נגד להוציא השטר כיון דלא טענינן להו הוי טעניתייהו כטענות שמא כמ"ש הש"ך סי' כ"ח ס"ק כ"ט וגם הוא ברי גרוע אך אף שאין מוציאין השטר מידו היינו שאין מחזירין אותו ליורשי הלוה אבל מ"מ צריך להניח אותו ביד ב"ד ואין מניחין אותו בידו מחשש שכתב הבעה"ת שמא יפול קמי יתמי ויגבה בו וראי' לדברי מהגאונים שפירשו מתני' דב"מ דף ך' נמצא שטר בין שטרותיו וא"י מה טיבו יהי' מונח דמיירי במלוה וקשה לדבריהם דאמאי יהי' מונח דהא בכה"ג מחזירין השטר ללוה עכצ"ל דכשמת הלוה יהי' מונח ומוקי לה במת והא דאינו גובה מהיורשין בטוען שמא דוקא במקום דהו"ל למידע אבל במקום דלא הו"ל למידע כגון שצוה המלוה להלוה לפרוע ליד שליח ולא מסר השטר לידו וטוענין היורשין שמא פרע אבינו ליד השליח וגם המלוה מסופק בזה אפ"ה גובה ואף דאז הי' הלו' חי והי' טוען ברי שפרע ליד השליח פטור כמ"ש הש"ך בסי' קכ"א ס"ק מ"א מ"מ היורשין חייבין ולא טענינן עבורן ברי דהא דהלוה פטור כשהוא חי כ' הש"ך דדמי לחנוני על פנקסו ובחנוני אם מת ודאי דאין היורשין גובין והא דכתב הש"ך בסי' ק"ח ס"ק כ"ז דהיורשין נוטלין היינו כשנשבעין שכך אמר להן אביהן דאז הוי כאילו אביהן קיים וטוען ברי אבל כשלא אמר להן אביהן אינן נוטלין כמו כל היורדין ברשות שאין היורשין נוטלין בשמא דלהוציא לא טענינן להו ואף דהכא הוא להחזיק דטענינן ליתמי מ"מ כיון דהש"ך מדמי להו לחנוני על פנקסו לגמרי דמי והטעם אף דטענינן ליתמי להחזיק והוי כברי מ"מ כיון דהשמא הוא טוב דלא ה"ל למידע לא אמרינן ברי עדיף דאפי' בא"י אם פרעתיך הרבה פוסקים סוברין דבמקום דלא ה"ל למידע פטור מכ"ש הכא כנ"ל והא דאמרי' דכשמלוה טוען א"י דאינו גובה היינו דוקא שמסופקין בפרעון אם פרע לו משום דאז הוי כמסופק בשטר דהא אם נפרע השטר בטל וכשמסופק אם נפרע הוי כמסופק אם נתבטל השטר אם לא אבל כשמודה שלא נפרע השטר רק שהלוה טוען שמגיע לו חוב אחר מהמלוה כנגדו כיון דהדין הוא בשנים דיש להם חוב זע"ז דזה גובה וזה גובה א"כ לא נתבטל השטר אף אם אמת הדבר ואין כאן ספק בשטר כלל והדרינן לכללא דהמלו' נשבע שא"י אם נתחייבתי לך ופטור מחובו וכ"כ בקצה"ח והוא פשוט והנה אם המלו' מת והיורשין טוענין א"י הדין פשוט דהיורשין נשבעין שבועת היורשין ונוטלין אכן נ"ל שאם היורשין מודים שאביהם פרע וא"י אם כולו או מקצתו הוי כאומר המלו' מקצתו פרוע וא"י כמה דאינו גובה בו אפי' הלו' ג"כ מסופק דאיתרע שטרא ובזה נסתר הראי' שהביא בקצה"ח מפוגמת ע"ש בדבריו אמנם אם עדים מעידין שראו שהרע וא"י כמה אין בעדותן ממש

ולא מהני עדותן רק מה שאומרים שפחות אי אפשר והטעם לזה דכל שלא ראו כל מה שיכולים לראות הוי חצי דבר וכמ"ש בכללי תפיסה ע"ש:

ב **עיינתי בחשבוני** ואם טוען נזכרתי והשטר שוב אינו ת"י רק שמביא עידי שריפה באונס על השטר דאם לא הי' טוען מעיקרא א"י ודאי דגוב' בעידי שריפה כמבואר בסי' מ"א מ"מ הכא כיון דטען מעיקרא א"י נראה דאינו גובה דאלת"ה א"כ אף כשהוציאו הב"ד מידו השטר כשאמר א"י דהא הדין הוא דכשתובע הלו' השטר דמוציאו מידו א"כ יהא נאמן לטעון אחר שכבר הוציאו מידו נזכרתי שפרעתי ומהש"ך סק"ב מוכח דאינו גובה שכתב שם דהלו' אפסיד אנפשי' שלא תבע שטרי' משמע דאילו תבע שטרו והב"ד הוציאו ממנו דא"י לטעון שוב נזכרתי ואין לך אונס מבורר כזה שהוציאו הב"ד בע"כ אכן קשה טעמא מאי הא עידי אונס כמאן דנקט שטרי' בידי' דמי ולזה נ"ל דכל שתבע שטרו בב"ד והב"ד פסקו להחזיר השטר ויצא מב"ד דשוב א"י לטעון נזכרתי דבכ"מ שחייבוהו הב"ד ויצא מב"ד א"י לחזור ולטעון אפי' לפרש דבריו כמבואר בסי' פ' עש"ך שם סק"ג משום דילמא טענתי' אגמרי' וכ"כ הש"ך בסי' ע"ה סקכ"ט גבי א"י אם פרעתיך בשם רש"ל ואף לדעת הרב שם דנאמן לטעון נזכרתי נראה דמודה כשכבר חייבוהו ביד לשלם ויצא מב"ד מטעם הנ"ל והא דנאמן הכא לטעון נזכרתי אף שיצא מב"ד מיירי בלא תבע שטרו כמ"ש הש"ך דאז אף שפסקו הב"ד דאין גובין בו לא הוי כחייבוהו הב"ד דהב"ד לא מטעם ודאי פסקו בו רק דטענת שמא על המלוה הוי כלא תבעי' לי' וכמ"ש הבעה"ת שם והוי כלא נזקקו לטענתיה מש"ה יכול לחזור ולטעון אבל כשחייבוהו ב"ד להוציא השטר הוי כספק דין מכח ודאי דברי ושמא ברי עדיף וכיון שחייבו ב"ד אינו יכול לחזור ולטעון. ולפ"ז באם לא תבע שטרו דיכול לטעון נזכרתי אפי' אין השטר תח"י ומביא עידי שריפה באונס ג"כ יכול לטעון נזכרתי ומזה יש ללמוד בטוען טענות ספק על הלוה בתביעת בע"פ ופטרו ב"ד הלוה משבועה ואח"כ כשיצא מב"ד טען נזכרתי דמחייבין הלוה שבוע' דמה שפטרוהו ב"ד לא הוי כפס"ד רק דהוי כלא נזקקו לטענותו דומיא דהכא דאף שפסקו הב"ד דאין גובין בו יכול לטעון אח"כ נזכרתי וגובה בו וה"נ דכוותי' כנ"ל ברור. ולפ"ז ביורשים שמניח השטר ביד ב"ד כמ"ש בסק"א יכול לטעון ג"כ אח"כ נזכרתי אפי' כבר מונח ביד ב"ד:

סימן ס

א **נהגו שאינו טורף** עסמ"ע סק"ו עד אם כתב כל נכסיו לאחר ולא שייר לנפשו כלום וכו' לכאורה קשה כיון דאומדנא הוא דלהבריח עשה כמו שסיים המחבר אפי' לא כתב

בו שיעבוד מטלטלי אגב קרקע כמבואר בסי' צ"ט סעיף ו' דאפי' מלוה על פה גובה אמנם הסמ"ע סק"ח יישב זה וכוונתו שם דלא תקש' אהמחבר שכ' דלא שייך ת"ה והא בלא"ה גובה דאינ' רק להבריח וע"ז ציין רמ"א וע"ל סי' צ"ט פי' דשם מבואר דאם נראה לב"ד שהוא למתנ' גמורה דקנה המקבל ואשמועינן כאן דאפ"ה לא שייך תק"ה כיון שעיקר עשייתו משום הברחה הי' וגם לא שכיח:

ב **שט"ח** עש"ך סק"ט עד אם מכר מתחל' השט"ח וכו'. ולפענ"ד יש לפקפק בו הרב' דמה ענין לדמות תקנות השוק שהוא מדינא דש"ס וכל כמה דלא מצינו חילוק בש"ס אין לחלק מסברא משא"כ הכא דרק תקנות הגאונים בעלמא הוא:

ג **לא נשתעבד להרמב"ם** (ועש"ך סק"י ויש שם ט"ס וצ"ל דמאי פסקא הא לאו מילתא ותיבת מאי נ"מ הוא ט"ס) ועש"ך סקי"ב שהביא השגת הראב"ד מהא דר"פ הנושא דפליגי ר"י ור"ל בחייב אני לך מנה בשטר ופריך הש"ס ממתניתין דהנושא את האשה ופסק עמה לזון את בתה חמש שנים מאי לאו כה"ג ומשני לא בשטרי פסיקתא ומשמע דלר"י ניחא אף בלא שטרי פסיקתא ולהרמב"ם דס"ל דאין אדם יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כ"א בשטרי פסיקתא א"כ אף לר"י צ"ל דמיירי בשטרי פסיקתא. ונראה לפענ"ד ליישב גם קושיות המהרש"א שהקשה על תוספות ד"ה חייב לזונה וז"ל התוספות דאי בשטר גמור מאי חידוש דחייב ואע"ג דלא הוי שטר גמור גבי ממשעבדי דאית ליה קלא וכתב המהרש"א וז"ל יש לעיין בזה דמשמע להו דהך רישא דחייב לזונה היינו דגובה ממשעבדי וסיפא דנזונית מנכסים משועבדים ארישא קאי דחייב לזונה וכו' וא"כ מאי מקשה הכא לר"ל הא איהו גופי' סבירא ליה בפרק הניזקין דכתובין בעינן ואליבי' לא מתוקמי התם אלא בקנו מידו כמ"ש התוספות לעיל וכו' ע"ש ותירוצו ז"ל קשה מאוד למעיין דקשה ל"ל לאוקמי בשטרי פסיקתא דע"כ צריך לאוקמי אליבא דר"ל דסבירא ליה לפי שאין כתובין דמיירי בקנו מידו וע"כ צריך לשנויי קושיא דאמאי למימרא דקמ"ל דלא חיישינן לצררי כמו בבתו לישני ליה בפשיטות דמיירי בקנין או בשטר גמור ואי משום קושית רש"י דאמאי למימרא לישני דאיצטריך לאשמועינן דלא חיישינן לצררי ולישב כל זה נראה דהנה יש להבין בדברי הרמב"ם דאף בשטרי פסיקתא אינו אלא בשעת אירוסין מכל מקום בשעת אירוסין נגמר בדיבור ובשעת נשואין אף דלא שייך ביה הא דרב גידל מ"מ מהני ביה קנין או שטר כמבואר בדברי הה"מ בפי"א מה' מכירה הלכה י"ז ע"ש ואף שבדבר שאינו קצוב לא מהני קנין מ"מ בשעת נשואין מהני קנין וכתב הטעם משום דדומה לדברים הנקנין באמירה ודברים אלו אין להם הבנה ולהסביר דבריו נראה דהנה בכסף משנה פי"א מה' מכיר' כתב הטעם בהא דאדם

יכול לחייב עצמו בדבר שאינו חייב נלמד מאודיתא דאיסור גיורא והנה לפרש"י שפי' דפלוגתא דר"י ור"ל מיירי בהודא' ופריך הש"ס ממתניתין דהנושא את האשה כתב המהרש"א בתוס' ד"ה אליבא דב"נ דבמתניתין דהנושא דשם גם כן מטעם הודא' הוא שמודה לה שנתחייב לה באופן המועיל ואם כן להכ"מ דבכל מה שאדם יכול לחייב עצמו הוא מטעם כיון דאמר אני חייב לך הוי כמודה שהוא חייב לו מכבר וקני מטעם אודיתא הרי החילוק מבורר דבחייב עצמו לזון לחבירו דשם כיון דבחבירו ליכא אופן המועיל כלל להתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב א"א לומר בו דקני מטעם אודיתא שהרי ע"כ הודאתו בשקר הוא משא"כ בהנושא את האשה ואמר לה בשעת נשואין הריני חייב לך לזון את בתך חמש שנים כיון דאם מחייב עצמו בשעת אירוסין חייב מדינא מטעם שטרי פסיקתא א"כ בשעת נישואין כיון שאמר אני חייב לזון את בתך חמש שנים הרי הוא כמודה לה שנתחייב לה באופן המועיל משעת אירוסין וקני' מטעם אודיתא והא דבעינן קנין או שטר נראה הטעם דהש"ך בסי' מ' כתב בהא דכתב הרמב"ם המחייב עצמו בלא תנאי דאם נתחייב עצמו בתנאי כיון דדמי קצת לאסמכתא בעינן קנין דוקא ועיין בביאורים שם דה"ה שטר ג"כ מהני אלמא אף דבכל חיוב להרמב"ם משום אודיתא הוא כמ"ש הכ"מ מ"מ בתנאי שהוא דומה לאסמכתא קצת בעינן קנין או שטר א"כ בדבר שאינו קצוב כתבו הפוסקים ג"כ דדמי לאסמכתא בעינן גם כן קנין או שטר וזה נ"ל ברור בדברי הרמב"ם. ולפ"ז ל"ק מה שהקשה הראב"ד ולא מה שהקש' המהרש"א דכללא הוא דבמקום שא"צ הקנין לגוף התחייבות כגון בהלוא' וכיוצא כשיש קנין מועיל הקנין להיות גובה ממשעבדי אפי' בלא שטר משא"כ בדבר דבעינן קנין לגוף התחייבות אינו גובה מכח הקנין ממשעבדי דלא שייך לומר ביה כיון שייפ' כוחו כל כך שקנו מידו כמאן דאמר להו כתבו דמי דהא היו צריכין הקנין לגוף התחייבות ומש"ה ערב שלא בשעת מתן מעות אף שקנו מידו אינו גובה רק מבנ"ח ולא ממשעבדי כמבואר בסימן קכ"ט והטעם שכתב הכ"מ שם הוא דחוק והארכתי בזה במקום אחר ומבואר ג"כ סברא זו בתומים סימן קט"ו סק"ה ע"ש וכן הוא בכנה"ג סימן מ"ג ע"ש. ולפ"ז נתיישבו כל הקושיות דכך הוא ריהטא דהש"ס דמתניתין לא מיירי מפסיקתא דשעת אירוסין רק משעת נישואין כדקתני הנושא את האשה ופסק עמה משמע דבשעת נישואין מיירי ולזה אף דידע דינא דרב גידל דבשעת אירוסין מהני באמיר' ובשעת נישואין מהני קנין ושטר מכל מקום קשה לר"ל דקתני חייב לזונה אפי' ממשועבדים בשלמא לר"י דס"ל בשטר גרוע ג"כ מהני לגוף התחייבות י"ל דס"ל דדינו אפי' בשטר גמור דמועיל אפי' בדבר שאינו קצוב יהא דאמ' ר"י אלימא מילתא דשטרי כמאן דא"ל אתם עידי דמי פידושו כמו שפירש הר"ן

לשיטתו דס"ל דאתם עידי אינו מועיל לגוף התחייבות רק שטר ומפרש כמאן דאמר להו אתם עידי דמי וז"ל כלומר כאילו הודה שהוא חייב ואמר אתם עידי ובודאי טפי הוי שייך לומר כמאן דקנו מידו אלא משום דמעיקרא מדכרינן הודאה שאתם עידי וכו' וה"נ יפרש הרמב"ם דלר"י אף מיירי בשטר גרוע דאי בשטר גמור מאי קמ"ל מ"מ האי שטרא כשטר גמור דמועיל אפי' בדבר שאינו קצוב כמו באתם עידי בחייב אני לך מנה וכיון דהשטר מועיל לגוף התחייבות מועיל הקנין למשעבדי משא"כ לר"ל דשטר גרוע לא מהני מידי ובעינן הקנין לגוף התחייבות אמאי גובה ממשעבדי ומשני דמיירי בשטרי פסיקתא גופייהו דהיינו בשעת אירוסין דגוף התחייבות נגמר בדיבור ומועיל הקנין לגבות ממשעבדי כנ"ל ברור בדעת הרמב"ם עוד הקשה על הרמב"ם הביאו הש"ך מהא דיכול לחייב עצמו באחריות שבחא ופירי אף שהוא דבר שאינו קצוב ובמ"ל תירץ דע"כ לא קאמר הרמב"ם רק במתחייב עצמו בחנם אבל במחיר כסף חייב ובקצה"ח הקשה מהא דפסק הרמב"ם בפ' כ"א מהלכות מלוה דאם קיבל הנותן אחריות המתנ' הרי בע"ח גובה השבח והיינו משום דיש לו על מי לחזור הרי מבואר דאפי' במתנה שהוא בחנם נתחייב באחריות השבח ותי' דשם בשבח מחמת הוצא' מיירי דבזה ודאי מחויב להחזיר מטעם שכתב המהרי"ט בחלק מ' סימן ק"ג וז"ל ומה שטענו עוד מדין אסמכתא דדבר שאינו קצוב אין עניינו כלום דלא נאמר אלא בבא להתחייב בדבר שאינו קצוב אבל מוכר שכ' לקונה לפרוע כל מה שיוציא בכת"י שליחותי' קא עביד וכר שמרשיהו בכך עכ"ל א"כ ה"נ מחייב להחזיר השבח שמחמת הוצא' ושבח שיתר על ההוצא' בלא"ה גובה לשיטת הרי"ף והרמב"ם עכ"ל ולא ידעתי מה קאמר דרק דעת הרי"ף הוא בשבח שיתר על ההוצא' אבל הרמב"ם כתב בהדיא דאפי' שבח היתר על היציא' אינו גובה ממקבל מתנה כמבואר בסי' קט"ו סקכ"ט גם מה שהבין בדברי מהרי"ט שהוא משום פסידא דהוצא' דציוה להוציא קשה דאי כוונת מהרי"ט כן יקשה על דבריו מהא שפסק בערב שנתערב לכל מה שילוה דל"מ דהוי דבר שאין לו קצבה אף דבערב ג"כ שליחותי' קא עביד והוציא על פיו ואפ"ה פטור. ולפענ"ד נראה דכוונת מהרי"ט על מה שסיים שם בתשוב' וז"ל ואפי' קיבל עליו על כל אונסא דמתייליד דחייב דבהאי הנאה דנקיט זוזי גמר ומשעבד נפשיה והיינו כסברת המ"ל ומה שהקש' בקצה"ח מהא שפסק הרמב"ם כן במקבל מתנה נראה דל"ק כלל כיון דשם מיירי בבע"ח ובבע"ח ודאי גובה כיון שמסלק החוב של המוכר בשבח שרו ומעיקרא כשקיבל אחריות הוי כאומר ערביני לשלם וכהרשוהו לשלם דמי דודאי חייב להחזיר מה שישלם עבורו ואפשר דבאחריות הבא מחמת הנגזל אין גובה השבח ועוד נראה דבמתנ' שכתב בו אחריות אמרינן דודאי מכר

הוי כמה שכתב הסמ"ע בסימן קע"ה סק"ל ע"ש ומה שהקשו עוד ממכירת פירות דקל לר"מ אף דהוי דבר שאינו קצוב ל"ק כלל לפמ"ש הרשב"א בתשובה ובהרבה תשובות שהביא הכנה"ג דדוקא במחייב עצמו דמי לאסמכת' דסובר בדעתו שלא יהיה כל כך אבל אם הקנה לו כל מה שיהיה בין רב בין מעט לא שייך בזה אסמכתא וכ"כ בתומים והנה לפמש"ל דכל שיש אפשר לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב מהני ביה אודיתא אם כן בכל דבר שאינו קצוב כשכתב בשטר שהוא חייב בדבר שאינו קצוב חייב דהא כיון דאפשר שיתחייב במחיר כסף כמ"ש המ"ל מהני בי' אודיתא ולא משכחת דינו של הרמב"ם רק כשמפורש שהוא במתנה גם מה שמפרש בקצה"ח תי' הבעה"ת הקושיא מהא דפ' י"נ הוא תי' התומים שהביאו בעצמו מהא דערב וה"נ קשה אם נפרש כן דהא בערב לא חל החיוב עד שילוה ואז יתוודע הדבר בקצבתו:

ד **והכי נקטינן** עסמ"ע סי' רל"ב ס"ק ט"ו שדחק עצמו למצוא חילוק בין אונאה למום ע"ש ואישתמיטתי' דברי הרמב"ן שהביא ר"ב ס"ק ט"ז הבעה"ת שער ס"ג שכ' הטעם וז"ל התם טעמא רבה איכא דבסתם ליכא מחילה דהא כל דרך מו"מ כל אחד שיודע שהכירו מעל' בדמים כל מה שיוכל לעלות ורחמנא אמר לא תיהוי מחילה בכדי שיראה וכו'. ולפ"ז החילוק פשוט בין אונאה דשייך בי' הטעם שכתב הרמב"ן משום דכל אחד יודע כנ"ל מה שאין כן במום דבסתם ודאי יודע דליכא מום דמש"ה בטל וכיון שמפרש שיש בו מום אפי' לא פירש לו איזה מום איכא למימר דמחיל והרמב"ם ס"ל דמום גם כן בכלל לא תונו הוא וכל שהוא באיסור אונאה רחמנא אמר דלא ודהוי מחילה כל זמן דלא ידע דמחיל ונלמד מק"ו מאונא' וכמו שפי' הסמ"ע:

ה **הדין עם מקבל מתנה** עסמ"ע סקי"ב הנה הבית שמואל באה"ע סי' קי"ד סק"ד כתב דאין צריך ליתן מעות רק כשיש לו מזונות במקום אחר אבל כשאין לו מזונות ממקום אחר אין צריך ליתן רק מזונות ולא דמים ומוכיח זה מכתובות דף ק"ג דאמר התם הטעם משום דחדא כרסי' אית לה וכו' עיין שם אמנם נראה דדעת הסמ"ע עיקר דלשון לזונו משמע שיתן לו מעות שיקנה לנפשו מזונות כרצונו כמבואר בירוש' דאם הלה אומר פירות והלה אומר מעות הדין עם מקבל מתנה ולפענ"ד נראה מוכח מהירוש' דאפי' בבת הדין כן ודלא כהח"מ כאה"ע שם דהא לומד דין זה מהא דתנן דנותנין לה דמי מזונות דקתני גבי בת אשתו מוכח דשוין הן וכמו שהוכיח הב"ש והא דדייק הכ"ש מש"ס דילן להיפך כיון דאמר הטעם חדא כרסא אית ליה. ולפענ"ד לא ירד הב"ש לעיין לעומקו מחמת גודל חריפותו ונעתיק הש"ס כתובות ק"ג בקיצור האי דאוגר ליה רחיא לחברי' לטחינ' (רש"י לא התנה השוכר מעות למשכיר אלא שיטחון לו למזונות ביתו בשכרו)

לסוף איעתר (משכיר) זבין ריחיא א"ל עד האידנא הוי טחנינא גבך הב לי אגרא א"ל מטחן טחנינא לך סבר רבינא למימר היינו מתניתין אחד זנה ואחד ניתן לה דמי מזונות א"ל ר"ע מי דמי התם חד כרסא אית לה הכא מצי למימר טחון וזבין טחון ואותיב ולא אמין אלא דלית ליה (לשוכר) טחינא לרחיא אבל אית ליה טחינא לרחיא כופין אותו על מדת סדום (טוחן בשכר ונותן לזה דמים) תוס' בד"ה ולא אמרן תימה הואיל והאי עובדא בדלי' טחינא אמאי איצטריך למימר תרתי כרסתא לית לה הכא טחין וזבין הא אפי' אי לא הוי משכח משכיר למיטחן ולמזבן דהוי חד כרסי לא הוי דמי למתניתין דהתם ליכא פסידא לבעל כי יהיב דמי מזונות ממה שהיה נותן מזונות עצמן אבל השוכר אית ליה פסידא כי יהיב שכר הטחינה שהרי אינו מוצא לטחון ומכיסו יצטרך לפרוע ואומר רבי דבלאו האי טעמא דטחין וזבין הוי מצי לבטולי המקח נהי שלא יצטרך ליתן ליה אגרא ואית ליה פסידא מ"מ המשכיר יאמר כמו כן לדידי אית לי פסידא שכר דהויא שלי ויכול לבטל המקח קודם הזמן וכו' אבל השתא דמצי למימר טחין וזבין ולית לך פסידא ע"כ תניח לי הרחיים עד הזמן שהרי יש לי פסידא ולך אין פסידא עכ"ל הש"ס ותוס' בקיצור ולכאורה קשה אתוס' דאי כפרושם דהוי ס"ד דרבינא לבטל המקח א"כ מאי מדמה לי' למתניתין ע"כ נראה בפירושא דשמעתא דודאי גם ש"ס דילן סבר כירושלמי דחייב ליתן דמים אפי' כשאין לו מזונות ממ"א מטעם שכתב הסמ"ע סקי"ב דלזונו משמע שיתן לו מעות שיקנה לעצמו מזונות כרצונו ואי תקשה אם כן מאי קמ"ל מתניתין בניסת דנותנין לה דמי מזונות הא אפילו לא ניסת צריך ליתן לה דמים זה אינו קושיא דסד"א דלא חייב עצמו ליתן דמים רק למזונות שתצטרך דהא לזונ' קאמר דהיינו שלקח המעות ותשא ותתן לפיה אבל כשאינה צריבב המעות ולישא וליתן לפיה רק שתתן המעות לכיסה פטור מכל דלזונ' משמע כשתהיה צריכה למזונות וכעין מה שמבואר בהג"ה דהמקבל עליו לזונו כ"ז שצריך משמע ה"נ דכוותי' אף שפירש חמש שנים י"ל כוונתו המזונות שיהיה צריך באותן ה' שנים דקמ"ל מתני' דלא אמרי' כך רק דלשון לזונו חמש שנים משמע אף שתקבל דמי המזונות כפי השומא ותתן לכיסה מחמת שאין צריך למזונות וכעין שכתבו התוס' ד"ה והן נותנין וכן היא באמת הדין בחלת' דא"צ רק למזונות מועטין דמקבלת דמי שומת המזונות הצריכין לבריא ונותנת לכיסה כמו שאבאר לקמן בזה והשתא א"ש בהא דאוגר רחייא לטחינ' דאי לא הביא רבינא המתניתין הוי ס"ד דלשון לזוני משמע דוקא כשתצטרך ליתן לפיה וכשלא תצטרך פטור א"כ ה"נ כשיאמר לטחינא משמע דוקא כך וכיון שא"צ פטור והי' הדין פשוט ואפי' אם הי' רוצ' ליטחון וליזבון לא הי' מניחו דכשא"צ לביתו פטור מכל ולזה הביא מתני' דלשון לזוני משמע שיתן הדמים

אף שלא תצטרך למזונות רק שתתן לכיסה דלשון לזונו לא משמע רק שיתן שומת דמי מזונות אף שתתן אותה לכיסה א"כ ה"נ לטחינ' הכוונה שומת דמי הטחינ' אף שיתן אותו לכיסה וע"ז הקש' התוס' דלא דמי למתני' דבמתני' י"ל דכוונתו הי' כך שיתן מעות כשלא תהיה צריכה למזונות כיון שלא יבא לידי פסידא במה שאינה צריכה יותר ממה שהיתה צריכה אבל כאן א"ל שכוונתו הי' שיתן דמים כשלא יצטרך לטחינ' ושיבוא לידי פסידא בזה לא אסיק אדעת' וכדאמרי' אטו אתרקבא דדינרי בעי למיתב ובכל מקום שלא מחמת התנאי לידי הפסד ממון חשיב לי' כאונס דלא סליק אדעתי' וע"ז מתרץ התוס' שפיר נהי דחשבינן לי' אונס לגבי שוכר מ"מ נבי משכיר ג" כ נמי נחשוב לי' לאונס דלא אסיק אדעתיה כיון שיבא לידי פסידא אבל השתא דאמר טחון וזבין וכו' שאין המשכיר בא לידי פסידא כלל ע"כ דעתי, הי, לטחינא ממש כדי שלא יבוא השוכר לידי פסידא ול"ד למתני' דשם אמדינן דעתי' דכוונתו על דמים אף כשלא תצטרך כיון שאינו בא לידי הפסד בכך משא"כ בכאן איכא אומדנא להיפך כיון שלהמשכיר אין פסידא ולשוכר יש פסידא והא דאמרו חדא כרסא א"ל היינו שלא יקשה כיון דמדמה לשון לזונה ללשון לטחינא לענין דחייב אפי' כשא"צ לביתו א"כ נדמהו ג"כ לזה שיתן מעות לזה חילק הש"ס דש"ה דאפשר לסיים לשון לטחינא בדוקא בטחון וזבין משא"כ לזונה א"א לתלות בדוקא דהא תרתי כרסתא ל"ל ובודאי לא הי' דעתו שיתן מזונות והיא תמכרם שאין דרך לעשות כן וע"כ לשון לזונה הוא רק דמי מזונות ולכך אף שצריכ' נותן דמים משא"כ לטחינה תלינן בדוקא כיון דרוב העולם טוחנין ומזבנין כך בירור הדברים אבל במקום שצריכה המעות למזונות לית מאן דפליג דהכוונה הוא כמ"ש הסמ"ע שיתן דמים לקנות לעצמו מזונות כפי רצונו ולהב"ש קשה טובא כיון דלשון לזונו לא משמע רק פירות דהיינו מזונות ממש מה"ת יהי' פסידא לבעל במה שניסת שיש לה מזונות ממקום אחר מה בכך יאמר לה הבעל אני אתן לך מזונות כפי חיובי ואתה מכור המזונות וקח המעות ותן לכיסך לכן העיקר כהסמ"ע ונהי דגבי בת אשתו כיון דהח"מ והב"ש שניהם מסכימים דא"צ ליתן רק כזונות מ"מ בהא דלזון לחבירו העיקר כהסמ"ע אף שהב"ש אחרון דעת תורה נוטה כהסמ"ע ועי' עוד מ"ש בזה בס"ק שאחר זה:

ו **אלא מכח המתחייב** עש"ך סקי"ג עד אינו בדין שיתחייב מחמת גרם בני ביתו וכו' ולכאורה קשה דהא דין זה דאם העיכוב מכח המתחייב במזונות על שלחנו כתב הב"י דנלמד מהא דאלמנה המבואר בכתובות דיכולין היורשים לומר אם אין אתה אצלינו אין לך מזונות א"כ קשה הא שם במתניתין מבואר דאם בא בטענת מחמת שהיא ילדה והן ילדים דחייבים לזונה במקום שהיא וא"ל דשם היי כבא האונס מחמת המתחייב

חדא דזה דוחק דמסתבר דאפי' טוענת שיש להם בנים ילדים הדין כך ועוד הא מבואר בסי' ע' סי"ב דאם האשה טוענת שא"י להיות אצל בעלה מחמת שהשכינים מוציאים עליה שם רע בשכונ' זו דחייב ליתן לה מזונות במקום שהיא והוא נלמד ממתניתין הנ"ל אלמא דאין חילוק כלל ומ"ל גרם שכנים ומ"ל גרם ב"ב ונרא' לחלק דשאני גבי אשה דאוכלת בתנאי ב"ד וחז"ל חייבוהו בכל האונסין דהא אפי' חלתה חייבין ליתן לה מזונות כפי הראוין לחול' עש"ך סקי"ד ומשום ה"נ אם אירע לה אונס מעלמא הנראה לב"ד שא"א לה ליזון על שולחנו מחויב ליתן לה מזונות במקום שהיא מה שאין כן במקום שאינו מתחייב בתנאי ב"ד רק שהתחייב מעצמו דאינו מתחייב באונסין דחברי' ובחלה א"צ ליתן רק כפי מזונות הראוי ליתן לברי' עיין בסמוך בהג"ה ובש"ך סקי"ד ה"נ אם אירע לו אונס מעלמא אמרינן דאונסא רחמנא לא חייביה ואינו חייב יותר מכפי מה שהתחייב דהיינו על שולחנו דוקא מחמת אונס שבא להמקבל כמבואר בש"ך סי' כ"א סק"ג וכן הדין בחלה הניזון ואינו יכול להיות בביתו ג"כ אינו נותן לו רק כפי ברכת הבית מטעם הנ"ל דאונס רחמנא לא חייבי' רק כשהעיכוב מכח המתחייב יכול לומר לו אתה התחייבת לזוני ואם אין אתה רוצה לזוני על שולחני זון אותי בפ"ע אמנם נראה בדין זה דאם העיכוב מחמת הניזון דהדין דנותן לו לפי ברכת הבית דאם הנותן אומר שרוצ' ליתן מזונות דוק' ולא דמים והמקבל אומר דמים דהדין עם הנותן וכן כשהעכוב מכח המתחייב דנותן לו הכל מ"מ אינו מחוייב רק ליתן מזונות ולא דמים דהא אפי' במתחייב לזון סתם דעת הב"ש דאם אין לו מזונות ממקום אחר דאינו נותן לו רק מזונות ולא דמים רק שהסמ"ע חולק והוא מטעם דלזונו משמע שיהי' ניזון ברשותו ויקנה מה שירצה משא"כ הכא דלא התחייב רק לזון על שלחנו מאיזה סברא יתחייב לו דמים הא לא התחייב עצמו בדמים כלל דלשון לזונו על שולחנו ודאי לא משמע דמים שיקנה לעצמו כרצונו דהא על שולחנו קאמר ליה ואם כתב בשטר על שולחנו דוקא נראה דדרשינן לישנא יתירה דאם אין המקבל רוצה ליזון על שולחנו פטור אכל כשהעיכוב מכח המתחייב ודאי דחייב לשלם כל דמי המזונות ועוד נראה דיש חילוק בין לזונו סתם ובין לזונו. על שולחנו דהמתחייב לחבירו לזונו סתם מחייב ליתן דמים כפי שומת מזונות הראויות לערך הניזון דהא לזונו משמע שיקנה כפי רצונו ואם התחייב לזונו על שולחנו השומא הוא כפי מזונות הראוין להנותן דהא על שולחנו קאמר:

ז **כמו שהי' בריא** וה"ה אם מחמת שהוא חולה א"צ רק למזונות מועטין פחות ממה שהי' צריך למזונות אם הי' ברי' מ"מ צריך ליתן לו דמים כפי שומת המזונות של בריא

וכן מוכח מהירושלמי דקאמר חלתה כמו שניסת אלמא דאם מחמת חלי' א"צ למזונות מדמה אותו לניסת דצריך ליתן לה הדמים:

ח **כל זמן שצריך משמע** עסמ"ע סקט"ז והנה הב"י באה"ע סימן קי"ד הביא בשם רשב"א ראיה דסתם לעולם משמע דהא דנדרים דקאמר התם כיון דאמר יתסרו כל פירות דעלמא עלי איתסרו כל פירות עלמא עילויי' ופרקי' דאמר סתם אלמא כל סתם כלעולם דמי וראיה זו לכאור' חזקה הוא וצריך ליישב דעת הרא"ש דהי' דעת בתרייתא שהביא הרב דסתם לאו לעולם משמע. ולפענד"נ ליישב דהא קיי"ל דבשטרות דנין כמו בנדרים כמה שכתב הש"ך בסימן מ"ג סקמ"ה היינו בדבר שהוא מבואר בש"ס דבנדרים להכי אסור או מותר משום דהל' ב"א הוא כך. בודאי כגון עד הפסח דבנדרים טעם ההיתר הוא ע"כ משום דבלשון בני אדם היא בודאי עד ולא עד בכלל דא"א לומר דההיתר הוא מטעם ספק ומשום דס"ל דלא מעייל אינש נפשי' לספיקא דהא אפי' ר"י דס"ל דמעייל אינש נפשיה לספיקא מודה הוא בהא דעד הפסח דעד ולא עד בכלל עיין בנדרים דף ס' וס"א וכיון דמטעם ודאי הוא דהיינו דל' ב"א הוא בוודאי כך שפיר שייך למילף שטרות מנדרים אבל במקום דבנדרים הטעם הוא משום דמעייל אינש נפשי' לספיקא לא ילפינן שטרות מנדרים בכה"ג וראי' זה מנדרים דף י"ח ע"ב דהקדיש חיתו או בהמתו הקדיש את הכוי והוא משום דמעייל אינש נפשיה לספיק' והא דמעייל אינש נפשי' לספיק' ע"כ הפי' הוא דדעתו דאינש כשנודר שיהיה נתפס כל חומר משמעות הל' שיש לספק בהלשון תדע דבכל מקום שמצינו בנדרים ונזיר הסברא דמעייל אינש נפשיה לספיקא הוא נזיר ודאי וכן בנדרים הוא ודאי ולוקין עליו וע"כ הוא מטעם שכתבתי דדעתו כך שיהיה נתפס בודאי כל חומר הלשון שיש לספק וכן בהקדיש חיתו אי בהמתו דאמרינן הקדיש את הכוי ע"כ הוא הקדש ודאי ולא ספק דאילו היה ספק לא הי' הכוי הקדש דהא המוציא מחבירו עליו הראיה דבהקדש ג"כ אמרי' הממע"ה כמבואר לקמן סימן ר"נ גבי' שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו אלא ע"כ דכל שהוא מטעם דמחית אינש נפשיה לפסיקא מטעם ודאי הוא ומטעם הנ"ל הוא ובסו' ביכורים מבואר דאף אם הקדיש חיתו או בהמתו הקדיש את הכוי הכותב חייתו או בהמתו לא כתב את הכוי וכ' הר"מ שם הטעם דהמע"ה אלמא דכל שהוא בנדרים משום דמעייל אינש נפשי' לספיקא לא ילפי' ממון מנדרים וא"כ ה"נ י"ל הא דאמר בש"ס בנדרים דסתם לעולם משמע הוא מטעם דבנדרים מחית אינש נפשיה לספיקא וכיון שיש לספק בלישנא דסתם אי משמע ולעולם או שעה אחת אמרי' דדעת הנודר שיהי' נתפס בכל מה שאפשר לספק בהלשון ועיין בי"ד בט"ז סי' ר"ח סק"א אבל בממון דלא שייך הך סברא דמעייל אינש נפשי'

לספיקא כדמוכח מהא דביכורים גבי הכותב חיתו או בהמתו הנ"ל אמרי' בסתם דאפילו שעה אחת במשמע מטעם דהממע"ה תדע דבגיטין פ' מי שאחזו גבי ע"מ שתניקי את בני פליגי רבא ורב אשי בסתם או משמע כ"ז שצריך והכא בנדרים אמר סתמא דש"ס דלעולם משמע אלא ודאי דשאני נדרים וכמ"ש ומהא דגיטין אין ראי' לנ"ד דשאני התם כיון דאמרי' להרווחה קא מכוין כל הרווח' שצריך כמ"ש הרשב"א בחי' שם א"נ לצעורי קא מכוין וכמ"ש הרא"ש בתשוב' וכן הרשב"א והר"ן שם בגיטין לא למדו מהתם רק בנותן מתנה לחבירו ומתנה עמו שיזון אותו כיון דהתנאי לצרכו ולהרווחה דידיה אבל במחייב עצמו לחבירו אמרי' דכוונתו היה על החיוב הפחות שאפשר ואף שכ' הר"ן בנדרים כ"ה דהלשון של סתם משמע טפי לעולם מהיום היינו כיון דרוב ב"א אומרין לישנא דסתם וכוונתן לעולם ובנדרים אזלינן בתר הרוב ולא מהימן לפרש דבריו נגד הרוב כמבואר בי"ד סי' ר"ח סעיף א' אבל בממון לא אזלינן בתר הרוב וכיון דאיכא גם כן מיעוט' דאומרין אזמן מועט ג"כ לישנ' דמסתמא אין יכולין לחייבו כדאמרינן בב"ק פ' המניח וכן הוא בפוסקים:

ט **ואפי' קצב סך לצורך** עש"ך סטי"ז מה שתמה על הרב ונרא' ליישב' דהרב מיירי שקצב הסך וקצב גם כן זמן המזונות כגון שאמר הריני מתחייב עצמי סך מאתים זוז לצורך מזונות של חמשה שנים דאז בודאי פטור אפי' מיורשים כשמת' תוך הזמן וכמה שכתב הח"מ באבן העזר סקי"ג עיין שם וזה פשוט:

י **המחייב עצמו בדבר שלב"ל** כתב הכנה"ג דלמאן דסבירא ליה בסי' קי"ב דבשיעבוד יכול לחזור בו קודם שב"ל ה"נ בחיוב דהא הבעה"ת למד דין דחיוב משיעבוד ותלוי בפלוגתא דשיעבוד: אמנם אם מת הנותן קודם שבא לעולם לכ"ע היורשין פטורין ע"ש וכן הסכים עמו בתומים ע"ש ובקצה"ח הקשה מתוס' כתובות ריש פ' אע"פ שכתבו דכשהחתן מחייב עצמו מאה ליטרין ואין לו דנקרא דשלב"ל ואפ"ה חייבין היורשים כיון שהגוף בעולם והחיוב חל אגופו מיד וגם א"י לחזור בו והוא קושיית התומים. אבל באמת לא קרב זה אלא זה דשם כיון דחייב עצמו בדמים או אפילו פירות המצוין דכל דבר המצוי בשוק כדבר שבידו דמי ואינן ידועין כגון ליטרות כסף החיוב חל תיכף על גופו לשלם רק דהוי כלא הגיע הזמן פרעון עד הזמן שקבע דהא א"א לו לסלק חיובו מעל גופו כלל. ואם התחייב עצמו בדבר ידוע שאינו שלו ואו' אם לא אתן לך דבר פלוני הנני מחייב לו בדמים כך וכך הוי רק כתולה תנאי בדבר שלב"ל כמ"ש בתומים וזה פשוט: אבל אם אמר לו שדה זו כשאקחנ' הריני מחויב ליתן לך וכ"ז שלא קנהו ליכא שום חוב על גופו דהא בידו שלא יקנהו וכן אמר פירו' שיוצי' הדקל אני מחויב ליתן לך כיון דליכא

שום חיוב על גופו קודם שהוציא הדקל רק שמחייב עצמו ליתן כשיוציא הדקל ודאי דלא עדיף חיוב לרבנן מקנין לר"מ דהא גוף הדין דחיוב לא למד הבעה"ת רק משיעבוד ודיו לבא מן הדין וכו'. וכשמת פטור לכ"ע דהא גוף הפירות נעשים להיורשים קודם שחל חיובו והשיעבוד נכסים ליכא בהא אי נאנסו הפירות תיכף כשיצאו מהדקל או גזלן גזל הדקל קודם שיצאו הפירות ודאי דהי' פטור הנותן והכא שזכו בו היורשים אפי' קודם שיצאו מהדקל ודאי דנפטר הנותן מחיובו ואין זה צריך לפנים לפענ"ד. ובקצה"ח רצה לחלוק מסברא על הגאונים שקטנם עבה ממתגיר לכן לא תשמע אליו ואליהם תשמעון ואלו לא אמרן ראוים הדברים לאומרן ואם אמר הריני מתחייב עצמי לקנות לך בית פלוני ודאי דאין הב"ד יורדים לנכסיו להוציא ממנו תרקב' דדינרי ליתן לחבירו בעד ביתו דדוקא כשמתחייב עצמו וכשיבוא לידו מהני החיוב אבל במתחייב עצמו בדבר שאין בידו לגמרי ודאי דלא מהני החייב והא אין בידו לגמרי דאולי לא ימכור לו חבירו בעד כל הון וכיון שלא חל החיוב במקצת לא נתחיי' כלל דהא חיוב לא נלמד רק מהשיעבוד ולא מצינו שיעבוד רק שמשעבד כשיבוא לרשותו וא"כ ה"נ בחיוב לא מהני רק שמחייב עצמו ליתן כשיבוא לרשותו ואם אמר הריני מתחייב לך במנה אם לא אקנה לך בית פלוני ודאי שנתחייב רק צריך שיהיה באופן המועיל שלא יחיה בו דין אסמכתא דהא הוא לאו בידו וגזים אכן אם אותו פ' אינו רוצה למכור כי אם בעד תרקב' דדינרי הוא תשובת ריב"ש סי' ר"ן שמביא בכיוצא בזה והביא על זה מ"ש הרמב"ן מהאי עובדא דגיטין ל' דאמר התם מי יהיב לה תרקב' דדינרי וכ' עלה רמב"ן וז"ל שמעי' מהא דמאן דמקבל עליה דחברי' דעבידנ' לפ' הכי ואי לא מחייבנ' לך מעכשיו מאה מנה וכו' עד דאונס בעלמא הוא וצ"ע בזה. אח"כ הניע לידי תשובת הראנ"ח סי' כ"ו כ' בהדיא כדברי וז"ל דחיוב זה אין בו ממש כיון דהבית לא הי' ביד שמעון וכו' ול"ד משעבד עצמו וכו' מ"מ בנידון דידן שהחיוב בא ע"ד פרטי ידוע לא משעבד עצמו בהכי וכו' ע"ש שהאריך וכ' ממש כדברי והנאני:

יא **או קיבל אחריות**. עש"ך סק"כא דקיבל אחריות גרידי' דהיינו אחריות שכותבים בכל השטרות אנא איקו' ואשפי זביני אילין ועמליהון אינו מועיל דקנין אין כאן אחריות אין כאן אם לא שקיבל עליו אחריות בחיוב בע"פ להעמיד' בידו ובתומים הקשה דהא מבואר בסי' שע"ג במוכר שדה שאינו שלו והכיר בו שאינו שלו דחייב באחריות אם פי' לו ה"נ נימא כיון דקנין אין כאן דהא הוא אינו שלו אף אחריות אין כאן וע"ש שמחלק דבמקבל אחריות על השבח הוי כחיוב בפ"ע ולדבריו במתנ' באחריות ולא פי' לו את השבח ונמצא שאינו שלו פטור מאחריות ובנידון דהכא אם קיבל אחריות ופי' לו את

השבח חייב והוא נופל מאיליו א"צ לראי'. ומה לי עיס' שהנחתום מעיד עליה שהוא בעצמו סיים הדבר בצ"ע. ועיקר קושייתו לק"מ דהא בב"מ דף ט"ז מבואר דבמוכר שדה גזול' וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דקנאה ומקשה הש"ס מ"ש ממוכר שאירש מאבא ומשני התם סמכ' דעתי' ומוכח התם דהלוקח קנא' בקנין הראשון שעשה בשדה ע"ש ובש"מ ואף דבשאר דשלב"ל לא מהני הקנין הכא מהני מטעם דסמכ' דעתי' ע"ש בדף ט"ז ובדף ע"ב (") ומטעם זה כ' הבעה"ת בשער ע"ז דהגזלן בעצמו א"צ לבטל הקנין עד דאתי נגזל וטריף ליה והגזלן חייב ליתן להלוקח השדה הגזולה כשעשה קנין ומוציא אותו ממנו בב"ד קודם שבא הנגזל דמקח גמור הוא נגד הגזלן ומטעם זה כ' שם המעות שקיבל הן דכי מקח וחייב באונסים ע"ש בבעה"ת ובמ"ל פ"ט מה' גזילה ומטעם זה נראה דהלוקח א"י לבטל המכירה ולתבוע מעותיו מהמוכר שמברר ששדה גזולה מכר לו בעדים דאמרי' ליה אחוי טרפך כמבואר בסי' רכ"ו ע"ש. ובסמ"ע סקי"א והוא מטעם הנ"ל וכיון דהמכיר' קיים בין הלוקח והגזלן כל זמן שלא בא הנגזל יש כאן מכירה ויש כאן אחריות משא"כ במוכר דבשלב"ל דאין כאן מכירה כלל דשניהם יכולין לבטל המכיר' דהמוכר אם רוצה אף אחר שעשה קנין מחזיר המעות ומחזיק לעצמו וכן הלוקח יכול לתבוע מעותיו ולבטל המקח אף אחר הקנין והוא מטעם דלא סמכא דעתי' האמור בש"ס שם וכיון דאין כאן מכירה כלל אין כאן אחריות ואף דבהכיר בה שאינו שלו ג"כ דעת הריב"ש שמביא הרב בסי' שע"נ דמהני אחריות אף דלא מהני גבי' בחזר ולקח' מבעלים הראשונים ועכצ"ל גם כן דלא סמכה דעתיה כמבואר בסי' שע"ד סעיף ב' מ"מ שאני הוא ממוכר דבר שלא בא לעולם דהא בהדיא מבואר שם בבעה"ת ובמ"ל שם דאפי' בהכיר בה שאינו שלו אין הגזלן יכול לבטל הקנין וחייב ליתן השדה ללוקח אחר שנעש' הקנין עד דאתי נגזל וכן אין הלוקח יכול לבטל המכר ולתבוע מעותיו עד דמחוי טירפא וכיון דהמכר קיים בין הגזלן והלוקח עד ביאת הטורף אף האחריות קיים דהעיקר האחריות של אנא איקום ואשפי הוא להצילו מביאת הטורף משא"כ בדבר שלב"ל דהן בעצמם יכולין לחזור בהם אין כאן שייכות אחריות דעיקר כוונת האחריות דאנ' איקום ואשפי הוא רק נגד ביאת הטורף ולא נגד מה שהוא חוזר בו מדינא ודע דלא מיקרי שדה גזולה רק כשגזל' ועשה בה חזקה וישב בה אז כשמכר' המכיר' קיים בין הגזלן והלוקח וגם מהני בי' חזר ולקח' דגזלן לא נקרא גזלן עד שנעש' קנין של גזיל' ואף דקרקע אינה נגזלת היינו דלא ניקנה לו ביאוש וש"ר ושאר קנינים כיוצא בהם אבל ודאי דלא נקרא גזלן כלל עד שגזלה ולזה אם לא גזל השדה כלל רק הראה לחבירו שדה שאינו שלו ומכר' לו בחזקת שלו לא מיקרי גזלן כלל לשום דבר וכטעות במקח דמי ושניהם יכולים לבטל

המקח וכמוכר דבר שלא בא לעולם דמי רק לענין חזר ולקח' דאפי' במוכר דבר שאינו ברשותו או שלא בא לעולם מהני חזר ולקח' משום דניחא ליה דליקום בהמנות' אף דלא שייך ביה דלא ליקרי גזלנא כמבואר בסי' ר"ט סעיף ה' בהג"ה אמנם גם בזה אינו רק באופן המבואר בט"ז שם סי' ר"ט אבל לענין שיהא המכר קיים בין המוכר והלוקח ודאי דאינו רק בגזל שדה ומכר' כמבואר בבעה"ת ולזה לא מועיל אחריות ג"כ רק בגזלן שמכר דאחריות דאנא איקום ואשפי אינו אלא במקום שהם בעצמן א"י לבטל הפקח רק נגד ביאת הטורף אבל במקום שהמוכר והלוקח בעצמם יכולין לבטל המקח לא מהני אחריות לקיים המקח וממילא גם האחריות בטל כמ"ש הש"ך ומה שהוכיח התומים דאפי' במוכר שדה גזול' לא מהני אחריות דאנא איקום ואשפי מהאי דב"מ דף ט"ו גבי חזר ולקחו דפריך התם במאי קנה ושם באחריות מיירי וכיון שהגיע הדבר לרשותו זכה בו מטעם אחריות ולמה ליה לטעם דלא ליקרי גזלנא אלא ודאי דמכיר' אין כאן אחריות אין כאן ומאוד תמי' לי לפענ"ד אגב שיטפי' אמר כן דודאי יש אחריות במוכר שדה גזולה כמבואר בכל הש"ס רק דמ"מ גוף השדה אינו קנוי' לו אפי' בחיוב בפירו' לא זכה בגוף הדבר ואם מכר' המתחייב המכיר' קיימת רק שהמתחייב מחויב לשלם דמי שווי' ושם רוצה לו' דגוף הדבר קנוי' לו ועל זה פריך במאי קניא. והנה במוכר דבר שלא בא לעולם דהדבר פשוט דאם הכיר הלוקח שהוא אינו ברשותו דאף שכ' שטר המעות אינו אלא מלוה על פה כמבואר בב"מ ע"ב ע"ג דדוקא בשדה גזול' דמהני חזר ולקח' המעות הן מלוה בשטר ואם לא הכיר בו הלוקח שאינו ברשותו והיא באופן המבואר בסי' ר"ט סעיף ה' בהג"ה דמהני חזר ולקח' ועבט"ז שם המעות הן ג"כ מלוה בשטר: עוד יש למעיין במוכר דשב"ל אי המוכר חייב על המעות באונסין. והנה בבעה"ת שם כ' דחייב באונסין ואף בהכיר בה שאינו שלו אמנם שם כ' הטעם משום דמהני בחזר ולקח' והוא לטעמי' אזיל דסבירא ליה דמהני חזר ולקח' אף בהכיר בו ואנן לא קימ"ל כוותי' בהכיר כמבואר בסי' שע"ד מ"מ נראה בהא דחייב באונסין מטעם האחר דכתב הבעה"ת שכ' שם כיון דאדעת' דמקח קיבלם ואף דבמכירת מטלטלין בכסף כתבו התוספות בב"מ מ"ג דפטור על המעות מהאונסין מ"מ בפוסק על השער מודו מטעם שכתבו שם כיון דמקדים המעות ע"כ דעתו הי' שישתמש בהם משמע מדבריהם דבקנין מעות אסור להשתמש במעות די"ל דדעת הלוקח הי' דלא ישתמש הלה במעות עד שימשוך כיון שידע שאין קנין במעות אבל בפוסק על השער ומקדים מעות ע"כ דעתו הי' שישתמש בהם וא"כ הכא נמי אם הכיר בו שאינו ברשותו והוא הקדים מעות שניתנ' לו ודאי דעתו הי' שישתמש בהן כמו בפוסק על השער ומקדים מעות ע"כ דעתו הי' שישתמש בהן

ואם לא הכיר בו שאינו ברשותו הרי לפי דעתו עשה קנין גמור אדעת' שישתמש בהן כמו בדמי מקח והוא גם כן קיבל המעות אדיע' זו דהרי לא גילה לו ואדעתא שיהי' המעות שלו כמו בדמי מקח ומש"ה חייב באונסין וכ"כ הנ"י בב"מ בסוגיא דבשבח ע"ש והנה אם חייב עצמו בחיוב בפ"ע על האחריות וחייב עצמו באחריות שבח עבסי' שע"ג בסמ"ע סק"ו כ' דמיחזי כריבית כיון דקרקע אין לו אם לא בקנו מידו או ביש לו קרקע ע"ש. ונרא' דג"כ הדין כן דבהכיר בה שאינו לרשותו אינו גובה שבח ובלא הכיר גובה כמו התם לענין אי גוב' ממשעבדי בחיוב דשלב"ל מחמת שהשיעבוד נכסי אינו מתחיל מיד רק עד שבא לעולם ואם מועיל כתב או קנו מידו יתבאר אי"ה בסי' קט"ו ע"ש:

יב **ואפי' נתן לו משכון**. יתבאר אי"ה בסי' פ"ז. והנה מ"ש בספר קצה"ח שעבוד דאקני הוא רק מדרבנן לא ידעתי מאי קאמר דאי שיעבוד' לאו דאוריית' כל השיעבוד נכסים דרבנן ואינו גובה כלל מן היורשין. ואי שיעבוד' דאוריית' אפי' דאקני דאוריית' דלא בשיעבוד' דידי' תליא רק רחמנא שיעבדי' דהא מוהוא יוציא אליך העבוט נפקא לן ושם שלא בשעת הלוא' מיירי וכ"כ בתומים בסי' ק"ד סק"ז אמנם לבסוף כתב בשם הרשב"א דס"ל דשיעבוד דאקני הוא רק מדרבנן ע"ש שהוא מחלוקת הפוסקים:

יג **שקנו מידו** עש"ך דבאתם עידי סגי וכו' יפה תמה בתומים. והעיקר כדבריו דהא אפי' בחיוב על תנאי כ' הש"ך בסי' מ' דבעינן קנו מידו וכ"ש בחויב דבר שלא בא לעולם דאין לך תנאי גדול מזה דהיינו אם יבואו לעולם:

יד **על התובע להביא ראיה**. עסמ"ע ס"ק ך' שהקש' דבסי' ר"ן כ' להיפוך ובסי' קי"ב כתב פלוגת' ולא הכריע ומתרץ דכאן מיירי שטוען ברי ובסי' ר"ן מיירי כנגד היורשין שטוען שמא. ואני תמה בדבריו דא"כ תקשה מהא דאה"ע סי' ק"ח סעיף א' שכ' בהדיא דאפי' נגד היורשין צריך להביא ראיה שהיו המטלטלין בשעת צוואה ועוד מדנקט ואם אין הדבר ידוע משמע דאפי' אין כאן טוען ברי דהיינו ביתומים הדין כן ועוד דאין בה סברא כלל דהא טענינן ליתמי טענת ברי כמ"ש הרא"ש ר"פ האשה שנתארמל' גם מה שתי' הש"ך הוא תמוה מאוד דמתרץ (") דהכא מיירי שאין המטבע בעין ק' דא"כ לישני כשהתובע מביא ראיה שראו בידו פעם אחת מטבע אחר המתנה הוי כראיה שהיו בידו בשעת מתנה משום דכאן נמצא כאן היה כמבואר בכתובות ע"ה דמהני כשמביא ראיה שהיה המומין משתתארס משום דכאן נמצא כאן היה ע"ש. ולפענ"ד נראה דאין כאן קושי' כל עיקר דהנה יש לעיין בהא דסי' ר"ן באחד שנתן מטלטלין מעכשיו לאחר מותו והיורשין טוענין שלא היו מטלטלין אלו ברשותו שאין בדברי היורשים כלום דאטו מי גרע מאילו כבר מסר המטלטלין ליד המקבל מתנה והמקבל חזר והפקידן ביד נותן ובפקדון הדין מבואר

דאין המפקיד יכול לגבות עד שיביא עדים ויכירו המטלטלין בט"ע שהוא שלו ואי לא מביא ראיה יכ"ל שלך נאנסו ואלו אחרים הם וכן אם מת טענינן ליתמי נאנסו כמבואר בסי' ק"ח ס"ד דקאמר התם ואם יש מהעסק בעין ויש עדים שהוא מאותו עסק הרי מבואר דבעינן עדים שהם דוקא מאותו עסק אך באמת ל"ק כלל דגבי פקדון ל"ש כלל כאן נמצא דאדרב' מכח כאן נמצא איכ' הוכחה דאותן מטלטלין הנמצאים הן שלו ואותן של פקדון נאנסו אבל בנותן כל מטלטלין ועכצ"ל שלא היה אותן בידו בשעת מתנה ונגד זה אמרי' כאן נמצא כאן היה ולפ"ז אם נתן לו חלק מטלטלין כגון שנתן לו מאה מדות דגן ועכשיו נמצא ק' מדות אמרי' דאותן ק' מדות דגן היה תמיד אצלו משום כאן נמצא כאן היה אך שהיה עוד ק' מדות דגן בשעת מתנה ונאנסו דפטר ממנו דשור משורי ונאנס דמראהו מת. ולפ"ז א"ש דהכא מיירי שלא נתן לו רק ק' זהובים ומחולקין אם הי' ברשותו או לא ונאמן הנתבע שלא היה ברשותו ואפילו נמצאו ק' זהובים ובוודאי הי' ג"כ בשעת מתנה משום כאן נמצא מ"מ הא אי בעי אומר שהיה עוד ק' זהוב ונאנסו ואפילו שיעבד עצמו להתחייב באונסין ג"כ פטור דנגד חיוב לא אמרינן כאן נמצא כמו שאבאר לקמן. והנה הא דסי' ר"ן דאמרי' כאן נמצ' כאן היה ידוע דהיא דוק' בנתן מטלטלין דמבואר בסי' רמ"ח סעיף י' דמטלטלין אינו אלא כלי תשמיש ולא סחורה ומש"ה שייך לו' בו כ"נ כ"ח אבל בסחורות וחטי ושערי ודאי דלא שייך לו' כ"נ כ"ה דכ"נ כ"ה לא שייך אלא בדבר שיש לו' שלו ושל אבותיו מעולם כמבואר בסי' קי"ב סעיף ב' וכן כ' מהרי"ט בהדיא בחלק א' סי' קכ"ח לחלק בין סחורה ובין מטלטלין לענין כ"ג כ"ה ע"ש וכ"כ בתומים ולפ"ז בסי' קי"ב סעיף ג' שם הדין בנותן נכסיו דהיינו חטי ושערי וסחורות כמבואר בסי' רמ"ח סעיף י' ע"ש וע"כ טעמ' דמאן דס"ל דהכל בחזקת מקבל מתנה לאו משום חזקת כ"נ כ"ה הוא דבהו לא שייך זה כמש"ל וע"כ הוא מטעם שכ' מהרי"ט ח"א סי' ל"ט והיינו משום כיון שהוחזקו פעם אחת שכל הנכסים שהוא נושא ונותן בהם שהם של מקבלי מתנה ואינו אלא כמתעסק בהם שא"ל אלא מה שנותן לתוך פיו כל מה שתח"י בחזקת מקבלי מתנה דחזקה שאין לו כלום כמו שלא היה כלום ול"ד לאשה שאינה הנו"נ שאע"פ דלא הוחזק בירה להיות לה נכסים משל' מ"מ הא לא הוחזקה בידה ג"כ נכסים משל בעל משא"כ הכא שכל הנכסים שביד זה הוחזק שהן רק של מקבל מתנה זה אמרי' תמיד שהן בחזקת זה שהוחזק עד עתה עכ"ל בשינוי לשון קצת. ואין להקשות הא קיי"ל בסי' ס"ב דדוקא באשה הדין כן אבל בבן בית מוקפי' הנכסים בחזקת ב"ב דז"א דעיקר הטעם שיש חילוק בין האשה לבן ב"ב דאשה הוחזקה שאין לה כלום משא"כ ב"ב י"ל דגם מתחלה היה לו נכסים דיש מתרושש והון רב כמ"ש הש"ך שם ועמ"ש בחידושי וא"כ

בכאן שנתן כל נכסיו והוחזק שאין לו כלום רק נכסי המקבל מוקמי' הנכסים בחזקת המקבל וגם רשותו הוא רשות המקבל כיון שנתן כל נכסיו והוי כנמצאו ברשות המקבל (וטעם מחלוקת הפוסקי' שם בסי' קי"ג כתבתי בסי' ס"ב סקט"ז) משא"כ בא"ח סי' ק"ח דאמר תטול אשתי חלק בנכסי כיון דגבי נכסים לא שייך כ"ג כ"ה כנ"ל וגם לא שייך סברת מהרי"ט הנ"ל כיון שלא נתן לו רק חלק מש"ה על האשה להבי' ראיה ואתיין כל פסקי הש"ע על נכון. אמנם עדיין צריך לברר בדין דכאן אם נתן לו המאה זהובים והתחייב עצמו ג"כ באונסין דאז ליכא מיגו דנאנסו על מי להביא ראיה ונראה דמ"מ על המקבל להביא ראיה דהנה יש לעיין דמה"ת יהיה מועיל חזקה דכ"ג כ"ה נגד חזקת ממון הא חזקת הגוף עדיף מחזקת כ"ג כ"ה כמ"ש התוס' לכתובות ע"ו ד"ה חדא במקום תרתי ואפ"ה אינו מועיל נגד חזקת ממון רק בברי ושמא ובשמא ושמא אינו מועיל נגד חזקת ממון כמבואר בכתובות ל"ו וא"כ בחזקה דכ"ג כ"ה מה"ת יהי' מועיל נגד חזקת ממון אמת שהסמ"ע כ' דג"כ כאן לא מהני רק בברי ושמא אך מדברי הש"ע משמע דמיירי אפי' בשמא ושמא כמש"ל ועכצ"ל דהטעם הוא דמוכח מהתוס' בב"מ ק' ד"ה וליחזי דבמקום שיש דררא דממונ' דהיינו שיש ספק לב"ד בלא טענותיהם במטלטלין שאנו מסופקים של מי הם אינו מועיל חזקתו מספק רק שכתבו באחד שהפקיד טלה חי אצל הרועה והיה לרועה ג"כ טלה חי ומת אחד מהם דאזלי' בתר חזקה כיון שהיא מוחזק בטלה חי מעיקר' ע"ש. ואם הספק הוא בענין דלא הי' מוחזק בטלה חי מעיקרא כגון שנולד ספק אם הולד נולד קודם משיכת הפרה או אח"כ אין מועיל חזקתו מספק וא"כ ה"ה ברועה הנ"ל שמסופק כמה טלאים היה לו אם חמשה אם עשרה והפקידו אצלו עשרה טלאים ומתו טלאים אצלו וא"י כמה ועכשיו נמצאו עשרה טלאים דודאי הדין שהרועה נוטל רק חמשה שהיה מוחזק בהן בודאי מעיקרא ובחמשה הנשארים שלא היה מוחזק בודאי מעיקרא אין מועיל חזקתו מספק וא"כ בסי' ר"ן דמסופק אם אותן המטלטלין היו ברשותו והן של המקבל בודאי או שבאו לו אח"כ והן שלו והמטלטלין של המקבל נאנסו בספק כי האי דלא היה מוחזק בהם בודאי מעיקרא ודאי דלא מועיל חזקתו מספק כמ"ש התוס' לעיל וכאן לא שייך שנטען ליתמי ברי דלא טענינן ליתמי רק להחזיק והכי לא חשיב להחזיק תדע דהא המחליף פרה בחמו' הנ"ל דאינו מועיל החזקה מספק ודאי דאף ליתומים אינו מועיל וכיון דחזקת ממון של הנותן לא חשיב אזלי' בתר חזקת כ"ג וכ"ה כיון דליכא חזקת ממון כנגדו משא"כ הכא גבי זהו' חדא דהא טוען ברי והרי מועיל חזקת ממון שלו כמ"ש התוס' הנ"ל ונגד חזקת ממון לא מועיל חזקת כ"נ כ"ה ועוד דהא אין אנו יכולין לומר מחמת הזקה דכ"נ כ"ה שאותן הן שלו

משום דאימר היה עוד ק' זהו' בשעת מתנה ונאנסו והרי אין אותן הק' זהו' שלו דמרייהו מת רק שבא לתובעו נהי דעוד אחרים היה ונאנסו הרי התחייבת את עצמך באונסין ז"א כיון שלא בא עליו רק מכח התחייבות הגוף שחייב את עצמו ואיכא שיעבוד נכסים והרי כיון שאנו מסופקים דילמ' לא היה כלל ולא נתחייב כלל וכשיש ספק בחיוב הגוף ודאי דחזקת ממון בזה חזקה טובה מאוד הוא דהוי ממש כא"י אם נתחייבתי לך דפטור מטעם חזקת ממון וכדאיכ' חזקת ממון טוב ודאי לא מועיל חזקת כ"נ כ"ה כנגדו כמ"ש התוס' כתובות ע"ו ד"ה חדא במקום תרתי ועוד דדמי קצת להא דסי' מ"ט דכל שאינו יכול לבוא על שיעבוד הגוף א"י לבוא כ"כ על השיעבוד נכסים מכח ממ"נ. ולפ"ז אפי' ביתומים המסופקים אם היו ברשותו בשעת מתנה ג"כ על המקבל להביא ראיה דהא טענינן ליתמי נאנסו והוי רק כספק בחוב דאינו גובה אפילו מיתומים שטוענין שמא כיון דבזה חזקת ממון טובה ולא חשיב חזקת כאן נמצא כנגדו כנ"ל. ולפ"ז כשהנותן חי וטוען ספק הדין כן דאם היא מספק אם אותן הק' זהובים היו ברשותו או לא ויודע שלא נאנסו לו אחרים ודאי דאין מועיל לו חזקתו מספק ואמרי' כ"נ כ"ה אבל אם טוען שנאנסו ת'י ק' זהוב ומספק ג"כ אם היו ברשותו ק' זהובים בשעת מתנה הרי הספק נגדו אם נתחייב בחייב הגוף ודאי דא"י להוציא מידו מספק כנ"ל. ולפ"ז מ"ש הש"ך בס"ק כ"ח דלמאי דקיימ"ל בסי' קי"ב דלא כהגאונים ה"ה דלא קיי"ל כהך דסי' ר"נ ליתי' מטעם שכתבתי (") ומהתימה שנשמטו דברי מהרי"ט מהש"ך שמביאו תמיד וכן בהך דהכ' העיקר כמ"ש:

טו **דכל האו' נתתי**. באו"ת הקשה כיון דקיי"ל בסי' קצ"א דשטרי דידן שטרי קנין הן ועיקר ראיית הדין מהא דהשולח דף מ' דאו' נתתי שדה פ' לפ' היה שלו וקאמר התם דכולן בשטר ובשלמ' אי פי' דל' נתתי ל' מתנה וקנין לכך בעי שטר דמילי לא מיקני אבל אי נתתי ל' הודאה מה צורך לשטר וכיון דהרב פסק בסי' קצ"א כהמחבר וע"כ משום ראיית הר"ן אלמא דנתתי לאו ל' הודאה הוא. ואני תמה על תמיהתו דהא הרמ"א בתשו' סי' צ"ב הקשה להנך דס"ל דנתתי ל' הודאה הוא דלמ' לי שטרא בהא דגיטין ותי' דמיירי שידוע או שהמקבל מודה שלא הקנה לו מקודם רק שהקנה לו עכשיו בל' זה וכו' וכן מוכח מדברי הר"ן פ' השולח עכ"ל הרי מוכח מדברי רמ"א בתשו' דל' נתתי מהני ג"כ מטעם קנין במקום דא"א לו' מטעם הודאה דנתתי שני לשונות משמע ע"ש בתשו' שכ' בהדי' כן ואי"כ י"ל דגם כוונ' הר"ן הוא כך להוכיח דבלשון נתתי מועיל ג"כ בשטר לקנות בו עכשיו אף במקום שא"א לו' בו לשון הודאה כגון שידוע או שמודה שלא הקנה לו מקודם ומוכיח זה מהא דגיטין באו' נתתי שדה וכו' דקאמר וכולן בשטר וע"כ מיירי התם

בידוע או שמודה שלא הקנה מקודם דאי לאו הכי הא מועיל מטעם הודאה ול"ל שטר וכמ"ש הרמ"א ועכצ"ל כמו שתי' הרמ"א דמיירי בידוע שלא הקנה קודם ומקנ' לו עכשיו בלשון זה אלמא דמהני נתתי ג"כ ללשון קנין משום דשתי לשונות כך משמע כמ"ש רמ"א בתשו' וא"ש ההוכח' דשטרי דידן שטרי קנין הן ומ"מ היכא דאפשר למיתלי ל' נתתי ללשון הודא' תלינן וכמו שכ' רמ"א בתשוב'. אך הא קשי' לי דמשמע מדברי רמ"א בתשוב' דכשמוד' המקבל או שידוע שלא הקנה מקודם לא מהני הודא' זו ובעינן דוקא במקום דמהני שטר קנין אבל במטבע וכיוצ' בו במקום דלא מהני שטר קנין לא מהני שטר בל' הודא' כשידוע או שמודה ולכאור' הוא תמוה דאפי' הוא מודה או שידוע שלא הקנה מקודם מ"מ יהיה מועיל הודאה לקנות בו מטעם אודית' כמו באודית' דאיסור גיור' בב"ב דרב מרי ודאי היה מודה דהני זוזי לאו דילי' וכן הוא בש"ס ומבואר בפוסקים דיכול להקנות באג"ק אע"ג דידוע שאין לו קרקע מטעם אודית'. ונ"ל ליישב דהנה הא דמהני אודית' אף דהעדים מכחשי לי' הוא משום דהודאת הבעל הבעל דין הוא יותר ממאה עדים ולחייב נפשו מהימן יותר מעדים אבל במקום דנוכל ליישב אמירת העדים שלא יהיו מכחישין את דבריו ודאי מיישבים כדי שלא יהיו מוכחשים וכיון דנתתי ב' לשונות משמע כמ"ש הרשב"א הביאו ב"י בפי' זה והרמ"א בתשוב' הנ"ל דנתתי משמע לשעבר ולהבא רק שלא שכיח הוא שיהיה כוונתו על להבא כמ"ש הרמ"א בתשוב' ומש"ה דכל שלא מכחיש להעדים או להודאת המקבל תלינן לשון נתתי בלשון עבר שהוא לשון הודאה אבל כי מכחיש להו להעדים או להודאת המקבל תלינן לשון נתתי בלשון להבא אף דלא שכיח בכדי שלא יכחיש להעדים אף במידי דלא שכיח ובמקום דא"א לישב דברי עדים עם הודאת הנותן ודאי דאזלי' בתר הודאת הניתן דאדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים ואם הודאת הנותן מכחיש להודאת המקבל וא"א ליישב דבריהם אזלי' בתר הודאת התובע כמו בחטין והודה בשעורין וכמ"ש הרשב"א בגיטין דף מ' גבי נתתי וזה אומר לא נתת לי אם לא במקום שנוכל ליישב דברי שניהם כגון בההיא דגיטין שאומרים שמא זיכ' לו ע"י אחר והמקבל א"י וגבי איסור גיור' אלו הי' מכחיש רב מרי לאיסור בפירוש והי' אומר לאו דידי הן הי' אזלי' בתר הודאת רב מרי כיון שא"א לומר שמא זיכ' לו ע"י אחר כיון שהמעות הי' ת"י רבא ולא היה אפשר להקנות המעות כלל לרב מרי רק שרב מרי הוה שותק אמנם נראה גבי רב מרי דמהני הודאת איסור כיון די"ל שמא זיכה לו ע"י אחר קודם שנתן המעות לרבא וכ"ז ברור לפענ"ד וכ' עוד בתשוב' רמ"א דאם כ' בשטר שני לשונות דהיינו ל' נתתי ולשון אני נותן דאזלי' בתר האחרון כמו בספל וקפל ע"ש:

טז **זכה במשכונ'**. עסמ"ע סקכ"א וסקכ"ב ומדבריו כאן ראיה למ"ש הט"ז בי"ד סי' ע"ב סקיט שכ' דאף דמשכונת' בנכיית' בחוב קדום אסור מ"מ אם עשה לו קנין בפ"ע מותר ע"ש דהא כאן ג"כ מיירי שהמשכונ' הוא לאכול פירות כמ"ש בסק"א וע"כ הוא בנכיית' ומוכח דמותר אף שהוא בחוב קדום אך הא קשה אמ"ש הסמ"ע דאם הקנה לו גוף השדה דאינו קונה מחמת שהשטר אינו קונה בלא מעות כמבואר בסי' קצ"א והוא תמוה דהא בסי' קצ"א בסמ"ע סק"ה כתב דאם מקנה לו גוף השדה בחוב קדום דקנה בשטר לחודי' איכ' הדר' קושית הסמ"ע לדוכתי' אפילו אי מיירי בשטר קנין דהא קנה אפילו גוף השדה בכה"ג ולייישב דבריו נראה כוונתו דבמכר אף שקונה בשטר לחודי' כשמקנ' לו בחוב קדום מ"מ בעינן שהחוב יהי' כל דמי השדה שאין כאן חסרון דמים אבל כשהחוב הוא פחות מכדי דמי השד' דיש כאן עדיין חסרון דמים שוב אינו קונה השדה בשטר לחודי' משא"כ במשכונת' אף שהשכיר לו שדה שוה מאה מנה בעד מנה לאכול פירות של כל השדה אף דבמשכנת' אוכל הפירות מטעם דהוי השדה כמכור' לו כמ"ש התוס' בב"מ ס"ד ד"ה ולא ישכור וזה כוונת הסמ"ע אף דבמוכר גוף השדה לא קנה בכה"ג בדמים מועטים מ"מ במשכנותא כה"ג קנה והוי כל השדה כמכור' לו והטעם לזה דלשיעבוד המשכונ' אין כאן חסרון דמים עוד משא"כ במכר:

יז **ראובן הוציא**. עש"ך סקל"ג עד אפי' אומר ששליח הי' בעינן (תיבת בעינן ט"ס וצ"ל בענין) שלא יצאו המעות מרשותו וכוונתו דלא מיבעי' אי איירי כאן באופן הב' שכתב הש"ך בסי' מ"ו סק"ז הרי נעשה שמעון לוה של לוי וכו' ואפילו בענין שלא הוציא המעות מרשותו כלל מ"מ קשה מאן לימא לן וכו' עד ואף ע"פ שי"ל שהן מדברים בכ"מ שידוע שהמעות מתחלה של בעל השטר היה וכו'. משמע מדבריו דכאן מיירי שיכול להיות שהודאתו אמת דשלוחו היה ואפ"ה מסתבר לי' להש"ך שאין השטר נקנה בההודאה זו וכדעת החולקין בבעה"ת ומאוד תמוה לי דמה"ת לא יועיל הודאתו לא מיבעי' לענין שלא יהיה המודה יכול לחזור בו נראה בפשיטות דודאי דא"י לחזור בו דהא קיי"ל בכל דוכתי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכן מוכח בגיטין מ' גבי האומר שדה פלוני לפלוני ובכמה דוכתי ואף החולקין בבעה"ת דס"ל דלא מהני הודאתו ע"כ מיירי במוחזקים בו שהמעות שלו היה רק שבא עכשיו לקנות בהודא' זו אבל במקום שיכול להיות שהודאתו אמת ודאי הודאת בע"ד כמאה עדים תדע דהא סתר ההוכחה מאיסור גיור' ב"ב דף קמ"ט דשם מיירי בשכ"מ אבל בברי' לא מהני ע"ש ושם בב"ב בודאי לא איבעי' להו התם משכ"מ שהוד' רק במוחזקין בו שאין לו כמ"ש התוס' ד"ה שכ"מ שהוד' אבל במקום שיכול להיות שהודאתו אמת אין מקום לאיבעי' זו דודאי מדיני כמבואר בב"ב קע"ה

רק סוגי' דהתם מיירי במוחזקים שהודאתו בשקר רק שרוצה להקנות בהודא' זו. ולפ"ז המחלוקת בבעה"ת ג"כ בכך מיירי דהא עוקר פילפולם מסוגי' זו וא"כ אם בכאן מיירי ביכול להיות שהודאתו אמת מי איכ' למ"ד דלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ואין המודה יכול לחזור מהודאתו וא"ל דכוונתו דלא מהימן לענין תביעתו שאין ראובן יכול לתבוע לשמעון מחמת הודאת לוי ושמעון יכול לומר לאו בעל דברים דידי את דנגד תביעת שמעון ל"ש לומר הודאת בע"ד כמא' עדים דמי לחייב את שמעון לעמוד בדין עם ראובן דנגד זה הוא חב בהודאתו לשמעון ולאו כל כמיני' לחוב לשמעון בהודאתו ז"א דאמאי לא יהי' לוי מהימן במיגו דאי בעי יהיב לי לשמעון שטרא בכתיבה ומסירה כמו דאמרינן בב"ב קכ"ז באומר זה בני דנאמן מטעם מיגו דאי בעי יהיב לי' במתנה ואפי' אי מחיל ליה אח"כ שוב לא מהני ואף דבהך מיגו דאי בעי יהיב ליה בכומ"ס מצי מחיל מ"מ בכאן שאמר דשלוחו הוא כיון דנאמן הוא שוב א"י למחול כדאמר התם דנאמן לר"מ במיגו דאי בעי יהיב לי' אף בדבר שלב"ל הואיל וס"ל לר"מ אדם מקנה דשלב"ל וכשאומר זה בני א"י לחזור בו כדמוכח גבי בני וחזר ואמר עבדי וא"כ קשה הא בעינן יכיר לענין זה אלא ע"כ כיון דנאמן הי' בשעת אמירתו שבנו הוא במיגו הוי כאילו שוב יש עדים ע"ז וממילא א"י לחזור בו וה"נ בנ"ד לענין כיון דנאמן ששלוחו הוא ממיל' א"י למחול דשליח לא מצי מחיל ומכ"ש להפוסקים דס"ל בסי' ס"ו דבקנין אגב א"י למחול אם כן יש לו מיגו דאי בעי הקנ' לו באגב לכן נראה דהפוסקים שהביא בעה"ת דפליגי אי מהני הודאתו מיירי במוחזקי' בו שהמעות שלו רק שרוצה להקנות עתה באודית' והנך פוסקים והמחבר מכללם סברי דאודית' הוי קנין גמור וכדעת התוס' בב"מ מ"ו בתוס' ד"ה וניקנוהו דמקשי דליקני ליה המעות בהודא' וכו' ועכצ"ל דסברי דאודית' הוי קנין דאורייתא דאילו הוא משום הודאת בע"ד לא הי' מועיל לפדות בו המעשר כמ"ש התו' בב"ק ק"ד ד"ה אגב ועיין בפ"י דב"מ וה"נ ס"ל להפוסקים והמחבר ס"ל נמי דאודית' הוא קנין אפי' לענין שלא יהי' יכול למחול והחולקין שהבי' הבעה"ת ס"ל דאודית' לאו מטעם קני' הוא רק מטעם הודאת בע"ד הוא והודאת בע"ד אין מועיל לחייב הלוה כיון שמוחזקים להיפך:

יח **אם אינו חב לאחרים** עט"ז שהקשה דהא אין שמעון צריך לשלם כ"ז שאין מחזירין לו השטר כמ"ש הב"י כשם הבעה"ת סי' ס"ו מחו' י' ע"ש ובתומים תירץ דכאן צריך ראובן להחזיר גוף השטר דמיירי דבעה"ח מוקדם לשטרו של ראובן וכתב להבע"ח מטלטלי אג"ק וא"כ נהי שלוי מבר לראובן השט"ח טורף ממנו גוף הנייר והוא דוחק דהא המחבר סתם לה ועוד דהא ראובן טוען ששלוחו הי' ולא נשתעבד מעולם השטר לבע"ח. ולפענ"ד

נראה דקושי' מעיקר' ליתא דהב"י בסי' ס"ו מיירי בידוע שמסר ולא כתב וס"ל דאף לבעה"ח דאינו קונה גוף החוב מ"מ הנייר קנה וא"צ להחזיר גוף הנייר וממיל' יכול הלוה לו' כיון שהכנסת שטרי ביד אחר אתה מחויב להוצי' משם משא"כ כאן שאינו נאמן על מה שאומר ששלוחו הי' נגד גוף החוב אף על הנייר אינו נאמן כמ"ש הבעה"ת בעצמו הביאו הש"ך בסי' ס"ו סקל"ט ע"ש כתבו זה בבעה"ת ע"ש ועוד נרא' דגם בגוונא שכתב הב"י דוקא להמלוה א"צ לשלם מטעם הנ"ל אבל כשהמלוה חייב לאחרים צריך הלוה לשלם לבעה"ח ע"י שובר שנותנין הב"ד דהבע"ח יכולין לומר מה אנחנו חייבין שהמוכר הכניס השטר ביד אחר ולו יהא אפי' הי' השטר ביד המוכר ואין רוצ' להחזיר להשט"ח וא"י להוציאו מידו דאפ"ה צריך הלוה לשלם ע"י שובר ב"ד כיון דהחוב משועבד להם מדר"נ חוב דידהו הוא והשטר הוא כת"י גזלן וכל זמן שאין אותו האיש שגוב' המעות חייב בדבר השטר כותבין ב"ד השובר וזה פשוט ובאו"ת כתב דאפי' יש לו מיגו דאי בעי קלתי' לשטרי' או לומר פרוע א"נ כשחב לאחרים דלא אמרינן מיגו מגברא לגברא דכשקלתי' היה נשכר הלוה וזה כוונתו לטובת האיש שהודה לו ששייך לו השטר עיין שם ואף שאנו חושדין אותו למשקר שעוש' זה רק להפקיע חוב ממי שחייב לו מ"מ נוכל לומר שמחזיק פ' לנאמן וירא לסמוך עצמו על הלוה:

יט **אין כופין אותו** בטור סיים אם עשה עניינו בסתם ושמעון מערער ואמר אע"פ שלא היה הממון שלי מ"מ זכיתי בו מאחר שצוית לעדים לכתוב השטר על שמי אין ממש בדבריו הואיל ואמר לעדים שיתנו השטר לידו דכו' ע"ש והקשה בתומים דהא דין זה נובע מהא דב"ק ק"ב גבי הלוקח שדה בשם ר"נ המבואר בסי' קפ"ד ובדין זה דקנה שדה בשם חבירו מבואר בתשובת הריב"ש סי' ר"ן ובתשו' הרא"ש סי' צ"ו ובחי' הרשב"א בב"ק שם ובשיטה מקובצת שם מבואר דאם חבירו מערער ואומר שזכ' בו ואומר שקנ' בשמו וכתב השטר על שמו שהוא של המערער ואם כן קשה מ"ש הך דהכא דא"י לומר כך כיון שהאי דינא נלמד מהא דהתם דתי' כתומים דש"ה במקח שקנ' בשטר דמיירי בשטר קנין וכשמצוה לכתוב שטר קנין בשם לוי הרי הוא כמזכה לו בשדה משא"כ בשטר הלוא' שהוא רק שטר ראי' ואינו קונה בשטר ע"ש ולא יכולתי להולמו כלל דאי מיירי בשטר קנין דהיינו שקונה בשטר הא בעינן דלימטי השטר ליד הקונה וכשאמר תנו לידי לא קנה שום אחד מהם דלוי לא קנה שלא הבי' השטר לידו והמוכר לא אמר לו זכה בשטר בשביל פלוני וראובן לא קנה שלא נכתב השטר על שמו דבשטר קנין בעינן שיהיה נכתב שם הלוקח ושיגיע השטר לידו ועכצ"ל דמיירי התם שקנ' בכסף והשטר הוא שטר ראי' ובאמת שסיים בעצמו בצ"ע ופה לי לעיס' שהנחתום מעיד עליה. ולפענ"ד

נראה דהקושי' מעיקרא ליתי' דש"ה בלוקח שדה בשם חבירו כיון דאומר הילך מנה והשד' יהי' קנוי לשמעון קונה שמעון השד' באותו כסף שנותן ראובן כמבואר בסי' ק"צ באומר הילך מנה ויהי' שדה מכור לפלוני דקנה פלוני כו' ומיירי במקום שקונה קרקע בכסף לחוד בלא שטר ואף שמבואר שם בהג"ה דבעינן שיהי' אותו פלוני חפץ בזה התם מיירי שנותן לו המנ' רק בתורת קניית כסף והקרקע שדה הרב' וחבירו יהיה הקונה וישלם כל המעות אבל אם אומר שנותן מעותיו במתנ' וחבירו יקנה השדה באותן המעות ודאי דזכין לאדם שלא בפניו ועיין בש"ך סי' קפ"ג בשם הב"י דאם קנה במעותיו ומתכוון לזכות לחבירו והודיע למוכר דקנה חבירו וכיון דזה הוי קנין לחבירו א"י לומר שלא להשביע עשיתי כמ"ש הש"ך בסי' קכ"ו סקנ"ד בשם הטור דא"י לטעון במעמד שלשתן טענות השטא' והשבע' משום דהוי קנין דבקנין א"י לטעון טענות אלו וה"נ אין לך קנין לחבירו גדול מזה ודאי דא"י לטעון שום טענה ואזלינן בתר הודאתו ואמירתו וזכה חבירו וכמו שזוכין אשתו ובניו בבגדים שלקחן לשמן בב"ק ק"ב וכן מבואר ברשב"א וריב"ש וברא"ש ובש"פ בלוקח שדה על שם בניו או ע"ש חבירו דזוכין בו חבירו ובניו וכיון דקנ' חבירו השדה בשעת נתינת הכסף שקונין בו אף שצוה אח"כ ליתן השטר ראי' לידו אין בכך כלום שכבר זכה בו משא"כ בהלוא' דלא אמר רק כתבו שטר בשם שמעון דאפי' אם אמר בפי' הריני נותן מעותי במתנה לראובן והריני מלוה לך המעות שאני נותן במתנ' בשמו וכתבו השטר בשם שמעון ותנו השטר לידו אין ראובן זוכה בהמעות דאין אדם יכול לזכות בשלו לאחר אם לא בזיכ' לו ע"י אחר ואמר זכה ובתן איה פלוגתא אי הוי כזכי וכאן שלא אמר רק הריני מלוה מעותי בשם ראובן שאני נותן לו במתנה ודאי דלא הוי כזכי ובמה שאמר כתבו השטר בשם ראובן ודאי דלא זכה כיון שאמר תנו לידי. ולפ"ז אפי' שמעון אומר שהמעות היה באמת שלו שהרי הוד' א"כ יכול לטעון טענות השבעה כיון דלאו קנין כמו בכתב שהמעות הם מחכירות הקהל ועסמ"ע סקכ"ח ואף דבש"ך הי' פ"א סקי"ח כתב דבאומר כתבי א"י לטעון שלא להשביע היינו באומר כתבו ותנו לו אבל באומר תנו לידי ודאי דיכול לטעון ומכ"ש כשמוד' שאין המעות שלו רק שזכה בו ודאי אין ממש בדבריו כיון שאמר תנו השטר לידי אבל אם אמר תנו לידו הוי כזכי למאן דס"ל דתן כזכי כיון דהשטר נכתב על שמו ובקנין שדה ג"כ הדין כן דאם בשעת קנין קנה סתם לעצמו רק שאח"כ אמר כתבו ע"ש פלוני יכול ג"כ לומר שלא להשביע כיון שלא הי' קנין ע"י הודאתו ובהכי מיירי הא דסי' קפ"ד שדקדק וכתב ללוי קניתי אותו דמשמע שקנה כבר סתם רק שבשעת כתיבת השטר אומר ללוי קניתי אותו מש"ה לא קנה לוי ודע דהא דנאמן ראובן לומר על השטר שתח"י וכת' בשם שמעון שהוא שלו רק

שכתבו ע"ש שמעון לפנחיא בעלמא דוק' כשיש עדים שהוא הלוה המעות אבל אי ליכ' עדים אז הדין כך לא מיבעיא אם הלוה מת ושמעון טוען שהשטר שלו וע"י פקדון בא ליד ראובן שמעון נאמן כיון שהשטר נכתב על שמו אמרינן מסתמ' הוא הלוה המעות וגובין המעות מיורשי הלוה ונותנין לשמעון וגם השטר חייב ראובן להחזיר דאלת"ה קשה הא דמבואר בסי' ס"ו סי"א דא"נ לטעון לקוח אמאי להימני' במיגו דאי בעי אמר דידי הוא וכתבתי השטר ע"ש שמעון לפנחי' וכן בעובדא דמלוגא דשטרי דכתובות פ"ה ומבואר לקמן סי' ס"ד דא"נ לטעון משכון במיגו דלקוח כיון שאין לו כומ"ס מ"מ להימנ' במיגו זה אלא ודאי דאינו נאמן בטענה זו ואפי' כתב בשטר שקודם החתימה שהמעות הן מחכירת הקהל פסק הש"ך סקל"ה דאינו נאמן מכ"ש כאן ואפילו להסמ"ע שם היינו דוקא התם שגוף השטר נכתב על שמו רק שקודם החתימה כתוב כך אבל כשכל השטר כתו' ע"ש האחר ודאי דא"נ לכ"ע וכן אם הלוה חי ומודה לראובן שמעותיו הלוה לו רק שצוה לכתוב השטר ע"ש שמעון לפנחי' ושמעון מכחיש וטען שבפקדון הגיע לראובן והשטר איתחזק בב"ד דלא מהימן לא ראובן ולא הלוה דהא אפי' בשליש כתב הש"ך בסי' נ"ו דלא מהימן כשטוען האחר טענות נפילה ופקדון כשהשטר איתחזק מב"ד מטעם דאיתחזק בשטר' מעליא ע"ש ועיין מה שכתבתי בחידושי לקמן סי' ס"ו בסמ"ע סקל"ג כנ"ל ברור:

כ **כופין אותו על כך** הא פשיט' דאין כותבין רק מזמן שני אף שהי' קנין כשעת הלוא' כיון דלאו על קנין הראשון כותבין דהא כ"ז שאינו מצוה אין כותבין דהא כופין את הלוה לצוות לעדים לכתוב וצריך שליחות שלו לכתיב' ואין בידו לעשותם שלוחים על שיעבוד למפרע כמ"ש הש"ך בסי' פ"א סק"ד ושם אפי' בקנין הדין כך וכ"כ באו"ת בהדי' והוא פשוט והך כופין היינו דמשמתים אותו כדין כל מי שאינו רוצ' לקיים ציווי ב"ד אך הא קשה דלמ' להו לב"ד למיכפי' נביא העדים לב"ד ויעשו הב"ד בעצמם קיום כמו בריש סי' מ"א כיון דהדין הוא דראובן יכול לגבות גם עכשיו בשטר זה מלוי וא"כ אמאי לא יכתבו לו לראי' שיהי' יכול לגבות בכל פעם ויכתבו איתברר לנא דהאי שטר' דראובן הוא רק שנכת' לשמעון לפנחי' וירויח שיגב' מזמן ראשון כמו בסי' מ"א ונרא' דדוק' בסי' מ"א שברור הוא שרואין שטר כשר בידו משא"כ הכא דאין ברור דהאי שטר' דראובן הוא רק משום דאין שמעון מערער או שאינו נאמן בעירעורו כמ"ש הטור כ"ז שאין מביא ראיה ואפשר שבשביל ששמעון רוצה להפקיע חובו מפי שחייב לו אינו רוצה לברר מש"ה אין הב"ד כותבין לו רק שכופין את הלוה ואומרין לו כיון שע"פ הודאתך נשתעבדת לראובן עשה לו שטר ואם יתברר להיפך שלא עשה זה רק להפקיע חובו ניזל בתר הבירור

משא"כ כשהב"ד יכתבו דיתברר להם לא יועיל הבירור שאח"כ והנה לא קשי' דאמאי ניכפי' לכתוב שטר הא מבואר בסי' ל"ט ובסי' רמ"ג דחוזר דש"ה דעדיין לא נכתב שטר ויכול לו' לא ניח' לי באפושי קולות ושטרות משא"כ הכא דכבר יצא הקול שנכתב שטר ומה לו שטר זה או זה אך הא קשה שהתוס' בב"ק דף ק"ב ד"ה כגון הקשו דיכתבו לו העדים שטר' אחרינ' ותירצו כגון שאין העדים רוצים משמע אם העדים רוצים יכולים לכתוב שטר אחר וע"כ הטעם דהוי כנכתב בפסול כיון שלא נכתב בו שם המלוה או שם המוכר האמיתי שהודיע בשעת מעשה ותימ' על המחבר שהשמיט דעתם ונראה דהתוס' לא כתבו זה רק משום דשם איירי בשטר מכר שאין בו אחריות כמו שמשמ' מדברי רש"י שם בד"ה אין כופין וז"ל דה"ל להתנות כ' שטרי בשם ר"נ שאם יצאו עסוקין ארא' להם שהוא של ר"נ וכ' לי שטר אחר וכו' ואי בשטר שיש בו אחריות אסור לכתוב שני שטרות וכיון דמיירי באין בו אחריות מקשה התוספות שפיר דיכתבו לו שטר' אחרינ' דבאין בו אחריות לא שייך לו' עשו עדים שליחותן כמבואר בב"ב קע"א ובש"ך סי' מ"א סק"י אבל בשטר שיש בו אחריות אסורים העדים לכתוב משום דעשו עדים שליחותן דדוק' כשהוא פסול מבואר בסמ"ע סי' מ"א סק"ה מטעם דלא אמר כתבו חספא כמבואר בגיטין ס"ג גבי כתבו תפאת' אבל האי שטר לא חספ' הוא דהא כשר למיגבי' ביה ועוד אפי' בפסול גמור אם אמר להם לכתוב שטר זה ממש ודאי עשו עדים שליחותן ואף שהמלוה אמר להם עוד שטר אחר תכתבו מ"מ לא הוי שליחות מהלוה ובזה י"ל הא דקשה מסי' קפ"ד דשם פסק דאם הודיעו שקונה אותו לעצמו שכופין אותו וכאן הצריך להתנות דוקא מכתיבת שטר אחר ונראה דדעתו לחלק דדוק' במכר שא"ב אחריות דאפי' בלא הודיעו היה ס"ד דהש"ס שם ב"ק קי"ג לו' דכופין מטעם מידע ידעת דזוזי בכדי לא שדינ' רק מטעם דמצי למימר מימר אמרי ענינ' הוית לה בהאי וכו' ע"ש וכיון שהודיעו מצי למימר ע"כ מש"ה הודעתיך אדעת' דכתבית לי שטר' אחרינ' דאי ענינא לי עבדית לי בהדי האי פי' שאותו פלוני יכתוב לי שטרא ערש"י שם א"כ למה היה לי להודיעך כיון שכבר נסתלק' במכירתך ושוב אין לי עסק עמך כלל בהאי מכירה דהא שלא באחריות הוי וע"כ משום כתיבת שטר אחר הודעתיך משא"כ בהלוא' מצי למימר מימר אמרי מש"ה הודעתני למען לא אפרע להאחר רק לך וגם בכדי שלא אומר לאו בע"ד דידי את ולא משום כתיבת שטר אחר כלל צריך תנאי גמור בכתיבת שטר אחר:

כא **הדין עם הקהל** עש"ך ס"ק כ"ח וש"ך סקל"ח ובאו"ת סקי"ט משמע דאפי' בשטר שכ' כולו ע"ש האחר והאחר טוען שבפקדון בא לידו נאמן הלה שהשטר יוצא מת"י והא ודאי ליתי' כמש"ל סקי"ט ע"ש:

כב **הדין עם שמעון** עסמ"ע סקל"ו עד דאם הוא בענין שלא הקנה לו המעות רק שכתבו על שמו לא זכה בו לוי וכו' עיין שם בכוונתו דהיינו שאגמר כתבו השטר ע"ש לוי ותנו השטר לידי כמ"ש הטור לעיל ס"ח ועמ"ש ס"ק י"ט ומש"ה אף שבא השטר ליד לוי לא זכה לוי אבל אם אמר כתבו ע"ש לוי ותנו ליד לוי זכה לוי כדמוכח מהטור לעיל ס"ח וכדמוכח בסי' ס"ו סעיף כ"ג וכוונת הסמ"ע במ"ש שבא השטר ליד לוי היינו מתחלה ואין כאן מחלוקת בין הסמ"ע להש"ך:

כג **אין בדבריו כלום** עסמ"ע סקל"א עד דזכו בו בניו הקטנים כקרקע ובשטרות הנכתבים ע"ש וכו' והיינו דוקא שאמר בשעת נתינת הכסף שקונה אותו לבניו או שאמר תנו השטר לידם אבל אם הלוה וקנה סתם וצוה לכתוב השטר בשם ואמר תנו השטר לידי לא זכו בהם בניו ועמש"ל ס"ק י"ט:

כד **הדין עם האשה** עיין מה שכתבתי לקמן סי' פ"ב בס"ד:

סימן סא

א **אין הכוונה רק על השטר** עש"ך סק"א עד אין הכוונה רק על השטר כולו (ט"ס כולו וצ"ל וכו') צריך להבין מה טוען ראובן אם הוד' בחתימתו מה קמ"ל ואפי' בשטר בעדים כה"ג כשמוד' ודאי מהני דאפי' ליכ' שטר' כלל מועיל הודא' שלו ואם מכחיש חתימתו ודאי דצריך קיום וכשמקיימו לא מצי מכחיש ומאי קמ"ל ואי טוען פרעתי או אמנה ושאר טענות בלא"ה נאמן נגד כת"י כמבואר בסי' ס"ט ולזה נראה דקמ"ל דלא יכול לו' להשטות כוונת' כיון שידעתי שאין שטר זה מועיל והוי כהודא' בע"פ בלא עדים קמ"ל דשטר זה טוב הוא ובשטר בעדים כה"ג אף שמודה יכול לו' להשטות כוונתי דהוי כמוד' לפני עדים פסולים ואמר להם כתבו דלאו כלום הוא:

ב **מפי כתבם** בספר קצה"ח תמה על תשובת מהר"י אדרב"י שכתב דשטר שכתב בו פלוני קידש פלונית וחתומים עדים דהוי מפי כתבם והביא ראי' מדברי חרי"ף והנ"י דשטר קידושין שאינו ראוי למסרו לבעלים משום דלמ' מחקי' ליה לא חשיב שטר ותמה בספר הנ"ל וז"ל כיון דלפי האמת לא תיקנו זמן בקידושין א"כ שטר קידושין חזי למיתבי' לבע"ד ולא דיבר נכונה דכמו שלא תיקנו זמן בקידושין לראיה משום הטעם דאמר התם בפ' ד' אחין משום האי טעמא גופי' לא תיקנו שטר ראיה בקידושין כלל דלמאן ניתבי' דבזה ג"כ איכא חשש מחיק' והטמנה וגבי עדים אתי לידי תקלה דילמ' חזי בכתב' ואילו תיקנו שטר ראיה בקידושין משום גוף הקידושין שלא תוכל להכחיש גוף הקידושין היו מתקנין ג"כ זמן דלראיית גוף הקידושין ג"כ צריך זמן כגון במקדש אחר גירושין שלא

תוציא גיטה ותאמר אחר כך נתגרשתי או שתנש' לאחר ותאמר קידושין שלך לא תפסו אלא ודאי דלא תיקנו שום ראיה על ידי שטר ודוק' גוף השטר קידושין היינו השטר שכ' בו הרי את מקודשת לי שמקדש' באותו שטר הוי ראיה ג"כ אף שאין עיקרו לראי' מ"מ הוא ראוי על גוף הקידושין ג"כ כיון דהאי שטר' דאוריית' ועידי השטר קידושין אינן מעידים על גוף הקידושין כלל שהרי הן מוסרין אות' לבעל והוא מקדש אותה שלא בפניהם רק אנן ע"מ אנן כמ"ש הר"ן וממיל' עידי קידושין אנן אבל השטר ראי' לא אשכחן בקידושין דקידושין וגירושין לאו מדברים שבין אדם לחבירו לבד הן רק עדות נגד כל העולם הוא לחייב מיתה הבא עליה ושלא יתפוס קידושין בקרובים ולאו עדות מעלי' בעינן ולא מפי כתבם ודוק' בשטר שכתב פ' מת מהני לכמה פוסקים משום עיגונ' כמו שהקילו בכל פסולי עדות וכ"ה בהגהת מרדכי בקידושין דגוף השטר קידושין הוא שטר אבל שטר שכ' בו פלוני קידש פ' הוי מפי כתבם כנ"ל ברור:

ג **שיוכל כל המוציאו** הוא מתשו' הרא"ש כלל כ"ח סי' ח' ובתשו' מהרי"ט חח"מ סי' כ"ג השיג עליו ותוכן דבריו דבמקום שהחיוב חל מעכשיו וכיון דלא הוברר לא מהני כמו בשוחט הפסח על מי שיעלה ראשון לירושלים או מחלל על סלע שתעל' בידי ע"ש שהאריך ולפעד"נ ליישב דודאי כשמקנה דבר מבורר רק שתול' תנאו בדבר שאינו מבורר קנין גמור הוא דלא גרע מתולה תנאו בדשלב"ל דמהני כמבואר במרדכי מהא דלכשתגנוב ותשלימני דר"פ המפקיד וכל תול' תנאו בדבר שלבל"ע הוא ג"כ תולה תנאו בדבר שאינו מבורר ועוד דא"כ בתולה תנאו באם ירדו גשמים ג"כ תולה תנאו בדבר שאינו מבורר דהא תולה תנאו במי שהמפתח של גשמים בידו כמו שפרש"י שם בגיטין כ"ה דתנאי דמית' כיון שתלה במי שחיים ומות בידו דאין ברירה ע"ש ורוב תנאים יעקרו לפי' זה וגם לא אשתמיט תנא דליפלוג אמהיום אם מתי דלא ליהוי גיט' מטעם ברירה ור"י ס"ל זמן של שטר מוכיח עליו ולית ליה ברירי' והש"ס לא מקש' מינה בגיטין כ"ה ובשאר דוכתי אלא ודאי דבתנאי בדבר שאינו מבורר כיון דגוף הקנין מבורר מהני דתנאי מילתא אחריתי הוא כמו תול' עצמו בתנאי בדשלב"ל דמהני כשגוף הדבר בעולם וה"נ דכוותי' והא דמקשה בגיטין אמאן דס"ל ברירי' מהא דמה היא באותן הימים אף על גב דהתם הוא רק תנאי בעלמ' ליתא דמה היא באותן הימים לא מיירי כמהיום רק באומר מעת שאני בעולם דהיינו שמגרשה שעה אחת סמוך למיתתו דגוף הדבר אינו מבורר וכמ"ש התוס' בעצמם שם וכ"ה בחדושי הרמב"ן לגיטין ע"ש רק דעיקר הוכחת התו' הוא שם דבתנאי ג"כ שייך ברירה מהא דמקשה מהריני בועליך ע"מ שירצה אבא ולפענד"נ ליישב דשם הסוגי' אזלא אליב' דרב יהודה דפשיט ליה לרב הושעיא דאין ברירה אפילו

בתולה בדעת אחרים ע"ש ור"י ס"ל בגיטין ע"ד ובקידושין גבי ע"מ שיתן מאתים זוז דלכשתתן דע"מ לאו כאומר מעכשיו דפי ולכאורה קשה על רב יהודה מהא מתני' דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודש' דאי ע"מ לאו כמעכשיו דמי הרי לא נגמרו הקידושין עד שירצה האב והרי אז כבר כלה ביאתו והוי כמו קידשה בשטר לאחר ל' ונקרע השטר דמבואר בקידושין שם ובגיטין שם דאינה מקודש' ולכאורה הוא תימא גדולה ועכצ"ל דשם הקידושין מטעם ברירה מאחר דתלה ברצון האב וכיון דרצה אח"כ אמרי' דהוברר הדבר שרצה גם בשעת קידושין ונגמר הקדושין בשעת מעשה וע"ש ברמב"ן דבדבר התלוי ברצון שייך ברירה גמורה משא"כ בתנאי דר' זוז ע"ש ולפ"ז שפיר מוכיח מכאן מהך מתני' אליבא דר"י דע"כ יש ברירה אבל למאי דקימ"ל דע"מ כאומר מעכשיו דמי והקדושין נגמרין מעכשיו רק דרצון האב הוא תנאי בעלמ' ובתנאי לא שייך ברירה כמש"ל מש"ה פסקי' הלכתא כהך מתני' דע"מ שירצה אף דקיי"ל דאין ברירה אבל למאן דס"ל דע"מ לאו כאומר מעכשיו ודאי דלא הוי קידושין אי אין ברירה כיון דבשעה שהוברר הדבר כלה ביאתו והוא פשוט ומזה נ"ל דלא שייך סברא דאין ברירה רק בדבר דבשעה שהוברר הדבר א"א שיותפס בו הקנין ואנו צריכין לו' הוברר הדבר למפרע בשעת קנין אז אמרי' דא"כ כמו בע"מ שירצה אבל דא"א לתפיסת קידושין בשעה שירצה האב כמש"ל ואז אנו צריכין לו' ברירה דהיינו דהוי כאילו הוברר הדבר בשעת קנין בזה אמרי' דא"כ בדאורייי' וכן גבי מה היא באותן הימים דהבירור לא הוי רק אחר שימות דאז אינו בר גרושין ואנו צריכין לו' הוברר הדבר למפרע וכן שוחט הפסח ע"מ שיעלה ראשון דבשעת בירור כבר נשחט וא"א להימנות עליו וכן על סלע שתעלה בידי מהכיס מיירי שרוצה לאכול תיכף הפירות דבשעת בירור כבר נאכלו הפירות וא"א בחילול וכשהפירות בעין בשעה שעולה הסלע נראה דנתחלל וכ"כ לאיזה שארצה אגרש בו או לאיזה שתצא בפתח בשעה שהוברר כבר נכתב הגט ואין זה לשמה ואנו צריכין לברירה שהכתיבה יהיה בשעתו לשמה וכן כל שילקטו עניים יהיה הפקר דלאחר שילקטו אין בידו להפקיר כדאמר התם וכן כל הנך מתני' ומתנית' דמייתי בכל הסוגיות דברירה מיירי בכה"ג אבל אם בשעה שהוברר הדבר ראוי לחול הקנין אפי' אם אומר מעכשיו מהני הקנין כיון שיכול להקנות שיהי' הקנין חל לכשיבורר כמ"ש מהרי"ט גופי' יכול להקנות ג"כ שיהיה הקנין חל מעכשיו כמו בדשלב"ל לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל יכול להקנות ג"כ במעכשיו כמ"ש התוס' ביבמות צ"ג ולזה שפיר פסק הרא"ש דיכול לשעבד עצמו לכל מי שמוציאו אף מעכשיו כיון דיכול לשעבד עצמו לכשיבורר אף מעכשיו מהני וכמ"ש והנה הר"ן בפ"ק דגיטין גבי משתעבדנ' לך ולכל

מאן דאתי' מחמתך כתב לחלק בדרך אחר וז"ל דכי אמרי' אין ברירה הנ"מ במילת' דאי דהאי לאו דהאי אבל הכא אפשר שיהיה משועבד בזא"ז ע"ש והמהרי"ט כ' מכח זה לסתור דברי הרא"ש הנ"ל וז"ל לפי טעם שכתב הר"ן וכו' היינו דוקא משום דכולהו מכח קמא קאתי אכל כשבא מתחלה לשעבד עצמו למי שאינו מבורר דאי להאי לאו להאי א"ב. (") ולכאורה אין לי הבנה דהא אף בכה"ג שייך סברת הר"ן דהא יכול לשעבד עצמו לכל העולם בזא"ז אפי' לא יבואו מכח קמא וגם רצון המלוה כך היה שהלוה יתחייב למי שיראה השטר אף שלא יבוא מחמתו וגם מ"ש אח"כ המהרי"ט וז"ל וכ"ת שעבוד ממון בעלמא משתעבד ולא שיעבוד הגוף קשה דמה בכך אי א"כ אף שעבוד ממון לא מצי משתעבד נפשי'. ונראה בכוונתו דיש להקשות בדברי הר"ן שכתב דיכול לשעבד עצמו לכל העולם בזא"ז הא ע"כ הא שכתב לו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך היינו מעכשיו דהא גובה מזמן השטר וכיון דמעכשיו הוא א"כ (") אי דהאי לאו דהאי אמנם בבא מכח קמא ניח' דשעבוד נכסי המלוה ראשון יכול להקנות וא"צ לזה מה שנשתעבד עצמו הלוה לכל דאתי' מחמתי' רק דצריך זה השעבוד שמשעבד עצמו הלוה לכל דאתי מחמתי' משום שעבוד הגוף ולא יהיה יכול לומר לאו בע"ד דידי את שאין המלוה יכול להקנות וצריך שעבוד הלוה וכיון דהלוה משעבד גופו לכל העולם בזא"ז שלא יהיה יכול לומר לאו בע"ד דידי את כשיבוא השני מכח הראשון ממילא יכול לתובעו להלו' כיון דשעבוד גופו נשתעבד לו בזא"ז ולשעבוד נכסים א"צ שעבוד הלוה אבל לשעבד גופו ונכסיו לכל מי שיוציא השטר אף שלא מכר קמא מעכשיו ע"כ אי דהאי לאו דהאי זהו הנראה בכוונת מהרי"ט אמנם סברת הרא"ש הוא כמ"ש וכן עיקר. והנה הרא"ש הביא ראי' לזה משאול שאמר והי' האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול ובא דוד והכהו ונתחייב שאול לדוד באותו ממון ובפ' ב' דסנהדרין אמרי' שקידש דוד בת שאול באותו ממון והמהרי"ט תמה בזה הא ע"כ בעינן שיאמר המקדש הרי את מקודש' ואם לא היה ניכר בשעת מעש' מי אמר ועכצ"ל בשבא דוד לפני שאול והלבישו מדיו אמרו לו התנאי ההוא וחזר ואמר דוד דתהא מקודשת לו בזה ובאותו שעה ניכר וידוע היה. ובס' קצה"ח השיג עליו דאם היה זה בשעה שהלבישו מדיו קודם שהרג לגלית לא הוי מקדש במלו' ובסנהדרין משמע דהוי מלו' אלא ודאי דאחר שהרג לגלית ונתחייב לדוד בעושר גדול אמר תהא מקודשת לי בזה וכו' וזה א"א דהא אחר שהרי לגלית מה בכך שדוד אמר הרי בתך מקודשת לי הא שאול תיכף חזר בו כדמשמע בסנהדרין דאמר התם דאזיל קטלה אמר מלוה וכו' משמע דלא היה קדושין ביני וביני ולמה היה לו לומר המקדש במלו' אינה מקודשת אלא ודאי דקודם שהרגו לגלית אמר זה בריצוי שאול ומה שהקש' הא

דמי לאומר בשכר שאעשה עמך לק"מ דודאי דוד לא הלך להרוג את גלית בשכר קידושין רק לשם ה' להציל את ישראל רק ששאול התחייב עצמו ממיל' להעשיר לפי שיכהו ונתחייב בזה ואח"כ קידשה באותו התחייבות שהתחייב כנגדו מעכשיו וכן פירש"י בסנהדרין מלוה עושר גדול ע"ש. גם כתב בספר הנ"ל לתרץ הא דהקשה מהרי"ט מהא דכל מי שיניע לולבי לידו הרי הוא לו במתנ' הא אין בריר' ומתרץ בס' הנ"ל מכח דברי הרשב"א שכת' בשלוחין דלא שייך ברירה אפי' עשתה כמה כיון דיכול' לעשות כולם שלוחין רק שאם אומרת מי שירצ' בעלי שיהיו שלוחים יהיו הוי בריר' ובזה מיושב הא דלולב הנ"ל וז"ל דהוא נתן לכל העולם אלא דמחוסר זכי' וכל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא זוכ' במשיכ' משא"כ לאיזה שתצא בפתח דהוא ענין אחר המחוסר בשעת מעש' לגוף הגירושין דלא הוברר מי תצא תחל' ע"ש והוא סברא דקה כקורי עכביש ויש הרב' לדבר בענין בריר' ואין כאן מקומו רק י"ל כהרא"ש בהא דכל מי שמוציאו:

ד **בלא הרשא'** ואפי' לדעת הש"ך בסי' ס"ו סק"י דא"נ לומר שקנה בלא כומ"ס מ"מ כשבא לתבוע מהלו' אין הב"ד חוששין לנפילה ופקדון מהלוה כיון דהלוה נתרצ' בזה וכתב בשטר שיתן לכל מי שמוציאו בלא הרשא':

ה **וגובה בו** ובס' קצה"ח כתב דכל מי שמוציאו זוכה בשטר מטעם שהמלו' הראשון נעשה שלוחו של המוציאו וזכ' לו דאל"כ כיון דלא מטי שטרא לידי' יכול לחזור בו. ולפ"ז אם הוא כותי דאין שליחות לכותי יכול לחזור בו קודם שנתן לכותי עכ"ד בשינוי לשון ולא דבר נכונ' דודאי בשעת הלואה יכול לשעבד עצמו אפי' בע"פ דהא דין זה למד הרשב"א מהא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך בגיטין ספ"ק (") ושם אפי' בע"פ מיירי ומכ"ש כשאמר כתבו שטר דודאי יכול לחייב עצמו אפי' לפני עדים כשיעבוד הגוף ואפי' במקום שיכול לחזור בשטר אין יכול לחזור מגוף החיוב דחוזר בשטר ואינו חוזר בשדה כמבואר בסי' רמ"ג והכא אף בשטר א"י לחזור כיון דליכא אפושי קולות ושטרות דהא כבר מטא שטר' ליד קמא דמהאי טעמא יכולים לכתוב שטר אחר בנמחק אפי' שלא מרצון הלוה כמ"ש התו' ועוד דגוף השטר ושיעבוד נכסים יכול המלו' בעצמו ליתן לאחר אפי' שלא מרצון הלוה וא"צ תנאי הלוה רק משום שיעבוד גופו ומזה אינו יכול לחזור כיון שנשתעבד בשעת ההלוא' ואף דבתשובת הרא"ש כלל ס"ח סי' ז' כ' וז"ל זכות דבר פשוט שא"י לגבות בו אם הוציא בשטר שאין העדים יכולין לזכות לו דאין זכיה לכותי מ"מ הא אמרי' דמטא לידיה לא מהני דלא כמ"ש בקצה"ח דזה ודאי אין סברא לומר שהמלו' זוכה דמי אמר לו הלוה זכה לכל המוציא ואפי' באמר לו זכה דבכה"ג ודאי א"ב כמו באומר הריני שוחט הפסח על פי שיעלה ראשון ולכך כתב הרא"ש הטעם

דעבחז"ל והיינו כאביי אך דברי הרא"ש ג"כ קשיין דא"כ להרי"ף ושאר פוסקים דלא ס"ל כאביי דעבחז"ל לא מהני כתיבה לכל מי שמוציאו ועוד כיון דלא נכתב בשטר רק שלא יגבה המוציאו בלא הרשאה משמע דצריך שיבוא מחמת המלו' רק שא"צ הרשא' ואין זה רק כתנאי עם המלוה ולתנאי זה א"צ עבחז"ל ואפי' להקנות לאחר להרבה פוסקים סבירא ליה דנקנה במסיר' בלא כתיב' והוא מטעם דבשעת נתינת המלוה המעות הרי הוא כאומר הילך מנה והקנ' או שעבד שדך לפ' דקנה ועפש"ל בסי' קפ"ד וסי' ק"ג ע"ש לכן נראה דכוונת הרא"ש היה רק שיתן קצת טעם להמנהג דהא באמת קיי"ל דמהני כמבואר כאן בטור ובמחבר וכמ"ש הב"י ולזה כ' דכותי א"י לגבות בו כיון דכותבין שטר ללוה בלא מלוה א"כ יש לחוש שמא בא ליד הכותי קודם שבא ליד מלוה ובאופן זה ודאי דאין הכותי יכול לגבות כיון דלא שייך עבחז"ל לכותי ולכך אין לכתוב לכתחיל' לכותי אבל ודאי דאין זה רק טעם קצת למנהג ובדיעבד אפי' ביד כותי גובה בו דא"צ לחוש לזה ולכך סתם המחבר וכתב סתם דגובה בו ומשמע אפי' לכותי:

ו **בין כותי** עסמ"ע סק"ט עד איסור יש בדבר וכו' ובתומים תמה מה איסור יש. ולפענ"ד נרא' לאיסור דלא גרע מזבין ארעא אמיצרא דישראל דמשמתינין ליה (') דאמר אריה ארביעת לי מכ"ש למכור שטר של ישראל לעכו"ם דמצי לומר לי' אולי אבא ע"י העכו"ם לעלילות ואפשר אפי' ברצון הלוה אסור משום פסידא דלקוחות ע"י העכו"ם שלא כדין:

ז **נולד לאחר מכן** בתומים הקשה דהא התוספות בגיטין י"ג כתבו דלר"נ עדיף טפי מקנה לדבר שלא בא לעולם ממקנה דבר שלא בא לעולם וכיון דקיי"ל דאף דאין אדם מקנ' דשל"ב לעולם מ"מ יכול לשעבד א"כ מכ"ש דיכול לשעבד לדשלב"ל ואין זה קושי' דהא דאדם יכול לשעבד דאקנ' דהוא דשלב"ל כתב הנ"י דהוא מטעם נעילת דלת ובזה לא שייך נעילת דלת ואי משום דיכול לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם התם טעמא אחרינא הוא משום שמשעבד גופו וגופו איתי' בעולם עוד הביא קושי' בשם גאון לדעת התוס' בסנהדרין ר"פ בן סורר דקטן לית ליה זכיה כלל א"כ מאי מקשה הש"ס בב"ב יכיר ל"ל הא אי בעי למיתב לי' במתנה וכו' הא בעינן קרא היכא דאמר על בן קטן שהוא בכור. ולפענ"ד נראה ליישב דהא מ"מ יכול להקנות לאחר ע"מ להקנות לקטן לכשיגדיל דקני ע"מ להקנות מהני אפי' למי שלא בא לעולם כמבואר בנדרים דף מ"ח ע"ש ברש"י ור"ן עוד הקש' למאן דס"ל קני את וחמור לא קנה אם כן כיון דלכל מי שמוציאו משמע אף נולדים הוי קני את וחמור וכו'. ולפענ"ד לק"מ דדוקא את וחמור לא קני אבל את או חמור מי שיעש' דבר זה כיון דלא נגמר הקנין רק להתברר קנין קנה ועוד הוכחתי בסי' ר"ג דקני את וחמור לא שייך רק בק"ס ע"ש:

ח **כגון נאמנות** עש"ך ס"ק ט' וכי נראה דכאן מירי שבא לפנינו שטר ולא נזכר בו נאמנות אמרי' דודאי נתפרש שלא יהיה בו נאמנות דהא מנהג הסופרים לכתוב דוקא נאמנות ולא לסמוך אתנאי בע"פ ולא אמרינן טעות סופר רק באחריות ולא בשאר דברים אבל כשידעינן שקיבל קנין סתם לכתוב שטר ודאי דעתו אף על נאמנות וכ"כ התומים ע"ש וזה ברור:

ט **אינו רשאי לעבור** עסמ"ע סקי"ז עד ודוקא במקום שיש איסור לדייני ישיאל לדון בדיני עכו"ם תמוהין לי דבריו דאם הוא מותר לגבות ממון זה ע"י עכו"ם עכע"ל דהוי כהתנ' על מנת שלא תשמטנו בשביעית א"כ אף הדיינים יכולין לדון כן דהיך אפשר שיהא הוא מותר והדיינים יהיו אסורין לדון כן ועיין ש"ך ס"ק י"א עד דפשיטא גם למהרו"ך אפילו לא היה מנהג וכו' קשה לי דמה יועיל מנהג לעבור על ד"ת ומדברי הסמ"ע מוכח דהעיקר תלוי בקיבל על עצמו דכיון שהלוה קיבל על עצמו אין בו איסור תורה רק כשאין מנהג אנו מפרשין דכוונתו הוא כשלא יהיה דיין וכשיש מנהג מפרשין דבריו סתם אפילו כשיהיה דיין עיין שם בסמ"ע:

י **דאז יצא הקול** בתומים הקשה דהא אין לו קצבה למטה הוי ג"כ דבר שאינו קצוב דאינו גובה ממשעבדי ולק"מ דדוקא דבר שאין ביד המלוה והלוה לעשות דבר קצוב כגון מזונות ופרנס' כתבו התוס' בכתובות דף ג' דהוי דבר שאינו קצוב אבל בתנאי שבידם לעשות קצוב הוי קצוב דאלת"ה שטר על תנאי שאם יעשה כך יתחייב אלף וא"ל יתחייב מנה נאמר דהוי דבר שאינו קצוב בתמיה ועוד דכל תנאי דבר שאינו קצוב הוא דהא אפשר שלא יתחייב כלל א"ו כדכתיבנ' וה"נ דכוותי' דהא אפי' אם יתן לו הכ"י של שקר יתחייב מעכשיו א"כ בידו הוא לעשותו קצוב:

יא **שטר ישן** והמנהג שאין גובין בשטר ישן מיורשים והלוה נאמן לטעון פרעתי ונראה דאם טוען פרעתי קודם שנעשה ישן וכן יורשים שמת אביהם קודם שנעשה ישן אפ"ה פטור דמתוך שהניחו השטר בידו ע"כ איכא ראיה שבוודאי נפרע כבר כנ"ל:

סימן סב

א **שלי הם** עש"ך סק"א שפסק דאפילו במטלטלין ויש לה מיגו דלהד"מ או החזרתי לא מהימנ' דחזקה כל מה שבידה משל בעל הוא בא לה והוי מיגו במקום חזקה וכשטוענה שהבעל נתן לה במתנה נאמנת במיגו ובבית שמואל באה"ע סי' פ"ה סקכ"ט וסק"ל הקשה ע"ז דהא מיגו במקום חזקה איבעי' דלא איפשט' הוא ואין מוציאין מידה כשיש לה מיגו וא"ל דהש"ך ס"ל אפי' מה שביד' הוי כמו ביד בעלה והוא בא להוצי' זה לית'

וכך ודאי כשהיא תופסת היא הנתבע וכו' ע"ש וכן מסיק התומים וכיון שהב"ש באה"ע והתומים בתראי נינהו להן שומעין ואם יש בידה שטרות על שם בעלה וטוענות טענות משכון ושאר טענות ויש לה מיגו יבואר אי"ה בסי' ס"ד ואם אשה הנו"נ טוענת שבעלה נתן לה במתנה האמת כדברי הש"ך דאינה נאמנת בלא מיגו דעדיף מדברים העשויין להשאיל דא"נ אלא במיגו:

ב **עליה להביא ראיה** עש"ך סק"ב דצריכה להחזיר גוף השטרות והבי' ראי' מבעה"ת שהבי' בסי' ס"ו ולא ידעתי למה לו לראי' כיון שפסק שאפי' במטלטלין לא מהימנ' מה"ת יהי' עדיף נייר של השטר לצור משאר מטלטלין ובסי' ס"ו לא מיירי רק בשטר שטוען שמכר ואין לו כתיבה דא"נ על מכירת השיעבוד אכל במטלטלין כה"ג היה נאמן ואפ"ה א"נ בהנייר של השטר אף שהוא כמו במטלטלין משום דהנייר אפסר' דהשיעבוד ודבר זה כ' הבעה"ת אבל הכא דא"נ במטלטלין ודאי דאינו נאמן גם בנייר לצור:

ג **שהיה לה ממון** נראה דצריכה להבי' ראיה דוקא שהיה לה ממון מיוחד אחר הנשואין מה שאין לבעלה רשות בהן אבל אם מביא' ראיה שהיה לה ממון רב קודם הנשואין וטוענת שלא הכניסה לבעלה הן שטוענת שלא הכניס' לו אותן הנכסים הן שטוענת שלא הכניס' לו הנכסים רק בתורת נכסי מלוג אינה נאמנת דאלת"ה בטלה דין אשה הנו"נ דרוב נשים מכניסין ממון בשעת נישואין והרי איכ' סהדי שהיה לה ממון ואפ"ה לא מהימנ' ועכצ"ל דמן הסתם דכל מה שיש להאשה מכנסת בתורת נדוני' דלמה לה להניח נכסים בתורת נכסי מלוג שיהיה האחריות עליה וכ"כ הרמ"א ובאה"ע סי' ס"ו סעיף י"א בהג"ה דמן הסתם אחריות הנדוני' עליו והן נכסי צ"ב ועכצ"ל דמיירי שנמצא נבסים שהי' שלה קודם הנישואין ואין ידוע אם הכניס' בתורת צ"ב או בתורת נכסי מלוג אמרי' דמן הסתם הן צ"ב דאי בנכסים שאינם ידועים אם היה שלה קודם הנישואין קשה ממ"נ אם הם ברשות הבעל ודאי דהבעל נאמן שהם שלו לגמרי ואי הן ברשות' הא היא נאמנת לו' שהם נ"מ אם היא אינה נו"נ ואם היא נו"נ אינה נאמנת כמבואר בסי' זה וגם אין לו' דמיירי במונח ברשותו וידועים שהיו שלה ובדברים שיש להם חזקה לטעון לקוח הוא בידי חדא דבעל בנכסי אשתו אין להם חזקה ועוד דא"כ יכול לו' שהם שלה לגמרי ועל כרחך צריך לומר דמיירי בנכסים ידועים שהם שלה קודם הנישואין ובדברים שאין להם חזקה כגון גודרות וקרקעות דא"נ לטעון לקוח לגמרי רק הספק אם הוא הכניסן נ"מ או צ"ב אמרינן דמסתמא הן צ"ב מטעם שכתבתי ועוד דאלת"ה כל אשה כשמבררת שהיה לה נכסים אלו בשעת נשואין תטול אותן יותר על כתובת' בתורת נ"מ אלא נראה כמו כמ"ש:

ד **ממון מיוחד** עש"ך דאפילו הבעל טוען ברי ונרא' דאף תקף מידה או לוה ממנה ואפי' היה המעות טמונים אף שמבואר בסי' פ"ו סעיף ב' דאין צריך להחזיר מ"מ כשמבררת שהי' לה ממון מיוחד דמיא לאיש אחר לגמרי:

ה **מטלטלין** עש"ך סק"ה שתמה למה כ' הטור בשם הרמ"ה והלא בתוס' והרא"ש מבואר בהדיא כך ואפשר ליישב דבתוספות והרא"ש וכן באה"ע סי' ס"ו לא איירי רק כשאמרה על מטלטלין שהפקידה ביד הנפקד דכיון דהנפקד הי' יכול להחזיר לבעל ג"כ כמבואר בסי' פ"ו באה"ע הוי הנפקד ג"כ כתופס בשביל הבעל וכשהבעל לוה ממנה או תקף מידה אפי' בעדים פטור מש"ה כשהוא ביד הנפקד דהוא ג"כ קצת כאילו הבעל תפס שאני משא"כ הכא שהיא בידה לגמרי לא כבואר בתוס' והרא"ש לזה הביאו בשם הרמ"ה:

ו **ואפי' אלמנה** עש"ך סק"ו שהביא בשם הרמב"ם באשה שאינה נו"נ ונמצא אצלה מטלטלין שיש ג' חילוקים דבטועת נ"מ הן והגוף שלה והבעל טוען דממ"י הן והכל שלו דנאמנות והן נ"מ. הב' אם טוענת שניתן לה במתנה ע"מ שאין לבעלה רשות דמוציאה מחזקת פירות אינה נאמנת. הג' אם טוענת שבעלה נתן לה במתנה נאמנת בש"ה ואף שמוציאה מחזקת פירות: והנה בחלוק' הראשונ' כשהבעל טוען ממ"י הן נראה דאפילו בנו"נ נאמנת כיון דהבעל מודה דלאו ממונו היא ולא מפירות ממונו כגון שידוע לו הסחור' שמסר בידה ובכמה מכרה רק שטוען שמא ממ"י הן דינה שוה לאינה נו"נ ונסתלק בזה קושית מהרלנ"ח שהביא הש"ך מפ"ט דהל' נחלות ובחלוק' הב' שאם טוענת שניתן לה ע"מ שאין לבעל' רשות שאינה נאמנת כתב הש"ך הטעם דמסתמא מי שנתן מתנה נותן בסתם ואינו מוציאו מרשות הבעל וא"נ אפי' יש לה מיגו דהוי כמיגו במקום חזקה משא"כ כשטוענת שהבעל נתן לה במתנ' דאפי' בסתם אין לו פירות נאמנ' ודוקא שיש לה מיגו דהיינו בלא ראה ומאוד תמוהין דבריו כמו שתמה בתומים ועוד יש לתמו' חדא דמנין לו להרמב"ם כן מהש"ס וידוע דאין דרכו של הרמב"ם לכתוב שום דין מסברא שלו מה שאין מבואר בש"ס. ועוד דלטעם הש"ך אם טוענת להוצי' מחזקת פירות שלא ע"י מתנה מאחר כגון שטוענת שמכר' כתובת בט"ה או מכפל מגניבות נ"מ דלא שייך הטעם של הש"ך תהי' נאמנ'. ויותר תמוה מ"ש דאפי' אלמנ' שטוענת שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות א"נ והפירות הן של יורשי בעלה וקשה נהי דמיירי בפירות שנתהוו בחיי בעלה דהפירות שלאחר מיתת בעלה הן שלה כמבואר באה"ע בסי' צ"ה סעיף ד' מ"מ קשה נהי דחזקה שניתן לה סתם מתנה מ"מ תוכל לו' שלא ידע בהן הבעל דלא זכה בהן הבעל בפירות והן שלה כמבואר באה"ע סי' צ' סעיף י"ב. ויש ראיה לדבריה שלא ידע בהם הבעל דאילו הוי ידע מהן ומפירותיהן הבעל הי' נטל ממנה

דהא לאו נו"ן חיא ופירות אלו בידה מה בעי וחזק' שהיא שלה גם מ"ש דאפי' לא ראה דאית לה מיגו א"נ להרמב"ם תמו' לא מיבעי' אם הבעל אינה תובע' ולא ידע מזה רק היא בעצמה מודיע' ואומרת כן ודאי דאף הש"ך מודה דנאמנת דהא בידה הי' שלא לגלות כלל לבעלה ואז אף אם ניתן לה סתם אינן בדין נ"מ כמבואר בסי' צ' סעיף י"ב ובדבר שבידה ודאי דנאמנת דכל שבידו לעשות שיהי' באמת כמו שאומר עדיף ממיגו דמיגו אינה אלא אי בעי היה משקר כמ"ש הרשב"א בקידושין פ' האומר דבידו אפי' מחזקת אשת איש מוציא ובקדושין ס"ג אמרי' דבידו כי עדים דמי ועוד דהפה שאסר הוא ומהני אפי' במקום חזקה ועבמ"ש התוס' בב"ק דף ע"ב ד"ה אין לך בו אלא אפי' אם הבעל ראה הנכסים ותובע' רק דליכ' עדים ג"כ לית' לדברי הש"ך דודאי נאמנת במיגו דבהדי' כ' הרשב"א בתשוב' הביאו הב"י בטור אה"ע סי' פ"ה ודל ועוד תדע שאם הודית' שיש בידה ממון וטוענת שניתן לה ע"מ שאין לבעל' רשות אלא מה שהיא אוכלת נאמנת בכל מה שתאמר שנתנ' לה המעות אפי' בלא שבועה במיגו דאי בעי אמי' שאין בידי כלום אלמא אף דס"ל כהרמב"ם דבלא מיגו א"נ במיגו מיהת מהימג' ואיל דהצריך מיגו לפוטר' משבוע' דז"א דממ"נ אם הבעל טוען ספק בלא"ה פטור משבוע' כמ"ש הרשב"א שם ואי בטוען ברי אפי' במיגו צריך שבועה ואלא ודאי דלענין גוף הנאמנות הצריכ' מיגו ובמיגו מיהת מהימני וכיון דהא כ' הרמב"ם דא"נ בטוענת אחר נתן לי ע"מ היכא דל"ל מיגו א"כ חא שכ' דבטוענת אתה נתת לי דנאמנת ג"כ מיירי ע"כ אפילו בדל"ל מיגו כמ"ש המ"מ והבעה"ת דלא כהש"ך וכן הב"ש והתומים הסכימו דהרמב"ם מיירי במקום דלית לה מיגו גם מה שכתב בש"ך דלדעת התוס' באומרת של פ' הוא אינה נאמנת רק כשיש לה מיגו אבל כשטוענת שלי אפילו לית לה מיגו נאמנת הוא תמוה מאוד דבהדיא מבואר באה"ע סי' פ"ו דבמעות שאינן טמונים נאמנת לומר בין שלי בין של פלוני הוא אפילו לית לה מיגו ובמעות טמונים א"נ לומר לא שלי ולא של פלוני וכן מוכח מדברי התוספות דעיקר החילוק הוא בין טמונים לאינם טמונים עיין שם בתוס'. אכן הטעמים שכתבו הם ז"ל בדברי הרמב"ם דחוקים מאד. ולפע"ד נראה ליתן טעם וראי' לכל דברי הרמב"ם דהנה מה שכתב בדין א' וב' דהיינו שהיא נאמנת לומר במתנה ניתן לי אבל א"נ לומר שניתן לה ע"מ נראה דלכאורה קשה כיון שאין הבעל נאמן לטעון ממ"י הוא כיון שהיא מוחזקת מנ"ל להרמב"ם שא"נ להוציא מחזקת פירות כיון שטוענת ברי והיא מוחזקת: ונראה ליתן טעם לזה דהנה אם היו נכסים אלו ידועים שהיה לה בשעת נישואין והיא היתה טוענת מחלת לי מהן אכילת פירות בכתיבת דו"ד וכיוצא בזה ודאי דא"נ אפילו להתוס' משום דהוי כטוען אחר מעשה ביד כמו בטוען מחלת כתובתיך וזה פשוט רק

כשטוענת אחר נתן לי אחר הנשואין בזה סברו התוס' דנאמנת כיון שטוענת מעולם לא היה לך מעשה ב"ד על הנכסים הללו וכיון דמהנכסים שיש לה בשעת נישואין אין לה מקום שתפטר מפירות ואין לספק רק בנכסים שבאו לידה אחר הנישואין דומה ממש להא דלקמן סי' ר"נ בנותן נכסיו מעכשיו ולאח"ז והוא טוען שאח"כ לקח הנכסים דא"נ מטעם כ"נ וב"ה ומוציאין מן היורשין מכח חזקה זו ע"ש אם כן ה"נ כשנישא' הוי כנותנת כל נכסיה לבעלה לפירות וכשטוענת שאחר כך בא לידה נכסים הללו אמרי' כ"ג כ"ה ובשעת נישואין היה בידה נכסים הללו ונשתעבדו לו לפירות ואף שלא ידע בהן הבעל מ"מ תיכף כשיתיודע לו הוויין נ"מ כמבואר באה"ע סי' צ' ואין לומר שמא קודם נישואין נתן לה אחר מתנה ע"מ שלא תכניס לבעל דז"א דנגד מה שהיה בידה קודם הנישואין איכא חזקה דכל מה שת"י הוא שלה לחלוטין לעשות בהן כל מה שתרצה ונגד חזקה דכל מה שת"י הוא שלה לא מהני מיגו כמבואר בסימן צ"ט ועוד דחזקה דכ"נ כ"ה היא לו' משל אבותי' ואבות אבותיה הוא וזה דוקא כשטוענת מאחר בא לה אמרי' מכח חזקה דכ"נ כ"ה שבשעת נישואין היה ג"כ הנכסים באותו רשות דהיינו ברשות הבעל וע"כ נשתעבדו לו לפירות משא"כ כשטוענת שהבעל נתן לה במתנ' ומיירי שהבעל טוען שהן שלו ולא נתן לה במתנ' מש"ה נאמנת אפי' כשאין לה מגו כמו אחר כיון שאינה נו"נ בממון דמאין בא לה וחזקה שהוא שלה ולפ"ז באלמנה שהוא טוענת שבעלה לא ידע מנכסים אלו ואינן משועבדים לפירו' נאמנת ואפי' במקום דל"ל מיגו ובזה נרא' דאפי' הש"ך מודה דהא לא שייך ביה טעם הש"ך ג"כ דניהו דחזק' שניתן לה המתנ' בסתם מ"מ לא הויין נ"מ כיון שלא ידע בהם הבעל. וראי' לדברי הרמב"ם שאין הבעל נאמן לטעון ממ"י הם והן שלי מב"ב דף נ"א דאם התם המוכר שדה לאשתו קנת' ולא אמרי' לגלויי זוזי הוא דבעי ופריך דל זוזי מהכא ותקנה בשטר וכו' ואי אמרינן דהבעל נאמן לטעון דשלו לגמרי מאי מקשה לימא כמו שאומר בכמה דוכתי סיפא קמ"ל דלא אמרי' לגלויי זוזי הוא דבעי דאי הוי אמרי' לגלויי זוזי הוא דבעי נהי שקנתה השדה בשטר מ"מ הא צריכ' ליתן דמים אחרים דהמעות שקיבל יכול לומר ממ"י הן דאפילו על מעות שתח"י נאמן לטעון כן ואי ל"ל זוזים אחרים יגבה השדה בעד המעות משא"כ אי' לא אמרי' לגלויי זוזי הוא דבעי כיון שקיבל הטעו' בעד מכירת השדה בפני העדים נחשב כהודאה בהמעות שלה רק שמשועבדים לפירות ומהשדה שמכר ג"כ אוכל פירו'. ועל התוס' שפסקו דכשתקף הבעל נאמן ל"ק דהא הוי כתקיפה וממילא אי אמרי' לגלויי זוזי צריכ' ליתן דמים אחרים וקמ"ל דלא אמרי' דז"א דכיון שקנת' השדה בשטר והבעל תובע המעות ממנה לא הוי כתקף ולפי שנויא דהש"ס דלא קנתה בשטר באמת הוי כתקיפה

דהוי כספק אי קנתה הקרקע ומוקמינן השדה בחזקת מרא קמא והוכח' לדין השני שכ' הרמב"ם שא"נ להוציא מחזקת פירו' דהתוס' הקשו בב"ב שם בהא דמחלק התם בין קנת' במעות טמונים למעו' שאינם טמונים הא אפי' במעות שאינם טמונים יכול לומר להוציא מידה נתכוונתי שלא הי' יכול להוציא מידה בע"א ולהרמב"ם ניח' דלפירו' אפילו מידה יכול להוציא ולענין שיהיה הגוף שלו אפילו תקף א"נ להרמב"ם כמבואר באה"ע סי' פ"ה. וטעם לחילוק שמחלק הרמב"ם בין תקיפה דמכר בין תקיפה דלוה ממנה אין כאן מקומו ויבואר בחידושי לאה"ע אי"ה ודין הג' שכתב הרמב"ם א"צ לראי' מטעם שכתבתי דלא גרע מאחר כיון שאינה נו"נ וכמש"ל ואפי' אלמנה נאמנת וכמ"ש הש"ך ומ"ש הש"ך דלהתוספו' כשטוענת שלי נאמנת אפי' ל"ל מיגו. האמת אתו דא"ל דנאמנת מטעם מיגו דהבעל נתן לה דהא בש"ס שם מיירי שהיא ביד הנפקד ולדעת התוספו' כשהבעל נתן לה א"י למכור וליתן והן שלו לפירי פירו' כמבואר באה"ע סי' פ"ה ע"ש וגם הנפקד היה צריך להודיע להבעל משום דברים אלו ושוב אין לה שום מיגו א"ו דנאמנ' לטעון שלי להתו' בלא מיגו זו. ומ"ש הש"ך דא"נ בדברים הידועים לבעל בדברי מהרלנ"ח כוונתו בדברים שדרך הבעל ליתן לאשה שאינה נו"נ כגון מטלטלין להתקשט וללבוש כמ"ש מהרלנ"ח דהוי כדברים העשויין להשאיל וכן מ"ש הש"ך וז"ל דאף על גב דאחר היה נאמן דברים שא"י היינו דוקא משום מיגו כוונתו נם כן בדברים העשוין להשאיל ובלאו הכי אפי' בדברים ידועים נאמן בלא מיגו כמבואר בסי' קל"ג ובמעות ומטלטלין שאין דרך ליתן לאשה שאינה נו"נ לא הויין כדברים העשויין להשאיל נאמנת כאחר וכן כתב מהרלנ"ח שהביא הש"ך וז"ל והאשה שולט' בהן וכו':

ז **לא היתה נו"נ.** עש"ך סעיף קטן ז' דאם כתב הבעל בעצמו השטרות על שמה דלדעת הרא"ש הוא שלה ולדעת הרשב"א הן שלו דיכול לומר לגלויי זוזי הוא דבעי ולפענד"נ דאין כאן מחלוקת דהרא"ש מיירי שהשטרו' תח"י האשה דאז לא שייך סברא דלגלויי זוזי דבב"ב נ"א מקשה אהא דאמר התם המוכר שדה לאשתו קנתה ולא אמרי' לגלויי זוזי הוא דבעי דל זוזי מהכא ותיקנ' בשטר' דגבי שטר לא שייך סברא לגלויי זוזי ע"ש ברשב"ם ובר"ן. והנה הרשב"א והרא"ש מדמין הא דהבעל כ' השטרות על שמה לכותב שטר בשם ר"ג המבואר לעיל בסי' ס' וס"ט ושם כתב הטור וז"ל אם שמעון מערער ואמר אע"פ שלא היה הממון שלי אני זכיתי בו מאחר שעשית קנין על שמי וצוית להעדים לכתוב שטר על שמי אין ממש בדבריו הואיל ואמר לעדים שיתנו השטר לידו ולא ליד שמעון משמע מדברי הטור דאם ציוה שיתן גם השטר ליד שמעון זכה שמעון והכא כיון דהשטרו' ביד האשה ע"כ ציוה למסור ליד' השטר מטעם שאבאר לקמן וממילא לא

שייך שוב דלגלויי זוזי מטעם דאמר בש"ס דל זוזי מהכא ותיקנ' בשטר כיון שציו' ליתן השטר ליד' קנת' והרשב"א ע"כ מיירי כשאין השטר תח"י האש' דהא מדמ' ליה לכותב שטר בשם ר"ג דלא זכה ר"ג ע"ש ושם הא מיירי בלא ציו' למסור השטר לר"ג כמ"ש הטור שם ואם השטר ת"י האש' והבעל טוען שבשעת כתיבה ציו' ליתן השטר לידו רק אח"כ מסר הוא השטר לידה בפקדון כיון שהיא נו"נ נראה דלא מהימן מטעם דאמרינן ביבמות קט"ז אי לפקדון כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גביה וא"כ ה"נ כיון דהשטר נכתב ע"ש ל"ח לפיקדון דלא מפקיד גבה שטר כזה ודוקא באשה הנו"נ שי"ל שהאש' בעצמה כתבה שטרות ע"ש בלא ידיעת הבעל אבל לומר שהבעל הפקיד גבה לא חיישינן ומ"ש הש"ך דאפי' השטרות ביד הבעל נאמנת אינו נרא' לפענ"ד כיון דנאמן לטעון על המעות שהיא שלו ולגלויי זוזי כ' השטר על שמה כמבואר באה"ע סי' פ"ה ופ"ו ועכצ"ל דדל זוזי מהכא ותיקני בשטר ובזה צריך דוקא שיהיה השטרו' ביד האשה וכמש"ל:

ח **אשה שכתבה לאחרים.** עש"ך סק"ט דמיירי בנו"נ דאל"כ אפי' א"י נאמנת וכו'. זהו לפי שיטתו שכ' בסק"י דמיירי ביש לה מיגו אבל לדעת הסמ"ע סק"ז דמיירי שמת' ואין לה מיגו אפי' באינה נו"נ א"נ אם לא שידוע שיש לה ממון מיוחד:

ט **אם ידוע.** עש"ך סק"י שתי' על קושית הסמ"ע מהא דסי' נ"ו דשם מיירי באשה שהשליט' הבעל על כל נכסיו שיש לה דין שליש והכא מיירי בסתם אשה הנו"נ. ויפה השיג התומים דמי שם גבול לזה הא כל גדר אשה הנו"נ כך היא ששולטת בנכסי בעלה. ועוד דאפילו בפקדון שייך הימני'. ולזה הסכים דלא כש"ך אלא כשיש לה מיגו נאמנת ככל אשה הנו"נ ע"ש וע"ק דלא שייך כאן ענין שליש באשה הנו"נ אפי' בגוונא שכ' הט"ז והתומים דהיינו שאומרת שהבעל נתן לה למסור ביד זה לפי מה דפי' הש"ך בסי' נ"ו דכשמכחיש השלישות וטוען נפקד אתה דא"נ א"כ ה"נ הבעל מכחישה ואמר שלא עשאה שליש רק שאמר שהנכסים ביד' לישא וליתן והרי טוען ממש טענות נפקד אתה ממני ומכ"ש כשמודית שהיא רק נפקדת מבעל רק שיודעת שמגיע להאחר דאז ודאי דא"נ אפי' במיגו לדעת הרא"ש בסי' ק"ח כמו שהוכחתי בסי' נ"ו ס"ו ע"ש ויותר תימה מ"ש הש"ך בסי' נ"ו דאפי' מסרה כבר לב"ד אין לה מיגו עכשיו דנאמנ' והוא תמוה דכבר כתבתי בסי' נ"ו דבמקום שא"נ לומר לקוח כגון בדברים העשוין להשאיל ואיכא עידי ראי' א"נ ג"כ לומר שליש אני וכ"כ התו' בגיטין ס"ה ע"ש ואשה הנו"נ ג"כ א"נ לומר לקוח או מתנה מבעלה בלא מיגו כמו בדברים העשויין להשאיל ה"נ א"נ לטעון שליש אני דמה"ת יהיה עדיף טענת שליש אני מטענת לקוח. ולפענד"נ בפשיטות דלק"מ דהנה יש להקשות עוד אהא דס"ס נ"ו דאש' הנו"נ נאמנת במיגו לומר של אחרים הוא הא בסימן

נ"ט סעיף א' סתמו הרב והמחבר להלכה דא"נ אפי' כשיש לה מיגו לומר של אחרים הן דחזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו ולא אמרי' מגו במקום חזקה ודיע' האחרת כתבו שם בשם וי"ח להורות דהלכה כדיעה קמיית' כידוע והש"ך כתב שם דהעיקר כדיעה הראשונ' וכ"ע מודים בזה ומה"ת תהיה נאמנ' כאן לומר של אחרים הן במיגו הא מיגו במקום חזק' היא ואחר העיון לק"מ ונרא' לתרץ בפשיטו' דשם בסי' נ"ו דמיירי במת הבעל ואפי' הן נכסי מלוג הן שלה שאין להיורשין לא פירות ולא ירוש' כמבואר באה"ע ולא באה בטענותה שטוענ' של אחרים הוא נגד יורשי בעלה להוציא מחזק' שלה דהא אין נפקותא ליורשי בעל' אם הן שלה או של אחרים רק שבא להוציא מחזקה זו דהאש' הנושאת והנותנת הכל משל בעל ונגד חזקה זו מהני מיגו כמבואר סי' ע"ה באה"ע אבל בסי' ס"ב דהבעל חי ואם הן שלה יש להבעל זכות פירות וירוש' ובאה להוציא בטענת של אחרים מחזק' שהן שלה ונגד חזקה דכל מה שתח"י האדם הוא שלו דהוא חזקה אלימת' בזו לא מהני מיגו כמבואר סי' צ"ט וממילא לא קשה קושית הסמ"ע אמנם תירוץ זה לא אתי שפיר רק לפמ"ש הש"ך בסק"ו דאינו נאמן לומר של פ' הוא לדעת התוס' רק כשיש לה מיגו כיון דחזקה כל מה שתח"י אדם הוא שלו מש"ה למאן דס"ל דלא אמרי' מיגו במקום חזקה אפי' מיגו לא מהני משא"כ לפמש"ל דלדעת התו' במעות שאינם טמונים נאמנ' לומר של פ' הוא אפי' לית לה מיגו כשאינה נו"נ א"כ באשה הנו"נ דא"נ הוא רק מטעם חזקה דמשל בעלה בא לה ונגד חזקה זו אין חילוק בין הבעל חי או מת לא א"ש תירוץ זה ועוד נרא' לתרץ דהנה דיעה דסי' צ"ט הנ"ל הוא דעת המגיד פ"א דמלוה ע"ש וז"ל המגיד שם א"נ לומר על מה שבידו שהוא של אחרים חזקה שכל מה שבידו שלו ומיגו במקום חזקה לא אמרי' לפי שאדם עשוי לעשות קנוני' להפקיע ממון חבירו לפיכך חוששין לה עכ"ל וסיום דברי המגיד שכ' לפי שאדם וכו' לכאורה דברי מותר הן דכבר כתב טעם טוב דמיגו במקום חזקה לא אמרי' והנרא' בכוונתו דהי' קשה לו מהא דפ' ז"ב והוא לקמן סימן רנ"ה באומר ראיתי אביכם שהטמין מעות ואמר של פלוני הם אם בידו ליטלם נאמן סתמא קאמר אפילו הוא ברשות היורש וכ"ה בתשוב' הרא"ש כלל ס"ח בהדי' אלמא דנאמן במיגו זו אפילו נגד חזקה כל שתח"י האדם הוא שלו והאיך אפשר דהמטמין גופי' אילו או' כן א"נ במיגו במקום חזקה זו והשומע מהמטמין יהי' נאמן ובאמת לק"מ דדוק' במקום שחשדי' אותו למשקר בשביל הנאתו ולצורכו רק דאמרי' אלו הי' רוצה להערים ולשקר הי' משקר באופן אחר ואפשר דלפי דעתו כך היה יפה לו כמו שאר עכשיו זהו הנקרא מגו ויש מקומות דלא אמרי' מיגו זו כגון במקום חזקה ושאר מקומו' הרב' דלא אמרי' מיגו כמבואר בכללי מיגו בש"ך סי' פ"ב וה"נ הוי ממש

הך דסי' צ"ט דאו' של אחרים הוא דחשדינן אותו דלהפקיע חובו ממי שחייב לו אומ' כן ועוש' קנוני' עם האחר כמו שסיים המגיד וא"ל דלמה לו לעשו' קנוני' יטמינם בביתו דז"א דאפשר שעוש' כן כדי שיהי' יכול להראותם ואף דאמרי' מיגו כה"ג ולא מגרע מכח סברא זו המיגו מ"מ לענין חשש קנוני' חיישי' שעוש' בשביל זה רק שיש לו מיגו דאי בעי הי' יהיב להאחר וי"ל ג"כ בדעתו היה יפה לו לו' זה קודם בב"ד שיהי' נאמן בב"ד שיהי' נשאר תמיד בידו דהא אי"צ לו' מי הוא האחר וכמ"ש התוס' בב"ב נ"א ד"ה קיבל או אפש' שיש לו טעם אחר שמשקר בטענ' כזו וזהו הנקרא מיגו וכנ"ל ולמיגו כזה בעינן כללי מיגו ובמקום חזקה לא אמרי' מיגו משא"כ בהא דסי' רנ"ה בראיתי אביכם שהטמין מעיו ואמר של פ' דאין כאן שום חשד וחשש קנוני' דהא אם היה רוצה לגזול לצורך עצמו למה לו לעשות קנוני' עם האחר הא הי' בידו ליטלם ולו' שלי היא וכיון דאין כאן שום חשש קנוני' ושום חשש משקר לצורכו ומעיד שהוא של פלוני מעיד נקרא וכשהוא בידו לעשות כמו שאר אפי' אחד נאמן דאפי' להוציא מחזקת א"א עד אחד נאמן בדבר שבידו דהא בעל שאמר גרשתי נאמן מהאי טעמא אף דדבר שבערו' דבר דבר מממון ילפי' וכיון דבדבר ערוה ע"א נאמן בדבר שבידו ה"ה דנאמן להוציא ממון בדבר שבידו משא"כ שאר לצרכו לאו מעיד נקרא אלא טוען ואף שיש לו מיגו א"נ נגד חזקה ואתא שפי' סיום דברי המגיד ויהי' איך שיהי' מפורש בדברי המגיד דבעי' צירוף לזה דמיגו במקום חזקה לא אמרי' הא דאדם עשוי לעשות קנוני' כמ"ש המגיד ע"ש. ולפ"ז לא ק' קושית הסמ"ע בסי' נ"ו דבסי' נ"ו מיירי שמת הבעל ולא ראו המטלטלין בידו ואלו היתה מראה לפני ב"ד והיתה אומרת שלי הוא והי' לה מיגו היתה נאמנת כמו שהוכחתי לעיל סקכ"א וכמו שפסק הב"ש באה"ע סי' פ"ה ע"ש א"כ כשאומרת של אחר הוא אין כאן שום חשש קנוני' דלמה לה לעשות קנוני' עם אחר תאמר שלי ותטלי הכל לעצמ' ותהא שוב נאמנת לעולם אף אחר שתרא' בב"ד כמו בכל מיגו ומעיד נקרא וכיון שבידי' נאמנת ודמי ממש להא דסי' רנ"ח בראיתי אביכם שהטמין מעות וכ"ש הא שהוא טעון ביד' ממש וביד' ליתנם לפלוני נאמנת וכן מבואר בתשו' הרא"ש שממנו מקורה דהאי דינא דסי' נ"ו הנ"ל שמביא ראיה מהא דסי' רנ"ה משא"כ הכא באשה שכ' לאחרים והבעל חי דאילו היתי' אומרת שלי הן נהי שנאמנת במיגו דלהד"ם לו' שניתן לה ע"מ שאין לבעל' רשות בה וכיון דנאמנת במיגו לפני ב"ד נאמנת לעולם מ"מ כיון דבמתנה זו הבעל יורש' כמ"ש הש"ך בסק"ו אדם עשוי לעשות קנוניא עם אחר כדי להפקיע מירושתו וגם אפי' יהיה לה מיגו מהני כשתקף הבעל או לוה ממנה כמבואר באה"ע סי' פ"ה וכמ"ש שם ועושה קנוני' לו' של אחרים ואם כן דמי ממש להא דסי' צ"ט דאינו נאמן לומר של אחרים הוא

במיגו משום דהוי מיגו במקום חזקה ואדם עשוי לעשות קנוני' כמ"ש המגיד ולפ"ז ליתא לדינא של הש"ך שכ' בסימן נ"ו דאפילו מיגו למפרע אמרי' בה והעיקר כהתומים שכ' דבעי' דוקא שבשעה שהוציאה המטלטלין והי' לה מיגו אמרי' של פלוני הוא וכן עיקר ולפמ"ש גם בהא דסי' צ"ט דוקא הבעל חוב בעצמו אינו נאמן לו' של אחרים הוא אבל בבורח ובא א' ואמר ידענ' שהבורח הטמין מעות במקום פלוני וידענ' שהוא של פלוני אף שהוא מונח ברשות הבורח כיון שבידו ליטלם נאמן כמו בסי' רנ"ח כיון דלא שייך גבי' הטעם שכ' המגיד דאדם עשוי לעשות קנוני' כנ"ל ברור:

י **אם מתה טוענין ליורשיה.** עיין ש"ך סעיף קטן י"א דכשמתה בחייו אין טוענין ליורשין דניתן לה במתנ' ע"מ שאין לבעלה רשות בירושה ובתומים תמה להרשב"א והתוס' דס"ל דכשהאשה טוענת כך נאמנת א"כ לטעון ליורשים ולק"מ דמילתא דלא שכיח הוא שיהי' נותן לה במתנה באופן זה ומילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי:

יא **עליו להביא ראיה.** עש"ך סקט"ו דכשטוען שהאחים נתנו לו במתנה דנאמן כשיש לו מיגו דלהד"ם וכו'. ולכאורה משמע דאף בשטרות הדין כן דהא המחבר מיירי משטרות ועל זה ציין עצמו הש"ך אבל אי אפשר לומר כך לא מיבעיא כשטוען שנתנו לו השטר במתנה וגוף המעות הי' בשעת כתיבת השטר של השותפין א"י ליתן השטר רק בכתיב' ומסיר' כמבואר בסי' ס"ו סעיף ה' ובש"ך שם סקי"ח ע"ש אלא אפילו טוען שנתנו לו המעות במתנה ולוה מעותיו וכתב השטר על שמו ג"כ אינו נאמן כמבואר בבעה"ת שער מ"ד חלק ט"ז ז"ל אבל אי ליכא סהדי מיגו דאי בעי אמר להד"מ או אהדרתיני ניהלי מהימן ואע"ג דגרסי' בפ' חזקת א' מן האחין שהיו אונות ושטרות יוצאות על שמו דקיי"ל כרב ועליו להביא ראיה הנ"מ שטרות דוקא שאין תפיסתן מחוורת כנגד הממון אבל אם יש מטלטלין בידו וטוען שלי הם שנתנם לי נאמן כיון דליכא סהדי וכו' ע"ש הרי מבואר בהדיא דלא מהימן בשטרות אפילו יש לו מיגו. וראיה מסי' ס"ד בש"ך סק"ד דלא שייך בשטרות מגו וה"נ שייך כל הטעמים שלו שכ' שם ואפילו להסמ"ע שם דמהני מיגו חיינו כשטוען למשכון תפסתי אבל כשטוען לגמרי שהן שלו א"נ במיגו וכמו שאבאר שם. ול"מ כשהלוים ידועים ודאי דלית ליה מיגו דכשיטען להד"מ או החזרתי יתבעו הלוין בב"ד ויכתבו שובר בב"ד אלא אפי' הלוים אינן ידועים מ"מ אין לו מיגו מ"מ ירא אולי הלוים בעצמ' יודיעו כשיודעין מהשותפות וידעו ממה שטען להד"מ לכן טען יותר להד"מ וגם למכור א"י כמ"ש הש"ך שם בסק"ד וה"נ כשהן שותפין הוי כנכתב ע"ש כולן וכ"ז שלא טען לקוח הרי הוא כאילו נכתב בשם כולן והרוקח ג"כ לא יהי' יכול לגבות

בו כמו שהוא א"י לגבות בו ויותר עדיף לו טענת מתנה מטענת להד"מ לכן אין מיגו כנ"ל ברור:

יב **והניח יתומים**. עש"ך ס"ק ט"ו וה"ה אם נתן מתנה בחייו ומת וכו'. הנה מדכ' ומת משמע כשהוא חי אין טוענין להמקבל מתנה שמא יש לו ראי' ואין רוצה להביא ואינו נאמן לחוב לאחרים. ובספר קצה"ח כ' דהטעם כיון דהוא שט"ח ויכול למחול ולהפסיד החוב מש"ה נאמן להפסידו כמו בסי' ס"ו סט"ו באינו רוצ' לישבע וה"נ כיון שאינו מביא ראי' הרי הוא מודה שאינו שלו כמו מוכר שאינו רוצה לישבע. ולפ"ז בשטר קניית קרקע דלא שייך מיגו דאי בעי מחל אפי' לא מת טענינן ללוקח ומקבל מתנה והא דאינו מבי' ראי' לא גרע מאילו הודה שאינו שלו דאינו נאמן לחוב להלוקח עכ"ל. ודברים אלו לא ניתנו להאמר דבשלמא בסי ס"ו שם כשאינו רוצה לישבע שלא נפרע הוי כמוד' ללוה שנפרע והודאתו או שהיא גופי' מחיל' היא או שנאמן במיגו דמחיל וכאן לא שייך שני הטעמים דמה שאינו מביא ראי' לא הוי כמוד' ללוה רק כמוד' להאחין שהוא שלהן ואין הודא' זו כמוחל ללוה וגם מיגו לא הוה דאין אומרין מיגו מאדם לאדם כמ"ש התומים בכמה דוכתי בשם כל הפוסקים דלא אמרי' מיגו מאדם לאדם דשמא אין רוצה למחול שירויח הלוה ורוצה הוא להרויח להאחין ועוד דכשימחול יצטרך לשלם וכשיחזיר לאחין לא יצטרך להחזיר רק דמים שקיבל גם דין כזה הי' להם לבאר ולחלק בין שט"ח לשטר קנין ומדלא חילקו משמע דאפי' בשטר קנין הדין כך. לכן נראה דכ"ז שהוא לפנינו ואינו מברר איתרע שטרא וכמ"ש הט"ז כיוצא בזה בסי' קל"ג סעיף ד' דכשאינו לפנינו אמרי' שמא הי' מברר וכשהמוכר לפנינו מוציאין מיד המוחזק מטעם דנראין הדברים וכו' ולא אמרי' הא המוכר אינו נאמן לחוב וע"כ מטעם כיון דנראין הדברים לא חיישי' לקנוניא וה"נ דכוותיה וכן מוכח ממרדכי שהביאו הש"ך והט"ז בד"ה צריכים האחין דשם מיירי במטלטלין ע"ש בט"ז וכ' הטעם בפי' כיון שמתה לאה משמע אם לא מתה אף שהבעל לוקח הרי לא טענינן ליה וע' עוד באה"ע סי' צ"ו:

יג **בדבר ידוע**. לפ"ד הסמ"ע ס"ק ח' והש"ך בס"ק י"ז א"א לפרש דמיירי במטלטלין הידועין וצריך לפרש דהיינו שידוע שהשטר נעשה מדבר ידוע של אחין:

יד **דאימר מעיסתו קימץ**. עיין מה שכ' בסמוך דגם במטלטלין אמרי' סברא דאימר מעיסתו קימץ אף שאינו עולה שיעור הקמוץ להסך מטלטלין שת"י דלא כהתומים וכן מוכח מתשובת הגאונים שהביא הש"ך בסוף הסימן:

טו **אבל בן בית**. עש"ך ס"ק כ"א הטעם דלעולם אמרי' אימר מציאה מצא או מתנה ניתן לו דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו. ודוקא גבי אשה ואחין דטרחו אמרי' דמורי

התירא משא"כ בן בית דמשלמין לו שכירות א"נ שאני אחין דיש להם שייכות בהממון חשדינן ליה משא"כ בבן הבית ותמוהין דבריו מאוד דא"כ דאין הטעם רק משום דלא חשדינן ליה א"כ במת ולא אמר כלום אמאי מחזקי' הנמצא ברשותו בשלו יותר מבאשה ואחין ודוחק לו' דאי איתא דלאו דיליה הוי פקיד כיון דלא חשדינן ליה דא"כ במת פתאום או במפולת מאי איכא למימר ועוד תימה דברשב"א הובא בב"י באה"ע סי' פ"ו גבי מי שנתן לבתו או לאחותו ושם הי' המעש' שאשה הי' נו"נ בנכסי אביה או אחיה ומתה דאשה דמיא ממש לאריס או בן בית דהא אין לה שייכות בממון ולית לן למיחשדה דמ"ל נו"נ בנכסי אחר או בנכסי אחין ויש לן לו' מציא' מצאה או מתנה ניתן לה וממילא הוי הבעל יורש שלה ואמאי לא החזיק הרשב"א הנכסים בחזקת הבעל שהוא יורש שלה. ועוד ק' דמ"ש מהא דסי' קי"ב בנותן נכסיו מעכשיו ולאחר מותו דאיכא דס"ל דמוקמינן להו בחזקת מקבל מתנה אמאי ליהוי האי נותן כמאן דקיבל נכסים של אחר לידו להיות נו"נ דאם מת מחזיקי' בחזקת יורשים מטעם שכתב הש"ך דאימר מציאה מצא או מתנה ניתן לו נהי דמהא דס"ס ר"ן בנותן מטלטלין מעכשיו ולאחר מיתה לא ק' דשם הוא מטעם חזקה דכאן נמצא דלא שייך רק במטלטלין ולא שייך בשאר נכסים כמש"ל בסימן ס' ע"ש אבל הא דסימן קי"ב ודאי ק'. ועוד דבירושלמי הובא ברי"ף והוא בפ' הכונס ובנימוקי שם הובא בש"ך ס"ק כ"ב גבי אריסא דבר זיזא דמשם הוא מקור דהאי דינא כ' הטעם משום דיש מתרושש והון רב. לכן נראה דעיקר הטעם באשה כיון דבשעת נישואין ודאי כל מה שהי' לה הכניס' הכל לבעל' ולית לה מגרמה כלום בשעה שהתחיל לישא וליתן והוחזקו כל הנכסים לבעל וכן באחין שנעשו שותפין בכל מה שיש להם והוחזקו כל הנכסים בחזקת שותפות ואין להם לטעון רק שמצאו מציאה אח"כ או שניתן להם אח"כ במתנה כל הטוען דבר מחודש עליו הראיה כמ"ש הרשב"א הובא בב"י באה"ע סי' פ"ו וכ"כ המהרי"ט בהדיא בתשו' ח"א סימן ל"ט שכל שהוחזקו כל הנכסים פעם אחת שהן של זה מחזקינן לעולם כן ע"ש משא"כ באריס ובן בית שיש לו' שגם בשעה שנעשה אריס או בן בית הי' לו גם כן נכסים דיש מתרושש והון רב ולא הוחזק בשום פעם לו' שכל הנכסים הם בחזקת בעל הבית דהא יש לספק גם כן ולו' שהאריס ובן בית יש לו ג"כ נכסים רק שהאומדנ' של העולם הי' על האריס ובן בית שאין להם כלל ובזה פליגי ר"י ור' חייא אי אזלי' בתר האומדנ' וכ"כ הריב"ש בסי' נ' הובא בתומים בטעם החילוק שבין האשה ואריס וכיון דפליגו אי אזלי' בתר האומדנ' של בני אדם ומדמה שפיר בירושלמי אם הניזק יכול לו' ולטעון דבר שאינו אמוד בו לפלוגת' דר"י ור"ח גבי אריס' דבר זוזי ואתי ג"כ שפיר הא דהרשב"א שהביא הב"י באה"ע סי' פ"ו דאשה הנו"נ

בנכסי אחר מחזקינן הנכסים בשל מי שנו"נ בנכסיו דהא אשה מוחזקת דלית לה כלום וא"ש ג"כ הא דסי' קי"ב הנ"ל דשם פליגו בהא דהנה מחלוקת הפוסקים הוא בתומים בס"ק י"ב אי אמרי' במטלטלין ג"כ מעיסתו קימץ והרב' פוסקים ס"ל דדוקא בשטרות דאיכא ראיה במה שנכתבו על שמו אמרי' סברא דמעיסתו קימץ אבל במטלטלין בעינן ראיה על ממון מיוחד שיהי' עולה כשיעור המטלטלין ומש"ה בסי' קי"ב בנתן כל נכסיו ודאי דדמי לאש' ואחין כיון דהוחזקו כל הנכסים בחזק' המקבל מתנה ואין לנותן רק מה שנושא לתוך פיו וכ"כ מהרי"ט בהדיא בח"א סי' ל"ט ע"ש רק כיון דבנותן מעכשיו ולאחר מיתה הפירות של הנותן כמבואר בב"ב פ' י"נ ולקמן סי' רנ"ז וי"ל מפירותיו קימץ דמי ממש להא דמעיסתו קימץ ופליגי אי אמרי' כן במטלטלין וכנ"ל וא"כ לפי מה דמסיק שם רמ"א להלכה דעל המקבל להביא ראיה אלמא דהעיקר דאף במטלטלין אמרי' דמעיסתו קימץ דלא כהתומים שהניח זה בצ"ע דהא הא דסי' קי"ב דמי ממש לאשה ואחין ועדיף מיניה כמ"ש מהרי"ט שם סי' ל"ט בהדיא ע"ש. ולפמ"ש לא פליגי כלל באדם עשוי שלא להשביע דכאן הפלונתא אי אזלינן בתר אומדנא וכן מוכח מהנ"י בפ' הכונס דמייתי עלה הא דידעינן ביה בחסא דלא אמיד: עוד כ' הש"ך דכשתפס יכול לומר קים לי כר"י בר"י וכ"כ בתשובת מהר"א ששון. וכ' עוד המהר"א ששון דמטעם זה לא הוציא ר' חייא מהיתומים הגדולים מה שקיבלו משים דהיו יכולין לטעון קים לי כר"י בר"י. וע"ז תמה התומים דאטו אם שותף אחד תופס וטוען קים לי' א"צ ליתן להשותף חלקו ולפענ"ד אין תמיהתו כלום דשם מיירי שר"י בר"י חלק לגדולים מן הקטנים ע"פ ב"ד ונתן להגדולים חלקם וחלק הקטנים הניח ביד זה ואם הי' נאנס חלק הקטנים ודאי דלא הי' צריכין הגדולים להחזיר כיון שכבר נתחלק ע"פ ב"ד וכיון דהגדולים טוענין קים לי כר"י בר"י ומה בכך שר' חייא אינו מצוה ליתן לכם כאונס בעלמא יחשב ובאופן זה נרא' כן הדין בפשיטות: עוד כ' הש"ך בשם הב"י בשם תשובת הגאונים בבן שהי' נו"נ בנכסי אביו שצריך להביא ראיה שהיה לו ממון מיוחד: וכ' הש"ך טעם דחוק דמנ"ל להגאונים דין זה ולפמ"ש נרא' הדבר פשוט דמיירי בבן שהתחיל לישא וליתן בנכסי אביו בעוד שהיה סמוך על שולחנו דידוע דלית ליה מגרמיה כלום וכמו באחין שהתחילו לישא וליתן מתפיסת הבית דמיירי ג"כ מאופן זה דנחשבין כידוע דלית להו מגרמיה כלום וה"נ דכוותיה. ולפמ"ש יש תקנה לבורח שאחד מן השוק רוצה לישא וליתן עמו וירא שהבע"ח יאמרו אח"כ שכל הנמצא בידם הוא שלו ויגבו ממנו יש לו תקנה שילך לב"ד קודם שיתחיל לישא וליתן ומודה בפני ב"ד שכל אשר יש לו הוא זה הנו"נ עמו רק מה שהוא נו"נ לתוך פיו הוא שלו ואז כיון שהוחזקו כל הנכסים בחזקת מי שנו"נ ואין לו

רק מה שנו"נ לתוך פיו שוב א"נ שום אדם לומר שהן שלו וכמ"ש בתשובת מהרי"ט סי' ל"ט בחלק א'. ודוקא בסי' קי"ב במעכשיו ולאחר מיתה שהפירות של הנותן וי"ל מהן קימץ פליגי אבל בכה"ג ודאי מודה למהרי"ט. וליתר שאת יכולין לשעבד עצמו כפועל ולחייב עצמו ולהקנות ידים שאפי' כל מה שימצא ויתנו לו מתנה שיהי' של מי שנו"נ בנכסיו ואז כל מה שימצא ברשותו הוא בחזקת מי שנו"נ בנכסיו:

סימן סג

א **אין גובין בו** עסמ"ע ס"ק ג' דאמרינן האי גברא לאו זייפן הוא אלא מלוה ע"פ יש לו כוונתו ספק מלוה ישנה דהא אפילו טוען לא לוה אין גובין ועש"ך ס"ק ב' שכתב דאפילו ראו אותן קודם הזמן אין מבין אם לא שיש להם סי' מובהק והיינו לשיטתי' שכ' בסק"ג דלא מהני עידי ראיית הלוא' או חתימ' השטר) (אבל להסמ"ע ס"ק ה' דמהני לא בעי' סי' מובהק דזה הוי כמעידין שראו שחתמו:

ב **עידי השטר מעידין שראו ההלוא' או אחרים וכו'** לכאור' קשה דלמה נקט גבי ראו הלוא' דוקא עידי השטר היה לו לומר סתם אא"כ עדים מעידים שראו הלוא' או שראו שחתמו לכן נרא' דהנה הש"ך בס"ק ג' חולק על הסמ"ע וס"ל דלא מהני הנך גונא רק כשטוען לא לוה ופי' פי' דחוק ונרא' דהעיקר כהסמ"ע ומה שהקש' דהא מ"מ איכא למיחוש לפירעון ולזיופא ע"ש ונרא' דדוקא במקום דאיכא לספוקי בגוף ההלוא' חיישי' לזיופא אבל במקום דאיכא חזקת ההלוא' או חזק' שטר לא מקלקלינן משום האי חששה חזקת הלוא' והשטר ומצרפינן כמ"ש הסמ"ע וראי' ברורה לזה מכתובו' ל"ו דמדמה התם דינא דהכא להך דהיוצא' משום שם רע דאין לה קנס וכו' דהיינו באתו סהדי ואמרו לדידן תבעתינהו באיסורה ומחזקינן לה ע"י הנך סהדי לזונה וחזינן דהתם גבי לדידן תבעתינהו באיסורא לא נקט הש"ס רק לפוטר' מקנס ופתוי ולא נקט הך דינא נגד להפסיד' כתובתה ונהי דאם אמרו סהדי דתבעתינהו באיסור' קודם הנשואין לא שייך לומר להחזיקה בבעולה ולהפסיד' ממאתי' כיון דלא טעין בבעילה ראשונ' פ"פ מצאתי ואם טען בלא"ה מהימן כמבואר בכתובות דף ט' מ"מ אי אתו סהדי ואמרו דתבעתינהו אחר הנישואין נחזיקה בזונה ויספיד לה הכתובה ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב זה לענין כתובה אלא ודאי דוקא לענין קנס דלא אתחזיק כלל בחוב פטרינן משום סברא זו אבל בהוחזק בחוב כגון כתובה ויצא עלי' שם רע אחר נישואין לא מרעינן לשטרא משום האי סברא וה"נ בדין דסי' זה דהא בש"ס למד זה מזה ע"כ דוקא כשלא היה חזקת חוב מרעינן לשטרא (") אבל בדאיכא סהדי על חזקת שטר כגון שראו שחתמו והוחזק זה בשטר לא

מרעינן ליה לשטרא אמנם בעדים אחרים שמעידין ההלוא' כיון דלא אתחזיק בשטר כלל נגד לקוחות ונגד שלא יהיה נאמן לומר פרעתי ודאי דמרעינן ליה לשטרא ומש"ה בעינן עידי השטר והיינו שיעידו שנעשו עדים לכתוב שטר שזוכרין שצוה להן הלוה לכתוב שטר וליתן להמלוה רק שאין זוכרין אם עשו שטר ואז אמרי' חזקה שעשו שליחותן ועשו שטר והוי כיש חזקת שטר דלא מרעינן שוב לשטרא ועש"ך ס"ק ג' שיש שם ט"ס וכצ"ל שעדיין לא הניע הזמ"פ וכה"ג לא משהינן ליה וא"כ ה"ה להרמב"ם והמחבר לא מהני כשעידי השטר וכו' ועסמ"ע ס"ק ו' שכתב דוקא שראו שחתמו שטר זה כוונתו שטר כזה כמ"ש בס"ק א' דהא כתב בס"ק ז' דהמחבר נקט תלתא בבא בלא זו אף זו ואי שטר זה ממש דהיינו שיש להן סי' מובהק מציעתא עדיפא מכולהו וע"כ כמ"ש ואין לחוש דילמא זייף בגוף השטר דזה היה ניכר לב"ד ולטעו' שיטעו הב"ד לא חיישינן:

סימן סד

א **דאלו לגבותם** עש"ך ס"ק ג' דמשמע מדבריו דבממרמות שלנו שנכתבו לכל מי שמוציאו כיון שיכול לטעון לקוח בלא כתיבה נאמן לומר מחיים תפסתי במגו דלקוח ומתני אפי' לגבות ובספר קצה"ח תמה דהא ניהו דלא בעי כתיבה מ"מ מסיר' מיד ליד בעי והכ' שהי' רק תפיס' לא הי' מסיר' מיד ליד ואני תמה על תמיהתו דהא נגד הלוה א"צ שום קנין בממר"ם דהלו' אינו יכול לטעון לאו ב"ד דידי את דהא נתחייב לכל מי שמוציאו אפי' לא בא מחמתו כמבואר בסי' נ' וס' ע"ש רק דבעי מסיר' לקנות מהמלוה וכיון שהמלו' חייב לא בעי שום קנין נגד המלו' וגובה אותו מהמלו' ע"י תפיס' וכל זכות שיש להמלו' בשט"ח יכול לתפוס ממנו ע"י תפיסה ונגד הלוה לא בעי מאומ' ועיין בב"ב קע"ב בתו' ד"ה דאי הי' ממך משמע לכל מי שמוציאו אפי' טענת נפילה לאו טענה היא כלל ע"ש והוא פשוט לפענ"ד ול"ד למש"ל בסי' ק"ד דלא מהני תפיסה בממר"ם בבע"ח מאוחר נגד בע"ח מוקדם דש"ה דתפיסה אינו מועיל רק לזכות דזכות השיעבוד ובממר"ם זכה אפי' בשיעבוד הגוף מהלוה דהא נשתעבד לכל מי שמוציאו ומש"ה מהני נגד יתומים כיון דזכה מחיים משא"כ נגד בע"ח מוקדם בעי' דוקא שיהי' לו קנין בגוף המעות דקנין שיעבוד א"צ לזכות דבלא"ה משועבד מדר"נ כיון דהלו' חי ולית לי' נכסים וגם לא מהני' זכי' שלו בהשיעבוד מכח השטר דכבר זכו כל המלוים בשיעבוד קודם תפיסתו מכח שיעבוד' דר"נ כיון דל"ל נכסי והלוה חי ודוקא כשהקנ' הממר"ם או השטר בקנין גמור מהני אפי' נגד בע"ח מוקדם דהוי כמכר שיעבוד נכסי של מטלטלין וחז"ל

ביטלו דין טריפ' מטלטלין אפי' נגד שיעבוד דאוריית' אבל כשלא הי' קנין ודאי דלא נתבטל שיעבוד' דר"נ שהוא דאוריית' בשוה לכולם:

ב **בלא כתיבה** עש"ך ס"ק א' דאפי' נתן בסי' למשכון לגבות אינו מועיל וכו' הנה ודאי כשהלו' חי הוי משכון שטר כשאר משכון מטלטלין דבלא ב"ד אפי' ממטלטלין א"י לגבות מהמשכון וע"י ב"ד אפי' בשטרות יכול לגבות כמבואר בסי' ק"א ונראה דלענין זה קונה אותו למשכון שאם המלוה רוצה שיגבו לו דוקא משטר זה ע"י שומת וגביית ב"ד אין הלוה יכול לדחותו לשאר מטלטלין כמו במשכון מטלטלין דכל זכות שיש להמלוה בהשט"ח למכור לאחרים יכול לשעבדו ג"כ למשכון וע"י משיכה שמושך המלוה השטר למשכון קונה אותו לענין זה שהב"ד יגבו לו מהשט"ח שיהי' המלוה יכול למוכרו דמשכונ' דינו כאפותיקי כמבואר בסי' קי"ז ומ"ש הש"ך דאינו מועיל לגבות היינו לענין שנעשו מטלטלין נגד היתומים מטעם דכל כמה דלא הגבו לו הב"ד לא נעשה שלו וכיון דבע"ח מכאן ולהב' הוא גובה וכיון דבשע' גובייני' מסלק הלוה החתום בשט"ח במטלטלין דכשמסלק בקרקע ודאי גובה המלו' הראשון מהן מכח שיעבוד' דר"ן כמבואר בפסחים ל"א וכשמסלק במטלטלין ממילא הויין מטלטלין דיתמי כיון דלא הגבו הב"ד השטר בחייו לא נעשה השטר שלו אפי' נתן למשכן ובשעת גובייני' כבר נעשה מטלטלי' דיתמי ולענין זה כתב הש"ך דלא מהני לגבות ובס' קצה"ח כ' דלמאן דס"ל דשטרות משתעבדי באגב מהני אפי' לגבות כשנותן לו למשכון רק תפיסה לא מהני כיון דלא הוי מסירה מיד ליד ודבר תמוה כתב דהא שכ' הרא"ש דשטרות משתעבדי אגב קרקע היינו לענין שהשיעבוד שיש לו על הלוה אף שלא יהי' רק מטלטלין מ"מ יהא לו דין קרקע כמו בשאר שיעבוד מטלטלי אגב קרקע כגון לענין שאם מכרו הלוה טורף המלוה גוף השטר חוב כמו שטרף קרקע אבל לענין שיהי' יכול לתבוע להלוה שלא יהי' הלוה יכול לומר לאו בעל דברים דידי את שום שיעבוד אינו מועיל עד שיגבו לו הב"ד דלא תיקנו חכמים רק כתיבה ומסירה אבל בלא"ה לא נמסר שיעבוד הגוף של לוה אפי' מדרבנן וכן א"י לשעבדו וכיון דבע"ח מכאן ולהב' הוא גובה דהיורשים גבו מטלטלין וכיון דבשעת גובייני' כבר מת מטלטלי לא משתעבדי משא"כ בשיעבוד מטלטלי אגב קרקע כיון שאם גבו קרקע בע"ח חוזר וגובה במבואר בכתובות ופסחים (") וכיון ששיעבד לו מטלטלי אגב קרקע אפי' גבי מטלטלי דינו כגבו קרקע ובע"ח חוזר וגובֿ בין מיתומים ובין מלקוחות משא"כ הכא:

ג **הוי תפיסה** בס' קצה"ח תמה מה כפי' הוא זה הא כשישלם הלוה יצטרך להחזיר הנייר דהיינו השט"ח כמו במסר ולא כתב ויש לתמוה על תמיהתו חדא דעיקר הכפי'

הוא כיון דהיורשים אינן יכולין לכפות להמלוה שיחזיר השטר ממיל' אין הלוה צריך לשלם להיורשים עד שמחזיר השטר וכמ"ש בעה"ת בשער נ"א ח"ד גבי מסר ולא כתב כשאין הלוקח מחויב להחזיר השטר אין הלוה צריך לשלם ואין לך כפיה גדולה מזו ועוד אפשר דצריך המלוה לשטר משום משעבדי דאית בי' ועוד דאפי' במסר ולא כתב כ' הר"ן בפ' הכותב דאם מכר לו גוף הנייר לצור א"צ להחזיר רק דלא חיישינן לזה דאין דרך למכור לצור ואם מכרו לגבותם כיון שבטל המכר לענין לגבות בטל גם לענין גוף הנייר משא"כ הכא שלא נתן לו למשכון רק החזקת גוף הנייר ודאי דא"צ להחזיר הנייר דהוי כמו מכרו גוף הנייר לצור ומ"ש בספר הנ"ל הטעם דא"צ להחזיר דהוי כמו מטלטלין של לוה דלוה דמהני תפיסה אף במטלטלין של לוה דלוה גם בזה כתב דברים תמוהים חדא דגוף הנייר של השט"ח לאו מטלטלין הלוה דלוה הוא רק מטלטלין של לוה היא דהא הלוה יכול למכור הנייר לצור כמ"ש הר"ן בס' הכותב ועוד דלאו תפיסה הוא כלל אצל לוה דלוה דהא לא תבעו הלוה דלוה (") ותפיס' לא מיקרי רק כשתבעו ממנו ולא רצה להחזיר לו כמ"ש המחבר והוא מהש"ס ובעיקר הדין אי מהני תפיס' במטלטלין של לוה דלוה לענין שלא יעשה מטלטלין אצל בניו לדינא דש"ס וכן לדידן לענין אין אדם מוריש שבועה לבניו דמהני תפיסה כמבואר באה"ע סי' צ"ו ולקמן סי' ק"ח נראה דתליא בפלוגתא כמבואר בש"ך סי' קכ"ח ס"ק י"ח אי מהני תפיסה מלוה דלוה אם הלוה אית ליה נכסי דלהנך דס"ל לא שייך שיעבוד דר"ן באית ליה נכסי וחייב להחזיר ע"ש לא הוי תפיסה גם מה שתמה בספר קצה"ח על המרדכי בפרק המקבל שהקש' אהנך דסברי דאין יכול לתפוס במשכון יותר מכדי שוויו ולו' לדידי שוה יותר מהכא דיכול לתפוס הנייר ותירץ דלא הוי תפיסה רק בכדי שוויו לפי שומת דהמוכר השט"ח ותמ' בס' הנ"ל דהא כיון דא"י לגבות לא הוי שוויו רק בכדי שווי הנייר לצור ותמוהין דבריו דודאי כל זכות שיש להמלו' בשטר דהיינו למכרו לאחרים יכול המלו' לתפוס ולילך לב"ד שיגבו לו מהם בתורת גובייני' שיהיה כמו לוקח ואז היה יכול לתבוע ולגבו' ג"כ רק כ"ז שלא הגבו הב"ד א"י לתבוע הלוה ועכשיו איך הב"ד יכולין להגבו' לו כיון שמת הלוה ונעשה מטלטלי דיתמי אבל בשעת תפיסה כשהי' הלוה חי הי' תפיסתו נגד כל שווי השטר למכיר מש"ה כשהיורשים רוצים להוציא מהתופס השטרות צריכין להחזיר כל מה שהיה שוה בשעת תפיסה ועוד דמה בכך שאינו שוה להתופס כיון ששוה הוא לירש למכור מיקרי שווי כיון ששוה הוא לכל העולם בכך זה ודוקא בדבר שאינו שוה לכל העולם רק סך מועט סברי דא"י לו' לדידי שוה לי משא"כ הכא דהשטר שוה לכל העולם למכור לו רק שהתופס א"י למכרו ולעשות ממנו דמים וזה פשוט:

ד **ומיירי שיש עדים** עש"ך ס"ק ד' עד אבל כשהי' טוען להד"מ או נאנסו כשהיה מבקש מהלווים וכו' וק' דהא מ"מ יש לו המגו שכ' הש"ך בעצמו בס"ק ה' דהיינו שבא לידו למשכון מתחלה כיון דליכא עידי פקדון ובודאי דעדיפא טענ' זו מטענת תפסתי בעצמי למשכון ועכצ"ל דהנך פוסקים סברי דלטענות משכון בא אצלי מתחלה צריך ג"כ מיגו וכהיש מי שחולק שהביא הרב בהג"ה ויבואר בסמוך סק"ו ונ"מ לדידן ג"כ אי נאמן בשטרות כשאין החוב ידוע במיגו זה ועיין בסמוך סק"ו:

ה **היה נאמן במגו דנאנסו** עש"ך סק"ו עד שאל"כ צריך לישבע מצד גילגול וכו' לכאור' תמוה דהא אינו בא להוציא מהן רק להחזיק הנייר ודמי למ"ש הר"ן הביאו הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ע"א וכמו שנפטר מטעם זה מהשבוע' דנשבע' על משכון כן נפטר נמי מטעם זה משבוע' דהבא ליפרע מנכסי יתומים וצ"ל דמיירי כגון שיש לו שט"ח על היורשים מסך אלף זהובים והיורשים יש להם קרקעות מסך ת"ק זהובים ועל המותר תופס השט"ח וכיון שצריך לישבע על השט"ח על גביית קרקע כדין הבא ליפרע נשבע ג"כ מצד גילגול על תפיסת השט"ח וזה פשוט:

ו **ואע"פ שאין לו מיגו** עסמ"ע ס"ק ד' ובש"ך שתמהו מאוד על זה דהא בכל משכון בעינן מיגו וכן מסיק בתומים דאף דהשטר הוי כדברים שאין עשוין להשאיל מ"מ להרשב"א ודאי דצריך מיגו במשכון וכן בספר קצה"ח תמה על זה דהא קיי"ל בכל מלו' על משכון בעי מיגו ועט"ז מה שתירץ על זה והוא תמוה דהא מבואר בסי' קל"ג סעיף ג' דאף אם אמר קודם שהראוהו דעו כי ממושכן לו בכדי דמיו דמקרי שפיר עדים וראה. ולפענד"נ הדברים כפשטן דהא הרמ"א בעצמו בתשו' סי' פ"ו פירש דבריו דמיירי בלא הי' עידי פקדון רק עידי ראה דאז ג"כ אין לד שום מיגו מאותן מגו דקחשיב המחבר דהיינו להד"מ או החזרתי דהא ראה בידו ובזה כתב רמ"א דמהימן כיון דמים יש לו מיגו דלמשכון בא לידי מתחלה כמ"ש הרא"ש הובא בסמ"ע ס"ק ד' ובש"ך ס"ק ה' ואין זה מיגו דלהד"מ שכתב המחבר אף שהסמ"ע פירש כן הוא דחוק כמה שכתב הש"ך ס"ק ה' דמש"ה נאמן ועכצ"ל דכשטוען כן למשכון בא לידי מתחלה אין צריך שום מיגו דאלת"ה קשה מהא שכתב הרא"ש והסמ"ע והש"ך הנ"ל דנאמן במיגו דלמשכון בא לידי מתחלה הא בטענה זו גופי' לא מהימן בלא מיגו והכא ליכא שום מיגו אלא ע"כ דטענ' זו מהימן בלא מיגו אך הא גופי' קשה מה"ת יהיה עדיף משאר מטלטלין דהא במטלטלין אפי' טוען למשכון בא לידי מתחלה צריך מיגו דוקא כמבואר בסי' ע"ב אבל באמת לק"מ דהא בס' הזכות להרמב"ן שם כתב הראב"ד וז"ל יש שטוען בלא מיגו תהיה נאמנת לומר ממושכן ומאי אולמ' דלקוח טפי ממשכון וכו' וקושי' גדולה הקשה דהא כמו דמהימנינן ליה בטענת

לקוח אף בדבר הידוע לחבירו מטעם חזקה דכל מה שתחת יד האדם הוא שלו דהיינו דאמרי' היאך בא לידו ע"כ במקח א"כ כי טעין משכון ג"כ ליהימן מכח חזקה זו ותי' וז"ל דלא דמי משכון למקח כיון דקא מודה לי' בגופי' דדידי' הוא בחזקתי' מוקמינן ליה כדקא מודית ליה וכי אמר משכון הוא בידי צריך לאתויי ראיה ואי איכא מגו מהימנינן ליה ואי לא לא וכו' עכ"ל וכיוצא בזה כתב הרא"ש בתי' השני פ' כל הנשבעין סי' ד' הביא הש"ך סי' ע"ב ס"ק ע"א בטעם דנשבע בנק"ח וז"ל כיון דלאו בגופי' דמשכון קא טעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותי' דחברי' לית ליה בלא שבועה חמור' ופירש הש"ך כיון דלא טעין אגופי' מכרתו או נתתו וכו' וכתב הר"ן שם דאם אין המלו' רוצה לתבעו ושותק ורוצ' להחזיק המשכון עד שיפרע לו דמיו א"כ הו"ל כטוען על גופי' של משכון שהוא שלו שהרי שיעבודו עליו עד שיפרע לו דמיו א"כ רוצה להחזיק בגוף המשכון שיהי' מונח אצלו להיות שיעבודו קיים ולכך אין צריך אלא היסת עכ"ל הש"ך וכיון דיש חילוק לענין שבועה בנק"ח ה"נ יש לחלק לענין מיגו דכיון שכתב הש"ך בשם הר"ן דבמקום ששותק ואינו תובע ורוצה להחזיק הוי כטוען על גופי' של חפץ שהוא שלו שרוצה להחזיק לשיעבודי' ודבר מסתבר הוא דמה לו שהוא טוען שהוא שלו לגמרי או שקנאו לפירותיו או שקנאו לשיעבודי' ודוקא כשתובע לגבו' ממון מחבריה לא הוי כטוען שהוא שלו א"כ ה"נ כיון דהוי כטוען על גופי' של חפץ שהוא שלו א"צ ג"כ מיגו דהא כל טוען על גופיה של חפץ א"צ מיגו ודוקא כשטוען לגבות ממנו דל"ה כטוען על גופיה של חפץ לענין שבוע' ה"נ ל"ה כטוען על גופי' של חפץ לענין מיגו מש"ה הכא גבי שטרות כיון דאינו מועיל לגבות רק לתפוס השטרות והוי כטוען על גופו של חפץ דא"צ מיגו ואף דבשטרות אף בטוען על גופיה של חפץ כגון לקוח לא מהימן ואפי' לקוח ע"י קנינים שא"צ כתיבה כגון במתנות שכ"מ וכיוצא א"נ ועיקר הטעם שכתב הסמ"ע דמהימן בטענת משכון הוא משום שא"צ כתיב' והא חזינן דאפי' בקנינים שא"צ כתיב' לא מהני לק"מ דהטעם דלא מהימן בהנך קנינים כתב הר"ן בפ' הכותב דכל שאין הקנין בא ע"י מסירה לא חשיב התפיס' למוחזק להיות נאמן ע"י ע"ש מש"ה כשטוען למשכון כה"ג דנקנ' לענין זה במסירה לבד חשיב התפיס' למוחזק להיות נאמן כנ"ל ברור בטעם דמהימן לטעון למשכון בא לידי מתחלה בלא מיגו כמ"ש הרא"ש והסמ"ע והש"ך וכן במטלטלין כה"ג כששותק ואינו תובע לכאור' נראה דלא צריך מיגו דבסי' ע"ב מיירי בבא לגבות דהא כ' שם ג"כ דנשבע בנק"ח דע"כ מיירי בכה"ג ובסברא זו מיושב ג"כ דברי הסמ"ע ס"ק ח' בסי' קל"ג ממה שהשיג עליו הש"ך שם בס"ק ה' ע"ש בחידושי שהארכתי בזה אמנם מהר"ן שכ' בב"ב בהא דאומן דף מ"ה ע"ש דמיירי בהא דכשהטלית ביד אומן

אין האומן תובע ואפ"ה מצריך הש"ס מגו מוכח דבעי מגו וע"כ צ"ל דבמטלטלין שאני דאין דרך למסור רק לגבו' ובטענה כזו לא מהימן משא"כ בשטר שא"א למסרו למשכון רק שלא לגבות בו ובטענה כזו מהימן דלזה קונה מדאורייתא כנ"ל ועיין בכתובות דף פ"ה בתוס'. אמנם נראה אם המלו' חי וטוען ברי שנפל ממנו ומצאו זה נהי דאינו נאמן נגד התופס מ"מ יכול לתבוע מן המלו' מעותיו ולכתוב שובר ולטעון על השטר שנפל ופ' מצאו ומחזיקו בגזלנות ואין הלה יכול לטעון כיון שהשטר בעולם א"צ לשלם כמבואר בסי' נ"ד כיון שזה טוען שגזלן הוא על השטר דלא עדיף ממשכון שאם המלו' יטעון שפלוני גזל ממנו המשכון אף שהמשכון בעין ת"י גזלן והגזלן טוען שלקחו מהמלו' והמלו' טוען שגזל ממנו באונס המשכון הלוה חייב לשלם ולא יכול לטעון שמא מכתת המשכון וקבלת דמיו משום דהוי כא"י אם פרעתיך וה"נ דכותי'. אבל במת המלוה שאין היורשין טוענין ברי א"י לתבוע מעותיהם עד שיחזירו השטר כיון שטוענין שמא כמו במשכון שאם היורשים יהיו מודים שהלו' נתן משכון לאביהם על חובו שחתום בשטר ועכשיו אין נמצא המשכון וא"י אם מכרו או נאנס מידו דא"י לתבוע וה"נ נרא' דבשטר ג"כ דינו הכי דכ"ז שהשטר בעולם דינו של שטר ודין משכון שוה כנ"ל ועמ"ש הט"ז בסי' ס' סעיף ח'. ובעיקר הדין אם טוען בשטרות למשכון בא לידי מתחלה כיון שבסמ"ע ס"ק ז' ובש"ך ס"ק ה' משמע דנאמן לטעון כן אף בלא מיגו וגם לפמ"ש אף הרמ"א הכריע כן והם לא השיגו על הרמ"א רק משום שהבינו שהרמ"א מיירי אפי' כשיש עידי פקדון דאז ליכא שום מיגו אבל בדליכא עידי פקדון נראה דגם הם מודים דנאמן היה ראוי לפסוק כן שיהיה נאמן לטעון למשכון בא לידי מתחל' אפי' כשאין החוב ידוע אך כיון שכתבתי דזה תלוי בהסבר' שכ' הר"ן שהביא הש"ך בשמו בסי' ע"ב ס"ק ע"א והש"ך סיים שם שדברי הר"ן צ"ע לכן הוי ספיקא דדינא ואין מוציאין מיד המוחזק:

סימן סה

א **יהא מונח.** ואם אמר השליש אח"כ נזכרתי נראה דעושין כדבריו ולא דמי לעד דכשאמר א"י דא"י לחזור ולהגיד כמבואר בסמ"ע סי' ך"ט לא מיבעי' להרשב"א שהביאו הש"ך ס"ק ז' שכתב דדוקא בשליש הדין דמונח משום דהימני' וספיקו של השליש הוי כספיקו של הבע"ד וא"כ כיון דהבע"ד עצמו כשאמר א"י יכול לומר נזכרתי אח"כ כמבואר לעיל סי' נ"ט ספיקו של השליש לא עדיף מספיקו של הבע"ד ואפי' למאי דפסק המחבר בסעיף ב' דאפי' ביורשים הדין דמונח מ"מ בהא שכתב הרשב"א דהשליש הוי כהבע"ד דספיקו של השליש הוי כספיקו של הבע"ד דכ"ע מודו כמו שאבאר לקמן ואם

כן כיון דכמו שהמלו' עצמו עשאו לשליש כבע"ד כמו כן עשאו הלוה כבע"ד ויכול לומר נזכרתי ואם יש ע"א שיודע מה טיבו אם מעיד ששייך השטר למלוה נשבע הלוה נגד העד דנהי דספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד לא גרע מטוענו בספק ע"פ העד שמשביעו ואם הלוה מודה להעד שלפי התנאי שהיה בעת השלישות לפני העד שייך השטר למלוה רק שפרע אח"כ הוי משואיל"מ. ול"ד להא דסי' נ"א סעיף ב' בשטר בע"א דשם הטעם ל"ש שטרך בידי מאי בעי בשטר בע"א אבל הכא בשטר בשני עדים ודאי דשייך שטרא בידך מאי בעי דמנין היה יודע הלוה שישכח השליש ולא ידע מה טיבו. וכן אם טוען הלוה שאחר שהלך העד עשו תנאי אחד לפני השליש כיון שאם היה שני עדים על שעת השלישית ודאי דלא היה נאמן הלוה לומר אח"כ נעשה תנאי אחר מש"ה גם בע"א הדין כך דכל זמן שלא נשבע להכחיש הוי ע"א כשנים ובשטר שיש בו אחריות ודאי דאין ע"א מועיל נגד לקוחות ואם הע"א מעיד שהשטר שייך ללוה ודאי דע"א כמאן דליתא ויניח ול"ד להא דסי' רס"ז סעיף י"ד כאן אפי' הרא"ש מודה דשם הטעם דלא גרע מאלו היה ביד שכנגדו ולא הי' רוצה לישבע נגד העד דהיה צריך להחזיר עיין שם בטור וברא"ש משא"כ הכא דאם הי' ביד המלו' ולא הי' רוצה לישבע לא היה צריך להחזיר השטר כיון דשבועה דרבנן הוא ולא נחתינן לנכסי' הדרינן לסברא שכתבו שם כיון דאף אם ישבע לא יצטרך הלוה לשלם לו מש"ה א"צ המלוה לישבע כנ"ל:

ב **היה יכול לגבות.** עסמ"ע ס"ק א' דחייב לישבע נגד העד המכחישו. ובתומים השיגו כיון דאין אדם משים עצמו רשע א"נ לומר שמסרו לו שלא כדין ע"ש וקושיא זו ל"ק רק לפמ"ש התוס' בסנהדרין ט' דלא אמרי' פלגינן דיבור' בחד גופ' גבי פ' רבעני לרצוני ולומר שהיה לאונסו אבל להנך דס"ל דאמרינן אף בכה"ג פלגינן דיבורא א"כ ה"נ אף שאומר שנתן לו השטר מרצונו פלגי' דיבורא בחד גופא ואמרי' שחטף ממנו השטר לאונסו. ועש"ך ס"ק ג' ואפי' למ"ש בסי' נ"ח ס"ק ך"א דמשמע מדברי התוס' וכו' דגבי סטראי הו"ל מהשואיל"מ וכו' קשה לי דהא הבעה"ת בשם הרמב"ן כתב גבי סטראי בטעם דלא הוי מחשואיל"מ משום דהוי שבוע' דרבנן רק דהוה קשה לי דמ"מ כיון דלא מהימן בסטראי רק מטעם מיגו דלהד"ם ליבעי שבוע' כמו בטענת להד"ם ע"ז כתב משום דהוי כמפויס ועומד וא"כ התוס' והר"ן דס"ל דהוי משואיל"מ אף דהוי רק שבועה דרבנן מ"מ יכולין להודות בסברא שמפויס ועומד רק דס"ל כיון שאינו נאמן רק במיגו דלהד"ם ובטענות להד"ם ודאי דצריך שבועת המשנ' הוי מחשואיל"מ ואפשר דהש"ך ס"ל דאי אמרי' סברי דמפויס ועומ' בטענות סטראי לא שייך כלל לו' משואיל"מ דהוי כליכא שבועה כלל בעולם. ועיין עוד שסיים דמ"מ לא גרע הכחשתו מאילו היה מודה לו והיה טוען ברי

שחייב לו שלא היה צריך לישבע וכמ"ש לקמן וכו' ובספר קצה"ח תמה כיון דהיה יכול לישבע צריך לישבע וא"ל להימן במיגו דהיה מודה דא"כ בע"א מודה שהיא פרוע והוא טוען להד"מ יהיה נאמן במיגו דסטראי לדעת בעה"ת א"ו דמיגו במקום ע"א לא אמרי' עכ"ל. ודברים אלו מתמיהין בעיני כל רואיהן דהכי שאני כיון דטען שני הטענות דהיינו שחייב לו על השט"ח וגם טען עוד טענת להכחיש העד שלא מסר לו השט"ח ושפיר הקשה הש"ך כיון דאם הי' מודה לדברי העד והיה טוען הטענ' שטוען ג"כ עכשיו דהיינו שחייב לו על השט"ח היה פטור בטענ' זו וא"כ מה בכך שטוען עוד טענ' להכחיש העד בדבר שאין בו כפירת ממון הא אם יצוו לו לילך לישבע מודה לדברי העד ונפטר והאיך אפשר כשמוד' בפני ב"ד ויאמר בשקר הייתי טוען לפניהם יפטר ואם יחזיק בטענותו ואמר אמת טענתי יתחייב:

ג **ואם הוא מודה.** עש"ך שהקש' דיהיה נאמן במיגו. ועוד הקשו הסמ"ע והש"ך מלקמן בסי' ט"ז ע"ש. ועסמ"ע מה שתירץ על זה ובדרישו' הביא ג"כ תירץ זה וכ' בעצמו שהוא דחוק דא"כ בשטר שנפסל היה לו להניח בב"ד ע"ש שתי' בתי' מרווח וקיימתי' בעז"ה מסברא ולא נודע למה לא הביאו בסמ"ע והוא דשאני הכא בשליש שכ' הרשב"א הביאו הש"ך ס"ק ז' דשליש הוא בע"ד ממש דהא הימני' שיהי' כמו שיאמר אפי' אם יזיקו וכשנולד ספק לשליש הוי כנולד ספק לבע"ד וא"כ הוי בהמלו' טוען ספק והלו' ברי דפטור כמבואר בסי' נ"ט משא"כ לקמן דמצאו אחר וכו' ובתומים הקשה עליו דהא במקום עדים אין השליש נאמן ומגו כעדים דמי. ולק"מ לפמ"ש הב"ש באה"ע סי' קמ"א ס"ק י"ד דלא מהימן במיגו נגד השליש. ובסי' נ"ו ובחידושי לאה"ע שם הוכחתי זה בראי' ברור' ע"ש. עוד הקשה דהא אנן לא קיי"ל כרשב"א בסעיף ב' וזה ג"כ לק"מ דודאי אף החולקים מודים להרשב"א בהא דספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד רק דפליגי בדבר אחר כמו שאבאר לקמן סעיף ב' בס"ד. גם מה שהקשה דהא כבר יצא השלישות מת"י ושוב לא דייק השליש לק"מ דדוקא כשיצא השלישות מת"י שיסתלק מהשלישות שוב אין לו דין שליש משא"כ הכא מיירי שנתן לידו בפקדון שהיה אצלו בחזקת נאמן שיחזיר לידו עדיין שליש הוא. ועש"ך סי' נ"ו ס"ק ל"ד דאפי' מסרו לב"ד או לאפוטרופוס דעדיין הוא שליש ומכ"ש הכא. ועוד דהמלוה הוא מודה שבשעה שמסר לידו השליש שהיה עדיין מידק דייק אמר לו מסופק הוא ואז בודאי ספיקו כספיקו של הבע"ד ואיתרע שטר':

ד **ומחזיר הקרקע לבעלי'.** עסמ"ע ס"ק ג' דטענות לקוח לא מצי טעין שהרי ע"י שטר המושלש נודע שבא לידו בתורת משכונא. לכאורה הוא תמוה דהא אפי' שטר משכונא

הוא ביד הלוה וזה מוחזק בה ג' שנים ודאי דלא מצי לקלקל החזקה בזה דהלוקח יכול לומר שכתבת בעצמך השטר משכונא דהא כותבין שטר ללוה ולמוכר ואף ע"פ שאין המלוה והלוקח עמו ואפי' אם ע"א מעיד שמדעת המלוה נכתב ע"א אינו יכול לקלקל שני חזקה וא"כ הכא אע"פ שהשליש טוען ברי שמיד שניהם בא אין מבטל החזקה דנגד זה השליש כע"א דמי דלא שייך הימני' גבי שליש רק נגד שיכול למסור השטר למי שירצ' כיון שיכול לעשות כך אבל לקלקל החזקה לעולם לא הי' יכול לעשות דאפי' אם ימסור השטר משכונא ליד המוכר לא יבטל החזקה מטעם שכתבתי דאין השטר משכונא מועיל לבטל החזקה רק כשזמן השטר הוא אחר שהתחילו שני חזקה דאז אפי' כתבו הלוה בעצמו מ"מ הוי כמחא' בפני עדים וגם צריך שלא יעבור שלש שנים מיום כתיבת השטר דהא צריך למחות בסוף כל שלש שנים וגם זח אינו רק למאן דס"ל בסי' קמ"ו דאם אמר בפני עדים שדה זו משכונא הוא בידו הוי מחא' אפי' לא אומר למחר אתבענו בדין ע"ש. ועכצ"ל דהסמ"ע קאי בשיטת הסוברים בסי' ל"ט סעיף י"ג דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה בלא אקנייתא ואז לא חיישינן למיקרי וכתב כיון דלא איתרע כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"א ולא חיישינן רק לפירעון וא"ש. אבל באקנייתא אף להנך דס"ל דעידיו בחותמיו זכין לו מצי טעין לקוח וזה ברור:

ה **וכן יורשי נפקד.** עסמ"ע ס"ק ו' עד כיון דיש שטר כשר מודה שהלו' לו וכו'. הכוונה דבשטר הלואה ליכא למיחוש לשמא כתב ללות ולא לוה דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה כמבואר בסי' ל"ט סעיף י"ג רק בנפל חיישינן למיקרי וכתב משא"כ ביד שליש לא איתרע כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"א:

ו **לא יחזירו.** עש"ך ס"ק ז' עד דלא כהרשב"א הנה לכאורה קשה להבין טעם הרשב"א דהא כיון דלא ידע אי מהלו' אי מהמלוה מה"ת יחזיר למלוה לא ניחוש לפרעון וצ"ל בטעם הרשב"א כיון דשמואל אפי' בנפל לא חייש לפירעון בב"מ י"ג מטעם דאי איתא דפרע מיקרע הוי קרע ליה מש"ה אפי' לדידן דחיישינן לפירעון מ"מ ביד שליש דלא איתרע לא חיישינן לפירעון והחולקין ס"ל דבשליש חיישינן דילמא הושלש על איזה תנאי מהלוה. ולזה נ"ל דהא דמבואר בס"ס מ"א דאם הפקידו ביד אחר והלוה אמר ממני נפל דנאמן במיגו ע"ש בסמ"ע ס"ק ל' וכ"ה בטור. וכתב באו"ת דאם אתחזק בב"ד דאינו נאמן ולפענ"ד נראה דהא ודאי ליתא דא"כ במכר שט"ח במסר ולא כתב דאין הלוקח נאמן והמוכר גובה בו ואמאי יהיה הלוה נאמן לומר ממני נפל דאף שהלוקח אומר שהשטר טוב מ"מ אמאי יהיה נאמן הא לית ליה מיגו דאי בעי היה מהדר ליה דהא רוצה להוציא החוב לעצמו הן אמת שהסמ"ע בסי' ס"ו כתב דנפטר הלוה כשטוען ממני

נפל אבל לא מסתבר כן ועמ"ש שם. ועוד דמעשים בכל יום דגובין בשט"ח ששולחין ע"י שליח ואף דאתחזק השטר ביד שליח בב"ד אלא ודאי דלא חיישינן כלל לנפילה ופקדון מהלו' אחר הפרעון דלפרעון לא חיישינן כל זמן שאין רואין שנפל ואיתרע אפי' למאן דפליג אשמואל ועוד דאמרי' ביבמות קט"ז אי לנפילה מיזהר זהיר ביה ואי לפקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה ואמאי לא ניחוש לנפיל' מהלוה ועוד למאן דחייש לנפילה דיחיד בב"ב פ' גט פשוט ניחוש ג"כ לנפיל' מהלוה אלא ודאי לפרעון ולנפילה מהלוה לא חיישינן כי אם כשרואין שנפל דאיתרע או בשנים אדוקין דלקמן דאיתרע גם כן שהלוה אדוק בו אבל בלא"ה לא חיישינן וכשהוא ביד אחר חיישינן לשלישות על תנאי תדע דהא אפי' לשמואל דלא חייש לפירעון מ"מ בנמצא אצל שליש וא"י מה טיבו לא יחזיר וע"כ דחיישינן לתנאי שלישות ולענין זה גרע בנמצא ביד אחר וחיישינן יותר וא"כ הא דקאמר הטור דמהימן משום מיגו דהיה מחזיר בינו לבינו אין כוונתו שיש לו עכשיו מגו אלא כוונתו אע"פ שהוחזק בב"ד ולית ליה עכשיו מגו מ"מ כיון שהיה לו מיגו שהיה יכול להחזירו בשום פעם נאמן כיון דהימנוהו כמ"ש הש"ך בסי' נ"ו ס"ק י"א ע"ש. אפי' להנך דס"ל בסי' נ"ו בש"ך ס"ק ה' דכשמכחיש השלישות אין השליש נאמן מ"מ הכא לא חיישינן לנפילה מהלוה רק לתנאי שלישות וכמש"ל יש לו דין שליש ומש"ה במסר ולא כתב אף דאין לו עכשיו מיגו מ"מ לענין זה במה שאומר שהשטר כשר נאמן דהא לנפיל' ופקדון מהלו' לא חיישינן רק לשלישות דהא הימנוהו שיהי' כך אם יאמר כך אף אם ישקר ואף דלית ליה עכשיו מיגו דהא רוצה לגזול לעצמו. אמנם נראה אף דהש"ע פוסק דלא כהרשב"א כמ"ש הש"ך היינו רק במאי דפסק הרשב"א דלא חיישינן כלל שבא מהלוה בזה קיי"ל דלא כוותיה ומש"ה אפי' נמצא אצל יורשי הלוה לא יחזיר דחיישינן שבא מהלו' לתנאי מתנאי השלישות וכמש"ל מ"מ בהא דס"ל להרשב"א דספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד נרא' דכ"ע מודו בהא דאלת"ה קשה קושיא עצומ' אדין זה דנמצא וא"י מה טיבו דמונח עד שיבוא אליהו והוא משנה בב"מ דף ך' הא בב"מ ב' בד"ה ויחלוקו כתבו התוס' דמנ' שלישית כיון דהנפקד תופס בחזקת שניהם דהוי כשנים אוחזין רק במנה השלישית הטעם דמונח משום שאין החלוק' יכולה להיות אמת דאין דרך להקנות מה שביד אחר ובדף ז' אמרי' דשנים אדוקין בשטר דיחלוקו כמו בשנים אוחזין בטלית ולפ"ז ק' בשטר הנמצא ביד שליש כיון דהו"ל כמוחזק כיון שהשליש תופס בחזקת שניהם כמ"ש התוס' הנ"ל והחלוקה יכולה להיות אמת דהא הספק הוא ג"כ אם מקצתו פרוע אמאי פסק הדין דמונח הי' לו להיות נידון בחלוק' כמו בשנים אוחזין בטלית ואפי' אם נאמר דשאני מנה שלישית כיון שהוא נפקד משניהם

מש"ה כתבו התוס' דהוי כשניהם מוחזקין משא"כ הכא דיש לספק שמא אחד בלבד הפקידו לא הוי כמוחזקין וכסברא זו כ' השטה מקובצת מ"מ הו"ל לאפלוגי במתני' דאם הוא יודע שהוא שליש משניהם וא"י מה טיבו דיחלוקו ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן אלא ע"כ הטעם דמונח מטעם שכ' הרשב"א דספיקו של השליש הוי כספיקו של הבע"ד והוא מרע לי' לשטרא מש"ה הדין דמונח ובלוה המשליש אין סברא לומר דספיקא של השליש משוה לי' לשטר' מעלי' שא"י לעשות משטר פרוע לשטר מעליא ולפ"ז ביורשי הנפקד ויודעין שהוא שליש משניהם דהוי כמוחזקין וזהו לא שייך ליה דמרעי ליה לשטר כמ"ש הרשב"א באמת הדין דיחלוקו: עוד כ' הש"ך לתרץ קושית הרשב"א מהא דבפ' זה בורר דרב נחמן לא הימני' לענין להחזירו ללוה שיקרע השטר ולהאי לישנ' כיון דאיתחזק בבי דינא תו לא מהימן ויהי' מונח עכ"ל. והוא תמוה מאוד דבשלמא אי מה שלא מהימן כיון דאיתחזיק היינו דא"נ והשטר כשר וגובה בו שייך לומר כיון דאיתחזק בב"ד השטר ושוב אם יקרע השליש לשטר ג"כ יהי' המלוה יכול לגבות חובו בב"ד כיון שהב"ד כבר ראו השטר ושוב ליכא מיגו להשליש משא"כ אם נא' דהוא רק לענין מונח אם כן אף שראו הב"ד השטר ביד שליש כשלא אמר כלום השליש ממילא הי' הדין שיהי' מונח ביד שליש דהא אפי' בכל מונח הדין דיהא מונח ביר שליש כמבואר בסי' ש' א"כ אפי' אם הב"ד ראוהו מ"מ יש לו מיגו דלא יאמר שהוא פרוע וישרפנו למחר וליומ' אוחרא כיון דעדיין יהי' מונח בידו לעולם דאפי' אם יאמר שא"י מה טיבו הב"ד יניחו אותו בידו. ולפענ"ד נראה לתרץ קושית הרשב"א דודאי כל זמן שהשטר ביד שליש ואינו אומ' כלום בב"ד אין הב"ד גובין בשטר זה אפי' לר"נ כמו בא"י מה טיבו ומה"ת יהי' גרע מכח מה דאיתחזיק בב"ד. אך התם בסנהד' כי דייקת בלישנ' דאמרה ידענ' ביה שהיא פרוע ע"כ דלא אמרה שהלוה השליש בידה או שהמלו' מסר בידה להחזירו למה דלישנא דידענ' ביה לא משמע הכי אלא ע"כ דמיירי שאמר' שהמלוה הפקיד בידה דלפי הפקדון או השלישית מחוייבת להחזיר למלוה רק שיודעת מצד אחד שהוא פרוע כגון ששמע' אחורי הגדר איך שפרע הלוה למלוה שטר זה ואילו הי' אומרת כן בב"ד בתכ"ד היתה נאמנת במיגו דאי בעי קלתי' אבל כשהוחזק בב"ד דהיינו שהוציא השטר בב"ד ואמר' שהמלוה הפקיד בידה ושייך השטר למלוה ואחר כ"ד אמר' ידענא ביה דפרוע הוא שוב ליכא מיגו דכל מיגו הוא רק תכ"ד מש"ה לא הימני' רב נחמן ורבא ס"ל דנאמן מטעם שליש כיון דהי' לו מיגו בשום פעם. ואפשר דאף הרשב"א מודה היכא דאין יורשי השליש יודעין אם מהלוה דמונח רק דפליג בהיכא שידוע שהוא מהמלו' רק שמסופק בפרעון וס"ל דלא חיישי' לפירעון כנ"ל:

ז **קודם שבא ליד אחר.** עסמ"ע ס"ק ז' עד כל זמן שלא נשמע מפיו דהאחר ספיקתו וכו'. וע' ברשב"א שמוכח מדבריו דדוקא בשטר שביד היורש דדמיא לשטר שנפל אז הדין כן דכ"ז שלא בא ליד האחר לא איתרע שטרא אבל בשליש גופי' דהטעם הוא משום הימניה ועשאו כהבע"ד שיהי' ספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד מש"ה אם תפס מהשליש בעדים אפי' קודם שנשמע מפיו ספיקותם מחויב להחזיר לשליש וספיקו של השליש כספיקו של הבעל דין דכל שמחויב להחזיר לידו לא נסתלק נאמנות השליש כמו שכ' הש"ך בס"ס נ"ו גבי מסר ליד ב"ד או אפטרופוס בסתם ואפי' אם נא' שם דלא כהש"ך הכא דתפס ודאי דהדין כך משא"כ בשטר שנפל או מיד היורש אפי' מצאו או תפסו בעדים קודם שנשמע הספק מפיו דכשר דהא הרשב"א מדמה תפס מיד היורש למצא שטר שנפל מידו ושם אפי' בעדים הדין כך משא"כ בהשליש מדעת להאמינו:

ח **כתובת אשה וכו'.** עסמ"ע סק"ט וש"ך סק"ט שתמהו מהא להרמב"ם דסעי' ד' ומב"מ ז' ע"ש ולפעד"נ בפשיטות דהא אפי' בנפל ס"ל להראב"ד הובא בש"ך סי' מ"א דכשהוא תוך זמן גובה בעידי תוך זמנו ע"ש וא"כ אפי' להרמב"ם דפליג התם היינו משום דנפל ואיתרע אבל הכא דליכא ריעותא כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"א ודאי דגובה בעידי ת"ז ומש"ה גובה בכתובתה דלא גרע מתוך זמן והא דמבואר בסי' מ"א דבנמצא ביד אחר אפי' תוך זמנו אינו גובה שם ע"כ מיירי דהאחר מסופק דכשיודע נאמן האחר וכשהאחר מסופק הוי ספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד ואז ודאי דאינו גובה בעידי ת"ז יהא כשהבע"ד מסופק ודאי דאינו גובה אפי' הוא ת"ז ומשום הכי כשהשליש מסופק גם כן הדין כך אבל כשנמצא ביד יורשי שליש דלא שייך זה כמו שכ' רשב"א וליכא ג"כ ריעותא דנפיל' כ"ע מודו דגוב' בעידי ת"ז ושוב לא ק' משטר נדוניתא דסעיף ה' דמיירי בשטר אקנייתא ואיכא למיחוש נמי שמא הבעל צוה לכתוב ואמר תנו בידי ולא נתן הושלש על תנאי מתנאי השלישות משא"כ בכתוב' דודאי נתחייב רק הספק דשמא פרע ודאי דגוב' בעידי תוך זמנו. וזה פשוט ומ"ש הסמ"ע דא"י לטעון מכר' לי אפי' לדעת הרמב"ם נרא' הטעם כיון דאמרו בש"ס בב"ק ס"ט דכל לגבי בעלה ודאי מחלה ואין שום אדם לקח' ע"ש מש"ה א"נ לומר שלקח' ועוד דביבמות קט"ז אמרינן הטעם דלא חיישי' בשטרות לנפיל' משום דמיזהר זהיר בי' ובכתוב' הדין דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום לא זהירים בי' וחיישי' לנפילה:

ט **יעשה כמאמרם.** עש"ך ס"ק י"ב עד ואם אינו רוצה לישבע יחזיר השטר להמלו' וכו'. תמוה לי אמאי לא כ' הדין זה בכל מקום דתנן יהא מונח כגון במנה השלישית דסי' ש' דכל אחד יכול לומר השבע לי אתה אי אני אשבע וכשלא ירצה לישבע דמחזירין להשני

ולסי' רס"ז סעיף י' לא דמי דשם אחר השבועה יהי' מונח משא"כ כאן דאמר השבע וטול וא"ל דש"ה דהלו' יכול לומר אני מצוה להחזיר לך השטר והשבע וטול וכיון שאין אתה רוצה לישבע החזר שטרי דמ"מ ק' אם הלוה א"ר לישבע היסת יגבו בו כבשטר' מעלי' הא הוי כנחתינן לנכסי ובשבועת היסת לא נחתינן לנכסי. ואפשר דזה לא הוי כנחתינן לנכסי כיון שהשטר מונח ביד הנמצא ועיקר הדין על השטר ובשעה שמחזירין לא הוי כנחתינן לנכסי ומש"ה לא דמי לשאר מקומות דמונח דשאני הכא דיש למלוה חיוב שבועה על הלוה אפי' הוא מלוה ע"פ וכשא"ר לישבע מחזירין השטר משום דלא הוי כנחתינן לנכסי וכן הלוה על המלו' יש לו חיוב שבוע' על המלו' דכיון דאינו מצוה להחזיר שטרו מוקים להמעות שפרע לו במלו' דהא לא פרע לי' רק אדעת' שיחזיר לו שטרו ויש לו חיוב שבוע' עליו ומש"ה כשאינו רוצה לישבע מחזיר ללוה כיון דזה לא הוי כנחתינן לנכסי כמש"ל משא"כ במנ' שלישית בסי' ש' דהמפקידים אין להם שבועה זה על זה כלל מש"ה א"י לטעון כמו כאן:

י **טענתם טענה** ועש"ך סי' ס"ד ס"ק ד' דאפי' אביהם אינו נאמן במיגו בשטרות וע"ש מ"ש בזה. ובש"ך ס"ק י"ג עד טענינן להו שלקחם למשכון וה"ה דבכה"ג טענינן אפי' לקוח ופשוט:

יא **אנו מחזיקין**. עש"ך ס"ק ט"ז עד בשטר שיש בו קנין אפי' ידע שבא מהנותן וכו'. והיינו כשידוע שהקנ' בסתם ולא אמר תנו בידו עש"ך סי' נ"ו ס"ק כ"ז:

יב **דחיישי' לפרעון** ואם טוען לא לויתי מ"מ לא גבי מהלו' אף דשוב לא חיישי' לפרעון מ"מ נאמן אטענ' דלא לויתי אף למאן דס"ל דלא כתבינן שטר ללוה בלא מלוה מ"מ הא לרב אסי חיישי' לאקרי וכ' כמבואר בב"מ י"ד. ואפי' לאביי דלא חיישי לאיקרי וכ' מ"מ נאמן לו' לא לויתי במיגו דפרעתי כמו בשטר שאינו מקוים דנאמן לטעון לא לויתי במגו דמזייף אבל אם המלו' נותן סי' מובהק מחזירין להמלו' דלא שייך הטעם שכ' הסמ"ע ס"ק י"ח ואין לומר דכוונתו כשאמר לא לויתי דהעדים מסרו ללוה והלו' מסרו להמלו' בתורת אמנה ומש"ה יודע הסי' דבכל מקום שנאמן לטעון פרעתי נאמן לטעון גם כן אמנה כמבואר סי' נ' ולא משוי להעדים רשעים בטענה זו דזה אינו דהא בכת"י ג"כ יכול לטעון פרעתי ומ"מ כשטען לא לויתי והוציא עליו כת"י הוחזק כפרן כמבואר בסי' ע"ט ופ"ב. אמנם כשטוען פרעתיך בניסן וקבלתי השטר וממני נפל ומביא המלו' ראיה שראו השטר בידו באייר דאפ"ה נאמן על הפרעון דאף שהוכחש על אמירתו שקיבל השטר ונפל ממנו מ"מ במה שאמר שפרע לא הוכחש דהא אם הי' טוען פרעתיך והנחתי בידך השטר ונפל מחמת שלא נזהרתי בו הי' נאמן מש"ה אף שאמר שקיבל מידו השטר

הוי מילי דכדי כנ"ל. וכן בראובן שטען לוית ממני מנה על כת"י וטען פרעתיך וקבלתי ממך הכת"י ואח"כ הוציא ראובן הכת"י דאף שהוכחש במה שטען שהוציא הכ"י מ"מ אטענות פרעון לא הוכחש ונאמן דכל הכחש' שאינו בגוף הדבר דחשבינן למילי דכדי דלא דכירי אינשי ואם הוחזק כפרן בשטר שנפל אז הדין כך אם הוחזק כפרן קודם שנפל כגון שטען לא לויתי והוציא השטר שלו' ואמרו לו ב"ד צא תן לו דכיון שאינו נאמן לומר פרעתי אח"כ אפי' במלו' ע"פ כיון דהוחזק כפרן מ"מ בשטר ונפל השטר נאמן לטעון פרעתי אח"כ כמ"ש התוס' בב"מ ט"ז ד"ה משום דהוחזק כפרן אבל אם טען טענה אחר שכבר נפל השטר והוחזק בה כפרן שוב אינו נאמן לו' אפי' פרעתי אח"כ כיון שאין נפילת השטר ראיה לטענות הפירעון שאח"כ ומכ"ש שאינו נאמן לומר פרעתי קודם כשטען לא לויתי דהרי הודה בעצמו שלא פרע כדמוכח בב"מ י"ז בעובדא דכלתי' דר' שבתאי ברי' דרב מרינוס וא"צ לפנים:

יג **נקב יש בו.** עש"ך ס"ק כ' עד סי' אחר מובהק וכו' היינו קשורין וכרוכין וע"ל סעיף ט' וי' מ"ש בזה:

יד **בני חורין שמספיקין** עסמ"ע עד דאיכא ודאי פסידא דלקוחות והעיקר כמ"ש הש"ס גבי שטר מתנה שכותבין לנותן אע"פ שאין מקבל עמו. וז"ל ואכתי ניחוש דלמא יזיף ביני וביני ואית להו לבע"ח למיגבי מהאי ארעא ולא מצי גבי מיני ובההיא חששא דאמרי' דאתי בע"ח וטריף שלא כדין לא דמי דהתם אי טריף בגזיל' ממש הוא בא בידו אבל מקבל מתנה אע"פ שמונע בע"ח בשטר מוקדם שלא יטרפוה ממנו ושלא כדין הוא וכו' אלא שלא חששו לקנוני' רק במקום שהשד' יהי' בגזיל' בידו אבל לא חששי למניעת טריפות שיעבוד ואפשר להעמיס זה ג"כ בכוונת הסמ"ע דמניעת טריפ' לא מיקרי ודאי פסיד' ולא ק' גם כן משטר מתנה ולענין מה שהקשה הש"ך דלמא יש שטר מוקדם ויגבה מב"ח ואתי למיגבי בשטר זה מלקוחות יש ליישב דבב"מ י"ט אמרי' בשטר שנפל קלא אית ליה וכי אתי למיטרף אמרי' ליה אייתי ראייה וגבי גט אמרי' האי דאהדריה ניהליה רבנן משום דלא תעונן והכא גבי בעל חוב לא אתי לוקח ותבע מדאהדרו' ניהלה רבנן פשיטא למאי הילכת' אהדרוה למיטרף הוא ש"מ קמו בי' רבנן במילת' ומקמי דידי מטא שטרא לידיה ואם כן כשיש בעל חוב אתי לוקח ותבע אייתי ראיה אימת מטא שטרא לידך דמימר אמר הא דאהדרוה רבנן למיטרף מבעל חוב הדריה ניהלי' דהא ידע שהניח מקום לגבות מבעל חוב והב"ד לא ידע בשעת חזרה דאיכא שטרא אחרינ' וכי אתי לב"ד ותבע אייתי ראיה ושוב לא גבי' וליכ' פסיד' וכ"כ הט"ז גבי שובר שיאמרו הלקוחות שלא החזירו אלא להפטר מהמלו' שלך ולא לגבות ע"ש וה"נ ס"ל להפוסקים גבי שט"ח

כשיש ב"ח שיאמרו שלא החזירו רק לגבות מב"ח ולא לטרוף מלקוחות ודוקא שאין להלוה שום ב"ח הלקוחות יאמרו קמו ביה רבנן דהא החזירו השטר רק לטרוף משא"כ כשידעו שהניח ב"ח בשעה שנמצא יאמרו הלקוחות הב"ד לא ידעו מבע"ח המוקדם ולמיטרף מב"ח אהדרוה ויאמרו אייתי ראיה:

טו **אם חייב מוד' יחזיר.** עסמ"ע ס"ק ך"ב שתירץ על קושיות המ"מ דל"ל חנפק וז"ל כיון דאיתיליד ביה ריעותא בנפיל' דלמא אין ביד המלו' מעות ולא ילויהו עד זמן מה ויעש' קנוניא עם הלוה בשביל הקדמת הזמן והלוה יעשהו בשביל פשיטי דספרא אבל כשהוא מקוים דליכא למיחש להכי וכו'. ולכאור' הוא תמוה דאפי' איכא הנפק מ"מ איכא למיחש דלמא פרע ועתה רוצה לחזור וללות אחר כמה ימים שאין למלוה מעות עכשיו דמכלו' עושה זה משום רווחא כדאמר בש"ס התם ובדף י"ז והלוה עושה זה משום פשיטי דספרא ונרא' לפרש דבריו דכך הוא כוונת דבריו דלא מיבעי' לפירש"י הובא לעיל בש"ך סי' ל"ט דס"ל דאין כותבין שטר ללוה ואפי' מלוה עמו עד שיראו נתינת המעות מטעם שמא לא ילוה המעות עד תשרי ודאי דלא יחזיר כ"ז שאין בו הנפק דלא עדיף משטר חדש שכותב עתה שאין נותנין למלו' בלא ראיית המעות אבל כשיש הנפק יחזיר דליכא למיחוש לפירעון ורוצה לחזור וללות דהתוס' בב"מ י"ג ד"ה ה"ט דחיישינן כתבו וז"ל דמשום פשיטי דספר' לא יפסיד ללקוחות ממון מרוב' משא"כ כ' ללות ולא לוה דחיישינן לזה היינו משום שכבר נתן לסופר ואינו רוצה להפסידו וכו' עכ"ל ע"ש וע"כ הא דהוצרך הש"ס בדף י"ז לומר אחשש זה דהמלו' לא שביק ולא אמר כטעם התוס' דאחר הפרעון הלוה לא יעשה הוא מטעם שכ' השיט' דדוקא כשיש פסיד' דלקוחות לא יעשה הלוה בשביל פשיטי דספרא להפסיד ללקוחות משא"כ בו ביום דליכא פסיד' דלקוחות יעשה הלוה הוצרך לומר דהמלו' לא שביק ע"ש וא"כ ליכא למיחוש הכא בנמצא בו ביום לפרעון ורוצה לחזור וללות דממ"נ אימת יחזור וילוה ובו ביום המלוה לא יעשה זה דהא לית לי' רווחא ואי רוצה ללות אחר כך הלוה לא יעשה זאת להפסיד ללקוחות ממון מרוב' בשביל פשיטי דספר' כמ"ש התוס' משא"כ לענין חשש דכ' ללות ולא לוה אף הלוה יעשה זאת ואפי' לשיטת התוס' דס"ל דכותבין שטר ללוה כשהמלו' עמו אפי' לא ראו נתינת המעות ולא חיישי' שמא ילוה אחר כך לא דמי דהתם לא חיישינן שיכתבו הלוה והמלו' שטר מוקדם הלוואה בכוון ויעשו אותו קנוניא דהלוה לא יעשה זה להפסיד ללקוחות בשאין לו הרווחת פשיטי דספרא וכן מוכח מהסמ"ע שכ' שיעשה קנוני' וכו' הלוה יעשה זאת בשביל פשיטי דספרא וכו' משמע במקום דלית ליה הרווחת פשיטי דספרא לא חיישינן לקנוניא שהלו' לא יעשה זה וזה

אין לחוש שמא המלוה הבטיח לו להלות לו תיכף ואחר כך לא לוה עד למחר דא"כ לא יהיה הפסד פשיטי דספרא להלו' רק להמלו' דבכה"ג צריך המלוה להחזיר ללוה הפשיטי דספרא כמבואר בסמ"ע סי' ל"ט ס"ק מ"ו ע"ש ואם כן הלוה לא יעשה זה כמ"ש התוס' הנ"ל רק כשאין המלוה בפנינו חיישינן שמא יומשך הזמן ממילא שלא ימצא המלוה שילוה לו וממילא ילוה הלוה אפי' אחר זמן השטר שלא יפסיד פשיטי דספרא ולקנוני' לא חיישי' כשלא נפל משא"כ הכא שנפל וחיישי' לאיקרי וכתבו הלוה בעצמו ועתה עושה זה בשביל פשיטי דספרא וכן מוכח מדברי הסמ"ע שכתב דחיישינן בשביל ריעותא דנפיל' לשמא אין לו מעות עכשיו וילוה לו אח"כ הא בשטר חדש לא חיישינן לזה אלא ודאי צריך לחלק כמ"ש כנ"ל ברור ובחנם הרעישו גדולים בזה והוא פשוט לפענ"ד עוד נראה לתרץ בדרך אחר נכון והוא תי' הריטב"א ס"ק דב"מ וז"ל האי דכתב ללות ולא לוה פי' שנמלך מבלי ללות כלל והלך לסופר ולעדים לבטל שליחותן (") וא"כ השטר הוא כחרס ובטל שיעבודו ועכשיו דלוה בו הוא לוה בשטר שאין בו ממש והמלו' לא ידע עד דנאמר מלוה גופי' לא שביק ולכך בעינן הנפק ועל זה תמה בתומים הרבה חדא דא"כ למה הוצרך אביי לומר החשש פרעון ולא אמר החשש דביטול השליחות וכו'. ובספר קצה"ח כ' דלאביי דס"ל עידיו בחותמיו זכין לו הוי כאילו מטא לידו למפרע ולא מהני שוב ביטול השליחות וכו' לא אמר כלום. גם מ"ש לתרץ קושיא של פלפלא חריפת' הן דברים שאין להם שחר וכל מי שישלו מוח בקדקדו ירא' שהן דברים תמוהים. עוד תמה בתומים על הריטב"א שנתן לשטר דין גט דמהני ביטול השליחות שלא יהיה חוזר ולוה בו הא לא בעינן לשמה בשטרות וכו' הוא באמת לכאור' תמוה ואולם אחר העיון דברי הרב נכונים מאוד ומקודם ניישב סוגי' תמו' בב"מ י"נ דפריך אי כשחייב מודה אפי' יש בו אחריות יחזיר ומשני ר"א משו' שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ופריך אי בשטרי אקנייתא הא שיעבד ליה נפשי' ואי בשטרי דלאו אקניית' הא כי ליכא מלוה בהדי' לא כתבינן ומשני כיון דנפל חיישינן לאיקרי וכתב אביי אמר עידיו בחתומיו זכין לו משום דקשיא לי' לאביי כיון דאי ליתא למלוה בהדי' לא כתבי' לאיקרי וכתב לא חיישי' ומקשה ממתניתין דמצא גיטי נשים וכו' דחיישי' לנמלך ואי אמרת עידים בחותמיו זכין לו כי נמלך מאי הוי ומשני בעי' מטא גיטא לידיה ומקשה ממתניתין דמצא שט"ח לא יחזיר ומשני דחיישי' לפרעון ולקנוני' והקשו בתוס' ד"ה משום דקשי' לאביי דבשביל כך לא היה צריך לומר עידים בחותמיו זכין לו דהיה לו לומר בר"א ולא יחזיר משום דחיישי' לפרעון. והוא תמוה גדולה. ולפענ"ד נראה ליישב בפשיטות דהנה לכאור' תמוה הא דפריך אי בשטר אקניית' הא שיעבד ליה נפשיה הא מבואר בסמ"ע סי'

רמ"ג ס"ק ט"ז גבי חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה וז"ל אף ע"ג דבעלמא טורף ממשעבדי בעידי קנין היינו דוקא שלא היה כאן מחאה דאמרינן עידי קנין מפקי לקלא כיון דכל קנין לכתיבה עומד אבל כיון דמיחה בעדים מלכתוב לו השטר כדי דלא ליפקי עליה קלא גם הם יזהירו למלאות רצונו ולא יפקו לקלא ולא ידעו לקוחות ליזהר מש"ה אינו גובה מלקוחות אבל מבנ"ח גובה וכן הדין בשט"ח ואפי' אם כתבו כבר ומוחה מליתנו עיין בסמ"ע סי' ל"ט ס"ק י"ג וא"כ קשה לוקי בשטרי הקנאה דהיינו שטר שיש בו קנין במ"ש הרא"ש ובאין חייב מודה דהוי כחזרה דנתבטל כנגד משועבדים ונגד בנ"ח לא נתבטל מש"ה לא יחזיר כשיש בו אחריות ואין לומר כיון דחוזר בשטר אפי' בשטר שאין בו אחריות אמאי יחזיר הא יכול לומר לא ניחא לי באפושי שטרות זה אינו דהא מבואר בסי' ל"ט סעיף ד' דהולך לפני ב"ד וכותבין לו מכ"ש דיכולין להחזיר שטר זה לראיה כיון דאין בו אחריות ואינו אלא לראיה ואף אם נאמר דבעינן דוקא כשמוחה בעדים ומטעם שכ' הסמ"ע דהעדים לא יוציאו הקול והכא ליכא הע"ח שימחה בפניהם מ"מ קשה דכיון שמוחה אסורין ליתן לו השטר כיון דיכול לבטל המשועבדים ועוד דניחוש כיון דנפל ואיתרע דלמא מיחה בפני העדים דאז נתבטל השטר נגד המשועבדים משום דלא מפקי לקלא ומיד העדים והסופר נפל כמו שמקשה הש"ס בב"מ כ' ע"ב גבי ג' שלוו מא' ע"ש ברש"י או דאיקרי ונתנו ליד הלוה אחר שמיחה ומידו נפל וכן צ"ל בפי' הריטב"א הנ"ל שמפורש שמא ביטל שליחותן דהיינו שמיד הסופר והעדים נפל או דאיקרי ונתנו כמ"ש התומים. ונראה דזהו ג"כ כוונת הריטב"א בהא שפי' דילמא ביטל שליחותן והרי כחרס הנשבר שאינו חוזר ולוה בו וכו' לאו דדעתו דשטר דינו כגט דבעי לשמה כמו שפי' התומים רק כוונתו דנתבטל נגד משעבדי כיון דיכול לחזור בשטר וכמ"ש הסמ"ע ואין לזה כיוון ודאי דהאמת אתו ולכאור' הוא תמוה עצומה על הש"ס וכן יש לתמוה אשמואל דאמר המוצא שטר הקנא' יחזיר הא איכא למיחש שמא מיחה בשטר ונתבטל נגד משועבדים ועכצ"ל דבשטר אקנייתא כיון דלא חיישינן לשמא אמר תנו בידי כמ"ש הש"ך סי' נ"ו ס"ק כ"ח אף דבאין בו קנין חיישינן לשמא אמר תנו בידי כמ"ש הש"ך בסימן פ"א ס"ק ע"ד מ"מ בשטר קנין לא חיישי' לשמא אמר תנו בידי וכמו דלא חיישי' לשמא אמר בשעת קנין תנו בידי ה"נ לא חיישינן לשמא חזר בו אח"כ בפני עדים ואמר להם תנוהו בידי וכ"ש דלא חיישינן לשמא אמר אל תתנוהו לו כלל וגם אפי' אם נאמר דאפי' מחאה לב"ד מליתן השטר קנין מבטל טריפת משעבדי מ"מ לא קשה באין חייב מודה אמאי יחזיר הא הוי כמוחה מליתנו וניחוש שמא לא מטא לידיה עדיין ומחאה דעכשיו מבטלו די"ל כיון דבשטר אקנייתא אין לחוש שנפל מיד הלוה דהא העדים אין

נותנים אותו ללוה רק למלוה ואין לחוש רק לשמא מיד הסופר והעדי' נפל והעדי' ודאי מהדרים בשטר כשר השייך למלו' שלא יאבד מידם דיותר יש לאדם ליזהר שלא יזיק משלא יוזק ואף דבב"מ ר' גבי שלשה לווין ולקמן סעיף י"א מבואר דחיישי' לשמא נפל מהסופר והעדים הוא דוקא בשטר שאין בו קנין דהשטר עדיין לאו דמלוה הוא קודם שמטא לידו (") ואינו שוה כסף עדיין חיישי' לשמא נפל מהן משא"כ בשטר קנין שהוא של המלוה דאפי' מוחה לא נתבטל גוף החיוב דאינו חוזר מגוף השדה ודאי דהעדים זהירין בו וא"כ א"ש ג"כ קושית התוס' דמעיקרא הוי ס"ד דעדיו בחתומיו זכין לו אפי' לא מטא לידיה ולא לוה כלל וע"כ אפי' אי היה כך מ"מ כשמוחה בעדים מליתן ודאי דנתבטל נגד משועבדים דלא עדיף משטר קנין דלא בעינן מטא לידי' ואפ"ה כי מוחה בעדים לא מפקי קלא כמ"ש הסמ"ע בסי' רמ"ג אף דבעלמא בקנין לחוד גובה ממשעבדי מ"מ כי מיחה כו' ע"ש וא"כ בכה"ג ודאי דאיכא למיחש שמא חזר בו ומיח' בעדים כי היכי דליתבטל עכ"פ גביות משעבדי ובשום אופן אחר לא הי' יכול לעשות דאפי' בע"ח יהיה יכול לגבות ממשעבדי וצריך הוא למחות ולהודיע לעדים למען לא יוכל לטרוף ממשעבדי: ועוד דהעדים לא יתנו לו את השטר אם ירצה ליקח מידם דהא זכו להמלו' אף אם לא ילוה וצריך הוא למחות לקלקל עכ"פ המשועבדים וא"ש בלאו חששא דפרעון וקנוניא דיש בו אחריות לא יחזיר ואין בו אחריות יחזיר דחיישינן דלמא מיחה דנתבטל נגד משעבדי ולא נגד בנ"ח דהא בשטר שאין בו קנין בוודאי חיישינן לדלמא מיחה בעדים וביטל כמ"ש הריטב"א דהא חיישינן בשטר שאין בו קנין לשמא אמר תנו בידי כמבואר בפוסקים ובש"ך סי' מ"א ס"ק ע"ד ומכ"ש דחיישינן לשמא חזר אח"כ לעדים ואמר תנו בידי דאף שאמר כתבו ותנו הא קיי"ל בכתובות ר"פ אע"פ בכתבו ותנו דצריך לאמלוכי ביה אלמא דאפי' לכתחילה בלא נפל חיישי' לשמא חזר בו בין כתיבה לנתינה מכ"ש דיש לחוש כשנפל דלמא חזר בו ואף בשעת חתימה זכו לו העדים תיכף בע"כ של הלוה אף שחתמו עצמם בלא ידיעת הלוה מ"מ לענין משעבדי שיכול לחזור בו ודאי דחיישינן שמא חזר בו קודם הנתינה כמ"ש הריטב"א וכיון דחזר מבטל טריפת משעבדי ולא בנ"ח מש"ה יש בו אחריות נכסים לא יחזיר ואין בו יחזיר ואתיא מתניתין שפיר ומקשה ממתניתין דמתנות ושוברין דחיישינן לשמא נמלך ושם נגד בנ"ח הוא אלמא דלא אמרי' עבחז"ל אפי' נגד בנ"ח ומשני דבעי מטא לידי' והשתא מקשה שפיר ממתניתין דמצא שט"ח דע"כ מיירי בחייב מודה דאמאי לא יחזיר דאין לחוש דלמא מיחה בעדים מליתנו דלמא היה לו למחות בעדים כיון שהעדים נותנין אותו לידו וכל אימת דבעי ילוה עליו ואי לא ילוה לא יתן השטר ודאי אין לחוש לשמא מיחה בעדים וביטל השטר ויפסיד

פשיטי דספרא דהא כתב בתומים דלא חיישינן זה בשטר שבאו ללות בו משום דמוזהר זהיר שלא יקלקל פשיטי דספרא וכו' ע"ש בשלמא בסה"ד דלא בעי מטא לידי' והעדים זכין השטר למלוה ונותנין אותו למלוה בע"כ צריך למחות בעדים שלא יתנו להמלוה דאם לא ימח' ימסרוהו למלוה והוא צריך לקלקל טריפת משעבדי ובע"כ צריך למחות בעדים משא"כ להמסקנא כשמוסרין אותו להלוה ודאי דאינו מקלקל פשיטי דספרא ולא חיישינן לשמא מיחה בעדים ולזה הוכרח לתרץ מטעם פרעון וקנוניא והשתא א"ש גם דברי הריטב"א דבעינן הנפק דבלא הנפק איכא למיחוש לדלמא אמר כתבו ותנו למלוה ומוח' בעדים מליתן וכאן לא שייך מש"ל דהי' לו ליקח השטר לעצמו דהא הך מ"ד הוא רב אסי דס"ל אין כותבין ונותנין שטר ללוה בלא מלוה רק דחייש לאיקרי וכתב ללוה בלא מלוה ואח"כ מיחה בעדים מליתן דלא הי' יכול לעשות באופן אחר דהא לא הי' יכול ליקח השטר לעצמו דהא העדים לא היו נותנין לו אליבא דרב אסי וכיון דמיח' בע"ח מליתן שוב לא יפקו קול וכיון דעכשיו בשעה שמצא השט"ח שוב ליכא ע"ח ומחזירין השטר שלא בפניהם ואין יוצא הקול ודאי דבטל נגד משעבדי אף דהלוה אמר שלא מיחה הלוה עושה כן משום הרווחת פשיטי דספרא והמלוה ילוה עליו כיון דלא ידע מהמחא' שמיחה בעדים מש"ה בעינן הנפק ודאי ליכא למיחוש רק לפרעון ורוצה לחזור וללות בו ביום ובהא המלוה היודע בפרעון לא יעשה כן כיון דליכא רווחא וכדאמר בש"ס וא"ש הכל בס"ד. ומקום הניחו לי משמי' בעזה"י. ונידון מה שהקשה בתומים למאן דס"ל בסי' מ"ח דשטר שנמחל שיעבודו יכול לחזור וללות בו א"כ מאי קאמר בש"ס דחיישינן דלמא פרע ורוצה לחזור וללות בו המבלי אין עדים בעולם שיחזור ויקנ' בע"מ. לק"מ לפי מה שהעליתי בסי' מ"ח דבעינן שע"ח בעצמם יהיו עידי מסירה ע"ש וק"ל:

טז **דליתא ללוה קמן** עיין באו"ת שכתב דהטעם דלא חיישינן לפירעון בת יומא. וכתב דמיירי דכתוב בשטר בזמנו כתבנו או נכתב בו דאקני דאז ליכא למיחוש חשש מאוחר אבל בלא"ה חיישינן דהשטר הוא מאוחר וחיישינן לפירעון דאין כאן פירעון בת יומא דאימר ההלואה היה זמן מרובה והשטר מאוחר ע"ש. ומדסתמו כל הפוסקים משמע דמחזיקין לשטר שנכתב בזמנו ולא חיישינן כלל למאוחר:

יז **המוצא שטר בכלי**. לכאורה קשה דהא עיקר החשש בשטר שנפל הוא משום דאמרי' משום פסולו לא היה נזהר לשמרו ומיד המלוה נפל עד דלכאורה משמע בש"ס דלא חיישי' כלל לנפילה מהלוה דהא בב"מ ט"ז אמר דשמואל לא חייש לפירעון דאי איתא דפרע מיקרע קרע ליה ומאן דפליג אמר התם דאימא אשתמוטי אשתמיט או זייר ליה אפשיטי דספרא וסברא זו לא שייך רק במלוה ובלוה נשאר סברת שמואל בתוקפו אם

איתא דפרע הוי קרע ליה דהא מה"ט לא חייש שמואל לפרעון ולנפילה מהלוה אמנם מצאתי להבע"ת שער נ"ב שכ' דחיישינן ג"כ לפרעון ולנפילה מהלוה והא דלא קרע ליה דהיה רוצה להראות ששטרו בידו וכו' ע"ש. עכ"פ כשנפל ממלוה כ"ע מודי דאיתרע. אמנם כבר הקשה קושיא זאת בבע"ת ותירץ שם בשם התוס' דה"ט בנפל משום דאית ביה ריעותא דדומה כמו שזרקו על אשפה לפי שהיה פסול או פרוע אבל כשנמצא בא' מהדרכים (היינו בכלי או כרוכין) יותר קרוב לומר שדרך נפילה נפלו וכשרים הם. אך הא קשה דלמה ליה להסמ"ע בס"ק י"ח לתת טעם דלא מהני סי' דנקב יש בו משום דשניהם יודעים הסי' הא בלא"ה כיון ששטר שנמצא אפי' ידעינן שנפל מהמלוה השטר פסול כיון דנפל איתרע ואמרי' משום פסולו השליכו לאיבוד כמבואר בב"מ י"ג גבי מצא שט"ח דלא יחזיר. ונראה דהוצרך ליתן טעם זה דהנה אם השטר ביד מלוה ומודה בפרעון ותובע פשיטי דספרא שהיה זייר ליה אפשיטי דספרא ודאי דמהימן עד כדי שוי הנייר לצור ולא מטעם מגו דאי בעי היה תובע לכולי שטרא וכשמודה שהוא שטר שנמחל שיעבודו לא מהימן במיגו רק במה ששוה הנייר לצור הנייר הוא כמו משכון בידו וגם אפי' אם אמר שגוף הנייר שלו מהימן להחזיר לו הנייר לצור כשהיה אומר שהיה בידו כדי לעכבו אפשיטי דספרא ואין לומר כיון דלא נזהר לשמרו ע"כ אין מגיע לו עליו כלום. דזה אינו דהא מטעם זה אמרינן בב"מ י"ז דחיישי' לפירעון ולא אמרי' דמיקרע הוי קרע ליה משום דזימנין זייר ליה אפשיטי דספרא אלמא דבזה לא שייך הראיה מהא דנפל ולא נזהר בשמירתו מש"ה כתב הסמ"ע הטעם דאין זה סי' כלל ואפשר דנפל מהלוה ולא נזהר בשמירתו ואפי' הנייר קרוע כדי לצור אין מחזירין למלוה בסי' כזה. ובענין אי חיישינן לשאלה בממון שכתב הש"ך יבואר אי"ה בהלכות אבידה ומציאה כי שם מקומו:

יח **כרוכין**. עסמ"ע ס"ק כ"ד דהצריך כרוכין משום דאל"כ ודאי כבר נתייאש דמימר אמר ודאי לא נפלו במקום אחר וכו' הדברים תמוהים לכל רואיהם כמו שתמה בתומים דהא לעיל בסעיף ו' ז' חייב להחזיר כשחייב מודה אף דסי' לא מהני ואיכא ייאוש ועוד דהא בחוב ל"מ ייאוש כמבואר בסי' קס"ג בט"ז ונראה דאף דל"מ ייאוש בחוב מ"מ מהני יאוש לקנות גוף השטר להחזיקו עד שיתפשר עמו המלוה כדמוכח בב"ב ע"ה בתוס' בד"ה קני לך איהו שכתבו דמשכחת מכירת שטרות דאורייתא כגון שמצא אחר ייאוש ומכרו לבעלים ובכתובות דף פ"ה ד"ה המוכר ומה שהקשה בתומים דמה מועיל ייאוש המלוה בשטר הא הנייר של לוה היא לק"מ דהא כל זמן שלא פרעו הלוה הנייר של מלוה הוא למכרו אפי' לצור כמ"ש הר"ן בכתובות פ' הכותב גבי מלוגא דשטרי רק כשמכרו לגבות בלא כתיבת קני לך איהו וכו' כיון שאינו מועיל הקנין לגבות בו נתבטל הקניין אף

מהנייר לצור אבל כשמוכרו רק לזה הוי מכירה וכן כתבו התוס' ביבמות קט"ז בד"ה מאי אמרת דמהני מכירת המלוה והשטר לצור ע"ש והטעם דכשנותן לו הלוה השטר מקנה לקנית השיעבוד צריך להקנות לו גם השטר כמו בכל שטר מקנה רק כשפורע לו מחויב לחזור ולהקנות לו דאדעתא דהכי הקניהו לו ע"מ להחזיר ולהקנות לו כשיופרע ומלא הוא בש"ס ופוסקים דמהני מכירת או משכונת השטר שיחזיק בו ולא לגבות בו אפי' בלא כתיב' וכשמהני מכירה ה"נ מהני ייאוש דייאוש כמתנה כמ"ש התוס' בב"ק ס"ו: ומה שהקשה בספר קצה"ח דהא מחויב להראות השטר בב"ד כמו באומר שטר שבידך זכות יש לי בו גם כן לק"מ דהכא אין מחויב להראות השטר כלל דייאוש כמתנה הוא למוצאו כמ"ש התוס' בב"ק דף ס"ו ובמתנה ודאי דאין חייב להראות השטר בב"ד דהא הקניהו לו לזה ועוד דאם ירצה להוציא השטר מידו קודם שבא לב"ד לגבות צריך הוא לפשר עמו. ומ"ש בקצה"ח כיון שקנה השטר בייאוש שוב אינו יכול לגבות בשטר דהוי כאמרו עדים פ' דהאי סימנא לוה כיון שאין מוחזק בשטר ליתא דהא ייאוש כמתנה והוי כמוכר ונותן שט"ח דגוב' בו ונידון קושיא הראשונה משטר שאין בו אחריות דמחזירין ולא אמרי' שנתייאש ג"כ לא קשה דודאי כשאין ספק בשטר הנמצא רק בין לוה למלוה. נראה דאין כאן ייאוש כלל דכמו שאין מייאש בעל האבידה ברוב ישראל מחשש שמא יכפור בו המוצא כמו כן אין מייאש מחשש שמא יכפור בו הלוה דאפי' אם היה יודע שמצא הלוה בעצמו לא היה מייאש נפשיה דודאי יחזיר לו והיאוש הוא כגון שהוחזקו כמה יב"ש או בשיירות מצויות דאז בודאי לא יחזיר לו המוצא מחשש מלוה אחר ואיכא ייאוש ולא קשה שוב משטר שאין בו אחריות דשם מיירי שאין ספק רק בין מלוה ללוה:

יט **אבל הכריכה לחוד** עש"ך ס"ק ל"א שהאריך ליישב הש"ס דספ"ק דמציאה בהא דתכריך של שטרות דהוצרך לשני סימנים דהיינו מנין וכריכה ע"ש שהקשה שלשה קושיות וכל דבריו דחוקין ותמוהין מאוד וכמו שתמה בדבריו הגאון ח"צ בהגהת הט"ז וגם מנין לו להרמ"ה ראיה מהש"ס להדינים שכתב ועוד שלא מצינו בשום מקום שיהיה ראיה ממה שלא בא לקול הכרוז הא י"ל שלא היה בביתו והיה לו לחלק בין אם היה בביתו או לא. ולפענ"ד נראה דרך מרווח דבעינן דוקא שני הסי' דהא הבעה"ת הקשה בשער נ"ב דמה בכך שיש בו סי' ונפל מהמלוה מ"מ נימא מדלא נזהר לשמרו ונפל איתרע ותירץ דדוקא בנפל דדומה כמו שזורקו לאשפה אבל בכה"ג שיש סי' בכרוכין וקשורין י"ל דדרך נפילה נפלו ע"ש וא"כ כשאינן כרוכין רק שאומר סי' מנין דהיינו שנמצאו שלשה שטרות ודאי אפי' דנפלו מהמלו' אמרינן דאיתרע דדומה כמי שזרקן לאשפה מש"ה צריך כרוכין דאז לא שייך זה כמ"ש הבעה"ת כיון שעשה סי' בהם ונראה

דלאו דרך השלכ' הן ובכרוכין לחוד לא סגי מטעם דכ' הרמ"ה דהא איכא למימר דמהלו' נפל ומ"מ המלו' ידע מהסי' שהי' בידו והא דהלוה לא ידע דלא שת אל לבו משא"כ בסי' מנין דיש ראיה מדהלו' לא ידע המנין ודאי לאו מידו נפלו כמ"ש הרמ"ה דבמנין לא שייך לו' לא שת אל לבו ופריך הש"ס שפיר ש"מ דקשר סימן דאילו לא היה סי' כלל היה שייך לו' כיון דנפל איתרע אפי' אי מהמלוה נפל רק כשהוא בדרך סי' שייך לומר סברת הבעה"ת והרמ"ה פי' פירוש אחר בש"ס דלהכי צריך סי' כריכה וסי' מנין דהמתניתין מיירי במקום שהשיירות מצויות והוחזקו למיחש משום שני יוסף בן שמעון דהיינו שני מלוין ומש"ה בעי שני הסי' דסי' כריכ' לבד לא מהני רק משום ספק דשני מלוין נגד זה סי' הכריכ' סי' מעלי' הוא דאם לא היה של זה המלוה לא היה יודע סי' כריכתן אבל אכתי מצינן למימר מיד הלוה נפל ונגד הלוה לא מהני סי' דכריכ' כמו שכ' הרמ"ה אבל סי' מנין מהני בין הלוה למלוה מדהלוה לא ידע מניינם שמע מיני' דלאו מידו נפלו דבמנין לא שייך לו' והאחר לא שת אל לבו כמו שכ' הש"ך בשם הרמ"ה ומנין לחוד אף שמהני נגד הספק של המלוה והלו' מ"מ נגד הספק של המלו' אחר לא מהני דהא דסי' דמנין לא מהני כל שהוא דרך נפילה כמבואר בשטה מקובצ' לב"מ דף כ"ח ועבש"ך סי' רס"ב ס"ק ה' רק נגד מלוה ולוה מנין הוי סימן מדלא ידע הלוה אבל משום ספק דבין שני המלוין דלא ידוע כלל המלוה השני מי הוא אין סי' מנין סי' כל שהוא דרך נפילה ומטעם שכ' השיטה וז"ל שם בדף כ"ה דמחמת שהם עשויין כמגדלין דהוי דרך הינוח הוי מנין סי' דאי אין עשוין כמגדלין דהוי דרך נפילה ל"ה סי' דשמא נפלו ביחד מאדם דעלמא עכ"ל וכיון דעיקר סי' דתכריך לא נקט המשנה רק משום ספק מלוין דייק הש"ס שפי' דקשר הוי סי' משא"כ ממנין לא מדייק הש"ס דהכא מנין לא משו' סימנ' רק משום הוכחה מדלא ידע ש"מ דלאו מיניה נפל וא"ש גם סיום דברי הרמ"ה דאם שניהם לפנינו דהיינו במקום שאין שיירות מצויות רק שהוחזקו שני יב"ש ושניהם לפנינו והשני א"י סי' מניינם ודאי דשל המלוה היודע הוא כיון דהאחר א"י כמו שאין מספקי' בלוה כיון שהוא לפנינו וא"י המנין ה"נ אין לספק במלוה השני שהוא לפנינו וא"י המנין ומיירי שחייב מודה או באופן אחר דלא סיים גבי' נפל איתרע כנ"ל בפי' דברי הרמ"ה. ומתורצין כל הקושיות בדרך מרווח ונידון אי מהני סימן לגבות ממשעבדי. נראה דהעיקר כהתומים שהביא בשם בעה"ת דגוב' ממשעבדי דכיון שיש בו סי' והוי כמו דלא איתרע בנפילה לא חיישינן לקנוני ובודאי אישתמיט להש"ך ס"ק ז' דברי הבעה"ת האלו מדלא הביאו ונידון מה שכ' הש"ך שהלוה הגיד לו הסי' הרגיש בזה בשטה המקובצת גבי אבידה של שטרות ומתרץ דא"כ היה לו ליתן בעצמו הסי'

ולמסור לו בצינע'. ולפענ"ד תמוהין דבריו דבב"מ י"ט אמרינן גבי גט יאמרו לה אייתו ראיה משא"כ גבי שטר חוב יאמרו מדאהדרוה רבנן ש"מ למיטרף ומדאהדרוה רבנן שמע מיניה קמו ביה רבנן במילתיה וכו' ומש"ה ניחא ליה ללוה לעשות קנין עם המלוה שיגיד הסימן. ויחזירו למלוה ואז לא יאמרו הלקוחות (") אייתי ראיה כי יאמרו מדאהדרוה רבנן וכו' משא"כ כשיגיד בעצמו הסי' ויחזירו ללוה אף שימסור למלוה בצינעא יאמרו הלקוחות אייתי ראיה:

כ **יחזירם ללוה** בתומים הביא בשם הריטב"א דאין מחזירין בלא סימן מחשש דשמא מכרן כולן לאחד ונפלו מידו. ונראה דדעת המחבר וכל הפוסקים דלא חיישינן למכירה דהא מחזירין אבידה בסימנין ולא חיישינן דלמא היה שלו ואח"כ מכרן לאחר ומש"ה יודע הסי' אלא ודאי דלא חיישינן לזה דמוקמינן תמיד הדבר בחזקת מרא קמא והיכא דלא מצינן לאוקמי בחזקת המלוה מוקמינן בחזקת הלוה דכל שטר לפרעון עומד ולא למכירה. עוד הקשה דהא כל מלוה יש לו שני עדים השני מלווין אחרים שאומרין שהם כרכו השטרות יחד והפקידו אותן לאחר ואי מטעם דהוא נוגע הא י"ל פלגינן דיבור' וכו' ולק"מ לפמ"ש הש"ך בסי' ל"ד ס"ק כ"ח דכל היכא שיש לחוש שנוגע חיישינן דבשביל עצמו מעיד כן ולא אמרינן פ"ד וגם אפשר לא שייך כלל לומר פלגינן דיבורא דאי אפשר למיתפס כלל בלא הדיבור שהוא נוגע בו ודוקא בפלוני רבעני לרצוני שייך לומר פלגינן דיבורא דהיינו שמאמינין לו במה שיאמר פלוני רבעני ולא מאמינין ליה במה שאמר לרצוני משא"כ הכא שאי אפשר לתפוס דיבור שלא יהי' נוגע בו:

כא **יחזירנו לעבד**. עסמ"ע ס"ק ל"ח ורימז לס"ק י"ט (ט"ס ס"ק י"ח) ששם הקשה מחשש שמא יש לו בע"ח וה"נ יש לחוש דכוותיה. ואין לו הבנ' דהא בלא"ה לא חיישי' לקנוני' דהא צריך להביא ראיה אימת מטא שטרא לידי' וכן הקשה בתומים (") ונראה כוונתו דס"ל דע"כ לא אמרי' דצריך העבד להביא ראי' אלא בשבא להוצי' אבל אם העבד מוחזק בנכסים ובע"ח של האדון באין להוצי' מיד העבד ודאי דיכול העבד לטעון קניתי לעצמי ונכסי דהשיחרור קודם לשיעבודך וכן כתבו התוס' גיטין נ' בד"ה כתב בכת"י דכשתתפוס הפירות היא נאמנת ע"ש וא"כ במטלטלין שתחת יד העבד ודאי דאין הבע"ח של האדון יכול להוציא ואפי' בקרקע שהעבד מוחזק נרא' דאין הבע"ח יכול להוצי' מהעבד מחמת ריעות' דנפילה וכן בשטר מקח שנפל נרא' דאין הבע"ח של המוכר יכול להוצי' מלוקח מחמת שהשטר מקח איתרע בנפילה ולומר שכתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי שכיון שהלוקח מוחזק לא מוציאין מידו מחמת ריעות' ואפילו בלוקח הבא מחמת חזקה יש לעיין טוב' אם הבע"ח יכול להוציא ממנו כשלוקח טען שקנה קודם זמן

של השטר חוב כשאין הלוקח מביא ראיה שהי' הנכסים ביד הלוה בשעת הלוא' ויתבאר אי"ה בהל' גביות חוב וא"כ יש לחוש שהאדון חייב להאחרים והעבד קנה נכסים ומצוה להחזיר להעבד בקנוני' כדי שלא יטרוף הבע"ח ומתרץ דלא חיישינן לזה ומטעם שכתב שם דלמניעת טריפת בע"ח לא חיישינן ע"ש בחידושי. ואין לחוש דלמא מכר העבד בעצמו ומצוה להחזיר כדי שיוציא העבד עצמו מהלוקח דזה לא יעשה דכל שהשיחרור נתבטל ופסול לשחרר בו עכשיו ודאי דלא יתננו בידו דלא עביד לקלקל בידי שמים כמו שכתב התומים:

כב **ובמקום שעדים בחז"ל.** ע' בסמ"ע ס"ק מ"א דהיינו שכתוב בשטר מעכשיו או שהעדים זכו מיד להמלוה ובתומים הקשה כיון דהעדים זכו בו לא יכול לחזור בו וא"כ אפילו אין האדון מודה יחזיר. ולק"מ דאטו לא יכול להתנות עם העדים זכו בשטר זה מעכשיו ולכשיגיע לידו מרצוני דאז הוי הנתינה לידו בקיום תנאי דעלמא:

כג **וישלם הלוה מחצה.** לכאורה ק' כיון דבאו לפני ב"ד והלו' היו אדוק בשטר בטופס או בתורף ואמר תיכף בבואו לפני ב"ד שהשטר פרוע כיון דבשע' שהי' בידו קודם בואו לב"ד הי' בידו לקרוע להשטר שבתוך ידו ולפסול השטר אמאי לא מהימן במיגו דאי בעי קלתי' כמו בסי' מ"ו דמהימן הלו' במיגו דאי בעי קלתי' ואפי' מאן דפליג התם בש"ך ס"ק ו' היינו דוקא מלו' אבל לוה ודאי מהימן במיגו כמו שמהימן נגד שטר לטעון פרעתי במיגו דמזויף או החזרתי במיגו דנאנסו ומשום טעם שכתבתי שם ע"ש וכן בסנהדרין ס"פ ז"ב אפי' רב נחמן דלית לי' הימנות' דשליש מ"מ כשיש לו מיגו דאי בעי קלתי' מהימן וא"כ ה"נ יהי' מהימן במגו זו ועוד ק' בשטר שאינו מקוים דפסק המחבר דנשבע הלו' היסת וילך לו ומשמע דמוציאין השטר מידו וקורעין אותו כשנשבע הלוה היסת ואמאי הא לא מהימן הלו' רק במיגו דמזויף ואלו הי' טוען מזייף הי' מודה דהשטר של מלוה הוא ודאי דהי' יכול המלוה לטעון הניחו השטר בידכם עד שאמצא עדים לקיימו דהא נגד המחצה הוי המלו' כמוחזק על השטר וכמו שאין מוציאין השטר מידו כשהוא כולו בידו כשטוען הלו' מזויף כמו כן ראוי להיות הדין על המחצה ועכ"פ הי' לו להב"ד לקבוע לו זמן על הקיום והייתי רוצה לומר דלא אמרינן מגו לאורוע שטר וכמ"ש הכנה"ג בכללי מגו והטעם דחזקת השטר שביד המלוה שאינו פרוע הוא טוב יותר מחזקת תוך זמנו דמיבעי' ליה אי אמרינן מגו במקום חזקה. תדע דהא הרבה מ"ד ס"ל דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וע"כ הא דקיי"ל דנאמן לטעון פרעתי במגו דמזויף בשטר שאינו מקוים או החזרתי במיגו דנאנסו והטעם דבשטר שיכול לפטור נפשי' נגד השטר בטענה אחרת כגון מזויף או בנאנסו טענת פרעון נגד שטר זה בעצמו טענ' מעליותא

הוא דלא שייך שוב חזק' דשטרך בידי מאי בעי דשטר כזה אין חושש להניחו ביד המלו' דסומך עצמו אטענ' אחרת שיכול לטעון נגד השטר וכמ"ש הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ב' וז"ל שיכול לומר הנחתי בידו ע"ד שאם יתבענו אימא מזויף הוא עכ"ל. תדע דעכצ"ל כן דהא אפי' במקום דמגו כזו לא הוי מגו בשום מקום כגון במקום עד אחד דלא הוי מיגו דהוי משואי"ל כמו בנסכ' דר' אבא והכא בשטר מהימן לטעון פרעתי במיגו דמזויף אף שיש ע"א על הקיום אפי' בשטר שאין בו אחריות ומחל לו השיעבוד אף שאם הי' טוען מזויף הי' מחויב לישבע נגד העד ש"ד ואפ"ה הוי מיגו וע"כ הוא מטעם הנ"ל דכל שיכול לפטור עצמו בטענות אחרות נגד השטר טענת פרעון בעצמו טענה מעליותא הוא ומש"ה בנידון דידן דהוי המלו' מוחזק בחצי השטר וכאלו יש בידו שטר על חצי הסך אין הלוה נאמן לטעון פרעתי אף שיש לו מיגו דאי בעי קלתי' לשטרא ומש"ה באינו מקוים אף שיכול אח"כ לקיימו נאמן הלוה במיגו דכל זמן שאינו מקוים לא חשיב שטרא ומהני מגו נגדו כעין שכתב הש"ך בס"ס נ"ז ובס"ס פ"ג אף דהמלוה נאמן במיגו להוציא כשיש לו שטר מכל מקום כשהשטר אינו מקוים הרי הוא כחרס ושוב לא מהימן אף שיקיימנו אח"כ וה"נ דכוותי' כשהלו' יש לו מיגו דאי בעי קלתי' נגד שטר שאינו מקוים הרי הוא כחרס ולא מהני שוב אף שיקיימנו. ובזה הי' אפשר ליישב דברי רש"י בסוף פרק ז"ב והסמ"ע בסי' מ"ז סק"ג שפירש והוחזק בב"ד שנתקיים ותמהו התוס' שם והש"ך שם דהא מ"מ יש לו מיגו דאי בעי קלתי' עם הקיום. ולפמ"ש א"ש דס"ל כשהוא מקוים לא מהני מיגו במקום חזקת שטר אפילו כשהוא ביד שליש וגם משום טעם הש"ך שכתב שם בס"ק ו' רק כשאינו מקוים מהני מיגו מטעם שכתבתי. אך מדברי הפוסקים משמע דמהני מיגו ללוה אף במקום שטר מקויים וע' בסי' פ"ב מ"ש שם. לזה נראה דהכא מיירי שבאו שניהם אדוקין בשטר לפני ב"ד והוחזק השטר בב"ד והלוה לא טען תוך כדי דיבור פרעתי דאז הוי מיגו למפרע דמיגו לא הוי רק תוך כדי דיבור כמבואר בכמה דוכתי בש"ס ובפוסקים או בשטר שא"א להיקרע וכיון דהוחזק השטר בב"ד על מחצה אינו נאמן ואם טוען הלוה לא לויתי בשנים אדוקין ג"כ חולקין דחשבי' להחצי שהמלוה מוחזק כאילו היא בידו לבד שאין הלוה נאמן בשום טענה דלא כמ"ש הפ"י בב"מ דף ז' ע"ש:

כד **מחצה שויו.** בב"מ דף ז' אמרי' ויחלוקו דאמרי' לדמי דאי לא תימא הכי שנים אוחזין בטלית דיחלוקו הא אפסדי' אלא לדמי ה"נ לדמי ע"ש. ולכאורה ק' כיון דמדמי אותו לטלית ובטלית אף דשמין אותו מ"מ יכול האחד לומר לחבירו גוד או איגוד ביותר משויו דודאי אין אחד יכול לכוף לחבירו למכור המחצה שלו כפי השומא א"כ ה"נ יאמר המלוה ללוה מה אתם שמין המחצה שלי כיון שאנחנו מוחזקין בשטר בשוה יכתוב

שובר על חצי שט"ח ואין רצוני למכור חציו שט"ח שלי ולק"מ דהכא כיון דשמין השט"ח כמה שוה מחמת שהלוה העני ואם השט"ח על מאה והלוה אין לו רק חמישים דאז אין השט"ח שוה יותר מחמשים זהוב ואם יכתוב קבלה על השט"ח מסך חמשים זהו' אז אין החלוק' שוה שהיא נוטל כל החמשים זהו' ששוין חמשים זהו' דהוא יגבה ממנו חמשים זהו' והלוה נוטל אותן החמשים זהו' שאין שווים אף פרוטה אחת וכן אם נישום השט"ח של מאה בחמשים מנה אלמותו ידוע דאף ששט"ח של מאה נישום במחצ' שט"ח של חמשים נישום ביותר ממחצה דשט"ח קטן אין שוה כשומא של שט"ח גדול. ולכן אם יכתוב קבלה על חצי שט"ח לא יהי' החלוק' שוה. אמנם נראה דאם השט"ח נישום בפחות מחמת הזמן דאז השומא שוה הן משט"ח קטן אז גדול יכול המלוה לומר אני רוצה להמתין המחצה שלי ואין רצוני בשומא ונחלוק בשוה שיכתוב קבלה על חצי השט"ח כנ"ל:

כה **שגובין בו**. בבעה"ת שער נ"ב (") הקשה מהא דאמר ב"מ י"ט גבי גט יאמרו הלקוחות אייתי ראי' אימת מטא גיטא לידך וכו' מוכח אפי' כבר החזיר לה צריכה להביא ראיה ונראה ליישב דהרמב"ם לא קאמר רק דוקא כשהחזיר השטר (") קודם שנראה פסולו בב"ד אחר אבל אחר שנרא' פסולו בב"ד ודאי לא מהני חזרה וקאמר התם שפיר דשם בהוחזר ע"פ ב"ד מיירי כדקאמר התם מדאהדרוהו רבנן וכו' וכשהיה השטר בפני ב"ד בפסולו וכשנראה פסולו בב"ד ודאי אף הרמב"ם מודה דאינו חוזר ונכשר בתפיסתו ובפרט שהב"ד לא החזירו לו רק לגבות מבנ"ח ולא ממשעבדי ועיין בראש בכתובות דף כ"ב שכ' בשם הרמ"ה דכל תפיס' ע"פ ב"ד לאו תפיס' הוא דאנן אחתינן ואנן אסקינן ליה:

כו **או ליורשיו** עש"ך ס"ק מ"ח עד ומה שהביא הבעה"ת ראיה על דין הזה ממת הבן וכו' הוא ענין בפ"ע ולא שייך למ"ש קודם בדעת הטור וכוונתו דהא דהוצרך הבעה"ת להביא ראי' דתפיס' מהני ממת הבן היינו בפרע ליורשיו דהוי תפיסה מספק ועל זה הוצרך להביא ראיה ממת הבן דשם ג"כ הוי תפיס' מספק אבל בפרע ללו' לא היה צריך להביא ממת הבן דכשטוען ברי ודאי מהני תפיס' אפי' תפס שלא ברשות כמו שהאריך הש"ך בכמה דוכתי ובספרו תקפו כהן:

כז **בזמן שהמלוה מודה**. עש"ך ס"ק מ"ט שכ' על הסמ"ע דדבריו אינן נכונים מתחלתן ועד סופן. ולפענ"ד נרא' שכל דבריו ברורים ואמתיים ואשיב על ראשון ראשון. דמה שתמ' על הסמ"ע במ"ש דחוששין לקנוני' דבעי לאפקועי חובו וכו'. וע"ז תמה הש"ך דהא לקנוניא זו ודאי ליכא למחוש אפי' הוי ודאי פסיד' דבע"ח דהא אי בעי המלוה הי' קרע לשטרי' או קלתי' וכו' אין כאן מתחל' קושי' דקמ"ל אפי' שהוחזק השטר בב"ד דאין

לו מיגו דאי בעי קלי' ואי תקש' הא מ"מ אית לי' מיגו דאי בעי כ' ליה שובר אחר זה תירץ בדרישׁ' בד"ה המוצא שובר ע"ש ועוד נ"ל לפמ"ש הדרישה בד"ה או שיש ללוה כת"י דלא חיישי' לקנוניא כי אם שבחזרת שטר זה מוציאין זה השדה עצמה שכבר זכה בו הלוקח וכו'. עד הפקעת שיעבוד שעדיין לא זכה לא הקפידו כולי האי. וסברא זו כ' ג"כ השיט' מקובצת בדף י"ט דלא חיישינן לקנוניא רק במקום שאם יוציא השדה יהיה השדה בגזל בידו אבל להפקעת שיעבוד לא חששו. ולפ"ז היה נ"ל דאפי' יש כאן המלוה אחר שהמלוה חייב לו ובא לאפקועי חובו במה שמודה במציאת שובר זה ללוה מהני הודאתו ומחזירין ללוה וכן מוכח מדלא חילקו הפוסקים בהא דהמלוה מודה דיחזיר ללוה דאם יש כאן בע"ח שבא להפקיע חובו שאינו נאמן אלא ודאי דאפ"ה נאמן מטעם שכ' הסמ"ע כיון דיש שובר כשר מסייע להודאתו ואין כאן רק הפקעת שיעבוד לא חששו. ואפשר דזהו כוונת הסמ"ע. ומה שסיים אלא היכא דאיכא ודאי פסידא דבע"ח. כוונתו במקום דליכא שובר כשר מסייע להודאתו רק שאומר בפה פרוע הוא וכמבואר בסי' מ"ז. ולפ"ז לית ליה מיגו דאי בעי כ' לו שובר אחר כיון שיש בע"ח לפנינו. ולפי סברת הט"ז שכ' דאין כאן חב לאחריני דבלאו הודאתו אין בע"ח יכול לטרוף מן הלוה כיון שנמצא שובר והלוה צועק שממנו נפל וכו' ע"ש ודאי דאפי' יש כאן בע"ח שבא להפקיע חובו ממנו מהדרין ללו'. ואפשר דזהו ג"כ כוונת הסמ"ע דלא חשיב הפסד ברור דהא מספק לא יגבה ג"כ מהבע"ח דהא לא יחזיר לא לזה ולא לזה תנן אלמא ספיקא הוא ובודאי בע"ח של המלוה לא מצי גבי מספק עד שיתברר וא"כ בשעת הודאת המלוה לא חשיב הפסד ברור. אמנם באה"ע בס"ס ק"י כ' הב"ש בנמצא שובר דהשטר בתוקפו ע"ש וצ"ל דכשמודה המלוה עדיף כיון דשובר מסייע להודאתו כמ"ש הסמ"ע ובע"ח של המלו' טוען שמא והלו' טוען ברי גם מ"ש על מ"ש הסמ"ע דכשהלו' פודה דאין מחזירין למלו' כיון דאיתרע בנפיל' ועל זה הקשה דאדרבא כיון דהשובר איתרע בנפיל' השטר בתקפו וכו' לק"מ לפי מה שפי' רש"י הביאו הש"ך בס"ק נ"ד דכשהשובר נמצא בין שטרות קרועין וז"ל. הילכך איכא למימר שנתקבל החוב השובר הזה אינו צריך למלוה וכו' לפיכך נתנו בין הקרועים דאי מלוה כתבו וכו' עיין שם א"כ ה"נ נפילת השובר דמודה שלא היה נזהר לשמרו אמרינן דודאי נתקבל החוב והלוה שכחו אצל המלוה והמלוה אין צריך לו לכן לא היה נזהר לשמרו דאי מהמלוה שהכינו היה נזהר בו דהא הכינו א"כ ריעותא דנפילה מהשובר מוכח שנתקבל החוב ושפיר כ' הסמ"ע. גם מה שכ' תדע יתיישב עם הא דבסמוך. גם מה שהקשה דאם כן כשהמלוה מודה אמאי מחזירין ללוה ניחוש שהלוה יחזירנו למלוה או יקרענו וכו' לק"מ דבב"מ י"ט אמרי' דגט מחזירין

משום דכי אתי למיטרף אמרינן לה אייתי ראיה משא"כ בשטר שנפל לא אתי לקוחות ותבעי דיאמרו מדאהדרוה רבנן ש"מ קמו בה רבנן במלתא וכו' ועכצ"ל דכשנמצא שטר בב"ד קלא איתי ליה וידוע לכל שהוחזר שטר הנמצא ע"פ ב"ד דאי אינו ידוע אפי' בגט לא היה יכולין הלקוחות לומר אייתי ראיה דחזקה ביום שנכתב נמסר כמ"ש התוס' רק בשטר לא אתי לקוחות ותבעו כי יאמרו מאהדרוה רבנן. ולפ"ז לק"מ דהא כיון שנמצא שובר והדין דלא יחזיר אין המלוה יכול לגבות מלקוחות כיון דספיקו הוא דהא לא יחזיר לא לזה ולא לזה תנן וכמ"ש הט"ז כאן לענין בע"ח ומש"ה אין מחזירין למלוה דאם יחזירו השובר למלוה לא אתי לקוחות ותבעו כי יאמרו מאהדרוה רבנן למלוה השובר ע"כ קמו ביה רבנן במילתיה דמיד המלוח נפל משא"כ החזרה ללוה ודאי אינו מזיק דאדרבה כשהלקוחות ישמעו שהחזירו ללוה פשיטא דאתו ללקוחות ותבעי כי יאמרו מאהדרוהו רבנן ללוה שובר כשר הוא וא"כ החזרה ללוה אין עושה קילקול יותר ממה דלא יחזיר והוא ממש ביד ב"ד ואדרבה מתקן יותר ואם הלוה יחזירו למלוה או יקרענו מה בכך הא כשנמצא כבר ידוע לכל העולם שנמצא שובר על שטר זה דהא מה"ט מחזירין גט מחמת שידוע לכל העולם מציאתו והחזרתו משא"כ כשמחזירין אותו למלוה ודאי דמקלקלי יותר נגד הלקוחות ממה דלא מחזירין והוא מונח ביד ב"ד כי יאמרו הלקוחות מאהדרוה רבנן למלוה וכמש"ל וזה ברור בעיני עד שתמה אני על הש"ך שנעלם ממנו זה. ואפי' להב"ש באה"ע ס"ס ק"י דהשטר בתוקפו מ"מ שיחזור השטר ללוח ע"פ ב"ד ודאי קלא איתי ליה שהשטר פרוע דמעשה ב"ד קלא איתי ליה:

כח **כת"י הלוה.** עש"ך ס"ק י"ב שפי' בירושלמי פי' דחוק כמ"ש האו"ת ע"ש. גם מ"ש הש"ך דר"י בר נחמן דס"ל דאין השובר כשר כשיוצא מתחת יד אחר דס"ל כלישנא בתרא דרב נחמן דס"פ ז"ב וכו'. ולכאור' קשה דר"נ לא פליג התם רק אשובר שא"י לקיימו או שאין עליו עדים והשטר והסמפונות יוצאים מתח"י והוחזק בב"ד דלית ליה עכשיו מיגו רק שהיה לו פעם אחת מיגו אבל בשובר בעדים שיכולין לקיימו דמיירי התם בירושלמי דהא דומיא דיוצא מתח"י המלוה קתני דמיירי ביכולין לקיימו דבלא"ה אפי' ת"י הלוה אינו כלום כמו שהוכיח הש"ך ס"ק ג' ובשובר שיכולין לקיים חתימת העדים אפי' רב נחמן בסנהדרין שם מודה כיון דיש לו מיגו דההחזירו ללוה והוחזק כב"ד לא מהני בשובר כמ"ש הש"ך בסי' נ"ו בס"ק א' ע"ש (אכן לפמ"ש שם דהש"ך לא כ' זה שם רק לפי פי' מהרש"א שהביא שם א"ש וע"ש הטיב) ועיין בתומים שדחק עצמו ג"כ בפי' הירושלמי ולפענ"ד נרא' דהירושלמי לא ס"ל סברא דהכינו המבואר בספ"ק דב"מ תדע דבירושלמי אמר סימפון שיצא מתח"י המלוה בכתב ידי המלוה פסול אני אומר מתעסק היה ולא

קאמר הטעם דהכינו אלא ע"כ דלא ס"ל טעמא דהכינו רק דמיירי שאין עליו עדים ולא ח"י המלוה דח"י כעדים דמי רק שנכתב בכת"י המלוה שטר זה פרוע וע"ז אמר פסול דאימר להתעסק כתבו אבל כשהיא ח"י אחר האחר נאמן במיגו שהיה מסרו ללוה דאז לא אמרינן להתעסק אפי' בכת"י בלא חתימה כמבואר בסימן ס"ט סעיף א' ור"י בר נחמן ס"ל דאף בזה יכול לומר להתעסק וכסברת הריטב"א הביאו הש"ך בסי' ס"ט ס"ק ד' ע"ש ומקשה מהא דלא נמצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע והיה דחוק בעיניו לאוקמי בשובר בעדים דא"כ היה הלוה יודע דהא שובר שלו היא דזה לא ס"ל הירושלמי שהמלוה יכתוב ויחתום בעצמו עדים בשובר וע"כ דנשבע אם לא נמצא כתוב בכתיבת יד המלוה ששטר זה פרוע והרי מוכח דכשר ועל זה משני דהיינו בדייתקי שלו דהיינו בשטר צוואה שכתוב בו כל ענייני צוואתו אף שלא חתם שמו דאין דרך אדם לכתוב דרך מתעסק בדייתקי דאין אדם עשוי לפגום דייתקי ונראה דדין זה הוא אפי' לש"ס דילן דתלי טעמא דהכינו ובצוואה שכתוב הרבה עניינים לא שייך סברא דהכינו ליתן לזה ודוקא אם נמצא שובר כתוב לבד שייך סברא דהכינו:

כט **אא"כ שהשטר.** עש"ך ס"ק נ"ד עד ובהכי ניחא הא דלא משני וכו'. פי' דהנה לפירושם שהשטר נמצא לא קשה כלל דלישני בנמצא בין שטרות קרועים. ומ"ש הש"ך על פרש"י שכל אחד אומר זהו שטר שלי וכו' לק"מ דקאי על השטר הנזכר בשובר השטר פרוע אומר כ"א שהוא שטר שלי וכ"כ התומים

ל **אע"פ שנמצא וכו'** עש"ך ס"ק ס' שהביא בשם הב"ח שתמ' על הי"א שבבעה"ת דס"ל דבנמצא בין שטרות קרועים אפי' ביורשים בעינן שיטענו ברי דוקא מהא דמוקי ר"ס הא דשבוע' שלא מצאנו בין שטרותיו קרועים ששטר זה פרוע בנמצא בין שטרותיו קרועים וע"כ אפי' באינו יודע מה טיבו עסקינן דהא קתני עלה ריב"ב אפי' נולד הבן אחר מיתת אביו הרי זה נשבע ונוטל וא"כ מאי אהני ליה שלא נמצא שובר וכו'. והא דלא הקשה בפשיטות דאי כשטוען ברי אמאי נשבעין שלא פקדנו הא כשטוען ברי צריכים לישבע בברי כמו אביהם כמבואר בסי' ע"ה סעיף י"ו. לכן נראה דאין צריך לטעון ברי שאינו פרוע רק שברי לו שלא הי' פרוע בעת שהניחו בין השטרות קרועין ולא הניחו שם מחמת סיבת פירעון רק לסיבה אחרת וכיון שיודע טיב סיבת הנחתו שם סגי בזה וכן היורשים כשיודעין סיבת הנחתן שם סגי בזה אף שאינן יודעים אם פרעו אחר כך ועל ברי שטוענין א"צ לישבע לכן אין נשבעין רק שלא פקדנו. ולכן הוצרך להקשות מבן שנולד אחר מיתת אביו שא"י כלל סיבת מה שמונח בין השטרות קרועין. אבל קושיא זו אינה תימה כ"כ דהא האי נשבע ונוטל דקאמר ריב"ב לא קאי אהנך שבועות דחשיב

לעיל במתני' דהא שלא פקדנו א"צ לישבע כמבואר בסי' ק"ח א"כ י"ל דנשבע באמת שלא מצאו בין הקרועים לבד דשבוע' זו ג"כ צריכים היורשים לישבע כמבואר בש"ך שם אך הא קשיא לי על הפוסקים דס"ל דבעינן תרוייהו הא נפל ומצאו באשפה היה ריעותא יותר גדולה מנמצא בין שטרות קרועים בביתו דהא בנפל בשוק אף שידוע שמיד המלוה נפל הדין דלא יחזיר משום ריעותא דנפל איתרע ובנמצא בביתו בין שטרות קרועים לחוד השטר בחזקתו אלמא דנפל גרע מנמצא בביתו וא"כ ק' דמ"ש בנמצא השטר בין שטרות הקרועין ונמצא ג"כ שובר בשוק מחזירין השובר ללוה דהא אפי' בנמצא בבית המלוה או ביד שליש מחזירין ללוה וכשנמצא ביד שליש וא"י מה טיבו דמי לנמצא בשוק ומ"ש בנמצא השטר בשוק שלא בין שטרות קרועין ונמצא ג"כ שובר בשוק דאין מחזירין לא ללוה ולא למלוה כמבואר בסעיף ח' וע"ש בש"ך ס"ק ה' וגם ק' דמשמע בנפל ומצאו בעצמו השטר בחזקתו לגמרי ומשמע אפי' נמצא ג"כ שובר דלא חילקו הפוסקים וכשמצאו המלוה בין שטרותיו הקרועין וגם שובר מחזירין ללוה וכן להפוסקים דס"ל דנמצא בין הקרועין לבד צריך שיטעון המלוה ברי אפי' מצאו המלוה עצמו ובנפל כשמצאו המלוה עצמו לא חילקו בזה. אח"כ מצאתי במשנה למלך שהניח ג"כ ל' זה שכ' הרמב"ם הביאו המחבר בסעיף ח' בצ"ע מכח הקושיא דמנין לו להרמב"ם דבעינן דוקא בנמצא בין שטרות קרועין ע"ש. ונראה דשאני מצאו בין השטרות קרועין דהוא דרך הנחה והמלוה בעצמו עשה ריעותא זו לכן כשיש ג"כ שובר נהי שהמלוה כתבו מ"מ אלו לא היה נפרע לא היה עושה בעצמו ב' ראיות ניכרין שיהי' נראה שהוא פרוע וע"כ הוא פרוע באמת משא"כ בנפל די"ל שמעצמו נפל באונס ולא עשה לו שום ריעותא וכן יש לחלק להנך פוסקים דס"ל דבעינן שיטעון המלוה ברי דבין שטרות קרועין כיון שעשה הריעות' בעצמו וגם טוען שמא ראיה ברורה הוא שנפרע:

לא **נאמן אפי' ראוהו בידו כבר** עש"ך ס"ק ס"ג והא ליכא כאן מיגו (ט"ס דאי וצ"ל דהא) גם מ"ש בס"ק זה ראיה למה שכתבתי בסי' נ"ו ס"ק א' דמ"ש הש"ך שם דהוחזק לא מהני בשובר לא כתב כן רק לפי' המהרש"א ע"ש ומ"ש הש"ך ראיה מתוספתא היינו שפי' בתוספתא דקתני בין שטרותיו של אביו דהיינו שמצא שטרות שלו בין שטרות אביו והיה דחוק בעיניו דמירי בסמוך על שולחן אביו דכיון שאין להם חזקה הוי כמונח ברשותו כמבואר בהג"ה ס"א:

לב **ודוקא שהשטר בידו וכו'**. עש"ך ס"ק ס"ה עד ומכל מקום אפשר דהג"מ דוקא קאמר כשהשליש חי אבל כשהשליש מת. ובש"ך חסר תיב' אבל:

לג **יתקיים בחותמיו** עש"ך ס"ק ס"ז עד דלא כמ"ש בספר מעד"מ. ובספר קצה"ח סתר דברי המעד"מ מהא דאמר בגיטין דהשליח צ"ל בפ"נ ובפ"נ דצריך קיום מדרבנן דאף דהשליח הוא שליש וכו' ע"ש ואין בדבריו כלום דהמעד"מ לא כתב רק כשמודה או כשידוע שהוא שליש אבל בהא ודאי מודה המעד"מ כשבא אחד עם שטר שאינו מקוים ואומר שליש אני דבעי קיום מדרבנן ופשוט. (ועש"ך ס"ק ע"ג ויש שם ט"ס וכצ"ל דאם הוא אינו כת"י אין עושין):

סימן סו

א **אותיות** עש"ך ס"ק א' שמוכיח דמכירת שטרות דאורייתא ובתומים רצה להוכיח מהא דבכורות דדריש כלל ופרט ולא ממעטינן רק שטרות ואי מכירת שטרות דרבנן בלא"ה לא קניה לו הכהן מדאורייתא ע"ש. ולפענ"ד נראה דל"ק מידי דאיצטריך למעוטי שטרות בנתן לו שט"ח על עצמו שקנה לו מכהן ואפ"ה אין בנו פדוי משום מיעוט דכלל ופרט ומה שהקשה בתומים דבשט"ח על עצמו ד"ה בנו פדוי. תמהני דהא בכתובות ק"ב אמרינן ד"ת בנו פדוי לכשיתן משמע דקודם שיתן אין בנו פדוי משום ממיעוט דמיעט רחמר שטרות מה שאין כן אם היה פודין בשטרות הוה בנו פדוי בשעת נתינת השט"ח אם היה שוה בשעת נתינה אף שנתקלקל אח"כ והן אמת שהט"ז בסי' ס"ד ס"ק ג' כתב דמה"ט בנו פדוי במה שמחייב עצמו בשטר לכהן בשביל הפדיון ע"ש. נראה דכוונתו ג"כ לזה היינו לכשיתן אבל קודם לכן ודאי לא כדמוכח שם בכתובות בתוס' ד"ה א"ה שכתבו וז"ל דקודם שבא ליד כהן דינו הוא דאינו פדוי דהא ליכא עליו אלא שיעבוד בעלמא וע' באה"ע סי' כ"ט ובח"מ ס"ק ח' ובב"ש ס"ק ה' דלדעת הראב"ד לא גרע שט"ח דידי' משט"ח דאחרים אכן לדעת הרשב"א שהביא בח"מ ובב"ש שם דבשט"ח דידי' אינה מקודשת משום דאגיד בי' לגבי פדיון בכור ג"כ אינו פדוי כיון דאין זה נתינה דאגיד ביה והדרא קושיא של התומים לדוכתי' דשט"ח דידי' בלאו מיעוטא דכלל ופרט אין בנו פדוי וע"כ איצטריך לשאר שטרות וצ"ל דהרשב"א ס"ל דמכירות שטרות דאורייתא או דס"ל כהתירוצים שתירצו התו' להקושיא מהא דאונאה בב"ב פ"ז והנה שם תירצו דאצטריך קרא למעוטי שטרות מאונאה במוצא שטרות לאחר ייאוש דזכה בהן המוצאו וחזר ומכרו הבעלים הראשונים דהמכירה מדאורייתא. ובתומים סי' ס"ה ס"ק י"ג הוכיח דלא שייך בשטר ייאוש ממתני' דהמוצא שט"ח ב"מ י"ג דמחזירין שטר כל שאין בו אחריות אף דלית ביה סי' אלמא דייאוש לא מהני וכן הקשה בקצות החושן בסי' זה ולפי מה שכתבתי שם בסי' ס"ה לק"מ דל"ש ייאוש בשטר שאין בו סי' רק במקום שהשיירות

מצויות ומספק הוא ג"כ על הרבה מלוים שאז בוודאי לא מחזירו לו ואיכא ייאוש וזכה בו המוצא ויכול למכרו ללוה כמ"ש התוס' בכתובות פ"ב בד"ה המוכר שט"ח אבל כשאין ספק על השטר רק בין מלוה ללוה לא מייאש נפשי' דסבר שהלוה ודאי יודה לו כמו באבידה ברוב ישראל דאינו מייאש וכן עיקר כמ"ש שם ומ"ש בס' קצה"ח דייאוש מועיל להחוב משום דייאוש עדיף מהפקר מטעם דחוב הוא דבר שאינו ברשותו והפקר אינו מועיל לדבר שאינו ברשותו וייאוש מועיל לדבר שאינו ברשותו. ליתא דנהי דייאוש מועיל לדבר שאינו ברשותו מ"מ הא אין המוצא יכול לזכות בדבר שא"ב ואם היה יאוש מועיל להחוב היה הלוה זוכה בו ולא המוצא. לכן נראה דכוונת התו' הוא כעין שכתבו בכתובות פ"ה בתוס' ד"ה המוכר שט"ח וז"ל נהי דהחוב אינו מכור מ"מ שייך בו אונאה ששוה הרבה לקונה שימכרנו בדמי' יקרי' ללוה ע"ש וכיון שיכול למוכרו ללוה ודאי דה"ה דיכול למכרו לאחר לזה ולצור דקאמר בש"ס הוא לאו דוקא רק כוונתו דיכול להחזיק בהנייר של השט"ח למכור אותו למי שיצטרך לו וכן מוכח מדברי הר"ן פי' הכותב בעובדא דמלוגא דשטרי שהקשה דלמה לא מועיל לטעון למשכון תפסתי במיגו דאי בעי אמרה לקוח הוא בידי ומהימנא לגבי גוף השטרות שגופן ממון כשאר מטלטלין לצור י"ל דאי טענ' הקנ' לי גוף השטרות לצור לא מהימנא שאין אדם עשוי למכו' שטרותיו לצור ואי אמר מכרן לו בין לגופן בין לראיה ומסרן ולא כ' כיון שבטל המקח לענין שיעבוד בטל נמי לענין גוף הנייר וכו' מוכח מדבריו דכשקונה רק לגופן יכול להחזיק גוף הנייר למוכרו למלוה או ללו' כמו בטוען למשכון דהא הר"ן הקשה שיהי' נאמן לטעון למשכון מיגו דלצור וכיון שאם טוען למשכון ודאי דאין צריך להחזיר השטר למלו' ולא להראותו למלו' עד שיתן לו דמי חובו ע"כ גם כשיטעון שקנה לצור א"צ להחזיר למלוה ולא להראותו למלו' כלל עד שיתן לו כמה שירצה וכיון שלגוף השטרו' מהני מכיר' מדאוריית' וניקנו במסירה ה"נ מהני בהפקר ויאוש לענין זה שהזוכה יכול לזכות בהשטר לגופו שיהי' יכול למסרו ללו' או למלו' גוף השטר רק שהתוס' נקט ייאוש ולא נקט מכיר' לגופי' משום שאין אדם עשוי למכור שטרותיו לגופו כמ"ש הר"ן והטעם דמהני מכיר' וייאוש לענין זה נראה כיון שמשטר מיקרי גורם לממון ובשאר גורם לממון כגון בשור הנסקל בבית שומר אליבא דר"ש נראה ג"כ דאם נאבד מהשומר ונתייאש ממנו דהמוצאו זוכה בו והשומר צריך לקנותו ממנו דהא גורם לממון כממון דמי וכמו דמהני יאוש לענין ממון ה"נ מהני ג"כ לגורם ממון לר"ש דס"ל דגורם לממון כממון דמי מכ"ש בשטר לזכות בגופו של שטר למכרו למלוה או ללוה דממון גמור הוא דמהני יאוש לענין זה גם מה שהקשה בקצה"ח הא הנייר של לוה הוא ליתא כדמוכח מדברי

הר"ן וכמ"ש בסי' ס"ה ע"ש: ובתומים כתב בשטר שנכתב בו לכל המוציאו מכירתו מדאורייתא והנכון אתו וקיימתיו מסברא:

ב **בכומ"ס**. עש"ך ס"ק ג' שכתב בשם הריטב"א דבהקדש לעניים אמיר' בשטרות הוי ככומ"ס וכו'. והוא תמוה דבי"ד סי' רכ"ח ס"ז פסק להלכה דמקדיש שט"ח בעי כומ"ס וכן תמה בתומים ומ"ש בספר קצה"ח על תוס' בב"ב ע"ו ד"ה אי כר' ע"ש. נראה דודאי מהך דפסחים אין ראי' רק שהוכחת התוס' הוא מדלא מצינו בשום מקום במקדיש שט"ח כומ"ס רק במכירה:

ג **אחריות** בתומים תמה הא אם יקבל אחריות הוי ריבית גמור כמבואר בי"ד סימן קע"ג ס"ד ע"ש ולפענ"ד נראה דלא ק' מידי דלא מיירי שקיבל אחריות לשלם אם יעני הלוה דזה ודאי הוי ריבית גמור רק דהכא מיירי שקיבל אחריות על עצמו באם לא ירצה הלוה לשלם מחמת שיטעון לאו בע"ד דידי את כיון שאין לך כומ"ס קיבל המלוה על עצמו שישלם הוא כפי מה שיהי' שוה אז בשעת תביעה ואם לא יהיה שוה אז אפי' פרוטה אחת מחמת עניו לא יתן לו כלום וכן קיבל אחריות באם שיחזור בו התחייב עצמו לשלם וקיבל אחריות על נכסיו וכלשון הזה כתב המחבר לעיל סי' ס' סעיף ו' גבי מוכר דבר שלא בא לעולם וכתב שם וז"ל וכתב אחריות ע"ע להעמידו בידו ע"ש. ובאופן זה ודאי מותר דהוי כמו שאומר אי יוקרא או זילא ברשותך ואי תקפה ברשותי דשרי כמבואר בב"מ ס"ד וביו"ד סי' קע"ג ועוד נראה דאפי' אם יאמר לו אם ירצה הלוה לשלם לך אין עלי אחריות רק אם לא ירצה לשלם לך שיטען לאו בע"ד דידי את אשלם לך כל השט"ח דשרי ג"כ דהוי ג"כ כמו אי תקפה וכו' ומה שכ' בתומים מהגהת הרא"ש שהביא הש"ך בסי' קע"ו סק"ח כתבתי בספרי חות דעת דכל שמקיים המכר אין בו משום רבית ע"ש:

ד **דאינו חייב לקבל מי שפרע**. עש"ך ס"ק ח' שהניח בצ"ע וע' תומים שכתב כיון דקי"ל דאינו חייב לקבל מי שפרע רק במקח שמעות קונה ד"ת ודלא כהר"י מיגא"ש דס"ל דבכ"מ דאיכא דברים ומעות איכא מי שפרע וא"ש דברי הרב בהג"ה ומ"ש הש"ך על הבעה"ת דהא במוכר שטרותיו לבושם יש בהם אונאה לפמש"ל ס"ק א' בשם התוספות דהמכיר' של הנייר הוא ג"כ למוכרו ללוה או למלוה אין בו משום אונאה כמ"ש התוס' כתובות ס"ה ד"ה המוכר:

ה **לחזור בו אע"פ שקיבל המעות**. עסמ"ע שכ' הואיל שאין המקח קיים אין על המעות רק ש"ש ונאמן לומר פרעתי במיגו דנאנסו ועש"ך ס"ק ח' שכתב דשגגה הוא כדמוכח בב"מ בעובדא דפרדיסא בפ' א"נ ובבעה"ת שער מ"ז ובתומים כ' דמוכח מדברי התופסות ב"מ ד"ה מאי איריא דסבירא ליה דלמאן דאמר דאין מעות קונות ד"ת דאין על המעות

רק ש"ש וגם הבעה"ת לא פליג דשאני התם דהלוקח כבר נכנס להמקח ולכך המעות הלואה גביה. אבל הכא שאין הלוקח נחית למקחו כלל דאין לו כתיבה ולא תפיס רק בנייר בעלמא כ"ע מודים דלא הוי רק ש"ש וכו' ותמהני דהא הבעה"ת כ' גם כן זה גבי מכר מה שאירש מאבא דהמעות הלואה אף דהלוקח לא נחית למקחו כלל גם מ"ש בספר קצה"ח לחלק דבדבר שהקנין נתפס בו ומחוסר הקנין הש"ך בו כגון במטלטלין כשמחוסר משיכ' ובשטרות שמחוסר כומ"ס אין המוכר רשאי להשתמש במעות עד שנעשה הקנין השייך בו ולא הוי המעות הלואה אבל בדבר שאין קנין נתפס בו כלל כגון במוכר דבר שאינו שלו דהמוכר אינה את הלוקח שמכר לו דבר שאינו שלו דהוי מקח טעות המעות הלואה כמבואר בסי' רל"ב עכ"ל. הוא ג"כ תמוה דהא הבעה"ת כ' זה ג"כ במכר באסמכתא אף שיש בו קנין המועיל ג"כ מעכשיו ובב"ד חשוב ואפ"ה כתב דהמעות הלואה לכן נראה לחלק דדוקא במטלטלין שבודאי נתן המעות אדעתא למשוך ויקח המטלטלין לרשותו היה דעתו בודאי שלא יזכה המוכר במעות עד שימשוך המטלטלין מש"ה אסור להשתמש במעות והוי רק ש"ש לחד תי' בתוספות ב"מ דף מ"ג בד"ה מאי אריא אבל במוכר דבר שלא בא לעולם הלא היה דעתו לעשות שום קנין יותר וכן באסמכתא אף דמשכחת בו קנין במעכשיו בב"ד חשוב מ"מ כיון שלא התנה עמו שיעשה לו קנין זה ולקח לרשותו החפץ ונתן המעות ודאי לא היה דעתו לעשות שוב יותר אמרינן ודאי אדעתא להשתמש במעות מסרן למוכר דאי לא למאי מסרינהו ניהליה כיון שלא פי' לו שיעשה שוב קנין וע"כ (") או שטעו וסברו שזהו קנין המועיל לו או שידעו שאין זה קנין המועיל ומ"מ קנה שסמך על אמונתו שלא יחזיר בו וא"כ בודאי אדעתא להשתמש במעות מסרן לו הלוקח ולפ"ז הכא בשטר ג"כ הדין כן דאם מכרן לו ופי' לו שיתן לו כתיבה מש"ה כל זמן שלא נתן לו כתיבה אסור להשתמש במעות והוי רק ש"ש אבל כשמכר לו השטר חוב סתם ומסר לו והוא מסר לו מעות בסתם ולא פירשו שיעשה לו כתיבה ע"כ או שטעו וסברו שזהו קנין המועיל או שסמך על אמונתו שלא יחזור בו ובכה"ג מעות הלואה וכמש"ל אבל כשלא מסר לו השט"ח עדיין הוי כמו במטלטלין שלא עשה משיכה דהוי רק ש"ש על המעות כיון שאינו מחויב לקבל מי שפרע כמבואר סי' קצ"ח:

ו **הלכך האי מאי דמזבין**. עש"ך סעיף קטן י' שיש להראותו בב"ד לזכותו וכו' היינו לשיטתו דס"ל דאינו קונה הנייר רק לצור וכמוכר שטרותיו לבושם אבל למפש"ל בשם התוספות מהני מכירה ונתינה גם לענין שיכול למסור השטר אף להלוה מכ"ש שא"צ להוציא להראותו לב"ד לכן דין זה הוי ספיקא דדינא וצ"ע:

ז **ואפי' הנייר לצור.** עש"ך ס"ק ט' במה שהקשה דברי הטור אהדדי. ואפשר ליישב דהטור בסט"ו מיירי שמוכר אינו רוצה לפרוע מחמת שטוען שמכר לו בפי' השט"ח שלא לגבות בו רק להחזיק בו ושיהיה יכול למכרו למלוה או ללוה דבכה"ג כ"כ יכול למכור כמש"ל בס"ק א' ע"ש והמוכר שמוחזק בהמעות נאמן דהמע"ה ומש"ה הלוקח משתמש בהנייר כיון דאפי' לפי דעת המוכר הנייר של הלוקח רק אחר שפרע הלוה שאסור להשהות שטר פרוע א"י לעכב בהשטר רק שישלם לו דמי הנייר:

ח **ולכל מי שמוציאו** עסמ"ע ס"ק ח' שהקשה מסי' נ' ונראה כוונתו שהבין הא דממעט התם בסי' נ' כשלא בא מחמת אותו פ' פי' שאומר שהוא שלו שמכרו לו ומש"ה אינו יכול לגבות בו ומש"ה הקשה משם לכאן וע"ז מתרץ דהתם מיירי שאין לו עדים שמכרו לו ע"ש ולפ"ד הסמ"ע הא דמבואר שם בסי' נ' דדוקא בבא מחמת אותו פ' פי' דהיינו שאומר שהוא של פ' יכול לגבות בו וא"צ הרשא' ולא ראיה שהוא שלוחו אבל כשלא בא מחמת אותו פ' דהיינו שאומר שמכרו לו צריך דוקא ראיה שמכרו לו וזהו תימא דמ"ש בין זה לזה כיון דמסירה מהני למכיר' רק שאינו נאמן לטעון שמכרו לו וחיישינן לנפילה ופקדון א"כ כשטוען שהוא שלוחו ג"כ ניחוש להכי ונרא' לפרש דבריו דהנה הסמ"ע לקמן ס"ק ל"ג כ' דאם הלוה טוען כבר פרעתי וממני נפל ומצאו זה נשבע ונפטר דדמי להא דסי' מ"א דכשהשטר יוצא מת"י אחר מאמינין ללוה בשבועה שפרע הוא ע"ש בסמ"ע ואף בס"ס מ"א כ' דאם יוצא מת"י הנפקד דאין הלוה נאמן לו' ממני נפל עכצ"ל דש"ה דנאמן במיגו דאי בעי היה מחזירו כמ"ש הסמ"ע שם ס"ק ל' אבל הכא דמיירי שטוען שמכרו לו אין לו מיגו דהא רוצה בטענת לקוח שסובר הוא שיזכה בו לעצמו וכיון שאינו נאמן עליו דהוי כאינו אומר כלום ודמי לנמצא שטר ביד אחר וא"י מה טיבו שיהיה מונח וזה דברי הסמ"ע בכאן דכשבא מחמת אותו פ' דהיינו שאומר שהוא שלוחו נאמן דדמי להא דסי' מ"א הנ"ל דהשליח דומה לנפקד ולא מהני טענות נפיל' של הלוה אבל כשלא בא מחמת אותו פ' דהיינו שטוען טענת לקוח חיישינן לטענ' נפילה דדמי להא שכ' הסמ"ע בס"ק ל"ג אמנם בט"ז תמה עליו כיון דשטר כזה נקנה במסירה ובחליפין דמי לשאר מטלטלין דנאמן בלא שטר ראי' וגם לפמ"ש שם בפירוש דברי הסמ"ע דס"ק ל"ג ג"כ לא א"ש דברי הסמ"ע דכאן:

ט **או במסירה בלא כתיבה.** עש"ך ס"ק י' שחולק בזה וס"ל דבעי כומ"ס נגד המלוה שלא יהיה יכול לחזור בו. ויפה השיגו בתומים והביא ראיה שאין עליו תשובה מתשובת הרא"ש שהוצרך ליתן עצה להיורש בשטר כזה שימחול החוב ולפ"ד הש"ך הא בלא"ה יכול לחזור בו לכן העיקר כדברי הרב בהג"ה גם מה שהקש' אהא דפסק רמ"א דחליפין

מהני מסעיף ד' שפסק דלא מהני קנין חליפין לק"מ דהא ודאי במקום דמועיל שאר קנינים כגון משיכ' והגבהה מה"ת יוגרע קנין חליפין כמ"ש התוס' רק בשאר שטרות שנכתב בו שם המלו' ולא נכתב בו לכל מי שמוציאו דבעינן מסיר' מיד ליד דוקא ולא מהני שאר קניינים רק אגב דקנין מעליא שקונה אפי' במטבע אמרי' בש"ס דמהני אבל קנין חליפין דגרע לא מהני אבל לשטר כזה דמהני שאר קנינים דהא בת"ה הביאו הש"ך כתב בהדיא כיון דנכתב לכל מי שמוציאו וגם לשמו נכתב דמי לשאר מטלטלין ובוודאי דמהני ביה משיכ' והגבהה וא"צ מסיר' מיד ליד ודאי דגם חליפין מהני כמ"ש התומים:

י **שתבוא לידו** בספר קצה"ח הקשה דהא בסי' רל"ה דקטן יכול למכור שט"ח הא כיון דבעי שטר אין שטר לקטן ע"ש ולק"מ ע"ש דדוקא לענין קנין שקנו העדים בק"ס קאמר התם דלא מהני כיון שהקנין הוא לכתיבת שטר בעדים ליכא בקטן אבל הכא יכול לכתוב בעצמו בכת"י קני לך איהו וכל שיעבודיה ומהני אף בקטן ועמ"ש בסי' רל"ה בפי' דברי תשובת הרא"ש ע"ש:

יא **לא קנה.** עש"ך ס"ק י"ח שצידד לומר בחלוקות השותפין שטרות דבעי כומ"ס לענין שלא יהי' יכול לחזור בו. והנה לפמ"ש הרמ"א בתשוב' סי' צ"ב דאפי' למחול אינו יכול אחר החלוק' וכ"כ הצמח צדק סי' צ' ע"ש ודאי אין צריך כתיבה ומסירה:

יב **דכיון שהחזיק בקרקע** עש"ך סס"ק כ"א ויש שם ט"ס וכצ"ל כיון דקיי"להחתם עיקר דאינו יכול למחול א"כ קיי"ל וכו' לכאורה תימה דהא בקידושין דאמר דהמקדש במלוה שיש עליו משכון מקודשת מדר"י משמע דאם מקדש במשכנות קרקע דלא קניא ליה מדר"י כמ"ש בש"ך סי' רע"ח ס"ק ח' אינה מקודשת ואי נקנה לה החוב וא"י למחול מה"ת לא תהיה מקודשת דהא אפי' כשמקדש' בשט"ח למאן דלא ס"ל כשמואל וס"ל דהמוכר א"י למחול מקודשת כמבואר בקדושין פרק א' וגם בתומים הקשה דבאה"ע סי' כ"ח מביא פלוגתא במשכון בשעת הלואה אי מקודשת והכא סתם וכן שם חילק בין משכון ישראל למשכון עכו"ם וכאן לא חילק כלל לכן נראה דהנה באה"ע סימן כ"ח סעיף ח' פסק באמר לה התקדשי בשט"ח דאם יש בנייר שוה פרוטה מקודשת וכתב הב"ש הטעם דלא גרע ממשכון ע"ש וזהו באמת לשון הטור והוא תמוה דהא במשכון גופיה פסק הטור כשמשכנו בשעת הלואה אינה מקודשת. ובתומים תירץ דהנייר עדיף ממשכון דמשכון כזה קונה אף בשעת הלואה דעיקרו עומד לכך מבלי להחזיר לו עד שיפרע לו ומקנה הלוה לזה וקנין זה יכול למוכרו לאחרים ע"ש וסיים בצ"ע ובאמת אין בו שום סברא דהא כל משכון עיקרו עומד לכך מבלי להחזיר לו עד שפורע לו. לכן נראה לפענ"ד כיון שהטור כתב גבי שט"ח דלא גרע ממשכון אלמא דחד דינא אית להו למשכון

עם נייר השט"ח דכמו בנייר של השט"ח יש לו קנין גמור זה שיכול למוכרו לצור כמ"ש התוס' והר"ן והרבה פוסקים בכמה מקומות אין מספר וכבר כתבתי לעיל דהכוונה במה שאמרו לצור אין כונתם לקרוע ולקלקל השטר דהא השטר של לוה הוא וכשפורע לו מחויב להחזיר לו בשלימות רק הכוונה שיכול למוכרו הפי' מדאורייתא שיחזיק בנייר עד שיתן לו המלוה או הלוה בעד השטר כמה שירצה כדמוכח בכתובות פ"ה ד"ה המוכר ומהר"ן בכתובות פ' הכותב בעובדא דמלוג' דשטרי וכמש"ל בס"ק א' אבל אינו יכול למכור השטר מדאורייתא כדי לגבות בו ואפי' מגוף הנייר כשירצה לגבות ממנו אין לו שום קנין וכשאר נכסי לוה הן וצריך לתבוע גופו של לוה תחלה ה"נ במשכון יש לו קנין גמור שיהיה שלו עד שיופרע לו כמ"ש בתומים לענין נייר של השט"ח ויכול למוכרו לאחרים לענין זה ובפרט כממש"ל סי' ע"ב דמשכון בשעת הלואה אף דלא קני ליה מדר"י מ"מ יש לו בו קנין גמור לענין למפרע הוא גובה ואי אקדיש מלוה וזבין מלוה הוי מכירה והקדש ע"ש ומכ"ש דיש לו קנין זה דודאי אין שום סברא לחלק בין משכון ובין נייר של השט"ח דהא במשכון ג"כ עיקרו עומד לכך שלא יפרע לו עד שיחזיר לו שטרו. ונראה מטעם זה כ' הר"ן הביאו הש"ך סי' ע"ב ס"ק ע"א דאם המלו' שותק ואינו רוצח לגבות מהמשכון דאין עליו רק שבועת היסת ולכאור' קשה דהא הוי נמאן דנקט בקופסא דלישבקי לגלימא והרי זה ממש כבא לגבות משל חבירו ולפמ"ש אתי שפיר כיון דנגד זה הוי כמכור לו המשכון מש"ה אם טוען כן הוי כטוען לקוח הוא בידו לענין זה דאין עליו רק שבועת היסת ומש"ה ה"נ כאן כשמכר לו החוב שיש עליו משכון אף שמחל לו החוב מ"מ יכול הוא לתפוס בהמשכון דלענין זה נקנה לו קנין גמור ואפי' לרמ"א דס"ל דחייב להחזיר השט"ח כשמוחל לו החוב ש"ה בלוקח שט"ח כדי לגבות בו ואין קנין לחצאין וכיון שמחלו ונתקלקל קנין של הגובייגא גם הקנין של הנייר בטל ומש"ה צריך להחזיר לו הנייר ואם מכרו בפי' רק לצור אין צריך להחזיר לו הנייר אבל במשכון כשמוכר לו רק לענין זה שיחזיק בהמשכון עד שיופרע לו ודאי דמכר גמור הוא אבל ודאי דאין לו קנין במשכון לגובייגא שאם רוצה לגבות מהמשכון דמי לשאר שיעבוד נכסים דצריך לתבוע גופו של לוה קודם ושיעבוד הגוף אינו יכול למכור במשיכת המשכון ואין הלוקח יכול לתבוע את הלוה לגבות הן משאר נכסיו הן מהמשכון הלוה יכול לו' לאו בע"ד דידי את אם לא במשכון שלא בשעת הלואה דאז נמכר במשיכת המשכון גוף החוב של הלוה והלוקח יכול לגבות מהלוה אבל במשכנו בשעת הלואה א"י למכור המשכון לענין שיהי' יכול לתבוע ולגבות מהלוה ולא מהמשכון רק לענין שיחזיק בהמשכון עד שיפרע לו כמו במכירת נייר השט"ח דלא עדיף השט"ח ממשכון אבל אם בא לגבות בהמשכון

דמי לשאר שיעבוד נכסים דצריך לתבוע גופו של לוה תחלה והמשכון מטעם ערב כמו שאר שיעבוד נכסים ושיעבוד הגוף אינו נמכר במכירת המשכון ונשאר ביד המלו' וכיון שמחל לו שיעבוד הגוף פקע ג"כ הערבות שיש בהמשכון ומכירת המשכון אינו מועיל רק שיכול לתפוס המשכון עד שיפרע לו ולא לגבות ממנו וקנין זה מהני במשכון אף במקום דלא קני ליה מדר"י ובזה אפשר להשוות המחלוקת באה"ע סי' כ"ח דמאן דס"ל דאינה מקודשת במשכון בשעת הלואה מיירי כשמקדש' בגוף המלוה שיש עליו משכון דאז ודאי דאינה מקודשת דהא לא נקנה לה גוף החוב דהא אינה יכולה לגבות מהמשכון אם לא במשכנו שלא בשעת הלואה דשוב א"צ להמשכון שום תביעת הגוף דהא כבר הי גובייני' ע"י הב"ד דמשכנו שלא בשעת הלוא' ע"פ ב"ד הוא וקני' לי' המשכון לגוביינא ומאן דס"ל מקודשת מיירי במקדש' בהנאה זו ובקנין זה שיש לו בהמשכון לתפוס בו עד שיפרע לו ובזה מקודשת לכ"ע. ובזה י"ל קושיות התוס' שהקשו משמיט' דאפי' בשעת הלוא' דאינו משמט הא ר"י לא אמר רק שלא בשעת הלואה ע"ש. ולפמ"ש לק"מ כיון דבשעת ההלואה קני למשכון עכ"פ שיהא יכול לתפוס בו עד שיפרע ממילא הוי של אחיך בידך דאינו משמט. וכן לענין חמץ בפסחים ל"א כיון דהנכרי יש לו קנין גמור עד שיופרע לו לא מיקרי מצוי בידו דישראל ואינו עובר עליו משא"כ בב"מ לענין אחריות דודאי לא נפסד החוב כיון דלא קני לגוביינא רק לענין תפיס' וכמו בשט"ח דקני לי' ג"כ שיהא יכול לתפוס הנייר ומ"מ אם נאבד באונס אינו מנכה לו דמי שווי השט"ח וה"נ במשכון רק שלא משעת הלוא' דקני ליה משכון לגוביינא אז אם נאבד המשכון אבד חובו ולפ"ז אתי שפיר כאן דהא פסק הכא דבמשכנות קרקע קנה וא"י למחול היינו כשמוכר לו להחזיק במשכון עד שיופרע לו ואז אפי' מחילה לא מהני דלענין זה קנין גמור יש לו ויכול למכרו לאחרים אפי' מדאורייתא אבל כשמכרו לגוף החוב לענין שיהי' יכול לתבוע להלו' לגבות מנכסיו או מהמשכון א"י למכרו דשיעבוד הגוף אינו יכול למכור ע"י הקנין שיש בו במשכון רק במשכנו שלא בשעת הלוא' וכמש"ל לפיכך המלוה יכול למחול להלוה שיעבוד גופו וכשמוחל שוב אין הלוקח יכיל לתבוע להמלו' ואם מכר להמשכון ופי' שמוכר גם לגוף החוב שיהי' של הלוה ואח"כ מחל המוכר להלוה שיעבוד הגוף תלוי בפלוגתא המבואר בסעיף כ"ג אם צריך להחזיר הנייר דמאן דס"ל שם דצריך להחזיר הנייר משום דאין קנין לחצאין ה"נ צריך להחזיר המשכון ולמאן דס"ל שם דא"צ להחזיר הנייר והמכירה קיימת לעניין הנייר א"צ להחזיר המשכון דמשכון ונייר של השט"ח דין אחר להן וכמ"ש הטור באה"ע סי' כ"ח דנייר של השט"ח לא גרע ממשכון כנ"ל ברור:

יג **אפי' לא בעי מסירה מיד ליד.** נראה דמ"מ בעינן שיוציא ראיותיו מתחת ידו ואז מהני הקנין מטעם שכ' הרמב"ן בח"מ דכשמוציא הראי' מתח"י גמר ומקנה רק דלא בעי מסיר' מיד ליד. אבל שאר קנינים כשאין מוציא הראי' מתח"י לא מהני דהא חליפין לא מהני ומה"ת יוגרע קנין חליפין משאר קנינים רק קנין אג"ק ס"ל להפוסקים דמהני מטעם שאמרו בש"ס דקנין אגב עדיף משאר קניינים. ובתומים תמה דמה"ת יוגרע קנין חליפין משאר קנינים ולפמ"ש ומה שמשמע מדברי הש"ך דבשטר שכתוב בו לכל מי שמוציאו בעינן דוקא מסירה לא שאר קניינים לא נ"ל דמוכח מדברי התה"ד שהביא הש"ך בס"ק י' דדמי לשאר מטלטלין:

יד **הזוכה בשטר הפקר.** עש"ך בסקכ"ה שהקשה דהא בלא"ה ליכא כתיבה ועוד דהא הלוה קודם לזכות בו כמו בגר שמת בסי' ע"ב סעיף ל"ז ולפענ"ד נראה דלק"מ דודאי לגוף החוב אינו מועיל ל' הפקר דכמו שא"י להקדיש החוב מטעם שהוא דבר שאינו ברשותו כמו כן אינו יכול להפקיר דהקדש והפקר שוים בזה ואפי' ללוה אינו מועיל רק ל' מחילה רק לגוף השט"ח שכתבו התוס' בכתובות פ"ה ד"ה המוכר שיכול למכרו והקונה יכול למכרו ללוה ועמ"ש בס"ק א' שה"ה שיכול למכרו למלוה וכמו שיכול למכרו לענין זה אפי' מדאורייתא ונקנה במסירה לבד לענין זה דכל מלוה יש לו קנין בהשט"ח שיהיה שלו עד שיפרע לו ויכול למכור זכות זה כמש"ל ועסק"א שהארכתי בזה וכיון שיכול למכור זה יכול נמי להפקיר זכות וקנין זה שיש לו בהשטר שהזוכה יהיה יכול להחזיק בו עד שיפרע לו או למכרו למלוה או ללוה דהא אפי' ייאוש מהני כמ"ש התוס' בב"ב ע"ו רק דס"ל להמחבר דבעינן דעת אחרת מקנה אפי' לקנין זה לפיכך לא מהני הפקר ולא ייאוש והתוס' ע"כ ס"ל דקנין כזה סגי במשיכה לבד דהא כתבו דייאוש מהני וחולקים אהמחבר. ובתומים הביא ג"כ דברי התוס' אלו לתרץ קושיא הנ"ל בדרך רחוק ע"ש:

טו **אינו נקנה באגב.** עסמ"ע וש"ך אי משתעבדי באגב היינו לענין אם שיעבד השט"ח לבע"ח באג"ק דהמלוה יש לו קנין שיהיה בשט"ח שלו עד שיפרע לו ויכול לשעבד קנין וזכות זה לאחרים ואם אח"כ מכר השט"ח לאחרים יכול הבע"ח לטרוף השט"ח דכיון שכבר נשתעבד גופו של השט"ח המכירה שאח"כ לאו כלום הוא ויכול טורפו (") ובזה נסתלק תמיהת הש"ך ס"ק כ"ו ודו"ק:

טז **אין צריך עדים לענין קנייתו** המ"מ דחק ליתן טעם למה נאמן נגד המלוה ולא נגד הלוה ע"ש. ואפשר ליתן טעם דס"ל בדעת התוס' ביבמות קט"ו בד"ה מאי אמרת דרבא ס"ל דלא חיישינן לנפילה ופקדון רק חשש דלמא מסר ליה ע"ש וכיון דודאי מכר לו רק שמסופקין אם היה כתיבה או לא יכול לחזור ובהג"ה בסעיף א' מבואר דאף דיכול לחזור

בו מ"מ יכול לתפוס הנייר עד שיחזיר דמיו וכיון דהשטר כמשכון בידו נראה דאם היו שניהם מודים במכירה במסירה בלא כתיבה והיו מחולקים בדמי המכירה כמה היה הלוקח נאמן לתפוס הנייר עד כדי דמיו כפי טענותיו דדמי להא דסי' ע"ב בש"ך ס"ק צ"ד במשכון שידוע שהלוה עליו וא"י כמה שהמלוה נאמן וה"נ דכוותיה וכיון שאם היה טוען שמכר לו השטר בכל הדמים הכתוב בשטר שהי' נאמן מש"ה כשטוען לקוח השטר בכתיבה ומסירה ומגיע לו כל דמי השטר נאמן ג"כ במגו לתפוס השטר עד שמגיע לידו כל הדמים וכמו שנאמן כשטוען שמכרו לצור כמ"ש הר"ן בכתובות ונידון מה שהקשה הבעה"ת על הרמב"ם מהא דס"פ זה בורר דאמר כמאן כר' דאמר אותיות נקנות במסירה ונאמן במגו דלקוח מוכח דלמאן דס"ל דאין אותיות נקנין במסירה דאינו יכול לטעון לקוח עמש"ל בסי' נ"ו:

יז **ואם יש ראייה שמכר.** עש"ך ס"ק ל"א. ודבריו תמוהין לי דכיון דלית ליה מגו לא מהימן ועכצ"ל דחזקה שלא מכר לו שטר פרוע כמ"ש התומים רק דס"ל כשיש לו מגו נאמן שמצינו כמה פעמים שאמרי' מגו במקום חזקה דאין כל החזקות שוות כמ"ש התו' א"כ כשאינו רוצה לישבע ואינו אומר כלל אימת נפרע דלא שייך מגו ודאי דיש לנו לומר מכח החזקה הנ"ל שיפרע אח"כ לכן העיקר כתי' הראשון של הש"ך וחייב לשלם כל דמי השטר:

יח **נשבע היסת.** עסמ"ע ס"ק ל"ג שאם שמעון טוען כבר פרעתי וממני נפל ואתה מצאתו נשבע שמעון ונפטר מלוי ומראובן דדמי להא דסי' מ"א דהשטר יוצא מתח"י אחר מהמנינן להמלו' בשבועה וכן פסק בתשובת רמ"א סי' צ"ד ס"ב. והוא תמוה לכאור' דהא מבואר לעיל בסעיף זה דאם טוען שפרע ללוי ישבע לוי לשמעון ויגבה ראובן ומשמע אפי' טוען שפרע ללוי וממנו נפל אינו נאמן ועוד דבסי' ע"ב גבי חנני וחנן משמע דאפי' השטר ביד חנן גובה חנני ולא הוי כשטר היוצא מיד אחר. לכן נראה דהנה הש"ך לקמן סי' צ"ו כתב גבי מוכר במעמד שלשתן כיון דאין השטר נקנה במע"ש רק החוב וכ"ז שאין נותן לו כומ"ס כיון דלא נקנה לו השטר נאמן הלוה לטעון פרעתי וכשנותן לו אח"כ כתיבה ומסירה חזר להיות מלוה בשטר וכ"כ עוד הש"ך בס"ק ס"ה דכל זמן שלא נקנה השטר דינו כמלוה ע"פ עד שיתן לו כומ"ס. לזה נראה לחלק דדוקא כשלוי טוען עם שמעון כיון שלדעת הרמב"ם ראובן נאמן לענין קנייתו וקנה השטר והוי לוי כטוען בע"פ כיון דאין השטר תח"י לכן שמעון נאמן נגדו אבל כשנותן לוי כומ"ס אח"כ לראובן חזר להיות מלוה בשטר ביד ראובן ואינו נאמן שוב נגדו דממ"נ השטר שלו הוא דאם כבר נתן לו כומ"ס הרי שלו הוא ואם לא נתן לו קודם הרי נותן לו עכשיו כומ"ס. וכן לדעת

הרב בהג"ה שאינו נאמן לענין קנייתו והוי שטר כאילו הוא ביד לוי ממש כיון שראובן חייב להחזיר לו מדינא הוי כמלוה בשטר בידו וכן בסי' מ"ב הטעם דכל דדינו של השטר שיוחזר לידו הוי מלוה בשטר גמור ודוקא כשאין דינו של השטר שיוחזר לידו הוי מלוה ע"פ כנ"ל. ועיין עוד מ"ש בסי' ס"ה בביאורים ס"ק ו' וכן בתומים מסכים דאין הלוה נאמן לטעון פרעתי רק שלא כתב טעם וגם סותר דברי עצמו שכתב בס"ס מ"א דאפי' כשהוחזר השטר בב"ד ביד הנפקד נאמן הלוה כיון שאין לו מיגו ומכ"ש כאן. אך גם שם סתרתי דבריו:

יט **שגם לענין קנייתו** והטעם כתב הר"ן פ' הכותב גבי מלוגא דשטרי והרמב"ן בספר הזכות כ' דדוקא מטלטלין או שטרות למאן דאית להו אותיות נקנות במסירה כיון דתפיסתו קונה לו מיקרי ג"כ מחמת התפיסה מוחזק אבל בשטר דבעי כומ"ס כיון שאין המסירה קנין לא מיקרי ג"כ מוחזק ומש"ה לא מהימן ג"כ לו' בקנין אגב או במתנת שכ"מ כיון שלא נקרא מוחזק מחמת התפיסה אינו נאמן:

כ **מונח תחת יד השליש אע"ג דנאמן נגד המוכר.** לכאורה תמוה דהא אין השליש נאמן יותר מאילו היה ביד הבע"ד ואם היה ביד הלוקח גופיה לא היה נאמן לענין קנייתו ומה"ת יהי' השליש נאמן וכן תמה בתומים. ואחר העיון נראה דלק"מ דהנה הסמ"ע בסי' ס"ד ס"ק כ' כ' הטעם הא דנאמן התם בס"ס ס"ד במגו דלהד"ם לתפוס השטר וכאן א"נ אפי' לתפוס השטר משום דשם טוען רק למשכון ויש לו מיגו משא"כ כאן שטוען לקוח ורוצ' לגבות בו אין זה מיגו דהא כשיטעון להד"ם לא יהי' יכול לגבות בו מש"ה אינו נאמן אפי' לתפוס השטר והוי כמגו לחצי טענה ע"ש שזה הוא כוונת דבריו מש"ה בשליש כיון דהדין הוא דהשליש מהימן אף שאין לו מיגו עכשיו רק שהיה לו באיזה פעם מיגו כמבואר בסי' נ"ו והטעם כתבו התו' גיטין ס"ד דכל שהיה יכול לעשות כן בשום פעם הקניהו לו שיהי' כמו שיאמר השליש אפי' אם ישקר מש"ה לענין קנייתו דהיינו שיהי' יכול לתפוס הנייר כיון שהוא שליש הי' יכול לעשות כן בשום פעם דהא השליש היה יכול למסור ליד הלוקח והלוקח הי' יכול לטעון שקנהו לצור דהי' נאמן כמ"ש הר"ן בכתובות ולצור היינו לתפוס ולהחזיק בהשטר עד שיתן לו כל דמי טענותיו אפי' נגד כל דמי השטר כמש"ל או לו' שהוא ממושכן בידו כדי דמיו של כל השטר ממילא הימני' שיהי' כן אם יאמר השליש כן אף אם ישקר והשליש קנח אותו זה אף אם ישקר דכל מה שהשליש יכול לעשות מקנה אותו שיהי' כך אף אם ישקר כמ"ש התוס' משא"כ לענין לגבות בו כיון דלא הי' השליש יכול לעשות כן בשום פעם לא מהני אמירת השליש ואף דלא מהני אמירת השליש לענין לגבות מ"מ מהני לענין התפיסה דפלגינן דבורא דהא ב'

קנינים במכירת שטר דלצור הוא מכירה דאורייתא ולגבות הוא מכירה דרבנן נהי שא"נ לגבות אבל לצור נאמן הוא דהקניהו לו למה שיכול לעשות אפי' ישקר משא"כ כשהוא ביד הלוקח גופיה דא"נ רק כשיש לו מיגו עכשיו וזהו לאו מיגו הוא כיון שהוא רוצה לגבות בטענותו ואין מיגו לחצי טענה מש"ה א"נ כלל כנ"ל ברור:

כא **ואין הלוקח יכול לגבות.** עש"ך ס"ק מ"ב שהקש' אמאי לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע נגד השליש. ולכאור' הוא תמוה מאוד כמו שתמה כתומים חדא דהא הוי שיעבוד קרקע ואין כאן שבועה דאורייתא ועוד הא הלוה יכול לו' מה איכפת לי ומה טיבו של שבועה זו אניח המעות בב"ד ומה שירצו יעשו וכי אם יהי' לראובן פקדון ביד שמעון ויבוא לוי ועד אחד עמו שראובן מכר לו הפקדון וכי יתחייב שמעון להחזיר מחמת שיהי' מחשואיל"מ והרי אנו מוציאין ממון ע"פ ע"א והא ודאי ליתא דאין כאן שבועה ללוה ולנפקד. ואחר העיון נראה דלק"מ דהקושיא הב' אינו קושיא דודאי בנפקד בגוונא שכ' התומים לא שייך שבועה דאין לנפקד תועלת בהכחשתו דהיא רוצה ליתנו רק שא"י למי ומניח בב"ד ומסתלק משא"כ הכא כשהוא ביד שליש שפסק הרב שנאמן נגד המוכר וממילא אם הלוה לא יטעון לאו בע"ד דידי את נותנין המעות ליד הלוקח כיון שנאמן לענין קנייתו כמ"ש המחבר לדעת הרמב"ם שסובר דנאמן נגד קנייתו שאם אין הלוה טוען לאו בע"ד דידי את שנותנין המעות ללוקח וממילא אף כאן כשניח המעות בב"ד ימסרו המעות ללוקח רק הכא הדין הוא רק אם הנתבע טוען נגד הלוקח לאו בע"ד דידי את וא"צ ליתן לו וא"כ הכחשה זו לא הוי רק לתועלת הלוה להפסיד ללוקח דהא אם יתן המעות ימסרו ללוקח ודאי דהוי מחשואיל"מ וזה פשוט מאוד. אמנם זהו לפי שיטת הש"ך דהשליש נאמן לגמרי אבל לפמש"ל בס"ק י"ט דאין השליש נאמן רק לתפוס השט"ח והלוה יכול לשלם להמלוה לא הוי משואיל"מ. ולענין הקושיא הא' דהא הוי שיעבוד קרקעות ג"כ לא קשה דקושייתו הוא על שטר שאין בו אחריות או כת"י דמדסתם המחבר משמע דבכל גוונא מיירי. ומ"ש בספר קצה"ח דשטרות אימעוט משבועה לא ידענא מה הוא שח דהכא עיקר תביעתו הוא על הממון שבשטר ולא על השטר. ועוד נראה דאפי' בשטר שיש בו אחריות ג"כ הוי כנתקלקל השיעבוד דהא הלוקח אינו יכול לגבות בשטר זה ממשעבדי לפמ"ש הסמ"ע בס"ק ל"ג דהלוה יכול לפטור נפשו וה"נ הוי ממש כמו התם דהכא ג"כ נאמן לענין קנייתו ולא לענין תביעתו כשהוא ביד שליש. ועוד דהלקוחות יכולין לטעון לאו בע"ד דידי את ובלקוחות לא שייך מחויב שבועה ואי"ל דכמו דדרשינן שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים ה"נ דרשינן ולא בין הלוקח כנ"ל וכיון שנתקלקל השטר לענין משעבדי לא הוי כפירת שיעבוד קרקעות כמבואר

בס"ס ס"ב גבי אם טוען מחצה פרוע ועדים מעידין שכולו פרוע. וא"ל אדין דהכא מהא שכ' הש"ך בסי' צ"ח ס"ק י"ב דהיכא דס"ס נפיק ממונא מרשותי' אמרינן ברי ושמא ברי עדיף וא"כ ה"נ כיון דהמעות מגיע למלוה או ללוקח וס"ס נפיק ממונא מרשותיה א"כ ברי ושמא ברי עדיף דהלוקח טוען ברי שלקחו והלוה טוען שמא זה אינו קושיא דשם עכ"פ הוא בע"ד נגד החנוני דהא צוה לו להוציא הוצאות משא"כ כאן דלאו בעל דין דידיה הוא כלל ואין צריך להשיב לו טענה משום הכי אין יכול לבא עליו מכח ממה נפשך והוא פשוט:

כב **מכנסת לבעלה שטר חוב** החלקת מחוקק והבית שמואל באה"ע סי' נ"א ס"ק ב' כתבו דאם הלוה טוען פרעתי צריכה לישבע ואם אינה רוצה לישבע לא יפרע הלוה ע"ש. ונראה דס"ל כשיטת המחבר בח"מ סי' מ"ז דאפי' בחב לאחרים דאינו יכול למחול בעינן דוקא כתוב בו נאמנות ובאם לא אינו גובה א"כ ה"ה במכנסת לבעלה שט"ח. אבל דעת הש"ך שם ס"ק ד' דבחב לאחרים כיון שאינו יכול למחול אפי' אין כתוב בו נאמנות וא"י לישבע אפ"ה גובה א"כ ה"ה במכנסת שט"ח לבעלה כיון דא"י לישבע אפי' אינו רוצה לישבע ואין כתוב בו נאמנות גובה וכן מוכח בסמ"ע ור"ן בפ' כל הנשבעין שכתבו הטעם שבועת המוכר משום דנאמן לומר פרוע במיגו דמחיל משמע במקום דא"י למחול דא"נ לומר פרוע דלית ליה מיגו אין מקום לשבועה זו:

כג **שהוא עיקר הקנין**. עש"ד שכתב אף דשט"ח כבר נשתעבד בזוזי והשטר הוא רק לראיה מכל מקום נקנה בכומ"ס כיון שנכתב לגבות ממשעבדי ובספר קצה"ח הקשה דהא שיעבודא דאורייתא אפי' במלוה על פה ואם כן מדאורייתא השטר הוא רק לראיה וקשה למאן דסבירא ליה דמכירת שטרות דאורייתא. ולק"מ דודאי משכחת לה מכירת שטרות דאורייתא ממש כגון בשטר חיוב והפוסקים שכתבו בכל שטרות דמכירתן מדאורייתא היינו עכשיו שתיקנו חכמים דמלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי וכתבו התוס' בב"מ ד' ד"ה אין נשבעין דבמלוה ע"פ כיון שהפקיעו חכמים השיעבוד (") הוי כמחל לו השיעבוד ממילא עכשיו גם מכירת שט"ח דאורייתא כיון דעכשיו שט"ח הוא שטר קנין נגד משעבדי והמחבר ס"ל דאף במקום דא"צ קלא מכל מקום בעינן שטר מקנה דמה"ט פוסל בסי' מ"ה בשטר שהרחיקו ב' שיטין כשמלאוהו למחק כמ"ש התומים בסי' מ"ט סק"ח ע"ש אפי' לדעת התוס' ורא"ש דלא בעי' שטר מקנה ובקלא סגי כדמשמע מדברי התוס' בגיטין דף ך' מ"מ כיון שיש שיעבוד נוסף מחמת השטר שייך שפיר דשיעבוד נוסף חל על חיוב משא"כ כשלא ניתוסף שום שעבוד ע"י השטר גם מה שהקשה משטר ערכאות דסעיף ז' דמהני כומ"ס הא ערכאות לא אלימי לעשות קנין וכו' לק"מ לא מיבעיא

לדעת הרב בהג"ה בסי' ס"ח דגובה ממשעבדי ודאי דמהני כומ"ס כמו בשאר שטרות ואפי' לדעת המחבר שם דאינו גובה רק מבנ"ח מ"מ לא ידענא מה קשיא ליה יותר שטר ערכאות מכת"י דאינו גובה רק מבנ"ח ואפ"ה נקנה בכומ"ס וע"כ צ"ל דהוא רק משום נעילת דלת כמ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ח גם מה שהביא ראיה מדברי התוספות בכורות מ"ט שכתבו לענין פדיון בכור דלא הוי דאקני כיון דכל שעתא ושעתא רמיא עליה חיובא ומזה הביא ראיה דחל חיוב על חיוב אין אפי' התחלת קושיא וראיה דשם כיון דרחמנא בכל יומא מזהיר הוי כאילו רחמנא כותב עליו שטר בכל יום ובכל יום ניתוסף חיוב חדש נגד השדה שהוא דאקני מחמת חיוב היום שעבר על אזהרת רחמנא ונשתעבד מחמת החיוב של אזהרת רחמנא של יום זה משא"כ אי אמרינן שיעבודא דאורייתא דהוא אפי' נגד דאקנה מה יוסיף תת כח חיובא דשטר וכמאן דליתא דמי והעיקר כמש"ל וכיון דהפקיעו חכמים השיעבוד והשטר מחייבו הוי כשטר קנין דנקנה בכומ"ס אפי' מדאורייתא:

כד **נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר וכו'**. אבל אם הוא חי גם הוא צריך לישבע. תמיה לי דברישא כשמת הלוה והמוכר נקט שבועת הלוקח דמשמע דאין היורש צריך לישבע ובסיפא כשהלוה חי נקיט רק שבועת היורש ולא שביעת הלוקח דמשמע דהלוקח גובה רק בשבועת היורש ואין הלוקח צריך לישבע כלל והוא תמוה גדול' בעיני. ולכן נראה לפענ"ד לתרץ דהנה הר"ן פ' הכותב אהא שכתבו הפוסקים הטעם שמוכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול משום דשיעבוד הגוף נשאר אצל המוכר וכשמוחל שיעבוד הגוף ממילא נפקע השיעבוד נכסים והקשה התוס' דא"כ מת הלוה ג"כ הא נפקע שיעבוד הגוף וממילא נפקע שיעבוד נכסים. ומתרץ דעיקר ערבותן של נכסים כך הוא כשלא ימצא הלוה כגון שימות או שילך למדנה"י שיגבה מהם ועסמ"ע ס"ק נ"ח שכיון ג"כ לתי' זה וכ' דדוקא במחל שנפטר מחמת המלוה וכו' ע"ש ובתומים ס"ק נ' תירץ דבמת לוה היורש שירש הנכסים אף הוא משתעבד בשיעבוד הגוף כמו הלוה עצמו. ולפ"ז א"ש דדוקא כשהלוח חי רק המלוה מת יורשי המלוה יורשין שיעבוד הגוף ויכולין למחול מהני לו' פרוע במיגו דמחלו מש"ה חייבין לישבע דהא כשיאמרו יהיו נאמנים במיגו כמ"ש הר"ן והרא"ש ס"פ כל הנשבעין הביאם הש"ך ס"ק נ' ע"ש אבל ברישא כשמת לוה בחיי מלוה דאין אדם מוריש שבועה לבניו אם כן אף שיעבוד הגוף של יורש • המלוה לא הי' המלוה יכול להורישו לבניו כיון שאף נגד שיעבוד הגוף הי' המלוה חייב שבועה דאין אדם מוריש חובו שיעבוד שהי' חייב עליו שבועה לבניו וכיון דהיורשים אין יורשין לא שיעבוד הגוף ולא שיעבוד נכסים כאחרים דמי לגבי ממון זה ולא מצי מחלי ולא מהימני לומר פרוע כלל דהא לית להו מיגו וא"כ שבועה זו מה טיבו אצלם כיון דאמירה

דידהו מידי מששא אית בהו אבל הלוקח יכול לגבות בשבועה כיון שהוא קנה שיעבוד נכסים בחיי הלוה ולא שייך אין אדם מוריש שבועה לבניו כמ"ש הר"ן הביאו הש"ך ס"ק ג' ולא שייך ג"כ לומר כיון שנפקע שיעבוד הגוף נפקע גם כן שיעבוד נכסים כיון שלא נפקע מלוה רק מחמת מיתה ולא מחמת מחילה משא"כ בסיפא כשהלוה חי נשבע היורש דהא יורש שיעבוד הגוף ויכול למחול ונאמן לו' פרוע ואין הלוקח צריך לישבע וגובה בשבועת היורש דהלוקח יכול לו' אי שתקת שתקת ואי לא מהדרינא שטרי' למרי' דהיינו שהיורשים ליגבו הן בשבועתן ועיין בר"ן פרק החולץ בטעם הסברא דאי שתקת דהוא מטעם מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכללא הוא דלעולם לא גרע זכות הלוקח מזכות המוכר לו וכיון דאם יחזיר להיורש אחר שנשבע היורש יצטרך לשלם להיורש אף שהלוקח לא ירצה לישבע דהא ודאי כשהלוקח חוזר ומוכר להמוכר לו אף שאין הלוקח ראשון שהוא המוכר רוצה לישבע מ"מ המוכר שהוא הלוקח שני עכשיו אינו מפסיד דהא עיקר הטעם שהמוכר מחויב לישבע כתב הר"ן והרא"ש בפ' כל הנשבעין דהוא משום דהמוכר נאמן לומר פרוע במיגו דמחל ע"ש והביאו הב"י בטור. ולפ"ז כיון שמביא בסעיף ל"א כשהלוקח חוזר ומכרו א"י למחול ממילא אינו נאמן לו' פרוע ואינו חייב לישבע. ולפ"ז שפיר פסק המחבר דמחויב לשלם להלוקח ע"י שבועת היורש אף שאין הלוקח נשבע מטעם דמצי לו' לו אי שתקת כנ"ל וא"ל דא"כ גם ברישא כשהמוכר חי שכתב המחבר ששניהם נשבעים המוכר והלוקח למה צריך הלוקח לישבע ואמאי לא משלם ע"י שבועה המוכר לבד דהא הלוקח מצי לומר לו אי שתקת זה אינו דדוקא בסיפא שהשבוע' המוטל עליו הוא על פרעון שפרע להמוכר אז ודאי דיכול לו' לו אי שתקת מטעם שכ' הר"ן דיכול לומר נהי שפרעת להמוכר מ"מ הא אני לא הזקתיך במה שלקחתי דהא מ"מ אפי' אם לא לקחתי היית צריך לשלם וכיון דהיית צריך לשלם לו אמרי' ביה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו משא"כ ברישא שטוען שפרע ללוקח גופי' ודאי דחייב הלוקח לישבע שלא פרע דבזה לא שייך לומר אי שתקת דהיינו כיון שלא הזיקו בלקיחתו ומה מכר ראשון לשני דהא ודאי אם לא לקחו לא הי' פורע להלוקח והריעותא בא מצד הלוקח מחמת שלקח השט"ח ולכך נתן לו הפרעון לא שייך בזה לו' אי שתקת שתקת וזה א"צ לפנים לכך מחוייב גם הלוקח לישבע. ולפ"ז העיקר כהסמ"ע ולא כהש"ך ס"ק מ"ט שכ' שהלוקח צריך ג"כ לישבע אם א"י שפרע להמוכר דלענין פרעון של המוכר אין צריך הלוקח לישבע וסגי בשבועת המוכר לבד מטעם אי שתקת כנ"ל

כה **חוזר הלוקח עליו** עסמ"ע דהיינו מנכסים שירש. והש"ך דעתו דאפי' מנכסי עצמו. והעיקר כהסמ"ע כמ"ש בתומים דהא זה לא הוי רק ככובש עדותו רק הטעם דכשא"ר לישבע הוי כמוחזק דפרע לאביו ופורע מנכסים שירש:

כו **אפי' בשבועה**. עש"ך ס"ק נ"ו שהביא דברי המחבר והטור בסי' ק"ה דאם אמרה שנפרע' קודם אינה נאמנת עש"ך שתמ' ע"ז והוא באמת תמו' דהלא פסק וסתם המחבר ולא חילק בין אם טוען שנפרע' קודם ובין אם טוען שפרע אח"כ ובאה"ע גבי כתובה חולק. ונראה דהנ' יש להבין שם בש"ע שכ' וז"ל ואם אינו רוצ' לישבע יפסידו הלקוחות ואם אמר' שנפרע' אח"כ וכו' ואם אמר' שנפרע' קודם שמכר' אינ' נאמנת. ולכאור' קשה דמאי נ"מ דא"נ הא אפי' אם א"ר לישבע מפסידין הלקוחות. ועכצ"ל דאם הלוקח מפסיד מחמת שאינו רוצ' לישבע מהני תפיס' כמבואר בסי' פ"ב משא"כ כשיש לה מיגו דנאמנת לגמרי ולפ"ז יש ליישב דיש לחלק בין כתוב' לשט"ח דבשט"ח אפי' אם אומר שפרע קודם המכר מ"מ צריך לשלם הכל דהא אינו נאמן לגבי נפשי' ואפי' אינו אומר כלום רק שא"ר לישבע משלם הכל כמ"ש הש"ך ושפיר מהימן אפי' גבי לוקח לו' שנפרע במיגו דאי בעי מחיל משא"כ בכתוב' כיון דעיקר הטעם בהא דחייב לשלם כשא"ר לישבע כ' התומים ס"ק כ"א דאין הטעם משום דהוא מזיק דהא זה לא הוי רק ככובש עדותו רק דהטעם כיון שא"ר לישבע אמרי' דודאי האמת שהוא פרוע דאילו לא הי' פרוע ודאי הי' נשבע וגם אין לחוש שפרע קודם המכיר' דחזקה שלא מכר לו בשעת מכירה דבר שאינו ע"ש. וא"כ בכתובה אפי' אומרת שנפרע' קודם המכיר' נאמנת אפי' לגבי דנפשי' שלא לשלם רק שיווי דמי טובת הנאה דהא יש לה מיגו דאי בעי אמרה מחלתי לבעלי אחר המכיר' קודם הגירושין דאשה הנשבעת על כתובת' צריכ' לישבע שלא מחלה כמבואר באה"ע סי' צ"ו ס"ב וכ' בתומי' הטעם אף דשאר ב"ח א"צ לישבע שלא מחל מ"מ אשה מחוייבת לישבע שלא מחלה משום דאשה לגבי בעל ודאי מחלה וא"כ אם תאמר שרוצה היא לישבע שלא נפרע' רק שא"ר לישבע אם לא מחלה אז תצטרך לשלם רק שיווי טובת הנאה דהא אפי' נא' שכיון שאינה נשבעת שלא מחלה ודאי מחלה מ"מ הא המוחל א"צ לשלם רק כפי שהי' שוה בשעת ההיזק. ולפ"ז כשאומרת שנפרע' קודם המכיר' נאמנת במיגו אפי' לגבי דנפשי' שלא לשלם רק כפי שיווי טובת הנא' מש"ה א"נ לגבי הלוקח דלית לה מיגו נגד הלוקח היינו מיגו דאי בעי מחל' דכשתמחול תצטרך לשלם כל הדמים. משא"כ לפי אמירת' שאמר' שנפרעת קודם א"צ לשלם רק דמי' שקיבל' ומש"ה א"נ באמירת' נגד הלוקח יותר ממה שא"ר לישבע והיינו דמהני תפיס' כשאומרת שנפרע' כמו שמהני תפיס' כשא"ר לישבע. אכן מדברי התו' בב"ק פ"ט ד"ה כל לגבי

בעלה שהקשו דהא תצטרך לשלם מדינא דגרמי וכתבו דלר"ת דא"צ לשלם רק דמים שקיבל ע"ש משמע דלמאן דס"ל דצריכ' לשלם כל הדמים אפי' אשה היושבת תחת בעלה כשמוחלת לבעל' משלמת כל הדמים דאי אינה משלמת רק דמי ט"ה א"ש לדברי הכל וצ"ל דקושית התוס' הוא לחד תירוצא שכתבו לעיל שיגרשנה ותמחלנה ויחזירנ' וכיון שמוחלת אחר גירושין ודאי דצריכ' לשלם הכל כנ"ל:

כג **שאם פרע** עש"ך ס"ק ס"ב שתמה על דיעה זו. ולפענד"נ להסביר טעם של דיעה זו דהא מבואר בסי' ק"כ ס"ב דאם אמר למלו' הילך מעותיך ולא רצה לקבל' וזרקו לפניו דנפטר דפרעון בע"כ שמיה פרעון ולזה נרא' דבנ"ד אי איתרע כה"ג שהלו' הלך ופרע להמלו' בע"כ שהמלו' לא רצה לקבלם באמרו שהוא שייך לחלוקה והלוה זרקו לפני המלו' ונאנסו שם דהלו' ודאי דנפטר מהמלו' והלוקח (") דהא ע"י פרעון בע"כ נפטר מהשיעבוד הגוף של המלו' וממילא נפקע נמי השיעבוד נכסים מהלוקח. ולפ"ז נרא' כיון דהלו' פוטר עצמו במה שנותן לשם פירעון דמי למוחל לעצמו המבואר בסעיף כ"ג בש"ך ס"ק פ"ב דחייב לשלם מדינא דגרמי והמלו' אינו חייב מדינא דגרמי דהא לא הזיק מאומה רק הלוה הזיקה ונרא' דבהא כ"ע מודו דהא פטר את עצמו מחובו והזיק לחבירו ודמי ממש למוחל לעצמו. ומש"ה ס"ל ג"כ להי"א דבפרע לא נפטר הלוקח כיון דהמלו' לא רצה למחול עד אחר שפרע הלו' דתיכף כשנתן המעות בתורת פרעון לפני המלוה נפטר תיכף מחובו אף אם לא הי' מלוה מקבלם והוי כפוטר לעצמו וחייב משום מזיק והמלו' המקבלם לא הוי מזיק שכבר השט"ח מקולקל הוא תיכף כשנתן המעות ונידון הראי' שהביא הבעה"ת מהא דב"מ שתמ' הש"ך נרא' ליישב דראייתו של בעה"ת הוא רק דמכיר' קלא אית ליה ואין הלוה יכול לומר שלא ידע ובזה מביא ראי' שפיר מהס"ד דע"כ צ"ל דמכיר' קלא אית ליה דאלת"ה קשה לפי' הס"ד דהתם דלא ידע הא דשמואל הי' לו להקשות בפשיטות דהאיך כותבין שובר דילמא מכר השט"ח ומזיק ללקוחות דיטעון הלו' שלא ידע מהמכיר' ופרע להמלו' אלא ע"כ דלא יכול לטעון כן משום דמכיר' קלא אית ליה ונסתלק קושיות הש"ך:

כד **אין המוכר יכול להוציא מן הלוקח הואיל ותפס.** עש"ך ס"ק ז' מה שתמ' על זה וע"צ הדוחק יש ליישב דהנ' בפרישׁ' כ' דמוכר דאפי' לא ידע דהוי מחיל' וטעם הדבר נ"ל דבש"ס בב"מ ס"ז אמר הטעם משום דהכא זבינא. וכתבו התוס' הטעם דאין לו לחזור משום דליקום בהימנותא לכך אית לן למימר דאפי' שהי' יודע שיכול לחזור לא הי' חוזר ע"ש ומש"ה אפי' לא ידע אמרינן אומדנא דמוכח הוא דאילו היה יודע ג"כ הי' מוחל לו ודמי ליאוש שלא מדעת ואף דקיי"ל כרבא דלא מהני מ"מ במתנה מהני כמ"ש הש"ך בסי'

שנ"ח ס"ק א' ע"ש וס"ל להך דיעה דהא דאמרי' דניחא לי' דליקו בהימנותא היינו דלא ניחא לי' לתבוע מי שמכר לו שיחזיר לו מה שקיבל כפי המקח שהיה לו עמו משא"כ שלא יצטרך לתבוע הלוקח שלו רק לאחר לא שייך לו' לא ניחא לי' דליקו בהימנותא ולכך כשאין ללו' א"י לתבוע ללוקח מדר"נ שכ"ז שצריך המוכר לתבוע להלוקח אמרי' נגדו האומדנא אם לא כשיש ללו' שאז א"צ רק לתבוע להלו' יכול לתבעו והלו' תובע באמת אח"כ ללוקח:

כט **שטרות שהפקדתי לך** עש"ך שמסיק דאין שטרות ניקנות במעמ"ש ודברי המחבר צ"ע ע"ש. ובספר קצה"ח הוכיח מדברי הר"ן דמהני בשטרות מעמ"ש דדוקא בשיחרור דאינו שייך רק לעבד אבל בשטרות שייך מיגו דזכי לנפשי' במסיר' זכי נמי לחברי' במקום מסירה ולית' דודאי מוכח מדברי הר"ן דאפי' בשאר שטרות לא מהני מעמד שלשתן דהא בשטר צריך כתיב' עם המעמ"ש וכיון דבכתיב' נזכר שם הלוקח שוב לא שייך מיגו דזכי לנפשי' אצל הנפקד דבנפקד לא מצי קני' ליה גם מ"ש דלוה שהפקיד השט"ח ואמר במעמ"ש ליתנו להמלו' דאינו קונה דלא שייך ביה מיגו דזכי לנפשי' דלא שייך כומ"ס כ"א במלו' המוכר הוא פשוט לפמ"ש דבשטרות ודאי לא שייך מעמ"ש גם מה שכ' דבכתובה כיון שכ' הרמב"ם דמחיל' לא מהני לא מהני ג"כ מעמ"ש כיון דלא שייך ביה מגו דזכי לנפשי'. וטעה טעות גדול דהא דלא מהני מחיל' בכתוב' היינו דוקא כשרוצ' לקיימ' אח"כ מחילת' בטיל' ואית לה אבל כשאין רוצה לקיים' מהני מחילת' כמ"ש המ"מ שם כדמוכח שם בפ' י"ז מה' אישות ע"ש או שרוצ' לכתוב כתוב' אחרת וכן יכולה למכור כתובתה לבעלה:

ל **נוגע בעדות.** בקצה"ח כ' דאם הוא כ' יד אחר וליכא ע"ח ולא ע"מ רק אותו הנוגע דלא נקנה השטר בהכי דהאי שטרא חספא בעלמא הוא עיין שם ולא ניתן לכתוב מרוב פשיטותו:

לא **מיהו אין הלוקח מחויב להחזיר ללו' שטרו.** עש"ך ס"ק ע"ו שהביא דברי הרשב"א שהביא ראי' לזה מקידושין מ"ח דלא פריך דרבנן אדרבנן גבי שמין את הנייר אלמא דאם יש בנייר שוה פרוט' מקודשת לכ"ע והש"ך סתר זה די"ל דרבנן אדרבנן לא בעי לאקשויי דדילמא כאידך איבעית אימא דפליגי בכתב ולא מסר בפלוגתא דר' ורבנן או בדרב פפא וכו' ע"ש ובתומים תמה על זה מאוד דאם ברייתא איירי במסר ולא כ' דלא נקנה לחכמים מה סמיכת דעת יש בנייר הא הלוה יפרע ע"כ לבעל' כיון שלא קנת' השיעבוד א"כ אף הוא מוכרח להחזיר הנייר ללוה והשתא בקנת' השט' בכומ"ס אם מוחל צריך להחזיר הנייר מכ"ש דלא קנת' לגמרי ונפרע למלוה פשיטא דצריך להחזיר

ללוה והריטב"א דס"ל דא"צ להחזי' היינו דס"ל אף במוחל א"צ להחזיר אבל אי אמרי' במוחל דצריך להחזיר פשיטא דכ"ש במסר ולא כ' דצריך להחזיר כשפרע הלו' למלו' ע"ש. ולפענ"ד נראה ליישב דודאי העיקר דהשט"ח הוא של המלוה לגמרי קודם הפרעון וכמ"ש בקצה"ח בשם הרשב"א וגם בקצה"ח האריך להסכים בזה והוא פשוט בעיני למאוד כמבואר בתוס' ובכל הפוסקים דהמלו' יכול למכור את השטר לצור וכמש"ל רק הא דס"ל להפוסקים במוחל דהלוקח צריך להחזיר השטר דס"ל דעיק' דעת הקונ' השט"ח הי' רק לגבות המלו' דהיינו שיהי' הוא במקום המלו' לגבות החוב וכיון שהמלו' לא קנה הנייר רק עד שיהי' שיעבודו של השט"ח קיים וכיון שנמחל החוב חוזר הנייר ללוה אבל אם מכר בפי' השט"ח רק לצור בודאי דאין הלוקח צריך להחזיר הנייר כשפורע הלוה כדמשמע בתוס' בכמה דוכתי ולפ"ז א"ש סוגיא דקדושין מ"ח דהא עכצ"ל בהא דאמר שמין את הנייר כמו דאמרי' בדף מ"ו דהמקדש במלוה ופרוטה דעת' אפרוטה אפי' במקדש' במלוות אחרים דאי דעת' אמלוה אמאי מקודשת כיון דאמר שמקדש' בהשט"ח ובכל שעבידא דאית ביה כללא הוא וכיון דאינה מקודשת במלו' של אחרים אינה מקודשת כלל כמ"ש רש"י בדף פ"ו שם בד"ה ש"מ פרוט' ומלו' וכיון שאין דעתה רק על הנייר הוי בפי' שקונה את הנייר רק לצור וא"צ להחזיר אפי' כשפרע הלוה ומה"ט אין שמין את השטר כמה הוא שוה לראי' ביד הלוה אפי' אחר הפירעון כמבואר בסי' נ"ד ס"ק ד' דמה שהוא לראי' אין גופו ממון וכשמקדש' בדבר שגופו ממון ובדבר שאין גופו ממון דעתה רק אדבר שגופו ממון ומש"ה אין דעתה רק על הנייר מה ששוה לצור דזה הוי גופו ממון:

לב **ואפי' היורש מוחל** עסמ"ע ס"ק י"ח דאם קטן מחל דהוי מחיל' בטעות והש"ך השיגו דהא מחילת קטן הוי מחיל' כדלקמן סי' רל"ה וכן הוא בתו' כתובות ס"ו וב"ב קמ"ז ע"ש. וצדקו דברי בעל קצה"ח בזה דהא בהדיא מבואר בסי' רל"ה סעיף א' בהג"ה דבמקום שעושה שלא כהוגן דאין מתנתו מתנה ואין לך עושה שלא כהוגן יותר מזה שאסור להזיק לחבירו ולא דמי להא שכתבו התוס' בכתובות ובב"ב דהתם ודאי כהוגן עשה דהא ר"ג השיאה עצה לעשות כך וע"כ מותר מטעם שכתבו התוס' שם ונכון הוא:

לג **שאף לעצמו יכול למחול.** עש"ך ס"ק כ"ב אם הוא קטן ומחל לעצמו דא"צ לשלם וכו' ולפמ"ש בש"ך בס"ק ק"ט דאפי' דלמאן דלא דאין דינא דגרמי מ"מ חייב לשלם דמים שקיבל דדמים שקיבל לאו מטעם מזיק בעי שלומי אלא מדינא ע"ש א"כ אף קטן שמחל מחויב לשלם הדמים שקיבל עליו מירושת אביו וכ"כ התומים אפי' למאן דס"ל דאין בזה משום גורם היזק ממון דלא נתכוין להזיק מ"מ דמים שקיבל חייב לשלם דזה הוא מדינא.

ולפ"ז לא קשה קושית העולם לדיעה זו דס"ל דיורש מוחל לעצמו ואינו חייב לשלם מה שמזיק מהא דב"ק ס"ט שהביא לסייע לתקנות אושא מברייתא שמעידין אנו שגרשה ונתן כתובתה דאינן משלמין רק ט"ה כתובתה וא"א ליתא לתקנות אושא לזבני לגמרי ע"ש ולדיעה זו קשה דהא אפי' אי אמרת ליתא לתקנות אושא לא מצי מזבני לגמרי דהא מ"מ אם פתה הבעל יורש הוא וימחול ויפסיד ולא יצטרך לשלם. ולפ"ז ל"ק כלל דהא עכ"פ יצטרך לשלם הדמים שקיבל אך זה דוחק דהא מ"מ לא יקנהו שום אדם כיון דאי מחל' לא תשלם רק דמיו ומי יעשה זאת אמנם נרא' דמעיקר' לק"מ דהא מבואר באה"ע סי' צ' דהבעל אינו יורש מלות אשתו כמו בבכור רק מה שהלוה אחר הנשואין היא שלו מכח תקנות אושא ובמלו' שעמו פליגי ע"ש בב"ש ובח"מ וא"כ אי ליתא לתקנות אושא ממילא לא עדיף הכתובה ממלוה שעמו דפלגי ואם כן עכ"פ החצי כתובה בר מכירה הוא ואפי' אי מתה ואמאי קאמר מתניתין דמשלמין רק טובת הנאה אלא ודאי דאיתא לתקנות אושא ושפיר מסייע ליה והא דנקט המקש' בלשונו תזבין כתובתה לגמרי היינו משום שמלוה שעמו מספיקא פלגי כמ"ש התוס' בכמה דוכתי וע"כ איתא לתקנות אושא דאי ליתא תפשוט דמלוה שעמו הבעל יורש דאל"ה קשה תזבין כתובתה לגמרי וכן דרך הש"ס להקשות בכמה דוכתי בפשיטות ותפשוט דהא דאמר התם תזבין כתובתה לגמרי ולא קאמר בפשיטות הא אין הבעל יורש מלות אשתו והיא של יורש אחר מיתה נראה (") דהוא משום דאין העדים זוממין משלמין רק מה ששוה השטר למכור לאחרים ולא מה ששוה אצלה לפי שומא וראיה לזה דקאמר התם בב"ק טובת הנאה דידה הוא דאי דבעל לימרו לה מאי אפסידוך הא אי זבנית בעל הוי שקיל מינך ע"ש וקשה מאי קשיא ליה הא האשה יכולה לומר שומו לי מה ששוה אצלי ולא הייתי מוכרת כלל אלא ודאי דאין העדים זוממין משלמין רק מה ששוה השטר למכור שתקבל מעות תיכף ועוד נ"ל לתרץ קושית העולם וגם ליישב קושית התוס' בד"ה אמר רב אידי בר אבין אף אנן שהקש' שביק מתניתין דמסכת מכות ע"ש ולכאור' קשה אמאי אין משלמין כל דפי כתובת' דהא התוס' הקשו במכות ד"ה שמעידין אנו דיתהייבו העדים בשאר וכסות שרצו להפסיד להאשה ותירצו דהא האשה אמרה גרשתני ומחל' וא"כ לפ"ז קשה דהא הכא הבעל אומר גרשתיך ונתתי כתובתיך א"כ לולא העדים הי' הבעל נאמן במה שאמר גרשתי ובמה שאמר נתתי כתובתיך לא הי' נאמן דהא שטר כתובת' בידה והיה מחויב לשלם הכתוב' מיד וא"כ העדים זוממין שהעידו שנתן כתובת' הפסידו כתובתה ועכצ"ל כיון שהיא אומרת לא גרשתני ואינו מחויב ליתן לה כתובתה מיד ובמקום ששני הודאות של התובע (") והנתבע מכחישין אהדדי אזלינן בתר המוחזק כדמוכח גבי טענו חטים

והודה לו בשעורים ובכמה דוכתי' מש"ה ה"נ אזלינן בתר הודאת האשה ואינו מחוייב ליתן לה כתובה מיד. ולפ"ז ל"ק שוב קושיות העולם שהקשו דהאיך אפשר למכור הא הבעל הוא היורש ולמחול לנפשי' דהא מבואר בסי' ר"פ באמר שמעון אין אחי דאזלי' בתר הודאה של מי שאמר אין אני יורש א"כ ה"נ אזלי' בתר הודאת חבעל שהודה שאינו יורש בשלמא כשנאמר שהבעל לוקח הוי מחיים אם כן הוי כתובע לבעל ואזלינן בתר הודאת האשה משא"כ אם נאמר שהבעל הוא רק יורשו לאחר מיתת אזלי' בתר הודאת הבעל שאינו יורש. ולפ"ז לא הוי מצי להקשות ממתני' דשם אדרבה הבעל טוען שלא גירשה ואין האשה נאמנת נגדו לומר גרשתני וכיון שאין הבעל מוציא עצמו מחזקת יורש לא הי' יכול הש"ס להקשות דתזבון כתובתה לגמרי דהדרא קושי' העולם לדוכתי' דהא הבעל יורש וימחול לעצמו:

לד **שאם חזר ומחלו אינו מחול.** והרב בהג"ה סיים שם דאפי' בלא כומ"ס קנה בדיניהם ובתומים תמה ע"ז דלעולם לא אמרינן דישראל הבא מכח נכרי הרי הוא כנכרי רק במקום שיכול לומר מה אפסדתיך אבל הכא דאילו הי' ביד עכו"ם היה השט"ח מחול כיון שמחלו ומה"ת יהי' ישראל עדיף זכותו גם במה שסיים בהג"ה דאין צריך כתיבה ומסיר' תמה המהר"ם מלובלין בתשובותיו דלא אמרי' הכא הבא מכח עכו"ם הרי הוא כעכו"ם רק אחד שנקנ' הדבר לישראל יש לו כל זכות העכו"ם אבל לא לענין שיקנה הישראל ע"י מכירת העכו"ם דבר שאינו נקנה בהקנא' זו כגון שט"ח שאינו נקנה במסיר' לחוד. ועוד קשה לי דאמאי לא נדמיהו להא דסי' קצ"ד דנכסי עכו"ם הרי הם כהפקר ועכו"ם שקנה בכסף וקודם שהחזיק בו זכה בו ישראל אחר דזכה בו הישראל הב' מטעם דעכו"ם מכי מטי זוזי לידי' אסתלק לי' והישראל לא קנאו עדיין וה"נ דכוותי' כיון דהעכו"ם מכי קיבל המעות איסתלק והישראל לא זכי מדינא והוי הפקר והלו' קודם לזכות בממון כמ"ש הש"ך בסי' ט' ע"ש ומכ"ש כשנתן מעות להעכו"ם קודם שמסר לו השט"ח דיש לו להיות הפקר כמו במטלטלין בסי' קצ"ד. וא"ל דשם בסי' קצ"ד אפי' ע"פ דיניהם לא זכה משא"כ הכא שבדיניהם זכה בלא כומ"ס דז"א דהא שם בסי' קצ"ד גבי שכירות מטלטלין עיקר הפילפול אי משיכ' קונה או מעות כדין תורה ולא השגיחו כלל בדיניהם האיך הוא ורק בשט"ח השגיחו האיך הדין בדיניהם ועיין עוד בט"ז בסי' קצ"ד דדמי להו אהדדי ומיישב בדוחק וכן הסמ"ע במקומות הללו ולפענ"ד הדברים פשוטין מאוד דהא אם קיבל עליו בשט"ח שמקבל עליו כל דין שהוא דין עכו"ם שיכולין השראל לדון כל זכות שיש בדיני העכו"ם יותר מד"י כיון שקיבל עליו לחייב נפשו בזה כמ"ש הסמ"ע בסי' ס"א ס"ק י"ד ורמז שם לס"ס שס"ט בהג"ה ושם נאמר מבואר דהישראל שהי' חייב

לעכו"ם והעכו"ם מכר השטר לישראל דהישראל יפסקו מה שהי' מרויח בדינהם יותר מדיני ישראל וע"כ הוא מה"ט כיון דחייב עצמו לעכו"ם והעכו"ם ודאי ע"פ דיניהם יעשה הרי הוא כאילו פי' שמחייב עצמו בכל דבר שהוא בדיניהם מש"ה הישראל הקונ' יש לו כל זכות שבדיניהם. ולפ"ז א"ש נמי הכא כיון דבדיניהם א"צ כתיב' הרי הוא כאילו כתב בפירוש משתעבדנ' לך ולכל דאתי מחמתך דא"צ כומ"ס דהא הוי כמו חייב עצמו בפי' לכל מה שחייב לו בדיניהם ובדיני המחייב לכל מי שיבא אפי' בלא כתיב' ודמי ממש לחייב עצמו וכתב משתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך שא"צ כומ"ס וא"י למחול כמבואר בסמוך ואפי' למאן דפליג התם בכאן מודה דשם הטעם כמ"ש הש"ך כיון דכתב לכל מאן דאתי מחמתך וכ"ז שלא קנהו לאו אתי מחמתי' מיקרי ובודאי מודה הש"ך כשכתוב בשטר בהדיא בין אתי מחמתי' ובין לא אתי מחמתי' א"צ שום כתיב' כמבואר בסי' נ' והכא כיון שחייב עצמו לעכו"ם דהוי כאילו פירש שחייב לכל מי שמחייב לו ע"ש דיניהם וכיון שכתוב למי שיבא בין מחמתי' בין שלא מחמתי' דדינו כממר"ם ממש שאין צריך כומ"ס וא"י למחול כמ"ש בש"ך לעיל משא"כ בהך דסי' קצ"ד שלא חייב עצמו לקיים מה ע"פ דיניהם שם שייך הפלוגת' אי הוו כעכו"ם למעליות' או הגריעותא משא"כ הכא שחייב עצמו בכך:

לה **וישראל שמכר לכותי.** עש"ך דאפי' מכירות שטרות דרבנן מ"מ יכולין למכור לגוי. ובתומים תמה דמ"ש ממעמ"ש שלא תיקנו לגוי וישב בדוחק ולפענ"ד נראה פשוט דמבואר בב"ק דף קי"ג דגוי ושראל הבאים לדין אם אתה יכול לזכותו בדינינו אומרים לו כך דינינו ואם אתה יכול לזכותו בדיניהם אומרים לו כך דיניכם ולזה נרא' דבמקום שהקנין שתיקנו חכמים אינו קנין בדיניהם לא תיקנו קנין זה בעכו"ם לגרע כח הישראל בזה כיון דמצי אמרי לי' כך דיניכם מש"ה מעמ"ש דבדיניהם דיבור בעלמא הוא ויכול לחזור בו לא תיקנו לגרע כח הישראל אבל מכירת שטרות דבדיניהם אפי' בלא כתיבה ומסיר' לבד קונה כמבואר ברישׂ סעי' זה רק שבדינינו בעי כומ"ס אין יכולין לגרע יותר כיון דאיכא כומ"ס דקני בין בדינינו בין בדיניהם ושוב לא מצי אמרי לי' כך דיניכם ולא כך דינינו מש"ה המקח קיים וכלל גדול הוא בדין זה לפענ"ד שבכל מקום שבדיניהם הוי קנין ובדיננו הוה קנין דרבנן לעכו"ם הוי ג"כ קנין ובדבר שבדיניהם לא הוי קנין אף דבישראל הוי קנין דרבנן לא תיקנו בעכו"ם כיון שהוא יותר מן בדיניהם:

לו **ולכל דאתי מחמתך.** עש"ך ס"ק פ"ו דבעינן דוקא שנתרצה הלוה. ובתומים השיגו דהא בנתרצ' אף הרא"ש מודה כדמוכח מקושית הרא"ש שהקשה אהראב"ד בעל דיעה זו שמביא ראי' לדבריו מעמ"ש וחילק הרא"ש דבמע"ג ריצוי דוקא בעינן אלמא בנתרצ'

מודה הרא"ש וכן מוכח מהקושיא שהקשה הרא"ש שם ממצא שובר ב"מ ך דמשני איתא לדשמואל הא מ"מ יש לחוש דילמא הי' כתוב בכתיבה לכל דאתי מחמתיך ואי כדברי הש"ך דבעינן נתרצה אין כאן קושיא דאי לא יביא עדים שנתרצה הרי מהני מחילתו ואי יביא עדים שנתרצה לא יועיל שובר זה דהא מודה בשעת מכירה דהוי כמו נתרצה כמו שתירצו התו' ורא"ש תירץ זה אקושיא דמעמ"ג. ולפענ"ד נראה דדעת הש"ך דהא בהא תליא דאי מעמ"ג אפי' בע"כ לכל מאן דאתי מחמתך פי' אפי' בע"כ א"כ אם נשתעבד בפי' גם כן הוא אפי' בע"כ ואי מעמ"ש דוקא בנתרצ' בעינן הכא ג"כ ריצוי וכיון שהוכיח הש"ך בסי' קכ"ו דדעת הרשב"א בח"מ פ"ג דגיטין דבמעמ"ג בעינן דוקא נתרצה מש"ה חשיב כאן דעת הרשב"א ג"כ דבעינן דוקא דנתרצה דקושית הרא"ש על הראב"ד הוא מב"מ שהרא"ש סובר כדעת הראב"ד דמעמ"ג הוא אפי' לא נתרצ' מש"ה הקשה עליו וכן המחבר סתם דבריו משום שפסק שם בסי' קכ"ג במעמ"ג דמהני אפי' לא נתרצה:

לז **אבל אם היה חייב לו.** עש"ך שתמה על דברי התו' פ' מי שמת ולפענ"ד נראה לפרש דברי התו' וכצ"ל בתו'. ותימה למאן דדאין דינא דגרמי איך לא תטרוף שלא כדין והלא אם תמחול לבעל' יחזרו עליו הלקוחות ויגבו ממנו הכל. פי' לדבריהם דמ"מ האיך מחזירין השובר לבעל ע"פ הודאת' הא מ"מ מביא ריעות' ללקוחות דאם לא יחזירו השובר והיא תמחול או תכתוב עתה שובר אחר זמן המכיר' תצטרך האש' להחזיר כל המעות כדין מזיק וכשנחזיר השובר אחר זמנו מוקדם להמכיר' ונא' חזקה שביום שנכתב נמסר ולא תצטרך האשה להחזיר רק דמים שקיבל ויבא הפסד ללקוחות מחמת החזרת השובר נגד לגבו' הדמים מן האש' ומזה מוכיחין התו' דאף אם מוחלת אחר המכיר' אינה מחזרת רק דמים שקיבל ואין ריעות' והפסד ומקשין עוד התו' דמ"מ יטרוף הלקוחות שלא כדין שהרי יחזרו עליו ממה שנתנו לה לכל הפחות כוונת דבריהם דהתו' סוברים דכשאין לה לשלם אינה יכולה למחול לבעל' נגד הדמים שנתנו לה אבל המותר יכולה למחול כמו שסיימו התוס' בדבריהם וכתבו וז"ל שהרי לא תוכל למחול מה שהפסידת'. וכן כ' התומים בפי' דהתוס' ס"ל דרק נגד הדמים שקיבל' א"י למחול וא"כ ע"י החזרת השובר יבוא לטרוף בעלה שלא כדין כשלא יהי' לה לשלם דאז אם תמחול יתחייב הבעל להחזיר הדמים שקיבל וע"י החזרת השובר אין יכולין הלקוחות לתבוע להבעל רק להאש' ועל זה תירצו דבדבר מועט אין לחוש פי' כיון דעכשיו היא נשואה והוא רק חשש בעלמא שמא אחר הגירושין שמא לא יהיה להאשה מעות רק להבעל והוא דבר מועט ודבר מועט כזה לא שכיח שלא יהיה להאשה אחר הגירושין דבר מועט כזה שנתנו לה לכן לא חששו בהחזרת השובר כיון דמ"מ יהיה הלקוחות תביעה עלי'. ועל זה חזרו התוס'

והקשו מגרוש' שמוכרת בדמים יקרים ואין להאשה מעות רק להבעל ויבואו הלקוחות לידי הפסד על החזרת שובר ובטעם הדבר במה שהיא יכולה למחול המותר ונגד הדמים שקיבלה אינה יכולה למחול היה נראה לכאורה ליתן טעם דהנה נראה דודאי הלוקח כשקנה השט"ח קנה אדעתא דהכי שיהיה שייך לו השיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים תדע דהא הלוקח יכול לתבוע להלוה רק ששיעבוד הגוף אינו במכירה ויכול לחזור בו ולמחול השיעבוד גופו והוי כמוכר דבר שלב"ל עם דש"ב לעולם בסך אחד שהלוקח יכול לחזור בו ואמר לא רציתי לקנות כי אם הכל כמ"ש הט"ז בסי' רע"ז סעיף ה' ע"ש וכשמבטל המקח דמי למ"ש הרב בהג"ה סעיף א' דכשלא קנהו בכומ"ס דאם אין למוכר לשלם לוקח דמוציאין מן הלוה מדר"נ משא"כ אם בא לקיים המקח ונתחייב לשלם מטעם מוחל שהוא מזיק דאז לא נתחייב המוכר עד אחר שמוחל ואז אין חייב הלוה למוכר ואין כאן שעבודא דר"נ אך מה שסיימו אתוס' דלמאן דלא דאין דינא דגרמי לא א"ש לפמ"ש:

לח **אג"ק אינו יכול למחול.** הקשו המפורשים דא"כ בס"ק ס"ט שהקשו תזבין לכתובתה באג"ק דאז לא תוכל למחול. ובזה יפה תירץ התומים דכשמוכרת באופן שלא תוכל למחול ולא נשאר לה שום זכו' בהכתובה הוי כנכתב כתובה ע"ש אחר דאסור להשהות עמה כמ"ש התוס' שם בד"ה ושטר עיסקא כתב מהרי"ט חלק י"ד סימן ק"א דחלק הפקדון אינו נקנה בכומ"ס: ולפ"ז נראה דנקנה באג"ק כמו כל פקדון וחלק המלוה נקנה בכומ"ס כמ"ש המהרי"ט שם. אמנם באגב ג"כ מצי להקנותו כמ"ש הנ"י ס"פ הגוזל קמא כיון דאסור למישתי' ביה שיכרא לפקדון דמי. ומ"מ כיון דאיכא שיעבוד הגוף על חלק המלוה יכול להקנותו בכומ"ס ולזה כשהקנוהו באגב דטעם הקנאתו הוא מטעם הקנאת פקדון א"י למחול ואם הקניהו בכומ"ס דפקדון לא נקנה בזה רק מטעם שיעבוד הגוף דמלוה נקנה ויכול למחול וכ"כ בקצה"ח:

לט **במעמ"ש.** עש"ך שהעלה דרק גוף החוב נקנה במעמד ג' אבל השטר אינו נקנה במעמד ג' הוי כמלוה ע"פ נגד הלוקח וע"ש. והנה זה דרך מסתבר דלא מצינו קנין לשטר רק כומ"ס אבל מעמ"ש לא מהני. אמנם הא שכתב דאפי' מכר לו השטר בכומ"ס ובמעמ"ש ומחל לו המוכר דחזר להיות כמלוה ע"פ לא מסתבר לי כלל דהא עיקר הטעם דיכול למחול כיון ששיעבוד הגוף נשאר אצלו ומחלו וממילא פקע השיעבוד נכסים והכא דהקניהו במעמ"ש ונקנה לו שיעבוד הגוף במעמ"ש ואין יכול למחול גוף החוב ובשטר ליכא רק שיעבוד נכסים וכיון שמכרו לו בכומ"ס ודאי דלא יועיל שוב מחיל' ואין לזה שום הוכח' מהש"ס והא דקאמר תקנתא דמקרקש לי' זוזי ויכתוב שטרא בשמי' ולא קאמר מעמד שלשתן נרא' דשם מחזר אחר תקנתא באם כבר מכר להשטר וקנהו הלוקח

בכומ"ס דשוב לא מהני מעמ"ש כיון דאין להמלו' שוב שיעבוד נכסים פסק כחו ממלוה זו ומעמ"ש הלכ' בלא טעמא הוא והבו דלא להוסיף עלה ולא מהני רק בשעת התחלת מכיר' אבל לא בשכבר מכר ופסק כחו ובאמת קושית התומים ברורה מהתוס' ב"ב ך' שהקשו דלמא מכרה במעמ"ש אחר גירושין עיין שם ואחר גירושין לא תוך זמנו הוא וא"כ בלא"ה נאמן לומר פרעתי ולפמ"ש לק"מ דחיישינן דלמא מכרה במעמ"ש ובכומ"ס דאז אף אם מוחלת יש לה דין מלוה בשטר כנ"ל:

מ **משכון**. עמש"ל דדוקא להחזיק במשכון עד שיפרע דמיו אבל לגבות מעות מהמשכון ע"פ ביד כיון דצריך תביעת הלוה קודם ושיעבוד הגוף אינו נמכר מהני מחילה:

מא **אף הריבי'**. עיין ש"ך ס"ק כ"ז ובתומים פי' דכוונתו על הריבית שעלה אחר המכירה שמעותיו הרוויחו ולפענ"ד הא ליתא דא"כ אף מחילה שלו לא מהני כיון דהריוח של לוקח הוא ועכצ"ל דגוף המעות לא נקנה כלל דהא מלו' הוא רק השיעבוד נכסים שיש לו קא מקני לי' מדרבנן אבל גוף ההלוא' אינו יכול להקנות לו כלל וכיון דהריבית לא כתב בשטר וליכא שיעבוד נכסים על הריבית א"י להקנות לו כלל הריבית ולא להתחייב עצמו רק נגד המלוה אין זה כ"א מניעת הריוח כמ"ש הש"ך:

מב **אבל רבים חולקין**. עש"ך ס"ק כ"ט דדמים שנתן חייב אפי' למ"ד דלא דאין דינא דגרמי והטעם עמש"ל ס"ק ל"ז:

מג **שהוא מזויף**. עיין תומים שכתב דאפי' דמים שנתן א"צ להחזיר לו דהא המלוה אומר שאינו מזוייף והלוה משקר במה שאומר שהוא מזוף ובשעת שקנה ראה שאינו מקויים וקנה. ויתר הדברים המבוארים בסי' זה מאונאה ושבוע' בשטרות וחלוקת השותפים בשטרות יבואר אי"ה בח"ש כ"א במקומו:

סימן סח

א **המעות בפניהם**. עסמ"ע ס"ק ה' עד דמש"ה מצריך בעל סברא זו שיעידו עידי ישראל על אלו העכו"ם עידי השטר שהן בחזקת כשרות וגם על הערכאות לכאורה קשה דא"כ אפי' הדיוטות ליתכשרו כשיש עידי ישראל שמקיימין חתימתן דהא הערכאות אינן יודעין כלל מגוף הענין רק שמקיימין חתימת הדיוטות וא"כ עדיף טפי כשישראל מקיימין חתימת ההדיוטות מקיום הערכי אמנם הדברים מבוארים בטור שהערכי אם לא הי' יודעים שהעדים הם נאמנים לא היו מקיימין וא"כ עיקר הסמיכה על הערכי שישראל אינן מעידין רק שאינן יודעים בקבלת שוחד אבל אין הישראל מכיר טיב העכו"ם משא"כ

הערכאים יודעי בטיב העכו"ם חביריהם ואי לאו דאתחזקו ליה העדים בנאמנות לא הי' מקיים חתימתו:

ב **מבנ"ח.** עש"ך ס"ק ג' שתמה אהא שכ' הב"י נקטינן כהרמב"ם (והיינו שא"נ לטעון פרעתי) משום דהרשב"א והרא"ש ס"ל כוותי' וע"ז תמה הש"ך דהא הן מיירי בענין אחר וכו' פי' דהא הם מיירי מערכאות שגוף הדבר נעשה אצלם וס"ל בהא דגוב' אפי' ממשעבדי ובזה ודאי דאף פרעתי א"י לטעון משא"כ לדעת הרמב"ם דגובה רק מבנ"ח אפשר דאף פרעתי יכול לטעון וכסברת הראב"ד. ובתומים תמה על הראב"ד מהא דסעיף ב' בשטר הנעש' בהדיוט ובע"מ דגוב' רק מבנ"ח וא"י לטעון פרעתי. ולק"מ דשם שטר הוא דהא נמסר בעידי מסיר' רק שהוא מזויף מתוכו נפסל משום גזירה לא גרע משטר חוב מוקדם דאינו יכול לטעון פרעתי לדעת המחבר בסי' מ"ג ואפי' למאן דפוסל התם היינו דאיכא ריעותא בשטר זה שיבוא לגבות בו מהלקוחות משא"כ הכא דהגזיר' הוא רק משום שטר אחר כמ"ש הסמ"ע ס"ק ך' ע"ש ועוד דכיון דשם שם שטר עליו אינו נאמן לטעון פרעתי כמ"ש הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ד משא"כ בשטר הנעש' בערכאות דלאו שם שטר עליו כלל דלא בני שטרי נינהו כלל כמ"ש התומים בעצמי ס"ק ח' רק דהחכמים הימנוהו בגוף הדבר יכול לטעון פרעתי. ובסמוך אכתוב עוד יישוב אחר. ומה שהקש' התומים דבשמות שאינן מובהקים הוי מזוייף מתוכו כיון שהי' אפשר לגבות בו ממשעבדי. לק"מ דהא מ"מ לא גרע משטר מוקדם בסי' מ"ג דאף שם איכא חשש טריפת משעבדי שלא כדין מ"מ גבי מבנ"ח:

ג **ממשעבדי.** לכאורה קשה דהא אפי' בשטר שחתומים בו עידי ישראל מבואר לעיל בסי' ל"ט סעיף י"ח דחוששין לענין טריפת לקוחות שמא לא אמר להם כתבו וחתמו אף דלא חשדינן להו דמשקרו בעיקר הענין ע"ש א"כ מכ"ש דיש לחוש כן לעכו"ם ניהו דלא חשידי דמשקרי ובוודאי ראו ההלוא' מ"מ אימר עשו ממלוה ע"פ מלוה בשטר בלא ציווי הלו' ודוחק לומר דמיירי שכתוב בו ואמר לנא כתבו וחתמו ותנו. ועוד דאכתי ניחוש דלמא חזר בו ומוחה מלתנו. ועוד דהא צריכין להימלך בו בין כתיב' לנתינה כמבואר בסי' ל"ט. ולכן נרא' דהוא משום הטעם המבואר בירושלמי דקול יוצא לערכאין וס"ל דדמי למוכר שדהו בעדים דגוב' ממשעבדי בלא שטר. וכמו מעשה ביד דגובה ממשעבדי ומשום קלא ומטעם זה א"י לומר פרעתי וא"י לומר לא ידעתי בהשטר שכתבו בלי ציווי כיון שהקול יוצא לכתיבת הערכאין מסתמא ידע הלוה מהשטר ולא הי' לו לפרוע עד שיקח השטר ובזה א"ש דברי הראב"ד דס"ל דיכול לטעון פרעתי לדעת הרמב"ם דכיון דהרמב"ם ס"ל דאינו גוב' ממשעבדי והוא מטעם דאין קול יוצא לערכאות ממילא דיש

לחוש שנכתב בלי ציווי ולא ידע מהשטר ופרעו ולא לקח השטר מידו ונסתלק קושיית התומים שהבאתי בס"ק בסמוך:

ד **ופשרות.** עסמ"ע ס"ק י"ג עד ופשרה קרוי דין והם פסולים לדון דין וכו' לכאור' קשה דא"כ כל הפסולים לדון דין כגון גזלנים יהיו פסולין לפשר אמנם בפרישׁ' מבואר הדבר יותר דדוקא בעכו"ם דלא מהני בדין אפי' קבלו עלייהו מש"ה לא מהני קנין בפשר' מה שאין בן בשאר פסולין:

ה **שטרי מחילות.** עסמ"ע ס"ק י"ד עד מיירי שבשטר זה כותב לו שמוחל לו. ובש"ך ס"ק ח' בהג"ה הקשה דבזה גם הי"א מודה ע"ש. ונרא' דכוונתו דמיירי באמר כתבו ותנו שובר מחילה דאז בודאי פסולים דאין שליחות לעכו"ם ואפי' לדעת הרי"ף שהביא הש"ך בסי' ל"ט ס"ק י"ג דלא בעינן מטי לידי' מ"מ הא כתב הטעם דעדיו בחותמיו זכין לו ועכו"ם לאו בני זכי' נינהו. אמנם דברי הסמ"ע שכתב ולפ"ז צ"ל דאיירי כשהישראל כותב וחותם המחילה בערכאות והערכאות מקיימין ואע"פ שאין חתימתו מצד עצמו ניכרת עכ"ל. הוא תמוה דבודאי כשהוא חתימת ישראל קיום הערכי הוא רק לראי' בעלמא ובודאי דנאמן לכ"ע. וגם בפרישה לא כתב דמיירי בהכי גם אין לו הכרח ממה שהקדים ולא א"ש מ"ש ולפ"ז צ"ל גם מ"ש ואע"פ שאין חתימתו ניכרת אין לו פי' דמאי אע"פ דמשמע דכ"ש כשחתימתו ניכרת דהוי כחרס והי' צ"ל דמיירי שאין חתימתו ניכרת לכך נראה דט"ס הוא בסמ"ע וכצ"ל ולפ"ז צ"ל דהרב בהג"ה מיירי שהישראל כותב וכו' והכוונה דבכה"ג דגוף המחילה נעשה בשטר לא א"ש מש"כ הרב בהגה ולזה כתב דהרב בהגה מיירי כשהישראל כותב וכו' בזה באמת כולי עלמא מודים דמהני והי"א לא פליגי רק בשטרי הודאות. ומה שסיים הרב וכן שטר מחילות אין מוסב כלל על דעת הי"א רק מוסב על וכן מתנה שהביא הרב דג"כ כ"ע מודו בזה דהא אינו אלא לראיה כנ"ל:

ו **וכן להיפך אם פסול.** עיין תומים דדוקא לענין חזרת השטר בשיטה אחרונה או לענין שטר שיכול לזייף פליגי היש חולקים ומכשירין בערכאות כמבואר דיעה זו בהעיטור ובהה"מ דתקנות חכמים הוא להכשירו. אבל כשלא הי' קנין כראוי כגון שטרות שלא הקנוהו בכומ"ס או מעות נקנין חליפין בגוונא שכתב הטור שהביאו הרמב"ן כ"ע מודי דפסול:

ז **שטר שעדיו כותיים.** התמיה מבוארת דהא לעיל בסעיף א' כתב בשטרי מתנות והודאות דאפי' נמסר בפני עדים ישראל דפסול דהוי מזויף מתוכו וכן תמה בתומים ונראה דס"ל דמזויף מתוכו דהכא כיון דלא פסול רק משום גזירה דשטר אחר שיבוא לסמוך עלייהו בלא ע"מ כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ' לא גרע משטר מוקדם דגבי מבנ"ח לדעת

המחבר בסי' מ"ג ואף דשטר שיכול לזייף אף לענין פרעתי לא הוי שטר ע"כ הוא מטעם החילוק שבין שטר מוקדם לבין שטר שיכול לזייף הוא דשטר שיכול לזייף כיון דיכול לבוא לידי ריעותא וחוב ללוה בשטר זה אף לענין בנ"ח מש"ה פסול אף נגד בנ"ח משא"כ בשטר מוקדם דאין פסול רק מטעם גזירה דמשעבדי כשר לענין פרעתי א"כ בשטר דהכא דאינו פסול רק מטעם גזירה דשטר אחר כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ' לא גרע משטר מוקדם דכשר נגד בנ"ח משא"כ בשטר מתנה כיון דהשטר פסול עכ"פ משום מזויף מתוכו א"א למיקני ביה ארעא דכל שיש שם פסול על השטר לא חזי לאקנויי בי' ועוד נראה דבשטר שצריך קיום אפי' מיתמי ושלא בפניו לא חיישינן דלמא אתי למיסמך עלייהו בשמות שאינן מובהקין שיסברו שהן ישראל דהא כיון דהעדים יכירו החתימות יכירו גם כן העדים עצמם ויודעין שהם נכרים וכן הקשה הפ"י בגיטין הבאים ממדנה"י וכן הקשה הרשב"א וז"ל דהאיך אפשר שיעמדו בפניהם ולא יכירו אם נכרים ע"ש משא"כ בגט שיכולה להנשא בלא קיום בארץ ישראל ואפי' במדנה"י אם ימסור הבעל הגט בעצמו לידה. וכן בשטר מתנה יש לחוש כשהנותן יהי' מודה בשטר מתנה שכתבו ויחזיקו אותו הב"ד ויבוא אח"כ ריעותא לענין הבעל חוב של הנותן שיבוא אחר שהחזיקו אותו הב"ד ויתנו פס"ד להמקבל שהשדה שלו ובאמת אינו שלו כיון שלא קנה בשטר א"נ שמחמת טעות הנותן יחזיק בג' שנים בקרקע שפיר יש לחוש דלמא אתי למיסמך עלייהו דשטרי הודאות דחשיב בסעיף א' שפסול בע"מ ע"כ מיירי בשטרי חיוב שמקנה באודיתא דהקנין אודיתא בשטר בטל בלא ע"מ ושפיר אתי לידי ריעותא כנ"ל תדע דהא בסעיף א' מיירי אפי' לענין להד"מ וא"כ קשה דל ע"ח הא בע"מ לבד שוב א"י לטעון משטה אלא ע"כ באודיתא של קנין חיוב מיירי:

ח **שמות מובהקין**. עיין תומים שהביא דברי הרא"ש שכתוב בשטר מתנה דפסול אפי' נמסר בע"מ מטעם דחיישינן שמא ימסור בפניהם שהי' סובר כמו שנאמנים חתומין נכרים כן נאמנים למסור בפניהם והא ליתא דדוקא לחתום שקר לא מרעי נפשייהו אבל בעדות בע"פ מרעי נפשייהו ומשקרי. ותמה ע"ז דל"ל טעם זה הא אפי' קושטא קמסהדי מ"מ במתנה דצריך קנין בשטר כמו שחתומין לא מהני מסירה דידהו ותי' דס"ל דעכו"ם בני עדות נינהו רק דכמו שפסולין בגט משום דאינן בכתיבה אינן במסיר' ה"נ כיון דאין הנכרי קונה בשטר לאו בני שטרי נינהו ומשום הכי כשהנותן בעצמו מוסר השטר לפני ערכאות והן עדים כשרים קונה בזה עכ"ל ולא הבינותי דמ"ל ע"ח או ע"מ הא ע"מ ג"כ מטעם שטר קונה ועכו"ם לאו בני שטרא נינהו ולכן נראה דעיקר הטעם בשטר מתנה דלא מהני בנכרי אפי' לדעת הסוברי' דנכרים בני עדות הם הוא מטעם דהא אפי' בישראל

פסול עדות מפי כתבם רק בשטר כשר מקרא ואקח ספר המקנה ובעינן דוקא שיהי' כתוב בנוסח שטר דומיא דספר המקנה כמ"ש התוס' בכתובות ובב"ב ג"ד כתבו התוס' דואקח את ספר המקנה רק בישראל כתוב ע"ש ולהרא"ש הטעם דפסול השטר בעכו"ם משום דואקח ספר המקנה בישראל כתיב ממילא עדותן שבשטר לאו ממשא אית בהו משא"כ כשהן ע"מ בפה עדות גמור הוא ומהני כמו בע"מ ישראל וס"ל דעכו"ם קונה בשטר רק משום דהוי מפי כתבם פסול בשטר משא"כ כשיש ע"מ ומש"ה הוצרך הרא"ש לומר דבע"פ מרעי נפשייהו ומשקרי:

סימן סט

א **וחתם למטה.** עש"ך ס"ק ג' עד שזהו חשש רחוק. ונראה הוכחה לדברי הסמ"ע דלא טוענין עבורו רק במקום שיש חשש שהזקיקו הב"ד אותו לכך דאלת"ה א"כ כשהשטר בשיטה אחת וחתימת ידו בשיט' אחת יופסל דנטעון עבורו שחתם עצמו והרחיק שיטה אחת מן הכתב וחתך השטר וכתב השטר באותו שיטה כמו בסי' מ"ה סעיף י"ח. אלא ודאי דאין טוענין עבורו רק במקום שמזקיקים אותו הב"ד לכך ולהכי לא נקט המחבר רק מה שהוא פסול בלא טענה ולא נקט שטר שבא הוא בשיטה אחת והח"י בשיט' שני' שזה אינו פסול רק כשטען כן אבל אנן לא טענינן עבורו. לכן נראה דאם הוא חתום באמצע הנייר ולמעל' לא כ' כלום ולמטה מחתימתו כתוב לויתי מפ' מנה דלא שייך בזה לא טעם הסמ"ע ולא טעם הש"ך רק טעם הע"ש שחתם עצמו בכדי צריך לטעון ואי לא טען לא טענינן ליה ואפשר דאפי' טעם הע"ש לא שייך כאן דאין אדם חותם עצמו בכדי באמצע המגילה רק ברישא דמגילתא חותם עצמו לפעמים בכדי:

ב **אפי' לא כתב שמו.** עש"ך ס"ק ד' ודבריו צריך קצת ביאור מ"ש והב"ח כתב דאף הרמב"ן מודה דנאמן במיגו דפרעתי דהא אפי' בחת"י נאמן אף להרמב"ן לומר אמנה וכו'. כוונתו דכמו שנאמן לומר בחת"י אמנה במיגו דפרעתי כמו כן נאמן לומר בכת"י בלא חתימת שמו לומר לטופס כתבתי במיגו דפרעתי וע"ז כתב דדברי הב"ח אין מבוררין דמשמע מדברי הרמב"ן דכת"י הוי חת"י אחר לגמרי בכל דיניו ובחתם יד ודאי דאין נאמן לומר לטופס כתבתי א"כ ה"ה בכת"י וכתב עוד וז"ל ומה שהביא הב"ח ראיה מאמנ' אינה ראי' וכו' זה קושיא אחרת דאף אם נאמר כמ"ש הכ"מ דנאמן מטעם מיגו א"כ אם כתוב בו נאמנות דליכא מיגו אינו נאמן א"כ להרמב"ן ולהריטב"א משמע דיכול לטעון לטופס כתבתי בלא מיגו דאפילו כתוב בו נאמנות יכול לומר לטופס כתבתי עם הנאמנות ולא א"ש מה שהשווה הב"ח דברי הרמב"ן עם הריטב"א ומ"ש עוד דאף הרמב"ן לא קאמר

אלא מדינא ונ"מ שיכול לחייב וכו' הך ונ"מ צ"ל אח"כ וכן צ"ל דהרמב"ן לא קאמר אלא מדינא פי' דמדינא דש"ס כת"י דינו כחת"י לכל דיניו אבל האידנא דהמנהג דאין מחייבין עצמו בכת"י בלא חת"י ודאי די"ל לטופס כתבתיו מחמת שידוע שאין מדרך העולם לחייב עצמו כך וע"ז כתב דנ"מ פי' דאף האידנא שאין מדרך העולם לחייב עצמו בכך מ"מ נ"מ אף לדידן שיכול לחייב עצמו בכת"י בלא הזכרת שמו אם רוצה לחייב עצמו:

ג **ולא מן הלקוחות.** עש"ך ס"ק ו' שהקשה על הסמ"ע דמאי קנוניא שייך כאן וכו' ולכאור' תמוהין דבריו דהא אם טוען פרעתי נאמן רק בשמודה א"כ יש לחוש שעשו קנוניא שמודה בכדי לגבות מן הלקוחות. ונראה כוונתו דמקשה מדעת הרמ"א שהביא הרב בהג"ה דאינו נאמן לומר פרעתי והא דאינו גובה מהלקוחות הלכה פסוקה היא וכ"ע מודי ביה ולא א"ש כלל הטעם דקנוניא ועכצ"ל הטעם משום דלית לי' קלא. גם מה שהקשה הש"ך דבעלמא לא חיישינן לקנוניא אלא היכא דנפל ואיתרע וכו' לא מקשה זה רק לשיטת הסמ"ע דס"ל בכ"מ דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דנפל ואיתרע כמבואר לעיל סי' ל"ט ס"ק כ"ט בסי' ע"ט ס"ק י"ב אבל הש"ך ס"ל בכ"מ דחיישינן לקנוניא אפי' היכא שלא נפל ולא הקש' רק שהסמ"ע סותר דברי עצמו. והנה בספר קצה"ח מוכיח מדברי התוס' בגיטין ג' ד"ה כתב בכת"י שכתבו וז"ל ועוד י"ל שאחר הכתיב' מיד תתפוס הפירות ותאמר שכבר נתגרשה מזמן הכתוב בו עכ"ל ומזה מוכרח דבכת"י מהני תפיס' בעדים לומר שנכתב בזמנו ע"ש ואין בזה שום סברא דמה"ת יהי' נאמן ועוד אפי' אם נאמן בתפיסה מ"מ כיון שהבעל מכר הפירות נטעון ללקוחות שהבעל לקח מידה דהא אפי' אם אחד מכר דבר שידוע שהוא של אחרים טוענין ללקוחות לקוח נראה דהפירוש בדברי התוס' הוא כך דלפעמים ימכור ללקוחות הפירות של הקרקע בק"ס ואחר הכתיב' תתפוס תפירות ולא תרצה ליתן ללקוחות ואחר שהיא מוחזקת הלקוחות הן הממע"ה דדמי לב' הטוענין על חפץ אחד שכל א' טוען לו נמכר תחלה דודאי המוחזק נאמן והכא נמי היא מוחזקת:

ד **אם טוען פרעתי.** עש"ך ס"ק ז' עד דהא הדיינים חותמים עצמם אע"פ שלא קראוהו וכו' ובתומים הקש' כיון דכתב הש"ך ס"ק י"ב דבמקום כת"י הוא מדאורייתא א"כ פוסל בו צד קורב' וצריכין לקרותו בכדי שלא יהי' חשש קורב'. לק"מ דהא אין צריך לקרות רק שם המלו' והלוה ולא הסך והענין והנה בוועקסליך הנהוגין נהגו כל ב"ד שבישראל שא"י לומר פרעתי וע"כ לאו מטעם נאמנות שכתוב בו הוא דהא בתקנות בורח דנין ע"פ שטרות המוקדמין למלוה ע"פ ואף שאין בו רק קיום החתימ' דנאמן לו' פרעתי ואין בו

רק משום נאמנות הכתוב בו ונאמנות לא מהני נגד בע"ח מאוחר כמבואר בסי' ע"א וע"כ הטעם כמ"ש האו"ת בס"ק ה' דבלאו נאמנות ג"כ אינו נאמן לו' פרעתי ע"ש:

ה **ואם כפר ואמר שאינו כת"י** עש"ך ס"ק י' ותמה על הרב דכאן סתם כדברי הט"ו ובסי' פ"ב הביא שני דיעות ולא הכריע וכו' ולק"מ דדוקא בשטר שאינו נאמן לו' פרעתי נוכל ליישב דבריו שלא רצה לכפור גוף ההלואה רק בשטר שלא רצה שיהי' עליו דין מלוה בשטר למען לא יגבה מלקוחות ושיהיה יכול לטעון פרעתי אם לא יהי' אפשר לו לקיימו אבל בכת"י למאן דס"ל דאפי' במקוים נאמן לו' פרעתי בודאי כשאומר מזויף רצה להכחיש גוף ההלוא' דאלת"ה למאי נ"מ הכחיש הכת"י. וכן תי' בתומים וקיימתיו מסברא דנפשאי:

ו **וי"א דאינו יכול לטעון פרעתי.** עש"ך ס"ק ח' שהביא קושית הרשב"א על הרמב"ן משטר פקדון. ובתומים תמה אמאי לא מקשה משטר שאין בו אחריות ולפענ"ד נראה דעיקר טעם הרמב"ן הוא דדוקא שטר דאית ליה קלא וזילי נכסי משום שהיא ידוע שהיא בע"ח וגביות ממשעבדי שכתב הרמב"ן לא כתב רק לראי' על הקול. וכן מדוקדק לשונו שכ' דאית ליה קלא וזילי נכסי שהרי גובה ממשעבדי (") ולשון שהרי שכתב שהוא לראיה על הקול ולא קשה שוב משטר שאין בו אחריות שהקול יוצא רק שלא טריף ממשעבדי מטעם מחילת השיעבוד משא"כ משטר פקדון מקשה שפיר דודאי לא שייך זילי נכסי מחמת הקול שיוצא שיש פקדון תחת ידו:

ז **או שטוען אמנה.** עש"ך ס"ק ט"ז עד דהא לעיל סי' ג' כתבו הט"ו דנאמן לו' מאחר נפל ומצאתיו ומאוד תמיה לי דאדרבא משם מוכח להיפך דדוקא מאחר נפל יכול לטעון כיון שאין כתוב בו שם המלוה אבל לטעון ממני נפל ומצאת א"י למעון דאלת"ה אמאי לא אמר סתם ממני נפל דטענה זו מהני אפי' נכתב בו שם המלוה ונקט טעמא דמאחר נפל דלא מהני רק בלא נכתב בו שם המלוה א"ו דמענה זו ל"מ כלל. ועוד דא"כ לאביי דחייש אפי' לנפילה דיחיד בב"ב קע"ג ומקשה התם משני יב"ש שמוציאין שט"ח על אחרים ואמאי לא מקשה מכל שטרי דאתי לקמן ניחוש דלמא מהלוה נפל אלא ודאי דאין שום חשש לו' מהלוה נפל (") דאמרינן חזקה תיכף כשנכתב נמסר דמה"ט לא חיישינן כן בכל שטרי כמ"ש התוס' גיטין י"ח וכ"כ בתשובת מהר"מ מלובלין גבי כת"י דאמרי' חזקה תיכף כשנכתב נמסר ולא חיישינן רק שמא ממלוה אחר נפל כשלא נכתב בו שם המלוה או לאביי בב"ב שם אפי' נכתב שם המלוה בשני יב"ש אפי' לנפילה מהמלוה לא חיישינן לכ"ע ויפה כתב הסמ"ע בשם הרשב"א דלא חיישינן לנפילה מהמלוה והא דיכול לטעון חתמתי שמי בסוף המגילה ונפל ממני היינו דוקא שכתוב בכת"י אחר רק

שחתם את עצמו בחת"י בזה יכול לו' שהחתימה הי' להתעסק משא"כ הכא שמיירי שכל הכתב היה כת"י ממש ולכתוב ע"ע שלוה ל"ח שיכתוב שלא בשעת הלואה או להתעסק דאין אדם כותב להתעסק להפסיד לעצמו. וכן ל"ח לשטר הלואה שנכתב בשלימות שנפל מיד הלוה ודוקא אמנה יכול לטעון במיגו אבל לא טענות נפילה. ועיין תומים סי' מ"ו שסותר דבריו הסמ"ע שכתב הא דכתב ללות ולא לויתי היינו שטוען טענות נפילה ומהימן במיגו דמזוייף מהא דאה"ע סי' קל"ב דאינו נאמן לו' נפל במיגו והדין עמו. ואפי' אם נאמר דנאמן לטעון ממני נפל במיגו דמזויף מ"מ במיגו דפרעתי נראה דאינו נאמן דשאני מזויף שיכול לומר לא נזהרתי בו כיון שא"א לקיימו סמכתי שאכחיש ההלואה ועל הכת"י אטעון מזוייף משא"כ על טענות פרעון לא היה לי לסמוך משום חשש שכתב הרא"ש בכתובות דדילמא ימצא אותו אינש דלא מעלי ויתבע אותו מקודם בע"פ ויטעון להד"ם כפי האמת שלא יעלה על דעתו שמצא שט"ח שלו ומוציא אח"כ הכת"י ויהי' מוחזק כפרן משא"כ באינו מקוים שלא יהיה מוחזק כפרן ועיין עוד בריש סי' מ"ו מ"ש בזה. ועוד נראה דדוקא במיגו דמזויף דצריכין דוקא להודאתו שכתבו דאנן טענינן מזויף והוי כהפה שאסר דעדיף ממיגו כמ"ש התוס' בב"ק דף ל"ד בד"ה אין לך וכ"כ כל הפוסקים מש"ה אמרינן אפי' במקום חזקה אלימתא כזו דהיינו חזקה דתיכף כשנכתב נמסר דהיא חזקה אלימתא דהא בקידושין וגירושין ממיתין ע"י חזקה זו דביום שנכתב נמסר מ"מ כיון דמיגו דמזויף הוא הפה שאסר אמרי' במקום חזקה דאפי' במקום עדים כתבו התוס' שם דאמרינן משא"כ במיגו דפרעתי דלא הוי הפה שאסור רק מיגו לא אמרינן מיגו במקום חזקה ובהא ניחא ג"כ הא דאה"ע דלא מהימן לטעון נפל במיגו דמזויף כיון דבגט כשאינו טוען מזויף אנן לא טענינן וכיון דצריך לטעון לאו הפה שאסר הוא רק מיגו ולא אמרי' במקום חזקה. ועיין ט"ז דבהגדה בפני עדים בע"פ יכול ג"כ לטעון לנאמנה הודיתי במיגו דפרעתי:

ח **שאילו פרעו לא היה מניחו בידו.** מכאן מוכח כדעת הט"ז לקמן סעיף ה' דאפילו בסתם נאמנות יכול לגבות מהיורשין והוא מטעם זה דכיון דאינו מניח שטר בזה ביד המלוה דין שטר גמור יש לו וכמו להנך דסברי בכל כת"י א"נ לומר פרעתי דודאי גובה אף מהיורשין והא דלא מהני נאמנות סתם נגד היורשין הוא רק נגד לפטור משבועת היורשין ליטול אבל הכא לענין שלא יפרע הלוה אפי' נאמנות סתם מועיל וכמ"ש הט"ז שם אבל לדעת הסמ"ע והש"ך שם קשה דלמה לי לטעם זה שכתב הש"ע שלא היה מניחו בידו הא אפי' במלוה ע"פ בנאמנות דלא שייך טעם זה נאמן המלוה ולכן העיקר

כהט"ז דהא אפילו בכתיבת יד בלא נאמנות פסק הרב דא"נ לומר פרעתי במקום שיש אומדנא ואין אומדנא גדולה מזו:

ט **ואם לא נתקיימה חתימתו** הט"ז כתב בעיסקא שהתנה שאם לא יברר שהיה אפשר שישלם וע"ש בהג"ה דאף שיש לו מיגו דחייב לשלם. ולכאורה קשה דמ"ש דאם התנה שאם לא יברר שפרע שישלם ואפ"ה אם יש לו מיגו בענין הנאמנות עצמו נאמן כמבואר בסי' ע"א וא"כ מה לי שאם התנה שלא יהיה נאמן לו' פרעתי או שלא יהיה נאמן לומר שנאנסו בשניהם יש לו' דכשיש לו מיגו בענין הנאמנות עצמו שיהיה נאמן. אכן בכל ב"ד שבישראל פוסקין בהלואת עיסקא דידן שאינו נאמן לו' שהיה לו הפסד בעיסקא אף שהוא בע"פ ויש לו מיגו דלהד"ם. לכן נראה דתיקון מהר"ם היה בעיסקא דידן שכ"ז שלא יהיה המו"מ של העיסקא לפני עדים שהיה יכול לברר ההפסד בעדים שיהי' חייב באונסין והוי תנאי בענין החייב ודמי למתנה ש"ח שיהיה כשואל. אבל בשותפין שהתנה א' עם חבירו רק לענין שלא יהיה נאמן בהפסד נראה דכשיש לו מיגו בענין הנאמנות עצמו דנאמן כמו בנאמנות לענין פרעון ואין הפרש בין זה לזה. ועש"ך שהביא דין חתימת חלק ובתומים כתב דמ"מ אין לו דין נאמנות כיון דצריך קנין ולא ידעתי דהא נאמנות אין צריך קנין בשעת ההלואה. אכן נראה דאם מסר לו חתימה חלק שאסור לכתוב עליו רק שופרי דשטרי שהמנהג הוא לכתוב עליו ולא יותר ואם מודה שכתב אח"כ יותר המותר שכתב בטל ודמי להא שכתב הש"ך בסי' מ"א ס"ק ט' ע"ש:

י **אנו טוענין להן שהוא פרוע**. ולהנך דסברי לעיל שגם אביהן לא מצי טעין פרעתי נגד כתיבת יד גובה אף מיורשין כמבואר בתשובת הרא"ש וריב"ש ופשוט:

יא **ואם הוא תוך זמנו**. עש"ך ס"ק כ"ו שהקשה על המחבר דלקמן סי' ק"ח סעיף ד' הביא ב' דיעות לענין נאנסו וכאן סתם לגמרי. והנה המחבר והרב סתמו כן בהרבה מקומות כאן ובסי' ע"ח סעיף ד' בהג"ה ובסי' ק"ח ובסי' שס"א. לכן נראה דאף דטענינן להו נאנסו היינו דס"ל דהא דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח היינו דכל מקום טענינן ליתמי הוי כטוענין ברי כמ"ש הרא"ש בר"פ האשה שנתארמלה ובמילתא דלא שכיח לא טענינן להו ולא הוי טענותייהו כטענות ברי ודמי לאילו אביהם קיים והיה טוען שמא ובנאנסו אלו היה אביהם קיים והיה טוען שמא שא"י אם נאנסו לא היה חייב רק מטעם דהו"ל משואיל"מ כמבואר בסי' רנ"א וביורשים דלא שייך מחשואי"ל דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים כמבואר בשבועות טענות שמא דידהו טענא מעליותא הוא מש"ה פטורין משא"כ הכא בתוך הזמן דבעינן טענת ברי דוקא לאביהן שיהיה נאמן משום מיגו לא טענינן ליתמי שיהיה חשוב טענותייהו כטענת ברי:

יב **ואם אין מודים**. עש"ך ס"ק כ"ח שכ' דאפי' אם היורשים מודים שהוא כת"י אביהם טענינן להו שמא פרע אביהן ומה שהודה היה שלא להשביע וכו' ולכאורה קשה דהא כשהודה בכת"י לא טענינן שלא להשביע כמבואר בסי' פ"א סעיף י"ז ולק"מ דש"ה שי"ל ששכח הכת"י כמ"ש הש"ך בס"ק י"ד ומש"ה הודה לו שלא להשביע מחמת ששכח והי' סבור ששוב אין בידו הכת"י וליד להא דלעיל סי' מ' דאם אמר הריני חייב לך מנה בשטר דהוי כאילו אמר אתם עידי דלא מצי טעין שלא להשביע דש"ה דמיירי שבא לחייב עצמו עכשיו באמירה זו אבל אם אמר בל' הודאה מודה אני שהכת"י שלי שתח"י פלוני על מנה הוא אמת ואותו פ' אין לו כת"י כלל ודאי שאינו חייב די"ל לכך הודיתי כך מחמת שיבורר שהודאתי היה שלא להשביע כיון דלא היה יכול להראות שטר עלי והכא בנ"ד כיון ששכח שיש לו תח"י חבירו כת"י אף שהודה לו יכול לטעון שלא להשביע כדברי הש"ך ולפ"ז אם ראה בשעת הודאה הכת"י והודה א"י לטעון שלא להשביע:

יג **פטורים בלא שבועה**. בקצה"ח כתב בהמתחייב ש"ד ומת דלהתו' דס"ל דבמקום דלא ה"ל למידע פטור משום דלא רעי טענתו א"כ אף שכבר נתחייב אביו ש"ד מ"מ כיון דלא היה ריע טענתו דהא טען טענת ברי פטורין היורשין וכן אם נתחייב ש"ד ונעשה חשוד כיון דבשעה טענה לא ריע לא אמרינן מתוך ולהרמב"ם דאפי' לא ה"ל למידע דלא ריע טענתי' חייב ויורשין פטורין מטעם שכתב הש"ך סי' ע"ב משום דלא בע"ד נינהו וטענינן להו טענתא דאביהן א"כ אם נתחייב ש"ד ונעשה חשוד או מת חייבין מטעם מתוך ע"ש ולדבריו אפי' רק הודה במקצת והב"ד לא חייבוהו עדיין חייבין להרמב"ם ודבריו תמוהין מאוד דמ"ש דאם הודה במקצת ואח"כ נעשה חשוד דפטור להתוס' הוא תמהון גדול דהא תבעו עכשיו גם כן ומחייבין אותו שבועה דאיכא גבי' ריעותא דחשד' מה"ת יפטר וכי משום שכבר תבעו פ"א בשעה שלא היה חשוד ונתחייב שבועה יופטר אתביע' של עכשיו ודאי כשא"י לישבע מחמת ריעותא דידיה חייב לשלם. גם מ"ש דלהרמב"ם חייבין תמוה דא"כ אפי' כשהיורשין טוענין נ' ידענא ונ' לא ידענא יתחייבו דהא לא שייך הטעם דטענינן להו טענותא דאבוהון דהא כיון שהיורשין יודעין שאבוהון חייב נ' שוב לא היה אפשר לאבוהון למיפטר היורשין דהא אפי' אם כפר בברי ומת היורשין חייבין לשלם כשלא נשבע ועכצ"ל דהיורשין פטורין דאמרינן אם הי' חי היה נשבע א"כ אפי' נתחייב האב כבר שבועה ג"כ נימא דילמא הוי אבוהון נשבע ונפטר והעיקר כמ"ש בסי' ק"ח דהעיקר החילוק בין כבר חייבוהו ב"ד שבועה דבשעה שעמד בדין נשתעבדו הנכסים מחיים חייב לשלם אם לא ישבע ולכך גובה מהיורשים בין להתוס' בין להרמב"ם וכשלא עמד בדין מחיים לא נשתעבדו נכסים מחיים וא"י לגבות מהנכסים מכח האב ומכח

היורשין פטורין דלא אמרי' גבייהו מתוך ובעינן גמר דין דוקא מחיים כמו בקנס' דלא נעשה ממון עד גמר דין כמבואר בב"ק פ' מרובה:

סימן ע

א **בין שאמר לו בשעת הלואה**. עש"ך ס"ק ט' דאפי' בשעת הלואה אם מיח' לוה א"צ לפרעו בעדים ע"ש. ולכאורה תמוה דאם הלוה מוח' והמלוה נתן לו המעות הרי סבר וקיבל המלוה ולכולי עלמא א"צ לפרעו בעדים. וכן הקשה התומים ולק"מ דהא ז"ל הרא"ש אבל שלא בשעת הלואה וכו' כיון דהימני' מעיקרא לא חשש השתא להשיבו וכו' ע"ש משמע דאפי' אם כבר נתן לו המעות בפני העדים והותנ' עליו תנאי זה שלא יפרענו לו שלא בעדים כשלא זזה יד העדים מידו אף דהמלוה א"י להוציא המעות כשמוח' הלוה שכבר קנה המעות מ"מ כיון שלא הימני' בשוב פעם מיקרי בשעת הלואה דאם שתק הוי הודאה דאדעתא דהכי קיבל המעות כמ"ש הרא"ש מה שאין כן כשמוח' ומשמע בתומים דאם הגיע הזמן פירעון ואמר לו או פרע לי תיכף או שאל תפרעני אלא בעדים דהוי כשעת הלואה ולפענ"ד ז"א דמ"מ שייך סברת הרא"ש בב"מ י"ז כיון דהימני' מעיקרא לא חשש להשיבו ולא קיבל עליו ההתראה ומ"ש סברא זו ממ"ש הרא"ש בב"מ י"ז וז"ל ול"ק א"כ מה הועילו החכמים בתקנתם וכו' דהרי תוכל להתרות בשעת גירושין אל תפרענו אלא בעדים וכו' והקשה ע"ז דמה מהני ההתראה אולי ימחה ומזה הוכיח דין הנ"ל ובאמת אין מזה הוכחה דהרא"ש כתב כן לשיטת הרמב"ם דלא מהני מחאה ולענין מ"ש המע"מ בדברי הרא"ש שם שא"כ מאי מקשה ש"ס שם באלמנה מה הועילו חכמים בתקנתן וכו' הא תוכל להתרות ביורשין לק"מ דבאלמנה שייך התספת צררי כשרואה שהגיע קיצו ומש"ה ל"מ התראה באלמנה דאפי' אם תעשה התראה יכולין היורשים לומר אבי התפסתיך צררי ובשעת אירוסין וקידושין לא שייך התראה כמ"ש התומים בעצמו משא"כ בגירושין דלא חיישינן לצררי דהא אפי' במת פתאום ס"ל להרבה פוסקים דלא חיישינן לצררי משא"כ בגירושין כתב הרא"ש שפיר תקנתא דהתראה שתוכל להתרות בשעת גירושין אל תפרעני אלא בעדים:

ב **הרי זה נאמן**. עש"ך ס"ק י"ד דמסיק דהמוחזק יכול לו' דס"ל כהרי"ף דס"ל דאינו נאמן צריך לקיים תנאו דהוי ?ד כאילו התנה עמו שלא יהיה נאמן כל זמן שלא יביא עדים ע"ש ולפ"ז כשמיחה הלוה שלא בשעת הלואה דלא נתחייב משום תנאי ואין לחייבו רק משום סברא שכתב הר"ן דחזקה שלא פרע שלא בעדים דלמה היה לו להכניס עצמו

בתגר זה לפרוע שלא בעדים וא"כ אי טוען שפרע בעדים ומתו לכ"ע נאמן וכן כתב התומים ופשוט:

ג **שהרי אמר שקיים תנאו** עט"ז שכתב שאם כבר מתו פ' ?פ' ואמר שפרעו אחר שמתו ביני לבינו שנאמן כיון שלא היה אפשר לקיים תנאו עיין שם. ולפענ"ד דין זה צ"ע טובא דהא יכול לקיים לפרוע בפני ב"ד דהא כיון שאמר כן כי היכי דלא לידחי' דהיינו שלא יאמר פרעתיך עד שיפרענו בפני פלוני ופלוני או בפני ב"ד או על ידי כת"י המלוה א"כ מה בכך שמתו:

ד **פרעו בב"ד**. עט"ז וש"ך דלוקח שובר או אפשר דה"ל מפי כתבם ע"ש ואף דבשובר אין צריך לו' כתבו כמבואר בסי' פ"א סעיף כ"ט מ"מ אפשר שימחה מלכתוב אך מ"מ יפה תמה בתומים הא כיון דהמלוה תובע בפרעון לא יפרע לו עד שיצוה לכתוב שובר ויהיה כשר לכ"ע והעיקר כמו שכ' התומים כיון דדעת הרי"ף דעדים אחרים אינם נאמנים ואי תפס לא מפקינן מיניה כמ"ש הש"ך וכן דיינא דעביד כהרי"ף לא מהדרינן עובדא מש"ה אין צריך הלוה לפרוע אך שהקשה דמ"מ יקח שובר כתיבת יד המלוה. ולפענ"ד נראה דודאי שובר כתב יד מהני אך המחבר בא להשמיענו דין מחודש דשובר מב"ד מהני אף לדעת הרי"ף דלא פסל בתנאו רק עדים ולא ביד:

ה **וה"ה כל שטר שלא ניתן לכתוב**. עיין תומים שהקשה הא כל מוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי דאית ליה קלא וא"כ מה בכך דהשטר לא ניתן לכתוב מ"מ הא בלא שטר ג"כ גבי ממשעבדי כמו כל מוכר שדהו בעדים. ולפענ"ד לק"מ דדוקא מוכר כדין גבי ממשעבדי אבל הכא כיון דהמקח אינו כלום הני זוזי למלוה דמי ובהלואה אף דאית לי' קלא לא גבי ממשעבדי עד שהקנה לו בשטר וכל שבשטר פסול אינו גובה ממשעבדי כדמוכח משטר שיכול לזייף וכן כתב התומים בעצמו בסי' מ"ט ס"ק ח' ע"ש:

סימן עא

א **הרי זה נוטל בלא שבועה** עסמ"ע וש"ך ס"ק א' שכתבו לחלק בדוחק בין מלוה שהאמין ללוה ובין לוה שהאמין למלוה. ולענ"ד נראה לחלק בפשיטות דודאי לשון נאמנות הוי כמו נאמן עלי אבא דפטור בלא שבועה והא דמלוה שהאמין ללוה חייב שבועה נראה דשם טעמא אחרינא איכא דהא מבואר בסמ"ע ס"ק ה' ובש"ך ס"ק ד' דאם יש לו מיגו בענין הנאמנות עצמו דמהני ובמלוה שהאמין ללוה ע"כ מיירי במלוה בשטר דאי במלוה ע"פ ודאי דפטור בלא שבועה דאי לא למאי הימני' וכיון דבמלוה בשטר והנאמנות כתוב בשטר שתחת יד המלוה הרי יש למלוה מיגו דאי בעי כביש לשטרי'

ויתבע לו בע"פ ויאמר לו לא האמנתיך כלל ואפי' אם יש עדים שראו השטר מכל מקום יאמר שטר זה כבר נפרע ומלוה אחרת יש לי עליך ויכול להשביעו מכח מיגו ולפ"ז אם נתן להלוה שטר אחר שכתוב בו הנאמנות שיהי' תחת יד הלוה פטור בלא שבועה וכן מוכח ממ"ש השיך ס"ק מ"ה ע"ש:

ב **בלא שבועה.** עסמ"ע ס"ק ג' דסתם נאמנות מהני נגד עד אחד. והש"ך ס"ק ב' חולק (ויש שם ט"ס בש"ך וכצ"ל אבל בנאמנות סתם ישבע ויטול ועמש"ל סעיף ה' וכו') ומזה מוכח דבאומר אל תפרעני אלא בעדים דנוטל בלא שבוע' כמבואר בסי' ע' מ"מ כשיש עד א' חייב שבועה דהא נאמנות ג"כ כאומר אל תפרעני דמי כמ"ש הש"ך ס"ק ז' ואפ"ה חייב שבועה בעד אחד אבל להסמ"ע נאמנות ואל תפרעני כחזקה דמיא ואין ע"א נאמן כנגד חזקה כמו בתוך זמנו בסי' פ"ד ע"ש ואין להקשות על דעת הסמ"ע דס"ל דנאמנות מהני נגד עד אחד דמשמע אפי' טוען להד"ם הא כ' הש"ך ס"ק ג' דבשני עדים חייב לשלם אחר הפרעון דפלגינן דיבורא א"כ בעד אחד יתחייב שבועה אחר הפרעון דכל מקום ששנים מחוייבים ממון אחר מחייבו שבועה דז"א לפמש"ל דכיון דנאמנות כחזק' דמיא כמו תוך זמן בסי' פ"ד דודאי א"י לחייבו אחר הפרעון דהוי כחזקה שהעד משקר:

ג **שהביא עדים שפרעו** עש"ך ס"ק ג' דמיירי דוקא בטוען סטראי דאז אף אם העדים מעידים שבפרעון חוב זה נתן נאמן דכנגד פרעון זה האמינו יותר מהעדים ע"ש (ויש שם בס"ז בש"ך ט"ס וכצ"ל ואפשר גם הסמ"ע לא קאמר אלא דאפילו מכחיש העדים בטענ' סטראי ולא כטענ' סטראי דעלמא א"נ רק כשאינו מכחיש להערים אבל הכא נאמן בטענ' סטראי אפי' להכחיש עדים שמעידים בפי' על פרעון חוב זה כיון וכו') ואם מודה להעדים שבפרעון חוב זה נתן הלוה והוא שתק רק שטוען שיש לו חוב אחר עליו בע"פ והוא תפס בעצמו על חוב זה כמבואר בסימן פ"ג ונרא' בטענה זו אינו נאמן דכ"ז שאינו מכחיש להעדים העדים כשרים הם וא"נ לטעון חוב אחר דהוי כתפסם בעדים:

ד **ואפילו היה להלוה מגו.** עסמ"ע ס"ק ה' עד ולפ"ז לא מהני נאמנות סתם דמאמין הנפקד להמפקיד (ותיב' הלוה למלוה הוא ט"ס) דהא לעולם יש לו מיגו דנאנסתי כו' כוונת דבריו דלמה לי' להרשב"א לתלות הטעם כיון דהימני' כבי תרי דהא אפילו בנאמנות סתם ע"כ הימניה אפילו נגד המיגו דאל"כ מה היה הנאמנות שלו הא לעולם יש מיגו דנאנסו. ומ"ש הסמ"ע ולמה לא נא' וכו' הוא קושיות אחרות וכן פי' התומים ונסתלק קושי' הש"ך. ובתומים רצה ללמוד מזה דאם לא הי' עדים כלל בשעה שנתן לו הנאמנות דאף שיש לו מיגו כענין הנאמנות עצמו אינו נאמן דהא ודאי אף נגד מיגו זה הימני' דאל"כ למאי הימני' הא לעולם יש לו מיגו זה והא שכ' הרב בהג"ה לעיל דנאמן

במיגו היינו כשהי' עדים בשעה שהאמינו רק שמתו אח"כ ע"ש. ולפענ"ד הא ליתא דא"כ לא היה סתמו הפוסקים מלכתוב זה ועוד דהא אפילו בנאמנות כבר תרי מהני מיגו בענין הנאמנות עצמו אף שהמיגו נגד עדים ועדים עדיפא ממיגו והוי כהאמינו בפי' אף נגד המיגו דהא עדים עדיפי ממנו ואפ"ה מהני מיגו בענין הנאמנות עצמו כמבואר בטור וע"כ הטעם דמיגו בענין הנאמנות עצמו הוא מטעם הפה שאסר הוא הפה שהתיר דעדיפ' ממיגו כמ"ש התוס' בב"ק ע"ב ד"ה אין לך בו דאפי' במקום עדים אמרינן וכל הפה שאסור לא מגרע בדבריו הראשונים מידי וחשבינן באילו לא אמר חובתו כלל כיון שהפה שאסר הוא הפה שהתיר כנ"ל ברור גם מה שרצה בתומים להוכיח דמיגו לא מהני מאה"ע סי' קמ"א משליש דנאמן אף שיש לו מיגו לכשנגדו דאי בעי הי' מכחיש להשלישו' אלמא במקום דהימני' לא מהני מיגו ל"ד כלל לשליש דשליש שאני דהימני' שיהי' כך אם יאמר כך אפילו אם ישקר כמ"ש התוס' גיטין ס"ד ואפי' אם יש הוכחה שהבעל אומר אמת כדאמר התם דאי איתא אפ"ה השריש נאמן דאפילו הוא משקר הרי הוא כמו שאומר וא"כ מה יוסיף תת כח המיגו שיהי' ראיה שאמת הדבר הא מ"מ כיון דליכ' עדים הרי הוא כמו שאומר השליש משא"כ הכא:

ה **כשלשה** עש"ך ס"ק ה' והנה לפמ"ש הסמ"ע ס"ק ד' בהאמינו כשנים דלא אמרי' דהוי כתרי ותרי משום דא"כ אפי' בסתם נאמנות הדין כן ולמה הי' לו להאמינו כשנים. קשה לכאור' דא"כ דאם האמינו כשלשה למה נקט שאם פרעו בפני ארבעה דהא אפי' פרעו בפני שלשה נימא דליהוי כשלש' נגד שלשה והממע"ה ועכצ"ל דנקט לפני ארבע' דאפי' תפיסה לא מהני כלל. ולדעת הש"ך ס"ק ב' אפשר לו' דאם אמר בשלש' כוונתו יותר משלשה כיון דאיהו הימני' לא אתכחיש איהו והני דאמרי פרוע אינהו אתכחש':

ו **אחר הלואה.** בתומים הקשה דמ"ש מאל תפרעני דלא בעי קנין. ולפעד"נ ליישב דשאני נאמנות כיון דבעינן דווקא אמיר' דידיה דהא אם מת לא מהני הנאמנות ליורשי המלוה דלא הימני' רק כשיאמר לא נפרעתי מש"ה בעי קנין משום דדמי לאסמכת' שיש לו' שסמך דעתו שלא ישקר המלו' בפניו לו' לא נפרעתי דכל אסמכת' הוא כך שמתנ' אם יהיה כך אתן כך משא"כ באל תפרעני אלא בעדים דאפי' אם מת המלוה אינו נאמן לו' פרעתי משום שעבר על ההתרא' ואין זה עליו אלא ההתרא' בעלמא ומטעם חזקה שלא עבר על ההתרא' אינו נאמן ומש"ה לא בעינן קנין כנ"ל ומה שהקש' עוד בתומים מהא דנאמן עלי אבא דא"י לחזור בו אחר שהעיד ובנאמנות סתם לא מהני אפי' אחר שאמר כבר בב"ד ע"יש. אשתמיטתי' דברי התו' בב"מ ע"ד שכתבו וזיל התם דין הוא שיועיל כיון שיש להם תביעה זה על זה הוי כקיבלו עליהם כך את הדין עד כאן לשונו

מוכח מדבריהם דלא מהני נאמן עלי אבא רק אחר שנפל הכחש' ביניהם דאז הוי כקיבלו עליהם כך את הדין. אבל אם אמר נאמן עלי אבא קודם שנפל הכחשה ביניהם לא מהני בלא קנין וא"כ ה"נ בנאמנות דהכא. גם מה שהקש' למאן דס"ל דנאמנות מהני בלא קנין מ"ש מנאמן עלי אבא דיכול לחזור קודם גמר דין. ג"כ לק"מ דש"ה שאמר כן אחר שפרעו משא"כ הכא שאומד כן קודם הפירעון כאומר לו אל תפרעני בלא שובר ועדים ואם תפרע בלא שובר אהיה נאמן נגדך כמ"ש הש"ך בשם הר"ן:

ז **בפנינו הוד**'. עש"ך ס"ק ח' מ"ש בסי' שני חצאי לבנה. הכוונ' בדבריו דהנה הטור כתב שני דינים מתחל' כתב הר"י מיגא"ש דאם האמינו כב' עדים יכול לחזור ולתבעו אחר הפרעון. אח"כ כ' דין שני דדוקא לענין פרעון אין נאמנים אבל בהודאה נאמנים ומביא דעת הרמב"ן החולק וס"ל דאפי' בהודאה אין נאמנים ואח"כ כתב וא"א הרא"ש ז"ל כתב כדברי הר"י מיגא"ש וזהו כוונת הש"ך כמ"ש ולפענ"ד דמ"ש הטור וא"א כתב כדברי הר"י מיגא"ש קאי רק על דין הראשון דהיינו שיכול לתבעו אחר הפרעון בעדים ולא קאי כלל על מ"ש ודוקא וכו' אבל הודאה וכו' דהאי ודוקא הוא ג"כ לשון הר"י מיגא"ש וכן פי' הב"ח דהך ודוקא שכ' הטור הוא ג"כ לשון הר"י מיגא"ש רק שמסיים וכן פי' רמ"א וע"ז תמה הש"ך דרמ"א בד"מ כתב בהיפך וז"ל הד"מ (בד"מ שלפנינו הוא כמ"ש הב"ח ונוסחא אחרת היה לפני הש"ך) צ"ע דמי שייך דברי הר"י לכאן וכו'. פי' הד"מ סובר דמ"ש הטור ודוקא כו' אבל הודאה וכו' אינו לשון הר"י מיגא"ש ומש"ה תמה הד"מ דמי שייך דברי הר"י לכאן דאפשר דגם הר"י מודה דלענין הודאה אין נאמנים פי' דהטור מביא על דברי הרמב"ן דס"ל דהודא' ג"כ אין נאמנים וא"א כתב כדברי הר"י מיגא"ש משמע דדברי הרא"ש שייך לפלוגתא שהביא אי נאמנים בהודאה וע"ז תמה הד"מ דהא אפשר דגם הר"י מיגא"ש ס"ל דאינו נאמן וכדעת הרמב"ן וא"כ פה זה שהוכיח הטור מהא שכתב הרא"ש דברי הר"י מיגא"ש דהיינו שיכול לתבעו אחר הפרעון להביא ממנו ראי' לענין הודא'. ועל זה מתרץ הד"מ לכן נראה וכו'. פי' דכוונת הטור במ"ש וא"א כתב כדברי הר"י מיגא"ש פי' דבריו שהטור הוכיח דהרא"ש ג"כ ס"ל כהרמב"ן מדכתב סתם כדברי הר"י מיגא"ש לענין שאינו יכול להחזיר ולתבעו אחר הפירעון ולא חילק בין הודא' לפרעון ש"מ דס"ל דאין לחלק ועל זה תמה הש"ך בקיצור פסקי הרא"ש דכתב בהדיא דבהודא' נאמנים (ויש ט"ס בש"ך שם וכצ"ל א"נ אלא כשהוד' בפני ב"ד וכו'):

ח **שלא פסלן אלא לפרעון**. עיין תומים שכ' שתמה מאוד על זה שהוא נגד הסברי דהא פרעון הודא' ומחיל' הוא. ולפענ"ד נרא' הטעם דדוקא לענין פרעון הימני' כיון שיש בריר' ביד הלו' שלא ליפרע בלא שובר כתיב' יד המלוה ואם לא יעש' כן לא יהי' נאמן

אפי' יפרע בעדים משא"כ בהודא' ומחיל' שאין שום יכולת ביד הלו' לעשות באופן אחר נגד זה לא פסל להעדים וההודא' ס"ל להנך פוסקים דמטעם מחיל' הוא והנך דפליגי בהודא' אף שמודים במחיל' ס"ל כיון דהלו' אומר באמת שפרע והי' יכולת בידו בשע' פרעון ליקח שובר כתיב' יד ולא עשה כן מש"ה פסולים ובפרט לפמ"ש התומים דעיקר הנאמנות לא הי' להכחיש להעדים רק שמקבלים על חוב אחר ולטעון סטראי כמ"ש הש"ך ס"ק י"נ ועש"ך סי' צ"ח ס"ק י"א דהוי כידוע שיש עליו חוב אחר כיון שפרע לו ולא לקח השטר וזה שייך בראו שפרעו אבל אם הוד' המלו' בפני העדים שלא בשע' פרעון אמרינן בהיפך דלמ' הי' לו להודית לפני עדים ומי הכריחו לזה אלא ודאי דבאמת פרוע הוא ולפ"ז לא מהני שמעו ההודא' רק כששמעו לאחר שכבר פרעו אבל בשעת פרעון הרי הוכרח להודות כדי שיפרענו ויכול לטעון סטראי:

ט **ואין לו עליו אלא ש"ח.** עש"ך ס"ק י"ג עד דהא הטור כ' וכו' למה יחרים סתם עכ"ל (") והוא תמו' מאוד דהא ממקומ' הוא מוכרע שכ' שחייב לישבע היסת ואי מתנה הוא למה ישבע וכן תמה התומים ולק"מ דהנאמנות הוא כמו נאמנות שיהי' כך אם יאמר כך ויעש כך אפי' אם ישקר כ"ז שלא יבורר בעדים או ע"י הודא' שלו. והיינו שאם ישקר ויגזול יהי' לו במתנ' ולפ"ז אם מתחל' אמר שקר בודאי כיון שעבר על לא תגזול רק שאינו חייב בהשב' שנתן לו במתנ' אחר שיגזול ומש"ה יכול להשביעו היסת שלא פרע לו ב' פעמים ואם ישבע כך ודאי כשהיא שקר הרי ישבע בשקר דנהי שהוא שלו במתנ' אחר שפרעו מ"ט מעיקר' בגזל עשה והוא נשבע על דעת ב"ד על תחל' המעש' שלא עשה בגזל ושהמת טען מעיקרא ואולי משום שבוע' יפרוש ויודה ואז לא יהיה מתנ' למפרע דהא כשיבורר ע"פ הודאתו הוי כמו שיבורר ע"פ עדים אבל ממהרים סתם מקש' שפיר דהא מבואר בסעיף ז' דהמחרים סתם לא לימא כל מאן דגזלי' רק כל מאן דאיתא לגזיל' בידיה ולא למיהדר ולפ"ד הב"ח אין כאן שום גזילה בידו ואין חייב בהשב' שכבר נתן לו במתנ' אחר שכבר גזלו. אך בזה שפיר הקש' התומים האיך מניחין אותו לשבע נהי דאיהו פסלן אנן פי פסלינהו והרי עדים מעידין שבשקר נשבע וכ' דאפי' בדע' הש"ך דס"ל דרק סטראי יכול לטעון מ"מ האיך נשבע הא עדים מעידים שעל פרעון זה קיבלם. ולא הבינותי קושייתו דהא כשיודע שיש לו שני חובות חוב שבשטר וחוב שבע"פ אף שהלו' נתן על חוב שבשטר והמלו' שתק יכול לו' שעל חוב האחר קיבלם כמבואר בסי' פ"ג והא דא"י לטעון סטראי בפרעון בעדים הוא רק בחוב שא"י וא"נ לטעון שיש לו חוב אחר דהוי בתפיס' בעדים אבל כשהאמין לו כשני עדים כ' הש"ך בסי' נ"ח ס"ק י"א דהוי כאלו עדים מעידים שחייב לו כצד אחר והוי כחוב ידוע דמצו לטעון סטראי

כששתק המלו' והכא ודאי מיירי כשלא שמעו העדים מהמלו' דכששמעו העדים מהמלו' היא כהודא' ונאמנים כמבואר בסעיף ג' ואם כן חייב לישבע אחר הפרעון שיש לו חוב אחר אצלו ונרא' דאפילו למאן דסבירא ליה דנאמן אפי' כשאין טוען סטראי הוא מטעם דסבירא ליה כיון דהימני' כתרי הדין אצלו כמו תרי ותרי דכ"מ שנוכל ליישב דבריהם אפי' בדוחק מישבין דבריהם כמבואר לעיל סי' ל' סעיף ח' בהג"ה וכן מצינו בכריתות דף י"ג דמיישבין דבריו לו' לא אכלתי שוגג רק מזיד וה"נ מיירי באומו' סתם לא נפרעתי מחוב זה וכיון שהימני' כתרי מיישבין דבריו שכוונתו שעל חוב אחר קיבלם וממילא לא נפרע מחוב זה וכשנשבע ג"כ נשבע בלשון זה שלא נפרע מחוב זה אבל אם טוען בפי' שלא קיבל ממון כלל לפני העדים כ"ע מודים דיכול לתבעו אחר הפרעון וממילא לא קשה שוב הקושיא שהקש' מהא דשבועות ל"ד ע"ש. אך מ"מ קשה הא דשבועות שם דאמר התם הזיד בשבועות הפקדון והתרו בו מאי ודייק מכלל דאי לא איתרו בי' מחייב כפירת דברים הוא זאת אומרת הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב וכו' והקשה הא אפשר לאשכוחי בטען הנפקד החזרתי והכשיר המפקיד קרוב כבי תרי או כשהאמין להנפקד גופי' בשבוע' כבי תרי ונשבע דאז לענין ממון פטור דפסלינהו מפקיד לממון ולענין קרבן ומלקות וודאי נאמנים ונראה ליישב דידייק בלישנא דהש"ס דאמר הזיד והתרו בו ולא אמר והוד' אח"כ משמע דע"פ אותן עדים לבד חייב קרבן ומלקות ושוב א"א לו' דמיירי שפסל לעדים דא"כ לא מצי הב"ד לחייביה בממון ובמקום שאין להן אין חומש וקרבן כמבואר בפסחים כ"ט ולענין אשם מעילות ובקצה"ח כי דלדעת הש"ך ה"ה בהך דאי פיקח הוא בכתובות פ"ד לא מהני בטוען סטראי. וא"י מה הוא שח דהא שם לא האמינו ולא פסלו וסטראי אינו נאמן אלא במגו דלהד"ם ואדרב' מבואר בסי' נ"ח מחוייב שבוע' ואינו יכול דישבע בטוען אחד פרעון סטראי ע"ש בש"ך. ומ"ש הש"ך על הב"ח שתי' דנ"מ אי אית לחד בינונית וכו' כוונת דבריו דלפמ"ש הש"ך דלא מהני האמינו כבי תרי רק כשטוען סטראי א"כ הוכחת הר"ן הוא שיכול לטעון סטראי אח"כ דאי נימא דאפילו סטראי אינו יכול לטעון אחר הפירעון והיינו שאחר הפרעון העדים נאמנים שעל חוב פרעון זה נתן א"כ ודאי דמחייב להחזיר אותו הפירעון שקיבל שנית אם בינונית בינונית בשלמא אי אמרינן דהוכחת הר"ן הוא לענין להד"ם דהעדים נאמנים אחר הפרעון ומטעם דפלגינן דיבורא לומר מלוה הן אצלו שפיר כתב הבית חדש דזה גובה וזה גובה ונפקא מינה לענין בינונית משא"כ אי נימא דנאמנים אחר הפרעון לו' שעל פרעון חוב זה נתן וכנ"ל:

י **לעולם** נראה דה"ה אם התנה שיהיה נאמן כשני עדים לעולם א"י לתבוע אותו אחר הפירעון אפילו אין טוען סטראי דהא האמינו אפי' נגד התביע' שאחר הפרעון כשני עדים וכמו שאינו יכול להשביע אחר הפרעון מהאי טעמא:

יא **ואם הביא עדים שפרעו**. עסמ"ע ס"ק י"ג עד וכתב לו שובר בכת"י במק"א ע"ש ולכאורה תימה דאם כן הא דסיים בהג"ה אא"כ פי' בהדיא דאז צריד לקיים תנאיו ועכצ"ל דאפילו שובר ככת י לא מהני והוא תמוה דמה" ת לא יועיל שובר בכת"י ועכצ"ל דהסמ"ע לשיטתו דפסק בס"ק ך"א דיכול לטעון סטראי בהאמינו כבי תרי אפילו נגד שובר כתיבת יד משא"כ בנאמנות סתם ולפ"ז יהיה הפי' בדברי הרב לפי דעת הסמ"ע כך דאם כ' בין נאמנות כבי תרי בין נאמנות סתם בדלא כ' עליו תברא כוונתו על החוב וכיון שנכתב שובר כת"י שוב א"י לו' סטראי אפילו בהימני' כבי תרי דהא לא האמינו כבי תרי רק עד שיכתוב עליו תברא וכיון שיכתב על החוב שובר כלה הנאמנות אא"כ פי' בהדיא וכו' דהיינו שפי' שיכתוב ע"ג השטר ממש דאז לא כלה הנאמנות מש"ה יכול לטעון סטראי והא דלא פי' בסמ"ע דמיירי לענין שובר בעדים דאם כן קשה בפי' בהדיא דלא מהני שובר בעדים מה"ת יהיה מועיל כשמעידין בע"פ ואמאי כתב הרב בהג"ה דאם הביא עדים מהני ודוחק לו' דלא פסל רק עדות מפי כתבם וע"כ היה כוונתו על שובר כת"י והיינו שאם לא יהיה שובר בכ"י נכתב ע"ג השטר ממש יהיה נאמן לו' סטראי מש"ה אפילו בסתם נאמנות יכול לטעון סטראי ובנאמנות כבי תרי פשיטא דיכול לטעון סטראי משום התנאי אבל אם הביא עדים שפרעו נאמן ואינו יכול לטעון סטראי וע"ז כתב הסמ"ע דזה הדין הוא רק בנאמנות סתם דנגד עדים לא נתן כלל נאמנות אבל בנאמנות כבי תרי ודאי דיכול לטעון סטראי:

יב **מהני**. עש"ך ס"ק ט"ז שכתב דלדעת הרב יכול לטעון סטראי ולפ"ז ע"כ לא פי' כדעת הסמ"ע וכמש"ל ס"ק הסמוך דלהסמ"ע ע"כ א"י לטעון סטראי וכמ"ש שם. וע"כ הכוונה שאפילו שובר בעדים לא יועיל עד שיוכתב ע"ג השטר שובר ואם כן קשה אמאי יועיל כשמבי' עדים כשאינו טוען סטראי הא פי' בהדי' שלא יועיל שובר עד שיהיה נכתב ע"ג השטר ממש וצ"ל דהש"ך ס"ל דהך ואם מביא עדים מוסב על הרישא בדלא פי' בהדיא וכן פירש התומים: ומה שדחק אותו לפרש כן דהיה קשה לו דאי קאי אהא דאם פי' בהדיא שנותן לו נאמנות עד שיוכתב השובר ע"ג השטר ממש והתם פסל כל השוברים וסתם שובר הוא בעדים והוי כפסל כל העדים א"כ אמאי כתב דאם הביא עדים דמהני הא כיון שפסל כל השוברים ה"נ פסל כל העדים אלא ודאי דהך דין שכתב הרב בהג"ה דאם מביא עדים קאי אריש בלא פי' בהדיא ולזה תמה הש"ך שפיר מה"ת לא יהיה יכול

לטעון סטראי ומה שתי' הש"ך שלא יסתרו דברי תשובת הרשב"ץ מראה כוונת דבריו בפי' השני תשובת הכוונה במה שאומר עד דיוכתב ע"ג תברא היינו על החוב ולא על השטר ממש ומש"ה בנותן נאמנות סתם דמלוה מהני שובר בעדים אבל כשאומר שלא יהיה הלוה כאן ע"כ כוונתו לפסול עדים דהא הלוה א"נ לעולם נגד שטר בלא עדים וכיון שאמר שלא יהיה הלוה נאמן עד שיוכתב עליו תברא ע"ג השטר ע"כ כוונתו לפסול עדים וע"כ השטר שכתב היינו ע"נ השטר ממש ואי כתב שובר דעלמ' הדין כמו באל תפרעני (ויש ט"ס בש"ך שם וכצ"ל אין יכול לטעון סטראי ובטל השטר לגמרי ע"ש וכו'):

יג **חרם סתם** ואף שמנהגם בכ"מ שחייב חרם סתם שמקבל חרם לנוכח כמ"ש בתומים בסי' ס"ט בכאן שפטרו בפי' בחרם אין לו רשות לכופר לקבל חרם רק שיכול בעצמו להטיל חרם סתם:

יד **הדין עם הלוה** עש"ך ס"ק כ"ה: ובקצה"ח כתב דה"ה בשובר בעדים יש להסתפק ע"ש ודברי תימא הם שאם לא הזכירו השטר בשובר רק כתבו סתם שראו פרעון ודאי דלא עדיף מאילו העידו כן בפיהם דדיניה דלא קרעינן ולא מגבינן בי' כמבואר בסי' נ"ה ואם הזכיר השטר בהשובר שכתבו שראו שפרעו לו על השטר ודאי דלא מהני תפיסה דהא כך דינו של שובר לכתוב כן כשאינן יודעים הסכום מהשטר כמבואר בסי' נ"ד ואילו היה מועיל תפיסה ודאי דלא הי' הלוה צריך לפרוע על שובר כזה דלמחר יתפוס ממנו א"ו דכשמזכירין השטר בהשובר הוי כאומר שטר לך בידי פרוע דבטל השטר לגמרי:

טו **ויוצא מתחת יד אחר** עש"ך ס"ק כ"ז ועמ"ש בסימן ס"ה בזה:

טז **אע"פ שיש בשטר נאמנות.** עש"ך ס"ק כ"ט שהביא בשם הרא"ש בתשוב' פי' ששם היה המעש' שאחר שתבע שמעון ליהודה שנתן לו נ' זהובים להוליכו לראובן על חובו ולא היה לו הרשאה עדיין מראובן ונתחכם יהודה וקיבל כח הרשא' מראובן כדי לסטור עצמו משבועה מחמת הנאמנות שיתן לב"כ וע"ז פסק הרא"ש דיהודא חייב לישבע השבועה שנתחייב קודם שבא בהרשא' אבל ראובן בודאי פטיר מלישבע שבועה שיהודא לא מסרם לו אפי' אם יהודא ג"כ יאמר שמסר המעות לראובן ועמש"ל סי' נ"ח סק"ח שהרי נתן לו נאמנות ועל זה כתב הש"ך דאפי' הי' טוען שמעון שפרע ליהוד' אחר שבאו מכחו ראובן גובה בלא שבועה פי' אין צריך לישבע שלא מסר לו יהודא מטעם שהרי נתן לו נאמנות ויהודא חייב לישבע כמ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ב פי' דשם כתב דאם טוען הלוה פרעתי לכם שחייבין לישבע וה"ה הכא ואף שהש"ך בס"ק ל"ט חולק שם אהסמ"ע היינו לענין שבועה שקודם הפרעון אבל הכא ראובן גובה חובו ויהוד' נשבע

היסת ובזה כ"ע מודו דחייב לישבע היסת דאפי' למלוה שנתן לו נאמנות יכול להשביע היסת אחר הפרעון מכ"ש ליהודא דנגד יהוד' כאחר הפרעון דמי:

יז **כפרן בדבר אחר** נסתפקתי אם נעש' חשוד שלא מחמת ממון רק מכח עבירות אחרות כגון אכל נבילות אם בטל הנאמנות ולא מצאתי גילוי לדין זה ומסברא נראה דכיון שהוחזקו לחז"ל שמחמת עבירה הזו להיות אינו נאמן אפי' בשבועה לענין ממון מכ"ש שיכול לומר לא האמנתיך על חזקה זו והא דנקט רוק' הוחזק כפרן הוא לרבותא דאפי' במקום דלא נעשה חשוד כגון במקום שי"ל אשתמוטי אפ"ה בטל הנאמנות ובכת"י שיש בו נאמנות כשנתבטל הנאמנות א"י לגבות כלל ולא שייך לומר דאין מניח שטר כזה דיכול לומר סמכתי אקלא שהוחזק כפרן ונתבטל נאמנותיך אמנם החילוף כתב הנקרא וועקסליך שלא נזכר בו שם המלוה דא"י לטעון פרעתי אף בלא נאמנות כמ"ש התומים סי' ס"ט ס"ק ה' ע"ש אפי' הוחזק כפרן וגובה בו כשלא הוחזק כפרן בממון זה:

יח **דוקא שאמר כן בשעת הלואה.** ובתומים רצה להוכיח דכתיב' הוי כמו קנין מדברי התוס' בכתובו' פ"ז שהקשו אהא דפריך התם בש"ס מי ידעה דנעשית אפוטרופסית דילמ' התנית אחר שנעשה אפוטרופסו' וכו' והקשה הוא הא אחר הנשואין הוי כאחר הלואה נגד הכתובה דלא מהני בלא קנין. ולא ידענא מאי קאמר דודאי אם הותנה כך בשעה שמסרו לידה המעות על אפוטרופסות והיא לא רצתה לקבל המעות כי אם באופן זה שלא יהא יכול להשביע אין לך שעת מתן מעות גדול מזה ומה בכך דהכתובה כבר קדמה מ"מ הא היא לא קיבלה המעות שנעשי' על אפוטרופסו' רק על אופן זה. לכן נראה דהעיקר כדעת הרב כיון דנאמנות הוי כמכשיר קרוב לעד וכאומר נאמן עלי אבא כמבואר בטור סי' כ"ב ושם נראה דדוקא קנין בעי אבל כתיב' לא מהני בלא קנין:

יט **אא"כ פירש שפטרו ממנו ומיורשיו.** עש"ך שמחלק בין כתובה דלא מהני פטור נגד יורשים כי אם בקנין ובין הלוא' דמהני בשעת הלואה. בלא קנין ובקצה"ח ב' דבנשואין הא משכחת כלל שעת הלואה ולא דק דשעת הנשואין כשעת הלואה דמי כיון שהא ניסת לו רק אדעתא דהכי וכמ"ש בתומים. ומה שהביא מדברי הריטב"א שכ' דהוי דברים הניקנים באמירה לרבותא כתב כן דאפי' שהן דברים הניקנים באמיר' מ"מ לא אעלים למיעקר השבועה שתיקנו חז"ל נגד היתומים. נסתפקתי באומר אל תפרעני אלא בעדים שא"צ שבועה להך דיעה דס"ל דאין נאמן לטעון פרעתי בפני פלוני ופלוגי ומתו אי נמי הלכו למדינת הים אי נמי אמר אל תפרעני אהא בפני פלוני ופלוני אם מהני זה נגד יורשים. ונראה דדוקא בנאמנות דבעי' לאמירה דידי' אמרי' כיון דאמירה דידיה לא חשיב לגבי יורשים לא מהני משא"כ באל תפרעני דהוי כאילו אמר שלא יהיה נאמן הלוה רק

כשיברר ובהא בירור לא יהי' נאמן וכל מה שאין אביהם יכול לטעון גם ליתמי הא טענינן וכן הדין גם במת המלו' גובין יורשי המלוה בלא שבועה מהלו' להך דיעה דס"ל דאינו נאמן לטעון פרעתי בפני פלוני ופלוני ומתו:

כ **ומקבלי מתנה ג"כ בכלל ב"כ.** עיין בטור שכתב זה הענין נאמנו' להמלוה וב"כ של המהוה דאז המקבלי מתנה של המלו' בכלל ב"כ דהיינו אם נתן השטר לאחר במתנה אין אותו האחר צריך לישבע שבועה המוטלת עליו כמבואר בסי' ס"ו סעיף ט"ז אבל ודאי לענין מקבלי מתנה של הלוה הא מהני נאמנות כמבואר לקמן דאין נאמנו' מועיל לגבי לקוחות:

כא **לגבי לקוחות.** עיין תומים שכ' אם ידוע שלא פרע אחר שלקחו רק הספק אימר פרע קודם שלקחו מהני הנאמנות דהפרעון נתבטל מחמת התנאי קודם שלקחו ע"ש. ולא הבינותי דהא מ"מ איכא למיחש חשש קנוניא דשמא פרע ואחר הלקיחה מסרו הלוה והחזיר לו השטר הקנוניא. גם מ"ש דבנאמנות כבי תרי כ"ע מודי דהלקוחו' יכולין לומר אנן אעדי' סמכינן. לא ידענא כיון דהיה קלא בשעת ההלואה שנתחייב נגדו מעכשיו וכשיאמר שלא פרע אפי' אם יכחיש עדים דאפי' אם אומר שקר מ"מ נתחייב לו עכשיו בסך זה וכשיאמר שלא פרע בוודאי היה להם ללקוחו' ליזהר ודמי להא דסס"א סעיף ז' בנתחייב לו עד סך אלף זהובים שיודה שמעון אחר זמן השטר ע"ש:

כב **מועיל נמי נגד יורשים.** עט"ז שהקשה דילמא לא האמין אלא בפניו שלא יעיז כמ"ש בסמ"ע סעיף כ' ע"ש. ואין לתרץ דמ"מ כיון שאינו חושש להניח שטר כזה בידו שסומך על הנאמנות אין לו שוב דין שטר כלל ואפילו בשטר שאינו יכול לגבות מלקוחות ס"ל להרבה פוסקים דאין לו דין שטר מכ"ש בזה דהא בשטר זה אינו גובה מהלקוחות דמ"מ קשה לדעת היש מי שאומר דסעיף כ"ב דס"ל במת הלוה דגובה מיורשים אלמא דיש לו דין שטר. ותירוץ הט"ז הוא דחוק מאוד. לכן נראה דהא נאמנות דימו הפוסקים לנאמן עלי אבא כמבואר בטור סי' כ"ב והוי כמכשיר קרוב להיות עד ובנאמן עלי אבא ודאי אפילו במת הלוה נאמן גם נגד היורשים דיש לו כל דין עדים ולא אמרינן סברא זו דלא האמין רק בפניו וה"נ דכוותי'. ונראה דמשום טעם זה אפי' תוך זמנו אינו גובה ולא אמרי' דלא הימני' רק לבטולי שטר ולא גרע ממלוה ע"פ תוך זמנו דגובה אלא ודאי דנאמנות הוי כמכשיר קרוב לעד וכמו בנאמן עלי אבא דודאי פטור אפילו תוך זמנו ומש"ה מחייב הרא"ש כשמת המלוה דהוא לא הכשיר רק הלוה להיות עד וכשמת אין כאן עדים והוי כשאר שטר והא דלא מהני נגד יורשי הלוה נאמנות המלוה הוא מטעם אחר דהא הרבה פוסקים ס"ל כאבא שאול דאמר מה אעשה שהרי אמרו הבא ליפרע

מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ואפי' פטרו בפירוש מטעם דלא אלים הפטור שלו לעקור תקנות חכמים מש"ה אף הפוסקים דפליגי וס"ל דמהני פטור בפי' מכל מקום בסתם מודה דודאי לא היה דעתו בנאמנות לעקור תקנות חכמים רק שבטליה לטענותיה דידיה מפני נאמנותו כמפני עדים אבל לא השבוע' שתקנו חכמים ושבועה שלא בפניו ושבועה נגד היורשים גבי הדדי תניא במתני' ומהאי טעמא נראה דמודה במקצת פטור משבועה דאורייתא שדחק עצמו הש"ך בס"ק י"ט. ולפמ"ש אתי שפיר דבנאמנות יש לו ממש דין עדים כמו בנאמן עלי אבא דודאי פטור משבועה דאורייתא והא דחייב שבועת היסת הוא מטעם דהוי מיגו בענין הנאמנות עצמו וכמ"ש בס"ק א' ע"ש. אבל שבועה דאורייתא אין יכולין לחייבו מכח מיגו כמ"ש הש"ך בסימן רצ"ו לענין החזרתי במיגו דנאנסו ע"ש ומלוה שהאמין ללוה בהלואה ע"פ ודאי דפטור אף מש"ה דאי לא למאי הימני'. ומה שהקשה בתומים דמ"ש בנאמן עלי אבא דא"י להשביעו אחר הפרעון ובנאמנות משביעו אחר הפרעון. נראה דשם מיירי שאמר נאמן עלי אבא אחר שנפלו טענות ביניהם והוי כקיבלו עליהם כך את הדין כמ"ש התוס' בב"מ דע"ד והוי כאילו אמר שיהיה לו דין עדים בכל דין זה אבל כאן שאמר נאמנות עלי כל אימת דאמר לא פרע אז כשלא אמר תיבת לעולם הוי כאילו פי' שלא יהיה לו נאמנות רק נגד טענות פרעון ולא נגד כשיתבע ממנו הלואה שאחר הפרעון הד כתובעו בהלואה:

כג **כיון שהאמין** עש"ך ס"ק י"ג עד החצי בשביעית ע"ש פי' שישבע שלא נתן לו חבירו חלקו וע' עוד בס"ק שאחר זה מה שכתבתי:

כד **לאו כל כמיניה**. עש"ך ס"ק נ"ד מ"ש בשם הראב"ד דאם מברר שפרע לחבירו מהני. ולכאורה קשה דמה הפרש יש בין שמברר או שחבירו מודה ונראה דס"ל קודם שנפל ההכחשה ביניהם הרשות בידו לפרוע לכל אחד חלקו כיון שכתבו בשטר לפלוני ולפלוני אף שהאמין למוציא השטר. דכיון שלא הודיעו שהוא שלו לבדו הוי כנתן לו רשות לפרוע גם לחבירו אבל לאחר שנפל ההכחש' ביניהם ומוציא השטר טוען שכולו שלו שוב א"י לפרוע רק למוציא השטר כיון שהאמין למוציא השטר וחבירו ידע מזה שכתב כן ומסר לידו השטר הוי כמודה שהכל שלו של מוציא השטר רק שללוה יש רשות לפרוע לחבירו החצי קודם שהודיעו שהוא של המוציא שטר וכשטוען עכשיו שפרע קודם שנפל ההכחשה ביניהם אינו נאמן אם לא שמברר בעדים וע"ז פליג הש"ך וסבירא ליה דכיון שכתוב בשטר והאמין למוציא השטר אין לו רשות לפרוע עד שידע מי הוא המוציא השטר לכן אפילו מברר שפרע לחבירו צריך לפרוע למוציא השטר הכל דפרעון לחבירו לא חשיב פרעון. ומ"ש המחבר בסיפא ואם היו שותפין בחוב פי' שידוע שהחוב

הוא של שניהם ואז אין הדין רק על החצי משא"כ בריש' הדין על כל דמי החוב וכמ"ש הש"ך בס"ק נ"ה. אך קשה דמה דקמ"ל הדין בהא דואם היו שותפין בחוב דודאי כשאין הדין רק על החצי אינו חייב רק בחציו וגם אינו מובן בכל הסעיף טענותייהו במאי וגם קשה להבין טעם דינים אלו ומאין הוציא זה וגם ענין שבועה שכתב הש"ך בסי' נ"ג קשה להבין לכן נראה דהש"ך ס"ל דכשכתב והאמין למוציא השטר הוי כאלו נשתעבד רק למוציא השטר ומוציא השטר הוא בעל השטר ונאמן מוציא השטר לטעון על המעות שבשטר שהוא שלו ולא נכתב בו בשם האחר רק לפנחיא בעלמא וממילא פרעון של השני לא חשיב פרעון כלל ונראה דה"ה אם מודה מוציא השטר שבתחל' ההלואה הי' המעות של שניהם רק שאח"כ לקח ממנו השט"ח נאמן והטעם דהא שטר נקנה במסיר' בלא כתיבה כמ"ש בש"ך סי' פ"ו ס"ק י"ח ואף שצידד שם דבעי כומ"ס עמש"ל בביאורים ובתומים ועיין בתשוב' רמ"א דא"י למחול ואף דשותפין דשמטי מהדדי לא מהימני בדבר שבידם לטעון לקוח מ"מ הכא כיון דמהימן לומר כל המעות היה שלו מתחיל' רק שהוא מודה שמתחילה היה של שותפות רק שלקחו אח"כ נאמן דהוי כדבר שא"י שהוא של שותפות דנאמן לטעון לקוח כמבואר לקמן סי' קע"ט ע"ש וכיון שנאמן נגד המלוה השני שהוא כולו שלו נאמן גם נגד הלו' לענין שהפרעון שפרע לחבירו לא השיב פרעון ולא דמי להא דסי' נ' בשטר שנכתב לכל המוציאו דמהני שובר מכל אדם ע"ש כבר כתבתי שם דצריך דוקא לברר שבשעת כתיבת השובר היה השטר ביד הכותב שובר מש"ה לא מהני הכא מה שפרע ואפשר דמהאי טעמא הוא דחשבינן מה שכתב בשטר והאמין למוציא השטר דהוי כאילו נשתעבד רק למוצי' השטר אף דנאמנות לא הוי רק לענין שיהי' נאמן לומר לא נפרעתי דיש לומר שזה ג"כ הוי בכלל הנאמנות דכשאומר שהשטר הוא כולו שלו והפרעון של חבירו לא חשיב פרעון. ולפ"ז כשאומר שהשטר שלו הוי כאילו אומר לא נפרע שטר זה במה שפרע לחבירו משא"כ כשלא כתוב בשטר והאמין למוצי' השטר רק כתוב בו סתם לפלוני ולפלוני הוי כאילו נכתב בו שהמעות הוא של שניהם ואינו נאמן מוצי' השטר לטעון לא טענות שהמעות הי' שלו מתחלה ולא טענות לקוח כמו שאינו נאמן לטעון לקוח בשטר שנכתב על שם האחר כמבואר בסי' ס"ו ומהני טענות פרעון לחבירו על המחצה כיון דהמחצ' ודאי של חבירו כיון דאינו נאמן המוצי' לטעון שכולו שלו ועל המחצה השני צריך שבועה כיון שחבירו מודה שנפרע כולו ושמא חשוב פרעון דאימר ברשותו קבל או שלקח ממנו החוב ולכך צריך שבועה משא"כ כשיש בו נאמנות נאמן כשאומר על החצי שלו שלא חשיב פרעון כמו באומר אל תפרעני ומסיים שפיר בש"ע אבל אם היו שותפין וכו' דהיינו שידוע בעדים שמתחילה

הי' המעות של שניהם והיו שותפין בהחוב ממיל' דשוב אינו נאמן אפי' לטעון לקוח כמבואר בב"ק ע"ט דבדבר הידוע שהוא של שותפו' אינו נאמן לטעון לקוח ומש"ה החצי שפרע לחבירו חשיב פרעון ואין הדין רק על החצי:

סימן עב

א **כמו ריבית.** עסמ"ע ס"ק א' שכתב דריבית ממש ליתא אלא בדבר שגוף ההלואה נתרבה שהלוה לו דינר ומחזיר לו דינר ופרוטה והקשה התומים דהא הלויני ודר בחצירי הוי ר"ק כמבואר בי"ד סי' קס"ו ונראה שכוונתו דדוק' שנתרבה חוב על הלוה כגון שקצץ עמו ליתן לו דינר ופרוטה שאילולי איסור ריבית נתרבה על הלוה חוב פרוטה דנתחייב לו בפרוטה יותר וכן כשאמר לו הלויני ודר בחצירי שנתרב' על הלו' חוב להניחו לידור בחצירו משא"כ הכא שלא קצץ עמו דלא נתרב' שום חוב על הלו' ומעצמו השתמש במשכונו והלו' יכול למחות בו לא הוי ריבית דאוריית' א"נ כוונתו בדבר דלא קיימ' לאגר' הוי כלא נתרבה על הלו' שום דבר כיון שאין ללוה הפסד אפילו ש"פ עוד כתב בסמ"ע דאם עבר ונשתמש דפטור מלשלם כמו בקרקע וכו'. ובתומים תמה דבמטלטלין כיון דנפחתין בתשמיש דמי להא דמבואר בסי' שס"ג סעיף ז' דאם נפחת אפי' דבר מועט דחייב לשלם כל הנאתו וכיון דחייב לשלם אפי' בלא הלואה מכ"ש בהלואה כמבואר ביו"ד. ואשתמיטתיה הא דמבואר בסי' שס"ג סעיף ה' דאדרב' במטלטלין כיון שנגזלין אם נטל' ע"ד שאלה שלא מדעת אם אין עשוין לשכר א"צ לשלם רק הפחת ודוקא בקרקע שאינה נגזלת שייך הדין המבואר בסי' שס"ג סעיף ז' ולא במטלטלין ע"ש. ומ"ש עוד הסמ"ע דבהלו' עליו כיון שאחריות ההלוא' עליו דשרי טפי. וכתב דבחילוק זה צריכין לחלק בין מ"ש הטור בשם הרא"ש בסי' קס"ו למ"ש בסי' קע"ב בשמו. וכוונתו דבסי' קס"ו כ' בשמו בהלווהו ודר בחצירו דמנכין לו השכירות מחובו ובסי' קע"ב כתב דלא מסלקינן לי' בלא זוזי וע"כ צריך לחלק דבהלו' עליו שאחריות הלואתו עליו שאני. והדברים תמוהין דהמשכנות דבית אין אחריות ההלוא' עליו כלל דאם ישרוף או יפול יגבה משאר נכסים כמבואר בח"מ. והעיקר הטעם דבמשכונ' כיון שהוא ברשות המלו' כשמנכינן לי' הוי כמוציאין ממנו בדיינים. ואולי כוונתו דגם במ"ש הטור בשם הרא"ש צריך לחלק בין כשהלו' עליו או לא ולא מטעם הראשון רק מטעם שכתבתי ולא הביא זה רק לדמיון בעלמ':

ב **משום חשדא** עסמ"ע ס"ק ג' דיחשדו אותו שמשמש בהם בלא נכיית' וכו' לכאור' קשה דהא הטור למד דין זה מהא דגבאים אין פורטין לעצמן ושם החשד שיחשדו אותו

שפורט בזול לעצמו. ונראה דש"ה שהוא ממון שאין לו תובעין ויחשדו אותו שלקח לעצמו בזול משא"כ הכא שיש לו תובעין א"א לחשדו בכך דאם יודע למלוה שהשתמש בו יתבע אותו דמי שוויו לזה כתב דיחשדוהו שמשתמש בו בלא נכייתא ולא יודיע למלוה כלל:

ג **אם הותנ'**. עש"ך ס"קד עד דא"כ הוי שוכר והוי ש"ש לכ"ע וכו' איכא מאן דידע שהוא ממושכן ולא ידע שהותנ' עמו עכ"ד. והוא תמוה דודאי בהתנ' אפי' במטלטלין בנכייתא מותר לכ"ע כמו במשכון שדה בנכיית' כמבואר בי"ד וכן תמה בתומים. והטעם נ"ל דלא חיישינן לחשד דכשיחקרו ידעו האמת שהותנ' כמ"ש הט"ז והמ"א בא"ח סי' רמ"ג וסי' רמ"ד רק במשכונו של עני שעוש' כן מעצמו דכשיחקרו ידעו שלא היה בידיע' הלוה יחשדוהו ועיקר מה שצריך ללמוד מרש"י פ' האומנין היינו כשהתנ' עם העני שרשות לו להשכיר המשכון הן לעצמו הן לאחרים ולקבל שכירות ולנכות מחובו דאז אפשר למחשדי' שלא יודיע ללוה מהשימוש שמשתמש בו משא"כ בהתנה בנכיית' ליתן לשנה כך וכך דאף אם לא ישתמש בו חייב לנכות מחובו שיעור הנכיית' שהתנ' וליכא למיחשדי' שלא יודיע להלו' משא"כ בתנאי הנ"ל איכא למיחשדי' שאינו מודיע להלו' מהשימוש ואפ"ה מותר ולומד דין זה מפ' האומנין במלו' צריך למשכון דמיירי ע"כ בהתנה כה"ג דלא הוי שוכר קודם שנשתמש בו דאי בהתנ' בנכיית' שוכר גמור הוא והוי ש"ש לכ"ע כמ"ש הש"ך ועקצה"ח ס"ק א' דהוכיח מדברי תוס' דאפי' התנ' שלא בש"ה מותר להשתמש דבש"ס מוקי לפלוגת' דר"א ור"ע במלו' שצריך למשכון ובסיפ' קתני אבל הלוה בשטר ופי' תוס' דהיינו שלא בש"ה אלמא בהתנ' מותר להשתמש אפי' שלא בש"ה ולפ"ד דאין כוונתו רק אם התנ' שלא בשעת הנחת המשכון דאז איכא חשד הרוא' דלא התנה בשעת הנחת המשכון ועכשיו משתמש ואיכ' חשד משא"כ כשהתנ' בשעת נתינת המשכון אף שלא היה בש"ה נמי מותר דליכ' חשד דרא' וידע שהוא משכון ג"כ ידע שהתנ':

ד **שולח יד**. עסמ"ע ס"ק ה' עד דמיירי כשהתנ' עמו. ועש"ך ס"ק ו' שתמה ע"ז דהא התנה גרע ע"ש. ונראה דכוונ' דברי הסמ"ע דהקושיא שלו לא הי' רק אמאי לא הביא כאן דברי הי"א שהבי' שם דאפי' לכתחיל' מותר ולא הביא כאן רק דיעה של ראב"י. לזה תי' דבהתנ' דהאיסור אינו רק משום ריבית דמשכנת' בלא נכייתא הוא רק איסור דרבנן מותר להי"א דבמקום מצוה מותר ריבית דרבנן כמו במעות יתומים אבל כאן מיירי בלא התנה דאיכ' משום איסור גזל אפי' במקום מצוה אסור (ובש"ך סק"ז יש טעות סופר וכצ"ל אבל עכשיו תמהני ע"כ עכ"ל כו'):

ה **בין שמשכנו שלא בשע' הלוא'**. עש"ך סק"ט שהאריך לתרץ קושי' התוס' שהקשו אהא דאמר בש"ס פ' האומנין אימר דאמר ר"י שלא בש"ה וכו' מהא דגיטין בשמיט'. וכן בפסחים בחמץ ובקידושין דמוכח מכל הני דשייך הא דר"י אפי' בשעת הלוא'. וגם האריך להוכיח כרש"י דחייב אפי' באונסין והדוחק בכל מ"ש מבואר למעיין. וגם הוא היפך כל פסקי הש"ע בא"ח הל' חמץ ובאה"ע גבי קידושין וגם הוא נגד כל הראשונים והאחרונים. והדרך ששיירתי לעצמי להשוות המחלוק' הפוסקים כי מה שמשמע מדברי הש"ך דבמשכנו שלא בש"ה יש לו קנין בגוף החפץ והוא שלו לגמרי אינ' נלפענ"ד כלל כי לענין מה הוא שלו כיון שא"י למוכרו כמבואר בסי' צ"ו סעיף ד"ב וגם א"י להשתמש בו כמ"ש הש"ך בתי' השני וא"כ לאיזה דבר הוא שלו ולא מצינו דבר שא"י למכרו ולא להשתמש בו שיהי' נקרא שלו ואין השכל הולמתו. לכן נרא' דעיקר הקנין שיש לו במשכון הוא לענין שני דברים דהנ' רש"י בפסחים ל"א כ' במשנ' דנכרי שהלוה ישראל וז"ל לקמן בש"ס מוקי לה כשהרהינו אצלו דכיון דמטא זמני' ולא פרעי' ומחוסר גובייני' נמי לא הוי שהרי אצלו נתנן אנלאי מילתא למפרע דבשע' שהרהינו אצלו הוי דידי' עכ"ל. ובש"ס התם אמרינן דקני ליה לגמרי מדר"י אלמא דעיקר קנין משכון מדר"י היינו דקני ליה להיות למפרע גובה וממילא אי אקדיש מלו' וזבין מלוה וגבאו לבסוף הוא מוקדש ומכור כדאמר התם לאביי וזה הוי קנין גמור שהשכל הולמתו ומזה נצמח גם כן קנין הב' שיש לו במשכון שבמשיכת משכון יכול למכור גוף החוב לאחרים אף דשאר מכירת חובות הוא רק מדרבנן כמבואר בסי' ס"ו. והטעם לזה דהא התוס' בב"ב ע"ז הקשו דליקני' שיעבוד הקרקע בכסף ובשטר ובחזק' כמו שמקנ' גוף הקרקע. ותירצו כיון דמכאן ולהבא הוא גובה הוי כדבר שאינו ברשותו. ולפ"ז במשכון דלמפרע גובה ממילא יכול למכור השיעבוד במשיכת המשכון כמו שיכול למכור גוף החפץ במשיכ'. ואפי' אם נאמ' דשיעבוד הקרקע אינו יכול למכור בכסף אפי' לאביי דאמר למפרע הוא גובה כשאינו גובה לבסוף היינו מטעם שאין השדה המשועבד ידוע ואפשר יסלקו בדברים אחרים משא"כ במשכון גילה רחמנא שקונה אותו לשיעבודו עד שיכול למכור השיעבוד במשיכת המשכון וממילא הוא ג"כ למפרע גובה במשכון כיון דבמשכון שיעבוד' דאוריית' ואלים שיעבודי'. ועיין פ"י פסחים שם דבהא תליא הא דלמפרע גובה ואלו השני קניינים תלויין זה בזה. ובזה י"ל קושית התוס' דודאי כיון דגלי לן רחמנא דקונ' משכון מה"ת לחלק בין שעת הלוא' לשלא בשעת הלוא' כמ"ש הש"ך וא"ש בהאי דחמץ בפסחים ל"א כיון דבמשכון למפרע הוא גובה הוי כמו לאביי דניח' התם מתניתין אליבי' וכן בקידושין כיון דיש לו קנין במשכון שיכול למכור החוב במשיכ' המשכון

ממילא כשמוסר המשכון להאש' ודאי דנתקדש' בו כיון שקנת' החוב דהא אפי' בשט"ח דאחרים כשמקנ' לה בכומ"ס מקודש' כיון דקנת' החוב ואם כן ה"נ כיון שנקנ' לה החוב במשיכ' המשכון מקודש' ומאן דס"ל באה"ע דאינ' מקודש' במשכון בשעת הלוא' אף דיכול להקנות החוב לכ"ע צ"ל או דמיירי במקדש' בגוף החפץ. אי נמי והוא העיקר דס"ל כמ"ש בסי' ס"ד דא"י למכור המשכון שיהי' קונה יכול לגבו' בו אפי' מהמשכון דהא אף במשכון אין לו רק שיעבוד נכסים וצריך לתבוע גופו של לוה תחל' ושיעבוד הגוף א"י למכור אף במשיכ' המשכון ויכול למחול שעבוד הגוף וא"י למכור במשיכ' המשכון רק שיהי' הלוקח יכול לתפוס בהמשכון עד שיחזיר לו ההלוא' דלענין זה יש לו קנין גמור במשכון כמו שהארכתי בזה בסי' ס"ו. ולא חשיב זה נתינ' להאש' כיון שא"י לתבוע ולא לגבות לעולם ממון שלה כנ"ל בדעת הי"א דס"ל דאינה מקודשת. והנך דס"ל מקודש' משום דמ"מ קנתה המשכון לעניין זה הוי שוה כסף וכן בשמיט' כיון דיש לו קנין שיעבוד בהמשכון מיקרי של אחיך בידך ולא אמר בפ' האומנין דלא אמר ר"י רק שלא בש"ה רק לענין אחריות וכמ"ש הפ"י שם ולענין אחריות שפיר קאמר דל"ש הא דר"י רק שלא בשע' הלוא' דלענין אחריות מן הסבר' לא שייך כלל הא דר"י דאטו משום שקנו לו השיעבוד נכסיו במשכון מתחייב באחריות המשכון הא שיעבוד נכסים אינו רק כערב ויכול לתבוע גופו של לוה תחלה לשלם לו מעות אף אם יש בידו משכון וא"כ כשנאנס המשכון לרש"י במה פקע שיעבוד גופו אבל שלא בש"ה שפיר מהני הקנין לענין אחריות דהא מבואר בסי' צ' דא"י למכרו לעולם אפי' ע"י ב"ד רק כשמחזיר המשכון מקודם לגמרי וקודם לכן א"י לגבות לעולם ולא לתבוע לעולם כדמוכח בבעה"ת שער מ"ט ועיין בבעה"ת שם דבמקום שא"י למכרו לעולם דהוי כאפותיקי מפורש ואי שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים וכן מסתבר דהא אין לו שיעבוד הגוף כלל כשאין מחזיר המשכון והוא מטעם שקונ' המשכון ומחוייב לעשות צדקה בו משא"כ בשעת הלוא' דיכול לתבוע חובו ולמכור המשכון אפי' כשהמשכון בידו לא הוי רק כאפותיקי סתם כמבואר בסי' קי"ז ל"מ בקנין לענין אחריות ושפיר קאמר התם אימר דאמר ר"י שלא בשעת הלוא' והנ' הבעה"ת שם הוכיח דהא דקיי"ל דאינו מוכר לעולם במשכון שלא בשעת הלוא' היינו דוקא בכר ומחריש' דצריך להחזיר אבל לא בשאר המשכונות דאלת"ה א"כ קשה הא דקיי"ל דלא הוי רק שומר שכר במשכון הא כיון דאינו יכול למוכרו לעולם הוי כאפותיקי מפורש ואפי' באונסין חייב ע"ש. ולפ"ז בטלה המחלוק' דרש"י מיירי בדברים שחייב להחזיר' משום צדקה כגון בכר ומחריש' ושפיר כתב דאף לענין אונסין הוא באחריות שלו. והפוסקים מיירי בוודאי משאר דברים ושפיר כתבו

דלא הוי רק שומר שכר דבדברים הצריכים להחזיר הא כתב בבעה"ת בפשיטות שחייב באונסין. ובשעת הלוא' או בדברים שאין צריך להחזיר לא הוי רק כש"ש לכ"ע מטעם שכתבו התוס' בהאי הנא' שיכול לקדש האשה ועוד אפשר ליתן טעם דהוי ש"ש כיון דלמפרע הוא גובה ואי אקדיש מלו' וזבין מלו' מוקדש ומכור ואפשר שיהי' שלו לגמרי מעכשיו דמי להא דמבואר בסי' קפ"ו דהוי ש"ש. אך הא קשה דאמר אימר דאמר ר"י שלא בשע' הלוא' אף לענין ש"ש כיון דפסק באה"ע דיכול לקדש בו את האשה אפי' במשכנו ב"ח א"כ אין שום סברא לחלק בין ב"ה לשלא ב"ה. ואפשר דב"ה לא הוי הנא' כיון דכמו כן הי' יכול לקדש במעותיו כמ"ש התוס'. ותי' השני שכתבו התוס' דמהני המשכון שיכול לעשות בו קנין חליפין לא ס"ל דאטו גברא ערטילאי הוא דלי' לי' סודר ולרש"י אתי' שפיר בפשיטות דס"ל דכל שמקבל לגוביינא הוי ש"ש רק דר"א ס"ל דלזכרון נקטי' ולפ"ז אתי שפיר דשם אמר דכ"ע לית ליה דשמואל. והיינו דכ"ע סוברין דלזכרון נקטי' רק דפליגי בדר"י וע"ז מקשה שפיר בשעת הלואה מי אמר כיון דלזכרון נקטי' ודאי דלא שייך קניית משכון אבל לשמואל דלגוביינא נקטיה אין לחלק בין שעת הלוא' לשלא בש"ה ועוד אפשר לומר דסברת הש"ס לחלק בין ש"ה לשלא בשע"ה הוא מטעם דהנ"י בפ"ק דב"מ כתב וז"ל דמשכנו שלא בשע"ה קני ליה לגובייני' דב"ד ובמשכנו בשע"ה קני ליה בכסף מעות דמי הלואתו. ולפ"ז שפיר יש לחלק דשלא בשע"ה דקני לי' בגובייני' דב"ד ונהנ' במה שנמסר המשכון לידו דא"א להב"ד להקנות כי אם כשמוסרין לידו והנא' זו שקונ' אותו בשעה שבא לידו שיכול לקדש בו את האשה נחשב כפרוטה בתחיל' שמיר' משא"כ בשעת הלואה דאינו קונה במשיכ' רק במעות ואפי' אם המשכון תח"י הלוה יכול להקנות המשכון לאחר בחליפין ואין לו הנאה במה שבא המשכון לידו לא נעשה ש"ש:

ו **אחר שהלוהו.** עש"ך ס"ק ט' בד"ה מיהו נראה לפענ"ד וז"ל דכ"ז במשכנו שלא בשעת הלואה ברשות עפ"י ב"ד או מדעת הלוה וכו' וכן מבואר בסי' צ"ו דאחד הממשכן חבירו או שמשכנו בזרוע או מדעת הלוה אם איש עני הוא וכו'. ובמשנה למלך בפ"י מהל' שכירות כתב דדוקא במשכנו ע"פ ב"ד הוי משכנו שלא בש"ה. לכן נראה לפענ"ד דדוקא במקום שהיה יכול למשכנו עפ"י ב"ד דהיינו באופן המבואר בסי' צ"ו שאין לו מה לשלם או שהגיע הזמ"פ והלו' דוחה אותו דאז יש רשות להב"ד למשכנו מש"ה אפי' משכנו המלו' בזרוע הוי כאילו עביד דינא לנפשי' וכן כשמשכנו הלוה מדעתו הוי כאילו הגביהו לו ב"ד מדעתו בחובו כמ"ש הש"ך שם בד"ה וגם בהך דפ' השולח אבל בזמן שאין רשות לב"ד למשכנו כגון שהוא קודם זמן והוא בטוח ומשכנו הלוה מדעתו ודאי דשוה דינו

למשכנו בש"ה ולא ע"ז קאי ולך תהיה צדקה. תדע דהא בסי' צ' מבואר ג"כ דאפי' משכנו המלוה בזרוע ע"ש. דבמשכנו בזמן שאין רשות לב"ד למשכנו בוודאי דלא קאי עליו הקרא ולך תהיה צדקה ולא קנה המשכון דהא יכול להוציא ממנו המשכון אפי' בדיינים כיון שהלוה לו על סמך שלא ליתן לו משכון וסמך על הימנותי' בלא משכון ובאיז' צד יכוף אותו ליתן משכון ובודאי דא"י לתפוס ממנו בזרוע וע"כ דמיירי המחבר שם דוקא בזמן שיש רשות להב"ד למשכנו דאז אפי' תפסו בזרוע קנה המשכון דהוי כעביד דינא לנפשי' וא"כ גם מ"ש שם דאפי' משכנו הלוה מדעתו מיירי ג"כ בהכי בזמן שיש רשות להב"ד למשכנו. ובזה נסתלק מה שהקשה בסקצה"ח גם מה שהקשה שם דאמאי הוי ש"ש בההיא הנאה שיכול לקדש בו את האישה כיון דקני לי' ובשלו הוא מקדש הוי כלוקח לשלשים יום. לק"מ דלא קני המשכון רק לשיעבוד' וגופו של החפץ הוא שלו רק שגילה רחמנא שבמשיכת החפץ אף שגופו הוא של הלוה מ"מ נקנה החוב כמ"ש הפ"י בגיטין דף ל"ז בתו' ד"ה שאני משכון וע' בריטב"א בקידושין דף ח' בד"ה א"י א"ר דאין לו במשכון רק קנין שיעבוד הוי נהנה מגופו של החפץ שהוא של הלוה במה שיכול להמשיכו להקנו' בזה החוב שלו לאחר וכיון שנהנה הוא בגופו של החפץ שהוא של הלוה נעשה ש"ש עליו. גם מ"ש שם להוכיח מדברי הה"מ דתופס שלא ברשות לאו משום גזלן הוא. לא ראה סוף דברי הה"מ שהוכיח מהא דמכות דעובר בזה משום לאו דגזילה גם מה שחילק לענין אונסין בנטל שלא ברשות בין נגד חובו ליותר לא מיסתבר:

ז **הרי זה ש"ש.** עש"ך סק"י עד וכן מוכח בט"ו לקמן סעיף מ"ג וכו' והנה בסעיף מ"ג חילק בין תוך הזמן שקבע לו לבוא ליטול המשכון ובין אחר הזמן שקבע. וכ' הסמ"ע ובש"ך שם הטעם כיון דהטעם הוא משום שיטוח וניעור לכן תוך הזמן חייב בניעור והוי ש"ש משום פרוט' דר"י משא"כ אחר הזמן שקבע הוי כשאר פקדון שאין הנפקד חייב לנערו כיון שברשות המפקיד לבוא ליקח ולנערו וה"נ דכוותי' והנה הש"ך משוה טעם הדשב"א שכ' בפרוט' דר"י הוא משום דנפטר מהפרוט' בשעת הלוא' והטעם שכ' הרא"ש דפרוטי דר"י הוא בשעת שיטוח וניעו' מוכח מדבריו דגם לטעם הרשב"א יש חילוק בין קודם הזמן שקבע לאחר הזמן והטעם לזה נרא' דאח' הזמן הוי כש"ש שכלה זמן שכירתו שאינו אלא ש"ח דכשיקבל המשכון לא הי' דעתו לשמרו רק עד כלות ההלוא' וכשקבע לו זמן הוי כאומר איני שומר עוד יותר בשכר זה ובתומים דעתו לחלק בין טעם הרשב"א לטעם שכ' הרא"ש ולפענ"ד נראה כמ"ש: עוד כ' בתומים נפקות' בין טעם הרשב"א לטעם הרא"ש והוא דאם נתן ללוה רשות שכל אימת שירצ' לשטחו ולנערו יבא ויקחנו לביתו דלהרא"ש ליכא פריט' דר"י ולהרשב"א איתא ולפענ"ד נראה דאין שום חילוק כלל בדין

בין הרשב"א להרא"ש דהא לכאור' קשה לדעת הרא"ש דפרוט' דר"י הוא בשעת שיטוח וניעור ומחלק בפקדון כיון דיכול בעצמו ליקח ולנערו משא"כ במשכון א"כ קשה במלו' צריך למשכון דלא הוי רק ש"ח לר"א משום דלאו מצוה קעביד בהלוא' מ"מ לא יהא אלא פקדון בעלמא הא כיון שאין המלו' מניחו ליטול לביתו לשטחו הוי שומר שכר משום שיטוח וניעור. וכן קשה מאומן שאומר גמרתיו דהוי ש"ח כיון דתפיס לי' אאגרא ואינו מניח להבעה"ב ליטול לשטחו ולנערו וכן בפקדון כשהמפקיד אינו במדינ' דחייב בשיטוח וניעור כמבואר בהלכות פקדון ולא הוי רק ש"ח. לכן נראה בכוונת דברי הרא"ש דדוקא במלו' על המשכון שעשה מצוה בהלו' על המשכון והכניס עצמו בחנם בחיוב שיטוח וניעו' ע"פ הכרח מצות רחמנא מש"ה פטור מפרוט' דר"י בשעת שיטוח וניעור. משא"כ בפקדון שהמפקיד בעצמו יכול לשטחו ולנערו ומה שהנפקד חייב את עצמו בשיטוח וניעור לאו משום מצות רחמנא הוא דרחמנא למפקדי' בכך לקבל פקדונות שיחייב בשיטוח וניעור כשלא יהי' המפקיד במדינ' וכן באומן משום הנא' עצמו חייב עצמו בשיטוח וניעור וכיון שהשיטוח והניעור שעושה לא נצמח ע"פ הכרח מצות רחמנא לא מיפטר מפרוט' דר"י ומש"ה במלוה על המשכון אף שיתן לו רשות ליקח לביתו לשטח' הוי ש"ש כיון דאפשר שיפטר מפרוט' דר"י כשלא יהיה הלוה במדינ' אי נמי בשעה שעוסק בשמיר' המשכון וכן במומר בשעת הלוא' וחזר כיון שלא הכניס עצמו בחיוב שיטוח וניעור ע"פ מצוה דרחמנא לא הוי ש"ש אם לא שהרחיב לו הזמן אחר שחזר וזהו כוונת הרא"ש שכ' דבפקדון המפקיד בעצמו יכול לעשותו פי' וא"כ הנפסד הכניס עצמו בחיוב זה שלא בגזרת רחמנא משא"כ במשכון שהלוה הוכרח לתת משכון לביתו של המלוה וממילא המלו' נתחייב בשיטוח וניעור עפ"י גזירת רחמנא. אח"כ מצאתי בריטב"א הביאו התומים שכ' ג"כ דכל שאין תחילתו מצוה לא שייך ג"כ מצוה בשיטוח וניעור רק שכ' טעם אחר דהוי כאילו הותנ' ועיין בתומים מה שהקשה על טעם שלו ולפענ"ד נראה דהטעם שכתבתי הוא מיסתבר וכן עיקר. עוד הביא הש"ך בשם מהרשד"ם שהקש' על הא דרשב"א מהא דאומן שאמר טול שלך וכו' ולכאור' תמוה דהא במשכון ג"כ הדין כך כשאומר טול שלך ולא קבע זמן הוי ש"ח כמבואר בסעיף מ"ג ונראה דהרשד"ם לישנא קטיעה נקט ועיקר קושייתו מאומן שאמר גמרתי דהוי ש"ח אף דתפס ליה אאגרא ואינו רוצה ליתן לו וא"כ מכ"ש כשכבר פרע ואינו נותן לו מחמת שאין לו פנאי וגם הסברא נותנת כך דכיון שכלה הזמן ונעשה ש"ח מה"ת ליהוי ש"ש מחמת שאינו רוצה ליתן לו והוי רק גורם. וע"ז תי' הש"ך דבאומן כיון דלא הוי ש"ש רק משום דתפיס ליה אזוזי וכו'. ולכאורה תמוה דהא אומן הוי ש"ש מטעם הנאה שיש לו

בשכר מלאכתו כמבואר בסי' ש"ו. נראה כוונת הש"ך דאומן אחר שנגמר מלאכתו אף שאמר הבא מעות וטול שלך לא הוי ש"ש רק משום שגילה בדעתו שתפיס ליה אזוזי כמבואר בב"מ ובסי' ש"ו אלמא דאחר שגמרו הוי ככל' זמנו רק משום שגילה בדעתו שתפיס אזוזי הוי ש"ש ומש"ה כשלא גילה דעתו הוי ש"ח כדין שומר שכר שכל' זמנו משא"כ במשכון משום פרוטה דר"י הוי כשומר שכר כ"ז היותו אצלו הוי כש"ש שלא כלה זמנו כנ"ל בכוונת הש"ך. ובספר קצה"ח לא הבין כן ולכן הקשה ע"ש:

ח **שומר שכר**. עש"ך ס"ק י"א דאפי' מלוה צריך למשכון מצוה קעביד והוי ש"ש וכו' ונראה דדוקא בלא התנה דאז משלם כל שכרו הוי מצוה אבל אם התנה בנכייתא שאינו נותן רק דבר מיעוט בשכרו ויש למלוה הנאה בשכר הלואתו ליכא ביה משום מצוה רק שהוא חייב מטעם שוכר ונ"מ דאם התנ' עמו בנכייתא על זמן וכלה הזמן דמשום שוכר פטור כשכלה זמנו של שכירתו משא"כ בלא התנה דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י כל ימי היותו אצלו אפי' אחר שפרע כמ"ש הש"ך בס"ק י'. ואם מכר בהקפה וקיבל משכון כ' הט"ז בס"ס זה דהוי ש"ש לכ"ע בזבינא מציעא. והוכיח זה מק"ו מנודר הנאה דהא במודר הנאה מותר להלות ולא חיישינן לפרוט' דר"י ובשומר מחשבינן לי' לש"ש משום פרוט' ומכ"ש בזבינא מציעא דהוי הנאה במודר הנאה מכ"ש דהוי שכר לענין ש"ש עיין שם. ולפענ"ד נראה דאין הוכח' מזה דהא חזינן ג"כ להיפך דבמודר הנאה אפי' הנאה שאין ש"פ אסור דאפי' ויתור אסור במודר ובש"ש בעינן דוקא ש"פ ובפחות משוה פרוטה או משום ויתור לא הוי ש"ש וגם באמת הוא תמו' מאוד הא דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י ובמודר הנאה יהי' מותר כיון דהנאה זו מהעסק זה ש"פ דהא הוי ש"ש משום זה מה"ת יהיה מותר במודר הנאה. ולפענ"ד נלאה דהא דמותר במודר הנאה הוא מטעם אחר דהתוס' הקשה בנדרים שם דהא פרוטה דר"י הוי הברחת ארי בעלמא דמותר במודר הנאה. ותירצו כיון דהמחזיר בעצמו מבריח מעל עצמו הארי ע"י שמתעסק בעצמו באבידת חבירו הוי כנוטל מכיסי של בעל האבידה ונותנו לעני וה"נ אם הבע"ח נוטל מעות מזה ופורע חובו כמו כן יהי' אסור עכ"ל. ולפ"ז אתי שפיר מה שמותר להלוות אף דמרויח פרוטה דר"י מטעם שכתבו התוס' כיון דאינו אלא הצלת היזק שפוטר עצמו מחיוב העני וכאן לא שייך תי' התו' דהא המלוה בממון של עצמו מציל עצמו ועיין בב"ק נ"ח דמבריח ארי אינו חייב רק בדאיכא תרתי מדעתו ואית לי' פסידא ע"ש ובמודר הנאה אינו אסור רק הנאה מחודשת ולא הצלת היזק משא"כ זבינא מציעא אינו ש"פ רק כמו ויתור דאסור במודר הנאה ומ"מ לענין ש"ש לא הוי ש"ש כיון דלא הוי ש"פ. אבל במשכון דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י אף דלא הוי רק הצלת היזק מ"מ חשיב שכר לגבי ש"ש

כיון שהצלת ההיזק שוה אצלו ש"פ דהא שמור לי ואשמור לך למחר או שותפין הוי ש"ש אף שאין בו רק הנאה של הצלת היזק. ומקומו הוא מוכרע דהא חשבינן למלוה ש"ש משום דניצול מפרוט' דר"י אף דלא הוי רק מבריח ארי כמ"ש התו' שם בנדרים ותי' התוס' לא שייך כאן דהא במעותיו של עצמו הוא עוסק דהא המצוה היא במה שמלוה מעות שלו. אמנם בעיקר הדין נראה בזבינא מציעא כיון שיש הנאה למוכר במכירה הוי ש"ש על המשכון מטעם בההיא הנאה דתפיס לי' אזוזי דהא במשכנו בשעת הלוא' כתבו התוס' בב"מ דף פ' דלא הוי ש"ש מטעם דתפיס לי' אזוזי משום דאינו מרויח במה שהלוה על המשכון יותר ממה שלא הלוה א"כ הכא במכירה שיש לו הנאה מהמכירה וכן בכ"מ שיש למלו' הנאה בהלואתו שוב דמי לאומן דהוי ש"ש מטעם דתפיס ליה אזוזי ובזבינא חריפא שאין להמוכר הנא' ומקיף לטובת הלוקח נראה דלמאן דס"ל פרוטה דר"י הוי ש"ש דמה לי שהלו' מעות או סחור' בתרוייהו מצוה קעביד ותלוי לפי ראות עיני הדיין:

ט **ואין חילוק.** עסמ"ע סעיף קטן י' עד אם אמר בשעת וכו'. גם הגאונים סבירא להו דאבד מעותיו וכו'. ואף דעיקר הוכחת הגאונים דלית הלכתא כשמואל מהא דקאמר בב"מ דכ"ע לית לי' דשמואל ושם בשוה שיעור זוזי איירי אלמא דאפי' שוה שיעור זוזי אין מפסיד חובו מ"מ דעת הסמ"ע בפירוש עדיף טפי דהוי כאילו פירש שמקבלו לגוביינא משא"כ בלא פירש י"ל שמקבלו רק לזכרון דברים בעלמא:

י **ואם נאנס** עש"ך ס"ק י"ד ובס"ק קכ"ו שהכריע דאם אין לו מיגו כגון במלוה בשטר או בתוך זמנו או שאמר לו אל תפרעני אלא בעדים דאף אם הלו' טוען ברי דהמלו' נשבע ונוטל: ובתומים תמה מאוד כיון שידוע שהי' לו משכון והוא טוען קבלת המשכון בחובך מה"ת לא יהי' נאמן דהא מהאי טעמא פסק הט"ו סעיף ל"ד ביורש שהוציא שטר ונזכר בחובו המשכון דנשבע הנתבע ונפטר ועוד תמה דהא אם המשכון נאבד וחלוקין שהמלו' אומר שקל הי' שוה והלו' אומר סלע דנאמן הלו' אפי' ליכא מיגו א"כ ה"נ אם מלוה אומר באונס הוי כאומר אינו שוה כלום והלוה אומר בפשיע' דהוי כפרעון מה"ת לא יהי' הלוה נאמן אף בלא מיגו. ולפענ"ד הדבר ברור כהש"ך דהא ודאי אם טוען יש לי פקדון בידך נגד מלוה תוך זמן אף דלא שייך אין אדם פורע תוך זמנו דהא טוען אתה בעצמך לקחת ממה שתחת ידך אפ"ה אינו נאמן והטעם כתבו הפוסקים דטענת יש לי בידך טענה גרועה הוא וא"נ בלא מיגו דדוקא טענת פרעון טענה מעליא הוא דכל מלו' לפרעון עומד אבל יש לי בידך טענ' גרועה היא ואפי' טוען יש לי חוב של ממון ממקום אחר טענ' גרועה הוא דהוי נגד חזקה דהא מטעם זה פטור בא"י אם נתחייבתי לך וכן

בוודאי אפי' אם ידוע שהי' לו פקדון ביד המלוה וטוען מכרת או פשעת בו הוי ממש כטוען יש לי בידך כנגדו דהוי טענ' גרועה דאחזוקי אינשי בגנבי או בפושע לא מחזקי' דהא מה"ט ס"ל להמחבר בסי' רצ"ד דא"צ השומר לישבע כשיש עדים שנגנב שלא פשע עיין בסמ"ע שם. ולפ"ז נראה דה"ה במשכון כשטוען מכרת דהוי כגזלן או פשעת דהוי טענה גרוע' וא"נ בלא מיגו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דמה לי אם ידוע שהי' פקדון בידו או שהי' במשכון בידי מ"מ טענה זו טענה גרוע' הוא אבל אם טוען המשכון בידך והמלוה טוען החזרתי לך המשכון נרא' דהלו' נאמן דבזה אדרבא טענת המלוה טענ' גרועה דלמה הי' להחזיר המשכון אחר שלקחו ואדרבא רגלים לדבר שהיא ברשותו כמ"ש הסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ב' אבל אם ידוע שפשע ומחולקין בשויו של משכון טענות הלו' טענה מעליא הוא ונאמן בלא מיגו ואף שבשטר לא נזכר רק סתם משכון ולא נזכר שוויו מ"מ הוי ככתוב בשובר סתם דינרין דמבטל כל השטר דהמשכון הכתוב בשטר הוי כמו שובר בסעיף ל"ד גבי יורש הטעם דאף למאן דס"ל דטענינן ליתמי נאנסו היינו דוקא להחזיק משא"כ כאן דהוי להוציא כ"ע מודו דלא טענינן להו נאנסו. ועש"ך ס"ק קמ"ג דלא טענינן להו אפי' במשכון שחייב לו כך וכך דהוי להוציא. ובס' קצה"ח כ' דתלוי בהא דבמקום שזה גובה וזה גובה א"נ על טענות יש לי בידך ולזה כתב דלמאן דס"ל דהלכה כר"י דהוי ש"ש דינו שזה גובה וזה גובה דדינו דבע"ח בזוזי ודינו דש"ש בקרקע אינו נאמן בלא מגו משא"כ להפוסקים שפסקו כרבא וכשמואל דהוי כאילו פי' אם יאבד המשכון יאבד החוב לא שייך זה גובה וזה גובה נאמן בלא מיגו וכו' ע"ש. והא ודאי ליתא חדא דהא הטור פסק כרבא וכשמואל ואפ"ה כתב דבעי מיגו. ועוד דקשה קושיית התומים דאם מחולקין בשויו של משכון דנאמן בלא מיגו אף דהוי זה גובה וזה גובה ועוד דמוכח מדסתמו הפוסקים וכתבו דכל טענות יש לי בידך הוי טענה גרוע משמע דאפי' במקום דלא שייך זה גובה וזה גובה וגם אבאר לקמן סעיף כ"ז ע"ש דלא שייך כלל במשכון זה גוב' וזה גובה והעיקר כמ"ש:

יא **לא הוי אלא ש"ח.** עש"ך ס"ק י"ז דבמשכנו שלא בשעת הלואתו הוי ש"ש אפי' נגד היתרון כטעם דר"י בההיא הנא' שיכול לקדש בו את האשה וכו'. אמנם תמהנא על הש"ך דבההדיא כתבו התוס' בב"מ דף כ"ט בד"ה והוי שואל וז"ל כטעם דר"י אין לחייב את המלוה יותר מכדי חובו ע"ש. וכיון שהתוס' כתבו זה לדבר פשוט וכן מטעם דתפיס לי' אחובי' כתב הריטב"א בההדיא דלא הוי ש"ש רק כנגד חובו דאין לו הנאה בהיתרון ול"ד לאומן שיש לו הנאה מכל החפץ דלפי ענין החפץ הוא ענין שכרו. ומה שהביא ראי' מב"ק מהא דתפיס לי' השור אנזקי' דהוה ש"ש אפי' על חלק הבעלים כבר סתר

זה הרא"ש בקידושין ע"ש כיון שאין לו לגבות רק מזה השור הוי ש"ש וכיון שהתוס' והרא"ש והריטב"א כתבו בפשיטות דלא הוי ש"ש על היתרון אף במשכנו שלא בשעת הלואתו האיך נוקי אנן מסברא דנפשי' לומר דהוי ש"ש להוציא אמנם נלמד מדבריו דבמשכון שהוא אפותיקי מפורש הוי ש"ש אף נגד היתרון כמו בתם בהא דתפס לי' השור אנזקי' דהוי ש"ש. ועוד יש לסתור הראי' שהביא הש"ך מהא דב"ק שם דשם לענין חיוב נזקי השור מיירי והתו' בב"ק דף נ"ו בד"ה פשיטא כתבו דלענין נזקין מי שבידו לשומרו נקרא בעלים ע"ש:

יב **אלא שומר חנם.** עש"ך ס"ק י"ח שמביא תשובת רש"י עד אם טוען יהודא שאין המשכון בידו ישבע שאינו ברשותו וכו'. ולכאור' תימא דהא יהודא לא קיבל שמיר' כלל דהא במתנה נתנו לו וצ"ל דמיירי שיהודא הי' יודע מזה שנתן לו רק באסמכתא והוי כידע שאין במתנ' זו ממש דהי' לו ללמוד דיני אסמכתא כמו שמעתיק הש"ך. ובנידון מה שתמה הש"ך יפה תירץ התומים דרש"י כתב זה לענין אם אינו יכול לישבע דלא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דכיון דלא קים לי' ולא הו"ל למידע לזה כתב רש"י דבכאן הו"ל למידע אבל באמת קיי"ל דגם בידע שהוא משכון הו"ל מחשואיל"מ כמבואר בסי' זה:

יג **אבד מעותיו.** התוס' בשבועות בסוגיא דקתא דמגלא כתבו דלשמואל דהוי כאילו פי' שאם יאבד המשכון יאבד מעותיו ע"ש דאפי' בנוי שאינו בגדר שומרים אמרינן דהוי כאילו פי' שאם יאבד המשכון יאבד מעותיו ע"ש ולפ"ז נרא' דאם משכן לו קרקע או שטרות דאין בהם דין שומרים מ"מ הפסיד מעותיו מטעם דהוי כאילו פי' משא"כ להמחבר דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י בקרקע ובשטרות לא שייך דין שומרים. ואף שהסמ"ע בסי' ס"ו כתב דבשטרות דאין בהם דין שומרים ל"מ בלא קנין מ"מ הא תוס' כתבו שם אפי' בגוי דהפסיד מעותיו מטעם דהוי כאילו פי' ואף דבגוי ג"כ אין דין שומרים וע"כ כיון דבשעת הלוא' הוי כאילו פי' הוי כאילו הלו' לו המעות על תנאי כך שיופסד המעות כשיאבד דמהני אפי' בלא קנין ובמשכנו בית ונשרף הבית בפשיע' או באונס שהוא כעין גניב' ונשאר הקרקע אז אם לא כתוב בשטר רק שהשכין לו הבית אבד מעותיו אבל כשהשכין לו מתהום ארעא דאז הוי כהשכין לו גם הקרקע והוי כנשאר לו חלק מהמשכון דלא אבד מעותיו. ואם נכתב בשטר משכונתא בלשון מכר רק שנכתב אחר שעה חזר ומכר לו מ"מ כיון שידוע שהמנהג הוא כך כשמחזיר לו מעותיו מחזיר לו המשכון אין דינו רק כמשכון כמבואר בי"ד הל' ריבית וכן בכ"מ שאין דין שומרים כגון מקבל עיסקא ונתן לו משכון אף דהוי שמיר' בבעלים דהא המקבל מחוייב לעסוק

ולשמור חלק הפקדון אפ"ה הפסיד מעותיו מטעם כאילו פי'. ואף דבתומים רוצה לדחות דברי התוס' כל דחיותיו יש לדחות בקל כמבואר למעיין וידוע דבכ"מ הלכ' כתוס' וגם אין ספיקו של התומים מוציא מידי ודאי של התוס' אמנם ביתרון דמי המשכון על החוב פטור אפי' לדעת המחבר מטעם דהוי שמירה בבעלים ולא מהני תפיסה. ועיקר דין שמיר' בבעלים יתבאר לקמן אי"ה בה' שאלה. ומ"ש בסקצה"ח דמטעמא דשמואל אינו חייב בגניב' באונס אינו נראה כיון דקתני ה"ז ש"ש משמע דכל דין שמירה ש"ש עליו. ומ"ש הש"ך בס"ק כ"א דאין לו דין ש"ש במקבל עיסקא כיון דהריוח הוא ספק ע"ש. יפה השיגו בתומים דלא גרע מהלוהו פירות דהוי ש"ש. ועוד השיגו שם הרבה והדין עמו. ועוד כיון שההלוא' הוא לצרכו הוי ש"ש בההיא הנאה דתפיס לי' אזוזי דהא לא שייך תי' של התוס' שתירצו בב"מ פ' האומנין דאין לו הנאה במה שהלו' יותר ממה שלא הלוה ע"ש. וכן הא דההלוא' הוא לטובתו והוא מלוה לצרכו ודאי דדמי לאומן והוי שומר שכר וכן עיקר:

יד **ומספיקא לא מפקינן ממונא** עש"ך ס"ק כ"ג דאי תפס יכול לומר קים לי כהפוסקים בזה וכו'. והוא תמוה מאוד כמו שתמה בתומים דהא הא בהא תליא דאם אין הלכה כשמואל ע"כ הלכ' כר"י דבהדיא קתני במתני' המלו' על המשכון ש"ש וכן אם אין הלכה כר"י ע"כ הלכ' כשמואל ואף שיש ליישב שנמצא בפוסקים דס"ל דאין הלכ' כתרווייהו ולא כמתניתין מ"מ כל רוב הפוסקים ס"ל דהמלו' על המשכון ש"ש או מטעמא דשמואל או מטעמא דר"י. לכן העיקר בזה דלא מהני תפיסה (ובש"ך שם יש ט"ס וכצ"ל דהרי"ף וסייעתו לא ס"ל הך סברא וכו' ותיבת דרב יוסף ט"ס וצ"ל דהרי"ף):

טו **וחזר והפקידו** בספר קצה"ח נסתפק אי מותר להמלו' לקבל שכר מהלו' בעד מה שמשאיל המשכון להלוה ופשיט מהא שכתבו התוס' בקדושין דף ח' דאפי' מה שמברך הלוה למלו' הוי רבית דברים כיון דאינו קונה המשכון וא"כ כשנתן לו ממון הוי רבית ממון. ולמד מדברי התוס' דמשכנו שלא בשעת הלואתו שקונ' משכון מותר ליטול שכר החזרת המשכון. ולפעד"נ דאפי' במשכנו שלא בש"ה אסור דמבואר בי"ד סימן קס"ד דאפי' במשכנתא בנכייתא אסור לחזור ולהשכירו ללוה והוא ש"ס מפורש ומכ"ש כשמשכן בחנם שאסור לחזור ולהשכירו ול"ד להא שכתבו התוס' דהא לכאור' דברי התוס' תמוהין דאף אם נאמר דאם קצץ בשעת הלוא' על ריבית דברים אסור מדאורייתא מ"מ בלא קציצה ודאי דמותר מדאורייתא א"כ האיך מביאין ראי' מן התור' ועכצ"ל בכוונתם דכיון שכבר מגיע זמן פרעון והתיר לו רחמנא לברכו ומשמע אפי' אמר לי' בפי' בשע' שמחזירו שיברכו מותר כדכתיב ושכב בשלמתו וברכך וכיון שהי' יכול לגבות

ממנו ואינו גוב' רק נוטלו למשכון כדי להחזירו שיברכו והוי כמתנ' עמו בשעה שמרויח לו זמן והוי ריבית דאורייתא ומזה מוכיח הש"ס דקני לי' שלא בש"ה. ומבואר בסי' צ"ז סעיף כ"ב דא"י למוכרו לעולם ועיין בבעה"ת שער מ"ט שא"י לתובעו כלל ומש"ה מותר להתנות מדאורייתא כדי לברכו ושוב ל"ד לקצץ בשע' שמרויח לו זמן דהא א"י לתובעו כלל משא"כ הכא שמקבל שכר כדי להשתמש דהוי מדרבנן כאילו לא קני לי' לענין שאסור להשכירו ללוה ודאי דאסור מדרבנן ואין להביא ראי' ממה שמותר מדאורייתא להתיר גם מדרבנן:

טז **נעש' עליו שומר כאילו הלוהו.** עש"ך ס"ק כ"ז. ודבריו הם משוללי הבנ' כמבואר למעיין ונ"ל בכוונת דבריו כי המהר"ם פאדווה ס"ל דלא שייך פרוטה דר"י רק כשמלו' מעות ולא כשמשאיל חפץ כמבואר בתשובתו שם וכת' הר"ן רק בשואל ספר קעביד מצוה לכן כתב דאם לא הי' ראובן נותן ריוח היינו אומרים מסתמא כיון שנתן משכון שלו ואין העכו"ם מכיר רק לשמעון נעשה שמעון לוה של עכו"ם ומלו' לראובן מעותיו ובפרט דמיירי שלא רצה להלות על משכונו של ראובן ודאי דהוי כאלו הלוה לעצמו מעכו"ם והלו' לראובן וממילא שייך גבי' פרוטה דר"י אבל כשנותן ראובן ריוח עכצ"ל דנעשה שלוחו של ראובן ללותן מהעכו"ם דא"א לומר שלוה המעות מהעכו"ם לעצמו והלו' לראובן דהא אסור ליקח רוחים באופן זה דאחזוקי אינשי בגנבי וברשיעי לא מחזקינן כמ"ש המהר"ם פדוואה וע"כ דנעשה שלוחו של ראובן וזיכה לו ע"י אחר חלק בהמשכון שלו שנתן להעכו"ם באופן שמותר ליקח רבית ובזה לא שייך פרוטה דר"י ובפרט שבעובדא דמהר"ם פאדוה מיירי ששמעון רצה ללות ג"כ לעצמו על המשכון שלו ולא שייך פרוטה דר"י. וע"ז כתב הש"ך דמיירי שהעכו"ם לא רצה להלות אף המעות שהי' צריך לראובן על משכון של ראובן רק מ"מ לא שייך פרוטה דר"י משום דלא הוי כמלו' מעות רק כמשאיל או מקנה חפץ ומכ"ש בזה דעשה הדבר ג"כ לטובת עצמו אבל כשהעכו"ם רצה להלות גם על משכון של ראובן אפי' אינו פורע ריוח אף דאמרינן שלוה המעות לעצמו והלוה מעותיו לראובן מ"מ לא עשה שום מצוה כיון שראובן לא היה צריך לזה ומ"ש בסוף דבריו דאם א"ל שמעון שנתן משכון אחר וכו' נראה הכוונה דבשלמא אם לא הודיעו חזינן דגם עכשיו לא קפיד אשטוח וניעור משא"כ כשהודיעו סובר הלוה דהישראל משטחו ומ"מ לא הוי ש"ש כיון דמתחלה לא קפיד (ובש"ך ס"ק כ"ח יש ט"ס וכצ"ל ולפ"ז אפי' אם א"ל שמעון שנתן משכון אחר לעכו"ם ומשכונו הוא אצלו אין צריך לשטח' וכו'):

יז **כאילו הלוהו.** עסמ"ע ס"ק כ"א שהביא תשובת הר"ן דשואל ספר ונתן ספר אחר למשכון דאין השואל חייב באונסין מטעם דהמשאיל ספר מצו' קעביד ונהנה בפרוטה דר"י. ובתומים תמה דמשמע בסי' שמ"ב דאפי' שואל ספר חייב רק בנתקרע מחמת מלאכה וכן לא אשתמיט שום פוסק לכתוב שואל ספר פטור. וגם בספר קצה"ח תמה על זה מהא דקידושין פ' האיש מקדש דאמר התם אפי' למאן דס"ל מלוה ברשות בעלים לחזרה מ"מ לענין אונסין מודה דחייב דלא גרע משאלה אף דמלוה מצוה קעביד בהלואה ויפה תמה לכאורה. לכן נראה דודאי שואל ספר חייב באונסין דכשנעשה שואל היינו במשיכת חפץ לידו כבר נעשה המצוה ונתחייב שוב המשאיל בפרוטה דר"י. ועוד דהא אין השואל נותן לו שכר רק הוא נותן לו שכר לעצמו שעושה מצוה בשלו. רק כוונת הר"ן היא דוקא בנתן לו משכון כיון דע"י השאלה נתן לו משכון ומחמת השיטוח וניעור של המשכון פטור מפרוטה דר"י והוה כנותן לו שכר במה שנותן משכון שלו לידו והוי כמקבל שכר מהשואל משא"כ בשאר שואל חפץ על משכון לא שייך פרוטה דר"י בשעת שיטוח וניעור כיון דשאלת חפץ לאו מצוה רק שאלת ספר כמ"ש הר"ן שם. וכבר כתבתי דפרוטה דר"י לא שייך רק כשהתחלת החיוב שנתחייב בשיטוח וניעור היה ע"י מצות רחמנא כנ"ל בכוונת הר"ן. ומ"מ נראה במי ששאל חפץ לצורך הצלת דליקה דהוי כהצלת נפשות דהא מחללין עליה שבת וכן בשאר שואל כלי לצורך הצלת נפשות שפטור כמבואר בסנהדרין פרק זה בורר דרודף שרדף אחר רודף ושובר כלים דפטור): ובספר קצה"ח ס"ק ל"ד כתב לפטור שואל ספר מטעם דמצות לאו ליהנות ניתנו והוי כשאלה לראות בה דמבואר בסי' שמ"ו דפטור דממונא דאית לי' הנאה מיני' בעינן ע"ש ואשתימטתיה מ"ש הט"ז בי"ד סימן רכ"א ס"ק מ"ג דתלמוד תורה ליהנות ניתן ע"ש. ועוד דהא יכול ללמוד מתוכו לאחר בשכר דהא ודאי מודה היא בשואל ספר שאינו של תורה דמיקרי ממונא דא"ל הנאה מיניה דהוי כמשתמש בגוף החפץ רק בלימוד תורה סובר דלאו ליהנות ניתנה ולימוד בשכר ודאי ליהנות הוא משא"כ לראות לא נחשב הנאה בגוף החפץ ולכך אפי' השואל משכירו לא חשיב שואל ונתחייב באונסין. ועוד דהא יכול להשכירו לאחר בתוך ימי שאלה במקום דלא שייך גביה אין השואל רשאי להשאיל כגון שילמוד בביתו דלא שייך שיבריחם או לאחד מבני ביתו כמבואר שם:

יח **שאפי' בנתינת רשות.** עש"ך ס"ק ל"א. ודבריו הם קצת מחוסרי הבנה וכוונתו במ"ש בריש דבריו דק"ק על הרב דלמ"ד דלא הוי רק שומר חנם אינו נעשה שואל וכו'. אף שכ' הסמ"ע בסי' רס"ד דמעלינן חד דרגא אם כן במשכון נגד דמי חובו לכ"ע הוי ש"ש ואם כן ברשות שימוש מעלינן חד דרגא באונסין עכ"פ נגד מעותיו. אכן הש"ך לשיטתו שכתב

שם דזה אין סברא רק דלמ"ד דהוי ש"ח ממילא אין הוכחה ממתני' שיהי' שואל ואינו חייב בגניבה ואבידה. ומה שכתב עוד ואפשר דלשון אפשר שברשב"א וכו'. פי' דהי' קשה לו כיון דהרשב"א הוא מהסוברים בשומר אבידה ש"ש א"כ ע"כ סבירא ליה דרשות שימוש מחייב באונסין ומה היא הספק שכתב לשון אפשר. לזה כתב דכך נראה כוונת המחבר שכתב לשון אפשר דלתי' ראשון קשה על המחבר כיון דהוא ס"ל לקמן בדמי אבידה דחייב באונסין. אך מ"מ תמוהין דבריו כיון שההלואה כבר נעשה מה"ת לא ליהוי כשואל אטו אם ראובן השאיל חפצו לשמעון על זמן ובתוך הזמן השאיל שמעון חפצו לראובן במקום שאין בו משום שמירה בבעלים או שנתן לו מתנה קודם דלא יהי' כשואל משום ההנאה שהיה לו ממנו קודם השאלה דמה לי שהשאיל לו מעיקרא או שהלוה לו מעיקרא. לכן נראה דעיקר הספק כיון שזה נתן לו רשות והלה שתק אי שתיקה זו חשיבא כקבלה שיהי' לו דין שואל או לא. ולפ"ז ה"ה בש"ח או בש"ש שנתן לו רשות ושתק שייך ג"כ ספק זה. וגם בתומים כתב דבש"ח ובש"ש שייך ג"כ ספק זה וכן עיקר. ואם מיחה בשעת נתינת רשות ודאי לא הוי שואל ואין כאן ספק. ועוד נראה דמיירי דאמר לו בפי' השתמש בחנם אבל סתם י"ל דבשכר קאמר אף שפסק בסי' שס"ג דדור בחצירי סתם כוונתו בחנם. מ"מ הא כתב הב"י בי"ד סי' קס"ו דלוה שאמר דור בחצירי כוונתו בשכר דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן וה"נ דכוותי'. ועוד דהא כתב הסמ"ע בסימן רמ"ו דדווקא בחצר דזה נהנה וזה לא חסר אמרינן דדור בחנם קאמרי ליה א"כ במטלטלין שנפחתו בתשמיש דזה חסר דמי לאכול עמי דחייב:

יט **אין לקהל ולא לנאמן.** ונראה דאם נאבד אצלם המעות שגבו ממקצת אנשים דרק אותן האנשים מפסידין וצריכין לשלם מחדש ואין לאחרים הפסד בדבר במקום שאין להם רשות להשתמש במעות כגון שלא נתנו הקהל רשות להנאמן להשתמש בהמעות דהיינו שהתנו עם הנאמן שלא ישתמש במעות. גם נראה דאם נותנין שכר להגובין המס דהוי ש"ש ובגבאי צדקה שנטלו משכון נראה דלא מיבעיא למאן דס"ל דהוי ש"ש מטעמא דשמואל ודאי דלא שייך בגבאי צדקה כאילו פי' שיפטרו מנדרן או מהחיוב המוטל עליהם מבני עירן אלא אפי' למאן דס"ל משום פרוטה דר"י נראה דבגבאי צדקה לא שייך זה דלא שייך פרוטה דר"י רק במקום שעוסק במצוה שהוא מצות עשה ומוטל עליו בחיוב ואסור לקבל עליו שכר כגון בהלואה או בהשבת אבידה אבל צדקה החיוב מוטל על כל אדם ליתן צדקה אבל אין חיוב ומ"ע מוטל על שום אדם להיות גבאי צדקה דאם היה מ"ע להיות גבאי היו כל ישראל מחוייבים להיות גבאים רק החיוב על הב"ד לכוף את ישראל על הצדקה ולמצותן של מקום ולהעמיד ממונים על זה והממונים רשאים

לקבל שכר על זה לא שייך בזה פרוטה דר"י (") וראיה לזה מב"מ דף ל"ח מהא דהשוכר את הפועל לשמור את הפרה והזרעים דאם אין נותנין שכר שבת ל"ה אלא ש"ח ולא הוי ש"ש משום פרוטה דר"י. וע"כ הוא מטעם שכתבתי דאין עליו מ"ע להיות שומר לפרה ויכול ליטול שכר ע"ז כמבואר שם. והא דכ' הרשב"א הביאו הש"ך באפוטרופוס דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י. נראה דביתומים שאין יכולים לפקח בעסקיהם ונכסיהם יורדין לטמיון כשלא ימצא מי שיפקח כל אדם מחוייב להציל נכסיהם מהיזק משום השבת אבידה וחשוב משיב אבידה ממש. ואפוטרופוס דיכול ליקח שכר היינו כשהוא עוסק להרויח להם ואפי' באפוטרופוס חולק המחבר בסי' ר"צ ע"ש:

כ **ולא לנאמן.** עש"ך ס"ק ל"ד. ולפי מ"ש לעיל דכל שלא נתחייב בשיטוח וניעור משום מצות וגזירת רחמנא לא שייך פרוטה דר"י ליתא לכל דבריו ומכ"ש בשליש שהחליט בפשיטות דהוי ש"ש. ולפענ"ד דודאי לא הוי ש"ש דלא עדיף מאומן שאמר גמרתיו בב"מ דלא הוי ש"ש אף שתפסו אאגריה וא"ר ליתנו. וכן במלוה צריך למשכון דלאו מצוה קעביד ולמ"ד דלא הוי ש"ש. אלא ודאי כדכתיבנא ודוקא בנאמן שאינו מקבל שכר אבל כשמקבל שכר הוי ש"ש לכ"ע:

כא **אלא א"כ יש מנהג בעיר.** עש"ך ובתומים כתב דקאי אנאמן כיון דהמנהג כך והוא קיבל על עצמו להיות נאמן הרי הכניס עצמו בחיוב זה ולא ידעתי למה לא נימא גם בקהל כן כיון שהמנהג כן ונעשו קהל הכניסו עצמן בחיוב זה וכו'. ועוד דלא גרע מתקנות הקהל כיון שהמנהג כן הוי כיש תקנה בעיר על זה:

כב **בנו נעשה ש"ש.** עש"ך ס"ק ל"ו. ותמוהין מאוד דבריו כמו שתמה בתומים דהא ברא כרעא דאבוה וכמו שהוא אינו נעשה ש"ש במה שמונח אצלו ימים רבים אחר ההלואה כמו כן בנו אין נעשה עליו ש"ש מה"ט והעיקר דלא הוי ש"ש רק משום פרוטה דר"י ומאן דל"ל פרוטה דר"י הפסיד כנגד מעותיו מטעמא דשמואל כמ"ש הסמ"ע ובסקצה"ח כתב לפוטרו כיון דהאב נאנס שמת ובנו הא לא פירש ליתא דהא הסברא דהוי כאילו פירש הוא משום דאמרינן דודאי המלוה מתרצה ע"ז בההיא הנאה דלא צריך למיעל ולמיפק אזוזי כמ"ש הש"ך ס"ק כ"ה א"כ בבנו שייך ג"כ זה והא שכתב בהגהות אשר"י דשלא בשעת הלואה לא שייך הא דשמואל מבואר בתומים ס"ק י"א דזה דקא במה שהחוב יתר על המשכון יש טעם אסמכתא אבל כנגד המשכון ודאי שייך הא דשמואל ע"ש. ואם מכר או נתן המשכון לאחר נראה דבאותו אחר לא שייך רק טעמא דשמואל ולא טעמא דפרוטה דר"י כיון שמה שנכנס בחיוב שיטוח וניעור לא הוי מחמת מצות רחמנא כמש"ל:

כג **ופטור אפילו מפשיעה**. בתומים הקשה דהא מהר"מ למד דין זה מהא דאמר בסוף מנחות ק"ט באומר הרי עלי עולה ע"מ שאקריבנה בבית חוניו דיצא ופריך מיקטל קטילי. ומשני דהוי כאומר ע"מ שלא אתחייב באחריות א"כ מוכח משם דאפי' מזיק בידים פטור מטעם זה. ותירץ דהוי כאילו התנה שאם יהרגנה אין כאן נדר והוליד מזה מדין מחודש דאם אמר הריני נותן במתנה ע"מ שלא אתחייב באחריות דאפי' היזק בידים פטור. והא ודאי ליתא דהא שם ג"כ נדר הוא דהא חייב עליו משום שחוטי חוץ וא"כ ה"נ מתנה הוא וכיון דמתנה היא וברשות המקבל מה"ת נפטר כשהזיקו ומה בכך שפטר א"ע מהחיוב שיש עליו מכח מה שהיא בביתו בשלמא התם דין היא שנפטור אפי' קטלא דהא אם אמר הרי זה והפרישה אפילו הרגה פטור דלמאן לשלם הא היא בעצמו הבעלים רק כשאמר הרי עלי יש עליי חיוב אחריות וכיון שפטר עצמו מכח התנאי דע"מ שלא אתחייב באחריות הוי כלא אמר הרי עלי רק כאומר הרי זו דפטור אפי' קטלה. וכ"כ בס' קצה"ח כן:

כד **דסתם סייף דעלמא**. נראה דזה דוקא כשלא הודיע שהוא של עכו"ם אבל בהודיעו שהוא של עכו"ם חייב אפילו אם העליל העכו"ם דהא מבואר בסימן קל"א סעיף ז' דבכל ערב לעכו"ם בשביל ישראל אפי' העליל העכו"ם על הערב חייב הלוה א"כ אפי' אם ראובן שאל הסייף מהעכו"ם ושמעון הי' ערב היה חייב ראובן בהעלילות שהעליל העכו"ם מכ"ש כאן ששאל ממנו בשאלה והעכו"ם אינו מכיר רק לשמעון הרי שמעון נעשה ערב בעד ראובן להעכו"ם (') דאין לך ערב גדול מזה וממילא חייב אף בהעלילות אך שצריך עדות ברורה שהעלילות הוא רק מזה כמו התם בסימן קל"א. אח"כ מצאתי באורים שכ' בקיצור בשם הגרשוני דבהודיע חייב בעלילות. ונהנתי רק שלא כתב טעם לראיה לזה. ולפענ"ד ברור דדמי ממש להתם ובעיקר דין השומרים שכ' הש"ך לענין סייף יקר יבואר אי"ה בהל' פקדון:

כה **שהרי הודה במקצתו**. בספר קצה"ח כתב דאם המלוה חשוד וא"י לישבע תחילה שאינו ברשותו דדינו כשניהם חשודין דיחלוקו. ולפענ"ד דליתא דבשניהם חשודין הטעם כמ"ש הר"ן דבא מחמת פשיעת הנתבע אבל הכא דאין הנתבע חייב בדבר אפי' למאן דס"ל דעקרוהו רבנן לשבועה מהלוה ונתנו להמלוה אם המלו' חשוד ודאי דא"י ליטול כלום כשהוא חשוד כיון דאין הנתבע חייב כלום במה שא"י לישבע רק שחז"ל לא רצו ליתן לו השבועה מטעם חששת שבועת לבטלה ודאי פטור דאפי' בג' ידענא וג' לא ידענא פטור בלא ה"ל למידע מכ"ש כאן ול"מ לדעת התוס' בב"מ דף ה' בד"ה שכנגדו. דאפי' בחשוד לא אמרינן מתוך כיון שרוצה לישבע מכ"ש הכא אלא אפי' לתי'

הב' שכתבו שם מ"מ נראה דמחמת אונס א"י לישבע כגון שהודה במקצתו ונשחטה וראי' לזה דהא הש"ך בס"ק נ"א כ' הטעם הא דביתומים לא אמרינן מתוך משום דילמ' אלו הוי אבוהון קיים הוי טוען ברי ע"ש ואי נאנס חייב הא כיון שמת הוי כנאנס ולא נשבע ואמאי לא נתחייבו היורשין א"ו דבנאנס ל"א מתוך:

כו **שא"י שהיה שוה יותר.** עש"ך ס"ק מ"ח וס"ק נ'. והואיל ועיקר דינים אלו הן בסי' פ"ח יתברר שם בס"ד:

כז **היה עדים שנגנב ושהיה שוה יותר** עיין ש"ך ס"ק נ"ג דאם אין עדים שהי' שוה יותר דפטור משבועה שלא פשע במיגו דלא הי' שוה יותר דזה לא הוי מיגו דהעזה כמש"ל סי' ע"ה וסי' צ"ג וכו'. ועוד דנאמן במיגו שהיה אומר שא"י עכ"ל. והדברים מרפסן איגרא והם תמוהים לכל מעיין כמו שתמה בתומים דהא מיגו דהעזה לאפטורי משבועה לכ"ע לא אמרינן דהא בכל שבועת שומרין איכא מיגו ואפ"ה חייב שבועה מה"ט. גם מ"ש במיגו דא"י קשה דא"כ בזה אומר שתים היה שוה וזה אומר ה' דסעיף י"ב דנשבע שבועה דאורייתא דמ"מ להימן נמי במיגו דא"י דהא גם שם יש לו מיגו דכפר הכל והלוה יחשוב דמשום שא"י אומר כן. וכדי שלא נחשוב למאורן של ישראל לטועה ח"ו. נלפע"ד דהנה נראה בשומרין דאם יש עדים שנגנב. והשומר טוען לא נעשיתי שומר שלא אמרתי רק הנח לפניך והמפקיד טוען שנעשה שומר וחייב אתה לישבע לי שבועת השומרים שלא פשעת בה נראה דפטור אף משבועת היסת דהא הוי שבועה על שבועה דהא התובע והב"ד ג"כ חיישינן לשמא נאנס תדע דהא בשומרים טענינן ליתמי נאנסו רק כשהשומר חי וא"י אם נאנסו חייב דה"ל מחיוב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וא"כ מכאן הוי כפירת שבועה כמו בטוען לא נעשיתי שותפך בסי' צ"ו והא דמבואר בסי' רצ"ו דאם טען השומר לא נעשיתי שומר דנשבע היסת נראה דשם מיירי דליכא עדים שנגנב וטוען הפקדתי אצלך ואתה חייב להחזיר לי וכיון שטוען לא נעשיתי שומר הוי כטוען להד"ם על פקדון ואף שטוען עוד טענה שנגנב הוי כטוען שתי טענות לפטור עצמו ואם מודה שברשותו הי' חייב והוי ככפיר' ממון דרגלים לדבר שברשותו הוא כמ"ש הסמ"ע בסי' רצ"ד ע"ש. אבל כשיש עדים שנגנב נראה דעת הש"ך דהוי שבועה על שבועה וא"כ ה"נ אם מודה במקצת כגון שמודה בפרה אחת שנעשה עליה שומר מתה בפשיעה ועל השני' שיש עדים שמתה טוען שלא נעשה שומר ושלא פשע שאין כאן שבועה דאורייתא כלל לא שבועת מודה במקצת כיון דאפי' אם יודה בכולו שפשע אין עליו רק חיוב שבועה במה שאומר וכפר ורחמנא לא חייב שבועה רק במקום שאם יודה במה שצריך לישבע עליו יתחייב בממון ברור. והשתא אתי שפיר דכוונת הש"ך בתי' ראשון שיש לו מיגו

שהיה טוען שלא הי' שוה יותר מצורף לטענתו שטוען שלא פשע ובאופן זה אמרינן אף מיגו דהעזה לפטור משבועה כיון דאין מעיז פנים נגדו לכפור ממון דהא בלא"ה פטור מממון בטענה שלא פשעתי ואין כופר רק בשבועת כמ"ש הש"ך בסי' צ"ג ס"ק ד' ע"ש. ובתי' השני כוונתו דבוודאי אדם מדקדק בשעת הלואה לידע ששוה יותר מחובו להיות בטוח במעותיו וא"כ בסעיף י"ב אין לו מיגו דאם יאמר שא"י אם היה שוה כלל יותר הוה העזה ואם אמר יודע אני שהיה שוה יותר וא"י כמה דזה לא הוי העזה כמ"ש הש"ך מ"מ הא הו"ל מחוייב שבועה וא"י לישבע משלם. משא"כ הכא שטוען שלא פשע ודאי דיש לו מיגו דהיה טוען שהיה שוה יותר וא"י כמה מצורף לטענותו שלא פשע לא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דהא אינו חייב שבועה דאורייתא כלל כמש"ל כנ"ל בכוונת דבריו. אמנם העיקר נ"ל כדעת הסמ"ע דאפי' בכה"ג חייב שבועה דאורייתא ושוב אין כאן מיגו (ובש"ך ס"ק נ"ח נרשם על סעיף י"ג בהג"ה ונרשם בטעות וצ"ל נרשם בסעיף י"ג במחבר על מ"ש המחבר נשבע שאינו ברשותו וע"ז ציין עצמו הש"ך בס"ק נ"ה שישבע כשאר שומר חנם):

כח **נשבע הלוה נגד העד**. עש"ך ס"ק נ"ט דהיינו שבועת המשנה ובתומים תמה דהא אין לו על המשכון רק שיעבוד וא"כ תובע המלוה להלוה ע"פ העד וחייב שבועה דאורייתא ולפעד"נ כהש"ך כיון שהמלוה א"י לגבות מהמשכון והלוה תובע להמלוה להחזיר לו משכונו הוי כנשבע ונוטל דהמשכון הוא כקנוי להמלוה לענין זה שא"צ להחזיר לו עד שיופרע כמש"ל סי' ס"ו ולקמן סי' זה והרי הלוה נשבע כדי להוציא השיעבוד מת"י חבירו והוי כנשבע ונוטל. תדע דהא במקום שהשבועה הוא על הלוה אין בו רק ש"ה כמ"ש הש"ך בס"ס ע"א ולא הוי כנשבע ונוטל רק כנשבע ונפטר מטעם שכתבתי לעיל א"כ כשהשבועה על הלוה להוציא המשכון הוי הלוה נשבע ונוטל:

כט **המלוה את חבירו על הטבעת**. ובסקצה"ח כתב דבעי' שיהיה הטבעת שביד השולחני לפני הב"ד וכשאינו לפני הב"ד הוי כדבר שאינו במשקל ומנין ע"ש והא ודאי ליתא כמו שיתבאר בסי' פ"ח אי"ה:

ל **שהיה יכול המלוה להחזיק במשכון ולטעון לקוח** משמע מדברי הסמ"ע והש"ך דמטעם מגו מהימן. והנה בס' הזכות להרמב"ן הקשה אהראב"ד דבלא מיגו דלקוח כגון בשטר יהיה נאמן לטעון משכון כמו שנאמן לטעון לקוח ע"ש וקושיא גדולה היא דהא היכא שידוע שבא לידו בתורת משכון וחולקין בסך ההלואה נאמן בלא מיגו. וע"ש שמתרץ דלא דמי משכון למקח דכיון דקא מודי ליה בגופי' דידיה הוא בחזקתו כדקא מודי ליה וכי אמר משכון בידי צריך לאתויי ראיה ואי איכא מיגו מהמנינן ידיה ואי

לא לא דהא אפי' בבקרי דיתמי דתפסי תורא מיניה אמר הואיל ויכול לומר לקוח בידי הא לאו הכי לא מהימן במשכון עכ"ל וע"ל בסי' ס"ד במה שכתבתי בזה. ובקצה"ח כ' כיון שכ' הרמב"ן דבשטר שאין תפיסתו קנין לא הוי מוחזק ואינו נאמן לטעון לקוח אפי' באג"ק מש"ה א"נ ג"כ לטעון טענת למשכון במטלטלין דהא קיי"ל בסי' ר"ז דמי שנתן לחבירו מנה והניח לו משכון דלא קנה דמנה אין כאן משכון א"כ וא"כ צריך לטעון שנתחייב לו גוף המלוה במעות שהלוה לו וכיון דתפיסתו אינו קונה אלא ע"י מה שטוען טענה אחרת חוץ לתפיסה הרי הוא כטוען על השטר אג"ק דכיון שאין התפיסה עצמו קנין א"נ אבל אם ידוע החוב ע"פ עדים הרי כבר עשתה התפיסה קנין ונאמן בלא מגו עכ"ל נראה שהמחבר הבין בדברי הרמב"ן שכל שצריך לטעון שעשה קנין אחר חוץ למשיכה זו לא נקרא מוחזק ודוקא במקום שא"צ לטעון קנין אחר רק שבתפיסה זו שהוא תופס הוא עצמו הקנין אז נקרא מוחזק וזה א"א לומר כלל דא"כ תקשה לר' יוחנן דס"ל מעות קונה ואין שום קנין אחר מועיל לר"י במטלטלין במכירה בלא מעות והרי צריך הוא לטעון קנין אחר דהיינו שנתן מעות ולא משכחת לר"י שיהי' נאמן מדאורייתא לטעון לקוח במטלטלין רק מדרבנן. ועוד בעכו"ם דלא קנו משיכה כלל להרבה פוסקים א"נ לטעון לקוח כלל בלא מיגו ואם ראו עדים בידם קודם והודה בפניהם שאיננו מתנה שוב א"נ לטעון לקוח אלא ודאי דכך הוא כוונת הרמב"ן דבשטר כיון שהמשיכה והתפיסה שבידו לא חשיב קנין בשטר בשום אופן שבעולם לא חשיב ג"כ להיות מוחזק מחמת המשיכה והתפיסה שבידו אבל במטלטלין כיון שהמשיכה חשיב לעשות קנין לפעמים כגון במתנה ובמקום דליכא חסרון ממון כגון שמכר בעד חוב קדום חשוב ג"כ המשיכה והתפיסה להיות מוחזק על ידם אף שצריך לטעון שעשה קנין אחר כמ"ש התוס' בב"מ דף ח' דאי רכובה לבד קונה הוי מוחזק אפי' במקום מנהיג אף שרכוב במקום מנהיג לא קנה וצריך לטעון שעשה קנין אחר ודוקא כשהרכיבה אינו קנין כלל אז לא מיקרי התפיסה ברכיבה מוחזק ולכך לר"י דסבירא ליה מעות קונה וצריך לטעון שעשה קנין מעות מ"מ כיון דבמקום דליכא חסרון מעות המשיכה והתפיסה בידו הוא קנין חשיב מוחזק לטענתו וה"נ כיון דאחר הלואה קני ליה המשכון במשיכה לשיעבודו חשיבא המשיכה והתפיסה שבידו מוחזק לטענתו שכבר הלוה ולכך הוצרכו הפוסקים לטעמים אחרים ועוד דהא מבואר בסי' ל"ט סעיף י"ז דאם הוחזק במשכון להלות לו נתחייב להלות לו ומוציא ממנו ההלואה בדיינים ולפ"ז דמי ממש לטוען מכרת לי החפץ וקניתי אותו במשיכ' ונתחייבתי לך הדמים ופרעתי לך ה"נ יכול לומר נתתי המשכון להלות לך וקניתי אותו ונתחייבתי להלוות לך והלויתי לך כיון דבמשיכת המשכון לבד קנה

להמשכון ובמשיכת זו נתחייב להלותו עכצ"ל דכשנותן המשכון כדי להלות הוי כאומד לו קני גוף המשכון ששיעבד שלך ול"ד למי שאמר הריני נותן לך מנה במתנה ונותן משכון דכשלא נתן על ההלואה אין שם משכון עליו רק שהוא הולך לשיטתו מה שכ' בסי' ל"ט שמדמה נותן משכון לצורך הלואה לנותן משכון למעות שרוצה ליתן במתנה ול"ד זה לזה כי עוכלא לדנא וכל בית דין שבישראל פוסקין הב' הדינין דקנו בנתן לו משכון כדי ללות והא בסימן ר"ז דלא קנו בנתן לו מנה במתנה:

לא **בשבועה**. עש"ך ס"ק ס"ז דאפי' הלוה טוען שמא וכו'. ואף דהלוה מודה בפרוטה וטוען על המותר שמא מ"מ לא הוי מח"ש ואינו יכול לישבע משלם אף דמכריע הש"ך בס"ק קי"ח דמשכון לא הוי הילך מ"מ הא הש"ך בס"ק ג' כ' בשבועת ע"א דלא הוי רק שבועת המשנה כיון שבא ליטול משכונו א"כ ה"נ לענין שבועה מודה במקצת דלא הוי רק שבועת המשנה דהא בא ליטול משכונו ובשבועה דרבנן לא אמרינן בי' מחשואיל"מ משא"כ התם בס"ק קי"ח דמיירי שתבעו בחוב היותר על המשכון הוי שבועה דאורייתא ממש דנשבע ואינו נוטל ומ"ש בספר קצה"ח לתרץ קושית הרמב"ן מהא דאומן וכן בשאר דיני נאמנות דמשכון יבואר אי"ה בסי' פ"ט ובהל' חזקת מטלטלין:

לב **תפס מעות**. בתומי' כ' דדוקא במותרין שמותר להשתמש בהן מהני תפיסה אבל בצרורין שאסור להשתמש הוי כתפס חפץ ע"ש. וליתא דהא כשתפס בע"כ ודאי דאסור להשתמש והוי כמעות צרורין ואפ"ה מהני תפיסה (ועש"ך ס"ק ע"ד ויש שם ט"ס וצ"ל אם אין הלוה מודה ועש"ך ס"ק פ"ז ויש שם ג"כ ט"ס וכצ"ל אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אע"ג שלא מסרו לו בעדים וכו'):

לג **שאינן ראויין להחזיר** וא"י לומר לא ידעתי שלא אהיה נאמן בב"ד ונתפשרתי עמך והחזרתי לך. דכיון שהיה לו טענה אמרינן חזקה שלא החזיר בלא תביעה בפני ב"ד דמי יימר דמחייבים ליה רבנן כדאמרינן בב"ב. ודוקא שהיה טוען לקוח אבל אם טוען ממושכן יכול לומר פרעת לי והחזרתי לך המשכון לא נתקלקל המנו שלו ואין להקשות מסי' ע"ט ס"ח דאם טען בפני עדים חוץ לב"ד לא לויתי דאם לא אמר אתם עידי אפילו באו עדים ומכחישו ואמרו שלוה שיכול לטעון אפילו פרעתי קודם ואם אמר אתם עידי אינו יכול לטעון פרעתי קודם אבל מכל מקום יכול לטעון פרעתי אחר כך ומשמע לכאורה דאם תבע בניסן בפני עדים ואמר אתם עידי ואמר לא לויתי ואחר כך תובעו בתשרי דיכול לטעון פרעתי אחר כך בין ניסן לתשרי אם כן ק' דמאי בכך שטוען מעיקרא לקוח מ"מ מה"ת לא יהיה יכול לטעון שהחזיר אח"כ כמו באם טען מקודם להד"מ שיכול לטעון שהחזיר אח"כ כמו בסי' ע"ט ובטור שם מבואר דהדין כן גבי פקדון

אבל באמת ל"ק מידי דאין הכוונה שם בסי' ע"ט בהא דיכול לטעון שפרע אח"כ היינו בין ניסן לתשרי קודם שתבעו בב"ד דבזה ודאי דא"נ דכיון שכפר בפני עדים וחזינן דדעתו היה לכפור ודאי לא פרע אח"כ רק הכוונה במה שכ' שיכול לטעון שפרע אח"כ היינו שכפר חוץ לב"ד ואח"כ הביא הלוה עדים בב"ד שלוה ובב"ד שתק ולא כפר כיון שראה שבאו עדים וחייבוהו ב"ד לשלם ויצא ואמר פרעתי נאמן ובזה חלוק דינו מהוחזק כפרן בב"ד דבהוחזק כפרן בב"ד אפי' לטעון פרעתי אחר שיצא הפס"ד א"נ שוב בממון זה לעולם לטעון פרעתי משא"כ כשהוחזק כפרן רק לפני עדים יכול לטעון פרעתי אחר הפסק דין וכן מבואר בבעה"ת שער מ"ב דין י' בהדיא וז"ל אבל אם אמר אחר שנתעצמו בדין פרעתי נאמן וכו' הרי מבואר כדברי אבל לטעון פרעתי אחר שכפר קודם שחייבוהו הב"ד ודאי דאינו נאמן לכ"ע כמו בכאן ואפי' לא אמר אתם עידי אינו נאמן לטעון שפרע אחר שכפר דכיון שהיה דעתו לכפור ודאי לא פרע אחר שכפר והא דבעינן אתם עידי בסי' ע"ט היינו לענין לטעון פרעתי קודם ומה שאמרתי לא לויתי לא בדיוק אמרתי לענין זה בעינן דוקא אתם עידי מטעם דהא לא נוכל לחייבו רק מטעם דכשאומר לא לויתי הוי כהודאה שלא פרע וכיון דבהודאה גופיה בעינן אתם עידי דבלא"ה יכול לומר להשטות כוונתי כמו שהשטית בי לתבוע דבר שאיני חייב לך כך השטיתי בך ואמרתי לא לויתי אף שהאמת הוא שלויתי ופרעתי השטיתי בך לו' לא לויתי אבל לענין לטעון שפרע אחר שכפר בודאי דא"י לטעון אפי' לא אמר אתם עידי דכיון שאומר שפרע אחר כך הרי הודה שהיה חייב לו בשעת תביעה ולמה היה לו להשטות בו דהא לא שייך לומר כמו שהשטי' בי דהא מודה שתבעו באמת וע"כ דעתו היה לכפור בממון דחבריה מש"ה אינו נאמן לומר פרעתי דכיון דרצה לכפול שוב לא ישלם בלא בית דין דכאן אין שייך לחלק בין אמר אתם עידי או לא כיון דלא דלא שייך טענות משטה ובודאי לכפור נתכוין אין חילוק כלל וזה פשוט: ובעיקר דינים אילו אימת נאמן לטעון משכון והא דלא נאמן במיגו דנאנסו יתבאר לקמן בהל' חזקת מטלטלין אי"ה:

לד **ואפילו אמר בשעה שראו העדים שחייב** ומירי שראו עדים סמוך לתביעות או שהתרה בו אל תחזירני כמבואר בסימן קל"ג דאל"כ יש לו מיגו לומר שפרע לי והחזרתי לו משכונו. ועש"ך ס"ק צ"א דאם היה טוען מעיקרא לקוח ונם עכשיו בפני ב"ד טוען לקוח דמהימן רק כשטוען ממושכן וחזר וטען בפני ב"ד ג"כ ממושכן לא מהימן דבממושכן הכל תלוי בשבועה שיפסקו לו הב"ד עכ"ד. והנה צ"ל בכוונת הש"ך דאף דלהראב"ד שהביאו הש"ך בס"ק ע' ל"צ שבועה מ"מ יש לחלק דבמשכון א"י לזכו' בו רק ע"פ גביית ב"ד משא"כ בלקוח שלפי דבריו ממילא הוא שלו אך לכאורה מ"מ תמוהין

דכיון דאם טען לפני עדים לקוח וחזר וטען ממושכן שא"נ כיון שכ' הש"ך באם חזר וטען לקוח דמהימן להימן כשטוען ממושכן במיגו דהיה טוען לקוח וכן תמה בתומים. ונראה ליישב דבריו דהא ע"כ הא דמבואר בסימן פ' דיכול לשנות מפטור לפטור ע"ש ע"כ לאו מטעם מיגו הוא. והא שכתבו הפוסקים הטעם משום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה הוא לאו דוקא כמ"ש בקצה"ח בסי' פ' ע"ש דהא מבואר בכנה"ג בסימן פ"ב בכללי מיגו באות קל"ג דכל שבא לסתור דבריו הראשונים לא מהימן אפילו במיגו והוא מדברי הריב"ש בסי' קצ"ג שמביא ראיה מב"ב באמר עבדי וחזר ואמר בני דא"נ אף שיש לו מיגו דאי בעי יהיב ליה כמתנה אלמא דאפילו יש לו מיגו א"נ כשחוזר מדבריו הראשונים. ועיין בתומים דהא לשנות מפטור לפטור הוא מטעם דטעם הראשונה לאו בדיוק אמר' ויכול לחזור מדבריו ע"ש בתומים בכללי מיגו סי' קל"ג. וראיה לדבריו דהא מבואר בסי' פ' דכשנכתבו הטענות שוב א"י לשנות אפי' מפטור לפטור משום דכשנכתבו ודאי בדיוק אמרה ע"ש וקשה דמה בכך שבדיוק אמרו מ"מ עכשיו מודה ששקר אמר תחלה ועכשיו טען טענת אמת ויש לו מגו דאי בעי עמד בטענה הראשונה וכי משום ששקר בתחלה לא מהני מיגו אלא ודאי כמ"ש הריב"ש הובא בכנה"ג הנ"ל דכשבא לסתור דבריו הראשונים לא מהני מגו מכח ההוכחו' שמביא הריב"ש ע"ש רק דכל שבא לשנות מפטור לפטור חשבינן לטענה הראשונה כאלו לא אמרה כיון דלאו בדיוק אמרה או כאלו טען טענה זו שטען עכשיו מקודם ולכן נראה דסובר הש"ך דהא דיכול לשנות מפטור לפטור הוא רק במקום דאילו לא אמר כלל בראשונה היה ג"כ יכול לטעון טענה זו שטוען עכשיו אז יכול לשנו' אף שטען בראשונ' ולשנות מסטו' לפטו' כיון דטענה הראשונה לאו בדיוק אמרה והוי כאילו לא אמרו ומש"ה בדברים שאינן עשוין להשאיל דאף אם לא טען כלל בראשונה כשראו בידו מהימן לטעון לקוח מש"ה אף אם טוען מקודם לקוח ואח"כ טען ממושכן נאמן דיכול לשנות טענותיו מפטור לפטור כיון דטענה הראשונה לאו בדיוק אמרה חשבינן אותו כאילו לא אמרה כלל משא"כ בדברים העשוים להשאיל וטען מקודם לקוח אינו יכול לשנות מפטור לפטור ולטעון ממושכן מטעם דאף דנאמר דטענה הראשונה לאו בדיוק אמרה וכאילו לא טען כלל בראשונה דמי מ"מ הו"ל ראה בדברים העשויין להשאיר ומוציאין מידו דהא אפילו אם טוען ממושכן תיכף לפני עדים הו"ל ראה מטעם כיון שאינו יכול לגבות בהאי טענה כיון שצריך שבועה הו"ל ראה. מכ"ש כשטוען לקוח בשקר מקודם שהוא הודה עכשיו כשטוען ממושכן שבשקר טען לקוח מקודם דה"ל כראה בלא טענה כיון שטענת לקוח לאו טענה הוא דהא בשקר הוא ולפ"ז אפשר דאף בב"ד כה"ג אינו יכול לשנות מפטור

לפטור כה"ג דהיינו מטענת לקוח לטענת ממושכן כשראו מקודם ומ"ש הש"ך דאם טען בראשונה לקוח נאמן במיגו דלא היה מראהו נראה לפענ"ד דהיינו דוקא כשהראהו לפני העדים בכוון לומר לפניהם לקוח דאז מיגו דלא היה מראהו מגו מעליא הוא אבל אם הוא הלביש לצרכו וראוהו עדים ואמר לפניהם לקוח א"נ דאין לו מיגו דהא העדים מעצמן ראו ומכ"ש אם לאחר כ"ד לראייתן אמר לקוח דלא הוי מגו דלא עדיפא עדים מב"ד דבב"ד ג"כ לא הוי מגו כה"ג רק תכ"ד דמגו למפרע לא אמרינן וכ"ה בש"ך סימן קל"ג ס"ק א' דאם ראו העדים קודם שאמר לקוח אינו נאמן ע"ש והכל לפי ראות עיני הדיינים אם יש לו מיגו דלא היה מראהו. והשתא ל"ק הא שהקשה בתומים מהא דראה טליתו ביד האומן בב"ב מ"ה שא"נ לטעון אתה מכרת לי אפילו שאמר כן בשעת ראיה ולפמ"ש א"ש דשם מיירי שהאומן לא הראה להעדים בכדי לומר לפניהם רק שהעדים מעצמן ראוהו מש"ה א"נ. ומ"ש הש"ך דאל"כ אין לך אדם שקנה חפץ מחבירו דחבירו משוי ליה ראה וכו' ודאי אי משוי ליה ראה יטעון מיד לקוח וכו' כוונתו דאי נימא דלא מהני טענת לקוח חוץ לב"ד אפילו יש לו מיגו א"כ לא יקנה שום אדם מחבירו כשלא יהי' עדים בשעת קנין ולפמ"ש א"א למצוא עדים בשעת קנין משא"כ להש"ך דס"ל דמהני מגו אפילו חוץ לב"ד כשטוען לקוח א"כ כשמראה פעם אחת החפץ בעדים ואומר לקוח דיש לו מיגו שוב אפילו רואים אותו כמה פעמים עדים אח"כ במקום דלית ליה מיגו נאמן הוא מכח טענה הראשונה שהיה לו מיגו ומוכח זה מהמ"מ דגם לדבריו צ"ל דההחשש הוא דילמא משוי ליה ראה ומה שסיים הש"ך דכשיטעון זה האמת שלקחו מחבירו יתחייב להחזירו וכו' אף שהש"ך סובר דכשטוען תיכף לקוח דנאמן היינו דוקא כשהלוקח ראשון טוען לקוח מהמערער נאמן במיגו דלא היה מראהו משא"כ לוקה שני שטוען שלקח מלוקח ראשון וא"י אם הלוקח ראשון לקחו מהמערער או לא לא מהני המיגו שיש לו דלוקח שני נגד הלוקח ראשון וכשמשוי ליה המערער ראה מחוייב הלוקח שני להחזיר אף שטוען האמת שלקחו מראשון דעיקר דינים אלו יתבארו אי"ה בהלכות חזקת מטלטלין עיין שם:

לה **ואם יש עד אחד.** עש"ך ס"ק צ"ד ובתומים הקש' מאומן דסימן פ"ט ויתבאר שם אי"ה: ומ"ש בסקצה"ח הטעם דמהימן ביש עדים כיון שנולד הספק ע"פ עדים הוי כדררא דממונא דמהני תפיס' ליתא כמ"ש בכללי דיני תפיס' דלא מהני תפיס' רק בטוען על גוף החפץ שהוא שלו ולא כטוען שיש לו שיעבוד על החפץ ע"ש. והנה אם ידוע סך הלוא' על פי עדים רק שטוען הלוה פרעתי מבואר בבעה"ת שער מ"ט ח"ב דין א' שדינו שוה כשטוען פרעתי נגד השטר דהמלו' נשבע ונוטל. ומשמע אפי' ליכא מיגו כמו בטוען

פרעתי נגד השטר ע"ש (ועסמ"ע ס"ק ס"ב יש שם ט"ס וכצ"ל אף אם נחשוב הספרים לדברים העשויין וכו' מחמת שהן עכשיו בידו א"י להוציא וכו' ועש"ך ס"ק ק"ג ויש שם ט"ס וכצ"ל אלא אפילו להרא"ש דטעמא דטוען על המשכון צריך לישבע וכו'):

לו **מעצמה הולכת ורועה.** עש"ך ס"ק ק"ה דבדליכא עדי ראה נאמן במיגו. ובתומים השיג על הש"ך מהא דכתובות פ"ה דאמר התם אי אית לך סהדי דלאחר מיתה תפסוהו וכו'. והקשה שם הר"ן הא כשיבואו עדים דתפסוהו שוב א"נ לטעון ללוה. ותירץ אי אית ליה עידי ראה ה"נ הכא מיירי דלית ליה עידי ראה ואי ליכא עדים דתפסה לאחר מיתה הו"ל מגו דההחזרתי. וקשה א"כ מאי פריך בגמ' שם והאר"ל הגודרות אין לו חזקה הא כי ליכא עדי ראה מודה ר"ל ומזה הוכיח דבגודרו' אפי' ליכא עידי ראה א"נ דגודרת בחזקת מרא קמא קיימי והו"ל מיגו להוציא עכ"ל. ולפענ"ד הא ליתא ומהר"ן אין ראיה כלל דהר"ן הכי תירץ דמש"ה הי' מצריך להביא ראי' דוקא דתפסוהו לאחר מיתה דאי לא מייתי ראיה רק שתפסוהו סתם הוי ג"כ צריך להביא עדי ראה. ובגמ' שם הכי מקש' אהא דאמר התם ואי לא מתוך שי"ל לקוח נאמן לומר מחיים תפסתי וע"כ א"א לומר דמיירי ג"כ בליכא עדי ראה ואיכא עדי תפיס' התם דא"כ קשה הא לקוח ג"כ לא מהימן לומר רק במיגו דההחזרתי וא"כ הי' לו לומר בפשיטות מתוך שי"ל החזרתי אלא ע"כ דאמר מגו דלקוח לפי שלא שאל אם הי' עדי ראה. לזה אמר לו אי אית לך עדים שתפס לאחר מיתה לא מהני אפי' ליכא עידי ראה ואי לא פי' דלית לך כלל עידי תפיס' אפי' יש לך עדי ראה מ"מ נאמן במיגו דלקוח דנאמן אפי' ליכא מגו. וע"ז מקשה הש"ס שפיר הא הגודרת אין לו חזקה וא"נ לטעון לקוח במקום דלית ליה מיגו דההחזרתי. גם הא דמוכיח מהא דהקשה הש"ס בב"ב גבי עיזי דאכלו חושלא דנאמן במיגו דלקוח הא הגודרת אין להם חזקה ולא משני דמיירי בדליכא עידי ראה ג"כ לא קשה דהש"ס מוכיח מדקאמר מגו דלקוח ולא קאמר מגו דההחזרתי ע"כ מיירי במקום דליכא מגו דההחזרתי דאפ"ה נאמן במגו דלקוח ומקשה שפיר:

לז **שנפחתו דמיו.** עש"ך סי' קט"ו מה שכתב לתרץ דבברי ליכא ש"ש. ולכאור' קשה דהא מ"מ גובה חובו מהמשכון ועכ"פ היה לו לישבע שבועת המשנה כדין נשבע על המשכון. וצ"ל דמיירי שכבר פרע לו וכמ"ש בס"ק קכ"א ובזה א"ש ג"כ מ"ש לתרץ קושית הסמ"ע שהרשה בס"ק פ' ע"ש. והש"ך סותר דברי עצמו מה שכ' בסי' צ"ב ס"ק י"ב דלא משכחת שיהי' השומר פטור משבועת שומרים רק באופנים שכ' שם וא"ל דהכא ג"כ מיירי באופנים שכ' שם דזה דוחק גדול דלא הי' להו לפוסקים לסתום. אמנם העיקר כמ"ש התומים כמבואר בהרב' פוסקים דאף כשטוען ברי שייך ש"ש רק דכשהתובע

טוען ברי שנעשה בפשיע' וליכא עדים שנעשה שומר נאמן במגו דלהד"ם דהוי מיגו ממעיז למעיז להך דיעה דס"ל דאמרינן מגו לאפטורי משבועה במקום דלא הוי מיגו דהעזה ולפענ"ד יש לתרץ קושייתו דהא מוכח לקמן סי' מ"ה סעיף כ"א דדוקא כשכ"א תובע לחבירו הוי כשני תובעין אבל כשאחד אינו תובע רק שמשיב יש לי בידך כנגדו מיחשב כטענת פרעון ולית ביה משום דין מודה במקצת אף שהראשון תבע להשני מנה והשני תבע לראשון כור חטים שהיא תביע' אחרת והודה לו במקצת החטין מ"מ כיון שטען תיכף יש לי בידך כנגדו ועשה אותם בפרעון אין עליו דין שבועת מודה במקצת. ולפ"ז נראה דהיה בראובן שתובע לשמעון בשטר מאה זהובים ושמעון טוען יש לי בידך כנגדו בור חטים ויש לשמעון עד אחד דאין ראובן חייב לישבע ש"ד כיון דשמעון עשה תביעה זו לפירעון דהא תיכף השיבו אין לך בידי שהרי יש לי בידך כנגדו דמי ממש לפרעון וראובן המלוה נשבע שבועת המשנה ונוטל כנ"ל ברור: ולפ"ז נראה דהיה בנ"ד שהמלוה יש לו שטר או משכון על הלוה והלוה טוען ברי פשעת במשכון ונתפרעת ומגיע לי להחזיר השטר או מה שנשאר מהמשכון בחנם והמלוה טוען נאנסו ולא נתפרעתי עדיין והרי שבועה זו שישבע המלו' הוא כדי ליטול ולהכחיש טענת פרעון של הלוה אין בזה שבוע' דאורייתא כי כל השלש' שבועות שהן מדאורייתא דין אחד להם וכשם ששבועת מודה במקצת ושבועת ע"א אינן מדאוריית' אם כדי ליטול כמבואר בכתובות פ"ז ובפוסקי' ה"נ לשבוע' השומרים כשהלו' אינו תובע רק שטוען ברי פשעת ועושה אותו לפירעון והמלו' צריך לישבע כדי ליטול (") אין בזה שבוע' דאורייי' ובסעיף י"ד דנשבע המלוה שבוע' דאוריית' שם מיירי שתובע הלוה למלו' ביתרון דמי המשכון על החוב ובזה ודאי נשבע שבוע' דאוריית' על היתרון וממילא נשבע גם על חובו לגבותו מצד גילגול וכן אם אין הלו' עושה אותו לפירעון רק שטוען שרוצה לפרוע ותובע גוף המשכון וטוען אולי ברשותו הוא ודאי דנשבע המלו' שבוע' שא"ב מדאוריית' ושלא פשע מצד גילגול בשאר שומרין. אבל כשטוען ברי פשעת ועושה אותו לפירעון והמלו' צריך לישבע כדי ליטול נרא' דאין בזה משום שבועת השומרים דאורייתא ואי תיקש' דמ"מ צריך לישבע שבועת המשנ' כדין נשבע על המשכון זה קשה לכל הפירושים. ונרא' דהעיקר כדברי הסמ"ע כמ"ש בס"ק פ"ז דדוקא כשמחולקין בגוף ההלוא' חייב לישבע שבועת הגאונים משא"כ כשמחולקין בפחת ונראה ליתן קצת טעם לדברי הסמ"ע דמבואר בבעה"ת שער מ"ט חלק ב' דאם מחולקין בפרעון במשכון דדינו כמו בשטר ומבואר בסי' ע"ה דאין נאמן בטענת יש לי בידך כנגדו רק מחמת שיש לו מיגו דפרעתי וא"כ ה"נ במשכון כשטוען עליו מחמת פחת שנפחת המשכון בפשיע' הוי כטענת יש

לי בידך כנגדו וכמ"ש בסמ"ע ס"ק י"ד ע"ש דאינו משביעו רק מטעם מיגו וכיון דכאן במשכון יש להמלו' ג"כ מיגו דלהד"ם או החזרתי לא אלים מיגו של הלו' ממנו של המלו' דע"כ לא אמרי' דמגו לאפטורי משבוע' לא אמרי' רק היכא שהשבוע' הוא עליו מדינא אבל אם השבוע' לא בא עליו רק מכח מגו אמרי' במלו' ג"כ מגו לפטור דכמו שיש סברא לי' מכח המגו של הלו' שאומר אמת כדי לחייבו שבועה ה"נ יש סברא לו' מכח המגו שיש להמלוה שאו' אמת כדי לפוטרו משבועה וכיון שהמלוה מחזיק אלים מגו דידיה ממגו של הלוה. ובספר קצה"ח כ' כיון דבמשכון שנפחת מדמיו הדין דזה גובה וזה גובה דהיינו המלו' גובה במעות כדין בע"ח והלוה גובה דמי פחת המשכון בקרקע כדין מזיק. ולפ"ז אם טוען יש לי בידו כנגדו מחמת שנאבד המשכון כנגד כל החוב והמלוה או' פחות דהוי כאילו הוא תביעה אחרת על המלוה. וליתא לפענ"ד כמש"ל דזה לא הוי רק כטענת פרעון מהלו' כיון שעושה אותו לפירעון כמ"ש לעיל ס"ק פ"ח. וגם דינו אינו נרא' שיהי' במשכון דין זה גובה וזה גובה. דגדולה מזו כ' הסמ"ע בס"ק פ"ה דאפי' רק נפחת המשכון צריך לקבל מה שנשאר מהמשכון בחובו. ואך הש"ך דחולק מודה בהא דהא לגובייניא שקלי' וכשפשע בו ואין מחזירו א"צ לסלק לו דמי חובו כנ"ל ברור. גם מה שהביא ראיה מהש"ג פ' הפרה נראה דלא קיי"ל כן דזה כדיעה אחת במרדכי פ"ק דמציעא אבל הביא שם במרדכי דעת החולקין וכן מבואר בסי' ע"ה גבי מלוה בע"פ דאם טוען י"ל בידך כנגדו דהוי כטענ' פרעון ולא חילק כלל בין טוען שיש לו חפץ או מעות:

לח **המשכון הילך הוא.** עש"ך ס"ק קי"ח שהקש' מהרמב"ם. ונראה לפמש"ל דבמשכון מטלטלין לכ"ע למפרע הוא גובה א"כ א"ש דהרמב"ם מיירי כשאינו גובה מהמשכון רק שנותן לו מעות מביתו ודאי לאו הילך הוא אבל הכא מיירי שאין לו לשלם ממקום אחר וגובה מהמשכון וכיון דלמפרע הוא גובה ואי אקדים וזבין מלוה מוקדש ומכור וכן אם קידש בו אשה מקודשת למפרע ודאי דהוי הילך דהא לא שייך סברת הש"ך וגם התומים כתב דכשנתרצה להחליט לו המשכון דהוי הילך אך לא כתב טעם לזה ולפי עניות דעתי נראה ברור כמו שכתבתי ובש"ך שם יש ט"ס דלא אמר רבי יהודה אלא שלא בשעת הלואה וכו' והניח לה משכון עליה אינה מקודשת דאם נותן לו משכון לא מיקרי הילך דמנה וכו' ועש"ך ס"ק קי"ט ויש שם ט"ס וכן צריך להיות ישלם לו במזומנים עשרה עש"ך ס"ק קכ"א ויש ט"ס וכן צריך להיות שאינן מחולקים בסך ההלואה רק בשיעור הפחת וכו' ושם בס"ק זה בד"ה והנה נראה שהסמ"ע והב"ח וכו' יש ג"כ ט"ס וכצ"ל דבריש דבריו מיירי שהמשכון אחר שנפחת אינו שוה כדי שיעו' חובו וכו'):

לט **א"י כמה נפחת.** עש"ד ס"ק קכ"ב. עד מניחו בב"ד וכו'. וכוונתו נראה דוקא כשהסכימו שניהם להחליט המשכון בעד חובו ועכשיו תובע הלוה להמלוה דמי הפחת וכיון שהמלוה מודה במקצת הפחת וא"י כמה הוי משואיל"מ. אבל בסתם ודאי אין על המלוה ש"ד רק כשנשבע ונוטל מהמשכון דטענת הלוה על הפחת הוי כטענת יש לי בידך כנגדו ובטענת יש לי בידך כנגדו אף שהמלוה מסופק והלוה טוען ברי ישבע שא"י וגובה חובו כמש"ל בסי' כ"ט בחידושים ס"ק א' ע"ש וכיון שזה הפרוטה שהמלוה מודה ומגביהו מהמשכון הוי כפקדון אצל המלוה והילך וכמ"ש הש"ך ס"ק קכ"א ע"ש:

מ **ואם לא נתרצו שניהם נשבעים.** תמוה לי דהא בסי' קל"ח סעיף א' גבי שנים אוחזין בטלית דשניהם נשבעים מבואר דאם אחד אמר לחבירו השבע וטול כולו שומעין לו. ואם גם השני א"ר לישבע חולקין בלא שבועה. ומ"ש הכא שכ' דאם לא נתרצו שניהם נשבעים. ועוד ק' לי כיון דדינו דשבועת היסת דיכול להפכה וכשחבירו מהפך עליו א"ר לישבע פטור זה בלא שבועה וא"כ כיון שכ"א מהפך שבועתו על חבירו ואין חבירו רוצה לישבע ההיפוך שבועה נפטר השני ממילא נפטרין שניהם משבוע'. ועוד דא"כ בסוף כשבאו לגורל ויפלו הגורל על אחד שישבע ראשון ונשבע ובא לכוף חבירו לשבוע' ודאי דיכול חבירו להפך עליו השבוע' שלו כיון ששוב אין ביד חבירו להפך עליו שבוע' שלו שכבר נשבע. לכן נראה כיון שראובן היפך שבועה שלו על שמעון ונפטר ראובן משבוע' שלו מ"מ כשחזר שמעון ומהפך שבוע' שלו על ראובן שישבע ויטול ממילא נתחייב ג"כ בשבועה ראשונה שהי' עליו מצד גילגול אף שכבר נפטר ממנו דהא מגלגלין אף בדבר שאין בו חיוב שבועה מן הדין ואף בשבוע' הבא לו ע"י היפך וכמ"ש הש"ך בסי' צ"ד ס"ק ב'. וכן הדין בשמעון כשנתחייב בשבוע' שהיפך עליו ראובן נתחייב ג"כ בהשבוע' ראשונ' ותמיד יש להגילגול כל דין עיקר שבוע' שמחמתו נתגלגל השבועה השנית דהא קצת פוסקים סוברים דאם הוא על העיקר שבוע' משואול"מ שמחוייב לשלם גם הגילגול שבועה אף שטוען ברי על הגילגול עסמ"ע ס"ק צ"א ומש"ה כיון שעיקר שבועה שלו הוא בא מחמת היפוך חבירו שהיפך עליו ושוב א"י להפכו אף הגילגול א"י להפך שוב אף שבשאר גילגולים יכול לומר שמהפך הגילגול כמבואר בסי' צ"ד בכאן שא"י להפך העיקר אף הגילגול א"י להפך ומש"ה אף שכבר נשבע האחד אין חבירו יכול לומר אח"כ שמהפך כיון שזו השבוע' נתגלגל עליו מחמת שבועה שבא עליו מחמת ההיפוך שא"י להפכה שוב ולפ"ז א"ש גם שאר הקושיו' דהנה אף דעל ממון זה שחייב שמעון לישבע ליפטר נתחייב ג"כ ראובן עליו שבועה מחמת גילגול ליטול מ"מ הא מבואר בסי' פ"ז סעיף ט' דהנשבע ונפטר אם א"ר לישבע מנדין אותו משא"כ הנשבע ונוטל

כשא"ר לישבע לא הי' עליו תקנה זו כלל לכפותו לישבע ע"ש בסמ"ע ס"ק כ"ב מש"ה יכול חבירו לכפותו להנשבע ונפטר בנידוי לישבע אף שעליו ג"כ הי' חיוב שבוע' על ממון זה מ"מ לא הי' עליו שום כפי' מצד הדין משא"כ על הנשבע ונפטר איכא תקנת כפיה מש"ה יכול כ"א לכפות לחבירו בנידוי על מה שהוא חייב לישבע כדי לפטור משא"כ הא דסי' קל"ח דשם על שניהם הדין דנשבע שבועת המשנ' ונוטל ועל שניהם לא היה' תקנת כפיה בנידוי על שבועתם מש"ה התם כשגילגלו כ"א על חבירו שבוע' ויש לכ"א משניהם שבוע' על כל חלק מהטלית ומש"ה כשאחד א"ר לישבע גם לחבירו אינו יכול לכפות לישבע דהא הוא ג"כ חייב שבוע' להיות נשבע ונוטל על חלק זה כמו שחייב חבירו על חלק זה ושבועת שניהם שוות להיו' נשבעים ונוטלין ולא אלים שבועה האחד משבועת חבירו מש"ה כששניהם א"ר לישבע ואין אחד יכול לכפו' לחבירו הדין דחולקין בלא שבועה. ולפמ"ש נראה דגם שם בסי' קל"ח אחר שחלקו בלא שבועה אם בא אחד להטיל על חבירו שבועת היסת דיכול לכפות זה את זה כמו בכאן כנ"ל ברור:

מא **ברי לי שאתה מכרתו** עמש"ל ס"ק ל"ז בזה ועסמ"ע ס"ק צ' יש ט"ס וצ"ל נפטר בשבוע':

מב **הו"ל שמעון מחשואיל"מ.** עסמ"ע וש"ך והעיקר כהש"ך והט"ז דאינו משלם רק הדינר הג'. ומ"ש בתומים הטעם דא"י לישבע שבוע' שא"ב ליתא דודאי הא דנתנו ליד אחר לא גרע מהטילו לים דאינו משלם רק מה ששוה וכ"כ בסקצה"ח:

מג **ונפטר שמעון.** עש"ך ס"ק קל"ג דאם יש עדים שנאנס דחייב ראובן לשלם חובו וע"י שבועת לוי סיים בצ"ע. וכ' ביאורים דאין כאן ספק כיון דשמעון נפטר משמירת המשכון חייב ראובן לשלם חובו ע"ש ולפענ"ד נראה לפמש"ל בסי' ס"ו ס"ק י"ב במשכון בשעת הלואה א"י למכו' רק להחזיק המשכון עד שיפרע חובו אבל לא לתבוע גופו של לוה א"כ הכא כיון שנאבד המשכון אבד זכותו. וזהו דוקא בנתן משכון במתנה אבל במשכון ללוי דאז חייב שמעון לשל' ללוי ושמעון תובע החוב מראובן באמת אין כאן ספק. ובקצה"ח כ' דבמשכון אינו גובה החוב רק המשכון ולא ידעתי כוונתו ואולי כוון למ"ש. ומה שהקש' בספר קצה"ח דאפי' ברישא כשהוא ביד מי שאינו רגיל להפקיד שמ"מ יתחייב להחזיר ללוי חובו כיון שקנה החוב לק"מ דמה מכר ראשון לשני כל זכו' שתבוא לידו וכיון ששמעון כשא"י לישבע א"י לגבות מהמשכון ממילא גם לוי אינו יכול לגבו' בו:

מד **ואם פשע לוי.** עסמ"ע וש"ך ויתבאר אי"ה בסי' רצ"א:

מה **אפי' אם הי' גדול.** עסמ"ע וש"ך ויתבאר ג"כ אי"ה סי' רצ"א:

מו **ואם הוא מסופק** בקצה"ח הקש' דלהמחבר דס"ל במשכון הוי ש"ש משום פרוט' דר"י והוי בדין זה גובה וזה גובה הוי המלוה כא"י אם נתחייבתי לך כו'. וליתא דבמשכון ל"ש זה גובה וזה גובה כמש"ל. ועוד דאפי' בדבר אחר כשהלו' עושה זה לפרעון (") הוי כספק פרעון קודם לספק הלואה דמבואר בש"ך סי' ע"ה ס"ק ך"ז דאם המלוה ג"כ מסופק פטור ע"ש ועדיף מטענ' יש לי בידך דא"נ רק במגו וממילא בטענות ספק ל"מ דלא שייך מגו דטענת יש לי בידך טענ' גרוע משא"כ במשכון דלאו טענה גרוע דידוע שהי' שלו בידו וכמש"ל ומ"ש משום דהוי דררא דממונא ומהני תפיס' ג"כ ליתא דלא מהני תפיס' בדררא דממונא כ"א בטוען על גוף הדבר שהוא שלו כמש"ל בכללי תפיסה ע"ש:

מז **הוא הרשני ללמוד**. עש"ך ס"ק ק"מ דאם טוען הוא אמר לי שראובן נתן רשות למי שילוה עליהם ללמוד בהן פטור וכו'. נראה דמיירי אפי' במקום שאין לשמעון מגו כגון שיש עדים שהי' של ראובן ואיכא עידי ראה שמעון נאמן לומר טענות שאולה ושכורה וטענות הרשא' דבדברים העשויים להשאיל אם טוען השאלתי לזמן רב והמשאיל מכחיש ואומר שלא השאיל רק על זמן קטן השואל נאמן דמטלטלין הוי מוחזק ול"ד לקרקע כמ"ש התוס' בב"מ ק"נ ד"ה פרדיסי ובמ"ל פ' ט"ו מטוען ע"ש (וע' סמ"ע ס"ק ק"א עד דבשליחות של לוי וכו' והוא ט"ס וצ"ל של שמעון):

מח **חייב לשלם לראובן**. עש"ך ס"ק ק"מ שכ' דאם ראובן הרשה לשמעון ושמעון ללוי אף דאין השואל דשאי להשאיל מ"מ בדיעבד לא מיקרי פשיע' ופטור ע"ש ואף דשמעון ודאי חייב לשלם הפחת דהא א"י לישבע שנפחת מחמת מלאכה כמבואר בסעיף ל' נפטר ראובן מדמי חובו נגד שמעון והוי כאלו פטר לשמעון והי' אפשר לו' לכאורה דחייב לוי להחזיר לראובן המשכנות דדוקא כשמכר שמעון המשכון ללוי לא מהני מחילת שמעון ולא הפרעון שפרע לשמעון דלוי קנה גוף החוב במשיכת משכון כמבואר בסי' ס"ו אבל הכא שלא מכר גוף החוב רק שהלו' לעצמו מעות מלוי על משכונו של ראובן ושיעבוד הגוף של ראובן נשאר ביד שמעון ונפקע ע"י מחילה או פרעון ממילא נפקע גם השיעבוד נכסים שעל המשכון. אבל באמת זה אינו דכיון שהשכין אותו המשכון לאחר ויש לו קנין בהמשכון נקנה המשכון להאחר ולא מהני מחילתו ולא פירעון המלו' הראשון:

מט **וטוען היורש שהמשכון נאנס**. עש"ך ס"ק קמ"ב עד ואם טוען היורש שודאי החזיר חייב הנתבע היסת ובתומים הקשה דאם היורש טוען ודאי שהחזיר יהי' נאמן במגו דנאנסו. ולק"מ דהא אפי' אם הי' היורש טוען נאנס והלו' הי' טוען ודאי קבלת דמיו דעת הסמ"ע בס"ק י"ג דאפי' לית לי' ללוה מגו כגון במלו' בשטר נפטר הלו' עש"ך ס"ק קכ"ו ואפילו להש"ך דס"ל שם דכל שאין להלו' מגו דהמלו' נשבע ונוטל כבר כתבתי הטעם

לעיל דהוא משום דזה הוי כטענת יש לי בידך כנגדו דכשטוען מכרת או פשעת דאחזוקי אינשי בגנבי או בפושעים לא מחזקינן וטענה גרועה ולא מהימן בלא מגו וע' בסי' רצ"ד בס"א ס"ק ג' אבל בטוען ברשותך הוא ולא החזרת לי ודאי דנאמן הלו' דאדרב' טענת המלו' שהחזיר המשכון בלא דמים טענה גרוע' ולא שכיחא הוא דאפי' נגד טענת נאנס חשבינן החשש דשמא ברשותו הוא רגלים לדבר כמ"ש הסמ"ע שם ועוד דכיון שכתוב המשכון בשטר לא הי' לו להחזיר עד שיכתוב שובר דכיון שאי אפשר לו לתבוע הלוה עד שיראה השטר לפני ב"ד ושם כתוב ג"כ המשכון והוי כאלו השטר שנכתב המשכון תח"י המלוה והחזרתי נגד דבר המבואר בשטר טענה גרועה ולא מהימן בלא מגו וכאן הוי מגו להוציא. ומ"ש בתומים הא בשטר אמרי' מגו להוציא לק"מ דהא עיקר הטעם דאמרי' בשטר מגו להוציא הוא משום דחזקה דשטרא בידיה מסייע להמגו וכאן ליכא חזקה דשטר' בידי' מאי בעי דהא המשכון בידו הי' מקודם והוא ברור ופשוט:

נ **וטוענין היתומים שאביהם צוה.** עש"ך ס"ק קכ"ג דאם אין טוענין ודאי דהדין עם הלוה וכו' וצ"ע. ובתומים תמה דא"כ מי שהניח משכנו' א"צ הלוין לשלם רק פ"א. ולפעד"נ דלפמש"ל סק"ל דלענין זה שלא יהיה צריך להחזיר המשכון עד שיפרע לו קנה ליה קנין גמור ומש"ה בהכחשה אינו נשבע רק היסת כמ"ש הש"ך ס"ק ע"א נראה דה"נ כן הוא דאם היתומים רוצים לגבות מהמשכון דאז צריכין לתבוע גופו של לוה תחלה זה הוי ודאי כלהוציא ואין טוענין עבורם אבל כשרוצים רק להחזיק המשכון דלענין זה הוי כלהחזיק וטוענין עבורם כנ"ל ברור וראיה ברורה לזה דאלת"ה הש"ך סותר דברי עצמו שכ' בסי' ס"ה ס"ק י"ג וז"ל דאם הן כתובין בענין שיכול לנכותן אפי' ידעינן שאינן של אביהם טענינן להו שלקחן למשכון ע"ש ומשמע אפי' עד כדי דמיהן אלא ודאי הדבר ברור כמ"ש ולפ"ז א"ש דבסי' ס"ה דמיירי המחבר בשטר דאינו תופסן לגבותן כמבואר בסי' ס"ד כ' הש"ך שפיר שאם הי' זה בשטר שנכתב לכל מי שמוציאו והי' תופס רק למשכון באופן שהי' הלוה תובע למלוה אנן טענינן ליתמי כיון שהוא להחזיק משא"כ כאן בסימן ע"ב מיירי שתובע המלוה ללוה ורוצה לגבו' מהמשכון כ' הש"ך שפיר דלא טענינן ליתמי כיון שהוא להוציא:

נא **שלא פקדנו אבא.** עש"ך ס"ק קמ"ו עד ושבועה זו א"צ לישבע אא"כ טוען אישתבע לי וכו'. והיינו ע"כ כשטוען הלוה פרעתי אבל כשטוען שלא לוה יותר כל האומ' לא לויתי כאו' לא פרעתי דמי וא"צ לישבע כלל. ובזה אתי שפיר גם כן קושית התומים דהא במשכון צריך לישבע אפי' לא אמר אישתבע לי ע"ש. ולפמש"ל לא ק' דהא דצריך לישבע על המשכון הוא דוקא כשמכחישין עצמן בגוף הלואה אבל כשטוען פרעתי מבואר

בבעה"ת שער מ"ט דהוי ממש כטוען נגד שטר ע"ש. וע"כ הטעם דמצי אמר משכונך בידי מאי בעי והוי ממש דינו כשטר כנ"ל. ועש"ך סעיף קטן קמ"ז ויש שם ט"ס וצ"ל לא משבעינן ליה ותיבת משגחינן ט"ס:

נב **יש להסתפק**. עש"ך ס"ק קס"ג שתמה ע"ז ובתומים כ' דהספק הוא כיון דהפקעת הלואתו מותר ואפי' בפקדון דעת הרבה פוסקים דמותר ולפ"ז תיכף כשהלוה עליו נעשה הפקר וזכה בו ישראל המלוה מטעם הפקעת הלואתו ע"ש. ולפענד"נ דכ"ז שהישראל לא גילה דעתו שגזלו לא נעשה שלו ואפי' כבר גילה דעתו שגזלו לא נקרא שלו כמ"ש המ"א בא"ח דאף דגזל העכו"ם מותר לא נקרא שלכם ע"ש. וכשלא גזלו עדיין בודאי הי' של עכו"ם ולא מיקרי שלו. וראיה לזה מפסחים ל"א בישראל שהלו' לנכרי על חמצו דלרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה אינו עובר ואמאי כיון דהפקעת הלואה מותר אפי' בפקדון הא זכה בו הישראל תיכף א"ו כ"ז שלא גילה דעתו שגזלו הוי של נכרי ולפענ"ד טעם הספק דהא מיירי בהלוא' בריבית כמ"ש הסמ"ע ס"ק קי"ד ודינו דהכא ודין דסעיף מ' כתובים במרדכי גבי הדדי ע"ש ומבואר בתשובת הרשב"א הביאו הש"ך ס"ק קס"ב דאפי' חייב העכו"ם לישראל אחר דמחויב ליתן לו הריבית שיעלה עליו עד הזמן שקבע לפרעון דכבר זכה בו הישראל הראשון ע"ש אף שהרשות ביד עכו"ם לפדות אפי' תוך זמן ולהחולקים שם משמע דאפי' בסתם אין אחר יכול לפדות בע"כ הטעם כיון שהעכו"ם קצב עמו רבית עד זמן שיפדהו ודאי דאין יכול שום אדם לזכות בו כי יכול ישראל הראשון לומר זכיתי בכל המשכון נגד הקרן והרבית שיעלה עד זמן שלא יפדהו העכו"ם בעצמו דהוי כאילו זכוהו בהמשכון על תנאי עד שיבוא לפדותו וכ"ז שלא יפדהו יזכה בכל יום ויום חלק יותר בהמשכון עד שיוחלט לו דמי הקרן והרבית . והכא כ"ע מודים דדוקא אם מי שחייב לו העכו"ם בא לפדות המשכון י"ח וס"ל דיש לו כח העכו"ם כיון דמשועבד לו מדר"ג והוי כב"כ של העכו"ם משא"כ אחר א"י לפדות ולזכות בו וא"ש מ"ש הסמ"ע בס"ק קי"ד ול"ק עליו קושית הש"ך ע"ש:

נג **ונשרף המשכון**. ובתומים כ' כיון דכותי צריך לישבע והוא חשוד ומחויב לשלם משועבד לו הישראל השני מדר"נ. ובס' קצה"ח משיגו דהא הישראל השני נפטר מטעם דהוי כאילו פי' אם יאבד מעותיו וכו'. ולא דבר נכונה דהא מ"מ יש לחוש שמא ברשותו הוא ולא נפטר כלל מחובו ושמעון חייב לעכו"ם אפי' אם ראובן מוחל משכונו לעכו"ם ותנאי של שמעון לא הי' רק אם לא יחזיר משכונו לראובן ועוד דאם באמת פשע חייב לשלם בדינינו וכנגד חובו פסול העכו"ם וא"כ לולי החוב שלו הי' העכו"ם נתחייב לשלם לו בדינינו ומחמת המעות שהלו' לשני נפטר העכו"ם בדינינו הרי פורע חובו בשל

אחרים שהרי פוטר עצמו מהעכו"ם מחמת שהעכו"ם גוזל משכונו של ראובן. גם מ"ש דלא שייך קרא דראה ויתר רק גבי ניזקין ודאי ליתא דבכ"מ שישראל חייב נגד ישראל גם העכו"ם חייב מקרא דראה ויתר ובישראל ועכו"ם אומרים כך דינינו ועוד דהא י"ל שעדיין ברשותו של עכו"ם ורוצה לגוזלו וכמ"ש לעיל:

סימן עד

א **אם יש לו כדי ספיקו.** עפ"ר דמטעם סידור בע"ח נגע ביה. ולכאור' משמע דאם הלוה הלך עם מעות למקום אחר רחוק לסחור' והמלוה מצאו שם שצריך ליתן להמלו' המעות והוא ישוב לביתו ריקן ויפסיד הלו' ההוצאות מביתו. ואין הלו' יכול לומר הנחתי מעות בביתי לצורך הפירעון שלא ידעתי שאמצא אותו בכאן. אבל הוא נגד הסברא דהא יכול הלו' לבוא לידי היזק רב ע"י זה כגון שהלך עם עגלות לטעון סחור' וכשמסלק לזה מעותיו שם ילכו העגלות ריקם לכן נרא' דודאי במקום שיש פסידא ללוה לא גרוע מזיילי נכסי המבואר בסי' כ"ד דנותנים לו זמן בב"ד יותר משלשים וכן בסי' ק' ס"א בהג"ה ה"נ נראה דנותנין לו זמן בזה כפי הראוי שלא יבא לידי פסידא אף דמבואר שם דבמטלטלין אין נותנין לו זמן ב"ד היינו מטעם שכתב הסמ"ע שם ס"ק ב' דבמטלטלין איכא חשש הברח' ובאמת ה"נ אי איכא חשש הברח' מחויב למסור בידו הסחורות למשכון וכיוצא עד שיגיע למקום שראוין למוכרן בלי פסידא. והנה בתומים רצה להמציא דין חדש דאם יש ללו' דרך לכאן שיכול לכוף הלו' להביא המעות לכאן ע"ש. ואין נראה דהלו' יכול לומר א"ר להוליך המעות על אחריותי ומ"ש מהא דפקדון דאין ניתן לתבוע במאי מיירי דאם הוא בידו ודאי דצריך ליתנו ואם אינו בידו אפי' בהלואה א"י לתבוע ובוודאי שאין חייב ליתן דבר אחר תמורת הפקדון שיש לו בביתו אלא ע"כ דמיירי בכה"ג ומזה מוכיח דיני ע"ש. ואי משום הא י"ל דקמ"ל במעות פקדון והם מותרין דיכול להשתמש בהם וה"א כיון דיכול להשתמש בהם הוי כהלואה בידו וחייב ליתן מעות אחרים שבידו קמ"ל דלא דהא הכריעו הח"צ בהגה"ת הט"ז סי' ע"ג ובתומים דלא הוי הלוא' רק פקדון וצריך להחזירם בעין דוקא ואפשר דאפי' מאן דס"ל דהוי כהלוא' לענין אונסין מ"מ אינו כהלוא' לענין שיצטרך ליתן מעות אחרים כשהמעות פקדון בעין כיון דלא קיבלו בתורת הלוא'. ועוד נראה דנהי דאם מצאו ללו' במקום אחר נהי דאין יכול לכופו שיביא המעות לשם מ"מ יכול לכופו שילך לביתו שישלם לו כשהוא באופן שא"א שיסולק המעות בביתו מבלעדו כגון שיש לו המעות ביד עכו"ם ומכין אותו עד שתצא נפשו עד שילך לביתו ויסלק חובו דהא יש לו שיעבוד הגוף עליו. ואם הוא טרוד בעסקיו נותנין לו

זמן ב"ד כשיש לו פסידא משא"כ בפקדון א"י לכופו שילך לביתו ואין ניתן לתבעו רק כשהוא במקום הפקדון וצריך להמתין לו עד שיבא לביתו כי לא התחייב עצמו נגדו בשיעבוד הגוף:

ב **ומיהו** בכ"מ עש"ך ס"ק ה' דאם הלוה מצא למלו' חוץ לעירו במקום ישוב ורצה לפרוע לו במטבע שאינו ניתנין בהוצא' בעירו רק שם וכו' דצריך לקבלם ע"ש. ולכאור' הוא תמוה דהא בסי' מ"ב סעיף י"ד מבואר דצריך ליתן לו מטבע של מקום ההלוא' אף שמוציא השט"ח בעיר אחרת ע"ש בסמ"ע ס"ק ל"ז ובפרישה שם דאם יכול לברר מקום ההלוא' דצריך ליתן לו מטבע של מקום ההלוא'. ולכן נראה דשם מיירי שיש במטבע ההיא שבח לענין פירא אף במקום זה דאם יקנה במטבע של מקום ההלוא' יתנו לו יותר פירות אף שם כיון שהמטבע ההוא כבידה יותר מש"ה צריך ליתן לו מטבע של מקום ההלוא' משא"כ כאן מיירי דשם במקום ההוא שמצאו המלוה אין חילוק לענין פירות בין אם יקנה במטבע זה או זה יכול הלוה לומר לא יהא רק שקניתי פירות במקום ההוא ואסלק אותך בשומא ואף דמבואר בסעיף ו' שא"י לכופו לסלק אותו בשומא כשהמלו' רוצה להמתין ומטעם דהיינו דדינו דבע"ח בזוזי והוא נותן מטלטלין מ"מ כאן כיון דהלו' לו סתם מטבע וזה שם מטבע עליו ואין בו חילוק לענין פירא יכול לסלק אותו במטבע של מקום ההוא:

ג **הדין עמו** עש"ך ס"ק ט' דאם המלו' אינו כאן דיכול ליתן ליד ב"ד מצד תקנה. ובתומים רצה להוכיח דהוא מצד הדין מגיטין דבבע"ח פירעון שלא בפניו הוי פירעון. והא ודאי ליתא כדמוכח ברשב"א הביאו הסמ"ע סי' ע"ג ס"ק כ"ד וע' ברשב"א שהביא הב"י מבואר בהדיא לא מהני וגם ראייתו יש לסתור אך לא רציתי להאריך כאן:

ד **באתרא דלא מסלקי**. עסמ"ע ס"ק ז' שהלוא' שעושין בעלי החניות וקובעין זמן ליתן להם ריווח וכו' מצי המלו' לעכב עליו וכו'. ולכאור' הוא תמוה דהא א"א לקבל ריוח רק כשמקבל בעיסקא וכשמקבל בעיסקא מבואר לקמן בסי' קע"ו סעיף כ"ג שיכול לחזור בו כדין פועל. ומצאתי בתומים שהקשה זה. ונרא' דמיירי כעין העיסקא שעושין בזמן הזה שמפשרין עצמם עם המקבל ליתן עשר' למאה שנה וכשחוזר בו נהי דיכול לחזור מלהתעסק מ"מ מחויב ליתן כל דמי הפשר מכל השנה וכשאינו רוצה ליתן לו כך מחויב לבוא לחשבון העיסקא ולישבע כמה הרויח בזמן זה וליתן החצי וא"י לומר אתן לפ"ע כיון שהזמן איקבע לטובת המלו' יכול המלו' לומר לו נתפשרתי בסך זה רק משום טובת קביעת זמן שהוקבע לטובתי כנ"ל:

ה ועבי"ד סי' קס"ה. וע"ש בספרי חוות דעת שכתבתי דדוקא שהתנה לתת לו מטבע והמטבע ראשונה נפסלה לגמרי שאז אין שם מטבע עליו כלל והוא התנה לתת לו מטבע אבל אם רק פיחתו המלך מכמות שהוא כגון שהי' הדינר זה בכ"ה דינרים והעמידו על עשרים ודאי דאינו משלם רק המטבע שהלוה לו דהא עדיין שם מטבע עליו רק שהוזל כמו סאה בסאה והוזל שאינו נותן רק סאה שהלוהו אף שהוזל וכ"ה בתשובת לחם רב ע"ש וכן מוכח בתשובת הרא"ש כלל ק"נ סוף ס"א שכת' וז"ל ועוד בזו הארץ כשעושה המלך מטבע אינו פוסל את הראשון אלא פוחת ממנו וכולן יוצאין לפי ערך קונדרי"ש ושולדי"ש כולן יוצאין בארץ הזאת ואם הלוה לו קונדרי"ש למה לא יפרע לו קונדרי"ש כיון שלא נפסלו וכ"מ עוד בכמה פוסקים ותשובת למעיין. וכ"כ התומים בסוף סי' מ"ב דיוקרא וזולא במטבעות חל על המלוה אכן אם הלוה לו במטבע אדומים ולא הקפיד על המטבע וחשב עמו על זהובי' כגון שהלוה לו מאה אדומים וכתב בשטר שהלוה לו אלף שמונה מאות זהובים או שחשב עמו בע"פ על זהובים שחייב לו כך וכך זהובים מחויב לסלק לו סך אלף ושמונה מאות זהובים ויוקר וזול של המטבעות חל על הלוה כמו סאה בסאה וקצץ כמבואר בב"מ דף ע"ה. כמבואר ברש"י ד"ה וקוצץ לו:

סימן עה

א **חייב לישבע**, עסמ"ע שכ' הטעם שכופר הכל פטור משום חזקה דאין אדם מעיז וכו' וזה דעת רש"י בב"מ דף ג' והתו' סתרו זה וכתבו משום דגזירת הכתוב הוא לכ"ע:

ב **מנה היה לאביך**. עש"ך ס"ק ט' ודבריו סתומים: גם מ"ש וכו'. ואין הבנה לדבריו. ונראה דהנה סעיף זה ע"כ מיירי שטוען אח"כ ברי שאמר לו אביו שחייב לו דאל"ה פשוט הוא דפטור דמה"ת ישבע כיון שאין כאן טענה כלל הא אפי' בטענות שמא אין נשבעין, ולזה כ' הסמ"ע דלא מצי למינקט באומר לחבירו כן דבחבירו חייב כשאומר אח"כ ידעתי מזה משא"כ באביו לא מהני כשאומר ידעתי דבאביו ודאי לא מהני אם נראה כמערים דבאביו ודאי לא מערים הוא דמנין היה לו לידע אם הוא יודע במילי דאבוה וע"ז מקשה הסמ"ע דמ"מ היה לו למינקט וכן באומר לחבירו ולאשמועינן החילוק בין כמערים למודה וכו' וע"ז כתב הש"ך דדבריו סתומים דהא החילוק זה דבין כמערים למודה כבר השמיענו המחבר בסימן פ"ח ומשמיענו כאן דכאביו אין חילוק בין כמערים למודה ולזה מפרש הש"ך דכוונתו דהיה לו להמחבר להשמיענו זה בכדי לאפוקי ממה שמבואר בסי' ס"ח סעיף ל"ב גבי הזכרתני דשם אין חילוק וה"ל להשמיענו כאן דכשאומר ידעתי מזה יש חילוק. וכן מצא הש"ך בלוח הטעות להסמ"ע שכתב כן בפי' ומה שתמה הש"ך על

הסמ"ע במה שהקשה הסמ"ע מסעיף י' שפיר תמה דבשלמא כאן דבעינן דוקא שיאמר אחר כך ידעתי מזה שייך לומר דאורחא דמילתא דהמלוה תובע הלואתו כיון דמיירי שיודע מזה מה שאין כן בסעיף י' דמיירי שטוען גם אחר כך שמא דבטוען אחר כך ברי ודאי דחייב באינו יודע אם פרעתיך וכיון שטוען שמא אי אפשר לו לתבוע וזה ודאי אי אפשר לומר דלאו אורחא דמילתא הוא שיטעון התובע שמא דהרבה דינין נאמרו בח"מ בטוען המלוה שמא בסי' נ"ט ובסי' ע"ו ובסי' ש' ובשאר מקומות אין מספר:

ג **תבעו חפצים** עש"ך ס"ק י"ז עד דמיירי שאותן חמשים זהובים הם ביד ראובן וכו', לכאורה ק' על דבריו הא אפילו כשמעות של פקדון הוא בביתו מסיק הש"ך לעיל דשייך אשתמוטי משום שמותר להוציאן וא"כ כשהוא בבית ראובן שייך ג"כ אשתמוטי משום שאפשר שצריך הוא לגבות כדי להוציאן. ואפשר דדוקא במותרין מותר להשתמש מטעם שכ' הסמ"ע בסי' רל"ב ס"ק ט"ו כיון דלא קשרן אבל בנתן לו כדי להוציאן לטובתו דלא שייך טעם זה אסור להשתמש בהם. ועוד אפשר לומר דכשהיה בביתו שאני דכיון דמותר להוציאן קנאן והרי הן כשלו משא"כ כשכבר נתנם ליד ראובן על אחריות של הנותן הוי כאילו החזירו לנותן וכיון שחוזר בו הנותן קודם שגבאן אסור לו שוב לגבות ממנו לצרכו: ומה שתמה בש"ך על הסמ"ע וכ' ז"ל דאף דלהשביחן כל היכא שי"ל שנאבד המעות לפי שעה אינו פסול וכו'. יש לתרץ דאיתא בב"מ ה' אלא הא דתני ר"ח ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת נימא מיגו דחשוד ומשני התם נמי אשתמוטי סבר משכחנ' לגנב ותפיסנא ליה אי נמי וכו' ופרש"י בשלמא הא דלא מקשה דנאנסו וכ' בז"ל בשלמא שבועות שומרין דקטעין נאנסו חייבי' רחמנא שבועה איכא למימר דלא חשיד אממונא אלא שמא פשע בשמירתה וחייב לשלם אונסי' וסבר עד דהוי לי זוזי ופרענ' ליה אלא ההיא דכפירה הוא ודאי כופר הפקדון והקש' הריטב"א הביאו הש"מ מ"מ אמאי מקשה מהאי דכפיר' דלמא באמת פשע וחייב לשלם ולכך משמיט ואמר להד"ם (") ומתרץ דאם כן למה יכפור ויאמר להד"ם דמעיז יאמר נאנסו דאינו מעיז כמו שכ' רש"י בד"ה פסול לעדות ומדלא אמר כך ש"מ דלכפיר' בעי אם כן הוי חשוד אממונא עד כאן לשונו, וצריך להבין אם כן מאי משני הש"ס דלמא משכחנ' לגנב וכו' מכל מקום יטעון נאנסו ומה שתירץ בתומים דירא לטעון נאנסו דהיינו שנשרף ביון שהוא חפץ מבורר לא יהי' יכול להוצי' אח"כ מהגנב דיאמר לו כבר הודה בב"ד שנשרף והוא תמוה מ"מ יכול לטעון שננגב בליסטים מזוין ויכול לתבוע את הגנב אחר בך ועוד דבמקום שנראה לב"ד שאמר כדי לדחות התובע מעליו יכול לתבוע להאחר ואינו חשוב הודא' נגד האחר כמבואר בסי' מ"ז ע"ש לכן נרא' ליישב דהנה בש"מ שם בד"ה משכחנ' כ' וז"ל

דלמא משכחנא לגנב (") וגם ביד הגנב לא יהיה בעין מש"ה טוען להד"מ. פי' לדבריו דהנה בסי' רצ"ד ס"ו מבואר דאם טוען נאנסו בליסטים מזוין ואח"כ נמצא הגנב דמשלם השומר והוא יעשה דין עם הגנב השתא א"ש דירא לטעון שנאנסו דלמא משכחנ' לגנב שיבואו עדים שנגנבו מביתו כיון שהוא חפץ מבורר והגניב' לא יהיה בעין ויצטרך לשלם והוא יעשה דין עם הגנב לכך טוען להד"מ דהיינו שלא קיבל ממנו חפץ כזה בפקדון דאז אף ימצא הגנב לא יצטרך לשלם לו ומה שאמר בש"ס דילמא משכחנ' באגם ע"ש בש"מ שמפורש בזה והשת' א"ש דברי הרא"ש בתשו' שהביא הסמ"ע ס"ק י"ח דדוקא בחפץ מבורר שייך זה דהיינו שיש לו סי' זה שייך לומר שמא ימצא הגנב שגנב החפץ הזה ויצטרך לשלם משא"כ במעות שאין לו סי' לא שייך לו' שמא ימצא הגנב כמ"ש בתומים ומ"ש הסמ"ע דה"ל לגלות היינו שהי' לו לטעון שהוציאם ואחר כך באו לידו מעות אחרים ונאנסו מידו והא דלא כ' סתם דה"ל לטעון נאנסו נראה כוונתו שבמעות גם כן שייך לפעמים סי' במטבע או בט"ע אם כן יש לומר שבאמת נגנב וירא לומר שנגנב דסבר דלמא משכחנ' לגנב ולא יהי' בעין ביד הגנב ויצטרך לשלם וטוען להד"מ משום אשתמוטי לכך כ' במעות שנותן לו להוציאן לא שייך לו' שירא דילמא ימצא הגנב כיון דאף שיהי' להעדים סי' במעות או ט"ע הא מ"מ יכול לו' שהוציאן ואח"ב בא לידו ע"י סחור' והמעות נעשו שלו אחר כך ומעות שהם שלו נגנב מידו באונס משא"כ בפקדון שאסור להוציאן:

ד **ודוקא שהכירו.** עש"ך ס"ק י"ט דמחלק דוקא בשטוען נתתי עבורך רבית דנתחייב בבירור ע"פ ב"ד חייב לישבע אבל בנתחייב ע"פ ב"ד מחמת שא"נ בדבריו פטור, ובתומים דעתו להיפך הנ"י בב"מ דף ג' בד"ה מאי לא תהא הודאת פיו גדול' מהעדאת עדים סד"א כדרב' וכתבו ז"ל דה"א דוקא מ"מ חייב שבועה משום דלא שייך ביה חזקה אין אדם מעיז דאשתמוטי אבל העדאת עדים דכופר הכל ה"א דפטור משום חזקה דאין אדם מעיז קמ"ל דמ"מ חייב כיון שיצא מחזק' הנ"ל שהרי יש עדים שכפר במקצת וכו' ולפ"ז בהכירו הב"ד שהוד' במקצת מחמת שנתן עבורו רבית לא יצא מחזק' דאין אדם מעיז עכ"ל, ולפי עניות דעתי נראה דלא קיי"ל כהנ"י בזה דהא חזינן דכופר במקצת פקדון והא דכפרי' קמי' כמ"ש התוס' בב"ק דף ק"ז ע"א בד"ה עירוב פרשיות ושם לא שייך אשתמוטי דהא כפרי' קמי' ואפי' הכי חייב לישבע אלמא שיש שבוע' אפי' במקום דלא שייך אשתמוטי אך קשה מ"ש התוס' ב"מ ג' בד"ה בכולי בעי דלודי' כלו' מאחר דאינו מעיז א"כ אמת הוא שאינו חייב לו יותר ולמה ישבע והא נאמן במיגו דאי בעי כפר הכל ומשני דאין זה העזה דאשתמוטי וכו' ולכאור' קשה דא"כ בכופר בפקדון במקצת והאי

דכפרי' קמי' כמ"ש התוס' בד"ה עירוב פרשיות דלא שייך אשתמוטי אמאי חייב שבועה הא חזקה אין אדם מעיז, וע"כ צ"ל הטעם כיון דבפקדון אינו חייב כשהו' בעין דהו"ל הילך רק כשמוד' שנאבד בפשיע' וחייב לשלם כמבואר בש"ס ג"כ אף בהאי דכפיר' קמיה שייך ג"כ אשתמוטי דצריך לכפור בזו כדי שיהי' לו מה לשלם ואי תקשה הי' לו להודות במאי דכפרי' ולכפור במאי דהודה כדי להשתמט ז"א דאם יודה בהאי דכפרי' דהי' קמיה והי' כופר הכל והוי העזה ולפ"ז ס"ל כהנ"י אך להפוסקים דסתמו משמע דאפי' היכא דכפרי' קמיה ורוצה לשלם היאך דמוד' ואפ"ה חייב לישבע משמע דאפי' במקום דשייך דאין אדם מעיז שייך שבועת התורה. ומפרשין הא דבכולי בעי דלודי כפרש"י ועיין בקצה"ח דרצה לסתור הראי' שהבי' הש"ך מהש"ס דאמר אנן סהדי וכ' וז"ל דלפי מסקנת הש"ס דל"ד להכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי א"כ ה"נ בפס"ד הוי כאנן סהדי להאי ולהאי עכ"ל ולית' דהנה יש שני מיני חזקות א' חזקה המבררת את האמת בעדים כמו חזקת הגוף דבתולה ושאר חזקות ונלמד מקרא משא"כ חזקת ממון דאינו מברר האמת ולא נלמד מקר' רק מסבר' כמ"ש התוס' בפרק הפרה כמ"ש בת"ה ובסוף ספרו בקצה"ח כלל א' וא"ב ל"ד בשלמ' על המקצת שהוא חייב לשלם דהטעם הוא דרחמנ' הימני לע"א כשנים היכא דא"י לישבע הוי כאנן סהדי מטעם הנ"ל וכן במקום דאיכ' חזקה המברר האמת הוי כאנן סהדי אבל על המקצת השני דפטור הוא מטעם חזקת ממון לא הוי כאנן סהדי דהוא חזק' שאינו מברר האמת משא"כ בש"ס החזקות שיש לשניהן שוין הן, עוד כ' שם ליישב קושית התוס' בב"מ ג' דלפ"ז הא דלא קאמר ות"ת אקמיית' משום דמה דתפיס חשוב כהודא' כו' ע"ש דברים שאין להם שחר. ולפענ"ד נראה ליישב קושית התוס' דהג' הש"ך בסי' פ"ז הביא בשם הר"ן דאם תבע חמשים בהלוא' וחמשים בחבל' דאם כבר נשבע הנחבל הוי מ"מ ואם לא נשבע עדיין לא הוי מב"מ וידוע דעת התוס' דעד מקום שידו מגעת נוטל בלא שבוע' והשאר בשבוע' נמצ' לפ"ז נראה דנגד מקום שידו מגעת הוא מטעם הנרא' כמ"ש התוס' והוי מוד' במקצת כיון שנוטל בלא שבוע' והוי מידי דאיתא כוותי' באוריית' כדמסיק הש"ס משא"כ נגד השאר לא הוי מב"מ כיון שצריך שבוע' ועדיין לא נשבע ולא הוי מידי דאית' כוותי' באוריית'. ולפ"ז בס"ד דת"ת אקמיית' הי' סבר דהילך פטור לא הוי מצי אמר דהוי מודה במקצת משום האי חתיכ' אלא משום השאר דלא תפיס בי' ובהשאר לאו מטעם הודא' רק מטעם העדאת עדים ובזה הי' ס"ד דלא הוי הילך כיון דכופר בה דאפי' בכופר מה שבשטר לא חשיב הילך כמ"ש הש"ך וע"ז מקש' כי היכי דאנן סהדי כו' אבל למסקנ' דת"ת דהילך חייב הוי מודה במקצת משום הך דתפיס ביה דאין שכנגדו צריך

שבוע' ואף דמוקי לה בש"ס דתפיס בכרכשת' הא כמו כן יכול לאוקמי דתפסי בשוה כמ"ש הת"ח. עוד ב' בקצה"ח לסתור דעת הש"ך בטוען רבית נתתי לא הוי מודה במקצת ממתני' דמה שהנחת אתה נוטל דאף שבאו עדים ואמרו המד' לא הוי העדאת עדים כיון דהודא' (העדא') עדי' מכח הודאת פיו קאתי והודאת פיו כבר יצא בפטור וה"נ דכוותי' לא דמי כי עוכלא לדנא דהכא בשעת הכפיר' ידוע לב"ד תיכף הודאתו וטענתו דס"ל אם טועה בחשבונו או טוע' בדין דהוי כאומר נתתי לך מטבעו' האלו שהם שוים כפי תביעתך והב"ד רואים שאינם שוים כ"כ וה"נ שב"ד רואים שנתינ' זו לא הוי נתינ', וגם מ"ש בטעם מה שהנחת אתה נוטל מטעם דהעדאת עדים מכח הודאת פיו קאתי ליתא דהא אפי' באו עדים אחר שהודה שהי' ידוע להם המדה גם קודם שהוד' הוי ג"כ פטור והטעם דהעדאת עדים נלמד מהודאת פיו וכיון דהוא עצמו אם הי' מודה אח"כ בכך המדה הי' פטור כיון שהודאתו הראשונ הי' בפטו' א"כ אף העדאת עדים שמעידין אחר שהוד' ג"כ אינו מחוייב דלא עדיפא מהודאת פיו משא"כ בכופר הכל מתחיל' שהודאת פיו אח"כ מחייבו שבוע' ה"נ העדאת עדים אח"כ:

ה **וא"י אם החזרתי לך פטור**, עמ"ש ש"ך באם ספק הפרעון הי' קודם הלוא' עד כיון שמלו' טוען ברי ואם המלו' ג"כ מסופק אינו גובה, ובקצה"ח כ' כיון דזה גובה וזה גובה הוי המלו' כאומ' א"י אם נתחייבתי לך נגד תביעת הלו' ע"ש, ולפענ"ד נראה דלית' דכיון שהלו' טוען יש לי בידך עושה זאת לפירעון ואינו בכלל זה גובה וזה גובה כלל עמש"ל סי' ע"ב ש"ך ס"ק ז', והנה במקום דלא הו"ל למידע דעת המ"ל דפטו' ובתומים רצה להבי' ראי' דחייב ממה שהקש' תוס' בכתובות ח' דלא ליתב לה אפי' מנה שמא זינתה ברצון תחתיו והקש' הוא הא הו"ל א"י אם פרעתיך ומזה רצה להוכיח דבמקום דלא חו"ל למידע פטור אין ממש בראי' זו דהא אפי' טוען בעל שברצון זינתה בברי אינו נאמן דהוי כטענת פרעון לגבי שטר כמבואר באה"ע אלא דהכא טעמא אחרינא איכא דנולד הספק לב"ד בלא טענותיהם דהא נאמן הוא שפ"פ מצא והוי כידוע שזינת' ס' באונס ספק כרצון והוי (") כמו שאר נולד ספק בשטר דאינו גובה בו ועוד דבדררא דממונא כ' התוס' בב"מ דף ק' דמהני תפיס' אפי' בטוען שמא כשהחזיק בטלה חי מעיקרא וה"נ החזיק בממון שלו מעיקרא גם מה שהביא ראיה מהמרדכי ששכר אחר חמור לשלוחו ומת החמור בדרך דפטר מטעם דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי לך ממש משמע דאילו הי' א"י אם פרעתיך היה חייב והא לא הו"ל למידע ג"כ אין ממש בראיה זו דהא המרדכי ס"ל דבאיני יודע אם פרעתיך אפי' בשמא ושמא חייב כמ"ש המ"ל פ"ד משאלה ופקדון ומש"ה אין לו לחלק בכך בין ה"ל למידע או לא דלהטעם ברי ושמא ברי עדיף בעינן ברי טוב ושמא גרוע

מש"ה פטור בלא הו"ל למידע דה"ל שמא טוב וברי גרוע, ואין להקשות מחנוני ופועלים מסימן צ"א דחייב הבעל הבית נגד הפועלים משום דה"ל א"י אם פרעתיך הא לא ה"ל למידע דחתם בעל הבית פשע דלא היה להם למסור להחנווני הפירעון כמבואר בב"מ דהפועלים מצי אמרי מאי אית לנו גבי חנווני דטעמא משום פשיעותא ע"ש, ולזה נראה דא"י אם פרעתיך במקום דלא ה"ל למידע פטור אם לא שחסרון הידיעה נולד מחמת הפשיעה של הבע"ד כמו גבי חנווני ופועלים וכן כשנולד הספק לב"ד בלא טענותיהם כגון בספק זינתה ברצון כנ"ל אפי' כנגד שטר פטור. וע' בט"ז תשובה דמי שפרע ומצא אח"כ מטבע מזויפת דהוי כא"י אם נתחייבתי לך כיון שכבר הי' הפירעון. ובתומים הביא ראיה ברורה לזה מהני גינאי דעבדי חושבנא. ובקצה"ה רצה לסתום שם הטעם דהתם שאני דאדם מדקדק בחשבונו והוא לא דק דודאי שם אם טוען שטעה מחמת מטבע מזויפת ג"כ שייך דאדם מדקדק. (בש"ך ס"ק כ"ו יש ט"ם וכצ"ל אבל בסעיף ב' וכו' ותיבת וח"ה ט"ס):

א **ואמר אח"כ הזכרתי שפרעתיך נאמן.** ולענין משואיל"מ בנ' ידענא ובנ' לא ידענא או בע"א דסעיף י"ב וי"ג אם יכול לו' נזכרתי יבואר לקמן בסמוך:

ב **לא תבעו אדם.** עש"ך ס"ק ל' דאיני יודע אם החזרתי לך פטור ואפי' אם הלה משיב לו אח"כ בברי לי שלא פרעת לי מעולם אך שאין אני יודע מהלואה פטורי ובתומים תמה ע"ז הא בטוען ספק ע"פ העד והוא אומר א"י אם פרעתיך חייב והכא כיון שטענו ספק ע"פ הנתבע והודאת בע"ד כמאה עדים והוי כטענו ע"פ העדים ורצה לומר כיון דהשמא של לוה קודם להברי של התובע הוי הברי שלו גרוע משום ששומע שהנתבע אומר א"י טוען הוא ברי וסתר זה עיי"ש י. ולא היה צריך להביא ראיה ממרחק כי ממקומי הוא מוכרע הא הש"ך מודה דאם אמר ידעתי מזה וטען ברי על ההלואה ועל הפירעון חייב אע"פ דשמא של הנתבע קודם לברי של התובע אך מ"מ כיון שהש"ך והט"ז מסכימין נראה שכן עיקר והטעם בזה דהא הא דא"י אם פרעתיך חייב הוא מטעם דברי ושמא ברי עדיף כמ"ש המ"ל ובתומים כמש"ל ובמקום דלא הו"ל למידע פטור משום דהשמא גרוע כמ"ש בתומים בשם התוס' דעיקר תלי' בשמא גרוע ויש ליתן טעם לדבר מה בכך שהשמא הוא גרוע וכי משום שהי' לו לידע ולא ידע קנסינן ליה. ועכצ"ל דטענות א"י במקום דהו"ל למידע טענה גרוע הוא ומחזיקין אותו למשקר וטען שמא ובאמת אלו הי' ברור לב"ד באמת שא"י הי' פטור דלא גרע ממקום דלא הו"ל למידע רק דחשדינן אותו למשקר לטעון שא"י, וא"ל דנאמן לו' שא"י במיגו שהי' טוען ברי דזה אינו דיותר ניחא לי' לאדם לטעון טענת א"י מטענת ברי כמ"ש הסמ"ע בס"ק ך"ג וא"ל דיהי' נאמן

במגו דא"י אם נתחייבתי לך די"ל דירא שמא יש עדים על ההלוא' ועוד כיון דשמא גרוע הוא אינו נאמן אפי' יש לו מיגו אם לא במקום הפה שאסר הוא הפה שהתיר מש"ה בדלא טבעו לי' שהמלו' א"י בהלוא' והוא בעצמו אמר א"י אם פרעתיך ודאי דנאמן במה שאומר א"י במגו דאי בעי שתיק ומגו דאי בעי שתיק עדיף מכל המגו' כמבואר בש"ס בכמה דוכתי והוי כידעינן בודאי שא"י והוי ממש כבמקום דה"ל למידע אבל אם המלו' אומר ידעתי מהלוא' ודעתי הי' לתבוע לך חשדינן אותו למשקר ומערים ולא קשה שוב מא"י אם חזרתי בפקדון דחייב אע"ג דהמפקיד אינו טוען ברי הא אפשר דשמא נאנסו רק מכח הודאת פיו של הנתבע שלא נאנסו דיש לומר דשם כיון דתבעו ליה לא מהמנינן לי' דאינו יודע במיגו דאינו נאמן לטעון א"י רק במגו דאי בעי הוי שתיק:

ח **הו"ל מחוייב שבועה ואיל"מ.** עש"ך ס"ק ל"ח עד ונ"ל דמיירי בטענו ע"פ העד וכו' ומ"מ בלא הטע' דמשואיל"מ כגון שהעד קרוב לא הי' חייב מטעם א"י אם פרעתיך כיון שהמלו' ג"כ א"י אם נפרע ואף שטוען ברי על פי העד ונחשב ברי לקמן סעיף ך"ג זה דוקא לענין לחייב לשכנגדו שבועה נחשב ברי אבל לענין לחייב ממון לא נחשב ברי ועיין בכנה"ג בהגהת הטור אית נ' שתי' דנ"מ דמטעם א"י אם פרעתיך י"ל נזכרתי שפרעתי כדלעיל סעיף ט"ו משא"כ מטעם דהו"ל מהשואיל"מ א"י לומר נזכרתי דאפי' אומר נזכרתי א"נ ע"ש והוא תמוה לכאורה דמה"ת לא יועיל כשאומר נזכרתי דמ"ש מא"י אם פרעתיך דיכול לומר נזכרתי וכן לעיל בסימן נ"ט נאמן לומר נזכרתי ולכן נראה דודאי בכ"מ שטען א"י ונתחייב יכול לחזור ולומר נזכרתי דמאינו יודע ליודע לא הוי חוזר וטוען דאפי' לענין עדות כ' הר"ן בשבועו' פ' שבועת העדות דמא"י ליודע לא הוי חוזר ומגיד ע"ש ודינו של הכנה"ג הוא רק בע"א מעיד שאינו פרוע והלוה טוען שאינו יודע א"י לומר נזכרתי והטעם לזה דכמו דהדין באיסורין בעד נגד עד דאם באו בזה אחר זה דשוב אין עד השני נאמן דכבר האמינוהו בשנים ואין ע"א במקום שנים וה"נ כיון שבשעה שהעיד העד שלא פרע טען הלוה שא"י והי' נאמן כשנים שוב אינו יכול לומר אח"כ שנזכר שפרע דכבר נעשה העד כשנים במה שאמר שלא פרע ושוב א"נ אחר כך לומר שנזכר שפרע להכחיש העד שנעש' כשנים:

ט **ה"ל משואיל"מ.** כ' הש"ך ס"ק מ"ב מכאן נרא' בממרמו' שלנו אם יש עד אחר על הקיום. (") וקשה דא"כ בשטר בשני עדים אף בלא נאמנות כיון שאינו נאמן לומר פרוע רק במיגו דמזויף ליסגי בעד אחד על הקיום:

י **בא לידו בתורת משכון.** ע' סמ"ע ס"ק ל"ח עד ואינו דומה לטוען פרעתיך ועד מעיד שלוה ולא פרע וכו' ולכאורה הם דברים תמוהים דמה שתירץ דמה שאין כן כאן דיכול

לישבע וכו'. קשה דמה בכך הא מ"מ אין לו מיגו להכחיש העד ומה"ת יהי' נאמן כיון דלטענות משכון בעי מיגו. גם במ"ש דדינו דומה לטוען פרעתי ועד מעיד שלוה ולא פרע כו' קשה דהא לעיל בס"ק ל"א מסיק דכשעד מעיד שלא פרע דנאמן לישבע נגדו ונרא' לפרש דבריו דכוונתו במה שהקש' מטוען פרעתי ועד מעיד שלוה וכו' ע"פ מה שפירש שם דהיינו שמעיד שהוא תוך זמנו וכיון שאינו נאמן במיגו הו"ל משואיל"מ א"כ במשכון שאינו נאמן רק במגו מה"ת לא יהי' משואיל"מ וע"ז תירץ ומחלק הסמ"ע דלא הוי משואיל"מ כשיש עד א' רק כשעכשיו הוא ג"כ מכחיש להעד במקצת כגון במעיד שהוא תוך זמן דהוי קצת כמעיד שלא פרע וכשטוען שפרע הוי כמכחיש קצת להעד וכיון שא"נ רק כמגו שהי' מכחיש להעד לגמרי הוי משואיל"מ משא"כ כאן במשכון שהעד מעיד ג"כ שהוא משכון וא"י כמה הלוה והמלוה אומר כך וכך אינו מכחיש להעד בשום דבר לא אמרי' ביה מחושואיל"מ ומש"ה כ' דוקא כשאינו מכחיש להעד משמע דכשמכחיש להעד דאם העד מעיד כמה הלוה והוא מכחישו הוי משואיל"מ כיון דגם עכשיו מכחיש להעד. אמנם לדעת הש"ך שכ' דלדיעה זו ה"ה בשני עדים הדין כן מטעם כיון דיש שני עדים שהוא משכון הוי כמוחזק א"כ ה"ה בע"א דכיון שאין הלוה מכחיש להעד נאמן כשנים שהוא משכון והוי כאילו יש שני עדים שמעידין שהוא משכון והוי כמוחזק ונאמן ולפ"ד הש"ך אפי' אם העד מעיד ג"כ כמה הלוה עליו והמלוה טוען שהלו' יותר כיון דהוי כי איכא עדים שהוא משכון והוי המלו' מוחזק וממילא המלוה נאמן לישבע להכחיש העד ולומר כמה הלוה על המשכון ונאמן, אמנם אי ליכא עדים שהוא משכון רק שהלוה מוד' שהוא משכון ומחולקין כמה הלוה לא הוי המלוה מוחזק וא"נ לומר סך ההלואה אם לא שיש לו מגו כמבואר בסעיף י"ז י"ח דאם מחולקין בסך ההלואה שצריך שיהי' לו מגו והטעם נראה דכל זמן שאין עדים שהוא משכון לא נקרא מוחזק רק הלוה משוה אותו למוחזק ואומר על כמה שהוא מוחזק נאמן דהוי בהפה שאסר דעדיף ממנו:

יא **דלא אמרינן בגלגול משואיל"מ.** משמע דגוף השבועה שאינו יודע מגלגלין רק שלא הוי מחשואיל"מ וכן כתב הט"ז ובסי' צ"ר כ' המחבר בטענות ספק של הנתבע אין מגלגלין כלל וכן כ' הטור ומביאו הסמ"ע דאין נשבע רק היסת על הגילגול ובסי' שד"מ כתב המחבר דמגלגלין טענות א"י. ונרא' ליישב זה דהנה מקור הדין והדברים הם בב"מ דף צ"ו דהקשו התום' למה צריך הש"ס לאוקמי כשיש עסק שבועה ביניהן דרישא בב' וסיפא בג' הא בלא"ה יש גילגול שבועה בנאנסו ותירצו דאין מגלגלין בטענת ספק שהנתבע דלא הוי דומיא דסוטה, וחזר והקשו במצעיתא דהמשאיל טוען שמא

והנתבע ברי דפטור ישבע ע"י גילגול ותירצו דמיירי במאמינו או שמודה שנאנסו, עוד תירצו דבטענת ספק של התובע גם כן אין מגלגלין כ"א שיש רגלים לדבר דומיא דסוטה והא דמגלגלין בטענת ודאי היכא דאין רגלים לדבר משום דהוי כמו עיקר שבועה דעיקר שבועה גם כן על הודאי והוי כעין עיקר, והקשה המהרש"א הא בכאן דעיקר שבועה על נאנסו והוא טענת ספק של התובע א"כ יכול לגלגל אפי' בטענת ספק של הנתבע דהוי כמו עיקר, וליישב קושית המהרש"א נראה דדעת התוס' הוא דעיקר השבוע' בטענת השומרי' הוא שבועה שא"ב כמ"ש הסמ"ע בסי' רצ"ד דיש רגלים לדבר והוי כטענת ברי ולא הוי כעין עיקר מש"ה אין מגלגלין וכ"כ בתומים ופשוט דלפ"ז לדידן דס"ל דעיקר שבועה בשומרין דלא פשע צ"ל כתי' אחר של התוס' דמיירי במאמינו או במוד' שנאנסו ומ"מ מוכח דאין מגלגלין בטענת ספק של התובע כשעיקר טענה הוא טענת ודאי ממסקנ' דהש"ס דמוקי לה כשיש הודא' במקצת וא"כ ק' מציעתא אמאי פטור הא חייב שבועה מחמת גילגול שבועה דמודה במקצת לרמי בר חמא דמוקי לה רישא בג' וסיפא בד' ולדעת ר"ת בתוס' שם ובב"ק דס"ל דאף לרמי בר חמא חייב בפקדון במודה במקצת בלא טענת נאנסו (ומה שהקשו בתוס' בב"מ ד"ה משכחת לה על שיטת ר"ת הנ"ל דא"כ למה מוקי לה בב"מ שם רישא בג' דהא בב' סגי כיון דכפירה והודאה חייב אפילו בלא טענת נאנסו והך דא"י חשיב כפירה כמו בחמשין ידענא ע"ש לפענ"ד קושייתם תמוה דודאי לא הוי משואיל"מ בחמשין ידענא רק במקום שאם היה כופר בברי היה צריך לישבע מש"ה עכשיו שטוען א"י הו"ל משואיל"מ משא"כ במקום שאפילו אם היה כופר בברי לא היה צריך לישבע ודאי דכשטוען א"י לא הוי משואיל"מ ובתוס' בב"ק דף ק"ז ד"ה עירוב פרשיות הקשו לרמב"ח ליפטרי' במיגו דאי בעי אמר נאנסו אההיא דכפיר' תירצו כגון האי דכפיר' קמן ולפ"ז אי הוי מוקי לה בב' ומודה בחד' ועל הב' טען א"י אם שאול' אם שכור' לא הוי משואיל"מ דהא אם היה טוען ברי היה פטור משבוע' במגו דאי בעי פטור נפשי' במתה מחמת מלאכ' ופטור לרמב"ח משבוע' שומרים בלא כפיר' והודא' וממילא בטוען א"י לא הוי משואיל"מ מש"ה הוצרך לאוקמי בג' פרות שטוען על אחת להר"ם ומיירי בהך דכפיר' קמן כמ"ש התוס' בב"ק ק"ז שם ואם היה טוען ברי דאז אם היה טוען ברי שכור' מתה היה חייב בודאי שבוע' דאורייתא מש"ה בשטוען א"י הוי משואיל"מ וא"ש) . ועכ"פ לשיטת ד"ת כיון דבפקדון חייב מודה במקצת בלא טענת נאנסו ק' מציעת' לרמב"ח אמאי פטור הא הוי משואיל"מ מצד גילגול ועכצ"ל דאין מגלגלין בטענת ספק של התובע וכן הדין בטענ' ספק של הנתבע דאין מגלגלין ג"כ מוכח אף דמיירי במאמינו או מרדה שנאנסו דאל"כ ק' ל"ל לאוקמי' בש"ס דמיירי בשיש

עסק שבוע' הא המשאיל נאמן במגו דאי בעי לא הי' מוד' שנאנסו דברי ושמא ברי עדיף ואמרי' מגו להוציא כמ"ש התומים א"ו דאין מגלגלין טענת ספק של הנתבע והשתא א"ש דהנה יש להבין דברי הט"ז שכתב דמגלגלין גוף השבוע' דא"י רק דלא הוי משואיל"מ הא לכאור' קשה דהא בתוס' בב"מ שם כתבו דאין מגלגלין כלל דלא הוי דומיא דסוט' ועכצ"ל דכוונת התוס' הוא ג"כ כך דאין אומרים שנתחייב שבוע' מחמת הנול"ש לישבע בברי שאינו חייב לו וכיון שא"י ואי"ל הוי מחשואיל"מ וע"ז כתבו התוס' דאין מגלגלין כה"ג משום דלא הוי דומי' דסוטה שאין מגלגלין רק שבוע' שיכול' לישבע משא"כ גוף השבועו' שא"י שיכול לישבע מגלגלין דזה הוי דומיא דסוט' דבסוט' מגלגלין בל שבועות שיכולה לישבע כצ"ל בכוונת הט"ז אמנם זה שייך כשהמלו' טוען ברי שהלו' יודע וכעין שכתב הש"ך בס"ק נ"ו וס"ק ע"ד ע"ש והלוה פוטר את עצמו בטענת א"י מגלגלין עליו לישבע שא"י דס"ל שפוטר את עצמו בטענות להד"ם או בטענות א"י מש"ה מגלגלין משא"כ כשהמלו' טוען שמא אתה יודע דאז אין מגלגלין אפי' שבועה דא"י דהא על הטענות ספק של התובע אין מגלגלין ושבועה זו שא"י באה על טענות ספק של התובע דהא התובע א"י אם הנתבע יודע. והשתא א"ש הכל דבסי' צ"ד דכתב דאין מגלגלין כלל אפי' שבועה דא"י כיון דמיירי שאין הלה טוען ברי שאתה יודע ועיקר שבוע' הוא טענת ודאי דאז אין מגלגלין טענת ספק של התובע משא"כ בסי' שד"מ דמיירי בשבועת שומרים דעיקר שבועה הוא גם כן בטענת שמא מש"ה מגלגלין אפי' טענת ספק של התובע כקושיי' המהרש"א וכאן בסי' זה קמ"ל דאפי' במקום שיכול לגלגל השבוע' דא"י דהיינו כשטוען בברי שאתה יודע או כשעיקר שבועה הוא על טענת ספק מ"מ לא אמרי' דהוי משואיל"מ. עוד הקשו הפוסקים דבב"מ ק' אית' זה אומר גדול וזה אומר איני יודע דחייב דקש' מר"נ ור"י דס"ל דלא אמרי' דברי ושמא ברי עדיף ועכצ"ל דיש עסק שבוע' דמיירי שטוען עבר בכסותו כדמוקי לה התם ואם כן קשה הא בעבדים לא שייך ש"ד רק מחמת הכסות ובגילגול הא לא אמרי' משואיל"מ. ונראה ליישב דהנה בסי' שי"ב סעיף י"ט בשני עליות ונפחתה התחתונ' דעלת' בתיקו ופסק שם דאם דר אין מוציאין אותו מידו וקשה דמ"ש ממרחץ בבבא מציעא ק"ד דאף אם דר מוציאין מידו משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת. ועכצ"ל דכי אמרי' דקרקע בחזקת בעלים עומד' דוקא כשמחולקי' כקרקע א' דזה אומר שלי וזה אומר שלי דאמרי' דקרקע בחזק' מרא קמא משא"כ בשני קרקעות שאחד ודאי ויצא מחזק' בעלים ולא ידע איזה מה שייך לומר חזקת מרא קמא וכן כ' בתומים בקת"כ ולפ"ז ל"ק כלל מהא דאחד גדול וא' קטן דהא שם מוקי מתני'

דבעומדת באגם וליכא חזקת ממון רק חזקת מרא קמא וכיון דזה אומר גדול וז"א קטן לא שייך חזקת מ"ק כנ"ל אף ר"נ ור"י מודים דברי ושמא ברי עדיף כיון דליכא חזקה כנגדו:

יב **שיכול לומר משטה.** עש"ך ס"ק י' שהקשה דהא משטה לא טענינן ליה. ולפענ"ד לק"מ דמיירי שטוען להד"ם דאז טענינן ליה:

יג **בין תבעו ליורשיו** עש"ך שמסיק שחייב היורש ש"ד כשטוען ליורש אתה יודע מחוייב היורש לישבע שבועה דאורייתא שא"י אם הודה במקצת וסותר דברי עצמו שכתב בס"ק נ"ז להיפך והעיקר כמו שמסיק הש"ך בס"ק נ"ו שפטור מש"ד ע"ש.

יד **שאומר שהוגד לי.** עש"ך ס"ק פ"ג דכתב ומיהו יש ללמוד מזה לענין שאר מוחזק כגון שהי' מוחזק במעות וכה"ג. ומיהו דוקא בהרשא' עיין תומים שתמה ע"ז הא כל הרשאה הוא רק שליח דקיי"ל שליח שווי' וא"כ מאי מהני מיגו של השליח הא זה גרע ממיגו להוציא והדין עמו ואף אם ירצה להקנות לו בק"ג ודאי דא"י כיון שהוא מסופק האיך יכול להקנות מספק של חבירו לאחר ובמשכון ג"כ א"י להקנות לאחר דכשנותן לאחרים הוי כפושע כמבואר בסי' נ"ח. גם באופן שכתב התומים בראובן שיש לו שט"ח על שמעון וא"י אם נפרע ולוי יודע שאינו פרוע ומוחזק במעות של שמעון שיכול ראובן למכור לו השטר חוב של לוי דאז יכול לתפוס משל שמעון כיון שכבר קנה השטר חוב בזה ג"כ הדין עמו דהא ראובן לא עביד מידי במעותיו של לוי רק שהקנה לו השטר חוב. ובס' קצה"ח לא הבין כן ולכן הקשה מה שהקשה עיין שם:

סימן עו

א הקדמה

קודם שנבוא לביאור הסי' נעתיק הסוגיא בש"ס בב"מ דל"ז השייך לזה הסי. וליישב מה דתמוה לי בזה. אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזהו או אביו של אחד מכם וכו' גמרא אלמא מספיקא לא מפקינן ממונא וכו' ורמינהי שנים שהפקידו וכו'. גזל אפקדון קרמית וכו' ע"ש בסוגיא היטב . ותמהו כל המפורשים מה קאמר גזל אפקדון קרמית הא ברישא הזכיר ג"כ פקדון. ושמא קושייתו היא מפקדון אפקדון וגם אמאי לא מקשה בקיצור מ"ש רישא ומ"ש סיפ'. וגם קושיות התו' בד"ה דקתני עלה ומודה ר"ט דהו' מצי למיפרך מברייתא גופי' . וליישב בזה נראה דבב"ק ד' ק"ג איתא הגוזל מחבירו ש"פ ונשבע לו יוליכנו אחריו אפי' למדי נשבע לו אין לא נשבע לו לא מני מתני' לא ר"ט ולא ר"ע דתנן גזל א' מחמשה וכו' אי ר"ט אף ע"ג דאישתבע אי ר"ע אע"ג דלא אישתבע. לעולם ר"ע וכי אמר ר"ע אע"ג דלא אישתבע וכו'. ולכאורה סוגיא זו תמו'

מאוד בהא דמדמי בש"ס דכיון דבגזל אחד מחמשה חייב לשלם לכ"א צריך ג"כ להוליך למדי דלכאורי דלא תליא זה בזה כלל דהא בגזל אחד מחמש' דמצריך ר"ע ליתן לכל א' ואחד ע"כ לאו משום דבעי' השבה לידו דוקא דהא חזינן בפקדון ומקח דודאי א"צ להוליכו אחריו למדי ואפ"ה מצריך לר"ע ליתן לכל אחד ואחד וע"כ דס"ל לר"ע דמפקינן ממונא מספיקא ודוקא כשטוען חבירו ברי כמבואר בב"מ דף ל"ז בהא דרמינהי מנפל הבית עליו ועל אמו ומשני דמיירי בברי ושמא ועיין בתו' ד"ה התם דבברי חייב מדינא ע"ש וא"כ היאך מדמה הש"ס להא דגזל א' מחמשה הא דצריך להוליכו אחריו למדי כיון דלא שייך שם הטעם דמפקינן ממונא מספק וגם הא דמוכיח ממעשה בחסיד אחד דאע"ג דלא אישתבע שצריך להוליך אחריו למדי קשה הא במקח ודאי א"צ להוליכו אחריו למדי והאיך מדמה הש"ס הולכה למדי לגזל אחד מחמשה • לכן נראה דהנה יש חילוק בין גזל למלוה דנגזל ופקדון בהשבע לבד באומר הרי שלך לפניך סגי אע"ג שאין הנגזל יכול ליטלו וראיה לזה מב"ק דף מ"ה גבי שור החזירו עד שלא נגמר דינו מוחזר ומשנגמר דינו פליגי ר' יעקב ורבנן אי יכול לו' הרי שלך לפניך ומוקי לה התם באתפסי' לב"ד וע"ש בתוס' דאפי' כשהוא ביד ב"ד מצי אמר לו הרי שלך לפניך ע"ש ואף דשם הב"ד ודאי לא יתנו השור לבעלים לא מיבעיא קידם שנגמר דינו דודאי לא יתנו לו הב"ד דהא יעריקנו לאגמא אלא אפי' אחר שנג"ד ג"כ לא יתנו לו הב"ד דהא צריכין לקיים בו מצות סקילי' אלמא דאפי' אם א"י הנגזל או המפקיד ליטלו יכול לומר הרי שלך לפניך • ואין להקשות דא"כ אם גזלו גזלן מיד הנפקד והגזלן לפנינו יהי' הנפקד יכול לו' ג"כ הרי שלך לפניך דמ"ל שהוא ביד ב"ד או ביד גזלן הא מיד הב"ד ג"כ אינו יכול ליקח אותו זה אינו קושיא דהא כתבו התו' בב"ק מ"ה דשור תם שהזיק אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך משום דכבר הוא ברשות הניזק ע"ש וא"כ ה"נ כיון שהוא ביד הגזלן וקי"ל גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו מש"ה אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך שכבר אינו ברשותו מפני שהוא ברשות הגזלן שהגזלן קנה אותו בקנין גזלה ועוד דהשבי' ליד ב"ד בעי למיעבד כדמוכח בב"ק צ"ח גבי הדוחף מטבע של חבירו לים וקאמר התם דגזלן הוא והשבה בעי למיעבד עכ"פ מוכח דאף כשהוא ביד ב"ד דאף דאינו יכול ליטלו יכול לומר לו הרי שלך לפניך. ולפי זה אתי שפיר הסוגיא בב"ק ק"ג דהש"ס מוכיח שפיר מהא דצריך לשלם לכל אחד דע"כ לא מטעם דמספיקא מפקי' ממונא הוא דבשלמא בהלואה או במקח דאינו יכול לומר הש"ל דהא המעות הן שלו וכל זמן שלא הגיע המעות ליד המלוה ולא קנה לי' לא נקנה המעות להמלו' וא"י לומר לו הש"ל נא שייך לו' מספיקא

מפקי' ממונא כיון שהמלוי טוען ברי שהלוה לא נפטר מחובו עדייו כיון שלא הגיע לידו מפקי' ממנו מחמת ברי של זה אבל בגזילי' ופקדון שיכול לומר הרי שלך לפניך לא שייך לומר מספיקא לא מפקי' ממונא שתיכף כשמשיבו ליד ב"ד ואו' הרי שלך לפניך יצא ידי חובתו ונפטר מחובו בודאי שאין עליו שום ספק לא שייך שוב לו' מספיקא לא מפקינן ממונא ומזה מוכיח הש"ס דס"ל לר"ע דאף בגזל ולא נשבע קנסוהו רבנן להשיב ליד הנגזל דוקא אף שצריך הוצאות הרבה דהשבה לידי' בעינן ולזה מדמי הש"ס דצריך להוליך למדי ג"כ כיון דמוכח דס"ל לר"ע דאפי' בגזל ולא נשבע לא מקיים מצות עשה דוהשיב הגזילה עד שישיב לידיה דוקא ומשני דכי קאמר ר"ע דאשתבע אך כיון דבמתני' דגזל א' מחמשה סתמא קתני ומשמע דאפי' באין גזילה קיימת א"צ ליתן לכ"א ומקשה הש"ס שפי' דאי ס"ד דלא אמר ר"ע דצריך לשלם לכ"א רק בדאישתבע ואף דאין גזילה קיימת דלא מצי אמר הרי שלך לפניך דהא כבר נעש' מלוה בידו ועכצ"ל דס"ל לר' עקיבא ג"כ דמספיקא לא מפקינן ממונא דאלת"ה קשה באין גזילה קיימת ניהו דס"ל דלא בעינן השבה לידי' מ"מ יהיה חייב לשלם לכל א' מטעם דמפקי' ממונא מספיק' כיון שהלוה טוען ברי דבברי ושמא בהלואה מפקינן מספיקא כדמוכח בב"מ שם מהא דמשני שם בש"ס ורמינהו דנפל הבית ועכצ"ל דס"ל לר"ע דלא מפקי' ממונא מספיקא ולזה מקשה שפיר מהא דרשב"א וממעשה בחסיד אחד ומוכח דס"ל דמפקינן ממונא מספיקא וא"כ ה"ה בגזילה שאין קיימת צריך ליתן לכל אחד אע"ג דלא אישתבע וכיון דמתני' דגזל אחד מחמשה סתמא קתני וכיון דבגזילה שאין קיימת ס"ל לר"ע אע"ג דלא אשתבע ודאי דס"ל לר"ע דאפי' בגזילה קיימת צריך לשלם לכל א' דהא כללינהו ביחד דהא סתמא קתני ואף דבגזילה קיימת יכול לו' הרי שלן לפניך וצא שייך לו' מספיקא מפקינן ממונא וא"כ אמאי צריך לשלם לכל אחד בלא אישתבע ועכצ"ל דבגזל קנסיהו רבנן להשיבו ליד הנגזל דוקא אפי' ע"י הוצאות ומקשה שפיר יהיה ג"כ צריך להוליך למדי אף דלא אישתבע והשתא אתי שפיר ג"כ סוגיא דבבא מציעא דמעיקרא לא היה יכול להקשות מפקדון אפקדון דהא מבואר בסימן ע"ו בש"ך סק"ז דכששניהם טוענין ברי הדין דמונח וכשטוען שמא הדין דיחלוקו ובפקדון ג"כ יכול לומר הרי שלך לפניך ולפי זה אתי שפיר דמש"ה בסיפא דשניהם טוענן ברי והדין ביד ב"ד לא שייך שוב לומר דמפקינן ממונא מספיקא דכבר יצא ידי חובתו כשהניחו בבית דין ואומר הרי שלך לפניך משא"כ ברישא באומר אביו של אחד מכם דמיירי בשמא ושמא והדין דיחלוקו וממון המוטל בספק כאילו שניהם מוחזקין כמ"ש התוס' בבב' מציעא דף צ"ז ואפי' רבנן דסומכוס מודו במקום דליכא חזקת ממון וכשאומר הרי שלך לפניך הוי כמוציא לחזקת

שניהם כשמוציאו מידו ולא נפטר באומר הרי שלך לפניך דומיא דשור תם שכתבו התוס' בבבא קמא דמ"ה הנ"ל משו"ה חייב ליתן לכל אחד ומפקינן ממונא מספיקא ולא היה יכול להקשות מפקדון אפקדון משו"ה מקשה מעיקרא מגזלה דקתני גזלתי לאחד מכם מנה ולא קתני לאביכם ומשמע ליה המקשה דמיירי בברי והדין בברי וברי דמונח ומוכח מזה דלא מיפטר בהרי שלך לפניך וגם בזה שייך לו' מפקינן ממונא מספיקא ומקשה שפיר דא"כ בסיפא נמי נפיק ממונא מספיקא ויצטרך לשלם לכל א' מה"ט ולבתר כן דמשני ליה גזל קנסוהו רבנן מסתבר להמקשה דלא מפקינן ממונא מספיקא כסברת חוץ ומקשה שפיר מפקדון אפקדון והשתא א"ש ג"כ קושית התו' דמברייתא גופיה לא הו"מ להקשות דהוי מצינו למימר דהא דמודה ר"ט באומר לשנים גזלתי דמיירי כטוענים שמא ומטעם הנ"ל אבל ממתניתין משמע לי דמיירי בברי מדקתני גזלתי לאחד מכם ולא קתני לאביו כמו בסיפא: ע"כ ההקדמה:

צריך ליתן עש"ך ס"ק ג' שתמה מנ"ל להטור בדברי הרא"ש. ולפענ"ד נרא' להוכיח זה ממ"ש הרא"ש בסוגיא שם ורועה אפי' בכרך אחד הו"ל למידק כי הוטל עליו להכיר בהמה של מי הוא להחזירה לבעלים, ולכאור' תמוה דמ"ש שאר פקדון שא"צ לדקדק מרוע' דצריך לדקדק, ומ"ש התומים לחלק ברוע' שהוא בשכר לפקדון שהוא בחנם לא משמע כן מדברי הפוסקים שלא חילקו בכך לקמן בסי' ש"ה וגם ל' הרא"ש לא משמע כדבריו לכן נראה דסברת הרא"ש הוא דוקא פקדון דאין עליו חיוב להחזירו לידו דוקא רק להניח לפניו ולו' לו הרי שלך לפניך כמש"ל בפי' הש"ס מש"ה י"ל בין זה בפני זה ובין זה שלא בפני זה דכשהפקידו זה שלא בפני זה ודאי מחוייב הנפקד לידע שם המפקיד דאם ישכח ולא ידע מי המפקיד יש לחוש שיצא הפקדון מת"י שלא כדין כגון שיאמר א' הפקיד אצלי וא"י מי הוא ויבא אחד שאינו שלו ויאמר אני שאז יצטרך ליתן לידו כמבואר בסי' רכ"ב סעיף ד' בהג"ה, ועוד דאם ישכח מי המפקיד אף אם יבא המפקיד א"א להניח לפניו ולו' לו הרי שלך לפניך כיון ששכח מי המפקיד אף אם יבא המפקיד א"א לו' לו הש"ל דדילמא לא זה הוא ומשום הכי כשלא דקדק הרי פשע בגוף החוב ההשב' המוטל על השומר שאפי' הש"ל אינו יכול לו' מש"ה חייב משא"כ שנים שהפקידו זה בפני זה אחד ק' ואחד ר' שדקדק מי הם המפקידים רק שלא דיקדק מי הוא הבעל הר' דאז יכול להניח לפניהם ולו' הש"ל לא פשע בגוף חיוב השבח המוטל על השומר מש"ה פטור משא"כ ברועה דמחויב להחזיר ליד הבעלים דוקא כדמוכח גבי גודרו' דאמר התם באתר' דמסרו לרוע' יש להם חזקה ועכצ"ל דהמנהג ברוע' שמחויב להחזיר ליד הבעלים דוקא דאי בהולכת לביתם מעצמ' מהרוע' ודאי דאין להם חזקה וכיון דמיירי

ברוע' שמחויב להחזיר ליד הבעלים מחוייב לדקדק לידע להחזיר לידם דוקא וזה מורה דיקדוק ל' הרא"ש שכ' שמוטל עליו לדקדק להחזירה לבעלים ולפ"ז שפיר נלמד מדברי הרא"ש דבמקום שמחויב להחזיר ליד הבעלים דוקא אפי' בכ"א חייב ומכ"ש בהלוא' דודאי מחויב להחזיר ליד הבעלים ולא סגי באו' הש"ל דשפיר כתבו הט"ו דחייב אפי' זה בפני זה ואינו פטור רק בשטר אחד ומטעם שכ' הרב בהג"ה כנ"ל ברור: והנה א"ל מכאן על סי' ס"ה דהמוציא שטר חוב וא"י מה טיבו אם המלו' הפקידו או הלוה דהדין הוא דמונח ואמאי לא ישלם הנפקד לכ"א ואחד להרמב"ם דמחייב פשיע' גבי שטרות בסי' ש"א כמו בכאן ז"א קושיא דש"ה דודאי חייב לאחד מהן משא"כ גבי שטר דאם קיבל השטר מהלו' אין שום התחייבות להנפקד נגד הלו' דהא אם פשע בשטר פרוע פטור, ואפי' אם החזיר שטר פרוע למלו' פטור כמבואר בסי' נ"ד ואין כאן התחייבות רק נגד המלו' אם קיבל ממנו להרמב"ם דמחייב פשיע' בשטרות והוי כאומר א"י אם נתחייבתי לך דפטור ואין ללמוד מכאן באם לוה א' משנים וא"י מאיז' הוא ואחד נתן לו במתנ' או הורישו לפטרו מטעם די"א דכיון דודאי נתחייב לו תיכף כשנולד לו הספק אף שאחד נתן לו במתנ' ואח"כ שוב הוי כספק בפרעון, אמנם יש ללמוד מכאן דאם נולד ספק זה בין ישראל ועכו"ם כיון דהוא פטור נגד עכו"ם דהא הפקע' הלואתו מותר ומכ"ש בפקדון כה"ג דאין דין שומרים בעכו"ם דפטור נגד העכו"ם גם נגד הישראל פטור דהוי כאומר א"י אם נתחייבתי לך דומיא דשטר הנ"ל אכן בהלוא' יש לצדד ולו' כיון דמ"מ חייב גם להעכו"ם רק שיכול להפקיע ולגזול דמי הלואתו וכ"ז שלא הפקיע חייב והוי כאלו מסופק בין שניהם מש"ה נגד הישראל חייב אבל פקדון נראה דפטור:

ב **אחר שישבע כל אחד.** עש"ך ס"ק ה' עד דה"ל כטוען ברי לענין זה משמע דאם זה תובע ברי הליתיך ר' והלה משיבו בברי לא הליתני אלא ק' וחבירו הליני ר' מחויב לישבע ש"ד נגדו דמ"ל בכך מה שהוא מודה לחבירו כיון שהוא מודה במקצת נגדו. ולפ"ז קשה כיון דאם הי' טוען ברי היה מחויב לישבע שבוע' דאוריית' נגדו ועכשיו שטוען א"י אם לו אם לחבירו והרי א"י לישבע נגדו ומחכ"ת דלא הוי משואיל"מ ומ"ש דהוי בטוען ברי נגדו אין לו הבנה כלל דהא משואיל"מ אפילו בטוען ברי כמבואר בסי' ע"ה. לכן נראה דאפי' בטוען ברי אינו מחוייב שבוע' דאוריית' דהא אפי' מ"מ גמור היה לנו לפוטרו משום חזקה אין אדם מעיז רק משום דאשתמוטי קא משתמיט וכדרבה כמ"ש התוס' בב"מ ג' ד"ה בכולי בעי דלודי ליה מש"ה ככאן דאין הכפירה לצורך עצמו רק לצורך חבירו בטוען שחבירו הוא בעל הר' דהא שניהם מודים שלא הלוו לו ביחד רק ש' רק שהודיעוהו מי הוא בעל הר' לא שייך כלל סברא דאשתמוטי וגם יש לו חזקה

דאין אדם חוטא ולא לו דדמי קצת לשליש וכמעיד לחבירו דמי מש"ה אין צריך לישבע שבועה דאורייתא בטוען ברי ממילא כטוען א"י לא הוי משואיל"מ:

ג **נותן לזה מנה ולזה מנה.** עש"ך ס"ק ו' קנסינן ליה לאו דוקא דמדינא הוא דכתיב לאשר הוא לו וכדאמר בש"ס ק"נ בב"ק דבנשבע מה לי לוקח או גזל ואפי' לא תבעי ליה חייב ואין לו כפרה עד שישיב הגזילה לידו דוקא ומדאורייתא הוא ולא קנסא:

ד **והשאר יהא מונח.** עש"ך ס"ק ז' עד דאי לא תבעי ליה כלל אמרי' דמנה שלישית חולקין וכן כתב המחבר לקמן סי' שס"ה. ותמוה לי דבבכורות דף מ"ט אמרי' בני נתן לב' כהנים ומת אחד מהן פריך הש"ס כהן א' נמי ליזיל גבי האי ולדחי' אמר שמואל בבא בהרשאה אבל בלא הרשא' משמע דאין נוטלין כלל ואמאי הא הוי כאומר א' מכם הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה ולא תבעי ליה דחולקין וכן קשה ב"ב קכ"ז בספק אם זה בכור או זה דאינן יכולין לגבותו בלא הרשאה ואמאי היה לנו לדון דין חלוקה. והנה בלא"ה לא קשה על הא דבב"ב שם דהאיך שייך לומר דהיורשים ידחו את הבכורים הא היורשים אינם מוחזקים יותר מהבכורים בשלמא היכא שאחר חייב לחבירו שהוא מוחזק שייך לומר דמצי מדחו ליה להבא לגבות ממנו משא"כ גבי היורשים שאינם מחוייבים להבכורים וחלק הבכורה הוא של הבכורים וכי מפני שספק הוא בין אלו השנים יטלו הא דז"א קושיא דחלק בכור מתנה קרי רחמנא והוא בחיוב על היורשים ליתן לו במתנה זו דרחמנא חייבוהו ואיכא למ"ד דאין לבכור קודם חלוקה כלל ואפי' למ"ד יש לו קודם היינו משעה שרוצה לזכות כמ"ש רשב"ם ב"ב קכ"ו ומ"מ אינו רק חיוב על היורשים תדע דהא יכול לסלק עצמו בלא קנין ומש"ה נוטלין כיון דיכול לדחותם אבל הא קשיא דעכ"פ יוציא לעצמו החצי דהא דינייהו בחלוקה וכן בסי' מ"ט גבי נמצא שובר על שטרו של יוסף בן שמעון ששטרות שניהם פרועים עד שיבואו בהרשא' ואמאי עכ"פ יוציא מידם ויהיה מונח ביד ב"ד עד שיבוא אליהו למאן דס"ל דמונח הוא בב"ד ואף דהתוס' כתבו בבכורות דאף בלא הרשאה יכולים לגבות כששניהם מתרצים זהו לחד תירוצ' ועוד קשה דאמאי לא יכולין להוציא מידם כ"א החצי אף בלא ריצוי שניהם כיון דדינייהו בחלוקה לכן נראה לו' דדוקא בפקדון או בגזילה כעין דנין דין חלוק' או דין מונח דכיון שהפקדון ברשותא דמרא קיימ' ופוטרין עצמן בהרי שלך לפניך ושוב אין דינייהו של התובעים עם הגזלן או הנפקד רק על החפץ ודנין בו דין חלוקה או מונח משא"כ בחוב שבאין עליו מכח חיוב הגוף שהלואה כבר ניקני' לו וכן בבכורות שם נתן לו חמש סלעים להוציאן ונעשו שלו ולא נשאר עליו רק חיוב הגוף וכן בב"ב שם החלק בכורה הוא בחיוב הגוף על היורשים מש"ה מצי מדחי לכל חד וחד ועוד נראה

בשלמא בגזילה ופקדון תיכף כשמניח לפניהם ואומר הש"ל קיים מצות השבה ונפטר מחובו ואף כשחולקין אח"כ ולא בא ליד הנגזל והמפקיד כל דמי הגזיל' והפקדון מ"מ הגזלן והנפקד כבר נפטרו מחיובם תיכף כשאמרו הש"ל משא"כ בהלוא' שאם יחלוקו נשאר חוב עליו נגד המלו' האמיתי על החצי דהא אין נפטר מחיובו עד שמשלם למלו' האמיתי הכל וגם אם יברר אח"כ המלו' האמיתי בעדים שהאמת כדבריו יתחייב לשלם החצי מה שנטל האחר שלא כדין ומש"ה מצי מדחי לכל חד וחד ולו' אולי האמת עם האחר ואין אנו יכולין ליתן לך כלום, ועוד אפי' דדוקא בפקדון בעין שייך לומר שהנפקד תופס בחזקת שניהם והוי כאילו שניהם מוחזקין בו דדנין בו דין חלוק' כמ"ש התוס' בב"מ ב' ד"ה ויחלוקו משא"כ בדבר שהוא רק חיוב הגוף לא שייך לו' כן ואף דמצינו לפעמים דין חלוקה אף כשאין מונח ביד שום אדם כגון גבי ניפול הנמצא בב"ב בפ' לא יחפור הוא מטעם דממון המוטל בספק חולקין והוא דררא דממונא שספק לב"ד בלא טענותיה' הוי כאילו שניהם מוחזקין בו משא"כ הכא ולפ"ז תמוהין דברי הש"ך שכ' כאן בהלוא' דין חלוק' והאי דב"מ דף ג' אמר גבי חנווני על פנקסו אמאי לא אמרי' נפקי לממונא כו' לא קשה דאמאי לא מקשה דלדח' לכל חד וחד כדמקשי' ליה בככורות וי"ל דבא להקשות דאפי' אם יבאו בהרשא' או יסכימו שניהם מ"מ אין להם כח רק להוציא מבעה"ב שיהא מונח:

ה **יהא מונח.** עש"ך ס"ק ח' עד אם ירצה להניח מנה, ולפענ"ד נראה לו' דכאן בהלוא' כ"ע מודים שיהא מונח בידו ולא ביד ב"ד דדוקא בגזיל' ופקדון שהנפקד או הגזלן מסתלק מן הדין בהשבתו לב"ד אף אם נפסד ביד ב"ד כמ"ש רש"י בב"מ ל"ז בד"ה אמר ר"ט דסילק הדין הוא משא"כ בהלווא' דאם יופסד ביד ב"ד ויבורר אח"ב מי הוא המלו' האמיתי לא יופטר מחובו ודאי דאין יכולין לכופו ליתן ליד ב"ד עד שיסכימו שניהם ומצי מדחי לכל חד וחד עד שיבואו בהרשא' כמ"ש לעיל בס"ק הקודם:

ו **מונח עד שיבוא אליהו.** נראה דמירי כאן אפי' השטר ביד א' מהן דאותו שהשטר בידו אינו נאמן במגו דלקוח אף לפמש"ל בסי' ס"ו דלא בעי כומ"ס בשטר כזה מ"מ א"נ לטעון לקוח דהוי כשותפין בהשטר ואין להם חזקה זה על זה:

ז **עד שיבא אליהו.** עש"ך ס"ק ט' עד תליא בפלוגתא. ולפע"ד נראה דכאן ודאי פטור מטעם שכתב הרמ"א דלכתחלה התחייב את עצמו ליתן לא' מהן וע"ד זה נמסר לידם:

ח **ויכול אותו שהשטר** עש"ך ס"ק י' עד דגם הטור לאו דוקא נקט. והנה לפמש"ל בסק"א דבהלוא' אפי' בכ"א חייב ממילא הוצרך להאי טעמא דוקא ול"ק קושי' הש"ך. גם לפמ"ש בב"ק הקוד' ג"כ לא קשה קושית הש"ך דהוצרך לטעמא כדי לפוטרו אפי'

לצי"ש לכ"ע. גם מ"ש דאפי' הי' יכול לתבוע כל החוב לא ידעתי מציאות לזה דאם נכתב שם שניהם בשטר עכ"פ הימני' חד לחברי' שיקח כ"א המחצה ולא פשע בכלום (ויש שם ט"ס בש"ך וכצ"ל אלא שכ"ש הוא טעם זה אבל באמת וכו') :

ט **אי לא תבעי'** והיינו שטוענין שמא והנה אם האחד טוען ברי והא' שמא אם הוא בשני כריכות ודאי דחייב לשלם לבעל הברי ולבעל השמא נראה דאינו חייב אפי' לצי"ש כמו שאבאר בסמוך. ואם הוא בשטר אחד נראה דל"מ דאם בא אחד ותבע בברי קודם שאמר הנפקד שא"י דנאמן דדמי להא דמבואר בסי' רכ"ב סעיף ד' בהג"ה דלא הי' חציף לו' ברי דאולי יכחישוהו הנפקד אלא אפי' אם אמר הנפקד תחלה שא"י ואח"כ אמר אחד ברי דאז ל"ד לסי' רכ"ב דשם ירא אולי יכחישוהו ויאמר שאתה בודאי אומר שקר אבל הכא אמר הנפקד שהוא מסופק בין שניהם אלו העומדים לפניו ושוב אינו ירא מהנפקד שיאמר ברי מ"מ נראה דנאמן דברי ושמא ברי עדיף וכשהוא ביד הנפקד לא שייך חזקת ממון כמבואר בסי' רצ"ב סעיף י' בהג"ה לענין טבעות ומה"ט פטור ליתן להטוען שמא אפילו לצי"ש ודוקא כששניהם עומדים לפניו והאחד טוען ברי והאחד שמא אבל אם בא אחד לבדו ואומר ברי אסור ליתן לו דשמא חבירו ג"כ יטעון ברי וכן אם אחד מת והיורשין טוענין שמא ג"כ אין נותנין למי שטוען ברי והדין ג"כ דמונח דאנן טוענין ברי בעדם. והא דפטור בלא תבעי ליה כ' הסמ"ע הטעם בסי' ש' ס"ק ג' וז"ל דיכול לו' דקדקתי מי בעל המאתים ושכחתי והא ראיה שהם ג"כ שכחוהו וכו' וזהו הטעם לאו דוקא אפי' אם אמר אביכם של אחד מכם הפקיד לי ג"כ אינו חייב בדיני אדם אף דשם ליכא האי טעמא. ועיקר הטעם דבשמא ושמא לא מפקינן ממונא מספיקא לכ"ע כמבואר בב"מ שם דף ל"ז :

י פטור אף לצאת ידי שמים עסמ"ע וש"ך שכתבו טעמים דחוקים לחלק בין הך דהכא להך דסעיף א'. ולפענ"ד הטעם פשוט דמבואר סי' רכ"ב סעיף ד' בהג"ה דמי שאמר שדה מכרתי ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני הלוקח נאמן והוא מטעם דלא חציף אינש וכו' אבל ודאי אם מכר שדה וא"י אם גדולה אם קטנה ובא אחד ואמר גדולה לקחתי דאינו נאמן כמבואר בסי' רכ"ג סעיף ה' וע"כ הטעם כיון דעכ"פ לקח אצלו שוב חציף לו' גדולה ולפ"ז הטעם פשוט בכאן דכשלא לוה רק מאחר לא פשע דלא הי' ירא משום אדם שיאמר אני המלו' דלא חציף אינש ולמי שיטעון ברי יוכל ליתן כמו בסי' רכ"ב סעיף ה' ויכול לומר לכל אחד אף אם האמת אתך שכחתך גרמה לך הפסד דאילו היית טוען ברי אף שהאחר הי' טוען שמא היית נוטל ומטעם הנ"ל ועוד דברי ושמא ברי עדיף וכמש"ל וא"כ פשיעת המפקיד או המלוה גרם יותר ההיזק מפשיע' הנפקד מש"ה

פטור משא"כ בסעיף א' שלוה משנים דשם פשע הנפקד הרבה דהי' לו לירא שמא יטעון האחד צרור גדול הפקדתי או הלויתי דבזה חציף אינש כו'. מש"ה חייב משא"כ בשניהם טוענין ברי כיון דהמפקיד לא פשע מאומ' מש"ה חייב הנפקד על פשיעותו אף שלא פשע ב"ב כו' ועבסי' שס"ה בש"ך ס"ק ה' שכתב כה"ג כשגזלן לפניו דפטור ג"כ לצי"ש כמו הכא ולפענ"ד נרא' דבגזלן חייב לצי"ש בכל גוונא דבגזלן צריך לצי"ש להשיב לידו דוקא, דהא צריך לצי"ש ליתן לכ"א כדי שיגיע הגזילה לידו דוקא דהא אמר בב"ק ק"ג דלצי"ש בגזילה צריך להוליך אחריו למדי כדי שיבוא השבה לידו רק כשהודה פטור מטעם דהוי כמאן דאמר יהי' לי בידי ע"ש ומדמה שם לזה גזל אחד מחמשה דנ"כ צריך ליתן לכל אחד כדי שיקיים השבה לידו דוקא וא"כ חייב לצי"ש אפי' לא תבעי ליה ואפי גזלן בפניו כמו דחייב להוליך למדי דבזה לא שייך לומר דהוי כמ"ד יהי' לי בידך ועיין עוד בס"ק שאחר זה:

יא **מידי שמים.** עש"ך ס"ק י"ז דאם אמר אביו של אחד מכם הלויה לי מנה וא"י דחייב לצי"ש. ועבסי' ש' מ"ע ס"ק י"ב דפשיעה הוי ולא ידעתי טעמו דמנין הי' לו לידע בשעת הפקדון שימות ועיקר הטעם נ"ל דפטור כאן בלא תבעי' ליה הוא מטעם שכתבתי לעיל שיכול הנפקד לומר להמפקיד אתה פשעת יותר במה ששכחת ששכחתך גרם לך ההיזק דהא אילו לא שכחת להיות טוען ברי היית נוטל כמש"ל משא"כ באביכם הפקיד לי דאין כאן פשיעה מהמפקיד וכ"כ הרא"ש בהדיא הטעם משום דהו"ל למפקיד למידק ומה"ט בשני כריכות לעיל חייב לצי"ש אפי' לא תבעי' ליה וג"כ אין פשיעה מהמפקיד כיון שזוכר מפקדון אין עליו לידע כמה היה בו כיון דמסר לו צרור סבור שיחזיר לו צרור כמ"ש הרא"ש בהדיא עיין שם:

סימן עז

א **או שקבלו פקדון ביחד.** עש"ך ס"ק א' (ויש שם ט"ס וכצ"ל הפקיד גבי שנים דינו כא' שהלוה לשנים וכו') עד צריך לשלם לו חלקו, ובשו"ת רמ"א שם הביא עוד ראי' מהא דהמפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ואם פשעו הם הוא פטור מלשלם ולא גרע מאילו מסרו לשניהם ביחד דהא הוא עיקר השומר. והש"ך לא הביא ראיה זו כלל. ונראה שהי' פשוט בעיניו הסתירה של ראיה זו דבשלמ' המפקיד על דעת אשתו ובניו הטעם כמ"ש הפוסקים גבי שומר שמסר לשומר דפטור במקום דלא שייך לומר את מהימן בשבועה האיך לא מהימן וכגון דרגיל להפקיד דהטעם משום דהעמיד גברא בחריקאי והרי עשה השומר שמירה מעולה שמסר לכן דעת הנאמן לו והוי כמו שמסרו לו בתיבה

מסוגרת ונפטר מצד חיוב שמירתי ומה שחייבין הן על פשיעתן לא נעשה הוא ערב בעדן שלא קיבלו על עצמן רק לשמור שמירה מעולה ולא נעשה ערב על חיוב התשלומין כלל רק שנתחייב לשמור וזה השמירה שלו תדע דהא לאביי פטור בכל שומר שמסר לשומר בן דעת משא"כ בשנים שקבלו פקדון ביחד שנעשה ג"כ ערב בעד חיוב תשלומין של חבירו וכיון שפשע השני וחייב לשלם חייב לו ג"כ מצד ערבות, אמנם נראה דהרמ"א שם לא הביא רק נגד דעת האומרים דשנים שקבלו פקדון ביחד הוי בקבלנים דהא בעובדא דרמ"א שם מיירי שהי' להשני לשלם רק שרצה לחייבו מטעם קבלן בקבלן אינו חייב מטעם שקיבל על עצמו חיוב תשלומין של השני רק מטעם דהוי כאילו הוא קיבלן לעצמו כגון בהלואה הוי כאילו הוא הלוה לעצמו ובשומר כאילו קיבל השמירה בעצמו וא"כ לא גרע מאילו קיבלו לעצמו ומסרו להשני דנפטר משמירתו דמה"ת יהי' גרע הקבלן מאילו קיבל בעצמו ולפמ"ש לא הי' צריך הש"ך לסתור ראיה זו לפי מאי דקיי"ל דלא הוי קבלן רק ערב בעד חיוב התשלומין של השני, לפ"ז י"ל גם מה שהקשה הש"ך על הראיה הראשונה של הרמ"א דכונת הרמ"א להוכיח דאם נאמר דהוי בקבלן דהיינו באילו קיבל בעצמו השמירה ולא מיפטר במסירה להשני בהשאלה שנשאל שם א"כ גם במסר שורו יתחייב לשלם הכל אף שמסר להשני דהוי כאילו הוא פשע בעצמו דהא קבלן אינו חייב מטעם ערב כנ"ל וא"כ חייב הוא מטעם מזיק כמו כל שומר שפושע שנקרא מזיק. והש"ך אינו סותר ראיה זו ג"כ רק לפי מאי דקיי"ל דלא הוי רק ערב ולא קבלן והרמ"א לשיטתו אזיל וא"ש אך מ"מ יש לסתור ראיות הרמ"א מהא דמסר שורו לשומר והזיק דהא שומרים לא נעשה בקבלנים רק נגד הבעלים שקיבלו ממנו ביחד אבל לא נגד הניזק וכיון דקי"ל במסר שורו לשומר והזיק דהשומר. חייב והבעלים פטורים אפי' אין להשומר לשלם כמבואר בח"מ בסי' שצ"ו סעיף ח' ועיין דרישה ופרישה שם והכא במועד קמיירי דבהכשר כל ניזקו קאמר וכיון דנפטרו הבעלים במסרו השור לשומרים ואין להם תביעה רק מהניזק ונגדו לא נעשו קבלנים דהא לא קיבלו ממנו השמיר' רק דרחמנא חייבי' לשלם דמי השור למי שהשור תח"י בשמירה וכיון ששומ' אחד מסרוהו להנשארים נפטר השומר דלא יהא השומר זה אלא כבעלים שנפטרו כשנתנו להשומר ואין חיוב על השומר משום שומר שמסר לשומר דהא מסרו לאיש הנאמן אצל הבעלים:

ב **לא יתבע הערב תחלה.** בספר קצה"ח רצה ליישב קושית הפוסקים אהנך דס"ל דהוי כקבלנים מהא דפרק השואל דשותפין ששאלו לנשאל אחד מהן. וכתב לתרץ דאף דהוי כשואל בכולו מ"מ הוי כמשאיל מקצת לחברו ומבוא' בסי' רצ"א דאם עבר השומר ומסר לשומר אחר אף דהראשון היה בבעלים דחייב השומ' הראשון על רשות השני

וה"נ דכוותיה. ולא דק דהתם עבר השומר במקום שאסור למסור מיירי דהיינו שממעט בשמירה אבל אם מסרו למי שרגיל להפקיד במקום שמותר למסור אפי' אם נעשה בו דבר שחייב כגון פשיעה וכיוצא פטור הראשון דל"מ להנך פוסקים דס"ל דאם פשע השני דפטור הראשון דודאי פטור אלא אפי' למאן דס"ל דחייב הראשון מ"מ הא כתבו הטעם משום דא"כ כ"א ימסור לאשתו ובניו ויפטור זה שייך בדבר שאילו היה נעשה ברשותו היה חייב בו לא נפטר מחמת מסירתו להשני אבל הכא שהראשון היה בבעלים והיה פטור אם היה זה ברשותו ומהכ"ת יתחייב כשמסר להשני למי שרגיל להפקיד כשלא מיעט בשמירה כיון דלא שייך טעם זה דכל א' ימסור כדי שיפטור דלמה לו למסור כדי לפטור הא אפי' זה יהיה ברשותו ג"כ פטור ומכ"ש הכא דמדעת בעלים מסר להשני דהא בשותפות שאלו ובפרט שלא מסרו כלל דברשות שניהם מתה ודאי דלא נתחייב בזה מטעם שואל על רשות הב' רק מטעם קבלן והוא פשוט.

ג **ואם פרע אחד**. עש"ך ס"ק ה' שתמה ע"ז, ויפה השיג התומים דבמרדכי מבואר בהדיא דאף למ"ד דס"ל דלא הוי רק ערבים מ"מ חייב משום דדרך השותפים כן לשלם בעד חברו ע"ש:

ד **דאם לא נתברר**. עש"ך ס"ק ט' ובסמ"ע שתמהו מאוד שמה חילוק יש בין נתברר בעדים ובין שמודה בעצמו והחילוק של הסמ"ע דחוק מאוד דמה בכך שהיה יכול להכחיש וגם בדברי הע"ש תמה הש"ך מאוד ע"ש. ולפד"נ ליישב דבריהם וגם להשוות מחלוקת הפוסקים שלא יהיה שום מחלוקת ביניהם לענין דינא רק שהבין כל א' כוונה אחרת בדברי חבירו לכך הקשה עליו אבל לענין דינא אין כאן מחלוקת כלל דהט"ז כתב דעיקר הך דינא מיירי לענין אם השותף השני טוען שהשותף שלוה המעות חייב לו כנגדו כנגד המעו' שהלוה עליו והדין עמו דעכצ"ל כך דאלת"ה מה"ת לא ישלם השני כשמודה שלוה מעות לצורך השותפו' אלא ע"כ דמיירי שהשותף השני תפס המעות ואמר שחייב לו השותף כנגדו. ולפ"ז א"ש הכל דמה שכתב הרמ"א דאם נתברר וכו' בעדים חייב היינו שהעדים היו בשעת ההלואה כשלוה שותף האחד ואמר המלוה בפירוש שמלוה המעות לשני השותפים וגם ידוע בעדים שהלואת המעות היה לצורך השותפות כגון לבנות בית המשותף וכיוצא בו לצורך השותפות ובהא ודאי לכ"ע חייב דהא אפי' אם הלוה המלוה המעות לצורך השותפות בלי ידיעת שניהם אפ"ה שניהם חייבים ולא גרע מיורד שלא ברשות דמחוייבים להחזיר ההוצאה שיעור שבח ובודאי דגם כאן מיירי שיש שבח דבליכא שבח אפי' אם היה השותף נותן מעות שלו פטור השני כמבואר בסי' קע"ח וכיון שהי' שבח אפי' נתן המעות בלי ידיעת שניהם מ"מ שניהם חייבים ומכ"ש בכאן

דשותף האחד היה אצל ההלואה שהיה לצורך השותפות, ועוד דלא שייך כל הסברות שכתב הרא"ש דאין השותף יכול לשעבד את חבירו דהא אפי' אם היה השותף כאן ולא היה רוצה ללות ודאי דאילו אתי לב"ד לאמלוכי הי' הב"ד מצוין ללות כע"כ של זה והי' משועבדין נכסיו בע"כ כמבואר בסימן קע"ח ס"ב בהג"ה אם מוחה השותף וכו' ע"ש ועוד דהא שפיר כתב הרמב"ם דכל שותף הוא שליח חבירו בדבר שהוא לצורך השותפות דהא אם היה כאן ודאי דהי' נתרצה ולא גרע מאשה חנו"נ שלותה שהבעל חייב לשלם עבורה כמבואר בסימן צ"ו ולפ"ז ודאי דאין השותף השני יכול לתפוס דמי ההלואה שלוה השותף בעד החוב שחייב לו שותפו כיון דההלואה חל עליו נ"כ אבל בשהשותף מודה וע"כ א"א לומר דמיירי שמודה שראה שהמלוה לוה לצורך השותפות דהא לא היה אצל ההלוא' ואם באמת היה במעמד ההלוא' ונתרצ' ודאי דנתחייב וגם ע"כ לא מיירי שמוד' שהשותף הב' בשע' שהביא המעות אחר שהמלו' הלו' המעות לשני השותפים לצורך השותפות ונתרצ' השותף השני לעסוק במעות המלו' ג"כ וראי דנתחייב ולא גרע מאילו המלו' שלח המעות ע"י אחר להשותפים שילוו ולקח האחד המעות במעמד השני ושתק השני ועסק במעו' דדאי דנתחייב ה"נ דכוותי' אלא ודאי דהרמ"א מיירי דאינו מודה הב' רק שכפי סך ההלוא' שאומר המלו' הניח חבירו באותו פעם להשותפות ובז' שפיר כתב הרא"ש דלא נתחייב השותף השני לפרוע להמלו' דיכול לומד שהשותף חייב לי כנגדו כמ"ש הט"ז דהא יכול לומר א"י אם לוית להשותפות שמא לא לוית מתחיל' רק לצורך עצמך ונתת להשותפות דאז הוא לבדו רק לוה שלך ולא אני. ומה שכתב הרא"ש שאין השותף נשתעבד במאמר שותפו פי' שאינו נאמן לומר שלו' לצורך שותפות לשעבד שותפו וכיון דהוא לבד נעשה לוה שלך וקנה המעות שלך בהלוא' גם אני יכול לתופסו בחוב כמבואר בסי' צ"ט ומיירי שכל' המעות השותפות כמ"ש בסמוך וא"ש דברי הרמ"א ומשה אמת ותורתו אמת. ונרא' דאף הש"ך מודה לזה כי מ"ש הוא ברור כשמש. ומה שצריך הש"ך להסכמתו וציוויו היינו לענין ערבות וכמ"ש אח"כ והשתא נבוא ליישב הע"ש מקושית הש"ך דמה שהקש' הש"ך דמה בכך שיש לו מגו מ"מ עכשיו שמוד' שבהסכמתו וצוויו לוה לצורך השותפות אפי' יהי' כן שלא בא לתוך השותפות מה לו למלו' בכך הלא הוא נותנו להשותף שהוא שלוחו וכאילו נתנו לידו דמי עכ"ל אין לו הבנ' כלל דהא אם לא היה אצל ההלוא' יכול לומר מה בכך שצויתי לך ללות לצורך השותפות מ"מ כיון שלא בא ההלוא' לצורך השותפות ע"כ לא לוית המעות רק לצורך עצמך או לא לוית כלל וקנוניא אתם עושים עלי דודאי אם אמר האחד לך לוה לי מעות והמלו' או השליח אמר שהלו' לו והלו' אומר שלא קיבל

מיד השליח פטור הלו' כיון שלא אמר שישלח על ידו ואפי' אמר להשליח שישלח ע"י איכא פלוגתא בשליח שעשאו שלא כעדים ועכצ"ל דהש"ך הבין בע"ש דמיירי שהשותף במעמדיו ובציוויו לוה מהמלו'. ומ"ש הש"ך דמיירי שהשותף הב' אמר למלו' שלא יתננו לו אלא כשיתננו בפניו וכו' כוונת דבריו דאפי' אם אמר לו כן מ"מ אם בא המעות לתוך השותפות ודאי דחייב השני אפי' עבר המלו' על ציויו וא"ש דברי הע"ש. אבל באמת הע"ש מיירי שלא היה כמעמד כשהלו' לו המלו'. ולהסביר כל דברי הע"ש במה שחילק בין נתברר למודה נראה דמיירי לענין ערבות דהיינו אם אין ללו' לשלם אם השותף השני שלא היה אצל ההלואה חייב לשלם הכל וע"ז שפיר כתב הע"ש דאם נתברר בעדים דהיינו שהעדים היו וראו שהמלו' הלו' לצורך השותפות וגם יודעים שהשותף השני עשאו שליח דהוי שליח שעשאו בעדים רק שהשותף אומר שלא בא לתוך השותפות וזה אמרינן שחזקה ששליח עושה שליחותו ובודאי בא לתוך השותפות והא דהוצרך לחזקה ולא אמר בפשוט שנתחייב תיכף כשהגיע המעות ליד השני נראה כיון דמיירי לענין שיהיו ערבים של השותף הב' כמ"ש הע"ש בהדיא כמה פעמים דמיירי לענין שיהי' השותף השני ערב בעדו ובזה בעי דוקא כשבא המעות לתוך השותפו' דהנה שני טעמים יש בהשותפין שלוו שיהיה ערבים זה לזה. א' שאדעתא דהכי הלוה המלוה המעות שיהיו ערבים זל"ז דהא לא רצה להלוות רק לשניהם טעם השני כתב רמ"א בתשובה כיון שכל א' נהנה מכל ההלואה מהני ליה להיות ערבים וכאן מיירי שלא אמרו העדים להמלוה בשעת הלואה שהוא שלוחו של השותף הב' ומש"ה אם לא היה בא המעות לתוך השותפות אף שבאמת השותף השני נתחייב תיכף בחלקו דהא באמת היה שלוחו דהא המשלח חייב בעשיית השליח אפי' לא הודיעו שהוא שליה מ"מ לא נעשה ערב דהא אפי' ערב בשעת מתן מעות לא מהני אלא משום האי הנאה דמהימן ליה והכא לא שייך זה דהא לא הודיעו לו העדים שהוא שלוחו של השני לא נעשה ערב אבל כשבא המעות לתוך השותפות הוי ערב מטעם שכתב הרמ"א בתשובת הנ"ל כיון שנהנה כל א' מכל המעות לכך הוצרך לחזקה זו. גם הקושיא השניה של הש"ך על הע"ש לק"מ דהדבה פעמים דאמרי' מגו במקום חזקה ואפשר שגם הש"ך הי' ג"כ מודה לדינים אלו רק שהבין כוונת הע"ש בענין אחר. ולפמ"ש ליכא מחלוקת כלל בין הפוסקים לענין דינא. היוצא לנו שכל זה לענין שהשותף אם יכול לטעון חייב לי כנגדו אז יש חילוק דאם נתברר בעדים שהמלו' לוה לצורך השותפות אינו יכול לטעון אבל אי ליכא עדים וגם הוא לא הי' אצל ההלוא' יכול לו' המעות הוא שלך שלוית לעצמך ואתה חייב לי כנגדו ולענין שיהי' ערבות בעינן שיהי' עדים שבציוויו לוה ואז אמרי' בודאי בא לתוך

השותפות והוי ערב אבל אי ליכא עדים רק שהוא מודה בעצמו שבציווי לוה ואומר שלא בא המעות לתוך השותפות נאמן ולא הוי ערב כלל:

ה **אלא א"כ הי' ממון** עסמ"ע ס"ק י' ולפענ"ד נראה בפשיטות דהרמ"א מיירי לענין אם טוען השותף אתה חייב לי כנגדו כמש"ל וזה שייך דוקא כשכל' מעות השותפות ובא לתבעו מביתו יכול לו' שהלוא' הי' שלך ואני חייב לך ואתה חייב לי כנגדו אבל כשהמעות בעין בשותפות נוטל הבע"ח כל חובו ממעות שהוא בעין בשותפות דהא ודאי אם ראובן חייב מעות לשמעון וידוע שראובן לקח מעות מלוי ואינו יודע אם קבלם מלוי בהלוא' או בפקדון ודאי דאין שמעון יכול לתפוס מעות לוי מספק ולו' אולי קבלם בהלוא' וכבר קונה אותן המעות בהלוא' דכ"ז שאין ידוע שיצא הממון מחזקת לוי אין זה יכול לתפוס מספק וה"נ דכוותי' דכשלו' לצורך השותפות לא קנה השותף הלו' מעות לעצמו ואין השותף השני יכול לזכות במעות המלו' מספק מכח מה שחייב לו כנגדו:

ו **והודה אחד.** בס' קצה"ח כתב דאם המלו' טוען שמא לא הוי נוגע ע"ש. והן דברי התומים בסי' ל"ז ע"ש וכבר השגתי עליו שם דהכא כיון שהוא נתחייב לשלם והוי כמו שהוא תובע המעות ג"כ הוי כמו בעל דבר דפסול בין לזכות בין לחוב' אפי' כשיש לו מגו שאינו נוגע. וראי' לזה ממ"ש הר"ן בפ' הכותב גבי האי בקרא דלא חשיב עד כיון שהוד' דלאחר מיתה תפסי' הוא דחייב לשלם הוי בעל דבר ע"ש וה"נ דכוותי':

ז **אינו מחול אלא החצי** והקש' התומים דכיון שמחל ע"י פיוס א"כ יהי' החצי שמחל שייך לשותפות, ולק"מ דודאי כשהי' החוב מנה ומחל חמשים או חצי חוב סתם שייך לומר שמחל לשותפות אבל הכא שמחל לו כל תביעות שיש לו עליו ודאי דלא היתה כוונתו להשותפות וא"כ הרי יצטרך לשלם החצי מהנשאר והוא מחל לו כל התביע' שיש לו עליו אלא ודאי שהית' כוונתו רק שיהי' לו לבדו ולא להשותפות:

ח **אין חלק חבירו מחול.** עש"ך שחולק ע"ז. ובזה הדין בהתומים דאין לשותף כח למחול ולהזיק דלא עדיף מאשה הנו"נ שמבואר בסי' צ"ו:

ט **שנים שערבו.** בספר קצה"ח רצה להוכיח מהא דשני לקוחות דאם פרע אחד דא"י לגבות מהשני וליתא דהא מבואר בסעיף ד' בהיפך ע"ש דגובין וממקום שהביא ראי' אדרב' משם נלמד דין זה ויתבאר מסי' קל"ב:

י **אין שומעין לו.** עש"ך ס"ק כ"ה שכתב דאם חלקו ידוע שומעין לו. ובתומים הקש' דהא בירושלמי מדמה לזה כמו בשני מלוים אין נותנים לכ"א החצי דהוי כאילו כ"א הלו' הכל ה"נ בשני לווים הן ערבים זה לזה דהוי כאילו כל אחד לוה בכולו ואי כהש"ך אם כן בשני לווים נמי כשידוע כמה לוה כ"א לא יהי' ערב. ולא דק דבשלמא בשני מלווים דאין

תלוי רק בהמלו' וכיון שידוע חלקו של המלו' מה נ"מ למי שהוא חייב משא"כ בשני לווין אף שידוע חלקו של המלו' כמה לוה מ"מ הוי כאין הלקו ידוע דהא תלוי הכל בדעת המלו' שא"י כמה הלו' לכ"א דהא לשניהם הלו' דוקא ביחד. ומ"ש עוד התומים שאינו מבין מ"ש הש"ך מהדאי' שהביא מבעה"ת ולפעד"נ פשוט דכוונת הש"ך נראה פשוט דמקודם חולק באם ליתא במתא דאז כשאין חלקו ידוע אין נותנין לו כלל דשמא הי' של חבירו ומביא ראי' מבעה"ת שכתב דבאיתא במתא יוכל ליתן חלק חבירו לב"ד ולעיל מינה כ' דנותנין הכל ליד התובע בדאית חבירו במתא וכ"כ הטור סתם ולא כ' דנותנין חלק חבירו בב"ד אלא ע"כ דצריך ג"כ האי חלוקה דכשחלק חבירו ידוע צריך ליתן חלק חבירו בב"ד כיון שידוע שהחצי הוא של חבירו אבל כשאין חלק חבירו ידוע צריך ליתן לזה התובע הכל כשהוא בעיר דאמרי' כיון שאין חלק חבירו ידוע וכיון ששמע ולא בא הכל הוא של זה התובע וצריך ליתן לו הכל ולזה סיים דברי המחבר בצ"ע דהמחבר כאן מיירי שאין חלקו ידוע וכ' דהרשות בידו ליתן ביד ב"ד והא ליתן דכשאין חלקו ידוע צריך ליתן לו הכל כמש"ל:

יא החצי מכתובת'. נראה דדוקא כשחתמ' האשה עצמה בשטר נעש' עליה ג"כ חוב אבל אשה שהקיפ' סחור' אפי' היא נו"נ מ"מ נראה כיון שידוע לכל שיש לה בעל וכל מה שנו"נ הוא הכל של בעל וכל הריוח והפסד חל על בעלה והיא לית לה משלה כלום הוי כהודי' שהיא שליח שהדין הוא רק עם המשלח כמבואר בסי' קפ"ב וכמו בסנטר או באפוטרופוס של בעה"ב שהדין הוא רק עם בעה"ב אם לא שחתמ' עצמה בשטר דאז הו' כפי' המלו' שדעתו עליה ומכ"ש אם פי' בהדיא שאין סמיכת דעתו רק עליה שאז חייבת גם היא לשלם כשאין לו לבעל:

סימן עח

א **ותבעו תוך הזמן**. עש"ך ס"ק א' עד והעדים צריכין דריש' וחקיר'. עיין תומים דביורשים דלא הו"ל למידע אמרינן בהו חזקה אפי' בשמא ושמא אבל אם המלו' גופי' טוען שמא איתרע חזקה רק אם גם הנתבע טוען שמא לא איתרע החזק'. ולפענ"ד נראה דבשמא ושמא לא אמרינן חזקה דהא חזקת הגוף אלים טובא כמ"ש הרמב"ן ואפ"ה לא אמרינן חזקת הגוף בטענת שמא כמבואר בכתובות ע"ו גבי מנה לאבא בידך ובכמ' דוכתי ומכ"ש בחזק' דאין אדם פורע תוך זמנו דהוא חזקה בינונית דלא מהני בטענת שמא וכן חזקת ג' שנים דהיא חזקה אלימתא ואין מוסרין אותו לשבוע' כמבואר בסי' ק"מ ואין מועיל בטענת שמא דהוי חזקה שאין עמה טענ' וא"כ ה"ה הכא בשמא ושמא

לא מהני והא דמהני בשטר בשמא ושמא כמבואר בסי' נ"ט דבשטר לא ריע טענתי' דמלו' כ"כ דסמיך אשטרי ולכך אינו זוכה:

ב **הוחזק כפרן**. עש"ך ס"ק ז' מה שמתמ' על זה. ולפענ"ד הדין פשוט דהא מבואר בסי' ע"ב סעיף י"ח בהג"ה דאפי' טען אז שהן מכירין שאין ראוין להחזירן לפי אותן טענה כו' מוכח משם דאפי' שטוען אח"כ החזרתי אינו נאמן וע"כ הטעם דלא מצי אמר ידעתי שלא אזכה בדין לפי טענתו לפי שהן דברים העשוין להשאיל ולכך החזרתי וע"כ הטעם משום דמי יימר דמחייבים ליה רבנן כמבואר בב"ב דף ה' ע"ש ועמש"ל בסי' ע"ב סעיף י"ח דכשטוען בניסן להד"ם והכחישוהו עדים בתמוז שא"י לחזור ולטעון פרעתי באייר וא"כ ה"נ הוחזק כפרן מהאי טעמא דמיירי בתובע בעדים בתוך זמנו וטען אז פרעתיך ועכשיו תבעו בב"ד ואומר פרעתיך עכשיו דאמרי' ליה ממ"נ אם אמת הוא שפרעת קודם למה הי' לפרוע עכשיו מי יימר דמחייבים לי' רבנן ואם אמר שקר לפני העדים הרי הוא הוחזק כפרן אבל אם תבעו בב"ד והב"ד פסקו לו שחייב לשלם נאמן לומר פרעתיך אח"כ כמו נגד כל פס"ד דהא בכל פסק דין ודאי הב"ד חייבו משום דלא הי' נאמן ואפ"ה נאמן לטעון פרעתי נגד פס"ד ה"ה הכא. ובתומים הביא ג"כ ראיה דבתבעו בעדים ואמר פרעתיך דא"נ לומר אח"כ פרעתיך בשכיר שטען בזמנו פרעתיך וחזר וטען פרעתי אח"כ דאינו נאמן ע"ש ואין להקשות עליו דהא שכיר טריד בפועליו הוא והאיך שייך לו' הוחזק כפרן ז"א דהא כתבו התוספות שם דשייך ביה הוחזק כפרן,. ובקצה"ח כתב דאם טען בב"ד פרעתיך תוך זמנו וחייבוהו ב"ד לשלם דאינו נאמן לומר פרעתיך אח"כ וליתא דלא הוחזק כפרן רק כשהכחישוהו עדים כמבואר בסי' ע"ט אבל מה שלא האמינוהו הב"ד משום שהוא תוך זמן לא הוחזק כפרן כמו שנאמן לומר פרעתי אחר כל פסק דין שחייבוהו לשלם משום שאינו נאמן בדבריו ולפ"ז ה"ה אם תבעו בתוך זמנו בב"ד ואמר פרעתיך וחייבוהו ב"ד לשלם ושהה מלגבותו עד אחר זמנו וחזר ותבעו בב"ד ואמר גם כן שפרעו בתוך הזמן כמו שאמר קודם נאמן כיון שעכשיו יש לו מיגו דאי בעי אמר שפרעו אחר זמנו דהא ודאי אם חייבוהו ב"ד לשלם מחמת שהוא תוך זמנו או מחמת טעם אחר כך תפס הנתבע שלא בעדים שיש לו מגו ודאי דנאמן וה"נ כיון שיש לו עכשיו מגו דמי לתפס שלא בעדים אחר שחייבוהו ב"ד דנאמן ומ"ש בסקצה"ח דא"נ בזה מטעם דאם נאמן במגו לפרעו אח"כ א"כ אפי' בטענת פרעתיך אח"כ א"נ מטעם דלמה הי' לך לפרוע אח"כ הי' לך לטעון בב"ד פרעתיך בתוך זמנו כמו שטענת מתחל' כי עכשיו היו הב"ד מאמינים לך במגו ליתא דאפי' לפי דבריו מ"מ יש לו מגו דפרעתיך ביום שנשלם בו הזמן דאז לא הייתי מהימן במגו כמ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ו והוכרחתי אז לפורעך מחמת ציווי

הב"ד שחייבוני לשלם. ועוד נראה דאפי' להנך דס"ל דנאמן במגו ביום שנשל' זמן מ"מ יכול לטעון פרעתיך כיון שחייבוני הב"ד לשלם ולא ידעתי מזה שאהי' נאמן עכשיו לפני ב"ד ועל פסק הראשון סמכתי שחייבוני לשלם דלאו כ"ע דינא גמירי ואף שהש"ך חולק עד הרא"ש בסי' ס"ו ס"ק כ"ו על סברא זו היינו דאמרינן מגו בכה"ג אבל להוכיח מזה שלא פרע ודאי דיכול לטעון כך דאל"כ אחר פס"ד דנאמן לומר פרעתי אם ידוע שהי' לו של חבירו בידו והי' לו מגו שוב לא יהיה נאמן לומר פרעתי מטעם כיון שהי' לך מגו לא הי' לך לפרוע א"ו דאין זה סברא כלל:

ג **מעות מופקדין**. ואף דפקדון בלא"ה מהימן במגו דנאנסו כמ"ש הש"ך בסי' ק"ח סעיף ל"ז מ"מ נ"מ לענין שבוע' דבמקום שא"נ רק מטעם מגו דנאנסו חייב לישבע כעין דאורייתא משא"כ במקום דלא שייך כלל חזקה דתוך זמנו אינו חייב לישבע רק היסת כמו בטוען פרעתי נגד מלוה ע"פ, ועיין ש"ך ס"ק י' שכתב דבפרעון סחורה וכו' הכוונה שנתחייב עצמו לפרוע בזמ"פ בסחורה פלוני' לא שייך בזה אין אדם פורע תוך זמנו דחושב אולי לא יהיה מצוי לו הסחור' כזמנו ועל זה משיג הש"ך דמשמע דכל היכא דאית ליה הנאה בהרחבת הזמן אמרי' החזק' דאין אדם פורע תוך זמנו:

ד **כל קונטריס**. עש"ך ס"ק י"ב ולכאור' יש ללמוד מדבריו שאם הלוה לו מנה ליתן לו בכל שבוע עשרה זהובים שיהי' נאמן לטעון פרעתיך בתוך הזמן כמו בקונטריס וזה אינו דדוקא בדבר שאין לו זמן קבוע ושמא יגמור הכל ביום א' או כשני ימים לכך שייך שלא לטרדן דבכל יום איכא ספק שמא יגמור אבל בדבר שיש לכל פרעון זמן קבוע הוי כמו הרבה הלואות שכ"א על זמן קבוע דא"נ לטעון פרעתי תוך זמנו ובעיקר הדין של הש"ך יש לפקפק דהנה הר"ן בקידושין פרק האומר גבי ע"מ שאתן לך מאתים זוז כ' וז"ל אפילו כתוב זמן התנאי אם אמר נתתי מכיון שכנס' דנאמן דלא שייך למימר הכא דלא עביד אינש דפרע בנו זימני' דמכיון שרצה לכנוס זמני' הוא דומיא דאמרי' בריש בתרא ש"ה דכל שפא ושפא זימני' הוא ולכאור' אין פי' לדבריו ונרא' כוונתו דבשעת נישואין שאם לא הי' נותן לה לא הי' נישאת לו וממילא הגיע לו תועלת בהפרעון שהי' יכול לכונס' ול"ד לשאר פרעון בתוך הזמן שאין לו תועלת בפרעון תוך הזמן שאין לו תוך הזמן מש"ה אינו נאמן משא"כ הכא בנישואין מש"ה נאמן לו' ג"כ שפרע אחר הנישואין במגו, א"נ דכיון שהגיע זמן הפרעון בשעת הנישואין אפשר שמחמת זה קבעו זמן אחר קרוב ומדמי להא דכל שפא ושפא דהנה יש להבין שם אמאי בכותל חצר קרי ליה תוך זמנו דהא על שניהם מוטל החיוב לבנות ואין אחד מחויב להמתין על חבירו ועכצ"ל דמיירי שקדם אחר וארצי לחברי' וחבירו מסרב כמ"ש התוס' והתחיל אחר לבנות בעצמו

וחבירו נתרצ' לפרוע כמו שפורעין לכל פועל ובודאי אם הי' שוכרין פועל לבנות הכותל דלא הי' נאמן לו' שפרע בתוך הזמן דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והוי תוך זמנו ומדמ' הש"ס הא דשותף א' שבנה לשאר פועל שבנה דבין יורד ברשות ובין שלא ברשות אין הלה נאמן לו' פרעתי באמצע הבנין כיון דאין השומא רק כפי מה שעתיד לעשות כמבואר בסי' שע"ה סעיף ט' ומשני הש"ס כל שפא ושפא זמני' הוא פי' כיון שהשותף לא התחייב עצמו לבנות הכותל אלא שבנה מעצמו מדעתו מש"ה יכול לטעון פרעתיך קודם גמר הבנין ואף דבשאר שכיר לא הי' פורע עד אחר הזמן משום שהי' מחויב לבנות כל הכותל משא"כ בשותף כיון שהי' יכול לומר אחר כל השפא שבנה אני בניתי שפא אחת בנה אתה שפא אחת ואין אני רוצה לבנות יותר וכיון שהייתי ג"כ צריך להכותל משום היזק ראי' הוכחתי לפרעך שפא זו כדי שתבנ' אתה השפא השנית כיון שהי' לו תועלת בפרעון זה כמו בנישואין שכתב הר"ן כנ"ל ומעתה אין מקום לדברי הש"ך למעיין הטיב ודוק. וראיית המרדכי הוא רק כמו דשם אמרי' מן הסתם מסבר' דכל שפא ושפא זימני' ה"ה הכא מן הסתם אמרינן דכוונתו הי' בהשכיר המקח מכל קונטרס שיהי' כל קונטריס זמנו כיון שהוא מלאכ' המתפרדת:

ה **מיד זמנו הוא**. נרא' דמיירי שקצב סך על כל קונטרס כגון ששכרו לכתוב ספר ליתן לו בעד כל קונטרס זהוב דהוי כל קונטרוס מלאכ' בפני עצמו ומוכח מהש"ס ס"ק י"ב דהזמן פרעון הוא תיכף אחר כתיבת כל קונטרוס וממילא תיכף כשנתן לו הקונטרוס נאמן הבעל הבית ביום שאחר הנתינ' לטעון פרעתי כמו כל שכיר שעבר זמנו ואין מקום לכל מה שכ' בס' קצה"ח:

ו **מלקוחות**. עש"ך ס"ק י"ד עד הי' מברר שפרע פי' כיון שהוא בתוך זמנו ודאי דלא פרע בלא שובר והי' מניח השובר להיתומים מש"ה אפי' במת פתאום אין צריך שבוע' משא"כ בלקוחות דשובר אצל לקוחות ליכא וכ"כ בתומים:

ז **י"א שצריך שבועה** עש"ך ס"ק ט"ו דהיינו אחר הפירעון. ועיין בתומים שכ' בפי' דאף בכל שבוע' אחר הפרעון צריך תביעה מחדש אחר הפירעון מ"מ הכא אין צריך תביע' מחדש רק הב"ד אומרים לו תיכף צריך אתה לישבע אחר הפירעון אבל על ידי תביע' חדשה לכ"ע צריך לישבע אחר פירעון והוא נכון:

ח **תבעו ביום שנשלם הזמן** עש"ך ס"ק ט"ז עד דהוי מיגו דהעז'. עיין תומים שכ' אף דקיי"ל דאמרי' מגו דהעז' לאפטורי מממון מ"מ הכא כיון דהוא לא שכיח ג"כ שיפרע כיומא דמשלם זימני' לא אמרי' מגו דהעז':

ט **ליתמי דידי' לא טענינן** עש"ך ס"ק י"ז שפי' הא דקיי"ל בסי' ק"ח דטענינן ליתמי מלתא דלא שכיח ח"ג טענינן ועמש"ל בסי' ס"ט דהכא לכ"ע לא טענינן ליתמי ע"ש:

י **דוקא בקובע זמן.** עש"ך ס"ק י"ט עד ב"ד שקבעו לו זמן. ועיין בתומים שכתב הטעם משום דהב"ד אין קובעין לו זמן רק למי שאין לו מעות אבל כשיש לו מעות מחוייב לשלם תיכף לפ"ז בפשרנים שקובעין זמן ע"פ פשר הוי כמו נתחסד עמו המלוה שכתב הש"ך דהוי ת"ז. והנה הא דבעי' קביעת זמן הוא דוקא בהלוא' שנתחייב מיד אבל בדבר שלא נתחייב עד אחר זמן כגון בפדיון הבן ובשכירות הבית ובכותל חצר שנפל הוי תוך זמנו אפי' בלא קביעת זמן ופשוט הוא:

סימן עט

א **שהרי הוכחש בעדים** וא"ל דהא העדים פסולין כיון שאומרים שפרע והוא מודה בעצמו שלא פרע דזה אינו די"ל כמ"ש הר"ן בריש פ' שבועות הדיינים די"ל דהעדים זוכרין יותר ממנו וכו' ע"ש ועמש"ל בסי' ך':

ב **באו העדים תחלה** בספר קצה"ח הקשה על הנ"י שכ' רפ"ק דב"מ לחלק בין טוען לא לויתי בין מודה כמו שמחלק הש"ע בכאן והקש' הקצה"ח וז"ל דהא בחוזר אחר שבאו עדים אפי' במוד' שחייב אינו יכול לחזור לפי דברי הנ"י ואם בא לחזור קודם שבאו עדים ודאי דיכול לחזור אליבא דכ"ע כיון דהוי מפטור לפטור וכו' ע"ש. וטעה בזה כי כוונת הנ"י לחלק דמוד' בב"ד שחייב ואח"כ באו עדים והעידו שלוה ולא אמרו שפרע ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי ובאו עדים אח"כ שפרע מהני ועיין סמ"ע סק"ט משא"כ בטוען לא לויתי ובאו עדים והכחישו ואומרים שלוה ולא אמרו שפרע ואח"כ טען הוא שפרע דאז אפי' באו עדים אח"כ ואמרו ג"כ שפרעו קודם לא מהני כיון שהחזק כפרן ופשוט:

ג **אבל אם טען** עש"ך ס"ק י"ג דדוקא דלא ראו ההלוא' אבל ראו ההלוא' אפי' בהכמנ' אינו מועיל אמתלא ועיין תומים שהוכיח מדברי הבעה"ת דאפי' ראו בהכמנ' ההלוא' מהני אמתלא ע"ש, והאמת אתו שכן מוכח בבעה"ת אכן בוודאי אם אין לו מגו דפרעתי ודאי דאינו יכול לטעון אתה חייב לי דדל הודאתו מהכא לא יהא אלא תופס בעדים ואין לו מגו דאינו נאמן לו' שחייב לו וא"כ א"ש דברי הש"ך שכתב דאפי' ראו בהכמנה לא מהני אמתל' דמיירי במקום דלית ליה מגו וכנ"ל והא דיש לחלק בין ראו העדים בהכמנה או לא היינו במקום דיש מגו דפרעתי דאז אם שמעו ההודא' שלא בהכמנ' רק שהלו' והעדים ראו זה את זה בשעה שהוד' לא מהימן לומר שקיבלם בפרעון ולא הודיתי רק מפני האמתל' דלא מהימן לו' אתה חייב לי כנגדו במגו רק כשטוען יש לי בידך כנגדו

כסות או כלים בפקדון אבל לטעון אתה חייב לי כנגדו מעות וקבלתי בפרעון חובי דיכול זה לו' לו אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני לפני אותן העדים והודית לפני העדים שהוא הלואה והודא' בפני עדים שלא בהכמנ' הודא' מעליות' הוא ולא מהני אמתל' משא"כ בששמעו שהוד' רק בהכמנה ויש לו מגו יכול לטעון קבלתי בפרעון חובי ומפני שלא הייתי יכול להוציא וכו' דאותה ההודא' שהודה שקבלם בהלוא' לאו הודא' הוא כיון שהעדים היו בהכמנ' ולא ראו אותו דאין מכמינים עדים אלא למס"ת ומדיח בלבד כמ"ש הבעה"ת ובאופן זה מודה ג"כ הש"ך ואין כאן מחלוקת בין הש"ך ובין התומים בנ"ל ברור:

ד **ששתי הטענות** עמש"ל סי' ע"ב סעיף י"א בש"ך ס"ק צ"א ובחידושי שם דהטעם הא דיכול לשנות מפטור לפטור לא מטעם מגו הוא דכל שבא לחזור מדבריו הראשונים לא מהימן במגו כמבואר בתשובת הריב"ש סי' קצ"ג ובכנה"ג בכללי מגו סי' קל"ג רק הטעם דכל דהוא פטור אינו מדקדק בטענות הבאות לפוטרו וחשבינן כאילו לא אמרו כלל ע"ש:

ה **פרעתיך אח"כ נאמן**. היינו שטוען שפרע אחר שתבעו בדין כגון שתבעו לפני עדים בניסן והכחיש וטען להד"ם ובתשרי הביא התובע עדים לב"ד וחייבוהו הב"ד לשלם ולפני ב"ד לא כפר ואח"כ בחשוון טען שפרע אחר הפס"ד נאמן אבל אם טען שפרע בתמוז קודם הפס"ד אינו נאמן ועמש"ל סי' ע"ב סעיף י"ח בחידושי שם וכן הוא בבעה"ת בהדיא וז"ל דאם טוען פרעתי אח"כ אחר שנתעצמו בדין הרי בהדיא כמ"ש:

סימן פא

א **משטה הייתי בך**. עש"ך סק"א דטעיתי עדיף ממשט'. פי' במקום דאינו הודא' גמורה שיכול לטעון משטה לכך טענת לא דקדקתי בחשבוני עדיף מטענת השטא' אבל במקום דהוי הודא' גמור' כגון בשכ"מ וכיוצא דא"י לטעון משט' אף טעיתי אינו יכול לטעון דבשע' שאדם מוד' בהודא' גמור' מדקדק בחשבונו כדמוכח בכמה דוכתי ופשוט וכ"כ התומים:

ב **העשיר**. עש"ך עד כל שאינו עני. ועיין תומים שהבי' לשון גוף התשוב' שכ' שעיקר החיובא הוא משום נדר וצדקה. ושיעור דעני היינו שאין לו ר' זהובים שראוי ליטול צדקה ע"ש ואף שהי' מעבורת לפניו או חליצה מוטעה נראה דאין לחלק בין עשיר לעני מדסתמו הפוסקים ש"ה שהי' מוכרח לדבר הוי כנדרי אונסין מה שא"כ הכא שאמר כך בלא שום הכרח נראה מסברא שבודאי הבטיח לו בכוונה ונתחייב לו משום נדר

ואם מת פטורים היורשים כמו בנדר ומת. ולפ"ז אם הי' קנין ושטר חייב ול"ד לחליצ' בסי' קס"ט דלא מהני קנין ושטר דשם הוי כידוע האונס דנתבטל' המתנ' אבל כאן דאינו אונס בדבר מהני קנין ושטר אבל אתם עידי לא מהני כמ"ש הש"ך ובתומים ובקצה"ח כ' דחייב משום שכירות וליתא דכיון שהוא מחוייב בדבר לית ביה משום שכירות דהוי כמו שאמר עשה לך סוכה או תפילין לעצמך דלית ביה משום שכירות והגה"מ שכתב הטעם דמשט' דס"ל כשנתכוין להתחייב ולעשות מצוה בממונו הוי כשכירות רק שיכול לטעון משטה והש"ך חולק וסביר' ליה דשאני חליצ' דחשיב כעשה לי סוכה כיון דהחליצ' היא טובת' כיון שהוא רוצה לייבם משא"כ הכא ובתירוץ השני כתב דאפי' להגה"מ דצריך לטענת משטה מ"מ לא מהני אתם עידי:

ג **אבל שכ"מ.** עש"ך ס"ק ז' שהוכיח דהיינו דוקא ליורשים לא טענינן אבל הוא בעצמו כשקם יכול לטעון משטה ועיין בתומים שהוכיח דאפי' הוא מעצמו אינו יכול לטעון משטה מהא דאחרים שהודו לו שאינן יכולין לטעון משטה אף בחיים והוא נלמד מהך דינא דשכ"מ שהודה אלמא דאף בעצמו אינו יכול לטעון משטה, ועוד הביא ראיה מדברי בעה"ת ושאר פוסקים שכתבו בהדיא דאף בעצמו אינו יכול לטעון ובן עיקר, ולענין הראיה שהביא הש"ך ע"ש בתומים מה שדחה ראייתו דהא שם בש"ס בעי אי צ"ל כתובו ופשוט דא"צ לומר כתובו מטעם דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי ופשוט דדברי שכ"מ לא הוי כמסורין ורק שיהי' כמלו' בשטר לגבות מן היורשים ונגד לקוחות כשהוא בחיי' דדברי שכ"מ לא הוי ככתובין וכו' רק לאחר מיתה כידוע ע"כ האיבעי' הוא נגד היורשים והוכיחו התו' שפיר:

ד **וה"ה אחרים שהודו** עיין בט"ז מה שתמה ע"ז ובתומים הסכים לדברי הט"ז ונראה ליישב דעת הרמ"א דהנה בתשו' מהרי"ט סי' ק"ו וקי"ד הוכיח מהא דתקפה א' בפניו דשתיק' כהודאה דמיא וכן בכמה תשובות הוכיח כן. אמנם נראה דדוקא כשטען שהוא שלו ותקפה בחזקה שהוא שלו הוי שתיק' כהודאה ודוקא ששתק מתחלה ועד סוף דהיינו עד שהלך ממנו כמבואר בש"ס ובמפורשים ומבואר עוד בש"ס ובתוס' שם דה"ה שאם הקדישה בפניו ושתק מתחלה ועד סוף דהוי כהודא' מטעם כיון דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. ולפ"ז א"ש דברי ראב"י דמירי באשה שצות' לבנה ליתן לקרובים והיתה שכ"מ וכיון דדברי שכ"מ ככתובין וכו' דמי להקדש דהוי כתקפה מטעם דהוי כמסירה כיון ששתק מתחלה ועד סוף הוי הודאה כמו בהקדש וכן ל' שכ' הרב בהג"ה ששתקו לצוואתו משמע שצוה ליתן לאחרים דבזה ודאי הוי שתיקה כהודא' מטעם דדמי

למסיר' לאחרים והוי כתקפ' ושתק אבל ודאי שכ"מ שצו' שפלוני חייב לו או שיש לו שטר פרוע ופלוני שתק לא הוי שתיק' כהודא' וכמ"ש הט"ז וזה ברור:

ה **מי שהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו.** עיין תומים שתמה על זה דהא שתיק' לא הוי כהודא'. ולפעד"נ כה"ג שעושה מעשה בשל חבירו ע"פ דיבורו בפניו ושתה דהוי כריצוי כגון באחד שאמר לחבירו הנני לוקח חפץ שלך בסך זה והנני אני מושכו לקנותו בסך זה ומשכו בפני חבירו ושתק הוי כהודא' וריצוי לכ"ע וה"ג מיירי דהבחור התחיל ללמוד עם בן חבירו בידיעתו מש"ה הוי כהודא' וריצוי לכ"ע (ועש"ך ס"ק ך' יש ט"ס בד"ה וגם מדברי הרא"ש וכו' וכצ"ל דא"ל אתם עדי אף על גב שאינם לפניו אפ"ה לא מצי וכו'):

ו **הודא' בפני ע"א.** עש"ך ס"ק כ"ב שחולק על המחבר וס"ל דלא מהני הודא' בפני ע"א אבל כשמוד' בפני ב' זה שלא בפני זה מהני ובקצה"ח הקשה דניחוש דלמא א' משקר ולא נשאר רק אחד בהודא' ולאו כלום הוא ולק"מ די"ל דגזירת הכתוב הוא כיון דמצרפינן עדותן לא חיישי' לשום אחד דמשקר ותדע דהא בקידושין כתב הר"ן הטעם דעדות מיוחדת פסול מטעם דדמי לד"נ משמע דאי לא הי' דמי לד"נ כשר ואמאי לא ניחוש דלמא אחד משקר וע"א בקידושין לאו כלום הוא וכן בשטר שחתמו שני עדים זה שלא בפני זה כשר לגבות בו ממשעבדי ול"ח דלמא אחד משקר אלא ודאי גזירת הכתוב הוא דלא ניחוש לזה, אמנם בתומים כתב דהלכה רווחת בישראל כהמחבר:

ז **ערי ושכבי.** בס' קצה"ח כ' דטב"ע דקלא לא מהני רק באיסור ולא בממון וצריכין העדים שיראו דוקא בראיית העין ולא בשמיעת קול וליתא דהא לענין סימנים אמרי' בב"מ כ' דחמירא איסורא ממונא כדאמר התם מי קמדמית איסורא לממונא דאף בממון מהני יוסף בן שמעון לסימן אבל לענין איסור לא מהני א"כ בטביעת עינא דקלא דמהני לענין איסור כמבואר בחולין ובגיטין מכ"ש דמהני לענין ממון והא דלא מהני בטביעת עינא דקלא בד"נ היינו משום דבדיני נפשות בעינן ראיה וידיעה משא"כ בד"מ דמתקיים בידיעה שלא בראי' כמבואר בסימן ל' ע"ש ועסמ"ע ס"ק ל' ויש שם ט"ס וכצ"ל וכתב כגון בפניו להרמב"ם וכו' ותיבת שכתבו ט"ס וגם בסמ"ע ס"ק ל"ד יש ט"ס וכצ"ל אפ"ה לא מיקרי הודאה וכו'):

ח **ודוקא כת"י.** עש"ך ס"ק מ"ה עד דאפי' בכת"י שתחת ידו כו' נרא' דגם להש"ך צריך שיודה בפני עדים בע"פ כמ"ש הסמ"ע דבלא"ה רק שבותב לפני עדים שחייב לפלוני כך וכך ודאי דלא מהני דהא י"ל דכותב כן שיהי' מוכן בידו ליתנו כשילוה לו. ולא פליגי הסמ"ע והש"ך רק בטעם הדבר דלהסמ"ע הטעם כשאין מוד' בע"פ לפני העדים דלא

מהני הוא משום שלא להשביע ולהש"ך לא שייך בזה שלא להשביע רק שהוא פטור מטעם שי"ל שמכין עצמו ליתן לכשילוה, עוד כתב הש"ך דכשכותב על חפץ שהוא של פ' שייך שלא להשביע. ועיין בתומים שתמה על זה דהא במרדכי יליף לי' מהא דהטמין ואמר של פלוני מעשר ואם כמערים לא אמר כלום, וקשה א"כ איך תנן כפ"ד דמעשר שני אם נמצא כתוב על הכלי מ' אמרינן מעשר הוא הא י"ל שלא להשביע כ' כדאמרי' במעשר שני ובהגהת מרדכי ב"ק יליף מהכא דאם נמצא כיס מעות כתוב עליו צדקה הוא דהוי צדקה ופסקו הרב בהלכות צדקה סי' רנ"ט בהג"ה, וקשה הא' י"ל שלא להשביע כמ"ש להדיא שם דאם אמר לבניו מעות אלו של צדקה הם אם כמערים י"ל שלא להשביע. ולפענ"ד נראה ליישב דשאני גבי מעשר שיש בו איסור לאכלו חוץ לירושלים וכן ת' תרומה יש בו איסור לאכלו לזר וכשאומר שהוא תרומה או מעשר יש בו משום שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא כמו באמרה טמאה אני בכתובות כ"ב רק כשאומר אמתלא מהני כמו בטמאה אני דמהני אמתלא וכשהוא ע"י מעשה כגון הוחזקה נדה בשכינותי' לא מהני אמתלא ויכול לעשות חתיכ' דאיסורא על כל העולם כידוע. ואפי' למאן דס"ל בי"ד סי' א' טבח שעשה סימן בראש כבש שהוא טריפ' דמהני אמתלא מ"מ בעינן שיאמר האמתלא בפירוש וכל זמן שלא אמר האמתלא האוכל לוקה משום טריפה דהא הוחזק' נדה בשכינותי' בעלה לוקה עלי' משום נדה. והטעם כתב רמ"א בתשוב' סי' ב' משום דבעלה א"י מהאמתלא. מש"ה מצא כלי כתוב מעשר דלא ידע מהאמתלא אסור משום שוויה אנפשי' חתיכה דאיסורא מכ"ש להפוסקים דס"ל במקום דשוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא לא מהני אמתלא כשעביד מעשה מטעם שכתב הרמ"א בתשו' שם דכיון שהוחזק למלקות א"י לבטל אמיר' שלו המלקות. משא"כ גבי ממון י"ל דאף כשעביד מעשה טוענין עבורו שלא להשביעו וגדולה מזו נרא' דאף רק כשאומר שהוא של מעשר או של צדק' בעינן דוקא שיהי' ניכר שהוא כמערים אבל בכתם אין טוענין עבורו שלא להשביעו כמבואר לעיל דהא גבי שווי' אנפשי' חתיכא דאיסורא בעינן שיאמר האמתלא בפי' כמו גבי טמאה אני משא"כ בממון טענינן שלא להשביע כמבואר לעיל ועוד נראה לחלק גבי ממון טענינן שלא להשביע דאינו חושש שמא אותן אחרים יתבעו ממנו דיש לומר שהן מוחזקין בעיניו לנאמנים לענין זה משא"כ בצדקה אין טוענין עבורו שלא להשביע דמה"ת יעשה כן ולא יחוש להב"ד שאינם יודעים מזה שיתבעוהו ממנו מש"ה בעינן שיהי' ניכר שהוא כמערים ומ"מ למד המרדכי דינו כי משוה דין ממון שאינו ניכר שהוא כמערים למע"ש שהיא ניכר שהוא כמערים ולענין מה שהקש' הש"ך על הרמ"א שכתב כשהוא ביד חבירו דהא מתני' הוא הוציא עליו כת"י וכו' י"ל דקמ"ל

דאפי' במקום שיש לו מגו דפרעתי דנאמן אפי' לטעון אמנה במגו דפרעתי כמבואר לעיל בסי' ס"ט קמ"ל במקום שלא להשביע א"נ לטעון אפי' כשיש לו מגו דפרעתי כנ"ל ברור (ועש"ך ס"ק מ"ט ויש שם ט"ס ובצ"ל ואע"ג שר"ת ושאר פוסקים מפרשים הסוגיא בע"א וכו' בכה"ג כ"ש דמהני לענין הודא' וכן פי' הב"ח וכו' ועש"ך ס"ק נ' וכצ"ל בחזקת שהוא ח"ל דאל"כ אע"ג דנתברר דאינו ח"ל וכו' עכ"ל סמ"ע וכו' ובהגהת הש"ך בס"ק זה יש ג"כ ט"ס וכצ"ל שבש"ס לא הוזכר ומיירי שטען שלא להשביע כו'):

ט **הדין עם ראובן**. עסמ"ע ס"ק י"ד שהעתיק ל' תשובת הרא"ש עד לאו טענה הוא כיון שלא מסר מודעא בפני עדים. ולכאורה הוא תמוה דמשמע מדברי הסמ"ע דדוקא במקום שהוא יכול לגבות מאיזה מהן שירצ' ע"ש וכן משמע מהמחבר ושאר פוסקים שהעתיקו התשוב' ולפי טעם זה מחמת שלא מסר מודע' אין חילוק כללי לכן נראה דט"ס הוא וצ"ל ועוד דמה שטען לוי שאנוסים היו מחמת השטר לאו טענה הוא כיון שלא מסר מודעא וכו' ושני טעמים יש חדא כיון שהי' כח לראובן לתבוע כל החוב מאיזה שירצ' וטעם שני הוא מפני שלא מסר מודעא וכשנתן אח"כ בסתם נתרצ' ולא מהני טענותו כיון שלא מסר מודעא. ולטעם הראשון אפי' מסרו מודעא אין בטענות לוי ממש. אמנם עם כל זה תמוה לי מ"ש הסמ"ע דהיינו דוקא שאין ללוי ממון כדי חלקו וכו' והוא תמוה דהא אפי' יש לו לשלם הא כיון שהשותף כופר הוי כאין לו כמבואר לעיל בסי' ע"ז סעיף ה' בש"ך ס"ק י"ב ע"ש וגם דהטעם אינו מובן כל כך. לכן נראה כיון דמתחלה נתן שמעון בעצמו המנה מש"ה לדעת הרא"ש שהן קבלנים והוי כאילו שמעון בעצמו הלוה וכיון שלפי דברי ראובן ששמעון הודה לו מקודם שמגיע לו ריוח על חלקו כ"ה זהובים הרי יכול ראובן לתפוס מהמנ' שנתן לו הכ"ה זהובים על הריוח כמבואר בסי' פ"ג ונשאר השט"ח בתקפו על הכ"ה זהובים מש"ה ראובן נאמן אף ששמעון מכחישו ואמר שלא הודה כיון שהשט"ח בידו. אבל לפי מה דקיי"ל שאינן קבלנים רק ערבון א"כ בשעת נתינ' כשנתן שמעון בעצמו המנה לא הי' יכול לתפוס כל הכ"ה זהובים על הרווחים מחמת שלא תבע עדיין ללוי דאולי יודה לוי ויתן בעצמו דאפי' הב"ד שגבו מערב קודם שתבע ללוה הדין חוזר ואפי' מנכסי לוי אינו יכול לתפוס קודם שתובע גופו דנכסי דבר אינש אינון ערבין כמבואר בב"ב ובבכורות מ"א ולא הי' יכול לתפוס על רווחים רק י"ב זהובים וחצי והמותר על הקרן והרי שטר חוב נמחל שיעבודו על סך פ"ז זהובים וחצי ומש"ה אינו יכול לתבוע שמעון רק חלקו דהיינו י"ב זהובים וחצי והי"ב זהובים וחצי של חלק לוי א"י לתבוע שאינו נאמן אף שיש שטר בידו כיון שהוא נמחל שיעבודו על חלק זה אינו נאמן במגו להוציא כמבואר בסי' נ"ז סעיף ב' ובסי' פ"ג סעיף ד' וזה דוקא

כשלא נתנו עדיין הרווחים דהוי מיגו להוציא אבל כשנתנו לו כבר אף שנתנו באונס א"י לחזור ולתבוע כיון שלא מסרו מודעא וכטעם שני של הרא"ש והסמ"ע לא הקשה רק על מה שלא כתב בש"ע הטעם שני של הרא"ש דמשמע דאפי' מסר מודעה או שלא נתנו עדיין יכול לתבוע מכח השטר וזה אינו רק כשהן קבלנים, ומ"ש בסמ"ע דוקא שאין ללוי מעות וכו', פי' שכבר תבעו וטען שאין לו, ומ"ש דהי' יכול ראובן לגבות ממעות שותפות שנמצא ביד שמעון, הכוונה אם כבר נתנו לו המותר ג"כ חוץ להק' זהובים הנ"ל אף שמסר לוי מודעה. ואף כי כל זה דחוק בלשון הסמ"ע מ"מ הדין ברור כמ"ש. והנה בספר קצה"ח הקשה דאף על הרווחים לא נעשה ערב בלא קנין כמ"ש הש"ך בי"ד סי' ק"ע סק"ה. ולק"מ דדוקא ברווחים שמקבלים מהעכו"ם לא מהני ערבות אבל בעיסקא הוי כשנים שקיבלו פקדון ביחד שהן קבלנים לדעת הרא"ש ובוודאי אף על השבח שנשבח חלק הפקדון ביד המקבלים הן קבלנים כיון שקיבלו שמירה על חלק הפקדון ועל שבח שישבח דהא קיבלו לידם השבח ועוסקים בהן לטובתן ולהנך דס"ל דב' שקיבלו פקדון הן ערבים גם כן הוי ערבים כיון דאי היה חוזר בו א' מלעסוק היו צריכין להחזיר להנותן וכשעוסקין הוי כמוציא ממון ע"פ ומש"ה כ"א ערב בעד חבירו בעד השבח שיופסד אחר שעסקו בו משא"כ בסי' קכ"ט ששמעון לבד קיבל בעיסקא ולוי נעשה ערב על השבח הוי כערב שלא בשעת מ"מ דבשעה שמקבל שמעון השבח לא הגיע לידו ע"פ של לוי ובשעה שלוי נעשה ערב עדיין לא בא השבח ליד שמעון וזה פשוט ואין להקשות אטעם השני שכתב הרא"ש כיון שלא מסרו מודעא הא נתינה זו הוי כמתנה ובמתנה מהני אונס בלא מודעא רק במכירה לא מהני אונס בלא מודעא והכא דמי למתנה וכיון דמיירי שהי' אונס כמבואר בתשובת הרא"ש מהני אונס בלא מודע' לק"מ דהודא' שאני דדוקא כשנתן מתנה בלא תביעה מהני אונס לחוד אבל כשתבעו ונתן לו מעצמו בלא דין אף שהי' מחמת אונס מהני הודאתו אף שהוא אונס בלא מודעא:

סימן פב

א **הש"ך** בכללי מגו תמה מהא דמקשה בכתובות דפ"ב מ"ש האי מגו מהאי מגו ע"ש ומאי קושי' הא דמשארסתני נאנסתי הוי מגו להוציא והא דשדה זו של אביך הוי מגו להחזיק הקרקע שבידו וע"ש מה שתי' בדוחק ולפענ"ד נ' דלק"מ דהא בכתובות דף ע"ו אמרי' גבי המחליף פרה בחמור ותנא תונא כלה ומסיק דכלה בבית אביה ולקידושין וכו'. אלמא כיון דתנא סתם על האב להביא ראי' משמע אפי' נגד הקידושין ואפי' לפי המסקנא שם דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראי' הריש' דנמצא בבית

אבי' על האב להביא ראיה אפי' נגד הקידושין. וכן הוא באה"ע סי' ל"ט א"כ ה"נ גבי משארסתני נאנסתי דנקט ר' יהושע לא מפיה אנו חיים עד שתביא ראיה לדבריה משמע אפי' נגד הקידושין שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מקח טעות כמו מום ואפי' לפי המסקנא דכל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה מ"מ הכא כיון שלא נמצאו לה בתולים בביאה ראשונה שאחר הנישואין וע"כ בשעת אירוסין נתקלקלו הבתולים הוי כנולד ספק ברשות האב דעליו להביא ראי' אפי' נגד דבר שמוחזק לו ואף שהתוס' כתבו שם בדף ע"ה ד"ה רישא כאן נמצא דמיירי שיכול להיות שנאנס' אחר החופה ע"ש. לא כתבו זה רק לרבא אבל לר"א דמשני שם סיפא מנה לי בידך ולא ס"ל להא דרבא לא צריך לזה, ועוד נראה דאפשר לתרץ קושית התו' בד"ה רישא כאן נמצא הנ"ל אף לרבא די"ל דהטעם בהא דמשארסתני נאנסתי מטעם מגו כדאמר התם בדף י"ב דבברי ושמא אמרי' מגו להוציא וכיון דמיירי ר"י אפי' נגד קידושין ואף דיש לו מגו אלמא דס"ל דאפי' מגו להחזיק לא אמרי' ומקשה שפיר מ"ש האי מגו מהאי מגו, אח"כ מצאתי בתומים במקום אחר שכתב ג"כ תי' לזה כעין זה וז"ל דהש"ס מקשה דהו"ל למינקט מודה ר"י לענין קידושין ולא הי' צריך לזה כי מ"ש הוא נכון (") עוד תמה על הרמב"ן דס"ל דאמרי' מגו להוציא מהא דכתובות דף פ"ז גבי פוחתת כתובה דמקשה שטרא חספא בעלמא הוא ופי' התוס' דהוי מגו להוצי' ג"כ וא"כ הרמב"ן דס"ל דאמרינן מגו להוצי' קשה מסוגי' זו, ולפענ"ד נראה דלק"מ דהא למאן דס"ל דס"ל דאמרי' מגו להוצי' (") ע"ב צ"ל בהאי דב"מ דף ב' דזה אומר כולו שלי וזה אומר חציה שלי דקשה ליהמן במיגו דכולו שלי ועכצ"ל דמגו מממון לממון לא אמרי' עש"ך אות י"ג. והא דרבה דאמר מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע ביון דאינו רק להציל מתביעה ע"ש. ולפ"ז אתי שפיר דבשלמא שם בהא דשטרי זייפא ס"ל להרמב"ן דאמרי' מגו אף להוציא כיון דאין המגו רק על ממון זה משא"כ בפוחתת הרי אין כאן מגו ממ"נ דאם יטעון שהשטר מאלף זהובים אמת רק שפרע המותר הרי תהיה פוגמת ואם תאמר שהשטר אמת ומגיע לה הכל (") הרי מיגו מממון לממון עוד הקשה בתומים על הא דמגו להוציא גוף החפץ ומחזיר הדמים לא אמרי' דזה נלמוד מדברי התוס' בהא דמכיר כליו וספריו ביד אחר שהקשו דלהימן בטוען נגנבו במגו דהשאלתי לאותו פ' ותירצו דמיגו להוציא לא אמרי' אף שמחזיר הדמים וע"ז הקשה בתומים דהא לדידן א"א לומר כלל תי' זה דמגו להוציא דהא קי"ל דבברי ושמא אמרי' מגו להוציא וכאן הלוקח טוען שמא וכו' ע"ש ולפענ"ד לק"מ דהא בכתובות בפ"ד מקשה הש"ס לימא תנן סתמא דלא כר"ג ומשני דלא אמר ר"ג רק בברי ושמא ולא בברי וברי והקש' הרא"ש הא בנתארמל' היורשים טוענין שמא

ותי' כיון דאנן טענינן להו הוי כטענת ברי ע"ש אלמא דאף דגבי משארסתני נאנסתי לא ה"ל להבעל למידע מ"מ חשיב טענת שמא ומ"מ גבי יורשים כיון דטענינן להו הוי טענת ברי ומוד' ביה ר"ג (") וא"כ ה"נ גבי לוקח כיון דטענינן ללוקח הוי כברי וברי דלא אמרי' בי' מגו להוציא:

ב **הא דאמרי' מגו להוציא** במקום שהשטר מסייע כתבו הפוסקים הטעם דשטר העומד לגבות כגבוי דמי. ובתומים כ' הטעם כיון דאיכא חזקת שטר דשטרך בידי מאי בעי הוי כחזקה מסייע. ומה שהקשה על הפוסקים שכתבו הטעם בהא דמשארסתני נאנסתי דאמרי' מגו להוציא משום ברי ושמא הא בלא"ה השטר מסייע ע"ש לא ידענא מאי קשיא ליה דהא כתב הר"ן בסוגיא דפתח פתוח דשטר כתוב' הוי כשטר דאית בי' תנאי שעליו לברר שקיים התנאי וכשמצא פתח פתוח עליו לברר כיון שהוא תנאי לשעבר כמש"ל סי' מ"ו ס"ק כ"נ ולא מהני שטר מסייע רק במקום שהשטר כשר אף אם לא אמר כלל כגון ביתומים וכיוצא:

ג **דין** זה מבורר בס"ס נ"ו ובסי' שמ"ח סעיף ז' ובתשו' רדב"ז סי' קל"ד. והא דמבואר בסי' ק"ח סעיף ח' דאין היורש נאמן לומר שהשטר פרוע אף שיש לו מגו דאי בעי הי' נותנו ליד הלוה או שרפו נראה דשם מיירי שהוחזק בב"ד דאין לו עכשיו מגו רק שאם הי' שליש הי' נאמן כיון שהי' לו פעם אחת מגו כמבואר בסי' נ"ו אבל כשאינו שליש אינו נאמן רק כשיש לו עכשיו מגו אבל כשהוחזק בב"ד אינו נאמן וכן משמע שם בסמ"ע ס"ק ך"ט דמיירי בשהוחזק בב"ד שכתב שם וז"ל משא"כ כאן שהוחזק השטר לרבים וכו' אפילו אם נאמר דהרא"ש בתשוב' ס"ל דאפי' במגו א"נ וכמש"ל בסי' נ"ו מ"מ לא קיי"ל כהרא"ש בהא. גם מ"ש בפנים דאינו נאמן לומר שחייב לו במגו מבואר שם בתשובת הרדב"ז אף שכתב ל' אפשר מ"מ מיסתבר כך ועמש"ל בס"ס נ"ו ס"ק י"ח וסי' ק"ח סעיף ג':

ד **הטעם** לזה דהרשב"א כ' בתשו' סי' אלף ל"ה הביאו הש"ך בקיצור סי' ס"ו דספיקו של השליש כספיקו של הבעה"ב כיון שהמשליש הימני עשאו כבע"ד ממש שיהיה ספיקו כספיקו מש"ה אם מי שאין לו מגו לבד השלישו וכיון דהשליש מסופק הוי כמו שהבע"ד מסופק וחבירו שלא השליש טוען ברי הוי כברי ושמא דאמרי' בי' מגו להוציא אבל אם שניהם השלישו בידו הוי כשניהם טוענין שמא לסברת הרשב"א דספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד דידוע כשהוא ביד שליש הוי כשניהם מוחזקין בו כמ"ש התוס' ב"מ ב' ד"ה ויחלוקו וכששניהם מוחזקים לא מהני מיגו דהוי מגו להוציא כמ"ש התו' בד"ה זה אומר חצי שלי ע"ש:

ה **דין** זה מבואר בש"ך. ואם יש לבעל חזקת מרא קמא מגו אמרי' להוציא מקורו מהא דהקשו התוס' בב"ב ל"ה בד"ה ואי דלית ליה בהא דאם אמר לפירות ירדתיו נאמן דיהי' המערער נאמן במגו דלפירות ירדתיו ע"ש אף דהוי להוציא הקרקע אלא ודאי דאם חזקת מרא קמא מסייע להמיגו אמרי' אף להוציא הקרקע:

ו **דין** זה מבואר בכנה"ג והיא פשוט:

ז **מקורו** מתוס' בב"ק דף ע"ב ד"ה אין לך:

ח **מקור** דין זה הוא מתשו' הרא"ש כלל ס"ו סי' ח'. ובתומים הקשה דא"כ אמאי שבועת העדות אינו נוהג בקרובים הא יש תועלת בעדותן לענין מגו כמו שחייב קרבן שבועה בנסכא דר"א ע"ש. ולפענ"ד נראה דמזה ל"ק כלל דהא הר"ן פ' שבועת הדיינים כ' דאפי' אם הימני' קרוב עליו כבי תרי דאין חייב בשבועת העדות כיון דלאו בני עדות הוא מדאו' ולפ"ז כ"ש כאן דהקרוב אינו בכלל עדות כלל ולא מהימן משום עדות ומחזיקין אמירתו לשקר בלאו הודאת בע"ד רק דלא חשיב מגו שאינו רוצה להעיז משא"כ בעד אחד דנסכא דר"א דכל זמן שאינו נשבע נגדו אפי' אם אומר הבע"ד שא"י רחמנא הימני' בשני עדים והוי בכלל שבועת העדות אבן שאר הקושיות שהקש' שם הן תמוהים מאור מהא דלעיל סי' ך"ט דאין החרם חל על הקרובים לפי שאין תועלת בעדותן ולהרא"ש הנ"ל יש תועלת לענין מגו וגם בב"ב פ' חזקת הבתים דקאמר אי דיש עדים ליחזי עדים מאי קאמרי וכו' דלמא מיירי בעדים פסולים וגם דוחק גדול הוא לומר דבכ"מ דקאמר אם יש עדים דמבטל להמגו שיהי' כוונתו בעדים פסולים. לזה נראה דגוונא דהרא"ש מיירי שחתמו בשטר וקרובים דפסולי לאו מטעם דלא הימני' רק דגזירת הכ' הוא במבואר בב"ב פרק ג"פ וכיון שחתמו בשטר ודאי דעידי השטר מפקי לקלא ושפיר דימ' אותו הרא"ש בתשו' למגו במקום קלא ע"ש ודוקא שטוען שהשטר בטיל מעיקרא כגון בעובדא דמיירי התם בתשו' שטען שהחוב נעשה מחמת שחוק אבל ודאי פרעתי יכול לטעון דאין חושש להניח שטר כזה והא דלא הימני' הרא"ש מטעם מגו דפרעתי הוא מטעם שהי' ע"א כבר דמיירי באופן שלא נתבטל עד הכשר עסמ"ע סי' מ"ה ס"ק ל"ד ובט"ז סי' ל"ו ס"ק א' ולשיטת הרמב"ם בסי' נ"א דא"י לטעון פרעתי בשטר בע"א אבל בעדים קרובים שהעידו בע"פ אמרי' נגדם מגו וכן בעדים פסולים שנעשו פסולים בב"ד דכל מעשה ב"ד קלא איתי לי' דלא הימני לאינשי אפי' חתמו בשטר אמרי' מגו דלאו בני אשוי' קלא נינהו דלא מהימני להו אינשי. ומ"ש ראיה בתומים ממשנה דעדיות פ"ח מתינוקת שהרהינ' באשקלון שאמרו חכמים אם אתם מאמינים שהרהינ' תאמינו שלא נטמא' שפי' הראב"ד דמיירי בעדים פסולים דקשה האיך יכולים עדים פסולים להעיר וע"כ דמיירי ג"כ שאמרת שהרהינ' וטהור' אני

דלא מהימני' במגו במקום עדים פסולים ע"ש. ולפענ"ד נראה לתרץ דשם ודאי דהרהינ' באשקלון לפני הרבה עדים וכיון דהפסולים אמרו שהרהינ' לפני עדים כשרים הוי קלא דקמי נישואין שאסורה כמבואר באה"ע רק כיון שהם אמרו שלא נטמאה הוי כקול ושוברו בצדו ואף דבשבויה אף דקלא קמי נישואין אינו אוסר בשבוי' הקילו כמבואר בכתובות ובאה"ע מ"מ הרהינ' חמור משבוי' כמבואר בכתובות:

ט **מבואר** בדברי הרא"ש פ' הכותב פ"ח דא"נ פרוע במגו דמחלה וז"ל דאפי' להמפורשים דא"צ לשלם מ"מ לאו כ"ע דיני גמירי וכו'. והש"ך בסי' ס"ו חולק ע"ז וכן עיקר דאל"כ בטלת כל המינות שבש"ס ולפענ"ד נראה דאף הרא"ש מודה בזה ושאני התם דאין זה מגו לטענה מעליותא דאם תמחול לגריעותא היא לדיד' דלמה לה להכניס עצמה במחלוקת הפוסקים לענין חיוב תשלומין וגם כיון שאמירת הפרוע אינה לצורך עצמה רק כמעיד לבעל ואין לך נוגע גדול מזה שירא למחול משום מחלוקת הפוסקים של חיוב תשלומין אבל שאר מגו לטענ' מעליותא אמרי' בכל אדם וכדעת הש"ך:

י **דין** זה מבואר בתוס' בכתובות וב"ב ל"ג ובכמה דוכתי וגם הוא פשוט מסברא כיון דבטענה שהוא טוען עכשיו רוצה לגבות יותר ממה שהי' יכול לגבות בטענה שהי' יכול לטעון לאו מגו הוא והא שכ' הש"ך בשם ריא"ז גבי זה בני דנאמן משום דבירו לגרש' ואף אילו גרש' לא הי' מתיר' לכהן אף באמיר' זו מתיר' לכהן משמע דס"ל דאמרי' מגו לחצי טענה זה אינו דשאני התם דהא כתב הרא"ש בגיטין מ"ד באיסורין דנאמן לומר נטמאו טהרותיך משום דבידו לטמאותן כתב דזה לאו מטעם מגו הוא דאי טמאינהו בעי שלומי כו' אלא כיון דבידו הוי כבעליו עכ"ל הרא"ש וזהו נ"כ כסברת הש"נ וכן בבעל שאמר גרשתי למפרע נאמן מטעם דבידו ע"כ ג"כ לאו מטעם מגו הוא דהא איכא למ"ד אפי' אמר גרשתי למפרע נאמן מכאן ולהבא אף שרוצ' לפוטרו ממזונות דלמפרע וליכא מגו. ועוד דאם יגרשנ' תוציא גיטה ותגב' כתובת' משא"כ כשאומר גרשתי' ואין גיט' בידה יכול לומר פרעתי אלא ודאי דנאמן כשהוא בידו מטעם דהוי כבעליו כמ"ש הרא"ש לענין איסורין כיון דלאו מטעם מגו מהימן רק מטעם בעלים כמ"ש הרא"ש לענין איסורין מש"ה על מה שהוא בידו דהיינו לישראל מהימן לו' זה בני כיון דנגד ישראל בידו הוא הוי נגדו כבעלים משא"כ נגד כהן דאינו בידו להתיר' לו אינו נגדו כבעלים ואינו נאמן. נידון השני שכתבתי בפנים לומד בתומים מדברי הרשב"ם שהבאתי בפנים:

יא **דין** אם הקול סותר לטענה לומ' בתומים מסי' ק"ן סעיף ה' דנאמן לקוח בהחזיק ג' שנים אף דאיכא קלא ע"ש. ותמוה לי דשם כיון דהחזיק ג' שנים לקוח טענה מעליותא הוא אף בלא מגו אבל בטענ' שא"נ בלא מגו אפשר דלא מהני להכחיש קול רק שהביא

שם ראי' מב"ב קל"ה דאפי' לענין יבום מותרת ולא חיישי' לקול רק בא"א משום חומרא דא"א אמר התם דחייש לה משמע דהוא רק משום חומרא דא"א ובממון להחזיק נראה דאמרי' מגו להכחיש הקול:

יב **השי"ך** בס"ק ך"ב הקש' בהחזרתי במנו דנאנסו ולפמ"ש בפנים לא קשה:

יג **הוא** מדברי התוספות בכתובות ומדברי הנ"י פרק ח"ה גבי שתי כיתי עדים המכחישות ומה שתמ' בתומים בשלש' עדים יישבתי בפנים וגם קושיא הראשונ' לק"מ לפמ"ש. והנה מה שתמ' בתומים על מהר"י מינץ שהוכיח דין זה מדברי התוס' שהקשו במודעא הי' דברינו דא"נ הא יש להם מגו דמזויף וכו' והקש' מהר"י מינץ הא מגו בשנים לא אמרי' וע"ז תמה בתומים הא מגו דשתקי אמרי', וגם תמה בתומים על התוס' דמה הקשו דלהימני' במגו דשתקי דלמא מיירי בהוחזק שלשה שנים ובא בשטר זה וא"כ הן שאמרו מודעא חזקתו בטיל' דחזק' מכח שטר וה"ל חזקה שאין עמו טענה משא"כ אם ישתקו והוי כשטר שאינו מקויים א"כ הלה דמוחזק ג' שנים נאמן דשטר מעליא הוא במגו דאי בעי שתק משטר רק סתם החזקתי ג' שנים ולא הוי מגו להוציא דלהחזיק קרקע אמרינן מגו. ולפענ"ד לק"מ דאין כוונת התוספות מגו דאי בעי שתקו לגמרי רק מגו דאי בעי שתקו מהא שאמרו כת"י זה רק היו אומרים סתם מורעה הי' דברינו דאז אין לו מגו לו' שטרא מעליא במגו דאי בעי כבוש לשטר' והי' אומר סתם לקוח והחזקתי ג' שנים דאם הי' כובש להשטר ודאי דנאמנים לו' מודעא ואונס דדוקא בעדים החתומים על השטר פליגי אי מהימנ' דהוי כחוזרין ומגידין אבל עדים בעלמ' ודאי נאמנים על מודעא ואונס אפי' אם יראה השטר כשאינו מקויים נאמנים כמו עדים אחרים דלא היו חוזרים ומגידים כיון שהוא אינו מקויים, גם מה שהקש' דמאי מגו הוא דלמא אינם רוצים להפסידו דמי המקח ואם ישתקו ויבטלו השטר אף דמי זבינא יפסיד לק"מ לפ"ז דהמגו הוא שישתקו מהקיום ויאמרו בע"פ שיודעין מהמכיר' ומדמי זבינא ומהאונס ומהמודע' כנ"ל דאז לא יפסיד דמי הזבינא. ולפ"ז גם דברי הר"י מינץ א"ש כיון דלא דמי לשאר מגו דשתקי כיון דע"כ צ"ל עדות שידעו מהמכיר' ומודעא כדי שלא להפסידו דמי זבינא שוב הוי מגו דבי תרי דאולי לא יסכימו על שקר אחד ואולי חושב שהב' לא יאמר שיודע מהמכיר' ויפסיד דמי הזבינא ולכך אמרו כת"י הוא זה ולא הוי מגו ומזה הוכיח דינו דבמקום שאף אם לא יסכים השני יועיל עדותו כמו שמועיל העדות שיאמר עכשיו אמרי' מגו וכמ"ש בפנים ומשה"נ כיון שחושב שהב' אומר זה כת"י א"כ אף אם יאמר אין זה כת"י רק שיודע מהמכיר' וממודעא ג"כ יתחייב להחזיר דמי המכיר':

יד **דין** הא' הוא מתשובת מהר"מ אדרבי ודין השני הוא מתוס' בכמה דוכתי:

טו **דין** זה הוא פשוט בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים ובתומים רצה לחדש דבמגו דאי בעי שתקו אפילו אמר בדדמי אמרי' ע"ש ולא שמיע לן:

טז **דין** זה נובע ממהר"ש בספר הכריתות ובתומים הקשה מהא דתנאי ומודעא דנאמנים במגו דשתקו ולא אמרי' דלמא אין רצונם להפסידן לגמרי ולפענ"ד לק"מ דהא התוס' בכתובות בסוגיא דהעדים שאמרו בר"ה הרי אלו נאמנים הקשו דהא מגו במקום עדים הוא ותירצו כיון שהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב כלל קיום כו' אלמא דאפילו דלא אמרי' ליה בעלמא מ"מ לענין קיום אמרינן ונאמנים משום דלא חשיב כלל קיום בכה"ג והכא נמי י"ל כן לענין מגו כזו כנ"ל:

יז **כן** הוא מפורש בפוסקים ובתומים. ודין השני הוא בכנה"ג וגם בתומים הסכים עמו:

יח **כן** הוא בש"ך ושאר אחרונים ואף שבתומים מחלק בין אם המגו הוא לכפור יותר ממה שהוא כופר בטענה של עכשיו דאז לא אמרי' מגו דהעזה אבל אם הכפירות הן שוות רק שהוא מעיז בטענה זו שהיה יכול לטעון ודרך אחריו בספר קצה"ח מ"מ מוכח בכמה דוכתי דלעולם אמרי' מגו דהעזה לאפטורי ממון אפילו אם הכפיר' יעלה יותר בטענ' שהי' יכול לטעון:

יט **כן** מבואר בפוסקים דעיקר הטעם דלא אמרי' מגו במקום ע"א דהוי משואיל"מ ולא אמרי' משואיל"מ רק בש"דא ולא בש"דר רק בשבועת המשנה יש מחלוקת בסי' נ"ח ע"ש וכן אם ע"א מכחיש הטענה שטוען לא אמרי' מיגו לאפטורי משבוע' כמ"ש הר"ן בפרק שבועת הדיינים:

כ **בתומים** הקש'. דבי"ד סי' ק"ס בש"ד ס"ק כ"ח פסק דנאמן דלא קיבל מעות יתומים רק למחצ' אף שהוא היפך המנהג. ואפשר ליישב דדעת הש"ך לחלק כעין החילוק שמחלק בש"ס רפ"ב דכתובות לר' יהושע דאמר התם הרי השור שחוט לפניך הכא אין השור שחוט לפניך וכתבו התוס' דאפי' בהלה תבעו מ"מ כיון דהרי אין לה בתולים וא"כ א"י לומר בתול' אני וכו' הכא אין שור שחוט לפניך ונאמן במגו דאי בעי אמר לא הי' של אביך מעולם א"כ ה"נ יש לחלק כן דבסי' ש"ל גבי שכיר ע"כ עשה הפועל מלאכ' בתוך שדהו רק הספק אם בשכיר יום או באריסות למחצה או לשליש או לרביע משום הכי לא הוי מגו משא"כ ביו"ד דסי' ק"ס שיכול לומר לא קבלתי אצלך מאום' והוי כאין שור שחוט לפניך:

כא **מה** שמבואר בזה לענין עדים מבואר בכתובות דף כ"ב ולעיל בסי' מ"ו והדין דגבי לוה מבואר בסי' פ"ב והדין דגבי מלוה מבואו בכתובות כ"ב גבי האומר שטר אמנ' היא

זה דמוקי לה באומר מלוה ובחב לאחריני מקש' התוס' והרא"ש דלהימן במגו דמחיל אלמא דהמלו' נאמן במגו:

כב **מקור** דין זה היא ריש כריתות:

כג כה) כו) כז) יתבאר כל אחד במקומו:

כד **בתומים** תמה על הך דיעה דס"ל מגו לאפטורי משבוע' לא אמרי' מהא דרב' דאומר מפני מה אמר' תורה מוד' במקצת ישבע. ופי' התוס' דלהימן במגו דאי בעי כפר הכל וכן אמר התם דבבנו דמעיז ומעיז דמהימן במגו אף דהוי לאפטורי משבוע', ולענ"ד נרא' דלק"מ דהא דמגו לאפטורי משבוע' לא אמרי' היינו דוקא במקום שאין השבוע' זו מחייבו ממון כשאינו יכול לישבע רק שבוע' בעלמ' המוטל עליו מחשש הוראת היתר כגון בשבועת שותפין אז לא מהני מגו לאפטורי משבוע' אבל במקום שהשבוע' מחייבו ממון כשאינו יכול לישבע כגון במוד' במקצת דכשהוא חשוד או שאמר אינו יודע חייב לשלם אלמא דרחמנ' הימני' לתובע כל זמן שאינו נשבע ואפשר דהוא מטעם כיון דלהתובע איכא חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו ולהנתבע ליכא חזק' דאין אדם מעיז, ויהי' הטעם איך שיהי' מ"מ חזינן כיון דרחמנא הימני' לתובע כל זמן שאין הנתבע נשבע וכיון דעיקר החיוב שחייבי' רחמנא היא ממון הוי המגו לאפטורי מממון וממילא פטור אף משבוע' מק"ו דמה במקום דלא הימני' רחמנא לנתבע כלל אף בשבוע' וכשיש לו מגו מהימן בלא שבוע' מכ"ש במקום דרחמנא אלים לכח הנתבע להאמינו בשבוע' מכ"ש כשיש לו מגו שיהא מהימן בלא שבוע' והא דבשבועות שומרים כתב ר"י הלוי הטעם דאף כשיש לו מגו לא מהני לפוטרו בלא שבועה מטעם דהוי מגו לאפטורי משבוע' נראה דס"ל כהרמב"ם מבואר לקמן סי' צ"ב סעיף ה' דהי' בחשוד שומר פטור השומר וכן כשטוען השומר איני יודע לא נתחייב מטעם דהוי משואיל"מ רק מטעם דהוי כאומר א"י אם פרעתיך כמבואר בסימן רצ"א והטעם נ"ל בהאי דס"ל כדעת הנ"י שכתב בסוגיא דשאלה חצי יום בב"מ דהא דחייבי' רחמנא שבוע' לשומר בטוען נאנסו ולא בכופר הכל משום דבשטוען נאנסו חשרי' רחמנא לאמר בדדמי והטיל רחמנא שבוע' עליו כדי לדקדק אבל ודאי אם הי' אומר בברי ולא הי' חשש בדדמי ליכא חיוב ממון דלא גרע מכופר והנתבע טוען ברי ומש"ה לא מהני מיגו לאפטורי משבוע' שהוטל עליו רחמנא כדי לדקדק ועוד דבמקום דאיכא למימר בדדמי לא מהני מגו וכן בשבועת שותפים דחייבי' חז"ל שבועה מטעם דמורה היתר ולפי הוראת היתר שלו חושב שאומר אמת לא מהני מגו לאפטורי משבוע' דמחמת השבוע' יפרוש ולא יורה היתר לעצמו.

וכן כשהשבוע הוא ליטול כיון דלא מהני המגו נגד הממון שהוא להוציא ומגו לאפטורי משבוע' ג"כ לא אמרינן ממילא חייב השבועה שהוא ליטול.

כה **דין** זה מבואר בסי' ע"ב סעיף י"ח בהג"ה ובסי' ע"ב ועיין מ"ש שם בביאורים:

כו **דין** זה הוא מתוספות ב"מ דף צ"ח עיין שם:

כז **מגו** מגברא לגברא היינו דוקא לענין שיהיו נאמנים להעיד עדות שלא יהיו נוגעים כמו בסי' קכ"א לענין שליח נעשה עד אבל בתובע ונתבע שיש להם מגו מגברא לגברא לא אמרינן ונתבאר בסי' צ"ו ע"ש:

סימן פג

א **וכן אם שלח.** עיין ש"ך ס"ק ב' עד הולך כזכי וכו' כוונתו להקשות כיון דהולך כזכי מת"ת יהי' נאמן לומר שזכה לעצמו כיון דלית ליה מגו עם כל זה הלשון דחוק ועיין תומים שהקש' לקמן סי' רס"ח גבי מציאה דאם אמר זכה לי שאינו נאמן לו' לעצמי כוונתי היכא דלית לי' מגו. ולק"מ דש"ה דיכול לומר להכי שתקתי כדי שתתן לי המעות, אמנם זה דוקא בשליח שעשה הלוה אכל שליח שעשאו המלוה בעדים או שאמר ללוה תן לזה השליח שעשיתי לקבל המעות מידך ואחר שקיבלם אומר לעצמי קבלתים מחוייב להחזיר להמלו' שקיבלם בשבילו והטעם כיון דע"י שקיבלם בשתיק' נפטר הלוה מהמלו' הראשון כיון שמסרו לשלוחו ע"פ ציוויו נמצא השליח הזה ששתק כשקיבלם פטר הלוה מחובו דהא המלו' שוב אינו יכול לתובעו הרי זה בפוטר חובותיו של חבירו דחייב לשלם כמבואר בסי' ע"ו ועוד דדמי קצת להא דסי' נ"ח שיכול לו' מה לי ולך שהרי בתפיסתך תביא אותו לידי היזק ועל פי טעם הראשון שכתבתי אפי' מברר השליח בעדים שחייב לו ג"כ אינו יכול לתפוס:

ב **נשבע הלו' היסת.** עש"ך ס"ט מ"ש בפי' המשניות להרמב"ם עד נאמן במגו ולכאור' תימה דאם השטר כשר אין צריך למגו דבלא מגו יהי' נאמן ועוד קשה מ"ש בריש דבריו דמיירי בכתב ללות ולא לוה וקשה דהא הרמב"ם מכשיר בכתב ללות ולא לוה כמבואר לעיל סי' מ"ג. לכן נרא' דכוונתו במ"ש ללות ולא לוה ברישא דמילתא היינו שכ' ללות ומסרו להמלו' דהרמב"ם לא מכשיר בכתב ללות ולא לוה רק במסירה להלו' אבל כשמסרו להמלוה שטר אמנה הוא ופסול, ומ"ש בסופו דמיירי במוקדם ממש שהשטר כשר מיירי שהעדים מסרו השטר להלו' והלוה מסרו להמלו' קודם ולא לוה והאמינו והעדים לא ידעו מזה וטוען המלו' שאף שמסרו לו קודם הלוא' מ"מ אחר כך הלו' לו על שטר זה ובאופן זה השטר כשר כמבואר לעיל בסי' מ"ג והלוה טוען שעדיין לא לוה לו

כלל ועדיין שטר אמנה הוא ובזה ודאי דצריך המלו' מגו כיון שמוד' שהשטר הגיע לידו בלא הלוא' אינו ראי' ממה שהשטר תח"י שהלו' לו אח"כ מש"ה אינו נאמן אלא כשיש לו מגו:

סימן פה

א **ואפי' יש בו נאמנות.** עסמ"ע ס"ק ב' עד לא לכל ענין מהני נאמנות כבי תרי פי' שעדים מכירת השד' הוי כעידי הודא' ונגד עדי הודא' לא מהני נאמנות כבי תרי כמבואר לעיל סי' ע"א ונראה דאפי' שבוע' אין צריך דהוי כאנן סהדי תדע דהא לרש"י אפי' מזויף יכול לטעון:

ב **יש אומרים שהוא נאמן.** עיין ש"ך ס"ק ד' מה שתמ' בזה והעיקר בזה כדברי התומים דמיירי במקויים ע"י דימוי משני שטרות וסברי לי' להנך פוסקים כדעת הפוסקים דלעיל סי' מ"ו דבמקום שצריך קיום מדאורייתא לא מהני ע"י דימוי והכא כיון דאיתרע שטרא בעי קיום מדאורייתא. אך הא קשיא לי דמנין לנו להוכיח שהשט"ח הוא מזויף דלמא השטר מכר מזויף וכן קשה מהא דשנים שהוציאו שט"ח זה על זה דאומר המאוחר להמוקדם אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני ומבטלין השטר המוקדם ומקיימין המאוחר וחייב המוקדם לשלם להמאוחר חובו קשה ג"כ דמנין לנו לו' שהמוקדם מזויף אימר המאוחר מזויף והיה לו לחיות עכ"פ שני השטרות בספק ונראה ליישב דהנה ודאי אם שם שני כתות עדים המכחישות זו את זו כת אחת אומרת לוה וכת אחת אומרת לא לוה הוי שניהם בספק ומהני תפיסה אבל ודאי דאם כת אחת אומרת לוה וכת אחרת אומרת בפנינו הודה המלוה שלא לוה לא מהני תפיסה כיון שיכול להיות ששני הכיתות אומרין אמת רק שהודאת בע"ד הוי כמחילה וה"נ עידי השטר השני הוה כעידי הודא' כמש"ל ס"ק כ"א דאזלי' בתרייהו:

ג **לא מכרתי לך השדה** עיין סמ"ע ס"ק ד' עד היה לך למכור לאחר מדבריו משמע דלולי הטעם דכדי למשכנו בחובו השטר בטל ותמי' לי דא"כ אם מכר מטלטלין אפי' משך המטלטלין קודם נתינת המעות נתבטל השטר כיון דלא שייך הטעם כדי למשכנו ועוד קשה דמה הוכחה יש כאן לבטל השטר וכי משום שחייב לו לא יעשה שום מו"מ בשלמא ביהבי והדר כתבי מוכח שפיר משום דהוה ליה לעכובי זוזי אבל בכתבי והדר יהבי אין בו הוכחה דלפעמים צריך הוא למעות יותר מכדי חובו ומוכרח הוא למכור הקרקע ג"כ וגם תמי' דברי התו' בכתובות דף ק"י בד"ה ורבנן חברך חבר' אית ליה כמ"ש ולפרש"י א"ש שהן תמוה כמ"ש המהרש"א ע"ש, לכן נראה לענ"ד דעיקר הוכחה הוא

משום דהי' לו לעכבו זוזי ואפי' בכתבי והדר יהבי כיון שהיא נעשה בב"א וקרקע אינו ניקנית בשטר בלא כסף כמבואר בסי' קצ"א ומבואר בסי' פ"ג דאם יש עליו שני שט"ח ונתן להלוה בפי' על חוב אחר ושתק המלוה די"ל לכך שתקתי כדי שתתן לי המעות וא"כ ה"נ אפי' בכתבי והדר יהבי הי' לו לומר אחר קבלת המעות שמקבלם על חובו ואף שנתן לו הלוה בפירוש על דמי המקח ושתק מ"מ הרי הוא יכול לו' שלכך שתק כדי שיתן לו המעות וממילא הי' צריך ליתן המעות כדי לקיים המקח ואף שמבואר לקמן בסי' ק"צ סעיף ו' בהג"ה דאין שמעון יכול לו' המנה אני גובה בחובי כדי לבטל המקח מ"מ שם גופי' טעמא בעיא דמ"ש מהא דסי' פ"ג הנ"ל ועכצ"ל דקנין שאני דדברים שבלב אינן דברים לבטל קנין ברור שנעשה לפנינו ולפ"ז נראה דבתוך כ"ד של קבלת המעות ודאי דיכול לבטל המקח ולו' שמקבלם בחובו דהא בתכ"ד יכול לחזור מהקנין כמבואר לקמן סי' קצ"ה ס"ט ע"כ עיקר הוכחה לבטל שט"ח בכתבי והדר יהבי מהא דלא אמר בתכ"ד של קבלת המעות שמעכב המעות בחובו וסברא זו צ"ל בהא שכתבו התוס' ב"ק ל"ה ע"ב בד"ה לימא תיהוי תיובתא דאפי' ר"ג דמחייב בטענו חטים והודה לו בשעורים מכ"מ מודה דפטור מדמי שעורים והוא תמו' דכיון דנפטר מדמי שעורים מה"ת יתחייב שבועה הא לא גרע מהילך וע"כ צ"ל דעיקר הוכח' של מחילת השעורים נעש' אחר ההודא' שלו דהא המלו' הי' יכול לומר ודאי כדבריך כן הוא אבל איני שואל עתה השעורים כמבואר בסי' פ"ח סעיף י"ד וע"כ בשעת הודא' הי' עדיין חייב בדמי שעורין מש"ה חייב שבוע' ה"נ הוכח' של ביטול השטר הוא מדלא אמר תכ"ד של קבלת המעות שמקבלם על דמי חובו ע"ז אמרו חכמים דזה פיקח הי' דמכר לו את השדה מפני שיכול למשכנו בחובו פי' שבחכמ' עשה שקיבל המעות על דמי מקח שהי' מתירא לקבל המעות על חובו דאם כן יהיה הלוקח מבטל המקח והוא הי' צריך למעות דמי מכירת השדה מש"ה קיבל המעות על המקח ליתבע החוב ויהי' לו דמים מהשד' כפי מה שצריך ומדמי החוב אין לו שום מורא כיון שיכול למשכנו והא דלא מסר מודעא בשתיק' לפני עדים תכ"ד של קבלת המעות ולומר שמקבל בחובו ואם לא ישלם לי אבטל המקח דאז לא יהי' לו מורא מבע"ח המוקדם משום דחברא חברא אית ליה וירא שיתוודע לחלוק' ויבטל המקח ובזה אתיין דברי התוס' שפיר להמעיין בדבריהם, ולפ"ז באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי אפי' במקום שקונין בכסף לחוד יכול לטעון אילו הייתי חייב לך לא הי' לך ליתן שטר ומ"מ לא היה נתבטל הקנין דהא חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה וממילא הי' יכול לתובעו שיסלק חובו במזומנים אם יהי' לו, ולפ"ז במטלטלין במשך החפץ קודם קבלת המעות דלא שייך לומר שהיה לעכובי זוזי בחובו כיון שהחפץ כבר תח"י הלוקח אין

כאן הוכח' לבטל השטר חוב אבל בנתן המעות קודם המשיכ' ודאי דיכול לבטל החוב כיון דלא שייך לומר שיכול למשכנו דיותר טוב לו לעכב זוזי בחובו מלקיים המקח:

ד **אלא כדי שיהיה לו** עסמ"ע ס"ק ה' עד משא"כ בעלמא משמע שהוקש' לו מכל מכירה באונס יתבטל המקח אף כשלא מסר מודעא משום דיכול לו' דהא דלא מסר מודעא משום דחברא חברא אית לי', ולפענ"ד נראה דלק"מ דכל מכיר' באונס כ"ז שלא מסר מודעא אמרי' בודאי אגב אונסא דזוזי גמר ומקני' משא"כ הכא דעיקר הוכח' הוא בכתבי והדר יהבי מדלא מסר מודעא וכיון שיש התנצלות על הא דלא מסר מודעא מטעם דחברא חברא אית ליה שוב ליכא הוכחה:

ה **אם הלוה מכר קרקע.** ע' תומים שכ' הטעם כיון דעיקר אחריות הלואה היה על הקרקע לא הי' לי ליקח שיעבודו ונכון:

ו **הי' לך לפרוע מחובך.** עש"ך ס"ק ז' שהאריך. וקודם שנבוא להשיב על דבריו אכתוב מה שנראה. לפענ"ד בסוגיית הש"ס הא דהקשו הפוסקים בסוגיא אהא דמקש' הש"ס אר"ש ממתניתין ואוקי לה אליבא דר"ש דזה לעשר וזה לחמש ולא מקשה כן לרב נחמן וגם קושיית המהרש"א ברש"י שם בד"ה הא לא מטי זימני' שכתב וז"ל ונוח היה לו לזה שילו' ויתבענו לסוף חמש ועדיין יהי' חוב מעוכב וכו' והקש' המהרש"א דלמה לרש"י לפרש זה הא אפי' אם היה זמן פרעון שניהם בשוה מ"מ קשה מאי טעמא דאדמון דהא לא מטי זימני' ולא הי' יכול לתבוע ונרא' ליישב פי' רש"י דאם הי' זמן פרעון של שניהם בשוה הוי שפיר מצי לאוקמי מתניתין דלא מטי זימני' וביהבי והדר כתבי ובוודאי כשנתן לו המעות ובא המלו' השני לתבוע להראשון שיתן לו שט"ח על המעות שהלו' לו תליא בפלוגתא דר"נ ור' ששת דלר"ן דס"ל דזה גובה וזה גובה אין יכול לסלק בשט"ח שלו הרי בא לתבוע כשעת הלואה קודם שיגיע זמן הפרעון צריך ליתן לו שט"ח דאין יכול לסלק אותו במה שמחזיר לו את השט"ח שלו אבל לר"ש דס"ל דכל אחד עומד בשלו א"כ כמו דבשעה דכשהגיע זמן הפרעון יכול ראובן לחזור שטר של שמעון לשמעון ואז מחויב שמעון להחזיר שטרו הכי נמי כשעת הלוא' כשהלו' שמעון לראובן ונתן לו המעות ותובע לראובן שיתן לו שט"ח על המעות שהלו' לו ודאי דיכול ראובן להחזיר לו שטרו של שמעון ואין צריך ליתן לו שטר על עצמו דהא קיי"ל בסי' ע"ד דהלו' יכול לכופו להמלוה ליתן לו קודם זמן הפרעון וא"כ כל אימת שרוצ' ראובן לפרוע הוי כהגיע הזמן פרעון שיכול ראובן לסלק בשט"ח של שמעון תמורת שט"ח שלו וא"כ שפיר קאמר אדמון אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני פי' כיון דמיירי ביהבי והדר כתבי לא הי' לך ליתן שט"ח על עצמך אלא הי' לך לחזור שטרא מש"ה הוצרך רש"י ליתן טעם דנוח

הי' לו ללות ומה דקאמר הש"ס אלא ראשון לה' ושני לעשר אי דמטי זימני' מאי טעמא דרבנן אין להקשות הא יש לו ריוח גדול שהוא יחזיר לו מעותיו מיד ומעותיו יהי' מעוכב עד עשר שנים דזה אינו דכשהגיע זמן הפרעון ודאי שתובע מעותיו תחלה ואין לוה ממנו קודם הפרעון כדי שלא יהי' לו טענה כמ"ש הסמ"ע ס"ק ד' דאפי' למכור ולקנות אינו עושה קודם הפרעון כשיגיע זמן הפרעון ומכ"ש ללות אינו עושה קודם זמן הפרעון רק מקודם תובע אותו לפרוע לו ואח"כ מבקש ממנו שילוה וכמ"ש הפוסקים הביאם הש"ך הטעם דהי' לו לתבוע וגם המלו' לא הי' עושה כן דכשמלו' לו על עשר שנים הוא במתנה על זמן וחזק' אין אדם נותן במתנ' עד שיופרע חובו תחלה כמ"ש הסמ"ע סי' נ"ח סעיף א' ע"ש וכן נותן הסברא דאם לא ירצה לפרוע ודאי דלא ילוה לו ובוודאי תובע חובו תחלה ומקש' שפיר מאי טעמא דרבנן והא דקאמר אי דלא מטא זימני' מאי טעמא דאדמון אין להקשות הא שפיר קאמר אדמון למה הי' לו ליתן שט"ח שלו על עצמו היה לו להחזיר שט"ח שלו ז"א דהא הוצרך ליתן שט"ח על עצמו כדי שיהי' המעות מעוכב בידו עשר שנים מש"ה הוצרך לאוקמי אליבא דרב ששת ביומא דמישלם חמש משא"כ לרב נחמן שפיר מצי לאוקמי כשזמן פרעון של שניהם שוה ובדלא מטי זמנייהו ול"ק מאי טעמא דאדמון אפשר לומר בהא פליגי דאדמון ס"ל דבשל עולם הן שמין וא"כ כשיגיע זמן פרעון כל אחד יעמוד בשלו ממילא יכול לו' אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני פי' לא הי' לך ליתן שט"ח על עצמך אלא הי' לך להחזיר שטרו ורבנן דס"ל בשלו הן שמין בזה גובה וזה גובה ממילא אין טענה זו טענה כנ"ל וכן כתב התומים דפלוגתא דאדמון ורבנן הוא אי בשלו הן שמין אי בשל עולם דפלוגתא דתנאי הוא זה ברי' ב"ק ע"ש וזה הוא דעת הרי"ף והרמב"ם שפסקו כרבנן ור"נ ומיירי בלא מטי זימני' וממילא במטי זימני' יכול לומר אילו הייתי חייב לך הי' לך ליפרע וכו' וכמו שפי' המפרשים דהיינו שהי' לו לתבוע וכמש"ל דודאי פורעין החוב תחלה קודם שמלוין וממילא אין חילוק בין יהבי והדר כתבי ובין כתבי והדר יהבי לעולם יכול לומר כיון שהגיע כבר זמה"פ בשעת הלוא' הי' לך לתבוע חובך קודם שלוית ממני ומטעם שכתבתי למעל' ולא פליגי אדמון וחכמים רק בלא מטי זימני' בשעת הלוא' ומטעם שכתבתי למעל' ובלא מטי באמת הלכ' כחכמים אבל במט' זימניה כ"ע ס"ל דיכול לומר אילו הייתי חייב לך וכו' וא"ש ג"כ דעת הרמ"ה שהוא דעת היש מי שאומר שהביא המחבר דבין בכתבי והדר יהבי ובין ביהבי והדר כתבי יכול לו' אלו הייתי חייב לך כו' ואינו י"ל שעשה כן בשביל דזה גובה וזה גובה דז"א דכיון דמטי זימני' הי' לו לתובעו קורם כמ"ש הש"ך מטעם דהי' לו לתבעו דהא אפי' בראשון לחמש והשני לעשר דיש לו ריוח גדול שהמעות יהי' מעובב

בידו עד עשר שנים אפ"ה קאמר בש"ס אי דמטי זימני' מאי טעמא דרבנן משום דהיה לו לתבעו ומכ"ש דאין עושה כן בשביל רווחא דבינונית וזיבורית וא' כהרי"ף והרמב"ם והרמ"ה בחדא שיט' קיימו ואפשר דגם בעהמ"א שכ' אע"פ שהגיע זמן הפרעון הראשון קודם האחרון והי' כוונתו קודם הזמן פרעון של האחרון והלוא' נעשה קודם שהגיע זמן פרעון וס"ל כדעת הרי"ף והרמב"ם הנ"ל ולפ"ז לא קשה מה שתמה הש"ך בס"ק י' דהאיך אפשר שיהי' מי שיאמר כך וכו' ולפמ"ש ניחא דהרי הרי"ף והרמב"ם ובעל המאור כולם סוברים כך, ועתה נבוא להשיב על דברי הש"ך, הנה כל מה שכ' ביישוב קושי' הרמב"ן על בעל המאור הוא דחוק מאוד כמבואר למעיין ומה שהוכיח הש"ך דהרי"ף כ"ל כדעת בעל המאור ולא כדעת הרמב"ן ומדלא כ' הדין דיומא דמישלם זימני' תמוהין דהא ר"נ ע"כ לא ס"ל האי סברא דהי' לו לתבוע אליבא דחכמים לשיטת הרמב"ן דאלת"ה אפי' בכתבי והדר יהבי נמי וע"כ לא ס"ל רק משום דהי' לו לעכובי זוזי מש"ה בעי דוקא ביהבי והדר כתבי. ולפ"ז ביומא דמישלם זימני' דאין יכול לכפותו להלו' לפרוע ממנו ולא שייך לו' הי' לו לעכובי זוזי הוי כמו כתבי והדר יהבי דלא מצי לו' אלו הייתי חייב לך לדעת הרמב"ן ודוחק לו' דמ"מ הי' לך להמתין עד למחר ואולי הייתי נותן לך המעות קודם הכתיכ' כיון דהוא באתרא דיהבי והדר כתבי הי' יכול לו' הייתי ירא להמתין עד למחר ור"ש דס"ל ביומא דמישלם זימני' דמצ"ל אלו הייתי חייב לך ע"כ ס"ל הסברא דהי' לו לתבוע ולדידי' באמת אין חילוק בין כתבי והדר יהבי ובין יהבי והדר כתבי וכן כתב קצת מזה בקצה"ח. גם מה שהוכיח מדברי הרמ"ה דס"ל כדברי בעל המאור הוא תמוה לפ"ז והעיקר בדברי הרמ"ה דס"ל כמש"ל ונראה דאם כ' בשטר השני שהתנ' שיגב' העידית אף הש"ך מודה ופשוט:

ז **כדי שאגבה ממך העידית**, עסמ"ע ס"ק ט' עד ואף שרב נחמן ס"ל כן לפי האמת וכו' ט"ס וכצ"ל דאף שלפי הס"ד דהש"ס שם ר"נ ס"ל כן מ"מ לפי האמת לא קיי"ל כוותי' וכו' עש"ך ס"ק י"ב עד כלו' נכסים טובים ממנו וכו' כוונתו במ"ש נכסים טובים דהיינו עידית ובינונית ודו"ק:

ח **ומכר אחד מהם חובו לאחר**. עסמ"ע וש"ך והעיקר מחלוקתן תלוי בזה דלדע' הסמ"ע טריפת הראשון הוא מטעם טריפת משעבדי דמה שמלו' אחד לחבירו וחבירו משעבד להמלו' נכסיו הרי המלו' כאלו קונה ממנו נכסיו וכשמלו' חוזר ולוה מהלו' הרי הלוה ראשון כאלו חזר וקונ' נכסיו שמכר לו מקודם. ולפ"ז מה שנשתעבד הלו' השני למלו' השני וקנה המלו' השני השיעבוד מהלו' הב' הוי כקנה נכסים וכשמכר המלו' השני שיעבוד נכסים לאחר הוי כמכר נכסיו והמלו' הראשון טרפו ומש"ה כל שהוא דאקני א"י

לטרוף. ולפ"ז אם המלו' הא' מכר שט"ח קודם הלוה השני ג"כ א"י השני לטרוף מהלוקח שקנה מהא' וגבי מהב' כיון שקניינו קודם וכן במטלטלין אג"ק תלי' הכל אם המוכר כ' מטלטלין אג"ק דכשראובן הלוה לשמעון הוי כאלו קנה מטלטלין משמעון דמיני' אפי' מגלימא דעל כתפאי ואח"כ כשהלו' ראובן משמעון הרי כאלו חוזר ומוכר לו המטלטלין שקנה ממנו תחלה ואח"כ כשחוזר ראובן ומוכר השט"ח שלו ליהודא הוי כאלו חוזר ומוכר ממטלטלין שקנה משמעון בשעת הלוא' שלו ליהוד' ומש"ה אם כתב ראובן הלוה השני לשמעון בשעת הלוא' מטלטלי אג"ק הרי נעשו המטלטלין של שמעון שביד ראובן משעת הלוא' הראשונה כשלוה משמעון כדין קרקע והוי כשמכר שט"ח שיש לו על שמעון ליהודה כאלו מכר קרקע שלו ליהוד' דהא מטלטלין אג"ק דין קרקע יש להן מש"ה שמעון חוזר וטורף שהוא לוקח ראשון יותר מיהוד' שהוא קנה קודם המטלטלין בשעת הלוא' מה ששיעבד לו ראובן קודם שמכר ליהודה מש"ה יכול שמעון לטרוף מיהוד' וכללא דמילתא שאנו רואין המלו' והלו' כלוקח ומוכר ודעת הש"ך דעיקר תליא באם הוא דבר שהלו' השני אין יכול להבריח ממלו' השני דאז חייל שיעבודא דר"נ גם על השיעבוד נכסים של הלו' השני והוי כאלו הלו' הב' הוא לוה של מלוה ראשון לגמרי ובין שיעבוד הגוף ובין שיעבוד נכסים מהנכסים של לוה השני שא"י להבריחן הוא של המלו' ומכירת המלו' השני שמכר הש"ח לאו כלום הוא מש"ה המלו' הראשון טורף אפי' במקום דא"י לטרוף מצד טריפת לקוחות אבל בדבר שהלו' השני יכול להבריחן מהמלו' השני שאלו הי' מכרו לא הו' המלו' השני יכול לטרוף כגון שהוא דאקני נגד המלו' השני או במטלטלין והשני לא כתב לראשון מטלטלי אג"ק דאז לא חייל שיעבודא דר"נ על שיעבוד נכסי כמ"ש התוס' בפסחים והביאו הש"ך מש"ה אין המלו' הראשון יכול לטרוף אפי' מצד טריפת לקוחות כיון דהלוה השני לא נשתעבד לא דמי לשיעבוד נכסי. והח"צ הקשה בהגהת הט"ז דהא אפי' גבה שמעון השדה ומכרה אין ראובן יכול לטרוף אם לא כתב דאקני ומכ"ש בשלא גבה עדיין. ולפענ"ד נרא' דבשלמא בשגבה כבר ונעש' שלו מכירתו מכיר' מדאורייתא אין המלו' יכול לטרוף כיון דדאקני לא משתעבד ליה משא"כ במכר שט"ח דמכירת שט"ח הוא מדרבנן והמלו' יכול למחול והטעם כתבו הפוסקים כיון ששיעבוד הגוף נשאר אצל המלו' וכיון שמחלו פקע שיעבוד הגוף פקע ג"כ שיעבוד נכסי ע"ש בדבריהם הביאם הש"ך בסי' ס"ו ולפ"ז הכא דשיעבוד הגוף של לוה השני גם שיעבוד נכסיו מאותן נכסים שאין יכול להבריחם שייך למלוה ראשון אין מכירת המלו' השני מכיר' ואין גביית הלוקח גבייי' ומה שהקש' התומים מפקדון ביד אחר דג"כ אינו יכול להבריח למכרה ואפ"ה בשמת המפקיד הוי מטלטלי דיתמי

לק"מ דדוקא בנכסים שהן של הלוה השני רק שנשתעבדו להמלו' מצד שיעבוד נכסי של הלוה השני והוא דבר שאינו יכול להבריח מש"ה לא הוי מטלטלי דיתמי כיון דבאמת הנכסים אלו של הלוה השני הוא רק שנשתעבדו להמלו' הראשון מדר"נ והלוה השני חי ממילא לא הוי נכסים של הלוה השני מטלטלי דיתמי דהא הוא חי אבל פקדון לא מצד נכסי של הנפקד משתעבד דהא לאו נכסי הנפקד הן ומצד נכסי המפקיד נשתעבדו דפקדון ברשותי' דמרא איתא וכמונח ברשות המפקיד דמי וכיון שהמפקיד הלוה מת הוי מטלטלי דיתמי ומ"ש חש"ך דאם חשני כתב מטלטלי אג"ק דטורף גוף השטר קשה לכאור' מהא דכתובות פ"ב גבי מי שהי' נושה באחיו לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי וקאמר התם בש"ס דלא מחמרי' תרי חומרא בכתוב' כר"מ דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה לר' נתן וכו'. ולפ"ד הש"ך קשה דהא אפי' בלא דר"ן כיון דמטלטלי משתעבדי לכתוב' יכולה לטרוף גוף השט"ח ונרא' דש"ה דבלא דר"ן ליכא שיעבוד הגוף כלל ומה בכך שטורפת השטר שהוא רק שיעבוד נכסים מכל מקום יכול לומר לאו בע"ד דידי את משא"כ הכא דקיי"ל כר"ן ואיכא שיעבוד הגוף אצל המלוה הראשון רק בנכסים שיכול להבריח ליכא שיעבוד נכסי להמלוה הראשון וכיון שהוא טורף להשט"ח הרי טורף השיעבוד נכסים ויש לו שיעבוד הגוף על הלוה השני מכח שיעבודא דר"ן הרי הוא עומד במקום המלוה השני ושפיר טורף. והנה אין ללמוד מדברי התוס' פסחים שהביאם חש"ך דאם המלוה השני יש לו מלוה ע"פ דאפילו גבו היתומים קרקע בחובת אביהם אין הבע"ח חוזר וגובה כיון דהלוה השני יכול להבריחם דהא אם מכרה אין המלוה טורף דהא מלוה ע"פ אינו טורף מן הלקוחות, דזה אינו דכוונת התוס' הוא רק במטלטלין דלאו בני שיעבוד דאורייתא נינהו משא"כ במלוה ע"פ שייך שיעבודא דידן מטעם כיון דמדאורייתא בני שיעבוד הן דהא מלוה ע"פ טריף ממשעבדי מדאורייתא למ"ד שיעבודא דאורייתא ונגד זה לא קילקלו שיעבודא דר"ן מש"ח שייך שיעבודא דר"ן אפילו במלוה ע"פ כן נראה לי (ועיין סמ"ע סעיף קטן כ"ב יש ט"ס וכצ"ל שלא באו ליד המוקדם עדיין אלא שנשתעבדו לו וכו'):

סימן פו

א **בין דרך הלואה.** עש"ך ס"ק ב' עד אפי' או פקדון ובס' קצה"ח כ' דבפקדון לא שייך שיעבודא דר"נ דאפי' חיוב חזרה לא מתחיל עד שעת פשיעה וכו' ע"ש. והא ודאי ליתא כמו שמבורר בסי' נ"ח בש"ך ס"ק ט' וז"ל שם כיון שבא לידו בתורת פקדון דצריך לעשות השבה גמורה כו' ע"ש ומה שמביא ראיה מהא דכתובות מהי' לו פרה שאולה

וטבחה בשבת לאו ראיה הוא דשם דנין על חיוב תשלומין שנתחייב על הטביח' לשלם מן העלייה דזה ודאי לא יתחיל עד שעת הטביחה דחיוב החזרה אינו רק כשהפקדון עדיין בעין אבל כשאינו בעין פקע חיוב חזרה ומתחיל חיוב התשלומין ועל התשלומין חל שיעבוד נכסי אבל כשהוא בעין יש חיוב הגוף על החזר' ולא שיעבוד נכסי גם מ"ש לדחות הראיה מהא דשאל' בחזקת תם דמוכח התם דשייך שיעבודא דר"נ בפקדון וכ' דכוונת הש"ס שם בחיוב הפשיעה שיתחייב להמפקיד טעות הוא דהא הפשיע' הוא במה שהחזיר לניזק ובשע' שהחזיר לניזק שוב אין המזיק חייב לניזק וליכא שיעבודא דר"ן אלא ודאי דגוף חיוב החזרה שייך ג"כ שיעבודא דר"ן ועוד ראיה דבפקדון איכא חיוב החזרה כשהוא בעין. דהנה לכאור' קשה מהא דאמר דהוי מעריקנא ליה לאגמא ופי' התוספות בד"ה מעריקנא ליה היינו דהיה מתפשר עמו ומשני הש"ס דמשתעבד מדר"ן א"כ קשה הא דקיי"ל התופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים דקנה אמאי לא איחייב ליה התופס לשלם הא לא שייך גבי' שיעבודא דר"ן ועכצ"ל דדוקא בפקדון דיש עליו חיוב בחזרה אינו פוטר עצמו מחיובו במה שמחזיר לבע"ח שלו כיון שיש ספק אימר הי' מתפשר עמו ודמי לא"י אם פרעתיך וכמו פורע חובו של חבירו שלא מדעתו שאין אנו יכולין לחייבו מטעם דאימר מפייס הוינא ליה ה"נ א"א לפוטרו מחיובו כשיש ספק זה דאימר נתפשר עמו משא"כ בתופס לבע"ח דלא הי' עליו שום חיוב קודם התפיס' אינו חייב מכח ספק זה דאימר הי' נתפשר עמו כיון שיש ספק בגוף החיוב דמי לא"י אם נתחייבתי לך. גם מ"ש דבפקדון אינו יכול ליתן הפקדון להנפקד במתנה להש"ך ס"ק י' ודאי ליתא כמו שאבאר לקמן סעיף ו', גם מ"ש לתרץ בקצה"ח ס"ק א' קושית הרשב"א שהקשה למה לי שיעבודא דר"נ הא בלא"ה כל מה שיש לו משועבד להמלו'. ותירץ הוא דנ"מ שאין הלוה הראשון יכול לסלקו בזוזי והא ודאי ליתא כמבואר לכל מעיין ומ"ש על הרשב"א דחובות מילי נינהו וכ' הוא דלדידן דס"ל דשטרות משתעבדי באגב לא ס"ל הך תירוצא דרשב"א וליתא דהא דס"ל דשטרות משתעבדי באנב היינו למאי דקיי"ל כר"נ ויש לי' להמלו' הראשון שיעבוד הגוף על הלוה השני יכול לשעבד ג"כ שיעבוד נכסי אבל בלא דר"נ לא משתעבדי כדמוכח בכתובות פ"ב גבי מי שהיה נושה באחיו דאמר ליכא תנא דמחמיר תרי חומרא בכתוב' כר"מ דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה וכר"נ וכו' אלמא דבלא ר"נ חובות לא משתעבדי אף דמטלטלי משתעבדי גם מ"ש דאפילו בלא דר"ן משתעבד שיעבוד הגוף כיון דשיעבוד חל אפילו על דבר שאינו ברשותו ליתא דודאי בלא דר"נ לא משתעבד שיעבוד הגוף כלל כדמוכח מהא דכתובות הנ"ל אמנם הא שכתב דנ"מ בהא דר"נ לענין אם תבעו המלו' הראשון וכפר בו ונשבע דחייב לשלם

לו קרן וחומש דנחשב הוא הבעלים משא"כ בלא דר"נ כיון שלא בא רק מתורת שיעבוד לא נחשב כפיר' לבעלים ולא משלם חומש יפה כתב ונכון הוא:

ב **בין דרך שכירות.** עש"ך ס"ק ג' מה שמתרץ על הקושיא מהא דהענק'. והעיקר כתי' התומים וזאת תורף תירוצו דהנה לכאורה קשה הא גבי הענק' אפילו כבר גבה העבד אין לבע"ח גביי' ממנו וא"כ מה ענין דר"נ לשם ועכצ"ל דהא אם כבר גבה העבד אין בע"ח גובה ממנו היינו דליכא שיעבוד נכסי אבל ודאי דמצוה עליו לפרוע חובו כשיש לו יותר מכדי סידור. ולפ"ז א"ש דשם בקדושין הוא לאביי דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא וליכא שיעבוד נכסים בשום חוב ודאי ע"כ לא אתי קרא למעוטי רק שיעבודא דר"נ וע"כ תליא מחלקותן בשיעבודא דר"נ אבל לדידן דקי"ל שעבודא דאורייתא אתי קרא למעט דליכא שיעבוד נכסי גבי הענק' אפילו כבר גבה העבד:

ג **במה דברים אמורים.** עש"ך ס"ק ה' שהאריך להוכיח דשיעבודא דר"נ אפי' בדאית לי' נכסי חדא דדאוריי' מה לי אית לי' נכסי או לית לי' ועוד ראי' מפרק כל שעה וכו' ומזה הוכיח ששיעבודא דר"נ הוא אפילו באית לי' נכסי רק במקום שיש להלוה השני פסידא אין גובין ממנו משום דהוי כנכסים המשועבדים דאין גובה במקום שיש בנ"ח משום פסידא ובתומים הקשה כיון דעיקר הטעם באית לי' נכסי לא משתעבד משום דאין מוציאין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח א"כ קשה דהא עיקר הוכחתם הוא מהא דב"ק גבי שאלה בחזקת תם דלא אמרי' שנויא דשיעבוד דר"נ בהיכא דאית לי' נכסי הא שם לית לי' לנפקד פסידא א"כ אפי' באית לי' נכסי שייך שיעבודא דר"נ והדרא קושיא לדוכתי דהי' לו לו' שנוי' דשיעבודא דר"נ היכא דאית לי' נכסי (") ונראה ליישב כל הקושיות שהקשה הש"ך דשיעבודא דר"ן הוא ממש כמו שיעבוד נכסי דהיא ג"כ דאורייתא ובשיעבוד נכסי קיי"ל דהנכסים אינן רק ערבים וצריך לתבוע הלוה תחלה כמבואר בש"ס ופוסקים ומבואר בב"י ובטור וז"ל ומצאתי כ' בתשובת הגאונים וז"ל לא מפקינן ממונא עד דתבע לי' וכו' ואי ממרד ולא פרע אז מוציאין דשיעבודא דר"נ ג"כ צריך לתבוע להלו' תחלה ואפשר דגרע משיעבוד נכסים דבשיעבוד נכסים לפעמים א"צ לתבוע הלוה תחלה כמבואר בסי' ק"ד ס"ב וע"ש בדרישׁ' ופריש' והכא בשיעבודא דר"נ הוי כמו ערב ממש דגרע לענין זה משיעבוד נכסי כמבואר בדרישׁ' וא"כ ע"כ א"ל דשיעבודא דר"נ היינו שהלוה השני נעשה לוה של המלוה הראשון ממש דא"כ לא היה צריך לתבוע להלוה תחלה (") ועוד דאם היה הלוה השני לוה של המלוה הראשון אם כן אם מת הלוה הראשון ונשאר מטלטלין אצל הלו' השני לא ליהוי מטלטלי דיתמי דהא הלוה השני חי והוא לוה של המלוה הראשון ממש אלא ע"כ דשיעבודא דר"נ הוא

דהשיעבוד שיש להלו' הראשון על הלוה השני נשתעבד להמלו' הראשון כמו שיעבוד שאר נכסים שיש להלו' הראשון דקיי"ל שהן רק ערבים בעד הלוה ה"נ השיעבוד שיש לו על הלוה השני אין לו רק דין ערב וכן הנכסים מקרקע שאצל הלוה השני הן ערבים בעד הנכסים של הלוה הראשון וממילא אין לגבות מנכסי השני רק בדלית לי' נכסי להלוה הראשון כמו בשאר ערב ומש"ה צריך נמי לתבוע להלו' הראשון תחלה והא דכתבו הטעם דלא משתעבד מדר"נ באית לי' נכסי משום דאין מוציאין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח ולא כתבו הטעם משום דערב אינו חייב באית לי' נכסים נראה משום דיש חילוק דין בין ערב ובין נכסים משועבדים דבערב אם הלוה אלם אפילו יש לו נכסים חייב הערב לשלם אבל בנכסים משועבדים אם יש להלו' נכסים אפי' הוא אלם אין מוציאין מנכסים משועבדים דהא אפי' גזלן אנס אין מוציאין מהמשועבדים כמבואר לקמן סי' קי"ח סעיף י"ג ואפילו להש"ך דס"ל בגזלן אנס דגובה מ"מ בהלו' אלם ודאי דאינו גובה ממשעבדי כמ"ש בחידושי ע"ש מש"ה הוצרכו לטעם דאין מוציאין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח היכא דיש נכסים בנ"ח להלו' והוא אלם ואינו רוצה לשלם דמטעם ערב הי' חייב ומטעם דאין מוציאין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח הוא פטור אמנם טעמא דאין מוציאין מנכסים משועבדים לא שייך רק היכא דאית לי' פסידא אבל היכא דל"ל פסידא חייב לשלם כשהלו' אלם אפי' כשיש לו נכסים, ונראה דהש"ך נתכוין ג"כ למ"ש ול"ק שוב מה שהקשה בס' הפלאה ובס' קצה"ח על מ"ש הש"ך אם יש להלו' הראשון זבורית ולהלו' השני בינונית דגובה בינונית משום שיעבוד דר"נ מהא דכתובות גבי ב' שהוציאו שט"ח זע"ז דאם יש לאחד בינונית ולא' זיבורית דזה גובה וזה גובה הא הבינונית משתעבדי מדר"נ ולפמ"ש ניחא כשהלו' הראשון רוצה לפרעו כ"ע מודה דאינו גובה מהלו' השני דהא אין לו רק דין ערב (אפי' קבלן יכול לדחות להמלו' לזיבורית דהלו' כשהלו' רוצ' לפרעו כמ"ש הסמ"ע סי' קכ"ט ס"ק ל"ז ובודאי שיעבודא דר"נ לא עדיף מקבלן) וראי' לזה מסעיף ה' דמי שיש לו מעות בפקדון דאינו יכול לומר טול קרקע ומשמע דוקא פקדון משום דברשותא דמרא קיימי אבל אם יש לו מעות בהלוא' יכול הלוה הראשון לומר טול קרקע אף שיש לו מעות להלו' השני ורוצ' לסלק תיכף והוא מטעם זה שהלו' הראשון יכול לומר אני אין רצוני לתבוע לוה שלי ואתה אין לך לתבוע לוה שלי כיון שאני רוצה לסלק אותך וכ"כ הרשב"א בתשוב' בהדיא וא"כ כ"ש בבינונית וזיבורית והש"ך לא כתב דינו רק היכא שהלו' הראשון אינו רוצה לשלם דגוב' מהלו' השני משום שיעבודא דר"נ וכדין ערב כמש"ל ובזה כ' הש"ך שפיר דאם יש להלוה השני בינונית וזבורית דאז שאם הי' להשני דין משועבדים לא הי' גובה רק

מזבורית מש"ה כ' הש"ך ביון דלית לי' פסידא להלו' השני אין לו דין משועבדים וצריך לשלם בבינונית כמו שהי' צריך לשלם להמלוה שלו. ול"ק ג"כ מהך דפסחים דתיכף משעת הלוא' נשתעבד מדין ערב שבאם לא יהי' להלו' הראשון נכסים שישלם הוא ואפי' הלו' חי חל השיעבוד על הקרקע של הלו' השני מטעם ערב משא"כ במטלטלין של הלוה השני לא שייך שיעבודא דר"נ כמ"ש התוס' שם, וכן ל"ק ג"כ מהך דפרוזבול דהא אם יש להערב קרקע כותבים ג"כ פרוזבול ושיעבודא דר"נ הוי כמו ערב וכן ל"ק מהך דכתובות דמי שהי' נושה באחיו דשם הוי כלית ליה נכסי דהא כל נכסים משועבדים ול"ק ג"כ קושיית התומים דעיקר הוכחתם הוא דלא נימא דשיעבוד דר"נ הוא דהוי לוה הב' לוה של הראשון ממש דא"כ הי' לו לו' שנויא דשיעבודא דר"נ אפי' היכא דאית לי' נכסי אלא ע"כ דאינו רק דין ערב ולא הי' שוב יכול לו' התי' דשיעבודא דר"נ באית לי' נכסי דכיון דאין עליו חיוב לשלם משום דר"נ לא הי' לו לשלם:

ד **הם מעות בפקדון.** עש"ך ס"ק י' עד וקשה על הרב בהג"ה בא"ע והעיקר כתי' התומים דמיירי בשאלה סתם דהוי כיש לו פסידא כיון שיכול להשתמש בו כ"ז שלא יתבענו המשאיל ומ"מ לא שייך בזה אין מוציאין למזון האשה והבנות דאין בזה מפני תיקון העולם כיון שהמשאיל יכול לתובען והיא באה מכוחו הוי כתביע' המשאיל:

ה **אין שמעון יכול.** עש"ך ס"ק י"א שמסיק דאינו יכול למחול ומה שהקשו הפוסקים מהך דב"ק דמקשי' תזבין לכתובת' להאי דחבל' בי' ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה אף דמשועבד לנחבל מדר"נ אפ"ה מחילתה מחילה ומתרץ הש"ך כיון דכבר הוגב' כתובת' של מאתים במנה בתורת שומא שוב אינה חייבת לנחבל והוי כשאר מכירת שט"ח דיכול' למחול והתומים תמה ע"ז דהא אפי' במוכר שט"ח דיכול למחול הטעם הוא משום דשיעבוד הגוף אינו יכול למכור רק שיעבוד נכסים וכשמוחל שיעבוד הגוף פקע שיעבוד נכסים וא"כ הכא דמוכרת לנחבל גופי' שיש לו בלא"ה שיעבוד הגוף ומוכרת לו ג"כ שיעבוד נכסים הרי יש בידו שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים ומהכ"ת תהי' יכול' למחול וא"ל דמ"מ אם החוב מנה ומכר' כתוב' של מאתים במנה שאין לו שיעבוד הגוף על מנה השני' יכול' למחול מנה השניי' דזה אינו דמ"מ קשה דתמכור חצי הכתוב' מנה בחמשים ונשאר עדיין חוב על חמשים הרי יש לו שיעבוד הגוף על כל המנה ולא תהיה יכולה למחול עכ"ל התומים וא"י מה הוא שח ולא יכולתי לפרש דבריו כלל כי סוף סוף כשתמחול ודאי דלא יצטרך לשלם רק סך החוב שיש בו משום שיעבודא דר"נ ולא המותר. עוד כתב הש"ך ליישב קושית המהרש"ל שהקש' דניחוש שמא לות' וכתב וז"ל דמי הוא שוט' שילוה לה ממון וכו' ולכאור' תמוהין דבריו דהא בתוס' ב"מ כ' ד"ה

ש"מ איתא לדשמואל כתבו וז"ל ואין לחוש שמא מכר' אחר גירושין במעמ"ש כי אחר גירושין מכרה בדמים יקרים וכשיוציא הבעל שוברו צריכה לשלם ולא תרויח בקנוניא וכו'. ולפ"ז לא תי' הש"ך כלום דהא איכא למיחוש (") שמא לות' אחר גירושין אמנם אחר העיון נראה ליישב דלכאור' תימה על קושיית מהרש"ל דהא כתבו התו' שם דלא חיישינן לשמא מכרה אחר גירושין כיון דלא יהיה לה ריווח בהקנוניא ע"ש וד"ה לענין חשש שלות' ג"כ לא יהיה לה ריוח בהקנוני' דהא לעולם היא צריכה לשלם מה שלות' וע"ק דמאי קנוניא שייך בלותה הא יכולה היא ליתן שובר פרעון אף עכשיו ונפטר בעלה דהא אם פרע בעת שלא ידע אי חייב או דלית לה אינו חייב לשלם פעם אחרת כמבואר בש"ך בס"ק י"ד וע"ק דמה מתרץ הרש"ל לאביי דמשני בששטר כתובתה יוצא מתח"י דמ"מ ניחוש לשמא לותה אלא עכצ"ל דקושית המהרש"ל היא לשמא לות' מאחרים ותגב' לו כתובתה דאז לא תוכל למחול כמו שהקשה הר"ן בהחובל גבי ותזבין כתובת' לבעלה הביאו הש"ך. ולפ"ז תי' הש"ך שפיר דשוב ליכא למיחוש לשמא לותה ותגב' למלוה שלה אחר גירושין מטעם שתירצו התוס' דאחר גירושין מסתמא מכרה בדמים יקרים ולא תרויח בהקנוניא אלא ע"כ ליכא למיחוש רק לשמא לות' ותגב' לו הכתוב' קודם גירושין וע"ז תירץ הש"ך שפיר דמי הוא שוטה שילו' לה קודם גירושין:

ו **יכול למחול ללוי.** עיין בתומים שהקש' דהא מבואר בסי' פ"ה סעיף ו' דאם מכר שמעון שט"ח שיש על לוי ליהודא וגבה יהודה מטלטלין בחובו דאין ראובן בע"ח של שמעון יכול לטרוף מיהודא וא"כ ה"נ אם מוחל שמעון שט"ח של לוי ולוי אין לו רק מטלטלין מה"ת לא יהיה יכול למחול מה לי אם נתן השט"ח במתנה ליהודא או ללוי ומתוך זה המציא דין חדש דאם אין ללוי רק מטלטלין דיכול למחול והא ודאי ליתא דדין מחודש כזה לא הוי סתמו הפוסקים והעיקר קושייתם לק"מ דהא עינינו רואות דיש חילוק בין מחל שמעון ללוי ובין פרע לוי לשמעון דאם מחל לו שמעון קודם שיתברר שחייב לראובן ונתברר אח"כ אין מחילתו מחילה וחייב לשלם לראובן ואם פרע לוי לשמעון קודם שיתברר שחייב לראובן פטור לשלם לראובן כמבואר בש"ך בס"ק י"ד ע"ש ולפ"ז לק"מ דבסי' פ"ה במכר ליהודא ויהודא כבר גבה ושם ע"כ מיירי שגבה יהודא קודם שנתברר דלית ליה נכסי לראובן כמ"ש הסמ"ע סימן פ"ח ס"ק כ"ג ע"ש ונראה דכשנתברר בשעה שגבה יהודא דלית ליה אפי' לא גבה רק מטלטלין ולא כתב לו שיעבוד מטלטלי אג"ק אפ"ה אסור לו להלוה השני לפרוע להלוקח רק להמלוה הראשון דכמו שאסור לו לפרוע להמלו' המוכר כמו כן אסור לו לפרוע להלוקח ממנו דמה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו ועוד דהא עיקר הטעם דמוכר שט"ח יכול למחול הוא מטעם שכתבו

הפוסקים דשיעבוד הגוף א"י למכור רק שיעבוד נכסים וכיון שמוחל לו ופקע שיעבוד הגוף נפקע ג"כ שיעבוד נכסים א"כ ה"נ כיון דנתברר דלית ליה נכסים ופקע שיעבוד גופו של לוה שני מהמלו' השני ונשתעבד לראובן כמבואר בסעיף ה' שכתב המחבר וז"ל שהרי פקע השיעבוד שיש לשמעון וכו' וממילא פקע נמי השיעבוד נכסים מהמלו' השני ואם עבר ופרע להלוקח מחוייב לשלם שנית להמלו' הראשון כמו באם עבר ופרע להמלו' השני כמבואר בש"ך ס"ק מ"ד וע"כ מיירי שגבה יהודא קודם שנתברר דלית ליה נכסי' להלות השני. ולפ"ז א"ש הא דסי' פ"ה דאין ראובן יכול לגבות דממי יתבע ראובן דלוי א"י לתבוע דהא כבר פרע דמה לי אם פרע לשמעון או פרע ליהודא במצות שמעון דכשמכר השט"ח ליהודא הוי כמו שציוה ללוי לפרוע ליהודא ובפרע נפטר לוי כמש"ל וליהודא אינו יכול לתבוע דהא הוי כאילו נתן לו מטלטלין במכירה דהוי כאילו שמעון גבה המטלטלין מלוי ומכרן ליהודא דהא יהודה גבה בכוחו של שמעון וכמ"ש הח"צ בהגהת הט"ז בס"ס פ"ה ואין בעל חוב טורף מטלטלין מהמשועבדים משא"כ במוחל ללוי כיון שלוי בעצמו הוא הלוה לא נקראו המטלטלין שתח"י מטלטלין המשועבדים ובפרט דשיעבוד הגוף של לוי הוא משועבד לראובן דהא שיעבוד גופו לא היה יכול שמעון למחול ויכול ראובן הבע"ח לטרוף מהן. ומה שהקשה בספר קצה"ח ס"ק ז' מפקדון הוא קושית התומים בסי' פ"ח ס"ק י' כבר תרצתי שם (ובש"ך ס"ק י"ב יש שם ט"ס וכצ"ל וכמ"ש הט"ו לעיל סעיף א' היינו לענין אמר אמנה או פרוע אף שאין חילוק וכו' ותיבת כשחייב לו ט"ס):

ז **ואם אחר שנתחייב** ובכנה"ג בסי' זוז כ' דאם כתב בשט"ח לו ולא לבע"ה לא שייך שיעבודא דר"נ. ולפעד"נ דליתא דבשלמא בכל תנאי כשבטל התנאי בטל המעשה כמו בנותן מתנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו דאם יהיה לרבו רשות בו בטל המעשה היינו שיתבטל המתנה והמעות של הנותן וממילא אין לרבו רשות בו משא"כ שאם נאמר מחמת התנאי שאם יהיה משועבד לבע"ח נתבטל ההלואה והמעות הוא של המלוה השני ממילא הוא משועבד להמלו' הראשון:

סימן פז

א **מוכן בידו בפני ב"ד**. עש"ך סק"ג עד פקדון ברשותא דמרא איתא דמסיק אפי' עומד בביתו הוי הילך ולכאור' קשה הא בריש ס' הבית והעליה גבי אם הי' מכיר מקצת אבנים קאמר התם דהוי מודה במקצת ואם אמר על מקצת א"י הוי מחשואיל"מ וכן הוא לקמן סי' קמ"ד ולדעת הש"ך הו"ל הילך. לכן נראה דדוקא בפקדון הוי הילך משום כל היכא

דאיתא ברשותא דמרא איתא ופקדון ברשות בעלים קאי אבל גזיל' תבעו שגזל ממנו ב' כלים והוא מודה באחד ועומד בביתו לא הוי הילך דגזיל' לא קאי ברשותא דבעלים עד שעת השבה לפני ב"ד דהא בגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו לפי שא"ב וכיון דלאו ברשות בעלים קאי לא הוי הילך ואף דבב"ק ק"נ אמרינן כיון דאודי ליה כמאן דאמר יהיה לי בידך דמי הא כתבו התוספות שם דוקא כששתק והלך לו ע"ש, וא"ש הא דר"פ הבית והעליה דהתם ע"כ פנינהו לרשותא דידי' מיירי ומיירי דפנינהו דרך גזילה ומסתמא בפנינהו שלא ברשות בעלים לשם גזילה נתכוין ומשום הכי לא הוי הילך אבל אי לא פנינהו רק שנפל מעצמו לרשותא דחד מינייהו נראה דלא הוי מודה כמקצת כלל אפילו למאן דסבירא ליה הילך חייב דלא הוי מודה במקצת רק בתבעו הלואה או פקדון דיש עליו חיוב הגוף לשלם או להשיב אבל אם אומר ראובן לשמעון שני בהמות אלו שנכנסו לרשותך (") או שעומדים בשוק הם שניהם שלי ושמעון אומר אחת שלי ואחת שלך לא הוי מודה במקצת כיון דליכא עליו חיוב הגוף רק שהם מחולקים על חפץ אחד אם הוא של זה או של זוז וע"כ צ"ל דמיירי בפנינהו דוקא ואין להקשות על מה שכ' המחבר בס"ג דאם אומר הילך כמערים דחייב ש"ד הא כתבו התוס' בב"מ ד"ד בד"ה וש"מ דהילך דכשאומר הילך דהו"ל כופר הכל ואין אדם מעיז ע"ש וא"כ קשה דמה בכך שמערים מ"מ הא ה"ל כופר הכל כיון דאומר הילך והוי העזה א"כ יהי' נאמן במגו דכופר הכל דהא לא שייך תירוצא דרבה דחזקה דאין אדם מעיז דהא גם עכשיו מעיז דהא כשאומר הילך הוא ככופר הכל ומעיז דזה אינו דמ"מ יש העזה יותר כשכופר הכל ואינו מחזיר כלום מאם מודה במקצת ומחזיר לו תיכף:

ב **אין זה הכלי שלי**. מוכח מכאן דכשכולל בשבועתו שזהו הכלי שמחויב להחזיר לו הכלי ואף שהתובע מודה שאין זה הכלי שלו ודמי לטוענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף משעורים ודמי להא דמבואר בסימן פ"ח סעיף י"ג במודה בכלי דפטור אף מהכלי ושם יבואר אי"ה ע"ש:

ג **מתוך טענת הכפירה** (עש"ך ס"ק י"ב ויש שם ט"ס וכצ"ל ובדר"ח קמייתא נמי אינו מתחייב אלא מתוך טענותו דאמר לא לויתי דאילו אמר לויתי ופרעתי לא היה מתחייב וכו') ועש"ך ס"ק י"ג בתובע נ' דהלואה ונ' דחבל' דמיירי שמודה שנשבע וכו' ואין להקשות דיהא נאמן במגו דאי בעי לא היה מודה שנשבע והיה כופר הכל דכאן לא שייך האי תי' דרבה דחזקה אין אדם מעיז כיון שמעיז גם עכשיו ואמר שלא חבל בו דזה אינו דמ"מ כיון שמודה שנשבע ונתחייב לשלם הרי מודה במקצת תשלומין ולא הוי העזה כל כך כמו אם היה כופר ואמר שלא נתחייב אף אותו המקצת והוי מגו דהעזה ועיין

קצה"ח דאפי' רוצה לישבע על החבלה אחר התביעה הוי מ"מ דלא כהש"ך ונכון הוא שכן מבואר בר"ן בהדיא בסוף דבריו ע"ש:

ד **והעיקר כסברא ראשונה.** עש"ך ס"ק ט"ו עד ועוד נראה דגם בשני כיתי עדים המכחישות זו את זו אמרינן סלק עדותן דתרוייהו וכמאן דליתא וכו'. ועיין תומים שהקש' הא בשטר ששנים אומרים פרע ושנים אומרים לא פרע פטור מממון משום ספיקא דתרי ותרי ובספק אי חייב שבועה או לא הדין דפטור משבוע' דהא במקום דאיכא מחלוקת הפוסקים אי חייב שבועה פטור מהשבוע' וא"כ הכא דאיכא תרי ותרי אמאי יתחייב שבועה ע"ש בקצה"ח שדחקו בזה ולק"מ דשאני התם דהא ידוע דלא חייביה רחמנא ממון כי אם על הודאי ולא על הספק והא דמוציאין ממון בשטר אף שא"י אם פרע הטעם כיון דאיכא שטרא הוי כוודאי לא פרע וממילא במקום דאיכ' ספק על השטר לב"ד אי התובע אומר אמת או הנתבע ליכא חיוב ממון ומש"ה בתרי ותרי דהוי ספיקא דאוריית' נעשה ספק לב"ד אי התובע אומר אמת או הנתבע ובמקום דאיכ' ספק לב"ד ליכא חיוב ממון אבל בשבוע' דחייביה רחמנא על הספק במקום שיש ספק לב"ד אי התובע אומר אמת או הנתבע חייבי' רחמנא שבועה וא"כ כי איכא נמי תרי ותרי אין הספק אלים יותר מקודם דהא מקודם היה ג"כ ספק אם התובע אומר אמת או הנתבע וחייבי' רחמנא שבועה על ספק זה וא"כ מה בכך דאיכ' ג"כ תרי ותרי על ספק זה הא מקודם היה ג"כ ספק לב"ד אי התובע אומר אמת או דנתבע ועל ספק כזה שיש ספק לב"ד אם האמת כדברי התובע חייביה רחמנא שבועה משא"כ כשיש מחלוקת הפוסקים אי חייביה רחמנא שבועה בענין כזה ודאי דפטור משבועה כיון שיש ספק בגוף השבוע' אי חייבי' רחמנ' שבועה כלל ובתומים כ' ג"כ קצת מדברים האלה רק שהשיב הדבר מחמת שהוא ספק להתובע ולזה תמה עצמו בשבועה הבא ע"י ברי ע"ש ולפענ"ד נראה כמ"ש:

ה **נשבע ונוטל.** עש"ך ס"ק י"ט שכתב מלבד בחשוד דאל"כ כל מי שיהי' לו עד אחד יוציא ממון מהחשוד וכו' ולכאור' תמוה דהא כתב בס"ק ל' דשבוע' הבא ע"י דעד לא נפטר מחמת העד השבוע' וא"כ לא שייך דין זה בעד א' גבי חשוד וא"כ מנין לנו במודה במקצת ויש ע"א מסייע להתובע שלא נפטר משבוע'. אמנם נראה דשפיר כתב הש"ך דמ"מ שייך חששא זו דכ"א ילו' פרוטה לחשוד ויתבע ממנו סך רב דאז יהי' החשוד מודה במקצת ויוציא ממנו ממון ע"פ ע"א בלא שבועה וכעין חששא זו כתבו התוס' בב"מ ה' ד"ה שכנגדו:

ו **והפכ' על שכנגדו.** עיין סמ"ע ס"ק י"ח עד שהתובע נתרצ' לישבע וליטול ולכאורה קשה הא כתב הש"ך בס"ק ל' דכל שהשבוע' באה ע"י העד והפכ' דאין עד מסייע פוטר

ואפשר דהכא כיון דהשבועה דאורייתא והפכה ומן הדין אי אפשר להפכ' רק הדין הוא דכשאין הנתבע רוצה לישבע מחויב לשלם ואין התובע צריך לישבע כלל רק שקיבל על עצמו מרצונו לישבע לא דנין אות' בהיפך שבוע' רק כקיבל על עצמו שבוע' במקום שלא הי' חייב שבוע' מן הדין דעד מסייע פוטר משבוע' כזו משא"כ התם בש"ך סק"ל דמיירי בשבועת המשנה דיכול להפכ' והרי השבוע' בא ע"י העד מש"ה א"י העד שבא' השבועה על ידו להיות עד המסייע לפטור מהשבועה שבא על ידו אך קשה כיון שהי' העד בפניו וקיבל על עצמו ואמר אני נשבע מה"ת יהי' העד מסייע פוטרו דהא אדעתא דהכי הפכה שיהי' נשבע ונוטל והב"ד יפסקו שיטול בלא שבועה והוא נגד הסברא ואנה השכל שיגזור כן לכן נראה דודאי אם העד העיד כבר קודם שהיפך והב"ד פסקו השבועה ע"פ העד והנתבע אמר השבע וטול והוא קיבל עליו השבוע' אין העד פוטרו מטעם הנ"ל רק תי' השני שכתב הסמ"ע מוסב על התי' הראשון שתירץ שבא העד אח"כ והקשה על זה דהא יכול לומר אדעתא דהכי לא הפכתי פי' לדבריו אף דכבר הי' קנין שהשבוע' נהפכ' על התובע והוי כאילו הי' דינו של התובע לישבע וליטול וכיון שיש עד אחד מה"ת לא נפטרנו מהשבוע' מ"מ הי' קשה לו דהא לא היפך השבועה רק משום שהיה סבור שהוא שבוע' דרבנן ויכול להפכ' אבל עכשיו שנודע שהוא שבועה דאורייתא ואין אפשר להפך אותה הרי נודע שההיפוך לאו היפוך הוא כלל דהא התובע ג"כ יכול לחזור מההיפוך וע"ז תי' דכיון שלא הי' רצה לקבל שבועה דרבנן איכא אומדנ' דמוכח דאם הי' יודע שהיא שבוע' דאוריית' ודאי לא הי' מקבל על עצמו שבוע' דאוריית' והי' נתרצה לשלם ועוד תירץ בתירוץ השני דמיירי שהתובע נתרצ' לישבע וליטול פי' כגון שהיה מעיקרא כלא העד ג"כ שבועה דאורייתא כגון שהיה מ"מ והפכ' ונתרצ' התובע לישבע ש"ד וליטול וכיון שנתרצו שניהם הרי הוא כאילו נתחייב התובע ש"ד ואח"כ כשבא העד פוטרו מהשבוע' ושוב ל"ק קושייתו שהקש' דיאמר הרי נתברר שההיפוך לאו היפוך הוא דהא נתברר ששבוע' דאורייתא הוא שאין אני יכול להפכ' דז"א דהא מעיקרא ג"כ היה שבועה דאורייתא רק ששניהם נתרצו זהו כוונ' תירוצו השני אבל ודאי כשבא העד וחייבו הב"ד שבועה לנתבע ואומר הנתבע להתובע השבע וטול ונתרצ' התובע לישבע וליטול א"י ליטול בלא שבוע' שאין העד פוטר בכה"ג כנ"ל:

ז **אלא מכח מגו.** עש"ך ס"ק כ"א שהקש' מהרא"ש שכת' וז"ל והר"ר יונה ז"ל הקשה מהא דאמרי' בפרק כל הנשבעין וכו'. ועיין בתומים שתירץ ויפה תירץ על זה דבשטר לאו מטעם מגו אתינן עלה אלא שאפשר לו לפטור עצמו בטענ' אחרת נגד השטר אינו חושש להניח שטר בזה ביד המלוה והחזרתי גופי' טענ' מעליות' הוא וכן כת' הסמ"ע

לעיל סי' מ"ו ס"ק ב' וכוונתי לדבריו בעזה"י עוד הקשה הש"ך מהא שכת' המרדכי ממשכון דאם יש עד המסייע נוטל בלא שבוע' אף דבמשכון אינו נאמן אלא מכח מגו. ולפעד"נ דלק"מ דוראי סברת הרב שפי' דכיון דאינו נאמן אלא מכח מגו יבטענ' שהי' יכול לטעון ליכא עד המסייע ואילו הי' טוען טענ' זו הי' חייב שבוע' מש"ה גם בטענ' שטוען עכשיו חייב שבוע' דהא אינו נאמן אלא במגו דטענ' אחרת שחייב עלי' שבוע' ועוד דאם לא נתחייבו שבוע' בטענ' זו א"כ ערומי קא מערים וליכא מגו משא"כ במשכון דנאמן במגו דהחזרתי דבטענ' החזרתי ליכא שבוע' רק דמ"מ חייב שבוע' במשכון משום דמגו לאפטורי משבוע' לא אמרינן או משום דבא ליטול כמו שכתבו הפוסקים מש"ה כשיש עד המסייע פטור משבוע' דהא בטענ' שהי' יכול לטעון היינו בהחזרתי ג"כ פטור משבוע' והמרדכי דכתב שנוטל בלא שבועה כוונתו דנוטל בלא שבוע' חמורה דבנשבע ונוטל צריך לישבע קודם שנוטל וכאן אי איכא עד המסייע נוטל בלא שום שבוע' אבל שבועת היסת דאחר הנטיל' כמ"ש הש"ך סע"ג אפשר דבעי אף לדעת המרדכי דהא לא מהימן על המעות כיון שלקחו בעדים רק מטעם שהיה לו מגו מעיקרא ואין עד המסייע פוטרו:

ח **יש אומרים מי שחייב שבועה דרבנן.** עש"ך ס"ק ק"ח והנה בהנשבעי' ונפטרים במקום דחייב שבועת המשנה כגון החזרתי במגו דנאנסו נחתינן לנכסי כיון דבטענת נאנסו ג"כ נחתינן לנכסי ועוד דא"כ ערומי קא מערים ובשאר נשבעים ונפטרים לא נחתינן לנכסי דעיקר הטעם דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה משום דלא הוי רק גזלן דרבנן ה"נ לא הוי רק גזלן דרבנן ולא נחתינן לנכסי:

ט **וכן הנשבעין ונוטלין** עש"ך ס"ק ל' עד אם תפס זה התובע בעדים מצי לומר קים לי כרש"י וסייעתם וכו' נרא' דוקא באותן נשבעין ונוטלין שדינן מן התורה ליטול בלא שבועה אבל באותן נשבעין ונוטלין שמן התורה אף בשבוע' אינו נוטל רק שחכז"ל הקילו שיטול בשבוע' א"כ מה בכך שיאמר קים לי כרש"י ויהפך השבועה על הנתבע מ"מ הא גם התובע לא ירצה לישבע ולא נחתינן לנכסי כיון דשבוע' דרבנן הוא ומחויב להחזיר מה שתפס כיון שתפס שלא ברשות כמ"ש הסמ"ע ס"ק ך"ב ובש"ך ס"ה ך"ה והב"ד לא יכול לנדותו כיון דהנתבע יכול לומר ג"כ קים לי כהרי"ף וסייעתו דא"י להפך השבועה והתופס מחויב להחזיר מה שתפס כשאין הנתבע רוצה לישבע אפי' אם הנתבע מחויב שבועת המשנה לפטור וכ"כ בקצה"ח ובתומים פסק דאפי' בש"ה כשתפס א"צ להחזיר עד שישבע וכן מוכח מהש"ך ס"ק ל"ח שכתב שיכול לתפוס עד שישבע בנק"ח א"כ ודאי דמהני תפיסה בכל גוונא:

י **שבאות על הספק** עש"ך ס"ק ל"א דהנשבעים ונפטרים מדרבנן בטענות ודאי בנקיטת חפץ כעין דאורייתא כגון בטוען החזרתי בפקדון שבשטר דאינו נאמן אלא במגו דנאנסו דצריך לישבע על החזרתי כעין דאורייתא וכו' ולכאור' קשה דהא אינו נאמן לטעון החזרתי רק במגו דנאנסו ואילו היה טוען נאנסו לא היה יכול להפך מה"ת יהיה יכול להפך בטוען החזרתי ועוד דא"כ ערומי קא מערים לטעון החזרתי כדי שיהיה יכול להפך ובאמת לק"מ דהנתבע יכול לומר הא שטר פקדון שלך לא עדיף מאלו היה שטר הלוא' ואפילו אם היה שטר הלואה הייתי יכול לטעון השבע לי דלא פרעתיך מכ"ש בשטר פקדון שיכול אני לטעון השבע לי דלא החזרתי לך:

יא **דחשיד לי בכך**. מוכח מדברי הט"ז ר"ס צ"ג דדוקא בשותפין דאינו יכול להשביע כי אם כשיש לו הוכחה שיש לו במה לחשדו יכול לומר אישתבע לי דחשיד לי בכך משמע דבנפרע מנכסי יתומים דצריך שבועה אין יכול לומר להיתומים אישתבע לי דחשיד לי בכך:

יב **אמרת לי מנה** עש"ך ס"ק ל"ח ויש שם ט"ס וכצ"ל וה"ה כשלא הי' חייב ממון ע"פ שני עדים כ"א ע"פ שבועת התובע אינו חייב ע"מ ע"א שבוע' דאורייתא וכו' ועש"ך ס"ק נ"א דבאמירה לעני משביעין אותו ובתומים הקשה מ"ש מתקיעת כף. ולפענ"ד דדוקא במקום דאין הב"ד יכולין למשכן אותו רק שכופין אותו דהיינו שמכין אותו עד שיקיים בעצמו אז אין משביעין אותו משא"כ בצדקה דממשכנין על הצדקה מש"ה משביעין אותו (ויש שם בש"ך ט"ס וכצ"ל וכ"ה בתשו' מהר"מ ד"פ סי' תשכ"ו הרי נתבאר דקנהו לגמרי כו' ותיבת אבל באומר למכור ט"ס):

יג **ואמר נשבעתי**. עש"ך סק"נ שכ' וז"ל ומיירי כשרוצה לישבע שאינו חייב לו לכאורה תימא דהא אפי' לפ"ד התובע שלא נשבע עדיין אין לו על הנתבע רק שבועה שאינו חייב לו וא"ל כגון שהיה עליו פסק דין לישבע פרעתי ועתה רוצה לישבע שאינו חייב לו דז"א דאפי' לו יהי' כדברי התובע שעדיין לא נשבע הא יכול לשנות השבועה מפטור לפטור כמבואר בסי' ע"ט ואפשר דמיירי בטוען התובע שכתבו הטענות בכתב באופן שא"י לשנות מפטור לפטור וטוען שהשבועה היתה בלשון פרעתי והנתבע טוען שכבר נשבע אותה שבועה שחייבוהו ב"ד ואינו זוכר לשון השבועת שחייבוהו הב"ד רק שבודאי נשבע אותו הלשון שחייבוהו ועל תביעה של עכשיו שכתב הש"ך רוצה לישבע סתם שאינו חייב לו:

יד **לפני שמש** עש"ך סק"ז מיהו באמר נשבעתי בפני עדים כו' נראה שיש כאן ט"ס וכצ"ל מיהו בהתרה ואמר נשבעתי בפני עדים כו' דבלא התרה ואמר שנשבע לפני השמש והעדים כתב לעיל דנאמן בריש ס"ק זה וע"כ כוונתי כאן בהתרה:

טו **אינו נפסל לשבועה.** עסמ"ע דמסיק דחוזר ונשבע על השאר וכו'. והיינו שבועה דאורייתא כדין מודה במקצת מדכתב הטור והביאו הש"ך בס"ק ע"ב דאם רצה התובע נשבע ונוטל והיינו בשבועה דאורייתא כמבואר בסי' צ"ב ע"ש:

טז **התוקע כפו.** ובתומים הקשה דהא הש"ס מקשה דנימא מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועת' ומשני לא אמרי' מגו דחשיד וכו' אי נימא שמא ספק מלוה ישנ' יש לו עליו ופרשי אינשי מספק שבועה ולא פרשי אינשי מספק ממון וא"כ בכאן כיון דכבר נשבע שבועה קלה ולא פירש מספק ודאי דחשיד אשבוע' חמורה וא"כ אמאי חוזר ונשבע וכן קשה לעיל בסעיף י"ג וי"ד בנשבע בלא נק"ח דחוזר ונשבע ע"ש. ונראה לפע"ד ליישב דהנה בב"ק ק"ח בתו' בד"ה תרי כפיל' כתבו דהחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל ולכאורה קשה מהא דפ"ק דב"מ דמקשה הש"ס אהא דאמר רחמנא מ"מ ישבע נימא מגו דחשיד וכו' ומוכח דמדאורייתא מיפסל ועכצ"ל דמדאורייתא לא מחזקינן למי שעבר עבירה פ"א שיעבור כן תמיד משא"כ במגו דחשיד אממונא שפיר אמרי' דאם רוצה לגזול עכשיו ישבע ג"כ לשקר עכשיו רק מדרבנן אמרו לקבל שבוע' מחשוד פעם אחת עד שיקבל תשובה ויתברר שעשה תשובה אבל מדאורייתא כשר לשבועה רק לענין עדות חדית לן רחמנא דפסול אבל לשבועה כשר. ולפ"ז א"ש דכיון שהיה חייב שבועה חמורה ונשבע שבועה קלה דהוי בלא נשבע כלל צריך לחזור ולישבע ש"ח ולא שייך לומר מגו דחשוד אשבועה קלה חשוד אשבועה חמורה דמדאוריי' לא מחזקינן לחשוד עכשיו מחמת עבירה שעבר כבר וכמ"ש וחייב שבועה מדאורייתא ומררבנן ג"כ ל"ש למיפסלי' ולהפוך השבועה על שכנגדו כיון דאינו מבורר שהוא חשיד דאימר באמת נשבע וכיון דרחמנא לא הימני' אשבועה קלה רק אשבועה חמורה דחשדיה רחמנא לעבור על שבועה קלה ולא על שבועה חמורה מה"ת היה להן לחכמים לקלקל חיוב שבועת התורה המוטל עליו כשא"י להן שהוא חשוד ובנשבע לשלם ג"כ ל"ש לומד מגו דחשיד דממ"נ אם קבע יום לפירעון בשבועה וכבר עבר הזמן לא שייך לומר מגו דחשיד כיון דכבר עבר על השבועה ומטעם שכתבתי ומדרבנן באמת דינו כחשוד. ואם לא קבע זמן להפרעון בהשבועה ג"כ לא שייך לומר מגו דחשיד כיון די"ל אישתמוטי קא משתמיט וא"ש:

סימן פח

א **עשרה מחטין בפרוט**'. ובחידושי הרשב"א פ' כל הנשבעין נסתפק בקידושי אשה בכלי פחות משוה פרוט' אי מקודשת כיון דהוי כמו שוה פרוט' וע"ש ובקצה"ח תמה מהא דאמרי' בקדושין דאשה לא נקנית בחליפין משום דחליפין איתנהו בפחות מש"פ ואשה כפחות מש"פ לא מיקני' נפשה וכו' ודאי דחליפין ליתא אלא בכלי אלמא אפי' בכלי אינה מקודשת בפחות מש"פ ע"ש, ולק"מ דהא בקנין סודר מהני אפי' תפס מקצת מהכלי מטעם דכמאן דפסיק דמיא כדאי' בב"מ ומקצת כלי ודאי לא חשיב לענין הודא' וקידושי אשה ועוד אפי' בהמה מיקרי כלי לענין ק"ס וכן מטבע לחד מ"ד אלמא דלא דמי כלי דק"ס לכלי דהודא' ובקידושי אשה דשם בעינן כלי חשוב דוקא:

ב **והוד' לו באחד**. ובקצה"ח תמה דממ"נ אם הכלי בעין הא הו"ל הילך ואי נאבד א"כ אינו חייב לו רק מעות ובמעות כעינן ש"פ ע"ש. והנה לפמ"ש לעיל בסי' פ"ז דבגזיל' לא הוי הילך כשעומדת בביתו משום דלאו ברשותו דמרא קאי א"כ משכחת לה כששלח יד בפקדון דהוי בגזיל' ולא הוי הילך, ועוד נרא' דכי היכא דמיעט רחמנא קרקעות משבוע' ומבואר בסי' צ"ה דאפי' חפר בה בורות שיחין ומערות דלא הוי ההודא' רק במעות מ"מ פטור כיון דהמעות נצמח מקרקעות ה"נ כשריבה רחמנא כלים לפחות מש"פ אפי' כי נאבד' וההודא' במעות חייב כיון דנצמח מכלים ועוד כיון דאם ימצא הכלי הרי הוא של המפקיד מיקרי ההודא' בכלי:

ג **דחשיב כאלו הודה**. עש"ך ס"ק ט"ז עד דמיירי כולה סוגיא. ובקצה"ח תמה דא"כ לא הוי דרא דממונא כיון דליכא עדים וליכא ספק לב"ד כי אם ע"פ טענותיהם ולק"מ הא גם ברישא גבי לא כי אלא בסלע לקה מחשבי' הש"ס לדרא דממונא אף דע"כ העדים לא ראו שום נגיחה וע"כ כיון דראו העדים הרדיפה מיחשב דרא דממונא ה"נ בסיפא מיירי דהעדים ראו הרדיפ' משני השוורים ולא ראו שום נגיח' ומחשב דרא דממונא משום ראיית הרדיפ' ועוד דאפי' ליכא עדים כלל אפי' על הרדיפ' מ"מ כיון ששניהם מודים דרדיפ' משני שוורים מיחשב דרא דממונא וספק לב"ד בלא טענותיהם על איזה מהם נגח, עוד כתב הש"ך בא"ד והשתא נמי ניחא הא דפריך הש"ס וכו' עד כיון דהמזיק לא היה שם, ולכאור' היא קשה הא כתב לעיל דמיירי כשעמד בדין וא"כ ע"כ המזיק היה שם וכן תמה בקצה"ח ולק"מ דהא על המועד א"צ העמד' בדין ומיירי שהניזק טוען שהמועד הזיק הגדול ובנזקי הגדול לא העמדתיך בדין כלל רק על ניזקי הקטן העמדתיך שהזיקו התם וזה טוען על נזקי גדול העמדתני וא"כ במועד את הגדול ומועד את הקטן דע"ז כ' הש"ך תירוצו לא הי' צריך המזיק להשיב דע"ז לא הי' העמד'

בדין ובתם את הגדול ותם את הקטן בזה אף דהי' צריך להשיב כחטין ושעורים דמיא דדוקא על המועד הוצרך הש"ך להביא סברא זו משום דדמיא לדמי עבד אך כל דברי הש"ך דחוקים כמבואר למעיין וכמ"ש התומים. ומה שנ"ל ליישב שיטת הרמ"ה מקושית הרא"ש דבאמת מיירי בדאיכא עדים וכמ"ד פלגא ניזקא קנסא ואפ"ה יקשה שפיר ארבה בר נתן דמשמע ממתניתין דשקיל מקטן משום הודאת המזיק ואפי' נאבד הגדול ולרבה בר נתן קשה דמ"מ יטעון המזיק משטה הייתי בך וא"י משום היזק וע"פ דברי העדים אין לך ליטול אלא בדאיתא לתרווייהו כדתנן שם במתני' בהדיא ע"ש והודאתי הי' בהשטא' ואי תיקשי אמאי באמת שקל בדלית' בתרווייהו משום הודאת המזיק אפי' אי לא ס"ל כרב"ן הא מודה בקנס פטור ל"ק דכל שיש עדים על הנגיח' אף שאינם יודעים איזה שור נגח רק שהמזיק מוד' לא הוי מוד' בקנס כמ"ש בתומים ס"ק י"ד ואפי' בעידי רדיפ' לחוד כתב המהרש"א דלא הוי מוד' בקנס אמנם מה שחשיב הש"ך דעת רש"י ותוס' והרמב"ם לדעת הרמ"ה ודאי ליתא כמ"ש בתומים וכן מבואר למעיין בדברי כל הפוסקים דכולהו לא ס"ל שיטת הרמ"ה וגם תמוה מאוד לו' דלמתני' דשור שהי' רודף בחוזר מהודאתו וטוען משט' וגם קשה להרמ"ה מה מקשה הש"ס ממתניתין לרב"נ לוקמי מתני' בעומד בהודאתו ע"ש בתומים קושיות הרב' ועוד קשה דהא כתבו התוס' והרא"ש דאף ר"נ דמחייב בטענו חטים והוד' לו בשעורים הוא רק בשבוע' אבל מ"מ פטור הוא מדמי שעורים ולשיטת הרמ"ה קשה כיון שחוזר מהודאתו וטוען משטה לאו מודה במקצת הוא בשלמא לטעם הודא' ומחיל' י"ל דמ"מ חייב שבוע' דהא עיקר המחיל' נגמר אחר הודאת הנתבע מחמת שלא השיב התובע גם שעורים כמבואר בש"ך ס"ק י"ח וא"כ בשעת הודא' הוי שפיר מודה במקצת וחייב שבוע' על החטים אבל לשיטת הרמ"ה קשה ולכן נראה דהעיקר כדעת כל הפוסקים שהוא מטעם מחיל' והודא' ואף הרמ"ה מודה בזה וכמו שאבאר אמנם אמת הוא שגם דברי הפוסקים שהוא מטעם הודא' ומחיל' ג"כ תמוהים. כמו שתמה הש"ך דאנה השכל שיגזור כן וגם תמוה קושית הריטב"א בקדושין ס"ה גבי ב' אנשים ואשה עמהם וחביל' עמהם והאש' אומרת אלו שני עבדים וחביל' שלי דגובה כתובת' מהחביל' ממ"נ הא הוי כמו חטים ושעורים דהא הודיתה שאין עליהם שיעבוד כתובת' ומה שתי' הריטב"א שם משום שטוענת ממ"נ קשה דא"כ בכל חטים ושעורים יכול לטעון ממ"נ ועוד קשה דלפי דברי הפוסקים הנ"ל א"כ בטוען כלי גדול הפקדתי או השכנתי אצלך והנפקד כופר ואומר רק כלי קטן והמפקיר מכחישו ואומר אין כלי זה שלי רק כלי גדול אחרת הפקדתי נפטר הנפקד מלהחזיר אף הקטן דדמי ממש לחטים ושעורים ולמתניתין דשני תמין דהא מחל והודה שהקטן אינו שלו ודמי לדלקמן

סעיף י"ג והא ודאי ליתא כמבואר בסי' פ"ז סעיף ד' דמוכח משם דמחויב להחזיר לו הקטן גם הוא משנה מפורשת בב"מ דף ל"ז דוכן שני כלים דהמפקיד מכחיש בקטן ואפ"ה נוטל הקטן וא"ל דשם מיירי בברי ושמא הא מוכח' בסוגיא דאף בברי ושמא שייך הדין דרב"נ דפטור משעורים וכן הקשה המרדכי פ' המניח וגם לא שמענו מעולם מי שיפסוק וכן מעשים בכל יום שאחד מכחיש את חבירו בפקדון או במשכון ואומר לאו שלי היא ומחייבין אותו בקטן לכן נראה לי דהנה הרא"ש בסוף המניח לפי מה שהבין שטוענו חיטין והוד' בשעורים הוא בזמנים מתחלפין סתר טעמא דמחיל' דשכיח הוא שאין אדם תובע כל התביעות בפ"א ועוד הקשה דלא דמיא למתני' דאפי' אי חייב בתבעו חיטין דלא מחל מ"מ במתני' פטור כיון שהודה שלא הזיק אלא שור א' וכשטוען שגדול הזיק פטר את הקטן ואפי' אי חייב במתני' דלא אזיל בתר הודא' כיון דמה שהוד' הי' כדי להרויח מ"מ בהך דרב"נ פטור מטעם מחיל' ולכך מפרש דרב"נ ג"כ מיירי בגוונא דמתניתין שהיה בשעה א' דהוא ג"כ מטעם הודא' וכו' ע"ש. ולפ"ז צ"ל דחשיב הודאה ולא אמרי' שהוד' כדי להרויח ולכאור' קשה כיון שכ' דמיירי בזמן א' למה חזר מטעם מחילה ותפס טעמא דהודא' ה"ל לומר טעמא שמחל לו הקטן או השעורים ועכצ"ל דמחיל' שפיר י"ל שאינו מוחל רק שעושה כדי להרויח משא"כ בהודאה ואף שעשה כדי להרויח מ"מ אין הב"ד יכול להזדקק למה שאין לו ע"ז וכן מוכח בתוס' סנהדרין דף ו' שכתבו דבהך דמתני' לא שייך טעמא דמחילה שהרי היה עומד וצווח ולכך כתבו טעמא דהודא' וכיוונו למ"ש ומבואר בדברי הש"ך סי' ט' דמחמת טעם הודאה אם יודע הנתבע שחייב לו שעורים חייב לשלם לו השעורים וגזלן הוא אם אינו משלם לו השעורים רק שהב"ד אין מוציאין מידו השעורים וקשה כיון דהודאתו לאו מחילה מה"ת לא יוציאו הב"ד מידו השעורים וכן הקשה התומים ועוד קשה דמה"ת לא מוציאין מידו השעורים מכח ממ"נ דהא מבואר בקידושין דף ס"ו גבי שנים שבאו ממדנה"י ואשה עמהם וחבילה עמהם דגובה כתובתה מכח ממ"נ אף דשם הוי ממש כמו חיטין ושעורים וכמו בסעיף י"ב בטוענו חפץ ומשיב הלואה גרידתא וכן הקשה הריטב"א שם אלא ודאי דכל שלפי דברי התובע בחיטין יש לו ג"כ שיעבוד על השעורין והאי דיכול לגבות מן השעורים מכח ממ"נ או שהם כולו שלו או שהם משועבדים לו כיון דלא שייך בהודאה זו ענין מחילה כיון דדעתו היה לתבוע יותר כדי להרויח כיון שהם בשעה א' ומטעם הודאה ג"כ אין לפוטרו דאין הודאה זו חשיבה הודאה לפוטרו כיון דאף לפי הודאת התובע לא נפטר חפץ זה לגמרי כיון שאף לפי דברי התובע יש לו שעבוד על השעורין וע"כ הא דפטור על החטין והשעורים היינו בזמנים מתחלפין ומטעם מחילה או במקום דליכא

שעבוד נכסי ומטעם הודאה ולכך בסוגיא דהמניח אמרי' שפיר דהוי חיטין ושעורין דלפי דברי התובע דגדול הזיק אין לו כלל שיעבוד נכסי על הקטן ואין הב"ד יכולין להזדקק להקטן אפי' מעריק המזיק להגדול לאגמא לפי דברי התובע ומש"ה מקשה הש"ס שפיר לרב"נ דס"ל בחיטין ושעורין בשאינם בשעה א' דאזלינן בתר הודאת התובע והוי מחילה א"כ ה"נ אף שהן בשעה א' ולא שייך מחילה מ"מ כיון שלפי הודאת התובע שאומר גדול הזיק אין להב"ד להזדקק להקטן ואין הב"ד יכולין לגבות להקטן מכח ממ"נ כיון דתם אינו משלם רק מגופו ואי גדול הזיק ליכא אפי' שיעבוד נכסי על הקטן וע"כ דאזלי' יותר בתר הודאת הנתבע ומקש' שפיר לרב"נ דאזלי' יותר בתר הודאת התובע. ומה שהקש' בש"ס מתם ומועד אף שלפי דברי התובע יש לו שיעבוד נכסי גם על התם אתי שפיר גם כן דהא מבואר בסי' מ"ט בש"ך בס"ק ך' דיב"ש שערב בעד יב"ש דאינו יכול לגבות משום יב"ש. בממ"נ משום דכשם שא"י לתבעו להלוה כך א"י לתבעו את הערב וכתב עוד שם בס"ק י"ט דכשיב"ש ירש שדה מיב"ש דא"י לגבותו ממנו בממ"נ משום דנכסי דאינש אינון ערבים בי' וכשלא יכול לתבעו את הלוה כן נמי א"י לתבעו להערב היינו הנכסים ע"ש וא"כ גבי תם ומועד דכשהתם נגח לית ליה שיעבוד הגוף על המזיק דקיי"ל דיוחלט השור והשור עצמו הוא בע"ח דידי' וכשהמועד נגח אית לי' שיעבוד הגוף על המזיק והתם הוא משועבד מטעם ערבות וא"כ כשהמזיק כופר ואומר תם הזיק דמסלק עצמו משיעבוד הגוף א"י לבא על התם בממ"נ או הוא בעצמו שלו או הוא ערב כמו שא"י לבוא על היב"ש בממ"נ ה"נ בכאן דפטור דכיון דכפר נפקע שיעבוד הגוף וא"י לגבות מן הערב ובחטים ושעורים דפטור משעורים אף דאיכא שיעבוד נכסי הוא רק כשאינו בשעה אחת ומטעם מחיל' רק שהש"ס מדמה כמו דאזלי' בתר הודאת התובע לענין דהוי מחיל' ה"נ בתם ומועד אף דלא שייך מחיל' מ"מ ליזיל בתר הודאת התובע לענין שהב"ד לא יזדקקו להתם וכן בהמזיקין שנים בתם ומועד דעל נגיחת הגדול שהזיקו המועד לפי דברי הניזק ותם נתערב בעדו נפקע הערבות ככפירת המזיק כנ"ל ומיושב קושיית הש"ך שהקשה דמאי מקש' הש"ס בתם ומועד דהוי חטים ושעורים הא מועד הוי כדמי עבד ולפמ"ש לק"מ ואפשר ליישב בזה דעת הרמב"ם בסי' ת' שפסק בתם ומועד דלא הוי כחטים ושעורים ולפמ"ש א"ש דהרמב"ם חולק אהא דסי' מ"ט דיב"ש הנ"ל כמבואר ברמב"ם הל' בכורות מש"ה פסק בתם ומועד דחייב מכח ממ"נ אבל בגוונין שהביא הש"ך בחטים ושעורין שהנתבע משיב שהלו' לו חביות תבואה וכו' שהוא יום א' וכשע' א' דהודאתו או מחילה הוא ויש לו שיעבוד הגוף ויש לו שיעבוד נכסי ממ"נ פשיטא דחייב לשלם לו השעורין העולה מזה דלא משכחת לה פטורי דחטים ושעורים

רק כשאינו בשעה אחת ולמאן דס"ל מטעם מחיל' כמ"ש הש"ך בס"ק י"ח כיון דלא השיב התובע גם שעורים וכו' ודאי מחל לו ולאו דוקא מחל אלא דאודיתא קנין מחילה ומתנה הוא ואפי' אין השעורים עומדים בחצירו בשעת התביע' דלא קני לי' במשיכ' וחצר מ"מ קני ליה באודיתא כדמוכח בסי' ר"ט גבי האומר אין לוי זה אחי ודלא כמ"ש בתומים ובקצה"ח אבל בחטים ושעורים שהם ביום אחד ובשעה אחת דלא שייך טעמא דמחיל' כיון דחושב להרויח כמו שכ' הרא"ש רק טעמא דהודא' אינו פטור משעורים והא שכ' הרא"ש בתבעו בשעה א' דפטור משעורים כוונתו לענין אם התובע תובע השעורים דוקא כגון שהם שווים יותר מהחטים או שרוצ' גוף השעורים מחמת שהנתבע הודה בזה כתב שפיר דפטור דאזלי' בתר הודאת התובע שהוא עיקר נגד הודאת הנתבע או שהוא באופן שא"י לבוא עליו מכח ממ"נ כגון דל"ל שיעבוד נכסי שמחל לו השיעבוד נכסי רק שהוא באופן שישתלם מגופו כמו בתם אז פטור לגמרי נמצא דליכא מחלוקת כלל בין הפוסקים לענין דינא דאם תבעו בחטים והודה בשעורים בזמנים מתחלפים ואחר הודא' השיב התובע שתובע חטים כ"ע מודי דהוי מחיל' כמ"ש הש"ך ס"ק י"ט ע"ש אמנם נראה שיאמרו בפי' זמנים מתחלפים שהתובע תבעו בחטים שהלו' לו בניסן והנתבע הודה בשעורים שלוה ממנו בתשרי אבל בתבעו והוד' סתם לא תלינן במחיל' דשמא מחולקין בזמן א' וכוונתו הוא להרויח כמ"ש הרא"ש וספק מחיל' אינו מוציא מידי ודאי חיוב ובמחולקין על זמן אחד אינו פטור רק מגוף השעורים אבל מ"מ יכול לבא עליו מכח ממ"נ וגוב' הפחות אם לא במקום שאין לו שיעבוד נכסי כמו בשור תם שאז אין הב"ד יכולין להזדקק לדבר אחר מחמת שלפי הודאת הניזק אין להב"ד מבוא לנכות מהשני מכח ממ"נ והרמ"ה הוסיף וכתב דכשהי' בשעה אחת דהוא מטעם הודא' אף דיכול לבא על השעורים מכח ממ"נ מ"מ משכחת לה דפטור משעורים לגמרי כשטוען משטה דיכול לחזור בו מהודאתו כדמוכח בתוספתא ובזה כ"ע מודים דיכול לטעון משטה ובתם ומועד דמתני' אף הרמ"ה מודה דפטור מטעם הודא' כיון דאינו יכול לבא עליו מכח ממ"נ אבל בחטים ושעורים אינו פטור מדמי שעורים רק כשחוזר מהודאתו אכל כשעומר בהודאתו ניהו דפטור מגוף השעורים מ"מ מחויב ליתן עכ"פ דמים כפי דמי הפחות מכח ממ"נ ובטל' מחלוקת אבל במקום דיש עליו שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסי כמו בקידושין ס"ו והוא שבא על גופו מכח ממ"נ או שהוא כולו שלה שהוא עבדה או שהוא משועבד לה בעד כתובתה בשיעבוד גופו וכן באה על החביל' מכח ממ"נ הב"ד ג"כ באין על החביל' ומוציאין מידו מכח ממ"נ וא"ל מדברי התו' דכתובות פ"ט ע"ב ד"ה לא גרשתיך שהקשו הא יתחייב שאר כסות ותירצו דהוי כטענו חטים והודה לו בשעורים אף דיכול לבוא

עליו מכח ממ"נ ונרא' דכיון דאמר' גרשתני הוי מפקעת עצמה ממעשי ידיה ג"כ ואין לך אמר' איני ניזונית ואיני עושה גדול' מזו דאינ' יכול' להחזיר כמבואר באה"ע סי' ס"ד והא דמקש' הש"ס מהי' המזיקין שנים אף דלפי דברי השנים יש לו שיעבוד על כל שור ושור כמ"ש הש"ך ס"ק ל"ט מ"מ כיון דעל כל נזק ונזק בפ"ע פוטר הניזק עצמו השור בהודאתו מש"ה פטור ועוד דדמי להא דכתב הסמ"ע סי' ש"צ ס"ק ז' דלא מהני מכח ממ"נ ובזה מיושב ג"כ קושית הש"ך בס"ק ל':

ד **ואם תפס** נראה ליתן טעם הא דמהני תפיס' דהוא מטעם דאין הודאתו ברורה וכמ"ש הסמ"ע בס"ק כ"ה וכמ"ש הט"ז בסי' קל"ח ס"י דשתיק' לאו הודא' ברורה היא בפרט כשיכול לומר טעם על שתיקתו שלא תבעו וכ"כ הר"ן דהנ"י בסוגיא דתקפו כהן דמהני תפיס' בשתיק' ובזה א"ש מה שהקש' הש"ך בסי' ת' דמהני עדים מ"ש מהך דהכא דאפי' יש עדים דפטור ולמ"ש א"ש דהתם כיון דביום אחד ובשעה אחת הוא דלאו מחיל' היא כמ"ש הרא"ש רק מטעם הודא' כמש"ל וכיון דלאו הודא' ברור' היא מהני עדים כמבואר בסי' קל"ח סעיף ו' ובט"ז שם משא"כ הכא בהמחבר דמירי כשאינו כיום א' ומטעם מחיל' הוא מש"ה לא מהני עדים דהא עיקר הטעם דמהני עדים כ' הט"ז בסי' קל"ח שם כדי ליישב דברי העדים שלא יסתרו את הודאתו משא"כ במקום דשייך טעמא דמחיל' אין סותר כלל דברי העדים אבל אם תפס מ"מ מהני דנאמן לו' כשתפס שלא מחל וכמ"ש הסמ"ע. ומ"ש הרא"ש דלישני נמי ברישא כשתפס יש ליישב דהנה לכאור' קשה מהא דמשני כשתפס דהא כתבו התוס' דף ק' ד"ח וליחזי דהיכא דאיכא דרא דממונא מהני תפיס' ומהראוי שיועיל תפיס' לגבות אפי' כפי טענתו וכן הקשה התומים בקת"כ סי' נ"ד רק ע"כ הא דלא מצי לגבות ע"י תפיסתו כפי שטוען הוא מטעם דבקנס עדים בעינן דוקא אפי' אם אמת כמו שאומר מ"מ בלא עדים אינו חייב ואם כן כיון שהעדים אינם יודעים אם קטן אם גדול א"כ א"י לגבות יותר מדמי הקטן כיון דביותר מדמי הקטן ליכא עדים וכ"כ בתומים שם אבל עכ"פ כדי דמי הקטן כיון דאיכא עדים בודאי מהני יוכל לגבות מה שנתחייב ע"פ עדים והא דלא מהני גבי תם ומועד דהניזקין שנים כשתפס לגבות כפי מה שטוען דבמועד לא צריך עדים נראה הטעם דהא מועד את הגדול ומועד את הקטן לא הוי כחטים ושעורים כלל כמ"ש הנ"י דהוי כדמי חטים ולא צריך כלל לתפיסת המועד ולא מיירי בתפס המועד רק בתפס התם וא"ש נמי מה שהקש' דלישני הש"ס ג"כ לעיל בתפס דבשלמא גבי המזיקין שנים דאינו נוטל אף ע"י תפיסה רק כפי הודאת המזיק כיון דליכא עדים כמש"ל משני שפיר כשתפס משא"כ ברישא גבי תם ומועד בניזק אחד דהוי נמי חטים ושעורים מטעם שכתבתי לעיל דאז כשתפס אפי' תפס יותר מהודאת

המזיק נוטל דמועד אין צריך עדים ובדרר' דממונא מהני תפיסה ליטול כפי מה שטוען. ובקצה"ח כתב הטעם דמהני משום דהוי תרי הודאות דסתרי הדדי ודמי כשני כיתות עדים המכחישות זו את זו דמהני תפיסה וליתא כמו שהקש' בעצמו דהא בגיטין מ' גבי עשיתי פלוני עבדי בן חורין והוא אומר לא עשאני דאינו יוצא לחירות אף דהעבד תפוס בעצמו ועבודתו בידו ואפ"ה לא מהני ואילו הי' תפיס מהני אפי' בדבר שקנוי לבעלים אין לך תפס גדול מזה העבד בעבודתו אלא ודאי דלא מהני תפיס' בתרי הודאות דסתרי הדרי והטעם דתרי הודאות דסתרי לא דמי לתרי ותרי דמהני תפיסה דכלל הוא דחזקת ממון אינו מועלת כי אם בטוען ברי וכאן אדרבה הוא טוען שהוא של המוציא ולכך בכל תרי הודאות דסתרי מוקמינן בחזקת מרא קמא דחזקת מרא קמא הוא כמו חזקה דמעיקרא באיסורין ולא דמי לחזקת ממון דאינו מטעם חזקה רק מסברא יליף לה בריש הפרה דאין מוציאין מהמוחזקים בלא ראי' מש"ה כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה ומש"ה לא אזלינן כאן ג"כ בתר חזקת ממון דכיון דמודה שהוא של התובע חזקה שאין עמה טענה הוא רק בתר חזקה דמעיקרא אזלינן כמו באיסורין דחזקה דמעיקרא הוא באומר אין זה אחי בסי' ר"פ סעיף ד' דאזלינן בתר הודאות דמאן דמודי אין זה אחי אף דשם אין שום אחד מוחזק ואין לשום אחד חזקה דמעיקרא הטעם דכיון דזה שמוד' הוא ודאי יורש שהרי המת והוא בעצמו הודו זה לזה והם ספק יורשים ואין ספק מוציא מידי ודאי כמו ביבמות דף מ' גבי ספק ויבם ע"ש ושם גם כן לא מהני תפיסה:

ה **אין מוציאין.** עש"ך ס"ק כ"ב שהקש' על הטעם שכ' הטור דתפיס' מהני משום דיכול לומר לפי שמוחזק הייתי בהם לא הייתי תובעם דמאי משני כשתפס התם ומועד בהמניח הא שם לא יכול לומר כך וכו' ע"ש. ונרא' לפענ"ד ליישב דהטור לא כ' טעם זה רק להיש מחלקין דס"ל דתפיס' לא מהני בשעורים וכן בניזק אחד והא דאמר בש"ס דמהני כשתפס הוא רק כשני ניזקין וכדעת הרא"ש לכן כתב דמ"מ דכשיתפס קודם העמדה בדין אפי' בחטים ושעורים מהני תפיס' תדע דהא כ' כן הב"י בשם התו' והתו' כתבו כן לחלק בין תבעו שניהן שאין לו תביעה רק על אחד ובתפס קודם העמד' בדין כ' בשמם דאפילו באין לו טענה רק על אחד מהני תפיס' אף דלא מוכח זה בש"ס מ"מ סובר מסברא דמהני תפיס' מטעם דיכול לומר לפי שהייתי מוחזק אבל הדיעה קמייתא של הטור ס"ל דתפיס' מהני לשעורים ואפילו לניזק אחד דהא דקאמר בש"ס בשתפס הוא אפילו בניזק אחד מוד' דטור דלאו מטעם זה הוא רק מטעם אחר שכ' הסמ"ע בס"ק ך"ה דלאו הודא' ברור' היא ולא מהני הך הודא' רק בלא תפס אבל כשתפס יכול לומר איזה טעם על שלא תבע דהיינו בשעורים משום שלא רצה לתבעו ובתם ומועד כדי להרויח

עשיתי אבל כשלא תפס לא מהימן בטענותו כמו בשאר ספק לב"ד דמהני תפיס' וכ"כ הט"ז בסי' קל"ח דהודא' שמוכח מתוך שתיק' לאו הודא' ברור' ומש"ה השמיט הסמ"ע בס"ק ך"ה טעם הטור וכתב טעם אחר משום שכתב זה אמחבר שהוא דעת הרמב"ם דפוסק דמהני תפיס' אפי' לשעורים ולניזק אחד משא"כ ברמ"א שהוא דעת היש מחלקין דפוסק דאף דנימא דלא מהני לשעורים ולניזק אחד כדעת הרא"ש מ"מ בתפס קודם שעמד בדין סובר מסברא דמועיל לכ"ע ולא מש"ס מוכיח לה כלל כתב באמת טעם הטור בס"ק ך"ז ולפ"ז יפה עשה בס"ק ך"ו דהביא דברי הגמ"י ול"ק כלל קושית הש"ך בס"ק ך"ג דסובר הסמ"ע דניהו דמהני תפיס' לטעמא דהודא' מ"מ טענות השטאת כ"ע מודי דיכול לטעון וכמש"ל בס"ק ג' והרא"ש לא פליג אהרמ"ה רק דס"ל דאפי' איכא עדים לא שייך טענת השטא' מ"מ שייך טעמא דהודא' אבל בדליכא עדים מודי דשייך טעם דהשטא' דהא הודה שלא ע"י תביע' ולא מהני תפיס' אחר שחזר מהודאתו כמו בכל מודה שלא ע"י תביע' דהדין היא כך אם לא דאית ליה מגו דאז נאמן אטענתו כיון דתפיס' מסלק טעמא דהודא' רק משום טענת השטא' ובדאיכא מגו מהימן התובע ול"ק כלל קושית הש"ך שהקש' אהסמ"ע בס"ק ל"ג:

ו **בחפץ פלוני**. עש"ך ס"ק כ"ה ויש שם ט"ס וכצ"ל אבל מ"מ לא מהני כשאומר מיד אחר כ"ד וכו':

ז **והשיב שא"י אם חטים** עש"ך ס"ק ל"ה שהקש' מס"פ המניח לפמ"ש סק"ג א"ש דכיון דאמר א"י אם חטים אם שעורים ע"כ טענותו איום א' ושעה א' שא"י באותו שעה מה הי' אם חטים או שעורים דבשלמא בטוען ברי שעורים יש לומר דמיירי בזמנים מתחלפין אבל בטוען א"י ע"כ מיירי ביום אחד ויכול לבוא על השעורין ממ"נ משא"כ בהמניח דאינו יכול לבוא על התם מכח ממה נפשך כמ"ש שם באריכות וזה ברור ונכון:

ח **מה שהנחת אתה נוטל**. כתב הר"ן בשבועות וז"ל דאף דאחר ראיית הפירות הודאתו ידוע והוי דבר שבמדה מ"מ הודאתו יצאה בפטור ואחר כך כתב דבהעדאת עדים חייב כיון דע"פ עדים מחייבו מה יעשה זה שלא מצא עדים עד אח"כ ע"ש. ולכאור' משמע דכשמוד' בדבר שמחוסר שומא דלא הוי מודה במקצת ובקצה"ח הקשה מהא דסי' ע"ב סעיף ט"ז במוד' שאותו הטבעת שביד השולחני שוה כאותו שנאבד דהוי מודה במקצת ותי' דמיירי שהטבעת הוא לפני ב"ד והוא דחוק ועוד דעיקר תלוי באם מוציא בפיו דבר שבמד' כמ"ש התום' בשבועות ואף שהדבר אינו בפני ב"ד חייב דהא כשאמר עד החלון אין החלון בפני ב"ד ולא ידוע להם גם כן חייב ועוד קשה מסי' ת' בזה אומר גדול וזה אומר קטן שנשבע ש"ד אף שאין הנביל' ושור המזיק לפני ב"ד ומחוסר שומא וגם הקש'

בקצה"ח מהא דאנסת ופתית שאין שומת הצער ידוע ונשבע ש"ד לכן נלפענ"ד דגבי מה שהנחת אתה נוטל אף דשם מיירי שנרקבו הפירות מכל מקום מיירי שלא הזכירו לפני ב"ד בתביעתו הרקבון מהפירות רק שזה אומר בית מלא וזה אומר מה שהנחת אתה נוטל וכגון שהוי ידוע להם שיווי הפחת של כל מדה. ולא הצריכו להזכיר זה לפני ב"ד רק התביע' של כמות המדות שהפקיד א"נ מיירי שלא נתוודע הרקבון עד אחר הודאתו שהרי אפי' נתוודע אח"כ לאו הילך הוא חייב ובזה שפי' כ' הר"ן דהודאתו יצאה בפטור דכיון שאמר מה שהנחת אתה נוטל הוי כאילו אמר הרי שלך לפניך ואין עליו שוב לברר הודאתו וגם אין על הב"ד שוב לעשות שום דבר רק לומר טול שלך וההודא' והפטור כבר נגמרו ועדיין לא הוי דבר שבמד'. ולכך פטור משא"כ בהא דנאנסת ופתית שא"א לב"ד לפסוק כמה שהוא חייב עד שישומו מקודם הצער וכן בהא דסי' ת' א"א להב"ד לפסוק הדין עד שישומו מקודם הנביל' והשור וכן בהא דסי' ע"ב צריכין לשום הטבעת והרי לא נגמר' הודאתו עדיין עד שעת שומא שראוי לפסוק הדין כמה שהוא חייב ואז כבר הוי דבר שבמדה תדע דאטו אם תבעו מנה ואמר איני חייב לך רק מ' או נ' או פחות מעט עד שאראה בפנקסי הנאמר שגם זה אינו דבר שבמדה אלא ודאי כל שלא נגמר הודאתו ובשעת גמר הודא' הוי דבר שבמד' חייב ש"ד. ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ג' שהביא דברי הרא"ש שכ' בפ' שבועת הדיינים וז"ל ונרא' דלא קשה וכו', ול"ד לבית מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל דהתם אין הנתבע משיב שמא אלא כך הוא אומר מה שאמרת שבית מלא מסרת והפקדת אצלי מזה לא נתתי לבי לידע אם הי' ממש מלא וגם הטענה אינה כ"כ בריאה שכן מורגל בל' מלא שבית שהוא קרוב להיות מלא קורין אותו בית מלא פירות אבל זה אני יודע בוודאי שכמו שהנחת אתה נוטל הלכך אין כאן הודא' כלום כיון שלא טען ולא חשיב דבר שבמד' ומשקל ומנין שהרי לא טען אלא חסרון פירותיו והלה אמר שלא חסרו אבל האומר כך וכך פירות הפקדתי אצלך והלה אומר פירות הפקדת אצלי ואיני יודע כמה היו אם לפי טענות המפקיד היו שוין שתי כסף והנפקד אומר יודע אני שהיו שוין פרוט' וא"י כמה היו שוין יותר יש כאן חיוב שבוע' אבל אם אמר פירות סתם ולא הודה בשוה פרוט' אין בהודאתו משמעות של שוה פרוט' שאף בפחות מש"פ קרויין פירות עכ"ל וע"ש בש"ך מה שתמה בדבריו. ולפעד"נ דסברת הרא"ש הוא דאף שההודא' אינו ידוע כמה שמוד' יותר מפרוט' מ"מ כיון שהוא בודאי מודה כמקצת וכופר במקצת לפנינו חייב שבוע' דאורייתא והא דפטור כאומר מה שהנחת אתה נוטל לפי שהכוונ' באומר מה שהנחת אתה נוטל היינו שלא שמתי על לב עכשיו לידע אם הוא מלא אך זאת אני יודע שאינו חסר כלל ואם הנחת

מלא עדיין הוא מלא בוודאי וא"כ אין הכפיר' ידוע לפנינו דהרי אפשר שהוא מלא עדיין ואינו כופר כלל ודומ' למי שתובע מאה מידות הפקדתי ועתה חסר ותובע חסרון פירותיו והלה טען אמת הפקדת פירות ואפשר שנם עכשיו יש מאה מדות דלא הוי הודא' במקצת כיון דבשע' הודא' ראשונ' ליכא כפירה לפנינו וגזירת הכתוב הוא שיהי' מודה במקצת דהיינו שיהי' כופר במקצת והוד' במקצ' ומש"ה כיון דבשעת הודא' ראשונ' לא הי' כופר במקצ' לפנ' ב"ד יצאה ההודא' ראשונ' בפטור אף שיתברר אח"כ הכפיר' וההודא' פטור כמש"ל בשם הר"ן ומ"ש הרא"ש כיון שאין טוען שמא הכוונ' שאין הפי' במה שטוען מה שהנחת אתה נוטל דהיינו שבודאי הוא חסר ממלואו ואינו מלא רק אפשר שלא הנחת יותר שאם הי' טוען כך הי' מחוייב ש"ד כיון שהכפיר' וההודא' ידוע לפנינו כיון שידוע שהפירות שמוד' בהם הוא שוה פרוט' וכיון שאין יכול להוציא ממנו יותר רק הפירות שמוד' בהם כיון שטוען שא"י אם נחסר אם לא כיון שאומר שאפשר שלא הניח יותר והרי הוא כאומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא כמ"ש הרא"ש לענין משכון דכשהוא מוד' בודאי בפרוט' ואין יכולין להוציא יותר מחמת שהוא מסופק הוי כאומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי משואיל"מ ומ"ש הרא"ש אבל אם פירות סתם הוא דין מחודש בפני עצמו ולא שייך לתירוצא דלעיל ומ"ש הרא"ש שדברי הרמב"ן אינם מובנים נרא' דהי' קשה ליה במה שכ' הרמב"ן לחלק דבמשכון כיון שנאבד ויודע שהי' שוה יותר מפרוט' והשאר א"י כיון שא"א להוציא ממנו יותר מפרוט' הוי דבר שבמנין משא"כ במה שהנחת אתה נוטל שהוא בעין ויכולין למודדו אינו דבר שבמנין משום דיכול לעמוד עליו והי' קשה לו כיון דבשעת הודא' אין הב"ד יכולין לחייבו יותר מפרוט' דהוא פחות שבההודאות דהא אם הי' מת המפקיד לא היה הב"ד יכולים לחייבם רק בפרוט' ומוכח מהש"ס דלא אזלינן רק בתר שעת ההודא' כמש"ל בשם הר"ן וכיון דבשעת ההודא' אין אנו יכולין לחייבו יותר מפרוט' ע"פ הודאתו מה"ת לא יתחייב שבוע' דאורייתא דהא דמי ממש למשכון ומה בכך שיתברר אח"כ שיש בו יותר מפרוט' דממ"נ אי אזלת בתר בסוף הא בסוף כשיתברר יהי' ג"כ דבר שבמד' ובהודא' עדים לא צריך דבר שבמד' כמ"ש הר"ן פ' שבועת הדיינים במתניתין דהמלו' על המשכון לענין חמשין דהלוא' וחמשין דחבל' ע"ש:

ט **אלא משלם חמשים שהוד'**. עש"ך ס"ק מ"ח שהקש' דיהי' נאמן במיגו דאי בעי בפר הבע"פ והי' מודה מה שבשטר ונרא' ליישב דהא אם מודה מה שבשטר הוי הילך והו"ל כופר הכל והוי מגו דהעז' אמנם הש"ך לשיטתו אזיל דס"ל מגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן והעיקר בתי' הש"ך וכוונתו דמגו לאורועי שטרא לא אמרינן והא דנאמן החזרתי

במגו דנאנסו הוא מטעם דכל שאפשר לפטור עצמו בשום טענה מהשטר אינו חושש להניחו בידו וליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי בתומים בכללי מגו משא"כ ביש לו ג"כ בידו מלוה ע"פ דל"ל דסומך עצמו על כפירת הבע"פ דז"א דאיכא למיחש שמא יתבע ממנו החוב שבע"פ קודם ואחר שיגבה ממנו הבע"פ יתבע ממנו החוב שבשטר:

י **דשטר הוי כמו קרקע.** עש"ך ס"ק מ"ט עד דה"ל השטר הילך אע"ג דלית ליה קרקע ובזה נרא' עיקר כדברי התומים ולא מיקרי הילך רק באית ליה קרקע והא דכתב הרמב"ם הטעם דאינו יכול לכפור ולא כ' הטעם משום שיעבוד קרקעות הוא משום שכ' הרא"ש לבתר תקנות הגאונים שגובים אף ממטלטלים לא מיקרי שטר שיעבוד קרקעות מש"ה כ' הטעם משום שא"י לכפור וכן מורה ל' הרמב"ם להדיא דדוקא כשהקרקעות משועבדים הוי הילך כשאינו יכול לכפור וכן מוכח מסי' ת' גבי גדול וקטן שחייב שבוע' דאורייתא אף שא"י לכפור הא איכא עדים על הנגיח' עיין שם:

יא **לפיכך אמר ליה מנה עד נראה לי** דהיינו דוקא שהיורש טוען ברי שהלו' לו חמשים רק שא"י אם פרע או לאו וזה טוען נתתי לו חמשים דאל"כ אין לחלק בין אין לך בידי ונתתי ודבריו אינם מובנים לי דמה סברא הוא זו דכשטוען לא לוה דהיורש מכחישו בברי פטור וכשטוען פרעתי שאין היורש מכחישו בברי יהיה חייב לכן נרא' דהש"ך מפרש כוונת רב האי דבסיפא מיירי כשטוען פרעתי והיורש מכחישו בברי שלא פרע וכ"כ הש"ך בסופו וז"ל ונ"מ אם היורש טוען שעדיין חייב לו וכו' מש"ה חייב דלית ליה מגו ובורישא כשטוען לא לוה מיירי שהיורש מכחישו בברי שלוה וא"י אם פרעו מש"ה פטור אף שמכחישו בברי מ"מ אית ליה מגו דפרעתי הכל דבזה לא הי' יכול היורש להכחישו בברי וכן יש להגיה בש"ך וכן צ"ל שהיורש טוען ברי שהלו' לו מאה רק שאינו יודע אם פרעו וזה טוען אין לו בידי אלא חמשים דאל"כ וכו' כצ"ל וכלל דברי רב האי הוא כך דאם היורש טוען שאביו הלו' לו מנה והוא מודה במקצת בשעת הלוא' פטור דיש לו מיגו דאי בעי כפר הכל והי' אומר שפרע הכל לאביו ולא הוי מיגו דהעז' כיון שהיורש אינו יודע אם פרע אם לא אבל כשהיורש טוען ברי שעדיין חייב לו שיודע שלא פרע ג"כ והלה מוד' במקצת חייב שבועה אבל כשקדמ' הודא' לתביעת היורש אף שהיורש טוען ברי שעדיין חייב הוא מחלוקת ראב"י וחכמים בש"ס כתובות כ"ב וקיי"ל כחכמים דהוי כמשיב אביד' כיון שלא ידע אם היורש יודע ואפי' הכי הודה לו מעצמו הוי משיב אביד' רק שצריך שיהי' לזה ג' תנאים שלא יהי' כמערים להודות קודם תביע' דאז לא הוי משיב אביד' וכן שלא יהי' עדים או קול מהלוא' דאם יש עדים או קול לא הוי משיב אביד' די"ל דהוד' מקודם כיון שידע שהיורש ודאי יתבענו ע"פ עדים או

הקול ואין להקשות על דברי רב האי דהא בש"ס שם אמרינן הטעם לחכמים דס"ל דבבנו מעיז ומעיז ולרב האי לא שייך טעם זה כלל נראה דרב האי ס"ל כר"ת הובא בתומים בכללי מגו סי' ע"ד דס"ל דאפי' מגו דנאנסו הוי מגו דהעז' דאינו מעיז בלבו לכפור בשל חבירו הכל אף שאין חבירו מכיר בשקרו וס"ל לרב האי דבמגו דהעז' כזו לא שייך לחלק בין אביו לבנו דבאביו שעש' לו טובה אינו מעיז בלבו לכפור הכל ולכך לא הוה משיב אביד' אפי' בקדמ' הודאה לתביע' משא"כ בבנו שלא עשה לו טובה מעיז ומדלא מעיז והוד' מעצמו משיב אביד' הוי וראב"י סובר דבבנו נמי אינו מעיז בלבו לכפור הכל ולאו משיב אביד' הוא אבל לכפור במידי דידע בו חברי' אפילו בבנו שלא עשה לו טובה מודים חכמים דה"ל מגו דהעז' דהא בעיזי דאכלי חושלא או בפקדון ה"ל מגו דהעז' אף שלא עשה טובה ועל זה כתב הש"ך דהתו' חולקים ע"ז ומסיים דאפי' בטוען היורש ברי שהלו' לך נ' וכו' פי' אפי' אם היורש יודע שלא נפרע וכן אם הוא כמערים דהתוס' סברי דבבנו אמרינן מגו דהעזה אפי' לכפור במידי דידע ביה כנ"ל לפרש דבריו. אמנם לענין דינא קיי"ל דכשתובע היורש ברי שעדיין חייב והלה מוד' במקצת חייב שבוע' דאורייתא דלא כהתו' כדמוכח מהמחבר כאן שדוקא באתה הזכרתני פטור במנה לאביך אבל ע"פ תביע' חייב וכן מוכח בסי' ע"ח סעיף כ"א דדוקא בטוען אמר לי אבא שיש לי בידך פטור משמע אבל בטוען בדי שיש לאבי בידך חייב דס"ל דהא דפליגי ראב"י וחכמים הוא דוקא בטוען ברי ע"פ אביו אבל בטוען ברי ע"פ עצמו חייב אמנם נרא' דדוקא בגוונא שמסיים הש"ך שטוען היורש ברי שעדיין חייב לו דהיינו שיודע שלא נפרע אבל בטוען שא"י אם נפרע פטור אפי' במוד' במקצת דיש לו מגו שפרע הכל דקיי"ל דלכפור במידי דלא ידעי ביח חברי' מעיז דלא כר"ת וכן בקדמ' הודא' לתביע' שלא כמערים קיי"ל דאפילו בחבריה פטור:

סימן פט

א **אפי' הי' שכרו פרוט**'. עש"ך ס"ק ב' עד אלא שצריך שיכפור בשני מעין ואז פוסקין לו הב"ד שבוע' ואח"כ ישבע התובע בתקנות חכמים ונוטל אף מפרוט' ומעל' וכו' פי' כגון שכפר בקציצ' בשתי מעין וגם בפירעון בפרוט' דאז אע"פ שאינו נאמן על הכפיר' של הקציצ' מ"מ נאמן לישבע על הכפיר' של הפירעון אף שאינו עול' אלא פרוט' כיון שכל הכפיר' ביחד היה שתי מעין ועיין תומים והעיקר כתירוץ התומים דאם היו כל שכרו רק פרוט' נשבע השכיר ונוטל כדי שלא ילך בפחי נפש אבל אם היה שכר הרבה והכפיר' אינו אלא פרוט' אינו נשבע ונוטל עד שיהי' הכפיר' שני מעין:

ב **נשבע בעה"ב היסת** עש"ך ס"ק ג' דמסיק דנשבע רק היסת דמעיקרא לא תיקנו השבוע' רק על השכיר ע"ש ואף דבקציצת תיקנו השבוע' על הבעה"ב מ"מ בפירעון משום דבעה"ב טרוד בפועליו לא תיקנו השבוע' רק על השכיר ודמי לשאר נשבעין ונוטלין דכשהוא חשוד נשבע בעה"ב רק היסת:

ג **מיורש"י בעה"ב** והיינו דוקא כשהיורשים טוענין ברי או אפי' טענו שמא והשכיר מת בסוף היום אבל אם מת באמצע היום נוטל בלא שבוע' כיון דהוי ביומא דמישלם זמני כמבואר בב"מ כ"ב ולא טענינן ליתמי פרוע כמבואר לעיל בסי' ע"ח וכ"כ בספר קצה"ח:

ד **יורשי שכיר**. עש"ך ס"ק ד' עד ולחנם האריך וכו' ותמוהין דבריו דהסמ"ע הוצרך להאריך היכא דהיורשים טוענין ברי וכן תמה בתומים ונרא' דלהבעה"ת אינו נשבע רק היסת כדין חשוד:

ה **שיש עדים ששכרו**. בתומים נסתפק אם העדים הלכו למדה"י אם מהני מגו כיון שירא שמא יבואו עדים ויכחישוהו. ולענ"ד אין כאן ספק דהא מצינו מגו בכה"ג גבי פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למדה"י וכן בשטר שאינו מקויים דנאמן במגו דמזויף אף שירא שמא יבואו עדים ויכחישוהו:

ו **אם לא הי' שם שני עדים**. עש"ך ס"ק ה' אבל אם הי' שם ע"א אינו כלום ונשבע היסת וע"ש מה שתמה על זה. ולפעד"נ לתרץ דהא כתב התומים דאם עשה אומן מלאכ' ולא שכרו וטוען פרעתי דאין לו דין שכיר להיות נאמן בשבועתו ונשבע ונוטל רק דבעה"ב נשבע ונפטר וא"כ אפילו יש ע"א ששכרו נאמן לטעון פרעתיך במיגו דאי בעי הי' טוען לא שכרתיך רק עשית מלאכ' בלא שכירות ופרעתיך ואין לך דין תקנת שכיר להיות נשבע ונוטל ובזה אין עליו דין שבוע' להכחיש את העד כיון שאפילו יודה לדברי העד צריך השכיר לישבע כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ז דהיכא שאין השנים מחייבין ממון אלא ע"י שבועת התובע היכא דאיכא חד סהדא לאו מחויב שבוע' הוא מש"ה כי טוען שכרתיך ופרעתיך ג"כ לאו מחויב שבועה הוא, ומה שהקש' בקצה"ח על התומים מסי' שע"ה סעיף ח' גבי יורד שלא ברשות דאינו נאמן לו' פרעתי. ולפעד"נ דזה דוקא בשדה שאין עשוי ליטע דצריך שומא הוצא' והשב' וגם מחויב לישבע כמבואר שם סעיף ח' אפי' במקום שידו על העליונ' כמו בסעיף ג' שם שעשה גילוי דעת ע"ש א"נ אבל בשדה העשוי ליטע דנותן לו כשאר שתלי העיר שנאמן דשכיר פועלים ידוע וכן הדין דסעיף ח' שם לא מיירי מזה ע"ש דאלת"ה כל שכיר בלא קציצה לא יהיה נאמן לו' פרעתי וישתקע הדבר וראי' לזה דהא דין זה נלמד מהא דלמעל' מד' אמות בב"ב ומבואר שם דעד ד' אמות בחזקת שנתן אף שהי' הוא עצמו הבונה וצריך שומא והטעם כיון שהוא דין ידוע

לכל והשומא הוא כשאר שתלי העיר וה"נ דכוותי'. ועוד נראה דדוקא בדין שאין גלוי לכל כגון בשדה שאין עשוי ליטע או בגילוי דעתא דניחא ליה דצריך העמד' בדין דמי יימר דמחייבי ליה רבנן דאינו נאמן ואפי' אומר כבר העמדתיך בדין אינו נאמן דעמד בדין קלא אית ליה אבל בדבר שהדין ידוע לכל כגון בשכיר בלא קציצה או בשדה העשוי ליטע שצריך הוא למלאכ' מה"ת לא ישלם לו וא"צ רק שומא בג' הדיוטות נאמן לומר כבר שמאוהו ופרעתיך ואף שמהר"א ששון בתשו' סי' רל"ה דנסתפק בין העמדה בדין בין בהשומא נראה כמ"ש:

ז **ואם הודה במקצת ישבע שבועה** עסמ"ע ס"ק ט' שהביא דעת הר"י דבמוד' בעה"ב במקצת דהשכיר נשבע ונוטל דהוי מגו דהעזה. והאחרונים הקשו דהא מגו דהעזה לפטור מממון אמרינן ועוד קשה להו לדעת המחבר דס"ל דאפילו במ"מ אמרינן מגו מהא דבב"ב דף מ"ח מוקי לה להך ברייתא באומן אומר שתים קצצת לי בליכא עדים והקשו התוס' א"כ בזמנו אמאי נשבע ונוטל ותירצו דמ"מ לא אמרי' מגו. ונראה לפענ"ד לפרש טעמא דמחלוקתן דהטור בשם ר"י ס"ל דהא דאמר שמואל לא שנא אלא שכרו בעדים וכו' והקשו התוס' הא באומר בדדמי לא אמרינן מגו וליישב קושית התוס' נראה דהא אמרי' בש"ס דר"י ס"ל תקנתא לתקנתא לא עבדינן ופי' הר"ן דמעיקרא תיקנו השבוע' על הבעה"ב משום כדי חייו ואח"כ עקרו השבוע' מהבעה"ב משום שהוא טרוד בפועליו ושדיוהו אשכיר כו' וע"כ הא דפוטר ר"י משבועת התקנ' הוא משום דטריד בפועליו דתקנתא לתקנתא לא עבדינן וממילא פטור הבעה"ב בשא"י לישבע שבועת התקנ' ורבנן ס"ל דתקנתא לתקנתא עבדינן והיינו שמעיקרא תקנו שבועה על הבעה"ב כמ"ש הר"ן ומשום שבעה"ב טרוד בפועליו עשו תקנתא לתקנתא והפכו שבועה על השכיר ומש"ה אי אית ליה לבעה"ב מגו דאז אם בעה"ב לא היה טרוד והי' טוען ברי הי' פטור משבועת התקנ' וממילא לא הי' התקנ' ראשונ' שתיקנו שבוע' על הבע"ה רק בדאיכא עדים אבל בליכא עדים דיש לבעה"ב מגו לא הי' תקנת' כלל להטיל שבוע' על בעה"ב ושוב א"א למיעבד תקנתא לתקנתא להפוך השבוע' על השכיר כיון דליכא שבועה גבי בעה"ב כלל אי טוען ברי ולפ"ז פסק ר"י שפיר גבי מ"מ דאיכא בלא"ה שבועה על בעה"ב מש"ה כשהוא טרוד וא"י לישבע השכיר נשבע ונוטל ומגו ליכא כאן כיון שהוא אומר בדדמי וא"י וא"ש דעת ר"י והמחבר ס"ל כדעת התוס' דעיקר תקנ' הי' על השביר לישבע וליטול והא דאמרינן מגו גבי בעה"ב אף שהוא טרוד בפועליו ואומר בדדמי מ"מ אמרינן מגו כיון דמשקר לטענת ברי ע"ש בתוס' ואפי' במ"מ אמרינן מגו כמ"ש הפוסקים הטעם דאף בשאר מ"מ לא אמרי' מגו דאי כפר הכל היינו משום דהוי מגו דהעז' לפטור משבוע' מ"מ

בשכיר דהוא מגו לפטור מממון אמרינן ולבאור' קשה הא במ"מ והוא חשוד דכשנגדו נשבע ונוטל ולא מהימן במגו דאי בעי כפר הכל אף דהוא ג"כ לפטור מממון ועכצ"ל דשאני בחשוד בש"ד כיון דהממון מכח שבוע' קאתי ולא אמרי' מגו לפטרו מממון שבא מכח השבוע' משא"כ בשכיר דהממון לאו מכח שבוע' קא אתי דהא אפי' כפר הכל חייב ממון לרבנן מש"ה אמרי' מגו והשתא א"ש הך ברייתא דאומן דאתיא כר"י כמבואר בשבועות ולר"י כופר הכל פטור רק במ"מ נשבע ונוטל מחמת שיש על בעה"ב ש"ד וא"י לישבע שהוא טרוד בפועליו וכיון דהחיוב ממון מכח שבוע' קאתי לא אמרינן מיגו דדמי ממש לחשוד:

ח **אחר זמנו** עסמ"ע ס"ק ו' עד דאין שכיר משהה שכרו. והנ' בש"ס אמרו דאיכא תרתי חזקות דאין בעה"ב עובר בבל תלין ואין שכיר משהה שכרו. ובתומים הקש' להרמב"ן דמוקי ברייתא דאומן אומר שתים קצצת כמ"ד דאומן קונ' בשבח כלי וא"כ אינו עובר בבל תלין ומבואר בש"ס וא"כ אמאי קתני עבר זמנו המוציא מחבירו עליו הראי' הא ליכא גביה חזק' דאין בעה"ב עובר בבל תלין דלמאן דאמר אומן קונ' בשבח כלי אינו עובר בבל תלין ונרא' לפענ"ד ליישב קושיית התוס' בב"ב מ"מ בד"ה עבר זמנו שהקש' דהא ליכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין דהרי עבר ואפי' את"ל דמיירי שהרשהו השכיר להשהות שכרו מ"מ הא ליכא חזק' דאין שכיר משהה דהרי שהה ע"ש ולפענ"ד נרא' ליישב דהנ' בב"מ דף קי"ב גבי ואם יש עדים שתבעו בזמנו הרי זה נשבע ונוטל ומקש' הש"ס ולעולם ופי' רש"י וכי השכיר משהה שכרו כל כך והקשו התוס' הא מ"מ ליכא חזק' דאינו עובר בבל תלין וליישב קושית התוס' נרא' דרש"י ס"ל דהא דאמרי' חזקה דאין שכיר משהה שכרו אין הטעם דמהחזק' זו יש ראי' שכבר פרע בזמנו דאם כן אי טוען אחר זמנו פרעתיך עכשיו לא יהי' נאמן דהא ליכא חזק' דאין שכיר משהה שכרו דהרי שהה וא"ל דנאמן במגו דאי בעי אמר פרעתיך בזמנו דא"כ תיקשי להר"י הלוי הביאו הרא"ש בשבועות גבי מגו דלא שכרתיך דלא נפטר משבועת התקנ' דמיגו לאפטורי משבוע' לא אמרינן לכן ס"ל לרש"י דהפי' בהא דאמרו חזקה דאין שכיר משהה שכרו כמו שפי' התוס' בב"מ דף ק"ג ד"ה ולעולם וז"ל דאין זו תקנה טובה וע"ז משני הש"ס התם דאינו נאמן רק על יום אחד וה"נ הפי' כן הוא חזק' דאין שכיר משהה שכרו יותר משיעור זמנו דהיינו שכיר יום כל הלילי' ולא עשו תקנ' רק בזמן שדרך השכיר להשהות שכרו דהיינו כל זמנו אבל אחר זמן דחזקה דאין משהה שכרו כל כך ולא שכיח שישהה לא עשו חכמים תקנ' במידי דלא שכיח וזהו ג"כ כוונת רש"י בב"מ דף קי"ג בד"ה ולעולם שפירש וכי שכיר משהה שכרו כ"כ כוונת דבריו דכיון דלא שכיח שישהה שכרו

כל כך ודאי לא עשו חכמים תקנה וכעין מה שפירשו התו' והא דאמרי' בשבועות שם דבעי' תרתי חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין וחזק' דאין שכיר משהה שכרו דהיינו דלא עשו חכמי' תקנ' יותר כמש"ל ולפענ"ד דחזק' דאין שכיר משהה לא שייך אלא בכופר הכל דאינו חייב רק משום שבועת התקנ' ומשום תקנתא לתקנתא הפכוהו על השכיר כמבואר בש"ס שם ואחר זמנו כיון דליכא שבועת התקנ' לא שייך תקנתא לתקנתא משא"כ במ"מ דחייב ש"ד חייב אפי' בשהה דאפי' אם הפי' הוא בהא דאמרינן דחזק' אין אדם משהה שכרו דהיינו שמזה יש הוכח' שפרע מ"מ אין חזקה זו מוציאו מידי שבוע' דאורייתא מדסתמו הפוסקי' ולא כתבו דבעבר זמן אפי' מודה במקצת פטור מש"ד אלא ודאי דחייב שבוע' דאורייתא אפי' עבר זמנו וכיון שהבעה"ב הוא טרור בפועליו ורבנן חשבוהו לוודאי שוכח כמ"ש התוס' ומדינא השכיר נשבע ונוטל כיון דאין בעה"ב יכול לישבע ש"ד ודאי מחויב שבוע' ואינו יכול לישבע משלם וא"כ מה בכך דלא עשו חכמים תקנה אחר זמן משום חזק' דאין שכיר משהה הא במ"מ מדינא הוא לאו משום תקנתא מש"ה הוצרך לחזק' דאין בעה"ב עובר בבל תלין דהיינו מכי מטי זמן חיובא רמי אנפשי' ומדכר כדאמר בש"ס התם והוי ברי וברי ונפטר בעה"ב בשבוע' שלו כיון שטוען ברי ויכול הוא לישבע ובחזק' דאין בעה"ב עובר בבל תלין לחוד לא סגי דאם כן הי' לו לחייבו עכ"פ בשבועת התקנ' כמ"ש הגמ"י דהא אפי' בקציצ' דאיכא ברי וברי חייב בשבועת התקנ' מש"ה הוצרך ג"כ לחזקה דאין שכיר משהה דמשום חזקה זו לא עשו חכמים תקנ' לאחר זמנו כמש"ל ושפיר הוצרך לתרתי ובזה מיושב קושית התומים הנ"ל שהקש' מהא דאומן בעבר זמנו אף דלא שייך גביה בבל תלין ולפמ"ש לק"מ דהא הך ברייתא ר' יהוד' היא כמבואר שם ור"י ס"ל דלא הוי רק ספק שוכח ולולי התקנ' הי' בעה"ב נשבע ולא הי' השכיר נוטל מחמת הספק רק שחז"ל עשו תקנה שישבע השכיר ויטול כשהבע"ב מוד' במקצת וכיון דעבר זמנו לא עשו חכמים תקנה כמש"ל דלא עשו חז"ל תקנה רק בזמן שדרך השכיר להמתין ולהשהות שכרו דהיינו בזמנו אבל אחר זמנו אף ששהה שכרו במזיד לא עשו תקנ'. ובזה מיושב ג"כ קושית התוס' בב"ב מ"ה שהקשו דהרי שהה וכו'. ולפענ"ד לא קשה דמ"מ לא עשו חכמים תקנה כששהה דאין זה תקנ' טוב' כמ"ש התוס' בב"מ קי"ג בד"ה ולעולם ולפמ"ש הי' מקום לומר דבמוד' במקצת ומוד' בעצמו שעבר על בל תלין על המקצת שהוד' דהשכיר נשבע ונוטל אפי' אחר זמנו אך נרא' דמהימן במגו דאי בעי הי' אמר שלא עבר אבל תלין והשכיר הרשיהו להשהות שכרו על המקצת שהוד' אבל אם יש עדים שעבר אבל תלין בהמקצת שהוד' נראה לפמ"ש דבאמת השכיר נשבע ונוטל כיון דליכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין דהרי עבר

כמ"ש התו' וממילא ליכא חזקה דרמי אנפשי' ומידכר וכיון דהוא טרוד בפועליו וא"י לישבע שבוע' דאורייתא דמודה במקצת השכיר ישבע ויטול כנ"ל ברור:

ט **כל אותו יום.** עסמ"ע ס"ק מ"ג עד אם תבעו בליל התחלת יום הג' וכו' פי' בסוף הלילה בתחלת יום הג' ופשוט:

י **נשבע בנק"ח ונוטל.** עש"ך ס"ק מ' עד ומשני קציצה מידכר דכיר ואף דמתני' דקציצה ר' יהודה היא ור"י ס"ל דקציצ' ג"כ לא דכירי מ"מ הא ר"י ס"ל דלא הוי אלא ספק שוכח ולא שייך אליבי' הקושיא דליתנם בלא שבועה כמ"ש התוס' בד"ה וניתיב ליה בלא שבועה מהא שהקשה בקצה"ח להרמב"ן דמוקי להך ברייתא כמ"ד אומן קונה בשבח כלי הא אינו עובר בבל תלין וא"כ אפי' עבר זמנו נמי הוא קושית התומים בס"ג ועיין ביאורים שם:

יא **שא"י לטעון לקוח הוא בידי.** ונרא' דזה דוקא להך דיעה דס"ל לעיל בסי' ע"ח סעיף י"ג בהג"ה דכשיש עדים שהוא ממושכן בידו ואינו יודע כמה הלוה עליו דאינו נאמן כשאין לו מגו אבל להדיע' השנייה דלשם דנאמן בכה"ג אפי' בלא מגו והש"ך בס"ק מ"ד כ' שכן עיקר א"כ ה"נ כיון דידוע שבתורת אומנות בא לידו ונתחייב לו וא"י כמה נשבע ונוטל אפי' בלא מגו דלא גרע ממשכון כמ"ש הש"ך בס"ק זה ואדרבה הרמב"ן כתב שהוא עדיף ממשכון רק הרשב"א הביא הב"י סי' ע"ה ס"א דאומן גרע כיון שלא בא לידו בתורת משכון ובזה נרא' ליישב הסוגיא דבב"ב מ"ה דפליגי שם רבה ואביי דרבה ס"ל דאומן לא הוי כדברי' העשויין להשאיל ובעינן עדים ואביי ס"ל דהוי כדברים העשויים להשאיל ובראה לחוד סגי ומקש' הש"ס מהך ברייתא דאומן אומר שתים קצצת לי דכל זמן שהטלי' ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל אי בדאיכא עדים ליחזי עדים מאי קאמרי אלא לאו דליכא עדים וקתני אומן מהימן וקשיא לאביי ומשני בדליכא עדים ולא ראה והסוגיא זו הוא תמוה מאוד. חדא מה שהקשו התוס' בב"ב מ"ה ד"ה אי דאיכא עדים דעדיפ' מיניה ה"ל למיפרך אי דאיכא עדים וראה אמאי מהימן אומן בשהטלית בידו. ב' קושית התוס' לאביי דמשני דמיירי בלא ראה אמאי קתני נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל ליתני ראה בידו. ג' מה שהקשה הש"ס וליחזי עדים מאי קאמרי דלמ' מיירי ששכחו הקציצה. ד' תמוה דברי הרי"ף שפסק דלא מהני שום מגו באומן ואפילו בלא עדים וראה ג"כ אומן לא מהימן וקשה מהך ברייתא דמיירי בלא ראה וקתני אומן מהימן במגו. ולפמ"ש הכל ניחא דהנ' לכאורה קשה דמאי מקשה הש"ס מהך ברית' לאביי דלמא דהא דאומן מהימן לאו משום מגו הוא רק משום שידוע שבא לידו במשכון על השכירות ואינן יודעין כמה דמהימן בלא מגו וכמו במשכון בעדים סי'

ע"ה סי"ג דמהימן בלא מגו כנ"ל ואומן עדיף ממשכון כמ"ש הרמב"ן ועכצ"ל קושיית הש"ס הוא מדקתני על בעה"ב להביא ראיה ואי לא מייתי ראיה פקע ואי דאינו נאמן רק מטעם משכון היה לו להיות נשבע ונוטל כמו במשכון וא"ל כמו דמשני הש"ס בשבועות מ"ה גבי קצץ הממע"ה דלצדדין קתני או יביא ראיה או ישבע ויטול דהא קתני סיפא נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל וא"כ ליערבינהו וליתנינהו והשתא א"ש הכל דהנה התו' בד"ה אלא לאו דליכא עדים הקשו אמאי קתני בזמנו נשבע ונוטל הא בעה"ב נאמן במגו דלא שכרתיך ותירצו דפלוגתא הוא בשבועות ועוד דממודה מקצת לכופר הכל לא אמרינן מגו ולדעת המחבר דלעיל ס"ג דס"ל דאמרינן בשכיר מגו במ"מ שלא יהיה השכיר נשבע ונוטל ע"כ ס"ל כתי' א' של התוס', ולפ"ז אם נאמר דתקנת שכיר בקציצה להיות נשבע ונוטל לא שייך אלא באיכא עדים א"כ י"ל דהא דבעה"ב נאמן בשטלית בידו הוא מטעם שהוא מוחזק כמו במשכון ולצדדין קתני או בעה"ב מביא ראיה או האומן נשבע ונוטל, ולק"מ דליערבינהו וליתנינהו עם הסיפא דנתנו לו דז"א דבסיפ' כשנתנו לו דבעה"ב מוחזק ואין האומן נאמן אלא מטעם תקנת שכיר ואינו נאמן אלא באיב' ערים משא"כ ברישא שהאומן מוחזק במשכון ועל בעה"ב להביא ראיה דהוא המוצי' נאמן אפילו בליכא עדים דהא באומן אף דליכ' עדים הוי כיש עדים שבמשכון בא לידו דהא ליכ' למיתלי כדבר אחר רק שבא לידו בתורת אומנות וממילא חייב לו שכרו והחפץ כמשכון בידו ושפיר פלגינהו לתרי בבי. וזה הוא כוונת הש"ס אי דאיכא עדים פי' אם נאמר דהך בריית' אף בדאיכא עדים ובנתנו לו אינו נשבע ונוטל כי אם בדאיכא עדים וברישא כשהטלית בידו נשבע ונוטל אפי' לית ליה מגו מטעם שהוא מוחזק במו במשכון ול"ק לאביי וע"ז מקשה הש"ס ליחזי עדים מאי קאמרי פי' דהנה בשבועות מ"ח מקשה אהא דתקנת שכיר להיות נשבע ונוטל כשמכחישו בפירעון וליתנו ליה בעדים ומשני טריחא ליה מילתא וא"כ אם נאמר כשמחולקין בקציצה ג"כ לא שייך תקנות שכיר ב"א בדאיכא עדים בשעת שכירות א"כ לא שייך תקנות שכיר כלל דליחזי עדים מאי קאמרי פי' דהרי העדים יכולין לראות כמה קצץ לו ולא טריחא מילתא ולא שייך תקנת שכיר כדמוכח במאי דמקש' הש"ס בשבועות גבי וניתב ליה בעדים דבשלמא בפירעון שייך תירוצא דהש"ס טריחא ליה מילתא כמו שפירש"י לחזור אחר עדים כשעת פירעון משא"כ בקציצה כיון דלא משכחת תקנת שכיר רק בשיש עדים בשעה ששכרו א"כ ליחזי עדים ולא טריחא מילתא כלל ולא שייך תקנת שכיר וא"כ קשה בסיפא אמאי בזמנו נשבע ונוטל השתא קאמר הש"ס שפיר אלא לאו בדליכ' עדים פי' דתקנת שכיר הוא אפי' בדליכא עדים וא"כ בסיפא כשנתנו לו נשבע ונוטל אפי' בדליכא עדים. ולפ"ז

שוב א"א לו' דברישא כשהטלית בידו ג"כ נשבע ונוטל דא"כ ליערבינהו וליתנינהו כיון דליכא שום חילוק דין בינייהו דהא בין כשנתנו לו ובין כשהטלית בידו נשבע ונוטל בין איכא עדים וליכ' עדים אלא ע"כ דברישא כשהטלית בידו נאמן אפילו בלא שבועה ומטעם שכ' הש"ך כיון דבלא"ה השכיר נשבע ונוטל ויש לו מגו דלקוח נאמן אפי' בלא שבועה והרי מוכח דבליכא עדים אע"ג דראה נאמן לטעון לקוח וקשה לאביי ול"ק ג"כ קושית התוס' שהקשו לאביי דמשני בלא ראה א"כ אמאי קתני נתנו לו ליתני ראה בידו די"ל דאיצטריך לאשמועינן רבותא דלא מיבעיא כשהטלית בידו ודאי נשבע ונוטל אפי' בלא מגו ולאו משום תקנת שכיר אלא משום שהוא מוחזק כמו במשכון כמש"ל אלא אפי' נתנו לו ג"כ נשבע ונוטל ומטעם תקנת שכיר ואשמועי' דאפי' בליכא עדים ויש לו לבעה"ב מגו דלא שכרתיך אפ"ה השכיר נאמן מטעם תקנת שכיר ומטעם שכתבו התוס' בד"ה אלא לאו והשתא א"ש ג"כ דברי הרי"ף שפסק דאומן אפי' בליכא עדים אינו נאמן לטעון לקוח והכא קתני דאומן מהימן הכא שאני כיון שמחולקין בקציצה והשכיר נשבע ונוטל מטעם תקנת שכיר ויש לו מגו דהחזרתי נאמן בלא שבועה מטעם שכתב הש"ך דכל נשבע ונוטל ויש לו מגו דנאמן בלא שבועה וא"ש הכל, ולענין עיקר הקושי' שהקשה הש"ך אהא דפסק המחבר כשהטלית בידו נשבע בנק"ח וכן הא דהקשו הפוסקים מהא דאומן על הך דגאונים נראה דל"ק רק לשיטת הש"ך דס"ל דבמשכון צריך המלוה לישבע אף דהלוה טוען שמא כמ"ש הש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ז אבל לפי מה שמסיק התומים דבטוען שמא אין המלוה צריך לישבע וכן מסתבר כדבריו דהא עיקר טעמא דהגאונים דצריך לישבע דהוי כאלו בא להוצי' ומבואר בכל הפוסקים דבברי ושמא אמרינן מגו להוציא וא"כ ודאי דא"צ המלוה לישבע מק"ו ומה במקום שהלוה נאמן לגמרי מ"מ כשיש להמלוה מגו נאמן להוציא בלא שבועה מכ"ש במקום דאף בלא מגו היה המלוה נאמן בשבועה מכ"ש דאם יש לו מגו להוציא דנאמן בלא שבועה א"כ ל"ק מהך דאומן דהך דאומן ר"י הוא דס"ל דאף בקציצה ג"כ טרוד בפועלים הוא והוי כברי ושמא דמהני מגו ואף שכתבו התוס' דר"י ס"ל דלא מחשבו רק לספק שוכח מ"מ אין לחייבו שבועה מספק משא"כ לדידן דקי"ל דלא כר"י דס"ל דבקציצה מידכר דכיר והוי ברי וברי וחייב לישבע כמו בשאר משכון:

סימן צ

א **הנגזל כיצד**. עש"ך ס"ק א' עד ובספר לה"מ הקשה וכו'. ולכאור' היא קושיות התוס' בשבועות מ"ו בד"ה בטוענו כלי שהקשו דהיינו ר"י ותירצו דמיירי דכבר החזיר אחת,

ונרא' דהש"ך לא הי' יכול לתרץ כתי' התוס' דמיירי שכבר החזיר לו דאם כן הי' קשה לר"י דס"ל דבעינן הודא' במקצת אם כן ל"ל תקנת נגזל הא בלא"ה ה"ל חשוד דכשנגדו נשבע ונוטל וע"כ צ"ל דמיירי דאמר ליה הילך דאפילו ר"י מחייב בהילך אף דס"ל דבעינן הודא' במקצת כמ"ש הדין בסוגיא דשכיר ולרבנן עכצ"ל כתי' התוס' דאי בהילך קשה היינו ר"י ולפ"ז לרבנן צ"ל כתי' התוס' דמיירי שכבר החזיר לו ולר"י צ"ל כת' הש"ך דמיירי בהילך:

ב **וא"י מה הם.** עש"ך ס"ק נ' עד מחויב להחזיר בלא שבוע' וכו'. לא כתב זה רק לדעת הרי"ף והמחבר אבל הטור ס"ל דצריך שבועה וטוען בעה"ב גזולים כמ"ש הש"ך ס"ק ז'. ועמ"ש בס"ק שאח"ז עוד כתב הש"ך דאי לא ראה וכו' עד נאמן במגו. ובתומים תמה ע"ז דמה מגו הוא דהא אפי' טוען החזרתי אותן הכלים שראו העדים שנטל והי' נאמן מ"מ הי' הנגזל נשבע ונוטל על אותן הכלים שאומר שלא נטלתי דהא אפי' החזיר לו כבר הנגזל נשבע ונוטל כמ"ש התוס' כנ"ל ס"ק א'. ולק"מ דמ"מ יש לו מגו דאי בעי הי' מוד' לדברי התובע שנטל כל הכלים והי' טוען שהחזיר הכל דבזה ודאי דפטור דהא אפי' ראו העדים שנטל כל הכלים כמו שטוען התובע והי' טען שהחזיר נאמן דהגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים ומש"ה נאמן כשטוען שלי נטלתי אותן מקצת הכלים שראו העדים שנטל וכיון שנאמן לפני ב"ד במה שטען ששלו נטל במגו דהחזרתי לאו גזלן הוא כלל דנאמן במגו וחכמים לא קנסו רק לגזלן דהיינו שמוחזק בעיני הב"ד לגזלן משא"כ הכא דכיון שנאמן במגו דשלו נטל ולא נעשה גזלן כלל אין הנגזל נשבע ונוטל על אותן הכלים שטוען שלו נטל משא"כ בראה דאין לו מגו והוחזק לגזלן כאותן הכלים שנטל דהא מוציאין אותו מידו מש"ה הנגזל נשבע ונוטל גם על אותן הכלים שלא נטל ועיין בקצה"ח דלא שייך תקנת נגזל רק במה שטוען שלא נטל יותר דהוי דררא דממונא שנעש' ספק לב"ד בלא טענותיהם רק ע"פ עדים שראו שגזלו וא"י כמה ולא בשאר טענות והנכון אתו בזה:

ג **בעה"ב נשבע בנק"ח ונוטל.** עש"ך ס"ק ז' עד דלמ"ש הטור אלא שזה ביניהם וכו'. פי' לדבריו דהי' קשה להש"ך בדברי הטור דכיון דאם לא נכנס למשכון ויש בו כל צדדי ריעותא הבעה"ב נשבע רק היסת מכ"ש כשנכנס למשכן כשיש עוד ריעותא דלא ישבע הבעה"ב רק היסת ואמאי כ' הטור דבנכנס למשכן נשבע בנק"ח. וע"ז תי' הב"ח הא דכתב הטור דנשבע בנק"ח היינו בטוען שלי נטלתי. והש"ך תי' דבנכנס למשכן מיירי דהבעל הבית טוען גנובים דבלא נכנס למשכן וטוען גנובים אינו נאמן רק בהוחזק לגנב כבר משא"כ הכא דמיירי בלא הוחזק לגנב כבר רק בכניס' זו ומ"ש הש"ך ועוד דדוקא בנגזל תיקנו שבוע' על מה שלא ראו העדים משא"כ כאן בידוע דגזל הוא פי' אחר לדברי הטור

דמ"ש הטור אלא שזה ביניהם דהנגזל צריך לישבע בנק"ח היינו על אותן הכלים שלא ראו העדים אבל אותן הכלים שראו העדים א"צ לישבע כנ"ל לפרש דברי הש"ך. אמנם נלפע"ד ליישב כל קושיותיו של הש"ך על הסמ"ע דמה שהקש' הש"ך דלמה לא יהי' נאמן כשטוען בחובי נטלתי הא אינו נגד החזק' והוא תמוה באמת דממ"נ אם הוא חזק' שאינו חייב לו א"כ אפי' טוען בחובי מסרת ג"כ הוי נגד החזק' לכן נראה לתרץ דודאי נגד אותן הכלים שראו העדים נאמן לו' בחובי נטלתי במגו דלקוח כיון דטענת בחובי נטלתי אינו נגד חזק' וכמ"ש בעה"ת ושאר פוסקים שהביא הש"ך אבל לענין שיהי' הנגזל נשבע ונוטל אותן הכלים שאמר הגזלן שלא נטל ודאי דלא מהני מה שאומר בחובי נטלתי אותן כלים שראו העדים דמה בכך שנאמן במגו דבחובו נטל מ"מ כיון שמשכן שלא ברשות גזלן הוא וקנס קנסו חכמים לגזלן שיהי' הנגזל נשבע ונוטל דבשלמא כשטוען שלי נטלתי והי' נאמן במגו דשלו נטל דאז לא הוי גזלן כלל מה"ת יהי' הנגזל נשבע ונוטל משא"כ כשמוד' לדברי העדים שבחובו נטל נהי שנאמן במגו שבחובו נטל מ"מ גזלן הוא מחמת שנטל בחובו שלא ברשות ולא יהא אלא אפי' מודה התובע שבחובו נטל שהחוב אמת ואפי' יש לו שטר שהחוב ברור מ"מ הנגזל נשבע ונוטל הכלים שטוען הגזלן שלא נטל יותר כיון שהוא דררא דממונא כמ"ש בסמוך ודאי דנגזל נשבע ונוטל אותן הכלים שכופר ואומר לא נטלתי דהא אפי' בטוען שלי נטלתי ואין לו מגו הנגזל נשבע ונוטל כיון דהוא גזלן ע"פ דברי העדים מכ"ש שהוא ג"כ מודה לדברי העדים שהוא גזלן דהנגזל נשבע ונוטל, ונרא' דאף הש"ך לא פליג אלא לפי מה שסובר דדעת הסמ"ע דאפי' אותן הכלים שראו העדים שנטל אינו נאמן במגו דלקוח וע"ז שפיר הקש' דמה"ת לא יהיה נאמן אבל לענין שאר הכלים שטוען שלא נטל גם הש"ך מודה שהנגזל נשבע ונוטל כשטוען בחובי נטלתי אף כשיש לו מגו דלקוח כיון שגם לפי דבריו גזלן הוא שנטל בחובו שלא ברשות אבל כשהחוב הוא מחמת שכירות וכיוצא שיש לו רשות למשכנו דלא הוי גזלן לפי דבריו ויש לו מגו על זה אין הנגזל נשבע ונוטל ומ"ש הש"ך על הסמ"ע שכתב דלא מהני מגו דלקוח כשאומר שלי נטלתי משום דהוי מגו במקום חזקה דמ"ש מלא ראה דמהימן באומר שלי נטלתי במגו דהחזרתי אף דהוא נגד החזק' (ויש ט"ס שם בס"ק זה במ"ש וגם בטוען שלי נטלתי נרא' דנאמן במגו דלקחתי לכ"ע אפי' היכא דהוי מגו נגד חזקה ודלא כמ"ש הסמ"ע וכו' כצ"ל) נרא' דהש"ך לשיטתו דמשמע מדבריו דכשלא ראה הכלים שהוציא לפני העדים אף באותן הכלים שלא נטל אין הנגזל נשבע ונוטל וכן מורין דבריו בכל הסי' אמנם הסמ"ע נרא' דלא ס"ל כן דלא כתבו הפוסקים דבעינן ראה רק לאותן הכלים שראו העדים שלא להוציאן מידו משום שיש לו מגו ואף דהוא נגד החזק' דקיי"ל

לקמן סי' צ"ט דמלו' שאומר על זה שת"י שהוא של אחרים דא"נ כמגו משום דהוא נגד חזק' דחזק' כל מה שתח"י אדם הוא שלו ועכצ"ל דש"ה משום דאיכא חזקת ממון בהדי מגו משא"כ התם דליכא חזקת ממון אמנם נרא' דבחוטף מחבירו לפני עדים ותבעו לאחר זמן ולא ראו ואומר שלי לקחתי אף דמהני מגו שלא להוציא מידו מ"מ לא מהני מגו להוציאו מתורת חשוד על השבוע' דכיון שבשע' שחטף לפני העדים לא הי' לו מגו ונעש' חשוד כשאומר שלי נטלתי כמבואר בסי' זה דאם לא אמוד דמחרימין כ' ודאי דלא מהני המגו שיש לו אח"כ להכשירו דאלת"ה אף בראה והב"ד מוציאין מידו הכלי ואח"כ יתפוס שלא בעדים ויהי' לו מגו ג"כ יכשר למפרע והא ודאי ליתא ועוד דלית ליה מגו כלל להכשירו מתורת חשוד דהא המגו הוא שיכול לטעון החזרתי ואף אם יטעון החזרתי מ"מ חשוד הוא הגזלן אף שהשיב את הגזיל' חשוד הוא דחבל ישיב רשע גזיל' ישלם ולפ"ז נרא' דכיון דלא מהני מגו להוציאו מתורת גזלן וחשוד ודאי דבאותן הכלים שטוען שלא נטל הנגזל נשבע ונוטל דקנס קנסו חכמים לגזלן שיהי' הנגזל נשבע ונוטל אותן הכלים שטוען שלא נטל כיון דאיכא דררא דממונא במש"ל בס"ק ב' ע"ש אף שיש להגזלן מגו דאלת"ה א"כ אף בראה מ"מ הא אותן הכלים שטוען הנזלן שלא נטל ודאי דלא ראה ויש לו מגו דהי' מודה לדברי התובע והי' טוען החזרתי אלא ודאי דקנסו לגזלן שיהי' הנגזל נשבע ונוטל אותן הכלים שטוען שלא נטל בשלמא בשהיה לו מגו בשעת חטיפ' לפני העדים כגון שנכנס ריקן ויצא טעון כלים וטוען לקוח או שטוען שלי הם ויש לו מגו דלקוח דלא נעשה גזלן לפני העדים כלל אין הנגזל נשבע ונוטל כיון דאין לו דין גזלן כלל לקנסו אבל כשהוא בודאי גזלן קנסוהו שיהי' הנגזל נשבע ונוטל ולא יועיל שום מיגו שיהי' לו אח"כ ומש"ה סתמו הפוסקים וכן המחבר ולא כתבו דבעינן ראה רק בסעיף י"א לענין להוציא מידו הכלים שראו העדים שיש לו חזקת ממון עם המגו ולא כתבו לעיל גבי נגזל נשבע ונוטל דבעינן ראה אלא ודאי דלענין נגזל נשבע ונוטל לא בעינן ראה כנ"ל ברור. ולפ"ז א"ש דברי הסמ"ע דודאי נגד גוף הכלים שלא להוציא מידו מהימן בטענת שלי נטלתי אף שהוא מגו נגד חזקה מ"מ כיון דאיכא חזקת ממון המסייע אמרינן מגו אבל מ"מ לא מהני מגו כזו במקום חזקה שלא יהי' לו דין חשוד וגזלן וכיון שיש לו דין גזלן ממילא הנגזל נשבע ונוטל אותן הכלים שטוען שלא נטל אמנם בהא ודאי עיקר כהש"ך דמהני מגו דלקוח כשטוען שלי נטלתי אף שלא יהי' לו דין חשוד כיון דהי' לו מגו זו אף לפני העדים אבל אם אין לו רק מגו דהחזרתי נראה דלא מהני והנגזל נשבע ונוטל על אותן הכלים שטוען שלא נטל וכמש"ל וכן מסיק התומים וכן

עיקר ומה שהוכיח הש"ך מהך דבקרא הוא תמוה מאד דשאני התם גבי בקרא שהעדים ראו שתפס בע"כ ונראה כגזלן משא"כ הכא דהעדים לא ראו החטיפ' נאמן לומר לקוח:

ד **שהנתבע נשבע היסת.** עש"ך ס"ק י' דס"ל דלא מיקרי חשוד בהכי דאומר שלו נטל או בחובו נטל וכו' ואף דבחוטף לפני עדים ואומר דידי חטף ודאי דנעש' חשוד כיון דלא מהימן לומר דידי חטפתי. מ"מ הכא דמיירי בנכנס למשכן ומיירי בחוב ידוע א"כ אף דלא מהימן לו' חזרתי ממחשבתי ושלי נטלתי מ"מ לא נחזיק אותו יותר ממשכנו שלא ברשות דלא נעשה חשוד דלא משמע לאינשי איסורא בהכי. וכן מוכח מהש"ך ס"ק א' דעיקר הטעם דלא נעשה חשוד משום דלא משמע איסורא בהכי אבל בחוב שאינו ידוע לכ"ע נעשה חשוד באומר שלי נטלתי או בחובי נטלתי כיון דלא מהימן בטענותיו:

ה **הרי זה נשבע שלא גזל.** עסמ"ע ס"ק י"ג עד אם לא שישבע תחלה כו'. פי' אף דאם לא היה טוען לא נטלתי ודאי דהי' צריך לישבע שבועה דאורייתא דהא ודאי לא מיירי לענין שאר הכלים שטוען לא נטלתי דבזה כ"ע מודים דאינו נשבע שבועה דאורייתא דהא אינו מעיד עליהם ולא הוחזק גזלן בעדים ועיקר מחלקותן הוא על אותן חפיצים שמעיד העד שלקח רק שטוען בחובי נטלתי וגם א"ל דמיירי שאין העד יודע איזה כלים נטל רק שמעיד סתם שנטל כלים דז"א דהא אפי' בשני עדים בעינן ראה כמ"ש הש"ך ס"ק ג' ועכצ"ל דהעדים ראו אותן חפצים שמעיד העד שלקח דאל"כ לא משכחת ראה לפ"ז אם הי' טוען לא נטלתי הי' צריך לישבע ש"ד מ"מ כיון דאם הי' שני עדים על החטיפה והוא היה טוען טענה שטוען עכשיו היה צריך שבועה לדעת הטור שהביא הש"ך בס"ק ז' ולא דמי לנסכא דר"א ולא הוי משואיל"מ כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ס מ"ז כיון שהכא מיירי שבעה"ב טוען גנובים ומבואר בסעיף י"א דאם הבעה"ב טוען גנובים אפי' איכא כל הני צררי ריעותא לא מהימן הבעל הבית רק הכא משום שנכנס למשכון הוי כמו הוחזק לגנב ומהימן בטוען גנובים וצריך שבועה כמ"ש הש"ך והסמ"ע ובע"א אפי' אם מודה שגזל לא מיקרי הוחזק לגנב ולא מהימן הבעל הבית בטוען גנובים משום הכי א"צ רק היסת כנ"ל מטעם מחלוקתן. אמנם הש"ך שכתב על הסמ"ע בס"ק י"ג דדבריו נכונים קשה לי הא הש"ך כתב לעיל בס"ק ג' דהמחבר ס"ל דהבעל הבית א"צ שבועה אם כן לא שייך הטעם שכתב הסמ"ע.

ו **מפני שהוא חשוד** קשה לי דלעיל בסעיף א' כתב שני דיעות אי הוי חשוד דכאן סתם דהוי חשוד ואפשר דכאן מיירי במודה שגזל:

ז **ישבע בעל הפקדון.** עש"ך ס"ק ט"ו עד פריך שפיר לימא תיהוי תיובתא דרב"נ דאמאי שקיל כדאמר מזיק הא יכול לטעון השטאה וכו' בקצה"ח תמה דעיקר הקושיא של

הראב"ד מסוגי' דהמניח היא דלהרמב"ם דס"ל בטוען א"י אם חטין אם שעורים נשבע התובע ונוטל הטים כיון שיש דרר' דממונא א"כ בסוגיא דהמניח כשטוען המזיק שמא דהוי כטוען א"י אם חטים אם שעורים היה לו להיות שיהיה הניזק נשבע ונוטל כפי טענתו ובזה לא שייך תי' הש"ך ע"ש ולק"מ דכוונת הש"ך הוא כך כיון דהקושיא מגוף מתניתין דתם ומועד כבר תי' המגיד דניזק שאני ע"ש ברמב"ם רק שהיה קשה ליה דהא הש"ס מדמה לחטין ושעורין משמע דגם בחטין ושעורין הדין כך ע"ש וע"ז מתרץ הש"ך דכיון דטוען משט' על השעורין לא הוי כאומר א"י אם חטים אם שעורים ולא הוי רק כשאר א"י אם נתחייבתי לך וליכא דררא דממונא מש"ה אין התובע נשבע ונוטל החטים אבל כשעומד בהודאתו ואומר א"י אם חטים אם שעורים דמודה לו ודאי באחד מהם ואיכא דררא דממונא ודאי התובע נשבע ונוטל החטים:

ח **טוען גנובים**. עסמ"ע ס"ק ל"ד עד כיון דראה נכנס ריקן וכלים וכו' נראה דלא כתב זה רק לפמ"ש התוס' בשבועות מ"ו בד"ה ובספרא דאגדתא גבי מכיר כליו דלא מהימן בדברים העשויים להשאיל במגו דשאולים משום דהוי מגו להוציא וע"ז כתב הסמ"ע דמ"מ הכא לא הוי מגו להוצי' כיון דראוהו נכנס ריקן וכ"כ הש"ך בסי' כ"ב אבל לפי מ"ש התוס' שם בד"ה בקונט' גרסינן דאפילו בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר שנמצאים בבית אחר לא מהימן לו' גנובים במגו דשאולים משום דלא הוי מגו להוציא ונפקא להו מגודרות וכ"כ הסמ"ע עצמו בסי' שנ"ז ס"ק ג' מוכח דאפי' במקום דלא ראוהו נכנס ריקן לא הוי מגו להוציא והטעם דדוקא בדברים שאין עשוים להשאיל ולהשכיר דבחזקת המוחזק קיימי מיקרי מגו להוציא ומה"ט בדאיכא צדדי ריעותא מהימן לו' שאולים מ"מ לא מהימן לומר גנובים במגו דשאולים והוא מה"ט דהוי מגו להוציא דדברים שאינם עשויין להשאיל בחזקת המוחזק קיימי אבל דברים העשויין להשאיל דאפי' הן ברשות אחר בחזקת מרא קמא קיימי לא הוי מגו להוציא. והנה לפי תי' התוס' דס"ל דבדברים העשוים להשאיל ג"כ הוי מגו להוציא נראה לתרץ דלא תקשה להו מהך דגודרו' דס"ל דהא דצריך לטענת גנובים מגו דוקא כשטוען אתה גנבתם מביתי דכאיסור אתיא לידו מיקרי אחזוקי אינשי בגנבי מש"ה צריך לטענה זו מגו אבל גודרות דבהיתרא אתיא לידו והוא מוחזק בהם וכופר בהם וטוען לקוחי' לא מיקרי אחזוקי אינשי בגנבי ולא צריך מגו כמו בטוען שאולי' והוא אומר לקוחין דג"כ הוי גנב כשאומר לקוחין אפ"ה לא מיקרי אחזוקי אינשי בגנבי כיון דבהיתרא אתיא לידיה ולא צריך מגו (ועש"ך ס"ק כ"ד ויש שם ט"ס וכצ"ל ומ"מ אין שכנגדו נשבע ונוטל ותיבת מש"ה הוא ט"ס וצ"ל ומ"מ):

ט **וי"א**. עש"ך ס"ק כ"ב עד ויש חילוק בדברים שאינן עשויין להשאיל ולהשכיר באדם שהוחזק אגניבה וכו' פי' ויש חילוק בדברים שאינן עשויים להשאיל בין איכא צדדי ריעותא בין ליכא צדדי ריעותא דבדאיכא צדדי ריעותא בדברים שאינן עשוין להשאיל יכול לטעון גנובים באדם שהוחזק אגניבה דגנובי' בעצמו טענה הוא באדם המוחזק בגנבה ואיכא צדדי ריעותא אבל בליכא צדדי ריעותא לא מהימן לו' גנובים כמו שאינו נאמן לאמר שאולי' אבל בדברים העשוים להשאיל דמהימן לומר שאולי' מהימן לומר ג"כ גנובים באדם שהוחזק לגנב במגו דשאולים ואפילו בליכא צדדי ריעותא דלא הוי מגו להוציא וזה הוא שכתב דבדברים העשויים להשאיל דאין חילוק פי' בין איכא צדדי ריעותא בין ליכא צדדי ריעותא אבל באדם שלא הוחזק לגנב אינו נאמן לו' גנובים במגו דשאולין משום דהוי מגו במקום חזקה דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן:

סימן צא

א **שניהם נשבעין**. עש"ך ס"ק ג' עד צריך הישראל לישבע עיין תומים שהקשה דהא ברי של עכו"ם לאו ברי הוא. ולפענ"ד נראה דלק"מ דהא אפי' שניהם ישראלים ג"כ לאו טענה ברי הוא דהא ע"פ נוגע לא מחשב טענת ברי כמבואר לעיל בסי' ע"ה רק עיקר הטעם דהא בב"מ ג' מדמי הא דחנוני על פנקסו לשני' שהפקידו ובסי' ע"ו כתב הש"ך בס"ק ד' דמיחשב טענ' ברי כיון דמ"מ ברי לו שאינו חייב לבין שניהם רק ש' וכו' א"כ ה"נ מיחשב טענת ברי כיון שטוען ברי שחייב רק מנה לא' מהם ולא שני מנים לשניהם ומה שהקשה בספר קצה"ח דהא אין חייב לשלם לעכו"ם מדינא וא"כ דמי להא דס"ב דאין הפועלים צריכין לישבע כשאינו משלם רק תשלום אחד ולק"מ כיון דמ"מ מוכרח הוא לשלם להעכו"ם בדיניהם הוי כמשלם שני תשלומין:

ב **או שמתו פועלים**. עש"ך ס"ק י' עד דא"כ פשיטא כשמתו נשבעין שלא פקדנו ונוטלין עיין תומים שכתב דדוקא כשהכחישו עצמן בב"ד או לפני העדים בחייהם אבל בלא"ה אפי' אם היורשים אומרים שכך ציוה להם אביהם לא מיחשב טענת ברי כיון שלא טען ברי בפני החנוני לא הוי ברי טוב דהא אמר לי אבא לא הוי טענת ברי כמבואר לעיל סי' ע"ה ומ"ש הש"ך דהא פועלים מדינא נוטלין בלא שבועה דהוי כא"י אם פרעתיך ומה"ת יפסידו היורשים ואפשר לומר דטעם הרמב"ם הוא כיון דבעה"ב טוען ודאי שאינו חייב רק מנה אחת לא' מהם ולא שני מנים הוי כטענת ברי לענין זה וכ"כ הש"ך סי' ע"ו ס"ק ל"ד וכ"כ התוס' בב"מ גבי שנים שהפקידו דלא תיקשו לר"ה ולר"י דאמרי בברי ושמא ברי עדיף ע"ש וא"י אם פרעתיך דחייב ג"כ מטעם ברי ושמא כמ"ש בתומים סי'

ע"ה ע"ש וזה מיחשב ברי כמ"ש התוס' לר"ה ולר"י ובהדי' מדמה הש"ס בב"מ דף ג' הא דחנווני על פנקסו להא דשנים שהפקידו. ואפשר כיון שהספק ע"פ פשיעתו נולד חייב כמו שמשני הש"ס שם דהפועלים אומרים. מאי אית ליה וכו' והיינו שבפשיעתו נולד כמו שפי' השיטה מקובצת שם וביורשי החנווני נראה דאם אינו משלם אלא תשלום אחד משלם להיורשים לפ"מ שכתב הש"ך ס"ק י"ב דבחנווני ג"כ טעמא דדינא הוא ולא טעמא דתקנתא משא"כ כשמשלם ב' תשלומין דאז החנווני אינו נוטל מדינא דלא שייך ביה סברת הש"ך דחייב מטעם דברי ושמא ברי עדיף דליכא חזקת ממון כיון שע"כ חייב לשלם ע"ש בש"ך דכשמשלם שני תשלומין לא שייך זה וגם סברא דחזקה שליח עושה שליחותו לא שייך רק כשא"צ לשלם להפועלים אבל בשצריך לשלם להפועלים משום חזקת חיוב דהוי כא"י אם פרעתי הרי יש חזקת חיוב נגד חזקת שליח עושה שליחותו ובמוציא הוצאות על חבירו נראה דאם יש שבח אע"פ שמת המוציא הוצאות נוטל היורש דהר"ן ריש פ' כל הנשבעין כתב דהמוציא הוצאות ברשות חייב לשלם מדינא כיון שיש שבח וזה שייך התם דאינו משלם רק הוצאה שיעור שבח וממילא דאם מת היורשים נוטלים אבל במקום דמשלם ההוצא' אפילו בדליכא שבחא דלא שייך טעם הר"ן ועכצ"ל טעמא דדינא בזה כמ"ש הש"ך ס"ק כ"ג וז"ל דמתחלה הימני' חבירו בשבועה א"כ דמי לנאמנות דסי' ע"א דלדידי' הימניה ולא ליורשים. ועוד דמעיקרא לא הימניה רק בשבועה כמ"ש הש"ך ואפילו בנאמנות מקשו הסמ"ע והש"ך בס"ס ע"א דאומר לא הימניה רק בשבוע' ומה שתירצו התם לא שייך הכא. וכן בסי' ע"ו דחייב לשלם לשניהם אחר שישבעו נרא' דאם מת ולא נשבע דחייב לשלם להיורשי' כיון דחייבוהו לשלם מטעם שפשע דה"ל למידק הרי התשלומין מדינא ואם מת נוטלין היורשים בשבועה ונראה דאם מתו שניה' החנווני והפועלים לדעת הש"ך דס"ל דיורשי פועלים נוטלין ולא יורשי חנוני הדין פשוט אבל להמחבר דיורשי פועלים אינן נוטלין נראה דכיון שמתו שניהם ולא שייך תי' דהש"ס בב"מ דף ג' לדעת הרמב"ם דהא אינו מחוייב לשלם להיורשי' א"כ העיקר דמפקי' ממונא מבעה"ב ויהא מונח וזה דוק' כשהכחישו עצמן בברי דודאי א' מהן רמאי אבל כשלא הכחישו אחד מהן דליכא רמאי וגם לא תבעו שניהם לבעה"ב קודם מותם יחלוקו ואף שכתבו דכשמתו הפועלים אין הבעה"ב צריך לשל' להיורשים היינו דוק' כשלא תבעו הפועלי' והחנווני תובע יש ראי' שנתן להפועלים מדלא תבעו אבל הכא שלא תבעו שניהם הוא ספק השקול ויחלוקו ומ"ש הש"ך כיון שאין להם יורשים כוונתו שהבעה"ב בעצמו הוא היורש ומ"ש שאין היורשים יודעים שהיה פועל כוונתו ומש"ה אינן תובעים והוי כמו שהן במדנה"י:

ג **שהרי אינו משלם אלא תשלום אחד.** עש"ך ס"ק י"א עד דגם להרמב"ם והמחבר צריך לישבע אע"פ שאינו משלם אלא תשלום אחד עכ"ל ונראה דכן עיקר כדמוכח כסעיף ח' גבי קטן ששכר פועלים דהפועלים נשבעין אף דאין משלם החנוני אלא ודאי כשמכחישין זא"ז חייב לישבע אף דאינו משלם אלא תשלום אחד:

ד **וי"א.** עש"ך ס"ק כ"א שהקש' ע"ז מסי' קכ"א ונרא' ליישב דעיקר טעם דיעה זו דאין להפועלים רק היסת הוא מטעם דברי של החנוני לא חשיב ברי לגבי פועלים כיון שהוא נוגע והא דשניהם נשבעים ונוטלין לעיל בסעיף א' הוא מטעם שטענותו של בעה"ב שטוען ברי שאינו חייב רק לאחד מהם חשיב טענות ברי כמש"ל ס"ק א' וב' דדמי לשנים שהפקידו בסי' ע"ו ואף דבב"מ ג' דאמר הש"ס הטעם שפועלים מצי אמרי מאי אית ליה וכו' הא פי' שם בשיט' מקובצת הטעם משום שפשע וא"כ טעם זה אינו מועיל רק לענין חיוב תשלומין אבל שבוע' צריכין כמו בשנים שהפקידו בשני כריכות או בא' שהפקיד ואינו יודע איזהו דג"כ פשע ומחוייב לשלם ומ"מ צריכין שניהם לישבע במבואר בסי' ע"ו ע"ש משא"כ הכא דהחנוני אינו נוטל ואינו חייב להחנוני כלום לא הוי שוב טענת בעל הבית נגד הפועלים טענת ברי משא"כ שבועת היסת כיון שחזק' שליח עושה שליחותו הוי כמו רגלים לדבר דיכול להשביעו היסת כמבואר בסימן ע"ח סעיף י"ז בהג"ה והשתא ניחא הא דסי' קכ"א כמ"ש התומים דשם כיון דאית ליה לשליח מגו דנאנסו לא הוי נוגע והוי כטענת ברי ע"פ השליח והוי עד הצריך שבוע' מש"ה נשבע ונוטל משא"כ הכא דמיירי שנתן להשולחני מעות להחליף שיתן מעות אחרים להפועל א"כ לית ליה מגו דנאנסו ומגו דהחזרתי לית ליה כיון שאמר תנו דהוי כזכי והוו נוגע בשאומר פרעתי להפועל ולא הוי כטענת ברי מש"ה א"י להשביע שבוע' חמורה רק ש"ה אחר הפירעון דאז הוי כטענת ברי מטעם שכתבתי ודין מעמד שלשתן יבואר בעז"ה לקמן סי' קכ"ו:

ה **נשבע התובע ונוטל** עש"ך ס"ק כ"ב דמסיק דהוא שבועה בנק"ח מטעם דליכא גביה חזקה שליח עושה שליחותו דמה בכך שעשה שליחותו מ"מ הא לא ידע כמה הוציא וקשה מהא דסעיף ז' דנוטל בלא שבוע' ונרא' הטעם פשוט דכיון דטרח הוי כבן הבית הנו"ן בנכסי חבירו וכשליח שצריך שבועה חמורה התירא ולקמן סי' צ"ג סעיף ד' דשם בהג"ה משם לכאן ורומז למ"ש משא"כ בסעיף ז' דלא טרח רק שציוהו ליתן לפלוני:

ו **דהא ידע.** היינו במקום שהדין הוא שנאמן ליטול מחויב לישבע קודם שנוטל כשחבירו אינו יודע והא דבסעיף ז' נוטל בלא שבוע' נרא' דכל זה שכתב הרב בהג"ה אינו רק במקום דלא פשע במה שא"י שא"א לו לקצוץ ההוצא' אבל בסעיף ז' שהי' יודע

שכר המגיע לפועלים ולא קצץ ופשע בעצמו במה שאינו יודע ואפסיד אנפשיה וכמ"ש הט"ז שם מש"ה נוטל בלא שבועה:

ז **נשבע ש"ה שלא ציוהו.** עש"ך ס"ק כ"ו דחולק על המחבר ופוסק דאין כאן שבועת התורה ולא שבועת היסת דהוי שבועה על שבועה. ולפענד"נ עיקר כהמחבר וגם נראה דאף הש"ך מודה בזה ואין כאן מחלוקת כלל דהר"ן פ' שבועת הדיינין בסוגיא דמלוה על המשכון כתב וז"ל בתובע חמשין דהלוא' וחמשין דחבל' ועדיין לא נשבע הנחבל והנתבע כופר בכל אע"פ שהתובע נאמן בשבועה בנ' דחבלה הנתבע פטור וכו' דלא הוי רק גורם לממון דמי יימרדמשתבע אבל לאחרשנשבעעלחבלתו ועדיין עומד בטענתו בחמשין דהלואה ונתבע כופר מסתברא דחייב מדר"ח קמייתא וה"נ אנן סהדי דחמשין דחבלה אית ליה גבי' כיון שנשבע אע"פ שבשעת תביעתו לא הי' עדים במקצת וחזינן לעיל שכל שיצאת הודאה מפי הנתבע בפטור אע"פ שאח"כ בא לידי חיוב פטור ש"ח שעל הודאתו אתה מחייבו וכבר יצאה בפטור משא"כ כאן על העדא' עדים אתה מחייבו ומה יעשה זה שבתחלה לא הי' עדים ואח"כ באו עדים ונחבל נמי כשנשבע הרי אנן עדיו עכ"ל הר"ן הרי כ' הר"ן בהדי' שאע"פ שבשעת תביעה עדיין לא נשבע מ"מ אם נשבע אח"כ הוי מודה במקצת ואף שהש"ך בסי' פ"ו ס"ק י"ג כתב דוקא שנשבע כבר אבל אם רוצה לישבע עכשיו לא הוי מודה במקצת במחילה מכ"ת ראה אמצע דברי הר"ן ולא ראה סופן וכ"כ בקצה"ח סי' פ"ז והוא פשוט ונכון. ולפ"ז נראה דה"נ דכוותיה דאם תובע החנוני לבעה"ב ואומר אתה צוית ליתן והבעה"ב כופר ועדיין לא נשבע החנווני שנתן להפועלים ודאי א"י להשביע להבעה"ב לא ש"ד של מ"מ ולא ש"ח דלא הוי כפירת ממון רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע כמ"ש הר"ן גבי נחבל אבל אם החנווני רוצה לישבע עכשיו או שכבר קפץ ונשבע החנוני שנתן לפועלים והבעה"ב עומד בכפירתו שלא ציוהו והחנוני עומד בתביעתו ודאי דצריך הבע"ה לישבע שלא ציוהו דכפירת ממון גמור הוא דהא אם יודה שציוהו מחוייב לשלם ממון כיון שכבר נשבע החנוני דכמו שההודאה בענין כזה כשכבר נשבע הוי הודאת ממון כמו כן הכפירה אחר שכבר נשבע הוי כפירת ממון וכל הפוסקים והש"ך מודים לזה והא דלא חילק הש"ך בכך דאזיל לשיטתו במ"ש בסי' פ"ז בשם הר"ן דכל שלא נשבע אף שרוצה לישבע אחר התביעה לא הוי כפירת ממון וכבר כתבתי דנשמט ממנו סוף דברי הר"ן שכתב דהוי הודא' ממון בכי האי גוונ' ה"נ בכי האי גוונא הוי כפירת ממון ולא אמרי' דאין שבועה על שבועה רק כשאפי' יודה הנתבע לא יתחייב הנתבע רק שבועה כגון בתבעו שותפי אתה והלה כופר שאפי' אם יודה אין לו עליו רק שבועת השותפות זה הוי שבועה על שבועה אבל שבועה שעל התובע וכבר

נשבע התובע הוי כפירת ממון רק בע"א הדין אמת דאין עליו שבועה בכה"ג דכללא הוא כל שאין שנים מחייבים אותו ממון רק ע"י שבועת התובע אין ע"א מחייבו שבועה וכיון דאפי' אם הי' שני עדים בכאן שציוהו ליתן לא מתחייב ליתן רק ע"י שבועת התובע אין ע"א מחייבו שבועה ואין עליו דין עד אחד לחייבו שבועה ואפי' כבר נשבע החנוני שנתן לפועלים אינו מחייב שבועה ע"י העד דכל שאין שני עדים מחייבים ממון בדיבורם לבד רק בצירוף שבועת התובע לא מצרפין שבועת התובע להגדת ע"א לחייבו שבועה משא"כ לענין מ"מ כל שיש כפירה והודאה שהיא של ממון חייב שבועה ואף שמעיקרא הי' כפירה והודאה שאינה של ממון מ"מ כיון שאח"כ בשנשבע התובע ונעשה הכפירה וההודאה כפיר' והודאה של ממון חייב שבועה כמש"ל בשם הר"ן ובתומים כתב לתרץ דסובר כיון דתשלומין של החנוני היא מדינא והשבועה היא רק תקנות חכמים הוי כפירת ממון ואחריו דרך בקצה"ח אמנם כבר כתבתי לעיל דאף למאן דס"ל דתשלומין של החנוני הוא מדינא הוא דוקא כשאינו משלם רק תשלום אחד ומטעם שכתב הש"ך דלא הוי חזקת ממון כיון שע"כ מחויב לשלם תשלום אחד אבל כשמשלם שני תשלומין כולי עלמא מודי דתשלומין של החנוני הוא רק מצד תקנה כיון דחו"ל נגדו כאומר א"י אם נתחייבתי לך ומה"ט אינו משלם ליורשי החנוני כמש"ל רק כשכבר נשבע החנוני התשלומין מדינא כמו יורד ברשות דלא הימניה רק בשבועה:

ח **לחנוני קצבה**. עמש"ל סעיף ג' בהג"ה וכדין קטן ששכר פועלים עמש"ל סעיף א':

ט **והולכתם לתוך ביתך** עש"ך ס"ק ל"ג עד ולענין דינו של הרי"ף והרמב"ם וכו' עד כל דאלים גבר וכו' ולכאורה קשה דדין דאלים גבר לא שייך אלא בהאי אומר דידי והאי אומר דידי אבל הכא ממ"נ במאי מיירי אי בשכבר עשה אחד מדרכי הקנין א"כ אף המוכר מודה שהפירות הן של הלוקח ואינו תובע רק כדינר ואי כשלא עשה אחד מדרכי הקנין רק הלוקח קצת מוחזק מטעם כיון שהמוכר כבר מדדן לצורכו מ"מ לא שייך דין כל דאלים גבר בזה כיון שהלוקח ג"כ מודה שהפירות הן של המוכר כיון שלא קנאו בא' מדרכי הקנין וכן הקשה בקצה"ח לכן נראה הטעם דבא"ע סי' ק"כ כתבו הח"מ ס"ק ה' והב"ש ס"ק ג' דאם נתן לו הגט כהקפה אע"ג דלא שילם לו אח"כ לא הוי הגט גזל בידה אבל אם נתן לו על מנת לשלם לו מיד הוי גזל בידה כשלא שילם לו ע"ש מוכח מזה דהמוכר לו על מנת לשל' לו מיד לא אמרי' דהמעות הוי רק בחוב עליו רק גוף החפץ הוא של המוכר כשאינו משלם לו וכן הוא בהדיא בשיטה מקובצת בבא מציעא דף ע"ז בד"ה הא דעייל ונפק ובתוך דברי הרי"ף בתשובה וז"ל אמנם אם שום אחד אינו רוצה לחזור בו והמוכר קיבל מקצת דמי' והוא דוחק לקבל השאר והקונה אומר איני רוצה

שימתין המעות לא נגמר המקח לא בכולו לא במקצתו אלא בפריע' וכו' או שיקבל ע"ע להחליט לו עתה המכר ויזקוף עליו השאר בחוב וכו' א"כ ה"נ כשהחנוני אומר שמכר לו הפירות ע"מ שיתן לו הדינר מיד ולא נתן לו ממילא גוף הפירות הן של החנווני ולפי דברי בע"ה שנתן לו הדינר הפירות הן של בעה"ב והוי ממש כהאי אומר דידי והאי אומר דידי דיש לדון בזה כל דאלים גבר רק דהש"ך דחה אותו מטעם שיש להחנווני חזקת מרא קמא ונראה דמיירי אפי' כשיש עדים שעשה אחד מדרכי הקנין ומ"ש דאילו הי' החנווני מוחזק דנשבע היסת עכ"ל אף שכבר עשה הלוקח אחד מדרכי הקנין ותובע הדינר והפירות הן ברשותו לא דמי למלוה על המשכון דנשבע בנק"ח מטעם שכתבתי דלפי דברי החנוני שלא נתן לו הדינר והפירות הן שלו לגמרי והוי ככופר הכל דאין עליו רק שבועת היסת. ובקצה"ח כתב דדמי להא דסי' ק"ה כשיש עדים שהוא מזה העסק שנוטל מיורשים בלא שבועה דבסחורה שמכר בהקפה דימה אותן הב"ח לענין בורח לעסק ידוע מש"ה ה"נ בחנווני שהפירות דמי לעסק ידוע נוטל בלא שבועה ול"ד להדדי כי עוכלא לדנא דשם בסי' ק"ח אפי' ש"ה אין צריך דכיון שהעסק בעין ודאי לא פרע לו אביהם ועדיף מתוך זמנו אבל ודאי אם מכר לו סחורה בהקפ' והסחורה הוא משכון תח"י וטוען פרעתיך נשבע בנק"ח כשאר נשבע על המשכון והכא בחנוני דאינו נשבע בנק"ח הוא מטעם שכתבתי וז"ב ולענין דינא כבר חלקו האחרונים על הש"ך הח"צ בהגהת הט"ז והתומים והעיקר כמו שמסיק המחבר והרב בהג"ה להלכה כהרי"ף והרמב"ם ולא נשאר שוב מקום עיון ופילפול בהדיני' של שאר פוסקים דכל שאינו מונח ברה"ר רק ברשות החנווני והחנווני תובע הדינר נשבע החנווני היסת ולפמ"ש נראה דאפי' יש עדים שעשה הלוקח קנין בהפירות מ"מ המוכר נשבע היסת דכשלא נתן המעות מתבטל המקח כיון שמכר לו במזומן ולא נתן לו כמ"ש הח"מ באה"ע סי' ק"כ ומוכח מדבריו שם דכל שמוכר לו במזומן הדין כך ומה שמסיים הח"מ שם דאם מכר לו ע"מ לשלם מיד וכו' אין הכוונה שאפי' בתנאי מפורש כדמוכח בריש דבריו שם דאפי' מכר לו סתם במזומן ולא נתן הגט גזל בידה ומה שמסיים שם מכר ע"מ לשלם מיד הכוונה שמסר לו באופן שישלם מיד אף שלא פי' בדיני תנאי רק כשמוכר בהקפה אף שקבע זמן ולא שילם לזמן לא נתבטל המכר כדמוכח שם כיון שכבר זקף עליו במלוה המעות וכן ברישא כשהפירות מונחים ברשות הרבים שהלוקח נשבע ונוטל נראה דאפילו לא עשה הלוקח אחד מדרכי הקנין מדלא חילקו הפוסקים. (ועש"ך בפירושים שהביא ויש שם ט"ס בד"ה והטור כתב וכצ"ל ומודה לי' דבין דלא ישבע בעל הבית וכו' אמר שם והתוס' והרא"ש לא גרסי בזמן שהפירות צבורין ומונחים כמ"ש הרי"ף והרמב"ם וסייעתם וכו'

ובד"ה אך גם על פי' זה וכו' יש ט"ס וכצ"ל ועוד דא"כ ל"ל לש"ס לעשות צריכותא וכו' ובד"ה ואפשר דאף התוס' בשם ר"ת ג"כ יש שם ט"ס וכצ"ל לא פליגי על כל הנך דינים שכתבתי ותיבת אבל ט"ס וצ"ל אכל וכו'):

סימן צב

א **אחד שבועת העדות.** עש"ך ס"ק א' מה שהקשה על הסמ"ע ועמש"ל סי' ל"ד סעיף ה' ומתוך מ"ש שם נתיישב זה ע"ש:

ב **ספק מלוה ישנה.** בתומים הקשה מהא דהן הן שלוחיו והן הן עדיו בקידושין והוא לקמן סי' קכ"א דנאמן מטעם מגו דאי בעי אמר החזרתי ללוה נאמן ג"כ לומר נתתי למלו' ולפ"ז קשה דמאי מגו הוא זה הא לא חשיד אממונא רק דאמרי' דספק מלוה ישנה א"כ י"ל דשמא יש לו ספק מלוה ישנה על המלו' ולא על הלוה ולכך מוכרח לומר שנתן להמלוה ולפענ"ד לא קשה כלל דהא שם ע"כ הנאמנות לאו מטעם מגו הוא דאי מטעם מגו א"כ קשה טובא חדא דהא משמע שם ג"כ דאם נעשו שלוחים להלות להלוה דנאמני' ג"כ מטעם מגו זו דהא קתני סתמא וכן בדיני ממונות דמשמע בכל דיני ממונות נעשו עדים ואם היה מטעם מגו הא מגו להוציא לא אמרינן ועוד קשה מה מגו הוא זה הא כל מגו אינו רק לטענה מעליותא כדאמרינן בכתובות י"ג מגו דמוכת עץ דיש לה מאתים או דלא פסל' נפשה מכהונה וא"כ הכא דאין להם שום נ"מ בין שיטענו שנתנו למלוה או ללוה מה מגו הוא זה ועוד דמסיק דהאידנא לא הוי עדים משום דהוי עד הצריך שבועה מה בכך מ"מ יהיו נאמנים מטעם מגו ועוד דאי מטעם מגו ל"ל שני עדים אפי' הוא עד א' אפי' הוא קרוב או פסול יהיה נאמן במגו אלא ודאי דלאו מגו הוא כלל מטעם שכתבתי דהא לאו טענה מעליותא הוא רק עיקר סברת הש"ס הוא שהן נאמנים מטעם עדים רק שהיה קשה להש"ס שמא מעידין עדות שקר בשביל הנאתן שרוצין להחזיק ולגנוב המעות לעצמן וע"ז משני הש"ס דיש להם מגו פי' דלאו נוגעין הן דאם היה רוצין לגנוב המעות לעצמן לא היו מעידין משום זה עדות שקר רק היו אומרין שהחזירו להלוה כדי שלא יעברו על לאו דלא תענה דהא ודאי אם אמרו ביום פ' נתננו לחמלוה המעות והוזמו היו לוקין משום לאו דלא תענה או היו משלמין משום כאשר זמם דודאי בני הזמ' הן דהא משום עדות הן נאמנים והרב' פוסקים ס"ל דבעינן עדות שאתה יכול להזימה גם בממון ולזה אם היו רוצין לגזול הממון לעצמן ודאי דלא היו מעידין עדות שקר רק היו אומרים החזרנו למלו' ולפ"ז ל"ק ג"כ קושית התומים שהקש' דילמא יש להם ספק מלו' על המלוה ולא על הלוה דזה אינו דהא עיקר הטעם במה דאמרי' בש"ס ב"מ ו' דפרשי

אינשי מספק שבועה ולא מספק ממון משום דממון איתא בחזר' משא"כ בשבועה וכ' בשיטה מקובצת שם דבריבית דלא מתקן לאו בחזר' דשוב אין לחלק בין ממון לשבועה ע"ש וא"כ ה"נ הא אפי' יש להשליח מלוה ודאי על המלוה לא נפטר הלוה כמבואר לקמן סי' קכ"ח סעיף ג' ומכ"ש כשיש לו רק ספק מלוה ותופסו בשביל ספק מלו' דלא נפטר הלוה ומחיוב לשלם מיד ממון אחר וכשהעדים אומרין עדותן שנתנו להמלוה ופוטרין הלוה בעדותן מעידין עדות שקר ועוברין על לאו דלא תענה ודלא מיתקן לאוי בחזרה ודמי לספק שבוע' וא"כ אמרי' אפי' יש לו ספק מלוה ישנה על המלוה לא הי' מעיד עדות שקר דליתא בחזרה רק הי' אומר החזרתי ללוה והי' תופס הממון עד שיתוודע ספיקו דפרשי אינשי מעדות שקר יותר מגזל ממון וכיון שמעידין לפטור הלוה ע"כ אמת הוא וא"ש ולפ"ז ל"ק ג"כ קושית חתומים בכללי מגו סי' קל"ח שהקשה על המהרי"ט שפסק דלא אמרי' מגו מגברא לגבר' והקשה בתומים שם מהא דסי' קכ"א בשליח נעשה עד מטעם מגו שהחזרתי ללוה אף דהוי מגו מגברא לגברא וכן מהא דאבימי בכתובות והוא לעיל בסי' נ"ח ולפמ"ש לק"מ ול"ד זה לזה כלל דהתם לאו מטעם מגו אתינן עלה דהא חזינין דאפי' במקום דבעלמא לא אמרי' מגו כגון מגו להוציא הכא אמרי' וכן בכמה ענייניים דלא אמרי' ובזה אמרי' כמש"ל רק דלאו מטעם מגו אתינן עלה ונאמנות שלהן לאו מטעם מגו רק מטעם עדות רק דיש חשש שמא מעידין משום שרוצים לגנוב המעות לעצמן וכיון דיש להם אופן שהיו יכולים לגנוב המעות מבלי להעיד עדות שקר ודאי דלא היו מעידין עדות שקר וכשמעידין באמת מעידין ובאמת אם לתובע אם לנתבע יש להן מגו מגברא לגברא לא אמרי' ומה שהקשה עוד בתומים מעובדא דגינאי בגיטין והוא לקמן סי' קכ"ו וכוונתו ממה שנאמן שם לו' טעיתי במגו דהחזרתי לא הבינותי דלפענ"ד טעות נזדקר לפניו דהוא סבר מגברא לגברא הוא שמכחיש עכשיו לאיש זה ובטענה שיכול לטעון הי' מכחיש לאיש אחר אבל באמ' הכונה הוא כמגו מגברא לגברא שבטענה של עכשיו גוזל ממון של איש זה ובטענה שהיה יכול לטעון גוזל ממון של איש אחר מגו כזה לא אמרי' ולא קשה שוב מהני גינאי דשם היה מתנה במעמ"ש וקנאו המקבל ובין אם יטעון טעיתי ובין שיטעון החזרתי גוזל הכל לאיש א' והוי מגו בחד גברא כנ"ל ברור ועיין תומים שכתב בשם הר"ן דכשמחל לו מקודם כל התביעות שיש לו עליו שוב לא שייך לומר שמא ספק מלוה ישנה וכ' דלפ"ז צריך ליזהר באיש שיש לו פטורים משאר תביעות ויש לו משכון או שאר נשבע ונוטל דא"צ לישבע ולפע"ד נראה דלית' דהא מ"מ י"ל שמא הוא מסופק בטענ' זו עצמה שטוען הנתבע כגון שטוען פרעתיך והתובע מכחיש י"ל ששכח ומסופק לכך טוען בברי ער שיזכור ושם בב"מ לא

מצי אמר כך דשם קאי על השבוע' שתיקנו משום שלא יהי' כל א' הולך ותוקף דמשו' שנים אוחזין דאומר בדדמי לא תיקנו שבועה רק משום חשש שלא יהי' תוקף במזיד עכצ"ל משום ספק מלוה ישנה משא"כ הכא וגם גוף סברת הר"ן קשה לי דמה בכך שמחל לו כל תביעות הא מ"מ אם הי' יודע שבשעת מחיל' שכח מחוב א' ודאי דמחילה בטעות לא הוי מחיל' רק שאינו נאמן לטעון שבטעות הי' ואם הוא בעצמו יודע ודאי דיכול לתפוס ולטעון בב"ד שלי הן דהא כשיש לו מגו נאמן ואפשר דהר"ן ס"ל מחיל' בטעות הוי מחיל' ולפי מאי דקיי"ל דמחיל' בטעות לא הוי מחיל' לא שייך סברא זו מטעם שכתבתי ולכן אין צריך ליזהר בזה כלל כנ"ל:

ג **לפיכך אם טען בעל הפקדון.** עש"ך ס"ק י"ב עד מ"מ חייב לישבע ש"ד שלא אכלו וא"י לישבע לפי שהוא חשוד לפיכך שכנגדו נשבע ששלח בו יד וכו' אף דהשבוע' המוטל על השומר הוא רק שלא אכלו שבזה טוען השומר ספק וא"כ מה"ת יהיה שכנגדו נשבע שבוע' ששלח בו יד כיון דשבועה זו לא הי' מוטל עליו כלל כיון שטוען שכנגדו ברי. נרא' כוונתו דכיון שיש עליו שבוע' שלא אכלו ממילא נתחייב ג"כ לישבע שלא שלח בו יד ושלא פשע מצד גילגול דנהי דאינו חייב לישבע שבועת שומרים כשטוען ברי מ"מ מצד גילגול מחויב לישבע וכיון שהוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל ומה שכתב הש"ך על הטור שכתב הדין גם כן בטוען ברי שאכלו וז"ל דמ"מ צריך לישבע שלא שלח בו יד משעה שהופקד אצלו עד שנאבד וכו' והוא תמוה מאד דהא מבואר בסי' רצ"ד דשבוע' שלא שלח בו יד הוא רק גילגול שבוע' וכיון שאין על השומר שבוע' שלא פשעתי ושאינו ברשותו כיון שהלה טוען ברי ממילא אין עליו ג"כ שבוע' דש"י וכן תמה בקצה"ח ולכן נרא' לפענ"ד דט"ס יש בש"ך דהא כמו שהשומר מחויב לישבע שלא שלח בו יד משעה שהופקד עד שנאבד כמו כן צריך לישבע שלא פשע משעה שהופקד עד עד שנאבד דנהי דהמפקיד טוען ברי שאכלו והנפקד טוען ברי שנלקח בלסטים מזוין בפני הבעל הבית מ"מ יש לחוש דילמא פשע בו מקודם כגון שהראהו מקודם להליסטים מזוין או כיוצא בו שעשה בו איזה פשיע' שבא האונס הזה מחמתו ולהטור העיקר שבוע' היא ג"כ שלא פשע וכו' וכן בסיום דבריו צריך לגרוס אצל תיבות שליחות יד גם תיבת פשיע' אי נמי אפי' אין שם ט"ס מ"מ כוון לזה והוא נשמע ממילא כיון דצריך לישבע שלא שלח בו יד קודם שנאבד ממילא צריך לישבע ג"כ על הפשיע' שמקודם שלא עשה איזה פשיע' שבא האונס מחמתו אמנ' כבר כתבנו בסי' ע"ב שהעיקר דאפילו כשהמפקיד טוען ברי חייב שבועת השומרים ועי"ש:

ד **ששטר מקוים בידו.** עש"ך ס"ק י"ד בד"ה גם בעיקר הדין שכלל חנוני על פנקסו וכו' ועמש"ל סימן צ"א דדוקא כשאין משלם רק תשלום אחד התשלומין של החנוני הוא מדינא אבל כשמשלם שני תשלומין כ"ע מודים שהתשלומין של החנונים הוא רק מהתקנ' ואינו משלם ליורשי החנוני וא"כ ה"נ אינו משלם להחנוני כשהוא חשוד כשמשל' שני תשלומין:

סימן צג

א **בטענת שמא.** ודוקא בטענת שמא אבל בטענת ברי כיון שיש להנתבע חזקה דאין אדם מעיז אינו יכול להשביע שבוע' חמור' רק השבועת היסת אם לא שיש לו עליו שבועות השותפות מכח טענת שמא יכול לגלגל ג"כ אטענת ברי כדמוכח בסעיף י"ב ואף דשבועת השותפין הוא שבוע' המשנ' מ"ח כשיש הפסד בקרן וטוען שע"י גניבה או פחת ע"י שנרקב יש עליו ש"ד שבוע' שומרים ואם טוען שנתן בהקפ' ולא הי' יכול לגבות' מחויב להראות שטר דאין לו ליתן בלא שטר ועדים ואם נתן רשות להקיף בלא שטר מ"מ נשבע שנתן בהקפ' כמו בסי' רצ"א סעיף כ"ג שהשומר מחויב לישבע שנתן לאמו אף שיש לו רשות ליתן לאמו ונ"מ בין ש"ד לשבוע' דרבנן אם טוען א"י או שאינו רוצה לישבע דבש"ד משלם ואם טוען היזק בדבר שיכול לברר ע"פ עדים נראה דאינו נאמן בלא עדים כמו בסי' רצ"ה סעיף ג':

ב **מגו לאפטורי משבועה** עיין סמ"ע וש"ך ועמש"ל בכללי מגו:

ג **אלא כשבא ליטול.** הטעם מבואר כפוסקים דס"ל דלא שייך שבוע' רק בבן הבית שעוסק תמיד אבל בשליח שהוא באקראי בעלמא אינו נשבע רק כשבא ליטול דהיינו שציוה לו לקנות במעות שלו ועכשיו אומר שקנה בכך וכך ובא ליטול דאז מחויב לישבע כמה נתן כמו בציוה לו להשביח שדה דנשבע ועש"ך ס"ק ח' ויש שם ט"ס וכצ"ל עסי' צ"א ס"ק ל' ודו"ק במ"ש באם הפועלים בכאן משתבע וכו' כוונתו להקשות דשם בלא נתן קצבה א"צ לישבע כשאין מכחישין ומ"ש כאן דצריך השליח לישבע כמה הוציא והוא ג"כ קו' הש"ז שם ועבמ"ש הט"ז ליישב קו' זו והנה אף שהביא כאן ב' דיעות אי צריך שבוע' במקבל עיסקא מ"מ פוסקין כממרמות הנעשין ע"צ ה"ע שבוע' דתקנת מור"ם הי' כך בוועקסלין שנעשו עצה"ע להשביע כשטוען לא הרוחתי:

ד **תנאי הי'** מ"ש בספר קצה"ח דנאמן לו' תנאי הי' בינינו שאפטר משבועות ודאי ליתא:

ה **ולא ישלם שמעון כלום.** נראה דדוקא ככה"ג שלא נעשה שמעון לזה כלל על המעות רק שהשכר והפחת הוא לאמצע מטעם שהחלק המועט מרויח ומפסיד כמו חלק המרוב'

כיון שהחלקים מצורפים יחד כמ"ש הסמ"ע בסימן קע"ו ולא נעשה לוה רק לאחר שנפחת וכיון שא"י אם נפחת הוי כא"י אם נתחייבתי לך אבל כמקבל עיסקא שנעשה תיכף בקבלת המעות לוה על חצי המעות שהעיסקא פלגא מלוה מש"ה אפילו אם הסחורה נפסד כיד הנותן והמקבל א"י נשבע הנותן שנאנסת והמקבל חייב לשלם החצי שהחלק המקבל הוא כפקדון ביד הנותן ונאמן עליו הנותן בשבועה שנאנסת והמקבל הוי כא"י אם פרעתיך וכן ראובן ושמעון שהטילו לכיס בשוה והסחורה מקצתה ביד ראובן ומקצתה ביד שמעון ונאנסה הסחורה שביד ראובן נאמן ראובן בשבועה שנאנסה וחולקין הסחורה שביד שמעון שחלק הסחורה שביד ראובן הוי רק כפקדון ביד ראובן ונאמן עליו בשבועה שנאנסו וכן אם ראובן הטיל יותר לכיס בתורת הלואה לאו בתורת עיסקא נשבע ונוטל ואח"כ מצאתי בקצה"ח סי' קע"ו שכתב כן ויתבאר שם:

ו **חולקין אותו בשוה**. ודוקא בכה"ג שלא נתן לראובן המעות שיהיה לו חלק בסחורה לפי ערך המעות וכשנפחת ר' זהובים נתחייב שמעון לשלם מביתו ק' והסחורה נשאר מחצה בחזקת ראובן ומחצה בחזקת שמעון דכיון שהסחורה מקצתה באחריות שמעון הוי כאלו הוא בחזקתו דכל שהוא באחריות ולענין הפסד מיקרי שלו וכן הדין לענין ריבית בי"ד דכל שהוא באחריות שלו הוי כהלואה וה"נ מיקרי מוחזק על המחצה מטעם זה מש"ה חולקין בשוה אבל כשנתן ראובן המעות שיחלקו הריוח וההפסד לפי ערך המעות אז הסחורה הנשאר הוא בחזקת ראובן ושמעון ג"כ לפי ערך המעות וחולקין עצמן לפ"ע המעות:

ז **לוי כבר נפטר בהודאת שמעון** ולכאורה הוא תמוה מאוד דממ"נ במאי מיירי אי השטר ביד שמעון ויש לו מגו דאי בעי קלתי' אפי' אי מפורש בהשטר שהוא ממון השותפות נאמן אפי' לגבי עצמו במגו כמו בסעיף י"ג באם היה בידו כדי החוב וכן מוכח בסי' ק"ח סעיף ה' ואי מיירי שהשטר ביד ראובן דלית ליה מגו ג"כ קשה ממ"נ אי ידוע שהוא מממון השותפות אפי' לגבי לוי אינו נאמן כמו דמוכח בסי' ע"א סעיף כ"ג ואי אינו ידוע שהוא מממון השותפות אפי' לגבי עצמו נאמן כמו שנאמן לגבי לוי במגו דאי בעי היה אומר שהשטר כולו שלו. אמנם נראה דהנה לדעת הרמב"ם שהוא בעל דיעה זו א"ש בפשיטות דהמחבר פסק בשמו בסי' ס"ו סעיף י"א מי שהוציא שטר וטוען שחבירו מכרו לו בכתיבה ומסירה וכו' אין צריך עדים לענין קנייתו אבל צריך עדים לענין תביעתו וכו' עד אם הודה לוי שפרעו משלם לראובן ולפ"ז א"ש הכא דכיון שראובן אומר שהשטר הוא מממון השותפות וחשטר בידו נאמן במגו דלקוח לענין שכשמודה שמעון ללוי שנפרע שחייב לשלם לראובן כמבואר שם סי' ס"ו לענין אם טוען לקוח אבל נגד לוי אינו נאמן

ראובן לומר שהוא מממון השותפות וכמו שאינו נאמן לטעון לקוח ואף שמבואר שם דאם טען לוי שלא מכר דפטור מלשלם וכן אם הורה לו שמכר וטוען שנפרע קודם נאמן במגו כמבואר בש"ך שם נראה דאם טוען דנפרע אח"כ והחזיר לראובן דאינו נאמן מטעם דא"כ השטר בידו מאי בעי וכמו שאין הלוה נאמן לומר פרעתי ולא קבלתי השטר מטעם שטרך בידך מאי בעי ה"נ אינו נאמן המוכר לומר שהחזיר הפירעון ללוקה מטעם זה אם כן ה"נ אין שמעון נאמן לומר פרעתי והחזרתי לכיס כיון שהשטר עדיין ביד ראובן. ואולם הר"ב שלא הגי' משמע דס"ל כהמחבר ואי אפשר לתרץ כנ"ל דהא הרמ"א מסיק שם להלכה דאף לענין קנייתו אינו נאמן וגם יש להקשות דלהימין כמגו כשטוען שפרעו אח"כ במגו שהיה טוען שפרעו קודם לכן נראה דהנה בסי' ס"ב מבואר באחד מן האחין שנושא ונותן בתוך הבית ושטרות עשוים על שמו ואו' שלי הם עליו להביא ראיה ואם מת על האחין להביא ראיה ע"ש בסמ"ע הטעם וידוע דלבע"ח וללקוחות טענינן כמו ליתמי מש"ה כשמודה שמעון שנפרע הרי הבע"ח דומה ללוקח כמ"ש הש"ך בסימן פ"ו ס"ק ה' וס"ק ז' מש"ה נפטר לוי שטענינן ליה שהשטר הוא של שמעון כיון שעשויות על שמו ואינו מבורר בשטר שהוא מממון השותפות כמו במת אבל נגד ראובן אין שמעון נאמן אף על פי שעשוית על שמו כיון שהוא נו"ן ועיין תומים בסימן ס"ב דמסיק שם דאין חילוק בין האחד נו"ן בין שניהם נו"ן ולדעת הש"ך שם סימן א' דאפי' אית לי' מגו אינו נאמן כשהוא נו"ן אם כן הכא אפילו השטר ביד שמעון דאית ליה מגו ג"כ אינו נאמן וחייב לשלם אך דהרמ"א באה"ע סי' פ"ח מסיק דבאית ליה מגו נאמן מיירי הכא ע"כ כשהשטר ביד ראובן משום הכי אינו נאמן וחייב לשלם ולא דמי לדלקמן סימן ק"ח סעיף ח' דאינו חייב לשלם דשם כיון שנאמן מכח מגו משום הכי פטור כשיש עדים בדבר מה שאין כן הכא ומיירי הכא שהן שותפין בכל עסקיהם ואפשר דאפי' הם שותפים בעסק מיוחד אם ידוע שהחוב הוא מעסק הזה ומהחנות המשותף דדומה לשותפין בכל עסקיהם מש"ה א"נ לומר שהיה לו מעסק הזה לעצמו בחנות המשותף:

ח **וקנה ראובן בגדים**. סעיפים אלו כפולים לקמן סי' קמ"ו ויתבאר לשם בעזה"י:

סימן צד

א **ויש מי שכתב**. עש"ך ס"ק ב' ויש שם ט"ס וכצ"ל וכ"ש לפר"י דקיי"ל כוותיה דעל כל הנשבעים ונוטלין מגלגלין וכו' עוד בס"ק זה צ"ל כל דעת כל הפוסקים שיכול לגלגל וכ"כ הנ"י וכו':

ב **טוען טענת ספק**. עש"ך ס"ק ו' ועמש"ל סי' ע"ח ביישוב קושייתו:

ג **ועל הגילגולים תשבע ותטול.** עש"ך ס"ק י"ב ויש שם טעות סופר וכצ"ל שבועה אחרת הוא זה ואם זה כופר בכל שוב ה"ל שבועה דרבנן ויכול להפכה ומ"מ אשמועינן דאע"ג שקפץ ונשבע אחר שרצה לגלגל עליו ומה בכך הוא עכשיו מגלגל עליו מ"מ כיון שנסתלק מהענין וכו' ובתומים דקשה כיון דקיי"ל דבגילגול שבועה כשטוען א"י לא הוי משואי"ל משלם ופטור וא"כ האיך יעלה על הדעת כשאומר שאינו רוצה לישבע מחמת שלבו נוקפו ומסופק לא יהיה גרע מאמר א"י ולפע"ד נראה דנ"מ כשמגלגל עליו כשהלוה טוען שפרע דאז אם יטעון א"י יתחייב לשלם דהוי כאומר א"י אם פרעתיך וע"כ יצטרך לטעון ברי ומחיוב לישבע ומ"ש בקצות החושן בכל הסימן זה הוא תמוה בעיני דמה שנסתפק אם יכול להפך שבועה דאורייתא על נשבע ונוטל לא ידענא מקום ספק בזה בודאי על כל השבועות מגלגלין מדלא חילקו הפוסקים ובב"מ דף י"ד בתוס' ד"ה דינא הוא כתבו להדיא דיכול לגלגל על בעל השטר שישבע שלא פרעו ע"ש וע"כ כוונתם שבועה דאורייתא דש"ד בלא"ה צריך לישבע גם מ"ש בס"ק כ' ליישב דברי רש"י הוא תמוה מאוד דהא במשנה מבואר שם דבטוען א"י זכה בגדול ויהיה הטעם איך שיהיה שם מ"מ הא אינו יכול לומר אינו יודע וגם מה בכך שיכול לומר אינו יודע מ"מ הוא רוצה לטעון ברי ולישבע על כך ולא אמר סומכוס גם מ"ש בס"ק ה' ליישב קושית התומים הוא תמוה מאוד:

סימן צה

א **שאינם צריכין לקרקע.** עיין ש"ך ס"ק ט' שהביא דברי הרמב"ם בפי' המשניות שדעתו כשיטת הר"י הלוי בטור שמחלק דדוקא לענין שבועת שומרים וחיוב שומרים הוי כקרקע אפי' אין צריכין לקרקע אבל לענין שבועת מודה במקצת ושאר דברים הוי כמטלטלין ע"ש. וטעם לזה נראה דדוקא לענין חיוב שומרים שהחיוב בא מכח תחלת קבלת השמירה ובשעת קבלה השמירה לא למיתלשינהו מסרינהו ניהליה לא שייך לו' כשעומד לתלוש כתלוש דמי הוי כקרקע מש"ה פטור משבועת שומרים וחיוב שומרים משא"כ לענין שבועת מ"מ חייב אף בשומרים כיון דהחיוב בא אכפיר' והודא' של עכשיו ובשעת כפירה והודאה למיתלשינהו קיימי ובתומים תמה ע"ז דהא במתניתין קתני בטוען עשר גפנים והלה אומר אינו אלא חמש ופטרי רבנן וע"כ מיירי בשבועת מ"מ דאלו בשבועת שומרים למה נקט הודא' במקצת הא לשבועת שומרים א"צ הודא' במקצת ע"ב דגם שבועת מודה מקצת פטרי רבנן וא"כ אמאי פסק הרמב"ם והמחבר דחייב בשבועת מ"מ ובספר משנת חכמים על משניות שנדפס מחדש רצה לתרץ קושיא

זו וטע' כפשיטות כמבואר לכל מעיין בדבריו ומ"ש לי בזה דודאי סברא נכונה היא לחלק בין שבועת שומרים ושבועת מ"מ כמש"ל וטעמא דרבנן פטרי כשבועת מ"מ כדרב' דאמר דלכל מ"מ יש לפוטרו משום מגו דאי בעי כפר הכל רק משום חזקה דאין אדם מעיז והוי מגו דהעזה מש"ה הכא דפטור משבועת שומרים בטוען נאנסו ממילא פטור ג"כ משבועת מ"מ במגו דאי בעי טען נאנסו אהאי דהודא' ולא שייך דאין אדם מעיז כיון דאין חבירו מכיר בשקרו ונהי דעל הכפיר' לא הי' יכול לטעון נאנסו דמיירי דהכפיר' קמן על מה שהוד' דמיירי שכבר אכלן כמ"ש הרמ"א בשם הר"ן והי' יכול לטעון נאנסו נאמן במגו שהי' טוען נאנסו אהך דהודאה והיה מודה במה שכפר דהי' פטור משבוע' להרמב"ם דפטור מחיוב שומרים וכמו שהקשו התוס' בב"ק דף ס"ז בד"ה עירוב פרשיות לרמי בר חמא דיהי' נאמן במגו דהי' מודה במה שכפר והאיך דמודה יכפור וכו' ותירצו דהכפיר' קאי אי הי' מודה בה ה"ל הילך והוי כופר הכל ואין מעיז וכו' ע"ש וכאן ל"ש תי' זה דהא אם יטעון נאנסו אהך דמודה יהי' פטור משבועה דלענין שמירה הוי כקרקע ולא הי' מעיז דבטענת נאנסו אינו מעיז אמנם א"ל מגו בפשיטות דאי בעי הי' טוען נאנסו גם אהך דהודאה ויהי' כופר הכל דז"א דהא מ"מ יהיה מעיז אמה שכפר כיון שאינו מודה בכלום אמנם מגו שכתבתי הוא נכון וחכמים ס"ל מגו לאפטורי משבועה במקום דלא הוי מגו דהעזה אמרי' כמ"ש המהרש"ל בכתובות פ"ב דף י"ח דבהא פליגי ראב"י וחכמים גבי פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו ע"ש אבל הרמב"ם והר"י הלוי דפסקו דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה וכראב"י כמבואר לעיל סי' צ"ג ס"ב וכ"כ הה"מ פ"ב מהל' טוען דהרמב"ם פסק כראב"י ועיין בלח"מ פ"א מה' טוען ואפי' לדעת מי שסובר שפוסק הרמב"ם כחכמים מ"מ ע"כ יש להרמב"ם הוכחה אחרת מהש"ס דמגו לאפטורי משבוע' לא אמרי' כמו שפסק בכמה דוכתי ובהא דראב"י דפסק כחכמים הטעם דמשיב אבידה עדיף ממגו וכמ"ש בתומים ומש"ה פסק שפיר דחייב שבועה במ"מ אפילו בשומרים בפירות שא"צ לקרקע. ועוד נראה לתרץ דהרמב"ם ס"ל כשיטת הר"ן שמיירי שכבר בצרן ואכלן כמ"ש הרמ"א וא"כ נהי דרבנן ס"ל דאף שכבר נתלשו דינן כקרקע מ"מ סמך בהא אהך דב"ק שהביא הש"ך שפסק שם להלכה כר"ש דאכל' פירות גמורים משלם פירות גמורים ופי' הש"ך הטעם משום שכבר נתלשו מש"ה ה"נ דמיירי ג"כ שכבר נתלשו פסק כר' שמעון דהוי כמטלטלין ולא כרבנן וא"ש ג"כ מה שהקשה הסמ"ע בסי' קצ"ג על הרמ"א שהגי' שם דיש חולקין דדינם כקרקע אמאי לא הגי' בסי' צ"ח ולפמ"ש א"ש דבסי' צ"ה מיירי שכבר נתלשו מודה הרמ"א דהוי כמטלטלין וע"ש בש"ך שמסיק וכתב דהעיקר דבכ"מ הוי כקרקע רק לענין בע"ח הוי כמטלטלין מטעם דלא סמכי' דעתי'

ואהך דסי' רנ"ז כ' לתרץ בסי' קצ"ג ס"ק י"א דהוא מטעם דלא הי' דעת הנותן בכך. ונראה לפרש דבריו דדוקא במקום שיש חילוק בין מקרקע למטלטלין אז כשהן מחוברין לא נקר' מטלטלין כיון דאינו יכול לטלטלו משא"כ בסי' רנ"ז דמירי ששיירי פירות לעצמו אזלינן כתר לשון בני אדם דהפירות שנגמרו כל צרכן נקראו פירות משא"כ כשלא נגמרו כל צרכן לא נקראו פירות בל' בני אדם, ובספר קצה"ח כ' דבשומרים הוי ענבי' שאין צריכין לקרקע כקרקע משום דהרמב"ם ס"ל דתיקנו משיכ' בשומרים וכיון דלענין קנין דינייהו כמטלטלין לא מהני חזקה רק משיכה או אגב קרקע ומשיכ' אי אפשר בהו כיון שהן מחוברין ואגב ג"כ לא מהני כיון דבקרקע גופא לא מחוייב בשמיר' וכמבואר בב"ק דף קי"ז לענין גזילה אגב קרקע וכו' ע"ש וטע' בתרתי חדא דמי לא משכחת שהקרקע והגפנים הן של השומר עצמן רק שהפירו' הן של המפקיד כגון שראובן מסר לשמעון פירות אילנותיו ואח"כ מסר שמעון לראובן פירותיו לשמור שאז נתחייב ראובן בשמיר' מטעם שהן בחצירו וחצירו קונה לו כמו במשיכ' כמבואר בהלכות פקדון סי' רצ"א אי נמי משכחת לה בקנין אג"ק כגון שהקנ' לו הקרקע בשאל' או בשכירות דמהני לענין אגב כמבואר בסי' ר"כ ועוד דהא להרמב"ם חייב בפשיע' בקרקעות וקנה הקרקע בחזקה לשמיר' לענין פשיע' ולא דמי להא דב"ק הנ"ל דלענין גזיל' לא קנה הקרקע כלל דקרקע אינה נגזלת מש"ה לא מהני אג"ק להמטלטלין משא"כ הכא:

ב **טענו ב' חדשים וכו'**. עש"ך ס"ק י"ב עד היינו אם לא הגיע זמן הפרעון הוי כקרקע כו' עכ"ל עיין תומים שכתב וז"ל ואף דקיי"ל ישנה לשכירות מתחיל' ועד סוף וכל יום שעבר כבר שכירות אותו יום נעשה מלוה רק שלא הגיע זמן הפירעון עד בסופו צ"ל הטעם משום דאם תוך זמן השכירות הוציאו אנס מן הבית חייב להעמיד לו בית אחר כדלקמן סי' שי"ב ס"ב וא"כ אם אין מספיק שכירות שנותן יכול להוסיף משכירות עכ"ל ונכון הוא וזהו נ"כ הטעם בדברי התי' בב"ק צ"ט שכתבו דלא הוי מלוה קודם שהגיע הזמן לענין קידושין אף לד"מ דס"ל המקדש במלוה מקודשת מ"מ בשכירות קודם שהגיע הזמן אינה מקודשת והביאה בספר קצה"ח היא גם כן מטעם שכתב התומים כנ"ל:

ג **הואיל ואינם חלוקין**. עש"ך ס"ק י"ט עד וא"א שהמוכר יעמידנו לידו כיון שניטלו העבדים והשדות מחמת המוכר כגון שטרף אותן ב"ח דהמוכר או שהמוכר עצמו נתנם לאחרים או שרפם או הזיקם וכו' ולכאור' קשה כיון ששרפם והזיקם דומה למ"ש המחבר בסעיף ו' דזה אומר חפרת שתים וזה אומר לא חסרתי אלא אחת דפטור מש"ד כיון שהתביע' היא מכח הקרקע וה"נ דכוותי' שתובע לו הקילקול עשרה אמות קרקע וזה משיב שלא הי' רק חמשה אמות ולא קילקלו רק חמשה אמות לכן נראה דהנה ודאי דאם

ראובן מכר חפץ לשמעון במנה ומשכו שמעון חפץ לרשותו ונהנה ממנו ואחר כך גזלו ראובן ממנו או הזיקו ואינו שוה אלא חמשים דאינו משלם לו רק חמשים דכל הגזלנים אין משלמין רק כשע' הגזיל' אבל נרא' דאם מכר החפץ בק"ס במנ' ונתן לו הדמים באופן שיתן לו החפץ ואח"כ א"ר ליתן לו החפץ אף דאין שוה אלא חמשים אין לו דין גזלן רק מחוייב להחזיר כל המנה שקיבל כיון שלקח ממנו החפץ ואינו רוצה ליתן לו החפץ ונתנם לאחרים או מזיקו בידים יכול לבטל המקח ודומה לזה כתבו הח"מ והב"ש בה' גיטין סי' ק"ך ח"מ ס"ק ה' וב"ש ס"ק ג' ע"ש דאם לקח ממנו שיתן לו דמים מיר דאם אינו נותן לו הדמים שאין לו דין בע"ח על זה רק דיכול לבטל המקח וה"נ נרא' דהדין כך כשאינו נותן לו החפץ וכן מוכח מסימן שי"ב סעיף ב' ע"ש וגם דומה קצת להא דסי' רכ"ו סעיף ה' ולפ"ז שפיר כתב הש"ך דנשבע שבוע' דאורייתא כיון דיכול לבטל המקח והוי כתבעו מטלטלין ממש והא דנקט זה אומר גדול וזה אומר קטן ולא נקט בעבד אחד גדול זה אומר כך וכך נתתי דמי' בעדו וזה אומר פחות דזה אינו כיון דהבריר' ביד הלוקח לקיים המקח כמו בסי' רכ"ו סעיף ה' דשם גם כן ודאי דהבריר' ביד הלוקח ע"ש ולתבוע ממנו דמי הזיקו כפי מה ששוה עכשיו כיון שקנה ממנו בקנין המועיל. ולפ"ז אם העבד שוה כפי סך הדמים שתבעו אף אם נתן לו פחות מזה שחייב לשלם כל דמי שויו אין כאן הודא' במקצת כיון דאף לפי דברי הנתבע מחייב לשלם כל דמי שויה מש"ה איצטריך למינקט בזה אומר גדול וזה אומר קטן:

ד **שטר מסרתי לך**. עסמ"ע וש"ך שתמהו ע"ז דהא הרמב"ם מחייב שבועה בטוען להד"מ והאריכו לתרץ בדחוקים גדולים. ולפענ"ד נרא' ליישב בפשיטות דהא ודאי אם מראה השטר בב"ד וטוען להד"מ שלא חפקדת אצלי השטר רק הלוה הפקידו או מצאתיו או שטוען איני זוכר אם הפקדת אצלי השטר ודאי דהי' פטור משבוע' נגד המפקיד תדע דאם הי' חייב שבוע' נגד המפקיד בטענת ברי הי' חייב ג"כ לישבע אם הי' טוען א"י אם הפקדת אצלי השטר כמו בא"י אם נתחייבתי לך דחייב לישבע דא"י ובהדיא מבואר בסי' ס"ח והיא משנה מפורשת דשטר הנמצא אצל שליש וא"י מה טיבו דהיינו אם המלו' הפקידו או הלוה הפקידו יהי' מונח עשי"א ואין השליש חייב לישבע ע"ז והטעם לזה נרא' כיון שהשטר נכתב ע"ש המפקיד ואין הנפקד יכול לגבות בו מהלו' בלא כומ"ס וליכא למיחשדי' שמחזיקו לעצמו ולא הוי רק כמעיד בין המלו' ובין הלוה ואיכא חזקה דאין אדם חוטא ולא לו מש"ה אין צריך לישבע כמו בכל שליש דאינו נשבע מה"ט מש"ה כשאינו מראה השטר בב"ד וטוען לא הפקדת אצלי ג"כ אין צריך לישיבע דכמה איכא למיחשדי' כשאינו מרא' השטר יותר מאילו הי' מראה השטר וטוען כך, ועוד דהא

אינו מחויב שבוע' רק בדבר שאם יודה יתחייב ממון. וא"כ הכא כיון שכבר טען בב"ד שהמפקיד לא מסר לידו השטר אמאי איכא להשביעו הא אפי' אם יודה בשעת שבוע' שהמפקיד מסר לידו השטר ויחזור השטר בב"ד לא יהי' המפקיד יכול לגבות בו מהלו' כיון שהשטר נמצא ביד אחר דהא כל נפקד דנאמן לומר שבא השטר לידו מהמפקיד כמבואר בס"ס מ"א הוא מטעם מגו דהי' מחזירו לו כמ"ש הסמ"ע שם והכא כיון שכבר טען בב"ד שלא בא לידו מהמלו' אף אם יחזיר בו אח"כ ויאמר בב"ד שבא לידו מהמלו' לא יהיה נאמן שוב במגו דהוי מגו למפרע ושפיר פסק המחבר דא"צ לישבע והרמב"ם לשיטתו אזיל דס"ל לעיל בסי' ס"ו סי"א דנאמן הוא לענין קנייתו ויכול לגבות בו מחלו' כשאין הלוה טוען לאו בע"ד דידי את וחשדינן אותו כשטוען להד"מ שרוצ' להחזיקו לעצמו ולגבות בו דמה הפרש יש להלו' אם ישלם לו או להמלוה וכיון דנאמן הוא לענין קנייתו בודאי ישלם לו הלו' מש"ה צריך שבוע' משא"כ לדידן דקיי"ל דא"נ לענין קנייתו ואסור להלו' שישלם לו וליכא למיחשדי' שמחזיקו לעצמו דהא אינו שוה ממון לעצמו ולא דמי לטוען להד"מ על החפץ ששוה ממון להנפקד משא"כ כשטוען בשטר להד"מ דייניו אותו רק כמעיד בין המלו' ולוה וא"צ לישבע אך עדיין י"ל דמ"מ יכול לו' לו כיון שאמת הוא שהפקדתיו בידך ואתה מחמת שאמרת שלא הפקדתיו בידך הרי אתה מקלקל השטר באמירתך והוי כשותף כמבואר בסי' ס"ו גבי מוכר שט"ח לחבירו ואומר פרוע דחייב לשלם כל דמי השטר מטעם דהוי כמזיק דזה אינו דשם בלאו אמירת המוכר השטר בחזק' כשר כיון שמכרו בחזקת כשר מש"ח כשאומר שהוא פרוע או שאינו רוצ' לישבע הוי כידעינן שמקלקל שטר כשר באמירתו ועוד דהוא מטעם אחריות כמבואר בהריטב"א בכתובות פרק הכותב דודאי אדעתא דהכי זבין שישבע המוכר משא"כ בנפקד דכשהשטר ביד אחר א"י המלו' לגבות בועד שיאמר ויעיד הנפקד שבא לידו מהמלו' וכשאינו רוצה להעיר שבא לידו מהמלו' לא הוי רק ככובש עדותו ולא עדיף מפשיע' בשטרות דפטור ואפי' להרמב"ם דמחייב בפשיע' הכא דאינו שטר ברור דשמא באמת הנפקד שכח וא"י אם המלו' הפקידו דבפשיע' כזו ודאי פטור דהא משנה מפורשת נמצא שטר וא"י מה טיבו דמונח ולא קתני דחייב לשלם. ועוד נראה הטעם דמהימן לו' דאינו בידו השטר במגו דאי בעי הי' מראה להשטר והי' שתיק מלהעיד להמלו' שהפקידו אצלו שהדין שיהי' מונח בידו כמבואר במשנ' הנ"ל וכעין שכתב התומים בסי' פ"ב סעיף ב' במגו דמזוייף דהמגו היא דאי בעי אמר א"י ע"ש וג"כ לא הי' צריך להחזירו להמלו' והי' פטור מלשלם על פשיע' כזו כנ"ל מש"ה כי אמר נמי להד"מ שאין השטר בידו כלל ג"כ נאמן וכ"כ נראה לי הדין ברור עד שנ"ל דאף הסמ"ע והש"ך אין מחייבין

שבוע' רק בשטר שנכתב בו לכל המוציאו דאיכא למיחשדי' שמחזיקו לעצמו לגבות בו אבל בשטר שנכתב בו שם המלו' לכ"ע אין צריך לישבע:

ה **טענו כלים וקרקעות.** עיין בקצה"ח במה שנסתפק לענין ע"א ויבואר בעז"ה לקמן בה' קרקעות:

ו **דוקא שתבעו למלאות** עש"ך ס"ק י"ח עד דמוכח מהך דחבלת בי שתים כהראב"ד וכו' והעיקר בזה כתי' התומים דדוקא בחפירות קרקעות שהרשות ביד המזיק למלאות החפירות ולא לשלם דמים מש"ה הוי כתביעות קרקע משא"כ בחבל' דהוא מעוות לא יוכל לתקן רק בדמים מש"ה הוי כתביעת ממון ועוד נראה דדוקא עבדי' שהקשו לקרקעות אבל בני חורין לא הקשו לקרקעות ונכון הוא:

סימן צו

א **בטענת אביו.** עסמ"ע ס"ק א' מוכח מדבריו דאם הוא גדול ותבעו כטענת אביו חייב שבועה דאורייתא ע"ש. ומשמע דפסק כראב"י בכתובות די"ט דלא ס"ל דבבנו מעיז. ועיין תומים שנסתפק באם תבעו בקטנות והודה במקצת וחזר ותבעו בגדלות והוד' ג"כ במקצת אי חייב שבוע' דאוריי' על התביעה דגדלות ע"ש ולפעד"נ דודאי נפטר כיון שכבר הי' משיב אביד' בשעה שתבעו בקטנות והי' לו הוכח' שאומר אמת דמשיב אביד' עדיף ממנו נאמן לעולם ועוד דדמי למ"ש הר"ן בפ' שבועת הדיינים גבי דבר שבמדה ובמשקל דפטור משום שכבר יצאה ההודא' בפטור וגם הסברא שכ' בתומים נכונ' היא מטעם דהוי בהודאה קדמה לתביע'.

ב **הרי זה נשבע שלא פשע.** עיין תומים שהקש' דהא בכל השומרים פריך הש"ס פרק ש"ה דיהי' נאמן במגו דלהד"ם או החזרתי ומשני דאפקיד ליה בשטר רק הרא"ש והפוסקים פסקו דאפי' לא אפקיד בשטר חייב שבועה דאורייתא מטעם דהוי מגו דהעזה וא"כ בתביעת קטן דלא הוי מגו דהעזה לא יתחייב שבועת שומרים רק היכא דאפקיד ליה בשטר ע"ש. ולפעד"נ דלק"מ דלא הוי מגו דירא הוא לטעון להד"מ או החזרתי דשמא יחזור ויתבענו בגדלות דאז לא יהיה יכול להעיז ויצטרך להודות ויתחייב לשלם משא"כ לעיל במ"מ דהטעם דפטור משום דהוי כהודא' קדמה לתביע' אז אף אם יתבענו בגדלות לפמ"ש בעצמו אמנם דעת התו' בב"ק דף קכ"ב ד"ה אבל אכלו כשהוא גדול משמע דאף אם טוען לגדול החזרתי לך כשהיית קטן לא הוי העזה ולדבריהם ה"ה אם תבעו גדול בטענת אביו כל שהי' קטן אחר מיתת אביו פטור משבוע' במגו דהחזרתי כשהיית קטן ונסתלק ג"כ הספק שכ' התומים במוד' במקצת שהבאתי בס"ק א':

ג **הודה שהי' שותף**. ועיין תומים שנסתפק אם הודה השותף שיש עדיין מקצת מעות של השותפות אם נידון אותו כמשיב אבידה לפוטרו משבועת השותפות וע"ש ולפעד"נ דודאי חייב שבועת השותפות וכי בשבועת שומרים לדעת המחבר חייב שבועה אפי' הודה במקצת דדוקא במקום שהשבת אבידה גורם לו השבוע' כגון במ"מ דאלמלא שהוד' במקצת לא נתחייב שבוע' פטור משבוע' מפני תיקון העולם דאם נחייבוהו שבוע' לא ישיב ולא יודה משא"כ בשבועת השומרים ובשבוע' השותפות דאפי' לא הודה ולא השיב הי' מחייב שבוע' אין השבת אבידה פוטרתו. ולפ"ז א"ש הא דסי' פ"ח סעיף ל"ה והסמ"ע בס"ק צ"ז דחק עצמו ליתן טעם הא דבסלעים דינרין ולוה אומר שלש דחייב ש"ח ובאת' הזכרתני פטור אפי' משבועת היסת ולפמ"ש א"ש דבשלמא במלו' אומר חמש ולוה אומר שלש דאפי' לא הודה בסלע השלישי הי' חייב ש"ה אין השבת אבידה פוטרתו משא"כ באתה הזכרתני שאלולי שהזכירו לא הי' חייב שום שבוע' רק מחמת שהזכירו מתחייב הוא בש"ה מפני תיקון העולם כדי שיזכירו וישיב אבידה לבעלים:

ד **יעמידו ב"ד אפוטרופוס**. הא דצריך אפוטרופוס משום דמבואר בסי' צ"ג דאינו חייב שבועת השותפים עד שיחשדנו בשתי כסף והיינו שיש לו הוכח' קצת כמ"ש הט"ז שם מש"ה צריך להעמדת אפוטרופוס משא"כ בשבועת שומרין וכ"כ התומים:

ה **על השטרות**. עש"ך ס"ק ה' והעיקר כפי' הסמ"ע וכמ"ש התומים דכל נשבע ונוטל שייך בקטן:

ו **שיש לו הנאה** עיין במהרי"ק שורש פ"א דאין הודאת קטן כלום ולא מהני בי' הודאת בע"ד עכ"ד. ובספר קצה"ח הקשה מס"פ זה בורר (סנהדרין דף ל"א) ע"ש ולק"מ דבדבר שיש להקטן הנאה שכתב המהרי"ק הכונ' כל שהוא בעסק מו"מ או בהלוא' הוי הודאת קטן הודא' אפי' שהו' לחובתו ומהרי"ק מיירי בדבר שאין להקטן הנאה ממנו דאז אין ממש בהודאתו שיהי' הודא':

ז **חרש**. ואלם הרי הוא כפקח לכל דבר ועיין תומים שהאריך באם כותב אני נשבע דלא הוי כשבוע' דבשבוע' כתיב לבטא בשפתי' רק בשבוע' העדות ושבועת הפקדון אם השביעוהו אחרים והוא כופר ע"ש כ' חייב דבשבועת העדות ושבועת הפקדון מחייב אף בנשבע מפי אחרים ובסקצה"ח האריך בזה ודבריו תמוהים בעיני:

ח **אף על פי שנו"נ**. עש"ך ס"ק ט' עד דאילו הבעלים מינו אותן שלוחים וכו' נראה דהכא משום תקנת השוק עדיפא משליח דאילו בשליח צריך לברר שלוה מה שאין כן באשה אפילו אם אינה רוצה לישבע חייב לשלם עבורה כדמוכח במרדכי ובמוהרי"ק ע"ש:

סימן צז

עובר בלאו. ונראה דבעיסקא שהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון דבעד פקדון ודאי דמותר לתפוס דהא החוב לא בא מחמת הלואה דכשנשתמש או הוציאו לצרכו גזל הוא בידו וכחוב הבא מחמת גזילי דמי רק בעד הפלגא מלוה אסור לתפוס אמנם כשתופס חפץ אחר ששוה בעד הכל אין בו איסור דעיקר התפיסה הוא משום פלגא פקדון אף שאפשר לו לתפוס חפץ קטן בעד הפלגא פקדון ותופס בכוון חפץ גדול כדי שיהיי בידו גם נגד הפלגא מלוה וראי לזה מב"מ דף ל' בהא דבעי התם שוטחה לצורכו ולצורכה מאי ופשיט מהא דכנסה לרבקה ודשה כשיר בשביל שתינוק ותדוש פסולה ומשני ש"ה דכתיב אשר לא עבד בה מ"מ ע"ש הרי מוכח דבמקום דליכא גזירת הכתוב מותר כשמכוין בשביל דבר המותר ובשביל דבר האסור וכן נראה דבהקפת החנות ובכל דבר המבואר בסי' ס"ז לענין שמיט' דלא נקרא הלוא' ואינו משמט ה"נ אינו בכלל האיסור דלא תבוא אל ביתו ואף דשם כתב הסמ"ע טעם אחר בהקפת חנות דלא שייך טעם זה כאן מ"מ הא מסיק התומים שם דעיקר הטעם כמ"ש התוס' בכתובות פ' אע"פ משום דאינו בהלואת מעות וטעם זה שייך גם בכאן רק משום חומר האיסור אינני כותב זה למעשה:

סימן צט

א **ואם נראה לו** עש"ך ס"ק א' עד אבל קודם שהשינה עד דמ"מ יש חשש קנוניא עיין תומים שתמה ע"ז דהא הש"ך גופיה כתב בס"ק ו' באומר שחייב לאחר ויש לו מגו דיהיב לו נאמן במגו. וכאן כיון דאין אנו יודעים אם יש לו נכסים הרי יכול ליתן נכסיו שיש לו בהחבא ויש לו מגו ברורה עכ"ל. ולפעד"נ דלק"מ דבשלמא בענין שכתב הש"ך בס"ק ו' שהמטלטלין בידו לפני ב"ד והיה לו מגו ליתנו לאותו פלוני אין כאן שום חשש קנוניא דמה הי' לו לעשות קנוניא הא הי' בידו ליתנו לאותו פלוני משא"כ הכא דיש לחוש שיגיע מעות לידו בפני עדים כגון שהוא מצפה שיפול לו ירושה אח"כ א"נ שיש לו מעות תח"י איזה איש שאינו בכאן וירא שמא יביא לו המעות בפני עדים ולא יהיה המגו אז מש"ה מערים הוא לומר שחייב לפלוני כדי שיהיה נאמן אח"כ כשיגיע המעות לידו ולא יהי' מגו אז וגם עכשיו אין בידו ליתנו לאותו פלוני דהא אין המעות בידו עדיין מש"ה אומר עכשיו שהוא של אותו פלוני ועושה קנוניא וא"ש ועש"ך ס"ק ג' ויש שם ט"ס וכצ"ל בכל ענין אינו נאמן:

ב **ויש חולקין**. עש"ך ס"ק ו' וע"ב וסי' ס"ב ס"ק ט' מ"ש בזה ומ"ש הש"ך וז"ל אבל אם אמר מטלטלין אלו מעסק פלוני הוא וידוע בעדים או בשטר שיש בידו כך וכך עיסקא

ממנו ולא החזיר כגון שנתן לו נאמנות עכ"ל תמוה לי הא לא מהני נאמנות נגד בע"ח מאוחר כמבואר לעיל בסי' ע"א ואפשר כיון שיש לו נאמנות ובודאי יש עליו חיוב איתרע נגד חזקה דכל מה שתחת יד האדם הוא שלו ונאמן הלוה במגו דהי' נותנו לאותו פלוני ושוב לא הוי מגו נגד חזקה ודוחק ובעיקר הדין אי בעינן עידי ראה כשהוא מודה שאינו לקוח יתבאר לקמן בס"ק ד'. ונידון מ"ש הש"ך בעיסקא דבפלגא מלוה כל הבע"ח שוין ליתא כמבואר בי"ד סי' קע"ו דכיון דאסור להוציא הפלגא מלוה בחזקת הנותן קאי וכ"כ בתומים ובקצה"ח ופשוט:

ג **מיהו אם ידוע.** עש"ך ס"ק ז' עד או שהוא תוך זמנו וכו' ונראה דמיירי דוקא באינו רגיל שיהי' לו עיסקא מאחרים רק שידוע שהי' לו עיסקא פעם אחת בידו מאחרים מש"ה צריכין שלא יהי' יכול לטעון החזרתי אבל במי שהוא רגיל לסחור עם מעות אחרים אף שיכול לטעון החזרתי מ"מ נאמן הלוה במגו שהי' יכול ליתנם לאותו פ' כיון דלא הוי מגו במקום חזקה כמו בסירסור בסעיף ג' ועמש"ל בס"ק ד' דאף הש"ך מודה בכה"ג דלא בעינן עידי ראה ע"ש ועש"ך בס"ק י' ויש שם ט"ס וכצ"ל וללוי משתעבד לשמעון לא משתעבד ודוקא כשלוה ולוה בסתם דאז כשלוה משני לא חזר בו בפי':

ד **אם ידוע בעדים.** עש"ך ס"ק י"ג עד ונ"ל דגם איכא עידי ראה וכו' דאל"כ הי' יכול לטעון לקוח במגו דהחזרתי וכו' נראה דדוקא כשהחוב של לוי בע"פ אז צריכין לעידי ראה כמ"ש הש"ך אבל אם החוב של לוי הוא בשטר לא צריכין לעידי ראה דהא מה שנאמן לטעון לקוח במגו דהחזרתי ואין הלוקח עומד במקום עידי ראה כ' הש"ך בסי' ע"ב ס"ק צ"ז דהיינו שאלו רצה הי' טוען החזרתי לתובע ומכרו לך וכו' ע"ש וכאן אין לו מגו זו דהא אם הי' טוען החזרתי לראובן ומכרו ללוי נהי שהי' פוטר עצמו מראובן בטענת החזרתי מ"מ הי' נשאר חייב ללוי את חובו משא"כ כשטוען שקנאו מראובן ומידו בא ללוי על חובו פוטר עצמו משניהם ואין כאן מגו משא"כ כשהחוב של לוי הוא בע"פ שפיר אית לי' מגו דיכול לפטור עצמו מראובן בטענת החזרתי ונגד לוי בטענת פרעתי. עוד נראה בכה"ג שכבר תפסו לוי בחובו בעינן עידי ראה אבל כשהחפץ עדיין ביד שמעון ויש לשמעון מגו שהי' בידו ליתנו לראובן נאמן כיון דליכא חזקה לשמעון על החפץ לא הוי מגו במקום חזקה ובעיקר הדין של הש"ך קשה דבשלמא במקום דאיכא לשמעון חזקה שפיר מועיל חזקה זו לבע"ח שלו וללוקח שלו וטענינן להבע"ח וללוקח דהא יש לנו הוכח' מכח החזקה שהאמת שהוא לקוח אבל במקום שאין לשמעון חזקה רק שאם הי' טוען לקוח הי' נאמן במגו ומגו היינו הוכח' שאומר אמת דאילו הי' רוצ' לשקר הי' טוען טענ' אחרת ואיכ' הוכחה שטענת לקוח הוא אמת משא"כ בשמעון מודה לראובן

שאינו לקוח וליכא הוכח' לטענת לקוח מה"ת ניטעון אנן לקוח כיון שהוא נגד חזקה דהא איכא לראובן חזקה דמעיקרא ולא דמי להא דטענינן ללקוחות נגד שט"ח פרוע במגו דמזויף אף שהלו' מודה שאינו פרוע דשם כיון שהי' יכול לטעון פרעתי לא חש מלהניח השטר ביד הלוה כמ"ש הסמ"ע סי' מ"ו ס"ק ב' ואיתרע חזקת שטר (כיון דליכא חזקת שטר) וליכא הוכח' שאינו פרוע ממילא א"י לגבות מלקוחות וגם לא דמי להא דאין מוציאין הקרקע מיד הלוקח כשהי' המוכר נאמן לטעון לקוח במגו דלא הי' שלך מעולם כמבואר בסי' קמ"ו שם טעמא אחרינא איכא במלתא דכשמוציאין מיד הלוקח הוי כמוציאין מיד המוכר לו דהא המוכר יתחייב לשלם להלוקח וכיון דהוי כמוציאין מן המוכר א"א להוציאו רק בשני עדים שהיה שלו והלוקח אף דידע שהוא שלו לא הוי רק כחד סהדא ואינו נאמן וגם כשמכר לו אמר שהוא לקוח והוא שלו והוי כאילו טוען לקוח ועיין בתשו' מהרי"ח ח"א סי' ט' דאפילו ליתומים לא טענינן לקוח כשלא היה אביהן נאמן לטעון לקוח רק במגו דהחזרתי ומכ"ש כאן כשהוא מודה בעצמו שאינו לקוח ואף דמשמע מדברי האחרונים דאף בכה"ג טענינן ליתומים לקוח אף דאביהן לא הי' נאמן לטעון לקוח רק במגו דהחזרתי נרא' דהטעם כמ"ש הרא"ש בתשו' דכיון דאם הי' אביהן טוען כן לא היו יכולין להוציא ממנו כגון זו פתח פיך לאלם הוא ואמרינן דאבוהון ודאי הי' טוען כן והי' נאמן במגו משא"כ כאן שהוא מודה שאינו שלו וכ"כ התומים דלדינ' נראה דא"צ עידי ראה וכן מוכח מהמחבר והפוסקים שלא הזכירו בכאן עידי ראה:

ה **דאפי' בקרקע** עש"ך ס"ק י"ח עד וצ"ע. ולפעד"נ דלק"מ דהא עיקר דינא דשטר מברחת הוא קנין גמור להמקבל רק שהרשות ביד הנותן לחזור בכל עת שירצ' כמ"ש הרא"ש בכתובות דף ע"ט והא דקנה הבע"ח הוא מטעם כיון שבידו לחזור לא יצאה מרשותו כמ"ש הרא"ש וז"ל ואי לא קנינהו לוקח קנינהו בעל דכיון שהם ברשות האש' לחזור בכל עת שתרצ' א"כ לא יצאה מרשותו וכו' וע"ש ברא"ש שכתב עוד שנקרא שטר מבריח כיון דכוונתו הי' להבריח אלא שטעה בזה כסבור הי' שתועיל ההברח' וכו' עד כשיודע לו שא"א להיות זה וכו' אנן סהדי דניחא לי' שלא יזכה בהו המקבל ויאכל פירות נכסיו וכו' עכ"ל הרא"ש וכונת הרא"ש במ"ש ויאכל פירות נכסיו היינו אחר שיתוודע לו ויחזור בו כמבואר למעיין בדבריו וא"כ לפ"ז הפירות שכבר אכל והניח לו לאכול ודאי דאינו חייב להחזיר ולא גרע ממחיל' בטעות דהוי מחילה כמ"ש הרא"ש בב"מ דף ס"ו דדוקא במקום דלא ידע דמחיל ליה מחיל' אבל במקום דידע דמחיל רק שמוחל מפני שטוע' בדין כמו בפירות דקל הוי מחיל' וכ"כ הר"ן בהדיא גבי שטר מברחת דהפירות שאכל כבר פטור מלהחזיר דדמי לפירות דקל וא"כ לפ"ז בין הפירות שאכל קודם שנודע

לו בין אחר שנודע לו פטור מלהחזיר דדמי לפירות דקל ועדיף מיני' דהא שטר מברחת קנין גמור רק שהרשות בידו לחזור בו וכ"ז שלא חזר וביטל המתנ' היא שלו לגמרי:

ו **אם נראה לב"ד.** ולכאור' הלשון תמוה דאם לא כוון לערמה האיך היתה כוונתו להבריח. ונרא' פי' דכל שטר מבריח הוא שיהי' רשות בידו לחזור וזה המתנה נראה שהוא רק להערמ' בעלמא. אבל אם הית' כוונתו למתנ' גמורה שלא יהיה יכול לחזור בו כגון שכתוב בו מתנה חלוט' מתנה עולמית דאז הוי מתנה גמור' כמ"ש הר"ן בכתובות שם אע"ג דנתן מתנה לו רק כדי שלא יגבה ממנו הבע"ה שידוע שאם לא הי' חייב לאחרים לא הי' נותן מתנה זו מ"מ כיון שאין רשות לחזור ממתנ' זו יצא' מרשות הנותן וקונ' המקבל ולא הבע"ח ודוקא במקום שרשות ביד הנותן לחזור קנה הבע"ח מטעם שכ' הרא"ש בכתובות דכיון שיכול לחזור לא יצא מרשות הנותן משא"כ הכא.

סימן ק

שגם לזה נותנין זמן. עש"ך ס"ק א' מ"ש בשם מהרש"ל. ומהרש"ל לשיטתו אזיל דס"ל דנותנין זמן אף שיש לו מטלטלין אבל לדידן בלא"ה אין נותנין זמן למטלטלין. וע' תומים דהמנהג שלנו ליתן זמן ב"ד אף למטלטלין:

סימן קא

א **אם יש לו מעות** עש"ך ס"ק א' עד וכן הדין לענין כתובה. ע' תומים שכתב דדוקא במקום שכותבין בכתובות מטלטלין בחיים ובמותו ואף בזה סיים בצ"ע:

ב **יכול להגבותם** עש"ך ס"ק ג' שהוכיח דבמקום דלית לי' נכסי שטרות בני גובייא נינהו וכשהב"ד מגבין א"צ כומ"ס ע"ש. ולפ"ז נראה דה"ה במלו' ע"פ דהא עיקר הוכח' הוא משעבודא דר"ן ושם אפי' במלו' על פה וכן הדין הוא בשותפין שיכולין לחלוק ע"פ ב"ד אפי' בחובות ע"פ דהא הש"ך מדמי להדדי ונרא' דאפי' בחובות עכו"ם הדין כן שיכולין לחלוק ומה שהב"ד מוסרין שטר חלוקה לכל אחד וא' קונה לכל או"א החובות שנפל על חלקו (ועש"ך ס"ק ג' ויש שם ט"ס וכצ"ל וא"צ כומ"ס ונפקא מיניה אם אין הלוה כאן וכו' עוד שם בע"ח מאוחר שקדם וגבה והניח שטרות וכו' עוד שם בלא ר"נ נמי הוי חוב דנהי דאין מוציאין וכו' עוד שם וכן בע"ח מאוחר שקדם וגבה והניח שטר וכו'):

סימן קב

א **מאיזה שירצה.** ואם אין לו רק זיבורית ג"כ א"י הבע"ח לכפותו ליתן לו מאיזה שדה זיבורית שירצה רק נותן לו מאיזה זיבורית שירצה הוא. וא"ל מה דכתב הש"ך בסי' קי"ט

ס"ק ו' דבניזק או מי שהתנה עמו בעידית דאם אין לו רק בינונית דיכול ליקח מאיזה בינונית שירצה הבע"ח אין לדמותו לכאן לבע"ח נגד זיבורית דשם אפי' הקרקע זו עדיפא הרי מגיע לו לגבות ממנה דהא דיניה בעידית משא"כ כאן דאין לו רק זיבורית ואילו הי' קרקע זו עדיפא ג"כ הי' גובה מהגרוע לפי מאי דקיי"ל בשלו הן שמין ובינונית וזיבורית גובה מהזיבורית אבל אם יש לו עדית וזיבורית לכאור' היה נראה דיכול לכפותו על איזה זבורית שירצה דהא אילו הי' עדיפא הי' ג"כ צריך ליתן לו מזה וכן הי' לכאורה נראה באם שיש לו עידית ובינונית דיכול לכפותו באיזה בינונית שירצ' דהא אפי' אם באמת אילו הי' הבינונית אלו עדיפין הי' מוכרח להגבות מהן ובזה הי' מקום ליישב דברי התוס' בגיטין ג' שכתבו בד"ה שמאי דמוכח מדברי רבא דס"ל בשל עולם הן שמין ודבריהם תמוהין דהיכא מוכח זה מדברי רבא. ולפמ"ש א"ש דהוכחת התו' היא מהא דאמר רבא דבשביק בינונית דכוותי' מ"ל הנחתי דפירושו כמ"ש התוס' שם דהיינו מה מכר ראשון לשני וכו' ומשמע אפי' שביק ג"כ עידית ומזה הוכיחו התוס' דס"ל בשל עולם הן שמין דאם ס"ל בשלו הן שמין הא גם בהיות' אצל ראשון הי' יכול לכפותו על בינונית אלו דווקא א"ו דס"ל בשל עולם הן שמין ואי לא הי' יכול לכפותו דאפי' הי' הבינונית אלו שרוצ' ליקח עדיפא לא הי' כופהו דהא נותן לו בינונית בעלמא אבל אחר העיון נרא' דליתא לפי דקיי"ל בשלו הן שמין שאפי' בבינונית וזיבורית אינו כופיהו על איזה זיבורית שירצ' דכיון דבשלו שמין הרי הזיבורית שמן בינונית דמי נתן להם שם זיבורית הלא אין משגיחין בשל עולם כלל וכיון דבינונית שמן ונותן לו לפי שומת הב"ד בינונית כדינו א"י לכפותו וליתן לו יותר מדינו ול"ד לדברי הש"ך בסי' קי"ט דשם בהי' לו עידית ומכר' מיירי דאצלו בינונית שמן וכיון דדינו בעידית ואינו נותן לו דינו ע"פ ב"ד מש"ה יכול לכפותו משא"כ הכא שרוצ' לכפותו ביותר מדינא, וראי' לזה דהא אפי' הי' זו שרוצ' לכפותו עליו גרוע מזה לא הי' יכול לכפותו עליו לדעת הרא"ש והרמ"א בלא גילוי דעת וכשהוא שוה לו יהי' יכול לכפותו אנה השכל יגזור כן אלא ודאי כל שנותן לו דינו ע"פ ב"ד לאו כל כמיני' לומר לדידי הא עדיפא אפי' על הגרוע וכיון דאילו הי' עדיפא הי' צריך ליתן לו עכשיו ג"כ יתן לו דלאו כדידי' תליא רק בב"ד וכשנותן לו דינו ע"פ ב"ד שוב אין לו עתה כח לכפותו אפי' בגרוע מכ"ש בשוה לו וראי' לזה מכתובות ק"י דלא משכחת זה גובה וזה גובה אפילו באם לראובן עידית ובינונית ולשמעון בינונית אפי' למ"ד בשלו הן שמין ואי נימא דיכול לכפותו על איזה בינונית שירצה משכחת לה זה גובה וזה גובה גם בהך גוונא אם שמעון רוצה בינונית שביד ראובן דוקא כגון שהוא סמוכ' לשד' שלו ולימא לי' ממ"נ אם תגבה בינונית שלי מתחל' תצטרך ליתן לי איזה

בינונית שארצה ואני רוצה בשלך ואם תגביני תחלה ולא יהיה לי רק שני שדות אז אגבה איתך מאיזה בינונית שארצ' דהא בשני שדות דינא בהגרוע וא"כ בדעתי תלוי ואגבה אותך משלי וישאר לי בינונית שלך ובסי' ע"ה בהדיא דעומד כל אחד בשלו אלא ודאי דאפילו לזה עידית ובינונית אינו כופיהו על איזה בינונית שירצה כיון שנותן לו דינו על פי בית דין וכדכתיבנא כנ"ל ברור בדינים אלו (ועסמ"ע ס"ק ו' ויש שם ט"ס וכצ"ל אם גילה הלוה דעתו שרוצ' ליתן לאחר עידית ביוקרא דלקמי' וכו'):

ב **הי' לו עידית בשעה שלוה ומכר.** כיון דבשעת הלואה הי' לו כבר חל שיעבודו על הבינונית ודוקא בכה"ג כיון דבשעת הלוא' היה עליו שם בינונית שוב לא יפקע שמו במה שמכר העידית אבל בשלא הי' לו בשעת הלוא' רק בינונית וחל שעבודו עליו ואח"כ קנה זבורית גובה זבורית והטעם דבשע' הלוא' לא הי' על השדה שם בינונית שתיקנו לו חכמים דבשלו הן שמין והוי עידית לדידי' ועכשיו קנה דבר ששיעבדו לו חכמים דהיינו בינונית וראי' לזה מכתובות ק"ט דאמר בלזה בינונית ולזה זבורית דאם נגבה מקודם הזיבורית דיחזיר ומגבהו הזיבורית למאן דס"ל בשלו הן שמין ואמאי הא בשעת הלוא' לא הי' לו רק בינונית אלא ודאי כדאמרן ואם הי' לו עידית ונשתדף נראה ג"כ דגובה מהזיבורית דדוקא במכר' דלאו כל במיגי' לקלקל בידים שיעבודו שהי' לו בשעת הלוא' ועוד דגם עכשיו הרי העידית תחת שיעבודו אף כשמכר' דאם ישתדפו שאר הנכסים ינכה מהעידית משא"כ בנשתדפו העידית:

סימן קג

א **הג' שמאין.** נראה דהנה צריך להיות ביחד דהא קרא להו בש"ס ב"ד הדיוטות וכמו שהב"ד צריכין להיות ביחד לשמוע אחד דברי חבירו כמו כן צריכין הג' שמאין וכשאחד אומר אינו יודע צריכין לקרוא אחר כי אולי אם ישמעו טעם וסברת השלישי יודו השנים לדבריו תדע דאלת"ה א"כ אם יאמרו השני' לא יהיו צריכין לשאול פי השלישי כלל דהא אף אם יאמר שלא כדבריהם בטל במיעוטו א"ו כדאמרן:

ב **ויכולין להיות השמאין קרובים זה לזה.** ובתומים הקש' הא דין זה למד הטור משומת מעשר שני שיכולין להיות בקרובים וא"כ יהי' כשר אפי' בקרובים לבע"ד ואפי' בפסולי עדות כמו במעשר שני. ולק"מ דהא עיקר דין דשומא הוא כיון שרוב מהשלש' מסכימין לדע' אחת שאינו שוה אלא כך בודאי אינו שוה יותר. ולפ"ז צריכין שיהי' כ"א כשר להעיד להבע"ד שיעיד כפי שכלו דהיינו שמעיד שבשכלו נראה לו ששוה כך משא"כ כשיהו פסולים לעדות חיישי' שיאמר יותר או פחות מכפי מה שבשכלו משא"כ במעשר

שני שדומה לאיסורין ובאיסורין אפילו פסולי עדות נאמנין אבל קרובים זה לזה שפיר יליף דכשר דאין קרובין זה לזה פסולין רק במקום שצריכין שני עדות להעיד על דבר אחר ושני קרובים כחד דמי אבל בשומא דתמיד אין כאן רק אחד הא אין אחד יודע מה שבלב חבירו ואין כל אחד מעיד רק על עצמו דהיינו על מה שבשכלו ואין כאן רק ע"א מש"ה אפילו קרובים זה לזה כשר:

ג **וטעו בכל שהוא**. וא"ל האיך יבורר הטעות כיון שכבר שמאוהו שלשה ואפילו אם יבואו מאה ואומרים ששוה יותר אינן נאמנים בכך דהא תרי כמאה דזה אינו דבדבר שאינו עדות גמור הולכין אחר רוב דיעות כמ"ש הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ס"ו. ולפ"ז אף דהדין אם אמר המלוה ישומו אותו אחרים אין שומעין לו מ"מ אם באו מעצמם ארבע' ואמרו ששוה יותר אזלינן בתר רוב דיעות:

ד **מכרן בטל** עסמ"ע ס"ק ו' ונראה להסביר טעמו דהנה בסי' ר"ז גבי אם מוכר לחבירו כמו שישומו ב"ד של שלשה נראה דאם נתברר שטעו אפילו בכל שהוא חוזר דהא דעת הב"י שם דאפי' באו שלשה שיודעין בהן שהן בקיאין יותר חוזר השומא וא"כ כשבאו ארבעה הוי כידעינן שהן בקיאין טפי ממילא חוזר השומא אפי' טעה בכל שהוא ואף ע"ג דבסי' רכ"ז הביא דהיכא דנתרצה למכור ע"פ שומת לוי הוא בשתות נרא' דהחילוק פשוט דשאני התם דנתרצ' למכור ע"פ שומת פלוני דהוא איש ידוע משא"כ בסי' ר"ו שנתרצ' למכור ע"פ ג' שמאין ודאי הי' כוונתו ע"פ שלשה שמאין בקיאין וכיון שנתברר שטעו הרי נתברר דלאו בקיאי נינהו ועפ"י שומת האנשים שאינם בקיאין כלל לא נתרצה למכור וממילא בטל המכר. ולפ"ז ג"כ כוונת הסמ"ע כן דבשלמא בלוה ויתומים שיש עליהם שיעבוד הגוף דמחוייבים לטרוח כעצמם א"כ כשהוברר שלשת שמאים הוי כנתרצ' על אנשים ידועים דשיעור אונאה הוא בשתות כמבואר בסי' רכ"ז סעיף כ"ה משא"כ בלוקח שאין עליו שיעבוד הגוף כלל ולא הוי כריצוי הלוקח בשע' ברירת השמאים ומש"ה כשנתברר שטעה הרי נתברר שאין בקיאין בשומא. וממילא השומא בטילה:

ה **ואם אין המלו' רוצה**. עש"ך ס"ק ב' עד וכשאין המלוה רוצה לקנות לעצמו ורוצה למכור הכל היינו נמי בכלל גוד או איגוד דמה לי אם הוא קונה אותו לעצמו או מכרו לאחר שהרי הרשות בידו לקנותו ולחזור ולמוכרו עכ"ל. הנה לפי המובן לכאור' מדברי המחבר שכ' וכופין את הלוה למכור הקרקע לפרוע לזה מעותיו משמע שכופין אותו למוכרו אפי' פחות משויה. ולפ"ז תמוהין דברי הש"ך שכ' דהיינו דינא דגוד או איגוד הא מבואר בסי' קע"א דאין יכול לטעון גוד או איגוד בפחות משויה לכן נרא' דדעת הש"ך דלא מיסתבר כלל לו' שכופין אותו למכרו כפי מה שיוכל אפי' בחצי שויה דאין

מפסידין את הלוה בממון והא שכ' רמ"א דאין חוששין להפסד הלוה היינו לענין שנוציא את הלוה מביתו ולא לענין הפסד ממון כמ"ש הש"ך ס"ק ו' ולפמ"ש המחבר דכופין אותו למוכרו היינו כשימצא מי שיקנ' אותו בכדי שומתו ולפ"ז שפיר כתב הש"ך דהוי דינא דגוד או איגוד שהמלו' אומר אמכור הכל ואף להר"ב בהג"ה סי' קע"א שכ' דאין יכול לטעון גוד או איגוד כשירצ' למכור דזה הוא דוקא כשכבר נעשו שותפין אבל הכא שעכשיו הוא שרוצ' לעשות שותף עמו אין חילוק בין המלו' לאחר:

ו **ואם הי' הדבר בהיפוך.** עש"ך ס"ק ה' מה שהקש' על הסמ"ע שכ' דדעת הטור ובעה"ת מיירי כשהלו' נותן הבריר' למלו' ואמר ליה או קחנו במעות או תן לי קרקע עד שיהי' בידי שיעור שדה והמותר קרקע ישאר בידך על חובך וזה שנתת לי אמכרנו לאחר ואשלם לך קרקע שנתת לי וכו' וע"ז כתב הש"ך וז"ל לא נהירא לי דממ"נ אם כשימכור מהקרקע כשיעור לא ישאר למלו' כשיעור פשיטא שאין הלוה יכול לו' כן ואם גם אח"כ ישאר למלו' כשיעור א"כ מה מלמדנו הטור ובעה"ת ופה צריך הבעה"ת להביא ראיה מבעל המאור הא אפילו תינוקות של בית רבן יודעים אותו שיכול הלוה לסלק למלוה המעות בכל עת שירצה וא"כ פשיטא דיכול לומר כן עכ"ל ולפענ"ד נראה דלק"מ דאם הקרקע שוה ר' והחוב היא ק"נ וקרקע בכשעור הוא ק' א"כ ממ"נ אם יאמר הלוה אגבה אותך מתחל' מחצי קרקע ק' ואח"כ אמכור חצי הקרקע האחר ואסלק המותר הא מבואר בסימן ע"ד דאחר שיגיע זמן הפירעון א"י לכופו לקבל חובו בפרוטרוט רק בפ"א ואם יאמר אמכור תחלה חצי הקרקע בק' א"כ יהי' לו מזומן ודינא דבע"ח בזוזי ויצטרך ליתן להמלו' כל הק' במזומן ולא ישאר להמלוה חוב רק נ' ולא יהי' לו קרקע כשיעור וצריך למכור ג"כ חצי קרקע האחר וקמ"ל דאף דבעלמא אינו יכול לומר כן מ"מ כאן משום הפסד הלו' יכול להגבות חובו בפרוטרוט:

ז **אינו יכול לכוף.** עש"ך סק"ו עד דלפי דברי המחבר יהי' דברי הרשב"א בתשו' סותרים זה את זה וכו' והכוונ' כיון דהלוקח אלים כח מהמלו' כמבואר בהמחבר וא"כ מה"ת יכול לכופו כאן אלא ודאי כיון דלא נשאר ללו' רק דבר מועט דדבר מופסד הוא יכול לכוף אפי' להמלו':

ח **שאם עבר הזמן שקבע.** עסמ"ע וש"ך שהקשו הא בעי שומא והכרז' ודחקו עצמם מאוד בתירוצים והעיקר כתירוץ התומים דס"ל להנך פוסקים בהא דפליגי אביי ורבא בפסחים דף ל"א דאביי ס"ל דלמפרע הוא גובה ואי אקדיש מלו' או זבין מלוה מוקדש ומכור והיינו כשגבאו לבסוף חל המכיר' למפרע ורבא פליג שם וס"ל להנך פוסקים דאם מכרה אחר שהגיע הזמ"פ וגבא' לבסוף ע"י שומא והכרז' אף רבא מודה דהמכיר' חל

למפרע ולא פליג רבא רק במכר' קודם הזמ"פ אבל ודאי דאף הנך הפוסקים מודים דבלא שומא והכרז' המכיר' לאו כלום הוא וכן מוכח בבעל עולת התמיד (בבעה"ת) ובז"ה קיימתו מסברא דנפשאי וכן עיקר:

ט **ואם המלו' סתר ובנה ולא השביח.** עסמ"ע ס"ק ט"ו. ועיין תומים שהקשה מלקמן סימן קע"ח סעיף ה' דפסק כהרא"ש דעל המצרן להביא ראי' וכן ברא"ש פרק המקבל כתב הטעם דקרקע בחזק' הלוקח קיימי אלא משום תקנת חכמים משום הישר והטוב תיקנו חכמים להמצרן ומספיקא לא מפקי' ממונא וא"כ ה"נ הא רק משום הישר והטוב הוא והרי המחבר סותר דברי עצמו. ולפענ"ד נראה דדעת המחבר כדעת הט"ז וכיון דשומא הדרא אלא שיש ספק בתשלומין אמרי' זיל אייתי ראי' דדמי להא דלא יחפור דף כ"ד אך מ"מ נרא' דלא גרע הך קרקע מאילו הי' משכון בידו והיו מחולקים בסך ההלוא' שפסק הש"ך בסי' ע"ב ס"ק צ"ד דהמלו' נקרא מוחזק וה"נ דאיכא פלוגתא דרבוותא דכל אחד טוען קים לי הוי כמחולקין בסך ההלוא' וכל אחד טוען ברי דבעל המשכון נקרא מוחזק והמחבר ס"ל דלא נקרא בעל המשכון מוחזק רק כשהקרקע הוא שוה כפי הסך שטוען מה שאין כן כשהמשכון אינו שוה רק שיכול לטעון לדידי שוה לי לא מיקרי מוחזק ועיין סימן ע"ב סעיף י"ט בש"ך ס"ק ק"ב והכא לא שייך הטעם מ"ש הש"ך שם מש"ה כאן סי' קי"ג דלא השביח הקרקע ואין שוה יותר מש"ה אין המלו' נוטל הוצאות רק הקרקע משא"כ בסי' קע"ה דהקרקע שוה כפי טענת הלוקח מש"ה נקרא דלוקח מוחזק:

י **יורשים הרבה.** ועיין ט"ז שהקש' דלא אמרו בגמרא אחין שחלקו כלקוחות הן אלא לענין חלוק' שבין האחים אבל לא לגבי אינש אחריני והביא ראי' מריש הגוזל ומאכיל דאמרינן מת והורישו לבניו לא הוי שינוי רשות דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי אף דהיורשים רבי' וחלקו ולפע"ד נראה דל"ד דעיקר הטעם דייאוש ושינוי רשות קנה הוא משום דהא דיאוש לא קנה הוא משום דבאיסורא אתו לידי'. משא"כ כשיש שינוי רשות קנו דלגבי האחר בהיתירא אתי לידיה ולפ"ז נרא' דבשני גזלנים שגזלו החפץ אף שמכרו זה לזה לא הוי שינוי רשות כיון דכל החפץ לתרוייהו באיסורא אתי לידייהו כן הכא נמי ביורשים כיון דכרע דאבוהון נינהו הוי כמו באיסורא אתי לידייהו דכל א' וא' לא קנה:

יא **בעל בנכסי אשתו לוקח הוי.** עש"ך ס"ק י"ט עד דהוי ראוי'. ולפ"ז נרא' דאם מתה האשה והניח, יורשים דשומא הדרא לגבי דידהו דהא היורשין יורשין אף בראוי:

יב **שומא בטעות.** עסמ"ע ס"ק כ"ח עד דידע כו הנפקד א"י לחזור בו אלא המפקיד ולא הנפקד. ולכאור' קשה לי הא בסי' רכ"ז סעיף ד' בהג"ה פסק דאף המאנה יכול לחזור בו

אף שידע המאנה ומה הפרש יש בין הטעהו בשווי המקח ובין הטעהו בטעות אחר וכן בכל מקום שנתבטל המקח לגבי האחד נתבטל לגבי שניהם. לכן נרא' בודאי אם נתן להמפקיד מעות בעד החפץ ודאי דהי' יכול לחזור בו גם הנפקד כיון דלא הי' קנין בגוף החפץ ודמי לחמסן דיהב דמי בודאי אף החמסן יכול להחזיר החפץ וליקח הדמים כיון דלא קנה החפץ והכא טעמא אחרינא איכא במילתא דלא גרע מגזלן דאפי' בגזלן שלא הי' רוצה להחזיר החפץ והיו הב"ד יורדין לנכסיו והגבו קרקע או מטלטלין להנגזל בשומא ודאי דאח"כ לא יכול הגזלן להחזיר החפץ ולהוציא הקרקע כיון שנגזל קנה הקרקע ע"פ ב"ד דהא הגביית ב"ד כדין נעש' בגוף הקרקע וקנה אותו בגביית ב"ד אבל ודאי דאם הגזלן עשה תשוב' ורוצ' הגזלן לקיים דין ב"ד והנגזל רוצ' להחזיר הקרקע שהגזלן יחזיר לו הגזיל' ודאי דהב"ד פוסקין שהרשות ביד הנגזל להחזיר הקרקע וליקח חפץ שלו כיון שלא קיבל הקרקע רק מחמת שתי' התובע אלם וה"נ דכוותי' דכיון שכפר בב"ד והב"ד הגבו לו קרקע הוי ממש כאלו הגביהו קרקע וגזלו והגזלן א"י לבטל והנגזל יכול לבטל אבל ודאי אם נותן לו דמים בעד החפץ אף הנגזל יכול להחזיר החפץ וליקח הדמים:

סימן קד

א **בין קרקע בין מטלטלין**. ע' סמ"ע ס"ק א'. ובתומים כ' דכיון דמטלטלי משתעבדי רק מטעם דלא סמך דעתיה עלייהו אין בהם דין קדימ' ומש"ה אם כתב בשטר מקרקע ומטלטלי בלא אגב דחזינן דסמך דעתי' עלייהו והא ראי' דהא גבו מיורשים בכה"ג מש"ה יש בו גם כן דין קדימה לענין זה רק לענין בע"ח מאוחר שקדם וגבה דהוי כלוקח אין המוקדם יכול להוציא ממנו בלא אגב ע"ש שהוכיח זה מתוס' כתובות ר"פ מי שהי' נשוי שכתבו דמיירי במטלטלין ושם מוכח דיש בו דין קדימ' לענין זה ע"ש אכן לפי מה דמוכח בדברי הסמ"ע בסי' ק"ז דאף שכ' מקרקע ומטלטלי כשלא כ' בחיי ובמותי אינו גוב' מיורשין נ' דגם לענין קדימ' לא מהני בלא אגב ובספר קצה"ח כ' דכ"ז שאין המלו' תובע לית בי' אפי' מצוה לפרוע והא ודאי ליתא דודאי אף שהמלו' שוכח ואינו תובע חייב לפרוע ול"ד לנשבע דאינו חייב בלא תבע דאמדינן לדעתי' שכך הית' כוונתו בשעה שנשבע משא"כ מצות פריעת בע"ח דרחמנא חייביה לפרוע:

ב **י"א דבדבר שאינו עתה בעולם וכו'**. הנך י"א לא קאי רק על הא דמסיים בנשבע וכולי דלענין שאין בו דין קדימה בדאקנ' כ"ע מודו בזה:

ג **נאמן** עסמ"ע סק"ח עד דגם בלוה ישראל ועיין תומים שסתר זה דהא תופס בע"ח במקום שחב לאחרים לא מהני וגם אין שליחות לעכו"ם ומכ"ש עיקול דלא מהני כמבואר

בסעיף ד' בהג"ה ולכן כ' דאין הדין כן רק בלוה לעכו"ם דכשלו' לעכו"ם נתרצ' שיהי' שיעבודו ע"פ דין עכו"ם שלהם וכן הדין השני שטען שגבה שלא כדין לא שייך זה רק בעכו"ם ובאמת כדבריו:

ד **תפס שטרות.** עיין קצח"ח שכ' דאפי' בממרמו"ת שמהני מסיר' בלא כתיב' מ"מ תפיס' לא הוי אפי' במסיר' ונכון:

ה **אלא אם כן שמו בית דין.** עיין תומים דבמקרקע כיון דצריך גביית בית דין ודאי דצריך שומא אבל במטלטלין מהני תפיסה בלא שומא ובקצה"ח כתב דמהני תפיס' מטעם דקני ליה למשכון אפי' תפס בזרוע דהא מבואר בסי' צ"ז סעיף ט"ז דאפי' משכון בזרוע אין נעשה מטלטלין אצל בניו ואין שביעית משמטתו אלמא דקונ' משכון ע"ש:

ו **וכל הקודם וגבה זכה** עש"ך ס"ק י"ד. ובקצה"ח כ' לתרץ קושית הש"ך מהא דגובה חצי השבח אף דהלוקח מוחזק וכתב לתרץ כיון דהבע"ח נוטל גוף הקרקע עם השבח שמעל' בדמים הוי הבע"ח מוחזק דארעא דלגוביינא קאי כדאמר בב"מ פ' המקבל (בבא מציעא דף ק"י) ואף דשם מיירי באפותיקי כמבואר שם מ"מ הכא דהחוב כנגד הקרקע והשבח יכול לומר לדידי שוה לי כל החוב וכיון דנוטל כל הקרקע וכו' ולא ידענא מאי קאמר דעל חשבח שלא נשתעבד לו כיון שתפס השני הוי כלא נשתעבד לראשון וא"צ ליתן לו השבח ולא הדמים וכמו כשנוטלו הלוקח חצי שבח נוטל הלוקח קרקע ה"נ כשנוטל כל השבח מטעם מוחזק נוטל ג"כ קרקע ולא דמים וגם מה שייכות י"ל לדידי שוה גם על גוף הקרקע הא אם יאמר לדידי שוה לא יהיה לו חלק כלל בשבח ועל השבח לא שייך כלל לו' לדידי שוה לי וגם מה שהקש' על דברי הנ"י דהא בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציו שלי יבואר לקמן סי' קי"ב:

ז **לוה וכתב.** עש"ך ס"ק ס"ו (ויש שם ט"ס וכצ"ל כשקנ' אח"כ ותיבת כשלוה אח"כ ט"ס וצ"ל שקנה וכו':

ח **שטרות שזמן כולם.** ואם יש לאחד שני שט"ח עיין תומים שכ' דבשני שטרי שיעבוד אף אם הלוא' אחת לשני שטרות גובה לפי שטרות אבל בשני כת"י כיון דליכא בהכת"י קנין של שיעבוד אם הי' הלוא' אחת וחלקום לשנים אינו נוטל רק חלק אחד וע"ש שהקשה דבמטלטלין דליכא שיעבוד נכסי מה"ר יגבה לפי שטרות וכתב בדוחק דמ"מ המצוה חל על הלוה בשוה ע"ש. ולפ"ז נראה דבהלואה שנעשה בזמן אחד וחלקם לשני שטרות אף שיש בהם שיעבוד מ"מ כיון דמטלטלין לאו בני שיעבוד נינהו אינו נוטל רק חלק אחד דבהלואה אחת אין בו רק מלוה אחת וכמו בנחל' על שני כת"י:

ט **אין בע"ח נוטל בראוי**. עש"ך עד נ"מ היכא דנפלו לו נכסים לאח"מ מאבי אמו וכו'. ועיין תומים שהביא בשם הראנ"ח קושיא דממ"נ אם מת האח קודם הא אין הבן יורש אמו בקבר ואי שמת אבי אמו קודם אין זה ראוי דכבר זכה בו בחייו. ותי' דמשכחת לה כגון שמת אבי אמו קודם רק שהיה משועבד לכתובת אשתו של אבי אמו בחיי האב דהוי ראוי כתב התומים והא דלא נקט באבי אביו דא"כ יטען היורש שהוא ראוי גם לגבי אביו ואינו יורש רק מכח אבי אביו ע"ש ותמוהין דבריו מאוד דדוקא לענין בעל ובכור שאינן יורשין בראוי כתבו המרדכי ומהרי"ל אבל בן ודאי יורש את אביו אפי' בראוי ובעיקר הדין אי בעל חוב גובה בראוי האריך בדחוקים והעיקר נ"ל כדברי בעל קצה"ח דודאי משום טעמא דאנא מאבוה דאבא ובו' לחוד לא סגי דהבע"ח י"ל אביך זוכה קודם והוא משועבד לי מכוחו וכ"כ התומים ולכך צריך טעם כיון דראוי הוא לא משתעבד רק דעכ"פ איכא משום מצוה לפרוע חוב אביו מנכסים של אביו ולזה הוצרך לטעם דאנא מאבוה דאבא דמצו' ליכא רק במקום שלא היה אפשר לבוא להבן כי אם מכח אביו אבל כשאפשר לבוא לידי הנכסים מכח אבי אביו בלא אביו ליכא מצוה ע"ש:

סימן קה

א **שכל דתופס לבע"ח**. עסמ"ע סק"ב עד שזכה שמעון ועי' תומים מה שתמה על זה ואשתמיטתי' דברי התו' ב"מ ד"ה בשלמא סיפ' לחומרא והבאתיו לעיל בס"ק ח' שכתבו בהדיא דאפי' עשה הישראל השליח לשליח אחד לקבל מעותיו מיד העכו"ם ונתנו העכו"ם לידו מ"מ לא יצאה מרשות העכו"ם כמש"ל בס"ק הקודם ע"ש:

ב **ואפי' עשאו שליח**. עש"ך ס"ק א' שהאריך ליישב דברי רש"י שכתב דבעשאו שליח מהני אפי' במקום שחב לאחריני דכוונת רש"י הוא בשכרו להיות שליח ומש"ה מהני אפי' במקום דחב לאחריני משום דהוי כפועל דיד פועל כיד בעה"ב ע"ש ואישתמיטתי' דברי המרדכי פ"ק דחולין שנסתפק אי פועל יכול לתפוס חוב של בעה"ב והביאו התומים. ולפענד"נ דאין הפועל יכול לתפוס במקום דחב לאחריני הנה לכאור' קשה כיון דהא דפועל יכול לתפוס לאו מטעם שליחות הוא דהא שליחות לא מהני במקום דחב לאחריני ופועל מהני מטעם דידו כיד בעה"ב א"כ אפי' באותן דלאו בני שליחות נינהו כגון חש"ו שהן פועלים ג"כ מקנה מציאה לבעה"ב ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן. לכן נראה דהעיקר כהתומים דלא אמרו יד הפועל כיד בעה"ב אלא במקום דיכול לזכות לנפשיה וכמ"ש המהרש"א בכתובות פ' הכותב והטעם נראה כיון דהפועל יכול לזכות לנפשיה א"כ הבעה"ב מידו דפועל קא זכי מש"ה בחש"ו שאינם זוכים לנפשם גם

בעה"ב לא קנה מידם. ולפ"ז בעכו"ם פועל אפשר דמהני (אמנם לפמ"ש במקום אחר דיאוש קנה גבי מציאה דנלמד מקרא דעל שה ועל שלמה כמ"ש התוס' בב"ק ס"ו דבעינ' אתי ליד זוכה דבקרא כתיב ומצאת' דאתי לידיה משמע נרא' כיון דבקרא כתיב לכל אבידת אחיך אין העכו"ם קונה אבידה ביאוש. ולפ"ז אף כשהוא פועל לא קנה) ולפי סברא זו לענין תופס לבע"ה דאין להפועל יד לזכות בו לא שייך לומר ידו כיד בעה"ב וכן הסכים התומים ובעיקר יישוב דברי רש"י נראה דהנה הנ"י בב"מ במשנ' דראה אותן רצין כתב וז"ל וחצר המשתמרת דלא בעינן שיהא עומד בצד שדהו צריכ' טעמא דהא לאו משום יד הוא דמהני כמו בגט דחתם בעי מצד חציר' כדלקמן וגם לא מטעם שליחות מטעם הרנב"ר ז"ל שא"א לזכות לחבירו מתורת שליחות אלא א"כ נעשה שלוחו של בעל הממון ובמציאה ליכא בעל הממון שיהיה זה שלוחו ולא שייך למימר בחצר כדאמרי' גבי מגבי' מציאה לחבירו דמגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבירו עכ"ל. והנה לכאורה קשה על הנ"י דאמאי לא קאמר כלישנ' דהש"ס דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחריני דהא הר"ן ס"ל דבמקום שחב לאחריני אפי' עשאו שליח לא מהני. ונרא' דהוכרח לכך דהא הפ"י כתב הטעם דלא מהני שליחות במקום דחב לאחריני משום דהוי כשליח לדבר עבירה ובב"מ דף י"א מסיק הש"ס דבחצר מהני מטעם שליחות אף לדבר עביר' ממש כמו בגניבה דהוי דבר עבירה וחב לאחריני מש"ה הוכרח הר"ן לומר טעם אחר דהיינו דלא מהני בממון רק שליחות של בעל הממון והא דלא קאמר בש"ס טעם הר"ן גבי מגבי' מציאה לחבירו אי משום דר"ן ס"ל דזכי' לאו מטעם שליחות הוא ומהני אפי' במקום דלא מהני שליחות והיה לו להיות מועיל אפי' במקום דליכא שליחות של בעל הממון מטעם זכיה לכך הוצרך בש"ס לומר דזכי' לא מהני במקום דחב לאחריני אך לכאור' הר"ן פליג על דברי התו' בב"מ דף ע"ב שכתבו וז"ל וי"ל דאפי' יוכל לזכות לחבירו במציאה הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו דנהי אם היה הנכרי מפקיד מעותיו היה יכול לזכות לחבירו השתא מיהא שהנכרי אינו מפקירן אלא בא לזכות במעותיו למלו' ע"י זה הלוה אין לו כח לזכות שא"כ היה הישראל מקבל שליחות של נכרי לזכות במעותיו של ישראל ואין שליחות לנכרי וה"ל להיות מותר אפילו העמידו אצל נכרי אי לאו דלחומר' אמרינן דיש שליחות לנכרי עכ"ל משמע לכאור' מדברי התו' דאפי' מטעם שליחות מהני בהפקר ומציאה אפי' למאן דלא ס"ל מגו דזכי הרי מבואר דהתו' לא ס"ל כהר"ן שכ' דלא מהני שליחות לקבל הממון לענין שיהי' השליח כיד המלוה כשמקבל הממון וכמו בגיטין וקדושין דאין הממון יוצא מרשות בעל הממון אם לא בשליחות בעל הממון וכ"ז שהבעל הממון לא עשאו שליח לזכות בו לאחר אף שנתנו ליד שליח קבלה של המלו'

לא יצא מרשות הלוה ויכול הלוה ליקח אותו מיד השליח ומש"ה מותר שם גבי ריבית בב"מ משום דהוי מעותיו של עכו"ם עדיין אף שנתנו לשליח קבלה של הישראל ומ"מ כתבו התו' שם דבהפקר מהני שליחות כיון דליכא בעל הממון ולכאורה חולק על הר"ן. אך אחר העיון נרא' דלא פליגי כלל דכבר הארכתי במקום אחר לחלק בין הפקר ליאוש דהפקר יצא מרשות בעלים אף שלא אתי ליד זוכה והוא בעצמו צריך לחזור ולזכות בו משא"כ באבידה אחר ייאוש לא יצא מרשות בעלים קודם שבא ליד זוכ' מש"ה גבי הפקר כתבו התו' שפיר דמהני שליחות כיון דליכא בעל הממון כלל אבל גבי מציאה דקודם שבא ליד זוכה הוי של בעל (הממון) לא מהני בלא בעל הממון. ולפ"ז א"ש דברי רש"י דהנ' לכאורה קשה על הר"ן שכ' דבממון לא מהני שליחות בלא בעל הממון למאן דס"ל דזכי' מטעם שליחות א"כ בתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים אמאי קנה הא לא מהני שליחות בממון בלא בעל הממון ועכצ"ל כיון דהלוה לא מיקרי בעל הממון כלל כיון שהוא משועבד למלו' ולית ליה לאשתלומי ממקום אחר וגם בתפיס' של התופס לא יצא מרשות הלוה לגמרי דהא הרשות ביד הלוה עדיין לסלק בזוזי אחר רק שתופס לאלם השיעבוד ולא בעינן כלל בעל הממון רק במקום שמוציא מרשות בעל הממון, ולפ"ז שפיר כ' רש"י דעשאו שליח מהני דרש"י ס"ל דשליחות מהני אפי' במקום דחב לאחריני וטעם הר"ן דלא מהני שליחות בלא בעל הממון לא שייך גבי תופס לבע"ח כיון דהלוה לא מיקרי בעל הממון לענין שלא יועיל עד שיעשה הלוה שליח מטעם שכתבתי בתופס במקום שאינו חב לאחרים והמלו' האחר ודאי דלא נקרא בעל הממון מש"ח מהני שליחות משא"כ גבי מציא' שמורה רש"י דלא מהני שליחות דבמציא' איכא בעל הממון ולא מהני בלא בעל הממון כמש"ל. ולפ"ז לא קשה קושית הרא"ש שהקש' ממתני' דהי' רוכב דמיירי בעשאו שליח וכן קושית המפורשים מהא דמקש' הש"ס מברייתא דמציאת פועל דהוי ע"י שליחות דבמציא' מוד' רש"י דלא מהני שליחות כמש"ל גם מה שהקשה בתומים מהא דיימר בר חשו בכתובות לא קשה מידי דשם ביתומים איירי דמטלטלי דיתמי לא משתעביד לבע"ח וע"י תפיס' רוצה להכניסו תחת שיעבוד הבע"ח ולהוציא מרשות בעל הממון ושפיר הוי יתומים בעל הממון ולא מהני שליחות בלא בעל הממון. ולפ"ז ל"ק ג"כ קושי' התו' בב"מ דף י' בד"ה ר"נ ור"ח מהא דביצה ולפי הנ"ל ל"ק דשם בביצה פי' רש"י דמיירי שעשאו שליח למלאות כיון רשם בירא דבהפקירא הוא וליכא בעל הממון מהני שליחות כמש"ל כל זה כתבתי ליישב דברי רש"י אבל העיקר כפי' התו' וסייעת' דלא מהני שליחות אפי' שכרו להיות שליח לא מהני וכדמסיק התומים

ודלא כהש"ך ובש"ך שם יש ט"ס וכצ"ל וכיון דהכא החייב אינו תובע לו לא שייך לומר לאו ב"ד דידי את וגם למטה בס"ק זה צ"ל שאני פועל דידו כיד בעה"ב:

ג **מגו דאי בעי זכה לנפשי'**. עש"ך ס"ק ב' והעיקר כהתומים שהשיג על הש"ך והביא ראי' ברורה מדברי רש"י בב"ק דף ע"א בד"ה גבי הרשאה דאמר למאי נ"מ למיתפס פלגא ואי כדברי הש"ך א"כ אפי' כולו יכול לתפוס כיון דזכי לנפשי' בפלגא אך לא כתב טעם נכון לתרץ קושית הש"ך מהא דשנים שהגביהו מציא'. ולפענ"ד נראה טעם נכון לחלק דדוקא במקום שאם לא יזכה לחבירו בהגבהה זו גם הוא בחלקו לא יזכ' א"כ פשט' זכייתו בכל החפץ כגון בב' שהגביהו מציאה דאם חבירו לא יזכה גם הוא בחלקו לא יזכה מש"ה אמרי' שפיר מגו דזכי לנפשי' זכו נמי לחבריה אבל בתופס לבע"ח אף אם לא יזכה חבירו מ"מ הוא יזכה במה שתפס נגד חלקו ומכ"ש בזוזי דכמאן דפליגי דמי ולא פשט' זכותו בחלק חבירו כלל לא אמרי' מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחבריה ומ"ש בקצה"ח משותפין שגנבו דחייבים מטעם מגו דזכי לנפשיה אף דלא שייך בו שליחות דאין שליח לדבר עבירה ע"ש ולפענ"ד נראה דמשם ראיה להיפך דהא התו' שם באמת סתרו רש"י וכתבו דבשותף שגנב ע"ד וע"ד חבירו פטור מטעם זה דאין שלד"ע רק בשותפין שגנבו שהגביהו שניהם חייבין הן אמת דבספרו שם בסי' שמ"ח תמה על התו'. דהא בשותפין שהגביהו שניהם ע"כ ג"כ מטעם מגו דזכי אתינין עלה וא"כ מה הפרש יש בין הגביהו שניהם ובין הגביהו אחד מדעת שניהם ע"ש ובאמת לק"מ ודברי התו' מזוקקין שבעתים דהא דאמר הש"ס גבי שנים שהגביהו מציא' תעשה זו כמו שמונחת על גבי קרקע ומשני מטעם מגו דזכי או מטעם דהמגביה מציא' לחבירו קנה חבירו וא"כ לכאורה קשה א"כ אם א' יגביה מציא' שלא יזכה בו רק החצי דליכא אחד דקא מגבי' ליה לא יקנה והא ודאי ליתא דא"כ אם יהי' החפץ של שותפין ויפקיד אחד חלקו לא יהיה שום אדם יכול לזכות בו כיון שאין בו קנין רק על החצי אלא ודאי דעיקר קושית הש"ס כיון דהגבהה בעינן שיהי' מוגבה כל הכלי מכוחו וכאן שתפוס בו השני נעשו נגדו כמונח חצי על גבי קרקע או ע"ג עמוד וכ"כ בשיטה וז"ל דכיון דהמגביה מציא' לחבירו לא קנה חבירו יד חבירו כקרקע דמי לגבי דידי' ואלו טלית שראש' אחד מונח ע"ג עמוד וכו' רק משום דהמגביה מציא' לחבירו קנה חבירו והרי כל החפץ מוגבה ע"י שניהם זה לקנות וזה להקנות לחבירו בחלקו או מטעם מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' וכיון דהגבהה זו מועלת לקנות לעצמו בחלקו מועיל הגבהה זו גם לחבירו שיהי' ע"י הגבהה ג"כ קנין לחבירו ומש"ה בפיקח וחרש שאין בהגבה' של חרש קנין לעצמו דמי החצי כמונח על גבי עמוד וגם הפיקח לא קנה ולפמ"ש נראה דאם פיקח הגבי' כל המציא אדעתא דידי'

ואדעתא דחרש אף דהחרש לא קנה חלקו מ"מ הפיקח קנה חצי שלו שהגביה לצורך עצמו כיון דהוא מוגבה כולו מכחו ונתכוין לקנות החצי אף דלא קנה החצי האחר לדעת התו' בסוף ביצה ע"ש דס"ל למאן דס"ל דהמגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו אף המגביה לא קנה אבל החרש לא קנה חלקו אף שהגבי' לו הפיקח ושייך לומר מגו דזכי לנפשי' ועכצ"ל דנגד זה לא שייך לומר מגו דזכי מטעם שכתבתי דלא נתפשט' זכייתו ככולו דהא אם לא יהיה חבירו חרש קונה מ"מ הוא נקנה החצי ולא שייך לומר מגו דזכי לנפשי' רק בב' שהגבי' דפשטא זכייתו בכל החפץ וכמש"ל. ולפ"ז בב' שהגביהו אפילו האחד אינו בר שליחות כל שהוא בר זכי' שיכול לזכות לעצמו כגון שהשני הוא עכו"ם או שהוא שליחות לדבר עבירה כגון שותפין שגנבו והגביהו שניהם קנה אף אותו שאינו בר שליחות כיון דמטעם מגו דזכי לנפשיה אתינין עלה משא"כ במגביה לצרכו ולצורך חבירו אינו זוכה מטעם מגו דזכי לנפשיה מטעם הנ"ל רק מטעם שליחות ומש"ה כל שהוא אינו בר שליחות כגון הגביה לצרכו ולצורך חש"ו או שהיה שליחות לדבר עבירה כגון שגנב לצורך חבירו לא זכה חבירו דמגביה לצורך חבירו לא שייך לומר מגו דזכי לנפשיה רק מטעם שליחות וכמש"ל ויהי' איך שיהיה כיון שכתבו התוס' דבגונב לצורך חבירו כיון שאין שליחות לדבר עבירה לא קנה חבירו אף במקום דשייך לומר מגו דזכי לנפשי' א"כ ה"ה בחב לאחריני כיון דלא מהני שליחות בחב לאחריני לא מהני גם כן אף במקום דזכי לנפשיה כמו בשליחות לדבר עבירה:

ד **דאינו חייב באחריותו**. נראה דפלוגתייהו הוא לאחריות אונסין אבל לענין שמירת שומר שכר נראה דחייב לכ"ע למאן דס"ל פרוטה דר"י בסי' ע"ב דהא התופס חייב בשיטוח וניעור בהחפץ שתפס דהא הלוה אינו יכול לשוטחו ולנערו כשהוא ביד התופס דכל שע"י אומד נפסד אצל הלוה דמי להשבת אבידה:

ה **נפקד שתפס**. עסמ"ע ס"ק י"א ויש שם ט"ס וכצ"ל דזה איירי אפי' בתופס אפי' במקום דלית פסידא לבע"ח והמלוה לפנינו דבתופס בעלמא א"י לתפוס וכו':

ו **הוא היה צריך לשלם למלוה**. עש"ד ס"ק י' מה שהקשה מלקמן סי' קכ"ה. (ויש שם ט"ס כש"ך וכצ"ל דש"ה דכשעה שנתנו המשלח לשליח ידוע לו וכו' משא"כ כאן אינו יודע הנפקד וכו' וכ"ה הגירסא באו"ת) . ולפענ"ד נראה דלא קשה דהנה התומים כתב דלוה שפרע חוב של מלוה כדמי הלואתו דמ"מ לא נפטר מחובו וחייב לשלם למלוה חובו וחוזר ותובע למלוה מה שפרע בשבילו והדין דזה גובה וזה גובה. והנה בש"ך סי' שצ"א סעיף ב' כתב וז"ל בהרא"ש פרק הגוזל קמא כ' גבי אוקימתא דרבינא בצבע הקוף צמר בסימנין וז"ל וי"ל דדוקא כשגופו נהנה ע"י אחר או ממונו נהנה מחבירו ע"י מעש'

של ממונו כמו אכלה מצידי הרחב' ונפל' לגינה אז משלם מה שנהנ' אבל כשממונו נהנ' ע"י אחר פטור עכ"ל והוא כתי' הראשון של התוס' שם דף ק' ע"א מזה מוכח דאם תחב לה אחר אוכלין לתוך פיה פטור לשלם מה שנהנית וכ"כ מהרש"ל פרק הגוזל סי' כ"ח דהתוחב אוכלין לתוך פיו של בהמתו אינו משלם כלום מהאי טעמא ומ"מ נ"ל דמיירי שתחב אוכלין של אחרים ופטור מן בעל האוכלין אבל אם תחב אוכלין שלו חייב לשלם לו דהא גרע מיורד שלא ברשות וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו עכ"ל הש"ך ולפ"ז נרא' דאף למאן דס"ל דהפורע חובו של חבירו חייב לשלם לו או במקום שהי' לו של חבירו בידו דחייב לשלם לו לכ"ע ע"כ הוא מטעם דהוי כמסלק שיעבוד מנכסי חבירו והוי כמהני לנכסי חבירו. ולפ"ז נרא' דאם הי' ראובן חייב לשמעון ובא לוי ופרע בממון של יהודא חובו של ראובן לשמעון דאין ראובן חייב לשלם ליהודא כיון דיהודא לא נתכוין להשביח נכסי ראובן כמו בתוחב אוכלין של חבירו לבהמת חבירו. ולפ"ז נרא' החילוק ברור דהכא בסי' ק"ה הנפקד נתכוין לפרוע חובו של המפקיד בשלו דהא חייב לשלם מש"ה חייב לו המפסיד לשלם משא"כ בסימן קכ"ח בראובן שלה המעות ללוי ונתכוין לפרוע חוב שלו ולהשביח נכסי עצמו ושמעון לקח המעות של ראובן שהוא כפקדון בידו ופרע חובו של לוי אין ראובן יכול לתבוע ללוי מה ששמעון השביח נכסיו של לוי בממונו של ראובן וכן נ"ל ודו"ק:

סימן קז

א **אין כופין.** עסמ"ע ס"ק ב' שהביא דברי הרמב"ן שכתב שאין הב"ד רוצין לכופן. ובתומים תמה ע"ז דהא אמרינן בכתובות פ"ד דדנו דייני כר"ט במטלטלין של יתומים ואהדר עובדא דהוי טעות בד"מ ולפ"ד הרמב"ן מה טעות יש הא הרשות ביד ב"ד לכפות ועוד הקשה דלמה הי' להן להגאונים לתקן תקנה חדשה הי' להם לתקן שהב"ד יזדקקו לכוף ועוד דבתפיס' דלאחר מיתה דקיי"ל דמוציאין מיד התופס קש' דלמה יזדקקו הב"ד לכוף לבטל מ"ע דאורייתא למוספי ליתמי איסורא. ולפענ"ד נרא' דאף דמוטל מצוה על היתומים לפרוע חיובא דגופא הוא דאיכא אבל מ"מ גוף המטלטלין אינן יוצאין מרשות היתומים אף שתפסן שכנגדו והרי הן של היתומים ושכנגדו אסור להשתמש בהם וגם הן גזל בידו כשמחזיק בידו וגם הב"ד אינן יכולין להגבותן להמלו' שיהי' שלו רק הב"ד יכולין לכוף עד שיאמר רוצה אני אבל כל זמן שאין יתומים בעצמן מחליטין הדבר אינו מוחלט וגזל הוא בידו ולכך אם תפס מוציאין כדי שלא יעבור אלאו דלא תגזול כשמחזיק החפץ בידו כי מה בכך שהיתומים עוברים על מ"ע מ"מ אין לו על החפצים כלום:

ב **ממלוה** ובספר קצה"ח כתב ליישב קושית התוס' כתובות פ"א ד"ה לא אשכחן שהקשו ממתני' דהכותב דמי שמת והניח אשה והי' לו מלוה וכו' וכת' ליישב דלאביי דס"ל למפרע הוא גובה וא"כ בהך דר"ט ל"צ לדר"נ כיון שהמלו' ביד אחרים וצריך לפרוע ליורשים וכיון שבא לידי גביה למפרע גובה ונעשה כאילו בא ליד אביהן מחיים וא"צ לדר"נ וכו' ולא ידענא מאי קאמר דודאי כשכבר בא לידי גובייא להיורשים שוב הוי מטלטל דיתמי ואפי' נחשוב אותן כאילו בא ליד אביהן מחיים הא אפי' במטלטלין שגבה אביהן מחיים ומת משתעבדי דהא במטלטלין איירי ולא משתעבדי רק שר"ט ס"ל דאין נותנין ליורשים כלל והמלו' תובע אותן מבע"ח דאביהן ובזה ודאי דצריך לדר"נ דאל"ה מצי אמר לא בע"ד דידי את. גם מ"ש ליישב קושית הרמב"ן למאן דס"ל דכתוב' אינו גובה ממלו' מהא דמי שהי' נושה באחיו כתובות פ"א וכתב ליישב דשם הטעם משום דיבם גם כן אינו נוטל בראוי רק דבמלוה שעמו מספקא לן אימר הקנה בעין יפה לאחיו כדי שיהא מוחזק ומש"ה גובה הבעל. ג"כ תמוה דא"כ מ"מ בחלק המגיע לירושתו אף אם לא הי' יבם דבחלק זה י"ל שהוא ראוי לא הי' ליתן לכתובת' ועוד דזיל הכא קא מדחי לי' וזיל הכא קא מדחי דנגד האש' בכתובת' אומר שהוא ראוי ולא נשתעבד ומגיע באמת לאחיו חלקו ולאחיו יאמר שהוא מוחזק והוא יורש:

ג **ביד אחרים** עש"ך ס"ק ג' ולפע"ד אם היורש בעצמו חייב לאביו אין הכתובה גובה ממנו מטלטלין לפי התי' שני, ומקור דין זה הוא באה"ע סי' מ"ו:

ד **הדין עם היורשים**. עסמ"ע ס"ק ו' הטעם כיון דמן הדין לא משתעבדי כלל ע"ש (ועיין תומים לענין מתנות שכ"מ במטלטלין. ואין לזוז מפסק המחבר וש"ע אה"ע דגובין ממתנת שכ"מ ממטלטלין לפי תקנת הגאונים) . והנה לפי טעם הסמ"ע לדברי הרא"ש דמטלטלין משתעבד מדינא הדין עם הב"ח ולכן נראה דאף דלגבי' בע"ח גופי' נראה דאם יש לו מעות מדאוריית' במעות דבעין שהלוהו צריך לשלם מדאוריית' כמו בהלו' חטים שצריך לשלם חטים כשיש לו תדע דהא יוקרא וזולא מהדבר שהלוהו חל על הבע"ח רק מדרבנן אסור לשלם כשנתייקר משום ריבית וממילא חייב ליתן מטלטלין משום שהן קרובין למעות מ"מ ביתומים דאין חל עליהם רק משום שיעבוד נכסי ממילא מה שירצו היורשים יכולין ליתן לו כמו זיבורית רק כשמפורש בשטר מקרקע ומטלטלין בחיי ובמותי נראה מדבריו שרצה להשוות שיהי' הדין אחר מיתה כמו בחיים מש"ה צריך ליתן מטלטלין שהן קרובים לזוזי כמו בחייו:

ה **לעכב קבורתו**. עסמ"ע ס"ק י' עד וא"ר להאמין לבני המשפח' בשבוע' וכו' והוא לכאור' תמוה דא"כ לעולם יהי' המת מונח עד שיפרעו משלהם והוא נגד השכל. לכן

נראה דכוונתו שהיורשים א"ר לישבע רק שבני המשפח' רוצים לישבע והוא אינו מאמין להם ולוה מעכב קבורתו עד שישבעו היורשים או שט"ס הוא וכצ"ל ואין רוצין להאמין לבני המשפחה רק בשבוע' אמנם גם זה דחוק והעיקר כמו שפי' הש"ך בשם א"מ וכוונתו שהבע"ח רוצה שלא יקברו אותו ממעות העזבון עד שישלמו להם תחלה ב"א יוציאו המעות לצורך קבור' אז לא ישאר להם כדי חובם ולזה מחלק ג"כ בין יש מעות בקופ' של צדקה דאז אפי' קרוב יכול לעכב שיכול לטעון ממ"נ אם ישאר מעות הרי יגבה הקופ' של צדקה מהעזבון אחר שישלמו לו החוב ואם לא ישאר מעות ממילא מחוייבת הקופה של צדקה לקבור משא"כ כשאין בקופה של צדקה מעות לקבור דאז אם ימתינו עד שיסלקו החוב יבוא המת לידי ניוול ואסור לעשות כן להקרוב שהמת מוטל עליו לקברו:

ו **שלא ירשו המעות.** עסמ"ע ס"ק י"ג דה"ח אם יש להם מטלטלין משלהן דיכולין לסלקו ע"ש והב"י סי' ק"ב מהו' ב' כ' בהדיא שא"י לסלק במטלטלין שלהן וכן מסתבר וכ"כ בקצה"ח וכן עיקר וכתב עוד שם דבע"ח מאוחר שקדם וגבה כשהמוקדם מוציא ממנו א"י המאוחר לסלקו במעות והוא פשוט:

ז **י"א שאינו גובה.** עסמ"ע ס"ק ט"ו ובדרישׁ' וכנה"ג ובתומים הקשו מהא שכתב הטור סי' ק"ד בראובן שלוה ע"פ ומת ולוה חנוך בנו בשטר דהמלו' בשטר קודם וגוב' הקרקע וחנוך בנו חייב לשלם מטעם מזיק במה ששיעבד נכסי המת וישבו בדוחק. ולפע"ד נרא' דהנה הש"ך בס"ק ח' כ' וז"ל דכ"מ שכתבו הפוסקים דחייבים לשלם מדינא דגרמי היינו אפי' לא נטל המוכר דמים אבל אם נטל בלא"ה חייב דקא משתרשי לי' עכ"ל ובוודאי אין דעת הש"ך רק להנך דמחייבין היורשין לשלם אבל להנך דפטרי מוכח בהדיא בטור ובכל הפוסקים דפטורי אפי' נטלו מהדמים שלקחו והם בעין בידם וכ"ה בתומים ובקצה"ח ע"ש וגם נרא' דטעמא דמשתרשי לי' לא שייך רק למאן דס"ל שיעבודא דאורייתא דמשתרשי ליה בדבר שהוא של אחרים דהשיעבוד הוא של המלו' והוא הזיקו ומשתרשי לי' אבל למאן דס"ל דשיעבודא לאו דאוריי' פטור אפי' בהיכא דקא משתרשי לי' וראי' לזה מבכורות דף מ"ח דקאמר רבא דהב"ע כגון דליכא אלא חמש סלעים ודכ"ע אית להו דר"א דהאחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות ודכ"ע מלוה הכתוב' בתורה לאו ככתוב' בשטר דמיא וכ"ע אית להו דר"פ דמע"פ גובה מהיורשים ואינו גובה מהלקוחות והכא בחמש ולא חצי חמש קמפלגי וכו' ולדעת הש"ך קשה מה בכך שאינו גובה מהלקוחות מ"מ הא חייב כ"א במה שמכר חלקו והזיק שיעבודו וקא משתרשי ליה דהא נטל חלק אחיו בעד חלקו ועכצ"ל דהש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' כתב דרבא ור"פ דב"ב דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא ולמאן דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא

פטור אפי' היכא דקא משתרשי ליה וכמש"ל אך מ"מ טעמא בעי דמה"ת יהי' פטורים הא קמשתרשי להו ולכן נראה דהטעם הוא דהא שמואל ס"ל בב"מ י"ד דאחריות לאו ט"ס מטעם דעביד אינש דזבין ארעא ליומא אלמא דבשדה המשועבד לבע"ח יש שני קניינים לבעל השדה קנין הגוף ולבע"ח יש לו שיעבוד בהשדה ותלינן דהדמים שנטל הן בעד קנין גופו של שדה א"כ לפ"ז הכא הטעם דהיורשין פטורין דלא מיבעיא לשמואל דס"ל אחריות לאו ט"ס א"כ כמו דפטירי לגבי הלוקח מטעם דהדמים שנטלו הן דמי זבינא שזבין ליומא מה"ט פטורין נמי לגבי בע"ח כשמכרו לעכו"ם אלם דלא נגעו בשיעבוד השדה כלל רק שנטלו דמי הזבינא בעד חלקם דהיינו גוף הקרקע דעביד אינש דזבין ארעא ליומא ולא שייך משתרשי ליה כיון שלא נטל הדמים בעד שיעבודי' של חבירו כלל רק בעד הגוף שלו ומטעם מזיק ג"ב פטורי דמזיק שיעבוד לא הוי רק גורם וכיון שלא נגעו בהשיעבוד רק בשלהם הוי גורם דגורם ואפי' להנך דסברי אחריות ט"ס לא פליגי אהך סברא דעביד אינש דזבין ארעא ליומא כמבו' בסי' ק"ח רק דסברי דודאי טעה הסופר כי בודאי פי' עמו אחריות ואי לא פירש בודאי שכח המוכר וטעה כי בודאי נתכוין לאחריות ואפי' כשפי' אחריות ונתן הדמים בעד דמי המכירה והאחריות מ"מ אחריות חיובא דגופא של המוכר בעלמא הוא ומ"מ עיקר המכיר' בשדה לא הי' רק מה שיש לו בו דהיינו גופו של שדה ולא בעד השיעבוד ולא נגע בשיעבוד כלום ואף שהזיק שיעבודו במה שמכרו לעכו"ם אלם ס"ל להטור דלא מיחייב משום מזיק שיעבוד כמ"ש הטור משא"כ בלוה שטר שכ' הטור סי' ק"ד דהגוף נשאר שלו ולא עשה רק שיעבודו והדמים שנטל בעד השיעבוד שהוא של חבירו נטל וקמשתרשי לי' בשל חבירו מש"ה חייב, ולפ"ז נראה דאפי' הדמים ביד הלוקח עדיין אין הבע"ח יכול לעכבם כיון שהדמים שנטל בעד שבח שהוא שלו ולא של חבירו נטל, והתומים כתב להיפך וראי' שלו איני מבין ובקצה"ח כתב לתרץ מכח סברת הר"ן חולין קל"א שכתב גבי מזיק מתנות כהונה וז"ל שכל שנתכוין ליקח מתנות כהונה לעצמו ושנה אותו בצביעה או אכלן אינו משלם אע"ג דמשתרשי ליה שהרי הפקיע מצותן וחיוב ממון אין בהן אבל אנס המלך גרנו בחובו כיון שלא הפקיע הוא מצותו ומשתרשי ליה עדיין מצותו עליו דמה לי הן ומה לי דמיהן עכ"ל הר"ן שם ומשם למד בקצה"ח לכאן וכתב וז"ל דאם מכרו אין גובה מהדמים כיון שהפקיע שיעבודו וחיוב ממון אין בו להכי פטורין משא"כ בס"ס קיד שבא לוי ונטלו בחובו דלא הפקיע היורש מצותו דמצוה לפרוע חובת אביו עדיין מצותו עליו דומיא דנטל המלך בחובו עכ"ל ודברים תמוהין כתב דבשלמא התם דאין הבעלים רק חיוב מצוה ולא חיוב ממון וכשמבטל המצו' בידים אין בידו אלא עבירת ביטול המצו'

ולא חיוב ממון משא"כ הכא דאם אינו במזיק שיעבוד דחייב עכ"פ במשתרשי ליה אפי' מתכוין להפקיע ולגזול חייב ואם אין דינו כמזיק שיעבוד ופטור במשתרשי לי' מטעם שכתב הטור מכ"ש בשיעש' הדבר באונס פטור ועוד דאם נאמר דיש עליו חיוב מצוה לפרוע וכופין אותו לקיים מצותו ודאי אפי' מכרן חייב דכי המצו' הוא שיסלק דוקא בממון זה בשלמא גבי מתנות כהונה המצו' דוקא ליתן דבר זה דווקא כגון בראשית הגז וכשגזלו וצבעו ביטל מצותו תיכף משא"כ במכיר' שדה המשועבד אין היכר שביטל מצותן כיון שאם משלם בממון שלו ג"כ מקיים המצו' של פריעת בעל חוב:

ח **וכן אין בע"ח מאוחר** עסמ"ע ס"ק י"ט שכתב וה"ה בהניח להו מטלטלין ואמרו בפירוש שנתנו המעות בעדם ומיירי לדינא דש"ס והניח קרקע ומטלטלין ונתנו המטלטלין או מעות בעד הקרקע וברישא מיירי לענין ב"ח א' ובסיפא מיירי לענין שני בע"ח. ונראה דמיירי אפי' לאחר תקנת הגאונים ומיירי שהי' חייב לראובן נ' ולשמעון המאוחר נ' והניח קרקע שוה נ' ומטלטלין שוה נ' וטרף המוקדם הקרקע ונתנו לו המטלטלין דאז אם אמרו בפירוש שקוני' בעד המטלטלין הקרקע הוי כמכרו המטלטלין לאיש אחר דפטורין לדעת הסמ"ע ס"ק ט"ו לשלם מהדמים וה"נ פטורין מלשלם מהקרקע שקיבלו במכר המטלטלין משא"כ כשנתנו סתם המטלטלין תולין לומר שנתנו המטלטלין לסילוק החוב ומדין שומא הדרא ואין דנין אותו כמכיר' המטלטלין רק כשאמרו בפירוש שנתנו המטלטלין בתורת מכירה כנ"ל לדחוק בפי' דברי הסמ"ע שלא יהיו תמוהין כ"כ:

ט **טורף חצי החוב מהלוקח** עסמ"ע ס"ק קי"ד ובקצה"ח כתב לסתור דברי הסמ"ע וכתב דעיקר הטעם דלא שייך אין גובין מנכסים משועבדים ביורשים כיון דגם על היורש מכח טורפו בא כמו בלוקח מן הלוקח רק ביורש אחד שמכר והניח לעצמו מקצת הנכסים אינו גובה הוא מטעם דמה מכר ראשון לשני כל זכות כו' וכיון דהיורש הי' יכול לדחות להבע"ח אפי' לזיבורית כמו כן הלוקח ממנו כמו בלוקח מן הלוקח בסימן קי"ד משא"כ בשני יורשים שמכר אחד כיון דהיורש לא הוה מצי לדחותו להיורש השני כמו כן הלוקח ממנו רק שהקשה מסי' רע"ה בזוכה בנכסי הגר כשיצא עליו בע"ח הבע"ח גובה מהאחין וכו' ע"ש. ולפענ"ד נראה דדוקא בלוקח מן הלוקח שייך לומר דגם עליו מכח טירפ' הוא בא שאין עליו שיעבוד הגוף משא"כ ביורש שירש נכסים שיש עליו שיעבוד הגוף גם כן כמ"ש התומים בסי' ס"ו ס"ק מ"ג ע"ש ומנכסי הגר לא קשה דבשעת זכיה כשזה הניח מקום לגבות בלא טירפא משא"כ בלוקח מן הלוקח שלא הניח נכסים בשעת קנין רק מה שיכול לבוא עליהם מכח טירפא:

י **אין בע"ח מוקדם.** עסמ"ע ס"ק כ"ו עד דלא מיקרי מזיק שיעבוד מטעם שכתבתי בס"ק ד' וכו' לרווחא דמילתא כתב כן דהטעם פשוט דמטלטלין משועבדין לכל אחד הכל דהא מהני תפיס' כשמכר לאחר לא הוי מזיק שיעבוד וכ"כ בספר קצות החושן:

סימן קח

א **או שהאמין לבעל העיסקא.** בתומים הקשה דהא בסי' ע"א מבואר דלא מהני סתם נאמנות נגד יורשים עד שהאמין בפירוש גם נגד היורשים וכו' ע"ש ולק"מ דבשלמא גבי שבועה כיון דהא דחז"ל חייבוהו שבוע' נגד יורשים לאו מטעם דטענינן להו מה דמצי אביהן למיטען דהא שבועת אישתבע לי להרבה פוסקים לאו שבועת המשנ' הוא ושבוע' נגד היורשים שבועת משנה ולענין הרבה דברי' המור' שבועת היורשים משבוע' אישתבע לי מש"ה אף שנתן לו נאמנות ופטרו משבוע' אישתבע לי מ"מ חייב הוא בשבוע' היורשין כשלא פטרו בפי' גם נגד יורשין משא"כ הכא דיש לו שטר ואין היורשים יכולין לפטור נפשם מממון רק מטע' דטענינן להו מה דמצי אביהן למיטען כיון שאביהן הי' נאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו מש"ה כשהאמין לבעל העיסק' דשוב לא הי' מצי אביהן למיטען שוב לא טענינן ליורשין ומכ"ש לסברת הסמ"ע ס"ק י"ז דמה"ט לו' שטרך בידי מאי בעי דיכול לו' סמכתי על המגו שלי וכו' והיינו דהי' סובר שיהי' נאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו דאין לומר דהי' סמוך נפשו במה שיכול לטעון נאנסו מש"ה החזיר ולא לקח השטר משום דאם יתבע אותו יטען נאנסו דהא ודאי לא ישבע לשקר והאיך יסמוך נפשו על שבועת שקר אלא ודאי דסמוך נפשי שיהי' נאמן בטענת החזרתי במגו וכן מוכח בתומים למעיין בדבריו מש"ה כשהאמין ושוב אינו נאמן במגו ולא הי' לו על מה לסמוך יכול הלה לומר שטרך בידי מאי בעי דעל מה סמכת שלא לקחת שטרך:

ב **אם יש לקטן אפוטרופוס.** בתומים הקשה דמה ענין לשבועת אפטרופס הא אפטרופס נאמן מטעם עדות כמבואר בסי' ר"צ סעיף י"ב בהג"ה. ולק"מ דודאי שם איירי באפוטרופוס שאינו נו"נ בנכסי יתומים רק באפוטרופוס שנתמנ' לטעון בנכסי יתומים כמ"ש בס' אגודת אזוב דאפטרופס הנו"נ בנכסי יתומים והלוה טוען שפרע להאפוטרופס והאפטרופס מכחיש אין לך נוגע גדול מזה דהא אם יודה לדברי הלוה יצטרך לשלם להיתומים אלא ע"כ באפטרופס שלא נתמנה רק לטעון בנכסי יתומים וכמ"ש בס' א"א הנ"ל משא"כ הכא מיירי באפטרופס הנו"נ כנכסי יתומים וממון יתומים תח"י דאפי' להיתומים הי' צריך לישבע אולי נטל ממון היתומים לעצמו רק משום דחיישי חז"ל לדילמא מימנע והכא כשנשבע נגד הלו' דלא שייך חששא דמימנע כמ"ש הסמ"ע ודאי

דחשיב כבע"ד ממש דצריך שבוע' כשבא לגבות דחשדינן ליה דאף שאבי יתומים ציוה שהוא פרוע מ"מ תובע השטר בשביל עצמו ורוצ' לגבות ומשקר בשביל מלוה ישינה שיש לו עליו לכך צריך לישבע כנ"ל ברור:

ג **א"נ אלא על חלקו** עסמ"ע ס"ק ך"ט עד משא"כ כאן שהשט"ח נכתב ע"ש אביהן והוחזק השטר לרבים בשם אביו וכו'. אין לפרש בדברי הסמ"ע דמיירי שהוחזק בב"ד קודם שאמר פרוע דבזה לא הי' חולק הדיע' ראשונ' דהא מגו למפרע לכ"ע לא אמרינן אלא ודאי דמיירי שאמר פרוע תיכף כשהוציא השטר ונרא' דכוונת הסמ"ע הוא דכבר כתבתי לעיל בסי' צ"ו בביאורים ס"ק י"ח דטעם הרא"ש הוא דלא אמרי' מגו רק בבע"ד או בשליש שהוא כבע"ד אבל מי שיש בידו משל אחר אינו נאמן במה שהוא בידו לקלקל אותו דרשות הנפקד הוא כרשות המפקיד והוי כמגו להוציא וזהו ג"כ כוונת הסמ"ע דבשותפין שנכתב על שמו והרי הימני' שהרי יכול לגבות כל השטר בעצמו ועסמ"ע סי' נ"ו ס"ק ז' דבפקדון שייך ג"ב הימני' מש"ה הוי בבע"ד ונאמן במגו משא"כ בנכתב ע"ש אביו ומוחזק שהוא של אביו ואין אח אחד יכול לגבות כל השטר כמבואר בסי' ע"ז סעיף ט' ע"ש בהג"ה וגם לא בא לידו בפקדון מאחיו ולא שייך ביה הימני' כלל מ"ה אינו נאמן אפי' יש לו מגו ועוד נרא' לענ"ד לחלק דעיקר הטעם דלא מהימן במנו דאי בעי קלתי' דהוי במגו מקום חזקה כמ"ש הש"ך בסי' מ"ז ס"ק ו' ע"ש וע"ל בחידושי' סי' ס"ב ובבאורי' ס"ק ט' ע"ש שחילקתי דבדבר שיכול לו' שלי הוא ואומר של אחר וליכא חשש קנוניא מהני מגו במקום חזקה ודוקא בדבר דאיכא חשש קנוניא לא מהני מגו. ולפ"ז א"ש דבסי' צ"ג ל"מ אם לא כתוב בו שהוא מממון השותפות ודאי דהי' יכול לומר שלי הוא אלא אפי' אם כתב בו שהוא ממון השותפות מ"מ כיון דיכול לגבות כל השטר הרי הלוה נתחייב נגדו בכל המעות ולא יכול לומר לאו בע"ד דידי את ממילא שטר כזה נקנה במסיר' בלא כתיב' ועיין בסי' ס"ו מ"ש בביאורי' ומהימן לומר לקוח כשיש לו מגו או שלי הוא ולפנחיא כתבתי או שלא להשביע לדעת הסמ"ע בסי' ס' ס"ק ך"ח מש"ה כשאמר פרוע מהימן במגו משא"כ בהשטר שנזכר שם אביו שא"י לתבוע בו רק חלקו כמבואר בסי' ע"ז סעיף ט' בהג"ה וממילא צריך כומ"ס ולא מהימן לומר שלי הוא ואיכא חשש קנוניא לא מהני מגו:

ד **כל הדין שיש ליורשי.** עסמ"ע ס"ק ל' שהאריך לתמוה בדברי המחבר מהא דסי' פ"ד וביישוב תשובת ופסקי הרא"ש. ולפענ"ד נרא' ליישב דבשבועו' דף מ"ז בד"ה מתוך כתבו בשם ר"ת וז"ל ר"נ מי ס"ל דר' אבא וכו' וכ"ש כשהתובע מחויב שבוע' דמפסיד אלא משום דשבועת התובע לא הוי רק מדרבנן ואין מפסיד דלא משלם מי שאין יכול

לישבע אלא במחויב ש"ד ולהכי ביתומים מהיתומים ומת לוה בחיי מלוה או בפוגם שטרו דהוי שבועה דרבנן נשבעין שבועת היורשין ונוטלין ולא מפסידין לר"נ ור"א וכו' ולרב ושמואל אית להו דאפי' בשבוע' דרבנן מתוך שאי"ל מפסיד הכל וכו'. ולכאור' קשה דמה בכך דס"ל דאפי' בשבוע' דרבנן משואיל"מ הא ביורשים לא שייך לומר מתוך וכן קשה במ"ש התוס' דר"נ ס"ל הא דר"א רק דס"ל דבשבוע' דרבנן לא אמרי' הא אפילו אי בשבועה דרבנן אמרי' מתוך הא במת מלוה השבועה על היורשים וביורשים לא אמרינן מתוך ובכל הפוסקים תלוי דין זה במתוך גם קשה דהר"ן כ' בסוף סוגיא זו דמאן דס"ל יחלוקו ע"כ ס"ל הא דרב ושמואל א"כ למאי דקיי"ל כר"נ אמרי' הבו דלא לוסיף לכן נראה דהא דלא אמרי' גבי יורשים מתוך הוא דוקא כשהשבועה לא חלה רק אחר מיתת הלוה כגון שהיורשים טענו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ע"ז מיעטה התורה שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים שאין חיוב שבועה על היורשים כלל כשהן מודים במקצת אבל אם היה האב מודה במקצ' לפני ב"ד ונתחייב שבועה ואח"כ מת וידוע שלא נשבע ולא פרע קודם מותו כגון שהודה בחליו במקצת נראה כיון דנתחייב שבועה דאורייתא ונתחייב לישבע או לשלם וכיון שמת וא"י לישבע נתחייבו הנכסים לשלם ובסימן ס"ט סעיף ו' ובסי' פ"ז סעיף ל"ב מיירי משבועת היסת כדמשמע מדברי הסמ"ע וכ"כ בסקצה"ח מש"ה במת לוה בחיי מלוה דנתחייב שבועה בחייו למאן דס"ל דאמרינן אפי' בשבועה דרבנן מתוך נתחייב ג"כ לישבע או להפסיד מש"ה כשמת וא"י לישבע מפסיד וא"ש דברי התו'. ולפ"ז א"ש דבש"ס בהא דאמר אמימר הפוגם שטרו ומת הכוונה שהבן מודה שאביו פגם שטרו בחייו ולא היה טענות בחייו רק אחר שמת טען הלוה שפרע הכל ויורשי המלו' טוענין חמשין ידענו שפרע וחמשין לא ידענו דאז כיון דבשבוע' דאורייתא כה"ג כשאומרין היורשין מהלו' חמשין ידענו וחמשין לא ידענו לא אמרי' משואיל"מ ה"נ כשיורשי המלוה טוענין חמשין ידענו מהפרעון וחמשין לא ידענו אמרי' מתוך שאי"ל מפסיד כיון דהשבוע' לא חלה רק על היורשין וכנ"ל וכן מיירי בסי' ק"ח ובס"ס פ"ד מיירי המחבר שכבר נפלו הטענות בחיי אביו שהלוה טען שפרע הכל והמלוה הודה במקצת הפירעון ונתחייב שבועה ומדוקדק הלשון שפיר שכתב המחבר שם וז"ל ומת עד שלא נשבע וכיון דבשבועה דאורייתא כה"ג כגון שהלוה הודה במקצת ומת הוי אמרי' גבי יורשים מתוך שאיל"מ משה"נ כשהמלו' הודה במקצת ומת אמרי' נמי ביורשים מתוך שאיל"מ דהא לרב ושמואל ש"ד דשבועת התקנה שקולין הן ועיין בר"ן שכ' דלמאי דקי"ל כר"נ דיחלוקו ע"כ איתא לדרב ושמואל ע"ש רק ר"נ אומר הבו דלא להוסיף עליו פי' הכינו עצמיכם דלא להוסיף פירוש שלא נטעה לומר

שאפילו בפוגם שטרא ומת דהיינו כשלא נפלו הטענות רק אחר שמת שג"כ איתא לדרב ושמואל קמ"ל דלא מוסיפין ובכה"ג לא אמרי' דמפסיד אבל בגוונא שאביהן נתחייב שבועה כחייו ומת ודאי דאמרי' בכה"ג מתוך שאיל"מ כיון דאיתא לדרב ושמואל דסברי דש"ד ושבועת התקנה שוין הן ובש"ד כה"ג אמרינן משואיל"מ וזהו ממש כמו שמחלק הסמ"ע בין עמד בדין רק שהסמ"ע סתר זה מכח קושית הש"ס אטו ב"ד מחייבי לי' שבועה וכו' ולפמ"ש ל"ק כלל דבשלמא גבי מת לוה בחיי המלו' נתחייב המלו' שבוע' בחייו אפי' בלא עמד בדין אבל בפגם שטרו בחייו ולא כפר בב"ד רק היורשים טענו חמשים של פרעון ידענו וחמשין לא ידענו לא היה עליו חיוב שבועה כלל ודמי ממש לאמרו יורשי הלוה חמשין ידענו וחמשין לא ידענו דלא אמרינן מתוך דאיל"מ וכנ"ל ולענין לקוחות ושלא בפניו בלא"ה כתב הרא"ש הביאו הסמ"ע דלא שייך ביה אין אדם מוריש ע"ש בסמ"ע ס"ק מ"ה כנ"ל ברור. אמנם העיקר לדינא כדמשמע מל' הפוסקים דאפי' אם נתחייב אביהן שבועה בב"ד אמרינן הבו דלא להוסיף כמו שכתב בסי' ס"ט סעיף ו' עיין שם (ודע דיש בסמ"ע ס"ק ז' טעות סופר וכצ"ל וכן בבא לגבות מלקוחות או שלא בפניו וט"ס מ"ש או בתוך זמנו וכן במ"ש אח"כ דל"ד בפוגם שטרו אמרו דאין אדם מוריש הוא ט"ס וצ"ל אדם מוריש ותיבת דאין הוא ט"ס וגם בש"ך ס"ק י"ח נרשם בטעות וצ"ל רשום על וי"א שגם הם נשבעין' שבועת היורשים ונוטלין):

ה **אם הניח הלוה נכסים** עיין תומים שכ' ולפ"ז בבע"ח מוקדם ובע"ח מאוחר והמוקדם מת לוה בחיי מלוה והמאוחר חי ואין בנכסים לפרוע לשתיהן דבע"ח מוקדם גובה דהא אילו כבר קדם המאוחר וגבה מוציאין ממנו ואין המאוחר יכול לו' אין אתה יכול לגבות חוב שלך מטעם דאין אדם מוריש דלא עדיף מלקוחות ומכ"ש כשלא גבה דאמרינן כיון דאין לו על מי לחזור דבע"ח מוקדם גובה ומכ"ש אם היתומים בעצמם הם בע"ח מוקדם כגון שבאין מכח כתובת אמם דלא אמרינן בהו אין אדם מוריש כיון דהם מוחזקין ועומדים ומכח זה תמה על הב"ש באה"ע סי' צ"ו שכ' טעם אחר בזה ע"ש. ולפעד"נ דליתא דל"מ כשעדיין לא גבה הבע"ח מאוחר ודאי דאין הבע"ח מוקדם יכול לגבות מהיתומים כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכל זמן שלא גבה המאוחר הקרקע של יתומים הוא ועוד דאפשר דהבעל חוב מאוחר ימחול חובו להיתומים ואם כן בודאי דאין הבע"ח מוקדם יכול לגבות מהיתומים אלא אפי' כבר גבה הבע"ח מאוחר גם כן אין מוציאין מידו דל"ד ללקוחות דדוקא בלקוחות שלקחו בחיי המוכר גובה כיון דהלקוחות לאו מכח יתומים קאתי וכיון דלא הניח נכסים אין היורשים יודעין כלל והוא כלא הניח יורשים כלל אם כן אין הפרש בין בא לגבות מלקוחות בחיי הלוה שבא לגבות

מהן ומה"ט לא שייך גם כן לומר אי שתקת וכו' ואי לא מהדרנא שטרא ליתומים כיון דהלקוחות לאו מהיתומים קאתי ועיקר אי שתקת וכו' כתב הר"ן פרק החולץ ביבמות דהוא מטעם דמה מכר ראשון לשני ע"ש אבל בלקוחות שקנו מיתמי הלוה אפי' בלא אחריות שאין להם לחזור על היתומים מ"מ ודאי לא גבו מהן דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו וכיון דהיתומים היו יכולין לדחותו לגבות מהן כמו כן מהלקוחות וכן הבע"ח מאוחר שגבה מהיתומים הוו כלקוחות שקנו מהיתומים כיון דהבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה. ועוד דתיכף שמת והנכסים הן אצל היורשים נפקע השיעבוד מהשט"ח מטעם דאין אדם יכול להוריש ממון שלא הי' יכול לגבות רק בשבוע' היורשין ובשעת מיתה הי' הגוביינא והשבוע' נגד היורשין משא"כ בלקוחות שקנו בחייו ולא הניח נכסים ליורשיו ולא נתחייב בחייו שבועה נגד היורשין רק נגד לקוחות ממון כזה יכול להוריש דדוקא ממון שא"י לגבות רק בשבועת היורשין א"י להוריש ושפיר הוצרך הב"ש באה"ע גבי יורשים שבאו בכתובת אמם נגד בע"ח מאוחר להטעם שהיורשים יאמרו אנו מוחלין השבוע' אבל בלא"ה כיון שאמם לא היתה יכולה לגבות כתובת' בלא שבועת היורשים אינה יכולה להורישם ממון כזה:

ו **האמין המלו' ללוה** עסמ"ע ס"ק ג' עד דאפי' הלוה או יורשיו רוצים לישבע וליפטור וכו' יורשי המלוה נשבעין ונוטלין עכ"ל והוא תמוה מאוד דהא המחבר כתב בפירוש שנוטלין בלא שבועה ועוד מה הן רוצין לישבע הא הן אומרים שלא לוה ועוד מאי קמ"ל לכן נראה דט"ס יש בסמ"ע וכצ"ל אפי' הלוה או יורשיו רוצין לישבע שפרע אח"כ וליפטר וכו' פי' דהא הטור בסי' ע"ט פסק דכשהכפיר' הי' חוץ לב"ד מהימן לומר שפרע אח"כ ואם כן הוי אמינא דג"כ נאמנים היורשים לו' שפרע אביהן אח"כ כיון דמה שאמר להן אביו לא לויתי הי' חוץ לב"ד וגם אביו הי' נאמן לו' שפרעו אח"כ גם היורשים נאמנים לומר שאמר להן שפרעו או שטענו שהן פרעו אח"כ כיון שנתן להם נאמנות קמ"ל דמ"מ הנאמנות בטל כיון שהוחזק כפרן אפי' חוץ לב"ד משום הטעם שכתב הסמ"ע בסי' ע"א וכיון שנתבטל הנאמנות של הלוה בחיי המלו' מש"ה המלו' ויורשיו נשבעין ונוטלין ולא שייך לו' בשבועה זו אין אדם מוריש כיון דאין מחויב לישבע רק כשטוענין היורשים ברי שפרע אח"כ ל"ד לשאר שבועות שכנגד היורשים שצריך לישבע אפי' שלא בטענה:

ז **שובר אחר מיתת אביו.** עש"ך ס"ק ל"א עד דגם הר"י מודה דבהגיע זמנו של שטר בענין שתבעו כו' תיבת בענין הוא ט"ס וצ"ל בעינן וכוונתו דבהגיע זמנו של שטר צריכין דוקא שתבעו בחייו מה שא"כ תוך זמנו דאיכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אפילו בדיעותא קטן דהיינו שלא תבע בחייו לא קרעינן השטר:

ח **ויש ליתומים זיבורית** עש"ך ס"ק ל"ח שכתב זיבורית וגם בינונית וכו' נ"ל דכצ"ל זיבורית גם בינונית וגם עידית דאם אין להם רק זיבורית ובינונית לא מהני תפיסת' דעיקר הטעם דמהני התפיס' בחיי אביהם דהוי כאילו הגובייגא הי' בחיי אביהם ואם אין להיתומים רק בינונית וזיבורית ולשכנגדו יש עידית ובינונית כמ"ש הש"ך בס"ק ל"ט א"כ גם אם הי' בא לגבות בהיי אביהם הי' אביהם גובה הבינונית ושכנגדו זיבורית דממ"נ אם הי' אביהם בא לגבות תחלה הי' גובה בינונית ואצל אביהם שאין לו עידית רק בינונית הי' צריך ליתן לו בינונית וכיון שגם בחייו הי' גובה בינוגית ומגבה זיבורית ממילא גם לאחר מיתה כן דלא גרע זכות היתומים מהאב גופי' אלא ודאי דצ"ל שאצל אביהם הי' עידית ובינונית וזיבורית ולשכנגדו עידית ובינונית ונמצא דבחיי אביהם היה מחזיק בינונית דנפשיה כמבואר בסי' פ"ה רק מטעם שהן יתומין יכולין להגבות זיבורית וכיון שתפס בחיי אביהם הוי כאלו בא לגבות בחיי אביהם ומ"ש הש"ך בס"ק ל"ט וז"ל ולו יש בינונית ועידית וכו' הוא פשוט דאם אין לו עידית לא הי' צריך לטעם דתפס דבלא"ה יכול הוא לגבות תחלה הזיבורית מהיתומים ויעשו אצלו הזיבורית בינונית דבשלו הן שמין וממילא יגבה להיתומים זיבורית שלהן ופשוט:

ט **תפיסתו אחר מות אביהם** הג"ת הקשה דהא מקור דהאי דינא מהא דכתובות דף ק"י דפריך ולוקי ביתומים שגובין בינונית ומגבין זיבורית ומשני כיון דתפס וכו' ע"ש ולפמ"ש המחבר קשה לוקי ביתומים ובבינונית שקנו אחר מיתת אביהן ע"ש ולפענד"נ דל"ק דהא לכאור' דין הנ"ל בלא"ה תמוה דהא ודאי דאם יש להבע"ח מעות א"צ להגבות להיתומים מעות ולגבות מאתם הזיבורית דאלת"ה קשה בכתובות שם דלוקי הש"ס המתניתין דזה גובה וזה גובה בכה"ג דיש להבע"ח מעות ולהיתומים זיבורית אלא ודאי דגם במעות שייך הי' דהש"ס ששני גבה בינונית דאי תפס תפס וע' בש"ס שם דהפי' הוא דחשבינן באילו הבע"ח גבה הבינונית שת"י בחיי אביהן וה"נ חשבינן כאילו גבה כבר המעות בחיי אביהן ואם כן היאך יעלה על הדעת שאתמול כשהי' המעות ת"י הבע"ח לא הי' צריך ליתן להיתומים אף דהיא דינא דאורייתא והיום כשקנה בעד המעות בינונית דאינה אלא תקנתא דרבנן חייב ליתנם להיתומים הא כבר נחשבו המעות אתמול כאילו הגבה לאביהן וחזר וגבאם וא"כ אמאי יצטרך ליתן הקרקע שקנה בעד המעות ולתרץ זה עכצ"ל דהא בלא"ה קשה בהא דא"צ ליתן המעות אף דהוא דינא דאורייתא בשלמא בהא שכתב התוס' בכתובות דף צ"ב ביתומים שגבו קרקע דא"צ ליתן המעות התם ה"ט משום פסידא כמ"ש התו' שם שמפסיד כל מעותיו כשלא יבבה אותן קרקע אבל הכא שיש ליתומים קרקע זבורית ששוין כפי מעותיו וליכא פסידא מה"ת לא יגבה אותן וכן

הקשה בס' הפלא' בסוגיא זו ע"ש ולתרץ זה נראה דאף שגובה קרקע כמו המעות שנותן להם מ"מ חשיב פסידא דחיישינן שמא ימצא שדה שאינה שלהן כדחיישינן כיוצא בזה בכתובות דף צ"ח בד"ה נמצאת שדה שאינה שלהן ואם יטרפו הקרקע שגבה מהן שוב אין לו אחריות על נכסי דידהו דכבר גבה הקרקע שהי' להן מאביהן ומנכסי דידהו אין חייבין להם לשלם וגם מהמעות שגבו אין חייבין דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי נמצא דהקרקע שגובה מהיתומים אין לו אחריות איתמי וכשיטרפו הקרקע שדי זוזי בכדי דכל שנותן מעות על קרקע בלא אחריות קרי' בש"ס שדי זוזי בכדי ואין לך פסידא גדולה מזה משא"כ כשמגבה קרקע וחוזר וגובה דאין לו פחד מאחריות וכיון דהוי פסידא חשבינן המעות שת"י כאילו כבר הגבה לאביהן בחייו וחזר וגבאם ממנו א"צ ליתן להיתומים. ולפ"ז דאי קנה מהמעות אח"כ בינונית שג"כ א"צ ליתן להיתומים והמחבר מירי אחר תקנת הגאונים שגובין מטלטלין דיתמי ולהרא"ש הוא מדינא בזה"ז דמטלטלין דין קרקע יש להן וממילא כשיש מעות להבע"ח וליתומים זבורית ודאי דצריך ליתן ליתומים המעות ולגבות מהן הזיבורית וכיון דאם יטרפו ממנו הקרקע יצטרכו היתומים להחזיר המעות שלו שהגבם דכיון דאביהן לא הניח להן קרקע אחרת המעות והמטלטלין בכדי הי' דהא הי' משועבד לעצמו מדר"נ היכא דלית ליתמי ופקע שיעבוד הגוף של יתומים ממנו וכיון דאין לו פסידא רק העילוי שיש בין מעות לזיבורית ודאי דחייב ליתן להם המעות ולגבות הזיכורית כדינא דאורייתא דהא בינונית וזיבורית כתב הרא"ש והראב"ד הטעם אהא דאמרן בש"ס הואיל ותפס תפס כיון דבינונית הוא רק תקנת חז"ל בעלמא לפ"ז במעות דהיכא דדינא דאורייתא וגם יש להם דין קרקע בזה"ז וכמו גבו להו ארעא דמי ודאי דחייב ליתן המעות כדינא דאורייתא ולפ"ז שפיר כתב המחבר דאף אם קנה הבע"ח אחר מיתת אביהם בעד המעות הבינונית כיין שאתמול בעוד שהמעות בידו הוא חייב מדאורייתא ליתן המעות שוב הוי הבינונית שקנה בעדם כתפיסה דלא מהני כנ"ל ברור:

סימן קט

א **כגון בשעת מגפה**. זהו דעת התשב"ץ הביאו הב"י והט"ז כשמוכר בזמן שאינו ראוי למכור דהוי כמוכר בלא אכרזת' ומוכח זה מפ' שום היתומים בערכין דתנן אע"פ שאמרו עבדים נמכרין בכסותו לשבח ופרה לאיטלז ומרגליות לכרך אין להקדש אלא מקומו ושעתו משמע דוקא כה"ג שא"א שישביחו בלא שום מעשה יותר ממה שהן שוים עכשיו מזבנינן להו כמקומו ושעתו אבל בנ"ד שאם ימתינו עד שיעבור שעת המגפה ישוב השער

למקומו בלא שום מעשה וכו' ומדברי הרשב"א הביאו ג"כ הב"י והט"ז מוכח דבשע' מלחמה אין שמין להם אלא כדהשתא ועשה הב"י מחלוק' בין הרשב"א להתשב"ץ והט"ז כ' להשוות המחלוק' דהתשב"ץ מיירי בשעת מגפה דודאי יבא השבח ממילא ואין שום אדם מוכר כלל בשעת המגפה הוי כאין לו שער כלל והרשב"א מיירי בשעת מלחמה דאין אדם ממתין מלמכור עד אחר מלחמה דא"י קץ לזה הוי שער אפילו בשעת מלחמה ע"ש ולפעד"נ ליישב בדרך אחר דהנה יש לתמוה עוד בדברי התשב"ץ דמשמע מדבריו דבדבר שצריך מעשה להשביח כגון מרגליות לכרך ודאי שמין רק לפי מקומו ומודה להרשב"א בזה א"כ קשה הא דמסיק המחבר בסוף סעיף ג' דאם השוק קרוב למדינה מוליכין אותו לשוק ובכל זה הסעיף מיירי כשמורידין לבע"ח בשומא זו ולא כשמוכרין לאחר כמבו' בסעיף ה' גם לכאורה הוא נגד השכל והיושר דבעיר קטנה ואנשים בה מעט ויש לו סחור' טובה ששוה אלפי אלפים ומחמת שהוא עיר קטנה ואין להם במה לשלם סחורה כזה ולא יתנו בעדה רק דבר מועט שישומו וימכרו אותו במקומו בדבר מועט אתמהה ועט"ז סי' ק"א סעיף ט' דהעיקר שומא לפי הקונים שיש במקום זה לכן נ"ל דדוקא השומא אינו אלא לפי מקומו ושעתו דהיינו במקום דהמלו' והלוה שם אבל למוכרם אם השוק קרוב למדינ' מוליכין אותו למדינ' ואין מפסידין בידים סחור' ששוה כמקום קרוב סך רב למכרה בעיר קטנה בדבר מועט ותלי' בראו' עיני הב"ד אי מיקרב שוקא אי מירחק שוקא, ובזה נתיישב קושית התוס' בערכין שם שהקשו דהכא משמע דאין ממתינין והא שום הקדש ששים יום ומתרצין דבמטלטלין א"צ הכרזה וכו'. ועיין בפרישה שתמה על דבריהם דהא הטעם דבמטלטלין א"צ הכרזה אמרי' בכתובות משום שמא יגנבו ולדברי התוס' היה לומר דגזירת הכתוב הוא דמוכרין מיד כדיליף שם בערכין מקרא ובאמת הוא תמיה מתקיימת ועוד ק"ל דאף דמטלטלין לא צריך הכרזה מ"מ לא מצינו שיהיה צריכין למכור מטלטלין הן דהקדש הן דיתומים תכף באותו יום מגזירת הכתוב דכתיב ונתן את הערכך ביום ההוא לכן נראה לפענ"ד ברור דרק השומא הוא באותו יום מגזירת הכתוב דקרא ונתן ערכך בשומא כתיב משום הכי השומא אינו נישום אלא כפי אותו היום וכפי אותו המקום דוקא אבל המכיר' אינו שום גזירת הכתוב לזה ומוכרין אותן בזמן ובמקום כפי שיראו הב"ד. ובזה א"ש לשון המשנה דשם כל הפרק דשום היתומים מיירי ולזה אמר' המשנה דאע"פ שאמרו עבדי' נמכרין בכסותן לשבח ופרה לאיטליז וכו' פי' אף דלענין מכירה אמרו חז"ל דנמכרין לשבח וממתינין פרה לאיטליז אבל לענין שומא אין להקדש אלא מקומו ושעתו מגזירת הכתוב דונתן ערכו ביום ההוא וכן לענין בע"ח הסברא נותנת כך. דלענין שומא אין לישום רק לפי מקומו

ושעתו כיון דהמכיר' יומכר בזמן ובמקום הראוי ואם לא יהי' באפשרי למכור מהכ"ת לא יחזיק אותו המלוה בשומא שהוא לפי מקומו ושעתו דאל"כ איכא נעילת דלת דהמלו' שממקום זה יהי' מחייב להחזיר כפי השומא ששוה במקום אחר אבל המכיר' מהכ"ת יפסיד הלוה שלא למוכרו במקום ובזמן הראוי דהא בלא"ה צריך להמתין לו שלשים יום זמן ב"ד וגם הדבר תלוי בראות עיני הב"ד במיקרב שוקא או מירחק כמבואר בכתובות שלא יהי' פסידא למלו' ושוב ל"ק קושית התו' ממכריזין ס' יום דהכרז' במכיר' מיירי ואפשר לדחוק בכוונ' התו' דקושייתם הוא מהא דמשמע ממתניתין דאין ממתינין פרה רק לאיטליז ולא יותר ולא חשו לרווחא דהקדש וע"ז הקשו דהא בעינן ששים יום וע"ז תירצו דבמטלטלין לא שייך זה ואין ממתינין רק לאיטליז ושוב אין מחלוק' בין התשב"ץ להרשב"א ודבר אמת נזרק' בפי כל או"א דהתשב"ץ קאמר קרקע שנמכר בשעת מגפה ומיירי לענין מכיר' והרשב"א קאמר בהדיא דאין שמין אלא כדהשתא ואף דבב"ק גבי כיוקרא דלקמי' אפי' לענין מכירה אין ממתינין דשאני התם דמניסן ועד תשרי הוי כי מירחק שוקא דאין ממתינין כמבואר בכתובות ואף דמדברי התשב"ץ והרשב"א מוכח שלא כיוונו לזה מ"מ תורת אמת נמצא כפיהם וכן לענין שומת ב"ד העיקר כדעת הט"ז בסי' ק"א דשמין לפי הקונים הנמצאים בעת ובמקום ההוא ואם לפי אומדנות השמאי' אין נמצאים קונים צריכין לשום בזול בכדי שלפי שכלם ודאי יקנה אותו במזומן אף שא"צ לזה ולא כדעת הסמ"ע שם ואף שהכריזו ולא נמצא קונה אין מוכח שהי' טעות בשומא דעיקר השומא הוא לשומת היוקר לא יהיה מניע' להקונ' לקנות ומחויב הוא לקנות לפי שומת הזול והא דלא קנה אותו אפשר הי' מסבה אחרת שלא היה בביתו או מניעה נולד לו וכן במגפה ומלחמ' נ"ל הדין כן דתלוי בראות עיני ב"ד אם יש קץ לזה כמ"ש הט"ז הוי כי מיקרב שוקא דלפעמים נותנין זמן יותר משלשים יום כמבואר בסי' ק' ואם אין קץ לזה כמו שעת מלהמ' כמ"ש הט"ז הוי כי מירחק שוקא ואין ממתינין וכן ראוי להורות וכדברי הט"ז:

ב **האחריות על היתומים**. והיינו רק על הנכסים שירשו מאביהם כיון שהמכיר' הי' לצורך בע"ח של אביהן אבל בסעיף ד' דהמכיר' היה בשביל צורכי היתומים משלהן האחריות אפילו על נכסי יתומים עצמן:

ג **שטעו ומכרו**. בסעיף ה' מבואר דמיירי כאן בהורד' שהוריד' לבע"ח ודוקא שכבר נתנו הב"ד לבע"ח שטר אחלטתא אבל אם נתברר הטעות קודם שכתבו שטר אחלטתא אפי' בכל שהוא בטל דהיוקר והזול קודם כתיבת שטר אחלטתא ברשותא דמלוה קאי כמבואר בסי' ק"ג ע"ש:

ד **שלא לבטל המכר ויחזירו האונא'** היינו בין נתאנו היתומים בין נתאנ' הבע"ח דאם נתאנו היתומים וטובת היתומים הוא להחזיר האונא' מחזירין משום שלא יהי' כח הדיוט ולא מצי אמר דאם אתם נותנין לי כח הדיוט הרי אין אונא' לקרקעות דז"א דכיון דנמכר ע"פ ב"ד ולא מדעת היתומים והבע"ח דמי קצת לשליח כמ"ש הרא"ש והדין הוא בשתות בין נגד היתומים בין נגד הבע"ח כיון שדרך העולם להקפיד בשתות המכיר' בטל' בשתות רק דקיי"ל במטלטלין דהוא ג"כ בשתות אמרו חז"ל דעת המוכרים והקונים דביותר משתות דרכן להקפיד אפילו נגד מקח ובשתות אין דרכן להקפיד רק על המעות שנתנו ועכצ"ל כך דאל"כ אין טעם להא דאמרו חז"ל דבשתות קנה ומחזיר אונא' ויותר משתות בטל המקח ומשמע דהוא מדאורייתא ואין זכר לזה בתורה וע"כ הוא משום אומדן דעת החכמים ולזה בקרקע שנמכר ע"פ ב"ד כיון דדין האונא' הוא עד שתות דהיינו עד מקום שדרך בני אדם להקפיד הי' לו להיות בשתות קנה ומחזיר אונאה רק משום טובת היתומים עשו תקנה לבטל המקח מש"ה כשטובת היתומים הוא להיות מחזיר האונא' מחזירין ואין להקשות מה נ"מ להיתומים בהחזר' האונאה דהא גם אם יבטלו המקח יכולין היתומים לסלק מחדש להבע"ח בהקרקע כפי השומא של עכשיו דז"א דמשבח' לה שהוזל הקרקע בין השומא להשע' שנתברר הטעות וצריך הבע"ח להחזיק ויקרקע כפי שהיה שוה בשע' השומא רק להחזיר האונא' וכן משכח' כשנתאנ' הבע"ח שיהי' טובת היתומים לבטל המקח ולא שייך לומר הא בלא"ה שומא הדרא דמשכח' לה כשנתייקר הקרקע או בכיוצא בזה דלא שייך שוב לומר שומא הדרא:

ה **פחות משתות**. והנה לענין כדי שירא' לתגר בנתאנ' יותר משתות נראה דלא שייך כאן דאם נתאנו הב"ד שהם המוכרים הא מוכר לעולם חוזר עד שיבא מקח כזה לידו ובב"ד לא שייך זה ואם נתאנ' לוקח לא שייך לומר דאם שהו כדי שירא' לתגר דמחיל כיון שלא הראוהו דהא אדרבא נמכר ע"פ ג' בקיאים ומה הי' לו עוד לעשות הא עשה ע"פ ג' תגרים והן הטעוהו ולא הי' לו שוב לילך להתגר ועוד נרא' לפע"ד דלא שייך דין זה רק כשהחזיק המקח או הבע"ח כפי שומת הב"ד אבל אם אחרים הוסיפו על השומא והבע"ח הוסיף והחזיקו לעצמו לא שייך בו דין אונא' כלל ל"מ בקרקעות כיון שהבע"ח מדעת עצמו הוסיף ולא בהכרח ב"ד דמי ללוקח מדעת עצמו ואפי' במטלטלין כיון שהתגרים שמו אותן דמי לשהה בכדי שירא' דאמרינן דמחיל והמקח קיים אבל אם גם השמאים טעו יכול לבטל המקח כיון שהטעות הי' בשומא יכול לומר סך זה רציתי להוסיף על השומא ולא יותר:

ו **מכרו ע"י שליח**. אף דע"כ הי' צריך שומת ג' בקיאים דאפי' אלמנה שמכרה בלא שומא המקח בטל להרב' פוסקים ועוד דהוי טעות כד"מ שמכרו בלא הכרז' וע"ב בשומא מיירי ואפ"ה מכרו בטל דהקנין צריך שיגמר ע"פ ב"ד ולא ע"י שלוחם ואף דודאי אם בעה"ב אומר לשליח מכור בכמה שישומו שלשה או שאומר לו בכמה למכור ונתאנ' דינו בבעה"ב שנתאנ' ולא בשליח שנתאנ' דהא הוא נתאנה בעצמו והשליח לא נתאנ' כלל ולא יכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי דהשליח לא עיוות כלל וא"כ ה"נ דמי להא ודוחק לומר דמיירי ששלחו שליח למוכרו במקום אחר שלא במקום השומא וכעין שכתבתי לעיל דכל כה"ג הו"ל לפוסקים לפרושי הכא טעמא אחרינא איכא דדוקא כשהמעש' הקנין נתקיים מיד ב"ד מעשיהן קיימי' ולא כשנעש' הקנין ע"י שליח שלהם:

ז **שופט הממונה**. נראה דוקא בישראל שהי' חייב לעכו"ם שנתחייב לו בדינא דמלכותא ולכן מכירתו מכיר' כדינא דמלכותא אי נמי בגוונא שכתב הריב"ש שם כאלמנה שמכרה כיון דהדין הוא דאלמנ' מוכרה שלא בב"ד וכשמכר' בדיני עכו"ם לא הוי גזל אבל ישראל שחייב לחבירו והולך המלו' בדיני עכו"ם ומכר קרקע של לוה שלא ברשות ב"ד דהוי כגזלן כיון שעשה שלא ברשות ב"ד המקח בטל דהוי כהכיר בה שאינו שלו ולקחו:

סימן קי

א **מעכו"ם שקיבל עליו**. עיין תומים שהקש' דהא עכו"ם הוא חשוד והוי כחשוד שהוציא שטר דאינו גובה מיתומים וכתב דמיירי שיש בו נאמנות ולפעד"נ דהא בסימן ק"ד כתב התומים בעצמו בלוה לעכו"ם הוי כמכניס עצמו לדין של דיניהם וכיון דבדיניהם גובין מיתומים בלא שבוע' הוי כפי' לו נאמנות נגד יורשים ובספר קצה"ח כתב בדין עובר למאן דס"ל דאין זכי' לעובר אפי' בירוש' דממילא ודאי דנזקקין כיון דאין לו חלק ושייך רק להיורשים גדולים ואפי' לאחיו של המת ולא דק דמ"מ כשיולד אח"כ תפול הירוש' גם לפניו גם מ"ש כיון דזכיה מועיל הוא דמי ששמעו בו שמת לא נהירא דשמעו כו שמת בקול חששא בעלמא הוא דלכ"ע לא חיישינן להו בתרומ' משא"כ בעובר דהרב' ס"ל דחוששין למיעוט ביבמות פ' אלמנה ועוד אפשר לומר דאף בשמעו בו שמת כשנתוודע שמת באמת מורה הר"ן דמוציאין מיד דתפיס' לאחר מיתה בעדים לא מהני כמבואר בסעיף ב' ועכצ"ל דחלק של העובר אין אחין היורשין זוכין בו דהא דשבח של העובר הוא וכן בגר שמת אין שום אדם יכול לזכות בו ועכצ"ל דחלק העובר מיתלי תלי וקאי עד שיולד העובר רק דמ"מ אינו פוסל מתרומ' דשם מיירי שיש לו אחים כהנים ואוכל בשבילן דהחלק שהוא מיתלי תלי אינו מקלקל היתר אכילה ביון שעדיין

אינו משועבד לאחר וגם אין חלק זה נקרא ב"ח (ועסמ"ע ס"ק ג' ויש שם ט"ס וכצ"ל עד שיגדלו כמו אם הי' מלוה ישראל):

ב **לפיכך אם תפס.** עש"ך ס"ק ה' דבתפס מעות מהני תפיס' לאחר מיתה. ובקצה"ח הקשה דהא כתבו הפוסקים דרבא מיירי לענין הפירות שכבר אכל דהוי כתפס מעות ואפ"ה קאמר התם שאמתין עד דגדלי יתמי ולק"מ דלדינא דש"ס דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח ואפי' שבח שהשביחו הנכסים לאחר מיתת אביהן הו"ל ראוי רק שתופס המטלטלין בעד הקרקע שהניח להם שנשתעבד לו א"כ אפשר לומר דהוי כאילו נפרע כבר מש"ה לא מהני תפיס' ואפי' לדעת הר"ן ר"פ אלמנה ניזונית דתפס מעות מהני בכתוב' אבל בבע"ח מודה דלא מהני כדמוכח בכתובות דף צ"ב גבי ראובן שמכר שדה לשמעון וזקף כמלו' דדוקא כשמגבה ליתמי ארעא אבל תפיס' מעות לא מהני וכן מוכח בכתובות דף ק"י ע"ש משא"כ לדידן דמטלטלי דיתמי משתעבדי כשתפס מעות הוי כנפרע כבר כיון דדינא דבע"ח נפרע מהן ובעיקר הדין אי מהני תפיסה לאח"מ נראה עיקר כהתומים דמהני תפיסה דלא כהש"ך ומה שכתבו הפוסקים הטעם דלא עריף מגו מעדים וכיון דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד גם מגו אין מקבלין ולפענ"ד ל"ד כלל דשאני עדים דרחמנא לא הימניה לעדים כשאומרים שלא בפני בע"ד ויכולין לחזור ולהגיד ודמי למפי כתבם או עדות שא"א יכול להזימה דרחמנא לא הימני' לעדות בכה"ג ואין ראי' מהעדים אם אמת הדבר כשהגידו שלא בפני בע"ד משא"כ כשיש לו מגו היא הוכחה שאומר אמת מדלא טען טענה האחר' ומ"ל בפניו או שלא בפניו וגם מ"ש הפוסקים דלהחזיק מקבלין העדות טעם ברור הוא וע"ש בקצה"ח דלפ"ד מהרי"ט דקבל' עדות שלא בפניו להחזיק צריכין העדים להעיד אח"כ בפני התובע כשיתבענו א"כ במגו דכשיגדל הקטן שוב לא יהי' לו המגו דהב"ד הוי כעדים וראה ע"ש ולא נהירא דדעת מהרי"ט הוא דעדות שלא בפניו אינו מועיל רק להצילו מתביעת ב"ד דשלא בפני התובע ולכך כשיחזיר ויתבענו בפניו צריכין לחזור ולהגיד כיון דעכ"פ ב"ד הוא שתובעין אותו דאילו לא הי' עליהם דין ב"ד לא הי' צריך להשיב להן ויכולין לפסוק להן דינו נגד התביע' שלא בפניו ובודאי מחייבין אותו שבוע' על המשכון דלהחזיק המשכון עד שיגדלו גם כן צריך שבועה ועיקר החילוק שמחלק הש"ך בסי' ע"ב ס"ק צ"א דבטענת לקוח מהני מגו חוץ לב"ד ושלא בפני התובע מסיק שא"צ שבוע' ובמשכון דצריך שבועה ועדים לאו בני דיינא דינא דשבוע' הוא לא מהני מגו וא"כ הכא שיש לו מגו לפני ב"ד דדיינא דינא דשבוע' מגו מעליא הוא וכשיגדלו היתומים הדיינים הן עצמם עדים שהי' לו מגו טוב דמהני כג"ל גם קשה לדברי קצה"ח דא"כ תפיס' מחיים גם כן לא יועיל ומה

שתי' בקצה"ח ע"ז הוא חילוק זר מאוד. ועוד נראה לענ"ד דמ"ש הפוסקים דכמו שאין מקבלין עדות כמו כן אין מקבלין מגו דאף דאין דומין כלל כמש"ל מ"מ נראה בכוונתם דהא חזינן דאף במקום שמקבלין עדות כמו בהיו עדים חולים אפ"ה ביתומים קטנים אין מקבלין משום שא"י להדר אחר זכיותיהן כמ"ש הרשב"א הובא בתומים סי' ך"ח וכמו שאין נזקקין לנכסיהן מה"ט. ולפ"ז שפיר כתבו דמכ"ש מגו דאין מקבלין להוציא מהן ממון על סמך המגו ובזה שפיר כתב ה"ל כיון בלהחזיק מהני המגו לא מהני שוב המגו כיון שכבר טען בפני ב"ד ולא הועיל המגו שלו שוב הוי אח"כ בגדלות כמגו למפרע בעדים וראה והא ודאי ליתא דכיון שהי' לו מגו בפני ב"ד ודאי מהני מגו ואפי' בעדים וראה פסק הש"ך בסי' ע"ב סקצ"א דאם הי' לו אז מגו דמהני רק במשכון לא מהני משום דצריך שבועה ע"ש וגם ירד לחלק בחילוקים זרים (ובש"ך ס"ק ה' יש ט"ס וכצ"ל וכ"מ בבעה"ת ומביאו ב"י שבראו עתה בידו משמע דנאמן לו' אביכם חייב לי במגו):

ג **נכסי מורישו לקטן.** עש"ך ס"ק י"ב ולפרש כוונת דבריו נראה שהקשה על הסמ"ע שכתב הטעם דלא מקיימין משום דהוי תרי קולי מסעיף ו' מסמ"ע ס"ק י"ז בשטר מכירה דלא מקיימין להשטר בפני קטנים אף דשם דהא מוציאין מידם לאו קולא הוא ומדינא מוציאין ואפי' הכי אין מקיימין לזה כ' הוא הטעם וז"ל דהא דמקיימים שלא בפניו היינו משום דאין נפרעין ממנו עד שיבוא וכו' ואף דכשהלך למדינת הים נפרעין ג"כ ממנו ואפי' הכי מקיימין אותו התם שאני דכשהלך למדינ' הים מקבלין אפילו עדות בע"פ שלא בפניו מטעם תקנת חכמים שלא יהיה כל אחד ואחד הולך למדינ' הים כמבואר בערכין וכיון דבכהאי גוונא מקבלין עדות שלא בפני בעל דין מכ"ש דמקיימין השטר משא"כ נגד יתומים קטנים דלא שייך תקנה זו כמבואר בערכין ואין מקבלין מש"ה אין מקיימין גם כן ועיקר קושיא לא היה רק משלא בפניו שלא הלך למדנה"י דלא שייך תקנה זו ואין מקבלין עדות בכה"ג ואפ"ה מקיימין השטר שלא בפניו אפי' בכה"ג א"כ אף ביתומים נהי דאין מקבלין עדות מה"ת לא יקיימו השטר וע"ז תי' הש"ך דשאני שלא בפניו במקום דאין מקבלין דהיינו כשלא הלך למדנה"י דמקיימין השטר משום דהפירעון יהיה בפניו ויודע להדר אחר זכיותיו משא"כ ביתומים קטנים דכשיקיימוהו יפרע מהן תיכף והם אינם יודעין להדר אחר זכיותיהם מש"ה אין נזקקין אפי' לקיים דהא מה"ט אפי' במקום שמקבלין עדות גם כן שלא בפניו כגון בעדים רוצין לילך למדנה"י או בחלה אפ"ה בקטנים אין מקבלין אפילו בכה"ג משום הטעם שכתבו הפוסקים דא"י להדר אחר זכיותיהם מה"ט ג"כ לענין קיום אף שמקיימין שלא בפניו מ"מ בקטנים אין מקיימין לענין שיהי' נפרעין מהן תיכף מטעם שא"י להדר אחר זכיותיהם:

ד **קטן שתקף בעבדיו** עסמ"ע סקי"ד שהוכיח מדברי התו' דב"ק דבעינן תרתי ע"ש ולכאור' אין בו רמז בדברי התו' לכן נעתיק דברי התו' לפרש ע"פ דרכו דז"ל התו' בב"ק קי"ב ד"ה אבל משמע דחיינו אפילו הי' ר' ירמיה בתוך הבית מדלא מפליג התם בעל השדה מוחזק בשדה הכא ר"י לא הי' מוחזק משמע דלא תליא בהכי מידי אלא במה דאית לי' חזקה מאבות אפי' היה מוחזק בבית עכ"ל התוס'. והסמ"ע מפרש מהא שכתבו התוס' דאפי' היה ר"י מוחזק בבית וכו' היינו קודם תפיסת הקטן והוכיחו זה דאי דוקא בגוונא שר"י לא היה מוחזק כלל א"כ היה לו להש"ס לחלק התם בעל השדה מוחזק וכו' פי' קודם תקיפת הקטן משא"כ הכא ד"י לא הי' מוחזק כלל אלא ודאי דגם ר"י היה מוחזק בבית מקודם ולפי פי' זה ממילא מוכח דבעינן דוקא תרתי דהיינו שכבר תקף הקטן קודם בואו לדין דאי אפי' לא תקף הקטן רק שאפילו אם ר"י הי' מוחזק בשעת משפט הי' הקטן יכול להוציא ממנו ולא היה מקבלין העידי חזקה של ר"י א"כ בכל הלוקחים כשימו' המוכר וישאר יתומים קטנים נוציא הקרקע מידם וזה לא ניתן להיאמר כלל וגם מוכח מרבא בר שרשום בב"ב דאמר לקוחה ל"מ אמרת דנפיק עליה קלא וכו' משמע דאם הי' יכול לומר לקוח' הי' מהני אף דהיתומים היו קטנים. והש"ך שכתב שמדברי התוס' משמע בהיפך נראה שהי' מפרש בדברי התוס' בהא שכ' דאפי' הי' ר"י מוחזק בבית שכונתם דלא תימא הא דר"י מיירי שלא היה ר"י כלל בבית רק שהי' רוצה ליכנס בתוך הבית ולא הניחו הקטן וסגר הדלת מש"ה אין מקבלין העדות אבל אם היה ר"י מוחזק בבית מקבלין עדותו וע"ז כתבו התוס' דאפי' הי' ר"י מוחזק בבית בשעת משפט אין מקבלין עדותו כיון שהי' להקטן חזקת אבות פי' שהי' מוחזק לכל העולם אחר מיתת אביו שהן של אבי הקטן והוכיחו זה דאלת"ה רק שאם הי' מוחזק בבית הי' מקבלין עדותו הי' לו להש"ס לחלק דבהך שקטן שתקף הי' בעל חשדה מוחזק אף ששם הקטן כבר תקף והוציאו לבעל השדה ס"ל להתוס' דהתקיפ' שתקפו בפנינו לא מעלה ולא מוריד ולא מרע חזקתו של בעל השדה והוי כאילו בעל השדה מוחזק גם עכשיו. ולפ"ז מוכח מדבריהם דכל שהי' להקטן חזקת אבות אפי' שכנגדו מוחזק אין מקבלין עדותו:

ה **שיש לו הזיקות**. פי' משור שלהם דהן עצמם שהזיקו פטורין מלשלם ותיבת ולכן שכתב הרב בהג"ה הכוונה דלדיע' זו כל שאינו מילי דיתומים אין מקבלין עדות לכן גם עידי היזק אין מקבלין אף שהן מילי דיתומים והוא מטעם שכתב הרא"ש פ' אלמנ' ניזונית כיון שההיזק הוא מילי דממילא הוי כמילי דאבוהון:

ו **בכל מקום שאמרו שמעמידין אפוטרופוס**. פי' כגון מילי דצוואה אבל בשאר דברים שהן לחובת היתומים בוודאי אין מעמידין אפוטרופוס ופשוט:

סימן קיא

א **אבל המלו' בשטר.** עש"ך ס"ק ב' עד וב"ח כמו כן אינו גובה כלום וכו'. וטעם החילוק נראה דבשלמא כשנתן לה אחר קרקע יש להפירות דין נכסי מלוג מש"ה אין הבע"ה גובה ממנו משום רוחא ביתא אבל כשהבעל נתן מתנ' לאשה כיון דמדינא קנתה ואין הבעל אוכל פירות ומש"ה בגוונא דהכא שנתן לה באופן שהבעל יאכל הפירות וכיון שהבעל אוכל הפירות ע"כ שייר לעצמו הפירות ושוב אין על הפירות אלו דין נכסי מלוג רק הן שלו לגמרי מש"ה אין הבע"ח גובה, ולענין דין מלו' ע"פ גובה ממתנות שכ"מ נתבאר באה"ע:

ב **והתנ' עמו המוכר.** עסמ"ע ס"ק א' עד ויקחם המלו' וכו' ועוד טעם אחר נתן הטור וב"י בסי' צ"ט דמשום דמאי נ"מ למוכר להתנות תנאי זה ואין זה אלא שהלוקח פייסוהו לכך הוי הברח' ע"ש ונ"מ בין שני הטעמים אם נתייקר הקרקע אם לטעם הראשון אין לבע"ח במותרת השוי' מדמי זבינא משא"כ לטעם השני וכן אם יש כאן עוד בע"ח מאוחרים לזה הבע"ח ולגבי שדה לו משפט קדימ' אבל אם המכר בטל מכח תנאי רק בא לגבות זוזי שביד המוכר ע"ז במעות אין לו דין קדימ' ויחלוקו אבל לטעם השני המקח קיים וגובה מכל הקרקע ולו משפט קדימה ומסתימת הטור והש"ע משמע כטעם השני וכ"כ בתומים:

ג **לא יטרוף ממשעבדי.** והנה אם ראובן יש לו על שמעון שני חובות מלוה בשטר ומלוה ע"פ ובאים לגבות משמעון והוא באופן שיש למלו' בשטר דין קדימ' למלוה ע"פ וראובן גבה מבנ"ח של שמעון מלוה ע"פ שלו ובא במלו' בשטר לגבות מן הלקוחות של שמעון והלוקח טוען הנחתי לך מקום לגבות בנ"ח ואם כי אתה גבית למלו' ע"פ שלך מי ציוה לך הלא למלוה בשטר דין קדימ' נסתפק בתומים מהך דאמרינן בכתובות דף נ"ד באשה מוכרת למזונות דאמר ר"י כותבת סתם וכך כחה יפה ופרש"י שאם יכלו הנכסים מבעל' תבא לטרוף כתובת' מלקוחות שקנו שדה מבעלה וכו' והקשו תוס' ד"ה ר"י וא"ת והלא יכולין הלקוחות לומר לך הנחתי לך מקום לגבות וי"ל דהוי כמו אשתדיף בנ"ח דגביא ממשעבדי ולא שייך לומר אפסדי' בידים שהרי עשתה לצורך מזונות וכו' ואף דלכ"ע כתוב' קודם למזונות מ"מ לא מצי הלוקח לו' הנחתי לך וא"כ בנידון זה היא דלא מצי לדחותו ולומר הנחתי לך דהוי כאשתדף ולבסוף הביא דברי הריטב"א שפוסק דא"ל הנחתי וכו' ע"ש ודחק עצמו ליישב שיטת הש"ס דכתובות. לפענ"ד נרא' הדבר פשוט כהריטב"א די"ל הנחתי לך והא דכתובות שאני דשם כיון שהיא מוכרח בעצמ' בלא רשות ב"ד למזונות ושוב א"י לטרוף בכתובת' מהלקוחות שקנו ממנה למזונות

מטעם דאמר סתם בכתובות דאחריות דנפשי' מי לא קבלה עלה שפיר הוי כאשתדיף בנ"ח דגובה ממשעבדי אבל ודאי אם הב"ד מכרו הקרקע לצורך מזונות שלא שייך לומר דאחריות דנפשה קבילה עלה ודאי דיכול לטרוף בכתובת' מהלקוחות שקנו מהב"ד למזונות וממילא אינה טורפת מלקוחות שקנו בחיי בעלה די"ל הנחתי לך ולפ"ז במלו' אחר שאין לו רשות למכור בעצמו כ"א ברשות ב"ד הוי כב"ד שמכרו לצורך מלוה ע"פ יכול לטרוף מהלקוחות שקנו מהב"ד וממילא א"י לטרוף מהלקוחות שלקחו קודם למכיר' זו די"ל הנחתי לך בודאי ה"ה אם גבה המלו' ע"פ בעצמו א"י לגבות מהלקוחות שקדמו לגבי' שלו דלא עדיף הגובייגא שגבה מעצמ' מאלו מכרו לאחר ויכולין הלקוחות לומר הנחנו לך. ועוד דשאני מזונות שהיא כמוכרח' למכור שלא ברשות ב"ד דהא מה"ט נתנו לה חז"ל רשות למכור שלא ברשות ב"ד וגם מוכרחת היא לגבות המזונות קודם כתובת' למען לא תפסיד מזונותי' מש"ה לא הוי כאפסדי' בידים משא"כ בגבה למלו' ע"פ הוי כאפסדי' בידים. והנ' בתומים הקש' בדברי התוס' בכתובות שם בד"ה ור"י שהקשו דהאיך תאמר למזונות מכרתי הא יש בו עול ושקר דהא באמת לכתוב' מכר ותירצו כיון דבאמת הדין גם למזונות יש לטרוף מלקוחות וכו' וע"ז הקש' בתומים דהא מ"מ יש בו עול דהא כשתטרוף לכתובתה מלקוחות שבחיי בעלה יבואו הלקוחות ויטרפו מהלקוחות שקנו השד' שמכר' לצורך מזונותי' ובאמת כשנמכר לכתוב' שהוא שטר מוקדם להלקוחות שקנו בחיי בעלה אין יכולין לטרוף מהן מן הדין ע"ש. תמוה בעיני דע"כ תי' התו' שתירצו כיון דבאמת גם מן הדין גם למזונות יש לטרוף רק מטעם שאין קצובין וכיון שיכול' לומר למזונות מכרתי הי' להן ללקוחות ליזהר ולהניח כדי כתובת' ע"ש ע"כ לא קאי רק להתי' השני שתירצו שהקשו אח"כ דיאמרו הלקוחות הנחתי דהיינו התי' שתירצו דמיירי בלקוחות שקנו אחר שמכר' דלתי' הראשון שתירצו דהוי כאשתדוף ומיירי בלקוחות שקנו בחיי בעלה ודאי דלא שייך כלל תירוצם שתירצו כיון דיכול' לומר למזונות מכרתי הי' להן ללקוחות ליזהר להניח כדי כתובת' וכו' דהא הלקוחות שקנו בחיי בעלה הניחו באמת כדי כתובת' אלא ודאי דתי' זה לא קאי רק לפי תי' השני שבסוף דבריהם ובעיקר קושית התוס' שהקשו דהלקוחות יאמרו הנחנו לך מקום לגבות קשה לי דהא הלקוחות אי"ל הנחתי רק שיש בשעת גובייגא מקום לגבות וא"כ כמו שפרש"י הטעם דחיישינן שיכלו הנכסי יתומים ה"נ יש לחוש שיכלה גם שדה זה דהיינו שישתדף או שיוזל שאז תוכל לגבות מהלקוחות שבחיי בעלה וכשתכתוב לכתוב' מכרתי לא תוכל לגבות דהוי כשוכר על הכתוב':

ד **קרקע בעיר אחרת**. בתומים הקשה דא"כ בב"ב מ"ד גבי מכר שלא באחריות אינו מעיד דהקש' הש"ס אי דאית לי' ארעא אחריתי עלי' דידי' הדר ופרשב"ם דאין נפרעין מנכסים משועבדים. ולפ"ז קשה דנוקי שיש לו קרקע בעיר אחרת דאם אין מוצא במקום זה ע"כ ילך למקום אחר וכשיעיד וימצא שדה בכאן לטרוף א"י לדחותו למקום אחר ע"ש ונרא' ליישב דהא מבואר בכאן דאם אין להמלו' היזק דשוב שייך הדין דאין נפרעין ממשועבדים במקום שיש בנ"ח אפילו הם במקום אחר א"כ בכאן כשיבוא הבע"ח לטרוף מהלוקח שלא באחריות ויש לו קרקע בעיר אחרת ודאי דהלוקח יכול לומר להב"ד מ"ט גובה ממני הא יש לו בנ"ח ואי משום שלא יצטרך המלו' להוציא הוצאות א"כ תמכרו לי הקרקע שבמקום פ' כפי שוויו שבמקום ההוא ובוודאי דאם הי' נמצא לוקח בכאן שירצה לקנות כפי השומא שבמקום דהקרקע שם הוי כמו שהבנ"ח כאן ואם כן כשהלוקח רוצה לקנות השדה שבמקום אחר הוי כהבנ"ח כאן והלוקח ודאי יעשה כן דהא אחר שיטרוף ממנו א"י לחזור עליו כיון שלקח שלא באחריות והלוקח ודאי דיכול לעשות כן וגדולה מזו מבואר לקמן סי' קט"ז סעיף ב' ע"ש דכל לוקח שלא באחריות יכול לומר להמלו' קודם שיטרוף ממנו מכור לי שט"ח שלך בכומ"ס ואז ממילא יכול לגבות מהלו' כשהי' לו נכסים רק כשטורף ממנו המלו' אז אין הלוקח חוזר עליו אבל כשלוקח השטר חוב קודם הטריפ' נעשה הלוקח כמלו' של המוכר כיון שקנה השט"ח והוי כמו אחר שקנה השט"ח רק שהמכיר' תליא ברצון המלו' וכשאין המלו' רוצה למכור השט"ח רק לטרוף א"י לחזור עליו הלוקח כשלקח שלא באחריות אבל בכה"ג שכתבתי ודאי דיכול הלוקח לו' אני קונה השדה שבמקום אחר שמחוייבין הב"ד למכור ולהחליט הלוקח שלא באחריות השדה שבמקום אחר ושוב אין להמוכר נ"מ במה שיעיד אם לא בגוונא שההוצאות שבמקום אחר עולין יותר מדמי שיווי השדה שביד הלוקח ואז לא ירצה הלוקח והוא מציאות רחוק:

ה **גזלן אנס**. עיין תומים שהכריע דדוקא כשגזלן אנס אח"כ אבל אם בשעה שהלו' הי' כבר הקרקע ביד אנס והי' עיקר הלוא' רק על סמך הקרקע שביד הלוה אז יכול לטרוף מהלוקח שקנה שדה זו ע"ש. אמנם נראה דאם הלו' בעצמו אלם ואין המלו' יכול לגבות מיד הלוה א"י לחזור על הלקוחות דהלקוחות יכולין לו' הנחנו לך מקום לגבות כיון שהניח שדה כעין שדה זו שלקח דהא אם לא הי' הלוקח קנה שדה זו והית' נשארת ביד המוכר ג"כ לא הי' המלו' יכול לגבות גם שדה זו ולא הפסיד הלוקח להמלו' במה שקנה שדה זו וזה פשוט וכן מוכח בכמה דוכתי דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בנ"ח אפילו כשהלו' אלם ודוקא בערב כשהלו' אלם מחוייב לשלם ול"ד להא דהמיר

דתו שהביא בהג"ה דשם המעש' הי' בתשובת הרא"ש שהנכסים שבידו הי' מה שקנה לפני הגוים שבדיניהם אין גובין מנכסים אלו עיין שם ואם הי' מניח לו שדה זו הי' יכול לגבות ממנו ובזה ודאי דדמי לאשתדף דהא אדעתא דהכי נתערב שאם לא ירצה הלו' לשלם שישלם הוא מה שאין כן בלקוחו':

ו **המיר לעכו"ם**. ואף דבש"ס ס"ק ט' מבואר אפי' הגזלן עכו"ם אינו יכול לחזור על הלקוחות שם מיירי דאפי' בדיניהם אינו זוכה רק משום אלמותו א"י לתבוע בדיניהם אז אמרינן עתידין בעלי זרוע ליפול אפילו בעכו"ם משא"כ כאן מיירי דוקא ע"פ דיניהם שוב לא שייך לומר עתידין בעלי זרוע ליפול ולשמוע דין ישראל:

ז **ויש חולקין**. עש"ך ס"ק י"ד שתמה דבש"ס מבואר דגובין בהורישׁ אפי' אי דאקנה לא משתעבד משום מצוה ע"ש ועיין תומים שתירץ כיון דדאקנ' לא משתעבד דמי למטלטלין כמבואר בפוסקים ובמטלטלין אף דלא נשתעבד משום דלא סמכה דעתי' מ"מ אם פי' בשטר מקרקע ומטלטלי כיון דחזינן דסמכ' דעתי' עליהן גובה מהיורשים מדינא מטעם מצוה וכופין עיין תומים סי' ק"ז א"כ ה"נ גבי דאקנ' אף דלא נשתעבד מ"מ אם פי' לו דאקני הוי מצוה וכופין כיון דסמכ' דעת המלו' עליו משא"כ בלא פירש לו דאקנ' אפי' מצו' ליכא. ולענין מתנת שכ"מ הכריע בתומים דאינו גובה דהא בש"ס לא קאמר דגובה מהיורש רק משום מצוה לפרוע חוב אביהם ובמתנת שכ"מ לא שייך זה:

ח מטלטלי אג"ק עש"ך ס"ק י"ח עד הי' להם לבאר ויש שם ט"ס וכצ"ל וכ"ש אם כבר גבה הלוקח שט"ח קרקע אז מלוה של המוכר וכו' ותיבת או ט"ס וצ"ל אז. ועיין בקצה"ח שכתב כיון דעיקר סברת התו' בפסחים ל"א לחלק בין קרקע למטלטלין הוא מטעם כיון דמטלטלין לאו בני שעבוד נינהו דהא אם מכרן אין גובה מהן וא"כ לדידן דאית לן תקנת השוק ואם מכרן אינו גובה אפי' כתב לו אג"ק אינו גובה שוב לא שייך שיעבודא דר"ן ע"ש. ולפמ"ש בסי' פ"ח דאפי' יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם אפי' במלו' ע"פ בע"ח חוזר וגובה מהן אף דאם מכרה לא הי' יכול לטרוף דהא מלוה על פה הוא מ"מ שייך שיעבודא דר"נ כיון דמדינא בת שיעבודא היא דשיעבודא דאורייתא א"כ מכ"ש במטלטלי אג"ק דלית בי' רק משום תקנ' השוק ולא מדינא דש"ס כלל מכ"ש דשייך בי' שיעבודא דר"נ:

ט **אג"ק**. עסמ"ע ס"ק ל"ד (ויש שם ט"ס וכצ"ל לענין זה בעינן ששיעבד יהודה וכו' ותיבת בענין צ"ל בעינן) שכתב דמיירי שהיה בידו השטרות קודם מש"ה א"צ דאקנה ובקצה"ח תמה דבסי' פ"ה ס"ק ך"ב כתב דאפי' מכר המוקד' שט"ח צריך דאקנה ע"ש. ולק"מ דהא עיקר סברת הסמ"ע שם הוא דלא הקנה לו באגב רק המטלטלין שהן שלו

אבל לא מטלטלין שאינו שלו רק שנשתעבדו לו ע"ש. ולפ"ז א"ש דדוקא כשכבר גבה הלוקח המטלטלין מהלוה דהוי כמכרן לו שהגביהו לו או שמכרן ונתנן לו וכיון דלא הקנה לו באג"ק המטלטלין שנשתעבדו דמה לי נשתעבדו לו ממילא לא יכול לטרוף ממנו המטלטלין שגבה כבר משא"כ הכא מיירי שעדיין לא גבה הלוקח השטר מהלו' והמלו' הראשון בא לטרוף גוף השטר מיד הלוקח ודאי דיכול לטרוף השטר מידו דהא גוף השטר היה שלו ומטלטלין שהן שלו ודאי דיכול לשעבדו וכיון דגוף השטר נשתעבד לו באג"ק טורף אותו מהלוקח משא"כ כשכבר גבה בהשטר מטלטלין אז א"י להוציא ממנו המטלטלין כיון דמטלטלין המשועבדים לא נשתעבדו באגב ומחמת שהחזיר השטר שנשתעבד לו להלוה שגבה ממנו המטלטלין א"י לתבוע אפי' למאן דס"ל בסי' ק"ז סעיף ד' דבמכרו קרקעות הוי מזיק שיעבוד שאני התם דשוב א"א לגבות ממקום אחר כיון שהן יתומים ואין להם לשלם כי אם בקרקע זה א"כ כשמכרו הוי מזיק שיעבוד מה שאין כן הכא שבשעה שהוציא הלוקח השטר מתח"י לגבות בו היה אפשר לו להמלו' לגבות ממקום אחר דהא ודאי לוקח שמכר השדה קדם שבא מלוה לטרוף שאין המלו' חוזר עליו דאפי' בבע"ח מאוחר שגב' ומכר אין הבע"ח חוזר עליו כמבואר בסי' ק"ד סעיף א' ע"ש רק כשהבע"ח מאוחר מכר שדה המשועבדת להמוקד' לאלם הוי כמזיק שיעבודו מטעם שכתב הסמ"ע בסי' ק"ז ס"ק ט"ו דבשעה שמכר לאו שלו מכר דהא הי' משועבד להמוקד' משא"כ בלוקח קרקע מבע"ח ומכר לאחר לא מיקרי מזיק שיעבוד רק במכר שדה שהיא אפותיקי או כשכבר נתברר שאין לו משא"כ בלוקח מהלו' שמכר קודם שנתברר שאין לו לא הוי מזיק שיעבוד וה"ה הכא שלוקח שט"ח וגבה בו:

סימן קיב

א **יכול לחזור.** (עש"ך סק"א ויש שם ט"ס וכצ"ל להרמב"ם ז"ל דאחריות דאקנה לאו ט"ס הוא וכו') ועש"ך ס"ק ב' ובתומים תמה על כל דבריו דמ"ש דכיון שאינו משלם מעותיו גם מהשיעבוד א"י לחזור קשה דהא במקנה דבר שלב"ל לר"מ יכול לחזור אף שאינו מחזיר המעות וגם מ"ש משטר מאוחר דנחוש שמא חזר בו ג"כ ל"ק דלא חיישינן שיחזור בו דשארית ישראל וכו' כמו שהוכיח זה בכמה הוכחות וגם קשה לי על הש"ך דהי' לו להקשות בפשיטות דהאיך טורף מלקוחות בכתב דאקנ' ניחוש שמא חזר בו ועיין בתומים שמסיק דהעיקר כדברי הרשב"א. ובספר קצה"ח הקשה מדברי הרא"ש בב"מ שכ' דגבי שטר מכר בכתב ומכר לראשון בניסן ולא מסר השטר ואח"כ מכר לשני באייר וכתב ומכר ואח"כ מסר השטר שנכתב בניסן לראשון דלא אמרינן דעדיו בחז"ל

וכבר נתבטל השטר במכירת השני וע"כ צ"ל דבשטר הלוא' שחזר ומכר או לוה משני בין כתיב' למסיר' דלא שייך חזר' וא"כ ה"נ בלוה ולוה לענין דאקנ' לא שייך חזר' ע"ש ולק"מ דש"ה לענין עבחז"ל דסברת הרא"ש כך הוא דבשלמא בחזר ומכר לשני שוב נתבטל שטר הראשון לגמרי דשוב אין למוכר כח בהך שדה בשעת מסירת שטר הראשון ואנן בעינן שיהי' זכות למוכר ונותן בשעת מסיר' השטר בהזכות שנכתב בשטר וכיון שיש לו כח וזכות בהשטר יכול למסרו וכיון שמסרו ממילא זכה הראשון משעת חתימה אבל בשטר מכר שמכר להשני השדה ושוב אין להמוכר שום כח וזכות לא בהשדה ולא בהשטר דהא בשטר נכתב שמוכר לו שדה שלו והוא אין לו שום יד וזכו' בהשד' בשעת מסיר' ונתבטל השטר לגמרי ואין לו כח למסור השטר משא"כ בשטר הלוא' אף שמכר שדותיו מ"מ לא נתבטל השטר הלוא' והשיעבוד לגמרי דמ"מ נשאר זכות בשטר להלוה לענין שיעבוד שאר נכסי וכיון דיש לו כח וזכות למסור השטר ממילא זכה משעת חתימ' מטעם עבחז"ל נגד הכל ואף אם נחשבהו לחזרה מ"מ כיון שחזר ומסר ואחר חזר' נקנ' למפרע משא"כ הכא לענין אם שיעבד לראשון השדה שיקנ' ואח"כ חזר ושיעבד להשני ודאי הוי חזרה מראשון כששיעבדו לשני ואחר החזר' שוב לא הקנה לראשון ומ"ש בדברי התוס' ג"כ ל"ק להמעיי' רק שאין כאן מקומו לענין דינא:

ב **ואימתי קנאו.** עסמ"ע ס"ק ט' שהקש' דאמאי לא סגי כאן ביש עדים שקנאו כמו ברישא (ויש שם ט"ס וכצ"ל ומה"נ כתב בסעיף שאח"ז שצריך היורש להביא עדים וכו') . ולפענ"ד נראה ליישב בפשיטות דהא עיקר הטעם דהנך פוסקים הוא משום דאמרי' ב"נ כ"ה כמבואר בפוסקים ובסמ"ע סי' ס' ס"ק ך' ובכמה דוכתי והיינו חזקה דהשתא כמבואר במהרי"ט דמדמה להא דאמר ר"נ אם בריא הי' הנותן או שכ"מ ע"ש והיינו דאמרי' כמו שהם עכשיו כן היה בשעת לידת הספק ומש"ה אם יש עדים שהי' מוחזק בו דהיינו שהי' דר בו ואם כן אם ד"מ שהי' שטר הלואה בניסן ובתמוז ראוהו דר בשדה אף שיש עדים שקנה השדה וא"י אימת קנאו אם באדר קודם הלוא' אם באייר אחר הלוא' אמרי' חזקה דהשתא כיון דבסיון ודאי הי' שלו דהא יש עדים שהי' מוחזק בו אמרינן חזקה כמו שהי' שלו בסיון כן הי' שלו ביום שאנו מסופקים בו דהיינו בניסן שהוא שעת הספק משא"כ כשאין עדים שהי' מוחזק בו רק שראו הקנין וא"י באיזה יום הי' הקנין ואנו מסופקין על יום הקנין אם היה קודם ניסן או אפשר שקנה השדה אחר שמכרו שהעדים אין מעידין רק ששדה זו אינו רוצה רק שדה מקנה וא"י כלל אימת ועוד נראה דכאן נמצא לא אמרינן רק במקום מציאותו דאז אמרי' שכמו שנמצא במקום זה כן הי' במקום זה מכבר אבל כשראינו קנין וא"י אימת אם קודם הלוא' או אח"כ אין לומר כמו

שעכשיו הוא שלו כן הי' מקודם שלו דאין זה בגדר כ"נ כ"ה דבזה חזקה קמייתא עדיפא וראי' לזה דבטומאה אזלינן בתר חזקת כ"נ כ"ה כמבואר בריש נדה ובנדה דף ט' בהי' מתעטף בטליתו ויש ספק אם נגע בטומא' קודם אר בטהרות קודם דטהור ולא אמרינן הרי טמא לפניך ומדהשתא טליתו טמא גם מעיקרא הי' טמא והיכא דאיכא חזקת כ"נ אפי' ברה"ר ויש חזקת טהרה לטהרות טמא אלא ודאי דאין זה בגדר כ"נ וה"נ דכוותי' דדוקא כשהי' דר בהבית אמרי' כ"נ וגם מקודם הי' דר בהבית זה משא"כ כשלא ראינו רק קנין וא"י אם קודם הלוא' או אח"כ לא שייך לומר כ"נ כ"ה כנ"ל שאין כאן שום חזקה דהשתא לדון על יום הספק וממה שמכר השדה אין ראי' שהי' שלו כיון שלא ראו אותו דר בו כמו בחזקת קרקעות דכל זמן שלא ראו אותו דר בו יום אחד אף שבודאי מכרו אין חזקה שהוא שלו ע"ש מש"ה ה"נ לא שייך כאן לומר חזקה דהשתא משא"כ אם ראוהו דר בו קודם מכיר' אפי' יום אחד דצריך שוב הלוקח להביא ראיה מתי קנאו:

ג **המקבל מתנה.** עסמ"ע ס"ק י' ועיין בחידושי שם שכתבתי ישוב ברור ונכון בס"ד:

ד **שחולקין החצי שחלוקין עליו.** והא דדנין כאן דין חלוק' אף דמיירי שטוענין ברי וברי כדמוכח מהש"ך ס"ק ח' שהקשה דלהימן במגו וא"כ ודאי איכא חד מינייהו רמאי וגם אין חלוק' יכולה להיות אמת ודמי למנה שלישית דסי' ע"ו שא"י מאיזה לוה דהדין דמונח בברי וברי ע"ש דשאני התם דאי דמר לא דמר ואם כן כשחולקין הרי אנו גוזלין האחד ונותנין להשני הרמאי משא"כ הכא דאף אם האמת בדברי האחד ונשתעבד לו מ"מ גם להשני הוא משועבד כיון דלא הוי של הראשון לגמרי רק שהוא משועבד לו וגם אם יסלק להראשון בזוזי יהי' משועבד לשני תדע דהא אם בא המאוחר לגבות מהקרקע מגבין לו וכשיבוא הראשון יטרוף ממנו וא"כ ה"נ אין לדון דין מונח דכיון שאין הראשון יכול לברר כדי לגבות נותנין להשני וכשיבוא אליהו ויאמר שהוא של הראשון יטרוף ממנו כמו שאנו דנין מטעם זה כשהראשון במדנה"י שנותנין להשני למה יש לו להיות מונח עשי"א הא אפי' יהי' ביד הא' כשיבוא אליהו יטרוף ממנו ומכ"ש דל"ק דיהיה הדין כל דאלים גבר דהא כתבו התוס' ריש ב"מ דלא דנין כל דאלי' גבר רק כשאין מוחזקין בו שניהם והכא הוי כשניהם מוחזקין כיון שמשועבד לשניהם וגם דמי למנה שלישית דסי' ע"ו דהלו' מוחזק בחזקת שניהם ומה"ט ל"ק נמי מהא דסי' ק"ד ס"ה גבי מטלטלין ששיעבדן אג"ק דמחזקינן להו כלוה ולוה וקנה דיחלוקו שהוא נגד כל הדיעות בכאן שאפילו להך דיעה שבכאן דס"ל דחולקין מ"מ הא ס"ל דחולקין החצי שחולקין עליו וזה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע ושם בסי' ק"ד חולקין בשוה ולפמ"ש לק"מ דבקרקע אף שהוא דאקנ' מ"מ יש לו שיעבוד עליו כשהוא ביד הלוה דהא דאקנ' והוריש גובה

כמבואר בסי' קי"א סעיף ך' וכן הוא בתומים בסי' ק"ד ז' ע"ש משא"כ במטלטלין אין עליהם שיעבוד כלל דהא מטלטלי דיתמי לא נשתעבדו וע"כ אין עליהם שיעבוד כלל וכן מבואר בתומים שם וכן הוא בכמה פוסקים קדמונים. ולפ"ז א"ש דש"ה במטלטלין שא"א לו' כ"נ כ"ה דהא אם לא הי' בשעת הלוא' לא נשתעבדו כלל דהא אין שיעבוד על המטלטלין אפי' הן ברשות הלו' רק שהב"ד כופין אותו משום מצוה לפרוע ואם היו בשעת הלוא' יש עליהם שיעבוד שנשתעברו אג"ק ומבואר בתוס' בכתובות ע"ו דחזקת ממון עדיף מחזקת כ"נ כ"ה דאפי' מחזקת הגוף עדיף בלא ברי ושמא ע"ש וכיון דאנן דנין על המטלטלין אם נשתעבדו אם לא א"א לו' מחמת חזקה כ"נ כ"ה דנשתעבדו דהא חזקת ממון מנגדו ואדרב' אמרי' מחמת חזקת ממון שקנאה אחר ההלוא' ולא נשתעבדו כלל וכ"כ הסמ"ע ס"ק י"ד דלא אמרי' מטעם חזקת ממון ע"ש וכיון דאין אנו באין על המטלטלין מכח שיעבוד רק מכח כפי' של מצוה והמצו' הוא שוה לשניהם משא"כ הכא לענין דאקנ' דאפי' אם יקנ' אחר ההלוא' מ"מ הוא משועבד להמלוין כנ"ל ואין שום חזקת להלו' דבין בך ובין כך הם משועבדין ואין ספק רק בין המלוין למי הן משועבדים והם שניהם מוחזקין כנ"ל ודמי לזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי דזה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע:

ה **ועמדה וניסת** עש"ך ס"ק ו' שמסיק דהוי ספיקא דדינא ואי תפיס לא מפקינן. ובתומים תמה ע"ז דהא בקרקע לא מהני תפיס' ובמטלטלין הא אפי' אי הוי יורש מטלטלין לא נשתעבדו רק מתקנת הגאונים ע"ש אפי' במקום שומא הדרא כיון דהוא רק משום תקנה לא עקרינן לתקנתא דבעל לוקח וכ"ש משום תקנת הגאונים ע"ש. ולענד"נ דלק"מ דהא גבי רבא בר שרשום בב"ב ל"ב שתפס הפירות בעד החוב שהי' לו אף דמטלטלי דיתמי לא משתעבדו וגם שבח וחפירות שנעשו לאחר מיתה לא נשתעבד לבע"ח ואפ"ה הי' יכול לתופסם וע"כ הוא מטעם דכל שנשאר קרקע להיורשים יש ג"כ שיעבוד הגוף על היורשים דאם פקע שיעבוד הגוף במיתת הלוה ואין יכול לחול השיעבוד נכסים דהא מה"ט כמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול משום דפקע שיעבוד הגוף וע"כ דעל היורשים יש גם כן שיעבוד הגוף וכ"כ התומים בסי' ס"ו ס"ק מ"ג ע"ש ומש"ה תפס רב"ש הפירות כיון שנשאר קרקע ותפס הפירות בשביל השיעבוד שיש לו על הקרקע וכ"כ בתומים סי' ק"ו ע"ש ולפמ"ש א"ש הכא דלא מהני תפיס' לקרקע בספיקא דהיינו דוקא כשיש ספק על גוף הקרקע אם יצתה מרשותא דמיא קמא לא מהני תפיס' דמוקמינן הקרקע בחזקת מרא קמא משא"כ כאן דקרקע אף ע"פ שהוא דאקנה הוא משועב' בעודו בחיים של הלוה וגם אחר מותו כמ"ש בתומים סי' ק"ך ס"ק ז' רק עכשיו כשנישאת ויש ספק

אם הבעל לוקח ויצאת הקרקע מחזקת שיעבוד או אם הוא יורש ועדיין משועבדת היא ולא שייך לו' בזה אוקי הקרקע אחזקת מ"ק דהא אדרב' בחזקת קמייתא הי' משועבדת הקרקע להמלו' וממילא כשיש ספק אם יש לו שיעבוד נכסי על הקרקע יש ג"ב ספק על שיעבוד הגוף ויכול לתפוס מטלטלין מטעם הספק כמו שהי' מהני תפיס' גבי רבא בר שרשו' שהוא תופס מטלטלין משום הטענה שיש לו שיעבוד על הקרקע כן נראה לי:

סימן קיג

א **משעבדם לו מעכשיו.** עיין תומים דמעכשיו לא מהני במטלטלין שלא היה לו בשעת שיעבוד ע"ש ויש לעיין בזה לפמ"ש הרשב"א בפ"ג דקידושין ע"ש דהמקנ' דבר שלב"ע לר"מ אף דיכול לחזור בו מ"מ אם כתב מעכשיו א"י לחזור אם כן מכ"ש בשיעבוד דעדיף מקנין לר"מ כמ"ש הש"ך בסי' קי"ב עוד נסתפק בתומים לענין קנין דקיי"ל דהוי מעכשיו וכן בזמנו של שטר מוכיח עליו דהוי כמעכשיו אם גם בכאן מועיל. ולפענ"ד דהבו דלא להוסיף עלה דאף מעכשיו לא הוזכר בש"ס דמועיל והוא נגד הסברא לכאור' רק שהפוסקים חידשו זה ודעת' רחבה והבו דלא לוסיף ורק מעכשיו מהני ולא שאר דברים כנ"ל (ועסמ"ע ס"ק י' ויש שם ט"ס וכצ"ל דהמקנה עבדים לא מקניין ותיבת משתעבדי ט"ס וצ"ל מקניין):

ב **הודאת בע"ד** ואף דנאמנות לא מהני נגד לקוחות מ"מ הכא מהני כיון דבשעת הודא' לא הי' חב לאחריני והי' הודאתו מהני בעדים הוציאו הקול ומש"ה גובה ממשעבדי כמו מי שמוד' שחייב לפני עדים דגובה ממשעבדי משום קלא דאינהו דאפסידו אנפשייהו כשקנו אחר הקול משא"כ לענין נאמנות דאיכא פסידא דלקוחות ששמעו הפירעון וקנו והוא פשוט:

סימן קיד

א **לך אצל הלוה** היינו כשאין הלוה כאן ברחוק מהלך יום אחד אבל בערב דוקא כשרחוק מהלך ל' יום ועפ"ר טעם הדבר:

ב **אם רוצה הלוקח לסלק.** עש"ך ס"ק א' עד יתן לו כפי השומא ע"ש, והנה דברי הש"ך תמוהין מאוד בעיני כל מעיין דמ"ש לפי מ"ש בסי' קט"ו א"י לסלקו עד שיתן לו כל חובו תמה מאוד דשם דוקא כשאומר לדידי שוה לי כל חובי משא"כ הכא מירי דאין המלוה מקבל יותר משוויו מש"ה כתב הסמ"ע דהלוקח י"ל הא לך זוזי כפי שוויו כיון דלא יהי' להלוה נ"מ כלל במה שתגבה הקרקע כיון שגם עתה לא תגבה לו מחובו יותר משוויו.

גם מ"ש לסתור דברי הסמ"ע במ"ש בשכבר עשו שומא והכרזה תמוה מאד דדין מבואר הוא בסעיף י' ע"ש והוא מבואר ברא"ש בהדיא גם מ"ש בכי' קט"ז ס"ק ך' כ' ג"כ וז"ל ולענין דינא נראה עיקר וכו' ואין תועלת ללוה וכו'. ולפ"ז אפי' בא הלוקח לסלק וכו' ולכאורה לא תליא הא בהא כלל ואין להם שייכות כלל להדדי. ונראה לפענ"ד דהך דיעה דס"ל דיכול המלוה לומר לדידי שוויא לי אף במקום דליכא פסידא ללו' דבגוונא דהכא שאין המלוה מוסיף על שיווי ורוצה ליקח השדה רק כפי השומא וליכא תועלת להלוה בגביי' המלוה שיגבה השדה הוי כמקום דליכא פסידא ללוה כמ"ש בפרישה דבמקום שהמלוה מוסיף על השומ' לכ"ע אין הלוקח יכול לסלקו משו' טובת הלוה דהא מה"ט תקנו הכרז' משום טובת הלוה ולא גרע המלוה שמוסיף מאיש אחר שמוסיף על השומ' שמחליטין לו כפי ההוספה רק מחלוקת הפוסקים בהא דאין המלוה י"ל לדידי שויא לי היינו כשאין המלוה רוצה להוסיף על השומא ורוצה ליקח השדה רק כפי השומא ומ"מ ס"ל להנך פוסקים דאין הלוקח יכול לסלקו בדמי השומא מטעם דיכול המלוה לומר לדידי שויא לי כל חובי ואין הכוונה בהא שאמר לדידי שויא לי דהיינו שמקבלו בכל חובו דבהא לא פליגי כלל כנ"ל רק הכוונה במה שאומר לדידי שויא לי דהיינו שמקבלו בכל חובו פי' דמתחלה שלויתי עליו נשתעבד לו השדה בכל חובי ובאם שלא יהיה להלוה מעות הקרקע שוה בכל הובי וא"כ ע"כ הא דאמר בש"ס דהלוקח מצי לסלק בזוזי היינו כשמסלק כל חובו והרי מסלק להמלוה מכל זכות שהי' לו להמלוה אבל במקצת חובו ס"ל להך דיע' דא"י לסלקו כיון דאף אם מסלק מקצת חוב דהיינו כפי השיווי של הקרקע עדיין נשאר זכות להמלוה בהקרקע דאם לא היה מעות להלוה לעולם הרי י"ל לדידי שויא לי כל חובי ויהיה השדה בידו נגד כל החוב ומש"ה אין הלוקח יכול לסלקו בזוזי רק כשמסלק כל החוב ודיעה הראשונה ס"ל דאין הקרקע משועבד' להמלוה רק כפי שומתא ומש"ה במקום דליכא טובת הלוה אי"ל לדידי שויא לי ומש"ה צריך המלוה לטעון דוקא שיקבלו לו ככל חובו דאז אין שומעין ללוקח כמבואר בסעיף ז' ומשום טובת הלוה. ולפ"ז א"ש כל מ"ש הש"ך וגם שפיר הקשו על הסמ"ע דא"כ אחר ההכרזה ג"כ יהיה הלוקח יכול לסלק להבע"ח דבשלמא בסעיף ו' שהמלוה מוסיף א"ש מה שאין הלוקח יכול לסלקו שהוא משום טובת הלוה דההוספ' שמוסיף הלוקח חוזר וגובה מהלוה משא"כ בההוספ' שמוסיף המלוה מרויח הלוה משא"כ הכא דמיירי שאין המלוה מוסיף ורוצה להחזיר הקרקע רק כפי השומא א"כ אפי' אחר שומא והכרזה ג"כ יהי' הלוקח יכול לסלק להמלוה אפי' במקום דליכא טובת הלוה כמו קודם שומא ועש"ך ס"ק ב' מ"ש על הסמ"ע ובתומים מיישב דבריו דלדעת הסמ"ע אחר גמר הכרזה שוב לא

הדר' ללוקח אפי' כשנותן כל החוב והסמ"ע חולק וס"ל דהא דשומא לא הדר' ללוקח היינו כשכבר עשו הורדה אבל אחר שומא והכרזה קודם הורדה יכול לסלקו בכל החוב:

ג **וגובה ממנו אלא מנה** ודוקא כשהמלוה מקבלו בר' אז אין הלוקח גובה אלא מנה דהא לא נחסר אלא מנה אבל אם הלוקח נתן ר' גובה מהמלוה ג"כ ר' וכ"כ הריטב"א בכתובות ע"ש ול"מ בשני שדות דאז ודאי כשטען הלוה מתחלה אם תרצה שדה ראשונה שגבית כבר בכל הר' הרי טוב ואם לאו קח ר' והסתלק ודאי דהיתה כוונתו במה שאמר קח ר' זוז והסתלק היינו שנותן לו הר' זוז בעד שני השדות דהא הלוקח יכול לסלקו בזוזי דא"ל דכוונתו הי' שנותן הר' זוז בעד שדה הראשונה דאטו בשופטני עסקינן שיתן ר' זוז ולא יהי' יכול לחזור על הלוה כיון שיכול ליתן הר' זוז בעד שני השדות וכיון שיתן הר' זוז בעד ב' השדות ודאי דיכול לחזור על הלוה אלא אפי' אין כאן רק שדה אחת שלקח בעד ק' מ"מ כשיתן ר' חוזר וגובה מהלוה ר' כיון שהמלוה לא רצה ליתן בעד השדה רק ק' ואם תי' המלוה מקבלו הי' נשאר לו ג"כ חוב על הלוה ק' וא"כ כשנותן לו הלוקח ר' דמי לזה נהנה וזה חסר דחייב משא"כ כשהמלוה מקבלו בכל הר' הוי כזה נהנה וזה לא חסר רק שבא עליו מכח אחריות וזה לא הוי בכלל אחריות שבח כיון שהשדה לא נשבח ואי"ל דאף אם הלוקח נותן כל הר' דמי לפורע חוב של חבירו דז"א דכיון שלקח השדה והיא חביבה בעיניו הרבה עד שהוצרך ליתן כל ממון הרי הוא כמוכרח לפרוע חובו והמוכר כתב לו אנא איקום ואשפי מהמערערין והוי כנותן לו רשות לשפות המערערין כשלא יהיה לו היזק ללוה בכך וכן מוכח מדברי הרא"ש הביאו הסמ"ע ס"ק י"ז שכתב וז"ל כי בודאי לתועלתו הוא מכוון שיאמר מה אני חושש שאוסיף ותשאר הקרקע בידי כי אח"כ אגבה הכל מן המוכר הרי מבואר כמו שכתבתי:

ד **שני לוקחין**. עיין תומים שהקשה כיון דהרמ"א מיירי קודם גמר ההכרזה א"כ איך שייך לומר לאו בע"ד הלא הרשות בידו להוסיף בהכרזה כי לא שלמו ימי אכרזתא וכל אדם יכול להוסיף בהכרזה וה"ה לוקח ב' עכ"ל ולק"מ דלפי מש"ל דלוקח אחד י"ל קה ר' זוזי היינו בעד ב' השדות כיון דהלוקח יכול לסלקו בזוזי ויחזור ויגבה מהלוה משא"כ בשני לקוחות אין הלוקח יכול לומר קח שני מאות זוז והסתלק מן שני השדות כי לאו בע"ד דידי' הוא בשדה ראשונה שזכה רק שיכול לקנות השדה בר' זוז ככמו איש אחר ואז א"י לחזור ולגבות מן הלוה ופשוט:

ה **ולא יהיה כל החוב פרוע**. דמה שלוקח מוסיף הוא לתועלת שלו כי אח"כ חוזר על הלוה. ויהיה להלוה שני תובעין ולכך בשלמא כשמסלקו בכל החוב קמ"ל דהלוקח יכול

לסלקו בזוזי כשנותן לו כל חובו. ולפ"ז בלוקח שלא באחריות דלא מצי הדר על הלוה דלכ"ע יכול לסלקו כמו שאר אדם ואין הבדל ביניהם ופשוט.

ו **דאין שומעין ללוקח.** ובקצה"ח סי' ק"ט כתב לפי מ"ש התוספות בכתובות צ"א מהא דהלוקח יכול לסלק בזוזי הוא רק מטעם שיכול להעלות השדה א"כ בלא"ה אין שומעין להלוקח ע"ש ואישתמיט' דברי הדרישה שמפרש דאף בלא עילוי יכול לסלקו רק שבתומים רוצה לסתור דברי הדרישה ע"ש (ובש"ך ס"ק ד' יש שם ט"ס וכצ"ל דגבי יורשים דשומעין להם וכו'):

סימן קטו

א **כל השבח.** עש"ך ס"ק ה' עד עוד הקשה בס' ג"ת דא"כ מאי פריך בש"ס פ' מי שמת וכו' ועיין תומים שכתב לתרץ הקושיא מהא דבעי למיפשט התם בש"ס דדאקנ' משתעבד מהך מתני' דלשבח קרקעות כיצד ולא משני דמיירי בשבח דממילא וכתב לתרץ דהא קשה להתרצן מהך מתני' דבכורות דקתני אין הכתובה נוטלת בשבח וכולן אין נוטלין בשבח וכו' וקאמר התם לאתויי שבח דממילא וש"מ דרישא מיירי בשבח דמחמת ההוצא' וכמ"ש רש"י שם ודוקא כתובה דהוא מקולי כתוב' לא גבי אבל בע"ח גבי ומש"ה צריך למידחי התם ר"מ הוא ע"ש בתומים והנה בנ"י בב"מ בסוגיא דשבח הוכיח מהך משנ' דשבח דממילא טריף מיתומים ולפ"ד התומים קשה הא מדסיפא דכולו אין נוטלין בשבח הוא לאתויי שבח דממילא ע"כ דישא דמחמת ההוצא' אייר. ועכצ"ל דהנ"י כתב זה בשם הרנב"ר וי"ל דהרנב"ר ס"ל כשיטת הפוסקים שהביא הש"ך לקמן בשבח היותר על הוצא' דטריף מיתומים ומקבל מתנה רק לענין הוצא' יש חילוק בין מוכר למקבל מתנה דאין להם על מי לחזור אבל לענין דאקנ' שבח דמחמת הוצאה הוי דאקנ' כמבואר בדברי הש"ך ומ"מ אין כזה יישוב לקושיי' הג"ת דהא אפשר למוקמי מתני' דבכורות בשבח יתומים בשבת היותר על ההוצא' כמ"ש הנ"י ואף דהוי דאקנה מ"מ הא דאקנה קנה והוריש לכ"ע משועבד לפי מאי דקיי"ל דמע"פ גובה מהיורשים כדמוכח התם רק לענין לקוחות קבעי ובעיקר דברי הש"ך שכ' דכיון דהוי לענין בכור מוחזק אף דבעינן בבכור שיהיה דומיא דמתנ' שלא יהיה דבר שלא בא לעולם הוי גם כן דקנה לענין בע"ח ע"ש ואף דכבכור אפ"ל בוולד דהוי דשלב"ל ומ"מ בכור שקיל פי שנים נראה סברת הש"ך דעיקר החילוק בש"ס התם כתב הרמב"ן ובכל דבר שהוא בשעת חלוק' כשעת מיתה זכה בה קודם החילוק דקי"ל יש לו לבכור קודם חלוקה מש"ה הפרה דהיא כשעת חלוק' כמו בשעת מיתה וכיון דזכה בגוף הפר' שני חלקים ממילא יש לו

ג"כ בהוולד שני חלקים אבל כל שנשתנ' גוף הדבר בשעת חלוקה מבשעת מית' אין לו בגוף הדבר פי שנים כיון דבגוף הדבר הוי מוחזק לענין בכור הוי ג"כ דקנה לענין בע"ח וזה הוא דמיון הש"ך ולענין מ"ש בסקצה"ח לסתור סברת המהר"ט לענין אם שיעבוד קנאי ודאקני לא מהני כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גוב' לא שייך לו' ארע' אשבח דלא דמי לדקל לפירות דיש לו בגוף הדקל משא"כ בשאין לו רק שיעבוד על הדקל הנה סברא זו כתוב' בתומים ויתכאר לקמן אי"ה:

ב **אם כתב ללוקח בהדיא**. עסמ"ע ס"ק ג' עד ואף שתקנת נעילת דלת לא שייך בלקוחות וכו' ודבריו דחוקים דהא נגד הלוקח לא צריך תקנה דנעילת דלת ולפרש דבריו בדוחק נראה דכוונתו דכל דבריו היינו בלא כתב ללוקח דאקנה ואף אם לא היה התקנה דנעילת דלת לא הי' נחשב כאילו קנאו ומכרו רק שיהי' נחשב כאילו קנאו לבד והי' אצל המוכר אז ודאי דשייך למלוה דהא עיקר הטעם דשייך לשניהם סיים בסמ"ע משום דהקנין והמכירה הי' ביחד וע"כ תיקנו משום נעילת דלת שיהא כקנאו ומכרו וע"ז כתב דהא נעילת דלת לא שייך בלוקח וא"כ מה"ת הי' להם לעשות שיה' כאלו קנאו ומכרו הי' להם לעשות שיהיה רק כקנאו לבדו וע"ז כתב כיון דלא הי' רק משום תקנה די בכח התקנה במה שהפקיעו חצי שבח וכו' פי' דלא עשו משום תקנה שיהי' רק שיעבוד המלוה עליו וכיון דהקנין והמכיר' הי' ביחד הוי כאילו שיירי' במקצת ללוקח וכאילו לא מכר רק החצי וגם זה אין לומר דנדון אותו כמכירה לאחר דזה ל"ש רק נגד המלוה אבל הלוקח שהוא הקונה בעצמו דודאי לא הוי כמכר לאחר ונגד המלוה ודאי דלא מחל השיעבוד שלו נגדו (ועסמ"ע ס"ק ד' ויש שם ט"ס וכצ"ל אפ"ה חולקין בשוה בהשבח ותיבת בהשדה ט"ס וצ"ל בהשבח):

ג **טורף חצי השבח** דהו"ל כאילו לוה ולוה וקנה ועיין בקצה"ח שכ' בנידון אם לוה עוד מאחר שמכר שדה ללוקח שאין הלוה שלוה אחר שמכר השדה נוטל חלק בהשבח כיון דגוף השדה לא נשתעבד לו מחמת שמכר קודם להלואתו ממילא אין לו בהשבה של השדה וכו' ולא ניתן לכתוב מרוב פשיטותו וגם מ"ש בסי' קט"ז לענין שבח שנעש' ביד הלוה נגד בע"ח מוקדם ומאוחר דחוק בשלמא בנתייקר' דגוף הקרקע המשועבד לראשון נשבח השבח של המוקדם משא"כ כשנעש' דבר מחודש בקרקע הוי דאיקני ויחלוקו:

ד **דאין הבע"ח נותן לו ההוצא'**. נראה לפענ"ד דאם טוען הלוקח עצי ואבני אני נוטל דמהני דהטעם מבואר בש"ך ס"ק י' דל"ד ליורד שלא ברשות ע"ש ובסעיף שע"ה בטור וב"י מבואר הטעם דהא דלא מצי לומר עצי ואבני אני נוטל כיון שע"ד ליטול מנה חו"ל כאומר לחבירו זכה לפ' במנה זה אם ירצה דכיון שרצה הלה זוכה זה בשבילו ה"נ כיון

שנתרצ' זכתה לו חצירו וכ"כ בשם ת"ר שא"י לחזור בו שהרי חצירו קנתה לו מיד ע"ש בנ"י וכיון דמטעם קנין חצר אתינן עלה וכאן דהגוף החצר אינו לא של מוכר ולא של הבע"ח דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה לא שייך קנין חצר ובודאי יכול לחזור ולומר עצי ואבני אני נוטל. ועוד נראה דלדידן אחר תקנת הארצות דבע"ח המכיר סחור' שלו הוא מוקדם א"כ הקנין שהי' בעד מעותיו היא מוקדם ואף שכתב הש"ך בס"ק י' דא"י לגבות השבח רק בעד הקרן דמי מכירת השדה ולא בעד השבח נראה דוקא בעד השבח שהוא רק מטעם התחייבות שהתחייב עצמו המוכר ולדעת הרמב"ם אין אדם יכול לחייב עצמו כלל בדבר שאינו קצוב ולדעת הפוסקי' כל מה שיכול לחייב עצמו מ"מ אינו גובה מהמשועבדי' אבל ההוצאות שהוציא הוי ממש כשאר מלוה ע"פ דלא נרע מיורד שלא ברשות נגד המוכר שהשביח בשבילו ולדידן כל ההלואות הן שוין (ועש"ך ס"ק י' ויש שם ט"ס וכצ"ל דלא תימא דהוי כיורד שלא ברשות ותיבת שלא נחסר בדפוס):

ה **הקרן מנכסי המוכר.** עש"ך ס"ק י"ב עד דאל"כ הו"ל כאילו שיעבדו המוכר ללוקח וכו' ונרא' דכוונתו דהנה מדברי הג"ת משמע דלא חשיב כמוכר לו השבח כלל בשעת מכירה דאם בשעת המכיר' מכר ג"כ השבח וקיבל חוב על עצמו הוי כלו' בשעת מכיר' ג"כ על השבח כמ"ש הש"ך וע"כ דעת הג"ת שאינו מוכר כלל השבח בשעת מכיר' והשבח הוי כמו שהוא ברשות המוכר ונשתעבד לשניהם וע"ז מקשה הש"ך דלמה הי' לו לומר דהוי כאילו קנאו ומכרו לא הול"ל רק כאילו שיעבדו להלוקח ועוד מה"ת יתחייב לשלם כלל בעד השבה כיון דלא הל עליו חיוב בשעה שקיבל דמים מאין יבוא עליו החיוב בשעת טירפא ולזה כתב הש"ך דבשעת מכיר' מכר ג"כ השבח ונתחייב עליו וכיון דהמכר חל תיכף כשבא השבח לעולם הרי לא חל השיעבוד קודם להקנין של הלוקח ולא הי' באפשרי להמלו' לגבות החוב מן השבח לזה הוצרך הרשב"ם ליתן טעם דכשבא השבח לעולם הוי כאילו קנאו המוכר ומכרו להלוקח ונמצא חל השיעבוד קודם המכיר' עוד כתב הש"ך בסוף דבריו וז"ל נהי דנגד הבעל חוב לא יכול לזכות בו מטעם מכירה וכו' עד מחמת שהוא עצמו מכר לו וכו' פי' דהא רק משום נעילת דלת של המלו' הראשון שלוה קודם לקנייתו עשאו חז"ל שיהי' השבח כאילו קנאו ומכרו ואי לאו האי תקנה לא הי' יכול לגבות מהשבח. ולפ"ז הלקוחות המאוחרין אינן יכולין לנכות לו השבח שקיבל על קרנו כיון שכנגדם לא שייך התקנ' של נעילת דלת וע"כ כנגדם נחשב כאילו השבח הוא של הלוקח וממילא אינן יכולין לנכות לו דמי השבח שקיבל על קרנו כנ"ל בכוונתו (ועש"ך ס"ק י"א בד"ה עוד כתב הב"ח וכו' תדע דהא בגוף הקרקע גופי' אמאי נחשבים כלוה הא לא הלוה וכו' ותיבת גובה צ"ל גופי' ועש"ך ס"ק ט"ז ויש שם ט"ס

וכצ"ל והא אמר שמואל ב"ח גובה השבח והלא שמואל לא אמר ותיבת מיתומים נמח' עוד שם בשבח שהשביחו לוקח לאחר שמת המוכר לא קנאו המוכר מעולם ותיבת לוקח צ"ל המוכר):

ו **וכל הפירות שאכל**. עש"ך ס"ק י"ז ועיין תומים שכתב כיון דעיקר הטעם שב"ח גובה השבח הוא מטעם כיון שכתב לו המוכר אנא איקום ואשפי וכו' וכיון דפירי לא כתב בשטרא ממילא לא גבה הבע"ח ע"ש. אמנם לפי דברי הש"ך שכתב דבשבח דממילא בלאו טעם זה גבה לי' הבע"ח הוצרך הש"ך להטעם שכתב דהו"ל מטלטלין ולא משתעברי לבע"ח. ולפ"ז אם כתב לו מטלטלי אג"ק קונה ג"כ הפירות שהן בעין אבל פירות שאכל כבר אין צריך להחזיר דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה (ועש"ך ס"ק י"ח ויש שם ט"ס וארבעה פעמים כתב שם אצל פירות שא"צ לקרקע בע"ח גובה מהן והוא ט"ס וצ"ל ובע"ח אינו גובה ומ"ש בשם הרמב"ן בס' המלחמות ובע"ח לא גבה מפירות הצריכין לקרקע הוא ג"כ ט"ס וצ"ל דבע"ח גבה ותיבת לא ט"ס ועש"ך ס"ס ועש"ך ס"ק י"ט בד"ה מיהו היינו דוקא ט"ס וצ"ל אפי' לא מסיק ביה אלא שיעור ארעא לחוד וכ"כ הטור וכו'):

ז **ואם רוצה הלוקח לסלקו**. עש"ך ס"ק ך' ועסי' קי"ד ס"ק א' מ"ש שם:

ח **בשדה ובגינ'**. עש"ך ס"ק ך"ב עד לא ירדתי לסוף דעתו דפשיטא דהכא לאו מדין גוד או איגוד אתינן עלה דהא לית ללוקח זכות וכו' כוונת דבריו דדוקא כשאחד רוצה שיהי' המקום שאין בו דין חלוק' לשניהם בשותפות והשני טוען גוד או איגוד צריך ליתן דמים ולטעון גא"א אבל כשיש לאחד כדי חלוק' ורוצ' ליקח חלקו בשלימות ולהניח לחבירו חלק שאין בו כשיעור והוא דבר מופסד אפי' אין טוען גא"א דהיינו שאין לו מעות להשני אפ"ה צריך אותו שרוצ' ליקח כל חלקו ליתן מעות להשני שאין לו לחלוק עצמו ולהניח דבר מופסד לשני עד שיתן דמים אפי' כשאין חבירו טוען גא"א. ודוקא כשרוצה שיהי' בשותפות והאחד טוען גא"א צריך שיהי' לו דמים ולטעון גא"א עוד כתב הש"ך ואין להקשות א"כ מאי פריך וכו' לא קאי על מאי דסליק מיני' רק מוסב על מ"ש למעל' דהכא לאו מטעם גוד או איגוד וכו' שפירושו כנ"ל דהיינו כשיש לאחד כדי חלוק' ורוצ' ליטול חלקו אפי' אין חבירו טוען כלל גא"א צריך ליתן דמים א"כ מאי פריך הש"ס חדא דקתני ואם לאו מעלין אותו בדמים דילמא בהכי מיירי מש"ה צריך ליתן דמים ור"נ מיירי שאחד רוצה שישתמשו כשותפות והשני טוען גא"א מש"ה סובר דלית דינא דגא"א רק שמשתמשין בשותפות:

ט **אבל אם עשאו אפותיקי.** עיין בקצה"ח שהקש' על הש"ך שפסק דהעיקר כפרש"י כיון דאינו נוטל רק חצי שבח ולמאן דס"ל דחולקין לפי ממון א"כ לעולם לא משכחת שיפרע הבע"ח כל חובו משבחא וא"כ למה נותן הוצא' ללוקח דהא כ"ז שלא נפרע מחובו א"צ ליתן בעד הוצא' אלא א"כ ההוצא' יתיר' מחובו וצ"ע ע"ש וא"י למה חלק השבח מההוצאות ובודאי משכחת לה כגון שחובו הי' ק"י זהו' והקרקע הי' שוה ק' זהו'. והלוקח הוציא עשרה זהו' והשביח ועכשיו הקרקע שוה קי"א זהו' שאין השבח רק זהוב אחד כיון שהבע"ח גובה מהקרן של הקרקע ק' זהו' ונשאר לו חוב עוד עשרה זהו' ולהלוקח ק' זהו' וחולקין בשבח לפי ערך דנגד השבח אין הלוקח נוטל נגד הבע"ח כמבואר בש"ך ס"ק י"ב ונוטל הבע"ח זהוב א' והלוקח עשרה זהו' והרי נוטל הלוקח כל ההוצא' דהיינו עשרה זהו' ואף דלפי ציור זה עול' החוב גם כנגד ההוצא' ודש"י פי' דמסיק בי' שיעור ארעא והשבח היותר על ההוצא' רש"י כתב זה לפי מהדורא קמא דר"א בב"ב קי"ז ולפי מאי דס"ל דיחלוקו לפי ערך משכחת לה בכה"ג שנוטל ההוצאה מהבע"ח. גם מ"ש לתרץ דברי רש"י בב"מ ט"ו בהא דמסיק שיעור ארעא ושבחא דהיינו בשבח היותר על ההוצא' שתמהו כל המפרשים דלמה נקט למילתי' בל' יציא' ותי' הוא דהנה הא דאמר התם בש"ס הניחא למ"ד כי אית ליה ללוקח זוזי לא מצי לסלוקי אלא למ"ד וכו' והוא לכאורה קשה דמה"ת לא יהי' יכול לסלק בקרקע עם השבח ששוה שיעור מעותיו והמותר ישאר ללוקח וע"כ הטעם כיון דהשבח מדינא לא משתעבד לי' רק משום נעילת דלת דלא עשאו כאילו קנאו ומכרו כמ"ש הרא"ש א"י לסלק להבע"ח רק בגוף הדבר המשועבד לו מדינא ולא בהשבח וא"כ להרמב"ן דהשבח היותר על הוצא' נשתעבד מדינא וא"צ דאקנה לזה ממילא יכול לסלק לבע"ח בו משא"כ בשבח שכנגד ההוצאה דלא משתעבד לי' וא"י לסלק אותו ע"ש ולא הבינותי דודאי גם השבח היותר על הוצא' צריך לכתוב דאקנ' כמ"ש הש"ך בסעיף ק' ל' בהדיא דדוקא בשכתב דאקנה טורף השבח היותר על הוצא' וגם דבר פשוט היא שהנוטע אילנות ובנה בתים דהוי דאקנה רק שא"צ תנאי דכך כותב לו להשבח היותר על הוצא' רק להיציא' גופי' צריך התנאי דכך כותב לו משום דלא גרע מיורד שלא ברשות כמ"ש הש"ך בסימן כ"ט ע"ש ועיקר קושייתו לא קשה דל"מ באפותקי ודאי דאינו יכול לסלק אותו מהשבח דדמי למי שעשה קרקע לאפותקי והתנ' שאם לא יהיה בהאפותקי דמי חובו שיהי' משועבד לו עוד קרקע אחרת דודאי כשיש בהאפותקי שיעור דמי חובו שא"י לסלק בהאחרת אף ששיעבדו לו אלא אפי' בלא אפותקי גם כן א"י לסלק בהשבח דודאי השבח דלוקח הוא לגמרי רק

משום נעילת דלת עשאו חז"ל להשבח כאילו קנה ומכר אבל כשיש בגוף הקרקע דמי חובו ממילא השבח הוא דלוקח לגמרי וא"י לסלק אותו בהשבח שהוא שלו לגמרי:

י **דאינו גובה מיתומים** (עש"ך שהמציא דין חדש דדאקנ' לא משתעבד לכתוב'. וכבר השיגו התומים מהא דב"ב קנ"ז וכן מוכח בכמה דוכתי לכן ודאי ליתא לדינא ובש"ך שם פ"ק ל"ב יש שם ט"ס וכצ"ל דכי גרע מיורד שלא ברשות אלא ע"כ משום דהא יהדר וגבה דילי' מהמוכר וכו' ועש"ך ס"ק ל"ג ויש שם ט"ס וכצ"ל והמלו' נקרא מוחזק ועל הלוקח והיתומים להביא ראי' תיבת מהיתומים צ"ל והיתומים:

סימן קטז

א **אלא בעדים בעלמא**. בתומים הקשה מהא דב"מ ל"ב שהקש' הש"ס במוכר שדה גזולה דגובה הקרן ממשועבדים הא השטר לא ניתן לכתוב ע"ש. ולדין זה קשה דמה בכך שלא ניתן לכתוב דל שטרא מהכא אפי' במוכר בעדים ליגבי' ממשעבדי וכו' ע"ש. ולפענ"ד לק"מ דהש"ס מקשה דבשלמא מוכר שדהו בעדים העדים מעידין בפה לפנינו משא"כ בשטר מכר שאין העדים לפנינו וכיון דהשטר לא ניתן לכתוב הוי מפי כתב' ואין כאן עדות כלל דאימר נתן לו במתנ'. ובתומים מחלק דלא אמרי' מוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי רק למאן דס"ל שיעבודא דאורייתא רק במלו' ע"פ משום דלית ליה קלא ואיכא פסידא ללקוחות לא גבי מש"ה במוכר בעדים דאיכא קלא גובה משא"כ למאן דס"ל דשיעבודא לאו דאורייתא לא גבי רק בשטר תיקנו דגובין לא חילקו בין הלוא' למכר כשהוא בע"פ ולא משמע כן בכל הפוסקים דהרבה פוסקים ס"ל שיעבודא ל"ד ודין מוכר בעדים הוא דין מוסכם:

ב **אפי' לא פי'**. בתשובת צ"צ כתב בשנים שהחליפו בבתים ולקה הבע"ח מאחד מהם דלא אמרי' בחליפין ט"ס ומביא ראי' מב"ב ק"ל באחין שחלקו דהוי כחליפין דהוי כלקוחות שלא באחריות וכו' ע"ש ויפה תמה בקצה"ח דבשלמא התם שהבע"ת הוא של אביהן א"כ הספק שקול למי ילך הבע"ח משא"כ הכא שזה יודע שהשד' שלו אין עליו שום בע"ח ושום דבר ובשל חבירו אינו ידוע חזקה לא שדי שוה כסף דהיינו הקרקע שלו בכדי עד שיקבל השני עליו אחריות ולא ניתן לכתוב מרוב הפשיטות:

ג **שלא חתמו על שום שטר**. בתומים הקשה דהא קורעין השט"ח בשעת טירפא וכו'. ולא ידעתי מאי קא קשיא לי' דהא מ"מ כשבא הבע"ח לגבות מהלוקח קורעין אפי' הטירפא ואח"כ אפי' הלוקח ככר יצא מב"ד וחוזר ומביא עידי טירפא להב"ד כותבין

טירפא להלוקח ומש"ה בעינן שלא ישאר שטר ולא עידי מכר אחרים שיעידו פעם שנית שלא יבואו לכתוב לו טירפא שנית:

סימן קיז

א **משכונא סתם דהוי כאפותיקי סתם.** לא קאי רק לענין סליקי בזוזי אבל ודאי אם מכר' אף דבאפותיקי סתם אם יש בנ"ח א"י לגבות מן האפותיקי כמבואר לעיל מ"מ במשכונא ודאי דא"י למכור מה שכנגד חובו כמבואר בי"ד סי' רנ"ח בהג"ה וכ"כ התוס' בב"מ ע"ב בד"ה השתא וכן מבואר בכתובות נ"ט גבי שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנ' ממך תיקדש וכו' דמשמע שקודם פדיון א"י להקדיש וכ"ש שא"י למכור וכן הוכיח בתומים ופשוט ועסמ"ע ס"ק י"א ויש שם ט"ס וכצ"ל א"נ דמשכונא עדיף ולא יכול לסלקו בע"א אפי' במטלטלין וכו' וכן במ"ק י"ט יש שם ט"ס וצ"ל א"נ בלא"ה כיון דיש בעבד דבר חשיבות וכו' וגם בש"ך סק"ד הוא ט"ס שנרשם בטעות על סעיף ו' וצ"ל הרשימ' על סעיף ה' דעשה עבדו אפותיקי:

ב **אסרן לכל העולם.** בקצה"ח הקשה הא קונם כללי לא הוי רק קדושת דמים ויש לו פדיון ע"ש לפמ"ש המ"ל בפ"ד מה' מעיל' הלכה ט' דבאומר בלא התפס' דלהר"ן לית ביה מעיל' א"כ משכחת לה כאומר בלא התפסה לכל העולם ועוד דהא נ"מ במלוה ע"פ דאפי' בקדושת דמים א"י לטרוף א"נ במטלטלין להרבה פוסקים ואפי' נגד מלוה מהני עכ"פ האיסור נגד הבע"ח וצריך פדיון משום דר' אבוה כדאמרינן בב"ק פ' המניח הקדישו מוקדש משום דר' אבהו:

סימן קיח

ובע"ח טורף אות' מלוקח ראשון. עש"ך סק"ב עד דש"ה שטרפו מכח הלוה פ' דעיקר הטעם דאי שתק' כתב הר"ן בפ' החולץ דהוא מכח מה מכר ראשון לשני וכו' וכיון דמהראשון לא היה יכול לגבות גם מהשני שלקח זכותו א"י לגבות וזה שייך במוכר מדעת שמכר זכותו משא"כ הכא שטורף בע"כ מהלוקח מכח דלוה לא שייך מה מכר ראשון לשני דהא הלוקח לא מכר לו כלל ואינו בא מכוחו ומ"ש הש"ך על הסמ"ע לק"מ דש"ה בסי' קי"ט דכשמחזיר השטר יש לו ריוח כי עכשיו טורפין ממנו העידית וכשיחזור השטר יגבה הבע"ח מן הזיבורית משא"כ כאן שאין לו ריוח כשיחזור דמאי נ"מ אם יטרוף ממנו זה או זה וכן פי' בתומים:

סימן קיט

א **רצה גובה מבינונית.** עסמ"ע ס"ק ה' עד ועיין פרישׁ' מ"ש דלהי"א מיירי שמת המוכר וכו' פי' דגם הת' הראשון לא הוי רק להי"א דהא לדיעה הראשונ' לק"מ רק שכתב שני תי' להי"א וכן הוא בהפרישׁ':

ב **א"י לגבות.** עסמ"ע ס"ק ז' להכי דקדקתי וכו'. וטעם זה הוא מהש"ס בב"ק ל"ח וכתוס' שם ד"ה אבל הקשו דל"ל הטעם להכי דקדקתי הא בלא"ה מצי אמר הנחתי לך מקום לגבות כמו בשאר בינוני' ותירצו דלא איצטריך לטעמא דלהכי טרחי אלא משום דזבין זיבורית דהבע"ח יכול לגבות הזיבורית בע"כ של שמעון אבל בזבין עידית באמת לא צריך לה"ט וכו' הוא קצת דחוק דבש"ס אמר הך טעמא ג"כ בזבין עידית ועוד קשה להך דיעה שהביא הרב בהג"ה בסי' ק"ב סעיף א' דאין הבע"ח יכול לכפותו ליתן לו זיבורית הדרא קושית התוס' לדוכתי'. לכן נראה לפענ"ד דעיקר הטעם בהא דאמרינן כש"ס בשביק בינונית דכוותי' משום דמצי אמר לי' הנחתי לך מקום לגבות כתב בעה"ת בשער ד' משום שכדרך שתיקנו בלוקח ראשון כשיש בנ"ח כך תיקנו בלוקח שני נגד לוקח ראשון כשהניח ביד הלוקח ראשון דכוותיה לגבות וע"ש שגרס כן בש"ס וא"כ נראה דבזבין בינונית ושבק בינונית דכוותי' ובשעת גוביינא נתקלקלו הבינונית שביד הראשון ונעשו זיבורית גובה מיד השני כיון דבשעת גוביינא ליתא דכוותי' דהאי לישנא דהנחתי לך מקום לגבות לא מהני אלא בשישנו בשעת גוביינא כמו בלוקח ראשון כשטוען הנחת ביד הלוה מקום לגבות לא מהני אלא כשישנו בשעת גוביינא דאשתדיף בנ"ח גובה ממשעבדי ה"נ בלוקח שני נגד לוקח ראשון אבל בזבין עידית וזיבורית דהטעם משום דלהכי טרחאי וזבנא ארעא דלא חזי' לך תלוי רק בשטרח ודקדק בשעת מכירה וא"כ אם קנה עידית ושביק בינונית ואחר כך נעשה העידית שביד השני בינונית והבינונית שביד הא' זיבורית וא"כ שיעבודא של הבע"ח בשעת גוביינא ביד השני אפ"ה א"י לגבות כיון דלא פשע בשעת מכירה ודקדק לקנות ארעא דלא חזיא אין גובין ממנו אפי' אם בשעת גוביינא ליכא ביד הא' כ"א זיבורית וכן הדין בזבין זיבורית ונשבחו ועמדו על בינונית והבינונית שביד הא' נעשו זיבורית אפ"ה אינו גובה דבזבין עידית וזיבורית אזלי' בתר שעת הקנין משא"כ בזבין בינונית ושביק בינונית אזלי' בתר שעת גוביינא והפרש גדול יש ביניהם ושפיר איצטריך שני הטעמים בש"ס וז"ב ודוק:

ג **וקנה זיבורית באחרונ'** עסמ"ע סק"י וש"ך סק"ר (ויש שם ט"ם ובצ"ל מאחר ששמעון י"ל ניחא לי בהאי תקנתא ותיבת לא ט"ס וכו' ויכול לדחותו אצל עידית ותיבת זיבורית ט"ס) ולכאורה תמוהין דבריהם דהא בב"ק ח' אמרינן פשיטא מכר בינונית וזיבורית

ושייר עידית לפניו דלייתי כולהו ושקלי מעידית דהא אחרונה הוא ובינונית וזיבורית ליתנייהו גבי' דמצי א"ל לא ניחא לי וכו' ולדבריהם אין שום הפרש בין היא ראשונ' או אחרונ' הן נגד הראשון הן נגד השני ואח"כ מצאתי בפרישה שעמד בזה ותי' דאשמועי' דאפי' אביי מודה בזה אף דפליג בסיפא ולא הבינותי דאביי רק אמה מכר ראשון לשני פליג אבל נגד לגבות מהראשון מטעם הרחקת שיעבוד אין לדברי אביי ענין לזה כלל, לכן נלפע"ד ליישב דמבואר לקמן סי' זה דאם מכרן בזה אחר זה ושיעבוד כולן שוה דכולן גובין מן האחרון אפי' הן עידית לא הספיק וכו' אבל אם מכר כולן כאחת אפי' לשלש' ב"ח הניזק דוחה להבע"ח להבינונית אפי' הלוקח בינונית הוא אלם. ולפ"ז נראה דאם ראובן קנה כל השדות כאחת ומכר בינונית וזיבורית ושייר עידית לפניו ואין בהן רק כדי לסלק להניזק שאין הבע"ח יכול לדחות להניזק ולומר גם אני רוצה לגבות מהעידית שביד הראשון מטעם שהלוקח הרחיק השיעבוד כי מה לו להניזק הא הניזק לא הרחיק השיעבוד וכיון שמתחל' כשהיו שלשתן ת"י הלוקח ראשון לא הי' שיעבוד הבע"ח על העידית וגם אם הלוקח השני הי' הוא הלוקח מתחלה והבינונית אפי' הוא אלם הי' צריך הבע"ח לילך להלוקח בינונית א"כ השתא נמי א"י לדחות הניזק דאטו משום שהלוקח ראשון הרחיק השיעבוד של הבע"ח יגרע כח הניזק כזה והשתא א"ש הא דקאמר בש"ס דהא אחרונ' הוא וכו' דמשום דאחרונ' הוא לייתי כולהו ואגבי מהעידית דבשקנו כולם ביחד אז הניזק מדחה לבע"ח להבינונית וכנ"ל משא"כ כשהוא אחרונה והבינונית ביד לוקח השני כולן גובין בשוה כנ"ל:

ד **וא"י לגבות מספק.** עסמ"ע ס"ק ט"ז. והנה אם אין זמן בשטר מכר או שאין לו שטר כלל רק שבא על הקרקע בטענת חזקה והבע"ח בא לטרוף ממנו בטענה שהוא מאוחר מזמן חובו והלוקח טוען קניני קודם להלואתך לכאור' הי' נראה דכ"ע מודי בהא דהבע"ח מחוייב לברר שזמן חובו מוקדם לקניית הלוקח אפי' לדיעה בתרייתא דשם עיקר הטעם כיון דאין טורפין ממשועבדים במקום שיש בנ"ח הוא רק משום תקנה בעלמא כמבואר בפוסקים אבל הכא כשקנינו קודם מדינא אין יכול לגבות ודאי דצריך הבע"ח לברר אבל אחר העיון נראה דהלוקח צריך לברר כמו בשני שטרי מכר בא' יש זמן ובא' אין בו זמן נותנין אותו למי שיש בו זמן כמבואר במ"מ ברמב"ם פ' ך"ג מה' מלוה ולוה הלכה ז' ע"ש וכן באח' שיש לו שני חזקה וא' יש לו שטר מכר עם זמן מחוייב הבעל שני חזקה לברר שאכל שני חזק' קודם מכירתו של זה כדמוכח בב"ב דף ל' ע"ב גבי וה"נ דאכלה ז' ע"ש והטעם נ"ל דכל שידוע שהי' פעם אחת של המוכר אינו יוצא מחזקת המוכר עד הזמן שיבורר ה"נ לענין שיעבוד דשיעבוד הרי הוא כמכר וכיון דבשטר שיעבוד יש

בו זמן ובשטר מכר אין בו זמן נותנין לשטר שיעבוד כמו בשני שטרי מכר אמנם זה דוקא כשלא החזיק לוקח עדיין בקרקע רק שקנאם בק"ס ועתה יש ספק למאן ליתנו אם לבע"ח או ללוקח נותנין אותו למי שיש בו זמן אבל אם הלוקח מוחזק בקרקע אין הבע"ח יכול להוציא ממנו שהממע"ה כדמוכח בתוס' בגיטין דף י"ז שאם לא יהיה זמן בשיחרור העבד אין הלוקח יכול לזכות בהעבד מחמת שהעבד מוחזק בעצמו אף שהלוקח יש לו זמן בהשטר ובהשיחרור אין בו זמן אלא ודאי דא"י להוציא מלוקח אף שאין בו זמן:

ה **ואז חלו כולם כאחד**. ואף דקיי"ל ע"מ כרתי ולמי שנמסר תחלה נראה דס"ל כהר"ן פ' המגרש ולפ"ד חלו כולם כאחד ע"ש ועיין עוד בר"ן בכתובות פ' מי שהי' נשוי שכתב עוד דאפי' לא נכתב זמן בשטר כלל מטעם דכיון שא"י לגבות לא מצי א"ל הנחתי לך מקום לגבות דהוי כאשתדוף בנ"ח ע"ש:

ו **ופייס ללקוחות**. עסמ"ע ס"ק ך"ה עד ליטול מהבינונית וכו' ודוקא מבינונית אבל א"י לפייס כדי שיטול בעידית יותר מדינו דכשהלוקח מוחל תקנתא דרבנן הוי כאלו נקנו הכל בכ"א וכן אם הכתובה מוקדמת והעידית נמכר באחרונה דדינא לילך אצל עידית הניזק יכול לפיים הלוקח זיבורית למחול על תקנת חכמים ולדחות הכתוב' לזיבורית כנ"ל ברור:

ז **עידית באחרונה** עסמ"ע ס"ק ך"ז עד לגרוע מדינא קמא אפשר שהוכיחו זה דאלת"ה כיון דקיי"ל קם דינא א"כ אפי' מת המוכר לא מהני כיון דכשהוא חי הי' יכול לדחותו מכח אי שתקת אפי' מת נמי כיון שמת אחר שנתחייב ואחר שמכר דקם דינא במו בחד דאתי מכח ארבעה דקם דינא כמבואר ביבמות דף ל"ז ע"ב:

ח **ואז יצטרכו כולם**. עש"ך ס"ק י' עד יש ראיה ברורה פי' דהא ג"כ קשה דלימא אי שתקת ואי לאו אהדר שדה אח' למרה וממילא תרווייהו מדחי לי' אלא דוקא בחד מכח ד' דאינו מגרע דינו ממה שהי' קודם קנייתו לא מצי אמר לכי תיהדר אבל בחד מכח חד דמגרע זכותו ממה שהיה קודם קנייתו אמרינן לכי תיהדר. והש"ך מדחה ראייתו דשם כיון דכשהקרקע ביד הלוקח הי' לו דרך וגוף הקרקע שלו לא מצי האי לקנות כלל אותו הקרקע של מקום הדרך משא"כ כאן דאין לו רק שיעבוד ויכול הי' לקנותו:

ט **וה"ה אם קנה זיבורית באחרונ'**. עסמ"ע ס"ק ך"ט שהביא דברי הטור עד אפי' שדה אחד וכו' אין הכוונה דאם לא קנה ממנו כלל זיבורית רק בינונית ויש לו זיבורית שלו שיכול לסלקו בשדה שלו זיבורית דהא ודאי ליתא כמבואר בכמה דוכתי דאין יתומים ולקוחות יכולין לסלק רק בזוזי והטעם הוא כמ"ש התוס' בכתובות דלא אמרי' סברא דאי שתקת רק כל היכא שהזכות ממי שבא להוציא שלו בא ע"י הלוקח כגון הכא במה

שקנה הזיבורית דאלו לא קנה הזיבורית ממילא הי' גובה הזיבורית מטעם דאין נפרעין מנכסים משועבדים וכיון דהזכות בא ע"י להבע"ח יכול לסלק הזכות שלו ע"י אי שתקת וכן בחד דאתי מכח ד' כיון דהזכות בא ע"י שקנה מהד' משום הכי יכול לטעון אחזיר השטר ואבטל הזכות שעשיתי משא"כ כשקונה עידית ובינונית ויש לו זיבורית שלו דלא יכול לטעון אחזיר שדה זיבורית שלי כי אין יכול להפקיע הזכות שהי' לו שלא מחמתו דאלת"ה באפותיקי מפורש דאין הלוקח יכול לסלקו בזוזי הא י"ל אי שתקת ואי לא אחזיר זוזי להמוכר והוא יסלק אותך כמבואר בסי' קע"ז אלא ודאי כמ"ש רק כוונת הטור כמ"ש הפרישה וז"ל דדוקא כאן שקנה זיבורית מהלו' יש לו טענה הואיל ואי לא קניתי הזיבורית הי' שיעבודך עלה השתא תקח ג"ב אותן זיבורית או אחזיר ללוה מטלטלי שלי או זיבורית שלי במקום זיבורית שקניתי וכו' עד דלאו כל כמיני' לאפקועי שיעבודו שלו והטור בא לאשמועי' דאם מחזיר לו באמת זיבורית שלו אף דחזינן שעושה כן בשביל המלו' שיגביהו זיבורית שלו אפ"ה יכול לדחותו להזיבורית שלו כיון שכבר נתנם הלוה בפנינו ומ"ש הטור שיחזיר מטלטלין אף דבמטלטלין יכול לסלק הלוקח בעצמו להמלו' כמ"ש הסמ"ע בסי' ק"ז כבר יישבו בפרישה:

סימן קכ

א **זרוק לי חובי.** עסמ"ע ס"ק א' עד דלא מסתבר לומר דכוונתו הי' שישלח ולילך ג"כ עמהם בדרך לשמרם עכ"ל. וקשה דלדברי הסמ"ע אם אמר זרוק לים דג"כ א"א לומר זרוק ושמור אצ"ל והפטר וכן אם הקטן היה עמו בצדו והמלו' אומר תן לקטן זה היה חייב שתן ושמור קאמר וזה אין סברא כלל ועוד דדברי הסמ"ע דהטעם הוא דזרוק ושמור קאמר א"כ באונס היה לו לפטור ומשמע דכל דין לוה עליו עד שיגיע לידו. ולפענ"ד הדבר פשוט דודאי אם אמר זרוק לים או הנח במקום הפקר צ"ל והפטר כמבואר בב"ק ס"פ החובל באתי לידו בתורת שמירה צ"ל והפטר וע' מ"ש באה"ע סי' ל' ס"ק י"ח דמה"ט אם אמרה זרוק לים ואתקדש אני לך או ואתחייב אני לך לאו כלום הוא דתן מנה לפלוני הוא מדין ערב ובכה"ג אין הערב משתעבד כיון שלא בא לידי אדם. ולפ"ז נראה דאם אמר תן לחש"ו ואתחייב אני לך או ואתקדש אני לך דמהני כיון שבא לידי האדם וראיה ברורה לדין זה מתוס' קדושין י"ט ד"ה אומר אדם שכתבו דאפילו הי' אומר תן מנה לפלוני ואתקדש וכו' וכ"ש בתו אף דבבתו קטנה הוא א"כ כשאומר תן לחש"ו ואתחייב ודאי חייב רק דבחוב צ"ל ואתחייב דכשלא אומר ואתחייב רק אמר סתם תן מנה לפלו' לא קיבל שום חוב על עצמו אבל אמר תן חובי לפלוני ודאי דפטור דהוי כמפרש שהוא מקבל

על עצמו ועדיף מאתחייב לך דמהני כי טעם ע"ב וכן בשיטה מקובצת בב"מ צ"ח דשלח ע"י חש"ו הוא מטעם ערב וקתני התם וכן בשעה שמחזירה אלמא דבשעה שמחזירה ג"כ הוא מטעם ערב ולכן מהני ג"כ בשלח ע"י חש"ו מטעם ערב ועיין עוד ביאורים סי' קכ"א ס"ק ד' מ"ש שם משא"כ באומר הנח במקום הפקר דלא מהני בקידושין ובחוב לא מהני ג"כ בחוב לענין פטור עד שיאמר והפטר ועוד דלפי מה שחילקו הפוסקים דזרוק לים הוי במקום הפקר משא"כ תן מנה לפלוני דהוא משתמר והתו' כתבו בב"ק ט' בד"ה ולר' יוסף דחש"ו שומרים הן ע"ש:

ב **וזרקו.** עסמ"ע ס"ק י"ב עד אי נמי לקידושין ולחומרא וכו'. פי' כשאומר ואתקדש אני לך כמבואר שם בב"ש סי' ל' ס"ק י"ח:

ג **הנה מעותיך צרורות.** עסמ"ע סי' ע" ס"ק י"ז ובסי' ע"ד ס"ק ח'. עט"ז שם שהקשה על הסמ"ע דהא בתוך הזמן נ"כ יכול ליפרע בע"כ. ועוד דבתוך הזמן אפי' בפקדון חייב וכו' ע"ש. ולפענ"ד נראה ליישב דבעה"ת שער נ' כ' לחלק הא דבטול את שלך באומנין הוי ש"ח ובב"מ י"ט גבי שומשמי והוא בס"ס קצ"ח לא הוי אפי' ש"ח וכ' וז"ל התם באומן הא דא"ל טול את שלך לאו לאפוקי נפשי' מתורת שומר אלא מחמת שיכול לעכב בשביל השכירות ורצה להודיע שאם יבואו ויטלנו לא יעכבנו בשביל השכירות וכו' אבל כאן אף דאפי' שתק הוי ש"ש מ"מ בזוזי ל"ל למימר שקול זוזך פשוט דלמשקלינהו קיימי דהא אינו יכול לעכב אלא לאפוקי נפשי' משומר קאתי וכו' ה"נ בהלואה בשלמא אח"ז הפרעון דבלא"ה זוזי למשקלינהו קיימי ובוודאי כשאומר טול את שלך לאפוקי נפשי' משומר קאתי משא"כ בתוך הזמן די"ל להודיע קאתי שלא יעכבנו בשביל הזמן אבל לא לאפוקי נפשיה מלוה קאתי ובהאי הנאה דאי מתרמי עיסקא כמ"ש הב"י חייב באונסין ומה שהקשו בהא שכתב הרב בהג"ה סי' ע"ד בהא דפטור בפקדון דא"י לחזור בתוך הזמן נראה לתרץ דהרב בהג"ה מיירי שם לענין גניבה ואונסין כמ"ש שם ונגנבו או נאבדו ובזה קאמר דבפקדון כה"ג היינו במקום שחייב בפקדון בגניבה כגון במעות מותרין דהוי מעצמו ש"ש משום הנאת שימוש מש"ה כתב הרב שפיר שם דבפקדון כה"ג שאומר הנה מעותיך צרורים הרי מסלק עצמו מהנאת שימוש ובזה אין אנו יכולים להכריחו שיקבל עליו רשות שימוש ולא גרע מלוה גמור בתוך הזמן דכשאומר טול את שלך דנפטר מגניבה ואונסין דבמעות פקדון אי"ל שיאמר לו כן להודיעו שאינו מעכב דבמעות מותרין א"י לעכב בתוך הזמן כמבואר בסי' רצ"ב כנ"ל ומפשיעה לא מיירי התם דבפשיעה ודאי חייב בתוך הזמן ונראה דלא נפטר כשהמלוה מסרב רק דאחר שלא רצה המלוה לקבל אמר הלוה מאחר שאינך רוצה לקבל' וכו' כמ"ש הסמ"ע ס"ו ע"ש אבל כשהמלוה אמר

שאינו רוצה לקבלם ושיהי' מכאן ולהלאה ג"כ הלואה והלוה שתק נראה דחייב דהוי כקיבל עליו ומה שהקשה הסמ"ע מסי' קצ"ח סעיף י"ז נראה ליישב דעיקר הפטור כיון שהמלוה לא רצה לקבלם והוא אמר מאחר שאינך רוצה לקבלם אוליכם לביתי וכו' כמ"ש הסמ"ע ועיקר הפטור מטעם דהוי פרעון בע"כ כמבואר בכל הפוסקים ושם בסי' קצ"ח מיירי שאמר טול את שלך והלה שתק ודאי דלא הוי פרעון וחייב וממילא י"ל ג"כ דהפוסקים שם לא פליגי ומאן דפוטר מיירי כשהלוה סירב מלקבלם ומאן דמחייב מיירי שאמר בסתם טול את שלך דטול את שלך לא מהני רק בפקדון דאפי' הרי שלך לפניך מצ"ל משא"כ בהלואה דכ"ז שהמלוה לא קני לי' להמעות של הלוה לא מיחשב כפרעון וע' בסי' ע"ז מ"ש מזה רק כשהמלוה מסרב מלקבלם מטעם פרעון בע"כ ואם המלוה נתרצה ואמר הנח במקום פלוני ואטלם ואח"כ נגנבו מבואר בסי' קכ"ו סעיף ט' בהג"ה דפטור והוא מדברי הב"י ובנ"י מבואר שם כן:

ד **למחצית שכר**. עמ"ש בסימן קע"ו מזה:

סימן קכא

א **אפי' שהשליח עכו"ם** עמש"ל בסי' ק"ו ס"ק א' לחלק בין זרוק ע"ג קרקע בין שלחו ביד חש"ו וע"ש ובס' קצה"ח מביא ראיה מדברי התו' בב"מ לחייב בשליח עכו"ם ודבריו תמוהים למעיין בסוגיא דב"מ שם:

ב **ביד מי שתרצה**. כל הרואה ישתומם דמ"ש ממ"ש הרב בהג"ה סעיף י"א דאם אמר לו למשכנו סתם ומשכנו והלה כופר דחייב לשלם דכיון שלא הזכיר לו להשכין אצל פלוני רק אמר לו משכנו סתם חייב לשלם משום דהי' לו להשכין בעדים א"כ ה"נ כיון שאמר לו שלח ביד מי שתרצה ולא הזכיר לו ביד פלוני אמאי פטור כשכופר ולפעד"נ לחלק דהא הכא ג"כ כשאומר שלח סתם ודאי דחייב רק כשאמר שלח ביד מי שתרצה א"כ י"ל דכשאומר ביד מי שתרצה הוי כאומר אצל פלוני וא"כ התם ג"כ דייקא כשאמר משכנו סתם אבל אם אמר משכנו ביד מי שתרצה פטור. ועוד נ"ל לומר דשם ג"כ תמה הש"ך בס"ק ס"א ע"ש וגם יש להקשות על מ"ש הר"ן שם בטעמא דנאנסו לא שכיח ע"ש דהא מ"מ נאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו אף אם ימשכנו כעדים ויתרה בו אל תפרעני אלא בעדים דמ"מ מהימן במגו כמבואר בסי' קל"ג ודוחק לומר דכשמתרה בו הוי החזרתי ג"כ לא שכיח דהא טענינן ליתמי החזרתי במגו דנאנסו ולכן נראה דעיקר הטעם שם דחשיב פשיעה משום דכיון שמשכנו שלא בעדים אף אם יראה החפץ בעדים שלא יהי' יכול לטעון לא החזרתי ולא נאנסו מ"מ יהי' נאמן לטעון לקוח או להר"ם משא"כ אם

הי' משכנו בעדים דהי' מוציא ממנו ברא' מש"ה הוי פשיעה ועיין סמ"ע סי' ע"ב דמה"ט לא חשיב ליה מגו דהחזרתי כיון שלא הי' יכול להראותו וכיון דהוי פשיעה לענין זה מה שהשכין בלא עדים אף שעכשיו הכפירה הוא בלא ראה מ"מ לא יהי' אלא תחילתו בפשיעה וסופו באונס והאונס בא מחמת פשיעה דהא אם הי' משכנו בעדים לא הי' יכול לכפור ולפ"ז יש חילוק בין חפץ מסוים ובין מעות דבמעות דלא שייך ראה לא הוי פשיעה לענין כפירה:

ג **ובדרך שב"א.** עש"ך ס"ק ה' עד ולכך נ"ל בזה דאין חילוק בין כשעשה שליח לפלוני לאומר ביד מי שתרצה כצ"ל וכו'. ועיין תומים שתי' בפשוט דמשכחת לה בד"מ דמירושלים לדמשק דרך צפת יש סכנה ודרך חברון אין סכנה ולכן אם א"ל שלח ביד פ' וידוע שדרך של אותו פ' הוא דרך צפת מש"ה פטור משא"כ כאומר שלח ביד מי שתרצה דחייב:

ג) **אלא אם א"ל בפני עדים.** עסמ"ע ס"ק ו' ונראה מפשט דבריו שאם א"ל שישלח ע"י פטור שוב הלוה מאחריות אפי' עשאו שליח שלא בעדים וכ"כ בפרישה בהדיא דאם אמר להשליח אמור להלוה ששלחתיך שתאמר לו שישלח ע"י דמהני אפי' בלא עדים ע"ש ובש"ך ס"ק ט"ו רצה לדחוק בדברי הסמ"ע דסובר דגם בזה בעי עדים ולפ"ד צ"ל בדברי הסמ"ע במ"ש שלא א"ל שלח ע"י דכוונתו שלא אמר להלוה אבל באמת כוונת הסמ"ע הוא בפשוט כמש"ל וכמ"ש בפרישה רק שהש"ך לא ראה הפרישה כידוע:

ד **לך ואמור לו.** עש"ך ס"ק י'. פי' לדבריו דהרש"ל חולק אהמחבר דס"ל דאם א"ל בעדים אם יתנם לך הביאם לי ג"כ הוי שליח שעשאו בעדים והרש"ל חולק וס"ל דזה הוי רק כממציא השליח דמוכח מדברי רש"י ור"ן דשליח לא הוי רק כשמינה המלוה שליח ואמר להשליח הוי שליח לקבלה ולשון הלכך היכא דאמר וכו' מלשון מהרש"ל הוא כמבואר בים של שלמה ונרא' דבזה אפילו בלא עדים רק שמוד' המלו' בזה הוי שליח דהא כתבו התוס' בב"ק ק"ד ד"ה שליח שעשאו בחד תירוצא דאין חילוק בין אמר לפניו שלח ע"י ובין שלא בפניו וכשאמר לו בפניו שלח ע"י ודאי דלא בעי' עדים וא"כ ה"ה כשאמר כן שלא בפניו ואף שבתי' הב' כתבו התוס' להוכיח שיש חילוק בין אמר בפניו שלח ובין אמר שלא בפניו שלח מ"מ הא כתב מהרש"ל בעצמו שם שהתוס' בפ' השואל חזרו מזה והסכימו בתי' הראשון וכן ברא"ש לא הביא רק תי' ראשון של התו' אלמא דהעיקר כהתי' הראשון והא דנקט רש"ל לשון עדים דבלא עדי' יכול לכפור ולא נקט עדים אלא משום הכחשה וכן בטור ומחבר לא נקט ברישא גבי אמור לפלוני שישלח ע"י בעדים רק גבי שליח הבאה נקט בעדים וע"ז כתב הש"ך דמשמע מדברי רש"י ור"ן

דאפילו בדאמר לי' אמור לפלוני שישלח ע"י לא הוי שליח עד שיאמר לו בפני העדים הריני עושה אותך שליח והוכחת הש"ך הוא מהא דהרש"י והר"ן סתמו דבריהם וכתבו דוקא שמינה אותן שליח משמע דבכל גוונא אפילו באומר אמור לפלוני שישלח ע"י לא הוי שליח עד שימנה אותו המלוה לשליח בעדים ויאמר לו הוי שליח וכן מבואר בדברי הרמב"ן שהביא הש"ך ס"ק ט"ו ע"ש ובש"ך שם יש ט"ס וכצ"ל עד שיאמר לו בפני העדים הריני עושה אותך שליח לקבל מעות מפ' או אמור לפלוני שישלח מעות ע"י כי עשיתיך שליח בעדים ודו"ק וכו' כי ודאי שני לשונות מהני כמבואר בתוס' והרא"ש והרמב"ן הביאו הש"ך בס"ק ט"ו ע"ש ועוד הא פסק המחבר בסעיף א' דבכתב מהני וא"כ ע"כ ס"ל דאפילו שלא בפניו מהני דלהתי' הראשון של התו' דמחלקין בין בפניו ובין שלא בפניו אפילו בכתב לא מהני כדמוכח בתו' שם בד"ה אין משלחין וכיון דקי"ל דכתב מהני א"כ אפי' בע"פ מהני שלא בפניו דאין סברא לחלק בין כתב ובין בע"פ והעיקר נ"ל דבאומר אם יתנם לך הביאם לי העיקר כדברי הרש"ל אבל באומר לו אמור לפלוני ששלחתיך שישלח ע"י העיקר כדעת הרא"ש והטור והמחבר ותו' בשיט' אחת וכדעת הסמ"ע ובפרישׁ' ודבר זה מהני אפי' בלא עדים דדבר זה לאו מטעם שליחות הוא רק מטעם דכתבו התו' דכיון דאם אמר כן בפניו שלח ע"י פלוני מהני א"כ אם אמר ג"כ שלא בפניו לשליח שילך ויאמר להלוה ששלחו לאמר לו שישלח ע"י דמ"ל אם אמר כן בפניו או אמר כן שלא בפניו ע"ש בתו' בב"ק ק"ד שכתבו בהדיא טעם זה ולפ"ז נ"ל שיש הרבה חלוקים בין אומר להלו' שלח ביד פלוני או שישלח ע"י שליח לומר לו ששלחו שישלח ע"י פלוני ובין אם עושה אותו שליח לקבלה ואמר לו הוי שליח לקבל' דבאמר לו שלח ע"י פלוני כתב השיטה מקובצת שם דהוא מטעם ערבות דדמי לאומר תן לפלוני להוציא ממון ע"פ ע"ש ונרא' דזהו טעם מחלוקתן של הרש"ל והש"ך הנ"ל דמאן דס"ל דלא מהני בלא עדים ס"ל כטעם הראשון שכ' בש"מ שם דהוא מטעם שליחות ובשליחות בעינן עדים משא"כ טעם השני שכתב בש"מ שם דהוא מטעם ערבות דדמי לאומר תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך ובאומר תן מנה לפלוני ודאי דאין חילוק בין אמר כן בפניו ובין אמר כן שלא בפניו ואם שלח ע"י שליח לאחד לומר לו תן מנה לפלוני ואתחייב לך דחייב. ולפ"ז נרא' דמהני אפי' ע"י עכו"ם וחש"ו כמבואר בסעיף א' וה"נ באומר כן שלא בפניו כיון שהגיע לו דבריו מהני וכמ"ש הרא"ש ס"פ ראשון דגיטין העוש' שליח לקבל' ע"פ עכו"ם דמעש' קוף בעלמא עביד ה"נ בזה דהשליח שהלך לומר לו שיתן מנה לפלוני ואתחייב לך מעשה קוף בעלמא עביד להביא דבריו משא"כ בשליח קבלה באומר תתקבל מפלוני שעשאו בעדים דסעיף ב' שכ' הש"ך דהוא מטעם שליח קבל' ובעינן

דוקא שימנ' אותו בשליח כמ"ש הש"ך ודאי דבעינן שיהי' השליח בר שליחות ועכו"ם חש"ו לאו בני שליחות הן ולדעת הש"ך דס"ל דאפי' בשלח ע"י ג"כ בעי' עדי' נרא' דס"ל דל"ד לערב דדוקא באומר תן מנה לפלוני דבשע' שנתנן לפ' נעש' הממון של פ' והוי בהוציא ממון מרשות לרשות ע"פ ודמי לערב אבל בשלח ע"י פלו' דכ"ז שלא אמר זכה יכול לחזור וליקח מיד השליח כמבואר בש"ך ס"ק י"ד ולא הוציא ממון מרשות לרשות ע"פ ולהכי אין לדמותו לערבות ואינו רק מטעם שליחות משום הכי יש לחלק בין אמר שלח בפני עדים בין אם שלא בפני עדים אך העיקר דהוא מטעם ערבות ואפי' שלא בפניו וכתי' השני בש"ס דגם זה דמי לערב, ובמ"ש י"ל קושית התו' בב"ק ד' ק"ד בד"ה שכירו ולקיטו שהק' אמאי לא פריך מעיקרא ממתני' והדר הו"ל למיפרך מההיא דשואל ולפי מ"ש י"ל דהמקשן הי' מסופק בהא דר"ח דס"ל דשליח שעשאו בעדים דהוי שליח אי ס"ל כן אפילו בשליח קבלה ובאומר שלח ע"י לכ"ע מהני וכמ"ש התוס' בשיטה ראשונה שם או דלא אמר ד"ה דהוי שליח רק באומר שלח ע"י אבל בשליח קבלה כרבה ס"ל ולא הוי שליח דה"ק לי' אינש מהימנא הוא ואם נאמר דדעת המקשה הי' כפי' השני ל"ק ממתניתין דב"ק דהא אף דלא יתן לשלוחו דבכל גוונא מיירי דאפי' בשליח דשלח ע"י לא מהני דאלת"ה קשה הא דתני אבל נותן לשליח ב"ד ליפלוג בדידי' דנותן הוא להשליח דשלח ע"י וכמו שהקש' על התו' דשכירו ולקיטו ומ"מ לא קשה אר"ח אמאי לא יתן לשליח דשלח ע"י די"ל כיון דשלח ע"י הטעם דחייב משום דדמי לתן מנה לפלוני ומטעם ערב וכיון דמתני' בגזלן ונשבע מיירי וגזל ונשבע אפי' אמר היה לי בידך פקדון לא מהני כמבואר שם בב"ק דף ק"ד דבעינן דוקא מטי לידי' דנגזל ע"י וכיון דלא הוי שליח קבלה של הנגזל רק מטעם ערבות הוא דחייב ובאמת אילו היה רוצה הגזלן לחזור וליקח מיד השליח היה יכול ליקח כיון שלא אמר זכה וגם לא הוי זכות לנגזל במה שנותן להשליח דהא הגזלן צריך להוליך אחריו למדי ואם יפטור ע"י שנתן לשלוחו אין לו חוב גדול מזה ואף שאמר לו לשלוח ע"י מ"מ כיון דלאו זכות הוא י"ל שחזר בו כמ"ש התוס' בגיטין פ"ק וכיון דלא הוי רק כפקדון של הגזלן ביד השליח לא הוי השבה לענין שיהי' יכול להביא אשם כפרה משא"כ בשליח קבלה אי הוי שליח כשמוסר לשלוחו הוי כמוסר לנגזל עצמו ולזה מקשה ממתני' דהשואל דעכ"פ הי' לו להיות מועיל בשליח דשלח ע"י דהי' לו להמקשה דוחק לומר דמתני' מיירי רק בשליח קבלה ותי' לו התרצן בשכירו ולקיטו ומזה הי' לו להמקשן הוכחה מדלא תי' לו התרצן דמיירי מתני' בשליח קבלה כיון דבלא"ה מתרץ לו דמיירי מתני' רק בחד גוונא ומדלא משני הכי ע"כ דידע התרצן דאפי' בשליח קבלה סובר ר"ח דהוי שליח ולזה מקשה לו אם כן ממתני' דב"ק דהיה

לו להיות מהני עכ"פ בשליח קבלה ובשליח דשלח ע"י או בשכירו ולקיטו הי' דוחק לו לאוקמי מתני' משום קושיא שמקש' אח"כ דליפלוג וליתני בדידי' והתרצן דמשני בשכירו ולא משני דמיירי בשליח דשלח ע"י דלשון שלוחו משמע יותר שהוא שליח של הגגזל והיינו או בשליח קבלה או בשכירו ולקיטו וקרי אותו שלוחו שהוא מיוחד תמיד להיות שלוחו. עוד יש חילוק בין שליח דהביאם לי שהוא שליח קבלה ובין שליח דשליח ע"י לענין אם מת המשלח או ביטל השליחות ויתבאר בסימן קכ"ב אי"ה:

ה **אמר י"ל מעות.** עש"ך ס"ק י"א עד ואינו חייב הלו' ונרא' דט"ס הלוה וצ"ל הנפקד דדוקא נפקד ושומר פטורין כשמסרו לשומר דרגיל להפקיד אבל לוה אפי' מסר לאשת המלו' חייב כמבואר בסי' ק"כ ופשוט:

ו **לא עשאו שליח.** עש"ך ס"ק י"ב עד ומיהו יש שטה אחרת וכו'. והיינו דוקא כשמסר לו ג"כ הדיוקני ועש"ך ס"ק י"ג וי"ש שם ט"ס וכצ"ל דהתוס' לא כתבו שם כן אלא לפי לשיטתם וכו' ועש"ך ס"ק ט"ו וכצ"ל דה"ק הסמ"ע אבל לא שמינה השליח לאמר וכו'.

ז **ויחרים.** עש"ך ס"ק י"ז עד היינו כיון שאין הלוה מכיר הדיוקני וכו' נ"ל שהוא ט"ס וצ"ל הכת"י שע"נ הדיוקני דהא מיירי כעדים מעידין על הדיוקני ומה לי אם מכיר או לאו ועכצ"ל כיון שאינו מכיר הכת"י שע"ג הדיוקנים והיינו דדעת הש"ך להלכ' הוא רק דבין בשליחות דשלח על ידו ובין שליח דהביאם לי בעינן דוקא שליח שעשאו בעדים ובלא עדים לא הוי שליח אמנם כשכתב ככת"י ושיתן לפלוני או אפי' ויכת"י אחר וחתם שמו דהוי ככ"י מהני בלא עדים והוי שליח אבל כשהכתב הוא כת"י אחר ולמטה הוא חותם דיוקני כגון ציור כוורא או מכותא ואינו מגדולי הדור דאצל גדולי הדור הוא כחתימ' גמורה אבל בשאינו מגדולי הדור לא נחשב כחתימ' ואין משלחין מעות על ידו רק כשהוא שליח שעשאו בעדים לדעת התוס' אפי' מודה המלו' שמסר לו הדיוקני ועשאו שליח מ"מ לא הוי כשליח בעדים רק כממציא לו שליח כיון שלא עשאו בעדים ודעת הש"ך בשמוד' שעשאו שליח ומסר לו הדיוקני אף שלא עשאו שליח בעדים הוי כשליח שעשאו בעדים רק דמיירי שהוא כופר ואמר שלא מסר לו הדיוקני עבור שליחות רק איזה ענין אחר או שמצא או שגנב הדיוקני אז נאמן המלו' אף שיש דיוקני תח"י השליח אף שבכת"י וחתימה גמורה לא היה נאמן בטענות אלו מ"מ בדיוקני נאמן בטענות אלו וכן אפי' נכתב ע"ג הדיוקנא שישלח ע"י פ' והשליח אומר שזהו כת"י המלו' גם על הדיוקני יש עדים שמכירין שהוא דיוקני של המלוה רק שאינן מכירין הכת"י אם הוא כת"י של המלו' והמלוה טוען שהכת"י שע"ג הדיוקני הוא זיוף ואינו כת"י כלל רק שמצא השליח הדיוקני שלו וזייף וכתב ע"ג הדיוקני שישלח ע"י ואומר בשקר שהוא בת"י של המלוה

ג"כ נאמן המלוה בטענה זו. ועוד נלפע"ד ליישב דעת הרמ"א כיון דבכתב שלה סתם ושלח ע"י מוכ"ז פטור דהוי כשלח ע"י משום מנהג התגרים כמ"ש הסמ"ע וסובר הרמ"א דה"ה אם שלח עם דיוקני ואמר שלח סתם ומסר להמביא דיוקני דדמי למסר למביא הכתב דמהני משום מנהג תגרים כנ"ל ליישב דבריו:

ח **שישבע.** עש"ך ס"ק ך"ח הנה התשובת מבי"ט אינו בידי ובתומים מסיק דבנאמנות פטור ע"ש:

ט **אין הלוה נאמן** עש"ך ס"ק ל' עד שהתנ' עמו אל תפרעני וכו'. ול"ד לאומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם אף דיכול לפרוע ע"י כת"י כמו לפני עדים ש"ה כיון דהכת"י לפנינו וא"א לקיימו ריע טענותיו וצריך מגו דפרעתיך דוקא וכיון שא"י לטעון פרעתיך א"נ גם כן לומר שמכיר שהוא כת"י:

י **שאומר שנאנסו.** עש"ך ס"ק ל"ה עד ואינו חנוני או שולחני משמע מדבריו דבחנווני או שולחני חייב באחריות. ואישתמיטתי' להש"ך דברי הב"י בי"ד סימן קס"ט בד"ה ול"ד למעות וז"ל וכל שאין מקבל אחריות יותר מדינו אין רשות להשתמש בו דאינו אלא שומר אפי' הוא שולחני והן מותרין אין לו רשות להוציאם כיון שלא מסרם שישהא בידו שום זמן אלא כדי שימסרם מיד ללוה וכן בחזירתו שימסרו מיד למלו' ע"ש וזה ברור ומכ"ש במקום שמסרן הלוה ואמר הולך או זכי שיעשה המעות של המלוה והמלוה לא מסרן לידו מותרין ואין כאן הוכחה שהמלוה מתיר להשתמש בהם אבל כשהמלוה עשה שליח לקבל המעות מיד הלוה מותר השליח להשתמש בהם דהוי כאילו הפקיד בידו מותרין וכ"כ הרשב"א הובא בתומים קכ"ח ע"ש ואפשר דגם הש"ך לא קאמר אלא בשליח שעשה המלוה אך לשונו לא משמע כן:

יא **ללוה או לנפקד.** עש"ך ס"ק מ' דגרס למלוה או למפקיד ע"ש ואף העיקר הטעם שכ' הש"ך בס"ק ט"ו דמהני צירוף להחשיב לטענת ברי להשביע הוא מטעם שהי' מעותיו בוודאי בידו ונאבד נתקלקל וכו'. ע"ש והכא לא ידעינן אם הי' המעות כלל ביד שליח מ"מ כיון שהשליח קיבל עליו השליחות מחמת זה יכול לפטור הלוה עצמו בטענותיו הוי כידעינן שהי' החוב של המלוה ביד השליח ונתקלקל מידו וצריך לישבע ע"י צירוף שכדבריו בן הוא כמו בהי' מעותיו בידו משא"כ בשולח מעות ללוי לקנות סחורה שהביא הש"ך בס"ק מ"ב לא ידעינן אם היה שום דבר ביד לוי מש"ה א"צ לישבע ולענין אם פרע להשליח ולא לקח השטר מיד השליח ע"ל סי' נ"ח בביאורים ס"ק ח' מש"ש ועש"ך ס"ק מ"ב ויש שם ט"מ וכצ"ל אא"כ פוטר אותו משבועה לגמרי כיון שישבע א' מהן ודאי שבועת שוא ותיבת בין ט"ס:

יב **תוליך לפלוני** עש"ך ס"ק מ"ד עד תנו או זכו תו לא מ"ל אהדרינהו וכו' ויש שס ט"ס וכצ"ל כי אמרו פרענו אינן נאמנים ועוד יש ט"ס וכצ"ל אי נמי הפוסקים לא איירי השתא מדין זכי' וכו' לכאורה להך דיעה דס"ל בס' רצ"א במסר הפקדון לאשתו ובניו דאפי' פשעו בו ואין להם לשלם דפטור וא"כ נראה דאם כפרו בו דפטור ע"י שבועה שנשבע שמסר להן כיון דחשיב שמירה כשמוסר להן הרי נשבע ששמר כראוי ומה בכך שכפרו א"כ אפי' בזכו י"ל אהדרינהו ניהלך בתורת פקדון דפטור כמבואר בט"ז בסי' קכ"ה ובמ"ש שם ע"ש וכיון שהחזיר למי שרגיל להפקיד אף שכופר פטור מ"מ נראה דהך שבועה שנשבע השומר שמסר לאמו דפ' המפקיד (בבא מציעא דף מ"ב) שהביא הש"ך בס"ק מ"נ הוא גופי' שבועת השומרים הוא דהוי כנשבע שאינו ברשותו ושמר כדאוי שמסר לאמו לשומרן וכיון דחייב בשבועת השומרים הדר חו"ל עד שצריך שבועה דאינו עד:

יג **ישבע השליח** ואם נאנסו ישבע השליח שנאנסו ויכלל שעשאו שליח דאי לא עשאו חייב באונסין ועש"ך ס"ק ט"ו ויש שם ט"ס וכצ"ל והוא שסעון אינו הלוה וכו' פי' רק שהוא שמעון אחר:

יד **ואפי' יפטור.** עש"ך ס"ק נ"ב שהקשה מסי' ק"מ ולפענ"ד נראה ליישב דש"ה דכשמחזיר לו המשכיר השכירות וכשהשכירות הוא ביד השוכר נאמן בלא מגו ועד כשר הוא ואין לנו לפוסלו מעד ולומר שהוא נוגע מטעם שעשה לו טובה שפטרו דז"א דאין לומר בהעד שהוא נוגע מטעם שעשה לו טובה דהא אפי' נתן מתנה להעד ביום שמעיד לא חשיב נוגע משא"כ הכא דאפי' קודם שתיקן ר"נ שבועת היסת מ"מ אינו עד מטעם דחשדינן להעד שמחזיק המעות לעצמו וע"כ צריך לשקר רק דאמרי' דנאמן מטעם מגו דאי בעי אמר אהדרינהו ללוה וע"ש בתוס' שהקשו דהוי מגו בתרי וכיון דמטעם מגו הוא וכיון שהלוה עשה להן טובה ניחא להו יותר לשקר ולומר שמסרו למלוה מלומר שהחזירו ללוה ולכפור בטובה ולאו מגו הוא ולא מהימני':

טו **הם עדים** עסמ"ע שהקשה מה חילוק יש בין ע"א לב' עדים והנה לפמ"ש הש"ך בס"ק נ"ז דמהימני' מטעם מגו י"ל הקושיא דהתוס' בקידושין הקשו דהא הוי מגו בתרי ותירצו לפטור מממון מכווני עדותן וא"כ כשאומר המשלח שהלך עמהם ואין בו כלל משום פטור ממון דהוי התובע כאומר ודאי לי שאינך חייב לי וא"צ להשיב כלל וא"כ כל ענין מגו שלהם הוא רק לענין שיהיו נאמנים בעדותן שוב הוי מגו בתרי משא"כ בע"א מהני מגו.

טז **והוא כופר** עש"ך ס"ק ס"א ועמש"ל בס"ק א':

יז **לוי שבא בשליחות ראובן**. עש"ך ס"ק ס"ב בסופו שהביא תשובת מבי"ט ומה שסתר דבריו ולא כתב הדין באם לא אמר ראובן ללוי שישלח ביד מי שירצה ונראה דלמאן דס"ל בסימן צ' דעשו תקנת נגזל בפקדון ע"ש בש"ך ס"ק ט"ז ה"נ נשבע שמעון שכך וכך מסר ללוי ולוי פשע במה ששלח המעות שלא ע"י שליח המלוה וראובן נשבע שלא הגיע לידו אלא כ' ולוי חייב לשלם ולא גרע שבועת שמעון מהא דקיימא לן בנגזל דאפי' אשתו או שכירו נשבע כמה נחסר והגזלן מחויב לשלם כמבואר בסי' צ' וה"נ שמעון שהוא שומר שלו נשבע ולוי ישלם כן נראה לי:

סימן קכב

א **יש עדים ששאו שליח** עסמ"ע ס"ק א' וש"ך ס"ק ב' דה"ה באומר שלח ע"י ועמש"ל דבשלח ע"י הוי ספיקא דדינא:

ב **והטעם וכו'**. עש"ך ס"ק ד' שכתב לתרץ הבעה"ת דלא מ"ל לאו בע"ד דידי את רק כשיש לו טענות. ובתומים כתב דנ"מ היכא דהשליח הביא ההלוא' והפקדון לנפקד וללוה ואח"כ עשהו המלו' והמפקיד שליח להביא לו פקדונו והלואתו דאז לא מ"ל לי' לאו בע"ד דידי את כיון שמידו קיבלם וכו' ע"ש וליתא דמה בכך שהי' מעיקרא שליח בשעת הלואתו הא כבר עשה שליחותו ולא נתחייב רק להמלו' ולא להשליח ובוודאי דמצי לו' להשליח לאו בע"ד דידי את. גם מ"ש לחלק בין הלואה לפקדון ליתא דבבעה"ת כ' בהדיא בסופו אפי' בהלוא' ע"ש גם מ"ש דבהלוא' הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ומש"ה לא מהני אפי' עשאו שליח כיון שצריך להשתמש במעות ע"ש ליתא דודאי נגד הלוה לא מיקרי חב לאחרים כמבואר בגיטין י"ג והא דכ' רש"י דהוי תופס לבע"ח היינו משום דתופס לבע"ח אפי' במקום שאין חב לאחרים לא מהני שלא במקום פסידא כמבואר בסי' ק"ה לכן כל דבריו ליתא ומה שנ"ל ליישב דברי הבעה"ת דנ"מ בחשש מיתה ובטול כגון שהלוה אינו רצונו להחזיק עוד בהלוא' ולהיות עבד לוה והדין מבואר בסי' ע"ד בש"ך דאפי' שלא בפני המלו' יכול להניח המעות בב"ד וכיון שיש שליח של המלו' כאן כופין אותו הב"ד ליתן לידו שליח המלו' כיון דלא חיישינן למיתה וביטול דאינו יכול לטעון לאו בעד"ד את רק כשרוצ' להחזיק המעות תח"י עוד אבל כיון שאינו רצונו להיות עוד לוה מוכרח ליתן ליד שלוחו כיון דליכא חשש מיתה וביטול ועוד נראה כיון דצריך לטעון דוקא לאו בעד"ד את כדמשמע בסי' ס"ו סעיף י"א א"כ נ"מ כשאינו טוען דאז צריך ליתן כיון דליכא חשש מיתה וביטול אבל כשטוען לאו בעד"ד את מצי טעין ומ"ש הרא"ש בב"ק דהא שלוחו של אדם כמותו כבר תי' הרמב"ן שצריך

להיות בעלים דוקא שיהיה יכול לתבוע דבלא"ה מ"ל לאו בע"ד ד"א כיון דא"א להקנות הלוא' וגזילה שיהיה נקרא בעלים על החפץ מצי למימר לאו בעדד"א כיון דלא בעלים של החפץ הוא:

ג **שמא ימות** עש"ך ס"ק ה' שפסק בדעת העיטור והא דבש"ס לא חש לדילמא שכיב רק לדלמא אתי יתמי ומערערי דאחליף בזוזי דגריעי מינייהו וכו' ע"ש בעיטור הפי' דמחלק דבמעות הלואה או בפקדון בחפץ מסוי' לא חיישינן למיתה דמיתה אינה מבטלת השליחות דלא גרע מאפוטרופס שמינהו אבי יתומים אבל במעות פקדון דליכא בהו סי' דאיכא חשש חילוף בגריעי מינייהו והאב יכיר את שלו משא"כ ביתומים ודאי לא היה דעת האב שיהיה מורשה גם נגד יתומים ומכח זה מחלק שם מה דנקט שני מחלוקות בש"ס דפלוגתא דרבה ור"ח הוא במטלטלין ופלוגתא דשמואל ור"י הוא במעות פקדון ע"ש עוד כתב הש"ך שהקשה מדלקמן בסי' ש"מ פסק הרב בהג"ה דכשמת המשלח הוא ספק אם ביטל השליחות וכאן פ' בפשיטות דבטל השליחות ולפעד"נ לחלק דש"ה באומר שלח ע"י פ' דהשיטה מקובצת בב"מ צ"ח כתב הטעם בשלח ע"י דלאו מטעם שליחות חייב רק מטעם ערבות דדמי לאומר תן מנה לפ' ואתחייב לך דחייב מטעם ערב. ולפ"ז אפי' מת או ביטל חייב דודאי באומר תן מנה לפ' ואתחייב לך דחייב אפי' ביטל שלא בפניו והוא לא ידע ונתן ע"פ דחייב דאין כאן ענין שליחות שיתבטל וכיון שהוציא זה הממון ע"פ חייב וכן אפי' מת והוא לא ידע דהוי כנתחייב מעכשיו אם יוציא זה הממון ע"פ משא"כ בשליח בעדים שעשה המלו' שליח לקבל' דלא הוציא המלוה ממון על פיו רק דהפטור הוא כשנותן ליד שליח קבלה שלו הוי כנותן לידו וכיון שמת או ביטל שוב לא הוי שלוחו ולא הוי שוב יד שלוחו כידו ודאי דחייב הלוה ועיקר הספק בסי' ש"מ משום ב' דיעות בשיטה שם בשולח ע"י אי חייב מטעם ערבות או מטעם דיעשה שליח קבלה של המשאיל עמש"ל בסימן קכ"א טעם החילוק להך דיעה דס"ל דאינו חייב מטעם ערבות רק מטעם שליחות ע"ש וכיון דמטעם שליחות הוא ממילא אם מת או ביטל בטל השליחות אבל הכא בשליח בעדים ודאי דמת או ביטל השליחות דבטל השליחות כנ"ל והעיקר כדעת הרב בהג"ה וכ"כ התומים אבל בשליחות דשלח על ידו נראה דהעיקר שהוא מטעם ערב ופטור מלשלם ליורשיו ומ"ש בתומים לחלק דבסי' ש"מ הוא מטעם דהוי שומר שמסר לשומר ולא שייך לומר את מהימנת ליה דהא א"ל שלח וכו' תמוה בעיני כיון שמת נופל קמי יתומים והיתומים יכולין לומר לא מהימני לי:

ד **מיהו אם ידוע שמת.** עש"ך ס"ק ו' שתמה דליכא למ"ד הכי וכו' ולפעד"נ דהא כ' הש"ך בס"ק ט' דמיתה לא מבטל הרשא' בהקנ' אג"ק אבל ביטל מבטל הרשא' אפי'

אג"ק ועכצ"ל הא דלא חיישינן בסעיף ג' לשמא מת וביטלו אותו היורשים דביורשים לא שייך הטעם שכתב הסמ"ע סמכתי עליך שהייתי עומד בשליחותך דהא לאו בהרשאת יתומים נתן ועכצ"ל דלתרי חששא לשמא מת ושמא ביטלו היורשים לא חיישינן ומש"ה כשידע שמת ודאי דחיישינן לשמא ביטלו היורשין ומ"ש הש"ך דכבר קנה בהקנה אג"ק ל"ק דהא מבואר בסעיף ד' דאם ירצה המורש' להחזיק בממון אינו יכול:

ה **ורצה לבטל השליחות** עש"ך סק"ט דאע"ג דכשמת לא נתבטל' ההרשאה כשהקנה אג"ק מ"מ יכול לבטל וכו' וטעם לזה נראה דהרמב"ן כתב בטעמא דהרשאה אף דהוי קנין מ"מ אין המורש' יכול להחזיק לעצמו דהוי כמתנה ע"מ להחזיר ע"ש ועכצ"ל דהוי כמתנה ע"מ להחזיר אימת שירצה המורש' מש"ה אף שמת כל זמן שאין היורשים רוצים שיחזיר המתנה הוי מתנה אף שמת מש"ה מיתה לבד לא בטל עד שמבטלין היורשים:

ו **וצריך לכתוב לו דון וכו'**. עש"ך ס"ק ט"ו ויש שם ט"ס וחילוף שורות עכ"ל סמ"ע ואזיל לשיטתו דלעיל אבל למש"ל וכו' אין כאן מקומו רק בסס"ק ט"ז וכצ"ל בס"ק ט"ז לא ישיב לו דבר מטעם הנ"ל שמא ימות או יבטל השליחות עכ"ל הסמ"ע ואזיל לשיטתו דלעיל אבל למש"ל דלא מצי למידחי' מטעם זה א"כ מיירי שאומר שיש לי טענות כנגדו ולאו בע"ד ד"א וכמ"ש בס"ק ד' ע"ש כנ"ל:

ז **מחצה או שליש**. עש"ך ס"ק כ"א לחלק בין חוב בשטר לקרקע ומטלטלין ע"ש. והטעם דמה שיוציא מן החוב דמי לאומר שמוכר לו דמי היין כשימכור היין דהוי דבר שב"ל כמבואר בסי' ר"ט דדמי השט"ח בשעת מכירה לאו של מלוה הן דמלוה להוצא' ניתנה מה שא"כ קרקע ומטלטלין מעכשיו הן של התובע ובקצה"ח כתב דבשכר פעול' כיון דחייב לשלם דמים אמרינן מגו דמשתעי דינא כו' ודבר תימא כתב דמ"מ כיון שאין לו קנין בגוף הדבר רק שהמשכיר חייב לו דמיהן אחר שגבה לא שייך מגו דמשתעי דינא ופשוט:

ח **ששמעון יתן לו מעותיו**. עש"ך דאם המעות עדיין ביד ההמפקיד יכול לחזור בו ובקצה"ח כתב דמ"מ חייב לשלם דמיהן דהיינו ששמין כמה לוה המעות שיהי' על זמן שהבטיח לו כיון שטרח והלך בכדי להוציא הממון והוא גם כן תמוה דלפי דבריו הוי ריבית גמור שמטריח עצמו בחנם מחמת שמלו' לו אח"כ המעות ועכצ"ל בטעם ההיתר דהוא מטעם שכתב הט"ז בי"ד סי' קמ"ג ס"ק ך"ד דהיינו דהלוקח טורח בשביל עצמו כדי שיגיע המעות לידו ולפ"ז א"א לו לתבוע שכר טרחתו:

ט **שטר הרשא**' עש"ך ס"ק ך"ט ויש שם ט"ס וכצ"ל וכתב עוד מהרש"ל דה"ה אם כתוב בו אני ח"מ שמועיל וכו':

סימן קכג

א **חוב על עכו"ם**. בקצה"ח כתב על הב"י שכתב בשם תשובה דראובן שהיה לו שטר על גוי ונתנו לשמעון לגבותו וגבאו מידו ואמר לראובן שנתן לגוי זמן ב' חדשים אמנם אם ירצה יתן לו שטר אחר משלו בפרעון שטרו וכו' וכתב הב"י ויש לתמוה עליו דכיון ששמעון גבאו מידו כבר זכה ראובן באותן מעותיו ושלו הם ובשביל ששמעון הטעהו לא איבד זכותו עכ"ל הב"י. וכתב בקצה"ח להביא ראיה מדברי התוס' בב"מ ע"א בד"ה בשלמא סיפא לחומרא דא"י לזכות המעות מן הנכרי אפי' בישראל שעשה שליח לישראל הב' וקיבל מעות מן הנכרי ע"ש ותמוהין מאוד דבריו דאף דזה אמת דאין המעות נקנה לישראל מ"מ הנכרי נפטר מהלוא' כמבואר בסי' קע"א באומר שלח ע"י עכו"ם דפטור אף שאין שליחות לעכו"ם ודמי למ"ש הריטב"א בקידושין באומר הנח ע"ג קרקע והפטר דנפטר מהלוואתו והלוה יכול לחזור וליקחם דלא נקנה המעות למלו' והדין דין אמת אבל מ"מ נהי דהמעות עדיין של העכו"ם מ"מ מה"ת לא יהיה המלו' יכול לגבות דמי חובו של עכו"ם ממעות הללו בפרט שא"א לו לתבוע החוב ממקום אחר רק ממעות הללו והמעות הללו נעשו כאפותיקי מפורש והמלו' זכה שיהיה המעות אצלו כאפותיקי מפורש ובוודאי שאין שום אדם יכול לקחתם רק המלוה גובה חובו מהן בהנח ע"ג קרקע והפטר ודאי דאין שום אדם יכול ליקח אותו להשתמש בהן רק המלו' גובה חובו מהן ואם לקחן אחר המלוה מוציא אותו ממנו בדיינים וזה ברור ופשוט:

ב **א"י לעכב** עש"ך סעיף קטן כ"א ויש שם ט"ס וכצ"ל וא"כ מה שכתב לו בשטר ליתן מחצה שליש ורביע הוי כמו שמכר לו חצי החוב ועש"ך ס"ק כ"ד ויש ט"ס וצ"ל אם יש לו נכסים אז לערב כשר לעדות וכו':

סימן קכה

א מנה זה. עש"ך ס"ק ב' עד אבל שנתן לו לשלוחו שטר מתנה מועיל כמו בחוב ויש שם ט"ס וכצ"ל וחסר בתוספת זכה בשטר זו לפ' וכו' וכ"כ בס"ק ט' ע"ש. והעיקר בזה כדברי התומים דשטר מתנה הוי כמו מתנה דלא אמרי' ביה תן והולך כזכי והוכיח זה מדברי התו' והרא"ש שהוצרכו לומר דשיחרור דמי לחוב מטעם דאי לאו דעביד ליה וכו' אלמא דשטר מתנה דדמי לשיחרור דג"כ גוף השיחרור נכתב בשטר וטעם דאי לא דעביד לא שייך במתנ' כמ"ש הרא"ש בגיטין ודאי דלא הוי תן כזכי ועוד נלפע"ד להוכיח מדברי רש"י ורי"ף ורמב"ם שכתבו במתני' דלא יתנו לאחר מיתה אף דתן כזכי משום דמ"מ גיטא לא הוי עד דמטי לידי' וכו' ע"ש בדבריהם ובגיטין ט' ע"ב פריך גבי הא

דחשיב ג' דברים שוו ג"נ לש"ע ותו ליכא והא איכא דלא יתנו לאח"מ ותירץ מילתא דאיתא בשטרות לא קתני וכו' ולדברי הש"ך קשה למאן דמוקי מתני' דלא יתנו לאחר מיתה בדף י"ג בבריא מברייתא דבג' דברים שוו ג"נ לש"ע הא איכא הא דלא יתנו לאח"מ וליתא בשטרות דבשטר מתנה אמרינן תן כזכי בברי משא"כ בג"נ וש"ע לא הוי עד דמטי לידי' אלא ודאי דשטר מתנה דמי למתנה לא אמרינן תן כזכי ומש"ה לא מקש' כלל למאן דמוקי בבריא רק משכ"מ ובזה שפיר משני דליתא בשטרות בשכ"מ משום דשמא לא גמר להקנות ושלא יהי' דברי הש"ך תמוהין כל כך נראה דודאי בשטר מקנה שקונה השדה בשטר זה כגון שכתוב בשטר שדי נתונה לך ודאי לא הוי תן כזכי דלא עדיף ממתנ' כמ"ש התומים רק דמיירי בשטר ראי' שכבר קנה השדה במתנ' בק"ס וכמבואר בלשון הריטב"א שהביא הש"ך בס"ק ט' שכתב וז"ל רהל לא זכתה בגוף השטר ואע"פ שיש שם קנין ע"ש אלמא דמיירי בקנין רק לענין זיכוי גוף השטר מתנה וכעין שכ' בסי' רמ"ג לענין חוזר בשטר דאם אמר לו זכה בגוף השטר שא"י לחזור בו ע"ש ולענין זה כתב הש"ך דתן ג"כ הוי כזכי ובזה הדין עם הש"ך דכיון דכבר נתן לו המתנה הכתוב בשטר זה ודאי שכבר עשה לו הנאת נפשי' דהא מטעם זה מתנה יש לו דין משועבדים והוי דינו כבע"ח כמ"ש התוס' דשיחרור הוי כחוב מטעם זה בשלמא כשעדיין לא קנה השדה במתנ' רק עכשיו רוצה להקנות לו השטר זה י"ל שעדיין לא עשה לו המקבל נייח נפשא שהבטיח לו ומש"ה רוצה הנותן לחזור בו משא"כ כשכבר הקנהו לו השדה בק"ס וע"כ כבר עביד ליה הנייח נפשי' מש"ה הוי על השטר ראי' של המתנ' בשדה זו כבע"ח כמו בשטר שיחרור ועוד דדוקא במתנה שמוציא ממון מרשותי' לא הוי תן כזכי משא"כ בהשטר מהמתנ' שכבר נקנה לו במתנ' מה שמצוה ליתן השטר ראיה מהמתנ' אינו מוציא ממון מרשותו מש"ה הוי תן כזכי לענין שטר זה ושוב לא קשה כל הקושיות דשטר שיחרור שאני כיון שהוא מקנ' לו עכשיו בשטר שיחרור שוב הוי כמתנ' דלא הוי תן כזכי רק מטעם שכתבו התו' דש"ש דמי לחוב דכל עבד מסתמא עשה קורת רוח לרבו ועדיף ממתנה וז"ב בכוונת הש"ך:

ב **והעני ראובן** עש"ך סק"ז ועט"ז והמתבאר מדברי הט"ז דדוקא בשהחזיר ללוה שיהי' הלוא' בידו הוי פושע דמלוה להוצאה נתנה וכן בנפקד כשהוחזק כפרן ובאמת בזה חייב אפי' לא העני ראובן דהוי תחלתו בפשיע' וסופו באונס שבא מחמת הפשיע' אבל אם החזיר רק שיהי' בתורת פקדון ביד הלוה ובאופן שאסור להשתמש בהם ודאי פטור דא"י לומר לדידי לא מהימן לי כי כשהי' לוה שלו הוי ברגיל להפקיד ואם העני חייב ותליא בפלוגתא המבואר בסי' רצ"א סעיף כ"ד גבי מפקיד לאשתו ובניו ואין להם לשלם:

ג **ואם מחמת אונסו** עש"ך ס"ק י' עד דהתם אין האונס על זה הממון עצמו שהרי א"י לנגשו שיחזירו לו זה הממון עצמו שנתן לו רק שרוצה לכפור לו חובו וזה לא מיקרי אונס וכו'. ולכאו' אין לו הבנה לדברים אלו דאף דמבואר בסי' שפ"ח דאונס ממון לא הוי אונס היינו דוקא לענין אם אנסו להראות ממון חבירו שלא הי' פקדון אצלו אבל בפקדון והאונס בא מחמת הפקדון פטור אף באונס ממון כמבואר בסימן רצ"ב סעיף ט' ובסי' קכ"ו סעיף כ"ב וא"כ מה הפרש יש בין אם האנס נוטל ממון של הנפקד עד שיחזיר לו הפקדון או שמאנסו בזה שרוצה לכפור חובו. לכן נראה דס"ל להש"ך דהא דמהני אונס ממון היינו דוקא במקום דאם לא מצא האנס זה הממון של הנפקד שלקח' הי' האנס מחפש עד שהי' מוצא הפקדון עש"ך סי' ק"ו סעיף ק"ב או שהי' מאנס את הנפקד באונס הגוף עד שהי' מראה לו את הפקדון והרי אם לא הי' ממון של הנפקד מצוי' הי' הפקדון עצמו נאנס ומש"ה כשנוטל הגזלן ממון של הנפקד ומניח הפקדון הוי כמציל הפקדון בממון הנפקד ודמי קצת לרוע' שקידם ברועים ומקלות אבל במקום שאין לו כח כלל לנגשו באונס הגוף על הפקדון כגון היכא שאם לא הי' החוב של השליח ביד המשלח לא הי' יכול לאנס מעות הפקדון כלל ואם יתן המעות פקדון כדי שלא יכפור חובו הרי הוא מציל ממונו במעות הפקדון כנ"ל לפרש דברי הש"ך ועוד נלפע"ד לתרץ דכבר כתבתי בסי' קכ"א דשליח להולכ' דהיינו שהמשלח עושה שליח להוליך המעות להמלו' אסור לו להשתמש במעות אפי' הוא חנוני והמעות מותרים כמ"ש הב"י ביו"ד סי' קס"ט ומכ"ש כשאמר לו הולך וזכי שנעש' מעות המלו' והמלו' לא מסר בידו המעות מותרין אבל שליח קבלה של המלו' מותר להשתמש במעות ועמ"ש בסי' קכ"א והשתא א"ש דהמחבר מיירי בשליח הולכה שהוא רק ש"ח מש"ה כשאנסו על הפקדון פטור דדמי להא דסי' רצ"ב סעיף ט' אבל בהג"ה מיירי בשליח קבלה שמותר להשתמש במעות ואפי' מעות אחרים מותר ליתן למלוה כמ"ש הש"ך בכמה דוכתי ולא מבעיא לדעת הסובר דחייב אפי' באונסין דוודאי חייב דרמי' להא דסי' קכ"ו סעיף כ"ב במעות הלוא' ע"ש אלא אפי' לדעת הסובר דלא הוי רק שומר שכר מ"ש חייב דש"ש אינו פטור רק כשאונס בגוף החפץ אבל אונס בגוף השומר חייב דהא אפי' חלה השומר או גנא בעידנא דגני אינשי דאין לך אונס גדול מזה בגוף השומר ואפ"ה חייב ולענין דינא נראה דב' התירוצים אמת דבמקום שיכול להשתמש במעות ודאי חייב להחזיר ובמקום שאסור להשתמש דהוי כפקדון אז הדין כפי מת שחלקתי לדעת הש"ך:

ד **דשליח מהימן.** עסמ"ע ס"ק ט"ו עד דמ"מ אין לשמעון שום עסק וטענה עם ראובן וכו'. נלפע"ד דהמ"מ לשיטתו אזל דפסק בסי' רצ"א סעיף כ"ד במסר למי שרגיל להפקיד

דאפי' פשע השני ואין לו לשלם דאפ"ה פטור השומר הראשון ושפיר כתב כיון דשוב אין לו שום עסק וטענה וכו' וכיון דהוי כהשב' לגמרי שוב א"י לחזור בו אבל לדעת הסובר בסי' רצ"א שם דחייב השומר הרי יש לו עסק וטענה עם הראשון ודאי יכול לחזור בו דהא אין לו למפקיד שום זכות במה שהוא ביד השני יותר ממה שהוא ביד הראשון ואדרב' הוא קצת חוב דהראשון הי' חייב לשומרו ולא שייך לומר שכבר זכה בו כנ"ל:

ה **אם יש לו נכסים**. עש"ך ס"ק י"ה ועמש"ל בסי' פ"ו דשיעבודא דר"ן אין לו רק דין ערב בכל אופן ודוקא כשהלו' אלם וא"ר לשלם חייב הלוה השני אבל כשהלו' רוצה לשלם אפי' בזיבורית אין הלוה השני משועבד כלל אפי' יש לו בינונית וכדמוכח בכתובות ק"י גבי שנים שהוציאו שט"ח זע"ז דזה גובה וזה גובה אף שהוא משועבד לנפשי' מדר"ן מ"מ א"י לגבות בינונית דנפשי' כשהשני רוצה ליתן זיבורית ע"ש וצדקו דברי המחבר:

ו **אפי' אם אין לו נכסים**. עסמ"ע ס"ק י"ט עד כנגד המשתלח אין לו מגו וכו'. לכאורה אין הבנה לדברים אלו דלמה אין זה מגו נגד המשלח כיון שאומר פרעתי להמלו' ועשיתי שליחותך גם מה שסיים הסמ"ע דבכה"ג פטור גם המשלח תמוה מהא דסי' קכ"א דאף שאומר פרעתי למלוה ויש לו מגו נגד המשלח ולומר החזרתי ללוה מ"מ לא נפטר המשלח. ונראה לע"ד לפרש דהפרישה כתב טעם המגו וז"ל דכשאומר אתה חייב לי הרי יש לו דינים מהמלוה והלו' דהלוה אומר לו לא עשית שליחותי ונוח לו לומר להד"מ שאין לו דין רק מהלוה ע"ש ובזה א"ש דש"ה דהמגו היא בטענה מעליותא ומגו גמור הוא והרי יש הוכחה מהמגו שהשליח אומר אמת שהמלוה חייב לו מש"ה פטור גם המשלח משא"כ בסי' קכ"א דאומר פרעתי ממלוה שאנו חושדין אותו למשקר והמעות תח"י דיש לו מגו דהחזרתי ללוה דאין לו מגו בטענה מעליותא וליכא הוכח' מהמגו שאומר אמת דמה הפרש יש לו בין כשטוען פרעתי למלוה או החזרתי ללוה רק שאנו אומרין כיון שהיה יכול לומר החזרתי ללוה לא היה מעיד עדות שקר דדוקא כשאנו חושדין אותו בדבר שא"א לו שיהי' לו הנאה זו אם לא שיעיד שקר נחשב לנוגע אבל כשאין צריך להעיד שקר בשביל הנאה זו דהא הי' יכול לשקר בשביל הנאה זו באופן א' אמרי' דודאי לא הי' מעיד שקר ולא מיחשב נוגע וחשוב עדות מהימן מטעם עד ולא מטעם מגו ועמ"ש בכללי מגו רק דרחמנא אמר דעד הצריך שבוע' לאו עדות הוא משא"כ כשהמגו הוא לטענ' מעליותא ומטעם מגו מהימן אפי' נגד המשלח מש"ה מהימן אפי' כשחייב שבועה דמגו מועיל אפי' במקום שצריך שבוע' כמו בהחזרתי במגו דנאנסו והשתא א"ש גם ריש דברי הסמ"ע דלא מהני רק כשיש לו מגו נגד המשלח היינו לומר להד"מ או החזרתי ללו' אבל מגו דפרעתי למלו' לאו מגו הוא כיון דפרעתי למלו' יש

בו משום עדות שקר הוא דהא חזינן דאדרב' כשאומר פרעתי למלו' מהימנינן לי' במגו דהחזרתי ללו' אלמא דאינו נוח לו לטעון פרעתי למלו' משום דנרא' בעדות שקר כנ"ל ליישב דברי הסמ"ע ומ"מ נרא' דאין המשלח נפטר כמ"ש הט"ז ע"ש:

ז **אין לו נכסים אחרים** עש"ך ס"ק כ"א שפסק דאפי' יש לו מגו נגד המשלח חייב כיון שהמשלח לא נפטר מהמלו' ע"ש ותמה על הטור והסמ"ע ע"ש. ולכאור' הוא תמוה באמת דהא דמי להא דסי' נ"ח ס"א דיכול השליח לומר מה לי ולך ע"ש. אמנם נרא' לפמ"ש בסי' נ"ח דלא שייך סברא דמה לי ולך רק כשתופס מיד ומרשות השליח או מרשות הנפקד דכשהן ביד הנפקד דמי למטלטלין המשועבדים שאין בע"ח יכול לטרוף מהם אבל אם ראובן חייב עצמו באחריות על מטלטלין של שמעון העומדין באגם יכול בעל חוב של שמעון לטרוף מהן אף דגורם פסידא לראובן ע"ש א"כ הכא דאומר זכי או הולך דהוי כזכי ונעש' המעות של המלו' יכול השליח לתופסן בשביל חוב של המלו' ולא שייך סברא דמה לי ולך כיון שאינו תופס מרשות הנפקד רק לדעת היש מי שאומר שהביא המחכר דהולך הוא כתגאי ולא זכה לו אז אינו יכול לתופסן כיון דהוי המעות של המשלח אבל לדיעה קמייתא דזכ' לו יכול לתופסן ועוד אפי' דכשטוען אתה חייב לי הוי ממש כטוען פרעתי למלוה כיון דזה הוי ממש כפרעון ומה לי אם אומר פרעתי לך והוא מכחישו או שאומר פרעתי לאשתך או פרעתי למלו' שלך והוא מכחישו כיון דהכל נחשב כפרעון לו רק שהוא מכחישו כמו כן הי' יכול להכחישו אם הי' פורע לידו ממש לכן מהני לשיש לו מגו רק מגו דפרעתי למלו' לא מהני מטעם שכתבתי בסמוך ולכן העיקר כדברי הסמ"ע והטור וכן מסיק התומים:

ח **אם מת המשלח** נרא' דמיירי שלמלו' יש נכסים רק שהמשלח ליכא נכסים אבל אם גם למלו' אין נכסים מוד' היש מי שאומר דיכול לתפוס דנחי דלא זכה לו והוי המעות ברשות המשלח מ"מ הא יש לו טענה נגד המשלח גופי' מטעם שיעבודא דד"ן ועש"ך סי' ק"ז דאפי' מטלטלין של יורשים גובה בשיעבודא דר"ן ואף שכתבתי לעיל דשיעבודא דר"ן אין לו רק דין ערב ומבואר בבי' קכ"ט ס"ח בהג"ה ואם אמר הלו' פרעתיך והוא מלו' ע"פ דנשבע הלו' היסת ונפטר הוא והערב מ"מ נרא' דבערב גופיה מתני תפיס' כשיש לו מגו לכן נרא' דמיירי כאן ביש נכסים למלו' ואף לדעת הש"ך דס"ל דשיעבודא דר"ן הוא אפי' ביש לו נכסי' מ"מ כאן הוי כאית לי' פסידא כיון דהו' הלואו' ואין המלו' תובען יכול היורש להחזיק הממון לעצמו והוי כיש לו פסידא:

ט **ויש מי שאומר**. עש"ך ס"ק ך"ג עד אמאי לא יהי' לבע"ח שום זכות בהן וכו' ואין להקשות הא במטלטלין מהני תפיסה וכמו שמהני תפיס' אצל הבע"ח בעצמו כמו כן

יהי' מועיל תפיס' כשתופס אצל הבע"ח של הב"ח דהא הוא הבע"ח שלהן מדר"ן דז"א דשאני הבע"ח עצמו שהוא חייב לכל א' ק' זהובים יכול לתפוס בכדי כל הק' זהו' שהוא כל חובו משא"כ הבע"ח שאינו חייב דק מאה זהובים לכולם והוי במי שאינו חייב לכל א' רק שליש מהק' זהו' מדר"ן לכך א"י לתפוס כל הק' זהובים כיון שהוא אינו חייב לו רק שליש מהק' זהובים:

י **וי"א דתן כזכי.** עש"ך ס"ק כ"ט ויש שם ט"ס בסופו וצ"ל כדלקמן סי' קכ"ו ס"ב. ובקצה"ח כ' דלדעת הי"א בסעיף ד' דס"ל דתן אף דהוי כזכי מ"מ הוי בתנאי עד שתתן הבריר' ביד השליח שלא יתן ולא יזכ' בו כמו שכתבו הרי"ף והרמב"ם גבי גט ולזה הקש' אהא דסעיף א' בהחזיר והעני דחייב הא לא קיים תנאו זלא זכה ולק"מ דדבר שבממון שאני דכל תנאי שהוא לטובת המקבל יכול המקבל לו' הריני כאילו התקבלתי ויכול למחול התנאי וכדאמרי' בנדרים בקונם אם אי אתה נותן לבני כור חטין משא"כ באיסור לענין גט שיחרור דבעינן דלימטי לידי' דוקא (ועש"ך ס"ק ל"ב ויש ט"ס וכצ"ל כשאמר לו המוכר להנפקד זכה לפלוני והנפקד אומר יקנה לי חצרי):

יא **ואם שכ"מ הי' הנותן.** מבואר בתשובת הריב"ש סי' שמ"ו דלדעת כולם בעינן שכ"מ שמצו' מחמת מית' או במתנ' בכול'. אמנם לדעת הרשב"א אפי' במתנ' במקצת מהני הולך דידי' כשהיא שכ"מ וגם א"י לחזור בו והטור ס"ל דלא כדעת הרשב"א ע"ש בריב"ש דמוכח מדבריו דהעיקר לדינא דלא כדעת הרשב"א ובש"מ נרא' דלכ"ע בעינן שיאמר תן בשעה שמוציא המעות לידו דהא עיקר הטעם כתב הסמ"ע כאן ובסי' ר"ן דהוי תן כזכי לגביה משום שהוציא המעות מידו ע"ש:

יב **ואם עמד חוזר.** עש"ך ס"ק ל"ט עד בשכ"מ הנותן במתנ' גמור' כגון בכל נכסיו וכו' כוונתו דהמחבר ע"ב כוונתו במתנ' בכול' כמש"ל דודאי לא יחלוק המחבר על הטור ועל דעת כולם שהביא הריב"ש ולזה כתב הש"ך דבגוונא דמיירי המחבר אפי' הרשב"א מוד' דעמד חוזר וע' ט"ז דדוקא עמד חוזר אבל בחליו אינו חוזר דאף דאמרינן כל שאם עמד חוזר במתנתו היינו כשזוכ' מצד יפוי כח של השכ"מ משא"כ כאן דהוי ייפוי כח של המתנ' מכח שמסר הממון ליד הזוכ' וע' סי' ר"ן בסמ"ע ס"ק ע"ד דאפי' השליח כבר מסר ליד המקבל בציווי' השכ"ם יכול לחזור אם עמד אבל בחליו א"י לחזור בו וע"ש בפריש' דאפי' מסר לו השכ"מ עצמו חוזר אם עמד:

סימן קכו

א **בין בפקדון.** עש"ך ס"ק א' עד אבל אם הית' שוה אז כדי חוב שניהם קנה מדין מע"ש אף אם אפשר שתזלזל אח"כ. ובקצה"ח כתב וז"ל דכיון דלוי א"י לכופו לשמעון שיקח לו מהסחור' כדי חובו והשאר יחזיר לו כמבואר בסי' ע"ד סעיף ה' וא"כ לא הוי במנ' לי בידך עכשיו דהא א"י לתבוע עכשיו וכו' אמנם למה שכתבתי בסי' ע"ד דאם אמר הלו' מכור במה שתוכל חלק מהמשכון לגבות חובך והחזיר המותר יכול לכופו וליתא לדברי הקצה"ח:

ב **בפרעון חובו.** עש"ך ס"ק ו' עד והלכך אין בו מדין מע"ש עכ"ל ואם המחהו שיתן לו מעותיו בהלוא' דעת התומים דאינו נקנה במע"ש וראייתו מפ' א"נ דף ע"א ע"ב דפריך בנכרי שלו' מישראל והעמידו אצל ישראל וצוה לתת לישראל השני דאסור בשלמא סיפא לחומרא אלא רישא דישראל שנותן במעמד הנכרי מעותיו מישראל השני דקתני מותר למה כיון דאין שליחות לנכרי איהו שקיל רבית וקשה הא יש כאן מע"ג ונסתלק הלו' וקנה הנמח' וכו' ע"ש ובקצה"ח כתב כיון דמלו' להוצאה ניתנ' הוי במו מתנ' וקנ' במעמ"ש ולפענ"ד דדברי התומים וראייתו מוכרחת והטעם נרא' דעיקר מעמד ג' לא נתקנ' אלא משום תקנת המקבל אבל שיקנ' הנותן שיעבוד גופו ונכסיו של המקבל אף כשעדיין לא נתן המומח' המעות שבידו בשביל זה לא נתקן תקנת מעמ"ש וכיון דהמקבל לא נתחייב להמומח' מש"ה גם המקבל לא קנה ובעיקר דברי הש"ך במ"ש באם המחהו שיתן לו מעותיו כדי שיקנ' לו סחור' א"צ ליתן לו ולא קנה במעמד ג' אין הכוונ' נגד הנותן והמקבל ודאי דיכול לחזור בהן שלא לקנות סחור' אפי' כבר הגיע המעות ליד המקבל רק הכוונ' נגד המומח' דאף שאמר לו המלו' תן לפלוני ומבואר בסי' קכ"א דאומר תן לפלוני דמהני לענין אחריות היינו דוקא כשכבר נתן לו אבל ודאי דיכול לחזור בו מליתן לו דאינו אלא שליח של נותן והשליח יכול לבטל שליחותו ואין המקבל יכול לתובעו כיון דלא נעש' שלוחו דהנותן ואין לו הרשא' מהנותן יכול המומח' לומר לאו בע"ד דידי את:

ג **ואפי' מחל המלו'.** עש"ך ס"ק ט"ו עד דבכה"ג מהני מחיל' בלא קנין וכו' ולפענ"ד העיקר כהסמ"ע דלהש"ך קשה בדברי הרא"ש שהביאו הש"ך ס"ק י"ז שכתב וז"ל אבל קנין מועיל דודאי לפוטרו לגמרי נתכוין אפי' לא יתן שמעון דאי לפוטרו כשיתן לו זה לזה לא הוצרך קנין שכבר נפרע עכ"ל ולפי דברי הש"ך צריך לפרש מ"ש הרא"ש דאי לפוטרו כשיתן וכו' דהכוונה כשרוצה ליתן ואינו חוזר בו א"כ קשה מה מסיים דלזה הוצרך קנין שכבר נפרע וכו' ולפי דברי הש"ך יקשה דהא עדיין לא נפרע ובאמת דהש"ך גרס בדברי הרא"ש שכבר נפטר אבל בכל הספרים כתוב שכבר נפרע ועוד דלפי דברי

הש"ך צ"ל במ"ש הרא"ש שכבר נפטר דהיינו שהי' לו למחול בלא קנין זה דהא לרבה ודאי דיכול לחזור אפי' בשולחני רוצה ליתן א"כ אימר הי' הקנין רק לזה שלא יחזור כו כשיתן ועוד דלפי דעת הש"ך כשהוא בקנין פטור אפי' חוזר בו השולחני וזה קשה דכיון שכתב הרא"ש דכשלא יתן לא מהני מחיל' מטעם דהוי מחיל' בטעות א"כ אפי' כשיש קנין ג"כ לא מהני דהא הוי קנין בטעות דמה לי מחיל' בטעות או קנין בטעות אלא ודאי דהעיקר כדברי הסמ"ע הכוונ' במ"ש הרא"ש דלפוטרו לגמרי נתכוין אפי' לא יתן היינו שמדח' אותו ואינו נותן לו רק שאינו חוזר בו וע"ז סיים דאי לפוטרו כשיתן פי' שכבר נתן וע"ז כתב דלזה לא הוצרך קנין שכבר נפרע ולפ"ז נרא' דהעיקר כהסמ"ע דהיכא דליכא קנין לא מהני מחיל' אפי' כשאינו חוזר בו השולחני ומה שהקש' הש"ך דהא זה לא הוי מחיל' בטעות ל"ק כלל דהא כ' הרא"ש הטעם דזה לא חשיב מחיל' כלל כיון שאינו מוחל לגמרי אכל כשיש קנין מהני אם לא חוזר בו השולחני אבל כשחוזר בו השולחני אפי' בקנין לא מהני דהוי קנין כטעות ודלא כהסמ"ע וש"ך דהא אין ראי' להרא"ש לפוטרו בקנין רק משום דאל"ה לא הי' צריך קנין וכיון דקנין מהני לזה שלא יחזור כשיתן שוב ליכא ראי' לפוטרו אם לא יתן אבל אם פטר הנותן לגמרי בין אם יתן בין אם לא יתן על פיו של המקבל ודאי חייב השולחני וזה כוונת הרב בהג"ה ועוד נראה להביא ראיה לדברי הסמ"ע דלכאור' דברי הרא"ש תמוהין כמו שתמה המעדני מלך דמתחלה כתב הרא"ש דכשאינו נותן השולחני לכ"ע ס"ל דיכול המקבל לחזור בו ואח"כ כתב הרא"ש דהירושלמי אתיא כר"ש דס"ל דאינו חוזר וכיון דהבעה"ב נתחייב מיד ליתן לפועלים וכו' הוי כערב בשעת מתן מעות וכו' ע"ש ברא"ש ולייש דבריו צ"ל דהנה ע"כ מ"ש הרא"ש דהבעה"ב נתחייב מיד ליתן לפועליו לכאורה קשה מה הפרש יש כין נתחייב מיד או לאחר שנה אלא ע"כ הכוונה הוא כיון שיש חיוב על הבע"ה לשלם מיד באיסור בל תלין ומחמת זה שהמחהו אצל השולחני ואין הפועל יכול לחזור כל זמן שאין השולחני חוזר ממילא נפטר הבעה"ב מלאו דבל תלין והוי כפטרו ע"פ דהוי כערב וזה הוא דוקא בשעבר היום אבל אם חזר בו השולחני קודם שעבר היום ולא נפטר מחיוב דבל תלין ודאי דאין לו דין ערב וכ"כ התומים לפ"ז שפיר כ' הרא"ש דהירוש' אתיא שפיר כר"ש דס"ל דאין הפועל יכול לחזור כשאין השולחני חוזר בו וממילא אפסדי' מחיוב בל תלין ומאחר שלא חזר השולחני עד אחר שעבר היום ממילא לא הי' יכול הפועל לחזור מלתבוע להבע"ה והוי כפוטרו על פיו ויש לו דין ערב ומיירי שכבר עבר היום והש"ס שלנו מיירי שלא עבר היום ומש"ה יכול לחזור כשלא נתן ולפ"ז מוכח כדברי הסמ"ע דאי כדברי הש"ך כשמוחל להבעה"ב שוב אין הפועל יכול לחזור בו כשאין השולחני

חוזר וממילא יש להשולחני דין ערב אפי' לרב' ולא הי' צריך הש"ס לאוקמי כרב ששת. (ועש"ך ס"ק ל"ד ונרשם בטעות בסעיף ח' וצ"ל הרשימ' בסעיף ט' על ולתבוע מראובן אינו יכול:

ד **וא"כ אין אנו צריכין.** עש"ך ס"ק ל"ט מה שחולק על הסמ"ע. ולפע"ד נראה להכריע דאם נותן המחהו העיקר כדברי הש"ך אבל אם המקבל אמר להנותן שימחהו במעמ"ש ומחמת ההמחא' שוב א"י הנותן לתבוע את המומח' והוי כפוטרו ע"פ וכיון דהעני אח"כ הרי נפטר ע"פ וחייב מדין ערב דאפי' לפטרו מחיוב בל תלין כתב הרא"ש שיש לו דין ערב ומכ"ש הכא ולפ"ז גם מה שחולק הש"ך בס"ק מ"ב על הסמ"ע בכה"ג נראה דהעיקר כהסמ"ע כיון שמחמת המחא' נאמן המומח' לומר שפרע להמקבל ונפטר זה גרם לו המקבל שצו' להמחאתו הוי כפטרו ע"פ המקבל ויש להמקבל דין ערב (ועש"ך ס"ק ל"ט ויש שם ט"ס וצ"ל אע"פ שהעני אח"כ יכול לחזור על הנותן וכן עיקר):

ה **על ראובן להביא ראיה.** ואם טען לוי טענת שמא ג"כ על ראובן להביא ראיה דהא כתב התומים בס"ק י"ד דטענה עשיר הי' והעני הוא טענה גרוע וכמו שהוכיח התומים דאלת"ה מה תועלת בשטר הא בטענה זו לא שייך הסברא דשטרך בידי מאי בעי אלא ודאי דטענה גרוע הוא וא"נ אלא במגו דפרעתי וכשטוען שמא לית לי' מגו ועסמ"ע ס"ס מ"ב ויש שם ט"ס וצ"ל וא"י לישבע להכחיש העד לא מפסיד עכ"ל וכו' ועש"ך ס"ק נ"ו ויש שם ט"ס וצ"ל דע"כ לא קאמר הסברא הראשונה וכו' ובש"ך ס"ק נ"ז יש ט"ס וצ"ל לא נשאר על הנותן או הלוה דקורין ערבות וכו'):

ו **חוזר וגובה אותה** עש"ך ס"ק ס"ז שהקשה דהא אינו אלא גרמא וכו' ע"ש ואפ"ל נראה דהנ' אם הי' מונח חפץ של ראובן אצל שמעון וטעה ראובן וסבור שהוא של שמעון והוד' לשמעון שהוא שלו ואח"כ נתן שמעון החפץ כמתנה לעכו"ם דחייב שמעון לשלם דיותר יש לאדם ליזהר שלא יזיק משלא יוזק כמ"ש התו' בב"ק ובכמה דוכתי וכיון דמזיק חייב אפי' בשוגג מה לי שהטעות הי' ע"י אחר או ע"י בעל החפץ וה"נ דכותי':

ז **וא"י להוציא מידו.** עש"ך ס"ק ע"ב. וע' תומים דכתב דהעיקר כהב"ח דזהו ודאי אם מתחלה ידע שטע' שאין לראובן אצלו כלום ונתן ע"פ ציוויו ראובן ללוי דינר ודאי דאינו יכול לחזור ולהוציאו מיד לוי וא"כ זה שנתן ואח"כ נתברר בעדים שטעה אנו אומרים ברור דקודם שנתן הי' מדקדק וידע שטעה כי כלל הוא קודם נתינה אדם מידק דייק כה"ג במכ"ש דהודא' וע"כ מה שנתן נתן בשליחות ראובן וממילא אינו יכול לתבוע שוב מיד ראובן ומש"ה אף שהעדים מעידים שטעה מ"מ אינן יכולים להעיד שלא ידע קודם

הנתינה מהטעות אלקים בוחן לבבות וזולתו אין עוד וכיון דליכא עדים הך חזקה דמידק דייק במקומו ואומרין דידע שטעה ובשליחות ראובן נתן וזכה לוי במה שקיבל:

ח **מדעת ראובן.** עש"ך ס"ק ע"ד וע' תומים כ' דהעיקר כהב"ח ובאמת דדברי הש"ך אין לו שחר דמה שהקשה אהא דנשבע הסירסור שבועה המור' מסי' קכ"א הוא תמוה בעיני דהא מבואר סי' קכ"א סעיף ה' דנשבע בכה"ג שבועה חמור' ע"ש בחידושי טעם הדבר שכיון שהי' החוב בידו לפוטרו חשיב כאלו הי' מעותיו כוודאי בידו:

ט **ותדור.** עש"ך ס"ק צ"ג ועיי' תומים שכתב דמיירי שאמר שתידור ליתן לפלוני דהיינו שאומר שתתחייב עצמך חיוב גמור לפלוני ובזה החיוב תהי' פטור ממני ובזה בוודאי נתחייב להמקבל ואם אמר העכו"ם להמקבל פטור להמלו' שלך ואני אתן לך חייב מדין ערב:

סימן קכח

א **אין הלוה חייב לשלם** עש"ך ס"ק ב' עד דגבי עכו"ם בלא כומ"ס כמו גבי ישראל בכומ"ס עכ"ל והטעם לזה נרא' דכל מי שנתחייב בעצמו לעכו"ם מחייב עצמו לכל דיניהם כמ"ש התומים בסי' ק"ד בשם הרשב"א וכיון דבדיניהם חייב הלו' לכל מי שימסור לו המלו' שטרו אף בלא כומ"ס מש"ה דמי למתחייב עצמו לכל המוציאו:

ב **אפי' הי' המלו' דוחקו** עש"ך ס"ק ג' עד איכא לפרושי שכבר הקריב קרבנותיו וכו'. ובתומים תמה ע"ז דלא מצינו בקינין שנאבדו מיד כהן שלא יהיו הבעלים חייבים באחריותן וכו' ויפה כתב בקצה"ח דאשתמיטתי' משנה מפורשת בשקלים פ' ז' דתנאי ב"ד הוא בקינין שנאבדו שיהי' מקריבין אחרים משל צבור:

ג **אם פרע לעכו"ם.** עש"ך ס"ק ד' ואע"ג דההיא דפרע חובו מצילו מן ההפסד ואפ"ה קרי מבריח ארי ש"ה כיון דמן הדין הי' חייב הלו' לפרוע למלו' לא קריא לי' הפסיד כן פי' רש"י וא"כ בנידון זה דהצילו מן ההפסד חייב לפרוע לו שהרי היהודי לא נתחייב להגמון כלום מהדין וכו' לכאורה הוא נגד הסברא דכשמצילו מן החיוב שלא מן הדין יהי' חייב וכשמצילו מהחיוב מהדין יהי' פטור אבל אחר העיון נרא' הדברים פשוטים דהא מבואר בב"ק פ"א דתנאי כ"ד הוא דזה שופך את יינו ומציל את דבשו וכו' והוא מכלל השבת אבידה דמחייב כל אדם להציל את חבירו מן ההפסד מש"ה המציל את חבירו מן ההפסד לא הוי כפורע חובו שלא מדעתו כיון דמחויב הוא להציל הוי כפורע מדעת דדעת שכינה איכא כמ"ש רש"י בב"ק ך"א הוי כפורע מדעת משא"כ חוב דאינו מחויב לפרוע חובותיו של חבירו הוי כפורע שלא מדעת דפטור דלמה הי' לו לפרוע

ולפ"ז נראה דאפי' מציל מן העלילה או מן ההפסד דאינו חייב רק כשלא הי' הבעלים בשעת מעשה אבל אם הי' הבעלים בשעת מעשה פטור מטעם דהי' לו להתנות כמבואר בסי' רמ"ד סעיף ג' דהא דאמר בש"ס בש"ח שהי' לו לקדם ברועים ומקלות דש"ח (בחנם) דאמאי לא יתחייב להציל אפי' בשכר כמו שמחויב לשפוך את יינו להציל דבשו של חבירו נרא' דבאמת חייב רק שאם לא עשה בשכר לא הוי פושע ובש"ך שם יש ט"ס כי ג"פ כתב שם עכו"ם אינו מתרצ' בריצוי בסף וצ"ל רק בריצוי כסף:

ד **הי' בידו משל חבירו.** ובתומים הקש' דא"כ מאי מקש' התוס' בב"ק נ"ח בשומר שקידם ברועים ומקלות הא שם הי' בידו משל חבירו. לק"מ דלפי מ"ש שם בעצמו הטעם בשם הגה"מ וז"ל אלו פרע לחברו במשכון של חבירו הי' פטור רק הוא נתן שלו עוד היום הבריר' בידו ליתן לו של חבירו וליקח את שלו וא"כ או חבירו ישלם לו או יעשה חליפין וכו' וזה לא שייך אלא בפורע חוב ולא במציל מן הארי ולא הי' אפשר לו להציל בממון חבירו רק בממון שלו ומכ"ש לפי הטעם שכתב הסמ"ע דפטור מטעם שיעבודא דר"ן דלא שייך במציל מן הארי:

ה **אין חברו חייב לשלם.** עסמ"ע ס"ק ו' שכ' דאפי' למ"ד דהפורע חובו של חבירו חייב מ"מ בנתפס על חבירו פטור ודחק עצמו בטעם הדבר. ולפעד"נ הטעם פשוט דהא מבואר בסי' שצ"א בש"ך ס"ק כ' דדוקא ביורד של"ב חייב משום שנתכוין להשביע אבל אם בא ראובן ולקח ממון שמעון והשביח בו נכסי לוי פטור לוי מלשלם ע"ש א"כ לפ"ז הטעם פשוט דבשלמא בפורע חובו של חבירו כיון דמעיקר' הי' הנכסים משועבדים לבע"ח וכיון שפרע החוב סילק השיעבוד מהנכסים והוי כמשביח נכסי חבירו שלא מדעתו וחייבין לשלם משא"כ בתופס על חבירו דמי לראובן שמשביח נכסי שמעון בממון לוי דפטור ואפי' לתי' השני דדוקא בצבע הדין כן משום דלא ניכר השבח מ"מ ה"נ גבי סילק השיעבוד נ"כ אינו ניכר השבח מש"ה פטור אך הא קשיא לי למה נפטר בנתפס על חבירו הא ראובן התופס משמעון בשביל חוב של לוי הוא גזלן גמור ואלו תבע שמעון לראובן קמן בדינא ודאי דחייב להחזיר לשמעון וכיון דלוי חייב לראובן וראובן לשמעון הרי נשתעבד לוי לשמעון מדר"נ ואפי' בבע"ח עכו"ם שייך שיעבודא דר"נ וצ"ל דמיירי שבשעת תפיסה כשתפס ראובן נכסי שמעון בעד לוי תפסו לפרעון ופטר את לוי מחובו ושוב לא שייך שיעבודא דר"נ כמ"ש הש"ך בסי' ס"ו סקנ"ח ולפ"ז אם תפס נכסי שמעון בעד לוי רק למשכון ולא לפירעון חייב לוי לשלם לשמעון מדר"נ וע' בספרי מקור חיים על ה' פסח סי' תמ"א דאם הי' נכסי שמעון ברשות לוי ותפס הבע"ח של לוי חייב לוי לשלם לשמעון וראי' מתפס המלך גרנו בחובו דחייב לעשר:

ו **מלמד**. ע' ט"ז שכתב דכל שהעכו"ם הי' יכול לתבוע לשמעון בדיניהם לא שייך הדין דנתפס על חבירו וחייב לשלם:

סימן קכט

א **בעד יום אחד**. עש"ך ס"ק ו' עד ודמי למי שאמר כל הזן אינו מפסיד וכו'. ע' תומים שהקש' דהש"ך סותר דברי עצמו בי"ד סי' רל"ה שפוסק באומר כל הזן אינו מפסיד דחייב לשלם ומסיק דאף דהעיקר כדבדי הט"ז שם דפטור באומר כל הזן אינו מפסיד מ"מ באומר כל מי שילו' אשלם לו אני ערב לו דוודאי חייב כמו כאומר כל הזן אשלם לו ע"ש וצ"ע. ובספר קצה"ח כתב דהכא פטור ובערב בעינן דוקא לשון שליחות דהיינו תן לו ואני פורע אבל כשלא אמר ל' שליחות רק ואני ערב בלבד אין לו דין ערב וזה ודאי ליתא דהא איכא תנאי דסברי דאפי' שלא בשעת מ"מ חייב ושלא בשעת מ"מ ודאי דלא אמר ל' שליחות דתן לו רק ואני ערב גרידא ואפ"ה חייב ואפי' מאן דפוטר הוא מטעם דשלא בשעת מ"מ לא על אמונתו הלוהו כמבואר בסוף ב"ב וא"כ בערב בשעת מ"מ דעל אמונתו הלוהו אפי' לא אמר לשון שליחות רק ואני ערב לחוד ג"כ חייב וכן מוכח בכמה דוכתין והוא פשוט וברור לפענ"ד:

ב **כי בטוח הוא** עש"ך ס"ק ז' ומשמע דאין בזה חיוב טעם ערבות רק דין גרמי ונ"מ למאן דפוטר בדיני דגרמי במה דס"ל דדיני דגרמי הוא רק קנס ולא קנסו בנו אחריו כמבואר בסי' שצ"ו ומ"ש הש"ך דאם הוא בקי כגון שותף דפטור הטעם דהוי כמו מראה דינר לשולחני דאומן פטור דהוי אונס וה"נ בבקי הוי כמו אומן דפטור מטעם אונס ובש"ך ס"ק ה' יש ט"ס וצ"ל וזה לא ידע חשוב באונס ופטור:

ג **דלהרמב"ם אפי' ערב** עש"ך ס"ק י"א עד דמסתמא פלוגתתן במתניתין ר"י וכ"נ מיירי בין למ"ד אסמכתא קניא ובין למ"ד לא קניא וכו' לכאור' קשה דבתירוץ זה אינו מתורץ רק הא דאמר התם בש"ס דר"י לא מצי סבר כבן ננס וזה א"ש להש"ך דב"נ אמר דאפי' למ"ד אסמכתא קניא פטור ערב היוצא לאחר חיתום שטרות וע"כ לא מצי לחייב עצמו בשטר גרוע וכר"ל אך מ"מ קשה כיון דר"י פסק בהדיא דאפי' למ"ד אסמכתא לא קניא מ"מ בשטר מהני ופסק התם בב"ב בהדיא דהלכתא כר"י וגם הלכה כר' יוחנן ובכתובות אמרי' דר"י ס"ל כרבי ישמעאל וא"כ אמאי פסק הרמב"ם דשטר לא מהני והי' אפשר לו' ביישוב דברי הרמב"ם דסובר כהנימוק"י שב' בסוף ב"ב דהך משנ' דערב היוצא לאחר חיתום דמיירי בקנין ע"ש וא"כ קשה הא דמדמה הש"ס בכתובות פרק הנושא פלוגתא דר"י ור"ל לפלוגתא דר"י וב"נ הא פלוגתא דר"י וב"נ מיירי בקנין ור"י ור"ל מיירי בלא

קנין ועכצ"ל דפירושא דהש"ס דייק דהמשנה שם מירי שאין העדים לפנינו רק שכתב בשטר אחר חיתום ואני ערב בק"ס שמודה שנעשה בק"ס וזה הוי הודאה בשטר גרוע כמ"ש התוס' שם וא"כ מוכח מר"י דהודא' בשטר כזה מהני וע"כ דחיוב בשטר כזה ג"כ מהני כמו שהוכיחו התו' שם כד"ה כתנאי דהא בהא תליא ע"ש אך עדיין קשה דילמא לא פליג ב"נ רק דס"ל דקנין לא מהני בערב שלא בשעת מ"מ בהרבה תנאים דסוברים כך שם אבל במקום דמהני מהני ג"כ שטר כזה ובזה א"ש דברי הש"ך דכוונת הש"ך כך היא דפליגי ר"י וב"נ בין למ"ד דאסמכתא קניא וממילא לא נזכר בשטר שנעשה בק"ס דהא א"צ ק"ס ובין למ"ד אסמכתא לא קניא ומירי שנזכר בשטר שנעשה בק"ס דהא למ"ד זה לא קניא וע"כ צריך ק"ס וסובר ר"י דבין למ"ד אסמכתא קניא ולא נזכר בשטר רק לשון ערבות לחוד ובין למ"ד אסמכתא לא קניא ונזכר בשטר שנעשה בק"ס בכולן מהני שטר כזה וע"כ סבר ר"י דשטר גרוע כזה מהני ג"כ לחייב עצמו כמו שיכול לחייב עצמו באתם עידי דהרמב"ם וסובר כר"י שסובר דהודא' בשטר גרוע בלא קנין מהני דהא למ"ד אסמכתא קניא מירי בלא קנין אלמא דגם בשטר כזה יכול לחייב עצמו וע"כ דפליג על ב"נ כיון דב"נ סובר דאפי' למ"ד אסמכתא קניא לא מהני שטר וכן למ"ד אסמכתא לא קיניא ומירי שנזכר בשטר שנעשה הערבות בק"ס מ"מ מוכח דהודאה בשטר כזה לא מהני לב"נ וה"ה לענין חוב ופוסק הרמב"ם כר"י וכר"י וכדמסיק בסוף ב"ב דבעי קנין שלא בשעת מ"מ וכדברי חנ"י. ובתומים כתב לתרץ דברי הרמב"ם דהא בהא תליא דקנין לא מהני לסלק האסמכתא רק במקום דלא צריך קנין לגוף החיוב מש"ה לר"י דיכול לחייב עצמו בשטר ממילא מועיל הקנין משא"כ לר"ל דלא מצי לחייב עצמו רק בקנין ממילא לא מהני בקנין לסלק האסמכתא ולא משמע כן מכל הפוסקים דודאי הקנין מסלק האסמכתא אפי' אם צריך ג"כ קנין לגוף הדבר וגם מנין להרמב"ם לחדש דין כזה.

ד **כל היכא דבעי קנין**. עש"ך ס"ק י"ב עד ה"א לגבי השבח ערב שלא בשעת מ"מ כו' ובספר קצה"ה כתב דהוי בשעת מ"מ בעיסקא שהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון ומניח אצלו השבח ע"פ של הערב והא ודאי ליתא דכשנולד השבח כבר הוא ת"י המקבל ולא הוי כהוציא ממון ע"פ ול"ד לס"ס פ"א בב' שקבלו עסק שהן ערבים גם בעד השבח דשם כיון שקיבלו אח"כ השבח ועסקו ביחד חזרו ונעשו על השבח כשנים שקבלו פקדון ביחד ונעשו ערבים משא"כ כאן שאין דערב כאן בשעה שמקבל מקבל השבח לידו עמ"שש שנידון הערב שהעמיד הנותן על השבח דכתב הש"ך דהוי כשעת מ"מ כיון דקיבל עליו לטרוח ולפ"ז הדין כן גם בשכירות מטלטלין ומ"מ בערב לעכו"ם בעד הריבית אף דאגר נטר במעות דומה לשכירות מטלטלין אפ"ה לא הוי רק כערב שלא בשעת מ"מ כמבואר

בי"ד סי' ק"ע בהג"ה ועיין בספר חוות דעת שם מה שחלקתי בזה ע"ש (ועש"ך ס"ק ט"ו ויש שם ט"ס וצ"ל היכי דמידי חסרי' אע"ג דמצות קעביד וכן היכי דלאו מצוה קעביד משתעבד):

ה **אינו גובה אלא מבנ"ח.** עסמ"ע ס"ק ך' וע' תומים דה"ה להרמב"ן בערב קודם חיתום שטרות דמהני רק לענין בנ"ח דנגד משעבדי בעינן קנין ושטר ועיקר הטעם הוא כמ"ש הכנה"ג בשם חכם אחד הובא בתומים סי' קי"ו ס"ק ה' דכל שצריכין הקנין לגוף הדבר אינו מועיל לענין משעבדי אבל בשטר שכתבו בו ופ' ערב בוי"ו מהני אפי' נגד משעבדי מטעם שכתב הסמ"ע בס"ק כ"א ע"ש.

ו **נשבע הלוה היסת ונפטר הוא והערב.** מ"מ אם תפס מן הערב שלא בעדים ויש לו מגו מהני דמגו כעדים דמי.

ז **לא ליותי מעולם.** עש"ך ס"ק י"ט וע' תומים שכ' דאף דגבי לוה ישראל אם אמר לו לוה סתם אני ערב והלוה לו שלא בעדים חייב הערב כיון שלא הזכיר עדים יכול לומר את האמנתיו כמבואר בסי' נ"ח ובסי' צ"ח וקכ"א מ"מ בעכו"ם כה"ג פטור ומסתימת דברי הפוסקים בסי' הנ"ל משמע דאפי' בעכו"ם כה"ג יכול לו' האמנתיו:

ח **הערב חייב לשלם.** עש"ך ס"ק ך' דהעיקר כהב"ח. ע' בב"ח ובתומים דבעי' ג"כ קנין בבד"ח מן הערב רק דבא להשמיענו דלא תימא כיון דהלוה פטור דלא קנה בבד"ח ה"ה הערב קמ"ל כיון דהערב קנה בבד"ח נתחייב הוא אע"פ שלא נתחייב הלוה וכן מוכח בדברי הרשב"א דמדמה אותו לתן מנה לפ' ובודאי לא עדיף בתן מנה לפ' מתן מנה לי וכיון דבתן לי ואם לא אשלם לך לזמן פ' אתן לך דמים כך וכך פטור אם הוא בענין שיש בו אסמכתא מכ"ש בתן מנה לפ' כה"ג ויש בו משום אסמכתא (וע' ש"ך ס"ק כ"ד ויש שם ט"ס וצ"ל ואם ידוע שהוא רחוק יותר מל' יום נותנין לו כפי צרכו וכו' ותיבת אין ט"ס):

ט **וצריך לכלול בשבועתו.** עסמ"ע ס"ק ך"ה עד ואם לא הי' נשבע שעדיין חייב לו נפטר הערב וכו' פי' לדבריו דאם לא הי' נשבע רק שהי' טוען פרוע נפטר הערב אבל אם מודה רק שהוא אלם ואינו רוצה לישבע חייב הערב דאלת"ה הו"ל להסמ"ע לכתוב רבותא יותר דאם א"ר לישבע נפטר הערב ועוד דהא כתב הב"י בטור דשבועה זו אינו אלא גילגול שבועה דשבועת אין לי ובשבועת אין לי גופי' הדין כך כמבואר בהג"ה ס"ס י' ועוד דאם אינו חייב הערב רק בשבועת לוה מחשש קנוניא גם בשבועה לא יהי' נאמן דודאי א"נ לחוב לאחרים בשבועה אלא דאינו פטור רק כשכופר דנפקע החיוב מעל הלוה נפטר גם הערב אבל כשמודה ויש חיוב על הלוה חייב גם הערב ופשוט. ומה שחילק בקצה"ח בין אם ברח או לא אין בו ממש ובמלוה בשטר כתב הסמ"ע דצריך המלוה לישבע ובתומים

נסתפק בזה והעיקר כהסמ"ע דערב דמי ממש לנפרע מנכסי הלוה שלא בפניו דצריך שבועה דנכסי דאינש ג"כ יש להם דין ערב ושוב אין ראיה של התומים ראיה דנפרע מהערב דמי לנפרע שלא בפניו ולא מטעם דדמי למשועבדים כנ"ל ברור:

י **צריך להודיעו**. עסמ"ע ס"ק כ"ט וכצ"ל אבל הב"ד בעצמם אין שולחין אא"כ יכול השליח לחזור ולבוא תוך ג' יום וכ"ה בפרישה לענין שאין הב"ד יכולין לתבוע להערב עד שיתבע הלוה תחלה ואז כשהוא בתוך הזמן מהלך ג' ימים הוי בהלוה בפנינו וא"י לתבוע הערב כלל משא"כ כשהוא רחוק מזה יכולין לתבוע להערב אא"כ הערב מבקש זמן והוא בתוך שיעור ל' יום אזי הב"ד שולחין ומודיעין להמלוה ומה שמסיים הסמ"ע שנותנין לו כפי צרכו קאי אמה שכתב ואם אינו יכול דאז נותנין לו כפי ראות עיני ב"ד אבל כשאינן יודעין היכן הוא נותנין לו זמן יותר משלשים יום ועל הערב חל לטרוח:

יא **נשבע הלוה היסת**. עש"ך ס"ק ל' וע' תומים דבקבלן כ"ע מודי דהוי כשליח שעשאו בעדים וכן עיקר דהא בסמ"ע כתב הטעם דהמלוה יכול לו' לאו בע"ד דידי את שאתבענו וכו' וטעם זה לא שייך בקבלן וברור:

יב **ואפי' יש נכסים ללוה וי"ח בזה**. והחילוק שיש בין מי שהתנה ממי שארצה אפרע ובין לא התנה לדעת החולקין דס"ל דאפי' בהתנה א"י ליפרע מהערב ביש נכסים ללוה מבואר בדברי התו' והנ"י דלדעת התוס' החילוק הוא דבלא התנה אפי' יש ללוה מטלטלין א"י לתבוע הערב אבל בהתנה דוקא כשיש להערב קרקעות דהי' עיקר שיעבודי' עלייהו א"י ליפרע מהערב אבל כשאין ללוה רק מטלטלין ולא קרקעות אין מחויב לחזור על המטלטלין של לוה ונפרע תיכף מהערב והנ"י מחלק בין נכסים ידועין ובין אינן ידועין דבלא התנה א"י לתבוע הערב עד שנתברר מקודם שאין ללוה שום נכסים ע"י שבועת הלוה וכיוצא אבל בהתנה יכול ליפרע מהערב אם לא שיש נכסים ידועים ללוה א"י ליפרע מהערב והמחבר קיצר בדבר ולענין דינא נראה דהלכה כהתו' (ועסמ"ע ס"ק ל"ט ויש שם ט"ס וצ"ל כל שאינו מזכיר לא לשון הלואה ולא לשון פרעון וכו' ובס"ק מ"א יש ג"כ ט"ס וצ"ל גובה מהלוה ומנכסים בנ"ח ואם אין לו בנ"ח גובה ממשעבדי):

יג **לקח הקבלן המעות מיד המלוה**. ונ' דדוקא שלקח בשם עצמו או שלקח סתם המעות מהמלוה ונתנם להלוה אבל אם בא בשליחות הלוה להמלוה אמר הלוה שלחני אצלך שתתן לו המעות לא הוי כנו"נ ביד דשלוחו של אדם כמותו והוי כאילו קבלן הלוה מעצמו וכן אם המלוה נתן בתורת שליחות להקבלן שיוליכם להלוה לא הוי כנו"נ ביד מהאי טעמא ועוד נראה דאם הי' קבלן על איזה מקח שנתן בהקפה לחבירו וחבירו כבר קנה המטלטלין בק"ס והלך הקבלן ולקח המטלטלין אפי' כסתם מהמוכר ונתנם

להלוקח לא הוי כנו"נ ביד דדוקא במעות הלואה שהמלוה יכול לחזור בו מההלואה וגם גוף מעות הלואה לא נקנה לו הוי כנו"נ ביד במעות של המלוה אבל במקח שכבר קנה הלוקח ושוב הלוקח יכול ליטלם בע"כ של המוכר כיון שכבר קנה בקנין ע"פ קבלנותו של זה של לא הוי כנו"נ ביד מעות המלוה רק כנוטל מעות של הלוה ונותן להלוה אחר שכבר קנאם בקנין ופשוט:

יד **אא"כ מחל הקבלן** עש"ך ס"ק ל"ח עד אין הקבלן יכול למחול ובתומים כתב כיון דדינא הוא דאין הקבלן יכול לתבוע הלוה עד אחר שפרע בשבילו לא חל החיוב של לוה להקבלן קודם שפרע בשביל דכיון שמחל קודם מחילתו מהילה ע"ש. ובקצה"ח כתב דאין דין זה רק בקבלן פשוט אבל בקבלן שנשא ונתן ביד הוי הלוה כלוה גמור של הקבלן ע"ש. ולפענ"ד הא ליתא דאפי' בקבלן שנשא ונתן ביד אין הלוה חייב להקבלן רק כשפורע בשבילו דהתחלת החיוב לא הי' רק מחמת זה דהא הלוה לא אמר להערב הלוה לך ולוה לו רק הי' ערב או קבלן עבורי ואין לערב נגד הלוה רק דין קבלן מלוה רק שיש לקבלן נגד המלוה דין לוה כיון שנו"נ ביד ואפי' לא אמר לו הלוה הוי נו"נ ביד ומעצמו עשה כן יש לו נגד המלוה דין לוה ולא אישתמיט שום פוסק לחלק בין קבלן לנו"נ ביד או לא בהא דסי' ק"ל ואם הי' המלוה גר ומת דנפטר הקבלן גם הלוה נפטר מהקבלן דלא נתחייב הלוה לקבלן רק שלא יפסיד הקבלן מחמת ההלוא' זו ואף דהחוב הוא ודאי כמו תנאי ומעכשיו דהא גובה ממשעבדי מזמן הלוא' מ"מ כיון שמעכשיו הוי כמו שמעכשיו מתחיל החיוב ואח"כ נגמר כמ"ש הסמ"ע בסי' קנ"ה מש"ה כשמחל קודם שנגמר החיוב לא חל שיעבודו דר"נ עדיין ומהני מחילתו ומ"מ אין לזוז מפסק הש"ך:

סימן קל

א **אם פרעו קודם שנודע.** עסמ"ע ס"ק ב' בהג"ה בראובן ועכו"ם שלוו משמעון ולוי נעשה ערב בעד ראובן ואח"כ פרע לוי לשמעון חצי החוב ואח"כ פרע העכו"ם הכל לשמעון דמה שפרע פרע ע"ש וקשה לי דהא כיון שראובן ועכו"ם לוו ביחד משמעון נעשו ערבים זה לזה כמבואר בסי' ע"ז וא"כ הוי כמו לוי ועכו"ם שערבו ביחד בעד החמשים של ראובן וכ"ה בפי' בב"י וטור וכיון שלוי פרע כל החמשים שהיה ראובן חייב מחויב העכו"ם להחזיר המתנ' ללוי כמבואר בסי' ע"ז גבי שלשה שערבו ביחד ושמעון שקיבל הכל מהעכו"ם באמרו שלא נפרע עדיין הוי כאלו גזל להעכו"ם וחייב להחזיר לעכו"ם אלו תבע לי' קמן בדינא וא"כ משועבד שמעון ללוי מדר"נ כיון דהעכו"ם חייב ללוי וראובן חייב להעכו"ם ואפי' בעכו"ם שייך שיעבודא דר"נ כמבואר בתשובת

מהר"מ ב"ב ד"פ סי' רנ"ג הובא בתומים סי' פ"ו ואף דבתומים שם פיקפק בהלואת עכו"ם מטעם דהפקעת הלואתו מותר מ"מ הכא לגזל דמי ודמי ממש לדין דמהר"מ הנ"ל ואף בהלואת עכו"ם כתב התומים בעצמו בסי' קכ"ו ס"ק כ"ז ע"ש דלא שייך הפקעת הלואתו רק כשאומר בפירוש שמפקיע וכ"ה בבירור וגם במקום שאפשר לבוא לידי ח"ה אסור להפקיע הלוא' ושייך שיעבודא דר"ן כמ"ש בקצה"ח ולזה נראה דמיירי שלוי פרע קודם שהודיע ללוה דאז הערב אפי' ללוה א"י לתובעו כשפרע הלוה ג"כ אח"כ כמ"ש הש"ך ס"ק ד' מש"ה אף להערב השני א"י לתבוע אבל אם פרע ע"פ ב"ד כגון שהיה הלוה במדנה"י צריך שמעון להחזיר החצי:

ב **אינו חייב להערב כלום** עש"ך ס"ק ג' עד דמ"מ מוכח דהקבלן פטור דאם איתא דחייב למה אינו חייב הלוה הלא יאמר הקבלן אפי' אתה אומר כפני שפרע אני חייב לשלם וכו' ולפענד"נ כיון דמיירי שלא פרע ע"פ ב"ד א"כ יכול הלוה לומר כיון שהמלוה חייב לישבע כמבואר בסי' קכ"ט ובסמ"ע ס"ק ך"ח דהוי כנפרע שלא בפניו דצריך שבועה וכיון שלא היה זכות ליטול כ"א בשבועה איהו אפסיד אנפשי' כשפרע שלא בשבועה דאימר לא הי' מעיז לישבע בשקר ומיירי שאין המלוה רוצה לישבע עכשיו או שהלך למדנה"י וכן מוכח מהש"ך ס"ק א' שכ' בשם הב"ח דמלוה בשטר ויש להלוה שובר שפרע דאין חייב הלוה וע"כ הוא מטעם שכתבתי משום דפרע שלא בשבועה ועכשיו א"א לו לישבע כיון שיש שובר דאלת"ה אמאי פטור הא הערב היה מוכרח לשלם כמ"ש הט"ז:

ג **צריך הלוה ליתן**. עש"ך ס"ק ד' עד והי' לו להודיע ללוה שפרע עבורו וכו'. נראה דדוקא כשפשע הערב במה שלא הודיע ללוה פטור אבל כשלא פשע כיון שהי' במדנה"י או שחלה חייב הלוה כיון דמיירי דנתחייב הערב בדין כמ"ש הסמ"ע סקכ"ה והערב הוי כהרשהו לשלם ונתחייב לו הלוה תיכף להחזיר ונאנס במה שלא הודיע מסתברא דחייב הלוה לשלם ואפי' בפשע במה שלא הודיע פוסק בתומים כהסמ"ע:

ד **אם עמד מעצמו** עסמ"ע ס"ק ז' דמשום קבלן נקט וכו' מוכח מדבריו דאפי' בעמד מעצמו ונעשה ערב אם נתחייב הערב בב"ד נתחייב הלוה לשלם לו דאלת"ה הוצרך ג"כ למינקט משום ערב לפוטרו אפי' בנתחייב בדין דבאמר לו ערבני חייב עכ"פ בעמד בדין כמו שסיים אלא ודאי דאפי' בנעשה ערב מעצמו חייב כשנתחייב הערב בדין ושפיר כ' הסמ"ע דרק משום קבלן נקט והטעם לזה נראה דדוקא בפורע חוב שלא מדעתו פטור דהוה כמבריח ארי שאינו מצילו רק מהיזק אבל בנעשה ערב עבורו כיון שהמלו' לא רצה להלוות ללוה עד שנעש' לו הלה ערב והרי הקנהו לו זה מעותיו מחמת הערב והוי

הערב כמרויח לו ממון שהרי על ידו הגיע הממון לרשותו והוי כהרויח לו ממון ולא דמי ללוה כפר והלה פרע לו שלא מדעת הלוה ודמי למצילו מן ההיזק ופשוט:

ה **אפי' אם שטר החוב בידו** עש"ך ס"ק ח' (ויש שם ט"ס וצ"ל כשמביא עדים הערב שפרע יכול לוה לומר לערב פרעתיך וכו' בהתקבלתי לחוד אין יכול לומר פרעתיך וכו' הא לא"ה אינו גובה והשתא א"ש הא דקאמר וכו' כצ"ל ומסיק דלא מהני התקבלתי ובעינן דוקא כומ"ס ומפרש כהרא"ש שכתב בשם ר"י בב"ב ל"ב דמיירי כשכתב לו התקבלתי דכוונת הרא"ש הוא שנתן לו כומ"ס וכו' והוא תמוה מאוד כמו שתמה בתומים דאם כן התקבלתי ליל ועוד למה נקט הדין בההיא ערבא הא בכומ"ס אפי' באינש דעלמא מהני ועוד למה כתב הרא"ש הטעם דאם לא כתב התקבלתי מצי טען דילמא בפקדון הוא גבך או דילמא מסר לך הא עיקר הטעם לדעת הש"ך הוא דאינו חושש להניח שטר כזה ולזה מסיק בתומים דהעיקר הוא בכוונת הרא"ש דהתקבלתי לחוד כלא כומ"ס סגי והנה האמת הברור שכוונת הרא"ש בשם ר"י כדעת כל הפוסקים דהתקבלתי לחוד סגי אך עדיין דברי הרא"ש תמוהין מאוד דלמה כ' דאי לא כתב התקבלתי מצי טען דילמא פקדון או מסר לי' הא הוכחה פשוטה הוא דמיירי בכתב התקבלתי דהא בש"ס התם דלא מהימן הלוה לומר פרעתי לערב ואי בלא כתב התקבלתי ודאי דמהימן כמבואר כאן בש"ע. לזה נראה דכוונת הרא"ש היא דהא כ' הסמ"ע בס"ק ט"ו דאף כשהמלו' גובה מהערב עדיין השט"ח בתוקפו על הלוה ונכסיו לחזור הערב ולגבות מהלוה וע"ש עוד בסמ"ע שכ' דמסתמא לא שדי אינש זוזי בכדי והוי הערב כקונה השט"ח מהמלו' ע"ש ובוודאי אם הערב פורע בסי' לבטל השטר ודאי השטר בטל רק דאנן אמרינן לא שדי אינש זוזי בכדי ודאי נתן אדעתא דהכי שיהיה השטר כתקפו ואדעתא דקניית השטר מיד המלו' נתן מעותיו ולזה נראה דשטר כזה נקנה מהמלו' לערב במסירה בלא כתיבה דעיקר הטעם דמכירת שטרות דרבנן ובעי כומ"ס הוא מטעם דא"י למכור שיעבוד גופו של הלוה והלוה מצי טען לאו בע"ד דידי את וכיון דפורע הערב ממילא נשתעבד גופו של לוה ונכסיו להערב מש"ה יכול להקנות גם כן השטר במסירה בלא כתיבה רק לענין שיעבוד נכסים של לקוחות פליגי הפוסקים אם יכול להקנות במסירה. אמנם אם נראה דדוקא כשגובה המלו' מהערב בתורת גוביינא או שהערב פורע למלוה בתורת פרעון דאז נשתעבד גופו של לוה להערב יכול למסור השטר להערב ג"כ אבל במקום שאין המלו' יכול לתבוע לערב כגון קודם זמן פרעון או בשאין הערב רוצה לפרוע קודם שיתבע להלו' ואמר המלו' להערב אין רצוני לתבוע ממך שתפרע לי רק אני רוצה למכור לך השטר חוב של מנה בחמשים כדרך שמוכרין לאחר למען לא אצטרך לתבוע להלוה

קודם ודאי דדין הערב כדין שאר כל אדם דבעי כתיב' ומסיר' דהא קודם שהערב פורע בתורת פרעון אין להערב שום שעבוד הגוף על הלוה והשתא א"ש דמ"ש הרשב"א הביאו הש"ך דבעינן שיכתוב התקבלתי ושיתן לו זכותו היינו שלא יתן הפירעון לבטל השטר רק שיקנה לו השטר במסיר' בדרך קנין ולדעת הסמ"ע מסתמא כך הוא דלא שדי אינש זוזי בכדי וכיון שמקנ' לו השטר בשעת פירעון או אח"כ לדעת הסמ"ע נקנה במסיר' בלא כתיב' כמש"ל מש"ה אפי' איכא רק עידי פירעון מהערב סתם כיון שבוודאי אדעת קנין נתן המעות דלא שדי אינש זוזי בכדי כמ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ו סגי גם כן כמסירת השטר ושפיר כתב הסמ"ע בס"ק י"ד דמהני כמו בהתקבלתי אם לא שהעדים מעידין שנתן בפירוש הפרעון לבטל השטר וצוה לקורעו אז לא מהני למכור אחר כך השט"ח להערב ולפ"ז כתב הרא"ש שפיר דמיירי שכתב התקבלתי והיינו שכתב לו התקבלתי בעדים ונתן זכותו דהיינו שהקנ' לו השטר דאם לא כתב התקבלתי אף שהמלו' מודה שפרע הערב ואין לו על הלוה מ"מ מצי טען דילמא שלא בדרך פירעון נתתי מעותיך רק בדרך קנין שקניתי השטר חוב מהמלו' בפחות מדמי השטר באופן שכתבתי לעיל כגון קודם זמן פרעון ובכה"ג אין השטר נקנה במסיר' בלא חתימה כנ"ל מש"ה נאמן הלוה לומר פרעתיך ושפיר הוצרך הרא"ש ליתן טעם להא דמצי טען פרעתיך אף שעל ידי פירעון ודאי דנקנה השטר להערב ומה"ת יהי' יכול לטעון פרעתיך לזה כתב הטעם דמצי לומר שמא הקנה לך השטר שלא מחמת פרעון. אמנם נראה הא דנקנ' השטר לערב במסיר' בלא כתיבה כשפורע שלא כדעת הלוה הוא דוקא להנך דסברי דאפי' באומר ערבני לבד חייב בפרע הערב בלא ידיעת הלוה וכשפרעו הערב נשתעבד גופו של לוה ממילא יכול להקנות לו השטר במסיר' גרידא אבל למאן דס"ל אם פרע הערב פטור אפי' אמר לו ערבני כל זמן שלא אמר לו ערביני ושלם מש"ה כל שלא אמר ערביני ושלם בלא דעת הלוה לא מהני התקבלתי שיהי' לו דין שטר נגד הערב עד שיקנה לו השטר בכומ"ס וזהו דעת הסוברים דצריך כומ"ס דוקא והא דכתב הרא"ש בב"ב ל"ב דמהני התקבלתי הוא משום דכתב שם דמיירי בקבלן ואין כאן מחלוקת בין הפוסקים כלל ומ"ש הש"ך בשם הרמב"ן דלא מהני התקבלתי ברמב"ן שם מוכח להיפך ועיין עוד ברמב"ן שם דאם הודיע ללוה וליתומים שפורע עבורם ודאי יש לו דין שטר:

ו **הרי זה גובה מחלקוחות.** ברא"ש בבתרא ל"ב כתב דאם הלוה מודה שהיו ערב ובשטר כתב התקבלתי דלא מהימן לומר פרעתיך. ותמה בג"ת דהא מהימן מטעם מגו דאם בעי אמר שלא ציוה לו להיות ערב עבורו רק שערב מעצמו ותי' דאין זה מגו טוב דמגו לא נקרא רק דאי בעי לא היה טען טענה זו רק טענה אחרת וכאן אף שישקר לו' שלא ציוה לו

להיות ערב יצטרך ג"כ לומר פרעתיך דערב הפורע חוב חייב ולמאן דס"ל פטור בשטוען ברי באמת מהימן במגו:

ז **שהרי פשע** עיין בקצה"ח דבמלו' ע"פ כשפרע הערב בלא סהדי. אז אם המלו' מכחיש להערב ואומר שלא פרע לו דשניהם נשבעין ונוטלין כדין חנוני על פנקסו וכו' וכל דבריו שם דברי תימא דהא מבואר בסעיף ג' דאין הערב נפרע עד שיביאו עדים ע"ש ול"ד כלל לחנוני ע"פ דשם עשהו שליח לשלם משא"כ הכא דלא פרע מצד שליחות דק מצד ערבות ולא שייך לומר אנא (סמיך) אהימנותא דידך כו' כמבואר בב"מ ג' ע"ש וזהו טעם הש"ך בס"ק י"ב שכתב דא"י להוציא וכו' אף דבסי' נ"ח וקכ"א מוכח דאף שצוה ליתן מעות שלו מוציא בלא שטר שאני הכא שלא ע"פ שליחות נתן ולא שייך לומר אנא אהימנותא דידך קא סמיכנא משום הכי אינו יכול להוציא בלא שטר:

סימן קלא

א **אפי' העליל**. עיין בסי' ע"ו מ"ש מזה :

ב **שכל קנין מעכשיו**. המחבר לשיטתו דמעכשיו לחוד מסלק אסמכתא ולהרב בהג"ה שם צריך קנין בבד"ח :

ג **דאין בערבות משום אסמכתא** והיינו כיון שהלו' חייב ואף דבערבות הי' בו אסמכתא מ"מ משום הסברא דבהאי הנאה גמר ומקנ' מסלק גם שאר אסמכתא כמו שמסלק אסמכתא דערבות משא"כ בסי' קכ"ט סעיף ח' דחייב הערב עצמו יותר מדינו היינו יותר ממה שהוציא ממון על פיו פטור כמ"ש שם מילתא בטעמא ע"ש:

סימן קלב

א **אינו חייב לשלם**. עש"ך ס"ק ב' נרשם בטעות וצ"ל הרשימ' בסעיף ב' על אינה חייבת לשלם עד אבל אם הם בעין גובה ממנו. הדברים תמוהין מאוד כמו שתמ' בתומים דדוקא בלותה וגוף הממון שלות' הוא בעין גובה משא"כ בשיש לה מעות אחר בעין. לכן העיקר דאפי' הם בעין אינו גובה:

ב **יפרע מאיז' מהם שירצ'**. ובתומים תמה ע"ז דהא הרב המגיד למד דין זה מהא דפרק בית כור בשני אחין שחלקו ובא בע"ח וכו' דהבע"ח יכול לגבות מאיז' מהן שירצ' ונכסי דאינש אינון ערבין ומש"ה פסק גם בשני ערבין הדין כן ולא ס"ל לי' תי' התוס' שם דמיירי באפותיקי א"כ לפי מה שפסק המחבר בסי' ק"ז דאפי' בשני יורשין אין הבע"ח יכול ליטול רק מכל אחד החצי כשיש בו שיעור שדה א"כ אמאי פסק כאן בשני ערבים דנפרע

מאיז' מהם שירצ' וכן הקשה בס' קצה"ח סי' ק"ז. ולפע"ד נרא' דהדין עם המחבר דהא דפסק המחבר בסי' ק"ז בשני אחין דנוטל מכל אחד החצי אף דבש"ס פ' בית כור מוכח דהבע"ח יכול לגבות מאחד מהן אף דלא ס"ל תי' התוס' דמיירי באפותיקי היינו טעמא כיון דקיי"ל דאחין שחלקו לקוחות הן דאין ברירי' ובגיטין ס"פ השולח (גיטין דף מ"ז) כתב רש"י דהיינו דבכל חלק יש לכ"א החצי והחצי השני הוי כמכר לחבירו בעד חלקו שהי' לו בחלק חבירו ע"ש ומבואר בסי' ק"ז בטור דיורש שמכר נכסי אביו דאין הבע"ח יכול לחזור על היורש אפי' המעות שקיבל הן בעין בידו רק שחוזר על הלוקח שקנה הקרקע וגם מבואר שם דאם היורש מכר הקרקע ונשאר ביד היורשים עוד קרקע דא"י לחזור על הלוקח דמצי א"ל הנחתי לך מקום לגבות וא"כ כיון דאחין שחלקו הוי בחלקו כאילו יש לו חצי שדה משלו וקנה חצי שדה מחבירו מש"ה אין יכול לטרוף ממנו רק חצי שדה שהוא שלו שירשו אבל חצי שדה השני שלא ירשו רק שקנאו מאחיו א"י לגבות ממנו דמצי א"ל הנחתי לך מקום לגבות דהרי יש עדיין ביד חבירו חצי שדה שירש מאביו מש"ה מחויב לחזור על חבירו מחצי שדה שירש וכן אפי' לדעת התוס' בגיטין שם ד"ה טבל וחולין שיש ג"כ ספק שמא כל מה שיקבל בחלקו הן של חבירו והוא בקנין תחת ידו מחבירו וחלק שת"י חבירו הן שלו מ"מ ממ"נ יכול לגבות ממנו החצי דהא אם הכל קנה מחבירו ולא נשאר תח"י חבירו שום דבר ממה שירש בודאי יכול לטרוף ממנו דהא לא מצי א"ל הנחתי רק החצי השני א"י לגבות ממנו דאימר חצי נשאר ביד חבירו בירוש' מש"ה אפי' חלקו בהרב' שדות שביד כל אחד הוא הרב' יותר מחובו מ"מ יש לספק אולי אין בידו ממה שירש רק כנגד חצי החוב והמותר קנה מיד חבירו וא"א לגבות בל זמן שיש ביד חבירו ג"כ חלק ירושה כיון שהן כלקוחות דהא מה"ט אמרינן בבכורות פרק יש בכור דאין מלוה על פה גובה מאחין שחלקו כיון דלקוחות הן ובש"ס פרק בית כור דהבע"ח יכול לגבות מאיז' שירצ' הוא אליבא דמ"ד יש ברירה וליתא בהו דין לקוחות:

ג **חוזר ותובע מחבירו חלקו.** עש"ך ס"ק ה' דכשגב' מהערב א' דהערב יכול לתובעו השני החצי אף למאן דס"ל דיכול המלו' לגבות מאיז' ערב שירצה ובספר קצה"ח בסי' ע"ז תמה ע"ז ומדמה אותו לשני לקוחות שקנו שני שדות כא' דאם גבה הבע"ח מאחד מהם דא"י לתבוע מחבירו ע"ש והוא תמוה דשנים שערבו דמי ממש לשנים שלוו דמה לי אם אמרו שנים תן לנו מעות ונהי' חייבים לך או שאמרו תן לפלוני ונהי' חייבים לך דתן לפ' הוי ממש כאומר תן לי דהא באשה אם אמר' תן לפלוני ואקדש לך מקודשת דהוי כקיבלה בעצמ' וה"נ דכוותי' וכן אפי' אם שלא בשעת מ"מ ערבו שנים ביחד ואמרו

אנחנו מתחייבים לך בק"ס אם לא יתן זה הוו ערבים זה לזה דמה לי שנים שלוו ביחד שהן ערבים זה לזה כמבואר בסימן ע"ז או שחייבו עצמם ביחד אבל אם כל אחד נעשה ערב בפני עצמו ודאי אין לערב אחד על חבירו כלום וכן הדין במחל לאחד מהן אם נעשו ערבים ביחד ואמרו אנחנו ערבים דמי לשנים שלוו ומה שדימו אותו לב' לקוחות לא דמי כלל דבשני לקוחות בודאי שלא נעשו שותפין בערבות וכן בערבות גופי' אם כל אחד נעשה ערב זה שלא בפני זה ג"כ אינו חוזר וגוב' מחבירו כמ"ש בסמוך וא"י הלוקח שטרפו ממנו בראשונ' לבוא על לוקח ב' רק מצד אחריות ובכה"ג א"א לבוא מצד אחריות דאפי' לוקח שדה אחד והניח שדה אחר ביד הלוה ובא בע"ח ולקח השד' מיד הלוקח כגון שהי' באופן שלא הי' יכול לומר והנחתי לך מקום לגבות כגון שלא הי' השדה כאן אין הלוקח יכול לגבות ממנו כשלקח שלא באחריות דעביד אינש דזבין ארעא ליומא כדאמרי' בב"מ רק משום שקנה באחריות ואפי' קנה בסתם אמרי' דדעתו על אחריות כדאמר בב"מ שם וידוע דאפי' כתוב אחריות אין האחריות מתחיל רק מיום שני כיון שהוא במקום שאין כותבין שעות מש"ה אין הלוקח שנטרף ממנו השדה יכול לטרוף מהלוקח שקנה אחריו משא"כ בשני ערבין שלא שייך סברא זו (ועש"ך ס"ק ה' ויש שם ט"ס וצ"ל ומש"ה כיון שפרע זה כל החוב וכו' מ"ש המחבר סברת הרמב"ם דשנים שערבו נפרע מאיזה מהן שירצה ותיבת לא ט"ס):

סימן קלג

א **שהוא ביד האדם** בס' קצה"ח כ' דמיד קטן מוציאין דלא שייך גבי קטן חזקה דכל מה שת"י הוא שלו והוכיח זה ממ"ש המגיד פי"ג מטוען דחש"ו אין אכילתם ראי' וז"ל המ"מ לפי שאין טענתן כשאר ב"א ואין מקחן מקח דבר תורה וכו' ומזה הוכיח הקצה"ח דאף במטלטלין אין להם חזקה ע"ש וישתקע הדבר דל"ד קרקע למטלטלין דבקרקע אין לו קנין כלל במקח והקטן יכול לחזור בו תמיד כמבואר בסי' רל"ה בסמ"ע ס"ק כ"ט ולכך א"נ בטענה זו ומתנה לא שכיח שנטעון כן ועוד דגבי קרקע חזקה מכח שטרא קאתי וקטנים לאו בני שטרא נינהו כמבואר בסי' רל"ה סעיף ח' וגם לאו בני מחאה נינהו משא"כ במטלטלין דבני קנין מדרבנן נינהו והוי קנין דאורייתא במקום שדעת אחרת מקנה להן דהפקר ב"ד מדאורייתא הפקר כמבואר באה"ע ודאי יש להן חזקה ואפי' אם תאמר דלאו בני טענה נינהו מ"מ לא גרע מגדול שלא בפניו דאנן טענינן להו להחזיק מה שנמצא ת"י ופשוט. ועמ"ש בזה בסי' קמ"ט סעיף י"ח:

ב **נאמן לומר לקוח** עש"ך ס"ק א' ועמ"ש בסי' ע"ב ס"ק ל"ח ישוב שלא תקשה לדבריו מהא דב"ב דף מ"ה בראה עבדו ביד אומן דמשמע דאפי' טוען בפני עדים לקוח דא"נ שוב וגם שלא תקשה לדבריו דא"כ אפי' אם טוען בפני עדים לקוח ואח"כ בפני ב"ד ממושכן יהיה נאמן במיגו דאי בעי היה טוען גם בב"ד לקוח ועמ"ש שם יישוב לכל זה:

ג **אל תחזיר אלא בעדים**. עש"ך ס"ק ב' שהוכיח מדברי התו' ב"ב מ"ה דא"נ במיגו דנאנסו ועיין תומים שתמה ע"ז דהא אפילו בשטר מהימן כמגו מכ"ש באל תחזיר והתו' לא כתבו שם רק למאן דס"ל דלא מהימן בשטר במיגו אבל לדידן דקי"ל דאפי' בשטר נאמן מכ"ש באל תחזיר ולפענ"ד נראה דלק"מ דהא התומים עצמו כ' בסי' ע"א ס"ק ג' דכשנתן לו נאמנות בפקדון דא"נ אפי' יש לו מיגו דנאנסו דאל"כ מה מהני נאמנות שלו דלעולם יש לו מיגו זו ע"ש ולפ"ז לא קשה דבשלמא בשטר י"ל דלקח שטר משום דהיה ירא שמא ימותו עדים או ילכו למדה"י ויטעון להד"ם וגם נ"מ לענן לקוח כשיהיה עידי ראה ולא עידי פקדון משא"כ בהתרה בו אל תחזיר ודאי היתה כוונתו לפסול המגו דנאנסו דאל"כ מה הועיל בתנאי שלו שהתנה לפני עידי פקדון הא אף לפי התנאי יהיה נאמן לטעון החזרתי בלא עדים במיגו דנאנסו בלא ראה ובראה אף בלא התנאי רק בעידי פקדון לבד לא יוכל לטעון החזרתי וע"כ היה כוונתו בהתנאי לפסול המיגו דנאנסו ועמש"ל בביאורים סימן ע"א ס"ק ד' והחולקים כאן דס"ל דנאמן במיגו נראה ליישב בדוחק דסוברים דהא שהתנה אל תחזיר ע"כ לאו מטעם שלא יהיה יכול לטעון החזרתי שלא בעדים דהא מ"מ יהיה יכול לטעון החזרתי בפני עדים שמתו או שהלכו וע"כ לא התנה רק משום שסמך עצמו שכשיתנה כן ודאי לא יחזיר שלא בעדים וגם לא יטעון כן שלא יהיה נראה כמשקר בעיני העולם ודחוק ולכן העיקר כדברי הש"ך ובקצה"ח כ' דאפי' לדעת הש"ך מ"מ נאמן לטעון לקוח במיגו דנאנסו כמו בנאמנות דמהני לענין פרעון ולא לענין מחילה וטענת לקוח דהוא כטענת מחילה דסי' ע"א ע"ש והא ודאי ליתא דמ"ל שטוען החזרתי גוף חפץ או דמיהן גם מה שחילק דהמפקיד בעדים למאן דס"ל דצריך להחזיר בעדים הטעם הוא משום שחושדו מש"ה אפי' לקוח א"נ משא"כ בהתנה אל תחזיר הטעם הוא משום התנאי ליתא דכשהתנה ג"כ ע"כ משום שחושדו התנה כן גם מה שחילק לדעת הה"מ שכתב דא"נ לטעון פרוע במיגו משום דנתחייב בקיום התנאי משא"כ בפקדון דאף שנתנו בינו לבינו נפטר ומה שכופר המפקיד הוי כנאנס ושומר פטור מאונסין זה ג"כ ליתא דבהלוואה ג"כ כשהגיע הפרעון בינו לבינו נפטר רק שחייב משום שנתחייב עצמו וה"נ הרי נתחייב עצמו כשיחזיר שלא בעדים והרי חייב עצמו על אונס זה:

ד **שפיר עדים וראה** עש"ך ס"ק ח' שתמה על הסמ"ע ומסיק דאפילו ליכא עדי פקדון לא מהימן ע"ש ונראה דלפמ"ש הסמ"ע לעיל בסי' ס"ד ס"ק ד' והש"ך בעצמו שם ס"ק ה' דכשטוען משכון הוא בידי מתחילה דנאמן בלא מיגו וע"ש ובביאורים שם דהטעם הוא מהא שכתב הרמב"ן בספר הזכות בכתובות פ' הכותב וז"ל בלא מיגו תהיה נאמנת לומר ממושכן דמאי אילמא לקוח טפי מממושכן והלא מקח היינו ממשכון כו' וכן מסתבר דכמו שנאמן לטעון לקוח מטעם חזקה שכל מה שת"י אדם הוא שלו והיינו משום דהאיך בא לידו א"כ מה"ט גופיה נאמן לטעון משכון ותי' כיון שבא ליטול ע"ש וכ"כ הבעה"ת שעד מ"ט בהדיא וז"ל ועוד כיון דבע"ח קונה משכון הוא גופיה קנין הוא והוי כטוען קניתי במקצת או קניתיו לפירות דודאי נאמן מטעם חזקה זו ולכך בסי' ע"ב שכ' דבעינן מגו היינו כשבא ליטול אכל כשאינו רוצה ליטול רק להחזיק המשכון כידו עד שישלם אפי' בלא מגו מהימן וכן פסק הר"ן הובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק ע"א דאם המלוה אינו רוצה לתובעו רק הלוה תובעו להחזיר המשכון אינו נשבע רק היסת דהוי כטוען על גופו של משכון ומה"ט נמי משכון טענה מעלייתא הוא בלא מיגו ולכך הצריך הסמ"ע עידי פקדון שלא יהיה נאמן אפי' להחזיק המשכון עד שישלם והנה בקצה"ח הקשה על הרא"ש שכ' הטעם בהא דאינו נאמן כשטען בפני העדים משכון משום דצריך שבועה דא"כ בפקדון בשטר כשטען החזרתי לפני העדים דאיגו נאמן רק במיגו דנאנסו דבעי שבועה לא יהי' נאמן שוב לטעון לפני ב"ד החזרתי דלק"מ דבשלמא במשכון יש הודאה של חיוב לפני העדים בגוף החפץ אבל בטוען בפקדון החזרתי דהוא לפטור ואפילו לפני ב"ד יכול לשנות טענותיו מפטור לפטור מכ"ש חוץ לב"ד שאין אדם רוצה לגלות טענותיו אלא בב"ד משום הכי יכול גם כן לשנות טענותיו לטעון נאנסו משא"כ הכא שטען לפני העדים ממושכן שוב א"י לשנות ולטעון החזרתי לפני ב"ד שהרי חייב עצמו בגוף החפץ והוי מחיוב לפטור ובענין דברי המבי"ט שהביא הש"ך בס"ק ה' (ומ"ש דברי המבי"ט בס"ק ו' הוא ט"ס ושייך לכאן) ודאי העיקר כדברי הש"ך שאין חילוק בין כשראו העדים בידו או הודה לפניהם וראיה לזה מדברי הנ"י שכתב בב"ב מ"ה גבי רמאי דפומבדיתא וז"ל כבר שמוה כו' כלומר שמוה בעליהם אבל אינו אומר כבר שמו טליתיך דא"כ היה מודה שהוא שלו וברשותו עכ"ל מוכח בהדיא דהודאה לפני העדים הוי כמו ראה:

ה **ויתרה בו** לכאורה קשה דהא מ"מ יהיה נאמן במיגו דנאנסו וכן קשה על מ"ש הסמ"ע ס"ק ה' והביאו הרמ"א בסימן ע"ב דאם טוען לקוח בפני עדים דאינו נאמן שוב לטעון בפני ב"ד לקוח במגו דהחזרתי משום שאין עומד להחזירו קשה דיהי נאמן במגו דנאנסו ובקצה"ח תי' דהוי ככופר בפקדון דחייב באונסין כיון שאינו נאמן כאמירת משכון ע"ש

ולפענ"ד נראה נהי דכשטוען לקוח אפשר דצדקו דבריו כיון דאנן מחזקינן טענתו לשקר מכח חזקת מ"ק ממילא מחזקינן אותו ככופר בפקדון וחייב באונסין אבל אם טוען מתחלה שמעכבו בשביל חוב שיש לו עליו אין כאן כופר בפקדון כלל כיון שאינו כופר בגוף החפץ ולא הוי רק כמעכב הפקדון שכתב בעצמו בסי' רצ"ך דלא נתחייב באונסין ומלשון המחבר משמע דאפי' אם טען שמעכבו בשביל חוב ג"כ מהני התראה ולפע"ד נראה דכשמתנה אל תחזיר אלא בפני פלוני ופלוני ודאי לא מהימן במגו דל"מ לדעת הפוסקים דס"ל דאפילו אם מביא עדים אחרים שהחזיר בפניהם ל"מ מכ"ש מגו ואפילו להפוסקים דס"ל דנאמן כשמביא עדים מ"מ נראה דלא מהני מגו דעיקר אמירת בפני פ' ופ' אמר בש"ס דהיא כדי דלא לדחיי' והיינו שלא יהיה נאמן לטעון פרעתיך בפני עדים ומתו ואם נאמר דיהיה נאמן במגו הרי מצי לדחיי' בפקדון דהא לעולם אית ליה מגו דנאנסו ובודאי היה כוונתו לפסול המגו ואף שפסק הסמ"ע דלא היה דעתו לפסול עדים מ"מ מגו ודאי היה דעתו לפסול דאל"כ לא הועיל במה שהתרה בו דבשלמא אם התרה בו סתם א"ל תחזיר נוכל לומר כמ"ש לעיל בס"ק ב' דלא היה כוונתו לפסול טענתו אלא משום דודאי לא יטעון כן אבל באם התרה בפני פ' ופ' אמר בש"ס בהדיא הטעם כדי דלא לדחי' ולכך פסק דלא מהני מגו ובהא דסי' ע"ב דמיירי כשטוען אז לקוח נוכל לומר כמ"ש הקצה"ח:

ו **כדי שלא יוכל לטעון החזרתי לך** ונראה דאם אין טענתן רק על גוף החפץ ולא על הדמים כגון שטוען לקוח ועדיין לא שלמתי וחייב אני לך הדמים נאמן במגו דהחזרתי אף שהתרה בו דהא אם יטעון החזרתי לא יתחייב לשלם רק הדמים ובזה נוכל ליישב קושית התו' ב"ב מ"ה ד"ה ל"ש כמ"ש בחדושי הלכה ותו':

ז **ואמרתי לו אל תחזיריהו** בתומים כתב לתרץ דברי ר"י בטור שפסק דהמערער נאמן דמיירי שטוען המחזיק שהמערער מכרו לו וצווה להנפקד ליתן לו ולקחו מהנפקד וגם הנפקד יודע שמכרו לו וכיון דהנפקד חייב לשלם בעד החפץ להמפקיד מחוייב המחזיק להחזיר מטעם שיכול לומר מה לי ולך כמו בסי' נ"ח ע"ש וממילא חייב המחזיק לשלם להמפקיד מדר"נ ע"ש וליתא דכבר כתבתי בסי' נ"ח דדוקא כשתופס בעד חוב י"ל מה לי ולך אבל כשתופס מחמת שהוא שלו לגמרי אין הנפקד יכול לומר מוז לי ולך ע"ש ובקצה"ח הקשה על המחבר דא"כ בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דמוציאין מיתמי יטענו היתומים אלו היה אבינו קיים שמא היה מברר בעדים ולק"מ דדוקא הכא שיש להמחזיק חזקה דכל מה שת"י אדם הוא שלו רק שאנו באין לקלקל החזקה מטעם הפקדון של אחר והתרה בו וע"ז טענינן שמא היה מברר בכדי לקיים החזקה

דכל מה שת"י אדם הוא שלו משא"כ בדברים העשויין להשאיל דליכא חזקה להיתומים וברשותא דמ"ק קאי מה"ת נטעון כן להוציא מחזקת מרא קמא.

ח **והלה טוען שנגנבו** עסמ"ע ס"ק ט"ז שתמה על הרמ"א שהביא היש חולקים הא בנגנבו כ"ע מודו דנאמן כמבואר בסעיף ו' ובש"ך ס"ק י"ג הביא בשם אביו שדחק עצמו לתרץ דמיירי שטען שהשאיל לפ' וכיון שטוען שפ' ששאל לו מכרו הוי כטענת גניבה להרמב"ם והט"ז בסי' קל"ד סעיף ד' תמה ע"ז דא"כ גבי אומן ביצא מת"י אחר ואמר שהאומן מכרו לו אמאי א"נ הא כשטוען שנתנו להאומן לתקן והאומן מכרו לזה הוי כטענת גנובין ע"ש והוא תמיה קיימת (ובתומים כאן נשמטו ממנו דברי הט"ז) וגם תמה עצמו בש"ך על גוף הדין שכ' בסעיף ו' דא"נ בטוען גנובים דהא התוס' והרא"ש כתבו דדוקא כשטוען אתה גנבת לא מהני מגו דלא מהני מגו לאחזוקי אינשי בגנבי אבל כשטוען סתם נגנבו נאמן דכמה גנבי איכא בעולם ולכן נלפע"ד ליישב קושית הסמ"ע והש"ך דדעת הרמ"א לחלק דדוקא כשטוען המחזיק אתה מכרתו לי והוא טוען נגנבו א"נ המערער אבל כשטוען פ' מכר לי נאמן המערער אפי' בטענת גנובים וטעם החילוק נראה דבב"מ דף וז' ע"ב כ' רש"י הטעם דכופר בפקדון פסול לעדות דליכא אשתמוטי דאם אבד יטעון שאבד ויפטור וע' בש"מ שם דהיינו דלמה לו להעיז ולכפור יטעון שאבד ע"ש וא"כ כשטוען אתה מכרת לי והלה טוען שנגנבו א"נ אם נאמין להמערער שנגנבו מידו במגו דהשאלתים נוציא החפץ מיד המוחזק ע"כ צריכין לומר שהמחזיק בעצמו גנבו דאי גנב אחר גנבו ומכרו לאחרים והמחזיק מיד אחר לקחו היה לו לטעון כן שלקחו מיד אחר ולא לכפור ולהעיז דהא מכח הוכחה זו אנו פוסלין אותו לעדות בכופר בפקדון ומשום חשש דשמא השאילו לו ודאי דאין מוציאין דהא המערער בעצמו טוען שנגנבו ומודה שלא השאילן וע"כ הא שמוציאין אותו מיד המחזיק הוא מטעם שמאמינין להמערער מטעם מגו דשאולין שהאמת האו שנגנבו ובע"כ נצטייר לומר שהמחזיק בעצמו גנבו מדלא טען שלקחו מאחר ואין מאמינין לזה במיגו שנגנב להוציא שכנגדו מחזקת כשרות ולהחזיקו בגנב דהוי כמגו במקום חזקה משא"כ בסעיף ז' שהמחזיק טען שפלוני מכר לו ופלוני אינו בפנינו מאמינין לזה שנגנב דהא אין מוציאין פ' מחזקת כשרות דאומר לקחו מאחר שלקחו מגנב ולכך מהני מגו אמנם הרבה פוסקים ס"ל דמטעם אחר א"נ במגו דהי' מגו להוציא והש"ך מסיק דלא הוי מגו להוציא כיון שמחזיר דמים ואין להקשות ע"ז מהא שכתבו התוס' ריש ב"מ דא"נ לטעון חציה שלי במגו דכולה שלי דהוי מגו להוציא אף דמיירי כמו"מ דיהיב דמי וכן הקשה בקצה"ח בסי' פ"ב די"ל דאני חתם דהתביעה שלו הוא על גוף החפץ בלא דמים והשני יטול דמיו מהמוכר ואם יאנסו הדמים מן המוכר

אין לו עליו כלום הוי שפיר מגו להוציא משא"כ הכא דא"א לו ליטול החפץ בלא דמים שפיר כ' הש"ך דלא הוי מגו להוציא אך מ"מ תמוה דא"כ כמתנה וכן כשהחפץ שוה הרבה יותר מהדמים שנתן הוי מגו להוציא ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב חלוקים כאלה לכן העיקר דיכול המחזיק לומר קים לי דהוי מגו להוציא וכן הסמ"ע בסי' קל"ד ס"ק ב' פסק בכה"ג דהוי מגו להוציא ובקצה"ח כ' דטעמא דאמרינן כאן מגו להוציא משום דהלוקח טוען שמא והמערער ברי וכבו"ש אמרינן מגו להוציא כמו במשארסתני נאנסתי ע"ש והן דברי התומים בכללי המגו וע"ש בחידושי דליתא דטענת יתומים ולוקח ודאי דהוי טענת ברי כיון דטענינן להו מה שאין כן במשארסתני נאנסתי דלא טענינן לבעל וכמבואר בדברי הרא"ש ריש האשה שנתארמלה דטענת יורשים חשיבא טענת ברי ע"ש ואם טוען טענת פקדון בדברים העשויין להשאיל נאמן המערער לכולי עלמא כמבואר ברמב"ם פ"ח מטוען הביאו הש"ך בסי' שנ"ז ס"ק א' ע"ש ועש"ך ס"ק י"ג שכ' וז"ל ועוד הא דמחלקינן כין יצא לו שם גניבה היינו בעשוי למכור וכו' כוונת דבריו כמ"ש לעיל בשם הסמ"ג שהביא לעיל וכ' בלשונו אפילו בעשוי למכור משמע דחד דינא אית ליה בין כשעשוי למכור או אינו עשוי למכור ובאינו עשוי ודאי דנאמן בדברים העשויין להשאיל אפילו לא יצא לו שם גניבה כמ"ש הש"ך בסי' שנ"ז:

סימן קלד

א **אע"פ שמסרו לו בעדים** עסמ"ע ס"ק ט' עד יביא בעה"ב ע"מ המכירין אותו ויצטרפו לעידי ראיה ואז לא יהיה לו מגו דלהד"מ ולא מגו דחזרה והוא תמוה נהי דמיירי הסמ"ע שמראה החפץ עכשיו בב"ד וע"מ מכירין אותו מ"מ הוצרך הרמ"א להטעם דלאו מגו הוא משום דירא וכו' דבלא"ה נאמן במגו דלא היה מראהו דאז היה נאמן שהחזיר לו החפץ שמסרו לו ומה שראו העדים היה אחר דסמנים לא מהני לכופו להראותו ואפשר שכוונת הסמ"ע כשהע"מ מכירין ויודעין שחפץ היה לו סי' מובהק וגם העידי ראיה ראו אותו בסי' מובהק זה דאז מצטרפין להוציא מידו דסי' מובהק מהני להוציא כמ"ש הש"ך בסי' רצ"ז. ולפ"ז לא קשה קושית הש"ך בסעיף ג' שהקשה דבל"ז הוי מגו במקום עדים דהא מכירין וכו' דהא איירי שאין מכירין רק שאמרו סימנין:

ב **אתה מכרתו לי** עש"ך ס"ק ד' (ויש שם ט"ס וכצ"ל ואם הלוקח יודע ותיבת ואז ט"ס) דאם הלוקח יודע שהיה של תובע דהלוקח אינו עומד במקום עידי ראה מטעם שכ' בסי' ע"ב ס"ק צ' דהלוקח הוי נוגע בעדות ובקצה"ח כ' דלא הוי נוגע כיון דהמערער יודע שלא מכרו לו דמי להא דסי' קכ"א דאם המשלח הלך עם השליח דלא הוי נוגע ע"ש ושותא

דמר לא ידענא דהא הכא ודאי הוי נוגע דהא האומן יכול לטעון שהחזיר להמערער ואף דעתה רואין אותו ביד המחזיק א"י אם מכר לו המערער או שנגנבו מידו והלוקח המחזיק שלא החזיר שהרי לקחו אותו מהאומן בזה הוה נוגע שאם לא יאמר כך יתבע אותו המערער ויאמר מה טיבו אצלך כיון שלא בא לידך בתורת לקיחה משום אדם ויוציאו ממנו בלא דמים ולכך טוען שלקחו מאומן כדי שיקח דמים או מאומן או מבעה"ב משום תק"ה וא"ל דיהיה הלוקח נאמן להעיד במגו דהחזרתי כמו בשליח נעשה עד בקדושין דהא מסיק התם דלאחר שתקנו רבנן שבועת היסת הוי עד הצריך שבועה דאינו עד ונידון מה שכ' הש"ך דאם הלוקח לא יהיה נוגע הוי האומן משואיל"מ כ' בקצה"ח דלוקח דמי ליורש וכמו דהיורש לא הוי משואיל"מ משום דאמר קרא בין שניהם ולא בין היורשים וה"נ לא הוי הלוקח משואיל"מ דבין שניהם ולא בין באי כחו וליתא דבשלמא ביורשים אף שאביהם חייב מ"מ יורשים הנכסים והן שלהם וכיון שמת אביהם אין אנו יכולין לחייב היורשין בחוב אביהם משיעבוד גופה ומנכסיהם שירשו כיון דגזירת הכתוב הוא דלא מחייבין היורשין ע"י מתוך שאיל"מ משא"כ בתובע ללוקח או ליורש מטלטלין שלו שאין להם שום זכות וחזקה במטלטלין שלו כגון אומן או דברים העשויין להשאיל דבטענת שמא לקוח הוא א"י לזכות במטלטלין דטענת שמא דידהו לאו כלום הוא רק שטוענין להו מה שהמוכר יכול לטעון וכיון שאם היה המוכר או היורש טוען לקוח לא היו נאמנין במגו דהחזרתו משום דמשואי"ל אף הלוקח והיורש הבאין מכחו ודאי דלא עדיפא מדידהו וכיון שאין אנו מחייבין אותם מנכסיהם לא שייך כאן לומר דלא בין היורשים ולא עדיפא ממי שבאין מכח דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו:

ג **דווקא כששהא** הנה לדעת הרב בהג"ה אפי' טוען בן האומן אני לקחתי לית לי' חזקה דכלי מה שת"י אדם הוא שלו בלא אישתהי כיון די"ל דמן האומן בא לידו אפילו ליכא ע"מ שנתנו להאומן לתקן והמחבר ס"ל דבליכא ע"מ להאומן הוי חזקה להאומן בירד מאומנתו או בכן האומן כשטוענין לקוח אבל בדאיכא ע"מ וע"ר אף המחבר מודה דלא הוי חזקה בלא אישתהי דהא כללא הוא דבעדים וראה מוציאין מה"ת נאמר כשירד מאומנותו יום א' שיהיה נאמן וכן כתב התומים:

סימן קלה

החזיק בה ג"ש היינו באכילת פירות ומחאה שלא בפניו גם כן מהני כיון דחזינן דהקפיד ואי לא מיחה אף דהחזקה היה שלא בפניו מהני אף דבש"ס תלי טעמא משום דחברא חברא אית לית וה"ל לאמחויי כדי לאזדהורי בשטר ומטלטלין לאו בני שטרא נינהו

מ"מ כיון דבש"ס מדמה גודרת לעבדים ובעבדים דין קרקע ממש יש לו ה"ג בגודרת ועיין בחדושי לסוגיא ואם טוען בגודרת גנבת או גזלת מביתי א"נ במגו שהיה טוען שמשוק בשעה שהלכה מעצמה תפסת דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אפילו במגו והא שכתבו התו' בשבועות מ"ו ד"ה בקונטרס גרס דבגודר' אפילו טוען גנובים נאמן נראה דהיינו דוקא כשאומר נגנבו וכן כוונת התו' שם בדברים העשויין להשאיל אבל בטוען אתה גנבת לא מהימן דאלת"ה יסתרו דבריהם מ"ש שם בדיבור הסמוך דלכ"ע א"נ בטוען אתה גנבת והא דבב"ב ד' קכ"ח גבי עבדי גנבת רצונך השבע וטול שפירש הרשב"ם דמיירי אחר ג' שנים משמע דפחות מג' שנים המערער נאמן מדינא אף שטוען גנבת יש לומר ג"כ דמיירי שאומר גנבתו מהשוק אבל בשטוען ננבת או גזלת מביתי אינו נאמן:

סימן קלו

א **ואפילו אומן עצמו** בסמ"ע בהג"ה הנכתב בתוך ב' חצאי לבנה שהברירה ביד זה שנמסר לידו וכו' לפענ"ד הוא ט"ס דמה"ת יהיה זה ונרא' דהפי' בטור הוא שהדין ביניהם ולפעמי' מחזיר העודף כגון באונאה שתות וכיוצא ולפעמים מחזיר הטלית ולפי הטענות כן הדין:

ב **כובסת עכו"ם** עט"ז שפסק דאם אין הבעלים מרדפין אחריה דאמרינן ודאי כבר נתייאש א"נ סילקה אותם בדבר אחר ע"ש והוא קצת ורחוק דדין זה לומר שכיון שאין הבעלים מרדפין דודאי נתייאשו לא נזכר בשום פוסק וגם הקצה"ח תמה דאימר נתייאשו אחר שבא לידו דהוי ש"ר ואח"כ יאוש ואימר פטרה עצמה כטענת אונס ואפשר דהט"ז כתב כן מסברא כיון שאינה מכבסת רק לבני העיר ודאי אילו לא סלקה את האחרים היה נשמע הרדיפה וגם אם לא הי' ת"י הכובסת קודם שבא לידו זמן רב היה נשמע הרדיפה ובוודאי הוא זמן רב ת"י הכובסת עד שאינו נשמע שוב הרדיפה ומקום שבא לידו הוי היאוש:

סימן קלז

א **היורד לתוך שדה.** עסמ"ע ס"ק א' וכוונת דבריו דבסעיף א' איירי שהלוקח לקח הפירות לביתו והוי מוחזק דהוא נאמן מטעם מוחזק כמו בשאר מטלטלין שאינן עשויין להשאיל ולכך אפי' לא אמר מקודם דלא שייך הסברא דאין אדם חציף מ"מ נאמן מטעם מוחזק וע"כ מיירי שאין ידוע באיזה אופן באו הפירות לידו אם הבעה"ב בעצמו מסרם

לידו או מעצמו לקחם דאם יש עדים שלקחן בעצמו שלא בפני הבעה"ב א"נ מטעם מוחזק דהוו כמו גודרות כמ"ש הרי"ף והרא"ש בפ' כל הנשבעין ומבואר לעיל בסי' צ' סעי' י"ד ע"ש ובעינן דוקא שאמר מקודם אלך ואלקוט דאז נאמן מטעם סברא דאין אדם חציף ואז נאמן אחר לקיטה אפי' אינו מוחזק כמו בסעי' ב' ובסעיף ב' מיירי שאמר אלך ואלקוט קודם לקיטה דשייך סברא דאין אדם חציף ולכך אפי' לקטן והניחן בשדה של בעה"ב שאינו מוחזק נאמן בין כשהיה בעה"ב כאן ובין אינו כאן והא דנקט המחבר בסעיף ב' אם אין בעל השדה כאן משום הא דנקט דאין ב"ד צריכין למונעו דכשבעה"ב כאן לא שייך הא דאין הב"ד צריכין למונעו דהבע"ה בעצמו ימנענו אך לכאורה קשה דלהרי"ף והרא"ש בפ' כל הנשבעין דמפרשי הא דאזיל ואגדור דיקלא דפ' דמיירי באין הבעה"ב כאן א"כ אין לנו הוכחה להדין שהוכיחו התוס' מהא דאם אמר לפירות ירדתי דבאמר אלך ואלקוט דאפי' אינו מוחזק נאמן מכח קושייתם שהקשו ז"ל טעמא דלא חציף הא בלא"ה נאמן מטעם מוחזק ולהרי"ף והרא"ש לא קשה כלל די"ל דמיידי כשאין הבעל השדה כאן דלא מהני טעמא דמוחזק ואפשר דבהך דלפירות ירדתי משמע הלשון דמיירי שאינו ידוע באיזה אופן בא ליד ואם היה הבעה"ב כאן או לא ואפ"ה צריך טעמא דלא חציף וע"כ צריכין לבוא להתירוץ שכתבו התוס' דאיצטריך טעמא דאין אדם חציף כשהפירות ברשות בעל השדה א"נ יש לחלק דלא כתבו הרא"ש דלא מהני טעמא דמוחזק כשלקח שלא בפניו אף כשטוען המערער גנבת ואף דבגודרות א"נ כשטוען גנבת הטעם הוא כמ"ש באורים סי' צ' ס"ק מ' שכתב הטעם משום דאפי' אם לקוחין הן מ"מ גנב הוא שנכנס לבית חבירו שלא בפניו ולפ"ז בטען לפירות ירדתי שקנה הפירות מכל השדה ומכ"ש כשהשדה היא אינה משתמרת דלא נתפס כגנב על הכניסה אין הבעה"ב נאמן לומר גנבת ונאמן המחזיק לומר לקוח ועכצ"ל תי' התוס' דאיצטריך טעמא דלא חציף להיכא שהפירות ברשותו של בעל השדה:

ב **אפי' אם יש עדים כו'**. עיין תוס' ב"ב דף ל"ג ע"ב ד"ה אי טען דהקשה דאי מיירי דווקי' בתפס ל"ל דלא חציף תיפוק לי' דנאמן מחמת דתפיס והוי כמו מטלטלין בדבר שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר ומכח זה כתבו התוס' דאיירי בלא תפיס והקשה הב"ח על קושיות תוס' דהא דקיי"ל גבי משכנתא זה אומר שלש זה אומר שתים לולי הטעם דהוי מילתא דעבידי לגלויי לא מהני תפיסתו הואיל דמסתעיף מקרקע אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת והרי הם שלו ועיין בש"ך מה שתי' דש"ה דשנין משמע רק ב' ובתומים הקשה דהא קי"ל כר"נ גבי חודש עיבור דאפי' בסוף חודש כולו למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת והתם לא מסייע שטרא ע"ש ולפעד"נ דשם גבי חודש עיבוד דלא

שייך לומר מחמת חזקה כל משת"י הוא שלו דלהני תפיסה דהא אין חזקה ראיה על טענתו דהא הוא בעצמו טוען ספק רק עיקר סברא דלהני תפיסה גבי חודש עיבור וגבי משכנתא משום דהוי דררא דממונא שספק נולד לב"ד בלא טענותיהם וכיון דאלו הי' בא הדין לפני ב"ד בשע' שנכתב השטר ובשעת שכירות מרתף הי' תיכף ספק לב"ד על גוף קרקע על איזה זמן נשכר ולא על הפירות כלל שאינו עדיין בעולם כלל וכיון שספק נולד בגוף הקרקע עצמה שייך לומר קרקע בחב"ע וכמ"ש רש"י כ"מ דף ק"ב בד"ה ד"נ אמר קרקע בחב"ע משא"כ הכא גבי היורד לתוך שדה חבירו בשעה שהפירות היו מחוברים לא היה ספק כלל רק אחר שבא הפירות ליד המוחזק הספק נולד עפ"י טענותיהם שטעון לקוח ושייך לומר חזקה כמשתי"א הוא שלו ושפיר הקשו תוס' דאי מיירי בתפס ל"ל דלא חציף תיפוק ליה דנאמן כמו שאר מטלטלין דמהני מחמת חזקה כל מה שתי"א הוא שלו הוא ראיה דטענתו הוא אמת גם מה שהקשה בתומים על התי' ב' של הש"ך שתירץ דהתם חציף והקשה בתומים דהא אנן קיימינן בקושי' תוס' דלא הוי ליה לש"ס לומר כלל הך טעמא דחציף ע"ש לק"מ דהש"ך בתירוץ ב' בא לתרץ דלא תקשה בהא דמשכנתא דיהא נאמן מ"מ מטעם דלא חציף ולזה הוצרך לתרץ שם לא שייך לא חציף ומה שחילק בתומים דלא מהני טעמא דלא חציף או טעמא משו' דמוחזק רק כשמכר הפירות לבד ולא הוי דשלב"ל דמיירי כגון שמכר בשבועה אבל במשכיר או משכן גיף הקרקע לפירות הוי המוכר מוחזק מטעם קרקע בחזקת בעלים עומדת וגם לא שייך הסברא דאמרינן בש"ס שטרא לפירי לא עבדי אינשי דבשכירות עבדי אינשי שטרי ולפע"ד א"א לומר כן כלל דא"כ לעולם יהיה המשכיר יכול לתבוע להשוכר שכבר דר בביתו בשכירות יפרע לו השכירות לומר לא השכרתי לך ויצטרך לפרוע שני' וזה לא שמענו מעולם ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן אלא ודאי דאין חילוק:

סימן קלח

א **יושבים בצד ערימה.** לכאודה תמוה דהא התוס' בב"מ בסוגיא דרכוב ומנהיג כתבו דאם רכוב אינו קונה דלא הוי ג"כ מוחזק ועיין במהר"מ שיף שם דאפי' בשניהם רוכבין לא הוו מוחזקין וא"כ מה"ת יהיו היושבין מוחזקין הא אין בישיבה קנין ועכצ"ל כיון דמיירי בסימטא דד' אמות של אדם קונין לו והווין שפיר מוחזקין א"כ קשה הא דמיבעיא ליה התם ברכוב במקום מנהיג שם ניחזי הי מינייהו קדים בהד' אמות וכיון דבאין לפנינו והן שניהן שווין בד"א שניהם מוחזקין בשוה הן ובסוגיא דרכוב ומנהיג הארכתי בזה אמנם נראה דבמו"מ דאין ד"א קונין לא הוי מוחזקין:

ב **ולקח את חבירו אצלו** היינו דוקא בחנם אבל בשכירות כיון דשכירות ליומא ממכר הוא שניהם מוחזקין בשוה וכ"כ העטרת צבי בסוף הספר בשו"ת שלו ע"ש ולפ"ז תמוה מ"ש הסמ"ע בס"ק ד' מסי' ר"ס דהא שם בשכירות מיירי ובשלקחו בחנם לביתו ודאי דלא קני אף במציאה ועמש"ל בסי' ר' דכל שאין לו קנין בהחצר גופיה להפירות דלא מיקרי חצירו רק חצירו של בעה"ב נקרא לענין קנין ובשכירות כיון דהוי קנין הוי מוחזק כמ"ש התוס' בסוגיא דרכוב ומנהיג ואפי' מנהיג בקול הוי מוחזק כיון דהוא קנין

ג **ויחלוקו**. עסמ"ע ס"ק ו' ועקצה"ח דלהתוספות והרא"ש בעינן תרווייהו שאין החלוקה יכול להיות אמת וגם שיהיה אחד מנייהו רמאי ובלא"ה חולקין דהא במנה שלישית בשמא ושמא חולקין משום דליכ' רמאי וקיימתי מסברא דנפשאי:

ד **חולקין בלא שבועה** מה שהקשה ע"ז מסי' ע"ב סעיף כ"ח דשם כתב דשניהם נשבעין נתבאר שם:

ה **והשאר חולקין בשוה**. עש"ך ס"ק ח' מה שהקשה על הת"ח ומדבריו משמע שהבין דהקושיא של הת"ח הוא דלוקמי דכל אחד תפס החצי אמנם יש לו' דהקושיא הוא דלוקמי שכל אחד תופס בגוף החפץ בשוה טפח או יותר:

ו **דבר שיופסד** בתרומת הדשן סי' של"ו מבואר דאם ההפסד הוא פחות מחומש לא מיקרי הפסד וחולקין וכן הוא בהג"ה לקמן סי' קע"א סעיף ה' ותמוה שלא הביאו כאן ועיין בכנה"ג בשם מהרש"ך שחולק אדין של תרומת הדשן הנ"ל:

ז **אפילו מביא עדים** עש"ך ס"ק ח' ובט"ז ובתומים הכריעו כהב"ח דהא דלא מהני עדים היא רק בשתק לגמרי אבל בשתק ולבסוף צווה מהני עדים והביאו ראיה ברורה מהא דמוקי בש"ס דהמע"ה בשתק ולבסוף צווח אלמא דראיה מהני אבל מה דמשמע מהט"ז דאפילו בשתק לגמרי מהני ראיה העיקר כהתומים דמ"ש הט"ז דהא אפילו בהודאה גמורה יכול לטעון טעיתי כדמוכח בסי' קכ"ו תמוהין דבריו דשם במודה לפני עדים מיירי אבל במודה לפני ב"ד עפ"י תביעת הא' ודאי דא"י לטעון טעיתי כדמוכח בסי' פ"א ובסי' פ"ח גבי טענו חיטין והודה לו כשעורין דלא מהני עדים וכן בב"מ דל"ו גבי והלה מה טוען דאמר התם אי בהלה שותק הא שתיקה כהודאה אף דאנן סהדי דאינו חייב לשניהם וכן מוכח בכמה דוכתי אמנם אם תקפה לפני עדים ושתק לגמרי אף דהש"ך בס"ק ל' כתב דשוה ב"ד לעדים מ"מ נראה דדוקא אם אין טוען טעיתי רק לא הודיתי בשתיקתי אז אין בטענתו ממש דאנן סהדי דשתיקה כהודאה אבל בודאי יכול לטעון טעיתי כשמביא עדים כמבואר בסי' קכ"ו דאפי' כשיש לו מגו יכול לטעון טעיתי מכ"ש כשיש עדים וזה ברור והטעם דבשתק לגמרי לא מהני עדים ובשתק ולבסוף צווח מהני

עדים ומוציאין מיד המוחזק אף דבש"ס הוא איבעיא דלא איפשטא אי חשיבא הודאה וכמקום הודאה הא דלא מהני עדים והא מטעם שכתב הר"ן הובא בשיטה מקובצת דהש"ס לא מספקא ליה רק אי חשיבה ספק הודאה מהני בשנים אוחזין שהדבר ספק של מי הוא ולהכי במקום שיש עדים אין ספק מוציא מידי ודאי. וכ"כ בקצה"ח והוא פשוט:

ח **יחלוקו כבתחילה** עש"ך ס"ק ז' עד חוזרין ונותנין ליד התוקף הראשון כשחזר וצווח משמע מדבריו דאם התוקף הראשון שתק לגמרי בתקופה שניה אין מוציאין מידו ותמיה לי דהא כתב הרשב"א הובא בשיטה דדוקא בטלית שהיו מעיקרא שניהם תפוסין אמרינן שתיקה כהודאה משא"כ כשהוא ת"י א' מהן וחבירו תקפה ממנו אפי' שתק לגמרי הוי גזלן ומוציאין ממנו ומוכח לה מנסכא דר' אבא דלא מפלגינן בין שתק לצווח א"כ זה שככר הוחזק הטלית שהוא של התוקף הראשון מחמת שתיקת השני ששתק לגמרי ואפי' עדים לא מהני כמש"ל וכיון שהוא מוחזק שהוא של הראשון ויוצא כולו מת"י הראשון לא מהני שוב תקיפת השני אפי' שתק הראשון לגמרי דדמי ממש למ"ש הרשב"א כנ"ל ברור:

ט **כבתחילה.** עסמ"ע ס"ק י"ד ונראה ליתן בהא דאם תקפה והקדישה דשוב לא מהני תקיפת השני דמה"ת יהיה כח הקדש אלים מכח תוקף הראשון הא מה מכר ראשון לשני וע"כ צ"ל הטעם דהנה הרא"ש ריש כ"מ כתב הטעם דהא דפסקינן כל דאלים גבר הוא דכל מי שהאמת אתו ודאי יטרח להביא ראיה או ימסור נפשו עליו משא"כ השני ודאי לא ימסור נפשו עליו דיודע שלמחר יביא השני ראיה ויוציאנו מידו ולפי זה אפשר לומר דהא דמהני תקיפת השני מיד הראשון ואין מוציאין מיד המוחזק דאמרינן אלו היה האמת עם התוקף הראשון היה טורח להביא ראיה משא"כ בכבר מכר או הקדיש או מת והוריש טענינן ללוקח וליורש ואמרינן אלו היה קיים הי' מביא ראיה וכעין שמבואר בסי' ס"ב ובסי' קל"ג סעיף ד' שטוענין כן ללוקח וליורש ועוד דהתוקף הראשון יש לו כעין חזקת מ"ק כמ"ש התומים בסימן קל"ט רק שיש סברא להחזיק כח התוקף השני מחמת שרואין שהתוקף השני מוסר נפשו יותר מהראשון ואמרינן אלו היה האמת עם המערער היה גם הוא מוסר נפשו כיון שיודע בברי ע"ש בתומים וזה לא שייך בלוקח ויורש שטוענין בעצמן שמא רק שאנן טוענין עבורן ברי לא שייך שימסור נפשו כיון שא"י בברי מש"ה מוקמינן לה בחזקת התוקף הראשון שהוא כעין מ"ק ובמטלטלין יש לומר עוד טעם פשוט והא דמהני תוקף והקדש דכשתקף לא גרע מגזלן וסתם גזילה הוי יאוש בעלים כמבואר בסימן שס"ח ואפי' הש"ך דפליג שם אפשר דבאין לו עדים וכבר

פטרוהו ב"ד אף הש"ך מודה דהוי יאוש רק שהגזלן לא קני ביאוש אבל כשהקדיש או מכר דאיכא יאוש ושינוי רשות בודאי קנה מש"ה לא מהני שוב תקיפת השני:

י **הממע"ה** ואפילו הן דברים העשויין להשאיל או להשכיר מ"מ כאן חשיב כדברים שאין עשויין להשאיל נגד זה מטעם דאמרינן עד השתא חושדתו בגזלן והשתא מוגרית ליה בלא סהדי אבל אם טען ואמר השכרתי לו בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י דשוב לא שייך סברא זו פשיטא דנאמן בדברים העשויין להשאיל וכ"כ בתומים ובקצה"ח כתב דמ"מ הוי ליה נגד זה בדברים שאינן עשויין להשאיל כיון דצריך עדים והוא דוחק ועיקר כהתומים:

יא **שחטפה ממנו** ואף דבשאר מטלטלין אם טען גנבת אינו נאמן מטעם דאחזוקי אינשי בגנבא לא מחזקינן כמבואר בסי' קל"ג מ"מ וזכא בשנים אוחזין בטלית וכבר אמר כולה שלי לא שייך זוז דהא לא חשדי' אותו לגזלן כלל דאפילו לרמאי לא חשדינן ליה כמבואר בריש ב"מ דאמרינן דסובר דהוא באמת שלו:

סימן קמ

א **שקרקע הידוע לראובן** עסמ"ע ס"ק א' וה"ה אם יש קול מבורר כו' עיין כד"מ שיישב בזה שלא יחלוק תשו' הרא"ש עם תשובת הרשב"א וכתב דהרשב"א מיירי בקול שאינו מבורר והרא"ש מיירי בקול מבורר ועיין בתשובת הרא"ש דמיירי בקול מבורר הרבה שמדמה לה התם לסוקלין על החזקות והיינו שהיה מוחזק בכל העולם שהוא שלו אבל קלא בעלמא לא מהני כדמוכיח לה הרשב"א מרבא בר שרשום ומ"ש הסמ"ע בס"ק ב' בשם הרשב"א באם המחזיק טוען נגד היתומים דחייב לישבע בנק"ח השמיט מה שמבואר שם דמיירי באומר משכונא הוא בידי דבטוען לקוח אינו נשבע רק היסת

ב **זהו סברא אחרת** עסמ"ע ס"ק ג' מה שרצה ליישב בדוחק סתירת דברי המחבר ולפענ"ד נראה לישב דהנה לכאורה קשה על הרשב"א שפסק דא"צ לישבע מטעם דחזקה כשמה דמ"ש חזקת קרקע מחזקת מטלטלין דצריך לישבע וכן הקשה הט"ז וע"כ צריך לחלק דבחזקת מטלטלין דאינו רק מטעם תפיסה מוכחת עיקר שבועת היסת נתקנה נגד חזקה זו משא"כ בקרקע דאיכא ג"כ חזקה מדלא מיחה י"ל דנגד חזקה זו לא נתקנה ש"ה כמו נגד חזקת תוך זמנו והנה במטלטלין אפי' אם טוען גזלת או גנבת אף דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן מ"מ נתקנה ש"ה נגד חזקה זו ולפ"ז יש לחלק דבסעיף א' מיירי שטען שהיא גזולה בידו ואם הוא אמת שגזלה שוב ליכא ריעותא מדלא מיחה דבגזלן א"י למחות דירא ממנו כמבואר בסי' קנ"א רק משום דלא מהימן משום דלא מחזקינן בגזלנותא ונגד

חזקה זו נתקנה ש"ה ולכך צריך לישבע ודינו דהרשב"א בתשובה שהוא מרא דהאי דינא שמביא בסעיף ב' מיירי באינו טוען גזולה רק בטענה שהוא דומיא דשכירות ומשכונא כמבואר בדבריהם דיש בזה חזקה מדלא מיחה ולכך א"צ לישבע משום דחזקה כשמה והא דלא פי' המחבר בסעי' כ' דמיירי בטענת שכירות היא משום דממילא נשמע דמיירי בטענה אחרת מהטענה דמיירי מיניה בס"א ומכל מקום העיקר דאפילו בטענת שכירות ומשכונא צריך לישבע כמ"ש הש"ך ועש"ך סק"ה שכ' אלא שטען מכרת לי קרקע כו' שא"צ לישבע נלפע"ד דאם תביעתו על המעות דודאי חייב לישבע היסת לא מיבעיא אם אין טוען על גוף הקרקע כלל כגון שטוען נתתי לך מנה בעד הקרקע שהבטחת למכור לי ועדיין לא נעשה קנין ואם אינך רוצה למכור הקרקע החזר לי מעותי ודאי דחייב לישבע כיון שאין תביעתו רק על המעות אלא אפילו טוען גם על גוף הקרקע שנתן לו מעות וקנה ממנו הקרקע בק"ס דמ"מ חייב לישבע דנהי דא"נ בטענתו על גוף הקרקע מחמת ריעותא דשטרא וחזקת מרא קמא של הקרקע וא"י אפילו להשביעו על טענא זו מ"מ יכול להשביעו מכח גוף המעות דמאן לימא לן דמשקר בכל דהחזקה והריעותא דשטרא אינן מודין רק שמשקר בגוף קניית הקרקע אבל מ"מ יכול להיות שנתינת המעות אמת ולכך צריך לישבע על המעות וראיה לזה מסי' רכ"ג בטוען שדה גזולה או עבד גדול מכרתי לך והלה משיב קטן דחייב ש"ה ואין סברא כלל לחלק לענין שבועת היסת בין מודה מקצת לכופר הכל ועוד דהא קרקע ועבד הילך הוא כמבואר שם וה"ל כופר הכל ואדרבא יש לו שם מיגו דכופר הכל דהא לא שייך חזקה אין אדם מעיז דהא גם עכשיו מעיז דהא כופר הכל הוא כיון דהל"ל הילך ולא משכחת לה לדינא דהש"ך רק כשאין טענתו על הדמים רק על הקרקע כגון שטוען טענת מתנה או מכר ולא נתן הדמים עדיין כנ"ל. והנה גוף הדין שכתב הש"ך הביאו הב"י בסי' זה וכתב עליו שהמרדכי ס"ל דאין חייב ש"ה רק בדררא דממונא ואנן לא קיי"ל כן ואישתמיטתא להש"ך דברי ב"י אלו לכן נראה דבכל גוונא חייב לישבע:

ג **אם טען אח"כ אבד השטר** א"נ הטעם דממ"נ אם טוען שנאבד השטר קודם ובשקר טען הוי כמשנה מחיוב לפטור דלפי טענה הראשונה היה חייב לברר ואם טען שאח"כ נאבד השטר א"ג דכיון שמיחה לו כבר בב"ד בעת שהיה השטר עדיין בידו שוב היה לו ליזהר בשטרו עכ"פ עד שלשה שנים:

ד **כיצד הוא החזקה** עסמ"ע ס"ק ו' דנגד שיעבוד חוב או כתובה לא מהני חזקה ולפ"ז בשטרי ק"ס דירן שנכתב בו ק"ס באשה והדר בעלה צריך ליזהר בשטרו לעולם בכדי שלא תוכל האשה לגבות כתובתה ממנה דנגד כתובה לא מהני חזקה:

ה **ואם יוסיף לטעון** הוא מדברי הרא"ש ולכאורה קשה דמנין לו להרא"ש להוציא דין זה מהרשב"ם ואם נאמר שמסברא נראה לו דין זה א"כ קשה הא לא מצינו דפליג ר"ת אהרשב"ם רק בפירושא דשמעתא שהרשב"ם מפרש דהא דמודה מר זוטרא דהיינו דל"צ שיבבי רק כשטען המערער וס"ל דשיבבי סגי כשמעידין שדר בו כנהוג העולם כמ"ש הרא"ש ואי לא טען בעדים דעלמא סגי ור"ת מפרש דאי טעין אהמחזיק קאי וס"ל ג"כ שדהו בחזקת ימים ולילות סגי א"כ מנין לו דר"ת חולק אסברא זו דאי טעין ברי שיצא אחר שישנו השכנים בדבר שא"א להשכנים לידע שא"י לטעון לר"ת וכן הש"ך בס"ק י"א תמה על הטור בזה ע"ש ונראה דהיה קשה לו להרא"ש בשיטת רשב"ם שפי' הך ודאי טען דקאי אאבייי ורבא דא"צ לשיבבי דק אי טעין לכך פי' דס"ל לרשב"ם דאי יוסיף לטעון דאפי' שיבבי לא מהני וקאי אאבייי רק ממילא מוכח מדבריו דבעינן דוקא טענה מדקאמר ואי טעין טענתי' טענה דמשמע דבלא טעין לא מהני כלל מה שאין כן לר"ת דמפרש ואי טעין על המחזיק ולאקולי קאי דאפי' כסתם סגי כשטעין א"כ מנין לאחמורי בטענת המערער יותר משיבבי ואין להקשות על הרא"ש כמ"ש להרשב"ם דרבא לא בא רק להוציא המקשה מסברתו וזא איצטריך דינא דרבא בטוען ברי שיצא אחר שישנו השכנים דזה אינו דזה הדין חידש מר זוטרא ורבא רק אתירוצא דמתניתין קאי:

ו **המערער רוכל** ולפ"ז נראה דכ"ש ביתומים או שלא בפניו אמנם נ"ל דזה לא קאי רק דטענינן ליה שלא דר בו בלילות לענין שצריך שכנים אבל הא ודאי לא טענינן ליה דשמא יצא אחר שישנו השכנים דנצרך עדות השוכרים דוקא ולהש"ך בס"ק י"א העיקר כדיעה זו ואם כן כל חזקה שלא בפניו או ביתומים בעינן בבתים שוכרים דוקא ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן אלא ודאי דזה לא טענינן ליה דמלתא דלא שכיחא גמור הוא ולא טענינן ליה ואפי' בטוען כן לא שמענו מי שנהג כהש"ך והעיקר כהרמ"א גם להמחבר נראה דהדבר תלוי בראות עיני ב"ד דאם הוא דר עם אשתו ובניו והרבה כלי תשמישים ודאי אין סברא לומר שעקר דירה בלילה וחזר והכניסן ביום:

ז **שמא לא דר בה** עש"ך ס"ק ז' ואף על פי שהמחזיק יכול לטעון שלכך לא מצאתיו כי יצאתי פעמים לעסקי מזה מוכח דאף הרמב"ם ורשב"ם מודים דיציאה לעסקיו אינו מבטל החזקה אף לפי פירוש הרשב"ם שמפרש הא דרוכלין האמור בש"ס על המערער לא מוכח דין זה מהש"ס כלל מ"מ נראה דין זה אמת מסברא דאל"כ לא משכחת חזקת הבתים כלל דכי יהיה כפיית כל שלשה שנים כהבית בלי לצאת חוצה ואין להקשות מהא שכתב הרמב"ם והמחבר לשיטתם דאם היה המחזיק רוכל דטענינן ליה הא בשעה שיצא לעסקיו לא נתבטל חזקתו ובשעה שהוא בביתו הוא כשאר אדם דהא ליתא

דטענינן ליה שאף בשעה שהיה בביתו לא היה דר בלילה והא דלא טען המערער בעצמו כן תלינן דמשום דהמערער כשלא מצא אותו בלילה תלה הדבר ביציא' לעסקיו להיות רוכל עוד כתב הש"ך לפרש דברי הרמב"ם בזה שכ' דאי טעין כו' שהשוכרין צריכין להביא ראיה דמיירי שנתנו השכר ולכאורה הוא תמוה דא"כ מה זה שכ' הרמב"ם יבואו עדים שדרו בו ביום ובלילה הא א"נ כלל שדרו בו ג' שנים ולכן נראה לפרש דהרמב"ם קמ"ל דכל שאין עדים אחרים שהשוכרים דרו בו ביום ובלילה וכבר נתנו השכר אפי' אם השיבבי יודעין מדירתן ג' שנים כל שאין יודעין מדירת יום ולילה אף השכר מוציאין מידם דכיון דקרקע הדרא פירא נמי הדרא כיון דאיכא עדים על דירתן וליכא עדים על החזקה דיום ולילה מוציאין מידם השכר בטענה זו אף שהוא טענה דלא שכיח ולא אמרינן דדוקא נגד הקרקע דאית ליה חזקת מרא קמא יכול לטעון אף טענה דלא שכיח אבל לא נגד להוציא המעות מידן קמ"ל דמוציאין וכן מפרש הרמב"ם כוונת מר זוטרא דלעיל קאמר דהויין נוגעין בעדותן ולא מהני עדותן לבעל הקרקע וקאמר מר זוטרא דאפי' אי טעין נגד השוכרים להוציא מידו טענתו טענה אבל אי לא טעין לא טענינן ליה דלהוציא לא טענינן ליה בטענת שמא טענה דלא שכיח:

ח **ואם אמר המחזיק לעדים סתם** נראה הכוונה דאף אם לא אמרו העדים בפי' שדר בחזקת ימים ולילות כל שהמחזיק אמר להן כן בפי' מהני שוב עדותן אפי' בסתם וגם בזה נראה דאף המחבר מודה לזה מסברא:

ט **ברי לי** עש"ך ס"ק י"א שכתב דהעיקר כהרמב"ם דבטוען ברי לי בעינן עדות השוכרים דוקא ע"ש עמש"ל בסמוך דנראה העיקר כהסמ"ע וכדמשמע מהר"ב בהגה"ה:

י **דוקא ששכירות הבית עדיין בידם** ונראה דאם אמרו בשעה שהשכירות עדיין בידם שלא דרו בו רק שני שנים וציוו הב"ד ליתן להמערער ואח"כ הביא המחזיק עדים שהחזיק עוד שנה שלישית אין המחזי' יכול לתובעם שישלמו לו פעם שנית כיון דעיקר התביעה היה בפני הב"ד על המשכיר וראיה לזה מדברי התו' ב"ב דף ך"ט בד"ה הני נוגעין שכתבו לתרץ הקושיא דיהיו נאמנים במגו דפרענו ותירצו דיראים מהמחזיק ע"ש ולכאורה קשה דא"כ כי משני דנקיטו אגר ביתא ג"כ הוי נוגעין שיראין מהמחזיק שמא אהר שישלמו להמערער יביא המחזיק עדים אלא ודאי דכשנתן ע"פ ב"ד דנפטר כיון דיכולין ליתן לפני ב"ד בפני המחזיק ולומר לו הש"ל כיון ששכרוהו ממנו והב"ד היו נוטלין אותו מכח המחזיק דאפילו נתנו כבר להמחזיק היה הב"ד נוטלין ממנו אבל להיפך כשהמחזיק הביא עדים ונתנו השוכרים להמחזיק ע"פ ב"ד ואח"כ הביא המערער עידי הזמה אז אם מתחילה בשעה שנתנו להמחזיק כבר הביא המערער עדים שהיה

שלו שהרי המחזיק צריך להביא עידי חזקה לב"ד הוי כנתנו ע"פ ב"ד כיון שהיה צריך ב"ד וקיי"ל בס"ס רצ"ז דבנתנו ע"פ ב"ד פטור אבל אם בשעה שנתן להמחזיק לא הביא עדיין המערער עידי אבהתא לא הוי כנתנו ע"פ ב"ד כיון שאז לא היה צריך ב"ד:

יא **ואפילו אם השאילו** עסמ"ע ס"ק י"א ואצ"ל דמיירי בבית דלא עביד למיגר ובשואלין דלא עבידי לאגורי לא דק בלשונו דכשהבית לא עביד למיגר אף שהשואלין עבידי לאגורי פטורין כמבואר בסי' שס"ג וע"ש דאפילו בשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון דכשלא היה שמעון או שלוחו משתדל להשכירו דהוי כבית דלא עביד למיגר דפטור משמעון והוי מצי הש"ס לאוקמי בכה"ג דלא הוי נוגעין וחדא מתרי תרוצי נקט:

יב **כיון דלא הוי מערער קמן** ובט"ז הקשוז דמ"ש מסימן ל"ו דלוקח ראשון לא יעיד לשני מטעם דשמא קרקע גזולה והיום או מחר יביא הנגזל עדים וכו' וכ"ש כאן שהשוכרים רואים שהמחזיק גובה עדות ע"כ יודע שיש איזה מערער דבתומים תי' דברי הטור שכוונתו בשלא נתנו השכר רק דמ"מ חשיבי נוגעין כיון שאין המערער קמן יצוו הב"ד ליתן השכירות תיכף למחזיק ויראין העדים שמא יבוא המערער ויצטרכו ליתן פעם שנית להמערער וקמ"ל דטור דלא חיישינן לכך והניח דברי המחבר בצ"ע ובקצה"ח תירץ כיון דאין הפסול משום נגיעה רק משום עד הצריך שבועה דפסול מגזירת הכתוב כמ"ש הרמב"ן וכיון דבשעה שמעידין אין המערער קמן ואינו חייב שבועה אף דאח"כ כשיבוא המערער יתחייב שבועה מ"מ דומה לאם העיד בשעה שהיה רחוק ונעשה קרוב דעדותו כשר עכ"ל. וליתא לדבריו דא"כ בסי' קכ"א דאין שליח נעשה עד דג"כ וטעם הוא משום דהוי עד הצריך שבועה ג"כ יהיה הדין כך שיהיו יכולין להעיד שפרעו להמלוה כשאין הלוה כאן וסתמא אמרו בש"ס ופוסקים דאין שליח נעשה עד אלא ודאי דכיון דאחר שבא המלוה או המערער יצטרך לישבע אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע שהוא עד הצריך שבועה כיון דאינו נאמן בדבורו לבד אם יבא המלוה ויכחישו כיון דכל עיקר עדותו היה אם יבוא המלוה ויכחיש וזה ברור ופשוט לכן נראה לפענ"ד לתרץ דהמחבר מיירי שאין כאן עידי דירה זולתם רק דיש חשש נוגעין שיראין שמא יביא המערער עדים על דירת שני שנים קמ"ל דלא מחשבינן העדים לנוגעין מחשש יראת ביאת מערער רק כעין הא דסי' ל"ו דאי אפשר שיבוא להם ריעותא בדיבורו במה שמעידין ואם לא יעידו יש חשש שיבוא להם ריעותא מש"ה מחשבים לנוגעין שיש להן הנאה וגם מוכרחין להעיד תיכף שא"א להם להמתין שהבע"ה יוציא תיכף השדה ולבסוף ודאי לא יועיל עדות ועוד דהראשון נוח משא"כ הכא בעדותן שמעידין קודם ביאת המערער ליכא למיחוש שמעידין מחמת יראה דכמו שיש לחוש שיביא להן ריעותא כשלא יעידו בשקר שדרו

בו ג"ש וע"כ היינו שבאמת לא דרו רק שני שנים והן מעידין ג' בשקר מחשש שיראין שיבואו עדים או המערער שיודעין מהדירה שלהן של ב"ש ומהשנה ג' לא ידעו ואם יתחייב לשלם בעד השני שנים או לישבע נגד המערער משא"כ כשיעידו שאכלו ג"ש יפטור מלשלם או מלישבע זהו מה שיש לחוש להחשיבם נוגעים אבל באמת מחמת זה לא נחשבו נוגעין דהא כמו כן יש לחוש שיבא להן ריעותא מחמת העדות שמעידין עכשיו דשמא יבואו עדים שיודעין שלא דרו בו השנה הג' או המערער יהיה יודע מזה ומאלו הב' שנים שדרו בו לא ידעו ואז אם ישתקו ולא יעידו כלל לא יתחייבו לא לשלם ולא לישבע כיון שאין ידוע מדירתו כלל משא"כ כשמעידין שדרו בו ג"ש ויבואו עדים שיודעין שלא דרו השנה הג' שיהיה עדותן מוכחשת או מוזמת ואוקי קרקע בחזקת מרי' יצטרכו לשלם בעד השני שנים עפ"י הודאת פיהם וכן אם המערער יהיה יודע שלא דרו בו השנה הג' ואלו הב' שנים לא ידע יצטרכו לישבע משא"כ כשלא יגידו מדירתן כלל לא יצטרכו לישבע כיון שא"י להמערער מדירתן כלל ויותר היה נוח להם כשרוצין להעיד בשקר להמתין בעדותן עד שיבוא המערער שידעו איך להשיב לנגדו וכיון שהחשש יראת ביאת עדים או המערער הן בשיקול א? אם הדיבור של עדותן יקלקל להם או יתקן להם שיש באפשרות בעדותן לתקן להם או לקלקל לא מיחשבי נוגעין דהא אין להם הנאה בעדותן של עכשיו כלל וע"כ דן באמת מגידין:

יג **ואע"ג דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד** הט"ז תמה דהא לנתבע מקבלין כמבואר בסי' כ"ח ותי' דקרקע בחזקת בעלים עומדת וכו' ולכאורה קשה דהא עידי חזקת ג"ש מקבלין אפי' נגד יתומים קטנים כמבואר בסי' כ"ח ובסי' ק"י ונראה דהא דמקבלין עידי חזקה הוא דוקא כשהמחזיק מוחזק ודר בהבית אבל כשאין המוחזק דר בהבית אפי' קטן שתקף בעבדיו והוציאו מהבית שוב אין מקבלין כמבואר בסי' כ"ח בסמ"ע ס"ק נ"ז וא"כ הכא שהבית אינו ביד המחזיק רק ביד השוכרין וכ"ז שאין השוכרין מעידין דמי כאלו הבית עומד בחזקת מרא קמא וע"י העדו' של השוכרים באנו עכשיו להחזיקו אין מקבלין עדותן שלא בפני בע"ד ולכך הוצרך הרמ"א לטעם שלו:

יד **דאי בעי אמרו לא דרנו** בתומים הקשה דאפי' יודע המערער מ"מ אם אמרו לא דרנו לא יתחייבו לישבע דהא יהיה לכ"א עד מסייע אם לא ששכרו בשותפות והן ערבין דאז אין אחד יכול להעיד לחבירו עכ"ל והוא תמוה דלא אמרינן מיגו דלא דרנו רק דכ"א יכול לומר לא דרתי בו אבל בענין זה שיהיה כ"א אומר לא דרתי בו וגם יעיד לחבירו שג"כ לא דר בו מגו כזה ודאי לא אמרינן דכבר כתבתי בסי' קכ"א דהא דחשיב מגו דאם בעי אמרו החזרנו ללוה נאמנין לומר פרענו למלוה אף דבכל מגו בעינן טענה מעליותא

ובמגו זה ליכא טענה מעליותא וע"כ דהמגו הוא דאם יאמר החזרתי ללוה לא יעידו שקר משא"כ כשאומרים פרענו למלוה ע"ש א"כ אי נחשוב למגו ולומר אי בעי מכחיש אומר לא דרתי בו לפטור עצמו וגם להעיד בשקר לחבירו מגו כזה ודאי לא אמרינן ועוד דלא אמרינן בשנים מגו רק לפטור נפשם מממון משא"כ מגו כזה דאי בעי מעיד כל חד לחבריה מגו כזה ודאי לא אמרינן אך הא קשה דהא עיקר הטעם בשטוען המערער ברי מהדירה דלא הוי מגו דלא דרנו מגו משום דהוה עד הצריך שבועה וע"כ צ"ל דגם עכשיו כשטוען שדר בו ג' שגים צריך שבועה כיון דא"נ אלא במגו דלא דרנו ואלו היה טוען לא דרנו היה צריך שבועה גם עכשיו שטוענין שדרו בו ג' שנים צריך שבועה דאי לא היו צריכין עכשיו בטענה זו שבועה אינו נראה שיהיה להם דין עד הצריך שבועה כיון דעכשיו מיהת נאמנין בדיבורן לבד ולפ"ז קשה דהא עכשיו כשאומרין שדרו ביחד ג"ש יש לכל אחד עד המסייע שהרי אומרין שדרו ביחד ג"ש והניחא לדעת רמ"א בסי' פ"ד סעיף ו' דכשא"נ על טענתן רק במגו ויש לו עד המסייע על טענה זו דמ"מ צריך לישבע כיון שא"נ רק במגו ועל טענת המגו היה צריך לישבע גם עכשיו צריך לישבע א"ש הכא דהוי עד הצריך שבועה משא"כ לדעת הש"ך שם בס"ק כ"א דפטור בכה"ג משבועה קשה דאמאי חשיב ליה הכא עד הצריך שבועה דהא עכשיו בטענה זו שטוענין שדרו ג"ש פטורין משבועה אמנם נראה דלק"מ דודאי עד הצריך שבועה לא הוי עד אף שיש לו עד מסייע לפוטרו משבועה דבעינן דוקא שיהיה נאמנין בדיבורו לבד משא"כ כשאינן נאמנין רק בשבועה או מחמת עד המסייעו לפוטרו מהשבועה שוב לא חשיב שנאמנין כדיבורו לבד ולא הוי עד וכן כתוב הב"ש בא"ע סימן ל"ח ס"ק ה' ע"ש.

טו **שכרו בשטר** עסמ"ע ס"ק ט"ו עד דיכול המערער לומר הייתי בטוח כהן וכו' פי' דדוקא לוקח כיון שנשמע קול החזקה שפלוני מוחזק בשדה שהיה שלו שפיר הוי חזקה דהיה לו למחות משא"כ בשוכר לא נשמע הקול רק שזה דר בו ונותן השכירות לא היה לו למחות אם לא ששכרו בשטר שיש קול גם מהמשכיר ובזה מיושב מה שהקשה הקצה"ח:

טז **אבל** עסמ"ע ס"ק ט"ז עד לכך בעינן שטר וכו' וט"ס היא והציון צ"ל על אם ישכרו ובסוף צריך לומר ולכך בעינן שנים ועיקר קושייתו אמאי בעי כאן שני שוכרים ובלוקח סגי בחד וע"ז תי' דליכא עדים זולתו ולכך בעינן שנים.

יז **אפילו לא דרו** עסמ"ע ס"ק י"ז דבזה דאחד דר בו אג"ה ואחד בד"ו ט"ס הוא וכצ"ל אחד אב"ג וא' דה"ו דבאג"ה ובד"ו לא הוי חזקה כלל ועמ"ש בסי' קמ"ה.

יח **בחדר הפנימי** והנה לפ"ז בבית הידוע שהוא של ראובן שדרו בו ראובן ושמעון ביחד שלשה שנים וטוען שמעון שקנה ממנו החצר להיות שותף עמו מכח החזקה

שדר עמו ביחד ג"ש פשיטא דאין שמעון נאמן דלא הוי חזקה כיון שראובן היה ג"כ דר עמו דהא אפי' דריסת הרגל שהיה להמערער על המוחזק מבטל החזקה וכ"ה בהדיא בתשוב' ב"ח סי' ז'. ובתשובת מהר"מ אלשיך סי' צ"ד ובתשובת מהורח"ש סי' מ"א ובתשובת מהרשד"ם סי' ש"פ ובתשובת מהרי"ט ובקצח"ה רצה לסתור דבריהם מהא דסי' קנ"ג בנעיצת קורות שנאמן לטעון לקוח על גוף הכותל מחמת חזקת ג"ש אף שהבעלים ג"כ משתמשין בכותל ומ"ש הב"ח דאפי' לחזקת תשמישין בעינן מקום מסויים תמה בקצה"ח מחזקת חלונות וסיד ומרזב ומזחילה ונטפי ושפכי דבכולן יש לבעלים תפיסת יד להשתמש בחצר וכן מחזקת יישוב אף דהבעלים הראשונים ג"כ ביישוב ואף דבהמרדכי כתב דלא הוי חזקה באמת מהאי טעמא מ"מ הא הרמ"א פוסק בסי' קנ"ו דמהני חזקת יישוב א"כ ה"ה לשותף ולזה העלה דדוקא כשהמחזיק טוען שקנה כל הבית אז מבטל אפי' דריסת הרגל של מערער החזקה דהוי כמו מחאה אכל כשטוען המחזיק שהניח לו דריסת הרגל או כשטוען שהוא שותף עמו אפי' דר עמו ביחד הוי חזקה ע"ש ולא ידעתי היאך מלאו לבו לחלוק על כל הנך גדולים וכן מוכח מהנימוקי יוסף במה שהקשה על הרשב"ם וז"ל דאלת"ה מכר קרקע ושייר דרך במה יקנה ע"ש ולדברי הקצה"ח לק"מ דהא בכה"ג כשהמחזיק טוען כן באמת יש לו חזקה אלא ודאי דלהרשב"ם אף בכה"ג אין לו חזקה והראיות שהביא יש לדחות מכמה אנפי חדא דצינור ומזחילה וחלונות עושה דבר הקבוע שנראה ממעשיו שעושה מעשה שישאר כן לעולם משא"כ בדירה ושמוש ועוד דעיקר העירעור מהמערער הוא לסתור המזחילה והצינור והחלונות ובמקום הצינור והמזחילה והחלונות לא היה שום תשמיש מהמערער מה שאין כן בחזקת בית שרוצה להחזיק במה שנשתמש בה המערער גם במקום ההוא ועוד והוא העיקר דהא ודאי אם דרך בו המערער והמחזיק ששה שנים שנה אחר שנה והיה טוען שקנה להיות שותף עמו מחמת שהחזיק שלשה שנים שנה אחר שנה ודאי דלא הוי חזקה דהא אין ג' שנים רצופים שהפסיק המערער בנתיים וה"נ בשעה שהשתמש זה במקום זה לא השתמש זה והרי לא הי' החזקה רצופים משא"כ מזחילה וצנור וחלונות שהמערער רוצה לסלקו הי' בחזקת המחזיק רצופין בלי הפסק בנתיים. אמנם מדברי הרשב"א בתשובה שהביא ב"י ס"ס קנ"ג וז"ל יציאה וביאה אם צריך חזקת ג"ש דבר ברור הוא שצריך חזקת ג"ש שהרי יש בזה חיסור קרקע שהרי משתמש בחצירו ממש ונכנס ויוצא בו ואם בא זוז לבנות בחצירו ולסתום בפניו ה"ז מוחה בידו כדי שלא יאבד דרך ביאתו וע"ש משמע דאפי' לדריסת רגל יש לו חזקה אף שבעה"ב ג"כ משתמש בביתו שלא בשעת כניסה אפשר דס"ל דלא כהרשב"ם בהא דשכינה גוואי משא"כ להרמ"א

דפסק בסי"ג דלא הוי חזקה בכה"ג ועוד נראה דמיירי הרשב"א שעשה איזה מעשה הניכר שיש לו דריסת הרגל דרך ביתו כגון שעשה גשר וכיוצא בו דבלא"ה אין שום סברא לומר מחמת שיצא ובא דרך ביתו שיהיה לו חזקה דכמה אנשים עוברים ושבים דרך בתים הפתוחים ואין מדרך להקפיד בזה אלא ודאי דמיירי בכה"ג ובכה"ג ודאי דהוי חזקה כיון שעשוי דבר קבוע כמו בצינור ומזחילה ועוד אפשר לומר דדרך שאני כיון שאינו טוען על גוף הקרקע רק שיעבוד לכך מהני ג"ש ומ"מ צריכין לסברת הקצה"ח להא שהקשה הט"ז הא איכא מקומות בהבית שלא עבר דרכו עליו מהיכי תיתי לא יהיה בהם חזקה מ"ש מהא דסעיף ט"ו במקום מסויים וע"כ צ"ל בהתירוץ דשאני הכא שטען שקנה הכל וכשעבר עליו דרך הוי כמחאה ושוב הי' לו לאזהורי בשטרא ומדלא נזהר איכא ראיה שלא קנה ומשקר משא"כ בסעיף ט"ו במקום מסויים דלא היה שום מחאה על מה שטוען:

יט **בין שהעמיד שם מחיצה.** עסמ"ע ס"ק כ"ב דמסיק דבהעמדת מחיצה דהשותף אמרינן דמחיל ליה מיד משא"כ בלא שותף דאין דרכו למחול וכו' ע"ש ואף דבאחר נגד חזקת דברים שצריך להרחיק ג"כ הרבה פוסקים ס"ל דהוי מחילה מיד שאני הכא דאחר רוצה להחזיק בגוף הקרקע שהרי רוצה להשתמש בו עולמות ושהבעה"ב לא ישתמש בו כלל ולכך בעינן חזקת ג"ש וטענה ומשא"כ בשותף מיירי שרוצה להחזיק רק לענין שיהיה יכול להעמיד בדמות דכיון שהחצר עשוי לכניסה ויציאה דרך השותפין להקפיד על העמדת בהמות כמ"ש התוס' ב"ב דף נ"ז בד"ה שותפין שבזה הוי שתיקה מחילה מיד כמו מחילת שיעבודין אבל אם השורף טוען טענת מכירה על גוף המקום שיהיה שייך לו תמיד דינו כאחר דבעי ג"ש וטענה ומה שסיים הסמ"ע דהרמ"א ס"ל דגם בשורף בעינן ג"ש וטענה לא נהירא דא"כ היה לו להביא הדין אם יש חילוק בשותפים בין החזיק בכולה או בפלגא המבואר בסי' קמ"ט סעיף ב' דדין זה תלוי בשני תרוצים של התוספות (שם) דלתירוץ ראשון שתירצו הא דנחית לפלגא מוכח דלמאן דסבירא ליה דקפדי לא הוי חזקה רק בנחית לכולה או לפלגא לכל מר כדאית ליה ולתי' הב' דמיירי בבתים דקפדי ומוכח דאי קפדי הוי חזקה אפילו במקום שהשותפין אין מחזיקין ע"ש ומדלא הביא דין זה הרב בהג"ה מוכח דגם הוא סבירא ליה דבשותפין מחילה מיד סגי לענין שיכול ג"כ להעמיד בהמות ואין השותף יכול למחות לו בתשמיש כזה במקום השותפות כמש"ל וכענין זה לא שייך כלל הדין דאין השורפין מחזיקין זה על זה אמנם למאן דסבירא ליה דבעי חזקת ג' שנים אי קפדי ופוסק ג"כ כמאן דסבירא ליה דשותפין לא קפדי נראה דאפילו לתירוץ שני של התוספות מ"מ צ"ל דאי לא קפדי דהוי כדבר

דמופקר לגמרי לענין זה ואין לו חזקה אפילו במקום שהשורף יש לו חזקה כגון לפלגא או לכולה לכל מר כדאית ליה כמבואר בסימן קמ"ט דאלת"ה רק שכוונת ההו' שם לומר דאי קפדי אין השורף יכול לטעון שנחלק כך בזמן שיהי' ג' שנים אחר ג' שנים כיון דמקפידין על תשמיש כזה ואי לא קפדי יש לו דין שאר שותפין שאין מחזיקין רק כפי הדין המבואר בסי' קמ"ט דאם כן לא היה מקשה הש"ס שם מידי מהא דהשותפין שנדרו הנאה אלא ע"כ דאי לא קפדי הוי כדבר המופקר דאין לו חזקה כלל:

סימן קמא

א **שדר בהם אינו עולה לחשבון** ולכאורה תמוה דהא דין זה לא כתב הרשב"א רק למאן דס"ל דבעינן ג' שנים שלימות אז שייך לומר דניר אינו עולה לחשבון ג"ש וכיון דהמחבר בסעי' א' פסק דבאכיל' שלשה פירות סגי ולא בעינן שלש שנים א"כ אין שייך לומר כלל דאינה עולה לחשבון כיון שחרש וזרע ואכל שלשה פירות מה יש לו לעשות עוד ונראה לפרש דהנה הרשב"א בב"ב דף ל"ו בד"ה דקל נערה כתב דמחלוקת שבין רב ושמואל דשמואל לא בעי אלא שלש אכילות של שדה זו דוקא ולרב בעי שלש שנים של בציר שלימות של כל העולם ולא אזיל בתר שדה זו. ולפ"ז אפשר ליישב דניר אינו עולה לחשבון כגון שדרך לחרוש אחר ראש השנה והוא חרש לפני ר"ה דאם היה ימי הניר עולה לחשבון היינו חושבין מהתחלת החרישה ג"ש כיון שעכ"פ שהה בידו ג"ש וג"ש שלימות מהני לעולם אבל כשימי הניר אינה עולה לחשבון וליכא ג"ש צריך שישהא בידו עד שיוגמר אכילת פירות של ג"ש לפי רוב העולם ואם דרך רוב העולם כשחורשין אחר ר"ה כלה הזמן של שלש אכילות בר"ח אלול ומחמת שחרש קודם כלה ושלש שנים בר"ח אב צריך להמתין עד ר"ח אלול דוקא שאין ימי הניר עולין לחשבון כנ"ל:

ב **אכלה ערלה** כולם הקשו על הרמב"ם שפירש הא דאכלה ערלה באכילת איסור א"כ היכא מוכח מינה בכתובות דף פ' דאכילות זמורות הוי אכילה ולפענ"ד נראה דהוכחת הש"ס הוא משביעית דשביעית ודאי קשה דנהי דאכילת איסור שמי' אכילה מ"מ הא שביעית הפקירא היא כמ"ש הרשב"ם ואכילת הפקר ודאי לא שמי' חזקה אלא ע"כ דמיירי שאכל זמורות דלאו הפקירא הוא וא"כ מוכח דאכיל' זמורות חשיב חזקה ואין להקשות על פירוש רשב"ם דפירש דמיירי הא דשביעית בהפקר ולא באכילת איסור וע"כ מיירי שלא זרע וקא חרש בשביעית רק שאכל הספיחים דבזרע הרי יש כאן אכילת איסור וא"כ קשה מ"ש מאתרי דמוברי באגי דאותה שנה שמוביר מחרישה וזריעה אינו עולה לחשבון ובדאי דאפי' אכל הספיחים לא הוי חזקה כיון שמובירה מחרישה וזריעה

ואפשר לומר דמיירי שחרש וזרע לא הגיע לעונת המעשרות קודם שביעית דאז הפירות מותרים והויין הפקר כמבואר ברמב"ם ה' שמיטה:

ג **אכל זמורות** עסמ"ע ס"ק י"ט ס"ש ליישב הא בכלאים הכל אסור והרמב"ן תי' דבכלאים כיון דהמערער הי' יכול לאכול הפירות בהיתר שלא יזרע בו כלאים הי' לו למחות ומדלא מיחה הוי חזקה משא"כ בערלה דגם להמערער אסורין הפירות ולכך לא הוי חזקה אא"כ אכל הזמורות ובתומי' הוסיף וכתב דבכלאים בלא"ה א"ש כיון דלפי דברי המערער שאומר שגזלה אין הפירות נאסרים כלל דהמסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו לא קידש ע"ש ולדבריו קשה דא"כ כשטוען המערער שכירות ומשכונא דיכול לאסור לא ליהוי חזקה וסתמא אמרו בש"ס דהוי חזקה ועוד דאי המערער נאמן כשטוען שהורידו לפירות בשכירות נגד חזקה דאכילות כלאים א"כ אף נגד טענת גזילה לא ליהוי חזקה דהא צריך המחזיק ליזהר בשטרא שלא יטעון המערער שהורידו לפירות בשכירות כדמוכח בתוס' בב"ב דף ל"ח ע"ב ד"ה ואי לפירי אחתי' ועוד דהנגזל יכול לטעון טענת גזילה ונתייאש ממנו דסתם גזילה יאוש בעלים ויאוש מהני לענין איסור כלאים מדרבנן אף דהקרקע לא נקנה כיאוש כמו שכתבו התו' בסוכה ריש פרק לולב הגזול עוד כתב התומים להוכיח דאכילת זמורות מהני דהא עיקר חזקה נלמד בריש פרק חזקת מקרא דירמיה שהרי נביא עומד בתשיעי וכו' לפי גירסת ר"ח ושנת החורבן שנת שביעית היה וירמי' ע"כ לא ציוה לעשות חזקה באכילת איסור וע"כ ע"י אכילת זמורות הוי חזקה ע"ש אפשר ליישב דמשכחת לה אכילת היתר בשנה השלישית אף שהיתה שנת שביעית כגון לזרוע לפני ר"ה של שלישית שהביאה התבואה שליש לפני ר"ה דאז דין פירות ששית יש לו שמותרים באכילה כמבואר ברמב"ם ה' שמיטה ולענין חזקה מהני אכילה זו שהרי יש כאן אכילת תבואה של שלש שנים שהרי התבואה השלישית נגמרה בשנה השלישית וכי משום שזרע התבואה השלישית לפני ר"ה יתקלקל החזקה:

ד **שלשים אילנות** עסמ"ע ס"ק כ"ג דכתב דה"ה אם היה י' אילנות בבית סאה ואכל בכל שנה ג' וכו' כוונתו שבשנה הג' אכל ד' אילנות שבוודאי צריך לאכול מכל העשרה אילנות וכ"ה בפרישה:

ה **שנטועין עשרה לבית סאה** עסמ"ע ס"ק כ"ז בדין אם יש ט' אילנות זקנים ובטור מבואר דלא מהני וכן הוא בתוס' ומטעם דבעינן שגם האכילות מאותן השנים יהי' בפיזור וכיון שאין שם רק ג' גדולים בכל ב' סאה הרי לא אכלו בפיזור ולא מהני ולא ביאר הטור אם יש תשעה או עשרה גדולים לבית סאה ואכל ג' בכל שנה בפיזור אי מהני החזקה והנה התו' ב"ב ול"ו בד"ה היה לו לכתבו וז"ל לא בגדולים איירי דבגדולים לא

הוי אלא נ' לבית סאה משמע קצת מדבריהם דכמו דבקטנות בעינן דוקא עשרה וכשיש יותר הוי כאכלן רצופין דלא הוי חזקה כשאוכל ג' בכל שנה דסופן ליעקר ה"נ בגדולים בשהן יותר מג' הוי כאכלן רצופין אמנם נראה ברור דהוי חזקה בכה"ג דאלת"ה לא הוי הפוסקים שתקו מזה והיו מחלקין בין קטנות לגדולות אלא ודאי דאין חילוק כלל דהא כתבו התוס' בד"ה ממטע עשרה דדרך ב"א דאין להרחיק יותר מי"ו אמה מאילן לאילן כו' דא"כ לא יטע אדם בשדה גדול אלא ב' אילנות או ג' כו' ע"ש וא"כ לעולם לא משכחת חזקה בגדולים לפי דרך הנטיעה של ב"א וכן גבי מכר אף דקיי"ל במכרן רצופין אין לו קרקע מ"מ לא חילקו במוכר ג' אילנות באם הם גדולים ונטועים יותר מג' לבית סאה דאין לו קרקע אלא ודאי דדרך ב"א ליטע כך ולא בא התוס' למעט רק דכשהן נטיעות בעינן דוקא עשר לסאה וכשהן פחות מעשרה אפי' אכלן כולן לא הוי חזקה דהוי כאכלן מפוזרין משא"כ בגדולים אפי' בג' הוי חזקה זה באו התו' למעט אכל כשהן עשר אפי' בגדולים אף התו' מודו דהוי חזקה והטעם הא דבפחות לא הוי חזקה אף דלא שייך בזה סברא דלמיעקר קיימא נראה דהעיקר תליה בהא דקי"ל בשביעית דבעשרה קטנות חורשין כל בית סאה בשבילן ובחזקה לא סגי באכילת פירות לבד עד שיעשה ג"כ עבודת הקרקע הצריך לאילנות כמ"ש השיטה מקובצת ר"פ חזקת וז"ל אם שדה אילן היא לא תסגי ליה בג' פירות אלא בג' פירות של ג"ש שצריכין ג"כ עבודת קרקע שנה תמימה שאף אילנות חורשין כל השדה בשבילן ע"ש ומש"ה במטע עשרה קטנות או בג' גדולות שהדין שחורשין כל השדה בשבילן וכיון שכל הקרקע צריך עבודה בשביל אילנות נחשב כל הקרקע לשדה אילן ועבודת כל הקרקע חשיב עבודה להאילנות והוי חזקה משא"כ בפחות ממטע עשר קטנות או מג' גדולים לא חשיב הקרקע לשדה אילן כלל ואף שחרש הקרקע כשלא זרע בתוכה לא הוי חזקה כיון שאין החרישה צריך לאילנות ואין להקשות כיון דדרך הוא לקרב היניקות א"כ אמאי כשהן יותר מעשרה לבית סאה לא הוי חזקה הא התוס' בעצמם כתבו אח"כ בד"ה ממטע עשר דבמכר לא קנה קרקע כשהן רחוקין זה מזה בערך מטע עשר וכתבו דדרך לקרב היניקות וא"כ היאך נימא בנטועין יותר מעשרה לבית סאה דלמיעקר קיימי כיון דדרך ב"א ליטע כך אח"כ מצאתי בתומים שהקשה זה אבל באמת לא קשה מידי דאף דדרך ב"א לקרב היניקות של האילנות היינו משום שמ"מ יש הרבה יניקה לכל אילן אבל יותר מעשרה אילנות לבית סאה אין שום אדם נוטע דכשיש יותר מעשרה לכל בית סאה לא יגיע יניקה לכל אילן רק מעט ויתקלקלו אבל עשרה נוטעין אפי' כשהן גדולים כי דרך ב"א לקרב היניקות כמ"ש התוס' ולכך מהני חזקה:

יותר מבית סאה לעשרה עש"ך סק"ד דאפי' אכלן כולן לא הוי חזקה לשאר הקרקע ע"ש ודין זה לא הוי רק בקטנים וכמש"ל דבגדולים אפי' הן רק ג' ואכלן כולן הוו חזקה וכן אם הן תשעה או עשרה בכל סאה הוי חזקה אפי' אכלן בפיזור וכמש"ל אמנם צריך שלא יהיה רחוקין יותר מי"ו אמה בין כל אילן לאילן דבלא"ה לא הוי חזקה לגוף הקרקע כמו במכר אף שהתוס' חילקו בין חזקה למכר מ"מ אף להתוס' צריך שיהיה עכ"פ רחוקין זה מזה משיעור מטע עשרה דהיינו שלא יגיע עכ"פ לכל אילן יותר מי"ו אמות דהא כתבו זה לתרץ הא דבעינן כאן ממטע עשר שהן יותר מריחוק י"ו אמה ולפ"ז בעינן לדין חזקה שלא יהיה מרוחקין זה מזה עכ"פ יותר משיעור מטע עשר' לסאה אמנם דברי התוס' תמוהין לי מאוד דנראה דחזקה ומכר והקדש שווין הן ושיעור אחד להן דכשהן רחוקין י"ו אמה זה מזה ממילא א"א ליטע יותר מעשר לסאה דמה בכך שאילן יונק בעיגול מ"מ א"א ליטע בסאה שהוא נ' על נ' רק ט' שהן ט' עיגולי' מי"ו על י"ו ובתוכ' ט' אילנות כזה? דמה בכך שבין עיגול לעיגול יש מקום פנוי מ"מ הא א"א ליטע בתוכו שלא לערב היניקות ועכ"פ יותר מי' ודאי א"א ליטע ואפי' כשהן עשרה אין אילנות רחוקין זה מזה רק פחות מט"ז מעט רק שאין קפידה דהא יכול לקרבן עד שמונה וא"כ הכל שווין דוודאי צריך שלא יהיה רחוקין זה מזה יותר מי"ו בחזק' כמו במכר וכאן לענין חזקה בא להשמיענו דאפי' הן רחוקין כשיעור דהיינו שמונה ויכול להעמיד שם הרבה אילנות מ"מ כל שהן נטועות יותר מעשר לבית סאה ואכל רק שלשה לא הוי חזקה דלמיעקר קיימי דאין אדם נוטע יותר מעשר לבית סאה כמש"ל וכן הדין במכר או במקדיש רק ג' אילנות בבית סאה שהיא נטוע יותר מעשר שהדין דלא מכר והקדיש הקרקע כיון דלמיעקר קיימא והא דאמר בירושלמי כמה רחוקין ממטע עשר כוונתו ג"כ לזה שלא יהי' עכ"פ נטוע יותר מעשר ולענין קירוב וריחוק בעינן ודאי בחזקה השיעור המבואר במכירה בסי' רט"ז מד' עד י"ו ואף שלא הזכיר המחבר בכאן שיעור הריחוק כמו כן לא הזכיר שלא יהיו מקורבין בפחות מד' אמות ובודאי אף שהן נטועין עשר לבית סאה וקצתן מקורבין פחות מד"א מזה לזה דלמיעקר קיימי עוד נ"ל דמ"ש הרב בהג"ה דכשהן יותר מבית סאה לעשרה דלא החזיק בקרקע רק הצריך לאילנות היינו דוקא כשהן עכ"פ אין מרוחקין יותר מי"ו אמה בין זה לזה רק שמ"מ אינו נטוע רק שמונה ונשאר בקרקע מקום פנוי וכיון שאין בקרקע עשרה נטיעות קטנות דאין חורשין כל השדה בשבילן רק כמלא אורה וסלו כמבואר ברמב"ם פ"ג מה' שביעית ולכך אין לו חזקה ג"כ רק בשיעור זה אבל כשהן רחוקין יותר מי"ו לא הוחזק בקרקע כלל דעכ"פ שיעור מטע עשר בעינן

אפילו להתוספות וברחוקין יש לו דין אילן יחידי דלא קנה קרקע ולכך גם חזקה לא מהני להקרקע:

ז **דה"ה אם היו רצופין** לא דק בלשונו דברצופין שהן כיער ולמיעקר קיימא אין לו קרקע כלל באכל ג' מאכל בית סאה משא"כ במפוזרין שכתב לעיל החזיק עכ"פ בקרקע כדי אורה וסלו:

סימן קמב

א **אם הביא המחזיק עדים**. אבל אם מודה מעצמו שסייעו עמו וטוען שמ"מ לא מכר לו ודאי דמהימן המערער אף דאי איכא עדים שסייעו לא מהימן במגו דלפירות ירדתיו דהוי כמיגו במקום עדים כמ"ש התוס' ב"ב דף ל"ח ע"ש מ"מ הכא עדיף דהוי הפה שאסר דעדיף ממנו כמ"ש התו' בב"ק ד' ע"ב ד"ה אין לך בו ומ"מ בעינן שיאמר בפני ב"ד טעם הניכר לב"ד על מה שסייעו דהיינו שיאמר אנוס הייתי וכיוצא בזה דהסיוע הוי כהודאה וצריך ליתן טעם להודאתו כמו בסי' ע"ט סעיף ה' ולפ"ז א"ש הא דבסעיף ב' מהני כשהמסייע מודה שידע שהכניס ראובן ובסעיף א' הוצרך עדים דוקא ובזה א"ש דברישא נקט עדים דבליכא עדים יכול לומר טעם להסיוע ויהיה מהימן במגו ובסעיף ב' דא"א בעדים קמ"ל דהיכא דמודה ולא אמר טעם להסיוע דאמרינן דהוי הודאה וקמ"ל דאף לא נתכוין הקונה לקנות בהקנין חזקה שעשה ודמי לעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דלא קנה מ"מ כיון דהמקנה ידע ואיכא דעת אחרת מקני וכמ"ש הרמב"ן והנ"י:

ב **וה"ה אם שכרו** עסמ"ע פ"ק ד' דבשכירות אפילו לעולם לא אמרינן דזבין דינא ובט"ז תמה דלעולם הוי כמכר ע"ש והעיקר כהסמ"ע דבשכירות ודאי דאיכא מקום שיבוא עמו לדון כגון שלא יהיה אפשר לו לשלם השכירות בימים הבאים כגון שיעני או שיצטרך למכרו או שיצטרך להשכירו לאחרים ובכה"ג לא אמרינן דזבין דינא:

ג **שמעון המסייע מודה** ובנ"י כתב הפעם אע"ג דלא נתכוין הזוכה לקנות וקיי"ל העודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא קנה מ"מ דעת אחרת מקנה אותו שאני ובקצות החושן כתב לתרץ מכח זה קושיית התו' ב"ב דף מ"א על רב נחמן שפסק דחוזר שהקשו הא רב נחמן סובר מחילה במעות הוי מחילה ותירץ בקצה"ח דהנ"א כתב בפ' א"נ בפעם דהוי מחילה דהוי כמו יאוש והפקר והוי כאין דעת אחרת מקנה ולא קנה הזוכה כיון דלא ידע עכ"ל. ולא נראה לי דבריו דכיון דהוי הפקר ואם קדם אחר וזכה בו קנה א"כ הכא עכ"פ כשנתוודע לזוכה אם עשה בו קניין קודם המפקיר ודאי דזכה בו וא"כ אמאי אמר רב נחמן דהדרא ארעא היה לו לומר שכל הקודם וזכה בו זכה בו ומדאמר הדרא

ארעא משמע דאפי' לא זכה בו המוחל עדיין לא יועיל בו קנין הזוכה קודם למפקיר אלמא דסבר מחילה בטעות לא הוי מחילה והפקר כלל ושפיר הקשו התוס' הא רב נחמן סבירא ליה בכ"מ דמהני מחילה והפקר ועוד היעלה על הדעת שאם ידע כשהסיג גבולו והמסייע לא ידע דמהני מטעם מחילה בטעות אלא העיקר כמ"ש הרא"ש דכשידע שנותן מה שהוא שלו רק דטעה בדין כגון במוכר דשלב"ל דבהיתרא את יליד זוכה מהני היאוש אבל הכא דלא ידע המסייע כלל הוי כלא ידע שנאבד ממנו וביאוש שלא מדעת דמי דהא באיסורא אתי לידיה:

סימן קמג

א **ולא ידעתי שהיית מחזיק בביתי** מכאן מוכח דס"ל להמחבר דהא דאמרינן ב"ב דף ל"ה היה ביהודה והחזיק בגליל אינה חזקה ומוקמינן התם בשעת חירום דהטעם הוא דאף החזקה אינה נשמעת בשעת חירום ובתוס' שם בד"ה אין מחזיקין הוכיחו בהוכחה ברורה דהחזקה נשמעת רק דהמחאה אינה נשמעת דאין לומר דאף החזקה אינה נשמעת א"כ מנין לו להש"ס להוכיח דרבנן ס"ל דשלא בפניו הוי מחאה אימא לעולם דלא הוי מחאה ואפ"ה יהודא ויהודא הוי חזקה משום דהחזקה נשמעת והיה לו לבוא למחות בפניו ויהודא וגליל לא הוי חזקה משום דהחזקה אינה נשמעת אלא ודאי דאף במדינה אחרת החזקה נשמעת רק המחאה אינה נשמעת ע"ש בתו' והיא הוכחה ברורה וכן כתב הרא"ש בדף ל' וז"ל וכיון שהחזיק בשופי ג"ש והחזקה נשמעת אף במדינה אחרת כדמוכח לקמן ורימז להוכחה זו שהוכיחו התוס' מד' ל"ח ושם מוקי הש"ס בשעת חירום או ביהודא וגליל דכשעת חירום דמי אפי' בשעת חירום החזקה נשמעת רק המחאה אינה נשמעת וגם דברי הרא"ש בב"ב דף ל' הן תמוהין כמו שתמה בתומים דבריש דבריו כתב הטעם משום דלא ידע שהיה דר בביתו משמע דאף החזקה אינה נשמעת ולבסוף כתב שאף במדינה אחרת החזקה נשמעת ובתומים כתב לתרץ דהעיקר תלוי דבעינן שידע בסוף הג"ש שדר בו וכאן משום יום השוק שהיו העם פרודים לא הוציאו הקול שזה דר בו עדיין וכיון שלא ידע לבסוף הג"ש לא הוי חזקה ע"ש ודברי תימה הן דא"כ אפי' במקום שהשיירות מצויות לא יהיה חזקה כיון שלא ידע לבסוף דמ"ל שהשיירות מצויות או לא הא בשניהם יודע מהחזקה א"כ למה כתבו הפוסקים דשוקי בראי היה במקום שאין השיירות מצויות וגם דינא ליתא כמו שאבאר לקמן לכן נראה דס"ל להרא"ש וטור דבב"ב דף ל"ח לא מוכח רק דמסתמא אמרינן שהחזקה נשמעת אפילו במדינה אחרת אפי' בשעת חירום אבל כשטוען לא שמע נאמן דגם בזה מיושב קושי' התוז' שם דשפיר

הוכיח הש"ס דשלא בפניו הוי מחאה דאלת"ה אמאי נקיט סתם אינה חזקה כיון דאנן לא טענינן ליה שלא ידע מהחזקה אף שידוע שהוא שעת חירום אבל כשטוען בפי שלא ידע מהחזקה נאמן כיון שידוע שהיה במדינה אחרת ומוכיח לה מהא דדף ל' דטוען אנא בשוקא בראי הוינא דנאמן וס"ל כהרשב"ם דכשטוען לא היה לי פנאי למחות דלא מהני וע"כ צריך לטעון דלא ידע מהחזקה מוכח כשידוע שלא היה במדינה דנאמן שלא ידע:

ב **והלך למקום שאין יכולין למחות** עש"ד סק"א וז"ל דאם ידע שזה מחזיק בשלו ולבסוף ירצה לטעון דהוי טרידנא ולא ידעתי שהיית מחזיק בשלי לא מהני והוי חזקה וזהו כוונת הב"י וכו' ולכאורה אין פי' לדברים הללו דז"ל הב"י אחר שכתב דברי הנ"י דמזה יש ללמוד וכו' כתב וז"ל ודין זה ליתא אלא להמפרשים שלא היה לו פנאי למחות וכו' עי"ז תמהו הד"מ והב"ח דהא אפי' להמפרשים שלא ידע מהחזקה מוכח ג"כ כך דינא דהנ"י ע"ש בדבריהם ולפ"ז דברי הש"ך תמוהין דבמה תי' קושי' הד"מ על ב"י בהדין שחידש הש"ך וגם הדין שחידש הש"ך אינו מובן לכאורה ונראה דדברי הש"ך פשוטין דהנה דברי הנ"י ג"כ תמיהין כמו שתמה בתומים דמהיכן למד הנ"י דין זה מהש"ס ועוד דא"כ למה הוצרך לטעון בשוקי בראי הוינא ולפענ"ד לתרץ כל דבריהם דהנ"י הוכיח דינו שכתב שאף שבתחלה הי' יכול למחות רק בסוף הג' שנים לא היה יכול למחות דלא הוי חזקה וההוכח' הוא כמ"ש התומים כיון דבכל שנה היה שלשים יום בביתו ויומא דשוקא לא הי' רק בתלתין יומין האחרונים וא"כ הי' יכול למחות בתחילתן ע"ש בתומים ועוד כיון דלא אמרו בש"ס רק כל תלתין יומין בשוקא טריד משמע דתיכף אחר כלות יום השוק שוב אינו טריד וכן כתב הש"מ בהדיא דיותר מתלתין יומין לא טריד רק הכא משום דסוף השלשים יום היה סוף השלשה שנים אבל כל הראשונים אף שהי' טריד בשוקא מ"מ אחר כלות השוק וגם בחזירתו לביתו שוב אינו טריד והיה לו למחות קודם שהגיע לשוקא בראי במקום שהי' המחאה נשמעת א"כ מוכח דאף שאם מתחלה דיותר מתלתין יומין לא טריד רק הכא משום דסוף השלשים יום היה סוף השלשה שנים אבל כל הראשונים אף שהיה טריד בשוקא מ"מ אחר כלות השוק וגם בחזירתו לביתו שוב אינו טריד והיה לו למחות קודם שהגיע לשוקא בראי במקום שהיה המחאה נשמעת א"כ מוכח דאף שאם מתחלה היה במקום שיכול למחות מ"מ כיון שבסוף לא היה יכול למחות לא הוי חזקה ואין להקשות א"כ ל"ל למימר דהוי בשוקא בראי הא כיון דבסוף הג"ש היה טריד בשוקא ולא היה לו פנאי למחות לא הוי חזקה דזה אינו דבשלמא כשהולך למקום שא"י למחות יכול לומר דעתי היה מתחלה כשהלכתי לשוב ולמחות כמ"ש הד"מ בהדיא וז"ל דאמרינן דלמא היה בדעתו לשוב ע"ש משא"כ הכא שהשלשים

יום היה בסוף הג"ש וא"א לו למחות אה"כ דהא היה יודע שיהיה בודאי טריד בשוקא א"כ היה לו למחות קודם התחלת יומא דשוקא ולזה הוצרך לטעון בשוקא בראי הוינא כלומר דבשנה הב' היה בדעתי לשוב קודם יומא דשוקא הרבה רק שנתעכבתי באונס וכיוצא אמנם לפי' השני דיש לו פנאי למחות ביומא דשוקא רק דיכול לטעון מחמת יומא דשוקא לא ידעתי שאתה יושב בביתי א"כ א"א לומר כלל כדעת הנ"י דבהשלשים ימים של השנים ראשונים לא הי' טריד בשוקא והי' יודע שהוא יושב בביתי רק כיון שבסוף השלשה שנים לא ידע מחזקת המחזיק אם הוא עדיין יושב בהבית מחמת טירדת השוק ג"כ לא הוי חזקה מטעם דבעינן דוקא שידע המערער בסוף השלשה שנים שהוא עדיין מחזיק בו צריך למחות אבל בתוך השלשה שנים שלא נגמרה עדיין החזקה אין המערער צריך למחות וכמו שעלה על דעת התומים הא ודאי א"א לומר כלל דא"כ למה היה צריך לטעון בשוקא בראי הוינא דאפי' היה בביתו כל הג"ש ובסוף הי' טריד בשוקא שלא הי' יודע בסוף השלשה שנים שהמחזיק עדיין מחזיק בביתו לא הוי חזקה וע"כ הני מפרשים שמפרשים הטעם דבשוקא טרידנא שלא היה יודע מהחזקה צריכין לפרש דבכל התלתין יומין שככל שלש שנים היה טרוד עד בואו לשוקא בראי ולא היה יודע כל הג' שנים מחזקת המחזיק ולכך לא הוי חזקה אבל אם היה יודע בתוך הג' שנים מחזקת המחזיק רק שבסוף הג"ש לא ידע מחזקת המחזיק כגון מחמת טירדת השוק וכיוצא הוי חזקה דכל שידע מהתחלת החזקה מחוייב המערער לחשוש שמא הוא מחזיק עוד וצריך למחות ומדלא מיחה המחזיק ולפ"ז א"ש דברי הב"י וגם דברי הש"ך למעיין ואם קודם כלות השלשה שנים הלך למקום שלא יהי' יכול למחות והיה יודע שלא ישוב למקום שיכול למחות עד סוף הג"ש לכ"ע הוי חזקה כיון דידע שלא יהי' יכול למחות וידע מהחזקה היה לו למחות רק במקום שיכול לומר דעתי הי' לשוב כתב הנ"י דלא הוי חזקה ואי נאנס בסוף בשלשה שנים ולא מיחה כמבואר בכתובות רפ"ב בהחזיק שנים בפניו ואחד שלא בפניו כגון שברח מחמת נפשות דלא הוי חזקה רק שהנימוקי יוסף הוסיף דאפי' הלך ברצון כל שיכול לומר דעתי הי' לשוב קודם כלות השלש שנים גם כן לא הוי חזקה:

סימן קמד

א **והוא שלקח בשטר** בתומים נסתפק אם הבן מכרה סתם בכל שדותיו אי הוי חזקה כיון שבסתם ליכא קלא כמבואר בסעיף ד' ולפענ"ד נראה פשוט דהוי חזקה ביון שהוא יושב בתוכה ומחזיק בו כדרך שהחזיק המוכר שלו והוא לקח כל שדותיו בשטר דאית

ליה קלא דמי ממש ליורש אף דהיורש ג"כ אינו יורש דבר שאינו שלו ומ"מ כשהמוריש החזיק שנה והיורש שנתיים הוי חזקה מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק ג' דהכל יודעין דהבן בא מכח ירושת אביו ואין לו התנצלות כו' ה"נ כיון דאית ליה קלא שלקה כל שדותיו מהמוכר לו והכל יודעין שהלוקח בא מכחו אין לו התנצלות וממקום שהביא התומים ראיה הוא ראיה ברורה לזה מכ"ב דף מ"א דרמי אהדדי ברייתי' דאכלה האב שנה מברייתא דאכלה בפני האב והקשו התוס' והרמב"ן דח"ל לשגויי כאן בשטר וכאן שלא בשטר ותי' הרמב"ן דשני הברייתות גבי הדדי תניא ע"ש א"כ כי משני הש"ס דמיירי הברייתא דאכלה בפני האב כמכר כל שדותיו סתם א"כ בודאי דגם הברייתי' דאכלה האב שנה והלוקח שנה מיירי ג"כ במכר כל שדותיו סתם ואפ"ה יש חזקה להלוקח הרי מוכח כמ"ש:

ב **והוא שמכרה בשטר** אף דמחאה סגי בעדים בלא שטר שאני מחאה שהזכיר שם המחזיק במחאתו דל' המחאה הוא דוקא שיאמר פ' שיושב בחצרי הוא גזלן וכו' כמבואר בסי' קמ"ו סעיף ד' וא"כ אף אם העדים א"י שפלוני שיושב בה חברך חברא אית ליה שמוציאין קול על פ' שהוא גזלן או שהן בעצמן יגידו לו אבל כשמוכר סתם שדה זו יש לחוש דילמא העדים אינן יודעין כלל מישיבת המחזיק בה ועל המכירה אינן מוציאין קול שיהיה נשמע בלא חקירה אם לא כשהיה בשטר:

ג **שמכרה בשטר** עסמ"ע ס"ק ה' שכתב בשם הרשב"א דהקשה אפילו שלא בשטר נתבטלה החזק' כיון ששלמו שני החזק' בפני מי שא"י למחות ע"ש ולכאורה קשה דא"כ אפי' מכרה שלא בשטר נמי דהא כתב הרב בהג"ה סי' קמ"ו סעיף ד' בנתנה להמערער בסתר דאפי' מיחה המערער דאין מחאתו כלום דהמחזיק יכול לומר לא חששתי במחאתך וכיון דמכירה בעדים לית ליה קלא אפילו אם מיחה הלוקח יכול המחזיק ג"כ לומר לא חששתי למחאתך והוי ג"כ כשלמו שני החזקה בפני מי שא"י למחות כיון דהמחאה מהלוקח לא מהני. אמנם נרא' לחלק דבכאן מהני מחאת הלוקח דהא בש"ס הקשה להא דמוכר בעדים לית ליה קלא דהא המוכר בעדים גובה ממשעבדי ומשני לקוחות אפסדי אנפשייהו ופי' רשב"ם דהלקוחות חוקרין משא"כ המערער אינו חוקר עיין שם וכן צריך לומר דהמחזיק גם כן אינו חוקר דהא המחזיק בפני הלוקח שלא בשטר לא נחשב למחאה וע"כ הוא מה"ט וכיון דהלוקח מיחה בפני עדים והמחאה נשמע ממילא להמחזיק כיון דמזכיר שם פ' בהמחאה וכיון דהמחזיק שמע מהמחאה חוקר הדבר וע"י החקירה יתוודע לו מהמכירה שמכרת המערער והיה לו לאזהורי בשטרא משא"כ בנתן בסתר בסי' קמ"ו סעיף ד' מיירי שמכר בכתב יד רק שנתקיים כמו שאבאר

לקמן שאף ע"י החקירה לא יתוודע לו ודאי יכול לומר לא חששתי במחאתך ולפ"ז ה"ה דחזיק ביהודה ומכר להלוקח שהיה בגליל בסוף שלש דג"כ לא הוי חזקה כיון דהלוקח שוב לא היה יכול למחות הרי שלמו שני החזקה בפני מי שא"י למחות כמו בהקדישה אמנם לכאורה קשה לפי מ"ש הרמב"ן בב"ב דף מ"א בטעם דמהני חזקה להקטן דטעמא דהחזקה הוא מדלא קפיד רק שבתוך שלש איכ' ריעותא מדלא היה זהיר בשטרו ע"ש ומשמע דהחזקה נגמר מיד אפי' בתוך שלש רק משום ריעותא דשטרא לא הוי חזקה תוך ג' א"כ בהקדישה אמאי לא הוי חזקה הא כיון דלא שמע ליכא גבי ריעותא דשטרא והחזקה נגמר אצלו מיד קודם שמכרה מה"ת לא יהי' חזקה לכן נראה דהעיקר כמ"ש הרשב"א הובא בשיטה מקובצת ב"ב דף ך"ט בד"ה אלא מעתה וז"ל כיון דרובן של ב"א מקפידין באכילת פירות של ג"ש וכו' ובפחות מכאן לא קפדי אף לוקח זה חושש ונזהר בראיותיו כל שני דמימר אמר שמא יבוא היום או מחר ויערער וכו' ואע"ג דבי בר אלישוב דקפדי טובא לא הוי חזקה בפחות מג' שגים דילמא משום כיון דרובן של ב"א אין דרכן להספיד נזהר בשטרו שמא יטעון שלא הקפיד כמו שאר ב"א וכו' ע"ש כוונתו בדבר זה באומדנא דב"ד תליא אי אדם זה מקפיד או לא וא"כ המחזיק מחוייב ליזהר בשטרו דאימר יאמרו הב"ד שאדם זה אינו חשוב מקפיד וגם הרמב"ן נראה שכיון לזה ומ"ש שבתוך שלש כו' כוונתו למאן שדרך להקפיד כבי בר אלישוב אבל אין סברא כלל לומר שלהרמב"ן הוי חזקה מיד דהא אפי' בגוררות בעינן ג"ש אע"ג דלאו בני שטרא נינהו וכן מוכח מכל הפוסקים שהעיקר החזקה נגמר בסוף ג' ולזה אפילו בהקדישה נהי דליכא גבי ריעותא דשטרא כיון דלא שמע מההקדש מ"מ גם החזקה וראיה ליכא גביה כיון דלא נגמר החזקה והראיה עד סוף ג' ובסוף ג' היה ת"י הקדש וליכא שוב ראיה מדלא מיחה ולכן בגודרות אף דליכא שטרא מהני חזקה שלא בפניו דהיה לו להקפיד אפילו שלא בפניו ומדלא הקפיד איכא ראיה שמכרה והא דבקרקע בהי' במקום שאין המחאה נשמעת דלא הוי חזקה אפילו לא הקפיד ולא מיחה שלא בפניו נראה הטעם כיון דאין המחאה נשמעת שוב איכא ריעות' דשטר' גבי המחזיק דהיה לו להזהר בשטרא מחשש דאימר מוחה זה והמחאה אינה נשמעת ולכך לא הוי חזקה כמו בבי בר אלישוב דלא הוי חזקה מטעם ריעותא דשטר' ולפ"ז נראה דבגודרות דעיקר החזקה הוא מדלא הקפיד ואפילו שלא בפניו אמרי' דהיה לו להקפיד בפני אחרים א"כ אין חילוק בין שהוא במקום שהמחאה נשמעת או שאינם נשמעת כיון דליכא לכשנגדו ריעותא דשטרא מהני החזקה ואפשר דלא חילקו חז"ל בין גודרת לקרקע וכיון דבקרקע לא הוי חזקה במקום שאין

המחאה נשמעת לא ירויח בזה במה דלאו בני שטרא הוא כמו שכתב הרמב"ן לענין אם המחזיק קטן:

סימן קמה

א **שאין העד מדקדק** בתומים נסתפק אם שני העדים שזה אומר חיטין וזה שעורים מעידין על שנה אחת ומצטרפין לשאר עדים שראו עוד אכילת שתי שנים אי נימא כיון דבשעת ראייתן היה עדותן לענין הפירות והיה להם לדקדק כיון דיש הבדל בתשלומין והוי עדות מוכחשת דהא אפי' במנה לבן ומנה שחור בעינן שיתבע שניהם ע"ש ולפמש"ל סי' ל' דאפי' במנה ומאתיים דהדבר נוגע לממון אפ"ה עדותן קיימת דאמרינן לא דייקי רק כשהבע"ד מכחיש לבעל המאתיים ואינו תובע אלא מנה אז בטל העדות מטעם כיון דחזינן דהעד המאתיים לא דיקדק וטעה לאו עד הוא כלל דכמו שטעה בין מאתיים למנה א"כ אפשר שטעה עוד יותר ולא היה אלא חמשים אבל הכא אפילו טעה העד של חטין טעות גדול שבגדולים שלא אבל רק איזה מין גרוע שבגרועים כיון שעכ"פ אכל דהא לא חשדינן ליה במשקר חזקתו קיימת ולכך מצרפין העדות:

ב **ראשונה שלישית וחמישית** עסמ"ע סק"ב עד דאפילו ו' עדים וכו' לכאורה הוא תמוה דאמאי לא יהיה חזקה בשאחד מעיד אג"ח וא' בד"ו הא אם הי' ששה עדים שכ"א מעיד על שנה אחת מצטרפין עכשיו מפני שאותו שמעיד על שנה הא' מעיד ג"כ על שנה הג' העדות בטל ולא יהא עד זה גרוע מעד אחר המעיד על שנה הג' וכי משום שכבר העיד על עדות אחת יפסול לעדות אחרת ומ"ש מאם אח' אומר מנה בניסן ומנה בסיון ומנה באב וא' אומר מנה באייר ומנה בתמוז ומנה באלול דמוציאין ממנו נ"מ ונראה טעם לזה דשני עדים בעדות מיוחדת אינן נאמנים רק באופן שאם נאמר שאינו חייב בע"כ נהי צריכין לומר ששני עדים משקרין כגון באחד אומר מנה בניסן ואח' אומר מנה באייר והוא תובע שניהן דאי נאמר שאינו חייב כלל ע"כ שני עדים משקרין וזה לא אמרינן והוי עכ"פ מוכחשת משנים משא"כ באחד אומר בגבה וא' אומר בכריסה חשיב לה חצי עדות בש"ס מטעם דאפילו אם לא נחשוד רק עד אחד למשקר היא קטנה ולפ"ז א"ש הכא דבשלמא באחד אומר אג"ח וא' אומר בד"ו כיון דמפוזרות לא הוי חזקה א"כ אף אם נחשוד רק אחד למשקר אין כאן חזקה והרי אין המערער מוכחש משנים ול"ד לאחד אומר אב"ג וא' אומר דה"ו שלפי דברי כל אחד החזיק והמערער שאמר שלא החזיק המחזיק הרי מוכחש משנים משא"כ בששה שכל אחד מעיד על שנה אחת א"א שנאמר שלא החזיק רצופין אם לא שנאמר ששני עדים משקרין וזה לא אמרינן הרי המערער

מוכחש משנים ואין להקשות דא"כ בששה עדים שכ"א מעיד על מנה ובזמן אחד יתחייב הלוה לשלם חמשה מנים כיון דאין אנו חושדין לשני עדים משקרין דז"א דכל שני עדים הן צירוף א' וחשבינן תמיד שני עדים לעדות אחד ותיכף כששני עדים העידו על שני מנים נגמר צירוף עדות על חיוב מנה וכן בשני עדים השניים נגמר צירוף עדות על מנה שניה וכן בשני עדים על מנה שלישית ובכל צירוף עדות חשבינן לעדות בפני עצמו וחשבינן עד א' למשקר ולא נתקיים בכל צירוף עדות ועדות רק מנה בכדי שלא יהיה שניהם משקרין בכל עדות וה"ה כאן חשבינן כל שני עדים צירוף א' ומצרפינן עד הא' עם עד הו' ועד הב' עם עד הח' ועד הג' עם עד חד' ומקיימין אחד מכל שנים והרי יש עדות על ג"ש רצופין דכל מה שנוכל לקיים עדותן מקיימין כמבואר בסי' ל' סעי' ג':

ג **שבשנה שמעיד** ובתומים כתב שאם שנים אומרים שאכלה אג"ה והוביר בד"ו ושנים אומרים שאכלה בד"ו והוביר אג"ה באתרא דמוברי דהוי חזקה כיון דאפי' אם כת אחת אומרת אמת הרי החזיק כו' ולבבי לא כן ידמה דממ"נ אם יאמר המחזיק שאכל כל הששה שנים הרי מודה שלא החזיק כיון שאכלה רצופים באתרא דמוכרי ועוד שהרי פוסל כל השני כיתות שהרי הוא מכחיש שניהם והודאות בע"ד כק' עדים ואם המחזיק אומר כדברי הא' דהיינו שאכלה אג"ה הרי פסל העדים שאומרים שאכלה בד"ו והעדים שאומרים שאכלה אג"ה מוכחשי' מהעדים שאמרו שאכלה בד"ו דלחובתו א"נ לפסול העדים ואפי' בהכחשת בדיקות כגון במנה ומאתים בעינן שיהיה תובעו שניהם בסי' ל' עיין שם ואפשר דמיירי שמת המחזיק והיתומים א"י וע"ש בביאורים במ"ש לתרץ מה שהקשה בכאן מהכחשת חקירות:

ד **ותחזור הקרקע והפירות** עיין סמ"ע ס"ק ג' שכתב דצריך לשלם כל הששה שנים וחתומים תמה ע"ז כיון דכ"א מעיד על שלשה שנים אחרים אינו מחוייב לשלם רק פירות של שלשה שנים כמו בא' אומר מנה בניסן וא' אומר מנה באייר דא"צ לשלם רק מנה אחת ודבריו תמוהין דממ"נ אי המחזיק אומר רק כדברי האחד דהיינו שלא אכל רק אג"ה והוביר בד"ו והוא באתרי דמוברי א"כ אם היה שני עדים כדבריו שאכל אג"ה ומבד"ו א"י אם הוביר אם לא ובא עד א' ואמר שאכל ג"כ בד"ו ולא הוי חזקה כיון שאכלה רצופות באתרא דמוברי ודאי דהדין נותן דהמחזיק נשבע להכחיש העד שאמר שאכלה בד"ו והוי העד כמאן דליתא כיון דנשבע להכחישו והוי כאילו אין כאן רק שני עדים שאכלה אג"ה אף דלא ידעו אם הוביר בד"ו דהוי חזקה כמ"ש התומים בעצמו דלא חיישינן שאכל ג"כ בד"ו כיון דהוא אתרא דמוברי ודאי לא שינ' מהמנהג ולפ"ז ה"נ כיון שאם היה רק העד א' שמעיד כדבריו שאכל אג"ה לא היה משלם כלל הפירות כמבואר בסעיף זה שאם

הביא ע"א שאכל שני חזקה שאין משלם הפירות א"כ אף שיש ע"א שאמר שאכל בד"ו ולא החזיק מ"מ הדין נותן דהמחזיק ישבע להכחיש העד שאמר שאכל בד"ו והוי העד שאמר שאכל בד"ו כמאן דליתא והוי כאלו אין כאן רק עד אחד שאמר שאכל אג"ה דאין משלם הפירות ואי מיירי שהמחזיק אמר שאכל כל הששה שנים הרי מודה בעצמו שלא החזיק כיון דאכלה רצופות באתרי דמוברי רק שאם לא היה עדים כלל אף שלא החזיק לא הי' צריך לשלם הפירות כיון שאמר שמ"מ קנה השדה נאמן על הפירות במגו דלא אכלתי אבל כאן שיש על כל ג' שנים עד א' הוי משואיל"מ ושפיר כ' הסמ"ע דצריך לשלם הפירות של כל הששה שנים ואם נגד היתומים ודאי דטוענין להם שאכלה רק אג"ה ופטורין מלשלם כל עיקר:

ה **ישבע המערער** מבואר ברמב"ן הובא בתומים כאן ובסי' קמ"ו ס"ק דאפי' אם המערער אמר שאכל ג' שנים רק שלא מכרו לו ובגזל אכלה נאמן המערער שבגזלה אכלה אף שמודה שהחזיק כיון שאמר שלא כדין החזקת או שמחיתי לא הוי הודאה הואיל ושוברו בצדו עמ"ש בסי' קמ"ו:

סימן קמו

א **דמתוך שיכול לומר לא מחית** עסמ"ע סק"ד שכתב טעם אחר דהוי כי חוכא ולפ"ז אפילו ליכא מגו לא הוי מחאה וכן הרמב"ן בעצמו הביאו בתומים כתב בסוף דאף אם טענתן בפירות דליכא מגו לאו מחאה הוא ע"ש והנה בתומים תמה בדברי הרמב"ן דהאיך אפשר שיהיה תביעתו בפירות ויתחייב שבועה נגד הע"א ויהיה מתוך שאיל"מ היאך אפשר דבגוף הקרקע המחזיק נאמן וישלם תמיד הפירות להמערער והתירוץ פשוט כמו שתי' בעצמו דמיירי דליכא עידי חזקה רק שהמערער תובעו בע"א שמעיד שאכל ג"ש והוא מיחה בו דאז אם יטעון שלא מיחה חייב לישבע נגד העד שלא מיחה ופטור מכח הממ"נ שכתב המחבר בסי' קמ"ה סעיף ג' דאם נאמין לו שאכלה ג"ש הרי החזיק וכשהמחזיק מודה שמיחה רק שטוען שמ"מ מכר לו הקרקע דאז יש לו מיגו לפטור מהפירות דאי בעי אמר לא מיחה וכגון דאיכא ע"א דמיחה ה"ל משואיל"מ ומה שתמה בתומים ע"ז דאם מזקיקי לש"ד ע"כ תובעו בברי שאכל ג"ש וא"כ הודאת בע"ד כק' עדים דמי והרי החזיק בקרקע וכו' לא הבנתי קושייתו כלל דהאיך שייך הודאות בע"ד כשהוא טוען שאכל ג"ש ע"י מחאה ובגזל גמור אכלן והטענה בעצמו טענה מעליותא הוא כאילו טען עליו שאכל ב"ש דכמו שאין חזקה באכילת ב"ש כמו כן ליכא חזקה באכילת ג"ש כשהמערער צווח עליו תמיד ככרוכיא שלא יאכל ועוד

דהרי יכול לתובעו ע"י העד בלא טענת ברי ועוד נ"ל לפרש דברי הר"ן דהא ודאי אם טענתייהו בקרקע שהמערער טען שלא מכר לו והעד מעיד שלא מכר לו או שמיחה בו ויש להמחזיק עידי חזקה כיון דטענת המערער ועדות העד נתבטל נגד הקרקע נתבטל ג"כ נגד הפירות דמקרקעי קאתי אבל אם המערער מודה שמכר לו הקרקע או שיש להמחזיק שטר מכירה בלא זמן רק שטוען שמקודם המכירה ג"ש היה הקרקע בשכירות בידו ותובע ממנו השכירו' משלשה שנים שקודם המכירה והמחזיק טוען שמתחילה הגיע לידו בתורת מכירה והא ראיה שלא מיחה לו בתוך הג"ש ואינו חייב לו כלום והעד מעיד כדברי המערער שמקודם היה בידו בשכירות ונתחייב לו מנה או שמיחה בו בתוך הג"ש שאין טענתייהו ועדותו של העד רק נגד חוב השכירו' שהן מטלטלין חייב ש"ד ודייניו ביה דין דמתוך שאיל"מ כנ"ל ברור:

ב **לא יצא דבר זה מפיכם** עש"ך ס"ק ג' כיון שאמרו לו שאמר להם שלא יצא' דבר זה מפיהם וכו' יפה תמה בקצה"ח כיון דלאו מחאה הוא אפילו לא אמרו לו לא הוי מחאה דדומה לבאו שנים ואמרו לו בשקר שמיחה והוא באמת לא מיחה דההחזקה קיימת ונכון:

ג **הקרקע בסתר היינו ע"י כת"י** כמ"ש התומים ומה שמשמע מדברי התומים דלמאן דס"ל בסי' קמ"ה סעיף ד' דמכירה בלא שטר ליכא קלא משכחת לה ג"כ שמכרה בעדים בלא שטר ודאי ליתא כמו שהוכחתי לעיל בסי' קמ"ה דבמכירה בעדים ודאי מהני מחאת הלוקח כיון דע"י חקירה יתוודע להלוקח היה לו לחקור ע"ש ואין להקשות דאי מיירי בכת"י בלא"ה לאו כלום הוא דהמחזיק יכול לומר אימר עכשיו אחר הג"ש נתן לך הכת"י והקדים הזמן די"ל דמיירי שנתקיים הכתב יד בעדים בקיום החתימה שהעדים המקיימין החתימה א"צ לקרות השטר וא"י מהמחאה בתוך הג"ש קודם שמיחה ובב"י בסי' ר"ן בשם הרשב"א כתב דאם המערער טוען שלא מיחה מחמת שנתן לו במתנה ולא נודע לו מהמתנה עד עכשיו כגון שראובן נתן במתנה לשמעון בית והשליש השטר ביד שליש ושמעון לא ידע מזה ואח"כ מת ראובן וטוענין היורשים שראובן אביהם החזיק שני חזקה אחר זמן השטר ואימר חזר ולקחו משמעון ופסק כיון ששמעון לא ידע מהמתנה לא הוי חזקה ודוקא שהיורשים מודים לו אבל כשאין היורשים יודעין על שמעון המערער לברר האונס שלא הגיע לידו השטר עד עכשיו:

ד **לכתוב לו שמיחה** המהרי"ט בתשובת סי' כ"ו כתב דדוקא תוך ג"ש אבל אחר ג"ש א"י לכתוב וכתומים מסיק דאין חילוק וכן מסתבר כיון דמצר תקנ"ח כותבין מ"ל תוך נ' או אח"כ רק בשעת הדין כשיכולין לומר בפה אסורין לכתוב דליכא בזה משום תקנ"ח כיון שהעדים כאן עיין שם בתומים:

ה **מפי כתבם** עסמ"ע ס"ק י"א שכתב דלר"ת מהני בכל ענין ע"ש ויפה תמה בתומים דהא כאן מיירי שיכתבו לענין שיועיל אפילו ימותו אח"כ שאינן ראוין להגיד וצריכין לכתוב העדנו אפי' לר"ת ועמ"ש בחידושי דאף לר"ת לא נחשב הכתב כהגדה עד שבא הכתב להב"ד ובעינן שיהיה ראוי להגדה בשעה שבא הכתב לב"ד וגם לר"ת אין כותבין המחאה רק משום תקנ"ח וצריך לכתוב העדנו והנה בתומים כתב דכ"ז אינו רק לכתחלה אבל בדיעבד כשר בכל לשון והנה לפי שיטת הפוסקים דסברי דבעינן לשון שטר שלא יהי' מפי כתב יש קפידא שיכתבו הל' העדנו שיהיה נכתב בלשון שטר:

ו **מכרה המערער** וה"ה אם הורישה ליורש כיון דלא שייך לומר שחזר ממחאתו וגם שחזר ולקחה אחר מחאתו כיון שכבר מת או מכר ופשוט:

ז **ערער דחזר וערער** עיין בבאר הגולה שהביא דעת הרא"ש והטור לעיקר דדוקא כשעירעור השני הי' סוף ג' אבל בתוך ג' מהני עירעור השני אף שסותר להראשון:

ח **אבל כשמכרו הראשון** וה"ה אם הורישו והרמב"ן פרק חזקת הובא בקצה"ח ומהרי"ט ובתומים רצו לחלוק על הדין שכתב המחבר והעיקר עם המחבר והטעם כמ"ש הקצה"ח דלא חשוב דר בו יום אחד דכיון שמיחה בהמוכר הוי כידוע שדר בו בגזלנותא ולא חשיב שוב כדר בו יום אחד ומ"ש הסמ"ע בס"ק י"ז דכשאינו מובטח מחלוקת צריך לעשות מחאה ע"ש כתב כן לעצה טובה דשמא יטעון כן המחזיק אבל כ"ז דאינו טוען כן לא הוי חזקה:

ט **אין מוציאין מידו עד שיביא זה המערער** לכאורה קשה דהא בסי' קל"ט מבואר בזה אומר של אבותיו זה אומר של אבותי דאם בא אחר והטפח דחייב להשיב לכל אחד אף שאין עדים לשום אחד והוא מהש"ס ומ"ש מהכא דא"צ להחזיר להמערער עד שיביא עדים לכן נראה דשאני הכא שכבר הגיע ליד המחזיק ולכך אף שבא אחד ואמר שלי הוא מ"מ הדין נותן בזה דיהיה מונח כמו בכל אבידות שכשהגיע ליד איזה אדם דאין מחזירין לשום אדם שיבוא ויאמר שהוא שלו עד שיביא עדים שהוא שלו או שיתן סימנים ואף דגבי אבידה אסור המוציא לאכול הפירות הכא מותר כיון דבעל הקרקע אינו כאן ואינו משתדל להשכירו חשוב כחצר דלא קיימא לאגרא כמבואר בסימן שס"ג סעיף ו' דמותר להשתמש בתוכו וע"ש אבל ודאי כשעדיין לא הגיע האבידה ליד אדם ובא שום אדם ואמר שהן שלו ורוצה לקחנה אין הבית דין מוחין בידו דברי ושמא ברי עדיף כל שאין כנגדו חזקת ממון דדוקא כשהוא כבר בחזקת אדם מהמוציאו שתופסו וחזקת מי שהן שלו צריך דוקא להביא עדים כשרוצה ליקח מיד המחזיק משום הכי בסימן קל"ט שהיו מחולקין על קרקע או מטלטלין קודם שהגיע ליד אדם הוא בחזקתן ולא בחזקת שאר בני

אדם שכולן טוענין שמא והן ברי משא"כ אם כבר בא הקרקע ליד אדם שאז אין מחזירין לשים אדם עד שיביא עדים:

י **תחזור לו השדה** עסמ"ע שכתב דנשבע ונוטל ועש"ך ס"ק ח' ונראה הטעם דחשיב כמו נוטל כיון דאם הוא אינו בעל הקרקע מותר הוא לאכול הפירות כמש"ל ולכך חשיב כמו נוטל:

יא חבא מחמת ירושה עש"ך סק"ד שהביא בשם המבי"ט דאין טוענין לשוכר והנה במבי"ט שם היה המעשה שהשכיר פתח חלון לאורח כשכבר היה השוכר יושב בהבית ופסק א' דהוי חזקה נגד המערער והשיג עליו מתלת טעמי חדא שלא היה ג"ש ב' שלא היו המשכיר דר בו מקודם חד יומא א"כ אפילו נימא דשוכר דמי כלוקח לא מהני החזקה ג' דשוכר אין דינו כלוקח וכיון שהמשכיר אינו כאן אינו טוענין להשוכר שמא ע"ש וכל דבריו תמוהין וכמה דסיים נפתח דמ"ש דאין טוענין להשוכר קשה הא חזקת המשכיר הוא כדאמרינן ריש פ' חזקת אנן אגרינן ודיירינן וטוענין להמשכיר אף שלא בפניו כיון שעשה חזקה ע"י השוכר שדר בו ג' שנים הועלה על הדעת שאם א' החזיק ג"ש ואח"כ הלך למדה"י שיקח הקרקע לעצמו ודאי דשלא בפניו טוענין כמו ללוקח וליורש כמו לענין מזוייף ופרוע דטוענין שלא בפניו גם מ"ש דלא דר בו המשכיר חד יומא תמוה דהא כתב דנ"י ר"פ חזקת דמשכיר ושוכר אף שלא היה דר בו חד יום ע"ש ומ"ש דלא דר בו ג"ש גם כן אין תמוה כ"כ דאפשר דהיה ס"ל להפוסק כהרשב"ם דא"צ ג"ש כפתיחת חלון רק טענה צריך ולכך כתב דטוענין והיינו שטוענין להמשכיר שלא בפניו לכן לפענ"ד אין לסמוך על דין זה שהביא הש"ך בשם המבי"ט:

יב **א"צ טענה אחרת** עש"ך סק"ז דא"צ ראיה היותו יורש או לוקח ודוקא כשהיה ג' שנים ביד היורש או הלוקח וביד המוריש או המוכר יום א' א"צ ראיה דיש לו מיני דמינך זבינתיה אבל להיפוך שהיה ביד המוריש או המוכר ג"ש וביד היורש והלוקח יום אחד צריך להביא ראיה שהוא יורש או לוקח ובאם לאו יכול המערער לטעון שהמוכר והמוריש היה מודין לו שלפירות הורדתיו וכדומה וכ"פ בתומים.

יג **ודין לוקח** ובע"ח ומסיק בתומים דוקא לבע"ח שגבה כבר הקרקע טוענין כמו ללוקח אבל כשלא גבה עדיין רק שבא לגבות הלוה נאמן שלא קנה קרקע ובשכירות הוא אצלו כיון שידוע שקרקע זו היה של אחר קודם והעיקר כדבריו ולא דמי למטלטלין שת"י דאין הלוה נאמן שהוא של אחרים כמבואר בסי' צ"ט דמטלטלין שאני דתפיסה מוכחת משא"כ קרקע שאין לו תפיסה מוכחת רק חזקה מדלא הקפיד יכול לומר שמובטח היה בו שלא יכפור בו והא ראיה שגם עכשיו הוא מודה לו:

יד **ומכרה בפרסום** עסמ"ע ס"ק ך"ג דאפי' ליכא חזקת ג"ש ולכאורה תמוה דמ"ש מכל לוקח שלקח בפירסום ואפ"ה בעינן חזקת ג"ש ובתומים סתר מכח זה דעת הסמ"ע וכתב דבעינן דוקא שיחזיק ג"ש אך אפילו החזיק ג"ש קשה כיון דאין חזקה לאשה בנכסי בעלה לא דמי לדר בו יום אחד וכיון שלוקח אין טוען ברי אפי' חזקת ג"ש לא מהני לכן נראה דודאי באריס ואומן אפילו מכרו בפירסום לא מהני דלא אישתמוט שום פוסק לכתוב כן באריס ואומן ואשה שאני כיון שמוכרת שלא בב"ד לכתובתה ואם האשה כאן ואומרת שמוכרת לכתובתה מכירתה מכירה ואפי' היורשין טוענין פרעתו א"נ דהטוען אחר מעשה ב"ד לאו כלום ואם כן שפיר אמרינן אפי' כשעכשיו הוא ביד לוקח וא"י לבוא על השדה מכח תביעת הכתובה והאשה אינה כאן ואפילו היא מודה א"נ דאמרינן אלו לא היתה קרקעות של אשה לא היו מניחין אותה היורשים למכור כיון דמכירתו מכירה משא"כ בשאר לוקח אף שמכר בפירסום אין ראיה דיכול לומר לא חששתי למחות דמה לי במכירתך כיון שאין אדם מוכר דבר שאינו שלו דמי מכירתך לחוכא ולפי"ז גם דברי הסמ"ע אתי שפיר דא"צ לג"ש:

טו **שעת חירום** היינו שמברר בעדים שלא היה בזמן זה סמוך ליום המכירה במדינה דלא שכיח שיבוא בזמן ההיא כיון שהוא שעת חירום ולכך לא מהני מגו דלא מהני מגו במקום דלא שכיח כמ"ש הסמ"ע בסי' כ"ה כשאומר שבא ומכר אבל בדליכא עדים כלל ודאי דאין נאמן לומר שלא היה במדינה כמי שאין נאמן לומר לא מכרתי לך כיון שיש לו חזקת ג"ש והוא לא מיחה (תומים) ופשוט:

טז **וא"ל יודע אנו** עיין סמ"ע ס"ק כ"ט שכתב שאף ע"פ שאינו יודע רק ע"פ המוכר לכאורה קשה דמה"ת יגיע מכל חזקה שאין עמה טענה המבואר בסעי' י"ט שאין מוציאין מיד המחזיק עד שיביא המערער עדים וא"כ ה"נ שיטעון המחזיק נהי שאין המוכר נאמן שקנה מ"מ ע"ז שאמר שהשדה של מערער ג"כ א"נ דהא אינו רק ע"א נהי דאם היה השדה ת"י המוכר היה נאמן לומר שהוא של אחר מ"מ כשלא היה דר בו בשעה שמכרה מה"ת יהיה נאמן יותר מע"א אמנם נראה דקודם שהגיע ליד המחזיק נאמן אפי' ע"א דהא הר"ן בחולין פ' ג"ח כתב דבאבדה ע"א נאמן ואף יש לפקפק בדבריו מ"מ כשעדיין אינו ת"י שום אדם וליכא שום חזקת ממון ודאי דע"א נאמן ומש"ה בשדה כשאינו ת"י שום אדם ודאי דע"א נאמן ולפ"ז אם היה השדה כבר ת"י לוי בחזקה שאין עמה טענה ואח"כ קונה משמעון דאמר דזבנה מראובן אף לדעת הסמ"ע צריך ראובן להביא עוד ע"א שהוא שלו ובלא"ה אינו יכול להוציא מידו כיון דבשעה שאמר שמעון שהוא של ראובן היה כבר תחת יד לוי ובשדה שהוא כבר ת"י אחר אין ע"א נאמן:

יז **שהיתה שלך** עש"ך ס"ק ט' שהסכים לשיטת הסוברים דכשאינו יודע שהיה שלו רק ע"פ המוכר דאינו יכול להוציא מידו כיון דהמוכר היה נאמן במגו ע"ש וכתב התומים דאם אמר המוכר בפני עדים בשעה שמכרה שהוא של המערער ולקחם ממנו דיכול להוציא מיד הלוקח לשיטת הסמ"ע דסבירא ליה בסימן קל"ג ס"ק ד' גבי עדים וראה כשטען אז לקוח דנתבטל המיגו שלו דמקבלין דבריו מה שאמר בפני עדים לחובתו ולא לזכותו וא"כ ה"ג בשאמר בפני עדים שהוא של המערער ולקחה ממנו נתבטל המגו של המוכר ויכול להוציא השדה מיד לוקח ע"ש ולפ"ד באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו המבואר בכתובות ר"פ האשה שנתארמלה דנאמן אם אמר כן בפני עדים קודם שבא לב"ד שוב אינו נאמן לטעון בב"ד שלקחה ממנו והא ודאי ליתא דלא אישתמיט שום פוסק לכתוב בן והטעם דדוקא גבי מגו דהחזרתי דמגו גרוע הוא כמ"ש הסמ"ע בסימן ס"ד ובסי' קל"ג ובכמה דוכתא דלא ניחא ליה לטעון החזרתי דלא יהיה יוכל להראותו שוב ולכך מראהו וטוען לקוח שיהיה נאמן במגו ויהיה יוכל להראותו לכך מהני המגו חוץ לב"ד משא"כ הכא דאמרינן בש"ס כתובות שם הטעם דהפה שאסר הוא הפה שהתיר והפה שאסר ודאי דמהני אפי' חוץ לב"ד דהא בש"ס שם מצריך להו צריכי עם הא דאשת איש הייתי וגרושה אני ונשביתי וטהורה אני ויליף לה מאת בתי נתתי לאיש הזה ובכל הנך ודאי דמהני אפילו חוץ לב"ד א"כ ה"ה הכא:

יח **והוא לקחה ממך** הש"ך כתב דאפילו יצא מב"ד יכול לטעון אח"כ שלקחה ממך בפני דלאו מגו למפרע הוא שהרי הוא אומר שכך כוונתו מתחילה ע"ש ועמ"ש בסמוך סעיף ך"ד:

יט **לגבות מעותיו** בתומים כתב דלדעה האומר דמחוייב להחזיר אפי' א"י להמחזיק שהיה שלו כ"א ע"פ הודעת המוכר כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ט נראה דיכול לגבות מעותיו כיון שלא הגיד להמערער רק מה שהגיד לו המוכר והמוכר לא אמר לו בל יאמר ולפעד"נ דליתא דכיון שהמוכר בעצמו נאמן לומר שלקחה במגו רק שהלוקח קלקל בעצמו במה שאמר דברי מותר שיודע שהוא שלו וכי נחייב למוכר מחמת שלא אמר להלוקח שלא יאמר זה להמערער הא גרמא בעלמא הוא:

כ **דר בו המוכר יום א'** עש"ך ס"א י"א עד ועוד בטוען על כלי לקחתי לא יהיה נאמן שהיה ביד פ' וכו' ותמוה לי דהאיך אפשר לומר במטלטלי שא"י שהיה ביד המוכר הא עיקר חזקת מטלטלין הוא שמחזיקין המטלטלין שבודאי בתורת מכר בא לידו דלא מחזקינין אותן בגניבה ואבידה רק בדברים העשוין להשאיל מהימן ודוקא בטענת שאולין ולא בטענה אחרת וא"כ ע"כ מיד איזה מוכר קנה והוי כידוע שדר בו יום אחד דטוענין ואף

בדברים העשוין להשאיל והמערער טוען שהשאילן למוכר מ"מ אפילו בדברים העשוין להשאיל ודאי דמ"מ דמי לדר בו יום אחד בקרקע דאלת"ה אפי' ידוע שהיה ת"י המוכר לא נטעון ללוקח אלא ודאי דדמי לדר בו חד יומא וכיון שהמערער בעצמו מודה שלא השאילן להמחזיק רק שאומר שהשאילן להמוכר שלו הוי כידוע שדר בו המוכר יום א' משא"כ בקרקע שלפעמים מניח ביתו ריקן וליכא תפיסה מוכחת וחזקת קרקעות הוא רק מדלא מיחה שפיר כתב הרמב"ן דבעינן עדים דוקא וע"י מגו לא טענינן עבורו והרמב"ן בעצמו הביא ראיה זו ממטלטלין לענין שא"צ ראיה שהוא לוקח או יורש וזה ראיה ברורה הוא מדברים העשוין להשאיל דאיכא למיחש שמא בשאלה בא לידו ואפ"ה נאמן לומר לקוחה בידי מפ' במגו לענין שנטעון עבורו אבל לענין שכתב הש"ך דלא בעינן עדים לדר בו חד יומא לאו ראיה הוא ונרא' דאפי' להרמב"ן אם טוען בפני דר בו שלשה שנים דהוה כטוען בפני לקחה דכיון שטוען שעשה חזקה גמורה הוי כידוע לו שמכורה הוא בידו:

כא **יש לו טענה עם חזקתו** עש"ך ס"ק י"ג שהקשה על הך דיעה דס"ל דבלא חזקת ג' שגים אף שהמוכר הי' נאמן לטעון לקוח במגו דלא הי' שלך לא טענינן זה ללוקח והיינו מטעם שכתבו התוס' בב"ב דף ל' בד"ה לאו קא מודית דלאו מגו הוא לגבי לוקח דאי הי' טוען לא הי' שלך לא הי' הלוקח מעכבו וע"ז הקשה הש"ך מהא דטוענין ליורש וללוקח בלא ראה אפילו בדברים העשויין להשאיל לקוח במגו דהחזרתי אף דהיורש והלוקח יודעין שלא החזיר שהרי הוא ת"י ולכאורה הוא תמוה גדולה ולפענ"ד נראה ליישב דהנה לכאורה אינו מן הסברא לטעון ללוקח והיורש טענה שהמוכר והמוריש א"י לזכות בהן רק מכח מגו דהא כשהמוכר טוען כן לא מהימן רק מכח מגו והמגו הוא ראיה והוכחה שאומר אמת דאילו הי' רוצה לשקר הי' טוען טענה מעליותא וא"כ היאך מצינו לטעון טענה זו להיורש וללוקח כיון דליכא טוען ואין לנו הוכחה שהיא אמת וכן הוא באמת דעת המהרי"ט בתשו' סי' ל"ט וז"א דלא טענינן ליורש וללוקח טענה שלא היה נאמן רק במגו ע"ש ונראה הטעם להפוסקים דס"ל דטענינן דהוא מטעם דהלוקח יכול לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטר' למרי' כמבואר לקמן בסי' קמ"ח בחד דלקח מד' ועיין במ"ל פ' ט"ו מטוען הלכה י"א שלמד מזה לכל מקום שאינו יכול ליקח אותו מהמוכר שאף מהלוקח א"י ליקח דמצי למימר ליה מאי אפסדתיך וכל דבר שיכול להחזיר דיינינן ליה כאלו כבר מהודר ומה מכר ראשון לשני וא"כ לכאורה קשה אהא דאמר בש"ס את לאו קא מודית הא יכול לומר אי שתקת שתקת ואי לאו מהדרנא שטרא למריה ומהמוכר לא תוכל להוצי' שיהיה נאמן במגו דלא היה שלך ונדון אותו כאילו

כבר מהודר וכיון דה"נ אם כבר עמד בדין ונפטר א"י להוציא ממנו כמבואר בסעיף ט"ו וכיון שהן מוחזקין אף דלא עמד בדין הוי כאילו כבר עמד בדין כמ"ש הרשב"א ביבמות דף ל"ה ע"ש ולתרץ זה נראה דהא ביבמות דף ל"ז תלה פלוגתא דאדמון וחכמים באבדה לו דרך שדהו בהא דקם דינא וע' בחדושי הרשב"א שם דכיון שהן מוחזקין אפי' שעדיין לא עמדו בדין דנין אותו כאילו כבר עמדו לדין ונפטרו וע' בתרומת הדשן סי' ש"י שכ' דהוא מטעם דהוי ביאוש וא"כ נראה דלא אמרינן אי שתקת רק במקום שלא עבידא לגלויי כמש"ל בסוף כללי תפיסת ע"ש אבל במקום דעבידא לאגלויי לא הוי יאוש ולפ"ז הכא דאין המוכר נאמן רק במגו דלא היה שלך ואילו אתי עדים שהיה שלו מוציאין אותו מידו לא מיאש נפשיה דסבר שימצ' עדים ולפ"ז א"ש דדוקא כשאין המוכר נאמן רק במגו דלא היה שלך וכל אימת דאתי עדים מפקינן ליה לא מתייאש וכיון שזה יודע שהיא שלו ולא נתיאש חייב להחזיר משא"כ במטלטלין וליכ' עידי ראה אם מחזיר זה הלוקח למוכר בינו לבינו והמוכר ילך ויראה אותו לפני ב"ד ויטעון לקוח יהיה נאמן במגו דלא היה מראהו והיה טוען החזרתי והי' נאמן לעולם וא"א שוב להמערער להוציאו לעולם ודאי דיכול זה הלוקח לומר אי שתקת ודנין אותו כאילו הוא כבר מהודר וכן ביורש כיון שאביו היה יכול לטעון וטוענין שאביהם ודאי היה טוען לקוח וכיון דאילו היה טוען לקוח היה נאמן לעולם דיינין ליה כאילו כבר עמדו בדין כיון שהן מוחזקין כמ"ש הרשב"א ומש"ה גם היורשים פטורים מלהחזיר:

כג **קניתי' סתם** עש"ך ס"ק ט"ו שהקשה דהא הוי מגו למפרע ע"ש ובקצה"ח משיג עליו וכתב (דבפני) בפני זבנא ממך הוא גופיה טענה מעליותא הוא בלא שום מגו ובדף מ"א דאמר הטעם משום מגו אין הכוונה משום מגו רק הכוונה הוא בלשון מגו לומר דכמו שמהימן כטענה זו כמו כן מהימן בטענה זו ע"ש ומלבד שהוא דוחק נלפענ"ד להוכיח דא"נ רק מטעם מגו דבב"ב דף כ"ט גבי עדות השוכרים פריך הש"ס הני נוגעים בעדותן הן וכו' ולכאורה קשה הא מבואר בדף ל"נ דאם אמר לפירות ירדתי דנאמן א"כ נטעון לשוכרים דילמא אמשכיר מכר לפירות אך זה ל"ק דל"ד ללוקח דטענינן דשאני לקוח דחזקת מי שמוחזק בו מהני ג"כ על להבא משא"כ חזקת פירות לא מהני רק במה שכבר אכל ומטעם תפיסה אך הא ק? דליהימני' השוכרים במגו דאו בעי אמרי השוכרים בפנינו ירד המשכיר לפירות ע"ל ג"ש והשכיר לנו ויהיו נאמנים במגו דלפירות ירדנו ואם נאמר דטענת בפני זבנה צריך מגו דוקא א"ש דכאן ליכא מגו דלפירות ירדנו מהמערער דיראין עצמן מהמחזיק כמ"ש התוס' בד"א הני נוגעין אבל אם נאמר כדעת הקצה"ח דמגו הוא דכמו שנאמנים ע"ז כמו כן נאמנים ע"ז ובפני זבנה בעצמו טענה מעליותא היא קשה

דליהמני במגו דבפני זבנה לפירות דאז אין להן לירא לא מהמערער ולא מהמחזיק אלא ע"כ דבפני לא מהני אלא משום מגו וכמש"ל והטעם דכיון שאין המחזיק בא מכח טענת עצמו אין חזקתו מועלת לו דבעינן בחזק' שהמוחזק יבא בטענת עצמו ואז מועיל חזקתו וכיון שבא מכח המוכר שלו צריך דוקא לטענת מגו ומה שהביא בקצה"ח ראיה מדברי הרא"ש והטור מהא דמודי נהרדעא ע"ש יתבאר לקמן בסעיף ך"ד ע"ש.

כג **לא** טענינן ליה ונראה דמ"מ ליורשים טענינן דומיא דטענת משטא דסי' פ"א לא טענינן ליה וליורשים טענינן:

כד **אתה** נוח לי. עש"ך בסי' ש"ו ס"ק י"ב שהביא קושית המרדכי מהא דמרא' דינר לשולחני ונמצא דע דחייב משם דיני דגרמי וע"ש מה שתירץ:

כה **לשום** מתנה עש"ך סקי"ז שתמה ע"ז דהא אנן קי"ל כרב דהמעו' פקדון ע"ש ולפענ"ד נראה דדעת הרב הוא דכאן כ"ע מודים דליכא למיחש לפקדון דגרע מהא דאמרינן ביבמות ד' קט"ו כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גבי והיינו משום דיהיה נאמן לטעון שהוא שלו וא"כ הכא כיון דנתן להמוכר המעות בשם מכירה לפני עדים ואז המוכר נאמן על כל טענה שירצה כמ"ש הרב ואפי' שבוע' א"צ וגם אפי' אם יש לו איזה טענה שאינו זוכה בדין יכול הוא לומ' דזבין דיני' ובכה"ג ודאי לא מפקיד גביה וע"כ משום מתנה נתן לו משא"כ בהכיר בו שאינו שלו או במקדש אחותו דבודאי יתחייב להחזיר ושום טענה לא יועיל ואפי' החזרתי לא תהיה אחותו המתקדשת יכולת לטעון כיון שקיבלה לשם קידושין וכיון דשמואל סבר לשם מתנה שייך לומר מי יימר דמחייבי לי רבנן ולכך אמרי' דגמר ונתן לשם פקדון ולבסוף יתבעהו להחזיר לו והנה בתומים כ' דאם קיבל אחריות לא הוי מתנה כמ"ש התו' בב"מ ט"ו ע"ב ד"ה מעות יש לו לענין הכיר בו שאינו שלו וה"נ דכוותיה ולפענ"ד לא דמי כלל דבשלמא בהכיר בו שאינו שלו איכ' חיוב אחריו' על המוכר שאם יטרפו ממני יתחייב לשלם שופר' שבחא ופירי וי"ל שלא נתן לו לשם מתנה רק לשם תועלת האחריות דשבחא ופירי וגם יש לו תועלת להלוקח באכילת פירו' עד שיבוא הטורף משא"כ במכר את אשר הוא שלו לגמרי שאין להלוקח שום תועלת בחיוב אחריו של המוכר וגם בהמוכר אין עליו שום חיוב בקבלת אחריות נגד מי שהשד' שלו לגמרי ולכך סתמו הפוסקי' וכתבו דהוי מתנה בכל ענין ובהא דפסק הרב שנאמן לומר שטעה אף דבכ"מ טעיתי טענה גרועה היא הכא שאני כיון דהמוכר בעצמו מודה שאין לו שום טענה סברא הוא שטעה ולפ"ז אם המוכר אומר שהי' לו איזה טענה אף שאינו זוכה בדין לפי טענה ההיא וטוען שנתן לו המעות מחמת שרצה לקנו' דינו נאמן המוכר ואין הלוקח נאמן לומר טעיתי שהיא טענה גרועה ועסמ"ע סקמ"ד מ"ש דמיירי

שידוע שקנאה ב"פ והוא תמוה דאפי' במודה והלה טוען שטעה סגי דל"ש מגו שאין טוען ברי שנתנה במתנה וגם א"ל דקאי אירשא בטוען חזר ולקחה שכ' בס"ק מ"ג טעם למה נאמן ולזה כתב דמיירי בידוע דבמודה בלאו הטעם מהימן במגו אמנם גם בזוז קשה דהא בעינן הטעם לענין דל"צ שבועה דמטעם מגו בעי שבועה:

כו **שאכלה ז' שנים**. עסמ"ע ס"ק מ"ו עד כ"ז שאין המערער מביא ראיה שדר בו המוכר יום א' וכו' שלא בדקדוק כ' כן וקיצר בלשונו דהא כיון שכבר החזיק ראובן ג"ש מקודם והוי כידוע שהקרקע של ראובן רק שי"ל שמא חזר ומכרה לשמעון צריך שיהי' שמעון דר בו יום א' והלוקח ממנו צריך שיחזיק ג"ש וע"כ כוונת הסמ"ע הוא ג"כ לזה ?דסיום דבריו שכתב ולא היה הפסק קשה:

כז **חד יומא נאמן**. עש"ך ס"ק ך"א ובתומי' הביא בשם הרמב"ן דאם יש עדים על אכילת השש שנים דלית ליה מגו דזבינתיה מינך דא"כ למה אכל הב"ש הקודמי' ואם יאמר שמקודם לפירו' ירדתי א"כ אין לו חזקה כלל כיון שמעיקרא לפירו' ירד ע"ש וע' בסי' ק"ג סעי' ג' מחלוקת הפוסקי' בזה ולפענ"ד נראה דדעת הפוסקי' דלא חילקו בזה דס"ל דכאן שבא ליד אחד וממנו לא בא לידו בתורת שכירות דהוי חזקה נגדו דגרע מנשתנה שמו ועניננו שכ' הסמ"ע שם ס"ק ד' גבי ירד לנכסי א"א ונתגרשה עמ"ש וע' תומים דא"נ במגו דאי בעי אמר לקחתי מהמוכר וגם קניתי מהמערער משום דעביד איניש דזבין דינא ויהי' נאמן אפי' כשלא ידע שיש שטר להמוכר דהא לא יהי' לו שוב שום מורא משניהם משום דהוה מגו גרוע דל"ש שיהי' זבין דיניה ודע שכאן מיירי שעכשיו נודע לו מהשטר אבל אם מודה שכבר ידע מהשטר קודם שכלה אכילת ג"ש הוי כידע ממחאה ותליא במחלוקת שהביא בסעיף ב' אי מהני מגו כשידע מהמחאה וע"ש בסמ"ע ס"ק ד':

כח **וכל המתגבר ירד בה**. בתומי' כ' דדוקא כשהעדי' מכחישין זא"ז בשנים ידועים דאז הוא מילתא דעבידא לאגלויי דאפשר שיבואו עדים אחרי' על ג' שנים הקודמי' או המאוחרים אבל כשהעדי אומרים שהיא של אבותיו מעולם ועדי' מכחישין אותן דאז א"א לאגלויי שאם יבואו אלף עדים תרי כמאה ודנין בו דין הלוקח ע"ש ולא ידעתי מציאו' לזה דמ"מ אפשר יבואו עדי' או שטר מכירה שקנו אבות אבותיו דלא יתכחשו מעדים אלו:

כט **אפשר לפרש דבריו**. עסמ"ע ס"ק ס' כגון שאמר ירשתי מאבותי ועש"ך ס"ק כ"ג שהקשה כיון דהטור פוסק דלא מהני כשטוען דר בו יום א' בפני אפי' במגו ועכ"צ לפרש דבריו ולומר שבפניו לקחה וא"כ גם בלוקח כשטוען קניתי סתם נטעון עבורו שלקחה בפניו וכו' ע"ש ולפעד"נ דהטור קאי על שטען של אבותי ואמר נמי שירשתי ממנו דהיינו

שאמר של אבותי וירשתי מהם וכיון שאמר של אבותי מחשבינן לי' לטענת ברי כאלו אמר יודע אני בברי שהוא של אבותי וכה"ג נמי בלוקח אילו אמר שדה זו של פ' היא ולקחתיה ממנו מהני כמו באמר מפ' זבינתיה דזבנה מינך שכ' הש"ך בסק"י דהב"ד מחוייבין לפרש דבריו ולומר שכוונתו היה שיודע בברי דזבנה מיניה (ומ"ש הש"ך כאן דאין טוענין עבורו סותר מ"ש שם) וה"נ דכוותי' וכוונת הרמ"א הוא כך דאם המחזיק טען תחילה של אבותי שירשתי ממנו מפרשינן דבריו שהיה של אבותיו בשעה שירשה ממנו משא"כ כשהמערער אמר תחלה של אבותי שהי' כוונתו שהי' מעולם של אבותי והמחזיק אמר אח"כ לסתור דבריו של אבותי אמרי' דודאי הי' כוונתו ג"כ שהיה של אבותיו מעולם כיון שאמר זה להשיב על דברי המערער וכ"כ הטור וז"ל דמשמע ולא של אבותיך שהרי בא להשיב על טענת המערער ולומר לא כי וכו' ע"ש ובתומי' כ' ראיה דלשון ירשתי מאבותי לא משמע מעולם ממתני' דהבא משום ירוש' א"צ טענה והיינו שאמר ירשתי מאבותי אף דיש לכשנגדו עידי אבות ואם נאמר דלעולם משמע הרי הוכחש מעדי' ע"ש ודבריו תמוהין דהא שם ע"כ מיירי שיש לו עדים שדרו בו אבותיו יום א' כדאמר התם בדף מ"א א"צ טענה הא ראיה צריך וכשיש לו עדים ודאי מהני כמבואר בהג"ה כאן ומ"ש בתומים דלהסמ"ע ס"ק מ"ג שמחלק דכשטוען המערער ברי בזה כ' הרמב"ן דבעינן דוקא עדים על שדרו בו יום א' אבל כשהמערער הוא יורש וטוען שמא לא בעי עדי' ומהימן המחזיק לומר שדר בפניו יום א' והביא דברי הרמב"ן שכ' בהדיא כן ודאי ל"ק כלל קושית הש"ך וזהו אמת וברור והש"ך לא הקשה זה רק לשיטתו שחולק על הסמ"ע בס"ק כ"ה ע"ש אמנם דהעיקר כדברי הסמ"ע כמבואר ברמב"ן בהדי' כדבריו ולדינא אין נ"מ דהא הש"ך בסקי"ב מסיק דמהני כשטוען בפני דר בה יום א':

ל **והמחזיק אומר של אבותי.** עש"ך ס"ק כ"ד ובקצה"ח תמה על הש"ך שמפרש דמיירי בהך עובדא שהעדים העידו שלא דרו בו אבותיו של זוז כלל כיון דהש"ך פסק באומר קניתי מפ' סתם א"י להוסיף ולומר בפני זבנה דה"ל מגו למפרע א"כ היאך יכול להוסיף כאן ולומר בפני לקחו אבותי מאבותיך הא ה"ל מגו למפרע ולפענ"ד נראה דל"ד דשם לא אמר רק קניתי מפ' סתם ולא יותר ושוב כשאמר בפני אין זה פי' רק טענה מחודשת משא"כ כאן שאמר של אבותי כשאמר אח"כ בפני אין זה מחודש רק שמפרש דבריו מה שאמרתי של אבותי הוא טענת ברי שיודע אני בבירור שהוא של אבותי שלקחוהו בפני ובאמת אם לא אמר מקודם רק ירשתי מאבותי לחוד הוי כאומר זבינתי' מפלוני דא"י להוסיף ולומ' בפני דה"ל מגו למפרע ומ"ש הוא לתרץ דכיון שיש לו מגו והוא מוכחש מעדי' יכול לחזו' ולטעון כדי שלא יהי' מוכחש מעדי' כיון דמגו כעדי' דמיא והוי בב'

בתי עדי' המכחישים זא"ז שמיישבין דבריהם לא נהירא לי לומ' דבמקו' מגו יכול לחזור ולטעון כשהטענ' אי מוכחש מעדי' שלא אישתמט שום פוסק לכתוב כן ומ"ש דזבנון מינך בפני בעצמו טענה מעליותא הוא עמש"ל ס"ק כ"ב בזה:

לא **דמשמע ולא של אבותיך** עש"ך ס"ק כ"ד עד דנהי דהוכחש במה שאמר מעולם מ"מ בחד יומא לא הוכחש וכו' ק"ל דהא הוחזק כפרן בממון זה דמבואר בסי' ע"ט סעיף י"א דאפי' באמר לא עברתי בצד עמוד זה והוכחש אי לאו דמילתא דלא רמי' על אינש לאו אדעתיה היה הוחזק כפרן גם מה שכ' דאין בלשון זה משמעות ולא של אבותיך ק"ל דהא הטור כתב הטעם דהמשמעות הוא כך משום שבא להשיב על טענת המערער וכו' ע"ש:

סימן קמז

א **ואין משגיחין על ראיות שיביא** בתומים הקשה דאם מביא ראיות שגזלו אמאי לא יועיל הא לא מהני הודא' לגזלן ע"ש והנה זה אינו תמוה די"ל דכוונת הש"ע בראיות שהן שלו דהן טענת גזילת מהני הודא' כ"ז שאינו מביא עידי גזיל' א"נ אפשר לומר דאפי' נגד עידי גזילה מהני זה שחתם עצמו דנגד לחתום עצמו לעד הי' יכול לאשתמוטי מהגזלן ולכך הוי הודא':

ב **אם אין כת"י.** עש"ך ס"ק נ' שכתב דלמאי דקיי"ל דטענינן ליתמי כל מילי אף מזוייף טענינן להו ואישתמיטתי' דברי הרא"ש שכ' דהכא כיון דהמוכר והלוקח מכחישי' אותו לא טענינן להו ע"ש:

ג **או** שהתלם בידו והחזיק בו אח"כ. זוז כ' הראב"ד הובא ברא"ש לפרש העובדא דמיירי בש"ס כתובו' ק"ט בהאי דעשאו סי' וערער ושכיב וכתיב דמיירי שהוציאו המערער בדין והחזיק ג"ש ע"ש ונלפענ"ד דמיירי דוקא שעשאו לסי' אחר שערער והוציאו בדין (ומה שאמרו בש"ס שעשאו סי' וערער הכוונה שכבר ערער) ולכך נאמן לטעון שלקחו אחר שעשאו סי' כיון שהחזיק כ"ש אבל מכפי הנרא' מפשט דבריו דמיירי שעשאו סי' ואח"כ עירער והוציאו בדין והחזיק ג"ש מחמת שלא ידעו המחזיק והב"ד מהשטר שכ' בו המערער שדה זו לסי' ואח"כ נתברר מהסימן שעש' נלפענ"ד דבכה"ג ודאי דא"י לטעון חזרתי ולקחתי דהא המחזיק יכול לטעון לא ידעתי מהשטר שעשה בו הסי' עד עכשיו ודמי להא שכ' הרשב"א הובא בב"י בטור סי קמ"ו כשהי' השטר מתנ' מושלש דלא הוי חזקה שיכול לומר לא ידעתי מהשטר וה"נ יכול לומר לא ידעתי מהשטר ומה לי למחות כיון שהוציא מידי ע"פ ב"ד ועוד כיון שנתברר שבטעו' הוציא הב"ד מידו והוי כאילו

ידוע שבגזל בא לידו לא הוי חזק' דאפי' בהגיע לידו במשכנת' או בשכירו' מחלוקת הפוסקי' בסי' ק"ן סעיף ג' ובכה"ג נרא' דכ"ע מודים דלא הוי חזקה:

ד **שהנכסים נקראי' כך** והנה בגוף העובדא דההוא דעשאו סי' לאחר דחקו כל הקדמוני' ולא מצאו דרך סלולה בהטעם דיהי' נאמן לומר חזרתי ולקחתי גם בהא דהוצרך אפוטרופוס לטעון מקודם תלם אחד ואח"כ חזרתי ולקחתי ולכן נלפענ"ד לפרש דהנ' במשנה דהעורר על השד' דיכול לומר השני נוח לי ואי עשאו סי' לאחר איבד זכותו ע"כ קמ"ל דאפי' המערער צווח שלא הוד' ואומר טעמי' על עשותו הסי' בשמו דלא מהני לי' שום טענ' וחשבינן אותו לחודא דאי מודה בהודאתו על שעה שעש' הסי' מאי קמ"ל ולפ"ז א"ש דעובדא הכא הוי דעשאו סי' והכל היו יודעים מזה שעשה סי' והשדה הי' ת"י המערער זמן רב ואח"כ בא המחזיק ולקחו ממנו בע"כ ובא המערער לפני ב"ד ועירער והביא עידי גזיל' וטען על הסימן שעשה שלא הוד' כלל בעשותו הסי' רק מאיזה טעם אחר עשה הסי' על שמו ושכיב קודם שנפסק הדין ובא אפוטרופוס לפני אביי ופסק לו דטענת המערער שטען בחייו דהסי' לאו הודא' הוא לאו טענה הוא כדתנן במתני' איבד את זכותו ולכך לא הי' יכול האפוטרופוס לטעון חזרתי ולקחתי דכיון שכבר טען המערער בחייו שהסי' לא הי' הודא' כלל והשד' הוא שלו מעולם הוי כאומר שלא מכרה והוי כהוד' שלא לקחה כמו באומר לא לויתי דהוי כאומר לא פרעתי וה"נ כשאומר לא מכרתי כאומר לא לקחתי דמי דלמה הי' לו לוקח אותה בכסף כשלא מכרה כלל ולכך טען תלם עשיתי לו פי' כיון דליכא הוכחה מתוך השטר על ההודאה רק על שיעור שדה א"כ נהי דחשבינן לי' למוחזק כפרן על שיעור שדה שכפר לו מ"מ הא הוחזק כפרן בממון זה לא הוחזק כפרן על ממון אחר ומה"ת לחייבינהו ביותר משיעור שדה ואח"כ כשיזכה אותו אביו ולא ציוה ליתן לו יותר מתלם אחד טען דילמא הי' אבוהון טוען חזרתי ולקחתי אותו התלם ואפשר שהי' לאביו שטר מכירה על אותו תלם והא דהוצרך לכפור ההודא' שטען שלא הורה כלל בעשיית הסי' הוא משום דידע שלא על תלם זוז בא המחזיק מכח הטענה שטען שעש' הסי' שהרי יש בידו שטר מכירה מהתלם וסבר שהמחזיק בא בהטענ' מכח מה שעש' סי' על כל השדה דהא טענת תלם אחד היא טענה גרוע' דהא הרבה פוסקים ס"ל דלא ומהני טענ' זו כשכל השדה מוחזק ביד המחזיק ולכך הוכרח לכפור ההודא' וכ"כ התומים בהדיא דאינו חשוב חוזר וטוען כיון דמה שאמר תחילי' הי' על כל השדה לא חש לדקדק בשביל אותו תלם ע"ש ומיירי שהיה ת"י המערער ג' שנים אחר עשיית הסי' קודם שגזלו המחזיק כמו שכתב הריטב"א:

סימן קמח

א **אחד שקנה אותן מארבע'** יש לתמו' כאן הרבה חדא קושי' התו' ביבמות דף ל"ו בד"ה אי שתקת בד' שקנו מא' דליהדר האי חד דמי הדרך ותי' התו' שם נלפענ"ד דחוק לפי מ"ש הסמ"ע ס"ק ב' ועוד ק"ל גבי חד דקנה מד' כיון שקרקע אינה נגזלת והרי בין שדותיו קרקע שאינ' שלו מה"ת לא יתחייב להחזיר ומה בכך שקנה זכות מהמוכר אטו אם א' קנה בהמות מהרב' ב"א ויבואו עדים שבהמ' אחת גזול' רק שאין מכירין בבהמה הגזול' מחמת שנתערב' ביניהם קודם יאוש וכי לא יתחייב להחזיר כיון שדבר שאינו שלו מעורב בשלו וא"ל דפטור משום דלכתחלה קנה ברשות ב"ד הא ליתא דודאי אם ראובן יגזול בלא עדים ושמעון קנה ממנו אף שראובן כפר לפני ב"ד ונפטר ואח"כ קנה שמעון ממנו ונתברר לו אחר הקנין שהוא אינו שלו ודאי דחייב להחזיר כדאמרינן בב"ב דף ל' את לאו קמודית וכו' ול"א דמצי למיגר לי' אי שתקת והוא ע"כ מטעם הנ"ל ואדרב' נראה דאם ידוע שבין אותן ד' בני אדם יש קרקע גזול' אסור לקנות מהם דהוי כאיסור קבוע ועוד אמאי נקט שאבד לו דרך הל"ל רבותא יותר שנאבד לו שדהו בין שדות אחרים כגון שהלך למדנ"ה והלך אחד מד' שסביבותיהן וצירף שדה זו לשלו וא"י איזהו ועוד דהש"ך בעצמו כתב שם בסיומא דספר ת"כ דאם יב"ש גזל שדה מראובן ואין העדים יודעין איזה יב"ש ואח"כ מכר יב"ש אחד כל שדותיו ליב"ש השני דיכול ראובן להוציא שדה אחת מיב"ש ע"ש אף דאין ראובן יכול לברר בעדים איזהו הגזלן ואיזו שדה היא גזול' והדין עמו דהא בבכורות מ"ח גבי ב' יב"ש דאין מוציאין שט"ח עליהן קאמר התם דאם יב"ש קנה שדה מיב"ש דא"י לבוא בממ"נ ואמר התם הטעם כיון דנכסוהי דאינש אינון ערבין וכו' משמע במקום שיכול לבוא על גוף הנכסים בממ"נ דהדין עמו וא"כ בחד דאתי מכח ד' דבודאי דמי להא דיב"ש שגזל ומכר ליב"ש שכתב הש"ך דהדין עם ראובן וא"י הקונה לטעון קניתי כל זכות הא' וכ"ה ג"כ מסברא דכי משום שא"י לברר איזה שדה הוא שלו יאכל הלה את שאינו שלו וחדא דהא אין אדם מוכר דבר שאינו שלו ובחזקת מ"ק עומד ולא יחלוק בזה כ"א המתעקש ואוהב עול וא"כ בחד דאתי מכח ד' מה"ת יהי' יכול לומר קניתי זכות הא' וכיון שמהא' א"י להוציאו גם ממני לא תוציא והא דא"י להוציא מהא' הוא רק מטעם שא"י לברר וכיון שהא יודע האמת מה"ת לא יחזיר ועוד דעיקר טעם דקם דינא המבואר ביבמות ל"ז כתב הת"ה משום דהוי כיאוש דאסח דעתיה מיניה ונתייאש וע' במש"ל בסוף כללי תפיס' דמיירי במידי דלא עבידא לאגלויי דשייך בי' יאוש ומ"מ נראה דל"א קם דינא רק במקום דבהיתירא אתי לידי' כגון גבי ספק ובני יבם וכן בהא דסי' רס"ח בהגה"ה דזכי בהיתירא בדין ב"ד משא"כ במקום דבגזיל' ובאיסורא אתי לידי'

נראה דע"ז ל"א דקם דינא דיאוש לא מהני רק במקום דאתי לידי' בהיתירא לכ"נ דדין זה אינו אלא בנאבד לו דרך דהיינו שגוף הקרקע הוא של אחר רק שהי' לו שיעבוד וחיוב על בעל הקרקע ליתן לו דריסת רגל ומבואר בהה"מ ה' שכנים דזה לא הוי רק שיעבוד בעלמא וכיון דא"י על מי מהמוכרים יש לו שיעבוד זה שיהיה מחוייב להניחו לילך דרך שדהו גם על הלוקח מהן אין לו שיעבוד דכשהשיעבוד הגוף בטל גם שיעבוד נכסים בטל כיון שהגוף שלו ואין עליו רק חיוב שיניחו לילך כשיצטרך דמי להא דמבואר בס"ס מ"ט דכיון שא"י לתבוע המוכר גם הלוקח א"י לתבוע ולפ"ז מיושב קושי' התו' ביבמות הנ"ל ומש"ה נמי בד' שקנו מחד אין המוכר חייב לשלם הדמים לא מבעיא למאן דס"ל בסי' ק"ז דבמוכר לעכו"ם קרקע המשועבד לישראל דפטור מזיק שיעבוד כשלא עשה מעשה בגוף הקרקע א"כ פשיטא דפטור הכא ואפי' למאן דס"ל התם חייב מ"מ הכא פטור דנרא' דדבר שאינו שוה בעצמו למכרו וליקח דמים בעדו רק ששוה לאיש ההוא אין המזיק חייב לשלם כדמוכח בב"ק פ' דחובל דאמר טובת הנאה דאשה דאי דבעל לימרו לה מאי אפסדיך אי היית מזבנת לי' בעל הוי שקיל מינך וכו' ולכאור' קשה דמה בכך שא"י למוכר' משום שהבעל יקח הדמי' ממנה מ"מ האשה יכול' לו' כמו ששוה הספק ט"ה אצל מי שרוצה לוקח כמו כן שוה הספק אצלי והרי חזקתני הספק הזה א"ו המזיק דבר שא"א ליקח דמים בעדו פטור וכן מוכח בכתובות ד' ל' בתחב לו חבירו שכתבו התו' שאינו שוה פרוט' וקשה הא מ"מ שוה הוא אצל האוכל שאינו נמאס אצלו א"ו כיון שא"י ליקח דמים לא מיקרי בר דמים וה"נ אינו שוה רק לבעל הדרך הוא ולכך פטיר וא"ל שיכול למכור השדה עם הדרך די"ל דמיירי במקום שאם ירצה למוכרו לאחר יכול הלה לומר אינו מניחו לאחר לילך דרך שדה שלי ומיושב קושי' התו' ביבמות הנ"ל ואפשר שהי' דוחק להתו' לאוקמי מתניתין בהכי ולכך תי' באופן אחר אבל בנאבד גוף הקרקע נראה הדין כמש"ל והא דבכתובות ק"ט גבי דיקלא לברתי דאמר התם אכלה כא דיקלא גבייהו היא ופירש"י משום דלא ידע איזהו ומשמע לכאור' דאם הי' מסויים הדקל שנתן במתנה לא הי' יכול להוציא מהם דז"א דלא בא רש"י למעט דאם היה ידוע איזהו לא היו היורשים חייבים להחזיר רק משום לישנא דהש"ס דאמר דיקלא גבייהו ולכ"כ רש"י לא ידוע איזהו דאם הי' ידוע אצל מי הוא הי' הבת חוזרת רק על מי שהדקל ת"י אבל ודאי אפי' היה ניכר הדקל בשעת מתנה ואח"כ נשכח איזהו חלקו היורשים אה"נ ודאי דחייבים בין כולם להחזיר דמי הדקל לברת' דהא כ"א נטל חלק מהדקל ד"מ אם היו ד' אחים והיו כ' דקלים וחלקו דנטל כ"א ה' הרי נטל כל אחד חלק רביע מהדקל של הבת שאם היתה הבת נוטלת מעיקר הדקל שלה לא הי' נוטל כ"א רק ה' פחות רביע

וכן אם היורשים מכרו הדקלים לד' אחרים ונטלו המעות וחלקום אם הי' הדקל מסויים בשעת מתנה ושכחו אח"כ חייבי' היורשים להחזיר דמי הדקל מחמת שכ"א נטל חלק ואם אין להם לשלם חוזרת על מי שקנה באחרונה על הדמים מטעם טריפת לקוחות ואם קנו כולם ביחד חוזרת עליהם כדין בע"ח כמבואר סי' קי"א סעיף ט"ו ואם לא הי' הדקל מסויים בשעת מתנה מחוייב מי שקנה באחרונה להחזיר גוף הדקל והראשוני' פטורין דמה מכר א' לשני וכו' וכיון דהמוכר הי' יכול לדחותה אל הדקל שירצה ה"נ הלוקח ממנו יכול לדחות' אל דקל הנשאר אצל המוכר וכמבואר בסי' קי"ט בסמ"ע ס"ק י' גבי מכר בינונית וזיבורית ע"ש ואם לקחו כולן כאחר חוזרת על מי שתרצה וגובה הדקל ממנו והוא חוזר על המוכר דלא גרע מבע"ח שיכול לגבות ממי שירצה כמבואר בסי' קי"א סעיף ט"ו והכא נשתעבדו הנכסים ליתן גוף הדקל ולפז"נ דכן הדין בראובן שהי' לו דריסת רגל על בית של שמעון והי' לשמעון הברירה ליתן לו הד"ר באיזה מקום שירצה שלא סיים מקום הדרך ואח"כ מכר שמעון אותו לשנים ללוי ויהודא ללוי לצד מזרח וליהודה לצד מערב ואח"כ רוצה לוי לבנות מצד דרום עד החצר ולומר לראובן שיהי' לו הד"ר בהחצר שהוא לצד צפון ויהודא רצה לבנות בביתו לצד צפון עד החצי ולדחות לראובן שיהי' לו הד"ר בהחצי שהוא לצד דרום ונמצא שיהי' ראובן קרח מכאן ומכאן או אם קנה לוי ויהודא בזא"ז חל החיוב של הד"ר רק על האחרון מטעם מה מכר א' לשני וכיון שהא הי' יכול לדחותו לאיזה מקום שירצה כן הלוקח ממנו יכול לדחותו אל המקום שנשאר אצל המוכר כמו בבינונית וזיבורית הנ"ל ואם קנו ביחד יכול לגבות לעצמו ד"ר ומחוייבין ליתן מבין שניהם ד"ר דרך הבית והן יפשרו ביניהם על ברירת המקום על ד"ר כמו שפירש"י גבי דיקלא לברתי דחייבי' מטעם שעל כולם הוטל החיוב כיון שלא ידוע איזהו וא"כ ה"נ כיון שעל המוכר הוטל חיוב ליתן לו ד"ר והן לקחו כאחד ממנו מוטל החייב על שניהם יחד כמו גבי דיקלא הנ"ל דלא דמי לאבד לו דרך דהכא דש"ה שהי' הדרך מסויים ומי שיש בידו השדה שאין עליו הדרך אין לו עליו כלום דהא אינו נהנה משל חבירו כלל משא"כ הכא שהי' דרך שאינו מסוים רק חיוב על המוכר ליתן לו דרך באיזה מקום שירצה ממילא כשקנו ביחד הוטל על שניהם החיוב בשוה ואם כבר בנה אחד לצד דרום עד החצי ושתק האחר ונשאר הדרך של ראובן לצד צפון ואח"כ טען האחר שיסתר חלה בניינו שיותן לשמעון הד"ר מבין שניהם נראה דתליא במחלוקת בשיעבודין כאלה בסי' קנ"ג אם צריך ג"ש וטענה או דהוי מחילה מיד דה"נ דכוותי' דכיון שעשה דבר המתקיים בכדי שיהי' הד"ר בצד השני הוי מחילה ומכש"כ כשכבר מכרו לאחד דטוענין ללוקח שהי' דרך מכירה ודע דהכא בחד שקנה מחד נראה

דמיירי באופן שא"א לטעון עבור הלוקח שהמוכר לקח ממנו מקום הדרך והיינו שלא היה ג"ש וכיוצא:

ב **אם אחזיר.** עש"ך ס"ק ב' דאם מתי הד' וכו' נראה דט"ס הוא וכצ"ל אינו חייב ליתן לו דרך ולא דמי לדלעיל סימן קי"ט וכו' דלפי מ"ש לפנינו קשה דהא ודאי דאין לדמותו כלל דשם אין הטעם משום דמה מכר א' לשני דהא הא' לא הי' יכול לדחותן אצל זיבורית רק משום דיכול להחזיר שטר זיבורית ואם מתו א"י להחזיר להם דאף אם יחזיר הוי כמוכר לאחרים דרמ"ג ורמ"ג כמבואר שם משא"כ הכא עיקר הטעם כמ"ש הנ"י פ' החולץ דמה מכר א' לשני כל זכות וכו' וכיון דהמוכר הי' יכול לדחות כמו כן הלוקח ממנו א"כ אפי' מתו הדין כך ופשוט אהר כך מצאתי שהקצה"ח פסק כן מטעם אחר והוא ג"כ פשוט.

ג **ואם החזיק בדרך.** עש"ך ס"ק ג' דחולק עם הסמ"ע וכ' דבכולם מהני תפיסה בע"כ כיון שהוא טוען ברי והן שמא ולפענ"ד נראה דהדין עם הסמ"ע כיון דבשעה שנולד הדין ביניהם היו הן מוחזקין ולא הי' יכול להוציא מהן מטעם חזקת ממון שוב אינו מועיל תפיסה בעדים דאפי' במטלטלין שמועיל תפיס' אינו מועיל תפיסה בא"י אם נתחייבתי לך ובודאי ה"ה אם טוען על מטלטל ידוע שהיא שלו והלה מוחזק וטוען א"י לא מועיל תפיסה בברי ושמא מכ"ש בקרקע דלא מועיל ביה תפיסה א"ו דקאי רק על חד שקנה מה' דמהני תפיסה ואף דבקרקע לא מועיל תפיסה מ"מ דמי להא דמבואר בב"מ דף קט"ז גבי עליה של בית וכו' שכ' התומי' בכללי תפיסה סי' ע' דכיון דעכ"פ יוצא א' מרשותו וכן בגדול וקטן כיון דע"כ יוצא א' מרשותו רק שהספק על איזהו לא שייך לומ' קרקע בח"ב ומועיל תפיס' וה"נ דכוותי' כיון דע"כ מחוייב ליתן לו דרך א' מהני תפיס' ולומר זהו דרכי כשטוענין ברי אם נולד הספק קודם שהוחזק בו שום אחד ושניהם טוענין ברי על מקום הדרך הדין כל דאלים גבר ואם אחד טוען ברי וא' שמא ברי עדיף:

סימן קמט

א **מועיל חזקתו נגד השותף השני** היינו דוקא בשיש בו כדי חלוקה וכמ"ש הט"ז בתי' הא') דאז היה להשותף ג"כ חזקה אז היה לו טענה מש"ה יש ג"כ להאריס שלו חזקה אבל באין בו כדי חלוקה דאין להשותף חזקה מטעם דאימר חלקו כך שיהיה לזה ג"ש ואח"כ ג"כ לזה ג"ש אף לאריס שלו אין לו חזקה. דהא י"ל שהשותפין חלקו כך שיהיה לזה ג"ש והוריד האריס על ג"ש שלו וכן מבואר ברשב"א שמביא הב"י ס"ס זה וז"ל שאפי' לאח עצמו יש לה חזקה מכ"ש האם שאינה שותף ואע"פ שאין לו חזקה על לאה בתה מפני שהיא אפוטרופסית מ"מ על השותף יש לו חזקה וכו' מוכח דמיירי במקום שהשותף

יש לו חזקה וכן מוכח מתשו' הרא"ש בגוף התשובה שכ' הטעם משום דדילמא יודה האחד שמכר לו חלקו וכו' ואם באין בו דין חלוקה א"כ מה בכך שיודה שמכר לו חלקו מ"מ הרי הלוקח שלקח חלק השני נעשה שותף שלו כמו המוכר וכמו שאין להשותף המוכר טענת חזקה כמו כן אין חזקה להשותף הלוקח א"ו דמיירי ביש לו דין חלוקה דיש להשותף חזקה וקמ"ל דאף דהוא טוען שלקח כל השדה ונתבטל טענתו נגד השותף שהוא אריס שלו מ"מ לא נתבטל טענתו נגד השותף השני ויש לו החצי אבל לתי' השני שתי' הטורי זהב דמיירי שאין השותף טוען כך קשה דמ"מ יהיה נאמן דלא מכר לו במגו שהיה טוען טענה זו:

ב **וה"ה שאר קרובים**. גם בזה העיקר כהט"ז דבזה אפי' אינן סמוכין על שולחנו כל שלפי ראות עיני ב"ד אינן מקפידין וכולל נ"כ האב והבן כשלפי ראות עיני ב"ד אינן מקפידין ולא בעינן סמוכין רק בסתם כשא"י אם מקפידים וכן מבואר ברשב"א וריב"ש ע"ש וכן מה שהניח הש"ך בצ"ע בס"ק ז' על השאלת מקום בבהכ"נ לחתנ' הוא רק בסתמא אבל כשאינן מקפידין לפי ראות עיני ב"ד אפי' בשאר קרובים הדין כך:

ג **חפר בקרקע בורות**. הנה ברשב"ם בב"ב דף ג' כתב דהוי חזקה ומיד אך ברמב"ן בחידושיו שם מבואר דצריך חזקת ג"ש דבלא חזקת ג"ש איכא רעותא דהיה לו ליזהר בשטרו אך מ"מ ק"ל דמשמע מכאן דאף דאין ראיה מאכילת פירות מ"מ כיון שהחזיק בגופו של קרקע וגם היה בידו ג"ש דליכא שוב ריעותא דהיה לו ליזהר בשטרו הוי חזקה א"כ קשה דהיה לו למינקט דין זה בכל חזקת קרקעות דאם ראובן חפר בקרקע שמעון בורות וגם היה בידו ג"ש דליכא ריעותא דהיה לו ליזהר בשטרו הוי חזקה אפי' לא היה כלל אכילת פירות לכ"נ דמיירי כאן שהיה הבעל צריך לבורות לאכול פירות מהבורות וכמ"ש הט"ז וכיון דהקרקע אינה עשויה לבורות לא נשתעבד להבעל הקרקע לעשות בורות ולאכול פירות מהבורות ואין לו שיעבוד על פירות רק על הקרקע כמות שהוא א"כ אכילת פירות מהבורות הוי חזקה מעליא לגבי הבעל כיון שאכל פירות מהבורות ג"ש דאין לומר הא יש לבעל פירות דז"א דפירות מבורות הא לית ליה דלא נשתעבד לו הקרקע לפירות כאלו וכיון דאכל פירות מבורות ג"ש הוי חזקה אבל אם לא אכל פירות מבורות רק שהזיק ושהתה כידו ג"ש אף שאכל ג"כ פירות מגופו של קרקע ג"ש כפי השיעבוד שלו ודאי דל"ה חזקה וכיון דמיירי באכילת פירות מבורות ג"ש שוב א"צ לכתוב דין דחפר בורות גבי חזקת קרקעות דפשיטא הוא דמהני. אמנם יש ללמוד מכאן בא' ששכר קרקע לפירות ואח"כ חפר בו בורות לפירות והוא לא שכר ממנו על אופן זה הוי חזקה כמו בבעל שיש לו פירות והוי חזקה כשאכל פירות באופן שלא נשתעבד לו

בכה"ג וה"נ דכוותיה כנ"ל ברור. ולפ"ז מוכח דהטור והמחבר ס"ל כרמב"ן חדא מדלא כתבו דהוי חזקה מיד ועוד דאי נימא דהוי חזקה מיד א"כ היה להן לכתוב דין זה ג"כ נגד שאר חזקת קרקעות דלהנך דס"ל דחפר בה בורות הוי חזקה מיד נראה דה"ה ככל חזקות שבין אדם לחבירו מהני בחזקה זו מיד אמנם נראה דהעיקר כמ"ש הט"ז דודאי כשמקלקל ל"ה חזקה דלא גרע מזרע רצופין באתרא דמוברי וכ"נ באם שהוא מתקן לגמרי כגון בשדה העשויה לבורות דלא הוי חזקה דהמערער יכול לומר לא חששתי מחמת שסברתי דאדעתא להשביח בשבילי ירדת כמו יורד לשדה חבירו שלא ברשות וכמבואר בסי' קמ"א בבנה חורבות של חבירו ע"ש ולא הוי חזקה בחפר בו בורות רק בגוונא שכתב הט"ז שהוא תיקון למחזיק וקילקול לבעל הקרקע כגון הכא שהבעל צריך לבורות וכיון דקרקע זו אינה עומדת לבורות הוי קילקול לגבי האשה מש"ה הוי חזקה וכה"ג אפי' בין אדם לחבירו הוי חזקה וכ"כ הרשב"א בסי' תתקמ"א בהדיא דבחופר בור ברשות חבירו ופתחו לרשותו דהוי חזקה ולפ"ז ל"ק מה שהקשה דסמ"ע בס"ק י"א מבנה והרס שכתב המחבר דלא הוי חזקה דבנה והרס שאני דהרס הוי קילקול לכל העולם ובנה הוי תיקון לכל העולם ובזה ודאי דלא הוי חזקה כלל כמש"ל:

ד **אין אכילתו ראיה** עסמ"ע ס"ק ך"ב שכתב הטעם די"ל דירא למחות בו וגם בישראל הכא מכחו וכדין הקונה מגזלן ובן גזלן וע"ל בס"ס קנ"ב עכ"ל והוא תמוה מאוד דאי נימא דירא למחות בישראל הקונה מעכו"ם א"כ קשה הא שכתב הסמ"ע בס"ק ך"ו דאפילו ידוע שבא לידו מהעכו"ם שנאמן לומר שחזר ולקחו מהבעלים הא כיון שירא למחות במקום שאין מחאה אין חזקה וזה כתבתי לדעת הסמ"ע וע' בסי' רל"ו שכתבתי שם דהעיקר כהרשב"א שכתב בגיטין דף נ"ח דלא מהני חזקה בלוקח מגזלן משום דירא למחות בו ולכן נלפע"ד דודאי אינו ירא למחות בישראל שלקח מהעכו"ם ומ"מ אינו חזקה כיון דאפי' בישראל שלקח מישראל לא טענינן עבורו אם לא שדר בו המוכר יום אחד דאז מחזקינן שהוא של המוכר וטוענין ללוקח משא"כ בעכו"ם לא חשיב דירת עכו"ם לחזקה שנטעון ללוקח גם מ"ש הסמ"ע וז"ל דאם החזיק העכו"ם או ישראל הבא מכחו מ' שנה הוי חזקה צ"ע לפענ"ד דברשב"ם בב"ב דף נ"ה כ' בהדי' דבעי' דוקא שהיה דר בו העכו"ם קודם שמכרו לישראל מ' שנה ומשמע דאם היה פחות ממ' שנה ביד העכו"ם רק שהיה ביד הישראל מ' שנה דל"מ וכ"מ מהראב"ד שהביאו הנ"י הטעם נראה דבשלמא כשהי' ביד העכו"ם מ' שנה שקנאו העכו"ם מדינא דמלכותא ואייאושי מייאש מאריה מיניה דיאוש כי האי כשא"י להוציא' בדיניהם מהני אפי' בקרקע כמבואר בסי' רל"ו סעיף ט' מש"ה זכה הישראל דבהיתירא אתי ליד הישראל והוי כמו יאוש ושינוי

רשות דמהני מה"ט הואיל ובהיתירא אתי לידיה אבל כשלא היה ביד העכו"ם מ' שנה דלא נתייאש ביד העכו"ם ואפי' את"ל שנתייאש אחר המ' שנה שהי' ביד הישראל מ"מ הא באיסורא אתי לידי' דלא מהני ביה יאוש ולא אמרי' דינא דמלכותא דינא לבטל ד"ת כמ"ש הש"ך סי' ע"ג ס"ק ל"ט ועוד אמאי יש לו להתייאש כשהוא ביד הישראל וגם לומר אי שתקת שתקת ואי לאו מהדרנא שטרא לעכו"ם וכעין שכ' המשנה למלך פט"ו מטוען הלכה י"א נראה דלא שייך לומר אי שתקת רק כשכבר הפסיד זכותו כשהיה ביד המוכר יכול לומר לו מה מכר ראשון לשני אבל כשעדיין לא היה זכות על השדה ביד המוכר לא שייך לומר מה מכר ראשון לשני והישראל הנוטל יכול לומר לעולם אני יכול לתבוע הישראל בדין ולא נתייאשתי כלל:

ה **אחר שנתגיירתי** עסמ"ע ס"ק ך"ז והעיקר כדעת הט"ז דודאי מהימן במגו ומ"ש בדרישה דהוי כמגו במקום חזקה דחזקת עכו"ם גזלנין הן תמוה מאד דא"כ אף כשטוען בפני לקחה העכו"ם דמבואר בסעיף ט"ז דמהימן במגו הא הוי מגו במקום חזקה אלא ודאי דלא הוי במקום חזקה דאטו עכו"ם אינן עשויין לקנות ג"כ ומ"ש הט"ז לחלק בין גזלן שעשה תשובה לעכו"ם שנתגייר אין לו שום הבנה כלל והעיקר נראה דהחילוק הוא דהא כתב הסמ"ע בסי' ק"ן סעיף ג' דדוקא כשנשתנה שמו וענינו מהני חזקה כשבא לידו שלא בתורת מקח ומש"ה בגר שנתגייר דכקטן שנולד דמי הוי כנשתנה שמו וענינו משא"כ בגזלן שעשה תשובה:

ו **אין אכילתן ראיה** מפני שאין להם טענה לכאורה קשה דא"כ כשנתחרש או נשתטה המחזיק אחר שהחזיק שאין לו טענה בשעה שבא לב"ד לא ליהוי חזקה לכן נראה דהכי פירושו כיון דחזקה מכח שטר קאתיא ועיקר חזקה הוא לענין שיכול לטעון שאבד שטרי וחש"ו דלאו בני שטרא נינהו ואין להם טענה דאבד שטרי לכך לא מהני בהו חזקה דהא עיקר מחאה הוי כדי לאזדהורי בשטרא כמ"ש הרמב"ן במלחמות ר"פ חזקת והנך כיון דלאו בני שטרא נינהו והרמב"ם פ"ו מה' גירושין הלכה ט' כתב דלאו בני עדות הן ואין צורך למחאתו כלל משא"כ בנשתטה וכן בהחזיק האב שנה והבן קטן שנתיים דהוי חזקה עסמ"ע סי' קמ"ד ס"ק ג' דבני שטרא נינהו רק דלאו בני איזדהורי בשטרא נינהו מחוייב הוא למחות דאולי יזהרו או קרוביהם יזהירו בשמירת שטרם דהם ג"כ לפעמים בני שמירה נינהו כמ"ש התוס' בב"ק דף ט' ע"ב בד"ה ולר' יוחנן ע"ש אבל אותן דלאו בני שטרא כלל נינהו דליכא מחאה ליכא חזקה ובגודרות דלאו בני שטרא נינהו ומ"מ איכא למ"ד דהוי חזקה שם ג"כ נראה דתקנתא דרבנן הוא במטלטלין אבל בקרקע משמע בכמה דוכתי במקום שאין המחאה מהני לאזדהורי בשטרא לא הוי חזקה:

ז **וי"א דאינו חזקה הואיל וירד לשדה כשהוא קטן** עש"ך ס"ק ט"ו שכתב דכן מוכח בש"ס ר"פ המפקיד ע"ש והיינו דדייק שם מדר"ה מדמורידין נכרי לנכסי קטן דאין מחזיקין כנכסי קטן ולדעת הרמב"ם עדיין אין מורידין דניחוש שיאכל נ"ש אחר שיגדל הקטן ויטעון שלקחה ונראה ליישב דעת הרמב"ם דהנה הנ"י הקשה אמאי אין מורידין קרוב לנכסי קטן הא קרוב פשיטא דאינו מחזיק דהא השותפין אין מחזיקין וא"כ מ"ש קרוב מאחר ונראה לתרץ דהנה לכאורה יש ליתן טעם פשוט אהא דאין מורידין קרוב ולנכרי מורידין דהא כשמורידין קרוב הדין הוא לדעת רש"י בכ"מ דף ל"ט ע"א דבין בפירות בין בשבח אינו נוטל רק כאריס ודעת התוס' בב"מ שם דהפירות נוטל בחנם ומ"מ בשבח אינו נוטל רק כאריס וע' לקמן סי' רפ"ה סעיף ב' ולקמן סי' רפ"ז מבואר דאם השביחו הגדולים את הנכסים מחמת עצמן שכל השבח לעצמם ואף דהרב בהג"ה שם כתב דזה דוקא באחין שניזונין יחד מ"מ דעת התו' בב"מ דף מ' ד"ה וכן אמר רבה וכן דעת הרבה פוסקים הביאם הב"י סי' רפ"ז דאין חילוק ולפ"ז ודאי אסור להוריד קרוב דבשלמא דכשמורידין נכרי ליכא חשש דלכפור הכל ודאי דאין לחוש דהא אין מחזיקין ואפי' אי מחזיקין מ"מ אין לחוש מטעם דודאי ימחה כמ"ש התוס' שם כד"ה ש"מ מדר"ה וע"כ יצטרך להודות בההורדה שהורידוהו ב"ד ליטול כאריס דאם יכפור ההורדה לא יהיה דינו רק כיורד שלא ברשות משא"כ אם יורידו קרוב יש לחוש שיכפור ההורדה ויהי' כל השבח לעצמו כמו באחין שהשביחו לקמן סי' רפ"ז דהא ודאי בלא חלקו מירי דאי בחלקו החשש פשוט כמ"ש רש"י דיאמר שזה הגיע לחלקו כלומר דאולי יהיה שלי כחוש ושל הקטן משובח ויאמר על הטוב שזה חלקו ואף שלא יהיה נאמן מ"מ יתבטל החלוקה ע"י כך ויפסיד החצי ומה דאמר בש"ס הטעם משום דאתו לאחזוקי בהו הוא רק משום לאחר חלוקה ובדלא חלקו דג"כ אין מורידין כדמוכח מההיא סבתא כמ"ש הש"מ הוא מטעם הנ"ל ואפי' לפי דעת הרב בהג"ה שם סי' רפ"ז דדוקא באחין הניזונין יחד הדין כך מ"מ יש לחוש שיערים הגדול להיות ניזון עם הקטן בכדי שיהי' כל השבח לעצמו והא דמוכיח הש"ס שם מזה דאין מחזיקין בנכסי קטן הנה לפי דעת הרמב"ם לקמן סי' רפ"ז א"ש שהוכחת הש"ס הוא מהא דאין מורידין קרוב אפי' קודם חלוקה וכמו שפירשו התוס' שם דדעת הרמב"ם שם הוא דאפי' בשבח ששבחו מחמת עצמו הוא לאמצע רק כשאמר ראו מה שהניח לי אבא וכו' דהיינו שאמר שאינו רוצה להשביח רק לעצמו ואז הוא לעצמו ומבואר שם בסי' רפ"ז דבקטנים צריך לומר זה לפני ב"ד ובגדולים בפני עדים סגי אפי' שלא בפניו משום דחברא חברא אית לי' כדין מחאה שכ' הסמ"ע שם ס"ק ט' ולפי זה בעודו קטן אין לחוש לזה שכתבתי דהא צריך לומר ראו מה שהניח

אבא לפני ב"ד וכשיחזור מההורדה לפני ב"ד דהא מדינא יכול לחזור מההורדה ממילא יקחו לב"ד אחר לטובת היתומים רק שיש לחוש דתיכף כשיגדיל הקטן יאמר כן לפני עדים ואף שבוודאי יתוודע להקטן משום דחברא חברא א"ל כמו שכתב הסמ"ע שם מ"מ יש לחוש כשיבוא להגדול לומר לחלוק עמו הירושה כדי שישביח לעצמו יכפור ויאמר שכבר חלקו השדה הטוב הגיע לחלקו ומניח לו ארץ גזירה שאינו משביח אפי' מה שהוציא ויאמר שזה הוא חלקו דאף דאסיק אדעתיה לתובעו בב"ד לומר אייתי ראיה שזה הגיע לחלקך מ"מ לא אסיק אדעתי' למחות בו קודם בואו לב"ד כמ"ש התוס' בד"ה ש"מ מדר"ה גבי נכרי דאף דאסיק אדעתיה לומר אייתי ראיה עידי מכירה מ"מ כתבו שם דאינו יכול למחות ע"ש ואין שום סברא לחלק בין קרוב לנכרי (וכוונת דברי התוס' שמחלקין כין קרוב לנכרי יבואר לקמן) וכיון שאינו יודע למחות קודם בואו לב"ד ממילא אף אח"כ שיבוא לב"ד מ"מ יפסיד השבח מה שהשביח הנכסים מחמת שיכפור המחאה ומדינא מה שהשביח הנכסים מזמן שהקטן היה תובעו לחלק והוא כיחש בו לומר שזה השדה הגיע לחלקו לבד עד בואו לב"ד הוא לאמצע כיון דהקטן רצה לעשותו בעצמו דאפי' בדבר שאם היה מודיעים לקטנים גם הם יכולים לעשות מבואר לקמן סי"ו רפ"ז דהוא לאמצע מכ"ש כאן דהקטן רצה לחלק רק להיותו כופר בו השביח הוא את השדה ולהיות שהקטן אינו בר מחאה כמו שכתבו התוס' שם לא הזמין עדים בשעה שתבעו לחלק והוא יכפור התביעה ויפסיד הקטן השבח ולזה שפיר מוכיח הש"ס מדר"ה דאמר אף לנכסי קטן דהקטן אינו בר מחאה דאי הוי בר מחאה ליכא חשש כלל א"כ ממילא אין מחזיקין בנכסי קטן ולפ"ז גם דברי הרמב"ם מיושב דמסתבר להרמב"ם דבג' שנים אחר שהגדיל ודאי דהוי חזקה דודאי ימחה בכדי שלא יחזיק נגדו ויאמר ממך זבינתיה דאולי לא יהיה לו עדים שירד לתוכו בעודו קטן וכיון דלא מיחה ודאי ידע דהאמת אתו שהוא שלו ועיקר הוכחת הש"ס מהא דאין מורידין קרוב הוא רק דאם היה מקצת חזקה בקטנות והשלים אחר שהגדיל דלא מהני ולא אמרי' כיון דעיקר המחאה בסוף החזקה הוא כמ"ש לעיל ס"ס קמ"ג ממילא סגי כשסוף הג"ש היה אחר שהגדיל וא"כ אפי' אם יום א' מג' השנים היה כגדלות מהני וע"כ צ"ל דתיכף כשהגדיל ידע למחויי וא"כ אמאי אין מורידין קרוב הא כיון שימחה תיכף כשיגדיל שוב לא יהיה לו שום היזק בהשבח ומהשבח שהיה בעודו קטן אין לו שום היזק כמש"ל וע"כ צ"ל דלא ידע למחויי תיכף א"כ ממילא אין מחזיקין בנכסי קטן אף כששלמו הג"ש בגדלות ומוכיח הש"ס שפיר ומיישבין דברי הרמב"ם ואפשר להעמיס זה קצת התוס' בב"מ שם ד"ה ש"מ מדר"ה שהוא תמוה מאד דז"ל התוס' שם וגם א"ל דלא ידע למחות בקרוב ולומר שדה זו של

אבי ולא הגיע לחלקך א"כ בנכרי נמי לא ידע למחות ולכך אין מחזיקין וא"ת כמו שיש לו לדעת כו' וי"ל דגבי קרוב סבור כו' שהן תמוהין מאוד דמשמע לכאורה בדברי התוס' בסופן שיאמין לקרוב ולא יתבענו לעולם קשה הלשון שכתבו קודם לזה דלא ידע למחות בקרוב ועוד דא"כ כיון שע"כ יש חילוק בין קרוב לרחוק שוב ליכא הוכחה דאין מחזיקין כמו שהקשה המהר"ם שי"ף והש"מ ומה שתירץ המהר"ם שי"ף שהתוס' מדמין דכמו דלא אסיק אדעתיה לעולם לתובעו לקרוב כמו כן לא ידע למחות בנכרי כתב בעצמו דלא דמי זה לזה כי עוכלא לדני ולפי מ"ש יש ליישבם קצת כיון דעיקר מה שאין מורידין הקרוב קודם חלוקה הוא משום השבח אחר שאמר ראו דאז אין הקטן כשיגדל נוטל השבח רק כשמוחה בו והקרוב א"ר ליתן לו שפיר כתבו התוס' דא"י למחות בקרוב דבאמת ס"ל להתוס' ג"כ דגם בקרוב אסיק אדעתי' לתובעו בב"ד לומר אייתי ראיה שזה הגיע לחלקך שאין שום סברא כלל לומר שיאמין להקרוב כשיקח לעצמו שדה ששוה אלף ויתן לו שדה שוה מנה רק כשאין לו זמן לתובעו בב"ד אינו מוחה בו בעדים ושפיר מדמי הש"ס כיון דאין לו דעת למחות ממילא אין מחזיקין וזה היא מן הסברא קצת דאין אדם מסיק אדעתיה למחות בעדים רק מי שגזלו בברי ומה שמקשו התוס' דכמו שיש לו לדעת בנכרי כו' הא גם בנכרי ג"כ כתבו דלא אסיק אדעתיה למחות כוונת התוס' הוא דהיה קשה להם דהא בנכרי איכא ג"כ חשש דהא כתבו התו' בד"ה שמין להם כאריס דכשמורידין אוכל הפירות בחנם וכיון שלא אסיק אדעתי' למחות כשיבוא אצלו ליטול הפירות לעצמו ולסלקו מההירדה והוא יכפור לו כדי להרויח הפירות עד בואו לדין ממילא יבוא לו הפסד גם בנכרי בהפירות שיאכל עד בואו לב"ד וע"ז כתבו התוס' דבנכרי כיון שיודע שמגיע לו הפסד בפירות ואינו מאמין לנכרי כלל מה שאמר זבינתא מאביך ממילא אסקי אדעתי' תיכף לומר אייתי שטר מכירה וכשלא יהיה לו יתבענו תיכף לב"ד שבכל יום מפסיד פירות משא"כ בקרוב כיון שקצת מאמין הוא לקרוב ולא מסיק אדעתיה לומר תיכף אייתי ראיה משא"כ לענין אין מחזיקין דצריך מחאה שלא בפניו אף קודם ששמע ממנו הכפירה אין חילוק בין קרוב לרחוק ולזה מדמי התוס' שפיר דכיון דבקרוב לא אסיק אדעתיה למחות אפי' אחר ששמע ממנו הכפירה אף דאסיק אדעתיה לתובעו בדין מכ"ש שאינו יכול למחות לנכרי כשלא שמעו הכפירה עדיין: ובעיקר קושית התוס' שהקשו על פירש"י שפי' דהוכחת הש"ס הוא מהא דמורידין נכרי דדילמא לעולם מחזקינן משום שיודע הקטן למחות ומש"ה מורידין דליכא חשש דהא יודע למחות ונראה לתרץ דודאי ליכא למיחש באפוטרופוס לחשש כפירה דהב"ד בודאי יבררו איש נאמן כמ"ש התוס' ועוד דאי איכא למיחוש לכפירה

לעולם איכא למיחוש שימכור כל נכסיהם ליקח המעות לעצמו ויאמר שהוציא המעות לטובת היתומים וגם ליחש אולי ימות ויפלו נכסי קמי יתמי והיתומים יכפרו דהא כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ומסתמא הב"ד מבררין מי שהוא וב"ב בחזקת נאמנים רק עיקר הוכחת הש"ס הוא דאם נאמר דמחזיקין איכא חשש דילמא שכיב ויפלו נכסי קמי יתמי ולא יהיה עדים שהיו של אביו דאז אף דיתמי אפוטרופוס יודו שהן של אביהם מ"מ כיון שמחזיקין כנכסי קטן והקטן כגדול יחשב לענין חזקה יש לחוש שאחר יחזיק בו האפוטרופוס חד יומא דאז אף שימחה אח"כ הקטן ביתמי האפוטרופוס מ"מ כיון שכבר דר בו האפוטרופוס חד יומא יטענו הב"ד ליתמי האפוטרופוס לקוח כיון שאביהם הי' נאמן במיגו דלא היה שלך ואפילו אם יודו היתומים שהי' אפוטרופוס מ"מ יש לחוש דלמא כשיגדל יעבור האפוטרופוס ממנוייו כגון שהחזיק מקצת השדות דאז נאמן על השדה שנשאר בידו כמבואר לקמן סעי' ל' וע' בתומים שם ואז ודאי דחשיב דירת אפוטרופוס אחר שעבר מהתמנותו כדירת חד יומא וממילא נטען ליתומים לקוח כמו שאביהם הי' יכול לטעון במגו דלהד"מ ולזה מוכיח הש"ס שאין מחזיקין כו' ואפי' הגדיל דאז אם יודו היתומים שבא לאביהם האפוטרופוס מהקטן ממילא אף כדירת חד יומא לא חשיב כמו בלוקח מן העכו"ם דלא חשיב בדירת חד יומא כיון שא"ל חזקה וממילא לא נטען ליתמי לקוח:

ח **וירד לשדה כשהיה קטן** ונראה דאם הקטן מת וירשו גדול והחזיק גם בפני הגדול דהוי חזקה דכיון שהי' גדול בשעה שמת מוריש מורישיו דכשם שהגדול יודע בשל מורישיו כמו כן יודע בנכסי מוריש מורישיו:

ט **ה"ז גובה משבחה** עש"ך ס"ק ך' שחולק על הסמ"ע וס"ל דהרמב"ם ס"ל דגוב' אפי' מפירו' דלהבא וחולק על הר"י שהביא המחבר בסי' קץ ולפענ"ד נראה דכאן כ"ע מודים שגובה אפילו מפירות דלהבא דדוקא מינו לא אמרינן מממון לממון או להוציא אבל הכא שאינו ידוע שהיה של אביו דהוי הפה שאסר כמבואר בכתובות ר"פ האשה שנתארמלה אמרינן בכל ענין הפה שאסר עדיף ממנו כמ"ש התוס' בב"ק דף ע"ב ד"ה אין לך בו דאפילו במקום עדים מהני הפה שאסר ע"ש:

י **כענין הקול שכתבנו בסמוך** עסמ"ע ס"ק ל"ז ובש"ך השיגו והדין עמו דודאי אין חילוק בקטן בין יצא הקול קודם ג' או אחר ג' כיון דאין מחזיקין בנכסי קטן אמנם גם דברי הש"ך שסי' הכוונה כענין הקול דהיינו קודם שהחזיק בדין והוא כקטן אפילו לאחר ג' הוא דחוק מאוד גם דינו הוא תמוה מאוד לומר שכאשר יצא הקול שהי' של אביהם שוב ליכא מגו דלא היה שלך מעולם דא"י להעיז נגד הקול דמשנה מפורשת היא ר"פ

האשה שנתארמלה דנקט ואם יש עדים שהיה של אביו א"נ ולדבריו הי' לו למינקט רבותא יותר דאפילו ליכא עדים רק שיש קול שהוא של אביהם א"נ וכן הקשה התומים ולפענ"ד נראוי דודאי קול גרידא שהיה של אביהם לא מהני כדמוכח מש"ס הנ"ל והוא ראיה שאין עליו תשובה וגם מסברא לא נתקלקל המגו שלו מחמת הקול דנהי דא"י לומר לא היה של אביך מעולם מחמת שהקול מכחישו מ"מ הא אין צריך לטעון כלל טענת ברי דהא אפי' חזקה שאין עמה טענה א"צ להחזיר כ"ז שאין להמערער ראיה שהיה שלו כמבואר בסי' קמ"ו סעיף ט' וקלא לא מהני וא"כ יכול המחזיק לומר מאיש אחר שמת או הלך למדה"י זבינתיה שהיה דר בו א"כ יכול לומר כל זמן שאינך מביא ראיה אינני צריך להשיב לך כלל כיון דאפי' בחזק' שאין עמה טענה א"צ להחזיר לו ולזה כתב המחבר שפיר דבעינן קול שיהי' בענין הקול שכתבנו בסמוך סעיף ק' דשם מבואר שהקול הוא שבמשכונא בא לידו כיון שהקול הוא שהוא בעצמו קיבלו מאביו ובעצמו יודע שהיה של אביו שוב לית ליה מגו אפילו לומר שא"י אם הוא של אביו שא"י להעיז נגד הקול כיון שהקול מעיד שהוא בעצמו קיבלו מאביו וחייב להחזיר ולא קשה שוב מר"פ האשה שנתארמלה כיון דבעדים אפי' אינן מעידין רק שהי' של אביו חייב להחזיר דקלא לא מהני בכה"ג ולכך הוצרך למינקט עדים דוקא וענין הקול נראה דצ"ל כענין הקול המבואר באה"ע סי' ס"ו לענין קלא דקידושין ע"ש:

יא **אכלה שני חזקה בחיי אביהם**. נלפענ"ד דהעיקר כפי' הסמ"ע דמיירי בלא יצא הקול ודין דיצא הקול סמך עצמו על מה שביאר בסי' ק"נ כל פרטי דינים ואין מקומו כאן דא"א לומר בפי' הש"ך לפי מה שכתבתי בסמוך דכאן מיירי ג"כ שיצא הקול שהוא משכונא בידו ע"ש:

יב **שהאפטרופוס מכרה לו**. בתומים כתב דלדיעה זו אם האפטרופוס מכחיש חייב לשלם שהאפטרופוס פשע שלא מיחה וכו' ותמוה בעיני דהא פשיעה פטור בקרקעות ומה שהביא התומים ראיה מהא דב"מ פ' המפקיד דמורידין אחר לנכסי קטן מטעם דאין מחזיקין בנכסי קטן הא מכל מקום יש לחוש שיעשה אותו האחר קנוניא עם אחד ויתן לו השדה שישב בה ויטעון לקוח דמסתמא הב"ד יבררו נאמן כמ"ש דתוספות שם:

יג **האומנים שהיו בונים בקרקע** מדברי המחבר שהן דברי הרמב"ם משמע דבעינן שיהי' ידוע שנכנס לקרקע זו בתורת אומנות אמנם מדברי התוס' דף מ"ז בד"ה ומעמידין שדה כתבו בלשונם כגון אם הוא בנאי משמע דכל בנאי אין לו חזקה בבית כשטוען המערער שבתורת אומנות לתקן בא לידו (ואי טוען המערער טענה אחרת אי נאמן במגו דבא לידו בתורת אומנות תליא בפלוגתא אי נאמן באומן דמטלטלין לומר שאולין הן

שהביא הסמ"ע בסי' קל"ד ע"ש וכמ"ש שם) ונראין דברי התוספות דהא בכלל האומנין דנקט במתניתין הוא ג"כ אומן דמטלטלין ובמטלטלין כל אומן א"נ אפי' אי ליכא עדים שהגיע לידו בתורת אומנות ומ"מ נלפענ"ד דאפי' דהרמב"ם הוא דוקא במקום שדרך האומנין לישב ולדור בתוך הבית או לזרוע בתוך השדה כשמתקנין אותן אבל במקום שאין דרך האומנין בכך הוי אכילת פירות דידהו חזקה דלמה היה לו להניחו לאכול פירותיו דהא אריס ג"כ אומן הוא ומ"מ הוי חזקה במה שחניחו לאכול כל הפירות:

יד **עבדו האפטרופסים** מבואר בתומים דהיינו שידוע שהחזיר מקצת ממה שהיה בידו מחמת שכבר כלה האפטרופוס ובשדה זו לא ידענו אם החזיר אבל אם אינו ידוע אם החזיר כלל רק שכלה הזמן שקבע להיות אפטרופוס לא הוי חזק' וראיה ממינוהו ב"ד דאף שהגדילו היתומים לא הוי חזקה אף שכלה הזמן להיות אפטרופוס ואפטרופוס לזקני' לא מוקמינן:

טו **שיש לגזברים חלק** בתומים תמה דלא יהא אלא שותפין דאין לו חזקה בחלק השותף השני שלא היה במדינה למחות ומה הפרש יש בין יש להם חלק או לא ע"ש ומדבריו נראה שהי' מפרש שיש לגזברים חלק שהיה שייך לו לבדו אבל באמת כוונת הרשב"א בעל דיעה זו הובא בב"י מענין אחר ואגב נפרש כל דברי התשובה וז"ל השאלה המחזיק בהקדש בשל חבורה (והיינו הקדשות המיוחדות לחבורה) ושל קברים יש לו חזקה או לא תשובה מסתברא שיש לו חזקה ואע"פ שהמחזיק בב"ה (נ"ל צ"ל ברה"ר והיינו במוציא זיזים לרה"ר המבואר בב"ב א"נ דמיירי בב"ה של כרכים דמעלמא אתי כמבואר בא"ח סי' קנ"ג) אין לו חזקה לפי מה שאני סבור דמאן מחיל ומאן שביק בשלהי פ' חזקה ואע"ג דלכאורה לא משמע הכי בפ' לא יחפור גבי אפי' בית רובע ה"ה בחזקתו (והיינו דאמרינן התם ואי אשמעינן הכא ה"א כיון דיחיד הוא אימר פיוסי' פייסי' אכל התם אימא לא צריכא ומשמע לכאורה קמ"ל דאם מחלי בפי' מהני והא דר' אמי דס"פ חזקת דאמר מאן מחיל היינו דשתיק' בסתם לא הוי מחילה ברבים וכן הוא ממש דברי הרשב"א בתשובה הובא בב"י סי' תי"ז ע"ש) כבר ראית מה שפרשתי בהאי דשלהי פ' חזקת (וכוונתי לדבריו שהובא בב"י סי' תי"ז דהיינו דאף ששם בדרך מיירי שהוא מסור לכל העולם וא"א לבני רה"ר להתפייס קמ"ל דאמרי' דאימר כונס לתוך שלו הוי ע"ש ומ"מ בנידון שלפנינו נראה שיש לו חזקה שהרי יש כאן בעלים ידועים) (פי' דדוקא בדרך שהוא מסור לכל העולם א"א לבני רה"ר להתפייס משא"כ במעות חבורה שיש להם בעלים מיוחדים שהן המפרנסין צרכי חבורה ואם חסר ומשלימין ולא איכפת להעניים כהחסרון ואם יש מילי צרכיהם נתמעט נתינת החבורה ולזה החבור' נקרא בעלים של

הממון יכולין להתפייס אפילו הן רבים דלא דמי לדרך שהיא של כל העולם אין להם בעלים ידועים ולכך הטור בסי' קנ"ה גבי שובך פסק דאם לקחו ה"ה ברשותו דטוענין שעשו ברשות הן נגד יחיד הן נגד רבים ע"ש דשם כיון דהרבים הן בעלי הגנות שבעיר והן בעלים ידועים כיחידים דמי וכן בש"ס קורא להך דשובך יחיד והוא מה"ט דבעלים ידועים כיחיד דמי ובזה נסתלק קושית התומים ע"ש) וגזברים אמונים שיש להן חלק באותן הקדישות וקונים ומוכרים וכו' עכ"ל הרשב"א וכוונתו במ"ש שיש להן חלק היינו שהן ג"כ מאנשי החבורה ולפ"ז לא קשה כלל מהא דשותפין שהקשה התומים דשותף אין לו שייכות למחות כלל בחלק חבירו ואין מחאתו מחאה כלל ולא איכפת לשותף זה בחלק חבירו ויכול ג"כ למכור חלקי לבך בלא חלק חבירו משא"כ הגזברים שהן מאנשי החבורה ויש להן חלק והן הקונים והמוכרים והממון הוא של החבורה כמש"ל וכיון דבלעדן לא ירים איש את ידו הוי כל החבורה כאילו סילקו עצמם מהיות בעלים ונתנו כל כחן להגזברים שרק הן יהיו הבעלים ולא שאר החבורה ואפי' באפוטרופסין דעת הרבה פוסקים דהווין כמו בעלים לענין מחאה וחזקה כמבואר בסעיף נ"ד ואפי' החולקים מודים כאן דשם כתבו הטעם משום דמצי אמרי לתיקוני שדרתיך והיינו כיון שאין להם חלק שלוחים בעלמא שווינהו ולתיקוני ולא לעוותי משא"כ בגזברים שיש להן חלק שאם יוחסר מעות אף הן יצטרכו ליתן חלק להשלים החסרון ובעלים גמורים הן בין לתקן בין לעוות דהא כל שותף היא בין לתקן בין לעות כמ"ש הש"ך בסי' ע"ז מכ"ש בזה שבעלים גמורים שוונהו דבטלו כל העשיות מכל אדם שלא יתקיים רק עשייתם דמיין לז' טובי העיר דמהני חזקה נגד' וה"נ נגד הגזברים ולפ"ז יתיישב נמי דברי הטור דמתחלה כתב דלכך אין חזקה שאין כאן מוחה דיאמרו לטובת עניים ירד ואח"כ כתב דאם טוען שלקח מזט"ה נאמר לו אם מכרו זט"ה ה"ל קלא וכו' שהוא תמיה דלמה לו ליתן שני הטעמים ועוד מה זה שכתב שיאמרו העול' לטובת עניים ירד הא כיון שיש זט"ה היה להם למחות שהן יודעין הכל ובתומים כתב לתרץ בדוחק גדול ולפענ"ד נראה דהטור לא סבירא ליה כהרשב"א דגזברים יש להן חזקה דאין הדבר תלוי רק בזט"ה תדע דהא לא הביא דברי הרשב"א כהא דבגזברים ולזה כתב הטור שני טעמים דאם הזט"ה העמידו ממונים לפקח בעסקיהם ונתנו להם רשות למכור והקונה מהם לית ליה קלא ולא שייך טעם השני שכתב הטור והטור סבירא ליה דהא דלא מיחו הגזברים אין מקיימין התזקה דאין יכולין להפסיד לה חבורה ולזה כתב הטעם ליישב שלא תקשה דבכ למקום תיהוי חזקת אמאי לא מיחו העולם כמו בשובך הסמוך להעיר דהוי חזקה מהאי טעמא ולזה כתב דהכא שאני שא"א להם לידע שסבורין שלטובת העניים ירד

ואח"כ כתב דאם טוען שלקח מזט"ה כלומר אי ליכא גזברים המוכרים רק זט"ה בעצמם המוכרים והן הן הבעלים א"כ היה להן למחות ולזה כתב דכשטוען כן בלאו הכי אינו נאמן כיון דל"ל קלא והא דמהני חזקת בשובך בב"ב דף ך"כ דשם הן רק אנשים מיוחדים והן בעלי הגנות וא"צ זט"ה במא"ה ולכך לית ליה קלא אבל במקום שצריך זט"ה במא"ה אינו נאמן דבזה מחוייב להיות קלא ולכך יש אומרים דמחזיק בשל קהל דלית לה חזקה דהוי כמו ריש גלותא ולא קשה משובך דשם אינן אלא יחידים אך מהא דזיזין וגזוזטראות קשה דמה"ת יש לו חזקה כיון דליכא חזקה נגד קהל ואפשר דחזקת ניזקין שאני דאין אדם רואה נזקו ושותק והרמ"א פסק דדין קהל הוא כמו הקדש דהיינו אם יש גזברין שיש להן חלק כלומר שהן פורעי המס הוי חזקה דלקוח מגזברין ל"ל קלא אבל בדליכא גזברין וצריכין ליקח מכל הזט"ה א"נ כיון דלית ליה קלא אמנם נלפע"ד דדוקא בימיהם שהזט"ה היו צריכין למכור במעמד אנשי העיר אמרינן דקלא הוי לי' משא"כ לפמ"ש הש"ך בי"ד סי' רכ"ח סקפ"ט דעכשיו נשתנו המנהגי' והכל נעשו ע"פ רוב המנהיגים כגזברין דמי ויש להן חזקה וכן פסק המהר"א ששון בסי' קפ"ג:

טז **שיש לו ספר תורה** ודוקא שיש לו טענה דהיינו שנעשה בהסכמת הציבור ולא נעשה באקראי מבלי שם על לב בשל מי קורין ד"מ ותומים:

סימן קנ

א **כמלוה ע"פ** הסמ"ע כתב דאם לא נעשה מחאת אונס רק עשה ערמה שנתן מתחלה לאיש אחר ואח"כ מכרה לזה ה"ל מלוה בשטר והט"ז השיג עליו ובתומים תמה דהא דמי למכר שאינו שלו דאם חזר וקנאו מבעלים דזוכה הלוקח ומטעם זה הוי ג"כ במלוה בשטר כמבואר בב"מ ונלענ"ד דלא דמי דשם הטעם דודאי ניחא לי' ליקום בהימנותא ומתחלה כשמכרה לזה בודאי הי' דעתו לחזור וליקח אותו מהבעלי' כמבואר בש"ס שם משא"כ בזה דאדרבה רואין מדעתו שכוונתו הי' לעשות ערמה כדי לבטל המכירה ובזה ג"כ שייך הלשון דקאמר בש"ס לאברוחי מיני' קא מכוין דהא עשה זה בערמה ותחבולה:

ב **שאין לו בה חזקה לעולם** עסמ"ע ס"ק ד' מ"ש לחלק בין בן אומן ובתומים הביא מה שחילק הרמב"ן והוא דבאומן ואריס א"י כלל אם באו לידו בתורת אומנות ואריסות רק משום דאפשר שבא לידו בתורת אומנות אין לו חזקה וכיון שהחזיקו ג"ש אח"כ אגלאי מילתא למפרע שבתורת מכר בא לידם משא"כ הכא שידוע בעדים שבמשכונא בא לידו ע"ש וכן י"ל גבי החזיק בנכסי אשת איש שאם החזיק בחיי בעל וג"ש אחר מיתת הבעל דהוי חזקה ומשמע מדסתמו דבריהם דאפי' ידוע שהתחלת החזקה הי' בחיי הבעל מ"מ

הוי חזקה הטעם דגבי אשת איש אף שיש עדים שבא לידו בחיי בעלה מ"מ אפשר לומר שמכרו לו שניהם האיש והאשה בחייו אך מסיק קמ"ט סעיף כ"ט באפוטרופוס על שדה זו וקאמר עלה דעברו אפוטרופסים ממנויים דה"ז וע"ש בתומים דהיינו שהשדה עדיין נשאר ת"י דאי אחר שהחזירו פשיטא עיין שם ולפ"ז ע"כ צריכין לחילוק של הסמ"ע:

ג **קודם שיאכל הפירות** עש"ך ס"ק ג' שמוכיח מדברי הרא"ש שחולק ע"ז דאל"כ תיקשי לתירוץ השני מה מרויח בטענת המגו וכו' ע"ש כש"ך ולהבין הוכחתו נראה דהנה הרא"ש כתב לתירץ הקושיא שהקשה דהא מ"מ הי' צריך רב"ש לישבע היסת וע"ז תירץ דה"ק רב"ש דאלו לא אמרו חז"ל שבועה דהבא ליפרע ולא היה צריכנא לישבע אם הייתי תובען בגדלותן על השטר רק בקטנותן לא הייתי יכול לתובען מטעם דאין נזקקין לנכסי קטנים רק מחמת תפיסה ויש לי מגו דלקוח יכול אני לגבות מן הקטנים כמבואר בסי' ק"י (ומזה קשה על מ"ש הש"ך שם בס"ק ח' ע"ש) וכיון שהוא רק מחמת מגו דלקוח צריך אני לישבע היסת הייתי ממתין עד שיגדלו והייתי יכול לגבות עם השטר בלא שבועה אבל עכשיו שאמרו חכמים הכא ליפרע דאפי' בשטר צריך שבועה ואין לי נ"מ בהמתנה טובלי לאכול קודם שיגדלו היתומים ומזה מוכיח הש"ך דדעת הרא"ש דהכוונה הוא על הפירות שאוכל דאי על הפירות שכבר אכל א"כ למה היה צ"ל המגו אף דודאי אילו היה בא בקטנותן אף שכבר אכל היה צריך להחזיר להיתומים אם אין לו מגו דודאי לא מהני תפיסה בעדים מיתומים קטנים מ"מ היה אפשר לו שלא להודיע להיתומים שלא לקחה מאביהן עד אחר שיגדלו דאז אף בלא מגו לא היה צריך שבועה ביון דעכשיו מחזיקין בסברא דלא אמרו חז"ל להבא ליפרע אלא ודאי דדעת הרא"ש הוא דכוונת רב"ש היה על פירות שיאכל אחד בואו לב"ד ולזה הוצרך לטעם מגו ומה שהוכיח הש"ך משאר פוסקים דס"ל דרב"ש אמר על הפירות שיאכל יפה כתב בס' קצה"ח די"ל דכל חפוסקים מודים לר"י דש"ה גבי רב"ש שהיה לו שטר ובשטר אמרינן מגו להוציא משא"כ דינו דר"י מיירי במלוה ע"פ דלא אמרינן מגו להוציא אמנם זה א"ש לשיטת הסמ"ע שכתב הטעם משום מגו להוציא אבל לדעת הש"ך שכתב הטעם משום דהוי כמגו מממון לממון לכאורה אין לחלק ומ"מ נראה לחלק קצת דבשטר וכיון דשיעבודא דאורייתא והוא מיתומים שאין לו שיעבוד על מטלטלין רק על קרקע וכיון שטוען שיש לו מלוה בשטר וקרקע זו משועבד לו ויש לו מגו דלקוח על קרקע זו הוי כמגו באותו ממון משא"כ בטוען מלוה ע"פ שעקרו חז"ל שיעבוד נכסי והוי כמחל השעבוד והר"ן כתב דכששיעבודא לאו דאורייתא הא דיורדין לנכסיו הוא רק משום דכופין לפרוע והוי כמגו מממון לממון ומה שהוכיח חש"ך דמיירי בפירות שיאכול דאל"כ יהי' נאמן במנו

דפרעתי נראה ליישב דבלא"ה תמוה דהא מבואר לעיל סי' קל"ז דבפירות שכבר אכל וטוען לפירות ירדתי דנאמן בלא מגו מטעם שהוא מוחזק ע"ש בסמ"ע ובתו' בב"ב דף ל"ג בד"ה ואי טען אח"כ אפי' לא היה רק שני שנים דל"ל מגו דלקוח נאמן דלפירות ירדתי ולכן נראה דמיירי באמר לפני עדים מקודם שהיא שלו ואכל הפירות בחזקת שהשדה שלו ושוב אין לו מגו דלפירות ירדתי ולפ"ז לא קשה ג"כ קושית הש"ך דיהיה נאמן במגו דפרעתי דכיון שאמר מתחילה לפני עדים לקוח שוב א"נ לומר פרעתי ולית ליה מגו:

ד **ורוצה לעכב הקרקע עד שיאכל** והוא תמוה דהא המחבר פסק דלא מהני המגו על פירות דלהבא ובש"ך ס"ק ג' דחק מאוד לפרש דברי הטור בזוז ולפענ"ד נראה לתרץ דמשכחת לה שיהי' נאמן אפילו בפירות שיאכל לדעת המחבר כגון שטען שבשעה שאכל אכל מקודם על החוב האחד והמשכונא עדיין נשאר כידו דהוי כטוען סטראי המבואר בסי' נ"ח דמהימן כשיש לו מגו וה"נ כיון שיש לו מגו דלקוח נאמן כשאומר סטראי וקיבל מקודם הפירות שאכל על החוב דאחר ודמי הלואה המשכונא נשאר וכשטען עדיין דמי המשכונא נשאר נאמן במגו ולא הוי כמגו מממון לממון כמבואר בס"ס זה וא"ל דהיאך יכול ליקח הפירות על המלוה המוקדם כיון שהשכין אותם דזה אינו דהא מלוה בשטר טורף אפי' משאר משעבדי והפירות שלא היה בעולם בשעת שעבוד דהוי כלוה ולוה וקנה ומיירי שיש לו מלוה בשטר ורוצה לפטור עצמו משבועה חמורה דשטר מחמת מגו דלקוח כיון דבטענת לקוח לא משתבע רק היסת ואפשר שהמפרשים סוגיא דרב"ש בפירות שיאכל מודים ג"כ דלא מהני מגו בפירות שיאכל רק שמפרשים דמיירי בכה"ג:

ה **שטר משכונא היה לי ואבד** מדלא חילקו הפוסקים בין יצא הקול או לא כמו בסי' קמ"ט סעיף ך' נלענ"ד דכאן אפי' יצא הקול נאמן וכן בש"מ כ' בשם הרשב"א והרבה פוסקים אין כספר דמשכנרא דסורא קלא אית ליה והסוגיא כולה מיירי ביש קול ע"ש וע"כ מיירי שיצא הקול אחר הג' שנים דאל"כ לא הוי חזקה כמבואר בסי' קמ"ט אך מ"מ קשה דהא מגו נגד קול לא מהני כמבואר בסי' קמ"ט וע"כ צ"ל דהכא שאני דהא הרמב"ן בס' הזכות פ' הכותב גבי מלוגא דשטרא הקשה הא בלאו מגו משכון בעצמו טענב מעלייתא הוא ובמשכון א"צ כתיבה ומסירה ותירץ כיון דמ"מ בא לטול דמים מביתו בעינן מגו ע"ש שהאריך ולפ"ז נראה דה"ה בכאן כמו שיכול לטעון לקוח כמו כן נאמן לטעון משכונא על כמה שנים דאין סברא כלל לומר דאם טוען לקוח בכולה שיהי' נאמן בלא מגו וכשטוען לקוח רק על הזמן שלא יהי' נאמן רק במגו ומשכנתא דסורא דע"כ מקנה גוף פירות הוי כטוען לקוח במקצת דבעצמה טענה מעליותא הוא דמה שמודה

שלא לקח רק מקצת הוי כמשיב אבידה על המותר וכיון דאין הקול מכחיש לטענת משכונא נאמן אפי' בדאיכא קלא ועוד דהא כתב הרשב"א הובא בח"מ סי' ע"ב ס"ק י"ח ועש"ך שם סקצ"ד דאי איכא עדים שמשכונא הוא בידו וא"י כמה דמלוה נאמן בשבועה מטעם דהוי מוחזק וציין שם לעיין בסי' רע"ח ס"ק ו' ושם סק"ו כ' הש"ך דבין במשכנו בשעת הלואה ובין במשכונת קרקע דאף דלא קנו משכון בכה"ג מ"מ מיקרי מוחזק ומגו דלקוח האמור כאן אינו דומה לשאר מגו האמור בש"ס דשאר מגו הוי כהוכחה שהוא אמת דאילו רצה לשקר היה טוען טענה מעליותא משא"כ הכא פי' המגו הוא כיון דאי בעי טעין לקוח היה נאמן ממילא הי' מוחזק כמו בשאר משכון ונאמן באומנתו כמה שיאמר על המשכון ומכח זה ג"ל ליישב דברי רש"י התמוהין בב"מ דף ק"ו בסוגיא זו שפי' דהקושיא דרבינא דאלא מעתה משכנתא דסורא וכו' הוא רק על רב יהודה ולכאורה הוא תמוה מאד דהא שם כ"ע מודים דנאמן לטעון לקוח ור"פ לא פליג רק על טענת משכון ולפי דנ"ל א"ש די"ל דלא היה קשה כלל לרבינא מטענת לקוח בעצמו מטעם שכ' כש"מ שם ובש"ך כאן דמשכנתא וסורא קלא איתי ליה ואין לחוש מטענת לקוח רק על רב יהודה קשה לו דס"ל דנאמן ג"כ להמשיך המשכונא על איזה זמן שירצה א"כ נהי דליכא למיחש לטענת לקוח דלא יחציף נפשיה נגד הקול מ"מ יבוא לידי מסידא שימשיך זמן המשכונא על זמן שירצה ולפ"ז א"ש נמי מה דקשה לי בהא דאמר בש"ס רב זביד לא ס"ל הא דרב יהודה מ"ט האי שטרא כיון דלאו לגוביינא קאי וכו' דמשמע דכשיש ריעותא דשטרא לא מהני מגו וא"כ ה"ה בשט"ח כשטוען אבד שטרי ויש לו מגו א"כ דהא האי שטרא ודאי לגוביינא קאי ומבואר בב"ב גבי גחין ולחיש ליה לרבה שטען שטרא אירכס ליה ואפ"ה נאמן במגו ולפמ"ש א"ש דמטעם מגו בלא"ה אינו נאמן כיון דאיכא קלא רק משום דמשכונא בעצמו טענה מעליותא הוא וכיון דאיכא ריעותא שלא נזהר בשטרו אינו נאמן לטענתו והנה הש"ך האריך לפרש הסוגיא בדוחק גדול כמבואר למעיין אמנם מה שתמה על המהרש"א הוא באמת תמוה גדולה גם יש לתמוה המהרש"א במ"ש דהקושיא הוא רק על ר"פ דהא על רב יהודא פשיטא דקשה דהא בהדיא אמר דנאמן במגו דלקוח אלמא דנאמן כשטוען לקוח ולכן נראה לפרש בדעת המהרש"א דהא שכתבו התוס' דמחאה נראה דלא מהני אלא כשאומר פלניא אכיל ארעא בגזלנותא וכו' לא כתבו זה רק אי נימא דחזקה ומחאה הוא רק תקנת חכמים כיון שא"א לו ליזהר בשטרו לעולם ולכך תקנו חכמים למחות ואם לא מיחה הפסיד ובטענת משכנתא לא תקנו כמו שכתבו בריש דבריהם ע"ש אבל להך טעמא דאמר שם דיליף משור המועד ופי' רש"י הואיל הוחזק שתקן ע"ש ומדאורייתא הוא ודאי דאין חילוק בין מחאה שאמר פלניא גזלנא או שאמר

השכנתי לפלוני ולמחר אתבע אותו שהרי לא הוחזק שתקן דהא לא שתק ואדרבה היה צווח בכל יום שיתבע אותו ועיקר מחאה הוא לאזהורי בשטרא לכל הטעמים כמ"ש הרמב"ן ר"פ חזקת וזה ברור והנה בהא דרב זביד דאמרו האי שטרא דלגוביינא קאי מיזהר זהיר ביה קשה מה שהקשתי לעיל דהא אפילו בשט"ח דודאי לגוביינא קאי מהני מגו כשטוען אירכס שטרי כדמוכח בהא דגחין ולחיש בב"ב דף ל"ב ולתרץ זה נראה דחזקה שאני כיון דחזקה הוא רק תקנת חכמים כמ"ש התוס' כאן משום דא"י ליזהר בשטרו כמבואר בסי' קמ"ו סעיף ב' לדעת הרא"ש ע"ש והוא מטעם זה כיון דהוא רק משום תקנה מחמת שא"י ליזהר בשטרו ובמקום שבלא"ה צריך ליזהר בשטרו נתבטלה התקנה ומכ"ש דא"נ בטענת משכונא דלא מהימן במגו כיון דמזהר זהיר בשטריה ורב יהודה ס"ל דחזקה מדאורייתא הוא ואפי' במקום שזהיר בשטרו ולכך מהני מגו לזה לא היה יכול להקשות על ר"י מה תקנה יעשה במשכנתא דסוריא דלר"י והאי מהני מחאה במשכנתא כיון דעכ"פ לא הוחזק שתקן וכמש"ל ולא מקשה רק על ר"פ דס"ל דמחאה תקנתא דרבנן הוא וצריך למחות בלשון שתיקנו חכמים דוקא ויש לו הוכחה דחזקה מהני אף נגד טענת משכנתא דאלת"ה גם בטענת גזל לא מהני חזקה כיון דצריך ליזהר בשטרו משום טענת משכון כמ"ש התוס' ולכך שואל התקנה מה לעשות במשכנתא דהא ע"כ צריך להיות תקנה להמערער לבטל החזקה דאלת"ה קשה וכי מתקני רבנן מידי דאתי לידי פסידא ועוד דבמקום שאין מחאה אין חזקה ולפ"ז לא קשה ג"כ קושית הש"ך שהקשה דל"ל להתוס' דלא בעי לומר שלא יהיה נאמן ע"ש לפי הנ"ל לא קשה דלפמ"ש ע"כ בין לטעמא דהוחזק שתקן בין לטעמא דזהירות שטר דחזקה מהני נגד משכנתא וכמש"ל וא"כ א"א לפרש בקושית רבינא שהקשה דלא יהי' נאמן וע"כ צריכין התוס' לפרש דאינו רק שאלה מה התקנה שתיקנו חכמים להמערער לבטל החזקה וא"ש:

סימן קנב

א **בניהם יש להם חזקה** עסמ"ע מ"ק א' עד דלא אמרינן משום יראת גזלן ירא למחות בבנו כו' ע"ש ואף דהודאה בפני בן הגזלן לא מהני דאמרינן משום יראת אביו הגזלן הודה בפניו כמ"ש הסמ"ע ס"ק ה' שאני התם שחושש שהבן יודיע לאביו כמ"ש הסמ"ע שם משא"כ מחאה שהוא שלא כפניו אינו ירא כ"כ בפרישה כאן:

ב בפני מנה לך עסמ"ע ס"ק ו' שכתב דלהרמב"ם אין כאן חזקה אלא מחזיר לו הדמים ולכאורה קשה דהא כאן מיירי דהנגזל מכחיש במניית המעות דאל"כ לא היה צריך המחבר לומר דנאמן הבן מטעם מגו וא"כ קשה דכיון דמכירה באונס אין להשטר אלא

דין מע"פ כמבואר בסי' ע' ובסי' ק"ו ונאמן לטעון פרעתי וא"כ אמאי אין הנגזל נאמן במגו דפרעתי ונראה דהנה לכאורה בלא"ה קשה דהא הוי מגו להוציא כמבואר בסי' ק"ו סעיף ד' וכן הקשה הקצה"ח וע"כ צ"ל דהכא שאני דאף שהמכר בטל להרמב"ם מ"מ הקרקע משכונא הוא בידו עד שמחזיר לו הדמים כמבואר לק' סי' קצ"ד בסמ"ע סק"י ובטענת משכון הוי כמגו להחזיק כמבואר לעיל סי' ק"ו סעיף ו' וא"כ מגו שלו הוא עדיפא דמגו שלו הוי להחזיק ומגו של הנגזל הוי להוציא כעין שכתב התומים בכללי המגו אות ב' בשם הכנסת הגדולה ע"ש:

סימן קנג

א **על אויר חצר** נראה דאפי' אם כנס הכותל לתוך שלו ורוצה להוציא הזיז על אויר שלא נגד אויר חצר חבירו חבירו מעכב עליו כיון דרוצה להוציא הזיז בצד כותל המעקה של ד' אמות שעשה בפני החצר לסתום בפני עין הרואה וכשעושה הזיז בצדו (כמ"ש הסמ"ע בס"ק י"א) ממילא כשירצה להשתמש על הזיז שהוא חוץ למעקה ע"כ יראה לתוך חצר חבירו ואיכא היזק ראיה ודמי לחלון שאסור לעשותו אפי' בכותל שכנס לתוך שלו נגד חצר חבירו בלי סתימה לפניו:

ב **ולא מיחה בו** עסמ"ע ס"ק נ' דס"ל להרמב"ם שאפי' זיז כ"ש יש לו חזקה ולפ"ז צ"ל דהרמב"ם מפרש הא דתנן במשנה וא"י למחות ופלוגתא דרב הונא ור"י בפי' הרשב"ם בפ' שני דא"י למחות בו בתחלה לקבוע זיזין בכותל וכן הוא דעת הרמב"ם הביאו המחבר סעיף י"ג גבי סולם שיכול להעמידו בחצר חבירו ע"ש דא"א לומר לדעת הרמב"ם דהא דאמר ר"ה לא שנו אלא בעל הגג בבעל החצר לענין תשמיש שעל הזיז דהא להרמב"ם החזיק בעל הזיז בהזיז ובודאי דיכול למחות בעל הגג בבעל החצר אלא ודאי דלענין לקבוע בתחלת פליגי ולפ"ז קשה על המחבר שלא הביאו דין זה ונראה דמפ' כפי' הש"ך בס"ק ג' דדוקא סמוך לכותלו מותר וזה מילתא דפשיטא הוא ולכך לא הביאו שכבר כתב דין זה בסולם בסעיף י"ג ע"ש בסמ"ע ס"ק ל"ז וגם כאן ליכא היזק ראיה מבעל החצר לבעל הגג ודמי ממש לסולם קטן:

ג **לאלתר** עסמ"ע סק"ג ר"ל לאלתר מכי איתברר נזקו ושתק כו' לכאורה נראה דבראיה כעלמא סגי כיון שראה שפתח החלון או שלא הרחיק מה שראוי להרחיק וכן משמע בקצה"ח וע"ש שהקשה דמה הפרש יש בין סתימת חלון לשאר נזקין דהא בכולן בעינן שיראה דבר המזיק וכשיש הכחשה ביניהם המזיק נאמן כמבואר בסי' קנ"ה סי' מ"ג ע"ש ומה שתי' בקצה"ח דבשאר נזקין סגי כשיעור שיכול להתברר משא"כ בחלון הוא תיכף

ע"ש והוא תמוה דמה שיעור יש לראיה ברגע א' סוקר וכיון שנאמן לומר שעשה בפניו וראוהו בכלן איתברר נזקו מיד כשראה והנה היה אפשר לתרץ דההפרש בין סתימת חלון לשאר נזק דבשאר ניזקין צריך שיטעון ברי כמבואר בל' המחבר שם משא"כ בסתימת חלון בשמא סגי אמנם גוף הענין תמוה לומר דבראייה העשוייה לבד סגי דהא בסי' קמ"ב סעיף ג' בש"ך ס"ק ד' הביא דברי הבד"ה והוא מהמ"מ לתרץ שלא יקשה על הרמב"ם מהא דקי"ל כר' חייא ב"ב דף נ"ט דאמר יגעת ופתחת יגע וסתום דהיינו כשמיחה לאלתר ע"ש ואם נאמר דלאלתר היינו תיכף כשראה מיחה א"כ קשה מ"ט דר' ישמעאל כר' יוסי שם דאמר החזקת הא עיקר טעמא דר"י הוא משום דס"ל בפניו לאלתר הוי חזקה והיינו בפניו ושתק ואי כשמיחה תיכף ודאי דלכ"ע לא הוה חזקה ועוד דלשון הרמב"ם פי"א משכנים שכ' וז"ל כל הרחקות שאמרנו אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק ה"ז מחל והוא שראו ממנו שמחל כגון כו' משמע דראיה ושתיקה בלבד לא סגי וצריך עוד תנאי לזה כמו שסיים דהיינו שסייע עמו ולבסוף כתב אי שראהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק זכה משמע דבראיה לבד סגי לכן נראה דלא סגי בראיה לבד שיכול לומר לא ידעתי אם דבר זה מזיק והמ"מ כתב דמדין סבלנות נגע בזה וכל זמן שלא הזיק לא סבל עדיין אם לא שהדבר לפי אומדנא דב"ד ידוע לכל שדבר זה מזיק בראיה בעלמא סגי ומ"ש הרמב"ם או שראהו שעשה בצדו פי' שהוא סמוך כ"כ להכותל בלא שום הרחקה כלל עד שא"א כלל לומר שלא ידע בהנזק וכן בכל דבר תליי בראיית עיני ב"ד אם הוא שיעור שיכול להתברר נזקו דהא בעינן טענת ברי שידוע שידע מהנזק כמש"ל ובפתיחת חלון צריך שיאמר שראה היאך שהרבה פעמים ראה מתוך חלון בהשתמשות שלו ולא הקפיד עד שנרא' בעיני ב"ד שמחל על היזק ראיה וא"ש מהא דר' חייא דר"י בר"י ס"ל דבפניו לאלתר הוי חזקה אפי' לא איתברר ליה נזקו ור"ח ס"ל דבעינן דוקא דאיתברר ליה נזקו לפי ראות עיני ב"ד ובסתימת חלון א"צ ראות עיני ב"ד כלל דידוע לכל העולם נזקו ומיד סגי ואין להקשות אמאי יפטר מלשלם כשנתברר לו נזקו ושתק בדברים שיש בו היזק ממון כמבואר בסי' קנ"ה סעיף ל"ג דיש מי שמחוייב לשלם כשעשה בעל כרחו ומה"ת יפטר מלשלם מחמת השתיקה מ"ש מהא דמבואר בב"ק דף ך"ז בהניח גחלת על בגד חבירו בפני הבירו וחבירו שותק דחייב לשלם וכתב שם רש"י הטעם דחושב למחר אתבענו בדין ונראה דשאני הכא שאין ההיזק מבורר בשעת עשייתו רק שעושה היזק מועט בכל יום ויום עד שא"א לשום ההיזק שעושה לו בכל יום לכן לא שייך לומר שחושב למחר אתבענו בדין משא"כ בגחלת שההיזק מבורר תיכף בשעת מעשה ויכול לתובעו באיזה זמן שירצה וגם א"ל דנהי דבשתיקה ודאי נתרצה בהעמדת הצנור והזיז מ"מ הא מבואר

בסי' שס"ג דבאומר דור בחצרי דחייב לשלם דמי שווין וכן קשה בהא דסי' קמ"ב סעיף ב' באם הכניס ראובן הכותל לגבול שמעון דאם שמעון המסייע מודה שידע מזה דהוי חזקה מי גרע מאומר לו בפי' בנוי ביתך על מקום שלי דוראי חייב לשלם דלא גרע מרור בחצרי או מאכול עמי דחייב לשלם אפי' סייעו לו שנתן בידו לאכול או שתיקן לו הדירה ומ"ש הכא דפטור מלשלם ונראה לחלק דדוק' כשהוא התחיל ואמר אכול או דור עמי אמרינן שהיה דעתו על התשלומין משא"כ כשהלה היה המתחיל ליטול או להשתמש והאומדנא מוכחת שכוונתו היה רק בחנם והוא שתק והסכים לו הרי היה הסכמתו ג"כ על חנם ודא דמהני הכא שתיקה ובאכילת פירות בפניו ושתק אמרינן דהדרא ארעא והדרי פירי ולא אמרי' מדשתק מחל נטילת פירות שאני כיון שהן עומדין למכירה תלינן גם דעת הנוטל שהיה אדעתא דתשלומין דלא חשדינן לאינשי בגזלנא וא"כ היה הסכמת השותק ג"כ לתשלומין משא"כ בסי' קמ"ב דודאי לא היה דעת המזיק לתשלומין דהא לא ידע כלל שהכניס לרשות חבירו וגם אין הדבר עומד למכור וכיון שדעת הנוטל היה על חנם גם הסכמת השותק היה על חנם:

ד **בעינן ג"ש** חזקה זו דג"ש לא דמי לשאר חזקות ג"ש דבשאר חזקות ג"ש בעינן אכילת פירות משא"כ בזיז אף שלא השתמש בו כלל בכל הג"ש דלא בעינן ג"ש אכילת פירות רק כשאוכל משל חבירו משא"כ בדברים שהטעם משום היזק כל שעשה דבר קבוע ולא הקפיד ג"ש הוי חזקה ובזיז פחות מטפח אין לו חזקה אף שנשתמש בו כיון שאינו דבר קבוע.

ה **ואם לא מיחה בו** עש"ך ס"ק ב' עד וגם לשון הרא"ש מודה כן ודלא כפי' הב"ח כוונתו ליישב קושית הב"ח והד"מ בדברי הרא"ש שכתב דבזיז טפח יכול למחות בין בעל החצר בבעל הגג בין בעל הגג בבעל החצר שדבריו סותרין למת שכתב בסוף דבריו ותירצו דבריש דבריו מיירי לאחר ג' עיין בד"מ וב"ח לכך כתב הש"ך לתרץ זה דכוונת הרא"ש הוא במה שכתב דבעל הגג יכול לעכב בבעל החצר דהיינו שיכול להסיר הזיז משא"כ בפחות מטפח שאין יכול בעל הזיז להסירו (ובסוף דברי הש"ך יש טעות סופר וכצ"ל אינן עולין כהוגן לפ"ק של התו') ומ"מ דבריו צ"ע דהרא"ש והטור והמחבר ע"כ חולקין על פירוש קמא של התוס' דלפי' קמא של התו' יכול בעל הכותל למחות בבעל החצר אפי' בתוך ג' וגם אפילו בחצר שיש פתחים וחלונות יכול למחות בבעל הזיז דהא הטעם הוא משום שמא יפול על ראשו (ובזה יש ליישב קושית המהרש"א בתו' ד"ה אפי' בעל החצר שהקשה על קושיית התוס' שהקשו הא איכא מעקה שהיה להם להקשות זה על המתניתין ע"ש ולפי הנ"ל לא קשה דבמתניתין י"ל דמיירי במקום שמחלו זה

לזה על היזק ראיה א"כ בחצר שיש עליו פתחים וחלונות דאין צריך מעקה ד"א ומ"מ יכול למחות משום חשש נפילה שכתבו התוס' ולכך הקשו קושייתם על פלוגתא דרב הונא ור"י דפליגי בפחות בטפח דלא שייך גבי' חשש נפילה כמש"ל וע"כ לא פליגי רק מטעם היזק ראיה כדאמר התם בש"ס ומקשה התוס' שפיר דבמקום שיש היזק ראיה צריך לעשות מעקה) ועכ"פ מוכח מפי' קמא של התוס' דבזיז שיש בו טפח ואפי' בחצר שיש עליו פתחים וחלונות יכול למחות משום חשש נפילה והטור והמחבר פסקו להדיא בסעיף ח' דאין יכול למחות אלמא דפליגי על פי' קמא של התו' וא"כ לא א"ש מ"ש הש"ך דלפי פי' הב"ח דוקא אין עולין לפי' קמא של התו':

ו **זיזין שמוציאין מגג של רעפים** מירי באופן שאינו מקרב הגשמים שירדו לחצר חבירו רק שמחבר קרשים בזיזין להכותל שלא יפלו עליה גשמים וזיזין אלו אין עשויין להשתמש ואין יוצאין משטח הגג:

ז **דגם בחזקה זו בעינן ג"ש** ואף דמבואר בסי' קמ"ט דחפר בורות הוי חזקה מיד יע"ש כמ"ש דהיינו במקום שמתקן לעצמו ומקלקל לחבירו וה"נ מתקן לעצמו ומקלקל לחברו נראה לחלק דש"ה שא"צ תיקון בגוף החצר רק להסיר הצינור וממילא הנזק מתוקן לכך לא מהני פחות מג"ש משא"כ בחפר בורות שעושה קלקול בגוף קרקע חבירו ואפשר דמאן דס"ל דבעי טענה ולא בעי ג"ש הוא מה"ט דס"ל דדמי לחפר בו בורות :

ח **כך החזיק בעל החצר** לכאורה קשה דהא אפי' אם אמר בפי' והקנה לו שיהיה מימי גגו יוררין לחצירו נראה דלא מהני קנין לזה כיון דלא הקנה לו גוף הקרקע שלו לזה דהא אם רוצה לעשות חבירו עלי' עושה כמ"ש הסמ"ע וגם מה"ת נאמר שהקנה לו גוף לפירות מחמת הריצוי לחוד ונראה הטעם כיון שבעל הגג קנה חצר חבירו שיהיה מימי גגו יורדין לתוכו ובעל החצר לא הקנה חצירו רק במחיר שיתן לו בעל הגג מי גגו תמיד ולקמן סימן ר"ג כתבתי דאם קנה מטלטלין במשיכת והתנה לתת לו אפי' דבשלב"ל דנתחייב ליתן לו דהקנין שעושה זה מחייב את שכנגדו כענין שאמרו הזהב מחייב את הכסף וכמבואר בנ"י שם עיין שם וכיון דחיוב הוא מהני אפילו בדבר שלא בא לעולם :

ט **וראה זה ושתק הוי מחילה** והנה בסימן קנ"ד סעיף י"ב כתב הרמ"א פלוגתא בזה גבי סתימת חלון דיש אומרים דבעי טענה ולכן נראה דהרמ"א רימז לזה במש"ל כדאמרינן לגבי סתימת חלון וכו' לומר שמחלוקת הפוסקים שהביא שם הוא ג"כ כאן :

י **לבנות תחת הצנור** והיינו באופן שהמים לא יוכלו להזיק להכותל ע"י התזה ופשוט :

יא **ואפי' לבנות** עסמ"ע ס"ק ב"ד ועיין בחידושי הרמב"ן דף ו' דבעינן ג"כ שלא יוסיף היזק לפי שומת הבקיאים ע"ש:

יב **שופכין ברשותו דרך ביב** עסמ"ע ס"ק כ"ח ונראה טעמו דבשלמא כשהולך לרשות חבירו ושופך דחברו רואה מה ששופך יכול לומר לא שתקתי רק חשבתי דבר מועט ששופך אני מוחל לו ולא אניח לשפוך יותר משא"כ כשעש' ביב מרשותו לרשות חבירו דכבר החזיק בביב שלא יהיה יכול לסלקו מביב שלו כמו בצינור ועל השפיכה אינו יכול למונעו הואיל וברשותו שופך ולא קשה מהא שכתב הנ"י בצינור דאסור להוסיף בנזק וכתב וכן מי שהחזיק לשפוך וכו' (דינא שכתב הרמ"א) אף דצינור ג"כ ברשותו שופך דהתם שאני שמוסיף בנזק בחצר חבירו ממש יותר מכפי שהחזיק דמיירי כשמגביה אותו בחצר חבירו אך קשה לי דמשמע דברישא מיירי בלא ביב רק שהחזיק לשפוך בידו שופכין לביב שבחצר חבירו שהחזיק עכ"פ לכביסה אחת ומ"ש מדריסת רגל שכתבו כל הפוסקים הבאתי לעיל בסי' ק"מ סי"ט ע"ש דלא הוי חזקה כיון שלא עשה דבר קבוע דדמי לצינור ע"ש במה שכתבתי ולא מצינו חזקה רק בעשיית דבר קבוע ועוד דא"כ למ"ד דבחזקות אלו לא בעינן ג"ש א"כ אם ישפוך פעם אחת שופכין החזיק לשפוך לעולם וזה לא מסתבר כלל וגם הוא קשה המציאות שיעידו עדים על חזקת ג"ש שיאמרו שראו כל השופכין שהיה לו לא שפך באותן ג"ש רק להביב שבחצר חבירו ולא במקום אחר ואפי' שבבי א"א שידעו זה בבירור ומשום שראו שהרבה פעמים שפך לתוכן באותן ג"ש לא הוי חזקה ולכן נראה דמיירי גם ברישא שהחזיק בעשיית ביב בתוך חצר חבירו לשפוך שם שופכין שלו או שהעמיד צינור של מי גשמים על ביב חבירו ומ"מ אסור לשפוך שם מי כביסות וכן אם היה כובס קטן בשעה שהחזיק ועכשיו נעשה כובס גדול שיש לו חמש כביסות בכל שבוע יכול למחות בו אבל בלא עשיית דבר קבוע לא מסתבר כלל לפענ"ד שיהיה חזקה וכוונת דבריו נראה דהנה בלשון הנ"י ריש פ' השותפין והרשב"א שכתבו לתרץ הך דתוספתא דתנן דהעשוי לכביסה אין ממחי' בידו לגשמים וז"ל ההיא בדיוטאות המקלחות מים לביב עסקינן ע"ש ובתוספתא דב"מ פ' הכית והעליה מיירי בחמש חצירות שיש להן ביב שכולן מתקנות עם האחרונה ובזה נקט שם התוספתא דהעשוי לגשמים כו' ושם בתוספתא לאו מטעם חזקה אתי עלה דשם כל הביב של שותפות הוא דהא כולן מתקנות עם האחרונה וכיון דהביב של שותפות הוא אף שאמרו מתחילה שעושין אותו לצורך גשמים מ"מ אומדנא הוא דלאו בדוקא אמרינהו שידוע לכל שכל השופכין שיש לכל אחד בביתו להביב הוא שופך וכיון דברשותו הוא שופך פי' להביב שהוא שלו שופך דהא יש לו שותפות בכל הביב מה שאין כן בבא מכח חזקה ומחילה על חבירו שמחל לו מה שמחל ומה"ת יניח אותו במה שלא מחל לו וזהו ג"כ כוונת הרמ"א דאם החזיק בחצר חבירו למי כביסה אחת לא ישפוך וכו' אבל

השופך שופכין ברשותו דרך ביב העובר בחצר חבירו כו' כלומר שהביב העובר בחצר חבירו מתחיל בחצירו והתחלת הביב הוא ברשותו ומתחילה נעשה הביב לשני החצירות ומחוייב לתקן הביב עם השני וממילא יש לו חלק בהביב וברשותו דהיינו בהביב שיש לו חלק הוא שופך ולאו מטעם חזקה הוא יכול לשפוך כל מה שרוצה באין מוחה ובזה א"ש הלשון של הנ"י והרשב"א שכתבו בדיוטאות המקלחות מים לביב כלומר שורות חצירות או ביבין השופכין לביב העשוי לכך אבל לפירוש הסמ"ע העיקר חסר שהיה לו לומר ההיא כשמתחיל השפיכה ברשותו קתני לכן נראה דהעיקר כמו שכתבתי:

יג **ובחזקת סולם** עסמ"א ס"ק ל"ב שהאריך ולפענ"ד נראה לחלק דבהרחקות שעושה הדבר בשלו רק שמזיק לחבירו במחילה סגי דהוי כאומר קרע כסותי והפטר משא"כ בזיז ומזחילה שבא להחזיק בשל חבירו דעתו להכריע דבעי קנין קרקע לפירות ולכך כתב דבעי ג' שנים וטענה דהיינו שיטעון שקנה בקנין ולא קשה ג"כ מפתיחת חלון דבחלון יש שני אופנים א' היזק ראיה שמזיק לחבירו דאילו לא היה היזק ראיה היה יכול לפתוח חלון כ"ז שא"צ חבירו לבנות נגדו אופן ב' מחזיק ע"י החלון באויר חבירו שיהיה שלו שקנה החצר לאוירו שלא יהיה חבירו יכול לבנות נגדו ולזה בסי' קנ"ד לא כתב הרב בהג"ה הכרעתו רק על מה שסיים שם וז"ל וצריך לסותמו דמשמע שבעל החלון בעצמו צריך לסתום אפי' אין בעל החצר רוצה לבנות שלא יזיקהו בראיה ובזה הכריע דא"צ ג"ש וטענה דנגד ההיזק במחילה בלבד סגי אבל באמת לענין שלא יהיה בעל החצר יכול לבנות נגד החלון לא כתב כלל הכרעה זו דאפשר לענין זה בעי ג"ש וטענה והרשב"ם שהביא הסמ"ע מיירי לענין לבנות כנגדו:

יד **שיביא ראיה שראובן סייע** התמיה מבוארת בכנה"ג דהא מבואר בסי' קנ"ה סעיף מ"ג דהמחזיק מהימן בלא ראיה וע"ש שתירץ בדוחק ולפענ"ד נראה ליישב דדוקא בהרחקת נזקין שעושה הדבר בשלו רק שמזיק לחבירו פסק דא"צ ראיה כיון שהוא מוחזק בשלו נאמן דחבירו הוי כמוציא מחבירו וע"ה ואף דשם נקט ג"כ או שהעביר אמת המים כוונתו ג"כ שעשה האמת המים בשלו רק שלא הרחיק כשיעור שמרחיקין אמת המים המבואר בסי' קנ"ה אבל הכא שבא להחזיק ולהשתמש בכותל חבירו וחבירו יש לו חזקת מרא קמא על המחזיק שבא לטעון נגד חזקת מ"ק עליו הראיה וכן מוכח ברמב"ם דבהלכה ד' בפי"א מה' שכנים בהא שפסק דא"צ חזקת ג"ש כתב סתם כל ההרחקות שאמרנו וכולל הכל דמשמע אפי' חזקת נעיצת קורות ובהלכה ז' שם כתב מי שהחזיק בנזק וה"ה המבואר בסי' קנ"ח סעיף מ"ג לענין שהמחזיק נאמן חשיב הנזקין ולא כתב בסתם כמ"ש בהלכה ד' כל החזקות שאמרנו כדי לכלול הכל אלא ודאי דדעת הרמב"ם דרק באילו

דחשיב שעושה הדבר כשלו המחזיק נאמן משא"כ כשעושה בשל חבירו אין המחזיק נאמן עד שיביא ראיה שראה המערער ומחל:

טו **מחל לו אלא אחת** משמע דאם החזיק בכולן ונתן תקרה דהכל מחול וא"צ לשלם לו חצי הכותל ואין להקשות דמאי שנא מהמקיף את חבירו משלש רוחות ובא הניקף וגדר הרביעית דמגלגלין עליו את הכל כיון שנהנה וה"נ הרי זה נהנה וזה חסר הוא דמכביד על כותלו וכן בבנה כותל למעלה מד"א דאם סמך לו כותל אחר חייב לשלם לו כיון שנהנה וה"נ הרי נהנה ונהי דאין יכול לסתור הקורות שנעץ כיון ששתק ולא הקפיד והוי כאלו נעץ מרצונו מ"מ מה"ת יפטר מתשלומין דנראה לחלק דדוקא במקום שהיה יכול למחות בו מעשותו אפי' אם ירצה לשלם אם לא שיתפשר עמו כגון הכא שהכותל שלו בנעיצת קורות ודעת חבירו נראה שהיה על חנם וכששתק לו הסכים לכוונתו וכיון שמחל לו מסתמא מחל על הכל ופטר גם מתשלומין משא"כ בהך דהמקיף את חבירו שלא היה יכול למחות בהמקיף רק שמחוייב בתשלומין וממה שלא תבעו תיכף אין ראי' שמחל התשלומין וכן בכותל למעלה מד' אמות אם רוצה השני לסמוך לו כותל אחר או לנעוץ קורות אדעתא דלשלם אין בעל הכותל יכול למונעו עמ"ש בסי' קנ"ז ומשום שלא תבעו מיד אין ראיה שמחל הממון:

טז **אבל אם טוען כותל זה אני שותף** עסמ"ע ס"ק נ"ה עד דלמקומו לא הוי חזקה כ"ז שלא פי' לו בפי' פירש דאף שבא בטענת מכירה מ"מ אין נעיצת קורות ראיה רק שמכר לו סתם ומסתמא כשקנה ממנו רשות לסמוך על כותלו קנה ממנו כל הכותל להיות חציו שלו אבל גוף המקום כשקנה ממנו סתם לא נקנה לו גוף המקום כשלא פי' לו בפירוש וכיון שמנעיצת קורות אין ראיה רק על שקנה ממנו סתם ממילא אין ראיה על קניית גוף המקום כן משמע בראש אך גוף דברי הסמ"ע בכוונת דברי המחבר דחוקין וגם תמוה דכשטוען שהוא שותף א"כ קשה ל"ל נעיצת קורות כמו שהקשה בב"י ולכן העיקר כהט"ז דמיירי שטוען שותף אני בטענת לקוח ע"ש אך הא קשה דהא סעיף נ"ה הוא דברי הרמב"ם וברישא ע"כ מיירי במיד דהא דלהרמב"ם נעיצת קורות מיד הוי חזקה ובסיפא דמיירי מטענת לקוח ע"כ מיירי בחזקת ג"ש א"כ סיפא לאו דומיא דרישא הוא ולכן נראה דכאן הוו חזקה מיד אפילו בטענת לקוח כמש"ל בסימן קמ"ט סעיף ט' דבחפר בה בורות הוי חזקה מיד דדוקא במקלקל בשל חבירו שהוא קלקול לכל העולם לכך לא הוי חזקה כמו בזרע באתרי דמוברי דסימן ק"מ וכן כשחופר בדבר שמתקן לכל העולם לא הוי חזקה דיאמר המערער לא חששתי למחות דסכרתי דאדעתא דלקבל תשלומין קעבדת כדין יורד שלא ברשות אבל בחופר בדבר שהוא מקלקל לחבירו ומתקן לעצמו

הוי חזקה מיד וכ"כ הרשב"א בסימן תתקמ"א בהדיא דחופר בור ברשות חבירו ופותחו לרשותו הוי חזקה מיד וה"נ כשחופר בכותל מצד שלו להכניס בו קורותיו הוי ממש כחופר בו ופותחו לרשותו דהוי חזקה מיד כמ"ש הרשב"א ואפשר דאף הרמב"ם דפליג לעיל בסי' קמ"ט בחפר בו בורית אפשר דבכאן מודה דהא כתב הרשב"א בתשובה שם בראובן שחפר מערה תחת בית שמעון וז"ל ועוד מאן לימא לן שלא הי' עומקו של ראובן לעולם וכו' ע"ש א"כ ה"נ י"ל מאן לימא לן דבצד השני של הכותל היה מעולם של שמעון כיון שזה משתמש בפניו שותק ועוד דהכא גרע מחפר בורות כיון שעכ"פ א"א לו לבטל הנעיצת קורות דלענין נעיצת קורות לא מהני עירעור תלינן יותר שהוא שלו מדלא מיחה:

יז **אני שותף בה** עסמ"ע ס"ק ל"ה עד ר"ל שהן דרין זא"ז והכותל שביניהן אין אנו יודעין של מי הוא כו' ע"כ אין הכוונה שמיירי בכותל חצר המשותף דא"כ קשה קושית הריב"ש דלמה לי לנעיצת קורות הא בלא"ה הכותל בחזקת שניהן ואפי' אם נאמר דמיירי למעלה מד' אמות או בכותל מעקה מ"מ קשה דאם אינו ידוע מי בנאה הוא בחזקת שניהן ואם ידוע שאחד בנאו לבד א"כ קשה דעת הי"א דסברי דאין ראיה על הכותל ממ"נ אם הוא בחזקת שנתן הכל שלו ואם אינו בחזקת שנתן אפי' האבנים אינן שלו לכן נראה דמיירי שחצרו של שמעון סמוך לכותל ביתו של ראובן שמקום החצר של שמעון מגיע עד כותל בית ראובן ואם לא היו הקורות נעוצות בכותל הבית לא היה שמעון נאמן לומר שהוא שותף בהכותל של בית ראובן כיון שהכותל עיקר תשמישו הוא לבית ראובן נקרא ראובן מוחזק ושמעון מוציא אבל כיון שקורותיו של שטעון נ"כ נעוצות בכותל הבית שנראה מענייני שהקורות לעשות בית הן עשויין לכך הוי שמעון מוחזק כמו ראובן ודמי לשנים חלוקין על גג שעל ביתם המבואר בסי' קל"ח דחולקין וזהו שכתב הרמ"א דדוקא כשאומר שהוא שותף ובנ"ל אבל אם מודה שמתחלה וכו' והיינו שהיה מוכרח להורות כמ"ש הסמ"ע דהיינו שני בתים בשני צידי רה"ר שאין חצר ביניהן ובא בטענת לקוח אין נעיצת קורות ראיה וכו' ומ"ש הסמ"ע בס"ק ל"ו בתקרה דלהרמב"ם הוא מיד הוא תמוה מאד כמו שתמה בקצה"ח דכיון דמכח טענת לקוח בא צריך להיות ג"ש ונראה דהוא מטעם שכתבתי לעיל דדמי לחפר בה בורות וע"ש:

יח **על אותו כותל חדש** עסמ"ע ס"ק ל"ז בהגה"ה עד אם לא שהחזיק תחילה בתקרה ומעזיבה אמת שהנ"י כ' כך אמנם הנ"י ס"ל כדעת הר"י דבעשה תקרה יש לו חזקה אף על מקום הכותל ע"ש והרי המקום קיים ולפי זה גם הסמ"ע לא קאמר רק לדעת הר"י שהביא בהג"ה סעיף י"ח אבל לדעת הי"א שהביא הרב בהג"ה שם דלעולם אין לו חזקה

על המקום רק באבני הכותל ממילא כשנפלו האבנים אזיל השיעבוד דהא להך דעה אין הפרש בין עשה חזקה ללא עשה חזקה ופשוט:

סימן קנד

א **פתחו לחצר השותפין** הרמב"ן בחי' לב"ב הקשה הא אפי' לפתוח פתח חדש בביתו שיש לו כבר בחצר אסור ומה קמ"ל בזה ותי' דנ"מ ביש לו פתח אחר ורוצה לסותמו ולפתוח בבית שקנה אסור ע"ש והנה לפי מה שפסק הרב בהג"ה ס"ד דאפי' בבית שיש לו כבר אסור לסתום פתח זו ולפתוח במקום אחר לא א"ש תי' זה ונראה דנ"מ במקום שקנה רשות לפתוח פתח במקום שירצה וקמ"ל דמ"מ אסור לעשות פתח בבית שקנה מחדש בחצר אחרת:

ב **אלא כמו שבנאו** עט"ז שהקשה מהא שכ' הרא"ש גבי ב' שקנאו חורבה דאף שבנה תחלה העליי' בדבר קל דיכול לשנות לדבר כבר משום דיכול לומר אילו הייתי רוצה לבנותו תחילה בדבר כבד. הייתי בונה לא הפסדתי זכותי א"כ הכא נמי נימא כך ולפענ"ד דדין זה ל"ש רק גבי פתח דכנגד הפתח אין לו תשמיש לחבירו הן משום ד' אמות המגיע לכל פתח והן משום היזק ראיה וא"כ אף שמקודם בשעה שבנאו בפעם א' יכול לעשות בהבנין פתחים לחצר כפי מנהג המדינ' או כפי סך הפתחים שפתח חבירו מ"מ כשלא פתח רק במקום זה וזה פתח במקום זה לא מבעי במקום שיש לו ד"א לכל פתח הוי כשותפים שחלקו עצמן ברוחות שכיון שזכה האחד נקנה חלק השני להאחר וה"נ הוי כחלקו עצמן באיזה מקום שיהיה לכ"א הד"א שלפני הפתח ושאר החצר יהיה לשותפות אלא אפי' במקום שאין לו ד"א לפני הפתח כמבואר לקמן בסי' רפ"ח מ"מ כיון שלפני הפתח אין ראוי להשתמשות וכיון שעשה פתח במקום אחר והשתמש השני במקום אחר הוי בעשה זכי' בהשתמשות שלו שיהיה יכול להשתמש בו במקום ההוא משא"כ בכיסוי ארזים על העליה כיון שאין לחבירו זכות רק מחמת שלא עשה מתחלה בארזים ודמי למה שמבואר בסעיף ח' דכשמחזיק בלי עשות שום מעשה דל"ה חזקה וה"נ יכול לומר שמחמת שלא היה לו ארזים בפעם ההוא סוכך בשקמים ועכשיו יש לו וגם חבירו לא עשה שום מעשה לזכות שלא יהיה חבירו רשאי לסכך בארזים ואפשר להעמיס זה בדברי הט"ז ולפז"נ דה"ה בשנים שקנו חורבה ובנה זה בית ועליה על גבו וזה לא בנה רק בית שיכול אח"כ לבנות עליה לפותחה לתוך ביתו דבמה שלא בנה ולא עשה שום מעשה לא הוא ולא השני לא נעשה חזקה ודמי לארזים ושקמים המבואר בסימן קס"ד

סעיף ד' ועוד דבפתח שמתחלה היה לו רשות לעשות שני פתחים ולא עשה רק פתח א' דמי לסתימת חלון ופתח דהוי חזקה מיד כיון שהיה יכול לעשות מתחלה ולא עשה:

ג **דאפילו לתוך ביתו** עסמ"ע ס"ק ד' עד אבל לבנות ע"ג עלייתו או אחורי ביתו וכו' ולכאורה קשה כיון דיכול לבנות בית חדש ולפתוח לתוך ביתו א"כ מה"ת לא יהיה יכול לקנות בית חדש ולפתוח לביתו לדעת הי"ח בהג"ה מ"ל שבונה מחדש או קונה מחדש ונראה דדוקא על המקום שהיה לו כבר אחורי ביתו מותר לבנות דהחצר נשתעבד להמקומות שהיה שייך להחצר והי' יכול לבנות עליו מתחלה ולכך לא הפסיד זכותו במה שלא בנה קודם בשעה שנעשה החצר אבל אם קנה מקום מחדש אסור לבנות עליו בית ולפתוח פתח לביתו לדעת היש חולקין בהג"ה:

ד **שנים שיש להם בשותפות** עט"ז עד דזה פשוט שיכול השותף למכור לאחרים הרבים וכו' והיא תמיה בעיני דמה"ת יהיה יכול למכור לרבים כיון דמקודם בשעה שקנאו ביחד הי' להם השתמשות שוה בשוה ועתה ימכור להרבה ב"א שיהי' להם הרבה חלקים להשתמשות ולזה לא יהי' לו רק חלק אחד ועוד דמנין לו להט"ז זה ועוד דכיון שיכול למכור לשנים א"כ אף הוא עדיין נשאר שם יהי' יכול למכור עוד לא' להיות שותף עמו דמה לי שנים אחרים או הוא ואחר דאטו אם ימכור לשנים אחרים יהי' אסור לאחד מהן למכור לשותף הראשון לעולם לכן נראה דהעיקר כהסמ"ע:

ה **ובפתח כנגד פתח לא מהני חזקה** עסמ"ע סק"י שכתב דשטר או קנין מהני להך דיעה דס"ל דחטעם הוא משום הקפדה רק חזקה לא מהני כמו כקוטרא ובה"כ והרמב"ן בפירושיו כתב הטעם משום דיכול לומר סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו איני יכול והרמב"ן לשיטתו דס"ל דהוא מטעם מחילה א"ש טעם זה ולהנך דס"ל דבעינן טענה שקנה כקנין וחזקת נ"ש שיהי' ראיה לטענתו מדלא מיחה ואם כן לכאורה כל שההיזק יותר גדולה הראיה מדלא מיחה אלימא יותר אמנם הרא"ש בב"ב דף כ"ג כתב הטעם דסבר לא בעינא למחויי דכ"ע ידעי דאין אדם מוחל על היזק כזה וע"כ כוונת דבריו הוא שג"כ אין אדם מוכר היזק כזה:

ו **כופין ע"מ סדום** לכאורה קשה כיון דבהפתח זוכה בד' אמות כנגד הפתח א"כ קשה מ"ש מחלוקת חצר בסי' קע"ד סעיף א' באם א' רוצה שיתן לו חלקו על מצר שלו שג"כ היא מדת סדום כמו שפסק שם המחבר ופליג שם הרא"ש וס"ל דצריך להעלות בדמים עד שיתרצה חבירו א"כ ה"נ יהי' יכול לומר אני רוצה שיהי' פתח שלי בכאן כדי שאזכה כאן בהד' אמות ואם יפול הגורל שיהי' פתח שלו בכאן יצטרך השני להעלות בדמים כמו התם ועסמ"ע שם סק"ז ועיין תוס' ב"ב י"ב ע"ב ד"ה מעלינן ליה שכתבו שיכול לומר לא

ניתן לך חזכות שיש לנו בשדה זו רק בדמים יקרים גם מה שסיים הרמ"א דאם שניהם כא' חסרים ועשו פשרה ביניהם קשה אמאי לא יטילו גורל כמו בחלוקת חצר לכן נראה דכאן מיירי כשכבר חלקו החצר ולא עשו כותל ביניהם שמחלו זה לזה ההיזק ראיה ומ"מ אסור לעשות פתח כנגד פתח ומש"ה כופין אותו על מדת סדום דדוקא אם יש לו זכות באותו מקום שרוצה לזכות בו השני יכול לומר לא אתן לך הזכות שיש לי באותו מקום כ"א בדמים כמ"ש התוס' שם כנ"ל אבל כשאינו נותן לו משלו מאומה כופין אותו על מדת סדום א"נ דמיירי באופן המבואר בסי' קע"ב שאינו זוכח כלל בהד"א שלפני הפתח וכיון שאיני נותן לו משלו כופין אותו עמ"ס וא"ש נמי מה שלא כתב שיטילו גורל כי גורל לא נתקן רק במקום שחולקין גוף חקרקע דזח נלמד מחלוקת הארץ כמבואר לקמן סי' קע"ג משא"כ הכא שאין כאן חלוקת גוף הקרקע אין בו דין גורל ואם אחד חסר מעט ואחד הרבה נראה דאם זה משלים לו החסרון המועט דכופין אותו על מדת סדום ודוקא כשאין בו רק חסרון מעות אבל אם יש לו חסרון בגוף הקרקע יכול זה לומר הקרקע שוה לי דמים הרבה כמו בב"ב שם דף י"ב ע"ש:

ז **אם אינן גבוה ד' אמות** עסמ"ע ס"ק י"ב שכתב דאם מתחיל תוך ד"א אף דגובהו נמשך למעלה יכול לפתוח כנגדו והש"ך כתב בסק"ד דאין דבריו נכונים והדין עמו דיכול לומר דבני ר"ה רואין אותי כשאשתמש למטה אכל כשאשתמש למעלה אין בני ר"ה רואין אותי ואתה תראה אותי אף כשאשתמש למעלה ודמי למי שיש לו פתח א' דלא יעשנו שנים דאמר בש"ס חטעם דבפתח א' יכילנא לאצטנועי ממך בב' לא מצינא לאצטנועי ממך:

ח **פתח קטן לרה"ר ורצה להרחיבו** משנה שאינה צריכה היא דהא אפילו אם לא הי' לו פתח כלל מקודם יכול לפתוח פתח חדש לרה"ר ואפי' אם הוא כנגד פתח של חבירו כמבואר בסעיף ג':

ט **פתח אחד של ד"א** הש"ך והט"ז חולקין על זה ע"ש ונראה דמיירי שהשני פתחים הן במקום אחד רק מעט הפסק ביניהם אבל כשהן בריחוק מקום ודאי דאסור כמו שכתוב בהג"ה בסעיף ד' דא"י לשנות הפתח ממקום זה למקום אחר:

י **ואע"פ שהוא גבוה** הרמב"ן ויקשה דמ"ש גבי חצר דאין מחייבין אותו לבנות למעלה מר"א ע"ש ונראה דקושיית הרמב"ן הוא דאפילו חלון שכנגד חלון או כנגד חצר אף שמפסיק רה"ר באמצע דאינו נוטל מאויר חבירו כלום ואפ"ה אסור אפילו למעלה מד' אמות מדסתמו הש"ס ופוסקים וע"כ האיסור מטעם שרשיפא וא"כ קשה מ"ש מחצר דמותר למעלה מד"א ובזה נסתלק מה שתמה הקצה"ח על הרמב"ן והנה ברמב"ן תי' על

קושיא זו דלא עבידי אינשי לאותובי שרשיפא בחצר ולפ"ז בכותל שבחצר יכול לעשות חלון למעלה מד' אמות:

יא **כגון שבא וסייע עמו** עט"ז שכתב דסייע עמו הוי חזקה לאלתר לכ"ע וכו' והוא תמוה לכאורה דהא בסי' קמ"ב סעיף ג' מבואר דלי"א אפילו סייע לא הוי חזקה:

יב **כיון דממילא** עסמ"ע ס"ק ך"ג עד ודמי לקוטרא בקצה"ח כתב דלטעם זה אפילו בין גג לחצר שחבירו ניזק ואינו מזיק מ"מ כיון דדמי לקוטרא לא הוי חזקה ע"ש ואפשר לומר דגג דלא קביע תשמישתי' לא דמי לקוטרא אך מכל מקום להטעם שכתב המחבר כיון דממילא אפילו בין גג לחצר לא הוי חזקה:

יג **יכול לסתור כשירצה** ונראה דהיינו כשיש לו איזה צורך בסתירת הכותל ישן כגון שנבנה מתחלה על מקום שלו לבדו וכיוצא דאם אין לו שום צורך כופין אותו על מדת סדום ומקבל חצי מעותיו:

יד **ראשון בעליה** היינו אם בא לעשות פתחים וחלונות בעליה צריך לדקדק שישאר מקום לחבירו שיהיה יכול לפתוח ג"כ בעליה שכנגדו פתחים וחלונות כמותו שלא יהיה פתח וחלון כנגד פתח והחלון דס"ל דהאויר שיעבד המלך בשעת קניית הקרקעות ממנו לכולם בשוה וכשותפין דמיא והרא"ש והרשב"א ס"ל דהאויר לא מכר ולא שיעבד כלל והפקר הוא ומי שקדם זכה ונלפענ"ד דלהרא"ש והרשב"א אף שבנה אחר מקודם ופתח חלונות לרה"ר מ"מ לא זכה בהאויר שעל פני רה"ר שיהי' שלו לעולם דהא אמי' בקונה אויר חורבה צריך שיקנה חורבה לאויר ואויר לבד א"א להקנות דהוי דבר שאין בו ממש כמבואר בסי' רי"ב ומכ"ש הכא בהפקר דליכא דעת מקנה דאין קנין מועיל שיקנה האויר של הפקר רק עיקר הטעם הוא כיון דהפקר הוא ויכול להשתמש בהאויר דהפקר וכיון שפתח החלון בהיתר שוב אסור חבירו לפתוח כנגדו ולהזיקו כמו שאסור לעשות רפת נגד אוצר וכמו שדימה אותן הרשב"א הביאו הסמ"ע ס"ק ל"ח ולפ"ז אם נשרף הבית שיש בו חלון וקדם השני ובנה ופתח חלונו לרה"ר שוב אסור הראשון כשיבנה אח"כ לפתוח חלון כנגדו שעכשיו נקרא הראשון מזיק ועליו להרחיק וכן הדין ברפת ואוצר שאם נשרף האוצר ואח"כ קדם השני ועשה רפת א"י לבנות אוצר אח"כ ולסלק הרפת כיון דבשעת עשיה לא הי' שם מזיק עליו ועיין עוד בסמוך מ"ש:

טו **דעת הרא"ש שפותח חלון** הריב"ש הביאו הב"י כתב דהרא"ש מפרש פלוגתא דר' זירא ור' אילעאי בב"ב דף נ"ט בחלון צורי וכוונתו דאי ס"ד בחלון מצרי ובחלון צורי לכ"ע יכול למחות אפילו למעלה מד' אמות אף דר' זירא ס"ל דליכא היזק ראיה בחלון שלמעלה מד"א ואפ"ה יכול למחות א"כ היכא פסק הרא"ש כאן דבמקום דליכא היזק

ראיה א"י למחות ומשמע אף בחלון צורי אלא ודאי דס"ל דהפלוגת' הוא בחלון מצרי (צורי) והוא תמוה מאד דהרא"ש בפסקיו כתב בפי' דהפלוגתא הוא בחלון מצרי (צורי) וכן תמה המהר"א ששון בסי' פ"ז ע"ש וכן הטור פסק תרווייהו כהרא"ש בפסקיו בזו וכתשובת הרא"ש בזה לכן נלפענ"ד דתשובת הרא"ש זו מיירי בחלון ומצרי דוקא אבל בחלון צורי שהוא קבוע ודאי דיכול למחות והוי חזק' אף דליכא היזק ראיה כדמוכח מר' זירא דס"ל בחלון למעלה מד"א דליכא היזק ראיה ואפ"ה יכול למחות והוי החזקה בצורי כיון שהוא קבוע וכן מוכח מהרמב"ן שהביא המחבר בסוף סעיף זה שאין לו חזקה ואף דהרמב"ן בחידושיו ס"ל דהמשנה מיירי במקום שאין בו היזק ראיה ואפ"ה חלון קבוע יש לו חזקה ויכול למחות אלא ודאי דבחלון מצרי מיירי דאינו קבוע הוא והמחא' והחזקה נצמח רק מכח היזק ראיה וע"ז כתב הרא"ש דכמקום דליכא היזק ראיה א"י למחות וליכא חזקה דס"ל להרא"ש דחזק' לא הוי רק במקום שיכול למחות ולעכב והא דהוי חזקה בהורידו לפירות אף דא"י לעכב הוא מטעם כיון דבגוף אכילת הפירות יכול לעכב רק שמחמת שכירות א"י לעכב ועליו להודיע לעדים כיון דלא ידיע מלתא דשכירות ולא תלינן מסתמא בשכירות ולפ"ז א"ש ג"כ דברי הרא"ש בפסקיו שכתב בהא דאמר שמואל ולאורה כ"ש הוי חזקה וז"ל ומסתברא דאפי' למעלה מד' וכו' ע"ש שלכאורה הוא תמוה דהא הרא"ש ס"ל דהפלוגתא הוא בחלון מצרי הוי חזקה למטה מארבע אפי' אינו לאורה א"כ ע"כ מילתא דשמואל מיירי למעל' מד' דלמטה מד' אפילו אינו לאורה הוה חזקה ולפמ"ש א"ש דהחלון המצרי אין בו חזקה רק משום טעמא דהיזק ראיה ובמקום שאין בו היזק ראיה ליכא חזקה לדעת הרא"ש משא"כ לאורה דהוי קבוע כחלון צורי לעולם הוי חזקה וכמש"ל והרמב"ן בחידושיו שהביא המחבר נראה דאף דהרמב"ן בחידושיו מוקי למתני' במקום שאין בו היזק ראיה ואפ"ה קתני דיש לו חזקה והיינו משום דהרמב"ן ס"ל דלעולם הוי חלון למטה מד' אמות קבוע מ"מ מביא דברי הרמב"ן שכתב ר"פ לא יחפור גבי סמיכת דבר המזיק כשאין שם דבר הניזק דאף דיכול למחות מ"מ לא הוי חזקה וה"נ לדידן דס"ל דחלון המצרי לא הוה קבוע ואין הטעם רק משום היזק ראי' ולדבריו ג"כ לא הוי חזקה אף שיכול למחות ובקצה"ח הקשה על הריב"ש דס"ל דהוי חזקה משום דהי' לו למחות אף שא"י לעכב מהא דבעל אין לו חזקה כיון שידוע דפירי אית ליה וה"נ ידוע שיכול לפתוח חלון בע"כ ולפענ"ד נראה לחלק דחזק' הוא רק כאכילת פירות של חבירו ובבעל כיון שידוע דאית לי' פירא ואינו אוכל פירות משל חבירו דדידיה קאכל ליכא חזקה משא"כ הכא שנהנה מאויר חבירו ואיכא אכילת פירות בשל חבירו ואינו ידוע אם אכל הפירות לפי שעה בע"כ או במכירה מחוייב למחות:

טז **א"י למחות בו** כיון שאינו מזיקו ותמי' לי דהא יש לחוש שאח"כ יטעון ראובן שהלונו קדם לחצירו דאז יהיה ראובן נאמן ולא יצטרך לסתום כמבואר לקמן סעיף י"ח שאם א"י מי קדם שהמחזיק נאמן:

יז **בדינא ודיינא** ואף דבשאר נזקין יכול לסמוך בדליכא דבר הניזק וא"י לומר שא"י למיקם בדינא ודיינא הטעם הוא דשם עושה בשלו וכל זמן שאין חבירו ניזק על ידו יכול לעשות בשלו מה שירצה משא"כ כאן שנהנה מאויר חבירו ואי לאו דכופין אותו על מדת סדום הי' יכול למונעו תמיד רק משום דהוי זה נהנ' וזה לא חסר כופין על מדת סדום וכיון דיצטרך למיקם עמו בדינא ודיינא אין לך חסר גדול מזה ולכך יכול למונעו מליהנות באויר חצירו ולפ"ז באם רוצה לעשות חלון נגד חורבת חצר חבירו שרה"ר מפסיק ביניהן שאינו נהנה מאויר חבירו מותר רק כשיש חצר אסור משום היזק ראיה ובחורבה דליכא היזק ראי' מותר כמו בשאר ניזקין שיכול לסמוך בדליכא דבר הניזק:

יח **אבל בפותח לרה"ר** עסמ"ע ס"ק ל"ח וברשב"א ובב"י שהביאו מיירי בדליכא ד"א ברה"ר וכתב הטעם משום דאין משתמש בשל חבירו כלום ולכאורה הוא תמוה מאד דאם הרה"ר אינו רחב רק אמה או שני אמות ממילא משתמש בשל חבירו ג"כ בשני אמות דהא חלון צריך לאורה של ד"א ואם נאמר בדעת הרשב"א א"כ כשכונס תוך שלו אמה אחת יהיה יכול לעשות חלון על חורבת חבירו וכיון דלהרשב"א חורבה דמי לחצר מה"ת יהי' יכול לסמוך על חורבה יותר מעל חצר ולכן נלפענ"ד דהרשב"א מיירי בשני בתים שהיו עומדים בצידי רה"ר כמבואר בשאלה ומקודם הי' לראובן חלונות ולשמעון לא הי' חלונות ואם הי' רוצה שמעון לעשות חלון בכותלו הי' ראובן מעכב שלא יעשה נגד חלונו שעל המזיק להרחיק עצמו ואח"כ כשנפל ביתו של ראובן דיינינן להחורב' כאילו הבית עומד מטעם דסתם חורב' עשוי' להבנות וכמו שהיה קודם ה"ז יכול לומר לו כיון שנפל ביתך ואין אני מזיקך יכול אני לזכות בהאויר שהאויר הפקר הוא רק שהיה אסור לי לעשות שלא אהי' מזיקך וכיון שעכשיו איני מזיקך יכול אני לעשות חלון כמ"ש למעלה בסעיף י"ד ע"ש דדמי לרפת שיכול להעמיד בדליכא אוצר ואין אני רוצה להשתמש באויר שלך כלל רק באויר שעל רה"ר וקח לך אויר שלך ובנה לך כותל ואדרבה לך נאסר לעשות חלון בכותלך שעכשיו אני קדם ואסר לך להזיקני אבל לבנות כותל להאפיל עליו רשאי שא"י ליקח האויר של חצר חבירו שלא מדעתו אבל אם היה קודם חצר בצידי רה"ר אסור לו לפתוח חלון אף שנחרב החצר דכל חורבה עשוי' להבנות כמו שהיה קודם וכשיעשה חצר הרי יזקיני בראי' וצריך הוא לסותמו שלא יזיקני בראיה ואף שיש לו אויר שני אמות ברה"ר מהפקר מ"מ כיון שנוטל ג"כ אויר משל חבירו

יכול לומר לא ניחא לי למיקם עמו בדינא ודיינא ואפשר כיון דיכול לומר אינני רוצה ליטול משלך דאויר רק משל רה"ר א"צ לסתום החלון קודם שיש לו הדבר הניזק דדוקא כשאינו נוטל רק משלו יכול לומר כיון שאני חסר מחמת הדינא ודיינא שאצטרך איני מניחך ליהנות משלי אבל הכא יכול לומר משל רה"ר אני נהנה ובנה את האויר שלך ומחמת שאין אתה רוצה לבנות לא אפסיד האויר של הרה"ר וכשכונה החצר ודאי דצריך לסתום החלון:

יט **וכבר נתבאר דיש חולקין** עש"ך וט"ז שתמהו על זה דאדרבה הי"ח דסעיף י"ח ס"ל דהדין עם ישראל הב' ע"ש ולפענ"ד נראה דהרמ"א כוון להי"ח שבסעיף ט"ו דכל שפתח בהיתר על הניזק להרחיק את עצמו וה"נ פתח בהיתר כיון דנגד עכו"ם מותר לפתוח:

כ **ואם העכו"ם היה צריך לסותמו בדיניהם** פי' שהכתב נכתב באופן שיש לו תוקף בדיניהם וכן אם כתוב בו שהודה אף שההודא' נכתב באופן שאין לו תוקף בדיניהם מ"מ כיון שכתוב בו הודא' מעכו"ם זוכה ע"פ דינינו ומ"ש וחייב עצמו במה שלא הי' חייב הטעם דחיוב אינו קנין בגוף הדבר רק חל על גוף המתחייב בשיעבוד נכסיו אבל גוף הדבר הוא של המתחייב ואם מכרו מכור משום הכי א"צ לחתום וע"ש ברשכ"א שכתב בהדיא כן וטריפת לקוחות לא שייך בחיוב של סתימת חלון:

כא **מנין שפתוח הי' ונסתמה** עסמ"ע ס"ק מ"ה שהקשה מסעיף י"ב שבעל החלון נאמן וע"ש ותי' בדוחק גדול ולפעד"נ דהתם שאני שהוא מטעם דבעל החלון נקרא חזקת מרא קמא כמ"ש הש"ך כהסי' קי"ד ע"ש וזהו דוקא בישראל נגד ישראל דכשפתח החלון יש לו חזקה שקנה או שמחל לו האויר ונעש' האויר של ישראל ממש שהרי הישראל אסור לבנות כנגדו וכיון שהיה שלו פעם אחת נקרא מרא קמא וכל ספק שיארע מוקמינן בחזקת מרא קמא משא"כ בישראל נגד עכו"ם דאף שפותח חלון לא נעשה האויר של ישראל שהרי העכו"ם מותר לבנות נגדו רק מחמת שאין היזק ראיה להעכו"ם יכול הוא לפתוח חלונו מטעם זה נהנה וזה לא חסר ואפילו להי"ח שהביא הרמ"א שם שהישראל אסור לבנות נגדו מ"מ לא נעשה האויר שלו ועיין מה שכתבתי שם וכיון שאפילו בשעת פתיחה אין האויר שלו לא נקרא בעל החלון מרא קמא ואפשר שבזה א"ש גם חלשון שבתב מנין שפתוחה היתה ונסתמה כלומר מנין שהיה פתוחה ע"י קנין שיהיה שלך רק שנסתמה וכיון שאין לך חזקה על החלון א"כ יש לחוש ג"כ שמא העכו"ם סתמה (וא"צ להניח ועוד יש לחוש כמו שהגיה חט"ז ע"ש) כיון שאין לך חזקת מרא קמא ובזה מיושב נמי דלא תקשה נמי מ"ש כדאמרן ולסתום לאלתר הוי חזקה דלכאורה קשה דהא עכו"ם גזלן הוא ואין לו חזקה ולפמ"ש א"ש כיון שלא נעשה שלך בשעת פתיחה רק

שיכול לפתוח מטעם זה נהנה וגזל עכו"ם בכה"ג מותר כמש"ל מ"מ אם חזר העכו"ם וסתמה אף שסתמה בע"כ הוי כחזר ולקח מה שהוא שלו וכשמכר לי נקנה לי האויר בדין ועתה כשתרצה לפתוח דמי לפותח מחדש ועוד י"ל דמיירי כשיש שופטים בארץ ודינא דמלכותא דמי להא דסי' רל"ו סעיף ט' דאמרינן דודאי איאושי מייאש נפשיה ע"ש:

כב **אויר לקרר היין.** ורשב"א סיים ואין הלה רשאי לעשות בביתו דבר המזיק את האוצר ע"ש ודאי דאם היה מקום הכותל של חבירו קדם לאוצר ודאי דאין יכול הלה לשעבד האויר שע"ג ביתו של חבירו שלא יהיה יכול לבנות בחלקי משום אוצרו שעשה כמו שאין יכול לשעבד ד"א לצורך האורה שצריך להחלון העשוי לאורה וכמו שכתב הרשב"א הביאו הסמ"ע ס"ק ל"ח רק דמיירי שעשה האוצר קודם שזכה זה בהמקום שרצה לבנות והרי זכה בהאויר שצריך לחיין כמו שזוכה בהאויר שצריך לחלונות וכן כתב בקצה"ח ופשוט:

סימן קנה

א **משלם מה שהזיקה** עש"ך ס"ק ב' שהקשה בשם הרי"ף מסי' תי"ח ותירץ דהכא דלפי צורך שעה קמדליק וקמרחיב בשיעורא וכו' ולבאר כוונתו לפענ"ד נראה דשם נתנו רבנן שיעור שירחיק שלא יהי' יכול להזיק אפילו אם לא ישמרנו כלל דמחמת שהוא רק צורך שעה הרחיבו חז"ל בשיעורא מש"ה אם הזיק ע"י רוח שאינו מצויה הוי אונס ופטור כיון דלא חייבוהו חז"ל בשמירה משום אונס דלא שכיח אבל הכא לא רצו חכמים ליתן שיעור הרחקה כ"כ כיון דתדיר הוא ואילו היו מרחיבין השיעור לא היה אפשר לידור בבית כלל ונתנו שיעור מה שאפשר שלא יזיק ע"י שמירה וכיון שהוא בביתו ואפשר לו שישמרנו בהרחק' כזו שוב א"צ להרחיק יותר מש"ה אם לא שמר והזיק חייב:

ב **גילה בעל עליה דעתו** קשה אם אי לא בעי הש"ס ג"כ לענין קדימת הרפת שאם בעל חדפת גילה דעתו שחפץ לעשות חנותו לרפת כגון שתיקן בו אבוסי' וכיוצא שניכר שיעשה זה לרפת ואח"כ הכניס זה יין באוצרו קודם שהכניס הבהמות אם זה מיקרי קדם הרפת או לא והנה בלשון הש"ע שכתב אם הוחזקה החנות בתחילה לרפת או לנחתום משמע שאפי' לא הכניס בה הבהמות ולא אפה בה עדיין רק שהוחזק לכל שזה החדר הוא מוכן וניכר לרפת דהוי כקדם הרפת וכן מוכח מהרא"ש דף כ' שכתב וז"ל אם רפת בקר קודם לאוצר מותר אע"פ דהוי גירי דיליה משום דדירה שאני ולכאורה תמוה הא לעיל בסמוך מסיק דהעיקר כגירסת ר"ח דגרס אלא אמר רבינא דחזר מכל הני שינויא דלעיל ואפילו לרבא מותר לסמוך היכא דליתא לדבר הניזק וכתב בדף כ"ב

דכל הרחקות הוי גירי דיליה וא"כ הא דרפת קודם לאוצר מותר א"צ כלל להטעם דדירה שאני ולפמ"ש לעיל א"ש דבכל הרחקות בעינן דוקא דקדם המזיק ממש בהיתר אז א"צ להרחיק אח"כ משא"כ ברפת בקר אפילו אם לא עשוי רק הרפת ולא הכניס שם הבהמות דלא קדם המזיק מ"מ א"צ להרחיק משום דדירה שאני ובזה מיושב קושית התו' שם בד"ה דוקא נמי שהקשו דתקשה האי דוקא נמי לאביי ולפמ"ש לא קשה דהוצרך לשנות דין זה דוקא ברפת להשמיענו דברפת אפי' אם קדם הרפת לבד מותר משום דדירה שאני משא"כ בשאר מזיקין בעינן דוקא שיהא דבר המזיק ממש קודם לזה לא היה צריך מתני' לאשמועינן כלל דלאביי פשוט זה מסברא ומ"מ צ"ע וכעת לא מצאתי גילוי ברור לדין זה.

ג **ואינן יורדין מיד** וקשה דהא בסעיף ך' מבואר דאם בוקעין המים אחר שרבו דחייב ראובן לסלק וכאן מתיר בפסקי והדר נפלי ואח"כ מצאתי בתשובות הרא"ש כלל ק"ח סי' י' הקשה קושיא זו ותירץ דכאן שאני דהעליון א"א לו לסלק הזיקו שא"א לו להיות בלא מים והתחתון בקל יכול לתקן מעזיבה דבמעזיבה מועטת כשיתקן התחתון שוב לא ירד המים ויבלעו במעזיבה והלשון מוכיח דאמר דמשי מיא וזה דבר מועט מאוד אבל במקום שהתחתון א"י לסלק ההיזק בדבר מיעט רק בהוצאה מרו בה אפילו בפסקי והדר נפלו חייב העליון ולענין מה שהקשו הסמ"ע והש"ך בס"ק ג' יתבאר בסי' קס"ד בס"ד:

ד **וחול הלח** עש"ך ס"ק ד' שתמה דכיון דחול הלח היזק דמתונתא היא דמי לאמת המים דבעינן וסד בסיד ותמה אני על תמיהתו דבאמת המים איכא נמי טעמא דכל מרא ומרא מרפית וכו' כמ"ש התוס' ר"פ לא יחפור אבל חול הלח ודאי דמי לגפת דהא בד' י"ט מקשה הש"ס דליחשוב חול הלח בהדי גפת וגם רב אושעיא חשיב ליה לחול הלח בהדי גפת אלמא דדמי לגפת וכן במי רגלים דג"כ היזיקא דמתונתא הוא ומ"מ בלא גומא א"צ לסוד בסיד:

ה **את הזרעים** הרמב"ן בפ' לא יחפור כתב דזרעים אפי' לר' יוסי דמתיר באילן מודה בזרעים דהוי גירי דליה כיון שהזרעים ממקומן יונקים לחות הקרקע ע"ש והובא דבריו בס' קצה"ח:

ו **ובגומא צריך לסיד** פי' הרמ"א חולק אהמחבר דהמחבר מפרש הא דמוקי הש"ס הא דמי רגלים דקתני במתני' בשופכין דהיינו בגומא וממיל' אפילו בגומא א"צ לסוד בסיד דהא חשיב ליה בהדי גפת ולדבריו בשופכין בלא גומא בהרחקת טפח סגי דדמי למשתין והרמ"א מפרש הא דשופכין האמור בש"ס דהיינו בלא גומא ובזה סגי בג"ט בלא סיד דבהן מיירי המשנה אבל בגומא צריך ג"כ לסוד בסיד ודוקא בהשתנה בעלמא א"צ בכותל אבנים רק טפח אבל בשופכין בעי ג"ט:

ז **חייב לשלם** עיין סעיף ל"ב מ"ש בזה:

ח **שכל אלו הרחקות** עסמ"ע ס"ק כ"ה דזרעים ומחרישה שהטעם לאו משום קלקול הכותל רק משום התמוטטות היסוד לכ"ע אפי' בשל אבנים ותמה עצמו על מה שמסיק בשם הרמב"ם שלא מצא כן ברמב"ם ע"ש וכל דבריו תמוהין דהא הטור כתב דכן נראה דעת רש"י ורש"י כתב כן בהדיא במתני' גבי זרעים דמיירי בכותל לבנים ומטעם קלקול חבותל ולפ"ז כתב שפיר דדעת הרמב"ם הוא דאפילו בכותל אבנים דהא הרמב"ם מפרש הא דמי רגלים דכייל שם במתני' עם הא דזרעים דהיינו בשופכין של מי רגלים בגומא וזה א"א רק בכותל של אבנים דבכותל של לבנים אפילו להשתין צריך להרחיק ג"ט כמ"ש הסמ"ע ס"ק ד' ע"ש:

ט **ויסוד בסיד** עש"ך ס"ק ח' מה שתמה על הסמ"ע ותמיהתו תמוה כמו שהקשה בקצה"ח דהא נ"מ לענין לכתחלה דמחמת בעיא דלא איפשטא עכ"פ לכתחלה אסור לעשות כמו בסעיף ג' משא"כ בכותל בנין להרא"ש דהא מותר אפי' לכתחלה ופשוט:

י **הקרקע מן המלך** הב"י הביא כאן בשם רי"ו וז"ל מאינש דעלמא לא אמרינן האי דינא דא"כ הבא לבנות כותל סמיך לחצר חבירו כדי שלא יחזיק לשעבד קרקעו ירחיק ד"א ע"ש נראה כוונתו דאיניש דעלמא שיש לו בית וא"י אם קנהו מהמלך אינו זוכה בד"א דאלת"ה א"כ מי שרוצה לבנות כותל סמוך לחצר דהדין הוא דא"צ הרחקה ד"א משום דוושא מ"מ יהיה צריך להרחיק ד"א שחבירו יכול לומר אולי ארצה לבנות בית ותכריחני להרחיק ד"א שתאמר שקנית מהמלך ותשעבד קרקעי למפרע אלא ודאי שצריך לברר:

יא **נבנה החצר** ואף דכל הסומך בהיתר א"צ להרחיק אח"כ כתב הג"א הטעם משום שיכול לסלק ההיזק בקל והב"י כתב הטעם דבקיטרא ובית הכסא אותן שאין להם חזקה אף הסומך בהיתר צריך להרחיק והא דומה לקוטרא ובה"כ ע"ש ועוד נראה דהכא הרי הוא מזיקו בידים אח"כ ואין להקשות על מ"ש הרא"ש בכאן דא"י למחות בו קודם שיש דבר הניזק הא כיון דצריך להרחיק אח"כ א"כ יכול לומר לו לא ארצה לילך עמך בדינא ודיינא כמו בסי' קנ"ד סעיף ט"ו דהרא"ש לא ס"ל כך כמבואר שם אך אפי' להרמב"ן שם נראה דכאן יכול לסמוך דדוקא גבי גפת שמניח שם בקבע ויתעכב הסילוק כשירצה לסלק הזיקו אבל כאן שמחדש בכל יום בהכאות וא"צ לסלק הזיקו רק שלא יתחיל לעשות ולעסוק בזה כדינו של עכשיו כך יהי' דינו אח"כ יכול לסמוך כנ"ל:

יב **שהראשון בהיתר עשה** עסמ"ע ס"ק מ"ג וז"ל בכל מרא דחפר בסוף ו' טפחים ופסיד לחבירו בידים וכו' ואין להקשות דהא כל הקרקע עד המצר וזוא שלו ומה"ת לא יהיה

יכול להפסיד את שלו וכי צריך הוא ליתן כותל לחבירו משלו יש לו' דבשחופר פחות מו' טפחי' לבור מפסיד אף הכתלים שבצדי הבור והכתלים שבצדדים של חבירו הן:

יג **ויש מי שחולקין על זה** אמת הטור הבי' זה בשם רש"י והרי"ף אמנם הב"י תמה ע"ז וז"ל נ"ל דהתוס' כתבו דהיינו אליבא דרבנן וכו' ובתשוב' פ"י חלק ח"מ שאלה ח' תמה ע"ז דהא גם ר"י מוד' בגיריה דיליה ואישתמיטתי' דברי התוס' ב"ב דף י"ז ד"ה מרחיקין את הגפ' שכתבו בהדי' דהקושי' לא קאי רק אליב' דרבנן ולא אליב' דר"י ע"ש אף שהתוס' ב"ב כ"ב ד"ה לימ' תנן סתמ' כתבו דכול' הוי גירי דילי' אלמ' דלר"י כשאין שם דבר הניזוק מותר ולא חשיב גירי דילי' אלא כשההיזק הוא בשעת עשי' ואין להוכיח מהא שכתבו התו' דף י"ח ע"ב ד"ה ואי לא סמיך בשם רש"י לפרש סגיית הש"ס שם בהא דמקשי אליבא דרבא ואי דלא סמיך היכי משכחת לה ומוקי לה בלוקח ואי נימא דרש"י ס"ל דאליבא דר"י מותר לסמוך כשאין שם דבר הניזק אפי' אליבא דרבא א"כ למה ליה להש"ס לאוקמי בלוקח הא אפילו בלא לוקח א"ש דרבנן ס"ל דדבורים לא מזקי לחרדל ולכך צריך בעל החרדל להרחיק ומיירי כגון שהבעל דבורים העמיד תחלה ור"י ס"ל דמותר לסמוך בשאין שם דבר הניזק וס"ל דדבורים ג"כ מזקי וממילא דא"צ בעל החרדל להרחיק כיון שעשה הבעל דבורים קצת שלא כהוגן כמ"ש התוס' אליבא דאביי אלא ע"כ דרש"י חולק על התוס' וס"ל דלרבא אפילו לר"י אסור לסמוך אפילו בשאר מזיקין ואפילו כשאין שום דבר הניזק דלכך הוצרך לאוקמי בלוקח אבל באמת אין זה הוכחה לא מס"ד דהש"ס ולא מהמסקנא דבהס"ד לא אסקי אדעתיה הקושיא שמקשה הש"ס בתר הכי ממתניתין דבור ואילן וממילא ס"ד דר"י ס"ל כרבנן דא"צ גירי דילי' וממילא גם לר"י צריך להרחיק אפילו כשאין כאן דבר הניזק כמו לרבנן ומהמסקנא ג"כ אין להוכיח דהא מסיק דלדבריהם דרבנן קאמר להו מכח הקושיא דמשרה וירקא דלאו גירי דיליה נינהו אפילו כשיש שם דבר הניזק כמ"ש הפוסקים וכיון דאמר זה אליבא דרבנן מוכרח הש"ס לאוקמי בלוקח דבלא לוקח הדרא קושית הש"ס לדוכתא דלא שייך לומר ר"י מתיר בחרדל דהא על כל א' להרחיק חצי הרחקה וכן צ"ל לפירוש ר"ח שכ' התו' ד"ה וסבר ר"י דלרבינא חזר בו רבא וסובר דאפילו לרבנן א"צ להרחיק כשאין הניזק כאן ולכאורה תמוה דלענין מה היה צריך לחזור אליבא דרבנן הא אליבא דרבנן דס"ל דדבורים לא מזקי לחרדל ל"ק כלל דודאי בעל החרדל צריך להרחיק ולא היה קשה רק מר"י וא"כ לא היה לומר רק דלר"י מותר לסמוך כשאין הניזק כאן א"ו דהתוס' הוצרכו לומר כן אליבא דמסקנא דלדבריהם דרבנן קאמר וא"כ גם לשיטת רש"י י"ל כך וליכא ראי' מדברי רש"י שיחלוק על התו' דף י"ז ד"ח מרחיקין את הגפת וכן בהא שכ' הטור

דלרש"י והרי"ף אפילו סמך בהיתר כגון בלוקח צריך להרחיק ג"כ ליכא הוכחה שיהיה הדין כן אליבא דר"י דשם בש"ס לא אמרו זה רק לרבנן ולר"י בהס"ד דלא אסיק אדעתי' דר"י מצריך גירי דיליה אבל להמסקנא דקי"ל כר"י דמצריך דוקא גירי דילי' י"ל ודאי דבסמך בהיתר כגון בלוקח דא"צ להרחיק דלא הוי גירי דילי' דלא גרע מסמך כשלא הי' הניזק כאן דלא חשיב גירי דילי' להתו' ד"ה מרחיקין את הגפת הנ"ל ומהרי"ף מוכח בהדיא להיפך דהא עיקר קושית הש"ס אליביה דהרי"ף פי' הרמב"ן בשמו לר"י דמתיר בחרדל לרבא היה לו להצריך לבעל הדבורים להרחיק ומכח זה הוצרך בש"ס לאוקמי בלוקח ולבסוף כתב דבמתניתי' דחרדל ג"כ הלכה כר"י וז"ל שם דהא אוקימנא למתני' כלוקח ולית חד מנייהו דקדם דממ"נ אי ס"ל כרבנן דאמרי דבורים לחרדל לא מזקי אלא חרדל לדבורים אפ"ה הלכה כר"י דלאו גירי' הוא דהא ליכא חד מינייהו דקדים ועוד אפי' בע"ד קדים לאו גירי דבעל חרדל נינהו ומשמע דלטעם הראשון אפילו היה חרדל חשיב גירי דילי' אפ"ה הכא לא חשיב גירי דיליה כיון דליכא חד מנייהו דקדים אלמא דהסומך בהיתר לא חשיב גירי דיליה (ואף שהונה שם בהגהות האלפסי בשם מהר"ן שפירא ומחק תיבת דלאו גירי הוא במחילה מכבודו ודאי דטעה בזה דהא הרי"ף רוצה להוכיח דהלכה כר"י ולפי הגהתו הוכחתו הוא דהלכה כר"י דהא ליכא חד מנייהו דקדים וזה תמוה דהא רבנן אסרי בליכא חד מנייהו דקדים ואימא הלכתא כרבנן בהא א"ו כמ"ש הוא הנכון ואף לשיטת הרמב"ן דחולק על הרי"ף וס"ל דבעל דבורים צריך להרחיק י"ל דמודה בשאר ניזקין דא"צ להרחיק רק בדבורים דחשיבי כעשן ממש ולפ"ז ה"ה בב' לקוחות שכתב הרמב"ן דצריך המזיק להרחיק לא כ"כ רק אליבא דרבנן ובהס"ד אליבא דר"י אבל להמסקנא דמצריך ר"י גירי דיליה וסומך בהיתר לא חשיב גירי דיליה ומותר לסמוך מלבד אותן הניזקין שעושה בידים שמחדש הנזק בכל יום כגון כותשי הריפות וכן אותן שאין להם חזקה כגון קוטרא צריכין להרחיק אפילו סמכו בהיתר: ולענין טוענין ללוקח התוס' הביא בשם ר"ח שפי' בלוקח באדם שלקח מאדם אח' את האילן וטוענין ללוקח ותמהו ע"ז דא"כ אפילו קדם בור נמי ועוד כיון דאין טוענין ללוקח רק בחזקת ג"ש נוקמא בלא לירח ובחזקה שיש עמה טענה וכן תמוה עצמם בד"ה וסבר ר"י אהא דמפרש בלקח ג"כ לענין טוענין ע"ש ולפעד"נ לפרש דברי ר"ח שיהיו עולין כהוגן דהנה הא דאין טוענין ללוקח רק בחזקת ג"ש הוא רק בדבר שצריך קנין דלכתיבה עומד ובן שטר הוא ולכך צריך ג"ש אבל בדבר דהוי חזקה מיד ודאי דטוענין ללוקח אפילו בלא ג"ש ולפ"ז נראה דווקא כשסמך המזיק כשכבר הי' הדבר הניזק דאז לא מהני אפילו נתרצה הניזק כפי' בלא קבלת קנין כמ"ש הטור ס"ס זוז וע' בב"ח שם הטעם משום דהוי כאומר קרע

כסותי והפטר שיכול לחזור בו אפילו באמצע דקריעה ולכך צריך קנין לאלם הדבר שלא יהיה יכול לחזור בו ועמש"ל סי' קנ"ח סעיף ל"ו באריכות משא"כ כאילן ובור דהדין הוא דאפילו למ"ד דעל המזיק להרחיק א"ע מ"מ באילן דאיכא הפסד מרובה מהני כשסמך בהיתר דא"צ לקוץ אח"כ כמ"ש התוס' ולפ"ז ודאי כשנתרצה הניזק ליטע אילן סמוך למיצר כשלא הי' הבור הניזק עדיין ודאי דאין לך סמוך בהיתר גדול מזה דהא בריצוי שלו העמידו ודאי שא"צ לקוצצו אח"כ כשהעמיד זה הבור וכיון דריצוי בעלמא מהני ודאי דטוענין ללוקח אפילו בדליכא ג"ש ולפ"ז א"ש דבשהבור קדם לאילן דכבר היה הניזק דאז צריך קנין ולכך אין טוענין ללוקח ומיירי בדליכא ג"ש אבל כשהאילן קדם דאז אפי' אם העמידן רק בריצוי שלו אפילו בלא קנין מ"מ מהני שלא לקוצצו ודאי דטוענין ללוקח דברצונו העמידו אפילו בלא ג"ש ולכך נקט ללוקח לאשמועינן דאף הלוקח א"י אם ברצונו העמידו אם לא דטוענין ליה וכן גבי חרדל ודבורים ומיירי שהבעל החרדל היה לוקח ואח"כ העמיד הלה דבורים דרבנן ס"ל דעל המזיק להרחיק א"ע אפי' סמך בהיתר ממילא אפי' טוענין לו שנתרצה והוי כסמך בהיתר מ"מ על המזיק להרחיק א"ע ור"י לפי הס"ד ס"ל דעל הניזק להרחיק מהני ליה סמך בהיתר ולכך טוענין ליה ולהמסקנא דלדבריהם דרבנן קאמר דתרווייהו מזיקין והסומך באיסור צריך להרחיק כמ"ש התוס' ע"ש. ודע דאף למאן דס"ל דבסמך בהיתר על המזיק להרחיק היינו דוקא בהיתר ע"י לקיחה שי"ל כמו שהמוכר ודאי שהי' מרחיק כשהי' עושה דבר הניזק לכך כשהלוקח עושה דבר הניזק צריך המזיק שהוא המוכר להרחיק וכן אם הלוקח לקח דבר המזיק יש לומר דנזקין לא מכר ליה כמבואר בסקנ"ד סעיף כ"ח אבל בסמך לדבר הפקר ואח"כ זכה אחר ועשה דבר הניזק ודאי דא"צ להרחיק כמ"ש הריב"ש סי' שכ"ב וכדמוכח בסי' קנ"ד סעיף כ"א וכן אפילו למאן דס"ל דאין המזיק צריך להרחיק בסמך בהיתר מ"מ בהא דסי' קנ"ד סעיף ט"ז בהג"ה בנפל הכותל שביניהם צריך להרחיק לחד דיע' דלא מיבעיא להרמב"ן דס"ל דבשני לוקחין שהניזק עשה וסמך ברשות כמו המזיק צריך להרחיק ודאי דצריך להרחיק דה"נ כנפל הכותל שביניהם הוי כבאו שניהם בבת אחת דהא גם הניזק ברשות עשה אלא אפי' למ"ש דאפי' בכה"ג א"צ להרחיק מ"מ ס"ל לדיעה קמייתא דהיזק ראיה דומה להיזק שנעשה בידים כיון שהנזק מתחדש בכל יום ודמי לכותשי הריפות דבעיף ט"ו דאפי' סמך בהיתר צריך להרחיק ועוד דאומרין לו סתום חלונך ואל תחטא כל פעם שאתה מזיק בראייתך והדיעה השניה שם ס"ל דהיזק ראיה לא חשיב היזק ממילא דא"צ להרחיק: ראיתי בשו"ת פני יהושע חלק ח"מ סי' ח' ודבריו תמוהין בעיני ואביא על סדר קונטרסו: מה שהביא ראיה מהטור סי' קנ"ג דס"ל דאפילו לא היה

הניזק בשעת המקח צריך להרחיק מהא דפסק בראובן שהיה לו בית עם חלונות והיה בית אחר מפסיק ונפל הבית שלדעת רש"י והרי"ף צריך להרחיק הרי אף שבתחלה לא היה הנזק כלל מ"מ עתה שנעשה צריך להרחיק הוא תמוה לפענ"ד דהא עיקר סברת הרמב"ן הוא דדוקא כשהניזק עושה שלא ברשות שמכניס עצמו תחת המזיק משא"כ בלוקח בפעם אחת ששניהן ברשות א"כ ה"נ הרי הנזק ג"כ נעשה ברשות וכבאו שניהם בבת אחת דמי: גם מ"ש שהרשב"א ע"כ ס"ל כרש"י והרי"ף דאינו סומך כיון שפסק הרשב"א הובא בסי' קנ"ד דא"י לפתוח חלון על חורבת חבירו מטעם דינא ודיינא וזהו ע"כ כרבא דס"ל אינו סומך וכתבו הפוסקים הטעם משום דינא ודיינא ע"ש הוא תמוה מאוד דהפוסקים לא כתבו זה לעיקר טעמא דרבא דמשום טעם זה חולק על אביי וסובר דאינו סומך דהא בטעם זה אינו נסתר טעמא דאביי דהא אביי כיון דס"ל סומך השני צריך להרחיק והראשון א"צ להרחיק כלל ומאי דינא ודיינא שייך לאביי וע"כ צ"ל דרבא מסברא פליג וסובר דאינו סומך רק שהפוסקים הוכיח וסברא דדינא ודיינא דא"כ קשה נהי דסובר מסברא דאינו סומך מ"מ הראשון יכול לומר אסמוך ואח"כ כשירצה השני לעשות אסלק הזיקו וזה נהנה וזה לא חסר הוא ולזה הוכיחו דע"כ הטעם דאסור בכה"ג משום דינא ודיינא: גם מה שהביא ראיה מהרא"ש שכתב גבי פפי יונאה דאם החזיק קודם שבנה אפדנא דלא הוי חזקה מוכח דאף שסמך בהיתר צריך להרחיק אח"כ וס"ל סברת הגה"א שכתב דבקל יכול לסלקו לדוחק ג"כ אין ראיה דהא כתב הגה"א עוד תי' דדמי לבור דבידים קמזיק ועוד תי' הב"י בד"ה אוצרי שמן דבאותן שאין חזקה לנזקיהם אף אם סמך בהיתר צריך להרחיק ובזה נדחה גם מה שהביא ראיה מהא דקוטרא ובה"כ שכתב הרא"ש. אמנם הא שמסיק להלכה דבדבר שמחדש בכל יום דצריך לסלק זהו אמת דדמי להא לאוצרי יין שכתב הגה"א כיון דבידים עושה היזק דמי לאוצרי יין ושמן כנ"ל ברור:

יד **להרחיק ד"א** עסמ"ע ס"ק נ"ז עד ואומר לו כבר החזקתי כו' ולפ"ז צריך חזקת ג"ש וטענה להרבה פוסקים כמו בחלון בסי' קנ"ד ומ"ש הסמ"ע אף אם אינו מבקש כו' כוונתו שרוצה לעשות נדר מפסיק דבלא"ה לאו כל כמיניה לומר איני מבקש לחרוש דיכול לומר לו לא אושיב שומר לשמור אותך כמ"ש הרמב"ן בחידושיו לסוגיא ע"ש:

טו **שניהם חולקין פירותיו** והיינו דוקא כשעומד על המצר גבוה שבין השדות המשותף לשניהם אבל סמוך למצר אף. שכל השרשין יוצאין לשל חבירו הרי הוא שלו לבדו וכשעומד על המצר אז אזלינן בתר השרשין וכשהן שווין כחלק שניהם חולקים ואם

השרשים נוטין לזה יותר מלזה חולקין לפ"ע מה שהן יותר בזה מזה ואין משגיחין על הנופות וכן מוכח מדברי התוס':

טז **קוצץ וחופר** והטעם כיון דמותר לסמוך ואין לו חזקה ואפי' משום יניקת האילן משדה חבירו ליכא משום תקנת יהושע כשלא יקפידו על כך כמבואר בסוף לא יחפור ומש"ה כשחבירו צריך לחפור בור יכול ליטול עפרו שלא יתן יניקה לאילן חבירו וכזה א"ש מה שיכול לקצוץ השרשים אף שיתייבש האילן ולא דמי לבור דבשסמך בהיתר דהשני צריך להרחיק מטעם דכל מרא ומרא וה"נ הרי מייבש האילן בידים בקציצתו דשם בחפרותו מקלקל כותלי הבור שהן של חבירו במה שחבירו אינו נוטל ממנו כלום משא"כ הכא ייבוש האילן אינו בא מחמת הקציצה רק מחמת שאינו מניחו לינק משלו ותקנת יהושע לא היה רק שיתן לו היניקה כל זמן שלא יהיה צריך לו אבל כשצריך למקומו היניקה א"צ ליתן לו ולכך יכול לקוצצו כדי שלא יינק משלו ובלוקח נראה דאם מכר השדה והניח לעצמו האילן כיון שמוכר בעין יפה מוכר ואין לו יניקה בשל חבירו רק מתקנת יהושע ולכך יכול לקוצצו אבל כשמכר האילן יש לומר כיון דבעין יפה מכר ממילא מכר גם יניקת האילן ואסור לקוצצו ולפ"ז מ"ש התוס' בב"ב דף י"ח ד"ה היו שרשיו יוצאין דמיירי בלוקח מיירי שהניח' לעצמו האילן:

יז **שפוטר ומלשלם** והיינו בגפת ודכוותייהו שהן רק גרמת גירי אבל בכותש הריפות דסעי' ט"ו ורחיים סעיף ז' שהן גירי דיליה עצמו לכ"ע חייב ומאן דמחייב לשלם מ"מ בשובך דסעיף ט"ז לכ"ע פטור כיון שהנמי' מסייעו דמי להא דסעיף ל"ז כשהרוח מסייעו ועיין בטור וכן במניעת דוושא דסעיף י"ב איגו אלא גרמא ופטור אבל אם הרחיק והזיק אינו חייב רק באש ואף שהטור הביא בשם העיטור דאף שהרחיק חייב המחבר לא פסק כוותיה בהא:

יח **פטור מלשלם שהרוח הוא סייעו** עש"ך ס"ק י"ד וגרשם בטעות וצ"ל רשום וע"ל סעיף ל"ד פטור מלשלם ועש"ך סי' תי"ח ס"ק ד' שהביא בשם הה"מ מה שתמה ובש"ך שם תי' שכאן בסי' קנ"ה הולך היפך מכוחו שכוונתו להפיל העפר לארץ ולא שילך למרחוק משא"כ אש שהרוח מסייע על מה שכוונתו שילך האש וכו' אינו מובן דמה טעם הוא זה שהולך היפך מכוונתו וליהוי כאבנו וסכינו שהניחן בראש גגו שכוונתו לא היה רק שיונח שם ואפ"ה חייב כשהזיקו ברוח מצויה לכן נלפענ"ד דהנה לכאורה קשה על כל ההרחקות שמונה שם בפ' לא יחפור בב"ב ומביאן הרמב"ן והמחבר בה' נזקי שכנים וכן הא דב"ב דף י"ח בסוגיא דחרדל קשה הא כשהדבורים אוכלין החרדל או היונים בשדות שורו ממש הוא (אמת שהרמב"ן במלחמות כתב דטעם דלא קני להו רק מפני דרכי שלום

והוא דחוק) ומד' אבות נזיקין הן ואמאי אמרי רבנן דא"צ להרחיק ומשמע דאפי' בדיעבד פטורים דהא אפי' בהרחקה שמחוייבין להרחיק פטור מלשלם בדיעבד וא"כ קשה אמאי לא הוי כד' אבות נזיקין וכן קשה בב"ב ד"ג גבי עורבים בדם דהא הוי כדלעיל דלא אצנעי' והוציאו תרנגול של הפקר דמבואר בב"ק דף י"ט ע"כ דחייב וכן כל הדברים דחשיב בפ' לא יחפור ובה' נזקי שכנים לכאורה בכלל ד' אבות נזיקין הן כשתדקדק בהן כגון היזיקא דמתונתא שהמים הולכין ומזיקין מי גרע מבור המתגלגל ברגלי אדם או מהיזק שהולך ע"י רוח מצויה דחייב ומכ"ש כמה ששיערו חכמים שילך המזיק כעצמו וכיוצא בהן הרבה ומהתימ' על התוס' בב"ב ד"ו שהקשו גבי רקתא דהיינו אש ולא הקשו אדבורים ליונים דהיינו שור ועל כל הדברים הי' להן להקשות כך דמד' אבות נזיקין הן וע"כ צ"ל דאד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן רק כשאפשר להחזי' ברשותו ובשמיר' שלא יזיקו דאז רחמנא חייביה בשמיר' וכשלא שמרו חייבין בתשלומין אבל הני דחשיב בפ' לא יחפור הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל ויתבטל תשמיש זה מרשותו כיון דא"א כלל בעשי' ובשמירה בביטול רשות לא חייביה רחמנא וראי' לזה מב"ב דף ד"ג גבי אומני דפריך והא אחזיק להו דקשה היאך מהני חזק' שלא לשמור הזיקו וכי מועיל חזקה בד' אבות נזיקין וכן משמע מרש"י שפי' אפיקו לי קורטור שלא יזיקו עוד כאן משמע דבהנך דברים א"א בשמירה רק בביטול התשמיש מרשות ומש"ה סובר ר' יוסי בב"ב דעל הניזק להרחיק דמה"ת יבטל רשות המזיק יבטל רשות הניזק דהא כשהניזק ישמור עצמו לא יוזק משא"כ בד' אבות נזיקין א"א להניזק לשמור דאין הניזק יודע מתי יבוא המזיק ולמזיק אפשר בשמירה וכהנך דב"ב הוא להיפך שהמזיק א"א לשמור הנזק כ"א בביטול התשמיש מרשותו מש"ה לא חייביה רחמנא להמזיק ומש"ה גבי רקתא בב"ב ד"ו לא פריך רק מגץ היוצא מתחת הפטיש ולא משאר אש דשאר אש אפשר בשמירה משא"כ ברקתא וגץ שניהן שווין דא"א להן בשמירה רק בביטול רשות ולפ"ז א"ש נמי בהא דאילן דסמוך לבור דלא תקשה הא השרשין היוצאין הן שלו וכשמזיקין ליהוי כשורו ובורו שמזיקין דחייב ולפמ"ש לא קשה כיון דא"א להחזיקו בשמיר' כי אם בביטול רשות מנטיעת אילנות ולניזק אפשר להרחיק ולשמור עצמו בזה לא חייביה רחמנא למזיק ולפ"ז לא קשה קושית הש"ך מסי' תי"ח דכאן בסי' קנ"ה א"א בשמירה כ"א בביטול רשות מתשמישין אלו ולהניזק אפשר להרחיק ולשמור עצמו שלא יוזק לא חייביה רחמנא דרחמנא לא חייביה רק בשמירה משא"כ בהך דסי' תי"ח דחייב מטעם אש והוי מד' אבות נזיקין ולא שייך שם ביטול רשות ואפשר למזיק לשמור שלא יזיק ולא לניזק חייב כמו בכל ד' אבות נזיקין ובגץ

היוצא מתחת הפטיש אף דשם הוי ביטול רשות וא"א בשמירה מכל מקום חייב מטעם שאמר בבבא בתרא ך"ו משום דניחא ליה למיזל ומכה בכח כדי שילך לחוץ משום הכי חייב ע"ש כנ"ל ברור:

יט **ואפי' סמך קודם שבא לשם דבר הניזק** עסמ"ע ס"ק מ"ט שכתב דהטור כתב כן לשיטתו וכו' ולפ"ז דברי הרמ"א תמוהין דהא לעיל בסי' קנ"ד סעיף ט"ז כתב המחבר דנקטינן כר"י והריב"ש דיכול למחות והרמ"א לא הגי' שם להיפך ואפשר שסמך עצמו על דעת הרמב"ן שהביא שם דאף שיכול למחות לא הוי חזקה ויותר נראה דהרמ"א לאו לענין חזרה מיירי רק כוונתו דאף דדעת הרבה פוסקים בסעיף י"ט דמותר לסמוך כשאין שם דבר הניזק ואז צריך להרחיק וע"ז כתב הרמ"א דבקוטרא ובה"כ לכ"ע אף שסמך בהיתר צריך להרחי' אחר כך וכמה שכתב הב"י בסי' זה:

כ **ואם קנו מידו** שמחל ובלא קנין לא מהני כמבואר בטור ובשאר נזקין נלפענ"ד דג"כ לא מהני מחילה בלא קנין למאן דס"ל דבעינן חזקת ג"ש וטענה חדא דהרמ"א בסי' קנ"ג סעיף ב' כתב דבעינן שיבוא בטענה כמו בחזקת קרקע וכמש"ל סי' קמ"ו ע"ש מוכח דדמי לקרקע ושם בעינן קנין דוקא וכן הרשב"ם בב"ב דף נ"ח בד"ה המזחילה כתב וז"ל דודאי נתרצ' עמו בדמים וכן כל הפוסקים כתבו הלשון וטענה שקנאו משמע דמחילה לא מהני ועוד דזיל בתר טעמא שכתב הב"ח דדמי לאומר קרע כסותי והפטר שיכול לחזור בו והקנין מאלם הדבר א"כ בכל ניזקין י"ל כך ועוד דהא לא מצינו חילוק בש"ס בין שאר ניזקין לקוטרא ובה"כ רק לענין חזק' דבקוטרא ובה"כ לא הוי חזקת ג"ש ראיה להקנין משא"כ בשאר ניזקין אבל לחלק עוד חילוקים בין קוטרא ובה"כ לשאר ניזקים לענין אי מהני מחילה בלא קנין מנין לנו לחלק במה שלא נמצא בש"ס אלא ודאי דמחילה בלא קנין בשום נזק לא מהני כשישנו דבר הניזק בשעת שסמך דכולן דומיא לאומר קרע כסותי: אמנם קודם שיש דבר הניזק ונתן רשות בפי' להעמיד שם המזיק נראה דאפי' בקוטרא ובה"כ מהני דדבר זה שוב אינו דומה לאומר קרע כסותי רק כמו שאומר הניזק שלא יעמיד שם דבר הניזק כלל ולענין זה ודאי מהני ואין חילוק בין קוטרא ובה"כ לשאר ניזקין רק לענין אם סמך בעצמו קודם שהי' דבר הניזק למאן דמתיר לסמוך דבקוטרא מ"מ צריך להרחיק אח"כ משא"כ בשאר ניזקין והטעם לזה דקוטרא ובה"כ מחדש בכל יום נזק חייש כמו כותשי הריפות דסעי' ט"ו וה"נ העשן הוא מחדש תמיד וכן בבה"כ אבל נתינת רשות ודאי מהני וכן משמע לשון ר' יונה שהביא הטור שכ' וז"ל אם בא בטענה שמכר לו או שנתן לו רשות ע"ש אבל כשנתן לו רשות אחר שהיה דבר הניזק לא מיבעיא בקוטרא ובה"כ דודאי לא מהני בלא קנין דנהי דכשנתן רשות הוי בסמך

בהיתר מ"מ הא אפי' סמך בהיתר לא מהני בקוטרא ולכך צריך להרחיק כשחזר בו דכיון שכבר היה דבר הניז' דמי שוב לאומר קרע כסותי דיכול לחזור בו אלא אפילו בשאר ניזקין דסמך בהיתר מהני וכשנתן רשות הא הוי בסמך בהיתר מ"מ הא כתב הרמב"ן במלחמות בסוגיא דחרדל דדוקא כשהניזק בא לסמוך אחר שסמך המזיק בהיתר דאז הניז' עושה שלא ברשות כשסומך עצמו לדבר המזיק אבל כששניהם נעשו ברשות על המזיק להרחיק וא"כ ה"ג כיון שסמך המזיק כשכבר הי' דבר הניזק ודמי לאומר קרע כסותי דיכול לחזור בו וכיון שחוזר בו דמי לכמו ששניהם עשו ברשות דהיינו המזיק והניזק דאז על המזיק להרחיק כנ"ל ברור בדינים אלו ועיין בסמ"ע בסי' קנ"ז סעיף ד' וכמ"ש:

כא **ומיהו לכתחלה** עסמ"ע ס"ק פ"ג עד במקום דליכא מחאה ליכא חזקה ע"ש והוא תמוה דכאן לא שייך זה דאם א"י למחרת א"צ לחזקה:

כב **י"א דהדין עמו** עש"ך ס"ק ך"ב שמחלק דבמחיצת הכרם הוא ברי הזיקא ע"ש ותמי' לי דבהרחקות הניזקין לא תליא כלל בברי הזיקא רק בגירי דיליה וראי' מסעיף ד' בהג"ה דאם המים יורדין מעט דפטור וכן מוכח מהרבה מקומות והעיקר נראה דמחיצת הכרם חשיב גירי דיליה דגירי דממונא חשוב כמו גירי דיליה משא"כ גנבים לא חשיב גירי דיליה:

סימן קנו

א **מקול הפטיש** עסמ"ע ס"ק י' הטעם דקול הפטיש הוא בביתו לכך אין יכול למחות משא"כ קול הנכנסין שהקול הוא בחצר המשותף לכך יכול למחות והוא תמוה דטעם זה לא שייך רק לדעת הפוסקים שהביא הרב בהג"ה דבקול הפטיש אפי' לכתחילה א"י למחות אבל לדעת המחבר דס"ל דאפי' בקול הפטיש יכולין למחות לכתחלה ואין חילוק בין קול הפטיש לקול הנכנסין ויוצאין רק לענין אי מהני חזקה דקול הנכנסין דמי לקוטרא ובה"כ ע"כ צ"ל טעם אחר דדוקא בנכנסים ויוצאים שבכל יום ויום איכא נכנסין ויוצאין אחרים לא מהני חזקה נגדם דדמי לקוטרא דיכול לומר סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו א"י לקבל משא"כ קול הפטיש אחר הוא מהני חזקה וכן הוא בפרישה וכן צ"ל ע"כ בהמ"מ שהביא הב"י שכתב שהרמב"ם למד דינו שלכתחלה יכול למחות בקול הפטיש דודאי גרוע קול הפטיש מקול הנכנסים ע"ש ולכאורה הוא תמוה דא"כ לענין דיעבד לא יועיל חזקה בקול פטיש כמו בקול הנכנסין וע"כ צ"ל דהוא מטעם שכתבתי וכן הסמ"ע בס"ק ט"ו רימז לטעם הנ"ל:

ב **כופין בני מבוי** עסמ"ע ס"ק ט"ז ומ"ש הרמב"ם בצד חנותו לאו דוקא קאמר וכו' והוא דחוק ולפענ"ד נראה דקמ"ל דאפי' במקום שבני העיר א"י למחות בידו כגון ביומא דשוקא או ביש לו אשראי או בנותנין יותר בזול כמבואר בסעיף ז' מ"מ יכול למחות שלא לעמוד מצדו משום פיסוק חיות דדוקא בבן עיר שנותן כרגא כמותו אין בו משום פיסוק חיות ואפילו בבר מבואה אחרינא מיבעיא ליה אי אית ביה משום פיסוק חיות אבל בבן עיר אחר שאינו נותן מס לכ"ע אסור לעשות חנות בצדו משום פיסוק חיות ולפ"ז לא קשה ג"כ קושיית הרמב"ן לדעת רש"י ותוספות דס"ל דא"י לעכב בבר מבואה אחרינא לפי מה דקיי"ל לקולא בבעיא דר"ה ברי' דר"י א"כ רישא דברייתא דכופין בני מבוי שלא להושיב ביניהן במאי מוקמת לה דאי בבר מתא אחרינא כל העיר יכול לעכב עליו ולכך דחקו עצמם דמירי בנותן כרגא להכא והביאו ג"כ בסמ"ע לפמ"ש יש לומר דלעולם דבנותן כרגא חשיב כבן עיר ממש והרישא מירי בבן עיר אחר שאינו נותן כרגא ולא קשה דא"כ לעכב עליו כל העיר די"ל דקמ"ל דאפילו במקום שאינו יכול לעכב עליו כל העיר כגון ביומא דשוקא או ביש לו אשראי או שמוזיל שיש טובה לבני העיר להרבה פוסקים כמבואר לקמן סעיף י' ואפ"ה יכול למחות לו שישב בצדו משום פיסוק חיות דבבן עיר אחר שאינו נותן מס שייך פיסוק חיות לכ"ע: ועש"ך ס"ק ג' שהקשה מה קא מיבעי' לר"ה ברי' דר"י בבר מבואה אחרינא מי גרע מבר מתא דשייך בכרגא דפשיטא ליה דא"י לעכב וכו' ובב"י יישב זה וכתב וז"ל דכיון דאין לו מבוי מיוחד כל מבוי ומבוי כמבוי דידיה הוא וכו' וכוונתו דבשלמא בר מבוי מעיר זה יש לו מקום במבוי שלו לעשות אומנתו משא"כ בן עיר אחרת שנותן כרגא ואם יהיו יכולין למחות בו א"כ לעולם לא יהי' יכול לעשות אומנתו או בשום חצר מבוי שאינו מפולש דבמקום שאין שם אומן אחר משום הנכנסין ובמקום שיש שם אומן אחר משום פיסוק חיות אמנם לפענ"ד נראה דכוונת הרמב"ם דבן עיר אחרת א"י לעשות חנות בצד חנות אפילו במבוי של אחר או ברה"ר משום פיסוק חיות של הבן עיר כיון שהבן עיר כבר הוחזק במקום זה ע"כ ראוי לבני העיר למחות ביד פוסקי חיותו ולכך כתב הרמב"ם בלשון יש להם למונעו דבמבוי שלו שייך הלשון יכול למחות שהוא בעצמו יכול למונעו מרשות שלו משא"כ ברשות שאינו שלו יש להם לבני העיר למונעו מרשותם שלא יפסוק חיותו של בן עירם שמסייע להם במס שנותן למושל בעד רשות המו"מ וכן מדוקדק הלשון דברישא כתב היה שם במבוי וכו' וכאן כתב סתם חנות בצד חנות משמע דיכול למונעו בכל מקום וזהו ג"כ מה שאמר ר"ה בר"י דבר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב והיינו כר"ה משום פיסוק חיותו ואפי' ברה"ר אבל לענין אי הנותן כרגא מעיר אחרת רשאי להעמיד חנותו במבוי

שיש שם חנות היינו באמת בעיא דר"ח ברי' דר"י אך לדידן אין נ"מ דאנן קיי"ל לקולא בבעיא דר"ה ברי' דר"י וא"כ אפי' במבוי יכול להעמיד אך הא קצת קשה דפסקו לקולא בבעיא דר"ח ברי' דר"י מחמת שעושה בשלו והוא כך לא לנתבע דמ"ש מרפת בסי' קנ"ה סעיף ג' בריב' בחלונות דהוא בעיא דלא איפשטא ופסקו דלכתחלה יכול לעכב א"כ ה"נ יעכב אותו לכתחלה שלא להעמיד בצדו:

סימן קנז

א **אלא א"כ יש עדים שמחלו** עסמ"ע ס"ק ד' עד דקוטרא א"א לסובלו ואף דהטור ס"ל דזה ג"כ הוי כקוטרא כתב הפרישה דאינו חשוב כל כך כקוטרא ולא ידעתי למה השמיט דברי הרא"ש ריש ב"ב שכתב וז"ל אע"פ שהאומר לחבירו קרע כסותי יכול לחזור ונתחייב חבירו בהזיקו אחר שחזר בו שאני הכא דכותל חשיב תביעת ממון דמהני מחילה ע"ש והביאו בפרישה ולתי' הרא"ש דמדמ' נזקין לקרע כסותי והפטר שיכול לחזור בו א"כ גם בשאר ניזקין לא מהני מחילה בלא קנין דלא שייך בהו תי' הרא"ש ועמש"ל בסי' קנ"ח:

ב **היה אחד מהן עשיר** ונראה דהיינו דוקא שהעשיר רוצה לכנוס בשלו ולבנות משלו אבל ודאי דהעשיר יכול לכפות להעני ולומר לו או גדור או מכרהו לאחרים כמו שמבואר בס"ס קנ"ה סעיף מ"ד בהג"ה ועוד כיון דחייבי' חז"ל בעשיית מחיצה נחתינן לנכסי' וא"כ זה ג"כ בכלל נחתינן לנכסי ומוכרין חלקו לאחרים או להעשיר גופי' כדי שלא יזיק ואף שמדברי הט"ז בסעיף ה' לא משמע כן מ"מ הדין כמ"ש ודברי הט"ז בלא"ה תמוהין שם כמו שאבאר שם:

ג **י"א דחבירו יכול לעכב** ע"י עט"ז שהקשה הא כל עיקר מה שיכול לכופו לעשות מחיצה הוא רק משום היזק ראיה כמבואר ריש ב"ב א"כ כשמסלק ממנו ההיזק ראיה באיזה אופן שיכול וכי מה ענין לכופו ליתן לו מקום על הכנסת קורות ויש ליישב קצת דלא מיבעיא באין בו דין חלוק' ונתרצו בחלוקה ודאי דיכול לומר לא נתרצתי בחלוק' רק אדעתא דמנהג' בכדי שיהיה לי כותל לסמוך קורות ואם אתה תבנה בתוך שלך שוב א"א לעשות כותל אחר לעצמי שיתמעט בחלקי כדי רוחב כותל שלם ואפי' ביש בו דין חלוקה אפשר לומר דלא חייבו חז"ל בחלוקה ובמחיצה רק באופן שלא יפסיד אחד את חבירו בחלוק' שביניהם אבל אם קנו כ"א חצי חצר לעצמו ודאי דאין חבירו יכול לעכב כשמסלק ממנו היזק ראיה בכה"ג.

ד **שמכר לו חבירו** עש"ך ס"ק ח' ובט"ז שתמהו דהא בטענת מכירה ודאי נאמן במגו וליישב קצת נראה דאין כוונת המחבר שטוען שמכר לו חלקו באבנים דבזה ודאי נאמן רק דמיירי שטוען שמכר לו חלקו בהמקום ובהכותל בעוד שהיתה קיימת וקמ"ל דא"נ ואף דבקרקע כשטוען שמכר לו הקרקע אף שא"נ בהקרקע מ"מ נאמן על הפירות כשיש לו מגו כמבו' בסי' קמ"ה מ"מ הכא א"נ דהוי כמגו במקום עדים דלמא הי' לו לקנות בממונו מה שחבירו מחויב ליתן לזוז כמו שא"נ כשטוען בניתי משלי וכן בטענת מתנה א"נ דמה תועלת יש במתנ' כזו בדבר שמחוייב לעמוד כך לעולם ועט"ז שהקשה דהא יכול לומר שלא הי' רוצה לעשות בנין אבנים והוכרחתי לבנות בשלי וכו' וקושייתו תמו' דהא צריך שטר או ראיה דוקא לטענה כזו כמבואר בסעיף ז' ע"ש:

ה **וטוען שפרעו נאמן** והא דמשמע לכאורה בסי' שע"ח סעיף ט' דבעינן דווקא שומא דכתב שם וז"ל אבל אם שמו לו ואמרו לבעל השד' תן לו וכו' וע"ש בסמ"ע ס"ק ך' דדין דמשם נלמד מדין דכאן וכאן לא כתב דבעינן שומא לכך נראה דגם שם לא בעינן שומא במה ששוה ההוצא' והשבח רק פסק ב"ד צריך כמה ישומו לו אם שיהיה ידו על העליונה או על התחתונה דבזה שייך הלשון שאמרו בש"ס מי יימר דמחייבי לי ב"ד אבל כשיודע מה שחייב לו רק שחסר שומת בקיאים שא"צ ב"ד לזה יכול לומר פרעתי כי אני בעצמי בקי בשומא ולא שייך בזה לומר מי יימר דמחייבי לי ב"ד כיון שא"צ ב"ד לשומא:

ו **שאין חבירו מעכב** ולפענ"ד נראה דמוכח דהעיקר כדע' זו דאי חבירו יכול לעכב על ידו וא"י לבנות רק על חצי כותל שלו ועל חצי הכותל של חבירו שייך לחבירו א"כ קשה כשבנה על כל הכותל מה"ת יהיה מאילו בנה כותל של חבירו שלא ברשות המבואר בסי' שע"ה סעיף וי"ו דשמין לו וידו על התחתונה ואפי' גילוי דעת דניחא ליה לא מהני לדעת הרא"ש וטור כמבואר שם בש"ך ס"ק ג' ע"ש והכא מתחלה אינו עומד לזה להוסיף כותל כנגדו דאי הי' עומד מתחלה לזה א"כ אפי' קודם שסמך יתחייב כמבואר בסעיף ז' שם אלא ודאי דאין חבירו יכול לעכב ומטעם כיון דחבירו יכול למחות לו שלא לבנותו כולו על חלקו כמבואר בסעיף ד' בהג"ה ולכך תיקנו חז"ל שיריי' כ"א יכול לבנות על כל הכותל דאל"כ כשיצטרך אחד להגביה הכותל וא"א להעמיד על חצי כותל כי הכותל שיעורו וי"ו טפחים ויצטרך ע"כ להעמיד כותל אחר מיסוד הקרקע והיה ניזק שיצטרך למעט חלקו וכיון שברשות חכמים יכול לבנות על כל הכותל ממילא דינו כיורד ברשות דידו על העליונה ואפשר דכיון שהוא כותל שותפות מהני גילוי דעת כמבואר בסי' קע"ו גבי שותפין דמהני כשהסכים למעשיו:

ז **חייב ככל התוספת** ולכאורה קשה דמ"ש מהא דסי' קנ"ח סעיף רי"ו בסמ"ע ס"ק י"ג דלא מהני גילוי דעת כזה אף בבנין העשוי לימשך וגם קשה דשם בסעיף ז' מבואר דאם גדר הרביעית בקנים דא"צ לשלם רק דמי קנים והכא מדסתם משמע שאפי' בנה כותל קנים כנגדו דחייב לשלם הכל וגם בש"ס איכא מ"ד גבי המקיף חבירו פליג רחב"א וס"ל דאינו משלם רק דמי קנים בזול אפי' גדרה ניקף וגבי כותל חצר לא פליג לכן נראה דכאן מיירי שניכר שרוצה לעשות בנין ולסמוך תקרה על הכותל המשותף אם כן בודאי רוצה לזכות בחצי הכותל המשותף דכ"ז שאינו זוכה בו שיהיה שלו אסור לסמוך על הכותל חבירו משא"כ במקיף שאינו רוצה רק ליהנות מכתלים של חבירו ולא להשתמש עליהם מש"ה אין צריך לשלם רק מה שנהנה וכן משמע מלשון הנימוקי והרמב"ן והירושלמי שהביא הרמב"ן דעיקר החיוב הוא משום שרוצה להעמיד עליו תקרה ולפ"ז אם ניכר שאין רצונו לסמוך עליו תקרה ג"כ א"צ לשלם לו רק כפי מה שנהנה דהיינו אם סמך נגדו רק כותל עצים א"צ לשלם לו רק דמי עצים וזהו כמו שסיים בהגה"ה שאם נהנה בבנינו אע"פ שלא עשה שום היכר שמשלם לו מה שנהנה ובמרדכי כתב זה גבי מי שסמך ביתו לכותל בית חבירו ושם צריך ג"כ לשלם לו כפי מה שהן כותלי ביתו ואף דזה נהנה וזה אינו חסר פטור ושם אינו משתמש על כותל חבירו וגם אינו משותף לו צריך לומר דשם גם כן חסר שחררותא דאשיתא כיון דלא שייך טעמא דביתא ומיתבא יתיב כיון שסמך כותלו מבחוץ ובעה"ב בעצמו דר בו בפנים ועיין במרדכי שם:

ח **נשבע בנק"ח** עש"ך וט"ז שתמהו והעיקר כמו שתירץ בתומים רק שהאריך ללא צורך ולכך אקצר בשינוי דברים קצת דבהא דמי יימר דמחייבי לי רבנן ס"ל כרש"י דהרא"ש בב"מ דף י"ז בחייב אתה ליתן לו דהב"ד הוי כמסתפקין ודמי ממש למי יימר דמחייבי ליה רבנן ואפ"ה כתבו רש"י והרשב"א דנשבע בנק"ח ע"ש אלמא דגרע מתוך זמן כי בהא דמי יימר לפעמים כשיודע הדין בבירור בעצמו פורע ואינו רוצה זילותא דבי דינא ולכך משתבע ולאביי ורבא דס"ל אדם פורע תוך זמנו תוך זמנו גרע מהא דמי יימר ובסמך לו כותל ליכא תוך זמנו דבכל שפא ושפא זמנו דלמאי דסמך סמך הוא לכ"ע:

סימן קנח

א **אבל בבקעה** ואם היה כותל ונפל אם מחייבין אותו לבנותו נראה דתליא במחלוקת לבין רש"י ותו' ב"ב דף ב' בפירושא דהש"ס דנפל שאני דלפי' התוספת שם דהטעם היא משום דרגילין לעשות תשמיש צנוע בחצר ע"ש ולפ"ז בבקעה דאין הטעם רק משום עין הרע בשעה שעומדת בקמותיה ועיין בתוס' בד"ה גינה שאני ובהרא"ש שם במ"ש

לענין חצר במקום שלא לנדור דבגינה אין הטעם משום היזק ראייה של תשמיש צנוע רק משום עינא בישא ולפ"ז בנפל אין מחייבין אותו כמו בלמעלה מד"א אבל לפי' רש"י שם שפי' דנפל שאני משום שכבר נתרצו וכתב השטה מקובצת בשם ר"י דמסתמא נתרצו לסלק ההיזק ראיה לעולם ואפילו למאן דסבירא ליה דהיזק ראיה לא שמיה היזק אם כן י"ל דה"ה דבבקעה מחייבין אותו בנפל וכן מוכח מתשובת הרשב"א שהביא הב"י בס"ס זוז שכתב דאין כופין אותו לעשות רחב יותר מהמנהג כשנפל דהוי כמו למעלה מד' משמע דתירוצא דנפל שאני קאי אף לפי המסקנא:

ב **יש מי שאומר** עש"ך ס"ק ב' מה שתמה והסמ"ע יישב זה שאחר שתיקנו שיעשו חזית וכשליכא חזית משניהם איכא ריעותא וגרע ומה שכ' דגם בכותל חצר אם נפל כו' כוונתו שלמעלה מד"א דעד ד' אמות שיכול לכוף אחד את חבירו מבואר בהדיא בש"ס דאפילו נפל לרשותא דחד מינייהו דהוא של שניהם ובתירוצא דהש"ס דמשני בדקדים חד ועסמ"ע ס"ק ט' דהיינו דאפשר שיכנס אפשר לומר דדוקא בבקעה שייך לומר שיכנס כגון בעת שאינו זרוע דהוא רה"ר מה שאין כן בחצר לעולם נתפס כגנב על הכניסה:

ג **עד ד' אמות** עסמ"ע ס"ק י"ב כיון שהיא עומד' במקום דירת ב"א ושייך ביה היזק ראיה כו' ולכאורה תמוה דא"כ אמאי כתב בסעיף ט' שיכול למחות לכתחלה וכן בסעיף ז' באם גדר הניקף בקנים שאינו נותן לו רק דמי קנים הא במקום דאיכא היזק ראיה ודאי דיכול לכופו על עשיית מחיצה בגויל וגזית כדי שלא יצטרך לתבוע אותו בכל פעם וגם הלשון של נטירה בר זוזא שכתב המחבר אין לו מקום כלל גבי חורבה וכל הסעיפים אינם מובנים יפה ולכן נראה דהרמב"ם כלל בהלשון חורבה הן חורבות חצירות ובתים הן חורבות שדות וכתב ברישא באם היה לו שלש חורבות סביב חורבה של הניקף כזה דאין מחייבין אותו כלל בין בחורבת בתים וחצירות בין בשדות כיון דאין המקום ההוא ראוי לא לזרוע בתוכו ולא להשתמש בתוכו תשמיש של חצר כיון שרוח רביעית הוא פתוח לרה"ר ועור דיכול לומר דאפילו בלא מקום שלי היית צריך לגדור בפנים מפני הבהמות והאנשים של הרה"ר:

ד **אלא דבר מועט כפי שיראו** וא"ל דמ"ש בחצר כשכונס בתוך שלו דא"צ ליתן לו כלום דשאני התם בחצר דאין מציל אותו רק מהיזק של עצמו ומזה א"צ ליתן לו דעל המזיק להרחיק עצמו משא"כ הכא שמציל אותו מהיזק דכני רה"ר לכך צריך ליתן לו כפי מה שנהנה:

ה **אין הניקף צריך לשלם כלום** ולא דמי להא דסי' קנ"ז סעיף י' בבנין העשוי לימשך דחייב בכל דשם מיירי דניכר שרוצה לעשות תקרה שרוצה לשמש בהכותל וע"כ רוצה

לזכות בחצר כותל ותיכף כשרוצה לזכות בהכותל זוכה בו כמה שכתבו הנ"י והרשב"א וכשזוכה מחוייב לשלם תיכף מה שאין כן הכא מירי שאינו ניכר שרוצה לתת תקרה אינו משלם אלא כשנהנה וכמש"ל בסי' קנ"ז עיין שם:

1 **היקף יתירה** עסמ"ע ס"ק י"ט עד ואם יש בו שליש או רביע להוצאות כו' ועש"ך ס"ק ד' שכתב שדברי הסמ"ע תמוהין ולא כתב למה וכוונתו נראה שקשה על הסמ"ע דאם כן אם השדות בכלל הן עשר על עשר שעולין ק' חתיכות של אמה על אמה ושדה הניקף מחזיק שמונה על שמונה עולה ס"ד נמצא שהשדות של המקיף אין מחזיקין רק ל"ו אמה שהוא מעט יותר מחלק שליש נגד שדה הניקף א"כ יצטרך הניקף ליתן קרוב לשני חלקים והמקיף מעט יותר מחלק שליש ואם היה המקיף עשה גדר בינו לבין הניקף לא היה נותן יותר ממחצה ומה"ת יגרע כח הניקף מחמת שהרחיק המחיצה משדה של הניקף ומה בצע להניקף בכך במה שהרחיק המחיצה משדהו ועשאו סביב שדהו שיתן מחמת זה יותר ממחצה לכן נראה שיש ט"ס בסמ"ע וכצ"ל יתן ג"כ חלק משליש או רביע להוצאות כו' כלומר שיתן החצי מהשליש או רביעי והטעם ברור דהא א"צ ליתן חלק רק מכפי מה שגרם לו הניקף יתירא כמבואר בש"ס וממילא אם השדות בכלל הן י' על י' שעולין ק' חתיכות של אמה אמה ושדה הניקף הן ה' על ה' שהן כ"ה חתיכות א"צ ליתן לו רק חלק שמינית דמשלשה חלקים א"צ ליתן לו חלק דבזה לא גרם לו מאומה וא"צ ליתן לו רק חלק ממה שגרם לו היקף יותר וכיון ששדות של המקיף עולה ע"ה וא"כ אפילו אם לא היה שדות הניקף באמצע שדותיו והיה כל שדות המקיף ביחד וריבוע שיש בתוכו ע"ה חתיכות מאמה על אמה עולה הריבוע יותר מח' וחצי על ח' וחצי וממילא עולה היקף ארבעה מחיצות ערך חמשה ושלשים אמה ועכשיו ששדה הניקף בתוכן הן עשר על עשר וצריך להקיף במחיצות של ארבעים אמה נמצא שלא גרם לו הניקף היקף יתר רק חמשה אמות שהן חלק שמינית ומה"ת יהיה צריך ליתן יותר מחלק שמינית ובכה"ג דלעיל שחלקו הניקף הן ח' על ח' שחלק המקיף אינו עולה רק ל"ו שהן ט' חלקי כ"ה וחלק הניקף עולה ט"ז חלקו כ"ה שאז צריך הניקף ליתן להמחיצות ההיקף של עשר על עשר שהן ארבעים אמות נמצא לפי הנ"ל שהניקף צריך ליתן החצי מט"ז חלקי כ"ה של המ' אמות שעולה י"ב אמות וד' חמשיות והמקיף נותן כ"ז אמות וחלק חמישי' ואם היה הריבוע שלו שעולה ל"ו אמות ביחוד היה הריבוע שלו ו' על ו' והיה ההיקף רק כ"ד אמות ועכשיו נותן כ"ז אמות וחלק חמישית הטעם כיון דעכשיו הריבוע שלו ריבוע ארוך דהא יש לו שני רצועות של אורך עשר אמה ושני רצועות של ח' אמה ואם היה עושין ריבוע ארוך מעשר על יותר משלש וחצי רוחב ואם היה מקיף אותן בכה"ג עולה

כ"ז אמות וחלק חמישית ולכך עשו חשבון הכולל שיתן ממה שמגיע על חלקו לפי ערך התשבורת אמות נגד חלק המקיף שאם יהי' שליש או רביע שיתן החצי וכיוצא בו אך בפרישה לא משמע כן ודברי הב"ח יש לפרש כמ"ש ולזה כוון הש"ך:

ז **אלא דמי קנים** הטעם כיון דהרביעית אינו רק של קנים אין לו הנאה מכלום רק כפי הנאה של קנים אבל אם גדר הכל בגזית אפי' גדרה מקיף חייב ליתן לו גזית כשהמנהג הוא כך מטעם שכתב הרמב"ן דדמי לשדה העשויה ליטע כיון שדרכו ליגדור בך:

ח **שאמר לו קודם שגדר הרביעית** וקשה דהא הרמב"ן בחי' לב"ב כתב דרב הונא דסבר דלפי מה שגדר הוא מטעם דס"ל דהוי כשדה העשויי' ליטע דעומד לכך לגדור כפי מנהג העולם ובשדה העשוי ליטע א"י לומר טול עצך ואבניך וא"כ קשה לפי מ"ש הסמ"ע בסי' שע"ח ס"ק ד' דאפי' בשדה העשויה ליטע שומעין לו וכן בסמ"ע ס"ק י"ג גבי חורבה דדוקא כשיש לו לבנות בלי קיפוח פרנסתו ע"ש א"כ ה"נ יאמר לו אפילו אחר שבנה טול עצך ואבניך ונראה דדוקא ביורד שלא ברשות שירד לשדה חבירו לבנות יכול לומר טול עצך ואבניך משא"כ הכא ששניהם צריכין להגדר דמי לשותף המבואר בסי' קע"ח בהג"ה דדוקא כשמיחה יכול לומר טול עצך ואבניך אבל כשלא מיחה א"י לומר טול עצך ואבניך והכא נמי כיון שהוא טובת שניהם א"י לומר טול עצך ואין להקשות כיון שכתב הרמב"ן דהוי כשדה העשויה ליטע אם כן אמאי מחזיר רק ההוצאה היה לו ליתן ג"כ שבח דז"א דדוקא בירד להשביח אדעתא דחבריה כמו בסי' שע"ה משא"כ הכא דאדעתא דידיה השביח ועסי' שצ"א בש"ך ס"ק ך':

סימן קנט

גג הסמוך לחצר נראה דה"ה בגג העשוי לדירה הסמוך לגג שאינו עשוי לדירה לשטת המחבר שהוא דעת הרמב"ם מחוייב בעל הגג שאינו עשוי לדירה לעשות בעצמו המערה גבוה ד"א:

סימן קס

א **ואין בעל החצר מסייע**. אלא כפי מה שיגיע חלקו עסמ"ע ס"ק ג' דלהרמב"ם א"צ לסייע בהוצאות י"ט ע"ש ומדלא פליגי הנך פוסקים אלא אי צריך לסייע בהוצאות משמע דלשניהם צריך בעל הגג לבנות על מקום שלו דכיון דצריך הוא לבנות החלק שלמעלה מעשרה טפחים עד ד' אמות משום היזק ראיה שהוא בעצמו המזיק על חלק שלו דוקא א"כ אף אם יעשו העשרה טפחים על מקום שניהם מ"מ מה שצריך לבנות בעל הגג

מעשרה טפחים ולמעלה עד ד"א לא יניח אותו בעל החצר לבנות על חלקו שיכול לומר אין רצוני שתמעט אויר שלי כמו שמבואר בסי' קנ"ז סעיף ט' וכמ"ש בקצה"ח ואפילו מאן דפליג התם מודה כאן ומבואר בב"י הטעם כיון דאף למעלה מד"א שייך היזק ראיה כמ"ש התו' בב"ב דף ח' בד"ה אע"פ שלא נתן תקרה ע"ש משא"כ בבעל הגג דאין שום היזק ראיה מחצר לגג ולכך א"צ לסייע אלא בהוצאות ומה שהקשה בקצה"ח דבעל החצר יכול לומר אני רוצה שיבנה עד עשרה טפחים על חלק שנינו שאני רוצה להשתמש בהכותל ואף אם תתן לי רשות אי במכר לא בעינא ואי במתנה כו' במ"ש בעל נ"י לענין אם אחד רוצה לכנוס בתוך שלו לק"מ דא"כ יקשה נמי על הא דסי' קנ"ט סעיף ג' וסעי' ד' שיכול לומר או אעשה הכל על שלי או עשה הכל על שלך ונותן לו חצי הוצאה וכותב שטר לחבירו על מחצית האבנים ע"ש ואמאי יאמר לו אני צריך החצי שלי להשתמש בכתלים ולמה אתן לך חצי הוצאה כיון שלא אשתמש בכתלים ועל שלי אין רצוני לעשות הכל שיכבד על הכותל אלא ודאי דכל שיש היזק לשניהם כגון התם שמרויחין ההעדפה וכן בסעיף ד' שם שא"א לסלק ההיזק בענין אחר צריך האחר לבנות בשלו וחבירו נותן חצי ההוצאה אף שאינו משתמש בהכותל ולפ"ז ה"ה הכא דזה צריך לעשות בלא"ה בחלקו עד ד' אמות והשני צריך לעשות חצי כותל בחלקו עד עשרה טפחים ואם יעשו כותל של י"ט על שני המקומות ואח"כ יעשה בעל הגג כותל אחר רחב ששה טפחים על חלקו לבד יבואו שניהם לידי היזק שיתמעט משניהם שלשה טפחים אויר בחנם ולכך הטילו חכמים על בעל הגג שיבנה הכל על חלקו כיון שהוא מחוייב בדבר והשני יתן חצי הוצאות ויקבל כתב על חצי האבנים כמו בס"ס קנ"ט ודטבא לשניהם עבדינן לחי ועוד דוודאי יכול להשתמש בהכותל שאין זה חשוב מתנה דבשלו הוא משתמש דהא נתן חצי ההוצאה וחצי הכותל הוא שלו וכי משום שהעמידו על המקום של חבירו לטובת חבירו לא ישתמש בכותל שלו שבנה בהוצאתו עד י' טפחים ואין זה משום מתנה לומר כו שונא מתנות כו':

ב **ורואין כמה חסר** בקצה"ח הקשה דאמאי אין מסייע העליון לתחתון לענין המחיצה של הי"ט מטעם כיון דאין יסוד אין בנין כמו בסעיף ג' לענין הכותל של ד"א שצריך העליון לסייע להתחתון לבנות למטה מה"ט ולא ק"מ כיון דאם הגג נמוך מהחצר וי"ו טפחים ואולי בעל החצר ירצה לבנות בשלו על חלקו ד"ט להשלים לעשר אין בעל הגג יכול לתבוע לבעל החצר יותר וא"כ יכול בעל החצר לומר לבעל הגג אי אבנה ד' טפחים משלי ותן לי הוצאות על שני טפחים אי אני אתן לך הוצאת על שני טפחים כמו בסקנ"ט סע"ק ד' ובעל הגג ודאי לא יתרצה שיבנה בעל החצר בשלו ד"ט ושהוא יתן לו הוצאת

ב"ט כיון דאח"כ יצטרך לבנות על חלקו כל הכותל מלמטה על ד' אמות למעלה מחצרו של זה ויהיה כל הוצאותיו שנתן לחבירו על מגן וגם אחר שיבנה בעל הגג כותל ד"א יכול שוב בעל החצר לסתור כותלו כיון שא"י שוב ליכנס לגגו מחמת הכותל שבנה ומש"ה א"צ בעל החצר ג"כ ליתן לבעל הגג רק הוצאות על ב"ט משא"כ בשני חצירות דסעיף ג' שא"י לומר לו אבנה הכל על שלי ותן לי חצי הוצאת דלמה יעשה זה למעט אויר חצירו ואם רוצה בכך כדי להרויח הבנין שלמטה ורוצה לבנות בחלקו ולהניח לחבירו להשתמש בכותלו ולנעוץ בו קורות מחמת חצי הוצאת שנותן חבירו ודאי יתרצה:

סימן קסא

לפי ממון ואף דבית שער הוא משום היזק ראיה כמבואר בב"ב ך"ב ע"ב דמוכיח מי כאן דהיזק ראיה שמיה היזק ובסקנ"א סע"ג מבואר דלענין היזק ראיה אפי' יש לא' פי שנים דנותן בשוה ומשמע דה"ה אם יש לאחד ממון הרבה דמ"מ נותן בשוה י"ל דשאני התם דההיזק הוא מאחר לחבירו וכ"א שם מזיק עליו ועל המזיק להרחיק עצמו וכך צריך להרחיק עצמו מזיק על סך קטן כמו מזיק על סך גדול משא"כ הכא שהנזק בא מאחרים לכך מי שהוא ניזק יותר צריך ליתן יותר:

סימן קסב

א **הפנימיות מעכבו**'. עסמ"ע ס"ק י"ח שכתב הטעם מפני שצריכין להקיף ע"ש ויפה תמה הט"ז דשם אין הטעם כלל משום זוז רק משום שאין לו רשות שימוש והילוך כלל שם לדעה זו והיינו שהפנימית יכול לסתום כל רוחב המבוי עד נגד הפתח הא' של החיצונה דאילו היה טענת ריבוי דרך גם בפתח אפי' אם היה רוצה לפתוח פתח בינו ובין החיצונה היה הפנימית מעכבת שהרי יש לפנימית שם ג"כ דרך:

ב **לכן עשיר שיש לו מקומות רבים**. לכאורה קשה דהא הריב"ש תלה הטעם משום דטענת ריבוי הדרך טענה וכיון שכתב מקודם דעת הי"א שאין טענת ריבוי דרך טענה א"כ למה כתב זה לדין פשוט וגם קושיות הט"ז היא קושי' חמורה דהרשב"א לא כתב דאין טענת ריבוי דרך טענה רק לענין פתח דבחצר אסור לפתוח פתח מטעם ריבוי דרך של נכנסין ובזה כתב דל"מ טענה זו במבוי אבל באיצטבא אפשר דגם הרשב"א מודה אך זה אפשר ליישב קצת דהרמ"א סובר כיון דהרמב"ם למד דין האיצטבא מהא דב"ב די"ב בא' מבני מבוי שביקש לסתום נגד פתחו ומפרש דהיינו איצטבא וכיון דהרשב"א מפרש כפי' התוס' דהך שביקש לסתום היינו דווקא כל רוחב המבוי ממילא ליכא

ראיה שיהיה טענת ריבוי דרך טענה אף לענין איצטבא כיון שלא נזכר בש"ס סברא זו אך קשה דהא בד"מ הביא בעצמו תשובת הרשב"א שכתב דאפי' לפרוק משאות לפני הפתח מעכבין עליו מפני שחוסם העוברין ומצר להן הדרך לכ"נ דדעת הרמ"א דדוקא כשמצר להן הדרך סובר הרשב"א דמעכבין עליו אבל לא במרבה הדרך שצריכין להקיף איצטבא שהוא רק באמה ולפ"ז א"ש גם מה שסיים הרמ"א גבי מקומות בהכ"נ מפני שמצר להן הדרך או שמרבה עליהן הדרך וכוונתו דכשמצר להן הדרך לכ"ע יכולין לעכב וכשמרבה עליהן הדרך תליא בפלוגתא הנ"ל אמנם נראה דזה דוקא כשהבהכ"נ הוא קיים כיון שקנה המקומות בדרך מרווח א"י לשנותו וליתן לו דרך צר שכבר זכה כדרך מרווח אבל כשנשרף הבהכ"נ יכולין זט"ה כשרוצין לבנותו להגדיל הבהכ"נ ולהוסיף מקומות כרצונם בכדי שיהיה להם מעות לבנותו דזט"ה יכולין למכור כל המקום ולבנותו במקום אחר ואין להראשונים תביעה רק מה שמגיע על חלקם כפי שומת המקום שלהם בחורבנה וסך זה יכולין להחזיר להם אם מעכבין:

סימן קסג

א **ונתייאשו מן הרוב**. עיין בהגהת הט"ז ובקצה"ח האריך להוכיח דייאוש מהני בחוב בדברי' שאינם מסתברים וכבר הכריע בתומים דלא מהני יאוש בחוב ולכ"נ דהכא מיירי בשר שיכול לקצוב מסים קצובים ושאינן קצובין דינו דינא דמלכותא ויאוש זהו ייאוש מעלי' הוא כיון דהשר יכול לפטור עצמו מנוף החוב ומשיעבוד גופי' דיכול לקצוב שיפטרו אותו מהחוב בתורת מס אבל משאר חוב ודאי לא מהני ייאוש דל"ל לייאוש עצמו משיעבוד גופו ועוד דשיעבוד גופו דמי לקרקע דל"מ ייאוש:

ב **אין כח ביד השר**. עסמ"ע ס"ק ל"ז ויש ט"ס בדבריו וכצ"ל דקודם שהושם עליהם חמס ופטרו מעצמו דמ"ד הוא ופטור (ותיבת דמ"ד הוא ר"ת דינא דמלכותא דינא) והסמ"ע חולק על הש"ך ס"ק ט"ז וס"ל כדעה השניה שהביא המרדכי דאפי' אם השר פטרו מעצמו הפטור לאמצע והא שכתב הסמ"ע דבאדם בטל הפטיר לעצמו אף שלא נזכר זה במרדכי נראה דלמד כן ממ"ש המרדכי גבי אבולי ואסטרוני משום דלא היו מעיקרא רק מסייעים לא הוי דינם כשותפים ולפ"ז כתב דבאדם בטל דג"כ אמרו בש"ס פרדכת מסייע מתא מש"ה דימה אותו לאבולי ואסטרוגי:

סימן קסד

א **בעל עלי' כופהו** עסמ"ע ס"ק א' עד משא"כ כאן שלא נפלו אלא שנתקלקלו הכתלים ועומד לתקן כו' ולכאורה אין טעם זה מובן כ"כ ונראה דלפמ"ש בסי' קע"ח דבכ"מ שיש בדבר ההיא תועלת לשניהן וא"א לתקן בעצמו כ"א בבוא התיקון גם להשני כופין זא"ז ליתן כל א' חלקו ואין הלה יכול לומר אנא לא צריכנא לתיקון זה וראי' מסי' קס"א וקס"ג בדברים הרבה שכופין זא"ז אמנם זהו דוקא בדבר שאם ימנע מלעשותו יבואו שניהם לידי היזק אבל בדבר שהוא להשביח ואין בו יראת היזק א"י לכפות זא"ז ע"ש וזהו כוונת הסמ"ע דבשלמא שכבר נפל ובונין מחדש הוי כעשיית שבח אין א' יכול לכפות לחבירו במיחת לנכסיה רק בכפי המבואר בסעיף ה' אבל בנתקלקל ועומד לתקן ואם לא יתקנו יהי' היזק לשניהם מן הדין יכולין לכפות זא"ז רק הכא הכתלים של מטה הכל על בעה"ב והגג הכל על בעל העלי' דאומדנא דמוכח הוא דאדעתא דהכי נחתי והוי כאלו התנו כך וחלקו עצמם בחיוב התיקון שהעליון יתקן כשלו דהיינו הגג והתחתון בשלו כיון דכשניהם יש היזק לשניהם כשלא יתקנו ומסתמא ניחא להו לתרווייהו שכ"א יתקן מה שהוא ת"י וברשותו ובדבר שאין בו היזק רק לאחד אינו מחוייב חבירו לסייעו והמחבר דס"ל דעל בעה"ב לתקן התקרה הוא מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק נ' והא דבסי' קע"ח סעיף ג' בבנה בנין והוא מוחה דמשמע דיכול לכפות לבנות מבואר שם:

ב **וכל צרכי הגג** עסי' קנ"ה בסמ"ע ס"ק ט"ו שתמה על הא שכתב הרמ"א שם דאם ירדו גשמים על הניזק לתקן מכאן דכל צרכי הגג על בעל הגג לתקן והניח בצ"ע ולפענ"ד לק"מ דמוצא הדין דסי' קנ"ה הוא מהריב"ש סי' תקי"ז ושם לא מיירי כלל מנתקלקל העלי' רק שם מיירי בראובן שקנה הבית ולוי העלי' והגג שעל העלי' נמכר החצי לראובן והחצי ללוי והיו צינורות הולכין ע"ג כל הגג דרך חלק הגג של לוי וטען לוי שאין לו אמת המים עליו כיון שנמכר לו קודם וכמו ששנינו אחין שחלקו אין לו דרך ולא אמת המים זע"ז וטען על ראובן שיסיר חלק הצינור שעל גגו ויתקן אחר שיסיר דצי הצינור באופן שלא ירדו גשמים לעלייתו וע"ז השיב הריב"ש דאף דאין לו חלונות ודרך אמת המים היינו שלא נשתעבדו זע"ז וכמו בחלון שא"י לכופו לסותמו רק שיכול לבנות נגדו ולסלק ההיזק מעל עצמו וחבירו ג"כ אין לו שיעבוד שיהי' צריך לסלק ההיזק ה"נ אם לוי רוצה להסיר הצינור יכול להסיר אבל אין לו שיעבוד על שכנגדו לכופו לסלק ההיזק אחר שיסיר רק שיכול הוא להסיר הצינור מעל גגו ולתקן לעצמו ההיזק ע"ש ולפ"ז ל"ד כלל להא דהכא עיקר הטעם כתב הטור הביאו הסמ"ע ס"ק ד' דהוא משום דאדעתא דהכי חלקו וכ"כ הרשב"ם בב"ב דף ס"ג בד"ה ר"פ אמר ע"ש ולפז"נ דאם זכה זה

בהבית וזה בעליה בנכסי הגר שמת דאין לאחד על חבירו כלום דלא נשתעבדו זל"ז כלל וא"כ מכ"ש בגוונא שכתב הריב"ש הנ"ל דלוי רוצה להסיר הצינור מטעם דלא נשתעבד לראובן מחמת ההסר' מקלקל לעצמו ודאי דאין לו שיעבוד על ראובן שיסלק היזקו דלזה לא נשתעבד לו וכמ"ש הריב"ש ומ"ש הט"ז בסי' קנ"ה לא יכולתי להולמן:

ג **חייב בעל העלי'**. עיין בירושלמי ר"פ הבית והעלי' שהיסודות של הבית שהבית נשען עליהן כשנתקלקלו על שניהן לתקן והתימה על הפוסק שלא הביאו דין זה:

ד **אבל בשוכר ומשכיר**. עסמ"ע ס"ק ד' עד ובע"ש כתב וכו' ולפעד"נ דדעת הע"ש כדעת הרמ"ה בסי' שי"ב סעיף י"ח הביא הסמ"ע שם ס"ק מ' באומר עליה שע"ג בית זה אני משכיר לך דא"צ לתקן הכתלים של העלי' רק התקרה ע"ש והע"ש לא הביא שם דעת הרמ"א משמע דס"ל כהרמ"ה ומש"ה פסק גם כאן כן כי כאן מיירי ע"כ בזה דבאומר רק עליה זו אי נפל אזדא ואי אמר עליה סתם צריך להשכיר לו עליה אחרת כמבואר שם וע"כ מיירי בהכי וא"ש:

ה **נדלדלו קורות הבית** עסמ"ע ס"ק ה' וק"ק על מור"ם כו' ולפענ"ד נ' דהטור לא מיירי רק בנכנסו הכתלים ועי"ז הושפל התקרה אבל בהושפל התקרה לחוד דאין כאן רק קלקול התקרה דעת הטור על בעל העליה לתקן דכיון דהוא למטה מי' יכול התחתון לסותרו לדחותו מרשותו ואז על בעל העליה בעצמו לתקן כדלעיל סעיף א' בהג"ה משא"כ בנכנסו הכתלים בקרקע הוצאת הגבה' על שניהם כיון שהקלקול בכתלים של שניהם יכול התחתון לומר להעליון כיון שאתה עומד ברשות שאינו שלך צריך אתה להגביה אותך ג"כ וכיון דהקילקול לשנינו הוצאת ההגבהה על שנינו:

ו **גבוה יותר מחבירו** הרמ"א קיצר דמבואר בנ"י ר"פ הבית והעלי' ודבריו אינן מובנים לכן אעתיק לשונו וז"ל שם אבל בא' גדול וא' קטן אותו שחלקו מרובה נוטל יותר מן השבורות ולא אמרי' ממון המוטל בספק חולקין אע"פ שחלקו של א' מרובה כדתניא בברייתא באלו אבנים וגנבו חולקין בשוה אע"פ שהא' גדול מחבירו דהתם בכ"א שנוטל איכא למיחוש אם הן מן המרובות ובשעה שנוטל הספק שוה בכל אחת ואחת הלכך כל א' הוא ממון המוטל בספק וחולקין אבל הכא אין הספק שוה שאם העליון מרובה ואפי' נפל בחבטה יותר הן אותן שנשארו שלימות מאבנים שלו לפי שהן מרובות ממה שישארו משל תחתון א"כ נפל בחבטה ומש"ה שמין זה הספק שאינו שוה וכ"א מהן נוטל לפי שלו אבל מה שהן ראויין להשתבר בזה ובזה שהוא ספק שוה חולקין בשוה אע"פ שחלקו של א' מרובה כו' עכ"ל וכוונתו דהנ"י סובר דהא דאמר בש"ס אי בחבטה נפל כו' לאו למימרא דאי בחבטה כל העליונות נשתברו ולא התחתונות דזה א"א רק

הכוונה דיותר משתברין מן העליונות וכן משמע לשון הטור שהביאו הסמ"ע ס"ק טי"ת שכתב שהעליון משתבר יותר ושמין כמה ראוי לשבור יותר בזה מבזה וכן אי בחבטה נפל וזהו כונת חנ"י דהנה אם ידוע שבחבטה נפל או אם דרך משל ע"פ שומא נשתברו שני חלקים מן העליונות ושליש מהתחתון ואם היו ט' שבורות הי' לוקח העליון ששה והתחתון ג' אם היו שוה בשוה ונגד זה הי' חולקין בשלימות ואם הי' העליון עוד גדול שני פעמים יותר מהתחתון ממילא הי' לפי חשבון זה שהעליון הי' נוטל ד' חלקים מן השבורות והתחתון חלק חמישית דהיינו שהעליון נוטל ד' וחומש והתחתון ב' פחות חומש ואי היה ידעינן שבחבטה נפל שהעליון גדול בהערך הנ"ל מתחתון הי' נוטלין שוה בשוה כיון דלזה מגיע שני פעמים יותר מחמת שהוא גדול ולזה מגיע מחמת שנפל בחבטה ושניהן שוה בשוה חן וחולקין ולפ"ז אם א"י אי בחבטה או בחבסה אז נוטל העליון הגדול מה שהוא ודאי דהיינו ארבעה וחצי מן השבורות דהא אפי' אי בחבסה נפל מגיע לו סך כזה והתחתון ג"כ נוטל רק מה שהוא ודאי דהיינו שנים פחות חומש דסך זה מגיע לו אפי' אי בחבטה נפל כמ"ש לעיל והשאר שהוא ספק שוה כיון שראוי להשתבר בזה ובזה פי' בעליון ובתחתון דהספק אי בחבסה אי בחבטה בוא ספק שקול וממילא חולקין ובהגהת הנ"י שם שכתב אי בחבסה כולהו שבורות דמר נראה שהג"ה מוטעת הוא:

ז **חולקין האבנים**. עסמ"ע ס"ק י' דאפילו הן ברשות של א' מהן וכו' ומוכח בש"ס דאפי' בברי וברי ואפי' מונח ברשות הרבים הדין כך וא"ל דהא התו' בב"מ דף ב' ד"ח ויחלוקו כתבו דבמקום שאין ב' מוחזקים הדין הוא דכל דאלים גבר דז"א דכאן הוא דרא דממונא דהא יש ספק לב"ד בלא טענותיהם ובדרד"מ חולקים אפי' אין שניהם מוחזקין ואף דהכא איכא למיקם עלה דמילתא דהא מוקי לה בש"ס דפנינהו בני ר"ח ואזלי מ"מ דינן בחלוקה וכדמוכח בב"ב דף ל"ח בהא דמשני שם הש"ס על הקושיא מהא דמחליף פרה בחמור ובמקום דליכא מוחזק וליכא חזקת מ"ק אפי' רבנן מודים וגם א"ל בברי הא אין החלוקה יכול' להיות אמת דאי בחבסה כולה דמר והדין דמונח כמ"ש התוס' בב"מ שם דכל שהיא דרד"מ אפי' אין החלוקה יכולה להיות אמת יחלוקו דהא גבי המחליף פרה בחמור אין החלוקה יכולה להיות אמת ואפ"ה חולקין ובמקום דל"ש חזקת מ"ק אפי' רבנן מודי כמ"ש התוס' בב"ב שם ולענין מ"ש דש"י והנ"י הטעם בהא דשותפין לא קפדי אהדדי דהוי כאלו השאיל לו מקום לכאורה קשה דהא מבואר בבכורות דף י"ח באחד שהפקיד אצל רועה טלה חי והיה לבעה"ב כמו כן טלה חי ומת א' דיכול לומר שלך מת ומשמע דאפילו השאיל לו מקום בחצרו וייחד לו מקום הדין כן וגם בכל פקדון

כתב הרא"ש בפסחים ד' ו' דהוי כאילו השאיל לו מקום בחצרו ועוד דמוכח בסי' קל"ח סעיף א' בהג"ה דאם הבית של א' ולקח חבירו אצלו דהוא בחזקת המחזיק בבית י"ל דשאני גבי שותפין דהוי כאילו השאיל א' לחבירו המקום כ"ז שהשותפות קיימת ואפי' בשעה שאין הפקדון ברשותו והוי כשכירות לזמן דממכר הוא:

ח **ועל קצתן אומר א"י** עסמ"ע ס"ק י"א עד כדין משאיל"מ כו' וע"כ צ"ל דמיירי שנשבר מה שמודה בפשיעתו או שלקחן מתחלה דרך גזילה דלא הוי הילך כמש"ל בסי' פ"ז דבלא"ה ה"ל הילך ולא הוי משואי"ל משלם:

ט והשני נוטל כ"כ שלימות ולפענ"ד נראה דזהו פי' הירושלמי ר"פ הבית והעלי' וז"ל אמר ר' הושעיא זאת אומרת ששולטת היד מצד א' פי' שיש מוחזק שאין דנין אותו רק כמוחזק מצד אחד ולא כמוחזק גמור דהא חבירו נוטל שלימות כנגדו ולא אמרינן שהוא כמוחזק גמור ויחלוקו בשאר והמפרש פי' שם פי' דוחק ע"ש:

י **ויושב ודר בתוכו** גם כאן קיצר המחבר שלא ביאר אם בעה"ב רוצה לבנות ובעל העלי' איני רוצה לבנות העלי' ולעשות גג ונ"ל דהדין מבואר בירושלמי וז"ל הירושלמי בעה"ב שביקש לבנות ובעה"ע אינו רוצה מהו שיאמר לו גופינו נישמעני' מן הדא כו' פי' גופינו לשון מגופי' דהיינו שיכסנו בגג כיון שהגג מוטל על בעח"ע כמבואר בסעיף א' ופשיט לי' מהיתה חורבתו כו' פי' שהי' להם שני בתים וכותל שבאמצע הי' משותף לשניהם והכותל שבין שניהם צריכין לשניהם ומוכח מברייתא שם דמ"מ א"י לכפותו רק כשכבר בנה צריך ליתן לו יציאותיו ומזה פשוט דה"ה בגג וא"כ אין להתחתון כפי' על העליון שיעשה גג רק שיבנהו ג"כ בעצמו וישב שם עד שיתן לו יציאותיו:

יא **כל יציאותיו** והא דאין נותן לו השבח דאפילו יורד שלא ברשות כשיגלה דעתו דניחא לי' נותן לו השבח כמבואר בב"מ ק"א ולקמן בסי' שע"ח דז"א דדוקא כשנתכוין להשביח לחבירו הדין כך אבל הכא עיקר כוונתו לצורכו שיהי' לו מקום דירה לא הי' כוונתו להשביח לחבירו ועש"ך סי' שצ"א ס"ק ב' שכתב דבעינן שיהי' כוונתו להשביח לחבירו ונראה דאף שכתב המחבר ל' ויושב ודר בתוכו נראה דה"ה להשכירו לאחרים וליטול מעות ואף להשכירו לבעל הבית גופי' וליטול שכר מותר אף דבשאר משכנתא דסורא אסור לעשות כן מ"מ הכא דהוא מטעם דלאו הלוואה כלל כמ"ש התוס' הטעם דאי נשרף הבית אינו נותן לו יציאותיו או מטעם שכתב הריב"ש סי' שע"ד כיון דבע"כ הוא לאו הלוואה הוא כלל אם כן מותר אפי' בכהאי גוונא:

יב **וכן אם מוכרין** עסמ"ע ס"ק ט"ז ואין יכול לומר לו גוד או איגוד דהוי כדבר שיש בו כדי חלוקה דהבית לתחתון והעליה להעליון דא"י לומר כן:

סימן קסה

לבית בדו כיפין צ"ל דהקרקע שעל הכיפין העליונים צריך גם התחתון כמו שבעה"ב צריך לגג של העלי' דאלת"ה קשה קושית הסמ"ע מה שהקשה בסי' קס"ד ס"ק ג' דלמה צריך לעשות כל הכיפין יאמר לו הלא יש לי חצי קרקע וכו' אלא ודאי כמ"ש:

סימן קסז

והשאר של תחתון עסמ"ע ס"ק א' הטעם דאפקורי מפקר ליה לתחתון בס' יערת דבש הקשה למאן דס"ל דאויר שאין סופו לנוח דלא קנה א"כ במה קנה לי' התחתון ולכך כ' דכ"ז שלא עשו התחתון זכי' יכול העליון לחזור בו ולפענ"ד הא ודאי ליתא ועיקר הטעם הוא דהתוס' בגיטין דף כ"ב בתר נקבו דגם הגוף יונק מהאויר רק דלא חשיב יניקת הנוף כיניקת השורש ע"ש ותדע דבאילן העומד על המצר כתבו התוס' בב"מ דק"ז דב"ה אילן העומד דמחמת שהשרשים הן על מקום השותפות ס"ל לרב דהנוטה לכאן ולכאן אזלינן הכל בתר הנוף והכל של בעל הנוף ולא אמרינן שדי נופו בתר עיקרו אלמא דיש לבעל הנוף ג"כ קנין רק דשדינן נופו בתר עיקרו וכיון דבעל העיקר מסלק נפשו מעיקרו ואפקורי מפקר לי' ושוב ליכא למימר שדי נופו בתר עיקרו ממילא הכל של בעל הגוף כיון דיונק משלו ואין להקשות הא דסתמו הפוסקים ומשמע דאף בעיקרו הדין כן ובש"ס אמרו דבעיקרו ב"ע ל"פ דלעליון הוי נראה דהפוסקים סברי דהך כ"ע אין הכוונה רק אר"מ ור"י אבל לר"ש דהטעם משום הפקר כיון דא"י ליכנוס וליטלו א"כ אף העיקר מפקר ליה:

סימן קעא

א א"י לחזור בהן עש"ך ס"ק ב' עד ואפילו מחילה בלא קנין מהני וכו' ואין לומר דהכוונה דאפילו לענין חלוקה שלא לחלוק מהני מחילה ואפי' לענין שלא יהיה יכול לומר לא ניחא לי שאשתמש בשותפות דלוה ודאי דבעי קנין כיון דיכול לומר חלוק עמי אפי' במקום דליכא היזק ראיה כמ"ש הסמ"ע ס"ק ד' ודאי דלא מהני ביה מחילה וכן מוכח ברשב"א סי' תתק"ז דכתב דקנין מהני מטעם דאמרי' דמגופא של קרקע קנו מידו והיינו שהקנה לו חלק בגופא של קרקע שיהי' בשותפות ע"ש ברשב"א וא"כ ודאי דאין לומר דמחילה מהני דהא לגופא של קרקע לא מהני מחילה ועוד דמאי ראיה מייתי הש"ך מסי' קנ"ז דשם מיירי שכבר חלקו וצריך לעשות מחיצה משום היזק ראיה ולהיזק ראיה שייך מחילה כמו בכל היזק דשייך מחילה משא"כ לענין שלא לחלוק ודאי דלא שייך

מחילה וכן מוכח ממ"ש הרב בהגה"ה וקיבל קנין שלא לחלוק ואי מהני בדברים בעלמא למה הזכיר קנין רק כוונת הש"ך הוא על מ"ש הסמ"ע וז"ל ואפי' בחלוקת חצר דמדמה להיזק קוטרא מ"מ קנין מהני דמשמע מדבריו ואפי' לענין היזק ראיה בעי קנין וע"ז כתב הש"ך דלענין היזק במחילה בלבד סגי כמבואר בסי' קנ"ז אבל לענין שלא לחלוק ודאי דבעי קנין:

ב הדין עם ראובן והא דאין יכול לכופו על חלוקת מחיצה שיהי' המקום מחיצה משניהם כמו שכופין בחצר על מסופס כדי שלא יכנס א' לחלק חבירו כיון דאין דרך למכור מקום בבהכ"נ רק שיעור ישיבה וע"י מחיצה המקום דחוק:

ג וכן רבים היושבים עסמ"ע ס"ק ג' שכתב דוכן הוא שלא בדקדוק ולפענ"ד נראה דהוא ט"ס וכצ"ל אכן רבים וכו' וכוונתו דאף דא"י למחות כשרוצה לעשות מחיצה בקצה מקומו דהיינו בין מקום למקום מ"מ אם הראשון יש לו מקום רחב ורוצה לחלוק במחיצה באמצע המקום שיהי' ניכר שהן שני מקומות יכול השני היושב אצלו לעכב כי מחמת המחיצה ניכר שהוא שלישי אבל בלא מחיצה אם רוצה להושיב אחר אצלו נראה שא"י למחות כשהמקום שלו רחב ואינו דוחק את חבירו כי בתשו' הרא"ש מבואר דמיירי בעשיית מחיצה ועיין עוד ברא"ש דמיירי שידוע שמכירת הראשון הוא חשוב יותר מהשני אבל בסתם שאינו ידוע אמרי' דאין המקום מכבד את האדם ע"ש:

ד יגיע לפחות עסמ"ע ס"ק ה' כולם מעכבים וכו' הוא ט"ס וצ"ל כולם מעוכבים דכשאותו דאין לו שיעור חלוקה מרוצה ודאי דאין הנשארים יכולין למחות גם בסמ"ע ס"ק ט' ט"ס יש בסופו וכצ"ל וצריכין לעשות פשרה ביניהם או להשאר כולן בשותפו' משום הרביעי דלא ישאר בו כדי חלוקה ומש"ה מסיק וכ' וכו' ותיבו' ואי ותיבת לא הוא ט"ס:

ה דלא עדיפי לכאורה קשה דהא מבואר בסמוך דאם שנים אין להם שיעור חלוקה ולב' יש להם שיעור חלוקה דהב' שיש להם כדי חלוקה נוטלין חלקם וא"כ למה לי האי טעמא דלא עדיף מגברא אמנם לפמ"ש הסמ"ע בס"ק ט' דאם א' מבקש ליטול חלקו דשומעין לו מש"ה הוצרך להאי טעמא דלא עדיף מגברא וכו' דכאן אפי' בכה"ג א"י לעכב מלחלוק:

ו בצד אחד בנינים ולכאורה קשה דהא מ"מ הוי כשני דברים שתשמישן שוה ואין דמיהן שוה דסעיף יג דיש מי שחולק ואפשר דשאני התם דמיירי בעידיות וזיבורית ומטעם שכתב הסמ"ע בס"ק ל"ד דיפה ורע' כשני מינים דמי והיינו משום דא"א לעשות מהזיבורית עידיו' משא"כ הכא דאפשר לעשות בהמעות שמוסיפין לו ג"כ חדרים שיהי' שוה לחלק השני וכן בצד אחד רה"ר ובצד א' סימטא והיינו שצד א' פתוח לסימטא

כמבואר בטור ומיירי שע"י הוצאו' יכול לעשות שגם צד זה יהי' פתוח לרה"ר ומ"מ בדין זה אין הכל מסכימים דלדעת הריב"ש המבואר לקמן בסעיף יד אין בבתים דין חלוקה כלל כשצריך להוציא הוצאת ומשמע דאפי' רוצה להוסיף כדי ההוצאות ע"ש:

ז עשאן האב לעצמו וע' במרדכי ספ"ק דבתרא דאם מוציא העני להשכיר חלקו לבד דיכול להשכירו ואף דבסוף כתב דא"י להשכירו ע' בב"י שהביאו כבר יישב זה בהג"ה הנדפס במרדכי:

ח כשאין לו מעות נראה דלהיפך אם העשיר טוען גוד או איגוד שיכול העני לומר איגוד ואמכרנו לאחרים דכיון שיש אחד שנותן יותר הרי העשיר אף שנותן שויו הוי כאומר בפחות משויו דא"י לומר מטעם דאל"כ ידחוק העשיר את העני כמ"ש הרמ"א:

ט מוכרין אותה לאחרים לכאורה תמוה דמאי קמ"ל דכששניהן רוצין מאן מעכב לכן נראה דקמ"ל באם יש לראובן קונה על החצר בק' זהובים ושמעון יש לו קונה שרוצה ליתן בעד הכל ר"ן זהובים יכול שמעון לכוף לראובן למכור הכל אף שראובן רוצה למכור דוקא חלקו בפחות לקרובו יכול שמעון לכופו אמנם זה הוא שפיר למאן דס"ל דא"י לומר גוד או איגוד ואמכרנו לאחרים קמ"ל דבכאן יכול לומר גוד אתה הכל בסך ר"ן או איגוד ואמכרנו בסך ר"ן כיון דעיקר הטעם שא"י לומר כך הוא שאין מגרשין זה מנחלתו בשביל ריבוי דמים של זה והכא השני ג"כ רוצה למוכרו יכול לומר כך אך להרמב"ם דס"ל דתמיד יכול לומר כך א"כ קשה מאי קמ"ל בזה ואפשר דהרמב"ם ג"כ לא ס"ל כן רק בעשיר ועני שיש הפסד גדול לעני אבל בלא"ה אינו יכול לומר כן רק בכאן יכול לומר כן מטעם הנ"ל:

י אם הי' המקום עשוי לשכור פי' להרבה פוסקים שהביאם הסמ"ע ס"ק יב דתלוי דוקא בעשאן האב לשכור הכא נמי מ"ש המחבר עשוי לשכור היינו שעשאן האב לשכור ולפי' ר"י שהביא הסמ"ע שם הכוונ' שעכשיו הוא ראוי לשכור ואין חילוק בין שניהם עשירים לאחד עני דאם עשאן האב לשכור או שהוא עומד עכשיו לשכור לפי' ר"י אפי' העני כופין להעשיר להשכיר וה"ה שני עשירים כופה א' לחבירו אי לא מיתדר להו ביחד ומ"ש ואם אין המקום עשוי לשכור היינו שלא עשאן האב לשכור ולפי' ר"י שעכשיו אינו עומד להשכיר אז בבית ובחנות שא"א להשתמש ביחד כופין זא"ז על החלוק' זמנים בין בשני עשירים ובין בעני ועשיר ואין העשיר יכול לומר לעני קח סחורה ושב בחנות שעני יכול לומר אף אם אקח סחורה אוכל לכוף אותך על חלוקת זמנים ומ"ש דאם מרחץ א"י לומר השתמש אתה בו יום וכו' והיינו אפי' בשני עשירים כיון שאינו עשוי לשכור וליכא היזק ראי' א"י לכוף לחבירו על חלוקת זמנים ומה"ט גם כשאחד עני אין העני

יכול לכוף להעשיר על חלוקת זמנים דיכול לומר קח לך עבדים שאף אם יהי' לך לא תוכל לכופני לחלק לזמנים ולפמ"ש אין חילוק כלל בין ב' עשירים לא' עני ומ"ש הטור אבל אם שניהם עשירים כו' הביאו הסמ"ע ס"ק יג כוונתו כמ"ש שאינו נוח להן כגון שיש לא' ב' שלישים דאז יש לזה הפסד וכמו שאבאר בסמוך א"נ ששניהם אין רוצין להשתמש ביחד קמ"ל שא"י לכפות לחבירו רק על חילוק זמנים ולא להשכיר כנ"ל ברור ומדברי הסמ"ע ס"ק יג שכ' דהך דינא מיירי בשניהם עשירים משמע מדבריו שמחלק דדוקא בעני שאין לו מה להשתמש אז כשלא עשאן האב לשכור א"י לכופו להשכירו אבל בב' עשירים שאין נוח להן להשתמש ביחד יכול אחד לכוף לחבירו להשכיר אף שלא עשאן האב לשכור ולבד הוסיף בלשון הטור או משכירין לאחרים והוא תמוה מאד חדא שאין זה מן הסברא דמה"ת לא יהי' יכול העני לומר שאתה אומר לי קח לך עבדים הא אף אם אקח עבדים לא אוכל לכופך להשכיר ב' קשה מה שמסיים דבדבר שראוי להשתמש בו ביחד ואינו עשוי להשכיר כו' משמע דאם עשוי לשכור כופהו להשכיר מה"ת הך כיון דאפי' על חלוקת זמנים א"י לכופו שא"י להפקיע ממנו נחלתו אפי' על יום א' ולהשכירו לגמרי שיפקיע ממנו נחלתו לגמרי יכול לכופו ג' דא"כ אפי' בחנות יאמר העשיר לעני קח לך סחורה ושב בחנות וכן בבית כל שא"א לחבירו לדור פה וכיון שאינך יכול לדור פה אין אתה יכול לכופני על חלוקת זמנים אלא ודאי כדכתיבנא:

יא שני שלישים עסמ"ע ס"ק יט הטעם משום דיפסיד בעל השני שלישים ע"ש וכן הוא בהדיא בטור טעם זה ולכאורה קשה דבמאי מיירי אי במרחץ ובית הבד שראוי להשתמש בו יחד הא אין בו חלוקת ימים כלל כמ"ש ברמב"ן בחי' וכן מסיים המחבר דאם מרחץ הוא משתמשין בו שניהם תמיד בכל יום ואי בבית שא"א להם לדור ביחד ג"כ ביש להם שוה בשוה ג"כ חולקין בימים ולמה להו הטעם שהבעל שני שלישים מפסיד לכן נראה דכל שיש לזה יותר מזה אפי' במרחץ הוי כלא מיתדר להו ביחד כיון שא' מפסיד וכן מוכח בש"ס דאלת"ה הא דמקש' הש"ס בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה וכו' ומשני שחולקין בימים וא"כ עדיין קשה מבכור ופשוט שהניח אביהן מרחץ אלא ודאי דאם יש לו ב' שלישים דאפי' במרחץ חולקין בימים וכן משמע בלשון תשובת הרא"ש שהביא הטור שכתב וז"ל גבי שאלה דמי שיש לו ב' חלקים דעו שאין חילוק בין בית ובין מרחץ ובין בית הבד אלא כל דבר שבעולם שהוא של ב' שותפין ואין התשמיש נוח לשניהם וכו' חולקין אותו לימים והא דכתב המחבר דאם מרחץ הוא נכנסין בה שניהם תמיד בכל יום זה קאי אריש הסעיף כשחלק כ"א שוה וכן משמע הלשון שסיים שא"י לומר השתמש אתה יום ואני יום משמע דבשוין מיירי:

יב בשלו הוא משתמש ואם לא השתמש בו בעצמו דהשכירו לאחרים פשיטא דהשכר לאמצע:

יג חוץ מאמה עש"ך ס"ק יא עד כשיש לכ"א רק ג' אמות א"ל כך וכו' ולענ"ד נרא' דדוקא כשיש לא' ד' אמות ולא' ג' יכול לומר כך או טול הג' אמות וחלוק עמי או שיקח לעצמו ג' אמות ובהמותר או' לו גוד או איגוד וה"ז ממש כטוען או אתה טול השיעור בשויין ואני הפחות כיון שיאמר לו אני אקח השלשה והמותר גוד או אני אטול השיעור ואתה הפחות הא רוצה לחלוק או אקנה הכל דהא אומר לו איגוד ומבואר בסעיף י' דיכול לטעון כך אבל כשאין בו רק ג' אמות לזה וג"א לזה לא יכול א' לומר אני אקח שני אמות ואמה א' אשמור כדי שיהי' כשיעור ואח"כ אטעון גוד או איגוד דהשני יכול לומר לו מה ראית שאתה תעשה כך אני אעשה כך ואם אתה לוקח שני אמות חלק בקרקע אף אני אטול שני אמות חלק בקרקע משא"כ בא' שיש לו ד' אמות וא' ג"א ודאי דיכול לומר אטול חלקי ג"א בקרקע כיון שעדיין נשאר כשיעור וא"ת שתטול ג"כ כנגדו חלק בקרקע ג"א טול ולך שהרי אין חלקו רק שלשה אמות וא"ל דגם בג' לזה וג' לזה יכול לומר אטול ב"א ובהשאר נהי' משותפים כי לי ג"א או ב"א ג"כ ראוי למישטח בי' פירא וא"ת שאתה רוצה ליקח ב"א א"כ כיון דרוצה אתה בפחות מכשיעור קח כל חלקך שהוא הג"א דז"א דיכול לומר אני רוצה שיהי' לי מקום הראוי לזריעה בשותפות ולמישטח בי' פירא א"צ רק לב' אמות ולא יותר ואם אתה נוטל ב"א חלק בקרקע מגיע לי ג"כ חלק בקרקע ב"א וא"כ לא ישאר מקום הראוי לזריעה ומכח זה יכול לבטל החלוקה:

יד שכולו אינו ראוי לכאורה קשה דא"כ מאי מקשה הש"ס דוקא למ"ד דלית דינא דגוד א"א מבכור ופשוט היא אפי' למ"ד אית דינא דגוד או איגוד תיקשי קושי' הש"ס בכור ופשוט שהניח להן אביהן דבר שאינו ראוי אפי' לאחד ואפשר משום דלא שכיח:

טו אין שומעין לו עסמ"ע ס"ק מא עד ובפרי' מ"ש בפי' ועש"ך שכתב שפי' הראשון של הב"ח נ"ל יותר וז"ל הטור ולא מחייבינן הנתבע למיחת לדינא דאנ"א ונ"מ כו' א"נ לכי מייתי תובע זוזי אי אמר נתבע תנו זימנא דטרחנא בתר זוזי יהבין ליה זימנא מהשתא ולא מתביעה קמייתא וה"מ שנותנין זמן לנתבע כשמתחלה אמר איגוד והבו לי זימנא אבל אי לא אמר מתחלה איגוד אלא תובע בא למיגד ואמר הבו לי זימנא ובטל לי' דינא דנא"א ואם לאח"כ בא ותובע דנא"א ואמר נתבע איגוד והבו לי זימנא לא יהבינן ליה דמוכחא מלתא דאשתמוטי קא משמט כיון דלא בעי למיגד מעיקרא עכ"ל הטור והוא סותר דברי עצמו וע"ז תירץ הב"ח בתירוץ ראשון דברישא מיירי שאמר סתם גא"א ולא הזכיר זמן ע"ש והנה מדברי הטור משמע להיפך דהא אמר בפי' וה"מ כשמתחלה אמר איגוד והבו

לי זימנא ע"ש ולפע"ד נראה לפרש בפשיטות דדעת הטור דדוקא כשאמר מתחילה גא"א והבו לי זימנא דאז הנתבע אינו חייב להשיב כלל וממילא לא שייך כלל לומר דמשמיט נפשיה כיון דא"צ להשיב כלל משא"כ כשאמר מתחילה גא"א בהמתנה סתם והשיב הנתבע גוד דאז מוכח מילתא שאינו רוצה למיגד כיון דמתחלה הי' במשמעות לשון התובע בנתינת דמים מיד ואלו היה הנתבע רוצה למיגד בהמתנת זמן הי"ל להשיב כן דהא לנתבע נותנין זמן אלא ודאי דלא הי' בעי למיגד כלל ולכך אף אח"כ כשאמר לו הנתבע גוד אמר התובע הבו לי זימנא ונתבטל הגא"א מ"מ כשבא אח"כ התובע וחזר וטען גא"א שוב אין שומעין לנתבע כשטוען הבו לי זימנא כיון דיש הוכחה מכבר דלא בעי למיגד בסך זה וכמש"ל וע"ב מה שביקש עכשיו לאשתמוטי הוא דקאמר וכוונת לשון הטור הוא כך וה"מ כשאמר מתחלה איגוד והבו לי זימנא פי' כשאמר בשעת תביעה הראשונה גא"א והבו לי זימנא אבל לא אמר איגוד (וכאן חסר תיבת כו') (וכוונתו שלא אמר מתחילה בשעת תביעה גא"א והבו לי זימנא רק סתם גא"א) אלא תובע בעי למיגד פי' שאח"כ כשהשיב הנתבע גוד בא התובע למיגד ואסר הבו לי זימנא ונתבטל הגא"א דאז אין נותנין לו זמן ועיקר החילוק הוא בין שמתחלה לא היה ממש בהטענה כלל ובין אם מתחלה היה ממש בטענת התובע שאמר סתם רק שאח"כ נתבטל כנל"ב בכונת הטור עוד כ' הסמ"ע בסס"ק הנ"ל אבל להעלותו בדמים א"י ועמ"ש בפרישׁ' דאחר שחזר ורצה להשאר בשותפות יכול שוב להעלותו בדמים ע"ש ולפענ"ד הוא דחוק דמה שיעור לזה וכי בעי' דוקא שיעלה בדמים אחר כדי דיבור כשחזר בו להשאר בשותפות:

סימן קעב

אבל חצר שיש לכ"א חלק ידוע הרבה תמוה לי הגה"ה זאת דאם כוונתו שכ"א מכיר חלקו ואין א' משתמש בשל חבירו א"כ אפי' אין מגיע לכל בית רק פחות מד"א חולקין כמבואר לעיל בסי' קע"א סעיף ב' ואם כוונתו שיש לכ"א חלק ידוע היינו שקנאו או שירשו שידוע שכ"א יש לו החצי או שא' בכור וחלקו ידוע שהוא פי שנים או שקנה שני חלקים ומ"ש בסתם חצירות כוונתו שקנו המקום מהפקר שהזכיה בחצר בא אחר שהיה לזה פתח א' ולזה ב' פתחים וכן הוא באמת משמעות דברי המגיד משנה שממנו הוציא הב"י והרב בהג"ה דין זה א"כ קשה הא דין זה הוא ממש מ"ש המחבר ומה הוסיף הרב בהג"ה ועוד קשה דבה"ג משמע דדין זה הוא לענין אי כופין א"ע לחלוק בשיש כשיעור הזה בחצר ובסי' זה לא מירי רק אפי' כשחולקין מדעת אם יש לו זכות יותר למי שיש לו בו פתחים וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ב' ועוד קשה מה שסיים דאם מגיע לכ"א

לפני ביתו ד"א על ד"א חולקין דמשמע דאפי' כשיש לכ"א רק פתח א' ג"כ חולקין אפי' אין בכל חלק רק ד"א על ד"א אף דליכא ד"א לכל פתח ומה שמבואר בסי' קע"א סעיף ג' דבעינן ד"א חוץ מד"א של פתחים היינו בקנו מהפקר דוקא משמע מכל הפוסקים להיפך אח"כ מצאתי בדרישה אות ג' שמניח בדברי המ"מ שממנו מוצא הדין שכצ"ל שיש לפני ביתו אויר של ח' אמות על ד"א וא"ש אך קו' הראשונות עדיין קשה לכן נראה דהג"ה זו אין מקומו כאן ומקומו לעיל בסי' קע"א סעיף ג' שכתב שצ"ל בחצר ד"א חוץ מד"א של פתחים דמשמע דאם יש לא' שני פתחים ולא' פתח א' דצריך שיהיה בחצר לכל פתח ד"א וע"ז כ' דהיינו בסתם חצירות והיינו שקנו מהפקר אבל חצר שיש לכ"א חלק ידוע דהיינו שקנו או שירשו א"צ ליתן לכ"א רק ח' אמות על ד"א אפי' לאותו שיש לו ב' פתחים ואם מקום הג"ה כאן יש חסרון דברים וכצ"ל וכן לענין כפיה לחלוק דבעינן ד"א חוץ מד"א של פתחים דוקא בסתם חצירות כו' לפני ביתו ח"א על ד"א כו' וכמו שהגיה בדרישה כצ"ל:

סימן קעג

א אמת המים ע' בשו"ת הריב"ש דאם בא א' לסלק לחבירו מרוצת המים וכשמסלק מזיק המים להמסלק עצמו על המסלק בעצמו לתקן המרוצת המים שלא יזיק לעצמו ואין על השני לסלק אף שהמים שלו הן המזיקין כיון שבגרמת המסלק הוא מזיק:

ב ואם נפל אזלא עב"י ס"ס זה שהביא תשובת הרשב"א שכתב בהדיא דמיירי שהבאר נשאר לשותפות וקנו ממנו הדרך ואם נפל כותלי הבאר אף שחזרו ותקנו שוב אין לו דרך דלבאר זה נשתעבד ולא לבאר אחר ע"ש והוא תמוה מאוד בעיני דהא בהדיא כתב הסמ"ע בשם הרשב"א לעיל בסי' קנד ס"ק ד"ה דכל שגוף הדבר שנשתעבד לו ישנו בעולם לא נסתלק השיעבוד כמו בנפל הכותל שהחלון בתוכו וכן בנתקלקל המרזב ע"ש ולזה נראה דה"ה בהדינים המבוארים בסי' רי"ד בחדר שלפנים הימנו במקום שזוכה בהדדך או שקנה ממנו הדרך דאף אם נפל החדר וחזר ובנאו דיש לו עדיין הדרך כיון שהמקום שעליו הדרך שנשתעבד לו ישנו בעולם לא הפסיד הדרך אף שנתקלקל החדר וחזר ובנאו ומה שהביא הרשב"א ראיה מהרשב"ם ס"פ המוכר את הבית לא ידעתי שום ראיה משם דברשב"ם כתב שם כשנפל הבור ודות ושוב א"א לתקנו שוב אין לו דרך זהו אמת ברור שלא נתן לו דרך רק לצורך בור ולא לצורך דבר אחר אבל כשחזר ותיקנו ונכנס לצורך בור מה"ת יפסיד הדרך כיון שהדבר שנשתעבד ישנו בעולם ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן גבי בור ודות כשנפל הבור וחזר ותיקנו שהפסיד הדרך ואפשר

דמיירי שפירש בתנאי בשעת קנין הדרך שלא יהיה לו דרך רק לאותו כור ולכך כשנפל אזדא וקמ"ל הרשב"א שם דדוקא כשנפל כותליו וחזר ובנאן שוב לא נקרא אותו בור אבל כשנפל זבלים בתוכו וחזר והוציאן מיקרי אותו בור דלא הוי רק כמסיר כיסויו: וחזר והוציאן מיקרי אותו בור דלא הוי רק כמסיר כיסויו:

סימן קעד

א אלא צריך להעלות בדמים עסמ"ע ס"ק ה' שכתב ומיהו אם פיקח הוא וכו' והיינו אפי' קודם הטלת גורל ע' בטור וזה לדעה הראשונה דסעיף ה' ע"ש:

ב מהצד הטוב נראה דזה לדעת הרמב"ם והמחבר דבשווין כופין על מ"ס ולדעת הרב בהג"ה שם נראה דג"כ יכול לומר זכות שלי דהיינו מ"ש הסמ"ע סק"ד שוה אצלי דמים הרבה:

סימן קעה

א עד שיתקיימו התנאים עסמ"ע ס"ק י"ח משום דיכול המוכר או הלוקח לומר אין זה המצרן נוח לי לתלות בו בקיום התנאי עכ"ל ותמוהין דבריו דא"כ אמאי פסק באחר שיתקיימו התנאים שהמצרן יכול לסלק והא נסתלק הדין מצרנות מכל וכל כמו בסעי' ח' גבי מוכר בהמתנה דהמצרנות נתבטל מטעם זה דודאי אין סברא לומר דהלוקח יהי' מחוייב לקיים התנאי והמצרן יקח השדה וכיון שהמוכר צריך למכור עכשיו וא"א לו למכור רק בקיום התנאי של הלוקח ולא באיש אחר היאך המצרן יהי' יכול לדחות להלוקח מהשדה ומ"ש עוד שהלוקח יכול לומר שאין המצרן נוח לו בקיום התנאי משמע דמיירי שהלוקח התנה שהמוכר יעשה טובות הלוקח וטוען הלוקח כיון שתסלק אותי מהשדה שוב לא אוכל לכפות את המוכר בקיום התנאי ואם המצרן יאמר אני אקיים התנאי יאמר הלוקח אין המצרן נוח לי הוא תמוה דכיון שמסלק אותו המצרן מהמכירה ממילא שייך קיום התנאי של המוכר להמצרן דהלוקח שלוחו של המצרן הוא לכן נ"ל דודאי אם המוכר מתנה טובתו עם הלוקח כגון ע"מ שתתן לי ר' זוז או ע"מ שתדבר עלי לשלטון כיון שהמוכר טוען אין המצרן נוח לי בקיום התנאי נסתלק דין מצרנות כמו במוכר בהמתנה דסעיף ח' רק דכאן מיירי דמתנה תנאי שאינו לטובתו כלל כגון תנאי דאם לא באתי או אם אלך או תלך וקמ"ל דהלוקח יכול לומר כיון דעדיין אין המכירה ברורה אין אתה יכול לכפות אותי לקבל ממך דמי המכירה שיהי' המעות

באחריות עד אותו הזמן דשמא יתבטל המכר ונ"מ להלוקח אולי בשעה שיתקיים התנאי לא יהי' לו מעות לסלק או ירע לו איזה אונס וכ"כ הב"ח ע"ש:

ב כשיסורו אונסים יכולין לסלקו מחלקם והטעם כתב הרשב"א דדוקא בסתם הוא דקדם אחד וקנה זכה דאמרי' לא רצה לקנות בשעת המכירה אבל כשגילו דעתן בשעת המכירה שרוצין אזי יש לכל או"א דין מצרן נגד חבירו ונראה דא"צ למסור מודעא דהוי לי' כמו תלוהו ויהיב שנותן לו במתנה זכות שלא מחמת אונס:

ג ומניח לו אחת ונראה אף דאילו הב' שדות סמוכות אינו יכול הלוקח לומר כיון שאתה מניח לי אחת הריני מצרן כמותך כיון דבשעת מכירה לא היה מצרן וזהו דוקא כשקנה שניהם כא' אבל קנה בזו אחר זו אינו יכול לסלקו רק משדה שקנה ראשונה ולא משדה שקנה שני' כשהן סמוכין דמחמת הראשונה הוא מצרן לשני' כמותו:

ד וסילק את הלוקח עש"ך ס"ק ט"ו יכול הלוקח לומר לא תסלקו דשמא לא יתרצה הבעל והאדון וכו' לכאורה נראה דכאן מיירי דהלוקח רוצה להמתין עד שיבוא הבעל אבל אם אינו רוצה להמתין אזי מסלקין אותו מיד כמו בסעיף ל"ז בהג"ה דהקרובין מסלקין אותו מיד אבל קשה דא"כ יאמר הלוקח מה לי לצרה הזאת שאח"כ יבוא הבעל אם יוזל הקרקע ויהיה רשות בידו להחזיר כמבואר כאן ואם יוקר יקיים המקח ולא ירצה הלוקח לקנותו ואין כאן טוב וישר נגד המוכר שיצטרך להמתין עד ביאת הבעל לכן נראה דדוקא בקרובים שיש להם מעות עצמן וקונים אפילו לא יתרצה המצרן ואין כאן ריעותא למוכר אז מסלקין הלוקח דתלינן דודאי יתרצה המצרן כיון דהוא טובתו משא"כ באשה ועבד דאין להם מעות עצמן ואין יכולין לקנות רק על הספק אם יתרצה וכשלא יתרצה אזי יתחייב המוכר להחזיר המעות ודאי אין כאן טוב וישר נגד המוכר ואין יכול לסלק הלוקח כלל כנ"ל:

ה מכרה לוקח ראשון עסמ"ע ס"ק ל"א כיון דאין לו ריוח בהחזרה וכו' אין טעם זה עיקר דנראה דאפי' לדעת האומרים דאפי' אין לו ריוח כלל יכול לטעון אי שתקת בכאן א"י לטעון דלא יהא הלוקח זה רק כאילו היה שדה זה שלו מעולם ומכרה דהמצרן יכול להוציא מידו דמה טענה הוא זה דמהדר שטרא למריה והיינו דיניחנה ביד המוכר הראשון מ"מ כיון שהמוכר הראשון צריך למוכרו וכיון שאין שום אדם יכול ליקח אותה מחמת מצרנות אני אקח אותה וזה עיקר תקנת עשיית הטוב והישר במצרנות שכל אדם ימשוך ידו ממנה ויניחנה ביד המוכר הראשון ויקחנה המצרן דאל"כ כל לוקח יאמר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה לבעלים הראשונים ויתבטל דין מצרנות וא"ל דבכל לוקח כשיחזור וימכרנה לבעלים הראשונים אזי יהיה הוא מצרן אף נגד

הבעלים הראשונים כמבואר בסעיף ל"ז בהג"ה דלכתחלה מוכרין להמצרן משא"כ כאן דביטל נגדו דין מצרנות דז"א דאף אם ביטל נגד מכירה זו דין מצרנות נגדו לא ביטל על מכירה שנייה דנגד מכירה שנייה דבר שלא בא לעולם הוא ואין אדם יכול למחול דבר שלא בא לעולם ועוד דלא פירש שמסלק עצמו לעולם ועוד נראה דלא מצי לומר אי שתקת דכל לוקח הוי כשליח מצרן ובשבילו קנאה:

סימן קעו

א לפי קניינו מתקיים שיתופו ע' בפרישה שכתב דלהרמב"ם אם לא נגמר בקנין אפי' לענין מה שהרויחו כבר יכולין לחזור ולכאורה קשה והא מבואר בסי' קפג דאם אמר שמעון לקנות סחורה להם ביחד דאין המשלח יכול לחזור בו וגם השליח א"י לחזור אם לא שאמר בפי' קודם שקנה שחוזר בו כמבואר שם בסמ"ע ובט"ז וא"כ קשה דכיון שנשתתפו לקנות סחורה פלו' ואמרו זל"ז שיקנו סחורה פלו' על שותפות מה"ת יגרע משליח דעלמא וכן קשה על מ"ש הרב בהג"ה במי שהלוה ואמר יהיה בידך למחצית שכר כו' הא כיון דא"ל קנה בהמעות שאתה חייב לי סחורה לשותפות לא גרע משליח דעלמא דקנה לשותפות ואין המשלח יכול לחזור בו כמבואר בסי' קפג ולכן נראה דבהתחילו לישא וליתן אף הרמב"ם מודה דמהני וכן נראה מלשון הטור שלא כתב בל' פלוגתא על הרמב"ם ומבואר בט"ז דהתחילו לישא וליתן מהני אפי' לא עירבו אפי' להבא ואפי' להסמ"ע שכתב בס"ק ז' דבהתחילו לישא וליתן בעינן עירבו ע"ש הא כתב בהדיא דדוקא לענין שלא יהיו יכולין לחזור אף להבא בעינן עירבו אבל לענין מה שהרויחו סגי בהתחילו לישא וליתן לבד ונראה דהוא מהאי טעמא כיון דלא חזר בו ואדעת' דשותפות קנה נקנה ממילא להשני דהא זוכה לו והוי כשליח דא"ל המשלח זיל זבין לי שזכה המשלח אפי' לא הודיעו למוכר כמבואר בש"ך סי' קפג ס"ק ב' ע"ש וכן הרב בהג"ה מיירי שאם נאנסו המעות בידו טרם שקנה בזה פסק הרב דחייב כיון דהמעות לא זכה בהו המלוה עדיין אבל אם קנה הלוה כבר לצורך שותפות הסחורה שציוה לו המלוה וכן אפי' אמר לו המלוה שיקנה איזה סחורה שירצה וקנה סחורה לשם שותפות נקנה הסחורה להמלוה ואף שבד"מ כתב הלשון ובכך נתעסק הכוונה שהתחיל להתעסק בהמעות דהיינו שהתחיל לילך בעסק סחורה עם המעות ונאבדו מידו המעות א"נ שקנה במקצת המעות והמותר נאבדו וכן משמע הלשון ונאנסו דאמעות קאי ואם אינו מאמינו המלוה ואומר שאפשר שעדיין לא קנה שום סחורה בהמעות אין לו עליו שבועה רק חרם סתם כיון שאין לו עליו רק טענת שמא ודמי לאומר פרע לפלו' ואמר שפרע לפלו'

ואין הפלו' כאן להכחישו דפטור משבועה כמבואר בסי' קיא וה"ה כשציוה לו המלוה להניחו במקום פלו' והלוה אומר שהניחו שנאמן אמנם קשה הא כיון דהרמב"ם סובר דאין הקנין חל על גוף השותפין דהא פסק בדשלב"ל כיון שאין קנין בגוף החפץ גם על גופם לא חל הקנין א"כ מאי מהני משיכת המטלטלים שנשתתפו בהן לענין שלא יחזרו להבא מלעסוק בהן הא הרמב"ם לא ס"ל דהוי כשכירים זל"ז דהא פסק דיכולין לחזור בבן בדשלב"ל ונראה לפענ"ד דטעמא דרמב"ם הא דס"ל ג"כ דהוי כשכירין זל"ז דכמו שבפועל אי משך כלי אומנתו מהני לענין שלא יהי' יכול לחזור בו כמ"ש התוס' בב"מ דף מח ד"ה והא בעי למימשך תספורות ע"ש ה"נ המעות או המטלטלים שעוסק בהן להרויח הוי ככלי אומנתו וכיון שמשך המטלטלים מהני אף שלא יוכל לחזור להבא וגם דמי להא שכתב הסמ"ע בסי' ש"י בשם הרא"ש ס"ק ו' וז"ל שם שע"י משיכת החמור נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור כו' וע"כ גם שיעבוד גופו נקנה במשיכת החמור דאין שיעבוד נכסים בלא שיעבוד הגוף דהא מנה אין כאן משכון אין כאן אלמא דמצינו שמועיל משיכת החפץ להשתעבד גופו ה"נ מהני משיכת החפץ לשיעבוד גופו להיות מתעסק להבא אמנם מהסמ"ע ס"ק י"א משמע דהטעם הוא דכל שמשעבד גופו לדבר המצוי לקנות הוי כמנקה גופו לדשב"ל אבל כשנשתתפו לדשלב"ל גמור לא מהני הקנאות גופו לזה דאין אדם מקנה לדשלב"ל ודחוק ולפענ"ד נראה כמ"ש:

ב או ששכרו מקום בשותפות ובקצה"ח הקשה הא בחצר השותפין אין קונין זמ"ז אלא במודד והניח לתוך קופתו כמבואר בב"ב דף פד ותירץ לענין שיהיה הדבר בשותפות קונין זה מזה ע"ש והוא תמוה דמה הפרש יש בין לקנות פלגא בין לקנות כולה ולכן נראה דדוקא בחצר השותפין שיש רשות לכ"א להניח מה שירצה אין קונין זמ"ז והטעם דהא כתב הר"ן בנדרים ר"פ השותפין דמטעם זה מותר במודר הנאה ליכנס לחצר השותפין דיש ברירה וכשמשתמש הוברר הדבר דאותו מקום הוא שלו לגמרי ובשלו הוא משתמש ומש"ה אין קונין זמ"ז דתיכף כשהניח ראובן השותף החפץ שלו בחצר השותפין הוי כהוברר הדבר שהמקום שהניח עליו החפץ הוא של ראובן ושוב לא הוי מקום זה חצירו של שמעון וא"א לקנות לו וכמ"ש הפוסקים בטעמא דד"א של אדם אין קונין במקח וממכר בסימטא משום כיון דקדם הכלי נעשה רשות המוכר והוי כחצירו של מוכר שאינו קונה ללוקח ומטעם זה ג"כ אינו קונה בחצר השותפים דמקום הנחת כלי של מוכר הוי חצרו של מוכר מטעם ברירה כמ"ש משא"כ בחצר ששכרו בשותפות שלא יניחו בו רק דברים המשותפים ולא דברים שאינם שייכים לשותפות וכשמניח בו השותף דבר שהוא שלו בעצמו שאין לו רשות להניח בחצר זה לא שייך בו לומר

ברירה שכיון שהניח עליו ומשתמש במקום זה הוברר שהמקום זה היא שלו דאין לו רשות להשתמש בו בזה ולא שייך בו ברירה ועדיין המקום של שותפות הוא וקונה המקום לשני השותפים דחצירו של אדם קונה לו כמו שקונין מאחר כשמניח בחצירם דבדבר שאין להשותף רשות להניח בחצר דמי לקונה מאחר ע"י חצר זה מחמת שאין לו רשות להניח בו ויש ג"כ שינוי רשות שמוציאו מרשות שלו לרשות השותפים ומהאי טעמא מהני בסי' קנ"ז גבי כותל שהגבי' למעלה מד' אמות כשיגלה דעתו דניחא ליה לקנות הכותל וכ' בנימוקי יוסף הטעם דהוו כחצירו שקונה לו ע"ש אף דהכותל הוי חצר השותפין דאין קונין זה מזה והוה ג"כ מהאי טעמא כיון דחבירו מעכב עליו מלבנות למעלה מארבע אמות כמבואר שם סעיף ט ובדבר שאין רשות לשותף אחר לעשות במקום ההוא קונה חבירו כשמקנה לו ע"י חצר זה וכן מיירי בסי' ר"ז סעיף י"ג בהג"ה שמתיר לשחוק בדף שקנוי לשניהם מטעם שקונה לו הדף המעות (ואח"כ הגיע לידי ספר מחנה אפרים ומצאתי שהקשה ג"כ הקושיא שהקש' בספר קצה"ח הנ"ל וחילק בין כשהי' כבר מונח על מקום של שותפות דלא קנה ובין אם הביא מביתו חפץ והניחו על מקום שותפות דקנה כיון שיש שינוי רשות להוציאו מרשות לרשות ע"ש והנה בב"ב דף פ"ד ופ"ה מוכח דלא כותי' לכן נראה דהעיקר כמ"ש):

ג דאפי' קנין א"צ עש"ך סק"ו שכתב דפשוט הוא דקאי נמי אריש הסי' אשאר שותפין וכו' משמע מדבריו דלדעה זו בכל שותפים אפי' נשתתפו במטלטלין כגון שיש לזה דבש ולזה יין תיכף שדיברו ביחד שיהי' הכל בשותפות א"צ קנין ונקנה לזה חצי היין ולזה חצי הדבש והוא תמוה בעיני טובא דהא עיקר טעם דברי הפוסקים הללו הוא משום דאמרינן דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה כמבואר בסי' ר"ז סעיף י"ג בהג"ה ואם נאמר דסברא זו שייך גם במטלטלין א"כ קשה במחליף שור בפרה דנימא ג"כ אגב דבעי לקנות גמר ומקנה ולא יצטרך שום קנין ובהדיא אמרו כיון שמשך זה נתחייב זה בחליפיו מבואר דקודם משיכת האחד לא נקנה כלל ולא מצינו סברא זו דאגב דבעי לקנות גמר ומקני רק בדשלב"ל ואין הקנין נתפס בו כלל וא"א לקנות בקנין שאין קנין תופס בו ומחמת שרוצה לקנות וא"א לו לעשות קנין גמור ומקנה לחבריו בלא קנין כדי שיהי' יכול לקנות מחבירו ג"כ בלא קנין כמ"ש הסמ"ע בסי' ר"ט ס"ק למ"ד וכן באסמכתא שא"ר להקנות עכשיו רק באסמכתא כגון במשחק בקוביא בסי' ר"ז סעיף י"ג בהג"ה וכן בסי' קע"ג גבי גורל וכיוצא דא"י עכשיו מה להקנותו שייך לומר אגב דבעי לקנות גמר ומקנה אבל בדבר שדעתו להקנות מיד ואפשר בקנין ובמשיכה להקנותו מיד לא שייך לומר אגב דבעי לקנות גמר ומקני כיון דמיחסר משיכה ואדרבא אמרינן אלו הי' גמר ומקנ' היה עושה קנין גמור

ועמ"ש בסי' ר"ז סעיף י"ג ראיה לזה וכן בשותפין נראה דאם מתנין על דשלב"ל כגון חייטין או כל מקח שיבוא לכאן נהיה שותפין נגמר בדיבור בלא קנין וכן אם מתנין כל הריוח שיגיע לידינו הן ע"י מו"מ שלי או מ"מ שלך נחלוק או שמתנו שיעסוק כ"א במעות שלו ויחלקו הריוח מהני בדיבור בלא קנין דנעשו כשכירי' זל"ז וכן בחיוב הגוף שייך לומר גמר ומתחייב דחיוב מהני כשמחייב עצמו בחיוב גמור ואף בכה"ג נראה דבעינן דוקא שככר התחילו להתעסק דלא עדיף מפועל שיכול להחזיר קודם התחלת המלאכה וכן במתנין כל מקח שיגיע לכאן נהי' כולנו שותפין קודם שבא המקח לעיר יכול לחזור כמו בסי' קע"ג דמאן דס"ל הגורל קונה דודאי יכול לחזור בו קודם שיטילו גורל וכן בשני חייטין נראה דבעינן התחלת מלאכה דלא עדיפי מפועל אבל אם רוצין להקנות שיהי' גוף היין והשמן נקנה מא' לחבירו על שותפות ודאי בעינן קנין כיון דרוצה להקנות לו גוף הדבר שיהי' מעכשיו שלו לענין אונסין ולקנות בו עבדים וקרקעות נראה דבעי קנין גמור ולולי שמדברי מהרי"ק משמע דאפי' בדבר מהני קנין אמרי' אגב דבעי למיקני וע"כ צ"ל דנשתתפו שאני דאגב דצייתי אהדדי גמרי ומקני אפילו כדבר הבא לעולם:

ד לענין מה שירויחו תמי' לי דהא לקתה מדת הדין דאם ד"מ עשו שותפות על שנה ואח"כ נזדמן לראובן מלאכה והרויח מנה בחודש ראשון ולשמעון לא נזדמן כלל ובחודש שני נזדמן לשמעון ג"כ מלאכה בריוח מנה ואמר שמעון קודם שהרויח שחוזר בו לענין מה שירויח ויצטרך ראובן לחלוק עמו במה שהרויח כי במה שהרויח א"י ראובן לחזור וממה שירויח יכול שמעון לחזור ועוד כיון שזה א"ר ליתן לא' מה שירויח באותו שעה מה"ת יתן לו הוא מה שהרויח הא הוא לא רצה להשתתף עמו וליתן לו ריוח שיהי' לו אף מיום אחד כי אם בשכר שיתן לו ג"כ הריוח שירויח כל השנה וכ"כ המהרי"ק שורש קפ"א בהדיא וז"ל דאפי' הרמב"ם מודה בזה דלאו כל כמיני' שיהנה משותפות בתחלת השותפות והם לא יהנו ממנו בזמן אשר כיונו אליו וכו' אף שיש לחלק ששם הוא ידוע שאח"כ יהי' שוה יותר משא"כ כאן שכל יום הוא ספק שוה מ"מ נראה כיון שאם שכר לפועל על יום והבטיח ליתן לו בעד שכר פעולתו המציאות שיגביה באותו יום דודאי ג"כ יכול לחזור בו קודם שיגבי' המציאה ולומר לעצמי אני מגביה אותו ומ"מ צריך ליתן לו דמי שווין לפועל דהא מבואר בסי' של"ב דאם הבטיח ליתן לו חפץ בשכרו דאע"פ שלא קנאו וא"צ ליתן לו החפץ מ"מ צריך ליתן לו דמי שווין וכן כשהבטיח ליתן לו בשכר פעולתו דשב"ל צריך לו ג"כ דמי שווין כמ"ש שם וא"כ ה"נ כיון דכ"א הוי כמו בעה"ב ופועל לחבירו א"כ כשנוטל ראובן הפעולה משמעון הוי ראובן כמו בעה"ב של שמעון ומחוייב ליתן לו בעד שכר פעולתו כל מה שירויח במלאכתו בשנה ההיא כמו שהבטיח

ליתן לו בעד שכר פעולתו ומה בכך שיכול לחזור בו מהפעולה הא מגוף החפץ ומדבר שלב"ל ג"כ יכול לחזור בו ואפ"ה מחוייב ליתן לו כל דמי שווין ואף אם הבטיח ליתן לו כל פירות שיוציא דקל זה בשכרו ואח"כ נתברך הדקל והוציא הרבה מחויב ליתן לו הכל בשכרו כמש"ל וה"נ דכוותיה לכ"נ דכוונתו כך הוא דא"י לחזור ממה שהרויחו דהיינו אם עשו שותפות עד זמן קבוע דהדין דכשהגיע הזמן שמחוייבין לחלוק במה שהרויח כ"א ואח"כ לא רצה ליתן אחד לחבירו הריוח שהרויח קמ"ל דא"י לחזור וכשהגיע זמן חלוקה צריכין לחלוק בשוה ואף גוף החפצים שת"י כ"א שזכה בו כשכר פעולתו זכו בו שניהם והוא של שניהם משא"כ במה שירויחו יכולין לחזור היינו אם בא לחזור קודם שנטל שום ריוח:

ה לענין מה שהרויחו עש"ך ס"ק ח' ומקודם אציע לפניך שיטות הפוסקים דעת הרמב"ם דשותפין בדשב"ל מהני משיכת המטלטלין אפי' לענין שלא יוכלו לחזור בהן להבא ול"ד לפועל שיכול לחזור בו מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק מ"ד דכיון ששניהם מתעסקים אין שם עבד על א' מהן והן כהתחילו לישא וליתן ובדשלב"ל כגון אומנין אפילו קנין לא מהני ויכולין לחזור בהן אפי' ממה שהרויחו דדמי לפירות דקל דקיי"ל אפי' משבאו לעולם יכול לחזור בו כמ"ש הש"ך ס"ק ה' שיטת הראב"ד דק"ס מהני אפילו בדשלב"ל מטעם דהקנין חל על גוף הידים למעשה ידיהם כמו בדקל לפירות דהיינו שכל מה שיעשו ידיו יהי' לחבירו החצי כמו ביקדשו ידי לעושיהן וממילא לא דמי לפועל ואינן יכולין לחזור אפילו להבא ובלא קנין לא ראינו דעתו שיטת הרשב"א בק"מ ס"ל כהראב"ד ובלא קנין פלוג על הרמב"ם בתרתי דבשאר שותפין ס"ל להרמב"ם דבהתחילו לישא וליתן א"י לחזור אף להבא מטעם דל"ד לפועל כנ"ל והרשב"א חולק וס"ל דדמי לפועל ויכולין לחזור מכאן ולהבא ואף דהרשב"א לא כתב זה רק באומנין מ"מ לפי הטעם שכ' ופועל יכול לחזור בו ולא ס"ל טעם הסמ"ע שכ' בס"ק מ"ד אף בשותפין בדשב"ל יכולין לחזור דהוא ג"כ כפועל דמי ובאומנין ס"ל להרמב"ם דיכולין לחזור אפי' ממה שהרויחו והרשב"א חולק וס"ל דכנגד מה שהרויחו אפי' בלא קנין א"י לחזור מטעם דדמי למגביה מציאה לחבירו שיטת הרמב"ם בדשלב"ל ס"ל כהרמב"ם דלא מהני קנין כמ"ש הטור בשמו ובדשב"ל ס"ל כהרשב"א ומהרי"ק שורש קפ"א כתב דגם דעת הראב"ד דבלא קנין א"י לחזור ממה שהרויחו אלא ממה שירויחו כדעת הרמב"ן והרשב"א. ומעתה יש לתמוה בדברי הש"ך הנ"ל שכתב דממה שהרויחו דוקא בקנין א"י לחזור וסיים דאין חילוק בין אומנין לשותפין הוא נגד שיטת כל הפוסקים דלכ"ע א"י לחזור ממה שהרויחו אפי' בלא קנין רק באומנין דעת הרמב"ם דיכול לחזור ולהרמב"ם אפי' קנין לא מהני

וגם סותר דברי עצמו שכ' בס"ק ט' דלשעבר מודה דא"צ קנין לכ"נ דט"ס יש בה בהש"ך וכצ"ל אבל לא לענין מה שהרויחו כבר אפי' בלא קנין גם מ"ש דממה שירויחו אפילו בקנין וסיים ע"ז שאין חילוק בין אומנין לשותפין הוא תמוה מאוד דהא סתם המחבר בסוף ט"ו דשותפין א"י לחלוק בתוך הזמן וכתב בד"מ משום דשותפין א"י לחזור אפילו כשלא היה קנין רק משיכת המטלטלים מטעם דל"ד לפועל כיון דמעותיהן נשתעבדו לעסוק בהן עד הזמן ואפי' אם נאמר דלא כתב זה רק כנגד אומנין ומה שמסיים דאין חילוק בין אומנין לשותפים הוא רק כנגד מה שהרויחו מ"מ קשה דזה הוא רק דעת הרמב"ם והרמב"ן ובשאר פוסקים לא מצאתי זה דאפשר דכולם מודים להראב"ד דקנין מהני כמ"ש המהרי"ק ובתשו' מהר"א ששון ובתשו' מהרי"ט ח"א סימן ק"מ. ולענין דינא בשותפין בדשב"ל שנעשה בק"ס או אפי' ע"י משיכת המטלטלים דקנין גמור הוא כמ"ש המהרי"ט ח"א סימן ק"מ א"י לחזור אפילו להבא ובלא קנין רק כשהתחילו לישא וליתן דיכול לומר קים לי ברמב"ן ורשב"א דס"ל דיכול לחזור להבא אבל לענין מה שהרויחו לכ"ע א"י לחזור ובאומנין שנשתתפו דהוי דשלב"ל כשהיה בקנין נראה דיש לדון דא"י לחזור בו אף להכא כיון דהרמב"ם והרמב"ן יחידאי נינהו נגד כל הפוסקים וכן נגד מה שהרויחו נראה דא"י לחזור אפי' בלא קנין:

ו וכל מה שירויחו. עש"ך ס"ק ט עד אבל לשעבר מודה דא"צ קנין לא ידעתי כוונתו דהא גם להבא א"צ קנין רק התחילו לישא וליתן לא א"כ א"ש מ"ש דלשעבר מודה דא"צ קנין הא כל לשעבר התחילו לישא וליתן הוא וגם הלשון אין בידי ליישב בטוב וגם מה שהביא בשם תשו' מהרי"ק שורש קפ"א ושם לא כתב זה כלל לכן נ"ל שיש כאן חסרון הניכר וכצ"ל מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק י"א זהו לדעת הרמב"ם אבל לדעת הראב"ד שהביא הרב בהג"ה לא מהני בלא קנין לענין שלא יחזור להבא אבל לשעבר מודה דא"צ קנין ב"ב מהרי"ק שורש קפ"א וכן הוא באמת בדברי מהרי"ק:

ז יש להן אונאה ואם היה באונאה יתר משתות דהוא ביטול מקח נראה דאם היה קנין אחר לקיום השותפות שיהי' לזמן כגון התחילו לישא וליתן אז אף שנתבטל הקנין מהמטלטלין מ"מ השותפות קיימת עד הזמן רק שהוא מחוייב להשלים מעות או ליתן מעות אחרי' לעסוק עד הזמן אבל אם לא היה הקנין רק ע"י משיכת המטלטלין כמבואר בסעיף ב' כיון שהקנין נתבטל מחמת האונאה הוי כאילו לא משך כלל וגם השותפות נתבטל ויכולי' לחזור בהן:

ח בשוה לפי מניינם הרבה תמוה לי בדינים אלו.

א' כיון שכתב הסמ"ע ס"ק טו דכל סחורה שראוי לחלוק כשור לטביח' דמי והריוח

לפי מעות ומבואר בב"י בהדיא דלדעה זו אפי' קנו שור לחרישׁ' עומד לטביחה וטבחוהו דחולקין לפי מעות וא"כ קשה מה שסיים דאם המעות קיימים ועדיין לא הוציאו אותן פחתו או הותירו לפי מעות ומטעם שכתב הסמ"ע ס"ק טז משום דאף אם נשאר המטבע ביד כ"א הגיע להן הריוח או ההפסד משמע דאם כבר הוציאו המעות וקנו עסק בהמעו' שנשתתפו ומכרו העסק בעד מעות והותירו מחמת המטבע ששינ' המלך אחר מכירת העסק השכר בשוה וכ"כ הטור בהדיא ע"ש ולפ"ז קשה הא כל מעות כפירות הראויין לחלוק דמי ודמי לטבחו השור דהשכר לפי מעותיו ועל הטור ל"ק דהטור פסק דאפי' בפירות הראויין לחלוק השכר לאמצע משא"כ לשיטת רמב"ם קשה.

ב' קשה הא הרא"ש הקשה על שיטה זו מהא דלא משני רב המנונא המשנה דג' שהטילו לכיס שנשתתפו בפירות הראויין לחלוק ותי' דא"כ מאי קמ"ל ולכך משני זוזי חדתא ולעולם בשור לחרישה וכו' הרי מבואר בהדי' דלשיטתם אפי' כבר הוציאו המעות ונעשו מעות אחרים השכר לפי מעות והרמב"ם והמחבר כתבו דדוקא כשלא הוציאו המעות והוא היפך ממה שמוכרחין לומר לשיטת הרמב"ם כמו שמוכח מהרא"ש.

ג' קשה דהא ע"כ צ"ל דלסחור' שאינו ראוי לחלוק היינו שקנו כלי א' או מרגלית א' כמבואר בעיטור הביאו הב"י וסחורה הראוי לחלוק היינו שקנו שנים או שלשה א"כ קשה הא דאמר בש"ס דאם לקח זה בשלו וזה בשלו ונתערבו דנוטל לפי מעותיו ולפי שיטת הרמב"ם היינו מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק טז דאף אם היה ביד כ"א בביתו היה מגיע לו הריוח ודין זה כתבו הרמב"ם והרב בהג"ה דאם נשתתפו בפירות ועדיין הן בעיני' וכו' ולפי הנ"ל קשה דאמאי נקט לקח זה בשלו וזה בשלו הא אפי' לקחו בשותפות שלשה שוורים היו ראויין לחלוק והשבר לפי מעות.

ד' קשה מ"ש המחבר בסעיף ו' שאם עלה בו ריוח אחר שהגיע זמן חלוק' נוטלין לפי מעות וע"כ מיירי בסחורה שא"א למכור זה בלא זה כגון שור לחרישה ושם כתב הסמ"ע בס"ק טו הטעם משום דהחלקים מצורפים וא"א לזה בלא זה וכו' ולפ"ז אין שום סברא בין אח"ז חלוק' לקודם זמן החלוקה דהא מ"מ החלקים מצורפים ועוד דהוא סותר מ"ש בסעי' ח' בלקחו שור לטביחה והיינו לחלוק באיבריו כמבואר בלשון הרי"ף ומ"מ אם מכרוהו חי חולקין בשוה דמשמע אפי' אם נולד הריוח אחר שהסכימו לטביח' ולחלוק והוי כאח"ז חלוק'.

ה' קשה מ"ש הרמ"א דאם שינו ממה שהתנו בתחילה דנוטלין לפי מעותיהן וכתב הש"ך ס"ק י"ד דאף כשמכרוהו חי וזה סותר הדין המבואר בסעיף ה' דמכרוהו חי הוא לאמצע וכבר הקשה זה הב"י בטור וכן הפרישה ובפרישה הביא שבד"מ תי' זה ובד"מ הארוך

כתב וז"ל דאף שהלכה כרי"ף ורמב"ם מ"מ יכול להיות דין זה אמת מסברא דכיון ששינו בטל הריצוי הראשון והוי כאח"ז חלוק' ע"ש והוא תמוה מאוד דהאיך אפשר להיות דין זה אמת כיון שפסקו בסעיף ה' דבמכרו חי השכר לאמצע אף ששינו:

ו' קשה דהא הרי"ף בשערים הביאו הב"י כתב שיטה זו דאם שינה השכר לפי מעותיהן הוא מפרש זה שדברי רבה דס"ל בשור לחרישׁ' ועומד לטביחה ומכרוהו חי דלפי מעות וכתב בפרישה דהוא מטעם ששינה וא"כ לפי מה דקיי"ל כרב המנונא דאפי' בשור לחרישה ועומד לטביחה דהשכר לאמצע אלמא דאפי' בשינה השכר לאמצע:

ז' קשה קו' הרא"ש דהאיך פליגי הרי"ף והרמב"ם על ש"ס ירושלמי וגם לשיטת הש"ס שלנו מרויח כפי' הרא"ש:

ח' קשה קו' הט"ז דהאיך השמיט המחבר והרב בהג"ה שיטת התוס' והרא"ש וכל הפו' כמ"ש הטור ובאמת הוא תמיה גדולה כיון דכל הפו' לא ס"ל כהרי"ף והרמב"ם והר"ן וכ' דגם הרי"ף והרמב"ם ס"ל לענין סחורה כהרא"ש רק בטבחוהו פליגי וכאן השמיט דעתם לגמרי:

ט'קשה קו' הסמ"ע בס"ק טו על הע"ש: לכן נלפע"ד לפרש באופן שיתיישבו כל הקו' ומתוך דברינו יתיישבו עוד כמה קו' ויתחדשו ג"כ הרבה דינים דהש"ס דכתובות והש"ס ירושלמי שמביא הרא"ש משני ענינים מיירי. ולא ראי זה כראי זה דהיינו דהש"ס דכתובות מיירי שקנו שור לחרישה ועומד לטביחה והיינו שנמלכו לטבחו או לקחו מתחילה לטביחה ולחלקו באיבריו ומכרוהו חי:

י' כמ"ש הרי"ף ובזה ודאי ל"ש טעם המבואר בירושלמי דהיינו מדלא אתנו דהא לקחו אדעתא דלחלקו תיכף לאיבריו ומה היה להם להתנות כיון שלא לקחוהו אדעתא דלמכרו ולהרויח בו רק לחלקו ביניהם לאיברים וכן בשור לחרישה כשלא קנהו להתעסק להרויח רק לחרוש כ"א לעצמו או להשכירו בזה ג"כ ל"ש טעמא דלא אתני כמ"ש הרא"ש שהרי לקחוהו אדעתא לחלקו בימים לחרישה וע"כ הא דשכר לאמצע הוא רק מטעם שכתב הסמ"ע בס"ק טו כיון דהחלקים מצורפים כשמכרו חי וא"א להרויח בחלק המרובה בלתי אם יהי' החלק המועט עמו ומש"ה כשטבחוהו ומכרו הבשר שאפשר להרויח גם בחלק המרובה לבד אף שמכרו ביחד נוטלין לפי מעותיהן (ונידון הריוח בשור לטביחה ומכרו חי שעלו עד המכירה יתבאר לקמן) ובש"ס ירושלמי מיירי בנשתתפו במעות לקנות סחורה הראוי לחלוק ולמכור על זמן ובזה ל"ש טעם הסמ"ע דהא החלקים אינם מצורפים בסחורה אמנם בנשתתפו בסחורה שייך טעם הירושלמי כיון דנשתעבדו זל"ז לעסו' בכל הסחורה לזמן ואפי' בלא זמן רק שנשתתפו לקנות ולמכור וממילא נשתעבדו

זל"ז גם להטריח ולמכור וא"י לכוף לחלקו קודם שימכרו הסחורה דנעשו כפועלים זל"ז (והא דמבואר בסי' זה סעיף טז דאם נשתתפו סתם שחולקין כ"ז שירצה א' מהן הוא רק על אופן שפי' שם אבל אם פי' שמחוייבין להתעסק ולמכור הסחורה הוי כקבעו זמן שהיו שותפים ויתעסקו שניהם במכירתן עד שיומכר וכן משמע בסעיף כב וע"מ כן נשתתפו שיעסקו שניהם זה כזה בשוה) ובזה שייך שפיר טעם הירוש' דהשכר לאמצע מטעם שיכול לו' כיון שנשתעבדתי לעסוק בשוה ודאי אדעתא ליקח החצי נשתתפתי מדלא אתני דבלא"ה בודאי לא נשתעבדתי להיות אגוד בך ודאי אדעתא דחצי נשתתפתי ואת' מדלא התנית להיפך ע"כ גם כוונתך היה כן אבל בקנו סחורה בשותפות אדעתא לחלק מיד או בשור לטביחה לחלקו באיבריו מיד וטבחוהו שאז אין החלקים מצורפים ובא א' ונתן ריוח על הכל בפ"א ודאי דהשכר לפי מעות כיון דלא נשתעבד בעל המועט לעסוק בחלק המרובה מה"ת נאמר שהיה דעתו להקנות לו יותר מהמגיע לו. ולפ"ז אתיין דברי הרמב"ם והש"ע כפשוטו דבסעיף ה' במ"ש השותפין שהטילו לכיס זה ק' וזה ר' ונתעסקו כולם ופיחתו או הותירו השכר לפי מניינ' כוונתו על עסק סחורה והיינו דינו של הירוש' ומטעם המבואר בירוש' דהיינו מדלא אתני ואח"כ כתב ואפי' לקחו שור לטביחה דהיינו לחלוק באביריו מיד דבזה ל"ש טעם הירושלמי כנ"ל מ"מ אם נתנו להם ריוח על שמוכרין אותו חי הריוח לאמצע מטעם המבואר בסמ"ע משום דהחלקים מצורפים והוא הדין הנלמד מש"ס דילן מכתובות צ"ג ואח"כ כתב בד"א וקאי על הרישא בעסקו בסחורות שנשתתפו לעסוק בשותפות ודין זה שייך אפי' בשור לטביחה כשלקחוהו להתעסק בו להשביחו עד הזמן דהשכר לאמצע וע"ז קאי הבד"א כשנו"נ במעות שנשתתפו אבל אם המעות קיימי' וכו' פי' אף שעדיין לא כלה זמן השותפות והן מחוייבים לעסוק במעות ולקנות סחורה וא"א לו לחלק עצמו וכסחורה שא"א לחלוק עצמו דמי והיה ראוי להיות השכר לאמצע מדלא אתני וע"ז כתב דמ"מ הרויח לפי מעות ומטעם שכתב הסמ"ק ס"ק ט"ז ע"ש אבל הריוח במעות שבאו אחר שני"נ קודם זמן חלוק' דל"ש טעם הסמ"ע שכתב בס"ק ט"ז השכר לאמצע ול"ק שוב קושי' א' וגם קושי' הב' מיושב כיון דגם הרי"ף והרמב"ם מודים לדין הירוש' ולכך משני בזוזא חדתא דאף דשייך טעם דלא אתני מ"מ הרויח לפי מעות מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק ט"ז כיון דאם היה בביתו וכו' משא"כ אי מיירי מתני' בשור לטביחה וטבחוהו קשה פשיטא וגם קושיא הנ"ל מיושב דבלקחו זה בשלו אף דלקחו לסחורה להטריח בו דשייך טעם הירוש' מ"מ הרויח לפי המעות מטעם שכתב הסמ"ע הנ"ל משא"כ בנשתתפו במעות וקנאו דל"ש טעם הסמ"ע הריוח לאמצע ואח"כ בסעיף ו' כתב עוד דאם עלה ריוח אחר זמן חלוקה דהריוח לפי מעות וקאי רק

על עסק סחורה פ' דלא נאמר כיון דמעיקרא היה השותפות על קביעות זמן וממילא הי' אדעתא שיהיה הריוח לאמצע א"כ מה בכך שכבר עבר החלוקה נימא דאדעתא דמעיקרא המשיכו השותפות קמ"ל דלא רק כיון שהריוח עלה אחר שכבר אינן משועבדין זה לזה הוא לפ מעות ולא קאי כלל אהא דמכרוהו חי דבהא אפי' אח"ז חלוקה הריוח לאמצע מטעם החלקים מצורפים וכנ"ל ומיושב קושיא הד' וע"ז כ' הרב בהג"ה דה"ה אם שינו נוטלין לפי מעות פי' דקאי ג"כ רק על עסק סחורה ולא אמכרוהו חי דלא כמ"ש הש"ך דמכרוהו חי כבר מבואר בסעי' ה' דהוא לאמצע ואפי' שינו וכמש"ל רק דקאי על עסק סחורות והכוונ' בשינו מעיקרא עשו שותפות על זמן או להוליכה למקום פ' ואח"כ נמלכו שלא לעסוק בה רק למכרה תיכף ואח"כ עלה בו ריוח (ולענין הרויח שעלה קודם השינוי יתבאר לקמן) וקמ"ל דלא נימא דדוקא בשור לחרישה ונמלכו לטביחה ולחלקו הדין כך דלפי מעות משום דשם עיקר הטעם דהשכר לאמצע משום דהחלקים מצורפים וכיון שטבחוהו ואין החלקים מצורפים השכר לפי מעות משא"כ בסחורה דהטעם דודאי אדעתא דהכי נשתתפו שיהיה הרויח למחצה א"כ מה בכך שהסכימו למכרה תיכף מ"מ במה נמחל חלק ריוח המגיע לו וגם ל"ד קצת לאחר זמן חלוקה דשם לא נחתו מעיקרא אדעתא דלאמצע רק עד הזמן משא"כ כאן דהוא באמצע הזמן שקבעו מתחלה והי' ראוי להיות השכר לאמצע לזה כתב הרב בד"מ ובהג"ה כאן דהוי כמו אח"ז חלוקה וזהו כוונת הרי"ף בשערים דלומד דין זה מרבה אף דהלכה כר"ה כי כוונתו הוא רק שמרמה עסק בסחורה לשור דבשור לחרישה ועומד לטביחה ולא מכרוהו חי אפילו ר"ה מודה אף שהשותפות הראשון היה אדעתא דלאמצע מ"מ כיון שטבחוהו ונתבטל הטעם לכך הוא לפי מעות ה"נ גבי סחורה אם נתבטל הטעם הא' הוא לפי מעות אבל אם ביטלו הריצוי הא' ונתרצו לעסוק בעסק אחר ג"כ על קביעת זמן ודאי דהוא לאמצע ולא יהא אלא נשתתפו מחדש עד זמן דודאי השכר לאמצע ומיושב קושיא הה' והו' ולפמ"ש ל"פ הפוסקים כלל דבלקחוהו לטביחה כדי לחלוק באיבריו וטבחוהו בגוונא שכתב הרי"ף אף הרא"ש מודה דהריוח לפי המעות דהא ל"ש הטעם שכתב הרא"ש דהא לא נשתתפו אדעתא דלהתעסק למכור כלל והרא"ש שכתב דאפי' טבחוהו השכר לאמצע מיירי בלקחו להתעסק להשביחו עד הזמן דשייך טעם דלא אהני ובזה אף הרי"ף מודה וכמש"ל וזהו סברת הר"ן שכתב דהרי"ף והרמב"ם מודים רק בטבחוהו לחלוק הכשר ומתחילה לקחו לכך פוסק הרי"ף כן ובזה אף הרא"ש מודה וכמש"ל ומיושב קושי' הז' והח' והט':

ט לא לפי המעות. עסמ"ע ס"ק ט"ו עד סחורה שאינו עומדת לחלוק אלא למוכרה יחד וכו' נראה מדברי הסמ"ע שמפרש סחורה שאינו עומדת לחלוק היינו שא"א לחלק כ"א בטענת גא"א כגון מרגלית אחת ובזה הי' אפשר ליישב דברי רש"י בכתובות גבי לקח זה בשלו וזה בשלו שפירש"י שקנה זה שוורים כחושים וזה בריאים ותמה שם המהר"מ שיף דאמאי לא פירש"י לקח זה שנים וזה אחד ולפי הנ"ל א"ש דמשמע מהברייתא דדוקא לקח זה בשלו וזה בשלו הוא דלפי מעות הא אם לקחו בשותפות השבר לאמצע ואי קנו זה שנים בק' וזה אחד בנ' הרי היא כשני דברים שמלאכתן שוה ודמיהן שוה דיש בו דין חלוקה והוי בסחורה הראויים לחלוק דהוא לפי מעותיהן אף שקנו בשותפות מש"ה פי' רש"י דזה כחושים וזה בריאים דסל כהיש מי שחולק שהביא לעיל סי' קע"א סי"ג דיפה ורעה כשני מינים דמי והוי כסחורה שאינו ראוי לחלוק והי' ראוי להיות השכר לאמצע אם קנו בשותפות לזה נקט הברייתא שפיר דוקא בקנו זה בשלו וזה בשלו דאז הוא לפי מעות אף שא"ר לחלוק מטעם שכתב הסמ"ע בס"ק ט"ז ומ"מ נ"ל העיקר כמש"ל דהיינו במקום דשייך דלא אתני השכר לאמצע רק במקום שקנה סחורה לחלוק תיכף ולא להטריח תליא באם שהרויח עולה במה שמוכרין אותו ביחד וא"א להרויח בזה בלא זה כמו בשור לטביחה ומכרוהו חי השכר ג"כ לאמצע ויש לפרש ג"כ כוונת הסמ"ע כן במ"ש וז"ל סחורה שאינו עומדת לחלוק אלא למוכרה יחד כוונתו שא"א ליקח ריוח כ"כ כשיחלקוה א"כ החלקים מצורפים להריוח שמקבלין מחמת מכירתו ביחד דאילו ריוח שעלה שאפשר ליקח ריוח כזה אפי' אם יהי' נחלק נגד ריוח כזה דינו כמו ריוח שעלה על סחורה שאפשר לחלוק:

י וכ"ש אם נשתתפו בפירות עסמ"ע מ"ק ט"ז שכתב הטעם במטבע וז"ל שאף אם היה המטבע נשאר ביד כ"א הגיע להן הריוח או ההפסד ובפירות ג"כ מהאי טעמא ותמי' לי דא"כ אם נשתתפו במטבע או בפירות שאינן שווין ולא עלה הריוח רק על הפירות או המטבע של בעל המועט ולפי טעם הסמ"ע נוטל הבעל המועט הכל דהא אם הי' נשאר בידו היה נוטל הכל ומלשון המחבר שכתב נוטלין לפי מעותיהן ולא חילק משמע שאפי' אם עלה הריוח על המטבע ועל הפירות של בעל המועט נוטל בעל המרובה לפי מעותיו וכן אם היה ההפסד רק על מעות של בעל המרובה צריך בעל המועט ליתן חלקו ועוד דא"כ בשותפתייהו מאי אהני להו ועוד לפי טעם הסמ"ע אם הניחו בחנות המשותף ונגנב שם דלא שייך טעם זה דאם הי' בביתו וכו' ואפ"ה כתב המחבר דבנגנבו חולקין לפי מעות ולא חילק. ולכ"נ דגם הסמ"ע מודה דאפי' לא עלה ריוח רק על חלק א' אפ"ה הוי לפי מעות משום דתיכף כשמשך א' או הגביה המעות של חבירו נקנה לו בשל חבירו

לפי מעותיו ונעשה שלו להרויח או להפסיד רק שא"א לומר שיהא לאמצע כ"א במקום שהרווח עלה ע"י טירחא דידהו מטעם שי"ל כיון דנשתעבד בעל המועט לטרוח כמו בעל המרובה משא"כ הריוח שעלה על מה שהוא בעין בלי שום טירחא דידהו בודאי היה דעתו שיהי' לפי מעותיהן כיון דלריוח כזו א"צ טירחא דאי היה בביתו היה ג"כ הריוח זה בודאי מגיע להם כפי המעות דהא קנה כ"א בשל חבירו לפי מעותיו דאלת"ה אין להם שותפות בעודו בעין ובשותפותייהו מאי אהני להו אמנם נראה דאפי' הריוח או ההפסד העולה כשהן עדיין בעין מ"מ אותו הריוח שעלה שלא היה באפשרי להרויח בזה בלא זה כגון שאין נותנין הריוח רק מחמת שמוכרין הכל ביחד דודאי השכר לאמצע מטעם שכתב הסמ"ע דהחלקים מצורפים והטעם שכתב הסמ"ע בס"ק זה דאף אם היה ביד כ"א בביתו ל"ש כאן דהא אין נותנין ריוח רק מחמת מכירה הכל ביחד דוקא. ואם קנו קרקע בסתם ואין בו דין חלוקה ואחד נתן יותר נראה דיש חילוק דאם קנו לדור בעצמם ואח"כ מכרוהו והרויחו הריוח לפי מעות דהטעם דהחלקים מצורפים לא שייך בקרקע כמ"ש בתשובת מיימוני לס' קנין סי' מ' ע"ש וגם הטעם שכתב הרא"ש דידע בחבירו שהוא חריף ובקי ועי"ז ירויח יותר ל"ש ג"כ דהא לא קנהו אדעתא דלהרויח אבל אם קנאוהו רק אדעתא דלמוכרה ולהרויח בו השכר לאמצע. אך קשה להטעם שכתבו דהשכר לאמצע משום דהחלקים מצורפים מהא דבכור ופשוט שהניח להם אביהם עבד ובהמה טמאה דעובד לזה יום אחד ולזה שני ימים וכתבו התוס' הטעם דל"ד לשותפין בשור לחרישה דשא"ה דע"ד כן נשתתפו משא"כ בירושה דממילא ולפי טעם זה קשה דהא מ"מ החלקים מצורפים וא"א להרויח בזה בלא זה אמנם נראה ליישב קושי' התוס' בענין אחר כי בלא"ה תי' התו' דחוק לפענ"ד וליישב בפשיטות נראה דהש"ס הכי מקשה כיון דבכור אין לו פי שנים בשבח שקודם חלוקה ודוקא מפר' מוחכרת ביד אחר יש לו פ"ש אבל אם עברו בה היתומים בעצמם אין לו לבכור פ"ש כמבואר בב"ב ד' קכ"ד ברשב"ם ד"ה אף מוחכרת אם לא בבכור שמיחה ורוצה לחלוק והפשוט אינו רוצה ומטעם גזלן כמבואר בב"ב ד' קכ"ו ברשב"ם ד"ה אמר רבה מסתברא ולזה מקשה הש"ס שפיר למאן דלא ס"ל ?נא"א ואין בו דין חלוקה כלל ממילא אין לו לבכור קודם חלוקה בהשבח ששיבחו היתומים ולא שייך כאן בכור שמיחה כלל דהיינו שרוצה לחלוק כיון שאין בו דין חלוקה וע"ז משני שאני אומר דעובד לזה יום א' ולזה שני ימים דהיינו שיש חלוקה בזמן וכמבואר לעיל סי' קע"א סעיף ח' וכיון דמשכחת בו חלוקה ממילא יכול הבכור למחות ולומר שרוצה בחלוקה ואז אפי' אם יחרשו היתומים בעצמם מגיע לבכור פ"ש כדין בכור שמיחה ולפ"ז אם לא מיחה אין לו פ"ש בהשבח וזהו דוקא בבכור דאינו

נוטל בשבח אבל בשאר שותפין שקנאו בתחלה לחלקו לימים ודאי דפשוט הוא דהשבח לפי מעותיהן ובסתם השכר לאמצע אבל לפ"ז אם א' מהאחים הי' לו בהמה בשותפות עם אביו ואח"כ מת אביו וירש החצי של אביו עם אחיו דאז יש לו ג' חלקים בהפר' ולאחיו חלק רביעית אז השכר חרישה לאמצע כשחרשו סתם דהוי כנשתתפו לחרוש כ"ז שלא חלקו דהשכר לאמצע אמנם מדברי הפוסקים משמע כהתו' דכ"ז שלא נשתתפו מדעת דהוי כלקח זה בשלו וזה בשלו כמ"ש המרדכי:

יא ל"א שישלם מביתו כו'. עיין ש"ך סקי"ג ושם יש ט"ס וכצ"ל שלא מכח מו"מ ובסי' צ"ג מיירי דההפסד בא מכח מו"מ ולכן אם ידע השותף וכו' אמנם כבר כתב הט"ז שראה מי שמחלק בזה ואין טעם לחילוקו ולפעד"נ דהנה אף דבלקחו שור לטביחה ומכרו חי דהריוח לאמצע ודאי דהרויח שעלה על הטביחה קודם שמכרו אותו חי אותו הריוח היא לפ"ע מעותיהן דהיאך יעלה על הדעת דאם השביחו השור לטביחה ויש בו ריוח מנה דהדין הוא שמחלקו לפ"ע המעות ואם יש לאחד רק חלק עשירית בהשותפות אינו מגיע לחלקו מהריוח רק חלק עשירית ועתה נזדמן סוחר שנותן דינר א' יותר לקנותו חי והסכימו למוכרו חי בכדי שלא להפסיד הדינר וכי נאמר משום שמכרוהו חי כדי להרויח הדינר דשוב יחלוקו המנה ויטול זה נ' וזה נ' ודאי לא ניתן להאמר כלל א"ו דהריוח שעלה בלא מכירת חי הוא לפ"ע המעות רק מה שהרויחו משום מכירתן חי הוא לחצאין ולזה הדעת נוטה דהחלקים מצורפים והלה היה יכול לעכב מכירת החי וא"א להרויח לזה בלא זה להכי הוא לאמצע וכן בשינוי שכתב הרב בהג"ה הסברא נותנת דהריוח שעלה עד השינוי הוא לאמצע רק משינוי ואילך הוא לפי מעות דמה לנו לקלקל הריוח שעלה עד הנה ועוד נראה דאם לקחו שור לחרישה ונטלו שכר בחרישה י' זהו' וחלקו לאמצע אף שלא היה לאחד רק חלק עשירית ואח"כ טבחוהו והי' להם היזק י' זהו' מהקרן ובטבחוהו הדין דהוא לפ"ע המעות ואינו מגיע על בעל המועט הפסד רק זהו' א' אינו מן הדין שיהי' לזה ריוח ולזה היזק מהקרן דרווחא לקרנא משתעבד ובודאי לא הי' דעתם לחלוק בריוח אף אם יהי' היזק אח"כ בקרן ובודאי מקודם צריך שיתמלא הקרן וזה איירי הדין שבסי' צ"ג שכבר חלקו בהריוח ועתה טוען שכנגדו שהי' היזק בהקרן וממילא מחויב להחזיר מה שנטל יותר וע"ז פסק דאינו מהנשבעין ונוטלין:

יב שאם נגנבו. עש"ך ס"ק ק"ו שהקשה דהא תוספתא ערוכה הוא הביאו הר"ן בגיטין פ"ק ולפענ"ד לק"מ דבתוספתא לא מיירי משותפין רק משני' שהטילו מעותיהן לכיס אחד והכא מיירי שעשו שותפו' שדינו שכל היזק הוא למצחי' רק היזק שהוא כשעדיין בעין מה שנשתתפו הוא לפ"ע מעותיהן ומטעם שכ' הסמ"ע ס"ק ט"ז ואף דלענין גנו"א לא

שייך טעם זה. ה"א דהוא לאמצע קמ"ל הרמ"ה והרב דמ"מ מסתברא דהוא לפי מעותיהן כיון שלא נשתנה המעות שנשתתפו:

יג ה"ל כשנים שהטילו לכיס. בקצה"ח כ' דלפמ"ש בש"ך סי' קכ"ב דאם הבטיח למורש' שליש מן החוב דלא מהני משום דהוי דשלב"ל א"כ לא שם כלל בקרן דהא יכול לשלם לו מביתו אותו השליש וגם הקשה מסי' של"ב דאם הבטיח לו חפץ בשכרו דלא קנה ע"ש. ולק"מ דודאי אם א' אמר לחבירו קנה סחורה במה שאתה חייב לי ויהיה בשותפות וקנ' אדעתא דשותפות ודאי דקנ' המשלח כמבואר בסי' קפ"ג ואפי' אם לא נתן לו כלום וקנה אדעתא דשותפות קנה וא"כ ה"נ לו יהא שלא קנה אותן הי' זהו' שקיבל רק שחייב לו ג' זהוב ואמר קנה סחורה אדעתא דשותפות וקנה נקנה לשותפות:

יד אומר שמעון שלא ליתן חלקו עמש"ל סעיף מ"א:

טו ולא הוי רק כש"ח. עש"ך (ס"ק) ט"ז שלכאורה סותר דברי עצמו דמתחילה כתב דלא הוי שומר כלל מטעם שכ' הרא"ש גבי שור שתפסו ניזק הביאו הש"ך וכן היא בש"מ ב"ק והטעם נראה פשוט דהא ודאי כשקיבל עליו בפי' להיות שומר ודאי דהוי שומר רק דמיירי שהכניסו מעצמו לרשותו בסתם דאע"ג דשאר אדם שהכניסו של חבירו בביתו הוי שומר היינו משום דודאי לשמור הכניסו משא"כ בשותפין די"ל שהכניסו לשמור חלקו ולא קיבל שמיר' כלל על חלק חבירו ול"ה שומר כלל ואין עליו אפי' שבועת שומרים ואח"כ הביא בשם מהר"מ אלשקר דטעם הפטור הוא משום דהוי שמירה בבעלים משמע דעכ"פ שומר הוי דאלת"ה ה"ל להקשות בפשוט הא לא הוי שומר כלל וכן מוכח בש"ס ב"ב דף מ"ג דמקשה ואמאי שמירה בבעלים הוא לכ"נ דודאי כשכ"א מתעסק בהחצי בביתו כמ"ש הרשב"ם שם וכיון דשותפין נעשו שכירין זה לזה וכ"א מחויב להתעסק בחלקו ולשומרו ודאי דהוי שומר דבכל חלק חצי שלו וחצי של חבירו וכל א' מחויב לשמור חלקו וחלק חבירו דאפי' ש"ש נרא' דהוה דהא שכירים זל"ז הן אפילו בלא אמר שמור לי ואשמור לך למחר ועוד נרא' דהוי ש"ש מטעם שכתב הט"ז בי"ד סי' קע"ז ס"ק ט' ע"ש וכן מוכח מהש"ס דמקשה שמירה בבעלים הוא ולא מקשה אמאי הוי ש"ש אלמא דאפילו בלא אמר שמור לי ואשמור לך למחר הוי ש"ש ולא מיפטר רק מטעם שמירה בבעלים ובכיוצא בזה מיירי מהר"ם אלשקר משא"כ הכא מיירי המחבר שהכניס הכל לביתו ל"ה שומר כלל שלא קיבל שמירה על חלק חבירו כלל די"ל לחבירו הי' לך לבוא ג"כ לשומרו וכשאין אתה שומר חלקי גם אני איני מחוייב לשמור חלקך ובזה כתב הש"ך דלא שומר כלל והא דמביא ראיה מדברי מהר"ם אלשקר לדברי אף דלדברי הש"ך אינו שומר כלל והמהר"ם ס"ל דהוי שומר רק שהוא שמיר' בבעלים עיקר ראייתו

הוא מלשונו שכתב ולעולם לא הוי כש"ש וכו' דלא נימא הא דאמר בש"ס דא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר היינו דסתם שותפין הוי כאומר כן כיון ששמר אחד היום יכול לכוף לחבירו לשמור למחר והוי כשמור לי היום וא"כ ממילא הוי ג"כ ש"ש אפילו כששומר לבד איזה זמן זע"ז מביא דברי מהר"ם אלשקר דכתב ולעולם לא הוי כש"ש וכו' א"כ הא דאמר בש"ס דא"ל הוא דוקא דא"ל בפי' וסיים שמדברי המחברים משמע דסתם הוי כך ולכך מביאו לסתור דברי המחברים ואין כוונתו במה שמביא דברי מהר"ם אלשקר להביא ראי' לדבריו רק מביאו לסתור דברי המחברים שהביא:

טז התחילו להתעסק ביחד. נראה דאם מתחילה בחודש ניסן לקח כ"א חצי לביתו להתעסק בו ולשומרו ואח"כ בחודש אייר התנו שיהיה כ"א מתעסק בכל הסחור' חודש שני ודאי דלא הוי שמירה בבעלים על החצי שלקח מהשותף השני לביתו כיון שבחודש שני לקח החצי שיהיה מונח בבית השני להתעסק בו ולשומרו הוי משיכ' חדשה שלא בבעלים על החצי השני והוי שמיר' שלא בבעלים וחייב לשלם רביע מכל הסך כי על חצי שהיה בביתו מכבר לא נסתלק ממנו שמיר' בבעלים רק על החצי השני נעשה שומר שלא בבעלים מש"ה משלם רביע מהסך כדמוכח בסימן שמ"ו סעיף י"ד ובסמ"ע שם ובט"ז כאן א"ו דמיירי שהיה כל הסחורה של שותפות בחנות המשותף ושמרו שניהם יחד בחודש ניסן ואח"כ בחודש אייר התנו שישב כ"א בחנות חודש אחד ואח"כ ישב השני בחודש השני ובזה א"ש מה שפסק דפטור דאין כאן לא משיכה חדשה ולא קבלת שמיר' חדשה שהרי מקודם היה ג"כ חייב לשמור הכל כדין שותף וא"ל דעכ"פ השני ה"ל שמיר' שלא בבעלים כיון שהפסיק ולא שמר חודש אחד בנתיים הוי כקבלת שמירה חדשה שלא בבעלים דז"א דהנה ודאי אם א' קיבל עליו שמירת סירוגין דהיינו ניסן וסיון ואב ובתחילת השמירה היה בבעלים דפטור בכל הזמנים כשנגנב וכן אם קיבל שמירה על שנה והיה שמירה בבעלים בתחילה ובאמצע השנה הפקידו ביד בעליו חודש א' או שכרו להבעלים לשמור חודש א' דכשחזר ומשכו לביתו לא הוי כמשיכה חדשה ופטור על כל משך הזמן דהא מבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק כ"ה דש"ש שהפקיד לבעלים ונגנב אצל הבעלים דהשומר חייב דאפי' כשהוא ביד בעלים הוי השומר שומר שכר וא"כ לא כלתה שמירתו הראשונה כשהוא ביד בעלים ומש"ה אזלינן בתר תחילת השמירה וכן אם פטרוהו הבעלים להשומר על איזה זמן בתוך זמן השמירה אף אם קיבלוהו הבעלים לביתו מ"מ תיכף כשהחזירו הבעלים להשומר חזר לשמירתו הראשונה ולא הוי כמשיכה חדשה דהא אפילו לא משכו מחדש והיה נשאר ת"י הבעלים הי' עליו ג"כ חיוב השמירה כיון שכלה זמן שפטרו מהשמירה ואף שעדיין הוא ת"י הבעלים

דשוב הוי כש"ש שהפקיד לבעלים דעדיין דין ש"ש עליו וממילא לא הוי שוב כמשיכה חדשה ומש"ה ה"נ כיון שהתחילו להתעסק ולשמור ביחד וכ"א שמירת כלו עליו וכ"א נתחייב בשמירת כלו עד כלות משך זמן השותפות ומש"ה אף שהתנו אח"כ שכ"א יפטור משמירת ה"א כשחזר לשמור בחודש שלו חוזר לשמירתו הא' דכיון דהתחלת שמירה ראשונה הי' בבעלים דין שמירה בבעלים יש להן בכ"ז משך השותפות:

יז הא' חייב עסמ"ע ס"ק כ"ו דכשנגנבו בשעה שנתעסקו ביחד דאין חייב הא' לשלם רק הרביע ועט"ז שתמה ע"ז דכיון ששניהם שומרים דאין על הא' לשלם לחבירו כלום דאם גדול וקטן שהן שותפין ישמרו ביחד ודאי דלא יתחייב הגדול לשלם לקטן אף דקטן פטור מדין שומרים וה"נ דכוותיה והט"ז תי' דמיירי לענין שאם אח"כ חזרו ונתעסקו בזא"ז דאז אם נגנב בשעה שעוסק הא' לבד חייב לשלם הכל ובשעה שעסק השני אח"כ לבדו בכולו פטור ולפ"ז צ"ל דמיירי שעוסקין שניהם בחנות המשותף משא"כ כשעוסקין כ"א בהחצי בביתו ולוקחו לביתו כשעוסק בו השני אח"כ לבד ככולו הוי משיכה חדשה אצל השני וחייב וכמש"ל ולפ"ז אפשר לקיים דברי הסמ"ע שכתב בעוסקים שניהם דהיינו שעוסק כ"א בהחצי בביתו דבזמן זה השני פטור כשנגנב אצלו החצי דהוי שמירה בבעלים ואם נגנב גם אצל הא' החצי שהיה בביתו חייב לשלם להשני החצי מהסך שהיה אצלו דהיינו רביע מכל הסך ועוד נראה דאפילו כששניהם שומרים בחנות המשותף ג"כ אפשר לאשכוחי גוונא שהא' יתחייב להשני רביע דהא ודאי אם התנו תחלה שיעסוק כ"א בחדשו והתחיל ראובן להתעסק בחודש ניסן ונתרצה שמעון והשאיל עצמו לראובן שיעסוק עמו בחדשו וא"כ ראובן בחדשו דינו כש"ש דהא התנו בתחלת השמירה שיעסוק כ"א בחדשו והוי כשמור לי היום ואשמור לך למחר דהוי כש"ש ושמעון שהשאיל עצמו בחנם הוי ש"ח דאז ודאי חייב ראובן בכל דהא אפילו הפקידו ראובן לשמעון שישמרנו לבדו היה ראובן חייב לשלם הכל כדין ש"ש שהפקיד לבעלים וכן בגדול וקטן כה"ג דהיינו שהתנו בשמור לי ואשמור לך ואח"כ השאיל עצמו הקטן לגדול לשמור עמו בחדשו הי' הגדול חייב לשלם הכל כיון דאין שמירה לקטן והגדול הוא שומר וחייב לשלם וא"כ ה"ה אם שכר ראובן את שמעון שיעסוק עמו בחדשו אפ"ה פטור שמעון דהוי שמירה בבעלים ודמי לקטן. וא"ל דא"כ יתחייב ראובן לשלם הכל דז"א דהא חפץ זה הוא חצי של ראובן וחצי של שמעון רק שראובן הוא שומר עליו ועל החצי שהוא של שמעון לא נפטר שמעון מטעם שמירה בבעלים כיון שראובן אינו בעלים של זה החצי רק שומר עליו וכמבואר בסימן שמ"ו סעיף י"ז מש"ה אין חייב ראובן לשלם לשמעון רק רביע מהסך דבחצי שהוא של שמעון שראובן ש"ש עליו גם שמעון

הוא ש"ש כמותו כששכרו לעסוק עמו בחדשו ול"ש בזה שמירה בבעלים ומ"מ לא חייב ראובן לשלם רביע וא"ל דלמה יתחייב ראובן לשלם אפילו רביע הא כששומרים ביחד אין עליו חיוב שמירה יותר מחבירו כמ"ש הט"ז דז"א דדוקא בשני שותפים ששומרין ביחד בתורת שותפות אין לאחר חיוב תשלומין על שמירתו יותר מחבירו אף שאחד אינו כן שמירה כמ"ש הט"ז דמסתמא היה דעתם שלא יהיה לאחד חיוב יותר מלהשני אבל כשאחד הוא ש"ש לבד כגון בחדשו ושכר אח"כ לשותפו לשומר עמו הוי כמסר לשומר אחר שכל שהשני אין עליו חיוב שומרין מן התורה האחד חייב וכן הדין אם השאיל עצמו שמעון לראובן בחנם לעסוק עמו בחדשו לענין פשיעה וכן נמי אם לכתחלה שמר כ"א לבד חודש א' היינו ניסן ואייר דשניהם הוי שמירה שלא בבעלים ואחר כך בחודש תמוז שחיוב השמירה הוא של שמעון ושכר שמעון לראובן שיעסוק עמו בחדשו ונגנב חייב שמעון לשלם לראובן רביע דלגבי חיוב ראובן מה שנתחייב מחדש לשמור עם שמעון בחודש תמוז הוי ראובן שומר בבעלים דהא שמעון משמר ג"כ חלקו בחודש זה ולפ"ז יש ליישב ג"כ ל' הטור שכתב ואם מתחלה נתעסקו בו כ"א לבדו וכו' שתמה עליו הסמ"ע בס"ק כ"ח ולפמ"ש א"ש וכוונת הטור במ"ש הראשון חייב היינו דכל אחד בחדשו מיקרי ראשון לגבי שני שהשכיר עצמו לשמור עמו בחדשו שהוא הוא שנתחייב ראשון לשמור בחדש זה וחייב לשלם לשני רביע:

יח חלקו השותפות לגמרי עיין ט"ז שתמה על זה דהא עיקר הטעם שכתב המהרי"ק דהוה ש"ש הוא משום דשותפים ש"ש הן ואחר החלוקה אין לו שום הנאה וע"כ דהך שמירה שייכא לשמירה שהתחילה בעוד שהשותפות קיימת א"כ הוי ג"כ שמירה בבעלים דבתחלה הי' השותף הב' ביחד ותי' דמיירי שאותו שנשאר בידו היה מתעסק תחילה קודם השותף הכ' דבתחלה לא היה עליו שום שמירה בבעלים ועדיין לא נפסק השמירה הראשונה שהיתה שלא בבעלים וסיים בצ"ע ע"ש ובאמת תמיהין דבריו מאוד דהא לא הוי ש"ש רק בהתנו בשמור לי היום ואשמור לך למחר דהוי כשכר שגם חבירו יצטרך לשמור חלקו למחר והכא כיון שחלקו ושוב לא יצטרך חבירו לשמור למחר לא גרע מש"ש שכלה זמנו דלא הוי רק ש"ח כמבואר בס"ס ד"ש סעיף ו' וצ"ל שנשאר ביד זה שהיה עליו חוב עדיין לשמור חודש שלם ונתחלק באמצע החודש דהוי כשוכר דהא מה ששומר עכשיו הוא בשכר ששמר חבירו בחודש העבר והוא דוחק גדול לאוקמי בהכי לכן נ"ל דמיירי אפילו אם נתעסקו שניהם ביחד דבין אם נתעסקו בחנות המשותף לשניהם וכיון שמשך הא' לביתו מחנות המשותף שיחזיקנו בביתו עד שיפרע להעכו"ם לא הוי שמירה בבעלים דכיון שמשכו לשומרו לבד הוי משיכה חדשה להעשות שומר

שלא בבעלים ועוד דמתחלה לא נעשו שומרים זה לזה כלל כיון ששמרו שניהם כ"א לא שמר רק של עצמו כמ"ש הט"ז וכן אם הי' מתעסק כ"א בחצי שלו בביתו וחלקו ואח"כ נתן א' לחבירו מעות מחלק שלו להשני לפרוע להעכו"ם הוי משיכה חדשה ומכ"ש אם נתעסק כ"א לבדו ונשאר ביד מי שמחויב לשמור דזה ודאי דהוי ש"ש כמש"ל ואפי' אם בשעת חלוקה הי' ביד מי שמחוייב לשמור וכשחלקו מסרו להשני לשמור בכולם הוי משיכה חדשה דאפילו היה מתחלה בבעלים כיון שהיה משיכה חדשה הוי כשמירה שלא בבעלים והא דהוי ש"ש בנתעסקו ביחד מקודם נראה דעיקר הטעם הוא כיון דהוי מעות לא גרע ממי שהפקיד מעות מותרין דהוי ש"ש משום היתר תשמיש כמבואר בסי' רצ"ב סעיף ד' והבא אפילו בעה"ב דינו כשולחני דודאי מותר להשתמש במעות דהא שותף הוא וכל שותף יש לו רשות להשתמש במעות שותפות דהא חלקו מעורב בהן והא שכתב המהרי"ק הטעם דהוי ש"ש משום דשותפין ש"ש הן כוונתו כיון דהיתר תשמיש הוא מצד שהן שותפין כנ"ל וכן כל שותפין דלעיל כשלוקח הכל לעצמו כשהוא מעות נראה דהוי כש"ש כיון שיש לו היתר תשמיש ועסק במעות של חבירו מרויח גם לו כמ"ש הט"ז בי"ד סי' קע"ז לענין מקבל עיסק' דהוי ש"ש מה"ט דאי מתרמי עיסקא מרובה שא"א לקנות בחלקו ועכשיו יכול לקנות הוי ש"ש רק כשעוסקין בשוה פטורין מטעם דהוי שמירה בבעלים וכאן דל"ש שמירה בבעלים מטעם דהוי משיכה חדשה וכמש"ל ודאי דהוי ש"ש מטעם דיכול למיזבן בה עיסקא בעודו ת"י קודם שיפרע לעכו"ם אבל בחפץ כה"ג נראה דלא הוי ש"ש אם לא שנשאר ביד מי שמחוייב לשמור בחודש זה בשכר ששמר חבירו חודש העבר אי נמי דמיירי שמי שנשאר בידו הוא הבע"ד של העכו"ם והעכו"ם יכול לתבוע ממנו כל החוב ומשום זה לקח לעצמו הממון לפרוע לעכו"ם הוי ש"ש אפילו בחפץ דלא גרע ממשכון דהוי ש"ש בהאי הנאה דתפס ליה אזוזו וע' בקצה"ח שכתב בשנים ששכרו גאבלי' והתנו שכ"א יעסוק בחדשו והתחלת השותפות היה שמירה בבעלים רק שלא הגיע עדיין מעות הגאבלי' לידם וכתב דמ"מ הוי שמירה בבעלים כיון דמ"מ נתחייב בשמירה בשעת התחלת השותפות ותמוה לי דנראה דכל זמן שאין לו מה לשמור מה בכך שנתחייב בשמירה ודאי דכל שלא היה התחלת השמירה בבעלים לא הוי שמירה בבעלים וע' בתו' ר"פ השואל ומה שהביא ראי' ממהרי"ט לא ידעתי מקומו דמהרי"ט אך אפילו לפי מ"ש הוא בשמו אין ראיה משם דשם עכ"פ היתה בתחלת הנישואין ג"כ שומר להבית עם כלים שבתוכו משא"כ כאן לא היה שומר כלל בתחלה:

יט בגדים לנשיהם ולבניהם הנ"י בב"ק פ"ק למד מדין זה דשותף שנתן מתנה לחבירו וחבירו ראה ושתק דמחל ע"ש והביאו הרב בהג"ה סימן רפ"ז סעיף א' ע"ש:

כ ולא יתעסק בסחורה אחרת עש"ך ס"ק כ"ב דאם עבר ונתעסק הריוח לעצמו דדוקא כשהשינוי הי' במעות שותפות הריוח לאמצע אבל במה שנתעסק במעותיו הריוח הוא לעצמו ולכאורה קשה הא הך דינא דלא יתעסק בסחורה אחרת כתב הב"י דנלמד מתוספתא דמושיב חבירו בחנות והרמב"ם מדמה אותו להדדי ע"ש. ולפ"ז קשה דהא בי"ד סי' קע"ז סע"ז סעיף כ"ט מבואר בהדיא דמושיב חבירו בחנות אם מכר והתעסק במעותיו השכר לאמצע ונראה לחלק דהכא בשותפות ע"כ מיירי שנשתתפו על סך ידוע כמ"ש הב"י בטור דבשותפין בכל ודאי השכר לאמצע ואפילו בגנב וגזל פסק הרב בהג"ה סעיף י"ב דהוא לאמצע. ולפ"ז לא דמי להמושיב חבירו בחנות דשם מיירי שנתחייב נגדו לעסוק בכל מה שימסור לו הבעה"ב מה שירצה כמ"ש הט"ז בי"ד סי' קע"ז ס"ק מ"ד והוי נגדו כפועל דידו כיד בעה"ב ודמי לפועל ששכרו ללקט מציאות של דגים ומצא מציאה אחרת דהוא של בעלים וה"נ כששכרו לכל מלאכות אף שהרויח במלאכה אחרת הוי של בעלים ועיין בסי' ר"ע וכיון דהוי כפועל על כל העסקים דמי לשותפים בכל עסקיהם דאפי' נתעסק במעות עצמו הוא לאמצע ובאמת גם במושיב חבירו בחנות אם לא נתחייב לעסוק רק בעסק ידוע והוא קנה במעותיו עסק אחר אף שאסור לכתחלה מ"מ כיון שידו אינו מחוייב לעסוק בעסק כזה לבעה"ב לא הוי ידו כיד בעה"ב לענין הריוח שמרויח מעסק אחר דדמי לפועל שאמר לו נכש עמי היום כמבואר בסי' ר"ע בסעיף ג' דמציאתו לפועל דה"נ בשותפין לא הוי כפועל במה שלא נשתתפו בו ומש"ה אף שאסור לעשות כן מ"מ אם עבר ועשה הריוח לעצמו:

כא להמכר תמיד בהקפה עסמ"ע ס"ק ל"ג עד לאפוקי אם לפעמים אין מוכרין אותו בהקפה וכו'. פי' שלפעמים קצת בני אדם אין מוכרין סחורה זו בהקפה כלל אבל אם תמיד דרך למכור סחורה זו קצת בהקפה וקצת בממון פטור ובדבר שדרכו למכור תמיד בהקפה אפי' בחובות עכו"מ פטור ואף דמבואר בסי' רנ"ג דלא סמכי דעתא בפירעון כלל מ"מ בתשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' זה מבואר דפטור:

כב ואם התרה בו נראה דאף דיכול למחות מ"מ חבירו יכול לומר כיון שדרך דבר זה למכור תמיד בהקפה והלוקח הוא איש בטוח בעיני ב"ד הוי כהגיע זמן סחורה זו למכור ויכול לחלק עמו ולומר לו אקיף חלקי וקח חלקך דבדבר שדרכו בכך כופין זה את זה רק דהוא יכול למחות בו שלא יקיף חלקו:

כג ולא יפקיד נראה לפענ"ד דאם נתן לאיש שרגיל השותף השני להפקיד אצלו ונגנב אצלו דמ"מ הוא פטור כמו בשאר שומר שמסר למי שרגיל הבעלים להפקיד ועיין בסי' רצ"א סעיף כ"ו אמנם אם בא היזק לעסק מכירת הסחורה כגון שלא הי' הנפקד בביתו בזמן המכירה חייב השותף המפקיד להשלים לו ההיזק ומ"מ לא הוי תחלתו בפשיעה נגד הגניבה דאנן בעינן דוקא תחלתו בפשיעה לענין שמירה:

כד או שמכר בהקפה ואם מכר בהקפה אינו חייב לשלם רק כפי מה שהי' שוה החפץ למכור במזומן דאפי' מזיק גמור אינו חייב לשלם יותר ממה שהי' שוה למכור במזומן ופשוט:

כה השכר לאמצע עסמ"ע ס"ק ל"ז עד וזה לא נתכוון בהשינוי לקנות לעצמו וכו' משמע מדבריו דאם אמר בפני עדים שקונה לעצמו וכו' הרויח לעצמו ואף דאם לא שינה לא הי' מועיל דהא שותפין א"י לחזור בהן אפילו ממה שירויחו כמבואר בריש הסי' ומ"מ בששינה מהני ולכאורה סותר דברי עצמו מ"ש בס"ק ל"ב דאם נתעסק בסחורה אחרת לעצמו דהריוח לאמצע ודוקא בנשתתף עם אחר בממון עצמו הריוח לעצמו ואף הש"ך לא חלק עליו רק בנתעסק במעות עצמו לעצמו אבל בנתעסק במעות שותפות בסחורה אחרת לעצמו ל"פ לכאורה וס"ל ג"כ דהוא לאמצע ואינו דומה לשליח משום דשליח יכול לחזור בו מהשליחות משא"כ בשותפים ועיין במ"ש הב"י בסעיף ל"ו בשם הרשב"א ויתבאר זה אי"ה בסי' קפ"ג:

כו חוב אצל שר אחד. ע"כ צ"ל הא שכתב הרב בהג"ה שהוא עשה החוב מיירי שעשה החוב בידיעת שותפו דאי עשה שלא בידיעת שותפו ודאי דחייב לשלם כמבואר לעיל סעיף זה וג"כ נלפענ"ד דמיירי בגוונא שמבואר בתשו' הרא"ש דהיינו אחר שעשה החוב בעצמו להשר הלך לדור תחתיו דלא פשע מידי או דמיירי אפי' הי' דר תחת השר קודם הלוואה רק שנתחדש המורא אחר ההלואה אבל אם בשעת עשיית החוב כבר הי' דר תחת השר והי' ירא מהשר לתבוע החוב אין לך פושע גדול מזה דהיה לו להודיע לחבירו בשעת עשיית החוב שהוא א"י לתובעו וכשלא הודיעו הרי הזיקו בידים להחוב כיון שהיה ירא לתובעו וחבירו א"י לתובעו א"כ מאן יתבענו וע"כ צ"ל דמיירי שאחר עשיית החוב הלך לדור תחתיו דאז לא פשע ולא מידי דבהליכה לדור תחתיו אנוס הוא דלא מיתדר ליה במקום אחר:

כז ראובן שהלך ופטר עש"ך ס"ק כ"ה עד גם מ"ש ויש לו עדים שהחובות היו שלו אינו מדוקדק דמה בכך שיש עדים שהיו שלו דילמא נתפרעו וכו' משמע שהקשה אמה שפסק הרמ"א דאם יש עדים שהחובות היו שלו וראובן פטרן שחייב לשלם וע"ז דקשה

דאמאי יתחייב לשלם דילמא נתפרעו ולכאורה יש לתמוה על קושיתו דהא כתב בעצמו לקמן בס"ק זה דאע"ג דאין ראובן יודע אם החובות פרועים דנאמן לומר ברשותך פטרתי במיגו דלא פטרתי ומשמע דאי ל"ל מיגו דלא פטרתי א"נ וא"כ א"ש מ"ש רמ"א דכשיש עדים שהחובות היו שלו וראובן פטרן דא"נ כיון דל"ל מיגו דלא פטרתי מה"ת יהי' נאמן. ונראה דכוונת הש"ך בקושי' השני' כך הוא דנהי אם נאמר דכוונת דברי הרב במ"ש ואם יש עדים שהחובות היו שלו היינו שעדיין שלו הן שלא נתפרעו וראובן פטרן ולא קאי יש עדים רק על שהחובות היו שלו ועל מה שפטרן ראובן ליכא עדים רק שראובן בעצמו מודה מ"מ הקשה דהלשון אינו מדוקדק דמה בכך שיש עדים שהיו שלו מ"מ דילמא נתפרעו והי' לו לומר שיש עדים שעדיין לא נתפרעו. ומסקנת דברי הש"ך דכשיש עדים שהחובות אינן פרועי' עדיין אינו נאמן לומר שברשותו פטרן אפי' יש לו מיגו ואם אין עדים שהחובות אינן פרועים א"נ רק כשיש לו מיגו אבל כשאין לו מגו א"נ לומר שברשותו פטרן רק שהמלוה צריך לישבע שלא נפרע ולא ציוה לו לפטרו ע"ש: ולפ"ז צ"ל דמיירי בחובות שבשטר דהוי כחזקה שלא נפרע מחמת השטר ומ"מ מהני מגו דנגד חזקה דבא מכח שטר מהני מגו וכן צריך לפרש בסי' שפ"ב בש"ך ס"ק ב' שכתב וז"ל אבל נאמן לומר לא הזקתי כלומר לא עשיתי לך היזק בזה כגון שפטר החובות ואומר שבלא"ה לא היו משלמין לו וכו' ע"ש ולכאורה דבריו אלו תמוהין מאוד דבטענה כזו מהימן בלא מגו דהניזק צריך לברר היזיקו ולשום כמה הי' שוה החוב לגבותו וא"ל דבלא מגו הי' הניזק נשבע על שעור דמי נזקו ונוטל דעשו תקנת נגזל בניזק דז"א חדא דהא המחבר לא פסק כן בסי' שפ"ו וגם אפילו במסר ספיקא דדינא הוא ועוד דאי עשו תקנת נגזל לא מהגי מיגו כיון דאפי' לפי דבריו מזיק הוא כמש"ל בסי' צ' ע"ש ונראה לפרש כוונת דברי הש"ך שם דהי' קשה לו על הסמ"ע שפי' שם בס"ק ד' דמ"ש הרב דנאמן לומר לא הזקתי דר"ל שברשותו עשה וכו' והוא תמוה מאוד דהא פסק דבדליכא עדים שפטרו דא"נ במגו דהוי מגו במקום חזקה וא"כ מה"ת יהיה נאמן במגו זו דלא הי' שלך מ"ש האי מיגו מהאי מיגו לכך פי' הש"ך דר"ל לא עשיתי היזק כגון שפטר החובות ואומר שבלא"ה לא היו משלמין ורימז למ"ש כאן וכוונתו דמיירי דליכא עדים שהן חייבין לו עדיין ויכול לומר אולי יש להן טענות נגדך שבלא"ה לא היו משלמין לך. ולפ"ז דברי המחבר בסי' שפ"ב הן כך דקאי עד מ"ש לעיל שטוען שנתן לו רשות וע"ז סיים דנאמר לומר לא הזקתי פי' שטענתי אמת שברשותך עשיתי כי לא הזקתי פי' כי מחמת שלא הי' לך היזק בהפטור כי ידעת שיש להם טענות נגדך לכך צוית לפוטרן משא"כ אם יש עדים שהחובות אינן פרועים שא"י לומר לא הזקתי שההיזק ברור א"י ג"כ לומר ברשותך

עשיתי דחזקה שאין אדם מזיק לעצמו משא"כ בדליכא עדים שהחובות אינן פרועים דכיון דליכא בירור שעדיין חייבים לו רק מכח השטר שבידו שוב נאמן לומר שברשותו עשה במיגו דלא הוי מגו במקום חזקה דהא ליכא עדים וליכא חזקה ונגד חזקת שטר מהני מיגו וכמש"ל כנ"ל לפרש דבריהם. ובעיקר הדין תמוה לי מאוד חדא דלא מיבעיא אי מיירי בחוב ישראל א"כ כשיש עדים שעדיין אינו פרוע הרי חייב הלוה ויכתבו לי' שטרא אחרינא כמבואר בסי' שפ"ו ואפי' מיירי בחוב של עכו"ם מ"מ תמוה מאוד דמה ענין לדמות זה לשורי הרגת דסי' שפ"ב דשאני התם דהוה חזקה דאין אדם מזיק ממונו משא"כ כאן אפי' היו השט"ח בידו ורוצה להחזירם ללוה באמרו שהמלוה ציוה להחזיר להלוה שפטרו ומחל לו מה"ת לא יהי' נאמן דאטו אם יש ביד שמעון חפץ של ראובן ואומר שראובן ציוה לו למסור חפץ זה במתנה ללוי לא יהיה נאמן אפי' במיגו בתמי' וכי יש ג"כ חזקה שאין אדם נותן מתנה לחבירו או לעכו"ם ומחילה דמי למתנה די"ל דמחמת שקיבל ממנו איזה הנאה נתן לו במתנה או מחל לו חובו דהא מה"ט מתנה דמי למכר וכן מבואר בסי' נ"ו בש"ך ס"ק ה' דלוי שיש בידו שטר שיש לראובן על שמעון ואומר שציוה לו ראובן להחזירו לשמעון דנאמן דס"ל דשליש נאמן אפי' כשמכחיש השלישות ע"ש ול"א דחזקה שאין אדם מוחל שטרו א"ו דמחילה לא חשיב היזק דלפעמים אדם נותן מתנה לחבירו ועוד דמי עדיף כשטוען מחלת לי חובי דנאמן כשיש לו מיגו ולא הוי מיגו במקום חזקה מטוען מחלת חובך ללוה שלך דהוי מגו במקום חזקה ועוד דהא כתב סתם חובות דמשמע אפי' חובות בע"פ ופטרם ע"כ היינו שהעיד בפני דיניהם שפ' פטור ומחל להן החובות א"כ קשה דמ"ש מהא דסי' כ"ח דיכול לו אמת העדתי ובודאי אפי' אם יעיד לפני ערכאות נגד השט"ח שמחל לו דיכול ג"כ לומר אמת העדתי לכ"נ דכאן מיירי בשותפין דהא הביא דין זה בח' שותפים ומיירי שהעכו"ם מכיר רק את הפוטר כגון שהשטר נכתב על שמו או בחובות בע"פ והוא בעצמו עשה החוב ופטר בפי' בשמו ואומר להעכו"ם שהוא המוחל שחוב זה הוא שלו ומוחל לו וטוען שציוה לו ראובן לעשות כך לפטור בשמו לבד וזה ודאי כמזיק גמור בנכסיו הוא דמה הנאה יש לו דהא לא יהי' לו שום קבלת טובה מהמקבל מתנה ויכול לאוקמי ג"כ בישראל שהשטר נכתב על שמו ואמר שפוטר ומוחל לו בשמו ואין לו נאמנות אח"כ לומר שאינו שלו וזה מזיק בנכסיו ממש הוא מש"ה א"נ:

כח אם גנב או גזל עש"ך ס"ק כ"ז עד כשהגניבה היתה באופן שהי' חשש סכנה פי' שהי' חשש סכנה לשני השותפים מש"ה הריוח ג"כ לשניהם ומ"מ נראה דאף בכה"ג אין להוציא ממון כמ"ש הט"ז ובנידן עליל' יתבאר לקמן בסעיף ל"ז שם:

כט מי ששכר חבירו משמע דדוקא משום דהתנה דכל המציאות יהי' שלו זכה בו וכן משמע מהט"ז דבעי' בזה התנה דוקא וכן מבואר בתשובת הרשב"א דדוקא התנה היא לפועל ולכאורה קשה דהא בלא"ה מציאות פועל לעצמו כמבואר בסי' ר"ע ונראה דכיון שאם שכרו על כל מלאכה שיצטרך לו בקרקע זו והראה לו ללקט מציאות דקרקע זו דהמציאה לבעה"ב כמבואר בסי' ע"ר א"כ ה"נ כיון שמסר לו השטרות פרועים ובודאי לגבותן מסרם לו הוה כהראה לו ללקט מציאות דהוא לבעה"ב רק משום שהתנה עמו שכל המציא' שיהי' בעסק זה יהיה שלו דהיינו של השליח וכיון ששטר פרוע בכלל מציאה הוא בכלל התנאי מש"ה הוי שלו לגמרי:

ל נוליך הסחורה נראה דאם מיקרב שוקא יכול לכופו כמבואר לעיל בסי' ק"ט דאם השוק קרוב למדינה שמוליכין אותו לשוק:

לא חייב לשלם לחבירו חלקו לכאורה קשה לא יהא אלא מזיק הא א"צ לשלם רק כפי מה ששוה בשעת הנזק אף אם בודאי יתייקר אח"כ כמבואר בסי' ד"ש סעיף ה' בהג"ה ונראה דכאן בקבלן גרע דהא קבלן חייב לשלם אף מה שישבח אח"כ כמבואר בסי' ש"ו סעיף ג' בהג"ה והוא מטעם דהוי כאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דצריך לשלם אף שלא התנה וכדמוכח בב"מ דף ע"ג דמשלם ליה כדאזיל אפרוותא דזול שפוט דמקשה שם מהא דאם אוביר ולא אעביד וע"ש בשיטה שפי' דקבלן חייב לשלם זה אע"פ שלא התנה רק דמשני שם משום דהוא כגזום משא"כ הכא דלא הוי כגזום וע"ש בסי' ש"ו שהארכתי בזה אחר כותבי זאת מצאתי בס' קצה"ח שהקשה ג"כ קושיא זו ולא נחית לחלק בזה והעיקר כמ"ש ועיין עוד בסי' קפ"ג:

לב וא"י לחלוק ולפ"ז ה"ה שא"י לטעון גוד או איגוד מטעם דיכול כ"א לומר מזלא דבי תרי עדיף דגא"א מטעם חלוקה הוא וכל שא"י לחלוק אי לטעון גא"א והא דא"י לחלוק היינו שרוצה לחזור מלישא וליתן במעות אחר מכירת הסחורה אבל למכור הסחורה יכול לכופו כשהגיע זמן מכירת הסחורה אפי' קודם זמן חלוקה ואפי' אם אין זמן ידוע למכירת הסחורה דוקא כשלפי מנהגא דעלמא יש ריוח בהמתנת מכירת הסחורה אז א"י לכופו למכור אבל בדליכא רווחא בהמתנת מכירת הסחורה ומכ"ש בדאיכא פסידא בהמתנה ודאי דיכולין לכוף זא"ז למכור הסחורה וכ"כ הרי"ף בב"מ פ' המקבל ע"ש ונראה דאם אחר אינו רוצה להתעסק דיכול שותף השני לכופו ולשכור במקומו מתעסק אחר דשותף דין פועל קבלן יש לו ומבואר בסי' שצ"ג סעיף וי"ו דכשחוזר בו דשוכר עליהן עד מ' ונ' זוז כשיש לו תחת ידו ושותף א"י לחזור בו כמו קבלן מטעם שכתב הסמ"ע בס"ק מ"ד ודוקא בחלה ונאנס דסעיף ט' א"י לכופו בזה רק שא"צ ליתן לו

ריוח אבל כשאינו רוצה להתעסק שוכר עליו ואם חבירו רוצה יכול לבטל השותפות כשהשני אינו רוצה להתעסק ואם שותף אחד אינו רוצה ליתן מעות לתוך השותפות הדין כך דאם בתחלת השותפות שנשתתפו אדעתא שיתן כ"א מנה והתחילו לישא וליתן בחמשים ולא עשו קנין בכל המנה א"י לכופו שיתן לו כל המנה שהרי לא נקנה המעות לשותפות רק שבמה שהתחיל לישא וליתן א"י לחזור ועמש"ל דלענין לחזור להבא בעינן דוקא שיעשו קנין בהמעות כגון הגבהת הכיס דאז נקנו המעות של אחד לחבירו כמ"ש המהרי"ט ח"א סי' ק"מ ע"ש ואם רוצה חבירו יכול לבטל השותפות דמצי אמר אדעתא דהכי לא נשתתפית אבל כשכבר נו"נ בכל המעות ובתוך הזמן מכרו מקצת וחלקו המעות ולקח כל אחד מקצתו לביתו ואח"כ נזדמן להן סחורה לקנות ואחד אינו רוצה ליתן מעות חבירו יכול לכופו ליתן חלקו אף שכבר הוציא זה המעות שת"י או נפסד בידו דכיון שנעשו שכירין ופועלים זה לזה והוי כאלו שכר א' את חבירו עם מעותיו ומחויב ליתן לו מעות אחרים דהוי כמשכיר לו חמור סתם המבואר בסי' ש"י בסמ"ע ס"ק וא"ו דאמרינן דמשיכת החמור הראשון נקנה לו לעמוד חמור אחר שיש לו כשמת הראשון וה"נ דכוותיה דבמשיכת מעות הראשון נקנה לו להעמיד מעות עד כלות משך הזמן שהתנו ביניהם וכן אם התנו רק להשתתף במנה ואח"כ מחמת איזה חשש פסידא הוצרכו למעות יותר יכולין לכוף זא"ז כמ"ש בסימן קע"ח דבדבר שיש טובת שניהם כופין זה את זה:

לג ואם שינה או פשע נראה דתליא בפלוגתא המבואר בסימן ש"ו סעיף ח' בשתלא דיחיד אי הוי כמותרה ועומד ויכול לסלקו כששינה או לא דשותף דמי ממש לפועל כמ"ש הב"י ולפ"ז יש לומר דהרמב"ם והמרדכי דהכי לא פליגי וכולם ס"ל דפועל יכולים לסלקו בלא התראה רק דהרמב"ם מיירי בשינה בפסידא דהדר כגון בשינה מחיטין לשעורים דהריוח חיטין ידועים ויכולין לשער הריוח ולראות כמה נתייקרו החיטין וישלים ההיזק והמרדכי מיירי ששינה ולא רצה ליתן מעות דהוי כפסידא דלא הדר כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ' דשתלא הוי פסידא דלא הדר כיון דלא ידע כמה שבח היה עושה אם הי' נוטע וה"נ א"א לשער כמה שבח היה מגיע אלו הי' נותן מעות דאם היה נותן מעות אפשר שהיו מהפכין הרבה פעמים בהזוזי עד שיהיה עולה לסך מרובה מש"ה יכולים לסלקו בשינוי כהאי: ולפ"ז דעת הי"א שם בסי' ש"ו בעינן חזקה דעד שהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלק ליה וכן שותף שגנב מהשותפים הוי כפסידא דלא הדר מצי מסלק ליה כנ"ל:

לד חולקים כ"ז שירצו פי' אם הא' מעכב מלמכור הסחורה יכול לומר לו חלוק עמי אבל אם רוצה ג"כ למכור הסחורה רק שרוצה לחלוק שלא לטרוח על מכירת הסחורה

ביחד רק במכירת שלו לבד ולא יטריח בשל חבירו ודאי דחבירו יכול לכוף אותו כיון שנשתתפו לעסוק בקניית סחורה ומכירתו דנעשו כפועלים זה לזה לקנות ולמכור כמבואר בסעיף כ"ב ומחוייבים לטרוח ביחד דמזלא דבי תרי עדיף:

לה מהמתעסקים שמת וה"ה בשטר עיסקא דידן לזמן כשמת המקבל יכול הנותן לתבוע המעות מהיורשים אפילו קודם הזמ"פ דהא כשלא ירויחו א"צ ליתן לו רוחים ויכול לומר אביכם ידעתי שיכול להרויח משא"כ אתם:

לו בטלה השותפות ואם עסק בסתם אחר מיתת חבירו הריוח לשותפות דמסתם אדעתא דשותפות עסק רק שנוטל שכר טרחתו מקודם כאריס כמו בסי' קע"ח סעיף ג' ופשוט מלבד באחים שאינו נוטל שכר טרחתו ועיין לקמן בסמוך מ"ש בזה (ועש"ך שכתב דאוראנדי ורחיים א"י לדחות להיתומים והטעם פשוט דבשלמא בסחורה שיכולין לחלוק מצי למימר אני ארויח בשלי ואתם בשלכם אבל אורנדי ורחיים שא"א לחלוק הרי רוצה להרויח לעצמו בשל חבירו ואינו מן הדין אבל יכול לטעון גא"א כיון דבטלה השותפות וכן משמע קצת בב"ח:

לז שותף שחלה נראה שכוונתו דהשותף יכול לחלוק עצמו בפני ב"ד שיעסוק וירויח בחלקו לבד שאינו מן הדין שיעסוק בשל חבירו אבל אם כבר עסק בלא חלוקה הריוח לשותפות רק שנוטל מקודם כאריס דודאי א"י ליטול ריוח שעלה על חלק חבירו דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו ואם עבר האונס חזר להשותפות וא"י לחלוק עמו כמו בפועל שחלה דכשהבריא חוזר למלאכתו כמבואר בסי' של"ג ושותף שטען אחר שמת שותפו שזקף חלק שותפו עליו בחוב והריוח הכל לעצמו עיין במ"ל פ' ד' מהל' שלוחין ושותפין הלכה ד' שכתב דאין נאמן:

לח הריוח לאשה לפי הערך עיין בב"י שכ' מיד אחר התשובה זו בשם הריטב"א על שלשה שקיבלו עסק מא' והתנ' לתת להם שליש מהריוח ואח"כ מת א' מהם דחייב ראובן לתת להם עדיין שליש דיכולין לומר אנא טרחנא טפי ולכאורה סותר דין זה ונראה לתרץ דשאני התם במקבלי עסקא כיון דקיי"ל בקבלת עיסקא דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון והריוח שנוטל המקבל עיסקא הוא מפלגא מלוה א"כ בדינא דהריטב"א שקיבלו שלשתן ביחד העיסקא אין הנותן עיסקא יכול ליקח כלום מהשליש כיון דהוי מלוה גבייהו דהא כ"א ערב בעד חבירו והמלוה הוא שלהן ואסור לו לקבל ריוח מפלגא מלוה דהוי ריבית אבל הכא דאיירי בנתנו שלשתן מעות להשותפות ויכולין לחלוק הריוח וההפסד כפי שירצו ואין בו משום ריבית כמבואר בי"ד סי' קע"ז ס"ק ג' בהג"ה לכך יכולה האלמנה ליקח מה שויתרה על חלק ראובן מטעם שאינו דומה שנים העוסקים לג'

ומה שמבואר שם בדברי השואל הטעם דמצי למימר אנא טרחנא טפי אפשר דבתשו' לאו מטעם השואל אמר שהדין עם ראובן ולוי ע"ש:

לט במס חלק האלמנה עיין בטור שאף אם ראובן שטוען שבשביל זה טרח הוא בעצמו בנכסים אין טענתי טענה משום שדרך אחים שותפים כן שאם מת א' מהם שטורח האח החי בשביל היתומים והאלמנות כו' ע"ש ולפ"ז הוא דוקא באחין אבל בשאר שותפים מגיע לו שכר טרחתו קודם כמש"ל:

מ חוב אצל אחרים נראה דמיירי בחובות שכבר עבר הזמ"פ ודמי לסחורה שאין זמן ידוע למכירתה דיכולין לחלוק אימת שירצו אבל בחובות שלא הגיע עדיין הזמ"פ דמי לסחורה שיש זמן ידוע מכירתה דלעיל בסעיף י"ז דא"י לחלוק עד שיגיע הזמן דמצי א"ל טירחא ומזלא דבי תרי עדיף דכיון שעשו החוב על זמן יותר ארוך ממשך זמן השותפות הוי כאלו המשיכו זמן חלוקת השותפות של סך השט"ח ודומה למ"ש הט"ז בסעיף זה ועסמ"ע ס"ק נ"ב דאין לחלק בין חובות בע"פ לחובות בשטר כו' ואף דבסי' קע"ג ס"ב בהג"ה ס"ל דחלוקת השותפים בעי קנין וחוב בע"פ א"י להקנות בקנין רק במעמד שלשתן מ"מ בשומת ב"ד א"צ קנין כמ"ש הש"ך סי' ק"א ס"ק ג' ע"ש:

מא המקבל יכול לחזור בו בקה"ח הוכיח מהשיטה מקובצת ב"מ דכשיש רווחא א"י לחזור בו אם לא שאינו נוטל ברווחא שהיה לו עד עתה ע"ש ולפענ"ד א"א לומר כן דהא כשפועל חוזר באמצע יום חייב הבעה"ב לשלם לו השכירות עד שעות החזרה וגם אין שייך לומר רווחא לקרנא משתעבד כיון שאין עוסק שוב בהקרן ודאי דלא יהיה היזק ובשיטה מקובצת לא כתב זה רק בשני מקבלים שהשני עדיין עוסק וכיון שבהמעות עדיין עוסק ואפשר שיהיה היזק בהקרן שייך לומר רוחא לקרנא משתעבד אבל במקבל אחד נגד הנותן כשאומר לא אעסוק עוד ודאי דנוטל חלקו בריוח שהיה לו עד עכשיו:

מב היה בעיר א"י לתובעו ומיירי במקום שאינו יכול לשנות הטענות רק דנ"מ שאינו יכול לומר הייתי בודק בעדים כמבואר בסעיף כ"ו:

מג בד"א שלא נתחייב עיי' ש"ך ס"ק מ"ג עד אבל אם לא הזכיר לו פטור מלשלם כו' והוא תמוה כיון שתיכף שקנה שמעון הסחורה קנה ראובן מטעם שליחות וכיון שצוה לו לשלחו הוי כאומר שלח ע"י פלוני דאחריות על המשלח ולא שייך לומר מטעם דמילי לא מימסרי לשליח כמו בסימן רמ"ד דלא שייך זה רק לענין לעשות שטר ועדים משא"כ הכא הרי ראובן ציוה לו להוציא ממון השותפות והוציאו על פיו מה"ת לא יתחייב וצ"ל דמיירי שציוה לו שיקנה והוא יתן רווחים על הסחורה דאז לא הוי כשליח ומשום הכי פטור מאחריות וכן הוא בב"י ס"ס זה בשם רבינו האי בהדיא:

מד שחייב להן עכו"מ סמ"ע עס"ק ס"ה מה שהביא בשם פסקי מהרא"י ועיי' בפסקי מהרא"י שקיצר ונראה כוונתו דהמעשה כך הי' שנשתתפו ראובן ושמעון להלוות לעכו"ם ונתן זה עשרה זהו'. וזה עשרה זהובים ועלה ריבית עשרה זהו' וזקפו הריבית אל הקרן ועשו הלוואה על העכו"ם ל' זהובים שיתן שוב רווחים מל' זהו' וקנה ראובן משמעון חלק חוב שלו ונתן לו עשרה זהו' כדי שיהיה לו רווחים מך"ה זהו' ושמעון מה' זהו' ואח"כ ביטל השר הזקיפה ופסק דאם בשעה שנתן לו העשרה זהו' אמר לו שהוא נותן לו על עיקר הקרן ההפסד מהזקיפה על ראובן ושמעון בשוה והפסיד שמעון החמשה זהובים שלו אבל אם נתן לו סתם עשרה זהו' ואמר שקונה ממנו ה' זהו' חלק מחוב שלו הרי קנה ב' חלקים מהקרן ושני חלקים מהזקיפה וההפסד על שמעון מהזקיפה הוא רק שליש:

מה בכל מקום דאיכא פסיד' נראה דדוקא במקום שהחוב מקולקל מחמת שהוא אלם בגוונא שע"פ אומדנא יכולין להציל הכל ע"י טירחא או שא"י להציל כלל אז יכול המציל לומר לעצמי אני מציל כמו בשיי' דסי' קפ"א אבל בגוונא שע"פ אומדנא א"י להציל רק החצי כגון שהחוב מנה ואין ללוה רק נ' אין שותף אחר יכול לומר הריני חולק עצמי מלהיות עוד שותף עמו בחוב זה ונהיה שוב כשני מלווים דעלמא שהדין במטלטלים דכל מי שקדם וגבה זכה דז"א דכיון שידוע שאין ללוה רק נ' הרי הוא כמו שאין להם רק חוב של נ' וצריכין לחלוק עצמן בשוה שיהיה לכל א' רק כ"ה ואם יטול יותר הרי לא חלק עצמו בשוה שהוא נטל הכל ולא הניח לחבירו כלום אבל בבע"ה אלם אף שמחמת אלמותו ג"כ אינו שוה רק נ' מ"מ יכול ליקח כל חלקו והטעם דהא שאינו שוה רק החצי הוא מטעם כיון שצריך טורח וכיון שאני מטריח עצמי ולמי שמטריח עצמו שוה הכל וטרח גם אתה ותוכל ג"כ לגבות כל חלקך ויהיה שוה לך ג"כ הכל. ולפז"נ ליישב שלא תקשה הא שכ' המחבר והאחד א"ר ליתן שוחד משמע הא אם הי' רוצ' ליתן שוחד לא הי' יכול לומר לעצמי אני רוצה לעסוק וליתן שוחד וקשה הא בכל חוב מקולקל יכול לומר לעצמי אני מציל ולפמ"ש ניחא דדוקא במקום שע"פ אומדנא יכולין להצילן הכל ע"י טורח יכול הלה לומר א"ר להטריח בעדך וטרח גם אתה ואם השני א"י לטרוח ויכול הלה לומר מחמת אונס שלך לא אפסיד וכן אם ע"פ אומדנא א"י להציל כלל הוי כיאוש ויכול לומר לעצמי אני מציל אבל כשע"פ אומדנא א"י להציל אף ע"י שוחד רק החצי אז כשהאחר רוצה ליתן ג"כ שוחד א"י לומר לעצמי אני מציל אבל כשא"ר ליתן שוחד הוי כמו בסי' קפ"א ביכול להציל ע"י הדחק ואחד אמר לעצמי אני מציל דזכה בו: ע' סמ"ע ס"ק ס"ח עד וטעה וקיבל פחות וכו' ע"ש בתשובה דלא מיירי שלקח פחות ואמר

להעכו"ם שלקח יותר מחמת טעות דאז בודאי חייב לשלם דהוי כפוטרו לעכו"ם רק דמיירי ששכח ולא לקח רק חלקו דאז אם אמר לעצמי אני מציל מהני ואם לאו צריך לחלוק עמו:

מו שבועה לאחר ונראה דאפילו לא הי' בעיר ובא ואמר שיש לו עליו גלגולים דאין טענתו טענה כיון שכבר נפטר מעיקר השבועה נפטר גם מהגלגולים:

מז או פטר עי' סמ"ע ס"ק ס"ט שהקשה משומר שמסר לשומר וכוונתו דכמו שיכול לומר גבי פקדון את מהימנת לי א"כ ה"נ גבי פטר ראובן את שמעון ושמעון את לוי יאמר ראובן את מהימנת לי בלא שבועה ולוי לא מהימן לי בלא שבועה ומ"ש כיון דנתרצה ליטול חלק בריוח וכו' כוונתו דהא ודאי מיירי כאן שלא הי' הפסד דאי בהי' הפסד כבר מבואר בסעיף יו"ד דהוא לעצמו רק דהשבועה הוא אלו הריוח יותר וכיון דלוי לא היה רוצה להשתתף עד שיפטרנו שמעון מהשבועה ושמעון להיותו יודע בלוי שיכול להרויח הרבה לכך נשתתף עמו לטובת השותפות ופטרו משבועה וכיון דראובן נתרצה למעשה שמעון ליטול חלק בריוח שהרויח לוי מש"ה מהני הפטור שפטרו שמעון ועיין ט"ז מה שמסיק אפשר דהש"ך מודה לו:

מח עדיין ראובן משביע את לוי עיי' בסמ"ע ס"ק ס"ט ולכאורה קשה כיון שכתב הש"ך בסי' ע"ז ס"ק י"ט דהשותף שמחל מהני מחילתו ואם בממון מהני מחילת השותף מה"ת לא יועיל מחילת השותף על השבועה דהא אפילו אם היה מרויח לו הרבה ושמעון מחל לו מהני מחילתו לדעת הש"ך שם ואפשר לומר דוקא במקום דהשותף יכול לתקן את אשר עוות בזה אמרי' דעשאו שליח בין לתיקון בין לעוות כי מה להשותף השני בכך אם יעוות דהא השותף חייב לשלם לו כמבואר בש"ך סי' ע"ז שם משא"כ דהשותף פטרו משבועה דאינו יודע שיעור העיוות וא"א לתקנו בכה"ג ודאי אין דעת השותף להתרצות בעיוותו ואם לא הודיע שהוא שותף דעת הט"ז דמועיל הפטור שלו כמו בשליח בסי' קפ"ג והנה גם שם יש לפקפק כיון שנתברר שהוא של חבירו לכאורה הוי דינו כלוקח מגזלן דנותן דמיו ושם יבואר אי"ה:

מט דה"ה אם היה עש"ך ס"ק מ"ח מה שתמה בזה אמנם לפמ"ש בסי' נ"ח דדוקא מבית ומרשות השותף שאינו חייב א"י לתפוס אבל מבית השותף החייב יכול לתפוס וע"ש שהבאתי ראי' לזה מבכורות ד' מ"ח ע"א ולפ"ז לק"מ די"ל דמיירי שתפס מבית החייב:

נ רק שחייב לישבע וקשה דהא בטענת שמא הוא וע"י נוגע א"י להשביע כמבואר בסי' ע"ה ע"ש ונראה כיון שכתבתי לעיל דמיירי בתפס מבית מי שחייב לו הוי כאלו ממון השותפות בודאי בא לידו וא"י היאך יצא ממנו דחייב לישבע אפי' בשמא כמ"ש הש"ך

בסי' קכ"א ס"ק מ"ו ע"ש אך מ"ש דבעכו"ם א"צ לישבע קשה הא שותפין משביעין זא"ז בטענת שמא וצ"ל דמיירי שא"ר להשביע א"ע בשבועת השותפין רק בטענת ברי ולענין שבועה ע"פ עכו"ם עסי' קמ"ט ס"ק י"ג בש"ך:

נא שאם יברר שמעון בעדים שלא פרע היהודי לעכו"ם עסמ"ע ס"ק ע"ז והנה בסמ"ע סי' קל"א ס"ק י"ד הקשה דשם בערב הדין דחייב לשלם אפילו אם העליל העכו"ם על הערב ומ"ש הכא דאינו חייב רק כשיברר וע"כ כוונת קושיתו דהא השותף נכנס ערב בעד שותף חבירו והיה לו להיות מחוייב לשלם אפילו עלילה וע"ז תי' שם הסמ"ע דש"ה שהעכו"ם היה תחלת עסקו רק עם לוי ומלתא דלא שכיח' הוא שיתבע העכו"ם לראובן מש"ה אינו חייב לשלם העלילה ע"ש ומלבד שהוא דוחק גדול דהא מ"מ העכו"ם לא רצה לעסוק עם לוי עד שיכנס ראובן ערב בעדו ובדיניהן העכו"ם בתר ערבא אזיל יש ג"כ לתמו' טובא מהא דסעיף י"ב בהגה"ה בחלקו שאר רווחים ובא עלילה על אחד מהן שאין חבירו חייב לסייע ומשמע אפילו אם העכו"ם לא עסק רק עם השותף פטור מלסייע לכ"ן לפענ"ד לחלק דשאני גבי ערב שיש אומדנ' דמוכח משניהם שאלו פירשו שע"כ היו שניהם מסכימין אף על העלילה דודאי הערב לא היה רוצה להתערב עד שיקבל עליו הלוה העלילה דמה לו לצרה הזאת להכניס עצמו בהעלילה דהערבות אינה טובה להערב רק להלוה וגם הלוה ודאי דהיה רוצה להתחייב עצמו גם בהעליל' דהא רוצה להתחייב עצמו נגד העכו"ם אלו היה בטוח בעיני העכו"ם וכשהיה העכו"ם מקבלו בעצמו הי' רוצה ליכנס בספק עלילה ועתה שאין העכו"ם רוצה עד שיהיה האחר ערב ובדיניהם עכו"ם בתר ערבא אזיל ונכנס הערב במקומו לסכנת העלילה לטובת הלוה והעליל' הוא על הערב מה"ת לא יתרצה הלוה לקבל ע"ע סכנת העלילה שהכניס הערב עצמו בשביל טובת הלוה וכיון דאומדנא דמוכח הוא שאילו פי' היו מקבלים עליהם תלינן דהא דלא פירשו היה רק מחמת טעות כעין שאמרו באחריות דאף שלא פי' שהוא רק מחמת טעות משא"כ הכא ששמעון עשה המו"מ בלא ידיעת ראובן כמבואר בטור ואם הי' רוצה ראובן לא היה מקבל העסק רק משום שהסכים למעשיו וליכא אומדנא דמוכח שראובן רוצה לקבל העלילה דאומר אלו היה פי' שמעון שקיבל עליו גם העלילה לא היה ראובן רוצה כלל בהשותפות וגם אם היה ראובן מפרש שא"ר לקבל עליו העלילה מ"מ אפשר שהי' שמעון מקבלו לשותף בשביל יראת אחריות של יהודה דהיינו דדילמא באמת לא יפרע יהודא ובשביל אחריות זה קיבלו לשותף וכיון דליכא אומדנא דמוכח על ראובן שהכניס עצמו בעליל' א"א לחייבו בעליל' ולזה נ"ל דיכול לומר בתחילה או קבל עליך גם העלילה ובאם לאו העסק שייך לי לבד דכיון דע"י אומדנא שעכו"ם דרכו

להעליל אין כאן ריוח אבל אם עסק במעות שותפו בלא ידיעת שותפו ונפל עליל' ונפסד מעות השותפות אין השותף השני יכול לתובעו דהא מבואר בסעי' י"ב דדוקא בספק בנבילות וטריפות ההפסד לעצמו משמע דאם עסק בשאר סחורות בלא דעת שותפו ההפסד לאמצע ולכאורה ק' דמ"ש מהא דסי' קע"ח דאין השותף נוטל ההוצא' רק כפי השבח ונראה לחלק דדוקא כשהוציא מעות שלו בלא דעת שותפו אף שנתכוין להשביח להשותפות אינו נוטל ההיציא' רק כפי השבח אבל אם עסק במעות שותפות ההפסד לאמצע כי בודאי אדעתא דהכי נשתתפו משא"כ הכא דמיירי שמכר ליהודא ביותר ממה שקנה מן העכו"ם ונתכוין להשביח לשותפות בלא ידיעת שותפו ומחמת זה נתן שט"ח והכניס עצמו בשיעבוד גופו לטובת השותפות והוי כאילו נתן לו משלו לצורך שותפות דמ"ל שנתן מעות שלו או שיעבוד על שלו ולכך א"י לחייב את ראובן אם לא שהסכים למעשיו וכשנתן משלו אדעתא דלהשביח בלא דעת חבירו אין לו רק הוצא' כפי שיעור שבח:

נב אם יהודא רוצה לחזור מבואר בב"י בטור דמיירי שהוא באומן שאין יהודא יכול לעכב על חזרת שמעון ולוי כגון שראובן השתתף עצמו עם כל אחד על רביע שלו בפני חבירו:

נג שותפין הרבה ביחד עש"ך ס"ק נ"א עד יפסידו אז יותר וכו' כוונת דבריו שא' רוצה לפשר עצמו עם קצת שותפין למכור חלקו שיתננו לו מעות בעד חלקו והשותפין עושין כן לטובתם כי הריוח יהי' לשותפות ולזה כתב הש"ך דהשותף דאחר יכול למחות בי יכול לומר שמא יהיה הפסד יותר ואיני רוצה לקבל הפסד יותר אבל כשרוצה לחלוק עצמו וליטול חלקו בסחורה מתוך השותפות יכול לחלוק עצמו וליטול חלקו שלא מדעת כולם כמבואר בסעיף י"ח: ומ"ש הש"ך דאע"פ שנתרצ' לסלק אינו יכול אלא מדע' כולן וכ"ש כשהן רק ב' וכו' נראה שהוא ט"ס וכצ"ל א"י לסלק אלא מדע' כולן אבל יכול לחלוק שלא מדעת' וכ"ש כשהן רק ב' וע"ז כתב דאין לחלק ולומר דדוקא בב' יכול לחלוק אבל לא יחיד נגד רבים וכו' אמנם מה שמשמע מדבריו דהא אינו יכול להסתלק דהוא מטעם שאם יהיה הפסד יפסידו אז יותר ומשמע דאם א' רוצה לפשר עצמו עם השני שיהיה חל עליו הן ריוח הן הפסד שיכול להסתלק והוא תמוה דהא מקור דין זה הוא מתשובת הרא"ש כלל פ"ט סי' ט"ו ושם מבואר דאפי' אם א' מקבל על עצמו חלק השני אפי' להפסד אינו יכול בלא דעת כולן כשנשתתפו בתחלת השותפים כולן ביחד ולכן נראה דאפי' בכה"ג אינו יכול מטעם כי מחמת שהסחור' מרוב' כמו שהי' והמתעסקים נתמעטו יה' ההפסד יותר מטעם שנתמעטו המתעסקים משא"כ אם יהיה

המתעסקים מרובים אפשר שלא יהיה כ"כ הפסד משא"כ אם רוצה לחלוק ליקח חלקו בסחורה יכול לחלוק כשהגיע זמן:

נד מחשב הסחורה לפי מה ששוה בשע' שמוליכ' עסמ"ע ס"ק פ"ג שכתב דמירי אפילו קיבל הסחורה בסכום ידוע כו' ולכאורה קשה דכיון שהנותן פירש לו שא"ר ליתן לו בעיסקא רק בסך ידוע מה"ת לא יהי' הנותן יכול לחזור בו כשהוזל ונראה דהטעם הוא דהא מבואר לקמן בסי' ר"ח דמקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשיווי המקח בשביל המתנת מעות שהמקח קיים ליתן כשער של היתר ואין א' מהם יכול לבטל המקח ולפ"ז א"ש דכיון שאין העיסק' מתחיל עד שעה שמוליכו דהא אם ירצה המקבל למוכר' בכאן קודם שמוליכו אינו רשאי כמבואר ברשב"ם בב"ב דף צ"א ובב"י סי' ר"ל וכל הנותן עיסקא אסור לחשב הסחורה ביותר משוויו כמבואר בי"ד סי' קע"ז וכיון דכאן מתחיל העיסקא בשעה שמוליכ' אסור לחשב יותר ממה ששוה בשעה שמוליכ' וכיון שהוא קוצב לו סך ידוע יותר ממה ששוה אז הוי כמקח שנעשה באיסור דהמקח קיים כשער של היתר דהיינו כפי מה ששוה בשעה שמוליכ' אך קשה דמבואר שם בסי' ר"ח גבי פסק קודם שיצא השער דהלוקח יכול לחזור וא"כ ה"נ יהי' הנותן יכול לחזור בו לכן דין זה שלא יהי' הנותן יכול לחזור בו צ"ע:

נה הרי נעקר משותפותם ולפ"ז ה"ה בקנו סחורה וא' נתן המעות והשני אינו יכול להחזיר חלקו המגיע ממנו נעקר מהשותפות ואף שרוצה אח"כ הוא או יורשיו ליתן מעות אינו יכול לחזור בו כיון שכבר נעקר מהשותפות ולכאורה קשה דבמאי קנה השותף השני הסחור' או החוב לענין שלא יהיה הלה יכול לחזור בו הא בדברים לא מקני ואפשר דהוי כשותף ששינ' בפסידא דלא הדר כמש"ל דיכול לסלק אותו מהשותפות וכיון שנתרצו בהסילוק כחלקו השותפות דמי וחלוקת שותפים א"צ קנין כמ"ש הש"ך סי' ק"א אמנם ודאי דכשזה א"ר ליתן המעות שהשני יכול לכופו ליתן לו המעות דכיון שנתן להעכו"ם המעות ע"פ ציוויו הוי כהלוה לו רק כשהשני נתרצ' בסילוק השותפות נפטר מליתן המעות והלה זכה:

נו כיון שבאונס היה פטור משמעון. ע"ל בסי' שפ"ח סעיף ד' דכתב הרמ"א ליישב דלא תקשה משם לכאן ועש"ך שם ס"ק כ"ח שכתב דאם היה לו משכון בשותפות ונתן להשר דזה מיקרי נו"נ ביד וחייב וע"כ צ"ל דאין כוונת הש"ך במשכון שהיה ת"י בריצוי השותף הב' שנתנו ת"י דבזה ודאי פטור כשנתנו להשר כמבואר בסימן רצ"ב דשומר שנו"נ ביד דפטור עסמ"ע וש"ך שם א"ו דמירי שלקח מתחיל' המשכון לביתו שלא רצה למוסרו

להשותף הב' ובזה חייב כשמסרו להשר כיון שלא נעשה שומר עליו ול"ש טעם הסמ"ע והש"ך שם:

נז אין שומעין לו. עסמ"ע שכ' דמיירי שהלך בלא"ה לשם וכו' וע' בט"ז שכ' דמיירי שגם בביתו היה צריך למזונות אלו ולפענ"ד דברי הט"ז מוכרחים דבלא"ה ודאי חייב כשנמכר' הסחור' שם ביוקר דהא צריך לשלם לו מה כשנהנה כשירד על דעת להנות חבירו ג"כ אף דהוא לא חסר כמבואר בסי' רס"ד בהג"ה דכל שעשה לחבירו טובה א"י לומר בחנם עשית עמדי אף דמיירי שם שלא הוצרך לרבות בהוצאות בשביל חבירו אפ"ה חייב כשירד ע"ד שניהם ע"ש:

נח עליו להביא ראי' מיירי באופן דל"ש מגו שהיה יכול ליתנם לידו דבמגו מהימן כמבואר סוף סי' מ"ו בהג"ה:

נט כ' שותפים שקנו משי. עסמ"ע ס"ק פ"ח עד וליתן לו חלק בהחסרון נראה דע"כ מיירי שהי' לשמעון עדיין מעות מהמקח בידו או שהאמינו על ההפסד דבלא"ה אין שמעון נאמן להוציא מיד ראובן אפי' בשבוע' כמבואר בסי' צ"ג סעיף י"ג:

ס דה"ל עליו כשואל. נראה דמיירי בשליח שהוא קבלן דל"ש שם עבד עליו ואינו נידון כקרקע כמ"ש הסמ"ע בסימן רכ"ז ס"ק נ"ט אבל בשליח או פועל ששכרו ליום דהיינו כפועל דינו כקרקע כמ"ש הסמ"ע שם ודאי דפטור דהא קרקעות נתמעטו מדין שומרי' וגם אפילו קבלן אם לא עשה בחנם ונזדמן לו אונס על גופו שהוא כעין אונס של גניבה ל"ש לומר שנתחייב המשכיר דל"ש גניבה ואבידה בגוף אדם כמבואר במרדכי. אך הא קשה נהי דראובן הוי שואל על גופו של שמעון מ"מ לא עדיף מאילו שאל ממנו חפץ דהוה פטור מטעם שמירה בבעלים דהא שמעון נתחייב בשמירת חפץ שמסר לו ראובן להוליך ואפילו לא מסר לו שום דבר מ"מ כיון שמחוייב לילך בשליחותו לא גרע מאמר לו השקיני מים דהוי שאילה בבעלי' ואפשר דס"ל כדעת האומר שהביא הש"מ ר"פ השואל דהבעלים נקנין באמיר' וכיון שנשאל להבעלים קודם שהתחיל בהמלאכה לא הוי שאילה בבעלים משא"כ למאן דס"ל בש"מ שם דלא נקנה עד התחלת המלאכה הוי שאילה בבעלים וגם צ"ל דס"ל להך דיעה כדעת הרב בהג"ה בסימן ש"מ סעיף ב' דזה לא הוי כמתה מחמת מלאכה דלהמחבר שם כיון דנאנס בדרך הוי כמתה מחמת מלאכה ע"ש ולפ"ז נ"ל דהעיקר דאין להוציא ממון נגד כל הדיעות שהבאתי:

סא א"ר ראובן גובה משמעון ונראה דחיוב של שמעון הוא מטעם שליחות יד דחייב אפי' ע"י שליח ועמ"ש בסי' רצ"ב דאפילו ע"י שליח עכו"ם חייב מש"ה אפי' יברר שנאנס ביד

השני חייב אבל אם ציוה להפקיד ללוי פטור כשמברר שנאנס כמבואר בסי' רצ"א גבי שומר שמסר לשומר:

סימן קעז

א לעשות חסד. עסמ"ע סק"א עד והן מתפרנסין בתפיסת הבית וכו' ועמ"ש בסמוך דע"כ מוכח מדברי הש"ע לקמן דאפי' אין מתפרנסין מתפיסת הבית השכר לכל האחין:

ב אבל חלקו לא. ודוקא שקיבלו המלך אחר שחלקו ומטעם שכתב הטור דודאי לא נתכוין המלך רק להרויח לזה אבל אם קיבלו המלך קודם חלוק' שנתכוין להרויח לכולם ואח"כ רוצה לחלוק מ"מ נראה דמחוייב ליתן הריוח לאמצע כיון שהמלך נתכוין להרויח לכולם:

ג אבל לאומנות אחרת. עסמ"ע סק"ב עד ה"נ דכוותי' ולפ"ז לדעת הרמב"ם שם וס"ל דאפי' טרחו בגופן או מכיסם הוא ג"כ לאמצע וא"כ ה"ה הכא אפי' לאומנות אחרת הוא לאמצע ולפענ"ד ל"ד כלל להתם דהתם שיבחו נכסי שותפות אבל הכא שנעשה סופר או אומן ולא שיבחו נכסי שותפות כלל ודאי דהכל לעצמו והו' פשוט ואפי' נלקח לשאר אומנות מחמת אביו כגון שאביו היה אומן אצל עשיר אחד וכשמת לקח א' מבניו הוא לעצמו והטעם דהמלך עושה בשביל חסד עם היתומים משא"כ בשאר אנשים שאין משלמין רק שכר אומנותן ומה"ט ס"ל לי"א דאפי' באומנות המלך נוטל שכר פועל מקודם רק מה שנותן המלך בשביל החסד של היתומים הוא לאמצע:

ד טורח מלאכתו כפועל נרא' דהיינו דוקא בכה"ג שאין האחים יכולין לעשות מלאכה זו דהא המלך קיבל אותו למלאכ' זו אבל בשאר שותפים שמחוייבים שניהם להתעסק ועסק א' יותר אינו נוטל שכר טרחתו כיון שלא הודיעו ועסק יותר בעצמו ויכול השותף השני לומר אם היית מודיע לי הייתי עוסק בעצמי ג"כ ודוקא בשותף שחלה או שמת שאין השני יכול להתעסק נוטל השותף כשיתעסק שכר טרחתו אבל בסתם שותף שעסק יותר אינו נוטל שכר טרחתו דדוקא שכר בהמתו וחנותו יכול ליטול כמבואר לעיל סי' קעו סעי' מד אבל שכר טרחת עצמו אינו נוטל וכן מוכח בסי' רפז דאם השביחו בדבר שאם היו מודיעים לקטנים גם הם יכולים לעשותו דהשבח לאמצע כיון שלא הודיעו תחילה אף דדיעה זו לא ס"ל כהרמב"ם שכתב הסמ"ע שם בסק"ב דשאני אחים דמחלי ומ"מ אם לא הודיעו בדבר שהקטנים יכולים ג"כ לעשותו אמרי' שמחל וה"נ כיון שלא הודיעו לחבירו ועסק סתם א"י לתובעו שכר טרחתו. והא דמבואר בב"מ דף סט גבי ר' אלעזר מהגרוני' מאי אמרת טרחנ' טפי פורתא אמרי אינשי סתם אריס' למרי ארעא

משתעבד וכו' משמע דבלאו ה"ט הי' מגיע לו שכר טרחתו היינו משום דשם בודאי לא היה דעתו למחיל' דהא היו מתעסקים תמיד בשכר טירחא וכשעסק אח"כ בסתם ודאי על דעת הראשון עסק ליטול שכר טירח' כדמעיקרא דהא מבואר הרבה פעמים דכל העוסק על דעת הראשון עושה מש"ה הוצרך לטעם דאריסא למרי ארעא משתעבד ואינו מגיע לו כלל שכר טירחא רק שתמיד נותן לו משום איסור ריבית וכשנסתלק איסור ריבית א"צ ליתן לו אבל שותף שעסק סתם וטרח יותר מחבירו אמרי' מדלא הודיעו מחל לו:

ה ודוקא שאינן ניזונין. תמיה לי א"כ דהך דסעיף ג' כשהוא לבדו מתעסק מיירי באינן ניזונין מן השותפות וע"ז כתבו המחבר ומור"ם המחלוקת של הטור והרמב"ם לענין פשיעה ואונס ורפואה שיש לו קצבה ואל"ק והוא תמוה דהא עיקר החילוק בין רפואה שאל"ק לרפואה שיש לו קצבה הוא משום דרפואה שאל"ק כמזונות דמיא וכיון דהכא מיירי באינן ניזונין מן השותפות מה"ת יטול רפואה שאל"ק וגם דברי הש"ך תמוהין שכתב דהרי"ף והרמב"ם סמכו עצמם ברפואה שאל"ק דדינו כאלמנה והוא תמוה דהא כאן באינן ניזונין מיירי וגם התו' וכל הפוסקים כתבו הטעם ברפואה שאל"ק משום דדמי לאלמנה. לכ"נ דע"כ כאן צ"ל שאותו שמתעסק לבדו בעירו כגון בנלקח לעבודת המלך שנותן ריוח לכל האחין וזה בודאי ניזון מהשותפות כיון דהוא מתעסק בשבילם ולכך שפיר מגיע לו רפואה שאל"ק להתו' דהו' בכלל מזונות ובזה מחלק בין מתעסק לבדו ובין שאר שותפים שהן בכה"ג דהיינו שאינן ניזונין מהשותפות דאף שהבטיחו לא' מזונות בעד איזה עסק שקיבל על עצמו לעסוק לבדו בעסק זה וחלה בתה"ז שעוסק בו שאין לו רפואה אף שאל"ק והטעם לזה דלכאורה קשה הא דשותפים הניזונין שיש להן רפואה שאל"ק הא מבואר לעיל בסי' ס' סעיף ג' דבמתחייב לחבירו מזונות שאין רפואה בכלל וע"ש בש"ך סק"ד שכתב דדוקא אלמנה שניזונית בתנאי ב"ד רפואה בכלל משא"כ במתחייב לחבירו לפ"ז קשה בשותפין שאין ניזונין בתנאי ב"ד רק מחמת התנאי שהתנו ביניהן ואין זה רק כמתחייב לחבירו מה"ת יהיה רפואה בכלל ואח"כ מצאתי בפרישה ס"ס קעו שהקשה זה ותי' דשאני שותפין שהן ניזונין יחד ונהנין זמ"ז. ולפ"ז קשה כאן בדין זה שהוא מתעסק לבדו וניזון לבדו אמאי יהי' רפואה בכלל וע"כ צ"ל דשאני בזה שהוא עוסק לבדו והשאר בטלים ומחוייב ליתן הריוח לשותפות מדינ' דמשנה וע"כ חייבוהו חז"ל ליתן לו רפואה שאל"ק להטור דהוי כמו בניזון בתנאי ב"ד תדע דהא להמחבר עדיף מתנאי ב"ד דהא נוטל אפי' רפואה שיל"ק מטעם שהו' מתעסק והן בטלים לזה שפיר כתב המחבר בד"א שמתרפא מאמצע וכו' פי' דדוקא שניזונין מדינא דמשנה

אבל בשאר שותפים שאינן ניזונין יחד ואינן נהנין זמ"ז במזונות רק ששכרו א' לאיזה עסק והבטיחו ליתן לו מזונות בשכרו הוי כמו מתחייב עצמו במזונות לחבירו בחנם או בעד שכירות שאין הרפואה בכלל אבל בשותפין הניזונין יחד יש להם רפואה שאל"ק מטעם שכתב הפרישה כנ"ל ולפ"ז א"ש הכל. ובדברי התו' במ"ש ובאונס דהכא שדחקו עצמם בפירושים נלפע"ד דהתו' סברי דשני אוקימתות הן דהש"ס שלנו מוקי לה בעוסק בלבדו ולכך מגיע לו אפי' רפואה שיל"ק ובדעת המחבר ובתוספת' מוקי לה בעוסקין יחד וניזונין יחד ולכך מחלקין בין יל"ק ובין אל"ק כיון שאין מגיע לו רפואה רק משום מזונות ובכלל מזונות היא רק רפואה שאל"ק ולזה כ' התי' שפיר ובאונס דהכא אין חילוק פי' דבתוספת' דמחייבי ברפואה שאל"ק ע"כ בניזונין יחד מיידי דרפואה שאל"ק הוא מטעם מזונות אבל באונס דהכא דלאו מטעם מזונות הוא אין חילוק בין רפואה שיל"ק ובין רפואה שאל"ק ולכך לא מחלק רשב"ג כאן בין יל"ק ובין אל"ק כמו שמחלק בתוספת' ולפ"ז ע"כ צ"ל דהא דמבואר בריש הסי' בנלקח לעבודת המלך דהשכר לאמצע מיירי אפי' באינן ניזונין מתפיסת הבית דהא הא דחלה מוקמי' לה דקאי על מי שנלקח לעבודת המלך וכתב הרמ"א דמיירי באינן ניזונין יחד אלמא דאפי' באינן ניזונין יחד השכר לכל האחים כשלא חלקו ועט"ז שפסק כדברי המחבר והרב וכן עיקר דלא כסמ"ע ס"ק ה' ומה שהחליט הש"ך דבאלמנה אין חילוק בין פשיעה לאונס כבר חלק עליו הב"ח דגם כאלמנה פטורים כפשיעה ומסתבר כדבריו:

סימן קעח

א שותפים שביקש עש"ך ס"ק א' (וצ"ל בש"ך ע"ל סי' ע"ז וט"ס סי' ע"ג) ורימז למהרש"ל ביש"ש וכוונתו כמ"ש הט"ז דמהרש"ל הכריע כמהר"ם שהביא הרמ"א בסי' קס"ג סעיף ו' גבי מי שמחל לו השר חלקו במסים דאפי' מחל לו ע"י בקשת השותף דהוא לעצמו ע"ש ומ"מ יש תימה על הרב בהג"ה שלא הביא כאן דעת מהר"מ החולק כמו בסי' קס"ג והדינים תלוין זה בזה כמבואר במרדכי ובת"ה סי' שמ"א ועוד תימה דעיקר טעם דיעה זו שהביא המחבר כאן הוא משום דשותף א"י לחלוק בלא דעת חבירו כמבואר בת"ה סי' שמ"א וע"ש שכתב לחלק בין הך דשיירא בסי' קפ"א דשותף יכול לחלוק בלא דעת חבירו במקום פסידא ולומר לעצמי אני מציל ותי' דשיירא שאני דשם נפשו בכפו להציל מגייס וסיכן עצמו משא"כ כאן שלא בא רק ע"י בקשה ולפ"ז תימה כיון שסתם כאן כשיטת רבינו שמחה דכשבא ע"י בקשה א"י לו' לעצמי אני מציל א"כ למה פסק בסי' קע"ו ססי' כ"ח בהג"ה בשותפין שהיו להן חוב אצל עכו"ם אלם וא' פייסו דאם אמר

לעצמי אני מציל דהוא שלו לבדו ולמדו מהך דשיירא דסי' קפ"א כמבואר בתשו' רשב"א וכיון שפוסק כאן כרבינו שמחה ולדעת ר"ש כל שבא ע"י פיוס א"י לו' לעצמי אני מציל ואפי' לתי' הא' שתי' הת"ה בסי' שמ"א שם דבשיירא חולק עצמו מכל השותפות משא"כ במכס שעדיין הם שותפים בשאר עולים מ"מ קשה הך דסי' קע"ו דנקט שותפים שיש להן חוב דמשמע שעדיין השותפו' קיימת בשאר דברים ואפ"ה פסק די"ל לעצמי אני מציל הרי סותר עצמו בג' מקומות שבסי' קע"ו פסק כמהר"מ די"ל לעצמי אני מציל אפילו הי' ע"י פיוס ובסי' קס"ג הביא המחלוקת וכאן בסי' קע"ח פסק להיפך כר"ש שכשהוא ע"י בקשה א"י לו' לעצמי אני מציל וגם בסי' ע"ז פסק בשנים שלוו מאחד שנמחל לו לבד ותובע בחבירו וכתב הסמ"ע שם דאפי' היה ע"י פיוס הדין כן וכאן פסק דהוא לאמצע בזה כבר עמד בתומים שם וע' בחידושים שם. לכנלפע"ד לישב הכל דהנה לכאורה יש להבין בטעם הדבר שכתב דהא דא"י לומר לעצמי אני מציל כשהוא ע"י בקשה דהוא משום דא"י לחלוק שלא מדעת שותפו ולכאור' קשה דא"כ אפי' שלא ע"י בקשה יהיה לאמצע ועוד דמה סברא היא זו שלא יהיה לעצמו מחמת שא"י לחלוק כיון שנותן לו בפי' מתנה מה"ת יזכה השני במה שנתן לו אחר מתנה וע"כ צ"ל דהטעם הוא כיון שריוח המתנה נולד ע"י בקשה והתעסקות וכיון שמחויב כ"א להתעסק בשכיל כולן ובשעת בקשה הוין כאלו עושה בשליחות כולן ופי השליח כפיו ממש וכאלו נולד המתנה ע"י בקשת שניהם והוי כאלו מבלעדי בקשת שניהם לא היה נותן המתנה ההוא דהא א"א לו לחלוק מהתעסקות ולעסוק לצורך עצמו וכיון שבשעה שעסק עסק בשביל שניהם הרי נולד המתנה ע"י התעסקות של שניהם מש"ה הוא לאמצע. ולפז"נ דבשנים שלוו מאחד ואינן שותפים כלל רק כ"א לוה לצורך עצמו ואין מחוייב כ"א להתעסק בעד חבירו אפי' נולד ע"י בקשה הריוח לעצמו דהא עיקר הטעם כתבו משום דשליחותא דכולהו עביד וכשאינן מחוייבים להתעסק א' בשביל חבירו לא הוי שליחותיה דחברי' כלל בשעת בקשה ולפ"ז ל"ק מסי' ע"ז דשם בשנים שלוו מא' ואין שותפין כלל מיירי. וגם הא שכ' בת"ה בתי' הא' לחלק בין הך דסי' קס"ג במס להא דשיירא דהוא מטעם דהן שותפים בשאר עולים ג"כ לכאורה אינו מובן דמה בכך שהן שותפי' בדברים אחרים מ"מ מה"ת לא יהיה יכול לחלוק עצמו משותפות זה ולכ"נ דהכוונה דכל שחולק עצמו לגמרי בשותפות זה י"ל לעצמי אני מציל ולחלוק עצמו אף שיש להן עדיין שותפות בשאר דברים מ"מ בשותפות שיש להן בחוב זה יכולין לחלוק ולכך בסי' קע"ו אפי' ע"י בקשה הוא לעצמו וכן בסי' קפ"א אף שהן שותפים בשאר דברים מ"מ בסחורה זו שנטל הגייס יכול לחלוק עצמו משא"כ בסי' קע"א מיירי כגון במכס שהן חייבים ליתן בעד סחורה

שרוצין להוליכה למקום פ' וכיוצא וכיון שמה שצריכין ליתן הוא על סחורה שא"י לחלוק בה וממילא גם בחיוב ההתעסקות שצריך להסחורה א"י לחלוק עצמו מש"ה גם בקשת מחילת המכס שהיא התעסקות שצריך לסחורה א"י לחלוק ושליחותא דכולהו עביד וזהו ג"כ כוונת הת"ה במה שמחלק במס שהן שותפים עדיין וכו' דכיון שמבואר בסי' שס"ח הטעם דדינא דמלכותא דינא במכס דהוא משום שנותנין המכס שיהי' רשות לדור תחתיו וידוע דכל שהן ציבור יותר גדול עושה עין יותר ומש"ה חייב כ"א להיות נושא בעול עם הציבור ואסור לפרוש מהציבור כיון דכ"א מקלקל לכל הציבור שעושה עין לכל הציבור מש"ה א"י לחלוק מהציבור בשעת התעסקות ושליחותיה דכולהו עביד בבקשת מחילת המס ואף דר' מאיר פליג בסברא זו מ"מ סתם בסי' קע"ח כר' שמחה כיון שהרא"ש שהוא בתרא פסק כר"ש גבי מוכס ומ"מ הביא הפלוגתא בסי' קס"ג כיון שלא נזכר דעת הרא"ש גבי מס י"ל דאף הרא"ש מודה לר"מ במס דיש ג"כ סברא לחלק במכס להך דשיירא כיון דבכל חוב יש לומר מפייס הוינא לי' והיה מוחל לי כמבואר בסי' קכ"ח א"כ ה"נ י"ל אילו לא היית מבקש על עצמך הייתי מסיים לי' והיה מוחל בסתם לשנינו מקצת ומחמת שכבר מחל לך המקצת אינו רוצה שוב לוותר יותר והוי כמוחל קודם פשרה דמודה הר"מ מטעם דבמה שמקל לזה מכביד על אחרים כמ"ש המרדכי בשמו מה שאין כן במס המגיע להשר אין מדרך לבקש מהשר אחר שנתפשרו שימחול עוד רק מי שנושא חן בעיניו שעובד אותו לפעמים מוחל לו כמ"ש הפוסקי' לא שייך סברא זו מש"ה אפ"ל דגם הרא"ש מודה למהר"ם לכך הביא פלוגתא זו בסי' קס"ג דמיירי במס:

ב ואם לא השביח. עיקר דין זה יתבאר בסי' שע"ח וע"ל בסי' קע"ו שכתבתי דדוקא בהוציא מעות שלו אבל מה שעשה במעות שותפות שת"י הפסד הוצאה לאמצע:

ג והוא מוחה בו אם הוא דבר שא"א לבנותו. פי' אם הוא דבר שא"א מלבנות דהיינו שבית השותף עומד ליפול והשותף א"א לבנות חלקו עד שיבנה גם כן חלק חבירו וחברו א"ר לבנות כופין חבירו ליתן לו חלקו ויורדין לנכסיו וגובין ממנו לבנות הבית המשותף וא"י לומר בנה אתה כל הבית ודר בו עד שישלם לך וא"ל אמאי יכול כאן לכפות וליתן לו חלקו ומשמע דיורדין לנכסיו ובבית ועליה אינו כופהו רק שיושב בה עד שיתן לו יציאותיו דשם גבי בית ועליה יכול לומר בעה"ב לבעה"ע מה לך לכפות הרי כל ההוצאות שאתה צריך לבנין של מעלה בנה למטה ודר בו והלא אף אם אני אבנה הבנין של מטה לא יגרע מהוצאתך כלום ומה לך אם תבנה בנין שלך למעלה או למטה מש"ה אין יורדין לנכסיו משא"כ כאן שצריך הוצאות יתירים כיון שמוכרח לבנות חלק שניהם שא"א

לבנות זה בלא זה די"ל לו כיון ששנינו צריכין לבנין זה נוציא ביחד ההוצאות ואיני רוצה להוציא הוצאות לבד ואפי' בשנים שאינן שותפין כל שיש דבר שהוא מוכרח לשניהן ואין הא' רוצה לעשותן יכול השני לכפותו וראי' לזה מהא דבני העיר כופין זא"ז לבנות חומה ושאר דברים הנצרכים וכן בני מבוי ובני חצר המבוארי' בה' נזקי שכנים וכן בסי' קס"ג סעיף ו' בהג"ה שכתב דכל בני עיירות שיש לחוש שגם עליהן יעבור דצריכין ליתן ואין דומה למקיף את חבירו בסי' קנ"ח דמדמין ליה לזה נהנה וזה לא חסר דשם הוא דבר שאינו מוכרח דסגי להו בנטירה בר זוזא ובדבר המוכרח לשניהן באמת כופין זא"ז דבהדיא תנן דכופין בני בקעה זא"ז לעשות חריץ ובן חריץ אלמא דכל דבר המוכרח לשניהן וא"א להא' לתקן לעצמו עד שיתוקן ג"כ חלק האחר מחיוב האחד ליתן חלקו ועוד ראיה מסי' קסא סעי' ו' גבי חמש חצירות השופכות מים לביב א' דכולן מתקנות עם התחתונה והטעם כתב הסמ"ע משום דהמים יעמדו נגד העליונה ואמאי לימא לי' מה לך בכך שמתקלקל חצירו יתקלקל ויתקלקל וכן בסי' ק"ע גבי חמש גינות דאלו היה רק התחתון לבד לא הי' שום אדם יכול לכפות לתיקונו ועכשיו שהעליון ג"כ צריך לזה כופהו לתחתון והא דבסי' רסד סעיף ד' בהג"ה גבי שנים שנתפסו דאין חבירו חייב ליתן לו ע"ש שם מירי שלא נתפסו על ענין א' ואפשר להציל עצמו זולת האחר בזה שייכים הדינים שכתב שם אבל כשנתפסו על ענין א' וא"א להציל לעצמן זולת האחר כופה לחבירו ליתן לו חלקו דומיא דשיירא שעמד עלייה גייס דמחשבין לפי ממון או לפי נפשות כל חד כדינו דמה לי גייס ומה לי שר שמעליל כי שביה בעסקי נפשות דמיא ואם בא על עסקי ממון מחשבין לפי ממון וכן הדין בספריו וספרי חביריו המוזכר שם ולזה נלפע"ד דה"ה בבית המשותף שנפל ולא נשאר רק הקרקע ואינו עומד לשנות הקרקע לדבר אחר רק לבנין שיכול לכופו לבנות דהוי כמציל מההיזק דא' יכול לכוף לחבירו כמש"ל ואין לרמותו למי שרוצה להשביח נכסי שותפות שא"י לכפות זא"ז דז"א דכיון שאינו עשוי לשנותו לדכר אחר מופסד ועומד הוא וכהצלה מנזק דמיא:

סימן קעט

א ואפי' נשתהא בידו עש"ך סק"ב מה שתמה על הסמ"ע והנה הש"ך לא ראה ס' הפרישה ובפרישׁ' מבואר כ"ז בסי' קנז וכצ"ל בסמ"ע ואע"ג שכתבתי בפרישה בסי' קנז דבזמן רב רגילין להקפיד מ"מ וכו' ואמרי' דלא קפדי וכו' וכוונתו הוא על הדרך שכתב בדרישה שם דהטור חולק על התו' וס"ל דאפי' באישתהי א"נ וכתב הטעם דמשום החזקה שהוא עדיין של שותפות כיון שידוע הוא שהוא משל שותפות מהני החזקה לומר דלא קפדי

מאיזה טעם שיהיה או בשאלת מקום או בשכירות ע"ש בדרישה ובזה מיושב קו' הש"ך ומ"ש הש"ך דהטור מיירי בזמן רב שאין רגילין להקפיד והתו' מיירי בזמן רב יותר שרגילין להקפיד נראה שהוא דחוק דא"כ לא הי"ל להטור לכתוב סתם ואפי' נשתהא זמן רב והיה לו לפרש דבזמן רב ביותר נאמן ועוד דהא בסי' קנז כתב הטור ג"כ לשון זה דאפי' נשתהא בידו זמן רב ושם מיירי אפי' בזמן רב שדרכן להקפיד כמ"ש התוס' ריש ב"ב בד"ה לפיכך ומה שהקשה הש"ך דכיון שדרכו להקפיד הוי כמו שהיה של חבירו לבד תמוה לי דבשותפות שאני דדמי להא דסי' ק"ן סעיף ג' דכשבא לידו בתורת משכונא דאין לו חזקה שוב לעולם וע"ש בסמ"ע סק"ד ואפי' להחולקין שם נראה דלא חלקו רק בקרקע שהחזקה הוא מדלא מיחה על אכילת פירות מש"ה אף שמתחלה בא לידו כדין מ"מ יש לו חזקה ממה שהניחו לאכול פירות ג"ש משא"כ חזקת מטלטלין דעיקר חזקה הוא משום דהאיך בא לידו וכיון שיש טעם על תחלת ביאתו לידו לא הוי שוב חזקה אף שנשתהא ואף דמבואר בסי' קל"ד בירד האומן מאומנתו וכן בבן האומן דמהני אישתהי זהו ג"כ רק לדעת י"א שם והוא דעת התו' אבל לדיעה קמייתא שם לא מהני אישתהי ואפי' החולקין שם נראה דלא חלקו רק בירד מאומנתו ובבן אומן הנשתנה שמו ועניינו כמ"ש הסמ"ע סי' ק"ן ס"ק ד' אבל בעודו אומן ועודו שותף אפי' כ"ע מודו דאין לו חזקה לעולם כ"ז שהוא אומן ושותף אפי' אישתהי וכן העיקר כהסמ"ע וכן משמע מהט"ז ואי איכא עדים שבא ליד השותף בפקדון מהשותף השני ואיכא עדי ראה עכשיו אף הש"ך מודה דא"נ דהא אפי' בחבירו שמקפיד בודאי מוציא מידו בדאיכא עדים וראה והש"ך לא מיירי רק כשיש עדים שיודעין שדבר זה ידוע משל שותפות אבל כשיש עדים היאך בא לידו ואיכא עידי ראה גם הש"ך מודה דא"נ:

ב והוא דלא מצי למיטען להד"ם. והנה לכאורה היה נראה להוכיח דבלא שהה אפי' מגו לא מהני מהא שכתבו התוס' בב"ב ד' ב' בד"ה לפיכך דמתניתין קמ"ל דלא מהימן לומר שבנה משלו במגו דלקוח וכתבו שם וז"ל ואע"ג דאמרינן בריש הבית והעליי' דשותפין לא קפדי אהדדי הבא מיירי דשהה יותר מכדי רגילות וכו' ולכאורה הן תמוהין דממ"נ אי מיירי בדאיכא עדים דפנינהו שלא בפני השותף השני ויש ג"כ עכשיו עדים שראו האבנים קודם ביאתו לדין ומכירין האבנים שהן מכותל המשותף א"כ קשה דמה בכך שבזמן רב מקפידין הא אפי' חבירו שמקפיד בודאי מ"מ כשיש עדים היאך בא לידו ועידי ראה בודאי מוציא מידו כמבואר בסי' קל"ג ולא מהני טענת לוקח בדאיכא עדים וראה ואי מיירי בליכא עדים וראה א"כ קשה דל"ל לתו' לחדש דין זה דבשה' אפי' שותפין מקפידין הי' להם לומר בפשיטות דמיירי שאין האבנים יוצאין מת"י דאית ליה מיגו

דלהד"ם וקמ"ל מתניתין דאפ"ה א"נ כשטוען אני בניתי משלי משום דהוי כמיגו במקום עדים וכן קשה על הא שכתב המ"מ הביאו הב"י בסי' קנ"ז וז"ל וכגון שיש זמן רב וכו' והוא תמוה דמה היה צריך לזה ומתוך זה נראה לומר דבלא שהה אפי' מגו ל"מ ומטעם שכתב רש"י ריש הבית והעליה בד"ה לא קפדי אהדדי וכו' הילכך כי נמי יתבי ברשותא דחד מינייהו לא הוי אידך מוציא דברשותא דהאי נמי יתבי דהא לא קפיד עלי' מלאושלי דוכתא ע"ש ולפ"ז י"ל דבלא שהה לא מהני מיגו דכיון דברשותי' יתבי הוי כמיגו להוציא וכמי שכ' התומי' בסי' ע"ב ס"ק ל"א דבגודרות הוי מיגו להוציא לדעת התו' ע"ש א"כ ה"ה בשותפים ולזה הוכרחו התו' לומר דבשהה קפדי אמנם מדברי ש"ע וכל הפוסקים משמע דמגו מהני אפילו בלא שהה:

סימן קפא

א הציל לעצמו. עסמ"ע ס"ק א' הטעם דמתייאשי' מיני' ולכאורה תימא דהא בגזלן ל"מ ייאוש רק עם שינוי רשות אפי' בגזלן עכו"ם ומבואר בסי' שמ"א סעיף ה' דאם נטלו מהגזלן שלא ברצונו דלא הוי שינוי רשות וא"כ במאי קנה אותו כאן ואין לחלק בין גייס ובין לסטים דהא בב"ק דף קי"ד במשנ' כלל גייס ולסטים ונראה דגייס שאני דהוי כמציל מן הנהר שהיא אבודה מכל אדם וכהפקר גמור הוא והא דבב"ק דף קי"ד כלל גייס ולסטים יבואר בסי' שס"א אי"ה ואם אחד אינו כאן ל"א דהוי ייאוש שלא מדעת כיון שאינו כאן דגייס הוי כאבדה ששטפה נהר דמהני בי' אפי' יאוש שלא מדעת אבל ביכולין להציל ע"י הדחק שאינה אבודה מכל אדם ודאי לא זכה בחלק של מי שאינו כאן:

ב שאמר שהציל לעצמו נראה דכשהשותף כאן בעינן אמירה בפניו דוקא וכן משמע מהש"ך שכתב בס"ק ה' וז"ל שאמר לפניהם וראיי' לזה דהא הבדק הבית הוכיח דל"מ כוונה מהא דפסק דנשבע ע"כ ואי מהני כוונה אמאי נשבע הא טענת שמא הוא ע"ש וא"כ יש להוכיח מזה ג"כ דבעינן אמירה בפניו דאלת"ה אכתי טענת שמא הוא דיכול לומר שאמר שלא בפניו או בלחש כעין שכתבו התוס' גיטין ל"ד ד"ה אבל ניסן והטעם נראה דאף ששותף יכול לחלק עצמו שלא מדעת שותפו במקום פסידא היינו דוקא כשאין השותף כאן אבל כשהשותף כאן צריך לחלק עצמו בפניו דוקא למען ידע חבירו להציל שלו ג"כ: ובקצה"ח חולק על הד"מ וכ' דדוקא ביכול להציל לאו הפקר הוא רק מטעם שהשותף חולק בעינן דוקא אמר אבל בא"י להציל שהוא הפקר ובהפקר הדין כשמגביה לצורך חבירו צריך שיאמר שמגביה לצורך חבירו כמ"ש הסמ"ע סי' רפ"ט ולפ"ז כשנתכוין לעצמו א"צ אמירה. ולפעד"נ דליתא דכל שאינו אומר אין השני מייאש

כלל מטעם שכתב השיטה דכשיש מצילין אינו מייאש נפשו וכן מסתבר דכל אדם מחויב להציל של חבירו ומכ"ש בשותף דמסתמא עושה מדעת שותפו אינו מייאש שותפו עד שיאמר לעצמי אני מציל אז מייאש נפשיה:

ג נשבע על כך. עש"ך סי' קפ"ו ס"ק מ"ח דא"נ רק כשיש לו מיגו דהיינו שקיבל שלא בפני עדים ע"ש ועש"ך סק"ג שכ' דאי ליתא לשותף א"צ אמירה וכו' ולכאורה קשה דהא דברים שבלב לא הוי דברים וצ"ל דאומדנא דמוכח הוא שבודאי במקום פסידא יציל לעצמו קודם ובמקום אומדנא דמוכח מהני דברים שבלב ולענין המותר שהוא מטעם ייאוש מהני אפי' שלא מדעת דהוין כשטפ' נהר וכמש"ל:

ד ה"ז חוזר מהשכירות. ע' סמ"ע ס"ק ה' עד דכתיב כי לי בני ישראל עבדים וכו' משמע דבשכיר יום עסקינן אבל בקבלן דל"ש הטעם כמבואר בסי' של"ג הוא לאמצע אמנם נראה דכיון שכתב הש"ך שם בס"ק ד' דדוקא כשהיה קנין אי משיכה א"י לחזור בו לגמרי אבל בלא קנין יכול לחזור בו רק שידו על התחתונה ע"ש וכיון שיכול לחזור בו הרי הוא לעצמו כשחוזר בו ובפועל אפי' בקנין יכול לחזור בו מטעם שכתב הסמ"ע כי לי בני ישראל עבדים:

סימן קפב

א אפי' לדבר עבירה עש"ך ס"ק א' שכתב דלא הוצרך להביא חצר דלא נ"מ רק לענין כפל כו' ודבריו תמוהין דהא נ"מ הרבה דקיימא ברשותיה לענין אונסין ושינוי קונה וכיוצא הרבה בדבר שנעשה עליו גנב עוד הקשה על הנימוקי יוסף שכתב דבקטן שאין לו יד כלל דמחייב שולחו הא אין שליחות לקטן ומהא דהשולח את הבעירה כו' והוא תמוה דהיה לו להקשות כן ג"כ על תוספת דשבועות ד"ג ד"ה על הזקן שתים שכתבו וז"ל מדלא קאמר איש דאמר לקטן ולנכרי אקפי לי גדול והיה לו להקשות הא אין שליחות לקטן ולעכו"ם וע"כ צ"ל דבשליח לדבר עבירה טעמא אחרינא איכא דנחזי אנן במעילה וטביחה ומכיר' ושליחות יד דרבי בהו רחמנא שליחות לד"ע דחייב אפי' עשאו ע"י קטן כמבואר במעילה דכ"א וע"כ צ"ל הטעם דכיון דבהנך דנתרבה בהו שליחות לד"ע לאו מאתם גם אתם ילפי' (") אלא מקראי אחריני דכתיבה בהו ממילא לא צריכין בהו שיהי' השליח דומיא דמשלח דהנך דוקא דילפי' שליחות דידהו מתרומה בעינן שיהיה השליח דומיא דמשלח מקרא דאתם גם אתם משא"כ במעילה ואינך ולפ"ז י"ל גם בהא דנפקי להו מחצר שליח לד"ע כגון באינו בר חיובא לרבינא או במידי דבע"כ מותיב בה לרב סמא דאפי' אם עשאו ע"י חש"ו ועכו"ם שאינן בר שליחות דחייב המשלח דהא הריטב"א בקידושין דף

מ"ב כ' דהא דאין שליח לד"ע לאו מטעמא דדברי הרב הוא ע"ש וע"כ צ"ל הטעם הוא דבאמת אין שליח לד"ע דהוא מטעם דאיכא למילף תרומה רק לענין שיהי' המעשה קיים משא"כ בשליח לד"ע דחייב המשלח בעונש כאלו עבר אלאו שיש בו מעשה זה לא מצינו למילף מתרומה ותדע דהא לרוב הפוסקים אפי' בשליח לד"ע המעש' קיים ואפ"ה המשלח פטור מעונש וכן הוא בתוס' ב"מ דף י' בד"ה דאמר לישראל לתירוצא קמא ע"ש אלמא דעיקר מה דלא מצינו למילף שליחות לר"ע מקראי דתרומה וקידושין הוא רק לענין דלא לחייב שולחו בעונש אבל לענין שיהיה המעשה קיים ילפינן אפי' לד"ע וכיון דקיום המעשה וחיוב המשלח שני עניינים נפרדי' הם וחיוב המשלח לד"ע באין בר חיובא לרבינא ובע"כ לרב סמא מקראי דחצר דכתי' גבי גניבה דמחייב המשלח נפקי לה כל שהוא דומיא דחצר דהיינו שאינו ב"ח לרבינא כו' אפי' הוא ע"י קטן או עכו"ם חייב המשלח כיון דגבי חיוב המשלח לא כתיב מיעוטא דגם אתם והא דאין שליחות לקטן היינו דוקא לענין שאין המעשה של שליח קטן ועכו"ם קיים כגון בקידושין וקנין אבל בדבר שהמעשה א"א להתבטל כגון שאמר לקטן אקפי לי גדול חייב המשלח והא דהקשה מהשולח את הבעירה אישתמיטתיה דברי הריטב"א הביאו השיטה מקובצת ב"מ ד' י' שכ' דמיירי דוקא בלא אמר להזיק אבל באמר להזיק באמת חייב אף בקטן ע"ש וס"ל להנימוקי יוסף כהריטב"א ועמ"ש סי' שמ"ח שלא יקשה מאמירה לעכו"ם שבות ע"ש אמנם בתו' ב"מ ד' י' בד"ה אשה ועבד מוכח כהש"ך והתי' לשיטתייהו אזלי דס"ל דאשלד"ע הוא מטעם דברי הרב כו' ולפ"ז יש ליישב ג"כ מה שהקשיתי לעיל על הש"ך דהא יש נ"מ הרבה לענין אונסין וכיוצא ולפי הנ"ל א"ש דלענין קיום המעשה שפיר יש ללמוד שליח לד"ע משאר שליחות ואפילו ע"י מי שהוא בר חיובא המעשה קיים ולזה לא היה צריך להביא הא דרב סמא בכ"מ לענין קיום המעשה ולא הוצרך ללמוד מחצר לענין גניבה במי שאינו בר חיובא לרבינא כו' רק לענין חיוב עונש להמשלח הוא לחייב המשלח בעונש הכפל וכיון דכפל אינו נוהג לא היה צריך להביאו אך הוא קשה דא"כ בעשה שליח לגנוב יהיה המשלח חייב באונסין כיון דהמעשה קיים אף בשליח לד"ע א"כ קנהו המשלח להגניבה לענין אונסין אלא ע"כ דאף חיוב האונסין מכלל חיוב עונש הוא ואין על המשלח חיוב עונש כנ"ל:

ב וכל מעשיו קיימין. וזהו דוקא ע"י מי שהוא בר שליחות אבל ע"י עכו"ם וחש"ו שאינן בתורת שליחות אין המקח קיים נגד המשלח בין שהוא מוכר בין שהוא לוקח כמבואר בסימן קפ"ח ונלמד מתרומה דכתיב גם אתם דבעינן בן דעת ובן ברית אמנם נראה דבתרומה דוקא אם אמר לקטן צא תרום והקטן קרא שם תרומה אין תרומתו תרומה אבל

אם ציוה לקטן לתרום והמשלח אמר התבואה שיפריש קטן זה ויקרא לו שם תרומה יהיה תרומה על מותר התבואה הוי תרומה דהא תרומה ניטלת במחשבה ואמר אם מחשב ואמר אם ירדו גשמים יהיה זו תרומה על זו הוי תרומה כדמוכח בעירובין דף ל"ז דלא שקיל וטרי התם רק אי אמר אם ירדו גשמים יהיה זו תרומה ואם לא ירדו גשמים יהי' זו תרומה אבל באמר לכשירדו גשמים יהיה זה תרומה על זה ודאי דהוי תרומה וה"נ מה לי אם אמר כשירדו גשמים או מה שיפריש הקטן או הקוף יהי' תרומה ואפילו ברור' ל"ש כשאומר שהתרומה יהי' חל להבא כשיתברר כמבואר במהרי"ט חח"מ סי' כ"ג ובריש פ"ח דמעשר שני וכן במוכר ולוקח ע"י שליח שאינו בתורת שליחות נראה דדוקא בשליח דלוקח שעשה משיכה ע"י השליח שאינו בר שליחות לאו כלום הוא ואפילו מסר אח"כ השליח החפץ להלוקח ומשך בעצמו שלא בפני המוכר משיכתו לאו כלום הוא דהא לא אמר המוכר ללוקח משוך וקני רק להשליח ואפילו משך בפני המוכר מ"מ לא היה דעתו לקנות במשיכה זו רק במשיכה שעשה השליח ומשיכת השליח לא מהני וכן מוכר שאמר לשליח קטן צא מכור והמשיך לאו כלום הוא אבל אם המוכר מסר החפץ לקטן ועכו"ם למסרו להלוקח ואמר או כתב על ידם להלוקח שילך וימשוך ויקנה בשם המוכר מהני משיכת הלוקח דהא אפילו בגט מבואר באה"ע סימן קמ"א סעיף ל"ה דאפילו לשלוח גט ביד עכו"ם ליתן לישראל ומינה בכתבו הישראל לשליח דכשר דהכותי מעשה קוף בעלמא עביד וה"נ השליח מעשה קוף בעלמא עביד שהוליך הדברים שאמר המוכר להלוקח שימשוך הלוקח ויקנה ואפילו החולקין שם נראה דמודים הכא בקנין אמנם בעינן שיאמר לשון דמהני דהיינו לך משוך וקני אבל אם כתב ואמר ימשוך ויקנה הוי כאומר משוך ותקנה דלא מהני כיון דמשמע להכא כמבואר בסי' קצ"ז וכן אם נתן לשליח כסף לקנות קרקע קנה המשלח דהשליח מעשה קוף בעלמא עביד להוליך המעות להמוכר לקנות בו:

ג לא יכול לחזור. וה"ה אם אמר קח סחורה סתם במעותיך ואשתתף עמה אפילו לא ייחד לו שום סחורה נעשה שותף תיכף כשקנה אכן אם קנה סחורה יותר מן הרגילות דודאי לא אסיק אדעתי' דמשלח ליתן מעות כ"כ א"י לכפות להמשלח כעין שכתב בהג"ה סעיף ג' ע"ש. ועסמ"ע שכתב דהיינו המשלח וכו' ולכאורה קשה דהא ודאי קודם שקנה הסחורה אף המשלח יכול לחזור ולבטל השליחות כיון דמיירי דעדיין לא נתן מעות כמבואר בתשו' הרשב"א ע"ש ואחר שקנה בשם המשלח אף השליח א"י לחזור בו דדוקא קודם שקנה יכול השליח לחזור בו ולומר לעצמי אני קונה אבל אחר שקנה בשם המשלח שוב א"י לחזור בו וקנהו המשלח כמבואר בסי' קפ"ג לכ"נ כוונת דבריו דעיקר

החילוק שבין חזרת המשלח לחזרת השליח הוא רק לענין ביטול השליחות שלא בפניו דהשליח שביטל השליחות בפני עדים שלא בפני המשלח קודם שקנה ואמר לעצמי אני קונה מהני כמבואר בסי' קפ"ג ואלו המשלח שביטל השליחות שלא בפני השליח אפילו בפני עדים והשליח לא ידע והלך וקנה במעות עצמו בשם המשלח כמו שציוה לו המשלח שאמר לו לך וקח במעותיך ואשתתף עמך חייב להחזיר להשליח מעותיו כיון דהשליח הוציא ממון על פיו כמו בתן מנה לפ' או זרוק מנה לים דחייב משום ערב:

ד אם לא הודיעו. ואף דבעשאו שליח למכור אפילו אם נתברר אח"כ שהוא של המשלח ועבר על דבריו אפ"ה המקח קיים ואף דאין אדם מוכר דבר שאינו שלו הכא שאני דודאי דעת שליח הי' שיהי' המקח קיים ושהוא יתקן את עיוות תדע דהא אם השליח היה שליח לקנות ועבר על דבריו ורוצה השליח להחזיק המקח לעצמו ולהחזיר להמשלח מעותיו א"י ומחוייב למוסרו למשלח ולתקן העיוות כמבואר בסעיף ו' אלמא דאמדו חז"ל דעת השליח שבדעתו היה שיהי' המקח קיים להמשלח ולתקן אשר עיוות א"כ הרי נעשה שליחותו של המשלח כיון שהשליח בודאי קבל עליו להשלים מה שחיסר בכדי שלא יהי' כגזלן מש"ה המקח קיים אמנם אם אין לו לשליח לתקן העיוות הי' נראה לכאורה דיכול המשלח לבטל המקח כשמברר שעבר על דבריו כיון שהמשלח לא נתרצה רק על אופן שאמר לשליח ושליח שינה וא"י להשלים הוי כמוכר דבר שאינו שלו ואם אינו יכול לברר יבואר לקמן בסי' קפ"ח אם המשלח נאמן או לא וכן היה נראה לכאורה הדין בשלוחו של לוקח כששינ' אם א"י לתקן העיוות והמשלח מברר שהמעות שלו והוא עבר על דבריו הוי כמו קידשה בגזל דקי"ל דאינה מקודשת וה"ה בקניני ממון אז יכול להוציא המעות מיד המוכר והמקח בטל אם לא היה קנין אחר רק נתינת הכסף לאפוקי אם הי' קנין אחר כגון משיכה המקח קיים בין המוכר והשליח ויכול המוכר לכופו ליתן לו מעות אחרים רק שהשליח נתחייב להחזיר להמשלח מעותיו אבל כשיש לו לשלם ולתקן העיוות אפילו אם לא הי' הקנין רק בכסף הקנין קיים אף שנתברר שעבר על דבריו והכסף אינו שלו מ"מ המקח קיים דאמרינן ודאי כוונת השליח הי' לעשות שליחותו ולתקן העיוות בכדי שלא יהי' גזלן כמש"ל אמנם לקמן בסי' קפ"ז יבואר דבכל גוונא המקח קיים כשלא הודיע אח"כ מצאתי כמהרש"ל כתובות צ"ט ע"ב ד"ה דטעה שליח שכ' דבעשאו שליח למכור בטל המקח אפילו כשלא הודיע אמנם לפעד"נ כמ"ש:

ה המקח בטל. היינו דוקא בהודיעו כדמוכח בהר"ן דמוקי להא דקידושין מיירי בטעות בהודיעו דוקא אבל אם לא הודיע שהוא שליח המקח קיים כשאין בו שיעור אונאה או אחר כדי שיראה ושיעור כדי שירא' הוא מהשליח דכל שלא הודיעו הדין שוה כמו

בקנאו לעצמו ואין השליח יכול לומר מסרתי תיכף החפץ להמשלח ואנוס הייתי מה שלא הראיתיו לתגר דהוי כאלו קנאו לעצמו ומסרו לאחר ושהה כדי שיראה דמ"מ הוי מחילה דלא הי' לו למוסרו לאחר עד שיראנ' מקודם לתגר וכן הדין בין השליח למשלח כשמסר החפץ ליד המשלח ושהה בידו כדי שירא' הוי מחיל' להשליח:

ו יכול המוכר. עש"ך ס"ק ד' דמסתמא עשאו עד מסתמא אינו שופטני כו' לכאורה קשה דממנ"פ במאי מיירי אי בדברים שאין בהם אונאה ודאי דאפילו הטעה הרבה מהני דהא כתב בעצמו דעשאו כאלו הוא עצמו ואי בדברים שיש בהם אונאה אפילו עשאו בין לתיקון ובין לעיוות ואפילו אם פי' שעשאו שליח אפי' אם יעוות הרבה לא מהני דלא עדיף מאלו אמר ע"מ שאין בו אונאה דלא מהני כמ"ש הש"ך בעצמו בס"ק הקודם וצ"ע:

ז י"א דוקא שאין לו לשליח עש"ך וט"ז שכתבו דל"פ הנך דעות כלל וכתב עוד הט"ז דמיירי ג"כ שאין לו למוכר מעות דאל"כ היה ביד השליח לכפות למוכר להחזיר מעותיו כיון שהמקח בטל ולכאורה תמוה חדא דלמה אמרו בש"ס שהשליח יקח השדה שלא באחריות וימכור להמשלח באחריות שלו הא כיון דהמקח בטל והמוכר חייב מעות לשליח ואין לו לשלם א"כ יקח השדה בגוביינא דב"ד וממילא יהי' אחריות על המוכר כמו בכל גביית חוב ועוד דל"ל להש"ס לומר כ"ז הא השליח א"י לכוף להמשלח שיקבל השדה באחריות שלו כמ"ש הר"ן והמשלח א"י לכוף להשליח שיתן דוקא קרקע זו באחריות דהא יכול לסלק עצמו בדברים אחרים כמו בשאר ב"ח וא"י לסלק בשדה זו רק כשוי' ע"פ ב"ד או ברצון שניהם ועל אופן כזה אין להש"ס ליתן עצה איך להגבות לב"ח את חובו לכן נראה דהשליח א"י לסלק להמשלח רק במעות או בשדה זו על אחריות שלו דוקא אבל לא בדברים אחרים ע"פ שומת ב"ד וכן מוכח לשון הרמ"א שכ' שאין לו לשליח להחזיר מעותיו ולא כתב סתם שאין לו לשלם והטעם לזה דלא מחזקינן לשליח בגזלן כלל ואמרינן דכוונתו היה לתקן את אשר עיוות בתקון המועיל רק מחמת שהודיעו שהוא שליח יכול לתקן ג"כ בהחזרת מעותיו אבל כשאין לו מעות והמשלח מספיק עצמו באחריות של השליח חייב ליתן לו הקרקע באחריות שלו והוי שפיר גם כן תיקון העיוות אבל ליתן לו דברים אחרים בשומא אינו יכול דודאי אסור להוציא מעות אחרים וליתן לו שומא דודאי לא היה כוונת השליח על דבר שאסור לו לעשותו ולפ"ז א"ש גם כן מה שהקשיתי לעיל שיכוף השליח להמוכר ליתן לו מעות השדה מאחריות בגוביינא דב"ד די"ל דמיירי שעם האחריות הוא שוה יותר ואם יגבה מהמוכר השדה באחריות בגוביינא דב"ד לא יגבהו המוכר בשדה רק כפי שיעור המעות ואז לא יהי' לו לסלק להמשלח כי המשלח יאמר בשדה שלם אני רוצה ולכך צריך השליח ליקח השדה

שלא באחריות וליתן להמשלח כל השדה באחריות שלו כשאין לו מעות א"נ מיירי שיש לו למוכר לסלק במטלטלין והשליח מחוייב לסלק להמשלח או במזומן או בקרקע זו דוקא כמש"ל ולכך צריך לקנות השדה שלא באחריות ויקבל אחריות על עצמו כשאין לו מעות:

ח ומיהו הלוקח יכול לחזור. ולכאורה קשה מסי' ר"נ סעיף ב' דכשאמר פרה וטלה בכור חיטין ומשך הפרה ולא הטלה דקנה בחיטין נגד דמי הפרה ומשמע דשום אחד א"י לחזור בו מהמקצת ולמדו זה מהא דסימן קצ"ב סעיף י"ב במכר לו עשר שדות בעשר מדינות או במקום אחד ולא נתן דמי כולן דלא קנה אלא כנגד מעותיו וא"כ קשה מה"ת לא יהיה יכול הלוקח לומר במקח שלם אני רוצה אבל באמת לק"מ דשם המוכר והלוקח יודעין שהקנין לא חל רק בהמקצת דהא לא נעשה קנין רק בהמקצת מש"ה אמרינן דגמרו דעתן לקנות א' א' וכ"כ הסמ"ע בסי' ר' ס"ק ט"ו לשיטת הרי"ף והרמב"ם ע"ש משא"כ כאן שהמוכר ידע והלוקח לא ידע ועשה קנין שיחול על כל הכור והמוכר ידע שאין מקנה לו רק לתך לכך הלוקח יכול לומר במקח שלם אני רוצה ולא המוכר וכ"כ הנ"י פ' יש נוחלין בהא דהכותב נכסיו לבנו מהיום ולאח"מ שאם מכר האב הקרקע סתם דהלוקח יכול לבטל המקח ולא המוכר והוא מטעם זה כיון דהלוקח לא ידע והמוכר ידע. ואח"כ מצאתי ברמב"ם סוף ה' זכי' ומתנה במל"מ הי"ג שכ"כ אמנם מה שהקשה שם המל"מ על הרשב"א שהביא ה"ה בפ' כ"ד מה' מכירה בבעל שמכר קרקע של אשתו סתם דאפי' המוכר יכול לבטל וחולק על דעת הנמוקי יוסף פ' י"ג הנ"ל דמ"ש במכר קרקע ונמצא מקצתה גזולה דהמכר קיים להרשב"א הביאו הר"ן ר"פ האיש מקדש ע"ש לפענ"ד לק"מ ואילו דיקדק המשנה למלך בל' הרשב"א לא היה קשה לו כלל דז"ל הרשב"א גבי מכר הבעל שהבעל לא מכר אלא גוף ופירות ומקח אחד הוא וכיון שמקחו בטל בגוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע הכל בטל וכו' ע"ש וכוונתו במכירת פירות לא מהני רק כשמוכר גוף לפירות וכיון שהבעל מכר הקרקע בחזקת שלו ומכר כל הגוף והפירות הן ממילא שלו מחמת מכירת הגוף וכיון שמכירת הגוף בטל ממילא גם מכירת הפירות בטל ולזה כ' הרשב"א דאין הפירות אלא מכח הקרקע משא"כ במקצתה גזולה שאין מקצת קרקע זה בא מכח מקצת קרקע השני' אבל ודאי דאף אם מכר לו שני דברים ונתבטל אחר לא נתבטל קנין השני אפי' להרשב"א דהא קיי"ל בסי' ר"ג דבקני את וחמור או בהקנה לו דשלב"ל עם דשב"ל דקנה מחצה והרשב"א ס"ל דאפי' בלא ידע הלוקח וא"א לו להמוכר להשלים מקחו מ"מ המקח קיים בהמקצת והר"ן חולק וס"ל דכשא"א להשלים המקח דהלוקח יכול לבטל ולומר במקח שלם אני רוצה אבל אם המוכר יכול

להשלים המקח קיים בהמקצת אפי' להר"ן וכהר"ן קי"ל כמבואר בש"ע סי' רל"ב וע' בטור וב"י שם. דהנה בסי' רט"ז סעיף ה' גבי קרקע ודקלים הוא מחלוקת הרמב"ם והרשב"ם דלהרמב"ם כל שאינו קונה דקלים ונתן לו יכול הלוקח לחזור בו גם מהקרקע ע"ש וטעמו נראה דס"ל כדעת הר"ן הנ"ל דמחוייב להשלים לו וכשאינו משלים יכול הלוקח לבטל ולומר במקח שלם אני רוצה ומיירי בלא ידע הלוקח שאין לו דקלים ולכך פסק הרמב"ם דכשאינו קונה לו דקלים יכול הלוקח לבטל המקח ומה שהקש' הט"ז שם דאפי' קונה לו דקלים יתבטל המקח כיון שנתבטל המקח נגד הדקלים דהוא דבר שלא בא לעולם נתבטל ג"כ מקח הקרקע ע"ש תמוה לי מאוד דהא קי"ל בסי' ר"ג ובסי' ר"ט דהמקנ' דשלב"ל עם דשב"ל דקונה מחצ' רק שהרמב"ם מצריך שיקנ' לו השני דקלים דאף שקנ' המחצ' מ"מ כיון שלא ידע הלוקח יכול לומר למקח שלם אני צריך וחייב המוכר להשלי' לו ואז ממיל' נקנה המקצת כיון שעש' בו קנין וכן הוא כאן בסי' קפ"ב דאף שלא נקנ' לו רק לתך מ"מ יכול הלוקח לומר במקח שלם אני רוצ' כיון שלא ידע ובודאי אם המוכר המשלח רוצ' למכור לו ג"כ לתך השני דהוי כדבר שיכול להשלים דכשמשלי' נקנ' המקח וכן הוא בסי' רל"ב סעיף א' במכר לו מאה אגוזים והי' חסר דמהני כשמשלים לו אף שקונה אח"כ כדי להשלים וכשלא השלים בטל המקח מטעם שכתב הט"ז וכ"כ המ"מ ברמב"ם פ' כ"ד מה' מכירה דכל שכלל בסך אחד הוי כמכיר' אחת ויכול לו' הדבר שחסר שוה לו כל הסך ולא אקח כפי שומת הבקיאים אבל כשפסק כל א' סך בפ"ע הוי כשני מכירות וא"צ להשלים אע"פ שלא ידע הלוקח והרשב"ם ג"כ יכול לסבור כהר"ן דצריך להשלים רק שמחלק בין מין אחד לשני מינים דבשני מינים אף שאינו משלים לו המקח קיים כמ"ש המ"ל וקרקע דקלים כב' מינים דמיא ולכך בסי' רל"ב דמיירי במין אחד כתב דצריך להשלים ולא כתב כלל דעת הרשב"ם ודוקא בפרה וטלה בסי' ר"ג שהלוקח ידע שאין לו קנין רק בהמקצת ולא נתפשט כלל הקנין על מקצת האחר ע"כ סומך הוא על שומת הבקיאים וכן הדין בסי' קצ"ב גבי עשר שדות שהלוקח יודע שאין הקנין תופס רק במקצת נוטל כפי שומת הבקיאים כמה שקנה ובקנין א"צ להשלים לכ"ע ולפ"ז נראה בהמעשה שהביא הט"ז בסי' רט"ז שם במכר שני מקומות בבהכ"נ ואח"כ נמצא שאחד מהן לא היה ברשותו דכיון שכלל אותן בסך אחר יכול הלוקח לבטל המקח ולומר לא אקח החצי כפי שומת הבקיאים ונראה דהיינו דוקא שעשה ק"ס שנתפשט הקנין על שני המקומות רק שנתקלקל קנין של המקום השני מחמת שלא הי' ברשותו והלוקח לא ידע מזה לכך יכול לומר במקח שלם אני רוצה אבל בשלא עשה רק קנין חזקה בהמקום שהי' ברשותו ולא נתן לו דמי כולן דאז אפי' אם הי'

המקום השני ג"כ ברשותו הי' המוכר יכול לחזור בו מחמת שלא נתפשט הקנין רק נגד הדמים שנתן ומשום שלא יהיה המקום ברשותו לא גרע ונקנה המקום שהיה ברשותו ואין הלוקח יכול לו' במקח שלם אני רוצה אמנם עדיין קשה דבסי' ר' סעיף ז' פסק הרב בהג"ה באמר לו כור בשלשים דיכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה הטעם דהמוכר יכול לומר לדמי כולו הייתי צריך ע"ש בסמ"ע ס"ק י"ז וא"כ קשה על הא דסי' רל"ב במכר לו מאה אגוזים והיה חסר דמשלים לו אפי' אחר כמה ימים ונקנה המקח ואמאי הא המוכר יכול לחזור בו אפי' באגוז אחרון כמו בסאה אחרונה בסי' ר' וכן קשה מסי' ר"ג בפרה וטלה בכור חטים. ולכן נראה דדין זה ל"ש רק בכור בשלשים לבד ומיירי שיש גילוי דעת שאינו רוצה למכור רק כל הכור ביחד כגון שדרך הפיסוק דמים הוא בכל העולם רק על הסאה והוא פסק דמים על כור ביחד הרי גילה דעתו שאינו רוצה למכור רק כור ביחד וכן מוכח מהסמ"ע שם ס"ק ט"ו שכתב וז"ל כיון שדיקדק לומר כור בשלשים ולא אמר סאה בסלע וכו' אלמא דראוי היה לו לומר סאה בסלע וע"כ צ"ל דמיירי בכה"ג משא"כ בשאר דוכתי כגון בסי' ר"ג וכיוצא דלא היה לו לומר בל' אחר ליכא גילוי דעת וא"י לומר לדמי כולו הייתי צריך רק הלוקח יכול לבטל בא"י להשלים ולא המוכר אך עדיין קשה ממכר עשר שדות בסימן קצ"ב דמשמע דאפי' היה פיסוק דמים על כולן ביחד ואפ"ה אין המוכר יכול לומר לדמי כולה הייתי צריך לכן נראה דהעיקר כהרשב"א הביאו הב"י בסי' ר' דכשנתן לו מקצת דמים נגד מה שמשך דאפי' בכור בל' א"י לומר לדמי כולו הייתי צריך וכ"כ הש"מ בב"מ ד' מ"ו בשם הריטב"א ע"ש. אמנם מה שהסכים הר"ן בנמצא מקצתה גזולה שנתבטל כל המקח לפעד"נ דאם כבר נשתמש בו הלוקח דהילכתא כהרשב"א מדלא הביא ב"י דין זה בש"ע ומטעם אחר דהא הבעה"ת בשער מ"ז כת' דהגזלן בעצמו א"י לבטל הקנין של הלוקח עד דאתי נגזל וטריף ליה והגזלן מחוייב ליתן להלוקח השדה הגזולה כשעשה קנין ומוציא הלוקח מהגזלן בב"ד קודם שבא הנגזל ומקח גמור הוא נגד הגזלן מטעם שאמרו בב"מ דף ט"ז ובד' ע"ב דהשטר ניתן לכתוב משום דמהני בחזר ולקחה מהבעלים ע"ש ומטעם זה כתב הבעה"ת הביאו המ"ל בפ"ט מה' גזילה דהמעות שקיבל הן דמי מקח ולא דמי הלואה וכן הלוקח א"י לבטל המכירה ולהוציא מעותיו מן הגזלן המוכר אף שמברר ששדה זו גזולה ואמרינן ליה אחוי טירפך כמבואר בסי' רכ"ו ע"ש בסמ"ע ס"ק י"א אלמא דמכר גמור יש כאן בין המוכר והלוקח ואפי' אחר שטרפה הנגזל לא בא הלוקח על הגזלן מטעם ביטול המקח רק מטעם אחריות וגובה שבח ובשלא באחריות אינו חוזר עליו וכיון דאפי' היה כולה גזולה לא היה המקח בטל מכ"ש בשמקצת' גזולה לא נתבטל המקח ממקצת השדה

הגזולה רק שחוזר על המוכר מטעם אחריות וטורף אפי' השבח ואפשר דגם הר"ן לא מיירי בנמצא מקצת' גזולה ועדיין לא נשתמש בה הלוקח דמבואר בסי' רכ"ו דהוי ביטול מקח א"נ דס"ל דגזולה הוי ביטול מקח וכהרא"ש הביאו המ"ל שם וע"ע בחלק א' מספר זה סי' ס':

ט ה"ז מעביר ע"ד. עסמ"ע ס"ק ע"ז דהטעם הוא משום אפושי שטרי ע"ש וזהו דעת הרא"ש שכתב דטבא לך לאו דוקא והעיקר הוא משום אפושי שטרי ולפ"ז במטלטלין כה"ג כגון שאמר לו מכור לי כור חטים ומכר לתך דליכא משום אפושי שטרי המקח קיים ומשמע אפי' אמר לו כור בשלשים ולפענ"ד הוא תמוה דהא מבואר בסי' ר' סעיף ז' בהג"ה דמכר לו כור בשלשים שיכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה מטעם שכתב הסמ"ע בס"ק י"ז כיון דגילה דעתו ואמר כור אמרינן דודאי צריך הי' לכל המעות וכ"ז שלא נגמר מכירת כל הכור לא נגמר הקנין אפי' עשה משיכ' או הגבה' כל סאה וכיון שיכול לבטל קנין שעשה המוכר עם הלוקח מה"ט יכול לבטל ג"כ קנין שעשה השליח עם הלוקח במקצת הכור דלא עדיף קנין שעשה השליח עם הלוקח מהקנין שעשה המוכר בעצמו עם הלוקח כיון שגילה בדעתו שצריך למכירת הכור דוקא וע"כ נ"ל דשאני שליח דשייך גבי' לו' דטבה לך עבדי לך דהא הר"ן כתב דאין מכירת השליח בלתך קיים כי אם כשיכול למכור גם הלתך השני'. ולפ"ז א"ש דבשלמא כשהוא מוכר בעצמו ע"כ צריך לכוין שלא יהי' קנין להלוקח עד שיוגמר מכירת כל הכור דאם יהי' קנין דלוקח בכל סאה חושש הוא שמא יחזור הלוקח באמצע המקח והוא צריך לדמי כולה משא"כ כשהשליח הוא המוכר ודאי ניחא ליה שימכור יד על יד ושיהיה קנין להלוקח תיכף מטעם דאמר בש"ס דטבא לך עבדי לך כיון דאז ממ"נ יהיה לו טובה שאם לא ימצא לוקח לקנות הלתך השני ממילא יתבטל המקח אף מהלתך הראשון מטעם שכתב הר"ן דזבין ליה ליתכא לא מהני רק כשהלוקח רוצה לקנות גם לתך השני והברירה יהיה ביד המוכר למכור או שלא למכור ועל כן אמרינן דהיתה כוונתו בכל קנין שיעשה במכירה יד על יד יגמר הקנין בכדי שיהיה יכול למכור על יד משא"כ במוכר ולוקח ולפ"ז הוצרך הש"ס לומר טיבותא להמשלח ודלא כמ"ש הרא"ש והא שהקשה הרא"ש דא"כ מאי פשיט מחלוק וטלית הא שם הוציא כל המעות ולפמ"ש הר"ן א"ש דבחלוק גם כן מיירי שיכול הלוקח לקנות להשלים החלוק וליקח חלוק בעד הטלית דבלא משכח להשלים ודאי המקח בטל כמ"ש הר"ן גבי מוכר וכיון דמיירי ע"כ שהלוקח יכול להשלים מקחו אם כן גם גבי חלוק שייך לומר דטבא לך עבדי לך וא"ש גם כן מה דקאמר בש"ס כ"ש דהוה שוה תרתי סרי ופרש"י ותוס' דהיינו שהיה מוזיל יותר וכו' והרווחה הששי הנותרים לא חשיב לי'

ריוח שהקשה מה"ת לא יהיה חשיב ריוח ולפמ"ש הר"ן א"ש דע"כ מיירי שהמוכר רוצה למכור עוד בעד ג' הנשארים חלוק כראשון דבלא"ה ודאי דהוי שינוי בשליחות וה"נ כן הוא להיפוך בשלחו לקנות והמוכר אינו רוצה למכור יותר דהוי שינוי בשליחות א"ו דהמוכר רוצה גם כן למכור יותר ויש לו טיבותא להמשלח בשעה שקנה החלוק בג' רק שר"י סובר דמ"מ יש כאן שינוי במה שלקח על יד שאם היה קונה בו בב"א הי' מוזיל גבי' יותר וכ"כ המהר"ם שיף דהטעם הוא דא"ל זיל קח עוד. ולפ"ז אפילו במקום דליכא אפושי שטרי כגון במטלטלין או בקרקעי שמכרה בחזקה והלוקח א"ר שטר כלל אין המקח קיים רק כשהיא על האופן שכתב הר"ן שמוצא המוכר עוד מי שרוצה ליקח הלתך האחר בדמים אלו ובסמוך אברר דהעיקר דאפילו היכא דליכא אפושי שטרי כלל בטל המקח:

י בד"א כשמכרה בשטר א' עסמ"ע ס"ק י"ט והנה הרי"ף והרמב"ם לא חלקו כלל בין שטר א' לב' שטרות והרא"ש וכל הפוס' תמהו ולפד"נ דהעיקר כדברי הרי"ף והרמב"ם ועפ"ז יתיישב ג"כ הרבה קושיות בש"ס כתובות דף צ"ט וז"ל הש"ס שם כי תיבעי לך היכא דא"ל זיל זבין כורא וזבין ליתכא מאי אמרינן דטבא לך כו' א"ד אמר ליה לא ניחא לי דליפשו שטרי עילואי תא שמע נתן לו דינר של זהב להביא לו חלוק והביא לו בג' חלוק ובג' טלית שניהם מעלו אא"כ שליח כה"ג עושה שליחותו ומוסיף ע"ד הוי מש"ה בעה"ב מעל אלא אי אמרת מעביר ע"ד הוי אמאי מעל הב"ע דאייתי ליה שוה שש בנ' כו' תא שמע היתה כתובתה ד' מאות זוז מכרה לזה במנה כו' ולאחרון יפה מנה ודינר במנה של אחרון בטל ושל כולן מכרן קיים בדאמר רב שישי בריה דרב אידי בקטיני ה"נ בקטיני פשיטא אמר לאחד כו' סתמא מאי כו' רב הונא אמר לא' ולא לשנים רב חסדא ורבה בר רב הונא אמרי לא' ואפילו לשנים לא' ואפי' למאה עכ"ל הגמרא ויש בזה הרבה קושיות. א' למה פושט תחלה ממתני' דמעילה ואח"כ ממתני' דהכא. ב' קשה קושית רש"י ותוס' הא גבי מעילה ליכא אפושי שטרי. ג' קושיא הב"ש באה"ע סימן ק"ג על הטור שפסק בזבין לי כורא וזבין ליה ליתכא דמעביר ע"ד הוי ולא הזכירו גבי אלמנה שהיתה כתובתה ת' (מאות) זוז דמיירי בקטיני ובגמרא משמע דאי מעביר ע"ד הוי לא הוי מכירת הראשונים מכירה רק בקטיני. ד' קשה על הרי"ף והרמב"ם שפסקו דמעביר ע"ד ופסקו כרב חסדא דלאחד אפילו לשנים ולא חילקו כמו שחילקו התוס':

ונראה ליישב דהנה לכאורה קשה על הא דנקט דאיבעיא דלהוסיף על דבריהוי דמצי א"ל דטבא לך וכו' דמשמע דאלו לא הי' טיבותא להמשלח הוי שינוי בשליחות ובסוף אמר או מעביר על דבריו הוי משום דלא ניחא ליה לאפושי שטרי משמע דאלו לא היה

גריעותא להמשלח לא הוי שינוי בשליחות והדיוקים סתרי אהדדי לכ"נ דהנה במ"ל פ"א מה' שלוחין הלכה ב' כתב דבדבר שלא יקשה זה יותר מזה והוא פלוגתא בב"ב ד' קס"ח ובכמה דוכתי אי אמרי' מראה מקום הוא לו או קפידא אבל כשהוא לשבח ודאי ליכא קפידא ואי איכא ריעותא להמשלח ודאי קפידא ע"ש במ"ל ולזה תפס בעל האיבעי' האיבעי' לשני המ"ד וכאלו אמר תיבעי למ"ד קפידא מ"מ אפשר דהא טיבותא הוא או לא חשיב זה טיבותא ותיבעי למ"ד מראה מקום אפשר דהא גריעותא הוא למשלח וקפידא הוא או לא חייש לאפושי שטרא ומראה מקום הוא לו ופשיט תחלה גוונא ראשונ' דנקיט באיבעי' וא"ש אף דליכא בהא דחלוק חשש דאפושי שטרא מ"מ נפשט בעי' דבעי דחשיב טיבותא דאי לא חשיב טיבותא קשה למ"ד קפידא ממתני' דמעילה ועוד דא"כ קשיא הילכתא אהילכתא דהא הילכתא כמשנה דמעילה דאפי' ר"י לא פליג רק משום דחשיב ליה ריעותא וקי"ל דקפידא הוא ועוד דברישא שם קתני בהביא מקום אחר משמע דקפידא הוי דלמ"ד מראה מקום אפילו בגט כה"ג כשר באמר התקבל לי מיום פ' כמבואר בב"ב שם ואח"כ רצה לפשוט האיבעיא דבעי למ"ד מראה מקום דדילמא חשיב גריעותא הא דאפושי שטרי ומוכיח מאלמנה דלא חשיב גריעותא וכמו שפי' הריטב"א הובא בש"מ דאי הי' השיב גריעותא הא דאפושי שטרי לא הי' האלמנה יכול' למכור בכה"ג אף דמוכרת היא ד' וה' פעמים היינו דוקא כשא"צ למכור רק מעט אבל בצריכה למכור הכל ביום אחד אסור לה למכור בשני שטרות אלמא דלאו גריעותא הוא וממילא נפשט האיבעיא דבעי למ"ד דמראה מקום דדילמא חשיב גריעות' דממתני' דהכא מוכח דזה לא חשיב גריעותא ומהא דקאמר דיקא נמי מסקינן דמעביר ע"ד הוי כמ"ש הרא"ש ומוכיח דעכ"פ לא חשיב טיבותא וא"י לומר דטבא לך עבדי לך ולזה אף דמסיק רב חסדא דלא' אפילו לשנים אלמא דלא חשיב גריעותא הא דאפושי שטרי היינו משום דאמר סתמא אבל הא דאמר כור ודאי קפידא דהא נפשט מהאיבעיא דלא חשיב טיבותא במה שמוכר על יד וכיון דלא חשיב טיבותא מה שאמר כור ודאי קפידא הוא כדמוכח בסי' ר' גבי כור בשלשים ומכ"ש בשליח דהא קי"ל דכל היכא דליכא טיבותא ולא גריעותא להמשלח דהוי קפידא וכמ"ד קפידא כמ"ש המל"מ פ"א מה' שלוחין הנ"ל וכיון דהקפיד שלא יהיה נגמר הקנין עד שיוגמר הקנין מכל הכור דמי ממש להא דסי' ר' דיכול לחזור אפילו בסאה אחרונה כיון דלא נגמר הקנין עדיין ומש"ה אפי' הלוקח רוצה לקנות עוד לתך שני וליקח שטר אחד על שני הלתכים מ"מ יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה כמו בסי' ר' ושפיר סתמו הפוס' ולא חילקו בין אם כבר נתן השטר או לא. וא"ש ג"כ דברי הרי"ף והרמב"ם שפסקו כרב חסדא דס"ל דלאחד אפילו לשנים דלא השיב לאפושי

שטרי לריעותא כלל מ"מ פסק בראשונה בזבין כורא וזבין ליתכא דיכול לחזור בו מטעם הנ"ל דכור ודאי קפידא הוא להרא"ש ולהרי"ף דס"ל דהוא איבעיא דלא איפשטא היא מטעם ספיקא ואוקי ממונא בחזקת מרי' וכ"ז שלא נגמר הקנין מכל הכור יכול לחזור בו כמו בסי' ר' דאפילו החולקים שם מודים כאן דדוקא התם כתבו הפוס' הטעם משום דמשך והגביה כל סאה בפניו וזה ל"ש כאן. וא"ש נמי הא דבאה"ע סי' ק"ג דכיון דאלמנה לא חשיב שליח ומדרב חסדא מוכח דאפושי שטרי לאו ריעותא היא מכירתה קיימת אפי' בלא קטיני דל"ש לומר קפידא באלמנה ולא הוצרך לו' דמיירי בקטיני רק למאן דחשיב אפושי שטרי לריעותא ומיושב בזה כל הקושיות הנ"ל ולפ"ז נראה בדעת הרי"ף והרמב"ם דלא כהמחבר רק דהעיקר תלוי דכששינה מדברי המשלח כגון שאמר כור והוא מכר לתך או שאמר מכור לאחד והוא מכר לשנים המקח בטל אף דאפושי שטרי לא חשיב ריעותא מ"מ הא קי"ל כמ"ד קפידא במקום ששינה אף במקום דליכא ריעותא כל כמה דליכא טיבותא ולכך כשאמר מכור סתם אפילו מכרו לשנים המקח קיים כיון דלא שינה וקי"ל דאפושי שטרי לא הוה ריעותא:

סימן קפג

א אין לו עליו אלא תרעומת ודין זה מבואר בי"ד סי' קע"ז בסעיף י' דהנותן מעות לחבירו לקנות פירות למחצית שכר ואמר לא לקחתי דאין לו עליו אלא תרעומת ולכאורה ק"ל דהא מבואר בב"מ דף ע"ג בהאי דיהיב זוזי לחברי' למזבן ליה חמרא ופשע ולא זכין ליה דמשלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזול שפיט ורב אשי פליג התם ופריך הש"ס ולרב אשי מ"ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעבידו אשלם במיטבא ועיין בש"מ שם שפי' דפריך כיון דשם תיקנו כך היה להם גם כאן לתקן כך ומבואר שם דבהא דאם אוביר דאף אם לא נכתב חייב וכן מבואר לקמן סי' שכ"ח דאף אם לא נכתב הוי כנכתב ע"ש בסמ"ע ומשני הש"ס שם התם בידו והכא לאו בידו וכתבו התוס' שם בד"ה התם בידו וז"ל דהכא אין בידו בשער הזול דשער הזול דזול שפוט לא משוך כולי האי וכו' ועסמ"ע סי' ר"ז סקכ"ח כ"ט דדוקא במקום פ' מיקרי לאו בידו ע"ש ולפ"ז אם שולח לו לקנות חיטין אתרעא דמשיך ולא קנה ונראה משאר כל הסוחרים שקנו תבואה באותו מקום שהרויח שחייב לשלם מטעם אם אוביר ולא אעבידו (ועמ"ש בביאורים בסי' קע"ו ובסי' ש"ו דשותף או פועל חייב על מניעת הריוח מטעם אם אוביר): ולכן נראה דשם בי"ד מיירי בנותן לו למחצית שכר על זמן וכיון דפועל יכול לחזור בו וכמבואר לעיל בסי' קע"ו במקבל עיסקא לזמן וכיון דיכול לחזור בו מלהיות פועל פטור מלשלם וכאן נמי הטעם

כיון דשליח בחנם הוא יכול לחזור משליחותו כמבואר בסימן של"ג סעיף ה' בהג"ה ולכך אין לו עליו אלא תרעומות ולפז"נ בשליח בשכר ולא נתן לו לזמן רק בקבלנות על עסק לקנות בתרעא דמשיך ולא קנה חייב לשלם לו מניעת הריוח כדרך שהרויחו שאר הסוחרים מטעם אם אוביר הנ"ל:

ב הנותן מעות. ע' ש"ך ס"ק ב' עד דא"ל זיל זבין ליה צריך ליתן טעם כיון דבצבע לא קנה כמ"ש הרא"ש כיון שקונה במעות שלו והמוכר מקנה לו אין אדם יכול לזכות בשלו לאחר ואף דזכי' הוא מטעם שליחות מ"מ ל"א דעשה עצמו שליח לזכות לחבירו מיד המוכר א"כ קשה אמאי מהני כשאמר זיל זבין ונראה דיש לחלק דבשלמא באמר לו זבין לי במעותיך דתיכף שנתן לחבירו המעות על פיו נתחייב לו המעו' דהוי כאומר תן מעות לפ' ואתחייב לך דהא הכא הוציא ג"כ המעות על פיו ומש"ה כמאן דאיזפינהו דמי משא"כ כשלא נתן ע"מ. ומה שהקשה על הרא"ש מריש גלותא נראה שהבין קושיית הש"ס דשם דמקשה אלמא מיקניא קניא ליה דקאי אריש גלותא שפי' דאין כופין הריש גלותא למכור והוא של ריש גלותא והיה ס"ד דשם דלא הודיע למוכר רק לעדים ופריך אלמא מיקנא קניא ליה פי' דריש גלותא כו' וכן משמע בתשו' הרא"ש כלל צ"ו סי' ג' ולזה מקשה הש"ך שפיר על הרא"ש אכן לפ"ד כל המפרשים קאי הקושיא על הלוקח והלוקח ודאי דיכול לזכות לעצמו וע' באסיפת זקנים ב"ק ובקצה"ח והוא פשוט:

ג בקרקע מיוחד. נראה אפילו ליכא עידי שליחות דיש לו מיגו דקנה המשלח דהקרקע קיימא בחזקת המשלח תיכף כשקנאה וא"י להוציאה מחזק' במיגו ובמטלטלין כה"ג צ"ע אם יש לו מיגו אי נאמן כיון דהוי להחזיק ומיגו מהני אפי' במקום דמשים עצמו רשע והא דא"נ כאן אף בלא מיגו דהא לפטור מממון נאמן אפי' במקום דעושה עצמו רשע מ"מ שליח שאני כיון דהוא רמאי וחזקה שליח עושה שליחותו חזקה אלימתא הוא ומ"מ במקום מיגו צ"ע דהא אפי' במקום חזק' אמרינן מיגו להחזיק אח"כ מצאתי בתומים סי' פ"ג שכ' בהדיא גבי מגביה מציאה דנאמן במגו לומר לעצמי כוונתי ודין זה מדמין אותו הפוס' למגביה מציאה כמבואר בסעיף ד' בהג"ה ובט"ז א"כ ה"נ נאמן כשיש לו מיגו ע"ש:

ד י"א דקנה לעצמו טעם ב' הדיעות דמאן דס"ל דקנ' לעצמו ס"ל דכיון דנעש' גזלן על המעות ועמדו ברשותו לענין אונסין נעשה בעל המעות וכיון דדעת המוכר להקנות לבעה"מ וכיון דהשליח כבר גזל המעות הוי השליח בעה"מ וקנאו השליח ומאן דס"ל דהמשלח קונה ס"ל דאף שנעש' גזלן על המעות מ"מ נהי דקנה לענין חיוב אונסין מחמת שנעשה גזלן מ"מ גוף המעות לא נעש' של השליח והמעות של המשלח לקדש בו אשה

ולקנות בו עבדים וקרקעות והמשלח נקרא בעה"מ ודעת המוכר להקנו' לבעה"מ ואפי' אם הודיע למוכר שקונה לעצמו מ"מ קנאו המשלח כדמוכח בסמ"ע ס"ק י"ב דדוק' ייחד מעות אחרים מהני אבל זקפן במלוה לא מהני אבל כששינה כגון מחיטין לשעורין כתבו הסמ"ע והש"ך דמהני אף דקי"ל כר"י דשינוי אינו קונה נראה דבמתכוין לגזול ולקנות לעצמו מודה ר"י לר"מ דשינוי קונה וכמבואר כ"ז בש"מ ב"ק ובחי' רשב"א (ולפז"נ דמ"ש הסמ"ע בסי' קע"ו ס"ק ל"ז דמשמע מדבריו שם דבמתכוין לקנות לעצמו דשינוי קונה מיירי בשותפין על עסק ידוע כגון בשותפין לקנות חיטין וקנה שעורין אז מהני שינוי אבל בשותפין בכל עסקיהם לא מהני שינוי וכמ"ש שם) אך לכאורה קשה הא דבלא שינה דקנאו המשלח הא השליח חזר משליחותו וביטל שליחותו ונתכוין בהמשיכ' לקנות לעצמו וא"כ נהי דדעת המוכר להקנות לבעה"מ שהוא המשלח מ"מ הא המשלח לא עשה קנין משיכה ואינו רק קנין מעות ומעות לא קנה וא"כ יהיה המוכר יכול לחזור בו וי"ל דהא עיקר הטעם דמעות אינן קונות הוא משום שלא יאמר נשרפו חיטיך בעליה וכדי שהמוכר יטרח ויציל והיכא דל"ש טעם דנשרפו חיטיך בעליה באמת מעות קונות וכמבואר בסי' קצ"ח א"כ הכא כיון דמשך השליח החטין לביתו אף דלא נתכוין לקנות להמשלח מ"מ ל"ש הטעם כדי שיטריח המוכר להציל מדליקה דכיון שלא הודיע למוכר ממילא אינו ברשות המוכר לשריפה כשמשכן השליח לביתו וממילא המעות קונות (ומוכח מדין זה דאף דבמעות פקדון כשהן מותרין מותר להשתמש בהן מ"מ בשליח אסור אם לא שמייחד מעות אחרים וכמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ב וכ"ח בב"י בטור י"ד סי' קס"ט דאפי' בשליח לפרוע חוב אסור להשתמש בהן) ועש"ך ס"ק ד' שכתב דגם דעת המחבר דאפי' יש עדים המקח של המשלח ואשתמיטתיה הא דבי"ד סי' קע"ז פסק המחבר בהדיא דכשיש עדים המקח של השליח ע"ש:

ה בשמא דראובן. עסמ"ע ס"ק י"א והיוצ' מדבריו דבשנתן מעות שלו בסתמא יכול לחזור בו קודם משיכה וכשנותן בשם המשלח א"י לחזור וכשנתן מעות המשלח אפי' בסתם א"י לחזור בו אפי' קודם משיכה עד דמודע למוכר וייחד מעות אחרים ועיין בט"ז שחולק עליו ולהסביר טעם דברי הסמ"ע נראה דבנתן מעות המשלח אפי' בסתם נעשה קנין מדאוריית' בין המוכר להמשלח דהמוכר מקנה לבעה"מ רק שיכולין לחזור בהן מדרבנן וכשחוזרין מחוייבים לקבל מי שפרע וכ"ז שאינן חוזרין קנין דאורייתא הוא והשליח הוי כאחר כיון שכבר יצאו המעות מת"י ולאו כל כמיניה דהשליח לחזור בו עד דמודע למוכר פי' שמודיעו שחוזר משליחותו ואין רוצה לעשות משיכה רק לעצמו וכיון דמייחד מעות אחרים תחתיהן שוב לא הוי כגזלן על המעות וכיון דהמוכר ממשיך ליה החפץ ע"פ

דבריו והוא לא רצה למשוך רק ע"ד שיקנה לעצמו הרי המוכר הנותן לו אדעתא דידיה כאילו חוזר בו מקנין המשלח ומקנהו לשליח ועושה כן מיראתו שלא יחזור בו המשלח כיון דאיכא רק קנין מעו' ולכך מקנהו לשליח בקנין משיכה ועוד דכיון שהשליח ייחד מעות אחרים הרי הוא נעשה בעה"מ ואם השליח נותן מעות שלו בסתם יכול לחזור בו קודם משיכה אף דכתב הטור באם שאמר זיל זבין דהוי כמאן דאוזפינהו מ"מ נראה דלא נעשה עליו הלוואה עד אחר שקיבל החפץ בידו דהא ודאי אם נאנסו המעות ביד המוכר קודם משיכ' באופן שהוא פטור מלהחזיר המעות או שהמוכר אלם וא"ר ליתן החפץ אין המשלח חייב לשלם לשליח מעותיו דכיון דאמר זיל זבין לי לא גרע מהא דסי' נ"ח באם שהזכיר את השטר וכן בחפץ בסי' ע"ב וה"נ צריך ליקח החפץ קודם שיתן הדמים ואז נעשה הלואה על המשלח ולכך יכול לחזור בו קודם משיכה ואם נתן בשמא דראובן אינו יכול לחזור בו קודם משיכה הטעם דכיון דאמר הילך מעות והקנה השדה לפ' הוי כאלו זיכה מעותיו ע"י מוכר להמשלח והנה אם המלוה הבטיח להלו' להלוות לו וזיכה לו מעות הלוואה שלא בפני הלוה ע"י אחר ודאי דאין המלוה שוב יכול לחזור בו וכשהלוה רוצה זוכה במעות למפרע אבל הלוה ודאי דיכול לחזור בו תיכף כשנתוודע כמו בזיכה לו על ידי אחר וצווח בסי' רמ"ה א"כ ה"ג כשאמר בשמא דראובן הוי כאילו זיכה לו המעות על ידי המוכר דכשהלוה מתרצה אח"כ זכה במעות למפרע ונעשה בעה"מ וקנה המשלח החפץ למפרע וקנין דאורייתא הוא והשליח כאחר הוא וא"י לחזור בו וכמ"ש לעיל:

ו ראובן שהיה יודע סחורה בזול. עסמ"ע ס"ק י"ג מה שתמה בזה מהא דס"ס רס"ט ועט"ז ולפענ"ד ליישב והנה בלא"ה תמוה דמה"ת יהיה נאמן הא כתב רמ"א לעיל סעיף ב' בהג"ה דבקרקע מיוחד הואיל והוא מנהג רמאות ודאי מעיקרא קנאו למשלח וכ"כ המחבר סעיף ד' בא"ל זבין לי האי מידי דא"נ לומר לעצמי קניתי וגם קשה דל"ל להר"ן לתלות הטעם בקרקע מיוחד משום דהוא מנהג רמאות הא כשאמר זבין לי הוי כאמר זכה לי כמבואר בטור בשם הרמ"ה והוא דינא דהמחבר בסעיף ד' ובסי' רס"ט מבואר דבאומר זכה לי דא"נ לומר לעצמי הגבהתי ושם לא תלה הטעם בדמאי כלל וגם שם נראה דאם אמר בפירוש קודם דגבהה לעצמי אני מגביה דלא הוי רמאי כלל דלא אישתמיט תנא ושום פוסק לומר דהוי רמאי בזה כשחוזר משליחותו ומגביה לעצמו. ועכצ"ל דרק בזביני שייך לומר דטעם משום רמאי דהא עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה הוי רשע וכיון שהי' משט' בחבירו שעשאו שליח לקנות וקנאו לעצמו הוי רשע משא"כ במציא' דלא הוי רשע כמבואר בסי' רל"ז ולכך גם רמאי לא הוי ולכך כתבו דפוס' טעם

אחר בהא דסי' רס"ט דהיא מטעם דשתיקה הוי כהודא' וקיבל לעשות שליחותו לזכות בשבילו (וע' בתשו' הגאונים בתראי סימן כ"ג) וכיון שנעשה שליח אמרי חזק' שליח עושה שליחותו והגבי' להמשלח וזה לא שייך בזביני כשאין לו מעות להמשלח והשליח הבטיח להלוות לו המעות דבזה ליכא הוכחה שעשה שליחותו דאימר חוזר מלהלוות לו דאפשר שנתוודע לו שאינו בטוח ואינו רוצה להלוות לו ועוד דשמא לא מצא מעות להלוות לו ונגד הבטחה להלוות לו ודאי דלא שייך לומר חזק' שליח עשה שליחותו והלווה לו וכן אפילו נתן לו מעות והניח מעות חבירו אצלו וקנה במעותיו לא שייך לומר חזק' שע"ש כיון דחזינן דשינ' ולא קנה במעות המשלח רק במעותיו ולכך הוצרכו ליתן בזביני הטעם מפני שהוא רמאי דנהי דלא רצה להלוות לו מעותיו מ"מ רמאי הוא במה שקנאו לעצמו מכח הוכחא זו אמרי' שקנא' לשותפות. ולפ"ז ל"ק קושית הסמ"ע מסי' רס"ט דכאן מיירי בסחורה בזול דהוי כמציא' דלא הוי רשע כשקונה לעצמו כמבואר בסימן רל"ז ולא שייך טעמא דרמאי שהביא הרמ"א גבי קרקע מיוחד וגם לא שייך הטעם דחזק' שליח עושה שליחותו כמו במציאה כיון שצריך להלוות לו מעותיו ואפילו נתן לו מעות והוא קנה במעות עצמו הרי חזינן ששינה בשליחותו כמש"ל ואפילו לקח סתם במעות שלו והיה מעות להמשלח גם כן לא שייך חזקה שע"ש כיון דחזינן דלא לקח מעות אצל המשלח ולקח במעות שלו ולכך נאמן שקנה לעצמו כיון דלא שייך הנך תרי טעמי אבל בסימן רס"ט מיירי ששלחו רק לקנות היינו לעשות קנין במשיכה או אגבהה ואחר כך יתן המשלח בעצמו המעות ובזה שייך שפיר חזקה שליח עושה שליחותו כיון דלא היה צריך להלוות מעות עבורו דהא לא שלחו רק לעשות קנין וגם א"ל שהיה ירא לקנותו להמשלח כי שמא לא יסלק המשלח המעות למוכר ויצטרך הוא לשלם דז"א דאילו היה ירא היה יכול להודיע להמוכר שקונה בשם המשלח ולכך אינו נאמן ובזה מדוקדק לשון הרמ"א שבסימן זה כתב וקנאה במעות שלו ובסי' רס"ט כתב סתם וקנאה והשמיט במעות שלו משמע שקנא' באחד משאר קנינים: ע' בב"י בטור שהביא בשם הרשב"א נהגו בעלי חניות כשרוצין לקנות בגדים שאומרין קצת קונים וכו' אם יכולין לומר משטה אני בך כדי שלא תפסיד על המקח וכו' והשיב שיכול לומר כן נראה דמיירי שלא אמר לו חבירו בתחילה זבין לי האי מידי דבאמר לו חבירו זבין לי האי מידי ואינה סחורה בזול פסק הטור והמחבר דאינו נאמן לומר לעצמי קניתי ומ"ש הרשב"א שם אלא אפי' אמר לו קנה לי וכו' מיירי שחזר בו לפני עדים קודם שקנה א"נ שהרשב"א פליג אהרמ"א ואנן קיי"ל כהמחבר:

ז הפסד לשליח. עש"ך ס"ק ט' דאם אירע לו אונס שלא בא מחמת השינוי וכן אם נגנב ונאבד ואין לו שכר להשליח שפטור השליח תשובת מבי"ט עכ"ל הש"ך ותמיהני למה כתב זה בשם המבי"ט הא מבואר הוא ברשב"א ובש"מ ב"ק ק"ב אך לכאורה אין הבנה לדברים אלו דכיון שעבר פי המשלחו וקנה דבר אחר אינו שלוחו כלל והמעות נעשה הלואה בידו ולמה לא יתחייב באונסין וכן הקשה בקצה"ח. אמנם נראה כוונתו דהנה אם בא השליח להמשלח אחר ששינה וקנה השעורים ואמר להמשלח או קיבל עליך השעורין לשכר ולהפסד או החזיר מעותיך והשעורין הן שלי לריוח ולהפסד דלאו כל כמיניה לומר כן וע"כ הן של המשלח לריוח ולשליח להפסד עד שימכרו דכיון שקנה השעורין להמשלח נקנה להמשלח ועל השליח לתקן ההפסד כמו בסימן קפ"ב סעיף ו' וה"נ המקח למשלח ותיקון העיוות דהיינו ההפסד להשליח וראיה לזה דהרשב"א והש"מ שם כתבו דהא דהותירו לאמצע פחתו לו הוא מטעם קנס כמו כל המשנה דידו על התחתונה ואם מיירי בהותירו תיכף כשבא להמשלח דין גמור הוא דהא קנהו אדעתא דהמשלח וכשהמשלח מרוצה תיכף מדינא הן שלו וכן ההפסד תיכף כשבא להמשלח מדינא הן לשליח דהמשלח יכול לומר איני מרוצה בשינוי שלך וע"כ הקנס הוא במה שבע"ב מחייב השליח להמתין עד זמן המכירה והריוח לאמצע וההפסד להשליח וכיון שהמשלח מקבל העסק לענין הריוח ממילא ההפסד של אחריות האונסין וגניבה להמשלח אבל אם נאנס קודם בואו להמשלח או שלא נתרצה המשלח כלל בהקנין ודאי דאחריות הוא להשליח דהמעות היו כהלואה בידו:

ח ואם היה בהן ריוח. עש"ך ס"ק י' שהביא דעת הרבה פוס' דחולקין אפי' בשליח ע"ש ולפעד"נ דלא קיי"ל כן דכיון שלא קנה חטין נעשה המעות בפקדון בידו וכיון שקנה בשם המשלח השעורין ודאי דהריוח הכל להמשלח דהא מבואר בסי' רצ"ב סעיף ז' בהג"ה דבמעות פקדון כשקנה על דעת בעל הפקדון שהכל להמשלח אף דהריוח בא ע"י גרמת הנפקד ואפשר דהנך פוס' מיירי כששינה ונתכוין לקנות אדעתא שיהיה לאמצע וגם נראה דאפי' לדעת הש"ך מחייב עכ"פ לסלק חצי המעות תיכף כשרוצה לחלק בריוח:

ט השער קצוב עט"ז שהקשה על שיטת רש"י דאי מטעם ספק היה ראוי להיות הממע"ה ע"ש ונראה דזהו כוונת התוס' בכתובות ד' צ"ח בד"ה אמר ר"פ שכתבו וז"ל האי טעמא דפרישית הוא עיקר דמוחזק ידו על העליונה וחולקין שהוא תמוה לכאורה כיון דכבר הוכיחו התוס'. והירושלמי דא"א לומר דהכל לבעל המעות והספק לא היה רק אי הכל לשליח ול"ש לומר דחולקין מטעם מוחזק ולפ"ז אפשר לומר דכוונתם להוכיח בפירושם

דלא כפי' רש"י דהא מוחזק ידו על עליונה וא"א לומר כפי' רש"י וע"כ מוכח דהטעם הוא כפירושם משום שהשליח נשתכר במעותיו ולכך חולקין:

י שלח שלוחו. עסמ"ע ס"ק כ"א דבטעות שבמקח דחולקין בדשיל"ק ע"ש האמת שכן מוכח בתוס' מדברי הירושלמי אבל מ"מ צריך טעם למה חולקין:

יא הכל לשליח עסמ"ע ס"ק כ"ב שהביא תשובת הרמב"ן וקיצר בהעתקתו דשם מיירי שטוען השליח שהוא ההנהו לעכו"ם בדבר אחר ולכך נתן לו ע"ש ומש"ה הוא לשליח אפי' לדעת הרי"ף והרא"ש דס"ל דהטעם דחולקין משום שנשתכר במעותיו אבל אם אין השליח טוען כך חולקין לדעת הרי"ף והרא"ש:

יב אבל אם לא ידע. עש"ך ס"ק י"ד מור"מ הלך בדרך המרדכי שכתב דין זה כאן וכו' כוונתו דדוקא כאן בטעות דדמי למציאה אין ידו קונה לו שלא מדעתו בדבר שאינו רגיל לבוא כמבואר בסי' רס"ח סעיף ג' בהג"ה אבל לעיל בסעיף ו' בהוסיפו לו אף שלא ידע השליח בהוספה ועדים ראו והגידו שהיה ע"י הוספה ומסר להמשלח ע"י שכחה צריך להחזיר לשליח דהוספה כמתנה הוא ובמתנה דאיכא דעת אחרת מקנה קונה שלא מדעתו כיון דאיכא דעת מקנה כמ"ש הרשב"א בחי' בגיטין ד' ך' ע"ש לזה סיים הש"ך מיהו נ"ל דגם בסעיף ו' בדשיל"ק דאם לא ידע דהכל להמשלח והיינו בטעות שבמקח שהביא הסמ"ע ס"ק כ"א מהטעם כיון דטעות הוא דמי למציאה דליכא דעת אחרת מקנה לא זכה בו השליח והכל למשלח:

סימן קפד

א שלשה שנתנו לכאורה קשה דמ"ש דהיה מעורבין דמהני כשפירש ובצרורין ל"מ ונראה דש"ח כיון דהשותף יכול לחלוק במעות שוין שלא מדעת חבירו יכול השליח ג"כ לחלוק בדבר שהוא זכות לו ומ"מ בעינן אמר דוקא כמו בשותפין לעיל סי' קפ"א כשרוצין לחלוק עצמן דל"מ כוונה וכן בסימן קע"ו סעיף כ"ח משא"כ בצרורין הוי גזל א"י להעשות שליח לגזול לחבירו ול"מ אפי' לדיעה בתרייתא דסימן קפ"ג סעיף ג' דשאני התם שהוא לעצמו יכול לגזול ולא לחבירו דאין שליח לדבר עבירה ולאו זכות הוא לגבייהו וטעם הטור שהביא הסמ"ע דס"ל דהכל תלוי בנתינה להשליח נראה דסובר דאם נתנו מעורבין הרי ניחא להו בהשותפות ואין השליח יכול לחלוק שלא מדעתם משא"כ כשנתנו לו צרורין ונתערבו דיכול גם השליח לחלוק במעות שוין:

ב לא יוכל לחזור עט"ז שתמה ע"ז מאוד דהא מכר אינו זכות וכתב דמיירי שנתן מעות שלו ואמר הילך מנה וקנה שדה לפ' ובכה"ג בעינן שיתרצה הלוקח אח"כ כמבואר בסי'

ק"צ סעיף ד' ולזה כתב לחלק בין כשנעשה הקנין בכסף דקנה אבל כשנעשה הקנין בק"ס לא קנה כיון דלא נגמר המקח עד אחר שנתרצה הלוקח ובאותו שעה הדר סודר למריה ע"ש בט"ז וצ"ל לדבריו דמיירי שנתרצה הלוקח קודם שחזר בו המוכר ונתברר כן דאם לא נגמר הקנין עד שנתרצה הלוקח יכול המוכר לחזור בו קודם שנגמר הקנין (וכמו שהקשה בספר קצות החושן) אך מ"מ תמוהין דבריו דכיון שנתן מעות שלא במתנה להלוקח הרי ודאי זכות הוא לו ללוקח וכשנתרצה הלוקח נעשה קנין למפרע ואפילו בק"ס ג"כ אינו יכול לחזור ועמש"ל סי' ק"צ והב"ח הגיה ברמ"א וכתב שכצ"ל אם קנה במעותיו (וט"ס במעות לוי וכוונתם כמו שכ' בקצה"ח שקנה לעצמו רק שאמר לפני המוכר שקנאה ללוי ואז קנה השליח ואין המוכר יכול לחזור ואם יבא לוי ויטעון שבמעות שלו קנאו והשדה שלו הרי הדין ביניהם):

סימן קפה

א הסירסור שליח הוא עיי' ש"ך ס"ק א' דלענין ממון לא ג"מ וכו' דבריו ז"ל אין להם ביאור דנהי דבמלוה אף הולך הוי כזכי מ"מ איכא לשונות דלא הוי כזכי כמבואר סי' קכ"ח וגם נ"מ אם אמר בפי' שאינו רוצה שיזכה לו וגם במתנה יש נ"מ דאף דמבואר בסי' קכ"ה דאפילו עשאו שליח לקבל והוא אומר הולך דיכול לחזור הוא מטעם שכתב הסמ"ע שם בס"ק ך"ג דבלשון הולך ביטל שליחות דהמקבל כו' ע"ש מ"מ יש נ"מ במתנה אם הנותן אמר להשליח מקודם הולך וכשבא להמקבל עשה להשליח לש"ק ודאי דתלה בהא דאי חזרה שליחות או לא דהא בגט ג"כ הדין כן דהילך מבטל שליחות הקבלה כמבואר באה"ע סי' ק"מ סעיף ז' מ"מ אם עשתה האשה שליח הולכה שלו לשליח לקבלה הוא ספיקא ותלוי באי חזרה שליחות וה"נ ממש במתנ' דודאי לא גרע מתנה מגט ומכר דמהני אי לא בעינן חזרה שליחות אצל הבעל וא"כ יש נפקא מינה במתנה ודבריו ז"ל צריכין נגר להולמם ואפשר לו' דשאני גט דהאשה יכולה לעשות ש"ק ולכך מהני משא"כ במתנה דשליח קבלה של המקבל לא מהני מידי דבממון בעינן שלוחו של בעל הממון דוקא כמ"ש הר"ן הבאתי לשונו בסי' קמ"ח ובסי' קצ"ה והוא מהירושלמי ע"ש ולכך אפי' נעשה ש"ק אחר שנעשה שליח הולכה מהנותן לא מהני אפי' אי לא בעינן שידיה חזרה שליחות כיון דש"ק של המקבל לאו כלום הוא: ובעיקר הדין נראה דל"ד כלל לגיטין דבשלמא בגט בעינן שיהיה חזרה שליחות כיון דבעינן נתינה מידו לידה וטלי גיטך מע"ג קרקע לאו כלום הוא ואין יכולין לעשות איש אחד שיהיה ידו וידה ויהיה בעצמו הנותן והמקבל וכשם שאין האשה יכולה לעשות בעלה שליח לקבלה כן אינה יכולה לעשות

שליח בעלה לשליח לקבלה כיון דשליח הבעל כבעל וטעם אחד לשניהם משא"כ בקנין אם כבר אמר השליח להלוקח לך משוך וקני או בקרקע חזק וקני דשוב כלתה שליחותו לגמרי דא"צ שוב למעשה השליח כלל דהלוקח יכול למשוך ולהחזיק אפי' שלא בפניו ולקנות פשיטא דהלוקח יכול לומר להשליח שימשוך או יחזיק בשליחות דהרי כבר חזרה השליחות אחר אמירתו לך משוך או חזק וכיון שאין צריכין שוב לשום מעשה שליח כלל יוכל להיעשות שליח כיון שכבר כלה שליחותו קודם שנעשה שליח לחבירו ואפי' בשליח שקנה לעצמו דעת הגאונים דיכול לקנות כמ"ש הש"ך בס"ק ג' ואפילו לדעת הסוברים דהשליח אינו יכול להחזיק לעצמו היינו מטעם דשם שליח אינו אלא לאחר ולאחר הוי שליח להתרצות בפיסוק דמים משא"כ לעצמו וראיה לזה מגיטין י"א דאמר שם דאי התופס לבעל חוב קנה דא"י לחזור ועיין בר"ן שם דפי' דהיינו דעושה השליח לעצמו בפי' שליח להעבד לקבל אחר שמסר לו האדון השחרור ולכאורה קשה דהא אפי' אם עשאו העבד בפי' שליח לקבלה והוא אמר הולך כיון דהשתא ס"ל דלאו כזכי דמי הרי ביטל השליחות קבלה כמבואר בתוס' פ' האומר ובאה"ע סי' ק"מ סעיף ו' וע"כ צ"ל דנהי דאם עשתה האשה שליח לקבלה מעיקרא ואח"כ אמר הבעל להשליח הולך ונתבטל שליחות קבלה שלה מ"מ אם הבעל עשה ש"ה וחזרה האשה ועשתה אותו שליח לקבלה אי נימא דלא בעינן חזרה שליחות אצל בעל ואשה עושה שליח לקבל מיד שליח ודאי דמהני ונעשה שליח לקבלה ולא יהא אלא אחר וה"נ בעבד דהא הר"ן כתב לעיל דאמרי' מטעם דתופס לבע"ח בעינן שהשליח יעשה בעצמו בפי' אחר שקיבלו מהאדון לש"ק של העבד לפ"ז אף דאמר הולך ונעשה שליח האדון מ"מ יכול לעשות עצמו ש"ק אח"כ בשביל העבד והוי כאילו עשה האדון שליח להולכה ואח"כ אמר לו העבד שיעשה בשבילו שליח לקבלה דמועיל אפי' באשה כה"ג רק באשה אינו מועיל מכח הספק דחזרה שליחות האמור בגיטין דף ס"ג ובעבד נראה דאין שייך זה ומטעם משום דמועיל בעבד טלי שיחרורך מעל גבי קרקע ואף דאיתקש לאשה היינו בגוף כתיבת השטר שיהי' לשמה ובתלוש אבל אם בנתינת השטר דמי לשטר קנין שדה כיון דיכול לקנות עצמו אפי' בקנין חליפין עיי' גיטין ל"ט גבי שקיל כומתיה שדא בה דמי לקנין שדה וכ"כ הרמב"ם בהדיא בהל' עבדים דרק לענין לשמה ומחובר דמי עבד לאשה אבל לשאר דברים דמי שיחרור למתנה וכן מוכח בתוס' בגיטין דף י"ז בד"ה לא יתנו ובחידושי לגיטין הארכתי בדין זה:

ב משלם החמשים. קשה דהו"ל לומר שוויה דלא יהא אלא מזיק גמור דאינו משלם רק שווי' ודוחק לומר דמיירי ששוה מאה והוא באופן שא"א להחזיר המקח מצד האונאה

ולכ"נ דהטעם הוא כיון דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן לכך אמרי' מסתמא היה כוונת השליח לתקן העיוות בכדי שלא יקרא מזיק וגזלן משא"כ בגזלן ומזיק גמור דודאי כיון להזיק ולגזול אינו משלם רק כשעת הזיקו וכשעת הגזילה וכן מוכח לקמן סעיף ה' ע"ש וכן מוכח לעיל בסי' קפ"ב סעיף ו' דמבואר שם בסמ"ע דאם לא הודיע שהוא שליח דהמקח קיים להמשלח והשליח חייב לתקן העיוות ומשמע שם דאפי' אם מחמת זה שלקח שלא באחריות הוזיל גביה מנה ועכשיו כשהשליח מקבל עליו אחריות אין המשלח צריך להחזיר לו המנה שהוזיל גביה וע"כ הוא מטעם הנ"ל דכיון שהוציא מעות המשלח באופן שא"א לו להמשלח לבטל המקח שיחזיר לו המעות וכשלא יתקן העיוות ממילא הוה כגזלן במה ששינה מדעתו של בעל הבית לכן תלינן שבודאי היה דעתו לתקן העיות כנ"ל:

ג זכה במותר. עש"ך ס"ק ה' שכתב והוי כמו שומר שכר ואף דבסי' קפ"ו סעיף ב' כתב בכה"ג דחייב באונסין שא"ה דשם לקחו בתורת מקח שיהיה הוא הלוקח כשיזדמן לו מוכרים שיהיה שלו מעכשיו ואלו היה רוצה מוכר לחזור לא היה יכול דכבר קנאו במשיכה ומש"ה הוי לוקח לענין להתחייב באונסין משא"כ כאן דלא קיבלו רק בתורת שליחות ואלו רוצה המשלח לחזור מן השליחות יכול לחזור לכך אין לו שם לוקח להתחייב באונסין:

ד נשבע הסירסור עיין ש"ך ס"ק ו' עד וא"י שנמכר אלא מפי הסרסור לכאורה תמוהין דבריו דהא משנה מפורשת היא בשבועות גבי סלע הלויתני עליו ושנים היה שוה דנשבע שבועה דאורייתא כשמודה במקצת ואף שא"י שנאבד כי אם ע"פ וכ"ז שהוא בעין מחזיר גוף החפץ ג"כ הוי כאילו תובעו בדבר שבמדה ואפ"ה חייב שבועה אמנם לפמ"ש לעיל דחייב לשלם אפי' יותר משוויו א"ש דדוקא התם בשבועות שמזכיר בתביעתו כמה היה שוה המשכון כגון מנה והלה משיב שנאבד בפשיעה ולא היה שוה רק נ' חייב שבועה דאורייתא דבתביעתו תבעו מנה בבירור או שיחזור לו החפץ שוה מנה אם הוא בעין או שיחזור לו מנה באם שנאבד החפץ והרי הוא כתובעו מנה ולכך כשמודה שהיה שוה נ' והתביעה הוא על דבר שבמדה והוי מודה במקצת הטענה וחייב שבועה ולא הוי דומיה דחיטין ושעורין כיון שתובעו חפץ במנה או מנה משא"כ כאן מירי דאין תובעו מנה מצד השיווי רק מצד שאמר לו למכרו במאה ואם החפץ בעין אין תביעתו מנה ואין תביעתו דבר מסויים דאינו מזכיר שיוויו ואפשר שאינו שוה רק נ' ממילא לא הוי תביעתו בדבר שבמדה וכיון דא"י לתובעו כלל במנה רק מחמת שהשליח אמר לו שמכרו בנ' ואז נעשה תביעתו על סך מנה והוי כהודאה קודם לתביעה דבשעת תביעה

ראשונה לא היה ברי על תביעת מנה כנ"ל: ומה שסיים הש"ך דאם טוען במאה אמרתי למוכרו מכרת בחמשים דשפיר קאמר הראב"ד והוא לכאורה תמוה מאוד דכיון דכבר א"א להוציא המקח דהא בלא הודיעו המקח קיים רק שהשליח מחוייב לתקן העיוות הרי כטוען נתחייבת לי מאה והוא מודה בחמשים דישבע שבועה דאורייתא ונראה דהראב"ד לשיטתו אזיל דסובר בס' פ"ח בתובעו מנה הלוואה ומנה פקדון ומודה לו באחד מהן דאינו נשבע שבוע' דאורייתא אף דבתובעו שניהם ולכך הכא ג"כ אינו חייב שבועה דאורייתא דהחמשים שקיבל בעד החפץ הוי פקדון והחמשים שנתחייב מצד ששינה הוי הלוואה והוא מודה לו בנ' פקדון דאינו חייב שבועה דאורייתא אבל לדידן ודאי חייב בכה"ג שבועה דאורייתא:

ה וזכה הלוקח ולכאורה תמוה דהא הרמב"ם פסק בהודיעו שהוא שליח שהמשלח נאמן לומר שהשליח עבר על דבריו ואף שהשליח מכחישו מוציא המקח מיד הלוקח ולדבריו קשה כיון שנתברר שהמקח הוא של המשלח והמשלח נאמן שעבר על דבריו ואין אדם מוכר דבר שאינו שלו אם כן בטל המקח ומה בכך שלא הודיעו וכי יש כח ביד השליח לקיים המקח בדבר שאינו שלו ואף שנשבע השליח הא שבועה לא מהני רק לפטור את עצמו אבל שיהיה שבועת האחד מועיל שיהיה עדות נגד איש האחר אינו עולה על הדעת כלל. לכן נלפענ"ד דהא גם בהדין המבואר בסי' קפ"ב סעיף ב' דבלא הודיע המקח קיים קשה דנהי דאם יש להשליח לתקן העיות שפיר י"ל כיון דכופין את השליח לתקן העיוות המקח קיים אבל אם אין לשליח לתקן העיוות האיך אפשר שיהיה המקח קיים הא אין אדם מוכר דבר שאינו שלו וכיון שהמשלח פירש שאינו רוצה ליתן רק במאה והשליח מכרו בחמשים כמוכר דבר שאינו שלו דמי וכ"ז שאין השליח מסלק כפי שאמר לו המשלח אין לו רשות למוכרו ודוחק לומר דמיירי דוקא כשיש להשליח לתקן העיוות וכמש"ל בסי' קפ"ב וע"כ צ"ל הטעם דכיון שמסרו המשלח להשליח והשליח בידו לעשות בו מה שירצה דהא יכול להבריחו ויכפור בו אמרינן גבי' סברא דהימני' כמו בשליש בגיטין ס"ד דהימני' שיהיה כך אפי' אם ישקר וה"נ הוי כאילו התנה עם השליח שיהיו כל מעשיו קיימין נגד הלוקח שיהיה החפץ ביד השליח כאלו היה ממש של השליח והיה סומך עצמו על השליח שאם יעוות יהיה השליח המתקן מש"ה המקח קיים נגד הלוקח בלא הודיעו אבל הודיעו הרי השליח הודיע בפי' שא"ר לקבל עליו שיהיה הוא המקיים המקח ולתקן עירעור המשלח והוי כאילו התנה שכל עירעור המשלח יהיה חל על הלוקח ולא עליו מש"ה בהודיעו המקח בטל:

ואם ידע הלוקח. עסמ"ע סק"ט והו"ל זה של המוכר ודאי וכו' כוונת דבריו דדוקא כששמעון מכר ללוי חפץ הידוע שהוא של ראובן ושמעון אומר שהוא לקוח בידו מועיל חזקת לוי אף שלוי א"י וטוען ומספק מקלקל חזקת מרא קמא של ראובן מחמת החזקה שהי' לשמעון על טענתו שטען לקוח דהיינו חזקה שכל מה שת"י אדם הוא שלו ואם הן דברים העשויין להשאיל תלוי במחלוקת הפוסקים אי הלוקח עומד במקום עידי ראה כמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ח בש"ך ס"ק נ"ז ע"ש. אבל הכא שהודיע השליח שאינו שלו בשעה שיצא מת"י אף שלפי הגדתו היה לו רשות למכור מ"מ כיון דלא שייך בטענה זו דכל מה שת"י הוא שלו ממילא אינו מועיל חזקת לוי שמוחזק בספק לקלקל חזקת מרא קמא של ראובן: (אמנם) תמוה לי דמה"ת לא יהיה לשליח זה דין שליש דהא אפי' שליש שיש בידו חפץ ואמר פ' ציוני ליתן לך זה במתנה ואף שהמקבל א"י מהימן השליש ואפילו כשהנותן מכחיש ואומר לפקדון הרבה פוס' ס"ל דנאמן כמבואר בסי' נ"ו ס"א ובסמ"ע ס"ק ז' מטעם כיון דהימני' לפקדון נאמן בכל מה שיאמר ואפילו מאן דפליג במכחיש השלישית מ"מ במודה ענין השלישית כ"ע מודים דהשליש נאמן ואפי' בשליח להולכה אמרינן סברא דהימני' כמבואר בגיטין ס"ד וכן בשליש ע"י שליח אמרינן בשליח הימני' כמבואר בסי' נ"ו וה"נ כיון שהודה שמסר לו למכור הוי כמודה בענין שלישית ואין לומר דהוי כנוגע בענין השלישות כיון שנוטל שכר סרסרותו כשהמכיר' היא מכיר' ולכך או' שציווה למוכרו בנ' כדי שיטול שכר סרסרותו ובסי' נ"ו מבואר דכשהוא נוגע אין השליש מהימן דז"א דהא כתב הש"ך שם ס"ק ח' דאפילו יש הכחשה ביניהם בסך הממון לא מיקרי נוגע בענין השלישות ומכ"ש כאן דהיה יכול לגנוב כולו ולומר לקוח הוא בידו דל"ה נוגע כמו שאמרו בקידושין דף מ"ג גבי שליח נעשה עד מיגו דאי בעי אמר אהדרינהו ללוה והיינו דמטעם זה לא חשיב נוגע כמ"ש בחידושי לח"מ סי' קכ"ח ואף שכבר יצא השלישית מת"י מ"מ הא כתב הרשב"א בגיטין ס"ד דמעיקרא הימני' במאי דעביד ע"ש ומכ"ש כאן דל"ש כלל למיחשבי' לנוגע בענין השלישות מחמת שרצה לגנוב מעט כיון שאם היה רוצה לגנוב היה גונב כולו או לומר שיש לו חלק בו כפי שכר סרסרותו ועוד תימה דא"כ מי ששלח חבירו עם משכונות של עכו"ם להלוות מישראל בריבית והכחישו המשלח בקצבת הריבית או בגוף הקרן ואומר שלקח השליח לעצמו מהקרן שיהיה המשלח נאמן ונהי שיצטרך המשלח ליתן גוף המעות משום תקנת השוק דלא גרע מגנב מ"מ הריבית א"צ ליתן דלא עשו תקנה בריבית וזה ודאי ליתא וכן כשהשכין השליח בנכייתא שיצטרך המלוה לשלם כל הפירות כשיכחיש המשלח. לכ"ן דהכא מיירי שבאמת נתאנה השליח כדמשמע בסי' קפ"ב בש"ך ס"ק ד'

ע"ש וכיון שרואין שנתאנה והמקח בטל רק שהשליח רוצה להעיד ואמר שבחמשים ציוה למוכרו ואין כאן דין אונאה ובזה שפיר קאמר הרמב"ם דאין השליח נאמן להעיד דדוקא כשמסירתו ליד שכנגדו מוכחת על אמירת השליש מהני אף שכבר יצא מת"י כמ"ש הרשב"א בגיטין דף ס"ד דנאמן מטעם דמעיקרא הימני' מהימן הוי במאי דעביד משא"כ הכא מיירי דלא אמר השליח בשעת מכירה פ' ציוה לי למוכרה בחמשים תלינן שמחמת אונאה עשה מקח בחמשים ואם לא היה השליח לפנינו היינו מבטלין המקח דהא בסירסור לא אמרינן מסתם דאמר לו בין לתקן בין לעוות כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ב ע"ש אחר שיצא השלישות מת"י רוצה להעיד להלוקח לקיים המקח ודאי דא"נ והראב"ד ס"ל דאפי' בסירסור אמרינן דמסתמא מסר לו בין לתקן בין לעוות ואילו לא היה השליח כאן היה המקח קיים ולכך אין השליח נאמן אפי' אומר לבטל המקח דהשליח א"נ לא לקיים ולא לבטל המקח אבל ודאי אם לא נתאנה השליח והמשלח טוען שעבר על דבריו אף הרמב"ם מודה דלא מהימן המשלח עד שיברר בעדים:

ז אמר המוכר א"ר למכור בדמים אלו הנה אם לא נתאנה ודאי דאין המוכר יכול לומר איני מוכר בדמים אלו דדוקא בנתאנה מבואר בסימן קפ"ב דיכול המשלח לבטל המקח אבל בלא נתאנה א"י לבטל והכא ע"כ מיירי דנתן לו רשות למכור כמ"ש הב"י ע"ש ודוחק לומר דלעיל בסי' קפ"ב מיירי באמר לו מכור בשוייו והכא מיירי באמר לו מכור סתם ולכך י"ל דכוונתו היה שימכור והוא יתפשר בעצמו עם הקונה בסך המעות ולכך יכול לומר א"ר למכור בדמים אלו דא"כ אפי' לא הודיע נמי כיון דהוי כלא עשאו שליח למכור ולפסוק דמים ועוד קשה הא דכתב הב"י הביאו הסמ"ע דאין הלוקח יכול לחזור ואם נאמר דמיירי שלא עשאו שליח לפסוק דמים אף הלוקח יכול לחזור כו א"ו דמיירי בנתאנה השליח והמשלח אמר לו מכור במה שתמצא מ"מ בטל המקח בשנתאנה בשהודיע דלא הוי כאומר לו בין לתקן בין לעוות והראב"ד חולק וס"ל דהוי כאמר לו בין לתקן בין לעוות:

ח מחזיר והלוקח עסמ"ע ס"ק ט"ו שכתב דאף דהמוכר יכול לחזור בו מ"מ אין הלוקח יכול לחזור בו ע"ש מוכח מזה ואפי' בנתאנה השליח והמוכר יכול לבטל מ"מ אין הלוקח יכול לומר כיון שהמוכר יכול לבטל מחמת שלא נעשה שליח לעוות א"כ הוי כאילו לא נמכר ע"י שליח והוי כמוכר דבר שאינו שלו שגם הלוקח יכול לבטל דהא בכאן ע"כ מיירי שנתאנה השליח כמ"ש לעיל ואפ"ה כתב הב"י דאין הלוקח יכול לחזור:

סימן קפו

א ונאנסו בהליכה חייב. הוא לשון הרמב"ם ובמל"מ תמה דבפ"ד מה' מכירה גבי לוקח כלים ע"מ לבקרן כתב הרמב"ם דבעינן קייצי וזבינא חריפ' וכדמוכח בנדרים דף ל"א וכאן לא הזכיר שום חילוק ע"ש והנה הא דלא הזכיר קייצי ל"ק כמ"ש הש"מ ב"מ ד' פ"א דבלוקח ע"מ לשגרן מסתם משמע דקצץ דמי והיינו דהיאך יקח לשגרן לחמיו אם לא יקצץ דמים דאולי אם יוכשר בעיני חמיו פן יפסוק המוכר דמים ביוקר עד שלא יהי' באפשרי ליקח אותם משא"כ בלבקרו איכא למיטעי שלקחו לבקרו קודם קציצת דמים לכך הוצרך להתנות שיהי' בדקייצי דמי אבל הא ודאי קשה דלמה לא התנה הרמב"ם דבעינן זבינא חריפא עוד הקשה בלח"מ דהדיוקים סתרי שכתב הדין דבזבינא חריפא חייב באונסין ומשמע דבזבינא מציעא פטור מאונסין (וכן האמת מוכח בנדרים ל"א) ולבסוף כתב דבזבינא דרמיא על אפיה פטור ומשמע דזבינ' מציעא חייב באונסין ועוד ק"ל על המחבר דבכאן פירש זבינא חריפא האמור בש"ס ביש לו קונים הרבה ובסי' ר' מפרש זבינא חריפא שחביב על הלוקח. וליישב כ"ז נראה דהנה בתוס' ורא"ש דחקו עצמם בהא דמוכח בנדרים דחיוב אונסין הוא מטעם שואל דהא מצריך שיהי' רק הנאת לוקח ולא הנאת מוכר ובב"ב דף פ"ח מוכח דחיוב אונסין הוא מטעם לוקח ובשטה בב"מ דף פ"א מחלק דבקייצא דמים ואינו זבינא חריפא החיוב הוא מטעם לוקח ובזבינא חריפא ולא קייצי דמים היא מטעם שואל ע"ש והנה הא דבקייצי חייב מטעם לוקח מסתבר כדבריו דודאי נגד החיוב שהוא מצד לוקח אף שיש בו גם כן הנאת מוכר חייב וא"צ שיהיה הנאת לוקח לבד אבל מ"ש דבזבינא חריפא אף דלא קייצי הוי שואל הוא תמוה מאוד דהא מבואר בנדרים דכשלוקח ביותר משוויו אף פ"א לא הוי שוב זבינא חריפא וכיון דלא קייצי ממילא שוב לא נחשב זבינא חריפא דאולי הוא ביוקר ולכן מסתבר ליה להרמב"ם דבקייצי ודאי הוי לוקח אף בזבינא מציעא אבל שואל לא הוי עד שיהיה זבינא חריפא גם כן דליכא רק הנאת לוקח ולא הנאת מוכר וכל הנאה שלו ואז הוי שואל וחיוב הוא מטעם שניהם דהיינו מטעם לוקח ומטעם שואל והנ"מ בהא דחייב גם כן מטעם שואל הוא דהנה הרשב"א והרא"ש כתבו דבלוקח ע"מ לבקרן אפילו אחר שגילה דעתו דלא ניחא ליה חייב באונסין וכתב הב"י הטעם דכל שואל חייב באחריות עד שיחזור ליד המשאיל ע"ש (ועמ"ש בסמוך דכשגילה דעתו שלא בפני המוכר דכ"ע מודים דחייב באונסין וטעם זה שייך בשואל אבל כשהחיוב הוא מטעם לוקח לבד דהוא מטעם כיון שאין המוכר יכול לחזור בו אבל אחר שגילה דעתו שאינו רוצה בו ונתבטל משיכתו הראשונה ודאי דאף המוכר יכול לחזור בו ובטל שם לוקח ממנו וכמו בלוקח

על תנאי דכשנתברר שנתבטל התנאי דאין לו שם לוקח שוב ובזה אתי שפיר הסוגי' דנדרים דמוכח משמואל דהנאת לוקח לבד הוא ולא הנאת מוכר דמשמע מדברי שמואל דחייב באונסין אף לאחר שגילה דעתו כמ"ש הרמב"ם וע"כ מטעם חיוב שואל הוא שכל הנאה של לוקח הוא ומש"ה מוקי ליה בזבינא חריפא דוקא דאז הוא רק הנאת לוקח ולא של מוכר לבד כתב הרמב"ם דין דזבינא חריפא גם כן גבי הלוקח על מנת לבקרו מה שאין כן בפ"ב משלוחין גבי לוקח כלים לשגרן לבית חמיו דבאמת אינו חייב רק בהליכ' ולא בחזר' ובהליכה קודם שיש גילוי דעת. דלא ניחא ליה החיוב הוא אפי' כשהוא מטעם לוקח לבד ולא שואל לכך חייב בקייצי לבד אף שאינו זבינ' חריפ' ולפ"ז ל"ק ג"כ הדיוקים אהדדי מה שהקשה הלח"מ דמתחל' כתב דינא דשמואל דחייב באונסין אפי' אחר שגילה דעתו וזה הוא רק בזבינא חריפא דליכא רק הנאת לוקח ולא הנאת מוכר משום חיוב שואל נגע בו ובזביני דרמי על אפי' כתב הרמב"ם דפטור לגמרי אפי' קודם גילוי דעת דאין לו אפי' דין לוקח כלל דלא סמכה דעתו כלל שיקחנ' משא"כ בזבינ' מציע' דיש בו הנאת לוקח והנאת מוכר הוא דין אמצעי שהוא רק חייב מטעם לוקח ולא מטעם שואל ואינו חייב רק בהליכה ולא בחזר' דהיינו אחר שגילה דעתו ולא כתבו הרמב"ם משום שאין דרכו של הרמב"ם לכתוב דין מה שאינו מפורש בש"ס. אמנם בהא דלשגרן אף בזבינ' דרמי על אפי' חייב בהליכה מטעם לוקח והטעם דדוקא בלוקח לבקרן ובשוויין (דבלוקח בפחות הוא אפי' שואל כדמוכח בנדרים שם) כשהוא זבינא דרמי על אפי' קרוב לודאי שלא יקחנו משא"כ בלוקח לשגרן לחמיו במתנ' שהוא כבר לקחן לגמרי רק שהוא על תנאי אם ירצה חמיו לקבל המתנה אפי' בזבינא דרמי על אפי' חשיב לוקח דסמכא דעתי' שבודאי יקבלנו חמיו במתנה. ולזה בסי' ר' שהביא המחבר דעת הרמב"ם מביא פי' הרמב"ם בזבינ' חריפא דהיינו שיהיה החפץ חביב על הלוקח משא"כ כאן בהא דהלוקח ע"מ לשגרן או ע"מ למוכרן שהביא דעת הי"א שהוא דעת הרא"ש ע"כ הוצרך להביא ג"כ פי' הרא"ש דהיינו שיש לו קונים רבים דבע"מ לשגרן לחמיו ובע"מ למוכרם ודאי דלא תליא בהמקח במה שחביב על הלוקח דהא אינו תלוי בדעתו כלל רק בדעת אחרים והוכרח לפרש לדינו של הרא"ש פירושו של הרא"ש דהיינו שיש לו קונים רבים:

ב בין בחזרה. עסמ"ע ס"ק ד' הטעם משום דחזרה דהאי הליכה הוא והוא מהש"ס ולכאורה קשה לדעת הרשב"ם והרא"ש דס"ל דבנוטל כלי ע"מ לבקרו דאפי' אחר שגילה דעתו דלא ניחא ליה חייב באונסין עד שמחזירו לידו והקשה הב"י מהלוקח ע"מ לשגרן לבית חמיו דפטור בחזרה ותי' דשם כיון שנותן שכר אם לא יקבלו חמיו גרע ופטור ולפ"ז

קשה ל"ל הכא הטעם דחזרה דהאי הליכ' הוא הא המשלח הכא אינו נוטל שכר וא"כ בלא"ה חייב באונסין. ב' קשה דבשטה בב"מ פ"א הקשה בשם תוס' שאנץ בהא דמוכיח הש"ס שם דאחר שכלו ימי שאילתה הוי ש"ש מטעם דהואיל ונהנה מהנה מהא דהלוקח כלי ע"מ לשגרן ומאי הוכח' היא זו הא שם שוכר גמור הוא שנותן לו טובת הנאה ותי' שבחזרתן כלו ימי שכירותו ע"ש ולעיל מזה כתב בשם הריטב"א דבשומר שכר חייב כל זמן שלא הודיעו והוכיח זה מאומן ולפ"ז הדרא קושייתו לדוכתא דמאי מוכיח הש"ס. ג' קשה קושי' הב"י בסי' ר' על הפוסקים דס"ל דכשגילה דעתו נפטר מאונסין מהא דהשולח צלוחית דחייב באונסין אף שהחזירה לתינוק וגיל' דעתו דלא ניחא ליה ומ"מ חייב. ד' בב"י בטור סי' שמ"ג מביא הירושלמי בשאל' היום ושכרה למחר לענין לילה שבנתיים והוא היפך מגירסת הרשב"א בהירושלמי הביאו השטה ר"פ השואל והירושלמי הזה כפי שפירשו הרשב"א אין לו הבנה דהא וודאי דמיירי בלא שאלה בלילה לעשות עמו מלאכה רק ביום וא"כ החילוק שמחלק שם בירושלמי אינו מובן למעיין ע"ש. וליישב כ"ז נראה דדוקא בשאלה לזמן אז פטור אחר שכל' ימי שאילתו כיון דהזמן ידוע הוי כהודיעו מתחלה שבסוף ימי שאילתו יבוא ויטול שלו ודמי כאילו אמר לו בסוף הזמן טול שלך וכן הדין בשוכר אחר שכל' ימי שכירותו דשואל ושוכר שווין דהא שם דמי שואל ושוכר אהדדי אבל בשואל או שוכר לחרוש שדה פ' ודאי דהוי שואל עד שמחזירו או עד שיאמר לו טול את שלך או שמודיעו שגמר המלאכה כמו דבעינן באומן גמרתיו וכמו שמביא הריטב"א ראיה מהא דבעינן גמרתיו באומן אבל בשואל אחר שכל' זמנו אף שהודיעו חייב כדין ש"ש כמבואר בש"ס הטעם דהואיל ונהנ' מהנ' (והריטב"א שכתב דבש"ש אפי' יש בו זמן וכלה זמנו דבעינן שיאמר טול שלך הוא תמוה דמ"ש משואל ואפשר דדוק' בשואל ושוכר שמשתמש בו וכיון שכלה זמנו ואסור להשתמש בו שלא מדעתו הוי ככלה זמנו וכאמר לו טול את שלך משא"כ בש"ש כ"ז שהפקדון אצל שומר חייב ליתן לו שכרו לכך הוי כש"ש אפי' כלה זמנו) וממילא בשאלה למלאכה אחת מאחר שתכלה למלאכה זו תהיה שכור' אצלו למלאכה אחרת אף שלא הודיע אחר שכל' המלאכה שעשה בשאלה אפ"ה לא הוי רק כשוכר דלמה היה לו להודיעו הא לא יטלנו לביתו וכמו שאם המשאיל היה משכירה לאחר שכשיכל' זמן השאלה יטלנ' השוכר מהשואל וציוה להשואל למוסרו להשוכר אחד שיכלה זמן השאלה דא"צ להודיע להמשאיל ומ"ל שציוה למוסרו לאחר או לעצמו אחר שכלה השאלה וזהו כוונת הירושלמי שהביא הב"י בסי' שמ"ג בשאלה היום ושכר' למחר והיינו דאם דרך הבהמות ללון בלילה בבית הבעה"ב וכיון שכלה היום א"כ כששאלה היום רק על יומו ממילא הוי בליל' כמו שכלה

ימי שאילתו והוי כאומר לו טול שלך והי' לו ליטול את שלו משא"כ במקום שאין דרך להחזיר שאלה בלילה ממילא הוא בחיוב של שאלה אצלו דכללא הוא דלא כלה חיוב אחריות של שואל עד שעה שבא הזמן שדרך המשאיל ליטול את שלו. ולפז"נ דליכא מחלוקת בין הרשב"ם והרא"ש לשאר פוס' דהא שכתב הרשב"ם דאפי' גילה דעתו דלא ניחא ליה דחייב באונסין ע"כ אין כוונתו שגילה דעתו לפני המוכר שיטול שלו דבזה ודאי פטור דמ"ש מאומן שאמר גמרתיו או טול שלך א"ו כוונת הרשב"ם שגילה דעתו לפני עדים ולא הודיע למוכר ובזה צדקו דברי הרשב"ם ודעת הפוסקי' דס"ל דמהני גילוי דעת דלא ניחא ליה דודאי כוונתם בגילה דעתו לפני המוכר דכטול את שלך דמיא אבל בלא הודיע למוכר עצמו ודאי דעדיין חייב אף שהודיע לעדים דמ"ש מאומן דבעי' דוקא שיאמר גמרתיו לבעה"ב עצמו ולפ"ז ל"ק קושי' הב"י מהא דצלוחית דחייב אף שהחזירה לקטן וגילה דעתו דשא"ה דלא גילה דעתו לפני המוכר דלא מהני דודאי לא עדיף חזרה לקטן בפני עדים מגילה דעתו לפני עדים ולפ"ז א"ש ג"כ הוכחת הש"ס ול"ק קושית תוס' שאנץ הנ"ל דהש"ס מוכיח מהא דחייב כש"ש אפי' אחר שהודיע להמוכר ככל השומרים כשמודיעין להמוכר כלתה שמירתן וע"כ צ"ל ששואל אפי' אחר שהודיע הוי ש"ש מטעם דהואיל ונהנה מהנה ומדין שואל ודאי דפטור כמ"ש הב"י דכשנוטל שכר גרע והיינו מטעם כיון שהתנה עמו שאחר שיתוודע לו בעצמו שאינו שואל יהיה עליו דין שוכר ממילא א"צ להודיע להמשאיל וכנ"ל. וא"ש נמי מה שהוצרך הש"ס לומר גבי ספסרא בלקח ע"מ למכרו הטעם דחזרה דהאי הליכה הוא דבשלמא דכשהוא לאיש מיוחד כגון לבית חמיו פטור משואל עכ"פ כשהודיע למוכר כנ"ל ולכך הוצרך לומר מטעם דחזרה דהאי הליכה היא לחייבו דאפי' כשהודיע למוכר שא"י למכרו במקום שהוליכו לשם דאפ"ה חייב מטעם דעדיין יכול למכרו אבבא דביתיה כנ"ל ברור:

ג ואינו חייב אלא בגניבה ואבידה. תמוה לי דהא ע"כ דעת הי"א אלו שהוא דעת התוס' והרא"ש אפי' בהלוקח ע"מ לשגרן המבואר בסעיף א' הדין כך וא"כ היה לו לבאר דלדיעה זו ברישא כשאינו זבינא חריפא אינו בחזרה רק ש"ח דהא בב"מ דף פ"א מוכיח בש"ס דאחר שכלה ימי שאילתו דהוי ש"ש מטעם דהואיל ונהנה מהנה והקש' ש"מ דהא שם נותן שכר ובודאי הוי ש"ש ותי' דכיון שלא הוכשר בעיני חמיו כבר כלה זמן שכירתו ג"כ וחיוב דש"ש שלו הוא רק משום דהיה מעיקר' כשואל והואיל ונהנה ולפ"ז בזבינא דרמי על אפ"ה דל"ה שואל מעיקרא פטור בחזר' לגמרי ואין לו רק דין ש"ח ואפי' לפמש"ל דהוכחת הש"ס הוא מהא דחייב בש"ש אחר שהודיע למוכר וקודם שהודיע

בלאו האי טעמא דהואיל ונהנה מהנה חייב מ"מ קשה דהי' לו לבאר דאחד שהודיע למוכר הוי כש"ח:

סימן קפז

א במקום שאפשר להביא עדים עליו ונראה דלאו דוקא שידוע שהיה במקום שיש עדים אלא אפילו שהנפקד בעצמו מודה שהיה במקום שיש רואה מ"מ חייב ואף שיש לו מיגו דאי בעי הי' אמר שהיה במקום שאין רואין משום דהוי כמיגו במקום עדים ודלא כמהרי"ט בתשובות ואף דבפרעון והשב' אפי' במקום שיש רואין נאמן אלמא דלא הוי כאנן סהדי התם טעמא אחרינא איכא כמו שאבאר בסמוך:

ב יביא ראיה שלא היה היין חומץ. בב"י הקשה הא שבועה זו לאו שבועת שומרין היא ותמיהני הא אפילו אם הי' מודה המשלח שקנה יין טוב וכיון דמיירי שהיה היין פקדון ביד השליח כמ"ש הט"ז בוודאי דעכשיו שנמצא חומץ הי' צריך לישבע שבועת שומרין שהחמיץ באונס ולא בפשיע' וכן אם לא הי' מכיר המשלח היין שלו ודאי דהי' צריך לישבע ש"ש שאינו ברשותו דאולי היין טוב שקנה בשבילו ברשותו היא וחומץ זה של השליח היא מכבר ולא נאנס בידו מאומה ול"ד להא דסי' רצ"ד בידוע שנאנס לו גלימא דפטור משבועת שומרין דשם עכ"פ ידוע שנאנס ת"י איזה דבר משא"כ הכא שא"י כלל שנאנס לו ת"י איזה דבר ודאי דחייב ש"ש דהיינו שאינו ברשותו ושלא פשע בה וממילא צריך לישבע גם כן בגילגול שלא היה היין חומץ וכיון דת' דני דחמר' שהחמיץ קלא אית ליה הוי כאנן סהדי שלא נאנס בידו מאומה דאפי' אם היה אירע לו אונס בשלו ג"כ קלא אית ליה מש"ה חייב לשלם ובקצה"ח כתב דהוי ש"ד משום דחושדו שלא קנה כלל ממעות הפקדון ושמא עדיין הפקדון ברשותו הו"ל שבועה שאינו ברשותו ולא נהירא דלדבריו א"כ בחנווני על פנקסו כשהקדים מעות לחנווני וטוען החנווני נתתי דמבואר בסימן צ"א דאין עליו רק שבועת היסת הא ג"כ חושדו שלא נתן לו ועדיין המעות ברשותו א"ו דטענה זו שטען שנתן למי שציווה ליתן הוי כטענת החזרתי גם מ"ש כיון שחושדו שקנה חומץ הוי כשבועה שלא פשע בו ג"כ ל"ג משום דיין וחומץ כב' מינים הם וכשקנה חומץ הרי לא קיים תנאו כלל ואין זה בגדר פשיעה רק בגדר מזיק:

ג וכן הדין בטענת שומרין. עסמ"ע ס"ק ד' שהקשה דפשיטא דהא בטענת שומרי' כתיב הקרא דאין רואה ולפעד"נ ליישב דמעיקרא כתב הדין בשבועת שומרין דהיינו במקום שהשומר חייב לישבע דחייב לשלם כשיש רואה דגלי רחמנא דכתיב אין רואה שבועת ד' ואח"כ כ' בסעי' ג' דבטענת שומרין במקום דליכא שבוע' כגון בטוען המפקיד טענת ברי

שכתב הש"ך בסי' ע"ב ובסי' צ"ב דפטור השומר מש"ש ואפי' להתומים דחולק על הש"ך וס"ל דאפילו בטוען המפקיד ברי איכא ש"ש מ"מ כשיש מיגו להשומר פטור בטוען טענת ברי דהא דלא מהני מיגו לשומרין הוא רק מטעם דל"א מיגו דהעזה לאפטורי משבועה משא"כ כשטוען המפקיד ברי דלא הוי מיגו דהעזה אמרינן מיגו דהא עכשיו גם כן מעיז הוא והי' ס"ד דכיון דמהימן בלא שבועה אפי' במקום שיש רואה פטור קמ"ל דבכל טענת שומרים אף במקום דליכא שבועה מ"מ חייב כשיש רואה וגדולה מזו כתב הב"י גבי ת' דני דחמרא דאע"ג דליכא ש"ש מ"מ כאן דע"י שמירה באה לו חייב כשיש רואה:

ד אבל בטענת פרעון וחשבה נראה לפרש דדוקא בטענת נאנסו שנעשה שלא בפני הבעלים מש"ה כשיש רואה אנן סהדי דאלו היה נאנסו בידו היה מביא תיכף עדים לב"ד שלא להביא את עצמו לידי חשד ולידי שבועה משא"כ בפרעון אם באנו לחייבו מטעם זה א"כ לעולם יש לנו לחייבו דהא לעולם יכול לפרוע לו בעדים וא"כ יכול לומר לו הי' לך לפרוע בעדים א"ו דל"ש זה גבי פרעון די"ל דבהכי פרע לו שלא בעדים דאינו חושד את המלוה שיכחישו בפניו ולהכי אפי' פרע לו במקום שיש רואין ל"ש לומר שהיה לו להביאן תיכף לב"ד משום דלא חושדו כמש"ל:

ה דעבידי אינשי דפרעי. עסמ"ע ס"ק ה' דדוקא בהיו לו מעות פקדון בידו וכו' ע"ש והוא תמוה בעיני טובא דכשנותן לו עכשיו מעות לקנות ג"כ קודם שקנה היין המעות פקדון בידו ומ"ש הקצה"ח בזה הן דברים תמוהין בעיני ולפעד"נ דודאי גם דעת הרמ"ה בנותן לו עכשיו דג"כ הוי כמו במעות פקדון דהמעות שנותן לו לקנות עבורו יין הן ג"כ מעות פקדון והרמ"ה לא בא למעט רק מ"ש הריטב"א הובא בש"מ וז"ל דהאי עובדא מיירי בשעשאו שליח בעדים למיזבן ליה חמרא בממונא דשליח למיהדר לאשתלומי מיניה וכו' ע"ש והריטב"א לטעמיה דס"ל דאפי' בטענת שלא מענין שומרין לא מהני במקום רואין והרמ"ה פליג וס"ל דדוקא בטענת שומרים וכו' וכתב הב"י דאף דבהאי עובדא לאו שבועת שומרין הוא וכתב וז"ל ונ"ל שסובר כיון דשבועה זו ע"י שמירה באה לו ה"ל כשבועת שומרין ולפ"ז בהא שכתב הריטב"א דציווה לו לקנות ממעות שלו דשבועה זו שהוא כדי ליטול הוא מדין חנווני על פנקסו ומדין יורד ברשות ולאו ע"י שמירה באה לו אינו דומה לדין שבועת שומרין ואפי' ביש רואה נשבע ונוטל כנ"ל ועכ"פ למדנו מדברי הריטב"א בראובן שאמר לשמעון זבין לי האי מידי ממעותיך וטען שמעון שקנה לו ונאנס מידו נשבע שמעון ש"ש שקנה ונאנס מידו וחייב ראובן לשלם לו:

סימן קפח

א חרש שוטה וקטן. ואם היה בריא בשעת שליחות ונשתט' הוא מחלוקת התוס' ועקצה"ח שכ' דבמתנ' למאן דאמר עבחז"ל אם שלח שליח עם השטר מתנ' להוליך ליד המקבל ומת הנותן קודם שמטא שטרא לידי' זכה בהמתנה ולפעד"נ דהא ודאי ליתא דכיון לחזור בו מת לא גרע מחזר' כמבואר בכמה דוכתי ומה שלמד דין זה ממכר השדה בנתיים ל"ד כלל דשם אף שמכר ואף דלהרא"ש הוי חזר' מ"מ לדעת רוב הפוס' לא הוי חזר' ואמרינן שלא חזר מהשטר כלל רק שהי' דעתו למכור כמוכר דבר שאינו שלו והי' בדעתו בשעת מכירה להשני שאם ירצה לעשות מתנה הא' מתנה למפרע שיבטל מכירת השני משא"כ במת שכבר פסק כחו ורשותו מהחפץ. (נסתפקתי) באם שכר לאותן שאינן בני שליחות והן פועלים אצלו לעשות קנין חזקה כגון לבנות או לחפור בשדה הפקר או בקניית בית או אם משך ע"י פועלים שאב"ש או הגבי' אי מהני והביאני לזה דהא חזינן במגביה מציאה לחבירו דאף דמאן דס"ל דלא קנה חבירו אפי' עשאו שליח מ"מ בטוען שהוא שכיר קנה משום דיד פועל כיד בעה"ב אלמא דפועל לאו מטעם שליחות הוא א"כ מה"ת נמעט הנך דלאו בני שליחות נינהו דהא אפי' לענין שליחות אי לאו דכתיב אתם גם אתם למעט אותן שאינן בני ברית ואותן שאינן בני דעת לא היינו ממעטים אותם וא"כ פועל הא דידו כיד בעה"ב לאו מקרא דשליחות נפקא דהא מהני במציא' בפועל אף דשליחות לא מהני וכ"כ הש"ך בסי' ק"ה בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דל"מ ע"י שליח וע"י פועל מהני וכיון דפועל לאו מאתם גם אתם אתי לה מה"ת לן למעטינהו אכן גם שם בב"מ דף י' דמהני פועל במציא' וכן מציאת עבדו כנעני דמבואר בב"מ דהוא של האדון קשה דמה"ת יהיה מועיל ולא יהא אלא עבד כנעני דידו כיד בעה"ב והא מבואר בגיטין דף כ"א ודף ע"ח דאם נתן גט ביד עבדו דלא מהני רק בכפות משום דהוי חצר מהלכת אלמא דעבד לא הוי רק כמו חצר וכשהוא מהלך לא קנה דחצר מהלכת לא קנה א"כ מה"ת יהיה מועיל פועל גבי הגבהת מציאה כיון דשליחות לא מהני במציאה רק מטעם פועל ומטעם דידו כיד בעה"ב וכיון דפועל אין לו רק דין חצר וכשהוא מהלך לא קנה מה"ת יקנה במציאה. אח"כ בא לידי ס' אפרים שחיבר גאון קדמון שעמד ג"כ בה' מכירה סי' ט"ו בספק זה אי מהני הגבהה ומשיכה ע"י פועלים עכו"ם וכתב דלא מהני מטעם הנ"ל דאף דיד פועל כיד בע"ה לא מהני מטעם דהוי כחצר מהלכת מהא דגיטין הנ"ל וכ"כ בה' שלוחין סי' י"א בשם הרשב"א והריטב"א דפועל לא עדיף מעבד כנעני ולא שת לבו להא שהקשיתי מהא דב"מ ד"י דא"כ אמאי מהני במציא' הגבהת הפועל הא חצר מהלכת הוא והוא תמו' בעיני עוד כ' שם לצדד בפועל דכי אימעיט גוי

משליחות היינו במידי דבעי שליחות ואם עשהו שלא מדעת בעה"ב אין מעשיו כלום אבל במידי דלא בעינן שליחות כגון מי שאמר לעכו"ם לעשות מעקה ועשה מה שעשה עשה ע"ש ולא ידעתי כוונתו דמאי שייכות הוא לכאן לעושה קנין משיכה והגבהה ע"י פועל הא בקנין מידי דבעי שליחות הוא ואם עשאו שלא מדעת בעלים אין מעשיו כלום וא"כ מה"ת יהי' מועיל פועל עכו"ם. לכן נלפענ"ד לחלק דהנה בקנין הגבהה יש שני ענייני קנין א' כשהוא בידו קנה אפי' לא הגביה כלל כמ"ש התוס' בב"ק ך"ט ד"ה אלא דלא גרע ידו מחצירו (וע"ל סי' קצ"ח מה שתמהתי על הסמ"ע שם) ויש עוד קנין שהוגבהּ מכחו אפי' לא נטלו בידו כלל כמ"ש התוס' בב"ק ע' בד"ה דהואיל ויכול (וע' בסי' קצ"ח מ"ש בזה) ולפ"ז א"ש דבגיטין ע"ח כיון דלא מהני הגבהה בגט כשלא נטל' ביד' דבגט ידה דוקא בעינן מש"ה ביד עבד' לא מהני כיון שהיא חצר מהלכת דהא ידה גופי' כ' התוס' בב"מ ד"ט בד"ה ספינ' דהוא מטעם דל"ה חצר מהלכת כיון דמינח נייחא וממטי לה עם גופה וכיון דעבד' מהלך ממש היא לא קני אבל בקנין דסגי ג"כ בהוגב' מכחו ולא בעינן ידו דוקא דהא אפי' טרף אקן והאפרוחים מגביהין את עצמן כמ"ש התוס' בב"ק דצ"ח בד"ה והנ"מ דאדי' אדויי ע"ש אלמא דאפי' הי' גורם שיהיו מוגבהין קנה א"כ ה"נ אם ציוה לפועלים להגביהן אין לך גורם גדול שיהיו מוגבהין מזה כיון דיד וכח פועל כיד וכח בעה"ב ואה"נ אם לא הגבי' הפועל המציא' רק שנטל בידו המציא' והחזיקה סמוך לארץ ולא הגביה שלשה דאין שם קנין רק מטעם יד לא קנה הבעה"ב כיון דיד פועל הוי חצר מהלכת דהא אפי' בידה ממש בעי' טעם לומר דל"ה חצר מהלכת והוא משום דמינח נייח' וממטי לה עם גופה, וכיון דביד פועל ל"ש סברא זו לא קני הבע"ה משום יד פועל אבל בשציוה לפועל להגבי' ג' שקנ' מטעם שגרם שיהי' מוגבה אין הפרש בין גורם בכחו או בכח פועל דיד וכח פועל כיד וכח בעה"ב דמי וכן בקנין משיכ' כיון דאפי' קורא לה והיא באה לרשותו מהני אלמא כל שנמשך לרשותו ע"י גרמתו מהני ה"ה כשציוה לפועל למושכו לרשותו מהני דאין לך גורם גדול מזה ואפי' הפועל אינו בר שליחות וגדול' מזו נראה דאפי' שיסה כלב על הבהמה לגרשה לרשותו דמהני כמו קורא לה והיא באה דהוי ג"כ גורם להמשיכה אמנם אם פועל עכו"ם משכו לרשות עצמו אפי' עשאו שליח לא מהני כיון דאין שליחות לעכו"ם ולא מצינו רק דיד פועל כיד בעה"ב אבל רשות פועל לא הוי כרשות בעה"ב ואין כאן משיכ' כלל וכן משיכ' בסימטא לא מהני ע"י עכו"ם דסימטא הטעם דרשותו של העומד שם הוא כמ"ש התוס' קידושין ך"ה ומשיכ' לרשות עכו"ם הפועל לא מהני כמש"ל ואם אמר לשליח עכו"ם שאינו פועל שימשוך לרשות בעה"ב נראה דלא מהני כיון דאין שליחות לעכו"ם ולא הוי יד עכו"ם כיד בעה"ב ולא הוי

בעה"ב גורם במשיכה זו כלל ול"ד ג"כ למשס' כלבו בבהמה שתבוא לרשותו דעכו"ם אדעתא דנפשי' עביד ולא הוי הבעה"ב גורם במשיכה זו כלל וכן נ"ל בחזק' דאם נעל גדר ע"י פועל עכו"ם דמהני כיון דאפי' לקח או הניח אבן מרחוק והי' גורם לתיקון השדה קנה א"כ ה"ה בפועל עכו"ם וכ"כ בתשו' רשד"ם בח' ח"מ סי' שע"ו דחפיר' ע"י פועלים מהני וכן מוכח מהרא"ש בב"ב ד' נ"ב שהוכיח דחזקה דנעילה לא הוי תיקון מנעל מגיטין ע"ז דאמר תיזיל ותיחוד ותיקון מנעל לא התירו בשבת אפי' ע"י אמירה לנכרי וכו' ע"ש מזה מוכח דחזקה דתיקון מנעל מהני ע"י נכרי רק שלא התירוהו בשבת ואף דבקנין בעי כוונה לשם קנין מ"מ כוונת פועל ככוונ' בעה"ב דהפועל כבעה"ב דמי לגמרי דק דיד פועל לא מהני מטעם דהוי חצר מהלכת ונראה דבחזק' מהני ע"י פועלים אף שהפועלים לא נתכוונו לזכות כיון שהבעה"ב נתכוין לזכות כיון דבגרמתו נתקן השדה הוי כאילו החזיק בעצמו דמ"ל אם חפר ע"י שורו או ע"י פועלו דמה שחפר פועלו ע"י קולו וציוויו הוי כאילו חרש שורו ע"פ קולו וכיון שהוא נתכוין לזכות ע"י הפועלים מהני והא דבסי' ער"ח סעיף כ"א בסמ"ע ס"ק כ"ו כתב דבשאין דעת פועלים לקנות לא קנה שם מיירי דגם הוא לא נתכוין לזכות בעצים ע"י הגבהת הפועלים רק שא"ל סתם לבנות בעצים של גר סתם רק דכשבונ' בעצמו צ"ל דמיירי שאמר בפי' שא"ר לזכות רק בבנין דבסתם כיון שבנה בידיו ידו קונה לו אפי' שלא מדעת קנין משא"כ ע"י פועלים אפי' בסתם לא קנה עד שיתכוין לקנות בציוויו ע"י הגבהת פועלים (ומ"ש בספר מחנה אפרים לחלק באינו מתכוין לדעת אחרת מקנה או לא מבואר אצלינו במקום אחד) היוצא לנו מזה דהגבה' או משיכ' וחזקה ושאר קניינים שנעשו ע"י פועלים נכרים מהני כמו שעשה בעצמו אבל ע"י שלוחים נכרים לא מהני וע"י פועלים מהני אם נתכוין בעצמו לקנות ע"י הקנין שעושין הפועלים אף שלא נתכוונו הפועלים אמנם כשהפועל קונה מטעם יד לא קנה הבעה"ב וגם לא מהני משיכת פועלים רק כשמושכין לרשות בעה"ב אבל כשמושך לרשות השליח וכן כשמושך בסימטא לא מהני ע"י פועלים כשאינן בני שליחות וע"י בר שליחות זכה בכה"ג ואין להקשות הא מבואר בירושלמי ר"פ האומר דבמתנה לא מהני שליח לקבלה דבממון בעי' שליחות של בעל הממון דוקא וכ"כ הנ"י בשם הר"ן בב"מ במשנה דראה אותן רצין ומשמע דלא מהני משיכה של שליח המקבל שעשאו לקבלה ומה"ת יהי' מהני בשליח של הלוקח שמשך נראה דשאני לוקח שעשאו שליח על ממון שלו והוי כאלו מסר בידו שיהיה השליח בעל הממון וכיון שדעתו לאקנויי לבעה"מ והלוקח עשאו לשליח שיהי' הוא הבע"ד כאלו הוא הקונה בעצמו וקונה ע"י משיכתו משא"כ במתנה שעושה אותו שליח על ממון חבירו ומש"ה בעי' שיאמר לו

הנותן כשמוסר בידו שיהיה שלוחו של בעה"מ. ולפ"ז צ"ל שלא בדברי הש"ך בסי' ק"ה ס"ק א' שכ' דבתופס לבע"ה במקום שחב לאחרים מהני ע"י שליח בשכר מטעם פועל ועמ"ש שם בסתירת דבריו ולפמ"ש כאן ג"כ נסתר דבריו דלא מהני משיכת פועל רק כשמשכו לרשות בעה"ב אבל לרשותו של פועל או בסימטא לא מהני במקום שאין בו דין שליחות ואם משכו לרשות הבע"ח ודאי מהני דאפי' אם בא מעצמו לרשות הבע"ח הוי תפיסה וקנין הגבה' שמוגבה מכחו נראה דלא מהני בתופס לבע"ה כי מעולם לא שמענו רק תופס לבע"ח דהיינו שהגיע לרשותו כבר וה"ה משיכה דהוי כתופס לרשותו אבל קנין הגבהה שיהיה מועיל מה שהוגבה מכחו לא שמענו שיהיה מועיל: (עוד ראיתי בספר מחנה אפרים סי' י"א מה' שלוחין ראי' דפועלים מהני מירושלמי דפאה בקצרוהו כותים פטור' משום קצירך ולא קציר כותיים ואם קצרוהו פועלים כותיים חייבת וכו' ע"ש והוא תמוה לפענ"ד דשם לא ממעטינן קציר כותיים רק כשקצרוהו לעצמן אבל כשקצרוהו לצורך בעה"ב אפי' בחנם חייבת וע' בבר"ט ובתיו"ט שם):

ב ואם פי' ואמר. נלפענ"ד דהרמ"א קיצר במקום שה"ל להאריך והי' לו לבאר דבנטלו למוד בה לאחרים דחייב על הצלוחית אפי' פי' דהא בש"ס בב"ב דף פ"ח מוקי פלוגתא דר"י ורבנן בנטלו למוד בה לאחרים ופליגי בשואל ש"מ אי שואל הוי או גזלן הוי ור"י דפוטר ס"ל דשואל הוי אלמא דאי הי' ס"ל דגזלן הוי הי' חייב אף דר"י סובר דלשדורי' שדרי' וכ"כ שם הרמב"ן בחידושיו בהדיא דלמאן דס"ל דששמ"מ גזלן הוי הי' חייב דאף אי אמרי' דלשדורי' שדרי' וא"כ לדידן דס"ל דגזלן הוי חייב בנטלו למוד בה לאחרים אף דפי' שלח לי עם הקטן:

סימן קפט

אין המקח. עיין ט"ז בדין אם הקנה המפקיד הפקדון להנפקד אם קונה מטעם חצירו ועיין מה שכתבתי בזה בסי' ר':

סימן קצ

א בכסף כיצד. עש"ך ס"ק א' שכתב בשם רש"י ור"ן דאם קנה קרקע בשט"ח שיש לו על אחרים לא קנה משום דלא סמכה דעתיה דירא שימחול ובקצה"ח הביא בשם התו' בב"ב קנ"ז ותו' ב"מ דף ט"ז ד"ה האי שטרא דבמכר קנה דדוקא באשה לא סמכה דעתה משום דכסיפא למיתבעי לבעלה כשימחול אבל במכר דלא כסיף למתבעי' קנה ומה שהקשה הקצה"ח בתו' ב"מ ט"ז הוא קושי' מהרש"א שם:

ב כסף ש"פ ע' בסמ"ע ס"ק א' שכתב דכל שלא נתן בתורת התחלת פרעון רק לתורת קנין דלא קנה ובט"ז השיגו עיי"ש והנה מה שהשיג עליו מהא דערבוני יקון דלקמן יתבאר בסמוך וגם קשה דברי הסמ"ע במה שכ' דכסף נלמד משדה עפרון דהא בהדיא מבואר בקידושין דף כ"ו דנלמד מקרא דשדות בכסף יקנו וע' בתו' שם ד"ה אמר קרא וא"א ללמוד כלל משדה עפרון ע"ש אמנם בפרישה כתב וז"ל דא"כ מהיכן ילפינן דאין כסף פחות מש"פ קונה מאשה ואשה גמרינן משדה עפרון והכסף דשדה עפרון היה דמי שוויו של השדה ע"ש אמנם גם זה לא א"ש דהב"י לא כתב כלל הטעם דאין פחות מש"פ קונ' משום דנלמד מאשה ושדה עפרון רק שכתב וז"ל מדאמרינן בקידושין ג' ואשה בפחות מש"מ לא מיקניא (נפשה) וכ' התו' הטעם דגמר קיחה קיחה משדה עפרון דכתי' בו כסף ופחות מש"פ לא מיקרי כסף ע"ש דכוונת הב"י הוא דכיון שכתבו התו' דפחות מש"מ לא מיקרי כסף א"כ גבי קנין קרקע בכסף דנלמד מקרא דשדות בכסף יקנו ממילא שמעינן דלא מיקני בפחות מש"מ דהא פחות מש"מ לא מקרי כסף וקרא כתיב שדות בכסף יקנו ועוד ק"ל ע"ד הסמ"ע שכתב דדוקא כשנתן לו הש"מ על דמי הפרעון דהא אפי' נתן לו הכסף ע"מ שיחזירהו לו קנה אף שלא יזכה לו על דמי שיווי השדה וצ"ל בדוחק דגם פרעון ע"מ להחזיר חשיב פרעון וזה דוחק לכן העיקר כהט"ז דאפילו נותן לו הכסף רק כדי לקנות השדה קונה ועמ"ש בסעיף י' עוד מזה:

ג והוא שאותו פ'. עש"ד ס"ק ב' ויש שם ט"ס וצ"ל ע"ל סי' קפ"ד סעיף ב' בהג"ה ועמ"ש שם ובקצה"ח הקשה דהא זכות גמור הוא וזכין שלא בפניו כדמוכח בב"ק גבי צבע שצבע לשמן דזכתה האשה אף שלא ידעה האשה מזה כלל ותי' דמיירי שלא נתן המעות בדרך מתנה רק אדעתא שיחזיר לו כספו דאז לא הוי זכות ע"ש ולפענ"ד לא נראה כך דאי מיירי שהלוה לו מעות לא היה צריך ללמוד מהא דרבא בקידושין דהיינו מעבד כנעני וכדאמרינן שם עבד כנעני אע"ג דלא חסר וכו' ואי כדבריו הרי חסר הוא דהא הלוה המעות ויצטרך לשלם ומה"ת לא יקנה ומה צריך ללמוד מעבד כנעני וגם הטור בסי' קפ"ג הביאו הש"ך שם בס"ק ב' כתב בפשיטות הטעם דכמאן דאוזפינה דמי ועוד דא"כ היאך יתיישב הא דסעי' ה' שכתב ג"כ הרב בהג"ה והוא שהלוקח חמץ וכדרך שנתבאר בסמוך ושם לא שייך כלל דמיירי בהלוואה ולכ"נ דמיירי בפשיטות שקנה שדה באלף זוז ונתן לו במתנה מנה כדי לעשות קנין בהשדה בכסף ומותר המעות ישלם הלוקח ומש"ה לא מהני עד שיתרצה הלוקח דאימר לאו זכות הוא לו לקנות השדה כאלף זוז אף שיש לו מתנה מנה ול"ד להא דב"ק בצבע שצבע לשמן דשם ודאי זכות הוא להם כיון

שנותן להם הכל במתנה. וע' בסי' קצ"ה שם כתבתי דאפי' נתן לו כל המעות במתנה לא נגמר המקח עד שעשאו שליח או שאמר למוכר שדך קנוי' לי':

ד והוא שיהיה אדם חשוב בר"ן בקידושין כתב דבכה"ג אף במטלטלין קונה דדמי לחליפין ובקצה"ח תמה דהא בחליפין דוקא כלי בעינן והנאה לא מיחשב כלי דהא כשנותן לו פירות ודאי הוי הנאה ומ"מ לא קני כיון דלא הוי כלי ע"ש ולק"מ דהר"ן ס"ל כר"ת הביאו הרמ"א בסי' ר"ג סעיף א' בהג"ה דבחליפין שוה בשוה קונה אף בפירות וה"נ כיון שבעד הנאה זו נותן לו המטלטלין שלו ואינו מקבל שום מעות אחר רק הנאה זו הוא שוה בעיניו כל המעות כחליפין שוה בשוה דמי והמחבר דמיירי כאן רק שההנאה זו יהיה במקום פרוטה לקנות השדה וכמש"ל בס"ק ב' ומעות דמי הקנין מחוייב לסלק וזה לא הוי שוב כחליפין שוה בשוה ולא קנה רק מטעם מעות דלא קנה רק בקרקע ולא במטלטלין ולכך לא כתב המחבר דין זה רק בקרקע אבל אם מקנה לו מטלטלין רק בהנאה זו וא"צ ליתן שום דמי יותר באמת קונה אף במטלטלין כמ"ש הר"ן דלא מצינו חולק עליו:

ה והניח משכון ואם נתן לו שט"ח על עצמו אי הוי כמו מעות שיהיה קונה בקרקע האריך בקצה"ח ובספר מחנה אפרים מסיק דלרש"י והר"ן והריטב"א קנה כמכירה ולהרשב"א הוא ספיקא דדינא:

ו כפי שער של עכשיו עסמ"ע ס"ק י"א ומסיק דלדעת הרא"ש והטור בעייל ונפיק אזוזי נתבטל המקח לגמרי רק דידו עה"ת דיכול לומר תן לי מעות ומחוייב למכור כל אשר לו ליתן לו מזומנים דוקא ואם רצה אומר תן לי קרקע ומחויב ליתן לו קרקע מעידית שבנכסיו כשער של עכשיו אף שיש לו מעות ולכאורה תמוה דהא הרא"ש הקשה ר"פ האומנין וז"ל והא דאמר גבי חמרא שהמקח בטל לגמרי היא לפי שהחמור אינו ראוי לחלוק והמוכר אינו רוצה להיות שותף עמו אבל במידי דבר חלוקה אין המקח בטל אלא כנגד מה שחייב לו כו' והוא תמוה דהא להרא"ש גם במקרקע המקח בטל לגמרי רק שיד החוזר על התחתונה וא"כ לא היה קשה להרא"ש רק אמאי לא אמרינן ג"כ גבי חמרא כל החוזר בו ידו עה"ת וע"ז לא תירץ הרא"ש כלום דאטו משום שאין בהם כדי חלוקה א"צ ליתן לו מזומן דוקא וגם הלשון של הרא"ש אין לו הבנה כלל לפי פירוש הסמ"ע וגם הלשון בטור שכתב ונתבטל המקח כנגד המעות שחייב לו עדיין וכנגד המעות שנתן כבר כ"א יכול לחזור בו כו' משמע מדבריו שיש איזה חילוק לענין ביטול מקח בין נגד המעות שנשאר ובין מה שכבר נתן גם בתשובת הרא"ש שהביא הטור בס"ס רכ"ו כ' ז"ל בהשאל' שיצא עוררין על חצי קרקע שקנה וגם לא נתן רק מקצת מעות וכתב שצריך לדקדק

באותן האלף זהובים שנתן אז יכול לומר שיקח מהבתים כשיעור המגיע לאלף זהובים שהרי אלו נתן כל המעות לא היה צריך להחזירם דמצי אמר אחוי טירפך ועתה שנתן מקצת המעות יטול מן הקרקע נגד המעות ומדמה אותו להא דעייל ונפיק אזוזי המבואר בסי' זה ואח"כ כ' דלא דמי דהתם כיון דעייל ונפיק אזוזי נתבטל המקח כשיעור הדמים שחייב לו אם ירצה המוכר ואם ירצה יחזור הדמים ויתבטל כל המקח ואם הלוקח חוזר אחר שנתבטל כבר המקח גם הוא יכול לחזור בו דאין ביטול מקח לחצאין הילכך בין בחזרת המוכר ובין בחזרת הלוקח הדבר תלוי ברצון אותו שרוצה לקיים המקח דעיקר חזרת המקח היה בפשיעת הלוקח שדחה המוכר בפירעון המעות הילכך החזרה תלוי בדעת המוכר אבל בנידון זוז שחוזר הלוקח בלא פשיע' כל המקח בטל ודמי למקח שיש בו אונאה שהמקח בטל לגמרי ואין המוכר יכול לומר טול מן המקח כדי שוויו אלא המקח בטל לגמרי עכ"ל והדברים תמוהין דמהתחלת דברי הרא"ש שכתב דיטול מן הקרקע נגד הדמים שנתן כמו בנתן כל המעות משמע דיכול לכופו על קיום המקח של מקצת כשער שפסקו וכן בסיום דבריו שכתב דדמי לאונאה שהמקח בטל לגמרי משמע דמעיקרא רצה לומר שהמקח קיים במקצת וז"א לשיטת הרא"ש לפי' הסמ"ע דהא אפילו בעייל ונפיק אזוזי המקח בטל לגמרי רק שיכול לכופו להגבותו בקרקע כשער של עכשיו וא"כ אין נ"מ בדמיון הרא"ש כלל דהא בשער של עכשיו הוא מגביהו וגם לשון התשובה קשה: לכן נלפענ"ד לפרש כוונת הרא"ש דדעת הרא"ש הוא דנגד הדמים שנשאר בידו יכול המוכר לבטל המקח מדינא ואם ירצה המוכר ליתן לו כנגד מעותיו והלוקח יחזור מכל המקח יש ללוקח דין החוזר בו שידו עה"ת משום דנגד הדמים שלא נתן נעשה הביטול מקח בפשיעת הלוקח ולכן יש ללוקח דין החוזר בו כיון דחוזר מכל המקח אפילו נגד מה שנתן וכן אם המוכר חוזר מכל המקח אף שהלוקח כבר חזר מכנגד מה שלא נתן מ"מ יש להמוכר דין החוזר שידו עה"ת כיון דנגד מה שלא נתן נתבטל המקח מדינא ומדוקדק לשון הרא"ש והטור דנתבטל המקח כנגד הדמים שנשאר בידו מכאן ואילך כ"א יכול לחזור בו אלא שיד החוזר עה"ת משמע דמי שחוזר מכאן ואילך דהיינו אפילו נגד הדמים שנתן ידו עה"ת והשתא א"ש קושית הרא"ש שהקשה מהא דחמרא פי' דבריו דמ"ש בקרקע דאין המקח בטל רק נגד הדמים שנשאר ונגד הדמים שנתן המקח קיים ומש"ה כשהלוקח חוזר בו כנגד הדמים שנתן הוי ידו עה"ת ומ"ש בהא דחמרא דהמקח נתבטל מכל וכל ודמי לאונאה יתר משתות שאין מי שחוזר בו ידו עה"ת וע"ז תירץ דכיון שאין בו דין חלוקה המקח נתבטל לגמרי ואין על הלוקח החוזר ממקצת הדמים שנתן דין החוזר בו שיהיה ידו עה"ת משום דתיכף שנתבטל המקח מהמקצת

דמים שלא נתן נתבטל המקח מהכל כיון שאין בו דין חלוקה ויש בו דין ביטול מקח ולא דין החוזר בו ודינו כמו באונאה יתר משתות שאין דין החוזר בו ידו עה"ת וא"ש גם דברי הרא"ש בתשובה שמתחלה היה רוצה לומר דדמי לעייל ונפיק אזוזי שלא נתבטל המקח נגד הדמים שנתן וממילא אם יחזור בו הלוקח יהיה ידו עה"ת וע"ז תירץ דשם הביטול מקח נגד הדמים שלא נתן היה בפשיעות הלוקח הילכך החזרה תלוי בדעת המוכר פי' דאם המוכר רוצה בקיום המקח נגד הדמים שנתן משוי ללוקח שרוצה לחזור בו אפילו מהמקח שהוא נגד הדמים שנתן דין החוזר בו שיהיה ידו עה"ת אף שהמוכר התחיל בחזרה נגד הדמים שלא נתן מטעם כיון שהיה בפשיעת הלוקח שידחה אותו בפירעון המעות משא"כ ביצא עירעור על מקחו שנתבטל המקצת מחמת גרמת המוכר נתבטל המקח מכל וכל ואין על הלוקח דין החוזר בו שיהיה ידו על התחתונה אמנם מה שכתב הסמ"ע דגם דעת הרמב"ם הוא כדעת הרא"ש והטור דהמקח נתבטל לגמרי הוא דחיק מאוד והעיקר כמ"ש הט"ז סעיף י"ג וי"ז דלהרמב"ם ודאי דהמקח קיים נגד המעות שנתן: ונידון מה שתמ' הסמ"ע על הרמ"א דגבי חזרת הלוקח דנותן לו מזיבורית שבה כ' כשער של עכשיו וגבי חזרת המוכר כתב כשער שפסקו הוא באמת תמיה גדולה ועוד יש לדקדק דגבי חזרת מוכר כתב הרמ"א סתם כשער שפסקו וא"כ קשה גם למעלה כשכתב המחבר גבי חזרת הלוקח דנותן לו מזבורית והי"ל ג"כ להניח סתם כשער של עכשיו ולמה כפל בדבריו וכתב ונותן לו כשער של עכשיו כיון שהלשון ונותן לו כבר כתוב בהמחבר ולכן נלפענ"ד דבטעות נתחלף הדברים דאצל מהזיבורית שבה צריך להיות כשער שפסקו דכשנותן לו מזיבורית שבה ע"כ בתורת קנין נותן לו דאם בתורת גובייגא יכול ליתן לו אפילו מזיבורית דאחרים וכיון דמצריך ליתן לו מזיבורית שבה ע"כ מטעם קנין נותן לו כדין לוקח חצי שדה וכ"כ המחבר בפי' וז"ל או קנה מהקרקע כנגד המעות אלמא דבתורת קנין הוא ולזה הגיה הרמ"א כשער שפסקו וכ"כ הר"ן באמת ובסיפא גבי חזרת המוכר שכתב המחבר ונוטל מהיפה שבה דלשון ונוטל משמע שנוטל מה שהוא שלא בתורת קנין ע"ז הגיה הרמ"א וכ' ונותן לו כפי שער של עכשיו וכוונתו דאין חייב ליתן לו מעידית שבה רק כשנותן לו כשער של עכשיו והיינו בתורת גובייגא דאם כופיהו הלוקח ליתן לו קרקע בתורת קנין אין חייב המוכר ליתן לו רק מזיבורית כמ"ש הר"ן ולכן הגיה הרמ"א על מה שכתב המחבר דנותן לו מעידית דא"צ ליתן לו מעידית רק אם נותן לו כשער של עכשיו דהיינו בתורת גובייגא כמ"ש הר"ן בהדיא וז"ל שנותן ל' מעידית שבה כשער של עכשיו וממילא נשמע דבתורת קנין כשער שפסקו א"צ ליתן לו רק מזיבורית כמ"ש הר"ן ויהיה איך שיהיה עיקר לדינא כמ"ש הר"ן דכשער שפסק

א"צ ליתן לו רק מזיבורית אפי' בחזרת המוכר מהעידית א"צ ליתן רק כשנותן לו בתורת גובייגא כי דברי הרא"ש והטור לפי פ' הסמ"ע מגומגמין מאוד דמה"ת יהיה יכול לכופו שיתן לו דוקא קרקע אף שיש בידו מעות דהא אפילו על גביות עידית מתמה בש"ס ולא יהא אלא בע"ח ומשני דדינו כמזיק א"כ מה"ת יהיה אלים כחו יותר ממזיק דהא אפי' במזיק א"י לכופו ליתן לו קרקע כשיש לו מעות דאו כסף או מיטב כתיב:

ז חזר בו המוכר נראה דהא דיכול הלוקח לכופו להמוכר בקיום מקצת המקח כנגד הדמים שנתן היינו דוקא כשהלוקח טוען שרוצה ליתן המעות עדיין רק שהמוכר רוצה לבטל מטעם דעייל ונפיק אזוזי ודחה אותו אבל אם הלוקח טוען שעדיין אין לו מעות ורוצה ליתן מעות כשיזדמן לו יכול המוכר לבטל המקח לגמרי כי לא מכר לו רק אדעתא ליתן דמים וכן כתב השטה מקובצת בהדיא ריש פרק האומנין בד"ה וז"ל הרי"ף בתשובה כו' וז"ל אמנם אם שום אחד מהם אינו רוצה לחזור בו והמוכר קבל מקצת מעות והוא דוחק לקבל השאר והקונה אומר אני רוצה שימתין לי בשאר המעות עד שיזדמן לי לא נגמר המקח לקונה לא בכולה ולא במקצתה כו' ועוד נראה דבזה לא בעינן שיהיה עייל ונפיק אזוזי ביומו רק כיון שתובע מעות והלוקח טוען שאין לו יכול המוכר לבטל המקח וכן מוכח באה"ע סי' ק"כ בח"מ ס"ק ה' ובכ"ש ס"ק ג' דאם לא פרע לו הוי הגט גזל בידו אלמא דכשלא נתן מעות לא אמרינן דהוי המעות כחוב עליו רק שהמקח בטל לגמרי כשאינו נותן מעות והמקח כגזל בידו וכ"כ ג"כ בעל מחנה אפרים:

ח בערבון בעלמא עסמ"ע ס"ק י"ד פי' שאמר לו כו' ואם אחזור בו כו' ובב"מ בתוספות ד"ה בזמן שאמר כתבו שא"צ לומר אם אחזור בי רק שלשון ערבוני יקון משמע כך ועיין בסעיף י"ז דבערבוני יקח אין חילוק בין יש בו דין חלוקה בין אין בו דין חלוקה ועמ"ש שם:

ט ואם תפס המוכר במשנה למלך תמה אמאי לא מהני ג"כ תפיסת הלוקח ודרך הסמ"ע הוא דחוק מאוד כמו שתמה בט"ז וגם מ"ש הט"ז הוא מגומגם קצת ולפענ"ד נראה ליתן טעם לדברי הט"ז דהא מבואר בכללי תפיסה סי' ט"ו וט"ז דאם תפס וטוען ברי על הספק שמסופק בש"ס דאין מוציאין מידו רק במסור גבי ספיקא אי עשו תקנת נגזל במסור דאינו טוען ברי על הספק שיש בש"ס לא מהני א"כ הכא הספק שבש"ס הוא אם היה עייל ונפיק בשביל דוחק המעות או בשביל שלא יחזיר בו הלוקח משום הכי כשהמוכר תופס מהני דהא המוכר טוען ברי שהיה עייל ונפיק אזוזי בשביל דוחק המעות משום הכי מהני דהוי כטוען ברי נגד הספק שבש"ס מה שאין כן תפיסת הלוקח לא מהני דהא הלוקח טוען שמא דהלוקח א"י בשביל מה היה המוכר עייל ונפיק אזוזי ובטוען שמא

לא מהני תפיס' ולזה א"ש ל' המחבר דכל הרוצה לחזור משניהם אינו יכול מטעם שכת' הט"ז דא"י לקלקל המקח הברור משום חזקת מרא קמא ומסתבר כדבריו דהא הרשב"א כתב בתשובה סי' תתקע"ב דאם הקנין הוא ברור אין מבטלין אותו מפני הספק תנאי ואם תפס המוכר מהני כשטוען ברי שהיה עייל ונפיק אזוזי בשביל דוחק מעות ורוצה לבטל המקח מהדמים שנשאר אין מוציאין מידו משום תופס וטוען ברי אבל נגד דמים שנתן בודאי א"י לבטל דהא הרמב"ם ס"ל דאפי' בוודאי עייל ונפיק אזוזי המקח קיים כנגד מה שנתן כמ"ש הט"ז:

י אבל במקום שצריך שטר בקצה"ח הקשה מפוחתת כתובתה המבואר בסי' פ"ז ומחלק בין שטר שנכתב לראי' ובין שטר קנין ולזה העלה דאם חייב עצמו בשטר ת"ק זהובים וכתב בשטר אלף זהובים לאמנה דלא קנה וכו' ע"ש הנה הא שמחלק בין שטר ראיה ובין שטר קנין מסתבר הוא אך מה שהעלה דבשטר חיוב ונכתב על יותר באמנה דל"ק לא נלענ"ד דהא התוס' בכתובות דף ק"ב בד"ה אליבא דב"נ כתבו וז"ל ואין לתמוה היאך משתעבד בשטר זה הא אין מטלטלין נקנין בשטר וי"ל הואיל וטרח למיכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה וכו' עכ"ל ולפ"ז שטר חיוב אינו דומה לשטר מקנה דבשטר חיוב לאו מטעם קנין הוא רק מטעם דגמר ומשעבד נפשיה דהא להרמב"ם אפי' אתם עידי מהני וממילא שטר חיוב ג"כ לשטר ראיה דמי ולפי הנ"ל נראה דבמקום שהמנהג הוא שאין קונין בכסף עד שכותבין שטר ראיה מהני אפי' לחצאין דהא הב"י בטור חילק דאם מדרכן לכתוב שטר קנין דוקא אז אין נגמר הקנין עד אחר כתיבת השטר אבל במקום שאין מדרכן לכתוב רק שטר ראיה הקנין נגמר למפרע משעת נתינת הכסף כיון דהשטר הוא רק שטר ראיה ולא שטר קנין ולפ"ז נראה כיון דשטר זה אינו אלא שטר ראי' מהני לחצאין ונראה דבשטר כיון שאינו קונה כלל לחצאין אין בו ג"כ דין ידו עה"ת כשחוזר בו כמו במטלטלין כשאין בהן דין חלוקה דכיון דנתבטל המקח לגמרי אין בו דין ידו עה"ת והכא נמי דכוותיה:

יא מיהו אם התנה נראה שהמרשים שהרשים המגיד פ' י"א דמכירה טועה דהא ע"כ כוונת הרב בהג"ה הוא דאפילו במקום שדרך לכתוב שטר אם התנה שמקנה בכסף לחוד קנה ממילא בעייל ונפיק אזוזי קנה כנגד מעותיו והנה דין זה דתנאי מהני שיקנה בכסף לחוד הוא ש"ס מפורש בקידושין והמגיד פי"א דמכירה חידש דתנאי מהני אפילו התנה שיקנה בשטר לחוד ודין זה לא שייך בכאן דהא אם התנה שיקנה בשטר לחוד והיה עייל ונפיק אזוזי נתבטל כל הקנין מטעם שאין שטר קונה לחצאין:

יב אלא שבזה יש חילוק במטלטלין עסמ"ע ס"ק כ"ח והט"ז השיגו ופסק דאפי' בקרקע שאין בו דין חלוקה אינו קונה כנגד מעותיו וכן עיקר וכמ"ש הב"י אך מ"מ תמוה הלשון במ"ש שבזה יש חילוק דלפ"ז ליכא חילוק כלל בין קרקע למטלטלין ומ"ש הט"ז דהחילוק הוא בין קרקע למטלטלין ביש בו כדי חלוקה דבקרקע כשחוזר בו ידו עה"ת וכשאומר תן לי קרקע מחוייב ליתן לו עידית משא"כ במטלטלין א"צ ליתן לו עידית דבמטלטלין כל מילי מיטב הוא והוא דחוק דנהי דהוא שא"צ ליתן לו עידית הוא מטעם שכתב בקצה"ח דדוקא בקנה קרקע שהחזיק בנכסיו כדי לקנות קרקע מש"ה מחוייב ליתן לו קרקע דוקא אף שיש לו מעות משא"כ במטלטלין דלא היה רצונו כלל לקנות קרקע א"צ ליתן לו קרקע מ"מ קשה דהא עכ"פ לענין הא דמבואר בקרקע דמחויב למכור כל מה שיש לו וליתן לו מעות דוקא מה"ת ישתנה מטלטלין מדין זה וגם בהא שא"צ ליתן לו קרקע דוקא חילוק הקצה"ח דחוק ומכ"ש למאן דס"ל דצריך ליתן לו דוקא מעידית שבה אף כשרוצה ליתן לו מעות או מעידית אחרים מה"ת ישתנה מטלטלין מדין זה ומנין להם להפוסקים לחלק בין מטלטלי לקרקע ולפענ"ד נראה בפשיטות דהא מבואר בסי' ר"ג דאם אמר פרה וטלה בכור חטים ומשך הפרה ולא משך הטל' דקנה בחיטין נגד דמי הפרה ואף דבקרקע מבואר בסי' קפ"ב דהלוקח יכול לומר א"ר לקנות אלא סאתים ביחד ואין חילוק בין יש בו כדי חלוקה או אין בו וע"כ צריך לחלק בהחילוק שכת' הר"ן בריש פ"ב דקידושין גבי מדה בחבל דדוקא בקרקע שא"א להשלים מבחוץ כיון שנתבטל במקצ' יכול הלוקח לומר שאינו רוצה רק כשיהיה הכל ביחד אבל במטלטלין שאפשר להשלים המקח מבחוץ אין הלוקח יכול לומר כך והמקח קיים נגד הדמים שנתן וגם המוכר אין יכול לומר לדמי כולם אני צריך כשקיבל מקצת דמים ועיי' בסי' קפ"ב שהארכתי בביאור דין זה ולפ"ז שפיר כתב הש"ע דבזה יש חילוק בין קרקע למטלטלין דבקרקע כשיש בו דין חלוקה כשהמוכר מבטל המקח נגד הדמים שלא נתן יכול הלוקח לבטל המקח גם מכנגד הדמים שנתן ולומר תן לי מעותי דלמקח שלם הייתי צריך משא"כ במטלטלין דאף שהמוכר מבטל נגד הדמים שלא נתן אין הלוקח יכול לבטל המקח מהנשאר כמו בסי' ר"ג הנ"ל והמוכר יכול לכוף להלוקח לקבל המקח נגד הדמים שנתן כנ"ל:

יג ערבוני יקון קנה כנגד מעותיו תמיהני שלא הביא דעת התוס' ב"מ דף מ"ח בד"ה אכפול דהלוקח יכול לבטל כל המקח שיכול לומר במקח שלם אני רוצה ע"ש ומכ"ש באין בו דין חלוקה שיכול לומר איני רוצה להיות שותף עמך:

יד אינם אלא צ' נקנה המקח דין זה הוא מהרמב"ם והראב"ד הביאו הב"י וכתב עליו דמ"מ אי עייל ונפיק אזוזי מבטל המקח ולפענ"ד נראה דגם הרמב"ם מודה בזה רק דהרמב"ם תפס בלשונו ולאחר זמן תבעו המוכר וכוונתו שהיה לאחר זמן דהיינו לאחר ימים רבים אבל ודאי דאם תיכף ביום המכירה מנה המעות ומצא חסר ועייל ונפיק ביומו על המעות שחסר לו ודאי דיכול לומר מחמת דוחק המעות מכרתי ומבטל המקח וזה פשוט בתכלית הפשיטות רק דקמ"ל דאם נזכר שלא ביום המכירה ועייל ונפיק ביום שנזכר לא מבטל המקח כיון דלא עייל ונפיק ביומיה:

טו וכדי להבריח עסמ"ע ס"ק ל"א שכתב דזה נתבאר בא"ע סימן צ' וכו' והוא תמוה בעיני דהא שם בעינן דוקא שהבריח כל נכסים וגם שם המקבל אוכל הפירות כמבואר בב"ש שם ס"ק ל"א ע"ש וכאן הביא הב"י בשם הרשב"ץ שצריך לחשב בפירות ולכן נראה דדינא דהכא הוא נובע מהרשב"ץ שמביא בב"י ומיירי כעין עובדא דהתם דהיינו אחר שיצאו העדים החזירו לו המעות והיה רק אמנה ביניהם וע"ש שדמה אותו לשטר אמנה וה"נ בש"ע איירי דכוותי' שהיה רק אמנה ביניהן ומש"ה צריך להחזיר גם הפירות מה שאין כן שם במברחת נתכוין למתנ' במ"ש הרא"ש שם:

סימן קצא

א שכתב לו על הנייר עיין קצה"ח שכתב דכמו דבעינן שיהיה הנייר משל המקנה כמבואר בגיטין דף ך' דבעינן ספר המקנה ה"נ בעינן שיהיה שכר הסופר משל המקנה כמו בגט וכיון דקיי"ל דהלוקח נותן שכר הסופר לא מהני זה רק לשטר ראיי' דבשטר קנין צריך המוכר ליתן שכר הסופר או שהלוקח יקנה לו השכר הסופר שנותן ע"ש ולפענ"ד נראה דדוקא גוף הנייר והדיו הוא דבעינן שיהיו משל המקנה דבעינן ספר המקנה אבל שכר הסופר נפקא לן מגט שהבעל צריך ליתן משום דכתיב וכתב שהבעל צריך לכתוב כמבואר בגטין דף ך גבי יכולנא למיפסל כל גיטין דעלמא ע"ש וכ"כ הנ"י פרק ג"פ בהא דהבעל צריך ליתן שכר סופר משום שכתב רחמנא וכתב ומשמע שהבעל מכתיבו ע"ש וממילא במקח ומתנה לא בעינן שכר הסופר משל המקנה דודאי דמקרא ספר המקנה לא מוכח רק שיהא הנייר שלו ואף שהכתב משל אחר מיקרי ספר המקנה דאפילו אם ראובן צבע צמר של שמעון בצבע שלו לא יצא הצמר מרשות שמעון ושמעון דמים בעלמא הוא דחייב לראובן וה"נ נקרא הספר של מקנה אף שהכתב של אחר ולא שייך בכתב אומן קונה בשבח כלי כמ"ש בחידושי לאה"ע סימן ק"ך כמבואר בב"ק דף צ"ט

גבי צמר וסמנין דבעה"ב וצבע אגר ידי' שקיל ע"ש אמנם הרמב"ן בב"ב ד' קס"ד כתב דאף במכירה אמרינן בשכר הסופר אקנויי אקני לי' רבנן ע"ש:

ב לא קנה עד שיתן לו דמים במהרי"ט בחלק אה"ע סי' צ"ה הביא בשם מהר"י בן לב שנסתפק אם התנה שיקנה בשטר לחוד אי קונה אפילו אינו מוכר מפני רעתה כמו בכסף בלא שטר בסי' ק"צ סעיף ח' וגם מסתפק אי מהני בכסף בלא שטר במוכר מפני רעתה אפילו בלא התנה ופשט המהרי"ט מסתברא דבכסף בלא שטר לא מהני במוכר מפני רעתה דבשלמא בשטר בלא כסף דהטעם הוא דל"מ משום דלא סמכה דעתי' דמוכר בלא קבלת דמים איכא למימר במוכר שדהו מפני רעתה גמר ומקני אבל בכסף בלא שטר דהלוקח הוא דלא סמכ' דעתי' במוכר שדה מפני רעתה כ"ש דקפיד שהכסף אזיל מכליו ואפילו חספא לא יהיב ליה אמנם בהא אי מהני התנה בשטר בלא כסף הניח בצ"ע אמנם אין ספיקו של המהרי"ט מוציא מידי פשיטתו של הה"מ והרב ב"י שכתבו דמהני וגם כל הראיות שהביא המהרי"ט שם לפענ"ד אין ראיות לדידן דמה שהביא ראיה מהא דר"פ האומנין דאמר רשב"ג מלמדין אותן שלא יחזרו וכו' ואי איתא היה לנו ללמדם שיפרשו שקונין בזה וכו' ולדידן לאו ראיה הוא דהא קיי"ל דבכל קניינים בטל המקח אם עייל ונפיק אזוזי א"כ ע"כ צריך ללמדם שיזקוף במלוה כדי שלא יתבטל על מה שהוא עייל ונפיק אזוזי גם מה שהביא ראיה מק"ס דל"מ ג"כ ליתא דהא קיי"ל דק"ס מהני אפילו בלא דמים גם מה שהביא ראיה מהר"ן ס"פ מי שהיה נשוי ג"כ אינו ראיי' די"ל דהא דנקט זקף במלוה לאו דוקא נקט אלא חדא מתרי נקט ואי זקף הדמים במלוה ודאי מהני בשטר אפילו בלא נתינת דמים כדמוכח בהר"ן ר"פ מי שהיה נשוי גבי ראובן שמכר שדה לשמעון ואם נשבע לקיים המקח בשטר לחוד פסק המהרי"ט דהוי כפירש ע"ש בתשובה:

ג הלוקח נאמן עש"ך ס"ק ג' שהביא תשובת מהרי"ט סימן קנ"ב ושם בתשוב' מבואר דהרשב"א חולק ע"ז וס"ל דתמיד הלוקח נאמן דהא כיון שהקרקע כבר נקנה להלוקח והמוכר אין לו רק תביעת דמים על הלוקח והוי כמלוה ע"פ ונאמן לטעון פרעתי כמו באילן דאמרינן כיון דאילן למיקץ קאי קוצץ ואינו נותן דמים ומסיק שם בתשובה דרשב"א מודה לרב האי במקום שאין קונין בשטר עד שיתן הכסף דהמוכר נאמן דהוי כטוען שלא מכר לו הקרקע כלל ואוקי קרקע בחזקת מרא קמא כל זמן דליכא עדות ברור על המכירה אבל במקום שקונין בשטר לבד ובאופן שהמקח אינו מתבטל מחמת שהמוכר עייל ונפיק אזוזי הלוקח נאמן מטעם הנ"ל עד כאן דברי המהרי"ט ולפי מה שכתבתי לעיל בסי' ק"ץ בשם השטה מקובצת דדוקא כשהלוקח רוצה ליתן המעות

עכשיו מהני כשלא עייל ונפיק אזוזי אבל כשהלוקח אינו רוצה ליתן מעות כלל אף כשלא היה עייל ונפיק אזוזי בטל המקח א"כ תמיד המוכר נאמן כשטוען שלא נתן עדיין המעות אף שלא היה עייל ונפיק אזוזי דהא לדברי המוכר שטוען שעדיין לא נתן דמים בטל המקח וא"כ אוקי ארעא בחזקת מ"ק כמ"ש המהרי"ט אם לא שיש עדים שבשעה שמכר זקף עליו המעות במלוה אז הלוקח נאמן כשטען שנתן אח"כ וצדקו דברי רב האי אך מ"מ תמוהין דברי רב האי מהא שתמה הר"ן בקידושין פ"ק בסוגיא דנכסים שיש להם אחריות דהא דהמוצא שטר הקנאה יחזיר דניחוש שמא לא נתן הדמים עדיין ועוד תימה דא"כ למה גובין בשטר מכר ממשעבדי נטעון ללוקח דעדיין לא נתן דמים דהא אנן טענינן ללוקח ועוד תימה בהא גם בשט"ח יש חילוק בין כתבי והדר יהבי ובין יהבי והדר כתבי כמבואר ברמב"ן בכתובות דף ק"י ע"א ע"ש בש"ס ובש"ך סימן פ"ה הביאו ולפ"ז קשה דגם בשט"ח יהא נאמן שלא קיבל המעות דכאן ע"כ מיירי דטוען המוכר שטר אמנה הוא זה תדע דהא הרשב"א הקשה ע"ז מהא דב"ב בטוען המוכר שטר אמנה דא"נ ועיין מהרי"ט מה שתירץ על זה וכיון שכן קשה דמה נשתנה שט"ח שלא יהא נאמן לומר לאמנה מסרתי לידו דהא כותבין שטר ללוה בלא מלוה ועוד דהא חזינן דבכ"מ שהלוה והמלוה או המוכר והלוקח לפני העדים ומצוין לכתוב שטר לא חיישינן כלל שלא יתן דמים ואמרינן ודאי שיתן דמים תיכף וא"כ מה"ת יהיה נאמן לומר כאן שלא קיבל דמים. לכן נלפענ"ד דהכא מיירי בשטר קנין דהיינו בשטר שכתוב בו שדי מכורה לך דשטר כזה כשר אפילו על דבר שיכול להזדייף כמבואר לעיל סימן מ"ב כיון דעיקרו לא נכתוב רק לקנות בו לשעתו ולא לראי' וכיון דאין כותבין שטר זה לראיי' רק לקנות בו מש"ה אין הלוקח נאמן דיכול המוכר לומר דמה שכתב בו וקבלתי המעות הוא ע"ש העתיד ומסרתי בידך השטר רק כדי לקנות בו השדה ולא להיות לראיה: ועוד שכבר כתבתי והוכחתי בסי' כ"ח ובסי' מ"ו דבשטר קנין אינו רק ל' הבע"ד במו בגט ואינו לשון עדים כלל אין עדותן כלל על גוף הדבר רק על הכשירה דשטר ומש"ה מהני עדותן אף מפי כתבם אף להרמב"ם ואומר אמרו כשר בי' אף דהוי מפי עדים מש"ה אין השטר ראיה על קבלת המעות רק על גוף הקנין ומטעם דאנן עידי מסירה אנן וכיון שבא השטר ליד המקבל מהנותן ממילא נקנה לו השדה בהשטר מש"ה יכול המוכר לומר שלא קיבל המעות ולא מסר בידו השטר רק לקנות בו ולא לשום ראיה אבל אם נקנה השדה בקנין אחר והשטר לא נכתב רק לראיה ודאי דלא חיישינן לשום דבר והשטר ראיה גמורה ואזלינן בתר כל דברי השטר ואפילו אם לא נכתב בו כלל שקיבל הדמים נאמן הלוקח כיון שנכתב לראייה שהשדה שלו לגמרי ודאי שכבר נתן הדמים דאל"ה לא היה מוסר

שטר ראיה בידו דלמה היה לו למסור השטר בידו חנם כיון שכבר נקנה לו השדה בקנין אחר אם לא לראיה ואין המוכר יכול לבטל בשום פנים כמו שאינו יכול לבטל הראיה שנכתב בשט"ח וטורף ממשעבדי בשטר מכר הנכתב לראי' כמו בשט"ח וכן מבואר לקמן בסי' רל"ח סעיף ג' דבשטר ראיה נאמן הלוקח לומר שנתן דאלת"ה דבריו סתורין מכאן אלא ודאי כמו שכתבתי ובזה מיושב מה שהקשה הר"ן בקידושין מהא דהמוצא שטר הקנאה יחזיר דניחוש שמא לא נתן דמים ולפי מה שכתבתי לא קשה כיון דמיירי בשטר הקנאה דהיינו שטר שיש בו קנין וכיון שהשדה נקנה בק"ס ממילא השטר לא נכתב רק לראי' ובשטר שנכתב רק לראי' אין המוכר נאמן בשום דבר לסתור הראי' ובשטר שלא נכתב רק לקנות בו השדה פשיטא דלא יחזור דאימר לא נתן עדיין המעות ולא קשה נמי מה שהקשה הרשב"א הביאו מהרי"ט בפר' מי שמת דמהני קיום השטר באומר שטר פסים הוא דשם בשטר הנכתב לראיה הוא אמנם הא שהקשו מכותל חצר שנפל והיתומים אומרים אנו השבחנו ע"כ צ"ל כמ"ש המהרי"ט דכאן הטעם כיון דמיירי רק בשטר קנין הרי יכול המקח להתבטל ע"י אם היה עייל ונפיק אזוזי ועוד דכתבתי לעיל בשם השיטה דאם א"ר ליתן דמים כלל אפילו לא היה עייל ונפי' אזוזי בטל המקח אם לא שזקף הדמים עליו במלוה ועשאן מלוה אבל בלאו הכי בטל המקח דכל מקח כשלא עשה הדמים מלוה על תנאי נתינת דמים נמכר וכשאינו נותן דמים יכול המוכר לבטל המקח ומש"ה אין הלוקח נאמן רק בדאיכא הצדדים שכתב המחבר ולפ"ז אפי' אי איכא עדים שקנה בק"ס וליכא שטרא בידיה נאמן המוכר לומר שלא קיבל המעות הן מטעמא דידי הן מטעם שכתב המהרי"ט כיון דהמקח יכול להתבטל ע"י שיהיה עייל ונפיק אזוזי אם כן המקח בשעת הקנין רפיא בידי' אבל בדאיכא שטר שלא נכתב רק לראיי' בידו ודאי הלוקח נאמן אמנם אם החזיק הלוקח כבר בשדה אפילו אין שטר ראיה בידו נאמן הלוקח מטעם שכתב המוהרי"ט דחזקה שאינו מניחו לירד להשדה עד שנותן דמים ואף שמהרי"ט כתב זה מכח ההוכחה שהביא הרשב"א מהאי דפר' מי שמת ולפמש"ל לא מוכח מידי מ"מ מי יבוא אחר דבריו לסתור הסברא שכתב ואפשר דסברא טובה הוא מבחוץ אבל במקום שהחזיק בשדה קודם המכירה כגון שדר בשכירות או שהניחו לכנוס בו לפני עדים שאמר לו שיפרע לו המעות אח"כ ולא זקף המעות במלוה ודאי דנאמן המוכר כמו שכתב המהרי"ט בעצמו וכן אם נכנס בהשדה שלא בפניו דלא שייך הסברא הנ"ל המוכר נאמן כ"א בדאיכא הנך צדדי שכתב המחבר דהיינו שכתב בשטר והוא במקום שנותנין ואח"כ כותבין ואם זקף המעות במלוה ועשאן חוב לכ"ע הלוקח נאמן לומר פרעתי כמו בשאר מלוה על פה כיון שעשאן כשאר חובות כנ"ל:

ד או נאבדו המעות עסמ"ע ס"ק ט' דמיירי באופן שא"א לחזור ולהתפרע והט"ז השיג עליו דמ"מ כיון דבתורת קידושי נתעכלו מקודשת ע"ש ובקה"ח כתב דמיירי שנאנסו המעות דפטורה מן הדין להחזיר ולפענ"ד נראה דתלוי בפלוגתא דרבוותא דלדע' הר"ן בקידושין ר"פ האומר שכתב וז"ל אף על גב דהשתא ליתנהי לזוזי מעיקרא מיקניא נפשה בהנהו זוזי דיהיב לה וכו' מהני אפילו נאנסו המעות אבל לדעת הרשב"א בחידושיו לקידושין שם שכתב וז"ל אף על פי שבשע' שראוי לחול אינן בעולם מכל מקום כיון שאם לא נגמר הקנין יש עליה להחזירם רואין אנו כאלו הן בעין ובאותו הנאה היא מתקדשת וכענין שהיא מתקדשת בהנאת מלוה וכו' ע"ש ולפ"ז אם נאבדו באופן שהיא פטור' מלשלם כגון שנאנסו לית לה הנאה ולא מיתקדש' ובקצה"ח נסתפק אם הוא חייב באונסין מחמת שחוזר בו ה"ל כגזלן והא ודאי ליתא דהא אפי' אם קונה מטלטלין במעות כשחוזר בו מכל מקום מבואר בתו' בב"מ דף מ"ג ד"ה מאי איריא הוציא דיכול לומר נשרפו מעותיך אי לא הוה אמרינן דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע אלמא דפטור מאונסין וכ"כ המהרי"ט בחי' הרי"ף לקידושין שם דפטור אפילו מפשיעה וכשנשתמש במעות דהיינו שהוציאם לית דין ולית דיין דנעשין הלוואה עליו והמחבר מיירי שהן בעין ונאבדו:

סימן קצב

א קנה בהילוך עט"ז שכתב דה"ה במקום ביהכ"נ הואיל ואינן עשוי רק לישיבה קונה בישיבה ע"ש ואף דהסמ"ע בס"ק י"ז כתב שהראב"ד חולק בצחיח סלע אף שאינו עשוי רק למישטח בה פירא ע"ש מ"מ בהא מודה בהילוך ובישיבה הואיל וגופו נהנה ודרך הנאתו בכך ודמי למציע מצעות רק דשם בעינן שיציע ג"כ מחמת שתשמיש חשוב בעינן ואין דרך לשכב בלא מצעות משא"כ בישיבה והילוך קונה בהילוך וישיבה לבד וכ"ה בתשובת משאת בנימין:

ב או שאסף פירות האילן ודוקא בלוקח ס"ל להרמב"ם דאכילת פירות הוי חזקה משום דדעת אחרת מקנה אותו וכמבואר במ"מ הביאו הב"י בד"ה היתה הקרקע צחיח סלע:

ג היה גבשושית נראה דלא מהני הסרת גבשושית רק בשדה או בבית שכבר נגמר עם דלתות דהוי כמו צר צורה בסי' רע"ה וכמו שיתבאר בשו"ת הנכתב בסוף הסימן:

ד אלא כנגד מעותיו עסמ"ע ס"ק כ"ד שכ' אפילו עייל ונפיק אזוזי ועיין בריב"ש סי' תע"ו וחפשתי בתשובת הריב"ש ולא מצאתי והנה בהר"ן ובראב"ד הביאם הב"י מבואר להיפך ע"ש אמנם באמת דברי הר"ן שכ' דאם לא עייל ונפיק אזוזי המקח קיים כנגד מעותיו

אם עייל ונפיק אזוזי ידו עה"ת לכאורה אין לו הבנה דממ"נ אי ס"ל כדעת התו' בב"מ דף מ"ז בד"ה איכפול לך דאפילו במקום שאינן קונין רק כנגד מעותיו כגון בערבוני יקון אפ"ה כל שחוזר בו המוכר נגד הדמים שלא נתן יכול הלוקח לחזור בו מכל המקח ולומר במקח שלם אני רוצה א"כ אפילו לא עייל ונפיק אזוזי נמי ואי ס"ל דבמקום שאינן קונין רק כנגד מעותיו א"י הלוקח לומר במקח שלם אני רוצה כמבואר לעיל בסי' ק"ץ סעיף י"ז בהג"ה וכן הוא באמת דעת הר"ן והנ"י פרק האומנין א"כ אפילו עייל ונפיק אזוזי נמי לא יוכל הלוקח לחזור בו כנגד הדמים שנתן כמו בערבוני יקון דסי' ק"צ: לכן נראה דהר"ן לשיטתו אזיל דס"ל דבעיל ונפיק אזוזי בעינן שהמוכר יגלה דעתו שנותן רשות להלוקח לחזור וא"כ טעמא דיכול הלוקח לחזור לאו מטעם דאמר במקח שלם אני רוצה רק משום שחוזר בו המוכר ממה שלא נתן דמים וגם נותן רשות להלוקח לחזור לכך יכול הלוקח לחזור בו מכולו מש"ה בעייל ונפיק אזוזי אפילו בעשר שדות שלא קנה רק כנגד מעותיו יכול הלוקח לחזור כיון שנתן לו רשות ולפ"ז נראה דגם בערבוני יקון יכול הלוקח לחזור בו בדעייל ונפיק אזוזי לשיטת הר"ן ואם כן לדידן דקיי"ל דבמקום שאינן קונין רק כנגד מעותיו כגון בערבוני יקון דאפילו בעייל ונפיק אזוזי אינו יכול לחזור בו מכנגד מה שנתן א"כ שפיר כתב הסמ"ע כאן דאפילו עייל ונפיק אזוזי אין שום אחד יכול לחזור בו וכן מבואר בסי' ק"צ דגבי מטלטלין שיש בהן כדי חלוקה הדין כן וחילוקי דינים עי' בחידושים ס"ק י"ז:

ה ויש חולקין במתנה (טור בשם הרא"ש) תמי' לי אמאי לא הביא סיום דברי הטור בשם הרא"ש שכתב וז"ל אא"כ שאמר לו החזיק באחת וקנה כולן הרי מבואר דבאמר לו כך אפילו במתנה קנה לכולי עלמא ועיין ברשב"א בחידושיו לקידושין דאפילו במכר ולא נתן דמי כולם ואמר לו כך קנה ע"ש:

ו וכן בשכירות יש לעיין בשכירות במה הוא החזקה שלו והנה המהרי"ט חלק א' סי' ס"ח הוכיח דלשכירות ושאלת קרקע בעינן ג"כ חזקה שנעל גדר ופרץ והביא ראיה מגיטין ר"פ הזורק דאמר התם תיזיל ותיחוד ותפתח וכו' וגם מביא ראיה מהא שכתבו התוספות בב"ב פ"ה בד"ה כגון שהיה בעלה מוכר קלתות ובפ"ק דמציעא גבי מקומו מושכר שכתבו התוספות דבעינן קנין בשאלה ושכירות מקום ומהא שכתב הר"ן בקידושין גבי היה סלע של שניהם ע"ש וכן בב"ב דף פ"ז בתוס' ד"ה לך וייפה לך קרקע ע"ש משמע דבעינן דוקא נעל גדר פרץ והנה ראיות אלו לכאורה תמוהין דהא שם היו החפצים שבתוכה של המקנה והקונה לא נתן דבר לתוך החצר משלו ולא היה עושה הלוקח שום שימוש משלו בחצר ובמה יקנה משא"כ כשהשתמש בו השוכר בחפצים שלו אפשר

דקנה ואחר כך מצאתי בקצה"ח שהקשה זה בסימן קפ"ט וכוונת מהרי"ט נראה דמוכח מהא דאמר בגיטין תיזיל ותיחוד ותפתח ולא אמר שתניח איזה דבר משלה לתוכו וגם מהא שכתבו התוס' בב"ב היה בעלה מוכר קלתות יש ראיה ברורה דשם היה קלתה דידה מונח על המקום ואפ"ה כתבו התוספות דבעינן נעל גדר ע"ש אמנם ראיתי בספר מחנה אפרים שמביא ראיה דבשכירות בתים בהכנסת כלים לתוכו ג"כ קנה כיון דאין לו זכייה רק לפירות דהיינו להשתמש בו כדרך תשמישו כן דרך קנייתו כמו בשביל של כרמים דעביד להילוך דקנה בהילוך והביא ראיה מב"ק דף מ"ח באמר כנוס שורך דאמר התם אקנויי אקני ליה מקום בחצירו וה"ל חצר השותפין אלמא דבחזקת תשמישים לבד הוי חזקה אף שלא עשה בו חזקה דנעל גדר ופרץ ע"ש וכעת אין ספר זה תחת ידי ואינו זוכר מה שכתב עוד שם ולפענ"ד נראה דודאי הדין עם מחנה אפרים דבשכירות קנה בתשמישים לבד תדע דהא לעיל בסימן קנ"ג מבואר דכמי גשמים או בהעמדת סולמות או בנעיצת קורות דכשנשתמש בפניו ושתק דקנה אלמא דקנה בשימוש לבד וכ"כ בקצה"ח סימן קפ"ט אך הטעם שכתב שם המחנה אפרים דהטעם הוא דהוי כמו שביל של כרמים דקונה בהילוך לא נהירא לי דהא בצחיח סלע אף דלא עבידי רק למישטח בה פירא אפ"ה אינו קונה להראב"ד והטעם דבשביל של כרמים קונה בהילוך הוא משום דגופו נהנה מהן כמ"ש בתשובה משאת בנימין סימן ל"א הביאו הט"ז כאן. לכן נלפענ"ד דהוא מטעם אחר דהא כתב המגיד משנה בפרק ה' מה' שכנים הלכה ז' הטעם דקונה בשתיקה משום דהיא רק מחילת שיעבודא ע"ש אלמא דבתשמישים לית ביה קנין גמור רק שמשעבד גוף הקרקע לתשמישין שעליו לכך המחילה אינו רק מחילת שיעבוד וכיון דאין בו קנין הגוף רק שיעבוד בעלמא ולכך נקנה בחזקה דהתחלת תשמישים בלבד ולא שייך ביה כלל חזק' דנעל גדר כיון דאין לו קנין הגוף כלל אבל לענין שיהיה כחצירו שיקנה לו ע"י החצר זה מציא' או מקח הכא לתוכו אינו קונה כשאין לו בחצר רק שיעבוד הגוף להתשלומין תדע דהא ודאי דבאותו חצר שיש לו רשות להורדת מי גשמים או העמדת סולמות שאין חצר זה קונה להשוכר ועש"ך סי' קצ"ח ס"ק ו' ע"ש ולכן כשירצה שיהיה חצר שלו אפילו לענין שיקנ' לו מה שבתוכו צריך שיהיה לו קנין הגוף ממש לפירות וכיון דיש לו קנין הגוף ממש בעינן חזק' דנעל גדר שיהיה התיקון מועיל לגוף הקרקע כיון דהגוף שלו (ובזה אפשר ליישב הא דפסק בסי' שי"ג שחצר המושכר קונה להמשכיר שתמה שם הסמ"ע בס"ק ה' ע"ש דיש לומר דשם מיירי שלא עשה קנין דנעל גדר רק שהכניס בהמות לתוכו שלא נקנה לו גוף החצר רק שנשתעבד לו כנ"ל ובסי' ר"ס מיירי שעשה קנין דנעל גדר דנקנה לו גוף החצר): ולפ"ז א"ש הכל דבגיטין ובב"ב וב"מ מיירי

לענין לקנות ע"י חצירו ולהתגרש על ידו ובעינן שיהיה לו קנין הגוף בחצר ולכך בעינן חזקה דנעל גדר משא"כ בב"ק מ"ה הנ"ל דא"צ לקנות הגוף רק שיהי' לו רשות להשתמש בו דכיון שיש לשניהם רשות שימוש בלבד שוב לא מיקרי חצר הניזק ולכך סגי בקנין של התחל' תשמישין וכן מעשים בכל יום כששוכרין מקום להכניס שם תבואה דא"י לחזור בו ואפילו שכרו לשנה והוציא פירות הראשונים שהניח לתוכו בשעת שכירות יש לו רשות להכניס פירות אחרים וקנה עד הזמן ותמיה לי על המהרי"ט סי' הנ"ל שכתב דאפילו אם נקנה לו החצר להפירות מ"מ כשהוציא הפירות לא נשתעבד לו לפירות אחרים הוא נגד המבואר דאפילו בהעמדת סולמות והורדת גשמים וחזקת חלונות דיש לו קנין אפילו נגד אחרים עד הזמן שנתן לו רשות והוא פשוט ולפ"ז נראה דהא דבשביל של כרמים קנה בהילוך מיירי בכה"ג שלא מכר לו רק להילוך ואין לו בו קנין הגוף כלל לחפור ולזרוע רק שיעבוד לדריסת רגל ולכך קנה בהילוך וכן בישיבת מקום ביהכ"נ שגוף הקרקע והבהכ"נ הוא של הציבור ואין לכל אחר רק שיעבוד ישיבה על המקום לכך נקנה בישיבה משא"כ בצחיח סלע שקונה גם הגוף לכך בעינן קנין גמור לדעת הראב"ד אמנם זה פשוט דאף שבתשמישין כאלה דאין לו רק שיעבוד מ"מ אינו מועיל לדבר שלא בא לעולם דהא דיכול לשעבד דבר שלא בא לעולם הוא רק בהלואה ומשום נעילת דלת וכן בשוכר חמור סתם או בית סתם דחייב להעמיד לו בית אפי' אין לו בית וחמור מכל מקום בשעת שכירות בעינן שיהיה לו וכיון דחל השיעבוד על זה חל ג"כ על גופו להעמיד לו משא"כ כשאין לו כלל ומשם ג"כ מוכח דשכירות יש בו ג"כ משום שיעבוד כמו שהארכתי בזה בה' שכירות:

שאלה א' קנה בית ישן לסותרו ולבנות במקומו חדש וקודם שקיבלו בק"ס הלך הלוקח עפ"י ידיעת המוכר לסתור ולבנות הבית ואחר שסתר ב' הכתלים של בית החורף הגדול פינה מקומם והסיר העפרורי' כדי להניח במקומם חדשים וגם הביא סטעמפלין להעמיד תקרת הבית והגג שלא יפלו מחמת סתירת הכתלים וקודם הסתירה הי' הבית ראוי לדור בו כמה שנים ועתה רוצה הלוקח לחזור בו והמוכר טוען שהלוקח קנאה בחזק' בסתירת הכתלים ובפינוי מקומם כמו בהסרת גבשושי' שכ' הרמ"א בסי' קצ"ב סעיף י"א וגם בהעמדת סטעמפלין להעמיד הגג שלא יפול. ע"כ השאלה:

תשובה לפענ"ד נראה דזה לא הוי חזקה דל"מ להרא"ש בסי' ער"ה סעיף כ"א דחפיר' היסודו' לא קנה וע' בראש פ' חזק' הטעם דבעינן שיגמור תיקון הקרקע למה שהוא רוצה לעשות בו אבל הכא דחופר היסוד כדי לבנות הבית ועדיין לא נגמר למה שהוא רוצה לדור בו וכו' כ"ש הכא דלא הוי חזקה בנטילת העפר וסתיר' הכתלי' אף שתיקנו

לבנין ולהך דיעה נטיל' גבשושי' לא קנה רק בשדה העומד לזריע' א"נ בבי' באופן שאבא' לקמן ואפי' להך דיע' דס"ל שם דחפיר' יסודו' קנה מ"מ נרא' דהכא לא קנה דהא עיקר הטעם דחפירת יסודות קנה כתב המגיד כיון שעש' מעש' בגוף הקרקע ואף דהבנין שע"ג הקרקע והקרקע לגוף א' יחשב דהא צר צורה בנכסי הגר שהוא בבנין שע"ג הקרקע קנה גם הקרקע וה"נ נימא כיון שסתר הכתלים של בנין שע"ג הקרקע דמי לנטל גבשושי' מגוף הקרקע ז"א דהבנין שע"ג הקרקע לא חשיב גוף א' עם הקרקע רק בבנין שכבר נגמר ויש להקרקע תועלת וצורך בהבנין שעליו דהיינו שהבנין הוא כבר עם דלתות וראוי' לדיר' או שהוא חצר וראוי' להשתמש בתוכה ואז אפי' צר צורה בהבנין קנה גם הקרקע שהקרקע והבנין הם גוף א' ממש וכן אפי' נטל גבשושי' מהבנין שיש בו דלתות או מקרקע והשביח בזה הדירה לפי ראות עיני הדיין ג"כ קונה כמו צר צורה אבל כל זמן שאין בהבנין דלתות לא נחשב כגוף לגוף הקרקע וליבני בעלמא הוא דאיקרי וכדאמרי' הל' התם בש"ס ליבני בעלמ' הוא דאפיך ולא נעש' גוף א' עם הקרקע:

ותדע דאלת"ה רק תיכף כשנעש' אף מקצת בנין נחשב גוף א' עם הקרקע א"כ אם מצא פלטרין בלא דלתות וחקק בהמשקוף ובמזוזות שיהי' ראוי להעמיד דלתות ומכ"ש כשחקק החורין שהדלת תסוב על צירה יקנ' דחקיקה בבנין חשוב כחפירת יסודות וכנטילת גבשושי' והרי משביח הקרקע למה שרוצה לעשות בה דהיינו בנין דבלא חקיקה לא הי' הקרקע ראוי לבנין ואחקיק' זו ראוי לגמור הבנין וכן בכל בנין ודאי דחוקק כמה פעמים כדי לחבר עץ א' בחבירו וקודח במקדח לחבר א' בחבירו יקנה דהא בשבת הקודח במקדח הוי בונה ודמי להא דלמד המרדכי נטילת גבשושי' משבת לבנין וכן הדין בקרקע אם מילא גומא בקרקע שיהי' ראוי לזריעה או לבנין קנה כדאמר התם מוליא במוליא נצא בנצא וכו' א"כ ה"נ יקנ' בהנחת פודוואלניס ופלאטוויס שחיבר בקרקע שיהי' ראוי לבנין היינו להעמיד גג ודלתות דא"א להעמיד גג ודלתות זולתם והרי תיקן הקרקע לבנין דמה לי שנטל וסתר בנין מהקרקע כדי שיהי' ראוי לבנות או שהניח וחיבר בנין ע"ג קרקע שיהי' ראוי לגמור בנין טוב אלא ודאי כמ"ש שכל זמן שהבנין לא נגמר ליבני בעלמא מיקרי ולא חשיב גוף הקרקע ואנן בעינן מעשה בגוף הקרקע וכי יעלה על הדעת דבונה פלטרין בלא דלתות לא קנה ואם סתר דבר א' מהפלטרין כדי ליתן בו טוב ממנו קנה אף בלא דלתות וא"ל כיון שבלא סתירה הוא בנין טוב שראוי לדירה והי' חשיב כגופו של קרקע וכשסותר כדי לבנות הוי הסתירה בהבנין כעוש' מעש' בגוף הקרקע ז"א דבשלמא ציור מחשיב הבנין משא"כ סתיר' מקלקל הבנין והקרקע בשעת הסתיר' דהא קודם הסתיר' הי' הקרקע עם הבנין שוה אלף ועכשיו הקרקע עם העצי'

המונחי' אינן שויין רק ת"ת וא"כ אין זה נחשב שבח קרקע רק קילקול הקרקע דהא בעינן שבשעת מעש' שלו יהי' שבח לקרקע כמבוא' כמה פעמים בסי' ער"ה והכא בשעת עשייתן אדרבה קילקל להקרקע ולא השביח:

ומטעם זה ג"כ לא דמי כלל לנטל גבשושי' דבשלמא בנטיל' גבשושי' נשבח הקרקע בשע' עשייתו משא"כ בסתיר' ע"מ לבנו' בשעת הסתיר' אינו משביח אדרב' נתקלקל בשע' עשייתו והוא פשוט לכל הישר הולך ולא יחלוק בזה רק מתעקש ואינו מודה האמת:

וגם כשעוש' מעש' לסתור הוי תרתי דסתרי לומר דהוי הבנין כגופו של כל קרקע מטעם דיש תועלת לצורך הקרקע בהבנין וגם לו' דהוי כמתקן הקרקע בהקילקול של סתירה וגם תיכף כשמתחיל לקלקל בטל שם קרקע מהבנין ועדיין אינו ראוי לבנות בו עד שסותר הכל נמצא בשעה שמשביח אינו עוש' מעשה בגוף הקרקע:

ועוד דבחפירות היסודו' דקנה ודאי דלא קנה עד שיחפור כל היסודות של הכתלים שיהי' גמר תיקון הקרקע שיהי' ראוי לבנין ודוקא בקרקע העומד לזריע' קונה במכוש א' דכל פורתא חזי לזרוע בה כרכמא רישקא וכיון שהשביח חלק קרקע זה קנה כל הקרקע עד המצר משא"כ בחפר יסוד מכותל א' עדיין לא נגמר שבח הקרקע אל מה שרוצה לעשות בו דהיינו הבנין וכן במשביח קרקע לחרישה ודאי דבעינן שיעור הולכת המחרישה כי בכ"מ בעינן גמר שבח והתחל' השבח לא מהני: וכן בפרץ בסי' ער"ה בעי' שיפרוץ עד שיכנוס בריוח והתחל' לא מהני וא"כ הכא לא סתר רק שני כתלים וצריך הוא שיסתור כל הכתלים שיהי' יכול לבנו' בנין החדש כי חדא כותלא חדתא בכולא ביתא עתיקא לא קאי כמבוא' בב"ב וגם הא הי' דעתו לסתור הכל א"כ עדיין לא נגמר שבח הקרקע שיהי' ראוי להבנין חדש ולא קנה וגם הבו דלא לוסיף על סברת הר"י מיג"ש שהוא נגד דעת התוס' והרא"ש שהן רבים ובכ"מ הלכ' כתוס':

ונקיון העפר שנפל שם ג"כ לא הוי חזקה דהא דזכי זכיא בב"ב שם דקנ' שכ' הרשב"ם דהיינו המכבד השדה מקסמין ועשבים נראה דהיינו דוקא בקסמין ועשבים שהן מחוברין בגוף הקרקע ונתדבקו לקרקע באופן שהי' בשבת חייב על נקיון כיוצא בזה משום חורש הוי כעוש' מעש' בגוף הקרקע וקונ' בחזקה זו תדע דהא המרדכי למד נטיל' גבשושי' משבת לקנין אלמא דאינו קונה בחזק' רק בדבר שחייב בשבת דאלת"ה הי' לו לומר סתם דנטילת גבשושית לא גרע מזכי זכיא אבל ודאי דמפנ' מטלטלין מהשדה לצורך חרישה לא נקרא עושה מעש' בגוף הקרקע רק למציל ומפריש העיכוב מהקרקע וכמגרש בהמה מהשד' כדי לחרוש וגרע ממבריח ארי דלא קנה ואינו חייב בשבת רק באשווי גומות בדבר שמבטל לי' כמבואר במ"א סי' שי"ג סעיף יו"ד ע"ש והוא ש"ס

ערוכה בשבת דדוקא כשנתבטל אז אסור ליטלו משם ובסי' רמ"ד במ"א ס"ק ח' דנטילת זבל מרחוב הוא ג"כ חשיב מלאכה משום דזבל מבטלו בשעת השליכה ונתדבק בקרקע וגם לפי מש"ל פינוי עפר של בנין לצורך בנין לא קנה כמו סתירת גוף הכתלים וגם פינוי העפר הוא מקלקול שעשה בעצמו ועליו לתקן. וגם הסמיכו' שעשה שלא יפול דמי למבריח ארי וגם לא עדיף מבנין הבית שלא נגמר ע"כ ל' התשובה: עוד רצה חכם א' לסתור דבריו מתוך תשובתי יתבאר הדברים שכ' אלי וז"ל (תשובתי אליו) תשובתו דמר קבלתי והנה מה שהוכיח מכ"ת מדברי הרא"ש סתירה לדברי מפרק חזקת הבתים בהא דאמר בגיטין שתפתח ותיחוד ע"ש אלמא דהיכא דאם קלקל קודם בעצמו ותיקנו הוי חזקה ולפענ"ד אין כאן שום ראי' דודאי אם המוכר אמר להלוקח שיפתח הדלת ואח"כ ינעלנו לשום חזקה בודאי כשחוזר קודם נעילה אין מחוייב לנועלו דהא המוכר ציוו' לו לפותחו ועוד דשם בגיטין במתנ' מיירי וכשחוזר בו אינו חייב לשלם הקלקול דמה חסרו ומה היזיקו במה שאינו רוצה לקבל המתנה ועיקרמה שכתבתי הוא לענין אם עשה חזקה בפניו דאז אצ"ל חזק וקני ועשה מקודם קילקול בפני המוכר דאז אף ששתק המוכר וודאי כשהלוקח יחזור בו מחויב לתקן את אשר עיוות וזה פשוט וא"צ לראי' ולזה אם תיקן אח"כ ג"כ בפני המוכר א"י כוונת הלוקח אם לחזק' לקנותו ואם לתקן את אשר עיוות שהוא מחוייב בדבר וחילוק גדול יש בין ציווה לו בפיו לקלקל ובין עשה מעצמו קילקול ותיקון בפניו: ועוד דנעילה עדיף ממבריח ארי והוא מטעם אחר כמו שכתבו התוס' והרא"ש דנראה כאדם העושה בשלו שמונע כל אדם מלכנוס בו: וגם מ"ש מכ"ת לסתור דברי בהא דזכי זכיא שכתבתי דבעינן שיהי' הקיסמין והאבנים מחוברין לקרקע דנקרא תיקון הקרקע נגד מלאכת השבת וכ' מכ"ת לסתור זה מהא דמציע מצעות דהוי חזקה משום דמייפה הקרקע אף דלית ביה משום מלאכת שבת ואיני רואה בזה שום סתיר' דודאי להך דיעה דס"ל דהמציע מצעות קנה משום יפוי קרקע בכל דבר שמייפה הקרקע קנה אבל להי"א שהביא הרב בהג"ה בסי' ער"ה סעיף ט"ו דלא קנה בייפוי הקרקע במצעות הואיל והוא דבר שאינו של קיימא א"כ ה"נ כשמונח דבר שאינו של קיימא על הקרקע שממאס הקרקע ומסלק המיאוס לא קנה בזה כי מה לי שמייפהו בדבר שאינו של קיימא או שמסלק המיאוס של דבר שאינו של קיימא ואדרבא סילוק המיאוס גרע מייפוי דהוי רק כמבריח ארי. ועוד נרא' דאפי' מאן דס"ל דהמציע מצעות קנה ע"כ לא מירי בקרקע העומד לבנין או לחריש' דבאלו לא שייך ייפוי קרקע והוא פשוט לבר בי רב דחד יומא רק דמיירי בבתי' בנויין עם דלתות דומיא דצר צורה בנכסי הגר דמיירי בבתים בנויין עם דלתו' דוקא דקני משום ייפוי ופליגי הנך פוסקים אי

מהני ג"כ במציע מצעות כדרך שעושים בבית השרים והמלכים אי קנה בזה דהי"א ס"ל דוקא בייפוי בדבר של קיימא כגון צר צורה קנה אבל מציע מצעות שהוא דבר שאינו של קיימא לא קנה והמחבר ס"ל דמ"מ קונה אבל בקרקע העומד לבנין או לחריש' דלא קני משום ייפוי רק בתיקון קרקע וודאי בעינן תיקון גמור שיהי' נקרא תיקון קרקע:

גם מ"ש ליישב דברי המרדכי שכ' הטעם משום בונה שהוא משום שכ' דינו בבית לא ידענא מאי קאמר דמ"מ לפי דברי מכ"ת הקנין הוא משום ייפוי הקרקע ולפ"ד מכ"ת אפי' לא הסיר גבשושית שהוא מגוף הקרקע רק שהי' מונח על הקרקע איזה דבר והסירו קנה ולמה נקט המרדכי הטע' משום דחייב בזה בשבת וגם ל' הש"ס קשה לדברי מכ"ת דלא הי' למינקט הל' דזכי זכיא רק המכבד את הקרקע כדאמרי' בכל דוכתי' בל' כיבוד הבית ול' זכי זכיא נגזר מל' זך שגוף הקרקע אינו זכה וזיכך אותה בהסרת קוצים ואבנים המושרשי' בתוכו שאי אפשר לזרוע מבלי הסרתן:

ומה שהביא מכ"ת ראי' משביעית דאסור לסלק אבנים לא ידענא היאך מביא ראיה ממה שאסרו חז"ל מפני מראית העין שהוא נראה כמתקן ארץ אבל לענין קנין בעינן דבר שיש בו תיקון ארץ ממש ולא שיהי' נראה כמתקן ארץ וכל מה שאינו נקרא תיקון הארץ לענין שבת לא מיקרי תיקון הקרקע לענין קנין ושפיר הוצרך המרדכי להביא ראי' על הנוטל גבשושית משום דהוי בונה לענין שבת וגם הוצרך למינקט גבשושית שהוא מחובר בקרקע ולא נקט סתם המסיר דבר המונח על הקרקע א"ו דהמסיר דבר המונח על הקרקע או המגרש בהמות ואפי' אריות מהקרקע כדי שיהי' יכול לחרוש ולזרוע לא הוי חזקה דזה לא הוי תיקון גוף הקרקע דהקרקע מיתקן וקאי רק אריה הוא על הקרקע ומבריחו:

אכן כל הפלפולים שבעניינים האלו המה אך למגן כי לא סמכתי על שום א' מהעניינים הנ"ל כי יש בכל ענין מקום עיון רב והעיקר שאני סומך עליו מה שאין לו שום ספק ונדנוד עליו הוא הא דחפירת יסודות לא קנה והסרת גבשושית הוא בבית עם דלתות כמו בצר צורה בנכסי הגר שהוא בבית עם דלתות דוקא ומ"ש מכ"ת להוכיח מל' הרב בהג"ה בסי' קצ"ב שכ' הי' גבשושי' ונטל' או גומא וסתמה הוי חזקה וכו' אבל אם חפר מעט לא קנה אלא בשדה העומד לחרישה ומזה הוכיח דברישא מיירי בשדה העומד לבנין לא ידעתי לו ענין כלל ומעולם לא שמענו שדה העומד לבנין וכי לא הי' לאשכוחי גוונא אחריני רק בשדה העומד לבנין הא משכחת לה בשדה העומד למישטח ביה פירא או להעמיד בו גורן קבוע דקנה בהשוה פני הארץ כמבואר ברשב"ם בב"ב וכיוצא בו הרבה אך הפשט הפשוט דאפי' בשדה העומד לזריעה באתרא דמוברי ונטל גבשושית

שעשה בו תיקון לעולם קנה אבל חפר בה מעט שאין בזה תיקון עולמית לא מהני רק בשדה שהוא עומד לחרישה עכשיו והחפיר' מועטת הוא התחלת חרישה ותקנה לזריעה אבל בזמן שמוברה חפירה מועטת לא קנה ותמה אני על מכ"ת לומר כן בבונה פלטרין גדולים מיסוד התהום עד רום רקיע לא קנה ואם הסיר גבשושית להניח הלבנים והעצים קנה ומ"ש מכ"ת דחפירת היסודות עשוי למלאות משא"כ בהסרת גבשושית שהארץ יהי' כך ולעולם עומדת תמה אני דהא ודאי דלא מיירי בהסרת גבשושית שבאמצע הבית שייפה הקרקע דזה בודאי לא קנה בבית שאין בו דלתות וע"כ צ"ל דמיירי במקום שבונה עליו שיהי' יכול לבנות בטוב והרי הוא ג"כ עשוי למלאות דהיינו שיניח עליו גבשושית אחרי' מאבנים ולבנים ועצים ועוד דהא כ' הרב בהג"ה שם או שהי' בו גומא וסתמה וע"כ כשחפר עד היסוד וסתמה באבנים ובלבנים הרי הי' בו גומא וסתמו כמ"ש מכ"ת ואף שעשה הגומא בעצמו כמ"ש מכ"ת בפתח ונעל ואם הי' קונה בהשואת הקרקע לבנין היאך כתבו בסתם דבונה פלטרין ואפי' חפר היסודו' לא קנה ולא כתבו דין מחודש כזה בסי' ער"ה דמ"מ אם השוה פני הארץ לבנין קנה בשלמא הסרת גבשושית בבית גמור לא איצטריך לאשמועינן בסי' ער"ה דלא גרע מצר צורה וידוע הוא דסתם בונה משוה הארץ קודם וא"א בלעדו על הרוב כללא דמילתא כי לפענ"ד מי שאומר שבבנין לא קנה ובסתירת הבנין קנה הוא אצלי כאומר על אבן שהוא זהב:

סימן קצג

המחובר לקרקע עיין מה שכתבתי לעיל בסי' צ"ה בזה:

סימן קצד

א בחזקה בט"ז כתב על הסמ"ע דאין נפקותא לדינא וכו' והוא תמוה דהא לדעת הסמ"ע ישראל מעכו"ם קונה בחזקה משא"כ לדעת הב"י אמנם העיקר כהט"ז וגם מ"ש דסמ"ע ואי מיירי שציית דינא א"כ קשה למה אין לו חזקה וכו' הוא תמוה מאוד דודאי כל עכו"ם אפי' ציית דינא אין לו חזקה:

ב ואינו קונה אלא בשטר המשנה למלך בפ"א מה' זכיה כתב דגם העכו"ם יכול לחזור מהמקח ודומה זה לישראל מישראל שקנה קרקע בכסף בלא שטר דמטעם דלא סמכה דעתיה שניהם יכולין לחזור בהן וה"נ ישראל מעכו"ם ולפע"ד תמוהין הדברים דהא כתב הרא"ש בב"ב נ"ד שאין הישראל יכול לדון עם העכו"ם להוציא ממנו וז"ל שם דהיאך יוכל להוציא מעות מהנכרי כיון דבדיניהם קני ואף בדינינו נגמר הקנין ע"י נתינת הכסף

שוב אינו חייב להעמיד מקחו בידו אם בד"י זכה המחזיק וכו' ואם נאמר שמדינא יכול העכו"ם לחזור א"כ בודאי שיכולין שניהם לחזור א"כ יחזור ישראל מהמקח ויתבע מעותיו בדיננו דהא בישראל מישראל כה"ג כשחוזר בו הישראל חייב המוכר להחזיר מעותיו ועוד דמה"ת יהי' הפקר בשלמא אם הנכרי אינו יכול לחזור בו שפיר הוי הפקר דדמי להא דמבואר בכריתות כ"ד דהנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בו דכל המחזיק בו זכה כשזכה ע"י אחר והוא מטעם כיון שא"י לחזור בו הנותן הפקירו וה"נ דכוותיה אבל אם עדיין יכול לחזור בו המוכר מה"ת יהי' הפקר הא לא יצא מרשותו כלל דהא יכול לחזור בו ולהחזיקו לעצמו אלא ודאי דנגד העכו"ם הוי קנין גמור שאין העכו"ם יכול לחזור בו מהמקח וגם הישראל א"י לתבוע מעותיו דנגד העכו"ם הוי קנין גמור לענין שיצא הקרקע מרשותו ע"י הכסף רק הישראל עדיין לא קנה השדה ולא נכנס לרשותו מחמת שרפויי מרפיי' בידיה הקנין שחושב שהעכו"ם יחזור בו מצד אלמותו וכעין שאמרו בב"ב דף קמ"ב גבי גר שמת ושמעו שמת וכו' דלא קנה מטעם דרפויי מרפיי' בידייהו ע"ש ולא דמי כלל לישראל מישראל דבשלמא ישראל מישראל בכסף בלא שטר כיון שהמוכר יודע שהלוקח לא סמכה דעתיה ולא קנה גם המוכר לא גמר ומקנה לכך אין השדה יוצא מרשותו משא"כ בישראל מנכרי שאין הנכרי יודע שהישראל מחזיקו לאנס ואינו סומך דעתו עליו ודאי גמר ומקני כיון שיודע שבדיניהם ובדיניו קנין גמור הוא וכיון דהנכרי גמר ומקני נעשה הפקר כמו בנתן מתנה והלה אמר אי אפשי:

ג מיהו שכירות. עסמ"ע ס"ק ה' ועט"ז שהשיג ע"ז ובקצה"ת הביא ראיה להרמ"א מהא דב"מ דף מ"ה בנתנה לבלן מעל דמוקי לה התוס' בכלן נכרי אליבא דר' יוחנן ומעל מטעם דשכירות קרקע נקנ' בכסף ע"ש וע"כ דשכירות קונה בלא שטר אפי' בעכו"ם עד כאן לשונו ולפמש"ל ס"ק ב' נסתר הוכחה זו דהא לגבי עכו"ם הוי קנין גמור כמ"ש הרא"ש דבדינינו אין הישראל יכול להוציא המעות מהעכו"ם וכיון שהעכו"ם קונה להמעות מעל ובעיקר קושית הט"ז על הרמ"א נראה דכיון דאפי' במכירה הוי קנין גמור לגבי העכו"ם שאין שניהן יכולין לחזור זה מזה רק דלא הוי קניין לגבי הישראל לענין שיכול ישראל אחר לזכות בו כזוכה מן ההפקר ובשכירות לא שייך הפקר דדוקא במכר דאיסתלק נכרי כשלקח מעות מהאי ביתא לגמרי הוי הפקר כמו בנתן מתנה ואמר הלה אי אפשי בו אבל בשכירות הא מבואר לקמן בסי' שי"ו דאם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו בלא דיורין יכול המשכיר להשכירו לאחרים ועסמ"ע ס"ק ג' שם דדמי השכירות שייך להמשכיר בשכבר נטל הדמים מן השוכר הרי דכ"ז שאין השוכר יושב בהבית ואין משכירו לאחרים הרשות ביד המשכיר להשכירו לאחרים כ"ז שלא יכנס בו השוכר או

באי כחו וא"כ אין על הבית דין הפקר דהא המשכיר לא איסתלק מהאי ביתא לגמרי וגם לא דמי מוכר למשכיר דהשוכר יש לו כעין שיעבוד הגוף על המשכיר להעמיד לו את הבית ששכר ממנו כמש"ל בסי' שי"ב סעיף ב' דאם הפקיע השכירות הראשון דחייב להעמיד לו בית ולא סגי כשישלם לו דמי שוויו משא"כ במוכר שגזל מהלוקח החפץ שמכר לו ומכרו לעכו"ם אינו חייב לשלם לו רק דמי שוויו ולא להעמיד לו מקח אחר כמותו וכן במכר לו בית סתם או חמור סתם ונשרף הבית או החמור ואין לו בית או חמור אחר פטור מלהעמיד לו בית משא"כ במשכיר לו בית סתם או חמור סתם נשתעבדו נכסיו להעמיד לו בית או חמור ואפי' בחמור זה יש שיעבוד נכסים כמבואר בסמ"ע סי' ש"י ס"ק וי"ו ע"ש. ועמ"ש התו' בב"מ פ' האומנין לחלק בין בית זה לחמור זה וע"ב בסי' ש"י וסי' שי"ב מה שהארכתי בטעם הדברים. ולפ"ז ל"ש כלל דין הפקר בשכירות ויפה כתב הרב רמ"א דבשכירות נקנה כסף לחוד וכוונתו דל"ש בזה הדין שכ' בסעי"ב דאם קדם אחר והחזיק דזכה בו וכיון דלא זכה בו המחזיק בטעם הפקר ממילא קנהו השוכר הא' כמש"ל בס"ק ב' אמנם מה שהשיגו הב"ח והט"ז והש"ך על הא שכ' הרמ"א באם התנה שיקנה בכסף לחוד דקנה העיקר כדבריהם דודאי להרשב"א וראב"ד לא מהני תנאי:

ד דאפי' החזיק בו הראשון. עסמ"ע ס"ק ח' עד ומה מזיק לו שיסמוך דעתו לקנותו וכו' ולכאורה אין לזה פי' דהא גם מי שנתן המעות אין מזיק מה שיסמוך דעתו לקנותו ונראה כוונתו דהא ע"כ מיירי שהנותן מעות לא נתכוין להחזי' אדעת הפקר דאי נתכוין לזכות אדעת הפקר ודאי דקנ' כמו שסיים הסמ"ע וע"כ מיירי שנתכוין לזכות אדעת קנין של מכירה וכיון דכבר נתן כסף ודאי אינו מתכוין לגמרי לקנות בחזקה זו דממ"נ אם העכו"ם אינו אלם כבר קנה בכסף וכבר הוא שלו והוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דלא קנה ואם העכו"ם אלם אף החזק' לא יועיל לו משא"כ באחר דמתכוין לקנות בחזקה זו מש"ה כשהחזי' הראשון קודם שנתן המעות מהני דכיון דחזקה הוא קנין הראשון ודאי מתכוין לקנות בחזקה זו דאף שהנכרי אלם מ"מ מה יזיק לו במה שיתכוין לקנות בזה כמ"ש התוס' בב"ב דף ל"ד בד"ה ישראל לא קנה ע"ש:

ה ונותן לראשון את הדמים עסמ"ע ס"ק יו"ד שכתב הטעם דבתורת משכון הוא בידו וכו' וכוונתו דכיון שלא קנה הישראל ממילא הדמים כחוב על הנכרי דהא מה דלא סמכה דעתי' הוא משום שמא יחזור בו העכו"ם וכשיחזור בו העכו"ם הי' הדמים חוב עליו והשדה יהי' משועבד למשכון והרי כשנתן ישראל מעותיו על תנאי זה נתן שאם לא יגיע השדה לידו יהי' מעות חוב וא"כ אף שהפקיר נכסיו מ"מ הא בע"ח יכול לטרוף מן

הזוכה מן ההפקר כמבואר בסי' רמ"ה ולפ"ז צריך ליתן לו כל הדמים שנתן ולא מהני כשנותן לו דמי שוויו דיכול לומר לדידי שוה לי כמבואר בסי' ק"ט וקט"ו משא"כ לטעם אחר שהביאו קצת פוסקים דהיינו משום שחייב לשלם לו משום דמשתרשי ליה ע"י מעות שנתן הראשון א"צ ליתן לו רק דמי שוויו. ולפ"ז במטלטלין כשנתן מעות ולא משך שכתב הש"ך בס"ק ד' שיכול ג"כ אחר לזכות מן הפקר א"צ הזוכה ליתן לו הדמים לטעם הסמ"ע דהא בע"ח א"י לטרוף מטלטלין המשועבדים והפקר דין משעבדי יש לו ואף שדעת הט"ז בסי' רמ"ה סעיף וי"ו דאפי' מלוה על פה טורף מזוכה מהפקר כבר השיגו המגיה שם ונדפס בהט"ז דפוס אמשטרדם ואף שנתן לו למשכון מ"מ כל זמן שלא הגיע המשכון ליד המלוה לא קנהו למשכון ולא דמי רק לעשה שורו אפותיקי ומכרו דאין בע"ח טורף וע"ל בסי' צ"ז שנסתפק בתומים אפי' במשכנו שלא בשעת הלואה ע"פ ב"ד כשמחזיר הכר ללוה ומכרו הלוה אם המלוה יכול לטרוף מחמת שע"פ ב"ד קלא איתליה ע"ש וכאן דלא קנהו כלל למשכון נראה דודאי אין יכול לטרוף אכן לטעם השני שכתבו הפוסקים שצריך ליתן הדמים מפני שנהנה ע"י מעותיו שנתן זה צריך ליתן לו עכ"פ דמי שוויו אף במטלטלין וצ"ע ועיין מה שכתבתי לקמן בש"ך ס"ק ד':

ואחריותו על העכו"ם המוכר עיי' סמ"ע ס"ק י"א עד אם בא עכו"ם והוציא מידו וכו' ואף דמלשון המחבר משמע לכאורה מלשון אחריות דהיינו אם טרפו נגזל או בע"ח מוקדם הוא ג"כ על המוכר ואין הלוקח צריך להחזיר לו הדמים אמנם נראה דא"א לומר כך דלא מיבעיא להטעם שכתב הסמ"ע בס"ק יו"ד דהשדה כמשכנתא בידו א"א לומר כך דהא ודאי אם בא בע"ח וטרף מהלוקח וסילקו הלוקח בזוזי ואחר כך בא נגזל או בע"ח מוקדם וטרפו מהלוקח היעלה על הדעת שלא יצטרך הבע"ח להחזיר הדמים שסילק אותו הלוקח ויפסיד הלוקח מעותיו שנתן לו מכל וכל דהא הלוקח א"י לתבוע מעות מהמוכר בעד האחריות רק כדי דמי השדה שנתן בשעת מכירה אבל המעות שנתן פעם שנית להבע"ח א"י לתבוע דאחריות אחד קיבל עליו ולא יותר ויכול המוכר לומר ללוקח המעות שנתת להבע"ח עבורו דינך כפורע חוב שלא מדעת דאם היית מגבהו קרקע והיה טורפו הבע"ח מוקדם הייתי מפייסו למחול לי ואפילו אם נאמר דהמוכר צריך להחזיר גם המעות שנתן להבע"ח מ"מ אם אין לו למוכר לשלם אין סברא כלל שלא יצטרך הטורף הראשון שסילק אותו הלוקח במעות להחזיר המעות שקיבל מהלוקח דהא דלוקח יכול לומר לו נתינה בטעות היא דסברתי שיש לך שיעבוד על שדה זו ולכך נתתי לך מעות לסלק שיעבודך מעל הקרקע ועכשיו נתברר ששדה זו גזולה היא או משועבדת לבע"ח מוקדם ולא היה לך שיעבוד על שדה זו כלל ובחנם נתתי לך המעות ונתינה בטעות

הוא וחוזר וה"נ דכוותיה דהא הלוקח אינו נוטל המעות מהמחזיק רק מטעם טירפא כמש"ל ובין להטעם שכתב הרמב"ן שחייב להחזיר הדמים משום דמשתרשי ליה והכא ליכא מישתרשי ליה אמנם הפירות שאכל קודם שבא הבע"ח מוקדם מנכה לו מן הדמים שמחזיר לטעם השני דהא איכא מישתרשי ליה אבל לטעם הראשון אפשר דאינו מנכה לו מן הדמים כיון דהשדה אינו משועבד לו כלל רק להבע"ח מוקדם ובע"ח לית ליה פירי וצ"ע ולפ"ז צריך לפרש מ"ש המחבר ואחריות על העכו"ם המוכר לאו דאחריות גזילה ובע"ח מוקדם רק לענין אם העכו"ם אינו רוצה ליתן להמחזיק לא הקרקע ולא המעות א"י לתבוע להלוקח המעות שנתן לו ולזה מיסתבר דהמעות שנתן לו הוא משום סילוק שיעבודו ונסתלק ואם העכו"ם גזל אותו אח"כ מה לו להלוקח בכך יתבע אותו בדינא ודיינא ובדרכי משה יש ט"ס וכצ"ל ומשמע מדברי נ"י דאם אנס וכו' א"צ הראשון להחזיר וכו' כדמוכח מהסמ"ע ס"ק י"א דלפי זה צריך לפרש מ"ש הנימוקי יוסף וז"ל דעל תנאי זה מחזיר דאי אניס ליה גוי מידי' נהדר ליה זוזי וכו' כוונתו דהיינו שהעכו"ם המוכר יחזיר לו המעות:

ז עכו"ם שהיה לו משכון עיין סמ"ע ס"ק ט' עד אפילו לא מת נמי וכו' מאוד תמוה לי דהא בב"ב נ"ד כתב הרשב"ם בד"ה איסתליק ליה וז"ל שהרי כל קנינו של נכרי בכסף כדאמרינן בפ"ק דקידושין ומשקיבל המעות לגבי דידיה הוי מכירה גמורה שא"י עוד לחזור כו' וגם התוס' אף שהשיגו על פי' רשב"ם כתבו הטעם משום דמצינו בנכרי קנין כסף דעפרון כו' מוכח מדבריהם דאם גם אצל העכו"ם לא היה קנין לא היה הפקר ואם כן קשה הכא דנתן לישראל השני בשטר ושטר בעכו"ם לא הוי קנין כלל אפילו בקרקע כמ"ש התוס' שם בד"ה נכרי כי מטי ומכ"ש במטלטלין דאפילו בישראל לא קני שטר מכ"ש בעכו"ם מה"ת יהיה כהפקר ומ"מ דין אמת הוא דהא הישראל הב' א"י לתבוע להראשון כיון שלא קנה החפץ ויכול לומר לאו בעל דברים דידי את וראובן שאינו מחזיר להעכו"ם דמי להפקעת הלואה דמותר כיון שבהיתרא בא ליד ראובן דהיינו בפקדון דאפילו בפקדון שייך הפקעת הלואתו כמו שכתב החלקת מחוקק באה"ע סימן כ"ח ס"ק כ"א וחילול השם ליכא דהא העכו"ם אינו יודע: אמנם מ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ו שמותר לשמעון לומר להעכו"ם שראובן לא נתנה לו קשה לכאורה דהא התוס' בב"ק דף קי"ד ד"ה ולא אמרן הקשו דאמאי יכולין שנים להעיד הא הפקעת הלואתו מותר ואם כן מפסידין אותו הרבה ותירצו דמ"מ לא משמתינן להו כו' משמע דאיסורא עבדי ואם כן הכא דגם כן דמי להפקעת הלוואה כמש"ל אם כן מה"ת יהיה מותר לומר לו הא מפסידין אותו ונראה דשאני הכא כיון שנתן לו העכו"ם במתנה ומתנה דמי למכר דאי לאו דקיבל

הנאה מיניה ובמה שראובן אינו מחזיר לו מפסיד הוא וכשיאמר להעכו"ם מציל עצמו מהיזק ולא דמי למעיד לעכו"ם שאין שום תועלת ומפסידו בחנם. ולפמ"ש אפילו בלא שאלת הנכרי ג"כ צ"ע דאפשר דיכול להשתדל עם הנכרי להוציאו וליתן לידו כדי להציל עצמו מהיזק וכן אם הקנה לו העכו"ם אחר כך החפץ בקנין המועיל צ"ע אם יכול להוציא בעצמו ממנו דיש לומר כיון דשל עכו"ם הוא עדיין ויכול להקנות לו ולא דמי למטלטלים דכפרי' שא"י להקנות וצ"ע:

ח אבל במטלטלין קנה ועש"ך ס"ק ד עד והוא נ"מ שאם קודם שמשך החזי' אחד במטלטלין זכה כו' וע"ש שדחק עצמי בפי' דברי הרמ"א ולפענ"ד נראה בפשיטות שהדין עם הרב בהגה"ה דהא מבואר בהרשב"ם ובתוס' דלא הוי הפקר רק מטעם דכל קנינו של נכרי בכסף וכ"מ דגם לגבי נכרי ליכא קנין לא הוי הפקר וכמש"ל בס"ק זיי"ן ע"ש ואם כן הכא במטלטלין לא מיבעיא שיכול להשתדל עם הנכרי להוציא ממנו מ"נ דאי מעות קונות במטלטלין בנכרי הרי הוא שלו כמ"ש הסמ"ע ורשאי להציל שלו באיזה ענין שירצה ואי מעות אינן קונות במטלטלין בנכרי הרי הוא של הנכרי והוא גזל ביד המחזיק ויכול לומר להנכרי דהאמת יכול להגיד להנכרי במקום שהיא גזל בידו כדמוכח בדברי התוס' בב"ק קי"ד שלא הקשו רק מטעם הפקעת הלוואה מותר משמע דבמקום שהוא גזל גמור מותר א"כ ה"נ מותר אלא אפילו אם בא לתבוע בדיננו הישראל המחזי' מחוייב להחזיר לו ") כיון שהוא ספיקא דדינא ואולי מעות קונות ושל הלוקח הוא ותחת יד הישראל המחזיק הוא ודאי גזל ואסור להחזיק בו מספיקא דשמא גזל ישראל הוא ונותנין אותו להלוקח כנ"ל ברור שוב ראיתי בתשובת הרמב"ן בסי' רכ"ח שכתב דקנה במעות לבד אפי' לדעת ר"ת כיון דנהגו הגוים להקנות בדמים רק במכר מטלטלין בגוי במעות לא קנה לסברת ר"ת. ולפ"ז אתיין דברי רמ"א בפשיטות ואין מקום לקושית הש"ך כלל:

סימן קצה

א היינו במתנה. עסמ"ע ס"ק י"א דכתב בשם המהרי"ו דאפילו במתנה יש לומר דלא ניחא ליה לזכות ביה משום דשונא מתנות יחי' וכו' ע"ש ולכאורה הן דברים תמוהין לכל רואיהן דהא כל הש"ס והפוסקים מלאין מזה דזוכין מתנה ע"י אחר וכבר עמד בזה הקצה"ח ולמען אשר לא יחשב בעל הסמ"ע לטועה בדבר פשוט שאפי' תשב"ר יודעין אותו לזאת נלפע"ד ליישב דבריו קצת דלכאורה תימה ג"כ בהא שפס' המחבר דבמכר א"י לזכות ע"י אחר דמכר לא חשיב זכות ובסי' רל"ה סעיף כ"ג מבואר דאפילו במכר אם זיכה ע"י אחר דאין המוכר יכול לחזור בו אלמא דאפילו מכר הוי זכות כיון שע"י

מה שיזכה ע"י אחר הברירה ביד הלוקח לקיים או לבטל המקח ולחזור בו חשוב זכות. ועוד תימה בהא דסי' ק"צ סעיף ד' באומר הילך מנה ויהי' שדך מכור לפ' שכתב המחבר דבעינן דוקא עשאו שליח או שאמר למוכר שדך קנוי' לי והוא תמוה דהא מתנה הוא ויכול לזכות לו שלא מדעתו וכמו בבגדים שצבען לשמן בב"ק ק"ב וכבר עמד בכל זה בקצה"ח ע"ש ובחידושי שם. וע"כ צ"ל בישוב זה דהר"ן בסוגיא דהיו רצין כתב דבממון בעינן שיהיה שלוחו של בעל הממון דוקא ומבואר בירושלמי בגיטין ר"פ האומר דאפילו שליח קבלה לא מהני במתנה ע"ש ומכ"ש בזכיה דעושה את עצמו שליח והנותן לא אמר לו זכה דלא מהני כמו דלא מהני בשיחרור מטעם תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וה"נ הוי חב לאחרים שעי"ז לא יהיה יכול הנותן לחזור (והא דמהני בלוקח שעשה שליח לקנות אף דבממון שליח של בעל הממון בעי' ע"כ צ"ל דכיון שעשאו שליח על הממון שלו השליח הוי כבע"ד על הממון והוי כאלו השליח הוא הלוקח בעצמו ממון שלו משא"כ במתנה שעשאו שליח על ממון חבירו) . ולפ"ז נראה דהחילוק מבואר דבשלמא בסי' רל"ה שהמוכר זיכה ע"י אחר ואמר להאחר זכה לפ' ונעשה האחר שלוחו של בעל הממון וכיון שאמר בלשון זכה הרי תלה הדבר במה שיהיה זכותו של חלוקה שיזכה עבורו ולכך המוכר א"י לחזור אלא הלוקח יכול לחזור בו משא"כ בסי' ק"צ באומר הילך מנה דלא אמר לו המוכר זכה רק שאמר לו שיעשה קנין שמוכר לו וכיון שהקנה לו בתורת קנין ע"י אחר מש"ה כיון שהלוקח ודאי דיכול לחזור בו כיון שנעשה שלא בפניו וכשהלוקח יחזור בו ודאי דיצטרך המוכר להחזיר המעות להנותן כמו שאבאר בסמוך ממילא אין קנין לחצאין כמ"ש הרא"ש בב"מ דף מ"ז גבי עייל ונפיק אזוזי ומש"ה גם המוכר יכול לחזור בו קודם שנתרצה הלוקח דמסתמא הי' דעת המוכר שבזמן שיהיה הקנין נגמר נגד הלוקח שלא יהיה יכול לחזור בו באותו זמן יהי' ג"כ נגמר המקח גם נגד המוכר ולא מקודם כיון שאמר בלשון קנה ולא זכה וכ"כ הט"ז בסי' קפ"ד דבאומר הילך מנה המבואר בסי' ק"ץ סעי' ד' אין המקח נגמר עד שיתרצה הלוקח ושם בסי' ק"ץ סעיף ד' דוקא בכסף מהני אפי' כשנתאכלו המעות משא"כ בק"ס דכיון שאין המקח נגמר עד שיתרצה הלוקח ממילא נתבטל הקנין מכל וכל דהא הדר סודר למרי' ע"ש וראי' לזה דאלת"ה קשה דמה שפס' המחבר בסי' רל"ה דבזיכה המוכר על ידי אחר דאין המוכר יכול לחזור בו הוא נגד ש"ס ערוכה בחולין פ"ג דמוקי הש"ס המשנה דד' פרקים בשנה משחיטין את הטבח בזיכה ע"י אחר ואפ"ה המוכר יכול לחזור בו בשאר ימות השנה וע"כ צריך לומר כמ"ש דמיירי בכה"ג שאמר המוכר לאחר שיעשה ק"ס או שאר קנין בשביל הלוקח ולכך בד' פרקים שגם הלוקח א"י לחזור דהא אם מת מת ללוקח מש"ה

גם המוכר א"י לחזור שחל הקנין נגד שניהם משא"כ בשאר ימות השנה שהלוקח יכול לחזור מש"ה גם המוכר יכול לחזור שאין הקנין חל לחצאין ולפ"ז יש ליישב קצת גם דברי הסמ"ע דאף דבמזכה מתנה ע"י אחר ודאי דזכה מ"מ בראובן שרוצ' ליתן מנה לשמעון במתנה ונתן המנה ללוי ואמר לו הילך מנה דקנ' השדה לשמעון לא נקנה השדה לשמעון מטעם שכתבתי בסמוך דכיון שאם יחזור בו הלוקח יצטרך המוכר להחזיר המעות אין קנין לחצאין וגם המוכר יכול לחזור בו (והא דבצבע בבגדים שצבען לשמן שקנאן האשה התם שאני דהא הסלקא דעתך שם דהיה סבר שקנאן האשה משום זכיי' בלא הודיע ובלא הודיע אין הלוקח יכול לבטל המקח ולא שייך לומר אין המקח חל לחצאין מש"ה גם המוכר א"י לבטל ובאמת לפי הס"ד אם הודיע להצבע יכול לבטל ולפי המסקנא דהטעם בצבע משום דאקניי אקני להו ממילא אף בהודיע זכו בהן) והא דהמוכר צריך להחזיר המעות כשחזר הלוקח נראה דדין זה תלוי במחלוקת הרשב"ם והרא"ש שהביא הב"י בטור סי' רמ"ה בנותן מתנה לאחר וזיכה לו ע"י אחר וכשנתוודע להמקבל צווח מעיקרא דלהרשב"ם הוא הפקר ולהרא"ש הדרא למרא ולפ"ז הכא להרשב"ם דהוי הפקר וממילא בדין הנ"ל בהילך מנה אף ששמעון כשיתוודע לו יהיה צווח מעיקרא אין לוי צריך להחזיר המעות דהא המעות כבר יצא מרשות ראובן ולפ"ז נגמר הקנין תיכף ואין המוכר יכול לבטל המקח והרא"ש דס"ל דהדרא למאריה וממילא כששמעון אמר לקבל המעות חוזרין ומחלוקת הרשב"ם והרא"ש נראה דתליא אי חיישי' לשמא לא ירצה שמעון לקבל מחמת ששונא מתנו' יחיה דלהרשב"ם לא חיישינן משא"כ להרא"ש ולפ"ז שפיר כתב הסמ"ע דלמאן דס"ל הסברא דשונא מתנות לסברא טובה הוא דעת הרא"ש וממילא הלוקח יכול לבטל והמעות דמי קנין חוזרין ומדמה הסמ"ע ק"ס כשנותנין לו סודר ואומר הילך סודר זה ויקנה השד' לראובן להילך מנה דה"ג כיון שיכול הלוקח לבטל המקח ואז יתחייב המוכר להחזיר לו הסודר וממילא גם המוכר יכול לבטל המקח דאין קנין לחצאין ומ"מ נראה דהעיקר כהרמ"א דבמהנה הק"מ קיים שלא בפניו לכ"ע דלא דמי לגמרי להילך מנה דהא לא לקחו רק ע"מ להחזירו ולשם קנין וכבר החזירו לא שייך לומר דאין קנין לחצאין דקנין הוא רק כמו קנין ע"מ להקנות כמבואר בנדרים דף מ"ח: ועוד נלפענ"ד לפרש דברי הסמ"ע שכתב דבמתנה ג"כ אין הק"ס חל שלא בפניו דהנה כשנוטל כלי של קונה שלא בפניו נראה לכאורה דלא קנה כיון שאין לו מי שיקנה לו החפץ של קונה ובקנין דעת המקנה בעינן וכשאין כאן דעת מקנה להקנות לו הסודר אין המקנה קונה הסודר כלל וס"ל להסמ"ע דאפי' בסודר של העדים מ"מ כיון שמזכין העדים חפצם מתחלה להכונה שוב אין יכולין להקנותו להמקנה אמנם הש"ך בסי' שנ"ח

כתב דבמתנה כשיש אומדנא דמוכח שאם הי' המקנה ידע מזה שהיה מקנה לו כגון בכלך אצל יפות קונה אותו למפרע ולפ"ז ה"נ כיון דמקנה לו חלף החפץ מתנה מרובה ודאי אומדנא דמוכח הוא שאלו היה יודע שנותן לו הרבה חלופי החמץ שהיה מקנה לו ולכך קנה ולזה כתב הסמ"ע דאם נאמר חיישינן לאיש שהוא שונא מתנות שוב ליכא אומדנא דמוכח ולא קנה חפצו של הקונה וממילא לא יקנה ג"כ חפצו של המקנה לקונה ומ"מ נראה עיקר כהרמ"א דבסודר של עדים מהני במתנ' כיון דק"ס רק קני ע"מ להקנות הוא מהני אפי' שלא בפני הקונה ולפמש"ל יש לתרץ ג"כ מה שהקשה בקצה"ח למאן דס"ל דבמכר לא מהני שלא בפני הקונה דהא התו' הוכיחו דין זה מהא דכותבין שטר אקנייתא למוכר שלא בפני הלוקח אלמא דמהני שלא בפני הקונה ולפי הנ"ל יש לומר דהתוס' לא הוכיחו רק דק"ס מהני שלא בפני הקונ' וכיון דהוכיחו דק"ס מהני שלא בפניו רק דבמכר לא מהני משום דלאו זכות הוא א"כ לא קשה משטר הקנא' די"ל דמיירי באמר בפי' זכה דהוי זכות כמבואר בסי' רל"ה וכמש"ל וגם מה שהקש' הא דלא כותבין בשטר מכר שהי' בפני הקונה די"ל דהרא"ש לא הקש' רק ממתנ' כיון דזכין לאדם שלא בפניו רק דק"ס לא מהני שלא בפניו והי' לנו לחוש לטעות שיטעו העדים בדיני ק"ס כמו דחיישי' לענין מה שכותבין במנא דכשר אבל במכר דהטע' הוא משום דמכר לאו זכות הוא ואין חבין לאדם שלא בפניו לא חיישי' לטעות העדים כיון דלאו בדיני קנין הוא:

ב לנתק כל הכלי עש"ך ס"ק וי"ו שהקש' מסי' רס"ט ותירוצו דחוק מאוד דמניין לו להרמב"ם לחילוקי' כאלו בלא הוכחה מהש"ס ולפענ"ד נראה ליישב קצת דהרמב"ם אזיל לשיטתו שהביאו המחבר בסי' רע"א סעי' ב' בהמת מציא' שקדם א' ואחז במוסירה שקנה האוחז המוסירה לבדו וכתב הסמ"ע שם הטעם משום דיכול לנתק והש"ך תמה שם שהוא נגד הש"ס ולכן נלפענ"ד דהי' קשה ליה להרמב"ם בהא דאמר בש"ס בהגביה חציה מעג"ק דלא קנה דמהיכי תיתי לא יקנה אותו החלק שהוא מוגבה מכחו כיון דהגבהה קנין הוא והוא אינו רוצה לקנות רק החצי וכי משום שלא הגביה החלק שאינו רוצה לקנותו לא יקנה גם החלק שרוצה לקנותו ועשה בו קנין וכן קשה במו"מ כשלא מכר לו רק החצי והלוקח הגביה החצי מה"ת לא יקנה וע"כ צ"ל הטעם משום דאוגדו ביד חבירו או ביד הפקר לא מהני ביה קנין ולכך ס"ל להרמב"ם דכל שיכול לנתקו לא חשיב שוב אוגדו ביד חבירו דהא בגט חשיב כריתות ביכול לנתקו והש"ס בב"מ דף ט' לא אמר דהא דר' אבהו בדותא הוא רק על מה שרצה ר' אבוהו לומר דקנה הכל אף בהחלק שאינו מוגבה מכוחו ולא עשה בו קנין כלל מטעם שיכול לנתקו ואז יהיה מוגבה ונחשב כאלו כבר הגביה וכבר עשה בו קנין וזהו ודאי לא מסתבר כלל וכן משמע קצת

מהא דאמר בב"מ שם אלא מעתה כו' ובא אחד והגביה חצי' מעל גבי עמוד ה"נ דקמא קנה ובתרא לא קנה וקשה דלא היה לו לומר רק בא אחד והגביה חציה מעג"ק והניחה ה"נ דקנה ואין אחר יכול לזכות בו והיה מוכח מזה דלא קנה הראשון כלל אבל השתא דלא מתמה הש"ס רק מה דבתרא לא קנה כלל אפילו אותו חלק שלא הגביה הראשון ממילא יש לומר דאותו החלק שהיה מוגבה מכחה של ראשון קנה תיכף ולפ"ז יש לומר דהרמב"ם מיירי שאחז פחות מג' בידו והמותר היה מוגבה מכחו דכיון שהוא דבר מועט מאוד מן הסתם הוא מוגבה מכחו כשאוחז מקצת בידו כנ"ל ליישב קצת דברי הרמב"ם וכן בסי' רע"א במ"ש שהתופס במוסירה קונה המוסירה היינו בהחלק שעשה בו קנין הגבהה והא דבאחד רכוב ואחד תפוס במוסירה דבסי' רע"א פסק רב אשי דלא קנה לא זה ולא זה באמת השיטה מקובצת תמה שם דלמה לא יקנה התופס במוסירה החצי ותי' דקנין של אחד מבטל קנין חבירו ע"ש משום דאחר עשה קנין משיכה ואחד קנין הגבהה אבל ודאי כשאחד תפוס במוסירה לבדו ואין מי שיבטלו ודאי קונה מה שמוגבה מכחו:

ג ובסתם אמרינן לכאורה קשה דמם"נ במאי מיירי דאי במכר והקנה לו בסתם מה"ת לומר דהוי כלאחר למ"ד ועוד דא"כ בכסף דלא הוי קנין בכדי דהא מהני אפילו נתאכלו המעות יהיה המוכר יכול לומר שלא הקנה לו הקנין עד אחר זמן מרובה לכן נראה בכוונתו דוקא כשתלה הקנין בלאחר למ"ד כגון שאמר לו תקנה לאחר למ"ד או אל תקנה אלא לאחר ל' אז לא קנה אבל אם הקנה לו בסתם אפי' אמר לו בפיו שלא ישתמש בו או שלא יקחנו עד אחר למ"ד והוא דבר שלא בא לעולם ויכול הקנין לתפוס בו מיד אמרינן דהוי כמעכשיו וכ"כ בתשובת הרמב"ן הביאו הב"י בסי' כ"ז:

ד וי"א שאינן נקנין בק"ס ובקצה"ח הקשה מהא דשואל אדם בטובתו ומגרגותני המבואר בב"מ ס"פ השואל ע"ש ובח"מ סי' שמ"א ולפעד"נ דדוקא שאילת קרקע שלא נפחת ואין בו רק הנאת דירה. ושימוש שאין בו ממש וקנין בגוף הקרקע דמי לטובת הנאה שאין בו ממון בגוף החפץ לא נקנה בק"ס אבל שאלת מטלטלין שנפחת גוף החפץ בתשמיש הוי כאלו מקנה לו בגוף החפץ להשתמש בו ולחסרו תדע דהא אמר התם ומהדר ליה קתי' ואין לך קנין בגוף החפץ יותר מזה וכן שאלת קרקע כששואל לחפור בו בורות כעין גרגותני הוי קנין בגוף החפץ ומהני בי' ק"ס וכן עבד עברי שמקשה שם בקצה"ח לא קשה שהרי גופו קנוי וחשוב ממון בגוף החפץ:

סימן קצו

א ונקנה ג"כ במשיכה הפ"י בחי' תמה הא עבד איתקש לקרקע ותי' דאין דנין אפשר משאי אפשר דקרקע א"א במשיכה וק"ל הא מבואר בסי' ר"ב גבי עציץ נקוב דאינו קונה הזרעים במשיכה משום דאין קרקע נקנה במשיכה והוא ש"ס מפורש בגיטין כ"ב אלמא דקרקע אף דאפשר במשיכה לא נקנה במשיכה והעיקר כתי' הא' שכתב הפ"י שם ע"ש גם מה שהקשה הפ"י שם הא בעבד ל"ש הטעם דנשרפו חיטיך לא ידענא דודאי אף במקום דל"ש הטעם דנשרפו חיטיך מ"מ לא עקרו רבנן קנין משיכה ולא פלוג רבנן תדע דהא בהנך המבואר בסי' קצ"ח דמהני קנין מעות משום דל"ש התקנה דנשרפו חיטיך וכי לא יועיל בהו משיכה א"ו דלא מהני בהך דל"ש הסברא דנשרפו חיטיך רק לענין שלא לקלקל קנין מעות אבל קנין משיכה לעולם לא בטל:

ב שה"ה אם הגביהו רבו נראה דל"פ רק בהגבהה שהוגבה מכחו וכעין מ"ש בסי' קצ"ח ס"ב אבל בהגביה בידו הגבהה גופיה משיכה הוא שמשכו לרשותו דידו עדיפא מחצירו:

ג אם קראו ע' סמ"ע ס"ק ח' עד דה"ה כשרבו הראשון אמר לו לך אצל הלוקח והוא תמוה מאוד כמו שתמה בקצה"ח דהא מה דאזיל מחמת המוכר לאו כלום הוא:

סימן קצז

א או שרכב עליה כולן תמהו על הרמב"ם שפסק דרכוב לחודי' קנה כיון דר"י אליבא דשמואל מסיק דרכוב לחודי' לא קנה וכל מה דאקשי' לי' שני' לי ולפעד"נ דהרמב"ם אזיל בשיטת הריצב"א שהביא הש"מ דלא אמר בש"ס דרכוב לא קנה רק ברוכב עליה והבהמה עומדת במקומה אבל כשהולכת ודאי קנה דהוי משיכה ע"ש והא דמיבעיא ליה התם ברכוב במקום מנהיג הוא מטעם כיון דרואין שהבהמה הולכת יש ספק דילמא אחד מהן מבטל כח חבירו שלא תלך רק מחמתו ולא מחמת השני ובחידושי לסוגיא זו הארכתי בישוב סוגית הש"ס ע"ש וע"ש עוד שכתבתי דאפי' למאן דס"ל לקמן בסי' ר' סעיף א' דד' אמות קונין אף במו"מ מ"מ כיון דרכב עליה גלי דעתיה דברכיבה ניחא ליה דנקנה ולא בד"א דאפי' למאן דחולק בסי' רס"ח וס"ל דבנפל ל"א גלי דעתיה היינו דוקא בנפילה דלאו קנין הוא כלל אבל למ"ד דרכוב קנה כיון שהתחיל לעשות קנין דאורייתא מבטל הקנין דרבנן דהא אפילו בקניינים דאורייתא כשהתחיל לעשות קנין המעולה אמרינן דגלי דעתי' שלא יקנה בקנין הגרוע כמו במוסירה ומשיכה בסי' קצ"ח סעיף י"ב ע"ש ומכ"ש קנין דרבנן נגד קנין דאורייתא ולכך בעי התם הש"ס ברכוב במקום מנהיג ול"א דמי שבא קודם לתוך ד' אמות קנהו אבל למאן דס"ל דרכוב לא קנה כלל ל"א

גלי דעתיה כמו בנפילה וממילא קונה רכוב מכח הד"א למאן דס"ל דאף במקח וממכר קונה ד' אמות וע"ע לקמן ס"ה בדין רכוב:

ב שהיה בר"ה עסמ"ע ס"ק י"ד ובקצה"ח הקשה הא רכיבה הוא מטעם משיכה ומשיכה לא מהני בר"ה והוא לכאורה תמוה בעיני כל מעיין ואפשר דס"ל כדעת התוס' ב"מ דף ט' בד"ה ונקנה נמי רכוב במוסירה דמשמע מדבריהם דאי אמרינן רכוב קנה קנה מטעם מוסירה ע"ש ואף שכתבו לעיל בד"ה רכוב עדיף דבעינן ג"כ אזלא מעט מחמתי' ע"ש וע"כ צ"ל דס"ל להתוס' דמצרפין קנין מוסירה לקנין דאזלא מחמתי' ובצירוף שניהם קונה וכ"כ הש"מ רק שכתב דבמציאה אין מצרפין משום דל"ש מוסירה כלל במציאה דמאן מסר ליה אבל במו"מ דשייך מוסירה מצרפין וכיון דע"י צירוף של משיכה דאזלא מחמתי' וע"י מוסירה נגמר הקנין ומוסירה אינו קונה רק ברה"ר ומשיכה אינו קונה רק בסימטא א"כ אין לחלק ברכיבה בין סימטא לרה"ר כיון דע"י צירוף שניהם באה הקנין לכך אין לחלק בין סימטא לרה"ר: ועוד נראה דמיירי הכא ברכב עליה מרה"ר לסימטא דאז א"צ להוליכה לסימטא רק כל שהוא כמבואר בסי' קצ"ח סעיף י"ד מטעם כיון דעכ"פ משכה כולו משום הכי קנה משא"כ ברה"ר שאין רבים דוחקים שם לא קנה והטעם דכיון שמצרפין להקנין שעשה בסימטא מה שרכב עליה ברה"ר שהוא לא כדרך ב"א מש"ה לא קנה אבל אם רכב עליה מר"ה לסימטא ועשה שם משיכה גמורה דהיינו שבא עם כל הבהמה לתוך הסימטא נראה דקנה אפי' ברה"ר שאין רבים דוחקים כיון שעכ"פ עשה קנין גמור כדרך ב"א מה שרכב עליה בסימטא מה בכך שעשה מתחלה שלא כדרך בני אדם:

ג משוך ותקנה. עיין בהשגת הראב"ד שהקשה ע"ז דהא מצינו לשון זה הרבה פעמים כגון אחת מכם תתקדש לי וכן עקוץ תאנה ותקנה לך גנבותי וכו' ע"ש ולפענ"ד לק"מ דבשלמא בקנין כסף כגון בקידושין או במכירה בקנין כסף אפי' אם דעתו שיקנה אחר נתינת הכסף קנה דהא אפי' באומר קנה אחר ל' קנה דהני זוזי לאו למלוה דמי משא"כ במשיכה דאינו מועיל שיקנה אח"כ דכלתה משיכתו:

ד ומשך לא קנה. מדברי המחבר משמע דאפי' עומדת בביתו בסוף ל' לא קנה כדעת הרמב"ם וכן משמע בב"י בטור ולכאורה קשה דבב"מ בריש המפקיד עביד נ"מ בין לישנא דאמר לכשתגנוב ותשלימני תהי' פרתי קנוי' לך מעכשיו ובין לישנא דאמר סמוך לגניבותה קנוי לך קאמר נ"מ דקיימא באגם משמע דבעומדת בחצירו אפי' בלא מעכשיו קונה דאלת"ה לא משכח' אופן שיקנה אמנם אחר העיון ל"ק כלל דבכאן לא מצי למיקני מטעם חצר כיון דאמר משוך וקנה הרי גילה דעתו שא"ר להקנות רק במשיכה וכמבואר

לעיל סעיף א' בהג"ה משא"כ בהמפקיד דלא אמר מידי רק דאיכא אומדנא ודאי דרוצה להקנות בכל מה שיוכל באיזה קנין שירצה מש"ה קונה מטעם חצר אמנם הר"ן יש לו דרך אחרת בזה בכתובות פ' הכותב דאפי' עומדת באגם קנה ולכאור' קשה עליו ג"כ מש"ס זו דמשם מוכח דבלא מעכשיו לא קנה בעומדת באגם ונראה ליישב דברי הר"ן דהנה יש לעיין בהא דאמר שם נעשה כאומר לו לכשתגנוב ותשלימני תהיה פרתי קנוי' לך הא בעינן בקנין דעת מקנהו ודעת קונה וכאן במפקיד ודאי דלא היה דעתם לכך לשם קנין וע"כ צ"ל הטעם מדעת דלא משום דכ' הש"ך בסי' שנ"ח סק"א דאי איכא אומדנא קנה אע"ג דלא הוי ידע המקנה ול"ד ליאוש שלא קנה כיון דהוא בע"כ משא"כ במתנה איכא אומדנא דאילו הוי ידע הוי נתן אפי' שלא מדעת קנה ע"ש א"כ ה"נ קים להו לחכמים דאילו הוי ידע שיוגנב וישלם ודאי הוי מקנה ליה מש"ה קנה אפי' שלא מדעת וזהו אמרם נעשה כאומר משום האומדנא אמנם בקנין בעינן דעת מקנה ודעת קונה והאומדנ' נראה דאינו מועיל רק לתקן דעת מקנה אמנם במקום דלא נתכוין הקונה לקנות בהקנין נראה דאפי' איכא אומדנא דמוכח דאילו הוי ידע הוי קונה נראה דלא קנה כל כמה דלא נתכוין לקנות בקנין זה דכל הקנינים בעינן שיהיה כוונה לשם קנין וראיה לזה דהא עודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא קנה אף דאיכא אומדנא דמוכח טובא דאילו הוי ידע שהן נכסי הגר ודאי דהוי מתכוין לקנות אפ"ה לא קנה מטעם דקנין בלא כוונה לאו קנין הוא וא"כ קשה בכאן דנהי דאיכא אומדנא מ"מ הא אומדנא לא מהני כל שלא הי' בכוונה לשם קנין דקנין כוונה בעי דמשיכה בלא כוונת קנין לאו כלום הוא ואף דהרשב"א בגיטין ד' ך' כתב דמו"מ דדעת אחרת מקנה אותו מהני בלא כוונה היינו דוקא כשהמקנה נתכוין שיהיה לשם קנין ועמש"ל סי' ר' סעיף ח' והכא לא הי' דעת קונה סמוך לגניבה וע"כ צ"ל דכאן בהמפקיד מטעם חצר קונה דבלשון השני בש"ס לא נקט לשון משוך רק סמוך לגניבה קנויה לך וחצירו קונה שלא מדעתו וכיון דאיכא אומדנא דמוכח שהמפקיד רוצה להקנות קונה הלוקח מטעם חצר וכיון דבעינן חצירו מש"ה לא קנה בעומדת באגם משא"כ במשיכה אדעת קנין קנה אפי' בעומדת באגם דמשיכ' אריכתא היא כמ"ש הר"ן משא"כ בהמפקיד דלא קנה מטעם משיכה כנ"ל רק מטעם חצר בעינן שיהיה עומדת בחצר כנ"ל ועוד נ"ל ליישב לדעת הר"ן דהנה הר"ן כ' בתשובה ס"צ גבי אין מתירין הנדר עד שיכול כ' דוקא נדר שהוא על תנאי דאז מיקרי לא חל הנדר משא"כ בנודר לזמן מתיר אפי' קודם הזמן דזה מיקרא חל הנדר כיון דזמן ממילא קאתי וא"כ ה"נ יש לחלק כך דדוקא במשך לאחר למ"ד כיון דזמן ממילא קאתי מיקרי חל הקנין וא"כ המשיכה היתה בשעת חלות הקנין ונוכל לומר משיכה אריכתא היא משא"כ בהמפקיד

דנעשה כאומר לכשתגנוב ותשלימני דעל תנאי היא הרי המשיכה קודם חלות הקנין דלא מהני ולפ"ז י"ל דאף הר"ן מודה להרמב"ם בעל תנאי דאינו מועיל אף כשעומד' בחצירו ומיישב הסוגיא כמו הרמב"ם כמש"ל אמנם עדיין צריך ליישב לדעת הרמב"ם מה שתמה עליו הר"ן דבגט מגורשת אפי' בלא מעכשיו ובקנין לא קנה כ"א כשאמר מעכשיו וכן קשה על הש"ע דגם המחבר פסק באה"ע דמגורשת אפי' בלא מעכשיו וכבר תמה הב"ש שם ע"ש ונראה דהרמב"ם והש"ע מפרשי' כשאמר ה"ז גיטך ולא תתגרשי עד לאחר ל' דהכוונה שמקנה לה הגט מיד רק שמתנה עמה שלא תתגרש עד לאחר ל' דאף שקנתה הגט קודם הגירושין מ"מ מגורשת תדע דבמגרש חוץ מפ' דקנאהו לפסול לכהונה ואפילו הכא מהני כשנוטל הימנה וחוזר ונותן לה ואומר לה הא גיטך ולא הוצרך שתקנה לו האשה הגט וסגי כשנוטל הימנה וכן מוכח ג"כ באה"ע סי' קל"ח סעיף ד' באמר לה זכי בשט"ח דסגי כשנוטל הימנה ומכ"ש הכא שבשעת נתינה הקנה לה הגט מיד רק שהתנה עמה שלא תתגרש עד אחר ל' ודאי דמהני וכיון שקנתה הגט והניחה בסימטא נקנה מקום הסימטא להאשה מטעם שכ' התוס' בקידושין דף ך"ח שמקום הכלי קנוי לבעל הכלי נמצא הגט מונח ברשותה בשעה שנגמר הגירושין משא"כ במשוך פרה ולא תקנה עד אחר ל' שכלתה משיכה ואין לו במה לקנותו אחר ל' לא קנה כיון דקודם ל' הכלי של המוכר וכשהניחן בסימטא נעשה גם הסימטא של המוכר:

ה ואפי' היתה עומדת באגם. עסמ"ע ס"ק י"ד עד אלא הוה צריך שיתנה בע"מ וכו' וע' בט"ז שהקשה דהא לא קיי"ל כשמואל ע"ש ומה מאוד תמה אני על הגאונים הנ"ל שלא שמו לבם להא דמבואר בסי' רנ"ז ס"א בהג"ה דמקדיש נכסיו וכו' דא"א לומר גוף מהיום וכו' אלמא דבממון מעכשיו לאו חזרה ולאו תנאה ולאו שיורא הוי אלא אמרינן גוף מהיום ופירי לאחר זמן וכן היא בב"ב בהדיא דאי מעכשיו תנאה או שיורא הוי אף בהקדש קדוש והתו' בקידושין ס"ג בד"ה כגון דכתב לה שכתבו דבעינן ע"מ מעכשיו אזלי לשיטתייהו שכתבו ביבמות צ"ג ד"ה קנויה לך דבמעכשיו ולאחר ל' ל"א גוף מהיום ופירי לאחר זמן אבל מדברי הש"ע מוכח דס"ל דאפי' במעכשיו ולאחר ל' אמרינן גוף מהיום כנ"ל והוא דעת הר"ן כתובות ד' פ"ו ומ"ה פסק שפיר כאן דבמעכשיו לבד קנה כנ"ל ברור וכן הוא דעת הש"ך בס"ק ד' במה שרימז להר"ן פרק הכותב ע"ש: אמנם באמת קשה אהא דסי' רנ"ז שפסק שאינו קדוש דהא אדרבה י"ל דכיון דליכא למימר גופא מהיום נימא דתנאי הוה כמו בגט כיון דלא מ"ל גופא מהיום אמרינן דתנאה או קנה שיורא הוי כמבואר בב"ב דף קל"ו ה"נ נימא כן וראיתי בתשובת הרשב"א סי' תקס"ג שממנו מקור הדין והלשון משובש ע"ש שכתב דאפי' תנאי לא מועיל וכו' ע"ש דקשה מה"ת לא יועיל

תנאי ועוד דגם בהפקר כתב הרשב"א כך ובהפקר מבואר בירושלמי דלרבנן דתנא' הוי הפקר ועוד דבירושלמי מבואר דבהקדש הוי הקדש במעכשיו ולאחר ל' ע"ש לכן נראה כנ"ל ברשב"א משא"כ הכא דספק תנאי אינו מועיל מטעם דאוקי ממונ' בחזקת מרי' ודיינין לי' בחזר' וכן מוכח מהירושלמי דבגט קאמר דלרבנן הוי ספק מגורש' משום ספק תנאי ספק חזרה ובגט שיחרור קאמר דלרבנן לא הוי משוחרר וע"כ הוא מטעם זה משום דאוקי ממונא בחזקת מרי' ומוכח מהירושלמי דבספ' שיחרור ל"א דהעבד מוחזק ותפיס בעצמו (וע' ברמב"ם פ"ח מה' עבדים ואין כאן מקומו) וזה הטעם ג"כ בהפקר כמבואר בירושלמי מטעם אוקי ממונא בחזקת מריה ודוקא כשחוזר בו תוך ל' דהא מטעם חזרה אתינן עלה אבל כשלא חזר בו ודאי דהוי הפקר ושיחרור דהא אפי' בלא אמר מעכשיו רק סתם לאחר ל' מהני בשלא חזר בו ומה"ת יגרע כשאמר מעכשיו מכשלא אמר רק סתם לאחר ל' והא דבירושלמי משמע דבהקדש מהני כשאמר מעכשיו ע"ש הוא מטעם שכתב הר"ן בנדרים ד' ל' ע"ש דאיכא פלוגתא בירושלמי במקדיש לאחר ל' אפי' בלא מעכשיו דאיכא מ"ד דא"י לחזור בו משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי ע"ש בר"ן וכ"ה טעם הירושלמי והרב פוסק כהרשב"א שמביא הר"ן שם דיכול לחזור בו כשלא אמר מעכשיו ע"ש ומש"ה פסק גם במעכשיו כן משום דספק חזרה הוא ואוקי ממונא בחזקת מריה והוי כחזר בו ממה שאמר מעכשיו כשאמר אחר ל' דיכול לחזור בו כנ"ל אמנם במקום דאיכא למימר גופא מהיום ופירי לאחר זמן ודאי דאמרי' כדמוכח כאן ובסי' רנ"ז אמנם זהו דוקא במעכשיו ולאחר ל' אבל במעכשיו אם לא באתי או שאר תנאים ודאי דמעכשיו תנאה הוי ולא אמרי' בי' גופא מהיום ופירי לאחר שיתקיים התנאי וראי' מהא דהלוהו על שדהו בב"מ ד' ס"ח ובכמה דוכתי דמעכשיו דתנאה תנאה הוי ונראה דבמעכשיו דתנאה אפי' בקידושין יכול לגרש קודם קיום התנאי דבמעכשיו דתנא' הוי גילוי מילתא למפרע דדוקא במעכשיו ולאחר ל' כתב הרשב"ם דא"י לגרש קודם הזמן דל"א ביה איגלאי מילתא למפרע רק במעכשיו מתחיל ולאחר ל' נגמר משא"כ במעכשיו דתנאה תדע דבסי' קמ"ג באה"ע מבואר דבמעכשיו יכולה להנשא קודם קיום התנאי בגט אלמא דבמעכשיו דתנאה קיום התנאי הוי גילוי מילתא למפרע. ושפיר כתב הרמ"א בסי' רי"א סעיף ז' דיכול למכור לאחר קודם קיום התנאי וכללא הכי הוא דבאמר מעכשיו אז אם אמר בלשון תנאי מעכשיו תנאה הוי וכשיתקיים איגלאי מילתא למפרע ובמעכשיו ולאחר ל' הוי גוף מהיום ופירי לאחר זמן. ועי' במל"מ פ"ו מה' גירושין:

סימן קצח

א ד"ת מעות קונות נראה דמן התורה כיון דאיכא מעות אינו קונה רק במעות אבל במקום דליכא מעות משיכה הוא דבר תורה כגון שמגבהו בחובו או בהפקר דליכא מעות משיכה קונה:

ב שלא יקנה עסמ"ע סק"ג שאם קידש המוכר אשה בהמעות דמקודשת דלחומרא לא נעקרו כו' לא הוצרך לטעם זה רק למאן דס"ל דאסור למוכר להשתמש במעות אבל למאן דס"ל דמותר להמוכר להשתמש בהמעות מטעם דחז"ל לא עקרו קנין המעות של המוכר כמ"ש התו' ב"מ דף מ"ג ד"ה מאי איריא ודאי דבלא טעם זה קידושיו קידושין ואחר שקיבל מי שפרע ודאי דא"י לקדש בו אשה:

ג בהגבהת טפח עסמ"ע ס"ק ד' כיון שהוא בידו הרי הוא כאילו הוא ברשותו דבריו תמוהין מאוד דודאי כשלקחו בידו אפילו ליכא טפח קנה דידו קונה מטעם חצירו כמ"ש התוס' ב"ק כ"ט ד"ה אלא אמר ר"א ע"ש רק דפלוגתייהו הוא באם לא הגביה בידו רק שיגבה מכחו ונראה דאם בולט חוץ לידו שאינה גבוהה מן הקרקע טפח אז הדין כך דאם בולט למעלה נגד אויר ידו קנה מטעם חצר כמו נגד אויר חצירו דלא בעינן מחיצות כשהוא נח כמבואר בגיטין דף ע"ט אבל אם בולט לצד ידו אינו קונה מטעם ידו רק מטעם הגבהה ובעינן שיהיה מוגבה למר ג"ט ולמר טפח וגם בעינן שיהיה על האופן המבואר בסי רס"ט:

ד יתמהמה המוכר עסמ"ע ס"ק ז' שהקשה מק"ס ותי' כיון דלא לקח המעות וכו' ובחליפין שוה שזה אף בלא"ה לא שייך הטעם דנשרפו חיטיך כיון דשייך גם כן אצל הלוקח אח"כ מצאתי בשטה מקובצת שכתב כן ובסטומתא ובק"ס נראה כיון דסתם אינו נותן המעות לא פלוג רבנן ואפילו נתן המעות ג"כ קונה ובמעות לחוד אפילו לא נתן רק מקצת מעות דלא שייך לומר נשרפו חיטיך מ"מ לא קנה רק למי שפרע כיון דעקרו קנין מעות לגמרי עקרוהו וראי' מחולין דף פ"ג בנתן דינר על הבהמה דאינו קונה רק בארבעה פרקים ולא בשאר ימות השנה ע"ש:

ה במקום דליכא למיחוש לדליקה לכאורה הדברים תמוהין דהא משנה מפורשת הוא דהכסף אינו קונה הזהב משום דכספא טיבעא אף דבמעות לא שייך לומר נשרפו מעותיך בעלי' כמ"ש התוספות בב"מ דף מ"ג ד"ה מאי אריא ובפרט דלשניהם שייך טעם דנשרפו ואפ"ה לא קנה אלמא דלא פלוג רבנן בתקנתא ונראה דלק"מ דלא מיבעיא לתי' בתרא שכתבו התוספות ב"מ דף מ"ג שם דלר"י לא עקרו הקנין מעות אצל מוכר א"כ חייב המוכר באונסי' הכסף שהן המעות ואחר שלא עקרו קנין המעות אצל המוכר אף שמעות

אינו קונה וממילא אף אחר התקנה שמעות לא יקנה א"י המוכר לומר נשרפו כספך משא"כ באונסי הזהב שהן פירי ודאי שיפטר המוכר מאונסין אם נאמר שמעות קונות ואפילו לתירוץ קמא שמתרצין התוס' דלא שייך במעות לומר נשרפו מעותיך משום דכספי' אין להן שמירה אלא בקרקע מ"מ תירוץ זה לא שייך רק בהמעות שקיבל המוכר דנעשה עכ"פ ש"ח עליו דהא קיבלן לביתו מש"כ אי מעות קונות וכבר נקנו לו החיטין בקנין גמור אפילו ש"ח לא הוי המוכר עליהן כמ"ש הב"י בס"ס זה בטור דאחר שנעשה קנין גמור בהחיטין אין המוכר עליהן אפילו ש"ח עיין שם:

ו ויש אומרים דאפילו הוציאן טעם פלוגתתן עיין בב"י דפליגי אי נתינה בע"כ הוי נתינה או לא דטול את שלך הוי כנתינה ועיין בסמ"ע בסי' ק"ך ונראה ברור דאם אמר הלוה טול שלך ואמר המלוה יהיה בידך פקדון דפטור כיון דטול שלך כנתינה דמי והלה נתרצה הרי נתינה ברצוי לכולי עלמא הוי נתינה ולא דמי להא דסי' ק"ך דאם אמר המלוה יהיה בידך פקדון דלא נפטר דשם איידי שלא אמר הלוה טול או באופן שלא היה יכול לומר טול כגון בתוך הזמן דלא היה נתינה מיד הלוה אבל כשאמר לו טול דהוה נתינה והלה נתרצה כולי עלמא מודו דנתינה ברצוי הוי נתינה ולא פליגי רק בנתינה בע"כ כנ"ל:

סימן קצט

א היה לו מעות בידו ואם המעות ידועים והפירות אינן ידיעום כגון שאמר מכור לי פירות אלו שאין מניינם ומשקלם ידוע במנה הוא מחלוקת הט"ז והסמ"ע בסי' רכ"ז סעיף י"ט דלהסמ"ע פירות אכסרה שכיח ולהט"ז הוא לא שכיח והעיקר כהט"ז דבהדיא כתב הרמב"ם בפ' י"ג מהלכות מכירה דבין לוקח בדמים אכסרה דקנה בחליפין וה"ה לוקח פירות אכסרה בדמים ידועים כו' מוכח דתרווייהו כחליפין דמי אמנם זהו דוקא כשאין המדה ידוע שזה אין אדם יכול לכוין במחשבתו אבל בחמץ שאין שומתו ידוע לא דמי למעות אכסרה דשכיח הוא ועיין מ"ש לק' סי' ר"נ:

ב אבל אם היה עליו חוב עסמ"ע ס"ק ג' הטעם דבחוב הבא מחמת מכר עשאו חז"ל כאילו המכר האחד הוא בעין וכו' ונראה הטעם לממש"ל בסי' קצ"א בשם השיטה ובשם המחנה אמרים דכשמכר לו בעד מזומן ואינו רוצה לסלק לו במעות דהרשות ביד המוכר לבטל המקח ואין כאן מקח כלל וכיון שיכול לבטל המקח שפיר הוי כחליפין ולפ"ז נראה דבעינן שיהיה בעין החפץ הא' אמנם יש פוסקים ס"ל כדעת הרמב"ם דאפילו חוב שלא מחמת מכר קונה ותמהו עליו דהא בקידושין דף ו' אמרינן דאף במכר מלוה לא קנה וליישב קצת דברי הרמב"ם נראה דהרמב"ם היה לו הוכחה דמלוה קונה במכר

מהא דב"מ ד' מ"ו שיש דמים שהן כחליפין כמ"ש מפרשי דבריו והא דקידושין דקאמר בפשיטות דמלוה במכר לא קנה לפעד"נ לחלק דהנה הא דמלוה לא קנה הטעם הוא דמלוה להוצאה ניתנה ואין לו במה לקנות ולפ"ז אפ"ל לאביי דס"ל בע"ח למפרע הוא גובה בפסחים ל"א ואי אקדיש מלוה וזבין מלוה מוקדש ומכור אלמא דס"ל דהוי כאלו קנו ליה הקרקע להמלוה בשעת הלוואה כשנותן הכסף לידו והוי כאו' לו קנה מעכשיו ולכשאגבך וכיון שנתרצה להגבותו מזה קנה למפרע משעת נתינת המעות כיון דאדעתא דקנין נתן לו המעות בתחלה והגובייגא הוא רק כקיום התנאי דלא בעי קנין ואף דאנן קיי"ל כרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה מ"מ בסי' ק"ג ס"ו פסק די"א שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע שיכול המלוה למוכרו וע' בבעה"ת שער מ"ג ח"ב שכתב דהנך רבוותא ס"ל דאפילו רבא מודה דאחר זמן פרעון למפרע הוא גובה וע' באו"ח סי' ק"ג ולכך שפיר פסק הרמב"ם דלענין מכר כשמגבה אותו הקרקע או המטלטלין בעד כל חובו דקנה והרמב"ם מיירי אחר זמ"פ כמ"ש הסמ"ע בסי' ר"ד ס"ק ט"ו לענין הרווחת זמן דמיירי אחר זמ"פ ואפשר דהרמב"ם ס"ל דאפילו תוך זמ"מ דמהני כיון שהלוה כאן ומחל לו הרחבת הזמ"פ הוי כאלו כבר הגיע הזמ"פ משא"כ בקידושי אשה דל"ש ביה גובייגא אינה מקודשת ובקידושין דאמר בפשיטות דמלוה אינה קונה במכר מיירי שאינו נותן המלוה שיש לו אצל חבירו רק לקנין כגון שקונה קרקע של מאה מנה ויש לו אצל חבירו חוב פרוטה נותן אותו להלוה בתורת קנין שיקנה בו השדה דהקרקע נקנית בכסף ואפילו בפרוטה ואפילו כשנותן לו הפרוטה במתנה ע"מ להחזיר כמבואר בסי' ק"ץ ובכה"ג ודאי לא קנה כיון דלאו גובייגא הוא וכסף לא הוי כיון דלהוצאה ניתנה ואין בעין כנ"ל ליישב דעת הרמב"ם:

ג הקדש וצדקה בקצה"ח הקשה דהא התוס' מחלקין בין הקדש ליתומים דבהקדש מדאורייתא בכסף משא"כ יתומים דרק משום תקנה עשאו כהקדש וא"כ כיון דקי"ל דצדקה הוי כהדיוט לכל מילי לענין שבועה בסי' צ"ה ולענין ריבית ואונאה וכן לענין נדיב לב עולות בסי' רי"ב א"כ ה"נ לענין קנין מעות דינו כהדיוט ודין יתומים ממש להן ויכולין שניהן לחזור בהן אחר נתינת המעות ע"ש והנה מ"ש דלענין נדיב לב עולות קיי"ל בסי' רי"ב דהוי כהדיוט ליתא דבהדיא מבואר בי"ד בס"ס רנ"ח דצדקה דין הקדש יש לו לענין נדיב לב ואפילו לא הוציא בשפתיו חייב דהא סיים שם דהעיקר כדיעה א' ע"ש אך מ"מ טעמא בעי אמאי לענין שבועה וריבית ואונאה ה"ל כהדיוט לכן נראה דדוקא לענין גוף חלות הנדר והתפסת הקדושה ילפינן צדקה מהקדש דבקרא דבל תאחר ומוצא שפתיך הוקש צדקה להקדש והקרא לא מיירי רק לענין זה אבל לענין שבועה וריבית

ואונאה דנתמעט הקדש מקרא דרעהו ודאי דעניים נמי רעהו מיקרי וא"כ הכא לענין קנין שיותפס קדושת הצדקה על המעות דין הקדש יש לו דלענין זה הוקש וא"ש:

ד יכול לחזור בו עש"ך ס"ק ב' שכתב אבל אם משך חמץ של הקדש א"י לחזור דלא יהא כח הדיוט וכו' ואי הוקר כו' ולכאורה קשה דהא התוס' בגיטין נ"ב ד"ה ואתו למימר הקשו בהא דמשוך פירי מיתמי וכו' הא רעה הוא דיאמרו להו הלוקחין נשרפו חיטיך ותירץ דהלוקחים נעשו ש"ש כיון דיכולים לאוכלם וכו' ולפ"ז קשה בהקדש דאין בו דין שומרים וגם לא שייך בהקדש לומר דיכולים לאוכלם דהא כ"ז שלא נתן דמים לא יצא ההקדש מקדושתו ומועלין בו קודם שנתחלל קדושתו על הכסף דהא אין מחללין הקדש רק על כסף א"כ יכול הלוקח לומר להקדש נשרפו חיטיך והרי רעה הוא להקדש לכן נלפענ"ד לתרץ דדוקא במשיכה בהדיוט שבין אדם לחבירו ששייך החשש דנשרפו חיטיך דיותר מטריח אדם בהצלה על שלו משל אחר דאדם בהול על ממונו משא"כ בהקדש שהוא ת"י הגזבר ומשכו אדם אחר ממנו דהקדש אינו לא של הגזבר ולא של האחר רק של גבוה ולא חשו חז"ל לומר שאולי יטריח הגזבר יותר מהאחר דכשיהיה ההקדש ת"י אחר האחר הוא גזבר עליו וכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא והא דאמרינן גבי משכו במאתים לא יהיה כח הדיוט כו' ואף דבהקדש לא שייך נשרפו חיטיך מ"מ כיון שכבר עשו משיכה לקנין גבי הדיוט אמרינן לא יהא כח הדיוט דלא פלוג רבנן תדע דאפילו במקום דל"ש נשרפו חיטיך כגון באומנים המבוארים בסימן קצ"ח ומ"מ משיכה קונה ועוד נראה לתרץ דבהקדש במשך ולא נתן דמים לא היו יכולין חז"ל לעשות תקנה שיהיה משיכה קונה משום חשש דנשרפו חיטיך כיון דמדאורי' אינו יוצא מרשות הקדש ואינו יוצא לחולין בלא מעות אין החכמים יכולין לעקור ד"ת בקום ועשה רק בשאו"ת כמבואר ביבמות דף צ' ע"ש:

סימן ר

א פתיחה

הנה בקנין חצר רבו הדיעות בטעם קנינו. שיטת הרי"ף בפ"ק דב"מ דחצר דגברא מטעם שליחות איתרבי וחצר דאיתתא מטעם ידה איתרבי ע"ש ולכאורה משמע מדבריו דחצר דאיתרבי גבי גניבה בין משתמרת ובין עומד בצדו הכל מטעם שליחות איתרבי דהא כתב זה ליתן טעם על הא דקטן לית ליה חצר משום דלית ליה שליחות ואי נימא דעומד בצידו מטעם ידו הוא גם קטן ליקני בחצר כשעומד בצידו: שיטת הר"ן דאפי' משתמרת ואינו עומד בצדו מטעם ידו הוא מטעם דכל דבר שהוא זכות לו בחצירו המשתמר הוא נותן

וידו אריכא הוא והוכיח זה דאי מטעם שליחות הוא במציאה אמאי קונה הא במציאה לא מהני שליחות ע"ש בב"מ במשנה דראה אות' רצין וממילא מוכח ג"כ מכח הוכחה זו דגם באינו משתמרת ועומד בצידו מטעם ידו הוא: שיטת הרא"ש דעומד בצידו דהוא דומיא דידו בסמוכה מטעם ידו הוא ומשתמר מטעם שליחות. ולכאורה קשה על כל השיטות דלשיטת הרי"ף קשה חדא הוא דבב"מ י"א אמרינן בהדיא גבי ממון חצר משום ידו איתרבי ולא גרע משליחות אלמא דגם בממון איכא בחצר גם משום יד: ?(ב) קשה הא בר"פ הזורק מצריך לחצר דגניבה וחצר דגט ואי נימא חצר דגט מטעם ידו וחצר דגניבה מטעם שליחות וא"כ א"א למילף גט מגניבה דהא בגט לא שייך שליחות דאין חבין לאדם כמבואר בב"מ י"ב וא"צ להצריכתות דאמר התם: ?(ג) קשה הא הרא"ש הביא דברי הרי"ף דקטן לית ליה חצר משום דחצר דגברא מטעם שליחות משמע דס"ל כוותיה ובסוגיא דראה אותן רצין כת' דבעומד בצדו מטעם ידו הוא: (ד) קשה דאי הכל מטעם שליחות הוא א"כ עכו"ם דלאו בר שליחות הוא אין קונה לו חצר דהא אין שליחות לעכו"ם כמו לקטן ובע"ז ד' ע"א מוכח דאית ליה חצר דהא מקשה שם ותיקני ליה כליו וכלים מטעם חצר הוא כמ"ש הש"מ ד' ט' (ובקצה"ח סי' קצ"ד כת' לחלק דבעכו"ם כת' רש"י הטעם בגיטין ד"ג בהא דאנן לדידהו לא הוי שליח משום דאיתקיש שליח לשולחו וכיון דחצר לא שייך גבי בן ברית לא שייך להקיש שליח לשולחו ולכך אית ליה חצר לעכו"ם מטעם שליחות משא"כ בקטן כתב רש"י ר"פ האיש מקדש הטעם בהא דאין עושה שליח לגדול משום דעיקר שליחות בגט כתיב דהוא רק בגדול מש"ה גם לחצר א"י לעשות לשליח ע"ש ולפע"ד הוא תמוה דדדאי גם בעכו"ם שייך הטעם שכת' דש"י גבי גט דכיון שעיקר שליחות בגט כתיב ובגט הוא רק בגדול ובישראל ולא בעכו"ם) ולשיטת הר"ן שכת' דהכל מטעם יד הוא קשה דא"כ גם קטן יהי' לו חצר הואיל ואית ליה יד וכן קשה לשיטת הרא"ש דס"ל בעומד בצדו הוא מטעם יד א"כ קטן יקנה עכ"פ בעומד בצידו:

לכן נלפענ"ד דבקטן ודאי חצר לאו מטעם יד הוא דבין לסברת הר"ן שכת' בחצר המשתמרת כיון דכל דבר שהוא זכות לו בחצר המשתמר הוא נותן מש"ה הוא ידו ובקטן כיון דלא שייך סברת הר"ן הנ"ל דקטן לאו בחצר המשתמרת הוא נותן דבקטן אבידה מדעת היא כדמוכח בב"ב פ"ז ולכך לא הוי יד בקטן וכן בעומד בצדו אף שהוא דומיא דידו בסמוכה מ"מ בקטן לאו יד הוא דהנה בגדול וישן בצדו מוכח מהר"ן בגיטין פ' הזורק במשנה דכנסי שט"ח זה דלא מהני בנותן בידה כשהי' ישינה משום דלא מינטר והא דאינה מתגרשת בחצר המשתמרת כשהי' ישינה בצדו משום דבעינן עומדת בצדו. ולפ"ז

מוכח מדבריו דבממון בחצר המשתמרת דלא בעינן עומד בצידו קונה אפי' כשהוא ישן משא"כ במקום דבעינן עומד בצדו ישן לא חשיב עומד בצדו דבסמוך לחוד לא סגי דליהוי דומיא דידו רק שיהי' עומד בצדו ודעתו עליו לשומרו ולכך ישן לא חשיב עומד בצדו וא"כ ה"ה בקטן דלית ליה דעת כלל ואינו שומרו כלל לא חשיב עמידתו עומד בצדו. ועוד כיון דעיקר קרא דחצר בגניבה כתיב דהוא רק בגדול דקטן אינו קונה במציאה ובגניבה כיון דליכא דעת אחרת מקנה אותו ולכך לא חשיב עומד בצדו ידו רק בגדול וכעין שכת' רש"י בקידושין ר"פ האיש מקדש לענין שליח בקטן ע"ש משא"כ בקטנה דגזירת הכתוב הוא דחשיב ידה ע"י עמידתה בצידו אף דאין דעתה לשמור וקטן מקטנה לא ילפינן והא דתלה בש"ס הא דקטן לית ליה חצר משום דלית ליה שליחות ולא אמר בפשיטות משום דלא שייך גבי' לא משתמרת ולא עומד בצידו כמש"ל להר"ן צריך טעם זה משום מתנה דלא בעי עומד בצידו ולא משתמר משום דדעת אחרת מקנה אותו וא"כ גבי מתנה גם קטן היה לו לקנות לכך אמרו בש"ס הטעם משום דבמתנה בכה"ג ודאי משום שליחות הוא כמ"ש הר"ן הובא בש"מ ב"מ י"א בד"ה ורבים הקשו דחצר הוי שלוחו של המקבל משום דדעת אחרת מקנה אותו והוי גם כן שלוחו של בעל הממון עיין שם ולענין מתנה אמר דקטן לית ליה חצר כיון דבמתנה כה"ג מטעם שליחות וכיון דלית ליה שליחות לקטן לית ליה חצר ומאן דאמר דקטן אית ליה חצר סביב דילפינן קטן מקטנה והוי מטעם יד ולהרי"ף והרא"ש שכתבו דחצר דגברא מטעם שליחות איתרבי אף דבעומד בצידו מטעם יד הוא אין כוונתם רק על חצר המשתמרת ואינו עומד בצדו דומי' דחצר קטן שאינו שייך רק בחצר המשתמרת דהא קטן אפי' עומד כאינו עומד בצידו חשיב ובחצר כזה כתבו שפיר דחצר דגברא מטעם שליחות הוא וקטן כיון דלית ליה שליחות חצר נמי לית ליה רק בקטנה הוא גזירת הכתוב שיהי' עמידתה בצידו חשיב יד:

ולפ"ז בעכו"ם להר"ן קנה בין משתמרת בין באינו משתמרת ועומד בצידו כיון דתרווייהו מטעם יד הוא רק במתנה דישראל קונה אפי' באינו משתמר ואינו עומד בצידו דהוא מטעם שליחות לא קנה עכו"ם הואיל ולית ליה שליחות ולהרי"ף והרא"ש לא קנה עכו"ם ע"י חצר רק בעומד בצידו דהוא מטעם יד אבל במשתמרת ואינו עומד בצידו דהוא רק מטעם שליחות לא קנה עכו"ם כנ"ל ברור. ולפ"ז נתיישבו כל הקושיות הנ"ל דלכל השיטות יש בחצר משום יד ומשום שליחות כמש"ל ועיין בראב"ד שהביא השיטה בסוגיא שם דמשמע דאיכא תרי ריבוים שכתב וז"ל ואיצטריך היקישא דיד כו' והקישא דשליחות ושפיר מצריך בגיטין בהא דאיצטריך ריבוי' דיד בגט כיון דכתיב בגניבה ג"כ יד ואי תיקשי הא איצטריך ריבוי גבי גט משום קטנה דלא שייך בגניבה דזה אינו דהא

ע"כ הא דילפינן חצר בקטנה בגט ע"כ הוא כיון דצ"ל דהאי ונתן בידה דכתיב בגט דלאו ידה ממש הוא דהא רבי רחמנא ונתן מ"מ אלמא דידה היינו דשותה כמ"ש רש"י בב"מ דף י' בד"ה משום ידה ע"ש מוכח ממילא דאפי' בקטנה דהא קרא דנותן בידה על כל הנשים המתגרשות קאי אפי' בקטנה ולזה מקשה הש"ס כיון דכבר גילה רחמנא בגניבה דידו היינו רשותו נילף גט מניה וא"כ בגדולה ע"כ מתגרשת בחצר וא"כ ע"כ ידה דכתיב בגט ג"כ היינו רשותה וממילא גם בקטנה מתגרשת בחצר דהא קרא אכל הנשים המתגרשות קאי:

והא דאמרינן בש"ס דילפינן מציאה מגט אף דבר"פ הזורק אמרינן דלא ילפינן מגט נראה דדוקא אלו לא היה כתיב כלל חצר בגניבה והיינו לומדין במה מצינו מגט ועל מה מצינו פרכינן מה לגט שכן בע"כ משא"כ כשיש בגניבה כלל ופרט דמרבינן כעין הפרט וכיון דחצר דקטנה יד הוא גבי גט שוב הוי חצר דקטנה כעין הפרט כיון דשוה ליד בגט אבל בקטן דלא מצינו על חצירו שם יד לא הו' כעין הפרט ולא ילפינן קטן מקטנה. והני תרי ריבוים שכתב הראב"ד אף דלא מצינו בקרא תרי ריבויי אפשר לו' דהוא מטעם דרש"י כתב דהריבוי הוא לגלות דידו היינו רשותו והקשה בשטה דא"כ למה לי הכלל ופרט ולפי הנ"ל א"ש דהכלל ופרט צריך לריבויי דשליחות אף במקום דלא הוי דומיא דידו ואתי שפיר נמי קושית התוס' ב"מ דף י' בד"ה ת"ל המצא תמצא דהא בגט ליכא כלל ופרט ולפי מ"ש אתי שפיר כיון דבגט ליכא שליחות רק משום יד א"צ רק ריבוי א':

ולפ"ז נתיישב מה שהעיר חכם א' אהא דר"פ הזורק דמשני מה לגט שכן בע"כ דנילף קידושין מגט מהיקשא דויצאה והיתה ואח"כ נילף גניבה מקידושין כמ"ש התוס' בקידושין דף מ"א בד"ה מה לגירושין ע"ש ולפמ"ש א"ש דמקידושין ליכא למילף ידו בגניבה דבקידושין כיון דאיכא דעת אחרת מקנה מקודשת אפי' באינה משתמרת ואינה עומדת בצידה מטעם שליחות לרב פפא כמבואר באה"ע סי' ל' סעיף א' ע"ש וא"כ ליכא למילף יד בגניבה דהיינו בעומד בצידו באינו משתמרת דהוא רק מטעם יד בגניבה דשליחות ליכא באינה משתמרת משום דאינו דומה לשליח שהשליח משומר הוא כמ"ש הפוסקים משא"כ היכא דאיכא דעת אחרת מקנה אמנם להנך דלא סברי הא דרב פפא תקשה כנ"ל וע"כ צ"ל בישוב זה משום דהרשב"א בקידושין ד' ס' כ' דלאו לכל אנפי מקשינן יציאה להוי' ע"ש ממיל' לא קשה קושיא הנ"ל: ולפמ"ש צדקו דברי רש"י ותוס' והר"ן שהביא הש"ך בסי' רמ"ג סק"י דקטנה ג"כ לא זכי בחצר המשתמרת כשאינו עומד בצדו כיון דלאו דומיא דידו הוא שאינו סמוכה ולא הוי רק מטעם שליחות ואין שליחות לקטנה ואף שהר"ן בעצמו כתב דחצר המשתמרת ג"כ מטעם ידו הוא מ"מ בקטן לא

הוי יד כמש"ל רק דבקטנ' בגט רבי רחמנא מגזירת הכתוב דקני' מטעם ידו ובעינן דוקא דומיא דידה בסמוכה כנ"ל ברור: ולענין אי קונה בחצר כשהוא ישן כבר נתבאר לעיל בסמוך דבחצר המשתמרת שא"צ לעמוד בצידו קנה אפי' כשהוא ישן משא"כ באינו משתמרת דצריך עומד בצידו וכשהוא ישן לא חשיב עומד בצידו כמ"ש הר"ן בגיטין במשנה דכנסי שט"ח: ולענין אי יש חצר להקדש הנה המ"א בא"ח בסי' קנ"ד סק"ג הביא בשם אגודה וז"ל מצא דבר בבהכ"נ זכה בו ולא אמרינן דחצר בהכ"נ קונה להקדש דאין יד להקדש ע"ש ובאגודה למד דין זה מהקדיש בור ונתמלא מים דאין מועלין במה שבתוכן והוא מטעם דאין יד להקדש ע"ש אמנם הרמב"ן ב"ב דף ע"ט כ' די"ל דהקדש קנה לה רק שאין מעילה בזכייתה ע"ש והיינו דאין מעילה רק כשהוקדש ע"י ישראל דכתיב מקדשי בני ישראל ואפי' להתוס' דפליגי בזבחים דף מ"ה וס"ל דמועלין בקדשי עכו"ם בקדשי בד"ה מ"מ כשהקדיש שלא ע"י אדם כלל אין מועלין בו אלמא דס"ל לרמב"ן דיש יד להקדש והנה בתיו"ט פ"ג דמעילה תמה על הא דאין יד להקדש דניהו דאין יד להקדש הא מ"מ יש שליחות להקדש דהא הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו וחצר מטעם שליחות הוא ע"ש ועיין בקצה"ח בסי' זה ולפענ"ד נראה לתרץ קושית התיו"ט דהא הנ"י בב"מ במשנה דראה אותן רצין כתב דבמציאה א"א לזכות בחצר מטעם שליחות דמגביה מציאה לחבירו אפי' עשאו שליח לא קנה משום דבממון בעינן שליחות של בעל הממון ע"ש בנ"י וגם משום דבמציאה הוי חוב לאחריני לא מהני שליחות ואינו קונה רק מטעם יד והואיל ואין יד להקדש לא קנה חצר בהקדש במציאה ואפי' למה שהביא בש"מ בשם הר"ן בב"מ דף י"א דזכה גם במציאה בחצר מטעם שליחות מדרבנן מ"מ אפשר דלא תיקנו רק בהדיוט כמו שתיקנו ד' אמות כדי דלא ליתי לאנצויי ובהקדש לא שייך זה: אך הא קשה דהא מצינו ג"כ יד להקדש דהא כתב הש"ך בסי' רנ"ה דאין שאלה בהקדש באתי ליד גזבר מטעם דהגזבר קונה במשיכה ע"ש אלמא דיש יד להקדש והגזבר יד הקדש הוא וא"כ מה"ת לא יקנה במציאה ומוכח לכאורה כדעת הרמב"ן הנ"ל דיש יד להקדש אמנם נראה דצדקו דברי האגודה וליכא מחלוקת כלל בין האגודה להרמב"ן דמציאה לא מהני יד הגזבר כיון דגזבר גופיה מטעם דשליח דרחמנא הוא ובמציאה לא מהני שליחות מטעם שכתב הר"ן דבממון בעינן שלוחו של בעל הממון וגם משום שהוא חב לאחריני וכשם שלא עשאו רחמנא שליח לשום אדם לזכות לזה ולחוב לאחריני כך לא עשאו שליח לזכות להקדש ולחוב לאחריני ובזה מודה הרמב"ן ואף דהר"ן בנדרים דף ל"ד כתב גבי ככר של הפקר המונח בחצירו של אדם דיכול לזכות ע"י חצירו להקדש שאני התם דהדיוט מזכה ע"י חצירו להקדש דשייך גבי' מיגו דאי בעי זכי לנפשי' ע"י חצירו זכה

נמי להקדש ע"י חצירו משא"כ ע"י חצר דהקדש אין ההקדש זוכה מטעם הנ"ל והרמב"ן מיידי בבור ונתמלא מים ובשובך ונתמלא יונים דאין כאן חב לאחריני דהא אי לאו בירא ושובכא דהקדש לית כאן מים ויונים וההקדש גורם להמים ויונים שיבואו ולזה הוי שפיר הגזבר יד דהקדש ושלוחא דרחמנא וגם בהפקר א"צ שליחות של בעל הממון דהא ליכא בעל הממון כלל משא"כ במציאה דכ"ז שלא אתי ליד זוכה לא יצא מרשות הבעלים ולכך בעינן שליחות מבעל הממון דוקא ולזה א"ש המשנה דפ"ו דשקלים במצא מעות בהר הבית דהמעות חולין ולא זכה בהם הקדש שרימז לזה המ"א שם ע"ש ול"ק כלל מזה לשיטת הרמב"ן הנ"ל דבמציאת ממון הרמב"ן מודה דאין יד ושליחות להקדש אבל אם מזכה א' דבר א' להקדש ודאי דאפי' לא מסרו להגזבר רק לחצר הקדש בפני הגזבר דהקדש זוכה בו דהגזבר יד הקדש הוא והחצר זוכה מטעם שליחות כמו שר"ג זיכה המעשר עני ע"י ר"ע שהיה יד עניים ע"י שהשכיר החצר להעניים כמבואר בב"מ י"א וכן בנותן מתנה להקדש ודאי קנה ע"י חצר של הקדש דאיכא שליחות מבעל הממון וגם ליכא משום חב לאחריני ולכך זכה בו הקדש. ומה שהקשה הקצה"ח על האגודה דהא בהכ"נ חצר השותפין הוא נראה לפענ"ד דמ"מ הוצרך האגודה לטעם דאין יד להקדש דכיון ששיעבדו הקהל הבית לצורך הקדש של בהכ"נ לא גרע מחצר המושכר להקדש דהא חצר המושכר קונה לשוכר והגזבר יד הקדש הוא ורוצה לזכות לצורך הקדש וגם דעת שכינה איכא לכך הוצרך האגודה ליתן טעם להא דהמוצא מציאה בבהכ"נ ובבהמ"ד דהרי הוא שלו דאין ההקדש זוכה בו מטעם דאין יד להקדש גם מה שהקשה הקצ"הח בהא דאמר בשבועות דף כ"ד גבי יש אוכל אכילה אחת דמוקדשין אית להו שאלה ואמאי הא העזרה חצר הקדש הוא וזוכה להקדש ע"ש ומזה הוכיח דאין חצר להקדש ולפענ"ד אין מזה ראיה דודאי לענין שלא יהיה המקדיש יכול לחזור בו גם כן הוי הקדש תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מהני זכיה מטעם שליחות כמבואר בגיטין דף י"א לענין שיחרור עבד וגם בעינן בממון שליחות של בעל הממון ובעי' שיאמר דוקא זכה אבל ודאי היכי דל"ש חב לאחריני ולא שליחות של בעל הממון ודאי יש חצר להקדש אך בפשיטות היה לו להקשות דהא הש"ך בסי' דנ"ה כתב דאחר שבא ליד הגזבר דאין בו שאלה שוב דמשיכת הגזבר הוי כמו משיכה ע"ש וא"כ ה"נ כיון שמסרו לכהנים שלוחי ררחמנא ושחטו וזרקו מה"ת יהיה מהני בו שאלה אמנם גם הא ל"ק דבאמת כתבו התוס' בכריתות דף י"ג בד"ה ארבע חטאות דאין שאלה אחד שחיטה וזריקה וע' בבה"ז שם שתמה דהא בשבועות שם אמרינן על משנה זו דיש אוכל אכילה אחת דלא קתני מידי דאית ביה שאלה פריך והרי מוקדשין דאית ביה שאלה וקתני וכו' אלמא

דיש שאלה אחר שחיטה וזריקה ע"ש ובאמת לק"מ דבשבועות כוונת הש"ס דלא חשיב מידי דמצינו בו לפעמים שאלה ובהקדש היה עכ"פ אפשר בשאלה קודם שחיטה ולא קתני רק מידי דא"א בו שאלה כלל ופריך שפיר דהא מוקדשין אית ביה שאלה וקתני ומוקי לה בבכור אבל בכריתות דאמר התם אקדשי' מיגו דאיתוסף איסור וכו' דלשיטת הש"ס זו א"א לאוקמא בבכור כמו שהוכיחו התוס' שם וע"כ ל"ל דלא חשיב שבועה משום דעדיין אפשר בשאלה דעל השבועה אפשר בשאל' לעולם משא"כ בהקדש אף דהי' אפשר בשאל' מ"מ עכשיו אחד שחיטה א"א בשאל' ולא קתני וסוגיא דשבועות וסוגיא דכריתו' מתחלפו' דבשבועות ס"ל דלא חשיב במתני' אפילו דבר שהיה אפשר בשום פעם בשאלה ובכריתות ס"ל דלא חשיב רק מידי דאפשר עדיין בשאלה מה שא"כ הקדש דלא אפשר בשאלה עכשיו לא חשיב וא"ש כנ"ל:

ובענין חצר המושכר אי קונה לשוכר או למשכיר עיין סי' שי"ג מבואר דחצר המושכר קונה למשכיר אף ע"פ שהיא שכורה ביד אחרים ותמה הסמ"ע דהא בסי' ר"ס סעיף ד' פסק המחבר דכשהמשכיר והשוכר דרין ביחד ונכנס לתוכו צבי שבור דזוכין בו שניהם ע"ש ולפענ"ד נרא' לחלק בחצר המושכר דאף דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו מ"מ חצר המושכר אינו קונה לשוכר רק כשהוא מדעתו של המוכר ואמר שיקנה לו חצירו השכור לו אבל כשבא מציאה לתוכו שלא מדעת השוכר קנוי הוא לבעה"ב והטעם נראה דודאי חצדר המושכר מיקרי ג"כ ידו של השוכר מטעם שכ' הר"ן הובא בנ"י במשנ' דראה אותן רצין דכיון שכל מה שהוא זכות לו מניח בתוכו חשיב כידו וא"כ ה"ה חצר המושכר כיון שהשוכר מניח כל מה שיש לו בתוכו הוי כידו אך מ"מ כיון דגוף החצר של המשכיר והוא יד המשכיר רק שהשוכר שכרו הוי ממש כשוכר יד בעה"ב ומבואר בסי' ר"ע סעיף ג' בשוכר פועל דהוי כשוכר ידו למלאכתו והדין הוא דמציאת פועל לעצמו וע"ש בטור וב"י הטעם משום דלאו להכי אגריה וכן הדין בבתו הקטנה דמציאת' לאביה משום דבתו הקטנ' כחצר וכיד אביה דמיא ואם שכר א' לבתו הקטנ' מ"מ מציאת' לאביה והוא מטעם כיון דאפילו שכר ליד אביה ממש מציאתו לעצמו א"כ ה"ה אם שכר בתו דהוי כשוכר ידו דמציאת' לאביה והוא ג"כ מטעם משום דלאו אדעתא דהכי אגדיה ומש"ה נמי בשוכר חצר של בעה"ב ונכנס מציאה לחצר שלא מדעת השוכר המציא' לבעל החצר מטעם שכ' הש"ך בסי' שי"ג דמיידי שלא מדעתו של השוכר המציא' של בעל החצר משא"כ בסי' ר"ס דמיירי בצבי שבור וגוזלות שלא פרחו וכ' הסמ"ע בסי' רס"ח סקט"ו דבצבי שבור בעינן שיאמר שיקנה לו שדהו ומבואר בסי' ר"ע דאם שכר פועל לכל מלאכ' שיצטרך והראהו ללקט מציאות דהמציא' של בעה"ב ועיין בטור דה"ה

בעבדו העברי כשהראהו ללקט מציאות והוא מטעם דיד פועל ועבדו כיד בעה"ב וקנה אפי' למאן דאמר המגבי' מציא' לחבירו לא קנה חבירו כמבואר בב"מ דף י' ע"ש מש"ה בשכירות בית וחצר כשרא' מציא' שנכנס להחצר ואמר תקני ליה הוי ממש כהראהו ללקט מציאות דמה לי אם שכר ידו של בעה"ב והראהו ללקט מציאות דהוא של שוכר והכא נמי אם שכר חצירו של בעה"ב דהוי כשוכר ידו של בעה"ב וראה את המציא' הנכנסת ואמר יקנה לי שדי הוי ממש כהראהו ללקט מציאות דהמציא' של השוכר וא"ש הא דנקט בסי' ר"ס צבי שבור וא"ש ג"כ הא שהקש' הראב"ד על הרמב"ם שפסק דחצר המושכר קונה למשכיר מהא דחצירו מושכר לו בב"מ דף י"א דאלמא דהשוכר קונה ע"י חצר המושכר לו וגם אנן קיי"ל כן כמבואר לעיל בסי' קצ"ח סעיף ה' בשם הרמב"ם דאם הי' ביתו של מוכר מושכר ללוקח והחפץ מונח בתוכו דקנ' המטלטלין מדין חצר אף שהרמב"ם והמחבר בסי' שי"ג כתבו דחצר המושכר קונ' למשכיר ולא לשוכר והוא מטעם זה דמה שהשוכר רוצה שיקנ' לו חצירו המושכר לו קונה החצר להשוכר אבל להיפך כשחצירו של לוקח מושכר למוכר והחפץ מונח בהחצר המושכר אין החפץ נקנה להלוקח המשכיר מחמת שמונח בחצירו המושכר להמוכר דלא נקרא חצירו של המשכיר שיקנ' החפץ ע"י דדוקא נגד מציא' דלאו אדעתא דהכי אגרי' נקרא החצר חצירו של המשכיר כיון שלא שכרו השוכר לזה משא"כ לשאר חפצים ששכרו השוכר לאלו החפצים ואדעתא דהכא אגרי' נקרא נגד אלו החפצים שהניח השוכר שהוא המוכר לתוכו חצירו של השוכר אמנם בתשובת מהרי"ט סי' ס"ה ח"א כתב דקנה המשכיר דנקרא חצירו של המשכיר ובסי' קצ"ה סעיף ה"ו מבואר להיפך גבי אם הי' חצירו של לוקח מושכר למוכר דקונה מטעם מעות ולא מטעם חצר עיין שם [ואחר כך הגיע לידי ס' מחנה אפרים כתב גם כן כדברי לחלוק על מהרי"ט מטעם אחר והוא משום דכל הקנא' בעינן הוצאה מרשות לרשות וכיון שהוא שכור' למוכר עדיין לא יצאו החפצים מרשות המוכר אבל כשהן ברשות מוכר והשכיר מקומן יצא מרשות מוכר לרשות לוקח כיון שהקרקע יצא מרשותו לחצאין לקנין פירותיו עיין שם] ולפענ"ד נראה דעיקר הטעם הוא הטעם שכתבתי:

וחצר המושכר הוא לאו דוקא וה"ה אם שאל לו החצר דשאל' ושכירות קונין דתרוייהו יש בהן קנין פירות כדמוכח בעירובין דף ל' בד"ה ולא ידענא שהקשו דלמה להם לקבל שכר לשיילה האי איתתא בק"ס אלמא דחצר השאול ג"כ קונ' לשואל ואף דבפועל בעינן דוקא בשכר כמבואר בש"ך סימן ק"ה גבי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מהני רק בשכר אבל בחנם לא הוי כשואל גופו שיהי' לו דין פועל דשאני פועל שאין לו

דין עבד רק כשמשכיר עצמו בשכר דבחנם יכול לחזור בו אפי' בדבר האבוד כמבואר לקמן סי' של"ג סעיף ד' בהג"ה ע"ש וגם השוכר יכול לזכות לאחר ע"י חצירו המושכר לו דחצירו הוא לגמרי רק לענין מציא' דשלא מדעתו לא הוי שלו משום דלאו אדעת' דהכי אגריה: ובענין אם המפקיד הקנה להנפקד דבר המופקד אצלו שכתב הט"ז בסי' קפ"ט דאין הנפקד קונה מטעם חצירו ומוכיח לה מהא שכ' הרשב"ם בב"ב פ"ה שרשות הנפקד שהחפץ מונח שם הוי רשות המפקיד עיין שם ובמהרי"ט ח"א סימן ס"ה דחה זה מכמה טעמים.

א דבמה קנה המפקיד לרשות הנפקד הא בעינן כסף או חזקה.

ב בלא ייחד לו מקום אין מקום זה קנוי לו כלל.

ג כיון דמקנ' לו הפקדון הרי חצירו ומתנתו באין כא' ונקנ' להנפקד ע"ש והדין עמו ובקצות החושן סי' קפ"ט רצה לסתור ראיות המהרי"ט ולי נראה רהעיקר כמהרי"ט דמ"ש בקצה"ח לסתור ראיה א' של מהרי"ט דלשאל' לתשמיש קונה בתשמיש עמ"ש בסי' קצ"ב דלענין שיהי' חצירו לקנות על ידו לא מהני שאלה לתשמיש עד שיהי' לו קנין ממש בגוף החצר ע"ש גם מ"ש נסתור ראיה הב' דאף דלא ייחד לו מקום כיון דאושליה מעיקרא לכל מקום שיניחו כל מקום מקומו הוא ג"כ לאו סתיר' היא דמ"מ כיון שיש רשות להנפקד להוציאו ממקום זה ולהניחו במקום אחר מיקרי מקום זה חצירו של הנפקד גם מה שכתב לסתור טעם הב' שא"י המפקיד להקנות להנפקד המקום ליתא דודאי המפקיד יכול לבטל ולמחול להנפקד שלא יהי' שום חיוב עליו ולהחזיק הפקדון בביתו בדיבור בעלמא ואין זה צריך ראיה לכן העיקר כמהרי"ט וגם בקצה"ח גופיה מביא ראיה ברור' במהרי"ט מקידושין דף מ"ז דהמקדש אשה בפקדון שיש לו בביתה דמקודשת ע"ש וראי' ברור' היא ולענין אי קונין זה מזה בחצר השותפין עמ"ש רסי' קע"ו:

פרטי דינים היוצאים מהפתיחה

חצירו של אדם שאינו משתמר ועומד בצדו לכ"ע הוא מטעם יד כיון שהוא דומיא דידו בסמוכה ודוקא בגדול אבל בקטן לא חשיב עומד בצדו יד כיון דבגדול ובישן בצדו לא קחשיב יד משום דאין דעתו לשמור וקטן שאין לו דעת כישן דמי ובקטנ' אף דג"כ אין לה דעת מ"מ כיון דבגט גזה"כ הוא דחשיב חצירה ועומדת בצדה יד לכן גם בממון חשוב חצירה ועומדת בצדה יד וכיון דבגדול עומד בצדו מטעם יד שהוא מש"ה עכו"ם ג"כ קונה בחצירו כשהוא עומד בצדו כיון דיש לו יד ויש לו דעת לשמור ל"ד לקטן:

חצר המשתמר ואינו עומד בצדו להרי"ף והרא"ש מטעם שליחות הוא ולכך בין קטן ובין קטנה ובין עכו"ם לא קנה בחצר המשתמר בלא עומדת בצדו הואיל ואין להם שליחות

והש"ך בסי' רמ"ג חולק וס"ל דקטנה קונה בממון בחצר המשתמרת ואפילו בלא עומדת בצדו והעיקר כרוב הפוסקים ולהר"ן אפילו בחצר המשתמרת בגדול בדבר שהוא זכות לו מטעם יד הוא כיון דכל דבר שהוא זכות לו בחצירו המשתמר הוא נותן וכידו אריכת' דמי ולדידיה קונה בעכו"ם אפילו בחצד המשתמרת ואינו עומד בצדו כיון דמטעם יד הוא ועכו"ם אית ליה יד:

אמנם בקטן וקטנה דלא שייך גבייהו טעם הר"ן הנ"ל דקטן וקטנ' לאו בחצר המשתמרת הם נתונים דלאו בני שמיר' נינהו דכל מה שבידם חשיבי אביד' מדעת וגם אין שליחות להם ולכן אף הר"ן מודה דאינן קונין בחצר המשתמרת בלא עומדת בצידה וחצר המשתמרת קונה בגדול אפי' בישן כיון דהחצר מצד עצמו משומר הוא אבל בחצר שאינו משתמר דבעינן עומד בצדו ישן לא חשיב עומד בצדו ולא קנה:

חצר שאינו משתמר ואינו עומד בצדו לשיטת הרי"ף והרמב"ם לא פסקו כר"פ בב"מ י"א לא קנה כלל אפילו במתנ' ולהרא"ש ור"ן שפסקו כר"פ קונה במתנה מטעם שליחות כיון דאיכא דעת אחרת מקנ' מש"ה קטן וקטנה ועכו"ם דלאו בני שליחות נינהו לא קנה וע"ב סקע"ו דהא דחצר קונה אפי' שלא מדעת בכל גוונא לא הוי רק מטעם שליחות ולכך קטן וקטנה ועכו"ם דלאו בני שליחות נינהו לא קנה:

חצר הקדש אי זוכה להקדש ע"ב דבמציאת ממון לא קנה חצר להקדש אפילו להרמב"ן בב"ב ע"ט דס"ל דיש יד להקדש מ"מ היינו דהגזבר יד הקדש הוא והגזבר גופי' שלוחא דרחמנא הוא ובמציא' דאית בה חב לאחרים לא מהני ביה שליחות ועוד במציא' כיון דכל כמה דלא אתי לידו לא יצא מרשות בעלים ובממון בעינן שלוחו של בעל הממון ולכך לא קנה החצר להקדש במציא' אבל הקדיש בור ונתמלא מים ובשובך ונתמלא יונים כיון דאי לאו בורו ושובכו של הקדש לא הי' כאן מים ויונים אין כאן חב לאחרים וגם הפקר לית ליה בעלים כלל ולא שייך שלוחו של בעל הממון כלל ולכן קנה החצר להקדש לכ"ע במתנ' להקדש כיון דאתי לחצר כשבא לחצר הקדש זכה בו ההקדש כיון דאיכא שליחות מבעל הממון וגם ליכא חב לאחרינא וכן אם א' מזכה ע"י חצירו להקדש דבר הפקר המונח בחצר שלו קנה הקדש מטעם דאי בעי זכי לנפשי' זכה נמי להקדש קדשים שנמסרו ליד הגזבר אפי' שאלה לית בהו דהוי כמו משיכ':

חצר ששכרו או שאלו בקנין להשתמש בו הוי חצירו וידו של שוכר ודמי ממש לשוכר פועל כמו שהשוכר פועל המציאות לפועל מן הסתם משום דלאו אדעתא דהכי אגרי' רק אם הבעה"ב אומר לפועל שיזכ' המציא' בשבילו אז המציא' לבעה"ב ה"נ כששוכר חצירו של חבירו דהוי כשוכר ידו של חבירו למלאכתו המציא' שמונח בחצר הוא של

המשכיר מן הסתם מטעם הנ"ל דלאו אדעתא דהכי אגרי' אם לא כשהשוכר רואה את המציא' שנכנס לחצר ואמר יזכה לי אז המציא' להשוכר ומכ"ש כשא' מהם נתן מתנ' להשוכר ואפילו אם המשכיר עצמו נותן מתנ' לשוכר בחצירו המושכרת לו ודאי דקונ' השוכר ע"י חצר וכן יכול השוכר לזכות לאחרים ע"י חצר המושכרת לו אבל כשהשוכר נותן מתנה להמשכיר ומניחו בחצירו המושכרת לו אין המשכיר קונה ע"י חצירו כיון שהיא מושכרת לו:

כללא דמילתא חצר המושכר והמושאל הוא ממש כידו של השוכר והשואל מטעם שכתב הר"ן:

משומר לדעת המוכר. עש"ך סק"א שתמה על דיעה זו דהא בקידושין דף כ"ז קאמר סתמא דהש"ס מהא דר"ג בעישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע היה מטעם אגב ואי איתא לדרב פפא ל"ל טעמא דאגב ת"ל דקנה מטעם חצר אלמא דלית הילכתא כר"פ ע"ש ונלפע"ד ליישב דבהא דעישור שאני עתיד למוד אף דאיתא לדר"מ וקני מטעם חצירו מ"מ בעינן ג"כ לטעמא דאגב דנהי דבמעשר שנתן לר"י אפשר לומר דהקנין היה מטעם חצירו מ"מ בהא דמעשר עניים שנתן לר"ע כדי שיזכה בו לעניים א"א לומר כלל ומטעם חצר דלא מיבעיא לדעת הכ"מ ברמב"ם פ"ד מהלכות מכירה הלכה ו' דברשות המופקדים אצלו לא מהני שיקבל עליו הנפקד ויזכה להלוקח ע"י חצירו עד שהלוקח ישכור את מקומו של הנפקד בודאי לא היה ר"ע יכול לזכות לעניים ע"י חצירו ששכר אצל ר"ג אלא אפי' להמגיד שם דיכול הנפקד לזכות על ידי חצירו להמקבל מ"מ הא כתב הש"ך בסי' קכ"ה ס"ק ל"ב דכשלא הגביהו הנפקד לזכות להמקבל ובא לזכות ע"י חצירו בעינן דוקא שאחר שאמר הנותן להנפקד זכו בשביל פ' בעינן נמי שיאמר הנפקד אח"כ יזכה חצירי להמקבל וכיון דלא קתני במתניתין שאמר ר"ע אח"כ יזכה חצירי להעניים כמו דקתני שם במתני' וקבלו שכר זה מזה אלמא דבאמירת ר"ג במה שאמר לר"ע שיזכה בו להעניים לחוד סגי וזה א"א מטעם חצר וע"כ צ"ל שהקנה לעניים מטעם אגב וכל הוכחות הש"ס בקידושין לא היה רק מהמעשר עני שנתן לר"ע משא"כ בכ"מ בהא דר"פ דאמר שהוא מטעם חצר הוא רק בהא דמעשר שנתן לר"י בעצמו והי' יכול לזכות בו מטעם חצר ובהא לא היה יכול לומר מטעם אגב מטעמא דאמר התם דט"ה אינו ממון לקנות באגב ואפ"ה היה יכול ר"ג להקנות להעניים המעשר עני באגב אף דט"ה אינו ממון דהנה לכאורה קשה בהא דט"ה אינו ממון דהא בפסחים מ"ו סבר ר"י דאף דט"ה א"מ מ"מ חשיב ממונו משום דאי בעי מיתשל עליה והוי לגמרי ממונו א"כ ה"נ יהיה חשיב ממון לענין לקנות באגב מטעם הואיל ואי בעי מיתשל אך יש לחלק דמטעם הואיל לא חשיב

ממון רק גבי חמץ דהא אפי' גורם לממון חשיב ממון גבי חמץ משא"כ כשאר דברים כמו כן י"ל דמטעם הואיל ואי בעי מיתשל עליה לא חשיב ממון רק לגבי חמץ ולא לענין שאר דברים ועוד דכיון דהמקבל א"י ליתשל עליו לא הוי ממון לגביה כיון שהמקבל אין לו בו אלא ט"ה דלאו ממון הוא. אמנם בש"מ כתב במעשה דר"ג דהתבואה היה עדיין טבולה למעשר ונתן לר"י המעשר ומה שעתיד להפריש ובלא זה ל"ק דהא בלא"ה טבל הוא ולא נתן לו רק מה שעתיד להפריש והרי בע"כ יצטרך להפריש ויהיה שייך לר"י ול"ש לומר אי בעי מיתשל עליו נמצא שלא יהיה לו במה שעתיד להפריש רק ט"ה וט"ה א"י להקנות באגב ולכאור' קשה דנהי דט"ה לאו ממין דל"ש גביה אי בעי מיתשל מ"מ הא הטבל שוה להסיק תחת תבשילו או לשאר הנאות וממון גמור הוא דז"א דבטבל הטבול לתרומ' ולתרומת מעשר אסור בהנאה של כילוי ומטעם דילפי' מהיקש כמבואר בשבת דף ך"ו דכתיב את משמרת תורומותי בשתי תרומות הכתוב מדבר א' טהורה וא' טמאה ואיתקש תרומה טמאה לטהור' מה טהורה ההיתר שבה דהיינו אכילה אינו מתחיל אלא משעת הרמה אבל בטבל' אסורה בהדלקה והדר מקשינן טהור' לטמאה שיהיה אסור בהדלק' ובהנאה של כילוי בטבלה (וע' במל"מ פ"ב מהל' תרומות הי"ד) וכיון דהנאה של כילוי אסור ממילא לית בהתרומות מעשר דין ממון רק משום ט"ה דאית ביה ושפיר קאמר דט"ה לאו ממון לקנות באגב ולפ"ז גבי טבל למעשר עני שהקנה ר"נ לר"ע דהנא' של כילוי מותר גבי מעשר עני דל"ש בזה ההיקשא דאת משמרת תרומותי וא"כ טבל של מעשר עני ממון גמור הוא דחזי אצלו להדלקה ולשאר הנאות של כילוי שפיר יכול להקנות באגב ומזה היה הוכחת הגמרא בקידושין משא"כ טבל הטבול לתרומת מעשר דהנא' של כילוי אסור בה ולית ביה רק משום ט"ה שפיר קאמר דט"ה א"י לקנות באגב והוצרך ר"פ לו' דהוא מטעם חצר:

ב מיהו אם המוכר עש"ך ס"ק ב' שתמה ע"ז דהא להך דיעה דס"ל דבדעת אחרת מקנה במשומר לדעת המוכר סגי אפילו בכה"ג קנה כדמוכח בב"מ בסוגיא וכן קשה הלשון חצר עצמו ומה בא למעט כמו שתמה בט"ז ע"ש ולפעד"נ דהאי ומיהו אין מקומו כאן וצ"ל בראשון ההג"ה וקאי אהמחבר דחצר המשתמר קנה ע"ז כתב רמ"א ומיהו אם המוכר השכיר לו החצר עצמו פי' שאותו החצר עצמו המשתמרת השכיר לו המוכר והמטלטלין של המוכר מעורבין והוא שכר באותו חצר מקום הפירות שקנה מיקרי חצר שא"מ ואינו קונה וא"ש ג"כ הל' חצר עצמו וכוונתו דדוקא שאם אותו החצר עצמו השכיר לו המוכר והיו מטלטלין שלו מעורבין אז מיקרי חצר שאינה משתמרת אבל כשהיה מטלטלין של מוכר בחצר הלוקח ומכר לו מקצתן אף דעדיין מטלטלין של

המוכר מעורבין מיקרי חצר משתמרת אף דהמוכר יש לו רשות כניסה ויציאה בהחצר להפירות שלו מ"מ לא הרי רק כאכסנאי שאינו מבטל שמירת הלוקח וקנה אפי' לדעת המחבר כמבואר בש"מ וע"ז כתב הי"ח דבמכר ומתנה קנה בכה"ג ואתי למעוטי דאם היו המטלטלין לגמרי בחצר הלוקח שאינו משתמרת דאפילו במכר או מתנה לא מהני וכמ"ש הב"י בסי' זה ע"ש והטעם נראה כיון דעיקר הטעם דקנה במכר הוא משום דשמירת הנותן חשיבא ליה כשמירתו וכמ"ש הסמ"ע סק"א וכיון דבחצר שא"מ אפי' המקבל בעצמו שומר החצר מבחוץ כל שאינו עומד בתוך החצר ממש שיהיה דומ' לידו שהיא בסמוך לא קנה כמו שאבאר בסמוך א"כ מה"ת יהיה שמירת הנותן עדיף משמירת המקבל ובמה שהנותן עומד בתוך החצר ודאי משום זה לא חשיב החצר כיד המקבל ובזה נסתר ג"כ סברת ש"מ שכ' דמתנה חשיב לעולם חצר המשתמרת כיון שאין אדם רשאי ליטלו אף אם לא קנאו המקבל חשוב משתמרת ולפי מה דקי"ל דאפי' אם המקבל שומרו לא חשוב חצר המשתמרת כשאינו עומד בצדו דהא הרמ"א לא הביא רק הך דיעה בהג"ה ולא הביא החולקין ולפ"ז גם מתנה אף שהיא משומרת מכח הנותן לא מהני כיון דמ"מ לא דמי החצר ליד המקבל וע' עוד בסמוך מ"ש: והנה אף שכתב הב"י דבחצר שאינו משומר לא לדעת המוכר ולא לדעת הלוקח דלא קנה מ"מ אם ראובן נתן מטלטלין לשמעון והשכיר לו מקום הפירות והיה הפירות מעורבין לדיעה זו דס"ל דאפילו משומר לדעת הנותן סגי דקנה שמעון ואחר זמן הקנ' שמעון ללוי אותן מטלטלין שקנ' מראובן והשכיר לו ג"כ הזכות שהיה לו בחצירו של ראובן להנחת הפירות קנה לו אף דהחצר אינו משתמר לא לשמעון הנותן ולא ללוי המקבל מ"מ קנה כיון שהוא משתמר להנותן של נותן שלו וראיה לזה דהא על משנה זו בהא דר"ג נתן המעשר לרבי יהושע והשכיר לו מקומו מוכיח ר"פ דינו דבדעת אחרת מקנה מהני אף בחצר שאינה משתמרת וכתבו התוספות שם דביתו של ר"ג לא היה משתמר נגד הזקנים משום דהפירות שנתן היו מעורבין עם הפירות של ר"ג עיין שם ושם במתניתין תנן עמד ר"י ואמר תרומות מעשר שאני עתיד לתרום נתון לראב"ע ומקומו מושכר לו ואף דהחצר לא היה משתמר לא לר"י הנותן ולא לראב"ע המקבל והיה סגי בזה משום דהיה משתמר לדעת של ר"ג שהיה הנותן של ר"י הרי מוכח כמ"ש:

ג דוקא בתוכו לכאורה קשה כיון שעמד כל כך בסמוך עד שהחצר משומר על ידו מה"ת לא יהיה דינו כחצר המשתמר ונראה כיון דעיקר הטעם דחצר שא"מ לא קנה דבעינן דומיא דשליח שהוא משתמר ומשום הכי כל שהחצר אינו משתמר אף שהוא משמרו לאו שליח הוא כיון שהחצר עצמו אינו דומה לשליח ולכך בעינן דוקא בתוכו שיהיה

דומ' לידו שהיא סמוכ' ומזה מוכח לחצר שאינו משתמרת ועומד בצדו מטעם יד הוא דקנה ומשום הכי בעינן סמוכ' ממש דאי מטעם שליח רק דבעינן עומד בצדו משום שיהיה משתמר כמו השליח שהוא משתמר ודאי דאין לחלק בין בתוכו או חוצה לו ואפילו בסמוך לא בעינן רק אפילו מאה אמה ויכול לשומרו יקנה אלא ודאי דמטעם יד קנה ומכל מקום בעינן גם כן שיהיה משומר על ידו דבלאו הכי לא הוי דומיא דידו דידו גם כן משתמר הוא ומש"ה אם השדה גדול' ומונח בצד האחר שאינו משתמר על ידו שם לא קנה ועמ"ש באה"ע סי' קל"ט: והנה מה נקרא אינה משתמרת נרא' דדוקא כשהיא מגולה בלא מחיצות נקרא אינה משתמרת אבל כל שיש מחיצות סביב אף שאינו נעול במנעל נקרא חצר המשתמרת וכן מוכח בגיטין פ' הזורק וראיה לזה דהא כלים מטעם חצר הוא כמבואר בשיטה ואם כן קשה למאן דסבירא ליה דבעינן דוקא בתוכה א"כ כלי בסימטא אמאי קנה דהא לאו משתמרת היא ועומד בתוכה אי אפשר בכלי אלא ע"כ דמחיצות הכלי כמחיצות החצר וחשיב בחצר המשתמרת:

ד דד' אמות של אדם עש"ך סק"ה עד ונרא' לתרץ לרעתם הא דהוצרכו לתקן משיכה בסימטא כו' ע"ש ולפענ"ד נראה בפשיטות דהוצרכו לתקן באם המוכר עומד שם ג"כ דאז בוודאי אין הלוקח קונה בד"א ומשיכה קונה בסימטא אפילו אם המוכר בא שם מקודם וזכה בהד"א והנה בקצה"ח כתב דלהר"ן דמחלק בין קדם הכלי או לא והטעם דבקדם הכלי נקנ' מקום הכלי לבעל החצר בסימטא ולפ"ז בקידושין דמהני ד' אמות אף ברה"ר ולכך אפי' זרק לה הבעל הקידושין ברה"ר ואחר כך באתה האשה לתוך הד"א של הקידושין מקודשת דהמקום שהיה הקידושין מונח עליו לא נקנה להבעל דהא רה"ר לאו מקום קנין הוא להבעל רק לענין קידושין עשאו קנין ד' אמות אף ברה"ר ולפענ"ד א"א לו' כך דא"כ אפילו בקדם הבעל גופיה לתוך ד"א ברה"ר ואח"כ באתה האש' יכול לזרוק לה גיטה וקידושה דהא הבעל לא היה לו קנין בתוך ד"א ברה"ר רק להאשה ובהדיא אמרינן בגיטין ד' ע"ח ונחזי הי מנייהו קדים אלא ע"כ צ"ל דהחכמים נתנו לענין גיטין וקידושין לרה"ר דין סימטא בין להבעל בין להאשה וכמו שהבעל יכול לבטל קנין הד"א של האש' ברה"ר כמו כן יכולין כליו ומעותיו של בעל המונחין ברה"ר לבטל קנין האשה כנ"ל ברור:

ה או אפי' בדיבור בעלמא עש"ך סק"ו שכתב דבעינן דוקא שיאמר זכה דהוא תמוה בעיני דממ"נ במאי מיירי אי מיירי שהי' הלוקח גם כן במעמד בשאמר לו זכה ודאי דבתן סגי דהא קנה הלוקח במעמ"ש ובמעמ"ש בתן סגי ואי מיירי שלא היה הלוקח במעמד כשאמר לו זכה אפי' זכה לא מהני לענין שלא יהיה הלוקח יכול לחזור בו כמבואר לק'

סי' דל"ה סעיף כ"ג בזיכה ע"י אחר דיד הלוקח על העליונ' ובש"ס אמרינן דהיה ברשות המופקדים משקיבל עליו וקנה ומשמע דקנה לענין שאין שניהם יכולין לחזור בו לכ"נ דודאי מיירי כאן שלא היה הלוקח במעמד דאם היה הלוקח במעמד קנה מדין מעמ"ש ולדעת המחבר קנה אפי' בע"כ של הנפקד כמבואר בסי' קכ"ו דא"צ שיקבל עליו הנפקד וגם הרב רמ"א לא הגי' שם אלא ע"כ מיירי כאן שהלוקח עשאו להנפקד שליח לקנות וכיון דהנפקד נעשה שליח חצירו של השליח שהוא הנפקד בחצירו של הלוקח דמי ואפילו לא אמר זכה רק שנתרצ' המוכר ואמר להנפקד שיעשה קנין בשביל הלוקח וקיבל עליו הנפקד ואמר חצירי יזכה לו קנה וכן אפי' אמר תן נראה דדוקא במתנה פליגי הפוסקים אי תן כזכי אבל במקח וממכר שקיבל המוכר הדמים הרי מחוייב ליתן להלוקח החפץ וכחוב דמי דאמרינן ביה דתן כזכי דהא כתב הר"ן בגיטין פ' התקבל וז"ל אע"ג דאמרי' גבי עבד כל האומ' תנו כאו' זכו דמי היינו טעמא משום דכיון דהרבה פעמים נותן דמי עצמו ויוצא וכו' ועיין בב"י באה"ע סי' ק"ח שכתב וז"ל דה"ה כחוב ע"ש והיינו משום דכבר קיבל הדמים בעד שיחרורו ה"ל כחוב א"כ מכ"ש במו"מ דודאי קיבל כל דמי שוויו דה"ל כחוב דאמרינן ביה דתן כזכי וכן כל הפוסקים שכתבו דשיחרור הוי כחוב משום דאי לאו דעביד ליה נייח נפשי' לא הוי שחררי' ושיחרור הוי כמוכרו לו כמבואר פ' השולח נראה דמכ"ש במכר שקיבל כל דמי שווין דהוי כחוב דאמרינן ביה תן כזכי אמנם בסי' קכ"ה סעיף וי"ו ובש"ך ובתומים שם כתב דאפשר דאפי' בחוב כשלא מסרו לידו עתה לא הוי תן כזכי:

ו כלי של אדם ע' בש"מ ב"מ דף ט' שכתב בשם הרשב"א ושאר מפרשים דכלים מטעם חצר קונה ועמש"ל דכלי נידון כחצר המשתמרת וא"צ לעמוד בצדו ולפ"ז במקום דאין חצר המשתמרת קונה כגון בקטנה בסי' רמ"ג גם כלי לא קנה:

ז אא"כ מדד ברא"ש דהוא מרא דהאי דינא מבואר הטעם דודאי לא הוי דעתו דליקני לי' כליו כיון דמחוסרין מדיד' אלא לדעתא שימדדם ואח"כ ימשכם ויזכה בהן וכו' ע"ש מוכח מלשונם דבדבר שא"צ מדידה כגון שהמדה ידוע שכבר מדדם המוכר או אחר או דבר שא"צ מדידה קנה בלא מדידה וכ"כ הרא"ש בהדיא ובהכי מיושב קושיית המהרש"א שהקשה בדברי התוס' בד"ה זיל קני שכתבו שם דבסימטא בעינן דא"ל זיל קני או מדידה דאם כן מאי איבעי' ליה בכליו של לוקח ברשות מוכר בלא א"ל זיל קני ולפמ"ש מיושב דמיבעיא להו בדבר שא"צ מדידה:

ח לך וקנה. עש"ך סק"ז דה"ה אם נתן לו רשותו להניח שם הכלי קנה דלא כהרמ"ה וכו' ודלא כמ"ש בב"ה ע"ש: ונלפענ"ד דהעיקר כהרמ"ה דהנה לכאורה קשה לשיטת התוס'

והרא"ש שהביא הסמ"ע ס"ק ט' הא דתלה הש"ס בכ"כ דף פ"ה הא דכליו של לוקח ברשות מוכר בהא דכליו של מוכר ברשות לוקח דאי חד קנה אידך לא קנה הא התוס' שם בד"ה כליו של לוקח כתבו וז"ל דאע"ג דאמר ר"י בכ"מ שיש לו רשות להניחו דילמא לא אתי למעט אלא רה"ר אבל מוכר שמא משאיל לו המקום שיקנה שהוא מוכר לו וכו' ולכאורה משמע מדברי התוספת דהאיבעיא בש"ס הוא אי המוכר משאיל לו המקום ללוקח או לא וא"כ שוב אין שייך כלל לתלות זה בזה דאף אי כליו של לוקח בר"מ לא קנה מ"מ י"ל דהרשות בטל לגבי הכלי וכליו של מוכר ברשות לוקח ג"כ לא קנה דהא דכליו של לוקח בר"מ לא קנה הוא מטעם דאינו משאיל לו המקום וממילא לא קנה ליה כליו כיון דאין רשות להניח שם והוי כרה"ר וכליו של לוקח ברה"ר לכ"ע לא קנה וכליו של מוכר ברשות לוקח ג"כ לא קנה דהרשות בטל לגבי הכלי ועוד דהא הפוסקים תלו האיבעיא בש"ס אי הרשות בטל לגבי הכלי ולא בעי אי המוכר משאיל המקום או לא ועוד קשה להבין הסברא מה זה ענין לו' דהרשות בטל לכלי. לכ"נ דהא היה פשיטא ליה להש"ס דהמוכר משאיל המקום ללוקח כמ"ש בתוספות ואין כוונת התוס' בלשונם שמא המוכר משאיל לו' דזה הוא הספק בש"ס דז"א כמ"ש אך כוונתם לתרץ סוגיית הגמ' ולו' אפשר דזה היה פשיטא ליה להש"ס דהמוכר משאיל המקום ללוקח והאיבעי' בש"ס הוא כך דהנה לכאורה קשה על הא דמספקינן בכליו של מוכר ברשות לוקח אי קנה הא בב"מ דף ק"ב פריך הש"ס גבי קולט מן האויר הרי הוא שלו הא אויר חצירו הוא ומשני משום דאויר שאין סופו לנוח הוא ופי' בש"ס דהיינו משום דמפסיק כלי ואין סופו לנוח עג"ק ופריך הש"ס הא מיבעיא ליה לרבא אי אויר שאין סופו לנוח קנה ומשני שאני הכא דמפסיק כלי ע"ש (") ולפ"ז קשה דבכליו של מוכר ברשות לוקח ודאי לא קנה לוקח דהא אויר שאין סופו לנוח הוא ומפסיק כלי דבהפקר כה"ג לא קנה ומה"ת יקנה במו"מ כיון שאין סופו לנוח בחצר כיון דמפסיק כלי ומאי מיבעיא ליה לש"ס וע"כ צריך לחלק דשאני התם בב"מ דמיירי בחצר שכיר לשיטת הרמב"ם לק' בסי' שי"ג ואין המשכיר יכול לסלק הכלי מהמקום חשיב הפסק כלי הפסק שיהא חשוב אויר שאין סופו לנוח שלא יקנה ואפילו לרש"י ותוס' שם שכתבו דמיירי בחצר שלא השכירו אפשר לחלק כיון דמיירי שאין המשכיר שם וא"י לסלק הכלי חשיב הפסק הכלי להפסק משא"כ הכא דאין הלוקח משאיל המקום להמוכר ואפי' אם הלוקח משאיל המקום מ"מ הא לא שאלו לזמן ידוע ויכול לסלק תמיד הכלי מהמקום לא חשיב הפסק הכלי להפסק. ולפ"ז קאי האיבעיא בש"ס בענין זה אי אויר כלי ככלי דמי ונקרא אויר כלי או שאויר כלי לאו ככלי דמי רק אויר הכלי שייך לבעל החצר ואויר חצירו הוא ולא אויר כלי וזהו

כונת הפוסקים במ"ש אי הרשות בטל לגבי הכלי או הכלי בטל לגבי הרשו' כוונתם על אויר הכלי אי אויר כלי בטל להכלי או להחצר: אמנם אף אם ת"ל דאויר כלי לאו ככלי ואויר חצר הוא אכתי תליא האי איבעיא בענין האיבעיא בש"ס דב"מ אי אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא דנהי דהפסק כזה לא חשיב הפסק שיהא גרע מחמת הפסק כלי מאויר שאין סופו לנוח מ"מ כיון דהחפץ לא מונח עג"ק ממש דהא הכלי מפסיק בין הקרקע להחפץ הרי לא מונח רק באויר החצר ואין סופו לנוח עג"ק דהא המקשה בכ"מ דלא ידע משנויא דש"ס דמפסיק כלי ומ"מ חשיב ליה כאויר שאין סופו לנוח כמו שכתב הש"מ שם והשתא הספק בכליו של לוקח בר"מ תליא ג"כ בספק זה דאי אויר שאס"ל כמונח דמי א"כ כליו של לוקח כר"מ לא קנה דנהי דכליו כידו הוא וכשהכלי תופסו הוי כתופס בידו מכל מקום הא אף להמוכר יש בחפץ זה תפיסת יד מכח אויר חצירו דהוי ג"כ כידו דהא אויר כלי כאויר חצר יחשב ואויר שאס"ל כמונח דמי והאויר קני מצד עצמו א"כ האויר ג"כ ידו של המוכר חשיב והוי יד שניהם תופסין בו דלא קנה הלוקח ואי אויר שאס"ל לאו כמונח דמי א"כ אין להאויר קנין בעצמותו ולא חשיב ידו של מוכר ממילא קנה לוקח דהא אין להמוכר שום תפיסת יד בזה החפץ דאוירו לאו כלום הוא כיון שאס"ל. ולפ"ז שפיר תלאו זה בזה דאם כליו של לוקח כר"מ קנה א"כ ע"כ צ"ל או דאויר כלי ככלי דמי או דאויר שאס"ל לאו כמונח דמי וא"כ בין אי נימא דאויר שה"ל לא קנה אי דאויר כלי ככלי דמי או דאויר שס"ל לאו כמונח דמי בין אי נימא דאס"ל לא קנה או דאויר כלי ככלי דמי דמבטל קנין הרשות ומש"ה בכליו של לוקח כר"מ קנה מחמת שאין להמוכר קנין בהחפץ מחמת הרשות א"כ בכליו ש"מ ברשות לוקח לא קנה לוקח דבמה יקנה כיון דאין אויר חצירו קונה לו כיון שהוא אויר שאס"ל א"נ מטעם דאויר כלי ככלי ואף דאין קנין לבעל הכלי כיון שאין לו רשות להניח שם מ"מ אין שם אויר חצר על אויר הכלי ומבטל קנין החצר כיון דאויר כלי ככלי וכן אם נאמר דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קני משום דאויר כלי כאויר חצר דמי ואויר שס"ל כמונח דמי והפסק כלי כי האי לא חשיב הפסק א"כ ממילא כליו של מוכר בר"ל קנה לוקח ואין להקשות כיון דגם לכלי יש קנין א"כ הוי ג"כ כיד המוכר תפוס בו דז"א דהא הלוקח אינו משאיל המקום למוכר וכליו של אדם אינן קונין במקום שאין לו הרשות להניחם ולא הוי כיד המוכר תפוס בו וא"ש נמי הא דבכליו של לוקח ב"מ מהני כשאמר ליה המוכר זיל קני דהוא מטעם דהוי כאומר שא"ר שיקנה לו חצירו ודמי למשאיל לי' האויר של הכלי ג"כ הפי' (וכצ"ל בכ"מ דאיכא אומדנא דמוכח כגון בהיה הבעל מוכר קלתות ה"ל כאלו פי' בהדיא וא"ל זיל קני) וממילא לא הוי שוב כיד המוכר תפוס בו וכליו קונין

ללוקח משא"כ בכליו של מוכר ברשות לוקח לא מהני זיל קני דאם נאמר דאשס"ל לא קנה מה בכך שא"ל המוכר זיל קני במה יקנה כיון דאויר חצירו אינו קונה לו כיון דאויר שאס"ל הוא וא"כ ע"כ צריך לו' בשיטת הרמב"ם והמחבר דס"ל דכ"ז שאינו משאיל לו ג"כ האויר של הכלי ואין האויר והכלי שלו לא קנה ולכך ס"ל דתרוייהו לא קנה. ולפ"ז נ"ל דלכ"ע דזיל קני הוא דוקא דאז מקנה לו ג"כ אויר הכלי כיון דא"ל שיקנה הכלי הרי ע"כ השאיל לו באופן שיהיה יכול לקנות על ידו וע"כ השאיל לו ג"כ אוירו משא"כ בנתן לו סתם רשות להניח שם הכלי ודאי לא קנה דהא אפילו מן הסתם צ"ל דנותן לו רשות להניח הכלי דבלא"ה ליכא למיבעי מידי דהא בהדיא אמרו דכליו של אדם קונה אלא במקום שיש לו רשות להניח כמ"ש התוס' וכן נראה דהעיקר דזיל קני דוקא וכן מיסתבר דאלת"ה צ"ל להש"ס לו' דא"ל זיל קני הול"ל סתם דנתן לו רשות להניח הכלי:

ט כשם שאין כליו של לוקח ומ"מ חילוק דין יש בכליו של לוקח ב"מ מבכליו ש"מ ברשות לוקח דבכליו של מוכר ברשות לוקח מהני מדידה לדעת המחבר כמבואר לקמן סעיף ז' דכי אמר כור בל' דכשגמר כל המדיד' דקנ' אף דמיירי בכליו ש"מ ברשות לוקח וכתב הב"י הטעם משום דכשמדד הוי כאלו אמר זיל קני דמהני להרי"ף משא"כ בכליו של לוקח בר"מ לא מהני מדידה רק כשא"ל זיל קני כמבואר ברא"ש ובטור ולכאור' קשה כיון שכתב הב"י דמדד ה"ל כאלו א"ל זיל קני א"כ גם בכליו של לוקח ברשות מוכר ליקני כשמדד ואח"כ מצאתי בלח"מ ברמב"ם פ"ד מה' מכירה ה"ז ליישב זה וכתב ז"ל דהמדידה שהוא בתוך כלי ש"מ הוי ודאי כאלו משאיל לו הכלי כיון דהוא מענין המדיד' אבל הרשות צריך שיאמר לו זיל קני ואפי' שימדוד לו מהני המדידה לומר דהוי כאלו משאיל לו הרשות דאין זה מענין המדיד' ע"ש ולפמש"ל יש להסביר הדברים דבכליו ש"מ ברשות לוקח תיכף כשהגיעו המטלטלין לאויר חצירו נקנו לו כמו שהקשה הש"ס בב"מ ד' ק"כ ומשני שם ש"ה דמפסיק כלי וכתבתי לעיל דכשיש לו רשות לסלק הכלי לא חשיב הפסק הכלי להפסק ומש"ה בכליו ש"מ ברשות לוקח קנה כשמדד לו כל הכור שכתב הב"י דהוי כאומר לו זיל קני כוונתו דהוי כאלו אמר שאיני שואל ממך מקום העמדת כלי ותוכל לסלקו וממיל' יקנה לך אויר חצרך משא"כ בכליו של לוקח בר"מ שיהי' המדידה חשיב כאלו אמר לו שמשאיל לו המקום בחצרו שיקנה ע"מ זה לא אמרינן:

י אפי' אמר לו המוכר זיל קני. ולפ"ז מכ"ש דהך דיעה פליג אהא דסעיף ז' בכור בל' דמיירי בכליו ש"מ ברשות לוקח וקאמר שם דיכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה דמשמע דאחר שגמר מדידת כל הכור קנה והטעם כתב בב"י דמדיד' חשיב כאלו אמר

לי' זיל קני וכמש"ל וא"כ לדעת הי"א אלו דאפילו זיל קני לא מהני מכ"ש דמדיד' לא מהני ותימ' על הרב שלא הגי' בסעיף ז' דלי"א אפי' אחר מדידת כל הכור יכול לחזור בו ואפשר שסמך עצמו עמ"ש בסעיף זה דזיל קני לא מהני וכ"ש דמדיד' לא מהני:

יא היו הפירות בסימטא. עסמ"ע ס"ק ט"ו שכ' דאפי' היו בכליו של לוקח מ"מ יכול לחזור בו קודם שיגמר מדידת כל הכור וכו' ע"ש ולכאורה סותר ד"ע שכתב לקמן ס"ק כ"א על מ"ש המחבר דכשהוא ברשות הלוקח קנה אע"פ שלא מדד וכתב הסמ"ע שם דה"ה אם היה בכליו של הלוקח בסימטא דקנה כמו ברשות לוקח ונראה כוונתו דודאי אף שהפירות הן בסימטא ובכליו של לוקח כשיש שם כל הכור שאמר לו למכור והרי נגמר כל הקנין של כל הכור ביחד ואינו מחוסר רק מדיד' ולכך קנה אף שלא מדד דכלי של לוקח קונה בסימטא אפי' בלא מדיד' להרי"ף כמבואר בסעיף ג' וכאן בס"ק ט"ו כוונתו דאם היו הפירות בסימטא היינו על קרקע הסימטא דאין בו קנין ומ"ש דאפי' היו בכליו של לוקח כוונתו שמדדו אח"כ לתוך כליו של לוקח ומש"ה יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה דכיון שאמר כור בל' והקפיד שלא יתפוס הקנין עד שיגמור הקנין על כל הכור וכ"ז שלא גמר ליתן הסאה אחרונה לחוד כליו של לוקח ולא קנה הסאה אחרונ' שלא קנה כלל כיון שהקפיד שלא יתפוס הקנין עד שיגמר הקנין על הכל ובכליו של מוכר ברשות לוקח הטעם פשוט דכיון דלא קנה רק כשמדד לדעת המחבר שהוא דעת הרי"ף והרמב"ם לכך בעינן דוקא שימדוד כל הכור כיון דאמר כור בל' חזינן שהוא מקפיד האיך תהי' המדיד' כמ"ש הט"ז אבל כשנתן בתוך כליו של לוקח העומד ברשות לוקח כיון שנעש' בפניו קנין טוב כ"כ שיש בו תרתי לטיבותא הוי כמו משכו בפניו דמהני אפי' לא נגמר הקנין על כל הכור וראשון ראשון קנה ומשמע מדברי המחבר דאחר שגמר מדידת כל הכור אפי' עירה כל סאה וסאה על הקרקע בסימטא דמ"מ קנה דאיגלאי מלתא שקנה כל סאה וסא' למפרע וכדעת הרא"ש שהביא הטור ושלא כדעת הב"י דס"ל דבעינן שיהי' כל הכור ביחד עומד בכליו דבלא"ה נתבטל משיכת הראשונה בשעת גמר קנין האחרון:

יב וי"א דכל שגילה דעתו הנה בש"מ על ב"ב כתב דלדיעה זו ה"ה בהך דסי' ר"ג בפרה וטלה בכור חיטין אף שהוא ראוי לחלוק לא קנה והרב רמ"א לא הגיה שם ועמ"ש שם דיש לחלק והנה בד"מ כתב דאפי' נתן לו דמים על כל סאה וסאה דמ"מ לא קנה עד שגמר מדידת כל הכור וכאן לא כתבו בש"ע ועמש"ל בסי' קפ"ב דלפענ"ד עיקר כהרשב"א והריטב"א דכשנותן לו דמים בעד כל סאה וסאה דראשון ראשון קנה וראיה ממכר י' שדות בי' מדינות ולא נתן דמי כולן ומ"מ קנה כנגד מעותיו וא"י לו' לדמי כולן הייתי צריך ע"ש:

יג לקבל אחריות. עסמ"ע ס"ק כ"ד ונראה דשמין החבית כפי מה שהיה שוה בשעה שפתח כמי השומא שכתב הסמ"ע ואפילו אם נתקלקל יותר קודם העמד' בדין א"צ לשלם רק כשעת נזק דהא פחת נבילה דניזק הוא ול"ד להא דב"ק דף ל"ד דכחש מחמת המכה כשעת העמדה בדין משום דא"ל קרנא דתורא קבירא ביה דהתם שאני דהוא מטעם שכתב הש"מ שם דדרך להחזיק שור החי שמא יתרפא משא"כ הכא דהוא רק גורם ואינו חייב אלא מטעם דחשבינן אותו לברי היזיקא א"כ דמי לפחת נבילה שכתב בשטה שם הטעם משום דקילקול הנבלה כשמשהה אותה ידוע והיה לו למוכרה תיכף ע"ש וה"נ דכוותיה דהא ברי היזיקא (ולפ"ז ל"ק מה שהקשה הט"ז מהא דנפקד ששלח יד והחמיצה דמשמע דאחר פטור (ויש שם חסרון קצת תיבות בהט"ז) ולפמ"ש ל"ק דהנפקד ששלח יד נעשה גזלן על הכל ואין שמין לגזלן ולכך נתחייב באונסין ואפי' על מה שהחמיץ אח"כ חייב משא"כ אדם אחר אינו חייב רק מה שנפחת בשומא מיד כשנטל ועל מה שהחמיץ אח"כ פטור) ויש ללמוד מכאן דאם אמר אחד לחבירו הבא לי סחורה פ' ידועה שדמי' קצובין ואקנ' אותה ואח"כ לא רצה לקנות דמשלם לו יציאותיו דדמי להך דהכא וגם דמי להא דסי' י"ב בא"ל לך ואני אבוא אחריך דחייב מצד גורם היזק:

יד דלמדיד' בעלמא נתכוין. לכאורה תמיה דהא הרשב"א בגיטין דף ך' כתב גבי זקן שהיה מלוה לכל בני הכפר דמקשה הש"ס הא בעינן ספר מקנה דמשני שאני זקן דידע לאקנויי והקשה הרשב"א שם הא הלוים לא ידעו שהזקן הקנה להם ודמי לעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דלא קנה ותי' שבדעת אחרת מקנה שאני וכן הנ"י פ' חזקת הבתים גבי רב ענן דשקיל בידקא בארעא כתב וז"ל ושמעינן מהכא דאילו ידע המוכר אע"ג דלא ידע רב ענן הזוכה קנה ואע"ג דהעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא קנה תי' הראב"ד דש"ה דאיכא דעת אחרת מקנה וכו' וא"כ קשה ה"ה הכא אמאי לא מהני מדידת הלוקח (אח"כ בא לידי ס' מחנה אפרים וראיתי שהביא זה לפסק הלכ' דבדעת אחרת מקנה אף שלא נתכוין בשעת קנין לקנות קנה) אח"כ מצאתי בקצה"ח סי' ער"ה שהקשה זה אהך דהכא מה בכך שלא נתכוין לקנות רק למדיד' בעלמא הא בדעת אחרת מקנה לא בעינן כוונה וכתב דתרי ראב"ד נינהו ומזה סתר ג"כ מה שפסק מהר"י מינץ ובעבודת הגרשוני ובצ"צ גבי לפטור בהמה מבכורה דאף שעשה העכו"ם משיכה כל שעשה שלא בכוונת קנין דלא מהני וסתר בקצה"ח דבריהם מכח דברי הרשב"א והנ"י הנ"ל ולפעד"נ דהראב"ד והרשב"א והנ"י לא כתבו זה רק שאם בשעה שעשה הקונה הקנין בלא כוונת קנין נתכוין המקנה לקנין מש"ה קנה כיון שנעשה קנין בכוונת קנין מהמקנה וס"ל דאין חילוק בין כשהיה בשעת קנין כוונת קנין המקנה או כוונת קנין מהקונה מש"ה בגיטין

גבי זקן דידע לאקנויי דנתכוין המקנ' לקנין קנה וכן בהך דרב ענן דשקיל בידקא בארעא ובנה עליו בחזקת שלו והמזכ' ראה וידע דאמרינן דנתכוין ליתן במתנה בודאי דבלא"ה לא היה קונה רב ענן וכיון שבשעה שעשה רב ענן הקנין בקרקע נתכוין המקנה להקנות מש"ה קנה רב ענן אילו היה ידע המזכה בשעת מעשה משא"כ הכא דהמוכר והלוקח נתרצו שניהם בפיסוק דמים זה לקנות וזה למכור וא"כ כמו דאמרינן בלוקח שלא נתכוין בשעת מדיד' לשם קנין לקנות אלא הי' בדעתו למדיד' בעלמא ואם ירצה לחזור יהי' הרשות בידו לחזור ה"נ אמרינן במוכר שלא נתכוין במדיד' זו להקנות רק למדיד' בעלמא דהא המוכר ולוקח היו שוין בריצוי זה ועוד יש לחלק בין מתנה למכר דבשלמא במתנה שפיר אמרינן דדעת אחרת מקנה אותו שאני דהא המקבל אלו הי' ידע מזה ודאי היה רצונו לקנות ואומדנא דמוכח הוי בכל דוכתי כאלו נתרצה משא"כ במוכר ולוקח מה בכך דהמוכר נתכוין להקנות מ"מ אומר הלוקח אין רצונו עדיין לקנות שיתחייב בדמיו ואפשר דעתו שלא יעשה קנין עדיין כדי שיהיה יכול לחזור בו עדיין מש"ה בעינן כוונה לשם קנין:

טו דאם מדד הלוקח קנה. במל"מ פ"ד מה' מכירה תמה דהא בי"ד בטור סי' קל"ב כתב דאם הי' העכו"ם מודד והגביה מתחלה לקנותו קנאו וכתב הב"י דאף ע"פ שהגביהו בשעה שמודד לא קנה מפני שלא הי' כוונתו רק למדידה ע"ש. ובקצה"ח כתב דדעת אחרת מקנה הוא מטעם זכי' ובעכו"ם לא מהני זכי' ע"ש (והנה אם דעת אחרת מקנה הוא מטעם זכיה יתבאר אי"ה בסי' רל"ה וער"ה) ולפעד"נ דבלא"ה ל"ק דהא כתב המהרי"ט חלק ח"מ סימן קמ"א דרשותו קונה לו שלא מדעתו והאי דעדר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דלא קנה התם שאני דהוי מעשה קנין ולא קנה אלא מדעת ובכוונה אבל רשותו קונה שלא מדעתו עכ"ל ולפ"ז א"ש דהא דפסק הכא דקנה אף שלא נתכוין הוא מטעם דהגבהה מטעם ידו הוא וידו לא גרע מחצירו דידו נמי רשותו הוא וקונה לו שלא מדעתו (ואף דבישן עדיפא חצירו מידו דחצירו קונה אפילו כשהוא ישן וידו לא קנה כשהוא ישן כמש"ל הוא מטעם דידו אינו משתמר כישן ואפילו עומד בצדו לא מהני עד שיהא משתמר מחמתו ובישן לא משתמר ידו אבל בחצר המשתמרת משתמר אפילו כשהוא ישן כמש"ל משא"כ בניעור ודאי לא גרע ידו מחצירו וקנה אפילו שלא מדעתו) וכיון דהגבהה זו מעשה קנין אפילו שלא מדעתו הרי עשה הלוקח מעשה קנין בפני המוכר והוי כאלו משך בפני המוכר דקנה ומבואר בב"מ די"א דהא דחצירו קונה שלא מדעתו הוא מטעם דלא גרע משליחות ע"ש ואם כן ה"ה ידו שלא מדעתו לא הוי רק מדין שליחות דהא חצירו איתרבי מדין ידו (ואח"כ בא לידי ס' מחנה אפרים וכתב בהדיא בה קנין

משיכה סי' ה' דהוא רק מטעם שליחות ע"ש) וכיון דבעכו"ם לא מהני שליחות ממילא אין חצירו המשתמרת קונה לעכו"ם רק מדעתו דהא מטעם יד כמ"ש הר"ן בב"מ במשנה דראה אותן רצין משא"כ שלא מדעתו דאין חצר קונה שלא מדעתו רק מטע' שליחות לא קנה כעכו"ם וא"כ ידו בעכו"ם לא קנה לו שלא מדעתו דהוא ג"כ מטע' שליחות דא"ש הא דיו"ד סי' קל"ב ובזיכה מן ההפקר שלא בדעת קני' יתבאר אי"ה בה' הפקר ובהלכות אבידה ומציא':

טז וי"א דאם המדה של מוכר עסמ"ע ס"ק ך"ח עד שלא הי' דעתו שיקנהו הלוקח עד שיתמלא המדה וכו' והוא תמוה דהא לדיעה זו בעינן דוקא שיערה אותה ולא סגי במה שיתמלא המדה וגם כל דבריו שבס"ק זה תמוהין ומגומגמין לכ"נ דט"ס הוא וצריך לציין על דברי המחבר על היתה המדה של אחד מהם וע"ז כתב כיון דהמוכר הוא המודד וכו' כוונתו דמ"ש המחבר היתה המדה של אחד מהן ע"ש הכוונה בין שהמדה של לוקח בין שהוא של המוכר והי' ק"ל להסמ"ע דמה"ת לא יקנה בכליו של לוקח ברשות לוקח דהסמ"ע זה קאי על סעיף ט' דמיירי ברשות לוקח וכן משמע לשון הג"ה דמיירי ברשות לוקח דאמר עד שיער' אותה דמשמע אפילו על הקרקע וקרקע סימטא לא קני ולכך ציין הסמ"ע על הרב בהג"ה לכך פי' הסמ"ע דמיירי דהמוכר מודד במדה של לוקח לכלי של מוכר העומד ברשות לוקח וקאי על אי ברשות לוקח המבואר בסעיף ט' ולכך לא קנה ע"י המדידה אף שהיה המדה של לוקח כיון דאין המוכר נותן תוך המדה רק כדי למדוד בה לכליו אמרינן דמסתמא לא היה דעתו שיקנהו הלוקח וכו' משא"כ כשהמדה של לוקח והמוכר מודד בה וכו' פי' דדוקא כשהמוכר מודד לתוך המדה של לוקח שישאר במדה של לוקח שיקחנה כך לביתו אז קנה משא"כ כאן ומה שמסיים וזה נראה פשוט דגם כשהמדה של המוכר והמוכר מודד בה וכו' ונראה דהג"ה ט"ס וצ"ל של הסרסור וכמ"ש הסמ"ע שאם לא מכרו לו רק ב' לוגין דהוי כנתמלא המדה, וזהו לשיטת המחבר דס"ל כהרי"ף והרמב"ם דכלי ש"מ ברשות לוקח קונה במדיד' וע"ז כתב הרב בהג"ה די"א דבעינן דוקא שיערה והוא דעת הי"א שהביא בסעיף ה' דאפילו זיל קני לא מהני ומכ"ש מדד ולפ"ז ל"ק מה שהקשה הט"ז על הסמ"ע ע"ש:

יז הנוטל כלי מבית האומן. עמש"ל סי' קפ"ו פרטי דינים השייכים לכאן:

יח וכן בשאר דרכי הקנייה עסמ"ע ס"ק ל"ב מ"ש בשם הד"מ ותמוה לי דהא הב"י ריש סימן ק"ץ הביא שם דעת הר"ן דבאדם חשוב לחליפין דמי דקנה במטלטלין קנין גמור משא"כ בכל חלקי הקנין המוזכר ברסי' ק"צ לא קנה במטלטלין רק למי שפרע דלא עדיף ממעות:

סימן רא

ואם מנהג המדינ' עש"ך ס"ק א' נ"ל דבמטבע כיון שכתבו הרמב"ם וכל הפוס' שאין שום דרך שיזכ' במטבע כ"א אגב קרקע משמע דסיטומתא לא מהני במטבע ועוד דהא הר"ן כתב הובא בב"י סי' קצ"ה דצורת מטבע דמי לאותיות דאין לו קנין ולא מצינו באותיות קנין סיטומתא אפילו במקום מסיר' ובעינן דוקא כומ"ס ממש ומכ"ש במקום שאין מנהג ברור על המטבע בודאי שאין ללמוד מהמנהג שנוהגין לקנות במטלטלין ולומר מן הסתם שיועיל מנהג זה גם במטבע הא ודאי ליתא כיון שאינו מנהג ברור גם במטבע דהא אפילו בקרקע כתב הש"ך דבעינן שיהא המנהג זה בקרקע להדיא ועקצה"ח שהביא בשם המרדכי דלא מהני סיטומתא בדשלב"ל ועיי' תשובת רש"ל סי' ל"ד דבאורנדי מהני שטר אף שהוא דשלב"ל כיון שהוא מנהג ודמי לסיטומתא עיין שם ואפשר כיון דשם הוא ג"כ מדינא דמלכותא ע"ש ודין סיטומתא הוא רק קנין דרבנן דהא קנין דרבנן ודאי דלא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים ואפ"ה לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קדושין כמבואר בפוסקים:

סימן רב

א וי"א דאפילו הם צבורין עש"ך ס"ק ג' עד דאין חצירו קונה לו אלא כשהוא כבר בחצירו משא"כ הכא דחצירו ומתנתו באין כאחד ולכאורה הוא תמוה מאוד ומרפסו איגרי דהא מבואר בב"מ דף י"א דהקנה ר"ג לר' יהושע ע"י שאמר ומקומו מושכר לו אף דחצירו ומתנתו באין כאחד וכן בגיטין אמרינן בכמה דוכתי דגיט' וחציר' באין כאחד מהני וכבר עמד בזה בספר קצה"ח (אחר כך בא לידי ס' מחנה אפרים וראיתי שסתר גם כן דברי הש"ך מכח הוכחות אלו בה' קנין חצר סי' י"ז ע"ש) וכדי שלא לאשוויי לאדונינו בעל הש"ך לטועה בדבר משנה לכן נראה לי כוונתו דודאי אם היה בחצר בפני המוכר או שהקנה לו החצר והמטלטלין כאחת וקנה הקרקע בפני המוכר כגון שנתן לו הכסף או שהחזיק בפניו ודאי דקנה המטלטלין גם כן דחצירו כידו והוי כאילו משך או הגביה המטלטלין בפני המוכר דקנה דבפניו א"צ לומר לו לך וקני רק כוונתו כגון שנתרצו בפיסוק דמים על הקרקע ועל המטלטלין ואמר לו המוכר לך חזק וקני דאז אם הם צבורין וא"ל אגב אף אם הלך הלוקח והחזיק שלא בפניו קנה גם המטלטלין כיון דהם צבורין ואמר ליה אגב דהחזק' מועלת אף לקנין המטלטלין מהני אמירתו לך חזק וקני ולדעת המחבר אפילו בלא אגב מהני החזקה להמטלטלין דחשבינן המטלטלין כאילו הן מחוברין להקרקע שהן צבורים כמ"ש הסמ"ע ס"ק ג' אבל אם לא אמר לו אגב קרקע

להרב בהג"ה אפילו הם צבורין ולא אמר לו רק לך חזק וקני והלוקח החזיק שלא בפניו כיון דחזק' אינו מועיל להמטלטלין רק להקרקע כיון דלא אמר אגב א"כ מה בכך שנעשה חצירו וחצירו כידו והוי כהגבהה או משיכ' להמטלטלין מה בכך הא משיכה והגבהה לא מהני שלא בפני המוכר רק כשא"ל לך משוך וקני והכא לא א"ל רק חזק וקני וכיון דחזק' לא הוי קנין להמטלטלין כשלא אמר אגב לא מהני אמירת המוכר לך חזק שיקנה המטלטלין מתורת חצר וזה ברור וזהו כוונת הש"ך דדוקא כשהוא כבר בחצירו וכו' פי' בשע' שהקנ' לו המוכר המטלטלין כבר המטלטלין בחצירו של לוקח בפניו והוי כאילו משך בפני המוכר דמהני משא"כ כאן דחצירו ומתנתו באין לו כא' שלא בפניו וחצירו אינו קונה לו כשהקנין של חצירו הוא שלא בפני המוכר:

ב וכן נ"ל עיקר וממילא בהפקר דליכא דעת אחרת ול"ש אמירת אגב לא קנה מטלטלין אגב קרקע ובקצה"ח בסי' ער"ה כתב דלדעת הרמב"ם דלא בעינן אגב בצבורין קונה אף בהפקר אם החזיק בקרקע קנה המטלטלין שע"ג ולמד זה מהא שכתב רש"י בב"ק דף קי"ז בהא דאמר התם כגון שגזל שדה מחבירו והיתה פרה רבוצ' שפי' רש"י שם שקנה מטעם אגב וכו' ע"ש ולפענ"ד לא מסתבר לומר כן דהקרא דנלמד מיני' אגב במתנה כתיב דהוא דעת אחרת מקנה ובר"ן בקידושין כ"ו השוה קנין אגב למכר עשר שדות שזביני ריעי נינהו ע"ש א"כ כמו דלא מהני גבי עשר שדות בדליכא דעת אחרת מקנה ה"נ בזה ואפילו לדידן דקיי"ל לא בעינן דמי כולן דעדיף מעשר שדות מ"מ כיון דזביני ריעי נינהו ולא מצינו בקרא קנין אגב רק בדעת אחרת מקנה מנין לנו בהפקר ומהא שכתב רש"י גבי גזל אפשר דכוונתו מטעם חצר דלענין לקנות גזילה הוי חצירו הגזול ג"כ חצירו ועוד אפשר לו' דר"א ס"ל סתם גזילה יאוש בעלים והתו' בב"ק דף ס"ט בד"ה כל שליקטו ב' דיאוש הוי כמו מתנה לגזלן ושפיר הוי דעת אחרת מקנ' ואפי' בקנין גזיל' להתחייב באונסין י"ל דלענין שיתחייב באונסין הנגזל גופיה ניחא ליה דליקני הגזלן לכך חשיב דעת אחרת מקנה אותו משא"כ בהפקר:

ג אבל כשא"י שאין לו הרמ"א קיצר דבתשובת הרשב"א שהביא הב"י מבואר דזהו דוקא כשכתב סתם אג"ק ואז אם רגילין אצלו הוי כאילו ידוע שאין לו שאילו היה לו היינו מרגישין ואפ"ה אם כ' דלא כטופסי דשטרא דאיהו אודי אנפשי' דאית ליה אדם נאמן על עצמו ומכ"ש כשכתב לו בפי' שהודה שיש לו קרקע א"נ שכתב לו ד"א קרקע בחצירו הוי כאלו הודה שיש לו ונאמן על עצמו ומהני:

ד החזיק בעבדים לא קנה מטלטלין. עסמ"ע ס"ק י"ז דדומיא דערים בצורות בעינן וכו' והוא תמוה דבש"ס לא אמר טעם זה רק למ"ד עבדי כמקרקעי דמי אבל לדידן דקי"ל עבדי כמטלטלי דמי בלא"ה לא קנה שאין מטלטלין נקנין אגב מטלטלין:

ה שיהיה ישן עסמ"ע ס"ק ך' דבעינן שיהיה משומר לדעת האדון וכו' וכן הוא הל' בגיטין דף ע"ט ישן ומשמרתו ה"ז גט ותמוה לי לפי דעת הרב לעיל בסי' ר' סעיף א' דבחצר שאינה משתמרת בעינן דוקא עומד בתוכו ממש ולדעת המחבר לעיל סי' ר' דבעינן עומד בצדו לא קשה דהכא קתני סתם ישן ומשמרתו דמשמע ביכולה לשומרו סגי ואפי' מאה אמה ויכול' לשומרו מהגי דז"א דהש"ס סמוך עצמו דודאי בעינן עומד בצדו דלא עדיף מחצר המשתמרת דבעינן עומד בצדו רק דבחצר המשתמרת לא בעינן רק עומד ובצדו ולא בעינן משמרתו כיון דהיא משתמרת מצד עצמה אבל בישן בעינן משמרתו ג"כ דכל שאינ' משמרת מצד עצמה בעינן שיהיה משומר מחמתה כמ"ש הרשב"א בגיטין ע"ט ע"ש אבל למאן דס"ל בתוכה דוקא קשה וכן קשה מבהמה דמהני כפותה ולא מסתבר למימר דמיירי בעומד על הבהמה דוקא וכן קשה מגיטין דף ע"ט דמקשה אילימא בגט דידה וחצרי דידה למה לי אויר הגג וכו' ואי נא' דבעינן בתוכה דוקא לא מקשה מידי (וע' בחידושיו לגיטין שם) ועוד נלפענ"ד דאפי' אי נימא דבעינן בתוכה דוקא מ"מ מקח וממכר בצדו סגי דהתו' בעירובין לא כתבו דבעינן בתוכה רק בגט דשליחות לא מהני ביה רק מטעם יד מהני י"ל דלא הוי יד רק בעומדת בתוכה וכן הרב המגיד לא כתב דבעינן עומד בתוכה רק במציאה דלא מהני בזה טעם שליחות כמו שהקשה הר"ן במשנה דראה אותן רצין דאמאי מהני חצר במציא' הא חצר מטעם שליחות ובמציאה לא מהני שליחות ותי' כיון דכל דבר שהוא זכות לו מניח בתוכו כידו אריכא חשיבא ומש"ה בחצר שאינ' משתמרת דודאי אין אדם נותן לתוכה אדעתא שיהיה יושב ומשמרו לאי ידו חשיבא אבל במו"מ דמהני ביה שליחות כיון שמשמרו יכול החצר לקנות מטעם שליחות דמ"ל שהוא משתמר מעצמו ומ"ל שהוא משמרו מ"מ שלוחו הוא כנ"ל וצ"ע:

ו קנה מה שבתוכה. דמשיכה מהני בכליו של מוכר וזה דלא כדעת התוס' בב"מ דף ט' בד"ה משוך בהמה שכתבו דלא מהני משיכה בכלי של מוכר עד שיאמר לו בפי' שיקנה הכלים שבתוכו במשיכה זו עיין שם:

סימן רג

א אם אין המקנה מקפיד. עסמ"ע ס"ק כ' שכתב דבאומר שזהו דמי תשלומין אפי' בלא חליפין קנה דדמי להא דסי' קצ"ט בהיה בידו מעות בלא מנין ע"ש משמע מדבריו

דאם קונה מטלטלין ונותן לו שאר מטלטלין בדמי מכירתו בלא שומא דאף שנותן לו המטלטלין בתורת דמים ולא בתורת חליפין דקנה ולפענ"ד הוא תמוה מאוד הא בקידושין דף ז' סבר רב יוסף דשיראי צריך שומא אמר שם הטעם משום דאיתתא לא בקיאה בשומא משמע דגברי אמרינן דבקיאי בשומא וכיון דא"ל בכל דהו יש לנו לו' דודאי קפיד עליה ושם אותו בדעתו ונתרצה בשוויו ולא דמי כלל לאחד בידו מעות ואמר מכור לי באילו דשם א"א בשומא דמאין ידע זה כמה מעות יש ביד השני משא"כ במטלטלין שרואה אותן ויכול לשומן בדעתו ומה שכ' רש"י בב"מ דף מ"ז בד"ה מכור לי באלו דגם אם נתן לו חפץ קנה מיירי בפירות אכסר' שאין רואה אותן כלל ובב"מ דף מ"ו גבי יש דמים שהן כחליפין פרש"י שבשעת משיכ' הפרה התנה עמו שיתן לו חמור ותמה עליו הריטב"א הא דבר זה שכיח ולכך פירשו כל הפוסקים שכבר נתחייב לו דמים בעד הפרה ואח"כ הקנה לו השור בדמי הפרה ואי כדברי הסמ"ע היה לו לאוקמי בפשיטות שהחליף השור בפרה בתורת דמים ולא הקפיד בשומתן אלא ודאי דאף בכה"ג לא קנה דכל שהוא בתורת דמים לא קנה וגם אין לומר דקונה בכה"ג מטעם דלא שייך נשרפו חיטיך דהא אם לא יקנה יאמר הלוקח נשרפו החיטין שמשכתי דזה אינו דלא פלוג רבנן וכל שנותן בתורת דמים לא קנה:

ב וט"ה לאו ממון. עש"ך ס"ק א' שהקשה דהא סתמא דש"ס דקידושין דף כ"ו אמר דמתורת אגב הקנה להן ע"ש ולפמש"ל סי' ר' סק"א דבקדושין ממעשר עני שהקנה לר"ע מוכיח ומיירי שהקנה אותו בטבלו וכמ"ש הש"מ שם ל"ק דבמעשר עני ממון גמור איכא כיון דהנאה של כילוי מותר בה ושפיר יכול לקנות להם בתורת אגב ועוד נראה דאף דקי"ל כהך תירוצא דמטלטלין אג"ק ונקנה באג"ק מ"מ כיון דקי"ל דט"ה אינו ממון אינו נקנה בחליפין דהא מטבע ושטר ממון גמור הוא לענין קידושין ומ"מ לא מיקני בחליפין מטעם דאין גופו ממון כמ"ש הנ"י בסוגיא דמטבע נעשה חליפין מכ"ש בט"ה דלאו ממון הוא לשום ענין אינו דין דלא ליקני בחליפין וכן כתב השטה מקובצת בהדיא דלענין חליפין ט"ה אינו ממון והא דקאמר בש"ס בב"מ י' ולא היא חליפין דרך מו"מ וכו' דשם רצה לחלק אפילו למ"ד ט"ה ממון אבל לדידן דקיי"ל דט"ה לאו ממון נראה דלא מיקני בחליפין:

ג דאם העריכו. והוא הדין אפי' לא העריכו לשיטת ר"ת דס"ל דבחליפין שוה בשוה קונה אף בפירות ועב"י בד"ה כתב ריו"ו אך קשה דהא המחבר גם כן ס"ל כר"ת דהא כתב בסעיף ג' דלשונות של זהב קונין זא"ז בהחלפה ובסי' קצ"ה סעיף כ' כתב בהדיא דאין קונין אלא בכלי וכתב שם הרמ"א בהדיא דשאר מטלטלין שאינן כלי דאין קונין

בהם וע"כ צריך לחלק כמ"ש ר"ת דבחליפין שוה בשוה א"צ כלי ובסעיף ג' היה לו להרב בהג"ה לציין עצמו דיש חולקין וס"ל דכל המטלטלין אין קונין זא"ז בהחלפה רק כלים או בעלי חיים דעשויין למלאכה והויין ככלים וכן מטבע שנפסל משום דראוי לתלותו בצואר בתו דלדעה זו חליפין שוה בשוה וק"ס שווין הם ומה שאינו מועיל בק"ס אינו מועיל ג"כ שוה בשוה והנה לדיעה זו דס"ל דבחליפין שוה בשוה קונה בכל מילי נראה דלאו דוקא כשמשך האחד נתחייב זה בחליפיו אלא אפי' נקנה להאחד באחד משאר קניינים כגון שהחליפו שור בפרה הקנה בעל השור לבעל הפרה השור בק"ס או באג"ק נקנה הפרה לבעל השור דבהדיא קתני במתני' בקידושין דף כ"ו כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו ומשמע דכל שזכה באיזה אופן שיהיה נתחייב זה בחליפיו. והנה הא דחליפין שוה בשוה קונה ולא שייך גבי' החשש דנשרפו חיטיך תירצו התוס' בב"מ דף מ"ו בד"ה ש"מ מטבע דלא שכיח שיתן המוכר חפצו בחליפין מעות שאינן שווין דמי המקח דדרך חליפין שאינן שווין מעות המקח וכו' ע"ש והרמב"ן והר"ן תי' הביאם השטה ב"מ דף מ"ז דבחליפין לא שייך לתיקוני דלא יקנה משום חשש דנשרפו חיטיך דאם יתקנו דלא ליקני א"כ אותו שמשך יכול לומר לחבירו נשרפו חיטיך שמשכתי בעלי' ע"ש. ונראה דשני התי' צריכין דבתי' הרמב"ן והר"ן לא סגי דמ"מ תקשה למ"ד מטבע נעשה חליפין ותנינן במשנה כל הנעשה דמים באחר ומשמע דאפילו במעות ומטלטלין קונה בחליפין ושם ודאי יקשה דמה"ת יקנה המעות להמטלטלין בחליפין הא גבי המטלטלין ודאי שייך נשרפו חיטיך משא"כ במעות דאין טורח להצילן כמ"ש התו' בעירובין דף פ"א בד"ה שמא יאמר לו נשרפו חיטיך א"נ כספים אין להם שמירה אלא בקרקע כמ"ש התוספות בב"מ דף מ"ג ובשטה ב"מ דף מ"ז וע"כ צ"ל כתירץ התוספות ב"מ דף מ"ו בד"ה ש"מ מטבע דחליפין שוה בשוה לא שכיח דדרך חליפין שאינו שוה כ"כ וגם בתי התוספות לחוד לא סגי דמ"מ תקשה במטלטלין שהעריכו זה כנגד זה ע"פ שומת בקיאין דלא שייך תי' התוספות וע"כ צ"ל כתי' הרמב"ן והר"ן הנ"ל ואפשר לדעת התוספות דכיון דדרך חליפין שאינן שווין דמי המקח ולא שכיח שיהיו שווין ממש כדמי המקח לא עשו תקנה בחליפין אף שהוא שוה בשוה וכן לתי' הרמב"ן והר"ן אפי' אם החליף עם לשונות של כסף אף שאין להם שמירה אלא בקרקע או שהתנה עמו שיתחייב באחריות אונסין דשוב שייך החשש דנשרפו חיטיך אפ"ה קני בחליפין כיון דברוב חליפין לא שייך החשש דנשרפו חיטיך:

ד קנה בחיטים כנגד דמי הפרה. ע"ל בסי' קס"ב סעיף ח' ובסי' ר' סעיף ז' מ"ש בזה:

ה החליף עם שמעון ולוי. אין דין זה שייך למ"ש המחבר כלל דדין זה הוא מתה"ד סי' שי"א ושם מיירי שהחליף ראובן עם שמעון ולוי עם כל אשר להם וכתב שם דאם היה בק"ס עם כל אחד דקנה ואף שמחל אחד מהן הקנין לא נתבטל נגד השני ובסוף סי' זה מביא הרב דעתו ע"ש ולא כתב בת"ה שם דאם נתבטל נגד אחד נתבטל גם נגד השני רק כשהיה בלא קנין רק בקנס לצדקה ופסק שם כיון דנתבטל נגד אחד שנתפייס עמו נפטר מהצדקה ע"ש:

ו המייחד מעות. בטור כתב הטעם משום מדלא סמכא דעתיה כיון שאם אבדו אין חייב באחריותן ותמה הסמ"ע דהא בכל חליפין אינו חייב באחריותן ותי' דאבידה לא שכיח משא"כ פסול מטבע שכיח ואבדו שכתב הטור כוונתו פסול מטבע ע"ש ותמוהין לי דבריו מאוד דמה"ת יהיה סמכ' דעתיה יותר כשלא ייחד מייחד דהא אף אם לא ייחד אם התנה לשלם לו במעות או במטבע היוצא דוקא ונפסל נותן לו ממטבע שהיה יוצא באותו שעה כמבואר בסי' ע"ז וכ"ש כשהתנה לתת לו ממטבע פלונית דוקא דאף כשנפסל' נותן לו המטבע שנפסל וא"כ מה לי ייחד ומה לי לא ייחד והנה בעיקר הדין שכתב הטור דבמייחד מעות דמשמע מדבריו דאפילו אמר בפי' שמייחד לו בתורת דמים שלא בתורת חליפין דאפי' משך המטלטלין לא קנה נ"ל להביא ראיה לדבריו מהש"ס ב"מ דף מ"ו דמוקי למתניתין דהזהב קונה את הכסף בדמים ותני מחייב מקשה הש"ס מברייתא דקתני נקנה הכסף בכל מקום שהוא ומשני כמות שהוא דאם אמר לו מארנקי חדשה דא"י ליתן לו מישנה משום דאמר לישן קא בעינא ואי נימא דאפי' במייחד מעות מהני א"כ אפי' מחדשים לחדשים א"י לשנות דהא נתחייב לו ליתן אותן מעות דוקא והי' לו לו' כפשוטו דנתחייב ליתן לו מ"מ שהוא דהיינו ממקום שייחד אלא ודאי דבכה"ג לא קנה כלל והטעם נ"ל כעין מ"ש הט"ז כיון דבכל מוכר בתורת דמים צריך שיהיה על הלוקח שום ענין חיוב וכשייחד לו המעות ואמר לו מכור באילו משמע שלא יהיה על הלוקח שום חיוב לענין אבידה ושום דבר רק שאילו המעות יהיו של המוכר ומשום הכי אף אם אמר לו בתורת דמים מ"מ עינינו רואות שזה חליפין הוא ולא דמים ומטבע אינו נקנה בחליפין וממילא גם המטלטלין לא קנה אבל אם קנה סתם במעות וייחד לו דמים ואמר לו בפי' שמתחייב עצמו ליפרע דוקא מדמים אילו או שייחד לו מטלטלין והתחייב עצמו שישלם לו ממעות אילו דוקא חל החיוב דיכול אדם לחייב עצמו ומ"מ לא מצי לאוקמי ברייתא דנקנה הכסף בב"מ שהוא בכה"ג שחייב עצמו בפי' דהברייי' לא מיירי רק מסתם מכירה ולא מחיוב וכן אם הלוקח אמר להמוכר שלא יהיה לו פרעון אלא מאלו המעות נראה דמהני דדוקא באמר לו מכור לי באילו אין שום חיוב על הלוקח כלל דמשמעות

לשונו של לוקח הוא שאין עליו שום חיוב אפי' לפרוע רק שאילו המעות הן שלך והמוכר יקחנו בחזקת שלו אבל כשלא אמר רק לא יהיה לך פרעון אלא מזה יש עליו חיוב הגוף לפרוע ויכול ג"כ לסלק אותו בזוזי אחריני כמו באפותיקי מפורש ולכך קנה ובקצה"ח כתב כאן הטעם דאף דאדם יכול לחייב עצמו מ"מ אם מחייב עצמו בחפץ ידוע ואינו מקבל אחריות כיון דליכא חיוב על גופו לא נתחייב ולפענ"ד הוא תמוה דלפ"ד אפילו אם ייחד לו הלוקח מטלטלין בתורת דמים לא מהני משיכת המטלטלין ולא משמע כן מהפוסקים וכן ברש"י ב"מ מ"ו בד"ה כיצד החליף דמי שור מוכח דקני בכה"ג ע"ש וגם עיקר דינו בחיוב תמוה דבסי' ס' מבואר דיכול לחייב עצמו בדשלב"ל ומשמע דמחייב עצמו שיתן לו פירות דקל שיבואו לעולם שהוא דבר ידוע דג"כ חייב ועוד דהבעה"ת למד דין חיוב משיעבוד ושיעבוד מהני אפילו בדבר ידוע וכן הוא מעשים בכל יום ומה שמוכיח המהרי"ט חלק ח"מ סי' פ"א לא מוכח כלום דשם קאי על הקושיא דיכיר למה לי הא נאמן במיגו דיכול לחייב עצמו ובזה תי' שפיר דכיון דהאב ודאי דא"ר לחייב עצמו שיתן להבן תיכף הנכסים כשיבואו לעולם דאולי יצטרך לאוכלם או למוכרם רק רצונו שיתנו לו בניו פי שנים כשישארו הנכסים ובניו א"י לחייב ועל עצמו לא קיבל שום חיוב משא"כ כשמחייב עצמו ליתן לו אפי' דבר ידוע החיוב חל על גופו ליתן לו אותו דבר הידוע גם מה שהביא הקצה"ח בשם בית יעקב קושיא על המהרי"ט במ"ש לענין אם יכול לחייב עצמו ע"מ שלא אתחייב באחריות במה דלא מקשה מר"ה דף ו' דאמר דבהדיא הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותה ל"ק לפמ"ש דשם עכ"פ יש חיוב עליו כשהיא בעין להביאה לעזרה אף שלא נתחייב באחריות דגניבה מ"מ חל החיוב כמו מי שמתחייב עצמו ליתן לפי כשיהיה בעין דחל החיוב אף שאינו מקבל אחריות וכמש"ל והמהרי"ט לא כתב דלא מהני רק כעין האי דב"ב ביכיר שאין מתחייב עצמו שיתן הוא להבן רק שאחר מותו יתן היורש וזה ודאי דלא הוי שום חיוב הגוף עליו משא"כ מהא דמנחות מקשה שפיר כיון דהתנה שיכול להקריבה בב"ח דהוי כהורגה וכיון דהתנה שיהיה הרשות בידו להורגה א"כ אין שום חיוב עליו אפילו להביאה לעזרה והרי התנאי סותר ממש להמעשה ממה שאמר הרי עלי דמשמע דיש עליו שום חיוב וכשהתנה שיהיה הרשות בידו להורגה פוטר עצמו מכל חיוב והוי כתנאי ומעשה בד"א ועל זה מתרין דאפי' בכה"ג אין התנאי סותר להמעשה דמ"מ חל עליו חיוב כשלא יקריבנו בב"ח שהוא מחוייב להביאה לעזרה ואפילו בגניבה חייב ולא פטר עצמו רק כשיהרגנה ע"י הקרבה בב"ח ואף אם ישרף הב"ח הרי הוא מחוייב בכל החיובים ע"ש וכאן באמר מכור לי באלו שייחד לו המעות שלא קנה הוא מטעם שכתבתי לעיל דליכא

שום חיוב עליו והוי חליפין מש"ה במטבע לא קנה ובמטלטלין כה"ג קנה מטעם חליפין וברש"י דף מ"ו דמשמע דקנה בתורת דמים מיירי שאמר בלשון חיוב על עצמו ליתן כגון שאמר מכור לי בשר שור ובעד הדמים אתן לך פרה זו והוי כאומר אפרע לך בזו דמהני וכמש"ל:

ז אם חדשים חדשים מזה למד הנ"י דאם פי' בשעת מכירת מטלטלין ליתן לו כור חטים ומשך המטלטלין חייב ליתן לו חטין דוקא ומשמע מדבריו דאפי' לא היה ברשותו בשעת קנין המטלטלין חייב ליתן לו הכור חטין כיון דמשיכה במטלטלין מחייב ליה כשנגדו כדאמרי' בהזהב דף מ"ו דהזהב מחייב את הכסף וחיוב מהני אפי' בדבר שלב"ל ואח"כ הגיע לידי ספר מחנה אפרים וראיתי שכתב כן בהדיא בה' דשלב"ל אך הקשה שם מלק' סי' של"ב בהבטיח ליתן לו חפץ בשכרו דיכול ליתן לו דמים ותי' דפעולתו הוי כנותן מעות על החפץ ומעות לא קנה ע"ש ומ"מ תמוה לפענ"ד דהא בסי' של"ב משמע דיכול ליתן דמיו אפי' לכתחלה ואי שכר הפעולה נחשב לנתינת מעות א"כ יהיה חייב לקבל מי שפרע כשא"ר ליתן לו החפץ ולכן נלפענ"ד דודאי אם היה או' לו עשה עמי כפועל ויהיה הפץ זה שלך ודאי דחשיב כנתינת מעות על החפץ וחייב לקבל מי שפרע כשא"ר ליתן לו החפץ דהא בקידושין כה"ג אם אמר עשה עמי כפועל ואתקדש אני לך מקודש' וכן בזונה נכרית שקונה בכסף אם אמר לה תבעלי לי בטלה זה קנתה אותו בביאה כמבואר כע"ז ר"פ השוכר את הפועל וא"כ ה"נ כפועל ישראל קונה למי שפרע בשכר פעולה רק שבסי' של"ב מיירי שאמר עשה עמי כפועל ואתן לך חפץ זה בשכרך דאתן לאו קנין הוא הוי כאומר לו לוה לי מעות ואפרע לך בחפץ זה דיכול ליתן לו דמיו ואפי' אמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזה או רק מזה אפרע לך יכול לסלקו בזוזי אמנם עדיין קשה באם עשה קנין להפועל בק"ס שאין הפועל יכול לחזור בו כמבואר בסי' של"ג מה"ת לא יתחייב לו במה שהבטיח לו כמו הקנה מטלטלין לכ"נ דבפועל אין שום קנין חל על גופו וע' ש"מ פ' האומנין דרק עבד עברי גופו קנוי אבל פועל אין גופו קנוי והקנין שמועיל בפועל אינו רק על התחייבות שהפועל התחייב עצמו לעשות מלאכה בקנין ומש"ה לא דמי להזהב מחייב את הכסף דשם יש קנין בגוף הזהב וכך הוא דינא דאורייתא דכשקנה דבר אחד מחבירו נתחייב במה שהבטיח לשכנגדו דעל אופן זה נעשה לו הקנין בשל חבירו משא"כ בפועל שלא נקנה לו הפועל רק נתחייב לו לעבודתו כנ"ל:

ח וי"א דכל הקנין קיים נראה דלא פליגי רק בק"ס אבל כשקונה קרקע בחזק' אין קנין של האחד תולה בחבירו כלל דבביטול האחד לא נתבטל חבירו לחוד לא שייך לומר מגו דקנה זה קנה זה משא"כ בק"ס דבחליפי שניהם מקנה לו הסודר אמרינן מגו ובזה

אפשר ליישב קושי' המרדכי מאג"ק די"ל דמשכחת לה כגון שקנה קרקע בחזקה אך קשה להך דיעה דס"ל דקנה הכל מהא דמקשה בב"מ למאן דס"ל דמטבע נקנה בחליפין מהך להיה עומד בגורן וא"כ עדיין קשה אפי' למ"ד דמטבע אין נקנה בחליפין מ"מ ליקני לו המעות עם דבר אחר בקנין סודר דיקנה הכל:

סימן רד

א וחייב לקבל מי שפרע. הגיע לידי ס' מחנה אפרים וראיתי שכתב בה' קנין מעות סי' ה' באם קנה מטלטלין ולא היה לו מעות ונתן שט"ח על עצמו ופסק דקנה לגמרי כיון שכתבו התוספות בב"ב מ"ו ד"ה ש"מ מטבע נעשה חליפין דבק"ס ליכא למיחש לשמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה מטעם דכיון שלא נתן המעות עדיין טרח ומציל ה"נ בנתן לו שט"ח י"ל כך דטרח ומציל ע"ש ולפענ"ד הא ודאי ליתא דלפ"ד א"כ הכסף אמאי אינה קונה הזהב הא במעות ל"ש נשרפו מעותיך כמ"ש התוס' בב"מ מ"ג וכן בק"ס אם כבר נתן המעות לא ליקני דהא שוב ל"ש תי' התוס' אלא ודאי דלא פלוג רבנן וכל ששם קנין מעות עליו לא קנה וכל ששם שאר קנינים עליו אף דלפעמים שייך גבי' החשש דנשרפו חיטך מ"מ כיון שברוב קנין זה ל"ש החשש לא פלוג רבנן וכן כתב הסמ"ע בהדיא בסי' ר"נ ס"ק ט"ו וכיוצא בזה כתב הש"מ בב"מ מ"ח ע"ש וה"נ שטר חוב ודאי קנין מעות שמו ולא קנה ולא פלוג רבנן וק"ו הוא מנתן לו מקצת מעות דכשנתן לו שטר חוב אפשר לומר דהוי כאילו נתן לו כל המעות דהא יכול למכור השט"ח לאחר ולקבל מעותיו כפי שומא וע' ש"ך סי' ל"ט ס"ק מ"ט דמשמע דלא קנה גם מ"ש בספר הנ"ל דאם קנה מטלטלין ואמר המוכר תן מנה לפ' דהוי קנין גמור ליתא לפענ"ד דלא כתב הר"ן בקידושין דהוי כחליפין רק בהילך מנה באדם חשוב דלא קיבל רק הנאה והך הנאה חשיב כחליפין אבל תן מנה לפ' לא עדיף מתן מנה לי דלא קנה רק למי שפרע:

ב בהנאת מחילת מלוה נראה להסביר קצת הטעם דהא גם כשנותן לו המלוה בעד המטלטל הוי כאומר שמוחל לו המלוה ונראה הטעם דהש"מ בב"מ דף כ' כתב לחלק בין שאמר אני מוחל לך המלוה ובין אני מקנה לך ומש"ה כשאומר שמקנה לו המלוה בעד המטלטלין לא קנה המלוה ולכך צ"ל בלשון אני מוחל לך ואח"כ מקנה לו בהנאת מחילת מלוה:

ג שהרויח לו זמ"פ בקצה"ח הקשה הא הוי ריבית והוי כמקח שנעשה באיסור דלא מחייב במי שפרע כמבואר בסי' רי"ח ע"ש ויפה הקשה ואפשר לומר דמיירי כאן דפסק לו דמים בעד החפץ כגון ליתן לו מנה ורוצה ליתן לו כל המנה רק משום הנאה שירויח

ליה זמנא של ההלוא' רוצה שיהיה נקנה לו החפץ משום הך פרוטה שהיה צריך ליתן לאחר לפייס אותו שירויח לו הזמן שיהיה ככסף לעשות קנין דהא אפי' בנתן פרוטה ע"מ להחזיר הרי קנין כמבואר בסי' ק"ץ ע"ש וליכא הנאה להלוקח המלוה רק במה שנקנה לו המקח ולפ"ז נוכל לומר דמיירי בזבינא דרמי על אפי' בהנאת מוכר הוא ולא הנאת לוקח כמבואר בנדרים ל"א ומ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ז דקודם שהגיע זמן פ' לא חשיב הרווחת הזמן להנאה הוא תמוה בעיני טובא וצ"ע טובא בזה:

סימן רה

א מי שאנסוהו. עסמ"ע ס"ק א' עד כל שנראה מהמוכר שאינו מוכרו ברצון אף שקיבל דמי המקח וכו' ולכאורה אין ביאור לדברים אלו ולפרש דבריו נראה דבב"ק דף ס"ב ס"פ הכונס מוקי להא דתלוהו וזבין באומר רוצה אני והב"י בטור ובפרישה כתב דהא דקאמר בש"ס דאמר רוצה אני הוא לאו דוקא דכיון שקיבל המעות בשתיקה הוי כאומר רוצה אני ע"ש ודבריהם דחוקים מאוד דהא בש"ס שם מקשה אהא דאמרת חמסן דיהיב דמי אי דיהיב דמי חמסן קרית לה הא תלוהו וזבין זביני זבינא ומשני הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני ולדבריהם דבסתם הוי כאלו אמר רוצ' אני עד שיאמר בפי' איני רוצה קשה הל' מאד דאמר הא דלא אמר רוצה אני והי' לו לומר הא דאמר איני רוצה ועוד תמה במהרש"ך הובא במהרח"ש בקונטרס המודעא והאונס שדברי הח"מ סותרין זא"ז דבפ"ד מה' אישות כתב דבמכר לא בעינן שיאמר רוצה אני ובפ"א מה' גזילה גבי החומד עבדו כתב דבעינן דוקא שיאמר רוצה אני ועוד תמה שם דלישני בש"ס בב"ב מ"ח הא דהקשה מסקריקון דמיירי בלא אמר רוצה אני. ועוד תמה שם דמאי מקשה בש"ס בב"ק שם אי דיהיב דמי חמסן קרית לי' הא תלוהו וזבין זביני זבינא דמה בכך דזביניה זבינא מ"מ עבירה היא בידו וחמסן הוא וע' בלח"מ פ"י מה' מכירה שהקשה ג"כ הקושיות האלו עוד הקשה המהרח"ש דהרמב"ם פ"י דמכירה ה"ה כתב וז"ל בד"א באנס שהוא חמסן וכו' משמע דחמסן צריך למסור מודעא ובב"ק שם מוכח דא"צ למסור מודעא. לכן נלפע"ד להכריע דאם אנסו באונס הגוף או באונס ממון כדי למכור ובהאי הנא' שנפטר מהאונס במכירה זו אמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה וכיון דאמרי חז"ל דאומדנא דמוכח הוא דגמר ומקני שוב אין צריך לאמירתו דהא אנן סהדי דגמר ומקני דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכח הווין דברים שבלב ג"כ דברים כמ"ש הרשב"א בקידושין ד' נ' ואפי' להתיר אשת איש מתירין מכח אומדנא זו דאגב אונסא גמר ומגרש ושפיר כתב הב"י דהא דקאמר בש"מ הא דאמר רוצה אני הוא לאו דוקא דבתלוהו וזבין הוי מן הסתם

כאלו אמר רוצה אני משא"כ בחמסן שלא אנסו בשום אונס רק שחטף החפץ ונתן דמיו שלא נפטר משום אונס במכירה זו ולא שייך לומר אגב אונסי' גמר ומקני דהא לא נפטר משום אונס וליכא אומדנא שנתרצה צריך שיאמר רוצה אני בפי' וכשאומר רוצה אני ודאי דעדיף מתלוהו וזבין דבשעת מכירה אינו עושה שוב שום איסור כיון דהמוכר מעצמו נתרצה בלא שום אונס אח"כ דהא לא הי' לו שום אונס לומר רוצה אני ובודאי ברצון גמור זבין ובזה א"ש דלא יסתרו דברי ה"ה זא"ז דבה' אישות גבי תלוהו וזבין כתב ה"ה דלא בעינן שיאמר רוצה אני ומטעם שכתבתי דהא איכא אומדנא דמוכח שנתרצה ובפ"א מה' גזילה דמיירי בחמסן שלא אנסו באונס אחר כתב ה"ה שפיר דבעינן שיאמר רוצה אני וכמש"ל וא"ש ג"כ מה שכתב הרמב"ם פ"י מה' מכירה דבחמסן בעי מודעא ובב"ק שם מוכח דחמסן לא בעי מודעא דברמב"ם שם מיירי באנסו באונס אחר כמבואר שם דאמרינן מן הסתם דנתרצה דמשום אונסא וזוזי גמר ומקני ואף שאמר רוצה אני מ"מ מהני מודעא דמסר מודעא שאמירת רוצה אני הי' ג"כ מחמת פחד האונס ובב"ק שם מיירי בחמסן שלא אנסו בשום אונס דכשלא אמר רוצה אני אפי' בלא מודעא בטל המקח וכשאמר רוצה אני נראה דלא מהני מודעא דמאן אנסו לומר רוצה אני ונראה להביא ראיה דבתלוהו וזבין לא בעינן שיאמר רוצה אני דמקשה בב"ב שם אהא דאמר התם גזלן שמביא ראיה אין מעמידין שדה בידו מאי קמ"ל תנינא לקח מסקריקין וכו' ופי' רשב"ם כיון דבע"ב מיירי בהודה דאי במנה אפי' בגזלן זביני' זבינא וכו' ואי בעי' רוצה אני קשה דאימא דמיירי במנה ולא אמר רוצה אני ולענין שיהי' המקח בטל ור"ה קמ"ל דלא מהני הודאה לענין שמחזיר המעות מטעם דאי לאו דאודי לי וכו' א"ו לא בעינן רוצה אני ונידון הקושיא שהקש' המהרח"ש דמאי מקשה בש"ס אי דיהיב דמי חמסן קרית לי' הא תלוהו וזבין וכו' דילמא אף דזביני' זבינא מ"מ עובר נראה לתרץ דהוכחתו הוא דודאי לא עבר דאי עבר ממילא זבינ' לאו זבינא דהא אמר רבא בתמורה דף ד' דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והא דהרמב"ם דפסק דעובר אע"ג דמכירתו מכירה הוא מטעם שכתב ה"ה דבשעת מכירה כבר נתרצה שאמר רוצה אני והעבירה הוא החימוד הקודם אבל בשעת מכירה שוב ליכא עבירה כלל כשאמר רוצה אני משא"כ בס"ד דהש"ס דסבר דתלוהו וזבין זביני' זבינא אפי' לא אמר רוצה אני הוכיח שפיר דליכא שום עבירה ביהיב דמי דאלת"ה אי עביד לא מהני ובגט שכתב הרמב"ם דבעינן רוצה אני אף דבש"ס מדמה גט למכיר' ובמכירה לא בעי' רוצה אני בתלוהו וזבין נראה דבש"ס לא מדמה גט למכירה רק לענין גמר ומגרש אבל מ"מ חלוקין הן דבגט בעינן גם שיהיה ריצוי בלב תדע דבפ"ב מה' גירושין ה"ך כתב וז"ל ולמה לא

בטל גט זה שהרי הוא אנוס וכו' אבל מי שתקפו יצ"ה וכו' ובמכירה לא שייך זה כמ"ש בעצמו ומה יתרץ במכירה א"ו דמכירה לא בעינן שיהיה ריצוי בלב משא"כ בגט. ולפי הנ"ל א"ש דברי הסמ"ע וכוונת הסמ"ע הוא כך דמהרי"ף והמחבר משמע דאפי' לא ראינו שאנסו באונס אחר של אונס הגוף או ממון רק זאת ראינו שאינו מוכר ברצון שהו' חוטף בע"כ החפץ ונותן דמיו דאמרינן ג"כ דכיון שמכרו וקיבל דמיו דודאי נתרצה כיון דקיבל דמיו ונתנו לכיסו ובב"ק דאמרי' דכשלא אמר רוצה אני דהמקח בטל מיירי שלא קיבל המוכר בעצמו הדמים רק שהלוקח הטילו בע"כ לתוך כיסו או תיבתו אבל לדעת הרא"ש והטור כל שלא אנסו באונס אחר שחטף החפץ בע"כ או שקיבל דמיו אין המקח קיים אם לא שידוע שאמר רוצה אני דאז ודאי שהמקח קיים דהא לא היה לו שום אונס שנאמר שמחמת אונס אמר רוצה אני ובודאי נתרצה ומשמע ליה להסמ"ע מלשון הרי"ף והרמב"ם שכתבו מי שאנסוהו עד שמכר ואפי' תלוהו וזבין כו' משמע דברישא מיירי דלא אנסו באונס אחר רק שהמכירה היה באונס כגון שחטף או שהרבה עליו ריעים ולא אמר רוצה אני אבל באמת העיקר דבכה"ג אין המקח קיים עד שיאמר רוצה אני כדמוכח מהש"ס ופוסקים וגם לשון הרי"ף והרמב"ם והמחבר יש לפרש כן דמ"ש ואפי' תלוהו היינו דברישא מיירי אפי' באונס קטן של ממון או הכאה ואח"כ כ' דאפי' תלוהו שהוא אונס נפשות המקח קיים אבל בחטף חפץ לכ"ע צריך שיאמר רוצה אני וכן עיקר:

ב אף ע"פ שלא לקח הדמים בפני עדים. עסמ"ע סק"ד דהיינו שיש עדים שהודה וטוען שהוצרך להודות מפני האונס אין שומעין לו וכו' וע' ב"י שפי' דהרמב"ם מפרש ארצי ולא ארצי בעדים ולכאורה הוא תמוה דהא בבבא בתרא שם דף מ"ח אמר רבא הילכתא תלוהו וזבין זביניה זבינא ולא אמרן אלא בשדה סתם אבל בשדה זו לא ובשדה זו נמי לא אמרן אלא דלא ארצי זוזי (בעדים רק שהודה) אבל ארצי זוזי לא וכו' והילכת' בכולהו זביניה זבינא ואפי' בשדה זו (והיינו אפי' לא ארצי זוזי בעדים רק שהודה) דהא אשה כשדה זו דמי' ואמר אמימר תלוהו וקידש קידושיו קידושין וכו'. ולפ"ד הרמב"ם הא תמוה דמאי ראיה מייתי מקידושין הא בקידושין איכא נתינת מעות דהודאה לא מהני וכן תמה המהרח"ש וגם קושי' התוס' שם בד"ה ואפי' בשדה זו תמוה מאוד דלענין הודאה איזה סברא יש לחלק בין שדה סתם לשדה זו: ונראה ליישב דבב"י בשם הרי"ף הביא עוד פי' בארצי ולא ארצי דהיינו שלא נתן המעות מיד וא"ל תא שקול זוזך וכו' קנה ג"כ דכיון שנתחייב לו מעות בשעת מכירה דמי לנתן לו מעות מזומן. ונראה דהא בהא תליא דהנה קשה על הנך דסברי דהודאה לגזלן לא מהני מטעם דאי לאו דאודי ליה הוי ממטי ליה ולחמרי' לשחוור כמבואר בש"ס וכי לא מהני שום הודאה נגד גזלן אפי' לחייב עצמו וזה

לא שמענו מעולם דמה"ת נאמר כך הא לא אנסו על הודאה וע"כ צ"ל דכל הודאה שהוא נוגע לקיום המכירה לא הוי הודאתו הודאה דהא אנסו על המכר ואף שלא ביקש ממנו ההודאה רק שאר קניינים והוא הודה מעצמו מ"מ כיון דגם זה לקיום המקח אמרינן שעשאו בשביל האונס דכן מצינו גבי נדרי אונסין בפ' ארבעה נדרים דמותר אף במה שלא אנסו להדירו כגון בקונס אשתך והוא אומר קונם אשתי ובני וא"כ ה"נ כיון דבעינן לקיום המקח גבי אנוס שיתן ממון דוקא דהא בעינן אונס' וזוזי מש"ה אמרינן דהודאתו שהודה שקיבל המעות היה בשביל אונס שאנסו שיקיים המקח משא"כ אם נאמר דאפי' אנסו למכור ולא נתן לו מיד מעות קנה א"כ תיכף כשמכר נקנה המקח והוא נתחייב לו רק מעות א"כ הודאה זו שקבל המעות אינו שייך לקיום המקח ולא הוי רק כהודה שקיבל ממנו חובו והוא לא אנסו רק על המקח והוא נתחייב לו רק מעות ומהני הודאתו והשת' א"ש לשון הש"ס דארצי זוזי דאמר רבא כולל תרווייהו שיתן מעות בשעת תלי' מכירה דוקא ולא מהני מה שנתחייב לו וגם שיראו נתינת המעות ולא מהני ההודאה וע"ז מסיק הילכתא דאפי' לא ארצי זוזי והיינו דאפי' לא נתן לו בשעת מכירה מעות קנה כשאומר לו תא שקול זוזך וכן נמי קנה כשהודה בשעת מקח שקיבל כבר המעות ומייתי ראיה מקידושי אשה דתלוהו וקידש קידושיו קידושין ואפי' בקידושי שטר מטעם שכתבו התוס' דהחיוב של שאר וכסות שנתחייב חשיב כנתינת כסף אף שלא נתן לו עדיין רק שנתחייב לו א"כ מוכח דה"ה כשמכר לו השדה בקנין המועיל דקנה אף שלא נתן מעות רק שאומר לו תא שקול זוזך דהא במכר שדה בקנין המועיל ממילא הלוקח נתחייב לו מעות תמורת המכר כמו חיוב שאר וכסות שנתחייב כשמקדש והרי המקח קיים והוא נתחייב לו מעות מיד וא"כ ממילא מוכח דגם הודאתו שמודה שכבר קיבל המעות מהני כיון דההודאה לא שייך לקיום המקח ולא הוי רק כהודאת קבלת חובו בעלמא כנ"ל. ולפ"ז גם קושי' התוס' הנ"ל לא קשה דבשדה סתם כיון דמהני אפי' לא נתן תיכף מעות מש"ה גם הודאתו מהני. ולפ"ז נראה דבמקום דלא קנה המקח בלא כסף כגון במכר בשטר דבעינן כסף דוקא וקבלת המעות שייך להקנין אף המחבר מודה דהודאתו לא מהני כיון דההודאה שייך לקיום המקח והוא אנסו על קיום המקח. ונסתפקתי באם תלוהו ואמר לו לך חזק וקני והחזיק שלא בפניו אם נאמר כיון דבשעת אמירת לך חזק לא נתן לו מעות וגם לא נתחייב לו מעות ואח"כ כשהחזיק לא החזיק בפניו לא שייך לומר גמר ומקנה או דבכה"ג שייך ג"כ לומר גמר ומקנה וכעת צ"ע:

ג אבל הודאתו לחוד לא מהני ואם כתב לו שטר עם אחריות לא הוזכר כאן ויש לומר דסמך עצמו על מ"ש לעיל בסי' קנ"א סעיף נ' בהוחזק בגזלן די"א אם כתב לו אחריות

נכסים דקנה ושם מיירי אפי' בהודאה אמנם נראה דתליא במחלוקת של הסמ"ע והט"ז לקמן סעיף ג' במתנה שכתב בו אחריות נכסים דלדעת הסמ"ע שם דדוקא כשידוע שהיה כתיבת אחריות ג"כ באונס לא מהני אבל מן הסתם מהני אחריות ה"ג הדין כן אבל להט"ז שם שכ' דמן הסתם תלינן שהאונס היה ג"כ על אחריות אם לא שידוע שכתיבת אחריות הי' שלא באונס א"כ גם הכא לא מהני כתיבת אחריות בסתם. אך לדעת הט"ז ג"כ צריך לחלק בין הך דסי' קנ"א להך דהכא ונראה דהחילוק הוא דשם כיון דעכשיו לא אנסו כלל רק שאומר שהיה מפחד מחמת שכבר גזלו פעם אחת ומסר נפשו עליו י"ל דבכתיבת אחריות דדמי לשדה אחר אינו ירא מפניו משא"כ הכא דאנסו ותולה אותו גם עכשיו י"ל שאנסו גם על האחריות. וע"ש בט"ז לכשידוע שלא אנסו על האחריות והלוקח כתב אחריות מרצונו דבזה אפילו מסירת מודעה לא מהני כיון דחזינן דכ' לו אחריות מרצונו ע"ש:

ד ואפי' החזיק כמה שנים עיין ש"ך ס"ק ג' שרימז לתשובת מהר"א ששון שם שכתב שיש לו דין גזלן וזה פשוט אמנם במ"ש שם מסברא באם נמצא מום במקח שחייב ליתן לו ההוצאה אף אם לא השביח ע"ש אישתמיטתיה מ"ש הטור והמחבר בסי' רל"ב סעיף י"ד ע"ש:

ה ומחזיר הדמים ואף דבסעיף יו"ד פסק דאם מסר מודעה א"צ להחזיר הדמים כשהודה והמחבר פסק בשלא לקח הדמים בפני עדים ומשמע דאף במודה מחזיר הדמים תי' מהרח"ש בקונטרס האונס דבסעיף יו"ד מיירי שמסר מודעה גם על ההודאה להכי דקדק שם וכתב שמסר מודעה על כך והיינו על ההודאה וכאן מיירי שלא מסר מודעה רק על המכר ולא אהודאה ולא מסר מודעה על ההודאה אף שלא ידעינן שאנסו על ההודאה רק שידעינן שאנסו על המכר סגי וא"צ להחזיר שוב הדמים ולדעה הפוסקים שהביא הרב בהג"ה לעיל דהודאה לא מהני אפילו מסירת מודעה א"צ:

ו וצריכין העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס עיין סמ"ע סק"ז עד שאותו אונס לא סר מהמוכר וכו' ולפענ"ד הדברים תמוהין מאוד דבהרמב"ן בחי' הביאו ב"י בטור אף שכתב ולמאן דס"ל דבאונס לחוד סגי בעינן שידעו העדים שהיה אנוס בשעת מכירה ובלא"ה חיישינן לשמא נתרצה אח"כ מ"מ כשמסר מודעה כתב בהדיא דשוב לא חיישינן לזה וכן מוכח מדברי הרשב"ם שהביא הב"י וכמו שהוכיח מדבריו המהרח"ש בקונטרס מודעה ואונס ע"ש אף שהמהרח"ש שם כתב גם כן שמדברי הרמב"ם שהן דברי המחבר משמע קצת דבעינן שידעו שהיה אנוס בשעת מכירה מ"מ הא כתב שם שיש לפרש פי' אחר ברמב"ם וגם כתב שכל המפרשים לא סבירא להו כן וא"כ נהי שהרמב"ם ס"ל כן מ"מ

בטלו דבריו נגד כל הפוסקים החולקים עליו ואפי' התירו מהאונס ואח"כ מכר כתב במהרי"ק הביאו הב"י באה"ע סי' קל"ד דכל שי"ל שעדיין מפחד מאותו אונס מיקרי אונס אם לא שנשתנה האונס קצת דהיינו שתש כחו של האנס קצת וגם מעשים בכל יום שמכשירין שטרי מודעות שנכתבו מקדם לשטר מכירה ולפ"ד הסמ"ע הן פסולין דאימר בשעת מכירה נתרצו וגם לפע"ד הסמ"ע היו צריכין לכתוב בשטר מודעה שיודעין שהיה אונס בשעת מכירה דוקא כמו שהצריך הרמב"ן בשטר מודעה שנכתב לראיה על האונס לבד כשלא היחה שם מסירת מודעה ואליבא דרבא לשיטת הרמב"ן ועיין בב"י ואנו לא נוהגין הכי. לכן נראה שגם כוונת הסמ"ע הוא כך במ"ש שאותו אונס לא סר מהמוכר כוונתו שלא נעשה תש כוחו בתוך הזמן: ועש"ך סק"ד שכתב שבתשובת דברי ריבות סי' שי"א פסק פסק תמוה ויש ט"ס בהעתקת הש"ך דבריו וכצ"ל דלא הוי מתנה כיון שהוא באונס וכן הוא בתשובה שם והנה המעשה בתשובה כך היה שיהודי אחד היה חייב לעכו"ם מעות ולא היה לו מה לפרוע ואמר העכו"ם שימתין לו עוד שנה רק שיתן לו ריבית ומחמת פחד העכו"ם המציק נתרצה לו על הריבית כך וכך ואח"כ היה צריך היהודי לאיזה טובה מהעכו"ם ולא רצה לעשות לו עד שיתן לו שט"ח על הקרן והריבית בכולל ואח"כ מכר השט"ח ליהודי אחר ותובע ממנו היהודי זה הקרן והריבית ופסק שם כיון שריבית מתנה היא ולא נתרצה לו רק מחמת האונס אין לו חיוב והנה לכאורה דין ברור הוא דכיון שמעיקרא היה החוב בלא ריבית ועתה שאין לו לשלם ודאי דהריבית ששם עליו מחמת אונס הוא דכשאין לו אין עליו חיוב ואפי' נתרצה לו מחמת אונס הוי כתלוהו ויהיב ואפשר שמה שכ' הש"ך שהוא פסק תמוה הוא כיון שנתן לו אחר כך שט"ח היה בעד איזה טובה שעשה לו העכו"ם הוי כזביני א"נ הש"ך הבין בדברי התשובה שגם מתחלה היה החוב בריבית והריבית הן חוב ברור על היהודי עוד רימז הש"ך לתשובת אלשיך סי' ע"א וכוונתו שכתב שם דאף שהעדים כתבו והכרנו באונסה וע"פ האונס שהגידו לפנינו ראינו שאין זה נקרא אונס העדים נאמנין ולא מיקרי חוזרין ומגידין דעבידי עדים דטעו בכה"ג למחשבי' אונס:

ז אבל במתנה עסמ"ע ס"ק ח' דאפי' אינו אונס כלל מהני ע"ש אבל הרשב"ם ותוספות ושאר הרבה פוסקים סוברים דהא דמהני במתנה אפילו בלא הכרת האונס הוא מטעם דאמרינן ודאי נאנס דאי לא נאנס למה לו ליתן גט ומתנה ולמסור מודעא אלא ודאי אנוס הוא ע"ש בדבריהם ובב"י שהביאם ולכאורה קשה דא"כ אמאי מהני ביטול מודעא אפילו כשמבטל מודעא עד עולם בשלמא במכר דבעינן תרוייהו אונס ומודעא כיון שמבטל המודעא אתי דיבור האחרון ומבטל דיבור הראשון ונשאר אונס בלא מודעא ותלוהו

וזבין זביניה זביני אבל בגיטא או מתנתא דבחדא סגי לבטל או באונס או במודעא וכיון שמסר מודעא ודאי אנוס הוא כמ"ש הרשב"ם א"כ מאי מהני הביטול נהי דאתי דיבור האחרון ומבטל דיבור הראשון מ"מ נשאר האונס תלוהו ויהיב לאו כלום הוא אמנם אחר העיון לק"מ דהא איכא במתנה גוונא דאף דאיכא אונס מ"מ בעינן מודעא כגון בהאי דמייתי שם בש"ס דף מ"ם בהאי גברא דאזיל לקידושי איתתא ואמרה לי' אי כתבת לי לכולהו ניכסך הוינא לך כו' מודעא לחברתה כו' ואונסא כי האי לא מבטל ליה למתנתא דהא אונסא דנפשיה הוא וע"כ אף הרשב"ם מודה דבמתנה אונסא דנפשיה עם מודעא מבטלתיה להמתנה ולגט דנהי דאית לן הוכחה שבודאי נאנס דאל"כ למה הי' לו ליתן גט ומתנה ולמסור מודעא מ"מ אפשר שהיא אונסא דנפשא רק דאפילו אונסא דנפשא ומודעא ג"כ מבטלת וכדמוכח בש"ס שם בהדיא כנ"ל מש"ה כשמבטל מודעא מהני כיון דאין כאן מודעא ואין לנו מהמודעא הוכחה יותר מאונסא דנפשיה ואונסא דנפשיה בלא מודעא לאו כלום הוא אפי' במתנה ולפ"ז צ"ל דמ"ש התוס' שם בד"ה מחאה בפני שנים דהא דכתבינן מודעא שלא מדעת שהוא מתקנת חכמים כדי להציל הנאנס ואף במודעא דבמתנה אין לנו הוכחה רק מאונסא דנפשיה ובזה לא שייך להציל הנאנס כמו בעובדא דמייתי התם בהאי גברא דאזיל לקדושי איתתא דודאי לא שייך בזה להציל הנאנס וע"כ צ"ל שתקנה התקינו רבנן במודעא ותקנה כוללת היה לכתוב מודעא שלא מדעת וראיתי בקצה"ח דאם ידעינן שלא נאנס דאין כותבין ודוקא בסתם כותבין מטעם דאמרינן ודאי נאנס וכמ"ש הרשב"ם וניחא וכמש"ל. וכן כתב שם לדעת הרשב"ם לא מהני ביטול מודעא בגט ובמתנה והא ודאי ליתא וכמבואר בכל הפוסקים באה"ע אלא מ"ש הוא נכון:

ח מתנה או מחילה. וה"ה דאונס בלא מודעא מבטל המתנה דתלוהו ויהיב לא הוי מתנה אמנם זה דוקא כשאנסו בפי' ליתן לו מתנה זו אבל אם אנסו סתם והוא נתן לו מתנה זו להיפטר מהאונס תלוי בשני תירוצים שתי' הב"י בשם הרשב"ם על הך דסיקריקון בגיטין דבהרוגי מלחמה המקח קיים אף שלא קיבל דמים דקשה דהא תלוהו ויהיב הוא ותי' ב' תירוצים. א' דשם לא היה האונס על המתנה רק הוא נתן מתנה בעצמו להיפטר מהאונס ובזה הוי מתנה. תירץ ב' הואיל והפקירם המלך להריגה ואינן מקוים לשוב לנחלתם עוד עיין שם: ובהרח"ש בקונטרס מודעא ואונס מסיק כתי' הראשון ולכך באנסוהו ונתן מעצמו מתנה להיפטר מהאונס הוי מתנה אבל כשמסר מודעא המתנה בטילה ע"ש וכן הדין במכירה כשאנסו סתם וידוע כשימכור לו יפטרנו מהאונס נתבטל המכר כשמסר מודעא וזה דוקא במתנה שהגיע לידו אמרינן גמר והקנה אבל אם נתן שט"ח על עצמו

במתנה כדי להיפטר מאונס שאנסו סתם פטור דלא שייך בזה גמר והקנה כיון שעדיין לא נתן לו המעות ועיין במהרח"ש בקונטרס מודעא ואונס:

ט פשרה דינה כמכר עמ"ש מהרי"ט חלק ד' סי' צ"ח דדוקא בדין מסופק הוי כמכר לענין זה דאונס בלא מודעא לא מהני אבל בדין ברור שהנתבע פטור והוא כפהו להתפשר עמו הוי כתלוהו ויחיב וכן מבואר בתשובת הרשב"א שהביא הב"י סוף סי' זה ע"ש ואין להקשות דאפי' בדין מסופק כל שנתברר ע"פ ב"ד דהדין עמו להוי כמחילה בטעות כמו לעיל בסי' י"ב בנתפשר עמו ובאו עדים אח"כ דהוי פשרה בטעות דזה אינו דלא מיבעיא לדעת הרא"ש בב"מ דף ס"ו שכתב דדוקא גבי אונאה דלא ידע כלל אי נותן לו משלו לא הוי מחילה אבל כשיודע שנותן לו משלו רק שטועה בדין הוי מחילה ודאי דהכא ג"כ הוי מחילה אלא אפי' לדעת התוס' שם דס"ל דבכל גוונא מחילה בטעות לא הוי מחילה דדוקא במכר דשלב"ל מהני מחילה בטעות משום דניחא ליה למיקם בהימנותא מ"מ נראה דהכא שאני כיון דמתחילה נסתפק לו וקנה הספק ואדעתא דהכי נחית לקנות הספק חשיב זביני ולא הוי פשרה בטעות ומ"מ נראה דדוקא באנסו לפשר עמו סתם ולא כפהו על הסך בשעה שכפה לפשר רק שנתפשרו מעצמם אח"כ והנאנס פסק סך הפשר בלא כפי' מהני אבל כשכפה אותו על סך הפשר כגון שלא פטרו מהאונס עד שנתרצה בהסך שאמר האנס ודאי לא מהני דהא אפי' במכר כשכפוהו על הסך נתבטל המכר כמבואר בסעי' ד' ע"ש ואם הפשר היה מחמת הכחשה כגון ראובן שתובע לשמעון ק' ושמעון כפר ונתפשר בחמשים אז אם אח"כ באו עדים ודאי נתבטל הפשר כמבואר לעיל בסי' י"ב וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאו הב"י בטור ס"ס זה מתרי טעמא דהוי פשרה בטעות וגם פשרה באונס דמחמת אונס הכפירה הוכרח לפשר ולא חשיב זוזי דלא הוי רק כהחזיר מקצת גזילה ונראה דכן הדין כשהודה הנתבע אח"כ על כל סך ג"כ נתבטל הפשר דהודאות בע"ד כמאה עדים דמי אבל אם לא הודה רק על הסך שנתפשר עמו כגון שתבעו ק' וכפר ונתפשר בנ' ואחר כך הודה על נ' ועכשיו רוצה התובע להשביע על הנ' של הכפירה באמרו שלא מחל לו השבועה רק משום אונס הכפירה מבואר מדברי הרא"ש בתשובה כלל ע"ב סי' ח' דהפשרה קיים דזה לא הוי הכרח האונס דאימר האמת כך הוא רק מחמת שזה תבע יותר כפר לו וכשנתרצה על הסך כפי האמת הודה לו ע"ש ברא"ש ואף שיש קצת לגמגם דמה"ת יהיה פשרה זו נידון בדין מכירה כיון דהודה לו א"כ לא קיבל שום זוזי דהא שלו מהדר ליה וכמ"ש הרשב"א הובא בב"י סי' י"ב דכל שלא מחזיר לו רק שלו לא חשיב זביני א"כ ה"נ במאי נפטר מהשבועה מאותן העשרים כיון דלא נתן לו רק השמונים שהיה חייב לו באמת וא"כ מחילת השבוע' דמי למתנה

דמהני מודעא לחוד ונראה דדעת הרא"ש כל שאינו ידוע לו שהוא מתנה באמת שאפשר שנתרצה בשמונים מחמת שהאמת הוא כך שאינו חייב לו יותר לכך לא מבטלין הקנין: ולולי דמסתפינ' הייתי או' כיון דעיקר הדין דפשרה הוא כמתנה הוא מהרמב"ם שהוא בלשון המחבר והרמב"ם והמחבר לא הזכירו זה רק נגד מודעא בלא אונס הייתי או' דאפי' בפשרה בדין מסופק אינו כמכר רק לענין מודעא בלא אונס מטעם דל"מ לדעת הרשב"ם שכתב הטעם דבמתנה מוכח שהוא אונס ממילא בפשרה ליכא הוכחה די"ל דעושה כן דאם יתוודע לו דהדין עמו יתבטל הפשר ואם הדין עם שכנגדו יתקיים הפשר אך אפילו לדעת שאר פוסקים אינו מן הדין שיפשר עצמו וימסור מודעה שיהיה הברירה בידו לחזור בו אם ירצה ושכנגדו לא יהיה יכול לחזור בו אבל לענין אונס בלא מודעא דהטעם דבזביני קיים משום דגמר ומקנה אגב אונסא וזוזי משא"כ בפשרה יכול חלה לו' לדידי היה הדין ברור שהדין עמי וממילא לא הוי רק כהחזיר מקצת הגזילה כמ"ש הרשב"א הנ"ל הביאו הב"י בסי' י"ב רק כיון שמהרי"ט ושאר פוסקים כתבו דבדין שאינו ברור פשרה כמכר אפי' לענין אונס בלא מודעא בטלה דעתו ומ"מ כל שי"ל שידע הדין ולא נתפשר רק מחמת האונס יש לבטל הפשר ועש"ך סק"ה מה שהביא בשם תשובת רשד"ם אין ספרו תחת ידי והוא תמוה ומ"ש בשם בדק הבית באחד שנשבע וכו' כ' הש"ך וז"ל ור"ל דבשעת שבוע' אמר וכו' והוא תמוה ונ"ל שהוא ט"ס וכצ"ל דבשעת מתנה אמר וכו' וכוונתו שהיה קשה לו דמה בכך שאמר שמפני חיוב שבועה הוא נותן הא ודאי כשנותן מפני חיוב שבועה מתנה הוא דהא כופין אותו לקיים שבועתו ובודאי כשאינו רוצה לעבור על השבועה ונותן בפי' מתנה הוי מתנה ולכך פי' הש"ך דמיירי שאמר בפי' שאינו נותן לו וכו' פי' שאינו מקנה לו ברצונו וכל זמן שאינו מקנה לו ברצון לא נקנית לי ונפקא מיניה דכ"ז שלא נקנה המתנה להמקבל יכול הנותן לשאול על נדרו משא"כ כשכבר נקנה להמקבל לא מהני שאלה ולכך כשמסר מודעא ושאל על שבועתו מחוייב להחזיר לו המתנה ובגוף הדין אי שבועה או קנס חשיב אונס לענין מתנה כשלא מסר מודעא מחמת שהאונס זה הביאו על עצמו נראה דאף בגט חשיב ליה אונס כשמתחרט והוי בכלל גט מעושה להרבה פוסקים באה"ע סי' קל"ד דמ"מ כמתנה נראה כיון שאמר רוצה אני הוי מתנה משא"כ בגט דבעינן דוקא ריצוי בלב כמבואר ברמב"ם פרק כ' מה' גירושין ועמש"ל בסק"א לדבריו ולכך חיישי' שמא בלבו לא ניחא ליה ואינו נותן הגט רק מפני חומר השבועה או הקנס כיון דלא שייך כאן הטעם שכתב הרמב"ם דשם כיון דמצוה לשמוע דברי חכמי' אמרינן דודאי גם בלבו ניחא ליה כמ"ש הרמב"ם שם משא"כ

כשעושה משום קנס ושבועה י"ל דבלבו לא ניחא ליה ולכך מחמירין הפוסקים משא"כ במתנה כשאו' רוצה אני לא משגיחין מה שבלבו לא ניחא ליה:

י אבל במטלטלין מוכח מדברי הפוסקים שהביא הב"י דאפי' ידע בשעת מכירה מהאונאה ואפילו שהה בכדי שיראה מכל מקום אין מכירתו מכירה דלא אמרינן אגב זוזי גמר והקנה רק אם היה שיעור ראוי להתרצות אבל בשיעור שאין ראוי להתרצות לא אמרינן וכ"כ המהרח"ש בהדיא:

יא מיהו כבר נכתבה ואף דלא תיקנו חכמים לכתוב מודעא כי האי מ"מ לא גרע משטר שלא נכתב כתיקון חכמים הכשר ולא הוי מפי כתבם כמו שמסיק הש"ך בסי' ל"ט סק"ט ועל עיקר דין שכתב המחבר תמה המהרח"ש דהא קיי"ל בכמה דוכתי דלא חיישינן לב"ד טועין:

יב דעביד איניש דגזים הנה לכאורה לפי מה דמשמע בדברי מהרי"ט בתשובה שם לפי מה שמפרש דברי הרא"ש בתשובה שם דכשמסר מודעא והראה לעדים שמחשיבו באונס דמקרי אונס וכ"כ המהרח"ש בד' י"ג ע"ב ע"ש ואם כן תימה על הרב כיון דהכא במכר מיירי כדמייתי עלה מעשה דפרדיסא דמיירי בזביני וע"כ במסר מודעא מיירי וא"כ אף המהרי"ק מודה עוד הביא במהרח"ש שם בד' י"ג ע"ב דאם הפחידו להביא בערכאות של גוים דלכ"ע לא הוי אונס דדוקא במפחידו בדבר דברי היזיקא כגון במלשינות וכיוצא אבל ערכאות לא ברי היזיקא שלא כל המביאים בערכאות נוצחים וכמה עשו ולא הצליחו ע"ש:

יג וטוען שהפרדס שלו עסמ"ע ס"ק י"ח שהקשה על הע"ש שתי' דמיירי שהטמין עדים אחורי הגדר דא"כ יביא עדים ששמעו בהטמנה וכו' ועיין בפתיחה לסי' זה בד"ה רבה ורב יוסף מה שכתבתי לפרש דברי הנימוקי יוסף וא"ש דברי הע"ש דהא קיי"ל כאביי ורבא בב"מ דף מ"ז דאמרי תרווייהו דכתבינן מודעא אפי' עלי ועליך עיין שם ברשב"ם דאפי' ציית דינא דאימר לא היה הב"ד מזומן והוא היה צריך למעות תיכף ועיין בב"י כאן ובמרח"ש בקונטרס מודעא ואונס שפסקו כן להלכ' וא"כ א"ש דברי הע"ש דהא דהי' קשה להם לרשב"ם ושאר פוסקים דאם שמעו העדים כשאמר אי לא מזדבנית לי אכבוש לשטר משכנתא וכו' יביא העדים לב"ד עיקר קושייתם הוא על דבריו של האנס דאם או' כן לפני העדים מה תועלת הוא לו להאנס כמה שכובש השטר משכנתא כיון שהעדים יודעין מזה לכן תי' הע"ש דמיירי שהטמין העדים אחורי הגדר והא ודאי דלא קשה מידי מה שהקשה הסמ"ע דהמודעא לאו כלום הוא כיון דמצי לתבוע אותו בב"ד על פי העדים ששמעו זה דזה אינו דהא כותבין מודעא אפילו אמאן דציית דינא משום

דאימר אין הב"ד מזומן כמ"ש הרשב"ם או משום דאי בעי לא ציית כמ"ש הרמב"ן ולענין דינא עיין בחידושים ס"ק י"ט:

יד והם הם עידי המודעא משמע דהביטול מקח הוא מטעם אונס ומודעא וקשה לי דהא בלא"ה המקח בטל דהא במטלטלין כה"ג אם גזל מטלטלין או אפילו בפיקדון דכפריה אין הנגזל ולא המפקיד יכול לקנותן שוב דמטלטלין דכפריה הוי כגזילה ובגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו ועיין בב"ש באה"ע סי' ד"ח ס"ק ט"ז שכתב בשם השארית יוסף דאפילו לגזלן עצמו או לנפקד עצמו א"י להקנות ע"ש ומבואר בב"מ דף ז' דאפילו בקרקע כל ממון שא"י להוציאו בדיינין אם הקדישה אינה מקודשת ועיין רש"י שם דהיינו שאין לו עדים וא"כ הכא שהיה טוען לקוח הוא בידו והלה אין לו עדים ממילא א"י להקנותן אפילו להגזלן כמו במטלטלין וא"כ מוכח כדעת הב"ש שם דלגזלן עצמו יכול להקנות:

טו הגוזל והוחזק בגזלן עסמ"ע ס"ק כ' וע' פרישה שכתב די"ל דהרמב"ם מיירי שגזל ואחר כך מכרה להגזלן בעודה תחת ידו. ונראה דלפי זה לא קשה מה שתמהו הכל על הרמב"ם מהא דאמר בש"ס דר"ה לית לי' דרב ביבי הא רב ביבי מיירי בגזלן ולפי דעתו הפרישה לא קשה דהרמב"ם כ' דין זה וסברא דהא לא שייך לו' אגב אונסא וזוזי דהא לא נפטר משום אונס אחר וכ"כ הרמב"ן בב"ב דף מ' דהיכא דליכא אונס רק מהאי מיהו לא בעי מסירת מודעא משא"כ רב הונא ורב ביבי ע"כ מיירי אפילו בגזלן שהוחזק גזלן על עסקי נפשות דאי בהוחזק גזלן על שדה זו א"כ אמאי אמר אין ראייתו ראיה הא עכ"פ אחריות מהני ועוד דהא קי"ל אחריות ט"ס וא"כ אפילו שטר מהני כמ"ש התוס' שם ועוד דהא קאי על דמתניתין דמיירי אפי' בגזלן על עסקי נפשות ובזה שייך שפיר לו' אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה וכיון דמסיים רב ביבי קרקע אין לו מוכח שפיר דר"ה לית ליה דרב ביבי ולפ"ז נראה דאפילו הוא כבר ת"י הגזלן ואנוס ליה באונסא דאחרינא למכור לו דקנה בשלא מסר מודעא וכ"כ הרמב"ן שם וז"ל אבל היכא דאנסי' באונסי' דממונא אחריני ואפילו גזלה נמי האי מידי ובתר הכי זבני' ניהלי' דגמר ומקני אף דהרמב"ן ג"כ ס"ל כהרמב"ם דבגזל האי מידי וזבין לי' דלא בעי מסירת מודעא ואפ"ה באנסו גם באונס אחריני מודה דקנה כשלא מסר מודע':

טז מאחר דידעינן באונסי' עסמ"ע ס"ק ך"ג שכתב וז"ל פי' ע"י שטר מודעא זו ידעינן האונס וכו' נראה דלאו דוקא דאפילו ידעינן האונס מעדים אחרים מבטלין המקח בצירוף מודעא זו דבזה ג"כ שייך דטעם שכתב הסמ"ע ס"ק כ"ד וע"ש:

יז דידעינן באונסי' עסמ"ע ס"ק כ"ח הטעם דבמתנה בגילוי דעת סגי והוא תמוה מאוד דהמודעא כבר נתבטל בהביטול רק הטעם הוא נהי דהמודעא נתבטל מ"מ במתנה האונס בלא מודעא מבטל המתנה עוד כתב הסמ"ע במודה בידוע שאינו חייב לו רק שבא להתחייב עצמו הוי כמתנה ומשמע מדבריו דבמודה שחייב לו מכבר וא"י אם הוא אמת שחייב לו שאין המודעא בלא אונס מבטל. ולפמ"ש בפתיחת בד"ה ועיין מהרח"ש נראה דגם בכה"ג מבטל מודעא בלא אונס מטעם שכתב הרשב"ם דאיכא הוכחה שנאנס דאל"כ למה לו להודות ועוד כיון דגילה דעתו מקודם במסירת מודעא שאינו מודה רק מפני האונס אין זה הודאה גמורה:

יח אנסוהו לקנות אבל אנסוהו למכור אף שאנסוהו לקבל חילוף המכיר' מטלטלין כמו דאמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה ה"נ אמרינן אגב אונסא ושוה כסף גמר ומקני דהא יכול למכור השוה כסף בעד מעות והוי כקיבל דמים ואין לומר הא הנאנס לא קנה החפץ שנתן לו האונס בחליפין דהא אנסוהו לקנות לא קנה וא"כ גם האנס לא יקנה דזה אינו דכל המוכר בעד שוה כסף בתורת דמים אין לו קנין בגוף החפץ רק שנעשה בחיוב על הלוקח כמבואר בב"מ ד' מ"ה דהזהב מחייב את הכסף ועיין בסי' ר"נ סעיף ג' בט"ז שם וכיון דאין להנאנס קנין בגוף החפץ ל"ש גבי' לומר אנסוהו לקנות רק אנסוהו למכור דגמר ומקני: ולפ"ז אם האנס ייחד לו החפץ ואנסו ואמר לו מכור לי באלו דאז דין חליפין יש לו כמבואר בסי' ר"ג מש"ה כמו שהנאנס אינו קונה החפץ דהוי אנסוהו לקנות גם האנס אינו קונה וכעין שאמרו בסי' ר"ג. ועוד נראה דאפי' נתן לו האנס רק משכון בעד הדמים קנה דהא אפילו נתחייב לו הדמים קנה להרבה פוסקים כמבואר בסעיף א' בהג"ה ובנתן משכון נראה דכ"ע מודים דהוי כקיבל זוזי ועיין באה"ע סימן מ"ב שהביא דעת האומר גבי תלוהו וקדיש דמקודשת מטעם דאנסוהו לקנות ג"כ קונה והה"מ והב"ש שם תמהו אמאי לא הביא דיעה זו בח"מ כאן ונראה דרק משום חומרא דקידושין הביא דיעה זו בקידושין ונראה דהמאנס את חבירו לקנות אף שהלוקח יכול לבטל המקח מ"מ המאנס א"י לבטל המקח דדמי להא דסי' ר' סעיף י"א דאין המוכר יכול לחזור בו וה"נ הוי כתולה הקנין ברצון הקונה:

סימן רו

א הרי היא מכורה לך. ובטור כתב לשון אמכרנו לך וכתב הרמ"א ששון סי' קל"ג דהטור ס"ל כמ"ד בסי' רמ"ה סעיף ד' דאם אמר מעכשיו מהני אפי' לשון אתן והמחבר כתב כן אליבא מאן דס"ל דלא מהני מעכשיו בלשון אתן ולכך כתב בלשון הרי היא מכורה

לך ועסמ"ע ס"ק א' שדחק מאוד בטעם תיבת מעכשיו ולפענ"ד נראה דלא מיבעיא אם אמר לשון אמכור ודאי דצריך מעכשיו כמש"ל אלא אפי' אמר הרי היא מכורה לך מ"מ דאין לומר הטעם משום דכשאמר כשאמכור א"כ אין המכירה של הראשון חל עד גמר מכירה של השני ואין אדם מקנה דבר שברשותו לכשיצא מרשותו כמבואר בנדרים דף מ"ב דאין אדם אוסר דבר שברשותו לכשיצא מרשותו לכך צריך מעכשיו דזה אינו דלשון כשאמכור משמע כשאתרצה למכור אך מ"מ צריך מעכשיו דמיירי בק"ס ודאי דצריך מעכשיו דהא הדרא סודר למריה וכתב עוד המהר"א ששון דאם אמר בלשון חיוב מהני בלא מעכשיו וה"ה אם כתב בסוף השטר וקנינא מיניה שהחזיר הקנין בשטר מהני כמו לשון חיוב ודמי להא דסי' רי"ב סעיף א' בהג"ה ובהכי מיירי התשובות הרשב"א שהביא הב"י בס"ס קצ"ה דאפי' אם כתב בלשון אמכור אם כתב הקנין בשטר הוי בלשון חיוב והיינו שהחזיר הקנין בסוף השטר:

ב לא תמכור אלא לי דין זה תמוה מאוד דהא לשון זה לא מהני מידי וצריך להקנות במעכשיו בק"ס דוקא ולומר לו הרי היא מכורה לך מעכשיו ואי מיירי שאמר ג"כ לכשאמכור הרי היא מכורה לך מעכשיו במנה ולא אמכור אלא לך חדא דהלשון אינו סובל זה וגם הלשון דלא תמכור אלא לי קשה דהאי לישנא דהלוקח הוא ואנן צריכין שהמוכר יתחייב עצמו בזה ולכך היה לו לו' לא אמכור אלא לך וגם הדין באם אמר כשאמכור מכורה לך במנה ולא אמכור אלא לך מוכח במהרי"ק בהדיא דכשמכרו לאחר ביותר דקנה השני דהא ל' כשאמכור הוא כשאמכור מדעת וכשמכר בק"ס נאנס ובמה שאמר לא אמכור אלא לך לא מוכח שאפי' ימכור ע"י אונס. וכן כתב הנ"י בב"מ פ' א"נ גבי לכשתמכור לא תמכור אלא לי בדמים הללו דקנה השני כשמכרו ביותר. והנה מרא דהאי דינא הוא המהרי"ק ועיינתי שם במהרי"ק שורש ק' ושם מיירי בשותפין לזמן והתנו שבתוך הזמן כשירצה אחד מהשותפים למכור חלקו שלא ימכור אלא לו מהני וכתב שם הטעם דשותפין לא בעי קנין ותנאי שלהם נגמר בדיבור בעלמא אף בלשון זה לא תמכור אלא לי ע"ש ובזה הדין שפיר ונראה דגם הרמ"א מיירי בכיוצא בזה בדבר דלא בעי קנין רק תנאי בעלמ' כגון בשותפין וכעין הא דמיירי במהרי"ק או דמיירי בראובן שמכר לשמעון והתנה עמו בע"מ שלא ימכרנו אלא לו ובכה"ג שפיר קאמר הרמ"א כיון דלא אמר בלשון לכשאמכור דדוק' כשאמר בלשון לכשאמכור משמע לכשאמכור מדעת אח"כ מצאתי במשנה למלך בפ"ה מהל' מכירה שהקשה כן על הריב"ש סי' קמ"ה שכתב ג"כ בהאי לישנא ותי' דמיירי שהתחייב עצמו בלשון חיוב אמנם ברמ"א א"א ליישב כן גם אפי' אי נימא דמיירי בלשון חיוב כמ"ש המשנה למלך מ"מ קשה אמאי קנה הראשון

הא הראשון אין לו קנין בגוף החפץ רק שיש לו חיוב על המוכר למכור לו וממיל' הוי מכירת שני מכירה מעליא. ובקצה"ח כתב כיון דחייב לו למכור הוי כשט"ח וטורף מבתרא מטעם טריפת משועבדים ולדידי הדבר מסופק דכיון שאין בו חיוב ממון רק שהתחייב עצמו למכור וכיון שבתרא קני מן הדין הוי כאלו התחייב עצמו על דבר שאינו בידו שאין החיוב חל כמש"ל בסי' ס'. גם מ"ש בקצה"ח שאין חייב על דבר ידוע כבר הארכתי בזה בסי' ר"ג ע"ש:

סימן רז

א משפטי התנאים ונראה דדוק' אם אמר בלשון אם הוי תנאי ובעינן למשפטי התנאים אבל אם אמר בלשון כשיהי' כגון בהא דלכשיהי' לי דמים אחזור לך לא בעינן למשפטי התנאים דהוי כמו לזמן דלא בעינן למשפטי התנאים כמו במגרש לאחר שלשים או שגירש' ואמר היום אי את אשתי ולמחר את אשתי דלא הוי כריתות כמבואר ברמב"ם פ"ח מה' גירושין הלכה ט' ע"ש. ועיין ברמב"ם רפ"ט מה' גירושין הלכ' ט' ההפרש שיש בין אם אומר לכשתצא חמה ובין אם או' ע"מ שיזרח ע"ש וא"כ ה"ה אם אמר עד שתצא חמה הוי כמו אם אמר למחר אי את אשתי דהוה כמגרש עד הזמן וה"נ כשאו' עד שיהיה לי דמים דכל שלא אמר בלשון תנאי לא צריך למשפטי התנאים ולהיות כי עיקר משפטי התנאים הן באה"ע לא הארכתי כאן. ועיין ע"צ שעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול רק בקרקעות כותבין כתנאי ב"ג וב"ר. ויש תנאים שא"צ למשפטי התנאים כגון ששייר בגוף המכר דהיינו שאמר ע"מ שדבר זה יהיה שלי ויתבאר פרט דין זה בסי' רי"ב ע"ש:

ב י"א דה"מ כשקנה עסמ"ע ס"ק ו' עד וכן פי' ב"י כוונתו דדעת הב"י דכל תנאי הוי אסמכתא אם לא שאמר מעכשיו או שהוא תחת ידו וסובר דכשעשה קנין מיד הוי כאילו הוא כבר ת"י משא"כ כשלא נעשה קנין עדיין בשעה שאמר לו התנאים עד אחר כך הוי אסמכתא וכן מפרש בדרישה דברי הב"י ואמת כן הוא בב"י לחד תירוצא בד"ה כתב הרמב"ם פי"א מה' מכירה כל האומר מעכשיו: אמנם כתב שם עוד תי' דלא מהני רק כשהחזיק ולא שאר קניינים ע"ש. עוד כתב הסמ"ע לפרש דברי המחבר בין אם הי' עיקר כוונת המוכר וכו' ועיין פרישה שכוונתי לחלק בין אם אמר בלשון אם ששימוש לשון אם מודה שאין כוונתי רק על קיום התנאי ובין אם אמר לשון ע"מ שאז מורה שעיקר כוונתו על קיום המקח וזהו שסיים הסמ"ע שמה שסיים המחבר וכתב אא"כ אמר לו קנה מעכשיו שלא אדסמיך לי' קאי כו' כלומר דלפי' הסמ"ע עיקר החילוק הוא כך דברישא

מיירי באמר לשון אם ובסיפ' מיירי באמר לשון ע"מ ומכ"ש במעכשיו דקנה ולזה מפרש דכוונת המחבר הוא באמת כן שאמר דבכה"ג לאו קנין הוא אלא בעינן שיאמר מעכשיו דהיינו גוונא דרישא אמנם כל זה הוא דחוק ולפענ"ד נראה דדעת הרמב"ם הוא דקנין בלשון אתן ג"כ מהני וכ"כ הרמב"ן הביאו הב"י בד"ה הנ"ל והב"י בסי' ר"ו הביא בשם העיטור דאתן לא מהני משום דהוי אסמכתא ועיין תשובת מהר"א ששון סי' קל"ג דסתם קנין הוי מעכשיו ומהני לשון אתן אם לא שאמר בפי' כל תנאי אז לא אמרינן דהוי מעכשיו ולא מהני לשון אתן וזהו כוונת הרמב"ם כאן במ"ש בה"א שקנה בא' מהדרכים שקונין בהם אלא שהתנה ע"ת וכו' (כלו' שמכרו לו מיד דהיינו שאמר לו בלשון שדה זו מכורה לך ע"ת) אבל אם קנה ממנו עתה והתנה שאם לא יקיים לא יקנה כוונתו שלא א"ל בלשון שהוא מוכר לו מיד רק בלשון אתן או אמכור ולכך אע"פ שנתקיים לא קנה וכן הוא בהכיצד שמפרש וי"ל כיצד שמכר לו בית ע"מ שילך וכו' (כלו' שאמר לו בלשון שמוכר לו עכשיו) אבל אם התנה ואמר אם תלך וכו' אמכור וקיים תנאו והלך ואח"כ החזיק לא קנה שזו אסמכתא הוא שסמך קניית וכו' וכוונתו דקנין אתן או אמכור לא קנה דהוי אסמכתא רק בקנין מהני ודוקא כשהקנין היה בלא תנאי אבל עם תנאי אינו מסלק אסמכתא ולזה אף שהחזיק אחר שקיים תנאו לא מהני כיון דבשעת אמירה היה אסמכתא ומכ"ש כשהחזיק קודם דלא מהני כמו בק"ס מטעם דהדרא סודרא למריה וה"נ בחזקה:

ג אבל במוכר מטלטלים עיין בתשובת שער אפרים סי' קל"ו הובא בבאר היטב בא' שקנה סחורה ואמר מחמת שמכרה לאיש אחר ועכשיו חוזר בו אותו האיש אם יכול הקונה לבטל המקח ע"ש שדימה אותו להא דסי' ר"ל סעיף ט' בסמ"ע סק"ט ובמ"ש שם בשם ר"ח ויבואר שם אי"ה אמנם נראה באחד שדירתו בירושלים וקנה בית או חנות בצפת ואמר שקונה זה משום דדעתו לעקור דירה מירושלים ולקבוע דירתו בצפת ולא אסתייע מילתא לעקור דירה או שלא הניחוהו אנשי צפת לקבוע דירה אצלם נראה דהמכר בטל שאין לך אומדנא גדולה מזו דודאי אין דרך אדם לקנות קרקע במקום אחר אם לא שרצונו לקבוע דירתו באותו מקום והא שכתב הטור בסי' ר"ל וז"ל אע"פ שהמוכר ע"ד לעלות וכו' במכר בלבד אמרו וכו' כוונתו דלדעת ר"ח אף בלוקח מטלטלין דינו שוה למוכר קרקע ור"י מחלק וס"ל דדוקא במוכר קרקע מהני גילוי דעת אבל בלוקח מטלטלין שיכול להוליכו לכל מקום אף שגילה דעתו שרוצה להוליכו למקום זה לא מהני משא"כ בלוקח קרקע שא"א להוליכה נראה דמהני גילוי דעת:

ד ואם לא קיים התנאי ומכרו לאחר ובתשובת מהר"א ששון סי' קי"ח תמה דהרמב"ם לשיטתו דס"ל במגרש ע"מ שתנשאי לפ' באה"ע סי' קמ"ג דהכוונה שתנש' בפעם הראשון לזה ואם ניסת מקודם לאחר בטל הגט אף שרוצה להינשא לפ' אח"כ ולקיים התנאי עוד לא מהני מש"ה גם כאן לא מהני אף אם רוצה לקחנו מהלוקח ולמוכרו לפ' כדי לקיים התנאי אבל לטור וש"ע דמהני כשניסת אח"כ לפ' וחשיב קיום התנאי א"כ גם הכא יקיים התנאי עוד וימכרנו לפ' וכתב שם דמוכח מכאן דכ"ע מודים בממון דלא מהני מה שיקיים התנאי אח"כ ואפשר לחלק קצת דבנישואין לעולם נישואי פ' נישואין הראשונים הן דהא אין נישואין אחרים תופסין בה כלל עד שתנשא לפ' משא"כ במכירה דאף אם לא ימכור לפ' כלל ויהיה השדה כגזולה בידו מ"מ אינו יכול לבטל המכירה שמכר לאחר דאפי' גזלן גמור שמכר שדה גזולה אין הגזלן יכול לבטל כמבואר במשנה למלך פ"ט מה' גזילה בשם הבעה"ת וכיון דנגד הגזלן שם מכירה עליו כשמכרה להאחר חשוב כעבר על תנאו ומ"מ הוא דחוק:

ה שיחזור לו המקח עיין בספרי מקור חיים על הלכות פסח סי' תמ"ח שחילוק גדול יש בין תנאי ובין גילוי דעת שיש עמו אומדנא דכל שחוזר המקח משום תנאי כגון בע"מ שיחזיר צריך לעשות קנין חדש כשמחזיר כמו שכתב הרשב"א בסוכה דף מ"ו דהמכירה והמתנה הראשונה הוה מכירה ומתנה חלוטה רק שעל הלוקח בחיוב לקיים תנאו משא"כ בגילוי דעת באומדנא הוי כשיור בגוף המקח ואפי' כשהגילוי דעת והאומדנא הוא שהמכירה והמתנה הוא ע"מ להחזיר מ"מ א"צ קנין חדש בשעת חזרה ויש כמה נפקיתות לדינא ע"ש:

ו או כשיתן המעות עיין סמ"ע סקי"א ועיין בספרי חות דעת על יורה דעה סי' קע"ד שחלקתי בין כשאומר ע"מ שתחזירם לי דאז כשמחזיר בעי קנין חדש מלוקח למוכר והוי כמו כל מכירה על תנאי שהמכירה היא מכירה חלוטה ותנאי מילתא אחריתי היא והוא רק חיוב על הלוקח לקיים התנאי מש"ה הוי מכירה גמורה ומותר להלוקח לאכול הפירות משא"כ כשאומר סתם לכשיהיה לי מעות אחזירם לך משמע אדרבא כשמחזיר נתבטל המקח למפרע מש"ה לא הוי מכירה כלל ואסור לו לאכול הפירות וכעין שמחלק בי"ד סי' ש"ה לענין פדיון בכור בין שאמר על מנת שתחזירם לי ובין אם אמר ותחזירם לי ע"ש (אחר כמה שנים הגיע לידי ספר מחנה אפרים ומצאתי כדברי בה' ריבית סי' י"ג וששתי בו כעל כל הון) אך מ"ש שם להתיר כאלו המשכנות בהיתר מכירה כשאומר על מנת לענ"ד נראה כדברי המהרי"ט בחלק א' סי' כ"ג שעינינו רואות שהמנהג הוא

שכופין זה את זה לשלם ולהחזיר ואדעתא דמנהג' מושכן לו אין בו דין מקח כלל והוי ריבית קצוצה ע"ש:

ז וע"ל סי' ק"ך עש"ך סק"ח שכ' וז"ל עיין בד"מ וצ"ע ע"ש וכוונתו נראה דבד"מ כתב דהוא פלוגתא דרבוותא וכאן רימז לסי' ק"ך דמבואר שם דלכ"ע הוי נתינה ולזה סיים הש"ך בצ"ע ולפענ"ד נראה דכוונתו לענין התנאי שהתנה דמוכר שיחזור לו כשיתן לו המעות ועל זה כתב דאם נתן לו המוכר מעות אפילו בע"כ של הלוקח הוי נתינה ומחוייב למכור לו וכשאינו מוכר לו הוי כביטול תנאיו והמקח בטל למפרע והטעם דנתינת המוכר המעות ללוקח דמי לפרעון חוב דלכ"ע הוי נתינה כמו בסי' ק"ך אבל בענין התנאי שהתנה עם הלוקח שיחזיר לו בזמן פלוני בחנם והחזירו לו בע"כ בזמן פלו' שלא רצה המוכר לקבלו כדי לבטל המכירה למפרע תליא בהמחלוקת המובא באה"ע סי' קמ"ג אי נתינה בע"כ לענין קיום התנאי הוי נתינה וכן בד"מ תפס מחלוקת זה לענין קיום התנאי דהיינו שמכר לו ואמר לו ע"מ שתתן לי המעות שתלה תנאי המכירה בנתינת המעות וכיון דהנתינה הוא קיום התנאי תליא במחלוקת אי נתינה בע"כ הוי נתינה:

ח הנותן ערבון כתוב הטור בשם הרא"ש בראובן שהיה ירא לשחוט הפרה ואמר לו שמעון שחוט הפרה ואם תמצא טריפה אתן כך וכך ואם תמצא כשיר' אתן כך וכך ונתן משכון בידו ונמצא טריפה וחזר בו ופסק שיכול לחזור בו כיון דלא נעשה קנין דמנה אין כאן משכון אין כאן ועוד דמעות אינן קונות והקשה ב"י דאמאי לא יתחייב מדין ערב וע"ל סי' ש"ה דבזרוק מנה לים ואתחייב אני לך דחייב וה"נ הרי שחט על פיו והנאון מהו' עוזר בש"ע עם באה"ט כתב דס"ל כמ"ד בסי' ש"ה דזרוק מנה לים דפטור ועקצה"ח שהקשה דלמה לא יתחייב משום דינא דגרמי כמו בסי' ל"ט בהבטיח לא' להלוות לו וציוה לו לילך לסופר לכתוב שטר דחייב להחזיר לו הפשיטי דספרי וכן בא' שציוה לפועל לעשות מלאכה דחייב לשלם לו שכר מלאכתו כמבואר בתשובת הרא"ש כלל כ"ד ע"ש. ולפענ"ד לק"מ דסי' רל"ב סעיף כ"ג מבואר במוכר שור לשחיטה ונמצא נגחן הרבה חילוקי דינים בין מכרו לשחיטה או לרדיא ובמוכר שור ושחטו ונמצא טריפה והוגלד פי המכה פסק בסתם דהוי מום והמקח חוזר ולא מצי טעין לרדיא מכרתי ואמת דבש"ע שם סי' רל"ב סעיף י"א כ' המוכר בהמה לטובחה ונמצ' טריפה מ"מ בטור כ' סתם המוכר בהמה ושחטה ונמצא טריפה מוכח דאפי' במכר סתם ונמצא טריפה הוי מקח טעות וא"י לומר לרדיא מכרתי והטעם דטריפה הוי מום אפי' נגד רדיא שהיא חולה שטריפה אינה חי' שאפילו חולי המתיש כוחו הוי מום בעבד כמבואר שם סעיף י' ומכ"ש טריפה ובודאי דה"ה בקונה שור למלאכה ונמצא טריפה ולפ"ז נראה דה"ה

בהורג בהמתו של חבירו ונמצא טריפה אינו משלם לו אלא דמי טרפה וא"י לטעון הייתי מוכרו לחרישה דמ"מ נתגלה הדבר שלא הי' שוה רק שהיה יכול להונות לאחר ומזיק א"צ לשלם רק כפי מה ששוה באמת ולא כפי מה שיכול להונו' דאם הזיק כסף סיגים אף שיהיה יכול להונות נכרים ולמוכרו בחזקת כסף א"צ לשלם רק מה ששוה באמת וא"כ ה"נ כיון שהקנין אינו קנין רק שצריך לשלם לו מטעם ערב שהוציא ממון על פיו או מטעם מזיק מש"ה אין מחויב לשלם רק מה שהוציא על פיו באמת דודאי אם יאמר לחבירו זרוק מנה לים ואתן לך מאתים אינו חייב דיתן רק מנה וכן מזיק אין חייב לשלם רק מה ששוה באמת מש"ה דוקא בסי' ל"ט בסמ"ע הנ"ל דניזק ע"פ דיבורו וליכא גילוי מילתא למפרע וכן בסי' ה' סעיף ז' בהג"ה שחייב לקבל אחריות החימוץ משא"כ הכא בשחטה ונמצא טריפה שאין כאן היזק רק גילוי מילתא שלא הי' שוה כל כך א"צ לשלם כלל אף שהבטיח לו ליתן יותר משוויו של הטריפה כפי השומא מ"מ כיון שיכול לחזור בו מהמקח א"צ לשלם לו רק כפי שומת הטריפה ואפי' זה אינו חייב לשלם כיון שלא הזיקו ולא קנה ממנו בקנין (ועיין ש"ך ס"ק כ"ז ונרשם בטעות וצ"ל הרשימ' בסוף סעיף י"ב בדין מי שפרע מקצת חוב):

ט קנה לו יין נראה דאפילו אם הם רוצים למכור לו והוא לא רצה לקנות בפשיעה ג"כ פטור דכך הוא הלשון בש"ס זבין דכיון דתחילת החיוב באסמכתא הוא לאו חיוב היא ולהיפוך גבי אם אוביר ולא אעביד אפי' נאנס באונסא דשכיח ולא עביד אפ"ה חייב כיון דתחילת חיובו היה שלא באסמכת' כיון שבדבר שבידו הוא בוודאי חייב עצמו בקנין גמור או בעבודה או בתשלומין:

י אם אוביר ולא אעביד וה"ה אם מכר מטלטלין בשוויו ותלה התנאי בדבר שהוא בידו ג"כ לא הוי אסמכת' כדמוכח בתוס' ב"מ דף ס"ו בד"ה ואי אמר קני לגובייא מי קני שהקשו הא הוי לא גזים וכו' ע"ש אלמא דכל שהוא אינו מפסיד אף שחבירו ג"כ אינו מפסיד הוי לא גזים וכל שחבירו מפסיד אף שהוא ג"כ מפסיד כגון אם אוביר ולא אעביד ג"כ לא מיקרי לא גזים ומכירת קרקע או מכירת מטלטלין קודם שהגיע זמן מכירתן נקרא גזים תו' בב"מ דף ס"ה בד"ה ואי אמר קני לגובייני':

יא כשמוכר מקנה ללוקח ע"ת ולפ"ז מוכר דכל התנאים כשמתנה במכירה ולא אמר מעכשיו הוי אסמכת' ולפ"ז אם התנאי בדבר שאינו בידו כלל כגון אם ירדו גשמים ולא הוי אסמכת' וקנוי כשמתקיים התנאי כמו משחק בקוביא וכשהתנאי תלוי בדבר שהוא בידו לגמרי או במכירת קרקע אפילו בשוויו דהוי כמו גזים הוי אסמכתא ובמטלטלין

בשוויו לא הוי אסמכת' וקנה אם לא שהוא קודם זמן המכירה ובדבר שתלוי ביד אחרים או ביד הלוקח בכל ענין הוי אסמכתא. ולא קנה:

יב במעות מוכנים דיעה זו ע"כ ס"ל כהטעם הי"א שהביא הסמ"ע בס"ק ל"ג דהוא משום שאין הב"ד יכולין להוציאן מחמת האסמכתא אע"ג שקנו בקנין המועיל דהא דיעה זו לא הקפידו שיהיה הדף קנוי לשניהם וע"כ משום שהיה כאן איזה קנין אחר וא"כ מה הפרש יש בין מעות מוכני' לאמנה וע"כ שהוא מטעם הראשון שכתב הסמ"ע וזה דוקא באסמכת' דמשחק בקוביא בעינן שהמעות יצא מכבר מרשותו אבל באסמכתא דבידו לא גזים מהני אפי' להוציא ממנו בדיינים כנ"ל גבי אשלם במיטבא ועוד נראה דאפי' לדעת הי"א דבעינן שיהיה הדף קנוי לשניהם דס"ל כטעם השני של הסמ"ע בסקל"ג ס"ל ג"כ דאסמכת' אע"ג דקניא אין מוציאין אותו בדיינים ולכך כתבו דבעינן דוקא שיהיה הדף של שניהם וקנין אחר לא מהני דס"ל דכל זמן שלא נכנס לרשות המרויח הוי כמונח ברשות שכנגדו ואין מוציאין משא"כ כשהדף הוא של שניהן נכנס תיכף לרשות המרויח וראיה לזה דהא דין זה היא מדברי התו' בסנהדרין דף ך"ה ד"ה כל כהאי גוונא לאו אסמכתא שכתבו וז"ל דבעינן שיהיה הדף קנוי לשניהם אבל אם שוחקין באמנה אפי' הקנו לא מהני אם לא שקנו מיניה בבית דין חשוב כדאיתא בנדרים והוא תמוה דמאי ראיה הוא מנדרים דשם מירי היכא דהוי אסמכתא ומשחק בקוביא לאו אסמכת' הוא וע"כ צ"ל בכוונת דברי התו' שהוא להוכיח דאף דאין מוציאין ממון באסמכתא מכל מקום ב"ד חשוב מהני אפילו להוציא ממון דאלימי לאפקועי ממונא והוכיחו שפיר מנדרים דהא שם במשליש אי בגוונא אחרינא אפי' היכא דהוי אסמכתא מירי מ"מ בבד"ח מהני אפילו להוציאו וכן הטור והמחבר בסעיף ט"ו כתבו סתם אסמכתא שקנו עליה בב"ד חשוב ה"ז קנה משמע אפילו להוציא מהני ולפ"ז מוכח דהא שכ' התוס' דבעינן דף קנוי לשניהם לאו משום קנין בלחוד הוא אלא אפילו הוי קנין גמור דמהני מכל מקום בעינן שיהיה הדף קנוי לשניהם כדי שיכנס תיכף לרשות אותו שירויח שאין אנו צריכין להפקעת ממון ועל זה כתבו התו' שפיר אם לא שהקנו בב"ד חשוב דאז מהני להוצי' ממון ועיין לעיל סי' קע"ו ס"ק ב' מה שכתבתי ליישב שלא תקשה היאך מהני דף קנוי לשניהם הא הוי חצר השותפים דאין קונין זה מזה ע"ש ולפמ"ש כאן לא קשה כלל דמיירי שהי' קנין אחר ומ"מ בעינן דף קנוי לשניהם. והא דלא הביא הרב בהג"ה כאן סיום דברי התו' דב"ד חשוב מהני אף שאין הדף קנוי לשניהם סמך עצמו אמ"ש בסעיף ט"ו דבד"ח מהני בכל אסמכתות:

יג אם שוחקין באמנה עסמ"ע סקל"ב מה שהביא בשם תשובות הרא"ש כלל ס"ו וקיצר בהעתקתו וגם יש שם בסמ"ע ט"ס וכצ"ל אם לא שידוע שהקנין בא משחוק (ותיכת שנזכר הוא ט"ס) דהעולה מדברי הרא"ש שם הוא כך דאם ידוע בעדים או שהמלוה מודה לו שלא נתחייב לו רק משחוק א"צ לשלם לו אבל אם ליכא עדים והמלוה טוען שנתחייב לו ממקום אחר ויש עדים שקנה לפניהם בסתם שחייב לו אלף זהובים אף שהעדים פסולים אין הלוה נאמן לומר שאותן האלף זהובים הן מחמת שחוק אף שיש לו מיגו דלא הודיתי דמגו במקום עדים פסולים ג"כ לא אמרינן עוד הביא הסמ"ע בשם תשובת הרא"ש דאם נתן לו משכון אח"כ וכו' וחייב לשלם ועיין ריב"ש סי' של"ה שחילק דדוקא כשנתן לו משכון בשעת שחוק או בעירבון דסעיף י"ז אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן אבל כשנתן משכון אח"כ קנה מטעם דהוי מחילה בטעות והוי מחילה עיין שם ובקצות החושן תמה ע"ז ואישתמיטתיה הא דמבואר בסי' ר"ט סעיף ד' בהג"ה דאפילו כתב לו שטר ומסר לו השטר אחר שבא לעולם דהוי כתפס דמהני מטעם מחילה בטעות ומכ"ש במשכון ועיין בריב"ש שם שמביא ראיה לדבריו מזה ועיין בב"י בסי' ר"ט שהביא בשם בעל התרומות דלא מהני משכון אפילו נתן לו אחר כך ועיין בסי' ר"ט מ"ש שם:

יד אם קנו מידן מכאן ראיה למה שכתבתי בסי' קע"ו ס"ק ג' דלא אמרינן אגב דבעי לקנות גמר ומקני רק בדבר שלא בא לעולם דלא משכחת ביה קנין אבל בדבר דשייך ביה קנין צריך קנין דאי כדעת הש"ך שם בס"ק ו' שכתב דאפילו בדבר שאפשר בו קנין אמרינן סברא זו א"כ קשה אמאי יצטרך כאן קנו מידן ועיין שם שהארכתי בזה:

טו ודוקא שאין בידן כ' זה ליישב קושי' התו' ב"מ ע"ד על פי' ר"ת מערבון ולזה מחלק דערבון שאני משום דהוא בידו אך עדיין קשה קושי' השני' דהא שם מדמה הש"ס זה להא דנזיר הא שם לא שייך אגב דבעי לקנות גמר ומקנה ולפענ"ד נראה ליישב דהא הש"ך בס"ק י"ח הביא דעת הב"ח דס"ל מדאורייתי' אסמכתא קניא וכתב עליו הש"ך שהם דברי נביאות ובאמת אישתמיטתי' להש"ך שהם מדברי המרדכי הובא בד"מ סי' זה ומה שהקשה הש"ך דהא בערב אמרינן בש"ס הטעם משום דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקני י"ל דמסתבר להמרדכי דסברת גמר ומקני לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא רק מדרבנן לא קניא מהני לדחות הדרבנן אבל אי מדאורייתא קנין ספק לאו קנין כלל היא לא מהני סברת דגמר ומקני דהא מ"מ לאו קנין הוא אלא אי אמרינן דמדאורייתא הוי קנין אלא דאמרו חכמים שהוא מסמיכו בדברים וכשהוא אומדנא דגמר ומקני מהני ולפי זה מתורץ קושי' התו' דיש לומר דבהא פליגי בסנהדרין דמאן דסבירא ליה דאסמכתא במשחק בקוביא לא קנה הוא משום דס"ל דאסמכתא מדאורייתא לא

קנה ולכך לא מהני סברא דאגב דבעי לקנות גמר ומקני ומאן דס"ל דמשחק בקוביא קנה סבירא ליה דאסמכתא רק מדרבנן לא קנה ולכך מהני סברא דאגב דבעי לקנות גמר ומקני לדחות הדרבנן וע"ז מקשי הש"ס שפיר דכיון דאין אחד מהן נזיר ע"כ דאסמכת' אפילו מדאוריית' לא קנה כמו שכ' התו' דאי אמרינן מדאורייתא קנה אסמכתא אף שהוא על הספק ממילא הוא נזיר כמ"ש התו' שם וע"כ דמדאורייתא לא קנה וממילא לא מהני סברת דגמר ומקני כנ"ל ומתרץ הש"ס דההוא רבי יהודא משום רבי טרפון היא דלא נתנה גזירות אלא להפלאה:

טז טעמים אחרים גבי משחק בקוביא והיינו הטעם כמ"ש התוס' ב"מ ד' ע"ד הכא לאו בידו דבשאר אסמכת' אינו מתכוין אלא להסמיך חבירו על דבריו שהוא יאמינהו אבל משחק בקוביא אדעת' דהכי עבדי שירויחו זה או זה:

יז דמעכשיו לחוד לא מהני הרב קיצר כאן במקום שהיה לו להאריך דהא כתב לעיל בסעיף י"ג דאפילו אם המוכר מקנה ללוקח ע"ת אם תעשה כך הוי אסמכתא וע"ז קאי הא דמעכשיו לחוד לא מהני וזה אי אפשר לומר כלל דבכל התנאים לא מהני מעכשיו דהא כל הש"ס מלא מזה דבע"מ או מעכשיו מהני דהא מתנה על מנת להחזיר מהני וכן ע"מ שתכתבו לו את השטר וכן בב"מ דאמרינן נעשה כאומר לו לכשתגנוב ותשלימני תהא פרתי קנויה לך מעכשיו אלמא דמעכשיו מהני אלא ודאי דלא אמרו דמעכשיו לחוד לא מהני רק באסמכתא שקונס עצמו כגון אם לא אפרע לך וכיוצא אבל בתנאים דעלמא ודאי מהני מעכשיו ואין להקשות כיון דע"כ צריך לחלק בין אסמכתא בקונס עצמו ובין שאר תנאים לענין אם אמר מעכשיו א"כ מנין לנו כלל בתנאי' שאינו קונס את עצמו בלא מעכשיו דהוי אסמכת' הא לא מצינו אסמכתא בש"ס רק במקום שקונס עצמו וא"כ מניין לנו במקום שאין קונס עצמו י"ל דלמדו זה מדברי רבא בב"מ ד' ס"ו כיון דאמר כל דאי לא קני משמע כל תנאי באם לא קני והוי אסמכתא:

יח דהודאת בע"ד כמא' עדים עיי' סמ"ע ס"ק מ"ב עד ומיהו ק"ק וכו' ועיין בס"ס קי"ג בסמ"ע ס"ק י"ב דהא דלא מהני הודאתו שיש לו קרקע כשידוע דלית ליה דחשבינן אותו לטועה. ולפ"ז נראה דבדבר שלא בא לעולם אף שנכתב בשטר שנעשה באופן המועיל והתובע מודה שנעשה רק בק"ס ולא בשאר אופן המועיל לדבר שלב"ל דלא קנה דבדבר שלב"ל לא שייך הטעם דגמר ומקנה תלינן אותו בטעה שטועה וסבר דקנין מהני בדשלב"ל כמו דחשבינן בב"מ ס"ו גבי דשלב"ל בתפס למחילה בטעות וכן העדים נאמנים לומר שטעו וסברו שהוא אופן המועיל דבדבר דעבידי למיטעי העדים נאמנים כמבואר בסי' י"ג דהעדים נאמנים שטעו בדרב אסי לענין מוקדם וכן אם הוא בחתימת

יד הבע"ד נראה דנאמן לומר טעית וסברת שקנין מועיל לדשב"ל כשמביא עדים שלא היה קנין אחר אף שהמקבל מודה לו כמו שהעדים נאמנים אבל כשאין לו עדים א"נ לומר טעיתי רק כשיש לו מגו וכמבואר בסי' מ' בהודה בחזקת שחייב לו ונמצא שאינו חייב לו דהיינו שהי' בטעות ע"ש במ"ש וכן בתפס בדשב"ל דאמרי' דהוי מחיל' בטעות אפי' נתן לו מדעת ומכ"ש כשלא נתן לו רק שטר שנכתב בי' דהי' באופן המועיל מכ"ש דיכולין לתלות אותו בטעות והא שכתב בסי' רי"ב סעיף א' בהג"ה דיש לפרש השטר שקנה ממנו בלשון המועיל היינו שאין העדים אומרים שטעו וגם אין התובע מודה ועיין שם במ"ש:

יט ונותנין שתיהן לשליש היינו שראובן נותן שט"ח ליד שמעון ומחייב עצמו בלי תנאי ואח"כ משלישו שמעון ואומר שאם ראובן יקיים תנאו מחל השטר ויחזיר לו שטרו ואח"כ עושה שמעון ג"כ ונראה דבכה"ג כשמשלשלין שטרות ולא מסרו השטר לכשנגדו צריך כל אחד לומר לשליש בשעה שמוסר השטר לידו זכה לפ' דמתנה לא אמרינן תן כזכי ואח"כ אומר כל אחד אם יקיים חבירו תנאו הנני מוחל לו וכ"כ הרשב"א בתשובה הביאו הב"י בס"ס נ"ו דכשמוסר לשליש צ"ל זכה ע"ש: והנה אם נאנס בקיום התנאי יש לספק לפי תיקון חכמי ספרד די"ל דחייב אפילו נאנס כיון דהמחייב התחייב עצמו בלי תנאי רק שהמוחל מחל על תנאי יש לומר דאנסי' רחמנא חייבי' לא אמרינן או יש לומר כיון שידוע שלא נעשה תיקון זה רק להוציא מדין אסמכתא הוי כאונסא רחמנא פטריה אח"כ מצאתי במשנה למלך פי"א מה' מכירה שכתב דבכה"ג חייב אפילו נאנס בקיום התנאי: ונראה דבתיקון דחכמי ספרד צ"ל בפי' שמחייב עצמו בלא תנאי דבלא"ה לא מהני דכיון שדברו בפי' התנאים שביניהם קודם הקנין אפילו קנוי אח"כ בסתם אמרינן דעל תנאי הראשון הקנו. ועיין סמ"ע ס"ק ס"ה שכתב וז"ל והא דהצריך לשני קניינים ולשני שטרות וכו' לא תקשו לו רק על שני שטרות אבל שני קניינים ודאי צריכין מטעם שכתב הט"ז דהמוחל גם כן צריך קנין ומ"ש הסמ"ע דזה יהיה נראה כאסמכתא וכו' כוונתו דהיה יכול לטעון כך אבל יש עדים שהשטר הראשון היה בפירוש בלא תנאי ודאי דמהני אפילו בשטר אחד גם נראה דאם אמרו לו בפירוש להמחייב התחייב עצמך בקנין בלא תנאי והוא ימחול לך אח"כ על תנאי דלא מהני דהוי כאלו קיבל קנין על תנאי דהא אם לא ירצה חבירו למחול לו על תנאי הרי יכול לחזור בו מהקנין שלו דאדעתא שימחול לו על תנאי הקנה לו. עוד הביא הסמ"ע בס"ק מ"ו דברי הב"י וז"ל משום דרוב הקנסות המה במעות ומעות אינו נקנה לו בחליפין. והוא תמוה דא"כ מאי מהני מה שמקנה לו בלא תנאי כלל מ"מ הא מטבע אינו נקנה בחליפין ואי מקנה לו בלשון חיוב

דמהני במטבע אם כן יכול לומר לו אף בלשון תנאי ובמעכשיו דמהני להרמב"ם לבטל אסמכתא גם מ"ש הט"ז בזה הוא תמיה למעיין:

כ שקיבל עליו בח"ח עסמ"ע ס"ק נ"ד דאף דידעינן דלא קיבל עליו מהני ע"ש וזהו לשיטתו דס"ל דהשבועה מחזק הקנין דגמר והקנה מהני ג"כ כשציווה לכתוב שיקבל בח"ח ובש"ד דאמרינן ג"כ דגמר והקנה אבל להט"ז והש"ך דס"ל דאין השבועה מחזק הקנין ואין עליו חיוב רק לקיים השבועה ודאי דכשלא קיבל עליו רק שכתב כן בשטר אין עליו חיוב שבועה כמבואר בי"ד סימן רל"ב סעי' י"ב בהגה"ה:

סימן רח

א מקח שנעשה באיסור כתב הריטב"א בחי' לקידושין דף ו' דריבית קצוצה אף שיוצאה בדיינים מ"מ תיכף כשנתן הריבית למלוה קנאן קנין גמור ואי קידש בהו אשה מקודשת וכן הוא בשיטה מקובצת ב"מ פרק א"נ גבי חמשה מפקינן ולכאורה קשה הא מה שנתן הלוה להמלוה הי' באיסור ריבית דהוה כמתנה שנעשה באיסור דהמתנה בטילה כמו בנשבע שלא ליתן במתנה דבשלמא באם התנה ליתן לו הריבית במעות ואח"כ מכר חפץ בעד הריבית שחייב לו לא הוי מקח שנעשה באיסור מטעם שכתב הסמ"ע דבגוף המכירה לא נעשה איסור אבל אם התנה בשעת הלואה שיתן לו חפץ פלוני בעד האגר נטר הרי גוף הנתינה הוא באיסור דרחמנא אמר לא תקח ולא תשיך (ועיין בספרי חוות דעת בי"ד סימן קס"א סעיף ח' מ"ש שם) אמנם נראה דהא בלא"ה קשה דהנה בב"ק דף קי"ב בתוספות ד"ה אעפ"י שהן יודעין שהן של ריבית כתבו דכ"ז שהריבית בעין הוי כגזילה בעין ולא קנה ליה והוא מוכח שם מהש"ס בהדיא ע"ש וא"כ היכא כתבו הריטב"א והרשב"א דיכול לקדש בהו אשה מטעם דכבר קנה ליה (אחר כך מצאתי בספר מחנה אפרים שהקשה זה) ואין לומר כיון דבש"ס שם אמרי דיורשין אין חייבין להחזיר הריבית מטעם דרשות יורש כרשות לוקח דמי וא"כ כשמקדש אשה בריבית הוי יאוש ושינוי רשות גמור דזה אינו דא"כ בידוע שלא נתיאש מהריבית כגון שאמר לפני עדים שרוצה לתובעו רק שנותן לו הרבית כדי שלא יתבענו ההלואה לא ליהוי קידושין. וגם בלא"ה הב"ש באה"ע סי' כ"ח ס"ק כ"ג פיקפק שם בכמה דברים ע"ש. ועוד שהרי הריטב"א כתב בפי' הטעם משום דהבעלים קנו הריבית קודם הקידושין עיין שם לכן נראה דהתוספות שם בבא קמא לא כתבו דריבית הוי כגזילה בעין דלא קנה רק לפי הס"ד דהש"ס דיורשין אינן מחזירין רק מטעם שינוי רשות אבל למסקנא דהש"ס דהיורשין אינן מחזירין מטעם דכתב רחמנא וחי אחיך אהדר ליה כי היכי דניחיה לדידיה

אזהר לבריה לא אזהר כו' מוכח מקרא דרחמנא אקני ליה הריבית רק שהזהירו להחזיר כי היכא דניחי' ואין עליו רק מ"ע להחזיר הריבית ומש"ה בניו פטורין ומ"ה אמרינן נמי כיון דלא אזהר רחמנא דניהדר רק משום מצות עשה כי היכא דניחי' ממילא סגי כשמחזיר המעות אף שקיבל חפץ בריבית כי היכא דניחי' דאי נימא דלא קנה ליה כלל א"כ מה"ת לא יתחייבו היורשין להחזיר הא לא קניא להו כלל וכ"ת דקנו ליה אחר מות אביהן דאם כן אז לא היה מונח הריבית ברשותם במאי קנו להו הא לא עשו קנין. ועיין בשיטה מקובצת בב"ק קי"ב שהביא בשם (הרשב"א)[הרמ"ה] דאפילו אם קיבלו היורשים הריבית אחר מות אביהן מיד הלוה מדעתו דאין חייבין להחזיר ע"ש אלא ודאי דהעיקר כמ"ש. ומה"ט נמי לא אמרינן כשנתן לו ריבית קצוצה או אבק ריבית דהוי מחילה בטעות דאילו הוי ידע דאינו חייב לו ליתן לא היה נותן לו כדאמרינן באכילת פירות דאחר שלש שנים בסי' ר"ז סעיף יו"ד ובתפס פירות בדשלב"ל אפילו מדעת אלא ודאי דריבית שאני דרחמנא אקני ליה הריבית שנתן מדעתו וכמש"ל וריבית דרבנן לא אחמרו רבנן עליה יותר מבריבית דאורייתא. ולפ"ז אם התנה ליתן בריבית חפץ פ' או דירת קרקע פ' המקח קיים רק שצריך להחזיר לו מעות משום עשה דוחי אחיך עמך וכמ"ש בספרי חוות דעת ע"ש: אמנם באה"ע סי' כ"ח הבי' הב"ש בס"ק כ"ו בשם רי"ו דאם קידש אשה בריבית קציצה דאינה מקודשת וספר זה אינו בידי ואפשר דשם מיירי שקידשה בריבית קצוצה שמגיע לו מהאש' בעצמ' עדיין לא נתנה או אפילו כבר נתנה מ"מ אינה מקודשת דמחמת שהיא יכולה לומר שלי נטלתי כיון שהיה מחוייב להחזיר לה מה לי הן מה לי דמיהן ושם באה"ע יבואר אי"ה:

ב נשבע או נדר עש"ך ס"ק ב' עד שאני בכל הני דאפשר לעשות בהיתר כו' וקשה דהא שם בתמורה מקשה התוספות משוחט פסח על החמץ דאף דשם אפשר לעשות בהיתר ועקצה"ח שהקש' מהא דמקש' הש"ס מהקדים תרומה לביכורים ועוד דאין שום סברא כלל לחלק בהכי ולכן נראה דהנה בלא"ה קשה משוחט בשבת דשחיטתו כשירה ולא אמרינן דאי עביד לא מהני וע"כ צ"ל כמ"ש בספרי חוות דעת בי"ד סי' א' דלא אמרינן אי עביד לא מהני רק במקום שמתקנין האיסור שעשה במאי דלא מהני כגון באונס שגירש דאם נאמר דלא מהני ואין גיטו גט נתקיים מה דאמר רחמנא ונתקן האיסור ע"ש משא"כ בשוחט בשבת דאף אי נימא דלא מהני ואין שחיטתו שחיטה מ"מ עבירה דנטילת נשמה לא נתקן משא"כ בשוחט פסח על החמץ מקשה שם התוספות שפיר דשם שחיטה דוקא בעינן ונוחר ומעקר על החמץ פטור ראוי לומר שפיר דלא מהני דאם שחיטתו אינו שחיטה אינו עובר על לאו דלא תשחט: ואין להקשות מאותו ואת בנו דג"כ לא אסור רק

שישחט נימא דלא מהני השחיטה והוי נבילה אינו דבלא"ה מקשה הש"ס בחולין דף קט"ו דאותו ואת בנו ליתסר מלא תאכל כל תועבה ומשני מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה מכלל דלהדיוט שרי וכיון דילפינן מקרא להתיר נגד קרא דלא תאכל כל תועבה מכל שכן דיש למילף מקרא להתיר נגד הסברא דלא מהני כדמוכח בתמורה שם בהרבה דברים דשייך אי עביד לא מהני ומכל מקום מותרין משום דמשנה קרא ובבואי לכאן שהביא הש"ך תשובות מהרי"ט סי' ס"ט עיינתי שם וכתב מקצת כדברי והנאני מאוד וכאן אוסיף ביאור דדוקא במקום שאם אנו מקיימין מעשיו מבטלין מה דאמר רחמנא כגון בתמורה שאם אנו מקיימין מעשיו מבטל מה דאמר רחמנא לא ימיר וכן במכירה דחרמים ובגירושין דאונס ובכל הני דחשיב התם וכן בכתובות פרק א' בהא דאמרו רבנן לא ליזבין אי זבין לא מהני שם ג"כ הקפידו חכמים שלא יתבטל שיעבוד כתובתה ואם אנו מקיימין המכירה מבטלין דברי חכמים משום הכי מבטלין מעשיו בכדי שיהיה דברי חכמים קיימין משא"כ במכר בשבת שאסרו חכמים רק מעשה המכירה מחשש שלא יכתוב ולא הקפידו על קיום המכירה רק על מעשה המכירה ומעשה המכירה כבר עבר ולא מתוקנין דברי חכמים וקיום המכירה הוא בהיתר דאיסור' דעבד עבד וזהו כוונת הש"ך במ"ש כיון דאפשר לעשות בהיתר כונתו שקיום הדבר אפשר להתקיים בהיתר ואין מבטלין דברי חכמים בכך במה שמקיימים מעשיו ומ"ש הש"ך לתרץ הא דמרוב' וז"ל דדילמא מדאורייתא הוי מכירה ומדרבנן לא הוי מכירה כו' תמוה לי דהא שם בעקוץ תאינה בשבת מיירי דהוא איסור דאורייתא וגם הא דאי עביד לא מהני ודאי דמדאוריית' הוא כדמוכח בתמורה שם:

ג ונתקיים בקנין עסמ"ע ס"ק ד' דקאי אפסק עד שלא יצא השער כו' ולכאורה תמוה דהא קודם שיצא השער הוה כדשלב"ל כמבואר בסי' ר"ט בסמ"ע ס"ק כ"ג ע"ש וכתב הש"ך שם בס"ק י"ג דאפילו בקנין לא קנה רק למי שפרע ולענין מי שפרע לא מהני מקח שנעשה באיסור ואח"כ מצאתי בפרישה שהקשה זה ותי' דמיירי בחיוב שהתחייב עצמו ועוד תירץ דמיירי כדברים שמחוסרין תיקון שלשה מלאכות דאסור לפסוק ומ"מ לא הוי כדשלב"ל ותי' שני לפענ"ד הוא תמוה מאוד דהא דבחסרון ג' מלאכות לא הוי דשלב"ל היינו כשקונה גוף הדבר שמחוסר מלאכות והוא מעכשיו שלו וזה מותר לקנות ג"כ אבל כשפוסק על סמך שיש לו דבר שיש בו חסרון מלאכות ופוסק ע"ז לקנות מהשוק כיוצא באלו הוי דשלב"ל ועיין מ"ש בספרי חוות דעת ובתשובת ר"מ אלשיך סי' ק"ל דמה לי שפוסק על שער שבשוק או שפוסק על סמך מה שיש לו כיון שלא נקנה לו גוף הדבר דהא אי נאנס גוף הדבר ברשות המוכר קאי ומותר לאכול ולמכור אותו שיש לו כמבואר

בתוספות ב"מ דף ס"ב ד"ה כשמשך ובדף ס"ד בד"ה האי קרוב לשכר עיין שם ולכך תירוץ הראשון עיקר ואף דנראה דלא מהני חיוב בדבר שאינו מצוי לקנות כמו שכתב בסי' ס' מכל מקום הכא מיירי בדבר המצוי לקנות רק שלא יצא השער עדיין מהני ביה חיוב כנ"ל: (ואחר כך מצאתי בספר מחנה אפרים בדיני אסמכת' סוף סי' ד' שכתב כן עיין שם) ועיין בסי' ר"ט מ"ש בזה:

ד ומיהו הלוקח עסמ"ע ס"ק ז' עד מה שאין כן בסיפ' כו' כוונתו דדוקא בהוסיף בשיווי המקח ויצא השער הוי כידוע שאם היה נותן מיד היה ודאי מקבל כפי השער והמותר הוא בידו אגר נטר והוי כפוסק דמים על שער ההיתר משום הכי האגר נטר בטל והמותר קיים משא"כ שלא יצא השער ונתייקר אחר כך ממיל' הוי תחילה המכירה בלא פיסוק דמים ולפמ"ש לעיל דמיירי בחיוב בלא"ה א"ש שהמוכר א"י לחזור בו שהתחייב עצמו משא"כ הלוקח:

סימן רט

א ויש להן אונאה הב"י הקשה מהא דמה שעיזי חולבות דמותר אפילו יש בהן אונאה ותירץ בדוחק (ובט"ז יש ט"ס דבמ"ש אבל אנן דקי"ל במשחק בקוביא כו' לא שייך למ"ש לעיל דלענין אונאה אין סברי לומר אגב דבעי לקנות רק לענין אסמכת' נאמר סברי זו וזה צריך לציין על מ"ש המחבר במשחק בקובי' ועל זה שייך דברי הט"ז וכצ"ל וזה דוקא להרמב"ם אבל אנן דקי"ל כר"ת דאגב דבעי לקנות גמר ומקני כמ"ש רמ"א בסי' ר"ז סעיף י"ג הכי נמי הכא כשאין המוכר ולא הלוקח יודע אמרינן אגב דבעי לקנות וק"ל הוא עיקר טעם כו' עד שמשך לסימט') ולפענ"ד בלא"ה לק"מ מהא דעיזי חולבות דהא בלא"ה דבר שלא בא לעולם הוא וליכ' שם קנין ועיין בשיטה מקובצת ב"מ שם שהקשה זה וכתב לתרץ דעיקר דינא דש"ס הוא אם רוצה לקיים דיבורו שאין בו משום ריבית וא"כ לא קשה שוב הקושי' דיהיה יכול לחזור משום אונאה דהא בלאו הכי יכול לחזור מטעם דבר שלא בא לעולם רק דקמשמע לן שאם רוצה ליתן לו אין בו משום ריבית ועוד נראה דאפי' היה בו קנין לק"מ מהא דאונאה דהא שם במקדים לו מעות ומוזיל גביה בשביל הקדמת מעות מיירי כמבואר בי"ד סי' קע"ג ע"ש וא"כ לא שייך בזה אונאה דהא כשפוסק על הפירות על סמך שיש לו אפילו מוכר שוה י"ב בי' מותר אף שיש בו כדי אונאה וכן במשכנת' בנכיית' אף ששוכר בית מן הלוה ששוה מנה בדינר אין בו אונאה דידוע דבשביל הקדמת מעו' הוא וריבית כה"ג שיש לפעמים גם פסיד' למלוה והוא דרך מו"מ התירו חכמים:

ב הפרה או השפחה מעוברת הפני יהושע הקשה דהא הקדש חל על עוברין וכן בקצה"ח הקשה מאתנן שחל על העוברין וכן משבת דף קל"ח בלקח זה שפחה וזה עוברה אלמ' דקנין חל על העוברין וכ' שגם בס' בני יעקב הוכיח מהוכחות אלו דבעובר מהני קנין וכן בס' מחנה אפרים הוכיח ג"כ מהוכחות אלו דקנין חל על העובר ולכאורה הוא תמוה באמת בהא מקידושין ס"ב מוכח דאפילו בהוכר העובר הוי דשלב"ל ולא קנה רק לר"מ וראב"י דס"ל אדם מקנה דשלב"ל ובסוגיות אלו מוכח דעובר נקנה ולא חילק כלל בין הוכר העובר או לא ומשמע דאפי' לא הוכר העובר קנה והוא תמוה לכן נלפענ"ד דבקידושין מיירי שמוכר לו העובר לכשתלד ומוכר לו ולד מעלי' ואם ימות מן הבטן או ישחוט קודם אין לו בהוולד כלום כי לא מכר לו רק לכשיהיה וולד מעלי' וזה וודאי הוי דשלב"ל דאיכ' מי יימר טוב' דאימר תמות ואימר תפיל אבל כשמקנה או מקדיש העובר תיכף שיהיה תיכף העובר שלו אפילו אם תמות או תשחט יהיה בשר העובר שלו ודאי דקנה דעובר ירך אמו הוא וה"ל כהקנה לו אחד מאיבריה וכאילו מכר לו הבשר או הטחול אי הכבד של הבהמה דודאי קנה אף שאינו בעין ולהי"א שהבי' הרב בהג"ה דבאומר שיקנה כשיהיה בעולם קנה משכחת לה כשקנה עובר דלא קנה באומר מעכשיו ולכשתלד כמבואר במרדכי פי"ג אבל במקנה העובר תיכף קנה לכ"ע וראיה ברורה לזה מהא דאמר בגיטין דף כ"ג הרי את שפחה וולדך בן חורין אם היתה עוברה זכתה לו משום דעובר ירך אמו ונעשה כמי שהקנה לה אחד מאיבריה וכיון דהוי כאחד מאיבריה לענין שחרור הכי נמי הוי כאחד מאיבריה לענין קנין והקדש רק לגבי הקדש יש חילוק בין הקנה אחד מאיבריה שאמר רגל' של זו עולה פשטה הקדושה בכולה שא"א להקריב הרגל לבד משא"כ כשהקדיש העובר שאפשר להקריבו אחר כך לא נתפשט הקדוש' בגוף הבהמה ומה שהוכיח הקצות החושן מתוספות והרא"ש ריש בכורות שכתבו דלהקנות אוזן העובר הוי דבר שלא בא לעולם אלמ' דאפי' להקנות תיכף העובד הוי דשלב"ל לא נראה לפענ"ד דשם בלא"ה היה יכול להקנות אוזן הבהמה לפוטרו מהבכורה וע"כ לא רצה להקנות להעכו"ם שיהי' לו חלק בגוף הבהמ' רק שיהיה לו חלק בהוולד ואם היה מקנה להעכו"ם שיהיה לו תיכף חלק בהעובר דהוי כהקנה לו אחד מאיבריה הדר הוי ליה כאילו היה לו להעכו"ם חלק בגוף הבהמ' ויכולין לכוף זה את זה לחלק' בגוד או איגוד או לשוחט' וזה לא רצה כמו שלא רצה להקנות לו שאר אבר מהבהמ' ולא רצה להקנות לו רק לכשתלד ובזה שפיר הוי דשלב"ל כנ"ל:

ג קדם הלוקח ותפס נראה דמיירי בשדה שהיה בקנין כסף דמהני באחר זמן כמבו' בסי' קצ"א ובמטלטלין כגון שא"ל משוך וקנה לאחר שיבוא לעולם והלך ומשך אחר שבא

לעולם א"נ שהקנה לו הקרקע בכסף ואגבו המטלטלין ופי' לו שגם הקרקע לא יקנה עד שיבואו המטלטלין לעולם דאז בשעה שחל הקנין על הקרקע חל ג"כ על המטלטלין באגב (דאם הקרקע הוא תיכף שלו והמטלטלין לכשיבואו לעולם לא נקנו באג"ק כיון שכבר הקרקע שלו אין המטלטלין נקנין אג"ק שלו כמבו' בסי' ר"ן סעי' יז ע"ש) וכיון שהיה ע"י קנין רק דלא קנה משום דשב"ל מהני תפס אבל אם הקנה לו בק"ס דגם בבא לעולם רק שמקנה לו לאח"ז לא קנה מטעם דהדר' סודר למרי' דאפי' תפס לא מהני:

ד אלא כתב ליה שטר ומסר ליה השטר עט"ז שהשיג על הסמ"ע וכתב דמיירי שכ' לו שטר בשעת מכירה והוכיח זה דהא העיטור כ' זה אהאי גברא דזבין לכתובת' דאימיה ושם היה השטר בשעת מכירה רק דבעי' שיהיה השטר בידו בשעה שב"ל ע"ש והנה מלבד שלשון הרמ"א שכ' לו שטר ומסר לו השטר הוא תמוה שהיל"ל סתם שמכר לו בשטר או שהיל"ל שכ' ומסר לו שטר וגם בש"ס מביא לכאורה ההיפוך דבב"מ דף יז גבי חזר ולקחה מבעלים הראשונים דמקשה הש"ס במאי קני לי' בהאי שטר' האי' שטר' חספ' בעלמא הוא דמקשה ממה שאירש מאבא מכור לך ולפי דברי הט"ז מאי מקשה הש"ס הא בשטר אפי' במה שאירש מאבא קנה כשלא חזר בו עד אחר שב"ל גם התוס' ביבמות צג והרשב"א והר"ן כולם כתבו גבי שדה זו לכשאקחנה קנויה לך דמיירי שהיה הקנין בשטר והיה השטר קיים בשעה שחל הקנין אפ"ה יכול לחזור בו ועוד דלפי הטעם שכ' העיטור ל"ש זה רק גבי מכירת שטר דז"ל העיטור במאמר קנין דכי אמרי' אין אדם מקנה דשלב"ל היכא דלא תפיס להאי מידי דאקנה ליה וקא תבע ליה אבל אי תפיס תפיס ובהאי נמי כיון דזבין וכ' ליה שטר ומסר ליה שטרא כמאן דתפיס דמי כו' אלמא דוקא במכירת שט"ח לאחרים כיון דמסר ליה שטרא והיינו השטר שמכר לו וגם כ' לו שטרו היינו השטר מכר על השט"ח ושוב א"צ לתבוע המוכר שלו רק להלוה כמאן דתפיס דמיא אבל כשמכר לו שדה לכשאקחנה והשדה שלקח הוא ת"י המוכר דקא תבע ליה הלוקח למוכר אף שיש שטר מכר בידו לא חשיב כתפיס כיון דע"כ צריך לתבוע לו וכן נראה כוונת הרמ"א דמעיקרא כ' דה"ה בשאר דשלב"ל ואף מלוה בכלל דמלוה ג"כ דשב"ל הוא ולזה אח"כ כשכ' דתפס מהני העתיק לשון העיטור בקיצור וכ' דה"ה אם כ' לו שטר והיינו השטר מכר על השט"ח דהיינו כתיבת קני לך איהו וכל שיעבודיה ומסר לו השטר היינו השט"ח שמכר לו וזהו ודאי כתפיס דמיא כיון שא"צ שוב לתבוע לו ואם באנו לפרש כפי' הסמ"ע שמסר לו שטר אחר שב"ל והיינו שט"ח ע"ע דמהני דין אמת הוא אך זה אינו נלמד מהעיטור כלל וזה הוא מתשו' הריב"ש סי' של"ה שכ' בסוף התשו' דאם זקף עליו במלוה אחר שב"ל דקנה וע"כ היינו שכ' שטר ע"ע וע"ש בריב"ש

דאף דמשכון בשעה שמכר לו לא מהני דמנה אין כאן משכון אין כאן מ"מ אם מסר לו משכון אחר שב"ל מהני כמו תפס אמנם מהבעה"ת סי' ס"ד שהביא הב"י בכאן דבעי' דוק' שתפס האי מידי דזבין ליה אבל משכון לא מהני נראה שהדבר במחלוקת שנויה:

ה שיקנה ממנו דמי היין כשימכור היין בתשו' אלשיך סי' ז' פסק דאף אם מקנה לו היין לדמיו לא מהני דלא דמי לדקל לפירותיו כיון דהדמים אינם נצמחים מגוף היין כמו פירות דקל ע"ש ובאמת דבר זה הוא מחלוקת קמאי הובא בשט"מ והמל"מ פכ"ג מה' מכירה הסכים דמהני וכן מוכח מסי' ריג דמהני אפי' בכעין מצודה לדגים והביאם הרב בעל קצה"ח וכן עיקר דמהני ובלאו הכי דברי האלשיך שם תמוהין דשם השכיב מרע ציוה להלוות מעות שלו סך ידוע לפלו' והלוואה כמתנה לזמן דמיא ועדיפא מיניה דמהדר ליה מעות אחרים וכיון דבריא מקנה מעות בהלואה במשיכה וכל דאיתא בבריא איתא בשכ"מ דדברי שכ"מ כמסורין דמיא ובקצה"ח הקשה על דברי השיטה להוכיח דלא מהני מצודה לדגים דאל"כ למה היו צריכין לתקן שאם אמר מה שתעלה מצודתי היום דקנה הא יכול להקנות מצודה לדגים וע"ז הקשה בקצה"ח הא בלא"ה קשה דהא אפשר להקנות המצודה ואז ממילא היה קונה הדגים מטעם חצירו נראה דלא קשה דהא איכא מצודה דל"ל תוך דלא קנה מטעם חצר רק מטעם דרכי שלום למאן שטרח והעמיד המצודה ובזה צריך להקנות המצודה לדגים ושפיר כ' השיטה:

ו אינו יכול למחול עסמ"ע ס"ק כ"א שכ' וז"ל מש"ה יכול לסלק אותו שיעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה כו' ולשונו תמוה קצת דמשמע דמכ"ש מנכסים שכבר קנה יכול לסלק עצמו ובכתובות דף צ"ה בתוס' ד"ה וכי כ' ליה מבואר דמנכסים שכבר קנה אינו יכול לסלק עצמו רק בקנין שכתבו דכיון שיכול לטרוף כל שעה דמי לנשואה שא"י לסלק עצמו ודוקא מנכסים שלא קנה עדיין מהני סילוק כמבואר במרדכי. אמנם נראה דדוקא כשמסלק עצמו בלשון דין ודברים שהוא לשון גרוע כתבו התוס' דבעי קנין (וקנין מהני אפי' בל' דין ודברים דמגופא של קרקע קנו מידו כמבואר בכתובות ד' פג) דכיון דהשיעבוד חשיב כדבר שהוא בידו לא מהני ל' גרוע רק ל' טוב כדמוכח בכתובות שם בתו' ד"ה כדרב כהנא שהקשו דילמא מיירי רב כהנא בל' טוב ע"ש אבל כשאמר הריני מוחל לך השיעבוד שהוא ל' טוב נראה דמהני דהא יכול למחול כל חובו בל' מחילה ומה"ת לא יהיה יכול למחול לו השיעבוד בל' מחילה ועוד דהא ודאי דיכול למחול לערב בל' מחילה ונכסי דבר אינש מטעם ערב הן וכן נראה דמחילת החוב ג"כ לא מהני כשאמר בל' דין ודברים אין לי עמך או ידי מסולקת ממך לא שקנו מידו וכן מוכח במהרי"ק שורש פ"ט ע"ש: ובט"ז תמה על הסמ"ע וכתב דאפי' לא נשתעבד לא יכול לסלק ומביא

ראיה מכותב לה ועודה ארוסה וכו' ע"ש. ודבריו תמוהין מאוד דהא קודם אירוסין ודאי א"י לסלק כיון שאין לו שייכות כלל כקודם אירוסין דמי וכ"ה במל"מ פכ"ג מה' אישות בהדיא ע"ש וכן תמה בקצה"ח ע"ש ויתר דברי הקצה"ח תמוהין לפענ"ד דמ"ש בסקי"א דהתוס' שכתבו דלא מהני סילוק בדאורייתא משום דה"ל מתנה עמ"ש בתורה דסילוק בלא תנאי ג"כ חשוב תנאי כמו פ' בני לא יירש ולדידן דקי"ל בדבר שבממון תנאו קיים במתנה עמ"ש בתורה מהני ג"כ סילוק בדאורייתא הוא תמוה מאוד דהא בכתובות שם בתוס' בד"ה בדרב כהנא הקשה בלא ר"כ נמי יכול להסתלק דהא בדבר שבממון תנאו קיים ותרצו דהכא מיירי באומר שלא בדרך תנאי אלמא דאף למאן דס"ל שתנאו קיים בדבר שבממון מ"מ סילוק לא מהני בדאורייי' ודוקא בדבר שתיקנו לטובתו מהני סילוק כמ"ש התו' שם ובגיטין רק למאן דס"ל דאפי' מתנה עמ"ש בתורה בדבר שבממון תנאו בטל אז מכ"ש דסילוק לא מהני ואפי' לשטת הר"ן דמחלק בין נחלת אבותיו לנחלת אשתו דנחלת אבותיו כיון דכל שעה ראוי לירש כבא לידו דמי לכך אינו מועיל סילוק משא"כ בנחלת אשתו בעודה ארוסה כיון שאינו ראוי ליורשה עכשיו כלא בא לידו דמי לכך מועיל סילוק כשמתנה שלא יירשנה אחר הנישואין מ"מ מודה הר"ן דלמאן דס"ל מתנה עמ"ש בתורה אפילו בממון תנאו בטל א"י לסלק עצמו מירושתה אי אמרינן ירושת הבעל דאורייתא כדמוכח שם בכתובות אף דרשב"ג ורבנן בסילוק בעודה ארוסה מיירי ואפ"ה תלי שם הש"ס בדף פ"ד במתנה עמ"ש בתורה דאי תנאו בטל בדבר שבממון א"י לסלק עצמו ע"ש. גם מה שהקשה הקצה"ח לשיטת הר"ן מב"ב קכ"ו גבי פ' בני לא יירש דמשני התם לא מחל ותיפוק ליה דנחלת אבותיו חשיב כאלו בא לידו ואפי' נתרצה הבן נמי תמיה דהא להתוס' ג"כ קשה דהא התו' מודים דאין הבן יכול להסתלק מנחלת אבותיו ואשתמיטתיה מ"ש התוס' בכתובות דף נ"ו בד"ה ה"ז מקודשת דלרווחא דמלתא אמרו בש"ס הכא לא מחל ע"ש גם מה שהקשה על הרשב"א דס"ל דאף בדבר שבממון לא הוי תנאו קיים רק כשאמר ע"מ שתמחול לי אבל כשאמר ע"מ שאין לך עלי דין שאר וכסות תנאו בטל וסילוק הוי כאומר אין לדעלי דין ולפענ"ד נראה דסילוק חשיב מחילה ממש: גם מה שהקשה על המהרי"ט סי' מ"ה שכתב באשה שהפקידה ארגז והתנית עם הנפקד שלא יתפוס המטלטלין בשביל חוב בעלה דיכול לחזור בו משום דאתי דיבור ומבטל דיבור וכו' ותמה ע"ז מהא שכתב הר"ן בפ' אלו נערות דקנס יכולה המפותה למחול דדמי למסלק עצמו מנכסים בעודה ארוס' וכן מ"ש הר"ן בכתובות דף פ' שהיבם מסלק עצמו מנכסי אחיו ומשם מוכיח הקצה"ח דא"י לחזור בו ע"ש והוא תמוה דהא המהרי"ט בעצמו כתב דהבעל שמסלק עצמו א"י לחזור בו והטעם דתיכף כשמסלק

עצמו זכתה בו אשתו רק בנידון שלא כתב דיכול לחזור בו כיון שסילוק שלו היה נגד האשה שאין לה שייכות בנכסים כלל דהמטלטלין של בעל הוא והבעל יכול למוכרם ולהוציאם ולא יהיה להאשה כהן כלום ולא שייך לומר שתיכף כשסילק עצמו זכתה האשה בהן דהא אינן שלה ע"ש במהרי"ט משא"כ בקנס דמפותה דזכה בהן הבועל תיכף וכן ביבם דזכה בהן אחיו תיכף ודאי דא"י לחזור בהן כמו שהבעל א"י לחזור בו כשסילק עצמו מנכסי אשתו גם מ"ש בס"ק י"ג דהבע"ה א"י לסלק עצמו אף מנכסים שיקנה אח"כ דדמי לסילק עצמו בעודה ארוסה מנכסים שיפלו כשהיא נשואה ע"ש לפענ"ד לא דמי כלל דנשוא' שאני דידו כידה ותיכף כשנופלין לידו נופלין משא"כ בע"ח:

ז אלא שאינו ברשותו עש"ך סק"ט כ' ב"י בשם העיטור וכו' אף שכבר פסקו הב"י והרמ"א דלא כהעיטור וכן בסי' רט"ז גבי דקלים סתם דאינו מחוייב לקנות לו דקלים וכן הש"ך כאן בסקי"ב משמע דס"ל כן מ"מ הביא כאן את העיטור דנ"מ לענין אם טרח וקנה דאם שניהם לא היו יודעים דאין בו משום מחוסר אמנה לא שייך ביה כי היכא דליקום בהימנותי' וא"צ לקיים מקחו:

ח מ"מ אם טרח עט"ז דדוקא אם הלוקח לא ידע וכן עיקר דהא אפי' גבי שדה גזולה מבואר בסי' שע"ד דבהכיר בו לא שייך סברא זו לומר דאדעת' דהכי טרח ע"ש ובט"ז כתוב דיש ללמוד משם לכאן: ועוד נראה דזה לא שייך רק בחפץ ידוע כגון במרגליות אבל בתבואה וכיוצא שדרך מוכר זה לסחור תמיד במסחר זה לא שייך לומר סברא דאדעתא דהכי טרח:

ט הפוסק על השער עיין סמ"ע סקכ"ג ועיין ש"ך סקי"ג וזה תליא בשני התירוצים שכ' הכ"מ בפ' כ"כ מה' מכירה במה שהקש' מקנין אג"ק דאינו מועיל בדבר שאינו ברשותו ע"ש דלחד תירוצא מועיל שער שבשוק אף לענין קנין גמור כגון אגב קרקע ולחד תירוצא לא מהני רק למי שפרע ועיין ש"ך בי"ד סי' ק"ע סעיף י"ב. וקצת ראיה נראה דפוסק על השער לא קנה רק למי שפרע דאי קנה קנין גמור א"כ קשה למאן דס"ל בסי' קצ"ח דבמקום דליכא חשש דנשרפו חיטך קונה כסף קנין גמור במטלטלין א"כ בפוסק על השער דליכא חשש דנשרפו חיטיך ליקני קנין גמור אלא ודאי דפוסק על השער לא קנה רק למי שפרע וכן נראה בפוסק על ההיתר מחמת שיש לו דלא קנה אפילו בקנין רק למי שפרע כיון שכתבו התוס' בב"מ דף ס"ד בד"ה האי קרוב לשכר דיש לו הוא רק משום היתר פסיקה ויכול לאוכלם וליתן אחרים ואי נשרפו מחוייב ליתן אחרים וכיון שאין לו קנין גמור בגוף החיטין שיש לו לא קנה רק למי שפרע מכח הוכחה הנ"ל דאלת"ה אף במעות ליקני קנין גמור כיון דלא שייך החשש דנשרפו חיטך ובעיקר הקושיא שהקשה

הסמ"ע מסעיף ה' לפענ"ד לא קשה כלל דבפוסק על השער לא קנה רק בפוסק על יין סתם אבל ביין זה לא מהני דהוי דבר שאינו ברשותו דמי יימר דמזבני ליה ניהליה דלא שייך ביין זה הסברא דמצוי לקנות בשוק וכמו שמחלק הש"ס בב"מ דף ע"ג ובכה"ג מיירי בסי' ה' דהתנה על דבר ידוע ובסעיף ו' מיירי בפוסק על יין סתם ואף דשם מסיק אפילו ביין סתם לא מהני עיין בתוספות שם דמיירי באינו מצוי כל כך:

י לא קנה שמעון כלום עיין סמ"ע סעי' קטן ך"ד שראובן לוקח אותן בחנם עיין שם ופשוט שהמוכר צריך להחזיר לשמעון מעותיו ומכל מקום אין המוכר יכול לטעון מקח טעות היה דמיד שמכר לראובן הקרקע נקנה לו חפירות ואף שאמר פירות לשמעון כו' שלא התנה עם ראובן דרך תנאי לא נתבטל המקח ומכל מקום נראה דאם לפי שווי המקח יש אונאה בהקרקע עם הפירות עד פלגא יכול לבטל המקח מטעם אונאה דלא גרע מאילו לא פי' פירותיו לשמעון דאם היה שיעור אונאה בטל המקח:

יא על מנת שדיוטא עיין בסי' רי"ב מ"ש בזה:

סימן רי

א אמר לכשיולד עסמ"ע ס"ק א' שכתב דהחולקין כאן חולקין ג"כ בדבר שלא בא לעולם וכבר תמה ע"ז בט"ז ע"ש אך מ"ש הט"ז דס"ל דעובר חשיב דבר שלב"ל הוא תמוה דהא הרא"ש כתב בקידושין דף ס"ג לענין מכירת העובר דאפילו הוכר העובר הוי דשלב"ל אך עיקר טעמו כתבו התוס' והרא"ש בהדיא דלדבר שלב"ל עדיף מדבר שלב"ל אליבא דר"נ ואף דבדשלב"ל לא מהני אם אמר לכשיבוא לעולם מכל מקום לדבר שלבל"ע מהני אם אמר לכשיולד אך יש להקשות על המהרי"ט שכתב בחלק חח"מ סי' כ"ג דאף דאמרינן בנזיר דף י"ב דכל מידי דלא מצי עביד השתא דלא מצי משוי שליח מ"מ אם פירש ואמר שיהיה שליח לכשיבוא לעולם הוי שליח ועיין מ"ל פ"ט מה' אישות דין ו' שהביאו א"כ הכא בזיכה לעובר על ידי אחר ולא חזר בו המזכה מה"ת לא יזכה העובר תיכף כשנולד דהא זכי' הוא מטעם שליחות והר"ן בכ"מ במשנה דראה אותן רצין כתב דגבי ממון בעינן שליחות של בעל הממון וכיון דבעל הממון פי' להמזכה שיהיה שלוחו לזכות לו כשיולד מה"ת לא יזכה לו כשיולד וצ"ל לדעתו דס"ל דזכי' לאו מטעם שליחות הוא וכיון דא"י לזכות לו עתה אף אח"כ א"י לזכות לו:

ב ואם הוה בנו עש"ך ס"ק א' עד הוי כאלו אמר מודה אני שהקניתי לבני בקנין מעכשיו על מנת להקנות כו' ותמיהין דהא דבריו משמע מסתימת דברי הש"ס ופוסקים דבזכי' זו שהוא ת"י הזוכה קונה העובר כשיולד וגם משמע דבעינן שיהיה המזכה קיים ולא חזר

בו קודם שיולד ולדבריו דהוי כאלו אמר קני על מנת להקנות הזוכה קונה לעצמו על תנאי שיקנה להעובר אחר שיולד ותנאי מילתא אחריתא הוא ועיקר הקנין הוא להזוכה ממילא כשבא הזוכה להקנות להעובר צריך שיעשה קנין חדש להולד ע"י ק"ס או זיכה על ידי אחר דוקא דאין אדם זוכה בשלו לאחר וגם אפילו מת המזכה או חזר בו קודם שיולד יכול הזוכה להקנות להולד כיון שהזוכה כבר קנאו לעצמו רק שצריך לקיומיה לתנאי וגם אם לא ירצה המוכר לעשות קנין מחדש לא יקנה הולד וחזר המתנה להנותן וגם מהני אפילו זיכה להזוכה על ידי ק"ס כיון שהקנין הראשון היה להזוכה בעצמו וגם העובר כשיולד צריך להביא עדים שהקניהו לו הקונה אחר שנולד כשהמתנה הוא תחת ידי המזכה עדיין דכל תנאי שהוא בקום ועשה צריך המקבל להביא ראיה שיקיים תנאו וע"כ צ"ל בדעת הש"ך דבקני על מנת להקנות אין צריך קנין אחר אמנם לשון התנאי לא משמע כן דעל מנת להקנות משמע שיהיה הוא המקנה גם מ"ש עשו שאינו זוכה כזוכה הוא תמוה דכי בשביל שדעתו של אדם קרובה לבנו עשו שאינו זוכה כזוכה והוכחת הראב"ד נראה נכון דע"כ עובר בר קנין הוא רק לעובר אחר ל"מ מטעם דלא גמר ומקני משא"כ לבנו גמר ומקני דאי לאו בר קנין הוא כלל אפי' בבנו לא היה לו לקנות דמה בכך דגמר ומקני הא ליכא קונה בעולם אלא ודאי דבר קנין הוא וא"כ מכ"ש דהוי יורש ועיין בב"י שהקשה דמאי נ"מ אי הוי יורש או לא הא בנדה מ"ו הקשה הש"ס אי בעי מאבוה לירתי ותי' דסבירא ליה דלפעמים דהיא מייתא ברישא והוי ס"ל המע"ה ע"ש והוא תמוה מאד דהא מבואר בסי' ר"פ בנפל חבית עליו ועל אמו דהנכסים בחזקת יורשי האם ועיקר קושיתו גם כן תמוה דודאי יש נפקותא הרבה דאי העובר יורש אין שאר היורשין קונין עד אחר מיתת העובר ואי קידש האשה בחלק העובר קודם מיתתו אינה מקודשת משא"כ אי העובר אינו יורש הוי של יורשין תיכף ואי קידש בו אשה ואח"כ מת העובר מקודשת למפרע:

סימן ריא

א דבר שאינו ברשותו עש"ך ס"ק א' רימז לתשובת הראנ"ח סי' ס"ו ושם מבואר דאפי' מחייב עצמו לקנות דבר ידוע שאינו ברשותו ואינו מצוי בשוק דלא חל החיוב ואין עליו חיוב לקנותו ולא מהני חיוב בדשלב"ל רק כשמחייב עצמו למכור אותו לכשיקחנה ואם חייב עצמו הקנס כשלא יעמיד לו אותו הדבר יש בו משום אסמכתא ואם הוא באופן המועיל המבואר בסי' ר"ז לסלק אסמכתא לו מ"מ אם א"א לקנות אותו הדבר כ"א ביותר משוויין הוי אנוס ופטור וקיימתי זה מסברא דנפשאי לעיל בסי' ס' ועכשיו בבוא

לידי ספר הראנ"ח ונהניתי. עוד מבואר שם דאם התחייב עצמו בקנס באם לא יעשה טצדקאות שימכור לו ומת היורשין פטורין ע"ש עוד רימז הש"ך לתשובת רמ"א דמבואר שם באחד שקיבל ק"מ על פשרנים והפשרנים כתבו בהפשרה שפ' יירש יותר מחלקו אפי' לר"ת דמהני באומר שדה זו מ"מ כיון שאמרו הפשרנים בלשון ירושה אין בדבריהם כלום דהוי מתנה עמ"ש בתורה ע"ש ולענין הפקר אי יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו כתב הב"ח בתשובה קכ"ד דיכול להפקיר אף כשאינו ברשותו דהפקר מטעם נדר וכמו דנדר מהני ה"נ מהני הפקר ובקצה"ח תמה עליו ניחא דב"ק דף ס"ט גבי צנועין ור"ד אמרו דבר אחד אלמא דא"י להפקיר דבר שא"ב למאן דס"ל דאין אדם מקדיש ע"ש ולפי ענ"ד לא קשה מידי דודאי מודה הב"ח דבזמן שהדבר הוא אינו ברשותו אין ההפקר חל דהא כתב זה לענין ביטול חמץ כשמבטלו כשיתחמץ וכשהוא כבר חמץ ודאי דמודה הב"ח דאין הביטול מועיל דש"ס ערוכה היא דבתר איסורי' אין בידו לבטל ולכך בהא דב"ק ג"כ אינו מועיל הפקר כשהוא כבר ביד הגזלן והב"ח לא כתב כן רק לענין אי מבטל התבואה לכשיתחמץ שלא יעבור על בל יראה דחמץ אינו ברשותו ורחמנא אוקמי ברשותו וכיון דמהני הגילוי דעת קודם פסח לומר שאינו רוצה במה שזיכה לו רחמנא החמץ בפסח ה"נ מהני כשאומר קודם שנתחמץ איני רוצה במה שזיכני רחמנא בהחמץ כשיתחמץ להעמידו ברשותי דמה לי קודם פסח או קודם שיתחמץ ואפילו קודם שהיה התבואה שנתחמץ תחת ידו יכול לומר כן כיון שהוא קודם שהעמידו רחמנא ברשותו ומביא ראיה ברורה לזה דכמו שיכול לומר אי אפשי בו קודם שהגיע המתנה לידו מהני לבטל המתנה ה"נ יכול לומר כן קודם שזיכהו רחמנא לבטל הזכות שזיכה לו רחמנא ושוב לא קשה כלל מה שהקשה הקצה"ח שם דדוקא במסלק עצמו מדבר שיבוא אח"כ ממילא לרשותו לא מהני בדשלב"ל או שא"כ כגון שמסלק עצמו מירושת אביו שירושה הוא ממילא וכן במפקיר פירות שיבואו מדקל שלו אבל לומר אי אפשי לזכות במתנה שיזכה לי האחר ודאי דיכול לומר וכן בחמץ שרחמנא נתנה רשות לומר לא ניחא לי במה דאוקי רחמנא ברשותי כמו כן יכול לומר קודם לכן לא ניחא שיעמידנו רחמנא ברשותי כשיבוא לעולם:

ב שדה זו נלפענ"ד דאפי' לדיעה זו הוא דוקא באם אין יורש אלא הוא אבל אם יש הרבה אחים אף שנפל לחלקו השדה זו שמכר מ"מ לא קנה הלוקח דלא מיבעיא אם הגיע שדה זו שמכר לחלקו ע"י עילוי דמים דמי ממש לשדה זו לכשאקחנה קנוי לך אלא אפי' נפל לחלקו עפ"י גורל מ"מ כיון דקיי"ל אחין שחלקו לקוחות הן דמי לשדה זו שאקחנה וראיה לזה מסי' קנ"ד סעיף י"ז בהתנה שבאם חלקו יפול אצל ראובן דלא

יוכל למחות בו דאין תנאי זה כלום מטעם זה דאחין שחלקו לקוחות הן כמבואר בטור שם ע"ש. ואין להקשות מהא דב"ב דף קנ"ט בהא דשלחו מתם בכור שמכר חלק בכורה לשיטת ר"ת דמפרש בשדה זו ובכור כיון דאית ליה אחים לשדה זו שאקחנה דמיא כנ"ל נראה דלא קשה כלל דיש לומר דמיירי שמכר חלק בכורתו לאחיו דא"צ חלוקה ומ"מ לא דמי לשדה סתם דדוקא בשדה סתם שאין הלוקח יודע איזה שדה יתן לו אבל כשמכר חלק בכורה לאחיו שאין להמוכר ברירה ליתן לו זו אי זו לשדה זו דמיא והנה הפני יהושוע הקשה לשיטה זו דר"ת דהא אשה כשדה זו דומיא וקי"ל כרבנן דר"א במקדש אשה לאחר שימות בעלך דדמי לשדה זו שאירש מאבא ולפענ"ד נראה דלא קשה דהא בנדרים דף ל' אמרינן דיכול להקדיש אחר שיפדה מ"מ בפדאן אחרים אין יכול להקדיש וקאמר התם בנותן שתי פרוטות לאשה בחדא תתקדש מעכשיו ובחדא לאחר שאגרשך דאינה מקודשת דאשה כפדאן אחרים דמיא והקשה הר"ן דאדרבא כפדאן הוא דמיא דהא אשה מקדשת עצמה לאחר שתבוא לרשותה ותירץ דאם האשה היה מצי מקדשת עצמה להאיש וכו' אלא כיון שהתירה אמרה כי יקח ולא כי תקח לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל וכו' אלא שמשוי עצמה כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הילכך אין אנו דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל ולגבי הבעל כפדאן אחרים דמיא דבקידושין הראשונים היתה ברשותו וכשמגרש' יצאה מרשותו ולפ"ז בנדון דידן נמי דהא שם בנדרים גבי הבעל בידו לגרשה וכל שבידו לאו דשלב"ל הוא ומ"מ כשמקדשה אחר גירושין אינה מקודשת מטעם דדמי לפדאן אחרים והיינו מטעם דעכשיו אינה יכולה לעשות עצמה כהפקר ואחר הגט אימר לא תתרצה האשה לעשות עצמה אח"כ כהפקר שיקדשנה הבעל כמ"ש רש"י בקידושין דף ס"ב ד"ה בידו לקדשה דשמא לא תתרצה א"כ מכ"ש כאן דבשלמא בשדה זו שאירש לא חשיב דשלב"ל משום דירושה היא ממילא והוי כאלו הוא בידו יכול להקנות לאחר ועוד דדמי למ"ש הר"ן בר"פ הכותב דכיון דכל שעה ראוי ליירש הוי כאלו בא לידו יכול להקנות משא"כ אשה כיון דאין אנו דנין מצדה רק מצד הבעל הוי כמקדש אחר שימות בעלך ותעשה עצמה כדבר של הפקר יקדשנה א"כ נהי דמיתה הוא ממילא מ"מ עשותה עצמה כדבר של הפקר אינה ממילא ומש"ה אינה מקודשת ולענין אי יכול לחזור בו לר"ת בשדה זו שאירש מאבא קודם שמת אביו כשאמר מעכשיו נלפענ"ד דא"י לחזור בו דלא מיבעיא לדעת הרשב"א והרמב"ן בקידושין דף ס"ג דס"ל דלר"מ במקנה דבשלב"ל כשאמר מעכשיו דא"י לחזור בו ודאי דמכ"ש בכה"ג דקני אף לרבנן דא"י לחזור בו ועוד נלפע"ד דאפי' מאן דס"ל בדשלב"ל דיכול לחזור בו אפי' במעכשיו לר"מ מ"מ בשדה זו שאירש מאבא דיכול להקנות אפי'

לרבנן דחשיב כדשלב"ל ודאי דאין לחזור בו וכן מוכח מהראיה שהביא ר"ת לסברא זו מהא דבן שמכר בנכסי אביו ומת אביו דבן הבן מוציא מיד הלקוחות מטעם דמצי אמר מאבוה דאבא ומזה מוכיח ר"ת דבלאו ה"ט קני ולא חשיב דשלב"ל ע"ש בב"י סי' זה שהביאו ואי נאמר דיכול לחזור בו א"כ ע"כ שאין הקנין נגמר עד הזמן ולפ"ז ודאי דבעינן ג"כ שיהיה הקנין קיים בשעת גמר הקנין דהא בהא תליא כמ"ש הרשב"א בחי' לגיטין דף ס"ג ומכ"ש דבעינן שיהיה המקנה קיים דאפי' בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס לא מהני אפי' לר"מ וכ"כ האו"ת בסי' ס' לענין המתחייב עצמו בדשלב"ל דיכול לחזור בו אם מת המתחייב דבטל החיוב ושם בב"ב מיירי במת הבן קודם אביו וא"כ כשמת אביו אח"כ המקנה כבר מת בשעת גמר הקנין אלא ודאי דלר"ת בשדה זו שאירש מאבא כיון דחשיב דבשב"ל מהני תיכף עכשיו הקנין:

ג ואי"צ להחזיר הדמים עסמ"ע סק"ז דמיירי שנתעכלו המעות כו' ועיין ט"ז בהג"ה שם דה"ל מלוה ע"פ דגובה מהיורשים ע"ש ולפענ"ד אין לזה שייכות לומר שהוא מלוה של הזקן שמת כיון שהוציאו המעות אחר מותו לקבורה דאין חיוב למת אלא הטעם כיון דהוא אומר מאבוה דאבא קאתינא והוא יורשו והיורש שייך בקבורת המוריש ומלוה דידיה הוא דכיון דהבן מכר מה שאירש מאבא והמקח בטל ונשארו הדמים של לוקח ונמצ' שנלקח מעות הלוקח לצורך הקבורה שהבן חייב בה ומלוה דידיה הוא:

ד וע"ל סי' ס' עסמ"ע ס"ק י"ב עד משא"כ כאן דמיירי בידוע וכו' כוונתו לחלק דשם מיירי שכתב בלשון עבר נתתי שהוא לשון הודאה אבל הכא מיירי שאומר בלשון הוה אני נותן מקרקע ואגבו מטלטלים שאינו לשון הודאה רק לשון קנין צריך להביא ראיה ועמ"ש בסי' ס' בשם תשובת הרמ"א דנתתי שתי לשונות משמע ותולין דהוא לשון הודאה ע"ש ובל"ז אין פי' לדברי הסמ"ע דמה הפרש יש בין שידוע שהקנה לו באגב כמו בכאן או בק"ס כמו בסי' ס':

ה מי שהיה לו פקדון עש"ך ס"ק ה' שמביא מחלוקת הפוסקים אי יכול להקדיש כשיש לו משכון ביד חבירו המותר שעל חובו ומסיים דבמכירה יש לומר דלכ"ע יכול למכור ומסיים בצ"ע ולא כתב טעם החילוק שבין הקדש למכירה והנה הא שיכול למכור תוך זמן השכירות מבואר בסי' שי"ב סעיף א' ע"ש (ותיבת ולמכור בהי"ח שהביא הש"ך הוא ט"ס דלא מצינו מחלוקת בי"ד רק לענין הקדש ולפענ"ד נראה החילוק פשוט דהנה הא שכתב הש"ך די"א דאפילו המותר א"י להקדיש ע"כ אין הכוונה שגם המקדיש יכול לחזור בו מההקדש שאין ההקדש חל כלל דהא בעצמו כתב בי"ד סי' רכ"א ס"ק מ"ד להרשב"א ור"ן דס"ל דא"י להקדיש בין בשכירות בין במשכונא אפי' שוה יותר על חובו

והש"ך מסכים שם עמהם ומביא ראיה לזה מהירושלמי ולפי פירושו בהירושלמי שם כתב וז"ל דאם השוכר הקדים דמים דר בו חנם ואם לא הקדים שכרו מעלה שכר להקדש דנהי דזה דר בתוכו משום שא"י להקדישו להפקיע שיעבודו דהשוכר וכו' עד וכיון שהקדים גוף הבית גם השכירות בכלל אלמא דההקדש קיים נגד במקדיש וכן הביא שם בשם הריב"ש וז"ל דאין הדר בו במעילה לאחר ההקדש אלא לאחר זמן השכירות מוכח דלאחר זמן השכירות חל ההקדש רק נגד השוכר לא חל ההקדש והא דאמר בערכין הדר בו במעיל' קאי מיירי בהשכיר בית סתם או ביש לו תפיסת יד ע"ש בש"ך והכוונה בהא דא"י להקדש אפילו מה שיותר על חובו דמיירי במשכון בנכייתא ואם יהיה הקדש מה שיותר על חובו יהיה אסור לדור בו דבמעיל' קאי מטעם דההקדש שותף בו כמ"ש התוספות בערכין דף ך"א ולכך אין ההקדש חל כלל נגד המשכון ובכדי שלא יופקע שיעבוד של המלוה או השוכר אבל נגד המקדיש חל ההקדש ולפ"ז במכירה דאף כשהוא רק שותף יכול לדור בו ודאי דחל המכירה דבחלות המכירה לא נפקע דירת השוכר והמלוה עד הזמן וגדול' מזה אני אומר דאפי' להשכירו לאחר יכול אפי' בתוך זמן השכירות של ראשון כמ"ש הש"ך בסי' שי"ב סק"ג ואין המשכיר יכול לחזור בו אפילו קודם כלות זמן השכירות של ראשון דלא מיבעיא לשיטת ר"ת דס"ל בשדה זו שאירש דקנה וא"י לחזור כמש"ל מטעם דירושה ממילא ומכ"ש במחוסר זמן דהזמן ממילא קאתי אלא אפילו להחולקין וס"ל דבמה שאירש מאבא לא קני מ"מ במחוסר זמן ודאי קנה דהא בכתובות דף נ"ט בשדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים פלפולא דהש"ס הוא משום דמחוסר פדיון אבל משום מחוסר זמן לאו כלום הוא תדע דהא הזמן אין בידו לקרבו אלא ודאי דמחוסר זמן לא חשיב מחוסר כלל וכן כתב המשנה למלך בפ"ד מה' אישות ובודאי דעדיף מדבר המצוי לקנות דמהני ביה קנין אף שאינו בידו כמבואר בסמ"ע סי' ר"ט דמה לי שמצוי לקנות אחר שעה או אחר שנה ומכ"ש הכא דאחר הזמן ודאי דיהי' בידו ודאי דהוי קנין גמור כשאמר מעכשיו. אמנם נראה דאפילו במחוסר זמן בעינן דוקא שיברר מקחו ויאמר שדה זו כמו בשדה זו שאירש מאבא דבעינן דוקא שיברר מקחו ויאמר שדה זו וראיה לזה מהא שכתב הטור בסי' שי"ב בשם הרמ"ה וז"ל ומיהו אם היה למשכיר בית אחר שלא היה משועבד בשעת שכירות לאדם אחר חל הקנין דמשמע שאם היה מושכר לאדם אחר לא חל הקנין דשם מיירי בבית סתם דלא מברר מקחו ומש"ה אף דהזמן ממילא קאתי לא חל הקנין ואין להוכיח ולומר דלא מהני להשכיר בתוך משך זמן השכירות של האחר מהא שכתב הטור בסי' זה וז"ל בכותב לבנו מהיום ולאח"מ שהבן א"י למכור הפירות אף לאחר מיתת האב רק במהיום ולאחר

מיתה פי' וכו' ע"ש וע"כ כוונת הטור בפירושו דצריך להקנות כל הגוף מהיום ולא סגי כשימכור הבן גוף לפירות לאחר מיתה דאלת"ה מה בא הטור למעט דהא לעולם א"א למכור פירות רק כשמוכר גוף לפירות וע"כ בא הטור למעט שאפילו גוף לפירות א"י הבן למכור לאח"מ כיון דגוף לפירות הוא של האב עכשיו א"כ ה"ה בשכירות אין יכול להשכיר גוף לפירות כיון שכבר מושכר לראשון גוף לפירות די"ל דשאני התם דלא תליא בזמן גרידא רק במיתת האב ונגד גוף לפירות לא הוי כירושה דממילא דנראה ודאי באם מכר גוף ופירות לאחר מיתה דנהי דהמקח קיים מ"מ אם מת הבן ואח"כ מת האב המקח בטל בודאי דהא דפליג ר"נ וס"ל דהמקח קיים הוא מטעם דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי מ"מ הא כתבו התוספות ביבמות ר"פ החולץ דהיינו דאין הק"פ מבטל לקנין הגוף וזה שייך כשמוכר כל הגוף דאחר כך כשמת האב אחר מיתת הבן זוכה הלוקח בהפירות מכח שזוכה בהגוף ממילא זוכה בהפירות שעל הגוף כשנתבטל מי שיש לו זכות בהפירות נשאר זכות הפירות לבעל הגוף משא"כ כשלא מכר רק הפירות והגוף נשאר ליורשי הבן זוכה הבן גם בהפירות ממילא ואין הלוקח יכול לזכות בהפירות לאחר מיתת הבן ולכך הצריך הטור למכור כל הגוף כדי שלא יתבטל המכר כשימות הבן קודם לאב: (ונלפענ"ד) דאפילו השכיר לו סתם בתוך משך זמן שכירות הראשון גם כן כאומר מעכשיו דמי דדוקא באמר קני לאחר למ"ה או אל תקנו אלא לאחר ל' שתלה הקנין באחר ל' סתם לאו במעכשיו דמי אבל כשאמר סתם ואפשר להקנין לחול עכשיו סתם גם כן כאומר מעכשיו דמי וראיה לזה מהא שכתב הר"ן בנדרים דף מ"ח ע"ב וז"ל הוי ס"ד דר"נ דהכא כיון דלא אמר בהדיא דלא ליקני עד דהוי צ"מ ואמר סתמא כמאן דאמר מעכשיו דמי ור"א דחי ליה דכיון שלא רצה להקנות וכו' מוכח מדבריו בסתם שלא גילה דעתו שא"ר להקנותו והוא דבר שהקנין יכול לתפוס בו מיד סתמא כמעכשיו דמי ומש"ה סתמו הפוסקים גבי שדה זו שאירש מאבא לר"ת ולא כתבו דבעינן מעכשיו משום דבכה"ג סתמא כמעכשיו דמי והא שכתב הרב בהג"ה בסי' קצ"ה דסתם כמעכשיו דמי משום דבכדי לא הוי עביד לא תימא דדוקא בק"ס דהדרא סודר למריה דהוי בכדי בלא מעכשיו לכך הוי סתם כמעכשיו מה שא"כ בקנין כסף י"ל כיון דבלא מעכשיו ג"כ קונה לאחר זמן סתם לא הוי מעכשיו דזה אינו דנראה דאפילו בקנין כסף קתני בכדי דכיון ששניהם יכולין לחזור בו עד הזמן הקנין של עכשיו קרוי בכדי ובנדרים שם ע"כ מטעם שגילה דעתו שא"ר להקנות הוא תדע דהא הר"ן כתב זה גבי משוך פרה זו והר"ן ס"ל בפ' הכותב דמשוך ותקנה לאחר למ"ד דקנה אפילו בעומד באגם וא"כ לא הוי בכדי ומה"ת נאמר דהוי כמעכשיו אלא ודאי דגם זה הוי בכדי כיון ששניהם יכולין לחזור בהן

ונראה דגם הרמ"א בסי' קצ"ה ע"כ לא מיירי במכר לו והקנה לו בסתם דאי בסתם מה"ת נאמר דהוי כלאחר ומה קמ"ל הרמ"א אלא ודאי דכוונתו למעט בכה"ג שהקנה לו בסתם ואמר לו שעד ל' יום ישתמש בו הוא או אחר ולא תלה הקנין בלאחר שלא אמר לו ותקנה לאחר ל' או אל תקנה אלא לאחר ל' דהוי כמעכשיו רק שדעת ר"ג בנדרים דבעינן דוקא שיאמר אל תקנה עד לאחר ל' ולדעת רב אשי כל שתלה הקנין באחר ל' שאמר לו קנה לאחר ל' או שגילה דעתו שא"ר להקנות לו תיכף לא הוי כמעכשיו אבל בסתם אפי' אמר בפי' שעדיין ישתמש בו המוכר ל' יום והוא דבר שהקנין יכול לתפוס בו מיד סתמא הוי כמעכשיו:

סימן ריב

א אפילו רק שעה א' עש"ך ס"ק ב' ובט"ז שהניחו דברי הרב בצ"ע ולפענ"ד נראה להכריע דודאי אם אמר הריני נותן לך הבית לדירה כוונתו לעולם כדמוכח מהמרדכי אבל כשאמר מקודם רק ידור פ' שאז אינו במשמע רק שעה אחת כמ"ש הרמ"א דאז אף שקיבל קנין אח"כ דמהני שכתב הרמב"ן הטעם דהקנין בא לחזק הדברים ומגופו של קרקע קנו מידו ודאי דאמרינן דבא להקנות לו גוף הקרקע לדירה על זמן הראשון שאמר דהיינו על שעה אחת דמה"ת נאמר שבשעת קנין חזר והקנה לו על זמן אחר ממה שאמר בראשונה ולא כתב הרמ"א דידור משמע שעה אחת רק להקדמה על הדין שכתב אח"כ בהקנין שבא באחרונה וא"צ להדוחק שכתב הסמ"ע דלישנא דידור לאו דוקא:

ב וקנו ממנו ע"ז עט"ז שהקשה מסי' רי"א סעיף ו' ולא הבנתי קושיתו דכאן עיקר הטעם הוא דאמרינן דמגופו של קרקע קנו מידו משא"כ התם דכשאין לו לא מהני כלל קנין מה"ת נאמר מחמת הקנין שהיה לו ולכך צריך ראיה ולדברי הט"ז קשה דא"כ גם כאן אם כתבו באחרונה וקנו מיניה בק"ס שפירשו במה היה הקנין גם כן לא מהני ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן:

ג אם החזירו מיירי בשיטה שלפני האחרונה דעיקר הטעם כתב הסמ"ע שלא כתבו ב"פ בכדי ובשיטה אחרונה חזרת השטר הוא מדינא בלא"ה כנ"ל:

ד ע"מ שדיוטא עליונה שלי עט"ז שהקשה דכאן משמע דלא מהני להוציא זיזין אלא מטעם דהוי שיור אבל אי הוי ע"מ לשון תנאי לא מהני כגון בע"מ שתתן והוא דבר שאין בו ממש וכו' ע"ש ודבריו תמוהין דהא אדרבה כשהוא תנאי יכול להתנות אפילו על דשלב"ל ודבר שאין בו ממש אך מ"מ הוא תמוה דאם נאמר דתנאי הוא והיינו שאם לא יתן לו יתבטל המקח א"כ אין כאן יתור ל' דאף דבלא"ה הוא שלו מ"מ י"ל דהתנה כן

משום שאם לא יתן לו הדיוטא שיתבטל המקח מכל וכל וגם קושיא השניה של הט"ז שהקשה דברי הרמב"ם אהדדי דגבי מתנות הובאו דבריו לעיל בסימן ס"א סכ"ט דנותן לכל בהן שירצה משום דע"מ תנאה הוי וגבי ע"מ שהמעשר ראשון שלי פסק שהמעשר ראשון שלו דשיורא הוי ולפענ"ד נראה לתרץ דהנה הריטב"א בקידושין דף כ"ג גבי ע"מ שאין לרבו רשות בו דר"מ ס"ל דקנה עבד קנה רבו והקשה דיתבטל המתנה כיון דנתבטל התנאי ותירץ שאין ל' תנאי רק כשהוא בל' שיעשה או שלא יעשה בין הוא בין אחרים אבל במילתא דממילא כגון על מנת שאין לרבך רשות בו אינו תנאי אלא שיור בגוף המתנה שמשייר בו שלא יזכה בה האדון או הבעל וכו': ונראה דבסברא זו דכל תנאי דממילא כ"ע מודו דהוי שיור שמשייר לעצמו זכות דהא בקידושין שם ר"מ ורבנן תרוייהו ס"ל דשיורא הוי וכן מוכח מסברא דהא בע"מ שאין לך עלי אונאה א"א לפרש כלל בהלשון שאם יהיה לו עליו אונאה שיתבטל המקח דהא עיקר רצון המוכר הוא שיתקיים המקח אף שיהיה בו אונאה ולא שיתבטל וע"כ צ"ל דתנאי שהוא במילתא דממילא הכוונה הוא שמשייר לעצמו זכות דלענין זה לא יהיה בו דין מקח וכן במקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כסות או בע"מ שהוא שלו אין בהל' משמעות כלל שבהיפך זה יתבטל המקח כיון דהדבר הוא ממילא וגם אין צריך בדבר זה למשפטי התנאים כמ"ש הריטב"א ובזה כ"ע מודים והא דפליגי בחולין קל"ד גבי ע"מ שהמתנה שלי אי תנאה הוי או שיורא הוי נראה דפלוגתייהו הוא רק לענין מתנה עמ"ש בתורה דלענין מתנה עמש"ב שייך אפילו בתנאי דממילא דהא בע"מ שאין לך עלי אונאה וכן בשאר וכסות חשיב מתנה עמש"ב אף שהן ממילא ואפילו בקרע ע"מ להפטר או ע"מ שאין לך עלי דין נזק הקשו התוס' בכתובות דהוי מתנה עמש"ב וכן בכמה דוכתי בש"ס ובזה פליגי בחולין דמר סבר שיורא הוי פי' שמשייר בגוף המכר שלא מכר לו המתנות כלל וממילא לא הוי מתנה עמש"ב דכיון שלא לקח הלוקח המתנות כלל לא נתחייב כלל בהמתנות ומ"ס תנאה הוי פירוש שמכר לו הכל רק שתנאה דממילא ויש בו שיור זכות דהיינו שמשייר לעצמו זכות בנתינת המתנות שלא יזכה הלוקח במה שזיכה רחמנא ללוקח בנתינת המתנה רק שמשייר לעצמו זכות נתינת המתנות וממילא יכול ליקחו לעצמו והוי מתנה עמש"ב כיון דהתורה זיכתה נתינת המתנות להלוקח וכל שעיקר מה שאמר רחמנא בלשון תנאי הוי מתנה עמש"ב כמו שהקשו התוס' בכתובות שם שלא יהיה מועיל מחילת חוב על תנאי מטעם זה ע"ש ולפמ"ש דפלוגתייהו הוא אי הוי שיור בגוף המכירה שלא מכר לו כלל המתנות או תנאה דממילא הוא והמכירה הוא בכולה ואין לו רק שיור זכות שוב ל"ק קושיא הא' הנ"ל דכיון דע"מ שהדיוט' שלו תנאי דממילא

הוא דהא התנה שיהיה ממילא שלו בלי קנין חדש המתנה לא נתבטל בביטול התנאי כמש"ל ואין כאן רק שיור וכיון דהדיוט' בלאו תנאו הוא שלו ע"כ השיור זכות הוא לענין הוצאת הזיזין אך עדיין קשה סתירת דברי הרמב"ם דבמתנות פסק דנותן לכל כהן שירצה והוא מטעם דהוי מתנה עמש"ב כמו שכתב התוס' והרא"ש וגבי ע"מ שהמעשר ראשון שלי פסק שהן שלו ולתרץ זה נראה דהרמב"ם ס"ל דלא שייך מתנה עמש"ב רק היכא דודאי קא עקר כמבואר בגיטין דף פ"ד ובב"מ דף נ"א וכן כתבו התוס' בכתובות שם גבי שאר וכסות כיון דרחמנא תליא קידושין בשאר וכסות חשיב מתנה עמש"ב משום דאין אישות לחצאין וכן כ' הרמב"ן בב"מ פרק יש נוחלין דהוי כתנאי שהיא סותר המעשה כיון דהמעשה א"א להתקיים בקיום התנאי כיון דרחמנא תלי זה בזה ולפי זה יש לחלק דבמתנות ע"כ מיירי שמכרה רק לשוחטה ושיהיו המתנות שלו ואז בודאי קא עקר למ"ש בתורה מש"ה חשיב מתנה עמש"ב אבל אם מכרה רק שאם ישחטנה יהיו המתנות שלו ואם ימכרנה לעכו"ם יכול למוכרה עם המתנות נראה דאין זה חשוב מתנה עמש"ב דלאו ודאי קא עקר ואין זה חשוב כתנאי שפותר להמעשה כיון שאפשר למעשה המקח להתקיים בלי עקירת מ"ש בתורה וגבי ע"מ שהמעשר שלי דודאי הרשות ביד הלוקח לזרוע שחת או דברים שאין חייבים במעשר או להכניס התבואה דרך גגין באופן שיפטר מהמעשר ויהיה המקח קיים ואין התנאי רק אם יתחייב במעשר שיהיה המעשר שלו וכיון שאפשר להמקח שיתקיים בלי עקירת מ"ש בתורה לא חשיב מתנה עמש"ב כיון דאין התנאי סותר המעשה והמעשה והתנאי קיים:

סימן רכב

א נאמן בעל המקח עש"ך סק"א שכתב אבל אם א"י לעדים מאיזה מהן קיבל אע"פ שהמוכר אומר שנתרצה למי שלא נתן המעות נאמן במיגו כשמקחו בידו דאי בעי לא הודה כלל שקיבל ממנו מעות וכ"כ הרמב"ן וכל דברים אלו תמוהין בעיני דהרמב"ן לא כ' דין מגו רק היכא דליכא עדים כלל אי שקל דמי ובזה באמת הוי מגו טוב אבל כשיש עדים שקיבל מעות מחד וא"י מאיזה מהן בזה לא כ' הרמב"ן דין מגו רק טעם אחר ע"ש והש"ך שכ' הטעם משום מגו אפילו ביש עדים שלקח מא' מהן וא"י ממי תמוה מאוד דניחזי מה אומר הלוקח השני אי מודה הלוקח שלא נתן המעות הרי נתברר הדברים מפי הלוקח ובזה אמרינן דמסתמא גם לו מכר כמו שסיים הש"ך ואי הלוקח טען שהוא נתן המעות והמוכר מכחישו ואמר שקיבל מהשני רק שנתרצה למכור לזה שלא נתן ותובע מעותיו מזה ורוצה להחזיר המעות לכשנגדו הא זה הוה מגו מאדם לאדם דלא

אמרי' כמ"ש המהרי"ט חלק ח"מ סי' ל"ג דאולי אין רצונו לגזול מזה וליתן לזה ולא דמי כלל להא דשליח נעשה עד דנאמן לו' פרעתי למלוה במגו דאהדרינהו ללוה דשם כיון דרוצה לגזול שפיר אמרי' דמה לו בכך שיגזול לזה או לזה וטוב לו יותר שיגזול לזה ולא יעבור רק על חד לאו משיגזול למלוה וגם יעיד שקר ויעבור תרי לאוי אבל שיגזול לזה ויתן לזה ודאי לא אמרי' ואף דגם עכשיו כשאומר שנתרצה לזה בשקר גוזל גוף החפץ מחבירו ונותנו לזה מ"מ מורי היתירא היא דאמר חברו דמי קא יהיב ולא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו אבל שיהיה נאמן במגו דאי בעי' היה גוזלו ונותן לזה נראה דמגו כי האי ודאי לא אמרי' כיון דעכשיו לפי משמעו אינשי לאו חוטא הוא כיון שאינו גוזלו כיון דיהיב ליה דמי אפי' אם היה נוטלו לנפשיה ומכ"ש כיון דאינו עובר על לא תענה לפי משמעות אינשי כיון דאינו כפירת ממון ונאמר שיהיה נאמן במגו דאי בעי היה חוטא וגוזלו והיה נותן לחבירו הא חזקה דאין אדם חוטא ולא לו וגם מ"ש הש"ך לישב שיטת הרמ"א דלא מיירי הרמ"א רק לענין אי נאמן ממי קיבל המעות דחיק דהיאך השמיט הרמ"א דין גדול ויכתבנו ברמז באם טוען שנתרצה למי שלא נתן המעות היאך לפסוק הדין לכן העיקר דהרמ"א פסק כהרמב"ן שפסק בריש ב"מ בפי' דנאמן אפי' לו' שנתרצה למי שלא נתן המעות בטעמים המסתברים דלא מיבעיא בנתן מעות לבד ולא נעשה קנין כיון דיכול לחזור בו ולמכור לאחר ודאי דהוי בע"ד על החפץ ומהני כשאומר מכרתי לפ' וקני חבריה מטעם הודאת בע"ד דאודיתא גופא קנין הוא ונקנה לחבירו באודיתא ובזה נראה דאפילו הש"ך מודה כדמוכח מדבריו במ"ש בס"ק ב' ע"ש וכן אם עשה זה שנתן המוכר קנין והמוכר אומר לא נתרציתי לך במכירה וקנין שלך לאו כלום הוא רק לחברך נתרציתי וחברי' עדיין לא עשה קנין ג"כ מיסתבר טעמיה דהרמב"ן כיון שטוען לא מכרתי לך נאמן בשבועת היסת כדין מנה לי בידך וחלה טוען לא היו דברים מעולם דלגבי נפשיה שיש לו חזקת מרא קמא ודאי דלא מהני חזקה לומר שנתרצה למי שנתן המעות להוציא מחזקת ממון ומחזקת מרא קמא ובודאי דיכול אח"כ למכור החפץ לאחר ואם כן כשמצווה להאחר למושכן ולקנותן ודאי דקנה השני ובזה נראה דהש"ך ג"כ מודה בהא כי פליגי הפוסקים דס"ל דלא מהימן בשכבר עשו שניהם קנין ויש עדים שאמר לאחד משוך וקני וא"י למי שבודאי כבר יצא מחזקת מ"ק שבודאי כבר הוא של אחד מהן דאין להמוכר שום שייכות בחפץ זה ולא חשיב רק כמעיד של מי הוא ובזה פליגי הפוסקים וסברי דלא מהימן המוכר נגד החזקה דחזקה הוא שבוודאי נתרצה למי שנתן המעות ואפשר שגם הרמב"ן מודה בזה דבזה אין שייך לומר דהוי כטוען מנה לי בידך והלה אומר להד"ם כיון שאין המוכר טוען על גוף החפץ שלי הוא וכן נראה עיקר

לדינא ובאין מקחו בידו פסק ג"כ הרמ"א כהרמב"ן דא"נ רק כע"א וכן נראה עיקר לדינא וכמ"ש הט"ז לדינא ודע דהא דבנקיט זוזי מחד דמהימן לומר שנתרצה להאחר הא דוקא כשהמוכר אומר שמעיקרא כשנתן המעות לא נתרצה לו ונתן בע"כ והיינו שלא אמר לו בשעת מכירה שהוא מוכר לו בסך זה אבל כשהמוכר מודה שנתרצה במכירה וכבר עשה הלוקח משיכה או שטוען שקודם שעשה משיכה חזר בו ורוצה לקבל מי שפרע ודאי דאין המוכר נאמן עד שמברר בעדים שחזר בו קודם משיכה וכן מוכח מהטור וש"פ שכתבו דוקא שטוען שמקודם נתן המעות בע"כ משמע שאם טען שחזר בו אח"כ דלא מהימן:

ב הרי הוא כע"א ש"ך ס"ק ב' עד שיטעון שמשך והניחו אצל חבירו וכו' ומיירי שיש נ"מ בדמים כגון שלקח בזול דבלא"ה א"צ לישבע דכיון שהחפץ כבר תחת יד אחר וא"א להחזירו אין לו עליו רק חיוב דמים דלא גרע מגזלן והדמים הרי הוא מחזיר לו וא"צ לישבע וכ"כ בקצה"ח ופשוט ומ"ש בקצה"ח דכיון שאומר שנתנו לאחר מעיקרא היה מהימן במאי דעביד ע"ש היא תמוה מאוד דדין זה אינו אלא בשליש בינו ובין חבירו דהימניה מה שיאמר בינו ובין חבירו אבל הכא הרי טוען שהניחו ביד הפקדון ודאי דחייב לישבע כשטוען לא הנחת אצלי בפקדון רק חברך הניח אצלי זה בפקדון וזה א"צ לפנים ועוד דאפילו בשליש גופי' כשיש עליו תרעומת בהחזרת השלישית מחוייב לישבע והוי עד הצריך שבועה כמ"ש הש"ך בסי' נ"ו ס"ק ך' ע"ש:

ג אינו נוגע בעדותו עסמ"ע ס"ק ב' דאם שניהם תופסים במקח וכו' ובס' קצה"ח כתב דבז"א כולה שלי וז"א כולה שלי כיון דהמוכר ע"א הוא וזה אינו נשבע רק לחצי שלו וע"א כל שלא נשבע עליו חשוב כשנים והוי כעדים מעידים על חציה וממילא אין לו אלא רביע ע"ש. ולפ"ז כשלא יתנו לו רק רביע ממילא לא ישבע רק שרביע שלו ויהיה שוב המוכר כשנים עדים על שלשה חלקים ולא יטול רק שמינית וכן לעולם עד שלא יטול כלל ומעיקרא דדינא ליתא מתרי טעמי חדא דכיון שנשבע להכחיש העד במקצת ונתבטל עדותו במקצת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואינו חשוב נגדו עד כלל וחשיב נגד מקצת כאלו אין כאן עד כלל ועוד דהא דמחזיקין לשנים מוחזקין בשוה הוא משום דכיון שהספק היא שקול לב"ד לזה כמו לזה הוויין שניהם מוחזקין בשוה ובכולה שלי דחצי' שלי שאין הדבר ספק שקול לב"ד רק בחצי' השיב כאלו שניהם מוחזקין רק בחצי ולפ"ז החילוק מבואר דבשלמא כשיש שני עדים על המקצת אין כאן טענה כלל (על) אותו המקצת כיון דאפי' לא הי' האחר מוחזק בהמקצת היה נוטלו בעדים הללו וא"כ מוחזקת שלו אינו משמש רק במחצית השני משא"כ בעד אחד שאין השני נוטלו

רק משום שהוא מוחזק בו דאלו לא הי' מוחזק היה השני נוטלו בשבועה וכיון שהוא נוטל המקצת ואינו מניח לחבירו ליטול בשבועה הוא רק מפני שהוא מוחזק וצריך הוא להיות מוחזק גם על אותו מקצת שהעד מעיד עליו וכיון שצריך מוחזקת שלו על מחצית זה גם כן חשוב השני ג"כ מוחזק על מחצית האחד דמהיכי תיתי יהיה זה חשוב מוחזק יותר מזה:

ד מונחים בב"ד עש"ך סעיף קטן ה' שפוסק שיהיה מונח בידו וכו'. ולפמש"ל בסימן ע"ז דבדבר שאינו נפטר בהשבתו לב"ד שהוא חוב הדין הוא דיהי' מונח בידו ואין דומה לפקדון והעיקר כהש"ך ועיין שם

סימן רכג

א המחליף פרה בחמור. עט"ז שכתב דמשכחת לה ג"כ במוכר ומכחישין זא"ז בברי ע"ש והוא תמוה דבאופן זה לאו דררא דממונ' דדרד"מ לא הוי רק בספק שנעשה ע"פ עדים כמ"ש התו' בב"מ דף ק' בד"ה דמי עבד גדול ובכה"ג לא נעשה הספק רק ע"פ טענותיהם ובהא לא אמר סומכוס במשנה וגם כאן המחבר שרצה להשמיענו דאין הלכה בסומכוס וגם הדין דאם הלוקח מוחזק לא שייך רק בדררא דממונא לכך צריך למינקט המחליף:

ב וטען בעל הפרה. עט"ז שהקשה מסי' ר"ך ע"ש ולא עיין בסמ"ע שם שכתב דבפר' זו לכ"ע מכר עובר' וזה פשוט לדינא:

ג אפי' אם הלוקח טוען ברי. עט"ז שכתב דהרמב"ם פוסק כסומכוס והא דקי"ל כרבנן גבי שור שהי' רודף בסי' ת' הוא רק כשהמחזיק מוחזק משא"כ כשעומד באגם ע"ש והוא תמוה לפענ"ד חדא דהי' לו לחלק שם ולכתוב דבעומדת באגם דיחלוקו ועוד דהא כתב בסי' ת' דתפס מהני ולהרי"ף והרמב"ם דס"ל בטענו חיטין מטעם הודאה בעינן תפיסה קודם שעמד בדין כמבואר לעיל סי' פ"ח וכשתפס לא גרע מעומד באגם וא"כ קשה הא דפסק שנוטל כפי שאמר מזיק היה לו לפסוק יחלוקו גם בתביעת ניזק ועוד דהא המחבר כתב בסי' שצ"ט סעיף ג' גבי שור שנגח את הפרה בפי' דאפי' עומדת באגם ולא כתב דלהרמב"ם יחלוקו בכה"ג וכן הרמב"ם סתם וכתב לכל דינים שתלויין במחלוקת סומכוס וחכמים דהממע"ה כרבנן ולא כתב דבעומדת באגם יחלוקו לכן נלפענ"ד ליישב דברי הרמב"ם בדרך אחר דהתו' בב"מ דף ק' בד"ה ה"מ סומכוס הוא כתבו דהא דפרה שנגח' את השור דמשתלם שמינית מהולד אף שבעל הולד מוחזק דהוא משום דחזקת מעוברת כנגדה וע"כ הא שכתבו התוס' הטעם משום דחזקת מעוברת כנגדה הוא ליישב שיטת ר"י דס"ל דמהני חזקת הלוקח אפי' טוען שמא לפי פי' דש"ל שם ועיין בחידושי

לסוגיא שפי' רש"ל הוא העיקר דלא כפי' מהרש"א והיינו משום דבחפץ איכא שני חזקות חזקת מ"ק וחזקת ממון ולכך מהני אפי' בשמא רק משום דחזקת מעוברת כנגדה וע' בפ"י בכתובות דף ע"ו ברש"י ד"ה כלה בבית חמיה דבחזקת ממון לא שייך חזקת מ"ק וחזקת בעל הולד המזיק כתפס מוכר דמי הרי מוכח דאפי' במקום דחזקת ממון ומ"ק דמהני אפי' לסומכוס מ"מ במקום דאיכא חזקת מעוברת כנגדה לא מהני אמנם לא כתבו התו' זה רק בשמא ושמא אבל בברי וברי ודאי דלא מהני חזקת מעוברת דהא אמר התם דבבו"ב לא אמר סומכוס ומשמע דהממע"ה וכן פסקו הפוסקים אף דאיכא ללוקח חזקת מעוברת אלמא דבבו"ב אפי' חזקת מ"ק לחוד בלא חזקת ממון עדיף מחזקת מעובר'. ולפ"ז א"ש דברי הרמב"ם דודאי כל כמה דאפשר לא דחינן סתם משנה מהלכ' אם לא במקום שאמרו בש"ס בפי' דלית הילכתא כוותה והנה התו' הקשו שם דלוקמי אפילו כרבנן ושא"ה דאיכא חזקת מעוברת כנגדו' ותי' דחזקת מרא קמא עדיפא ע"ש והרי יש לנו הוכח' מהש"ס דחזקת מ"ק עדיפא מחזקת מעוברת אמנם י"ל דדוקא לתי' א' שבש"ס שם דמוקי למתני' בברי וברי ובזה ודאי דלא מהני חזקת מעוברת לרבנן לבטל חזקת מרא קמא כמו דלא מהני לסומכוס בו"ב לבטל חזקת מ"ק וממון במקום דמהני לדידיה כמו כן לא מבטל חזקת מעוברת חזקת מ"ק דמהני לרבנן כמו לסומכוס חזקת מ"ק וממון אבל לרב אשי דמוקי למתניתין בשמא ושמא נוכל לומר באמת דאתיא אפילו כרבנן והא דקתני דיחלוקו משום דבשמא ושמא חזקת מעוברת היא כנגד חזקת מ"ק וכמו שחזקת מעוברת מבטל חזקת מ"ק וממון לסומכוס כמו כן מבטל חזקת מעוברת לחזקת מ"ק לרבנן ובמקום דליכא חזקת מ"ק ממילא הדין דיחלוקו אפי' לרבנן כמ"ש התו' בב"ק ד' ל"ד וקצת ק"ו הוא דמה גבי פרה שנגחה השור דאיכא לבעל הולד חזקת מ"ק וממון דמהני אפי' לסומכוס ומ"מ חזקת מעוברת עדיף מכ"ש חזקת מ"ק לחוד דלא מהני רק לרבנן מכ"ש דחזקת מעוברת מבטלה אף שיש לדחות הק"ו דאפשר דלסומכוס במקום דרא דממונא חזקת מ"ק וממון גרוע יותר מחזקת מ"ק לחוד לרבנן מ"מ הרמב"ם ס"ל כיון דלא מצינו הוכח' בש"ס גבי שמא ושמא דחזקת מעוברת עדיף מחזקת מ"ק לרבנן אין לנו לדחות סתם משנה מהלכ' כיון די"ל דחזקת מעוברת מבטל חזקת מ"ק לרבנן כמו לסומכוס ומיעוט מחלוקת עדיף אבל חזקת ממון לרבנן דעדיף מחזקת מ"ק בודאי דאין חזקת מעוברת מבטל אותה דהא אפילו חזקת הגוף דבתולה דעדיף מחזקת מעוברת ואפ"ה קיי"ל בכתובות ד' ל"ו דלא עדיף מחזקת ממון רק בברי ושמא אבל בברי וברי או בשמא ושמא חזקת ממון עדיפא ואף דשם כיון שלא נמצא לה בתולים ג"כ איכא דרד"מ ומכ"ש דעדיף מחזק' מעוברת משא"כ לסומכוס דלא חשיב לי' חזקת ממון

במקום דרד"מ ולכך חזקת מעוברת עומד לנגדה ולכך לא פסק הרמב"ם דיחלוקו בכ"מ דפליגי סומכוס ורבנן רק הכא משום דאיכא חזקת מעוברת לנגדה ואי תקשה דא"כ בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה דפסק הרמב"ם והמחבר בסי' שצ"ט דאפי' עומד באגם הממע"ה אף דאיכא ג"כ לבעל הפרה חזקת מעוברת הנה קושי' זו קשה ג"כ להתו' שכתבו ר"פ הפרה דמיירי רישא שור שנגח את הפרה בעומד באגם דוקא דבעומד בביתו מודה סומכוס ע"ש. ולכאורה תמוה דמ"ש מפרה שנגחה השור שכתבו התוס' דאפי' איכא חזקת ממון דמ"מ יחלוקו משום חזקת מעוברת והכא בשור שנגח ג"כ איכא חזקת מעוברת לכן נראה דשור שנגח שאני כיון דעכשיו הולד מת א"כ כמו שיש לספק שהפילה קודם שלא מחמת הנגיח' א"כ אף שיש חזקת מעוברת מכל מקום הא יש לומר נהי דידוע שהפילה אחר כך מכל מקום אימר גם מקודם הי' הולד נפל במעיה וע"כ צ"ל משום חזקת חי כיון שרואין שהעובר היה גדל במעיה והרי היה חי מעיקרא אמנם זה לא חשיב חזקה דהוי כחזקה שלא נתבררה בשעתו שכתבו התוס' בחולין דף י"א דלא חשיב חזקה אפילו באיסורין ומכ"ש גבי ממון כיון שלא נתברר בשעתה רק מכח רובא ובממון לא אזלינן בתר רובא ואף דאם היה ידוע שילדה אחר הנגיח' הי' חייב לשלם דהא קתני במשנה וא"י אם קודם שנגחה או אחר שנגחה מוכח דבידוע שאחר שנגחה חייב הטעם הוא כיון דחזינן דלא הפילה קודם רק אחר הנגיחה חזקה שמחמת הנגיחה הפילה תדע דאלת"ה קשה הא דבב"ב דף צ"ג דמקשה ממתניתין שור שנגח למאן דס"ל הולכין בממון אחר הרוב ולא מקשה למאן דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב דאפי' אם ידוע שילדה אחר הנגיחה ניחוש שמא הי' נפל אלא ודאי דהוא מטעם חזקה כנ"ל אבל כשיש ספק אי ילד' קודם הנגיחה ויש ספק ג"כ אי הי' נפל הוי ממון המוטל בספק דדמיא קצת להא דאמרי' התם כיון דאיכא למימר מקמי אתי ואיכא למימר וכו' וה"נ כיון דאיכא תרי ספיקי הוי ממון המוטל בספק וא"ש ג"כ הא דפסק המחבר בשור שנגח את הפרה דאפי' בעומד באגם דהממע"ה כיון דליכא חזקת מעוברת אך בפרה שנגחה השור דפסק סתם דאינו גובה מהולד קשה קצת הא דסתם ולא כתב דבעומד באגם יחלוקו ואפשר דהוא משום שאין דרכו של הרמב"ם לכתוב דין שאינו מפורש בש"ס ונלמוד סתום מהמפורש:

ד ישבע המוכר עסמ"ע ס"ק ג' שדחק עצמו מאוד בטעם השבוע' ולפעד"נ הטעם דהא פסק הרב בהג"ה בסי' רכ"ד דאם אינו מביא ראיה דישבע המוכר שלא ידע וע' סמ"ע שם ס"ק ד' דה"ה דנשבע שלא ידע ממיתה וכו' וע' במרדכי שכתב הטעם שם וז"ל דהא אפי' כשהוא מוחזק צריך לישבע שא"י אם נתחייב לו מכ"ש כשבא לאפוקי ממונא מרשותא

דחברי' ואף שטוען שמא מ"מ מצינו כמה פעמים במקום שיש לאחד לידע דחייב לישבע כמו במכר כליו וכו' ואף דשם איכ' להמוכר חזקת הגוף וחזק' כאן נמצא מ"מ חייב שבועה כיון שברשותו נעשה ויש לו לידע מהמית' כמ"ש המרדכי ולפמ"ש הסמ"ע דה"ה במיתה צ"ל דגם בזה יש לו להמוכר לידע יותר מהלוקח כיון שהיה שלו א"כ ה"נ אף שיש לו חזקת מ"ק מ"מ כיון שעומד באגם והוי כאילו שניהם מוחזקין והמוכר יש לו לידע מהלידה שברשותו נעשה כמו דאמרי' גבי מיתה שהמוכר יש לו לידע מהמיתה חייב לישבע דדמי להא דמבואר בסי' צ"א דכל מידי דהאי ידע והאי לא ידע ע"ש דנשבע האי דידע וה"נ דחייב שבועה חמורה דדמי לנשבע ליטול כיון שעומד באגם והוי כאילו שניהם מוחזקין ואם הוא ברשות מוכר נשבע היסת ולפ"ז אפי' טוען הלוקח שמא חייב המוכר לישבע כיון שיש לו לידע כמו בסי' רכ"ד:

ה ואם הלוקח מוחזק משמע דאפי' בטוען הלוקח שמא והוא שלא כדעת התוס' בב"מ ד' ק' בד"ה וליחזי ע"ש ובקצה"ח כתב דהוא דוקא אליבא דהרמב"ם דס"ל דמהני תפיסה שתקפו כהן אין מוציאין ע"ש ולדבריו קשה על הרמ"א שלא הגיה לפי מה דקי"ל מוציאין לכן נ"ל דס"ל כדעת הר"י שבתוס' בד"ה ה"מ סומכוס וכפי מה שפי' מהרש"ל שם שבתפס לוקח אפי' טוען שמא מהני משום דאיכא חזקת ממון וחזקת מעוברת ע"ש ועמ"ש בחידושי לסוגיא שפי' מהרש"ל עיקר ודברי מהרש"א שם תמוהין רק שהר"י שבתוס' שם לפי פי' מהרש"ל ס"ל דתפיסת מוכר לא מהני אליבא דסומכוס וא"כ לפי מה שפי' הט"ז בשיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דקי"ל כסומכוס רק כמה דס"ל לסומוכוס דחזקת ממון לא מהני בדררא דממונא בזה ק"ל כרבנן א"כ כשיש ללוקח חזקת ממון וחזקת מעוברת דמהני לסומכוס מכ"ש דמהני לרבנן דאלומי קא מאלמי לחזקת ממון יותר מסומכוס וכן לפמש"ל בטעמא דהרמב"ם בהא דיחלוקו דהוא משום ריש ללוקח חזקת מעוברת כנגד חזקת מ"ק ג"כ י"ל דכשהלוקח מוחזק ויש לו חזקת ממון וחזקת מעוברת דמהני חזקתו:

ו וי"א דאפי' התובע טוען ברי והנתבע שמא עסמ"ע ס"ק ו' שסיים בצ"ע והוא באמת תמי' גדולה על הרמ"א ועוד קשה הלשון שלא כתב כלשון המחבר שהלוקח טוען ברי ולכן נראה דכוונת הרב בהג"ה הוא דאפי' התובע טוען ברי והנתבע שמא דעל הלוקח להביא ראיה דלא מבעיא כשהלוקח הוא תובע והמוכר הנתבע דהיינו שהמוכר מוחזק אף שהמוכר טוען שמא ודאי דעל הלוקח להביא ראיה ובזה גם המחבר מודה כמ"ש המחבר דאפי' הלוקח טוען ברי וכו' אלא אפי' כשהלוקח הוא הנתבע דהיינו שהלוקח מוחזק מ"מ כשטוען שמא אין חזקתו כלוה ועל הלוקח להביא ראיה דאף שיש עם

חזקת ממון חזקת מעוברת מ"מ בברי ושמא ברי עדיף מכל החזקות רק נגד חזקת ממון קיי"ל דלאו ברי עדיף ואפי' נגד חזקת מ"ק כתב הש"מ בב"מ דף ק' דמהני ברי ושמא רק שהרמב"ן בב"ב דף ל"ד כתב דאפי' בברי ושמא אזלי' בתר חזקת מ"ק אבל נגד שאר חזקות לכ"ע ברי עדיף והכא דחזקת שמא לא מהני רק משום חזקת מעוברת בברי ושמא אמרי' ברי עדיף והנה לשיטת הט"ז שכתב לעיל דישבע המוכר היינו שבועה דאורייתא ל"ק דבברי ושמא מה"ת לא יהיה הלוקח משואיל"מ די"ל משום דבזה לא ה"ל ללוקח לידע ובמקום דלא ה"ל למידע ל"א מתוך וכאן אפשר דאף הש"ך בסי' ע"ב ס"ק כ' מודה דכאן יכול להיות שהמוכר מודה לו שהלוקח אינו יודע:

ז ואחד שותק ע' בש"מ שהביא בצ"ע בשתק ולבסוף צווח בין בשתק מוכר שהוא ברשותו ובין בשתק לוקח שאינו ברשותו ע"ש:

סימן רכה

א מחמת המוכר עסמ"ע ס"ק א' אם פירשו דמחמתי' הרי מיעט דעלמא וכו' וע' בב"י דאחריות דמחמתי' היינו שטרפה בע"ח ואחריות דעלמא היינו אחריות דגזלה ולכאורה תמוה דכיון שהלוקח פי' אחריות דבע"ח אף דעביד איניש דזבין ארעא ליומי' מכ"ש שאינו מרוצה בקנין אם לא שקיבל אחריות דגזילה דהדרא פירא ולא שדי זוזי בכדי ואח"כ מצאתי בש"מ על ב"מ דף ט"ו שהקשה זה ותי' דהא אחריות ט"ס הוא משום כי היכא דליקום בהימנותא וכיון דגזל כ"ש דלא קפיד לקיים מקחו ע"ש ולפ"ז באם המוכר לא גזל' בעצמו רק שקנה שדה גזולה ולא ידע אם היא גזולה ומכרה בכלל אחריות דמחמתיה הוא ואפי' בגזלה בעצמו סיים בשיט' שאין זה נכון ע"ש:

ב אפילו מכר הקרקע בשטר עש"ך ס"ק א' עד שהביא בשם הרא"ש שכתב בשם הר"י דאפילו למ"ד אחריות לאו ט"ס הוא הני מילי כשנזקק לשטר ולא פי' בו אחריות אימר כך הי' התנאי אבל במוכר בעדים וכו' קשה לי דהא שמואל דס"ל אחריות לאו ט"ס אמר בב"מ דף י"ט אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי ולפי' ר"י למה היה לו לימלך כיון ששמעו העדים שלא הי' תנאי שיפטור מהאחריות מה"ת לא יכתוב אחריות בלא המלכה ומה שהביא הש"ך בשם הרמב"ן בקצור כוונתו מהא דכותבין שטר למוכר והיינו כשהודה המוכר בפניהם שמכר שדהו בכסף לפי' כותבין שוב שטר מכר ואמאי הא יש לחוש שמא לא התנה באחריות ולא נשתעבד בשעת מכירה וצריך שיגיע השטר לידו ושמא לא ימסר לו השטר עד תשרי כמו שחוששין בהלוא' אלא ודאי דסתם מכירה יש בו אחריות:

ג ט"ס הוא עסמ"ע ס"ק ד' ובמטלטלין יש לחוש שיביא א' עדים שנגזלה ממנו וכו' ואף דע"כ יצטרך הנגזל ליתן לו הדמים משום תקנת השוק מ"מ שייך לא שדי אינש זוזי בכדי כיון דצריך לשלם פירא והמתין מעותיו בכדי:

ד הלוקח בב"ד של ישראל עסמ"ע ס"ק ה' שכתב דאפי' יש להבא עידי גזילה או הלואה וכו' לאפוקי אם מסר לו הלוקח מעצמו ע"פ עדותיו דלא יכול לחזור על המוכר שיכול לומר אחוי טירפך ואשלם ע"ש והוא תמוה לפענ"ד דבשלמא בבע"ח י"ל דהוי כפורע שלא מדעתו כשפרע שלא בב"ד שיכול לו' מפייס הוינא ליה וכ"ז דלא תבעי' לבע"ד בב"ד אין לו להשתלם מנכסיו דנכסוהי ערבין בי' ודין ערב יש לו וכ"ז שלא אמר לו שלם אם שלם מעצמו הפסיד אבל בעידי גזילה הלא עדיין יכול לתבוע את הנגזל שטרף ממנו שיברר עדי הגזילה שלו בפני ב"ד וכשמברר בעידי גזילה יכולין הב"ד לכתוב לו טירפא גם אח"כ ובפרישא כ' שכ"כ המ"מ פי"ט ממכירה ולא משמע שם רק אם לוקחו שלא בדין ע"ש ולכך נראה דגם כוונת הסמ"ע כן הוא דכ"ז שאין הב"ד מקבלין עידי הגזילה א"י לטרוף ממנו אבל אם הולך עם עידי הגזילה לב"ד כותבין לו טירפא אף אחר שנתן לו השדה:

ה והביא עידי עכו"ם היינו עידי גזילה ואם הביא עידי ישראל שראו אותו ת"י העכו"ם קודם וגם יש עידי ראה שבישראל כה"ג היו מוציאין אותו מידו אף בדינינו דהנודרות אין להם חזקה נראה שחוזר על המוכר מטעם אחריות וע' במש"ל ס"ס שנ"ו:

ו אונס ניסוך. עסמ"ע ס"ק י"ב עד דלא מסקי אדעתייהו וכו' לכאורה תמוה כיון דניסוך אונסא דלא שכיח הוא פשיטא שאינו חל על המוכר כמבואר בסעיף ג' ד' ומצאתי בפרישה שהקשה כן ותי' דהטעם משום דהלוקח התנה רק חימוץ ממילא חייב המוכר בכל האחריות ע"ש והוא תמוה לפענ"ד דהא אפילו פי' הלוקח כל אונסא דיתיליד מ"מ פטור המוכר מאונסא דלא שכיח ומחימוץ אין ראיה דחימוץ אונסא דשכיח הוא ולכ"נ דהטעם הוא כיון דבגזילת עכו"ם ודאי חייב דאונס המצוי הוא כמבואר בסעיף ג' וא"כ ה"ה אם ניסכו העכו"ם כיון דביאת עכו"ם מצוי הוא שבא לגזול וממליא מנסכו ומ"ש דלא אדעתי' כוונתו שלא התנו באונס שריפה וכיוצא והכל בכלל שבירה ושפיכה היא:

סימן רכו

א שיהיה לשמעון. עסמ"ע ס"ק כ' ועוד יש נ"מ וכו' וא"ל דא"כ אפילו גובה מן הלוקח לא יתן לו השבח שיכול לומר לו אי שתקת שתקת ואי לא מהדרינא שטרא למרי' דז"א דכשמהדר שטרא דומה כחוזר ומוכרו לו וא"כ בשלמא גבי בינונית וזבורית דלעיל בסי'

קי"ט דאפילו קנה זיבורית אחרים אינו גובה מלוקח והדבר תלוי של מי הוא השדה יכול לומר אי שתקת ומטעם שכתב הר"ן מה מכר א' לשני כל זכות שתבוא לידו והיינו הזכות שיש להמוכר בגוף השדה מכר ללוקח משא"כ הכא דכיון דבשעה שהיה ביד הלוקח כשהשביח יכול הבע"ח לומר ארעאי אשבח אף כשחוזר ומכרו להלוה מ"מ בשעה שהשביח ארעא דב"ח אשבח ואין הדבר תלוי בגוף השדה של מי הוא רק מי הוא הבע"ד דאם הלוה בעצמו בע"ד א"י לומר נגדו ארעאי אשבח אפילו אם השדה של לוקח משא"כ אם הלוקח הוא בע"ד יכול לומר נגדו ארעאי אשבח א"י לומר אי שתקת כיון שאין הזכות תליא בגוף השדה ל"ש לומר מה מכר א' לשני וכן לענין סילוק במעות דאם לא היה הדין נותן שיהיה יכול להיות בע"ד אף שהיה נותן המעות להלוה אם לא היה נותן לו המעות במתנה והלוה היה מודה שהמעות הוא של לוקח לא היה יכול לסלקו בהם:

ב אע"פ שנתבטל העירעור. אף שכ' הרא"ש הביאו הסמ"ע ס"ק י"א דאם אמר המערער יש לי עדים או שטר דמקרי עירעור אין לטעות ולומר דגם בכה"ג אפילו נתברר אח"כ שלא היה לו עדים או שטר כלל דנתבטל המקח דא"כ לעולם יהיה יכול הלוקה לבטל המקח כשיראה שהוזל המקח שיבקש מאחר שיערער ויאמר יש לי עדים או שטר ויבטל המקח לעולם ועוד דעיקר הטעם דהוי חוב כמקח מפני שצריך לעמוד בדין תיכף וכ"ז שאין המערער מביא עדים א"צ לעמוד עמו לדין לא הוי מום א"ו דלענין שיתבטל המקח לעולם בעינן עירעור גמור שמביא עדים או שטר ואז באמת אף שכבר נתברר שהעדים שקרים או שהשטר מזוייף מ"מ כיון שצריך לעמוד עמו לדין קודם שנשתמש כשרה מיקרי מום ולא כתב הטור הדין דמיקרי עירעור אף כשבא א' ואמר יש לי עדים רק לענין שא"צ להוציא המעות מת"י כשעדיין לא נתן המעות עד שיתבטל העירעור בב"ד כנ"ל:

סימן רכז

א דאף המאנ'. עסמ"ע ס"ק ח' עד ה"ל כנתרצה מעיקר' ע"ש ולפז"נ דאם הלוקח קדש אשה בחפץ זה דאם הלוקח שהוא המקדש והמאנ' רוצה לחזור מהמקח ולבטל הקידושין קודם שנתרצה המוכר הקידושין בטלין דאין אדם מקדש בדבר שאינו שלו אבל אחר שכבר נתרצ' המוכר שכתב הסמ"ע דהוי כאילו נתרצה מעיקרא ממילא שוב א"י לבטל הקידושין אמנם באמת נראה דקושית הסמ"ע מהא דעייל ונפיק אזוזי ל"ק דש"ה גבי אונאה דהטעם דא"י לחזור בו משום דהנתאנה י"ל אי לאו דהוניתני לא היית יכול לחזור ועתה שהוניתני תחזור היאך יהיה חוטא נשכר וכמבואר לקמן סעיף י' ומהאי טעמא

סבירא ליה לתוס' בב"מ דף נ' ע"ב בד"ה ואילו יתר על שתות דאין המאנה יכול לחזור כלל עד שתובע הנתאנה האונאה ע"ש והנך פוסקי' סברי דכ"ז שהנתאנה יכול לבטל לא נגמר המקח עדין ויכול גם המאנה לבטל אבל אחר שהנתאנה אין יכול לבטל גם הם מודים שאין המאנה יכול לבטל מטעם הנ"ל שלא יהיה חוטא נשכר ואם כן י"ל דאין המקח נגמר עד אחר שנתרצה המתאנה וממילא אין הקידושין שבנתיים חלין כלל ומ"מ נראה כדברי הסמ"ע דכשלא חזר בו המוכר הא' הוי כגילוי מילתא למפרע שהמוכר לא היה רוצה לחזור כלל וממילא המקח קיים למפרע וקצת ראיה לזה בנו"נ באמנה בסעיף כ"ח בש"ך ס"ק ט"ו דאף אם אינה להמוכר דהמקח קיים ומשמע אפי' אם היה המוכר הא' ישראל מ"מ כשאין המוכר הא' מבטל המקח דנתקיים המקח להלוקח הא' ממילא נתקיים גם נגד הלוקח הב' ול"א כיון דבשעת מכירה מכר דבר שאינו שלו ממילא נתבטל המקח א"ו דכשאין המוכר הא' מבטל המקח נתקיים המקח למפרע:

ב כדי שיראה לתגר עש"ך ס"ק ד' עד מגו דיכול לומר נתתי יכול ג"כ וכו' וזה דוקא בפחות משתות ואחר כדי שיראה אבל בשתות שהטעם הוא כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ' לפי שכן דרך משא ומתן שאין הלוקח וכו' א"כ אפי' יש לו מגו לא מהני (וכ"כ בס' מחנה אפרים) משמע מדברי התוס' בב"מ מ"ב בד"ה אמר אביי דמותר להונות לחבירו פחות משתות אדעתא להחזיר לו האונאה ואינו עושה כן רק כדי שיתקיים המקח בשוויו:

ג שהיה לו אונס. ונראה דאם מברר שהראה לתגר ואמר לו התגר שהוא שוה כמו שנתן והתגר טעה יכול לחזור שאין לך אונס גדול מזה שחכמים נתנו בזה שיעור בכדי שיראה לתגר והראהו לתגר ומה יעשה במה שתגר טעה וכ"כ הש"ך בסי' ש"ו ס"ק י"ב וז"ל אבל הכא הא חזינן דהראה לשולחני וכו' ע"ש הרי מבואר בהדיא כמ"ש וכן מוכח מתשו' הרא"ש שהביא הטור בסי' זה גבי דאם נתרצו שניהם לגמור ע"פ שומת לוי:

ד היה יודע הלוקח. עסמ"ע ס"ק י"ח שמביא המרדכי מהש"ס ועב"ח שתמה דהא אפי' היכא דטעה בכדי שאין הדעת טועה פסק הרא"ש דידע ומחל כדאמרינן בב"ב ד' ע"ח כ"ש היכ' שנתברר שידע בשעת לקיחה שאינו שוה אלא ה' ולקחו בשית דאמרינן ידע ומחיל ולכ"נ עיקר כהט"ז שכתב דמש"ה לאחר שיעור כדי שיראה אינו חוזר אף דידע ג"כ בשעת מכירה וא"כ מה שייך כדי שיראה בזה דהוא מטעם כיון דעיקר זכותו הוא במאי דאמרינן דלא מחל משום דאמרינן דהיה בדעתו לתובעו אח"כ בדין שיחזור לו אונאתו וכיון דלאחר כדי שיראה ודאי דלא יפסוק לו הב"ד להחזיר לו ודאי כיון דידע מחיל ולפ"ז נראה דבביטול מקח ודאי דא"י לחזור וע"כ הט"ז חולק על הסמ"ע דהא בביטול מקח ודאי דע"כ צ"ל דידע ומחיל דאם היה דעתו לתובעו אח"כ ולבטל המקח

לא היה קונה אותו כלל מעיקרא ונרא' עיקר כהט"ז. ולפ"ז ל"ק כלל מהאי דב"ב דשם בביטול מקח איירי אך הא קשה דבב"מ דף נ"א בתוס' ד"ה בד"א בסתם כתבו וז"ל אבל מפרש ע"מ שאין לך עלי אונאה נעשה כאומר יודע אני שאינו שוה ואתיא כר"י וכו' וע' מהרש"א שם דלר"מ באומר יודע אני יש לו עליו אונאה כיון דודאי קא עקר ע"ש הרי בהדיא דאפי' יודע בשעת מקח שאינו שוה כ"כ ונותן אפ"ה יש לו עליו אונאה רק לר"י מהני משום התנאי דס"ל דתנאי מהני בדבר שבממון אף דשם מיירי ג"כ בביטול מקח בשוה ק' בר' וא"כ קשה מהא דב"ב הנ"ל ולפעד"נ דכשמתנה בע"מ אף שאמר יודע אני גרע משום דהוי מתנה עמ"ש בתורה וכן מוכח בדברי תוס' כתובות נ"ו ד"ה ה"ז מקודשת גבי הא שהקשו דלא יהא אדם יכול למחול חובו ע"ת משמע דמחילה בלא תנאי מהני מוכח דמחילה בתנאי גרע ממחילה סתם וע"ש וליתן מקום לדברי הסמ"ע עמש"ל בסי' דס"ד ועב"ח שכתב דההיא דוורשכי בב"מ דף נ"א מיידי דוקא שגילה דעתו לפני עדים שרוצה לתבוע אונאתו אח"כ והעיקר כדברי הרמ"א דאף בלא גילוי דעת יכול לומר שהיה דעתו לכך וכיון דהוי ספק מחילה א"י הלה להחזיק המעות דמי אונאה שחייב להחזיר מספק דדמי לא"י אם פרעתיך. ובקצה"ח הקש' על הב"ח דכיון דנאמר דבלא גילוי דעת הוי מחילה ממילא אף גילוי דעת לא מהני להוציא מידי חזקת מחילה דהא אפי' הי' מודעא מ"מ לא הכירו באונסו וכמ"ש הרמ"א בסי' ר"ה דבמכר בפחות משווי' אף דלא בעינן מודעא מ"מ בעי עכ"פ שידעו עדים אונסו ל"ד זל"ז כלל דשם רוצה לבטל גוף המכירה וכשא"י אונסו אמרינן דלמא היה רצונו למכור באמת אבל הכא שאין רצונו לבטל המכירה שהרי קנה ומחזיר אונאה ואין הדין רק אם מחל חוב אונאה שיש לו אצל המוכר ודאי דסגי בגילוי דעת שאינו מוחל תביעת דמי אונאתו גם מ"ש דכששניהם יודעין מהאונאה הוי כאלו התנה משא"כ כשהמוכר יודע והלוקח א"י לא נהירא חדא דמהיכי תיתי נאמר דהוי כאלו התנה הא בתנאי בעינן דיני תנאים ואיזה אומדנא דמוכח יש כאן ועוד מוכח מהא דב"מ הנ"ל גבי יודע אני שאינו שוה אלא מנה ובעינן דוקא שיאמר ע"מ שאין בו אונאה וגם זה לא מהני רק לר"י ולא לר"מ כמ"ש התוס' שם:

ה בלוקח שהרי המקח בידו. מזה מוכח דאם קנה בק"ס והמקח עדיין ת"י המוכר הוא להיפך שהמוכר א"י לחזור בו שהמקח בידו והלוקח יכול לחזור שהרי אין המקח בידו ושיעור כדי שיראה מתחיל אחר שבא המקח לידו:

ו אם נודע שבא לידו. עסמ"ע ס"ק כ' עד דאמרינן סתמא אין אדם מוכר וכל הלשון תמוה והטעם נראה עיקר כמ"ש בקצה"ח דמחילה טענה גרוע הוא וא"נ אלא במגו דפרעתי

וכאן א"י לטעון פרעתי דמי אונאה דמי יימר דמגבי ליה רבנן וכשא"י אם נתאנה בלל ודאי דנאמן במגו דלא נתאנה ולפמ"ש בס"ק ז' בשם המהרי"ל הטעם פשוט ע"ש:

ז נשתנה השער לכאורה נראה שהפי' הוא דקמ"ל דאם לא מתאנה כלל רק שרוצה לחזור משום דבתוך כדי שיראה הוי כלא נגמר המקח וכיון שנתייקר בכדי ביטול מקח בתוך שיעור זה יהיה יכול לחזור קמ"ל דאין יכול לחזור בו משום שינוי שער דלא חשיב נתאנה. אמנם בשו"ת מהרי"ט חח"מ סי' י"ט כתב דאפי' ידוע בעדים שבשעת מכירה היה בו אונאה כל שנשתנה השער א"י לחזור דדוקא כשלא נשתנה השער אמרינן דודאי לא איתרמי ליה זבינתא כזבינתיה עד האידנא דאל"כ למה לא צווח עד השתא משא"כ כשנתייקר השער אפשר דאיתרמי ליה זבינתא מקודם רק שלא רצה לחזור משום דבר מועט ועכשיו משום יוקר השער הוא דרוצה לחזור ע"ש ומה שיש לעיין לפ"ז במ"ש הרמ"א יבואר בסמוך בע"ה:

ח על המתאנה להביא ראיה עבקצה"ח שהביא דברי המרדכי שכתב דל"ד להא דר"נ דאם בריא הוא עליו הראיה ששכ"מ הי' דאזלינן בתר השתא דשא"ה שרוב ב"א בריאין הן משא"כ הכא שהשער עשוי להשתנות וע"ז הק' מאה"ע סי' מ"ו דאי לא ידעי' אי הי' ש"פ בשעת קידושין דאזלינן בתר השתא ואי אית בי' ש"פ השתא הוי קידושין ודאי והא שערים עשוין להשתנות ע"ש לפע"ד לק"מ דלעולם אין מבטלין קנין הברור בשביל ס' כמ"ש הט"ז בסי' ק"ג סעיף י"ג וכ"כ הרשב"א גבי תרי ותרי הובא בב"י בתנאי במקח שכל שיש קנין ברור אין מבטלין אותו מספק וה"נ בקידושין כיון שכבר הוחזק' במקודשת לפנינו וגם עכשיו כשנראה לפנינו הוא ש"פ והיא מקודשת ודאי לפנינו אין עושין ס' לקלקל קנין ודאי רק שהמרדכי מחלק שלא תקשה מהא דר"נ גבי שכ"מ דשם איכא ס' לפנינו ב"ד כעת בא השטר מחמת שלא נכתב בתוכו לא לשון בריא ולא לשון שכ"מ והיה לנו להעמידו בחזקת מ"ק כיון שלא הוחזק מקודם במתנו עד עכשיו שבא להוציא השדה עם השטר מתנה ותיכף כשנראה השטר נולד הספק וכיון שמקלקלין החזקת מ"ק בשביל חזקה דהשתא אלמא דחזקה דהשתא אלימ' טובא לזה מחלק דדרך השערים להשתנות וא"כ אין כאן חזקה רק ספק וממילא אין מקלקלין קנין ברור שהוא לפנינו בשביל ספק ועוד דמסתמא לא היה בו אונאה דאחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזיקינן אמנם לפי פי' מהרי"ט דמיירי שידוע שהיה בו אונאה בשעת שמכר רק כשנשתהא עד שנשתנה השער א"י לחזור וא"כ לכאורה היה המאנה צריך לברר כיון שיש בטול מקח לפנינו ואפשר דלפי טעם המהרי"ט דאמרי' מסתם איתרמי ליה זבינתיה כזבינתיה רק כשרואין שצווח כשעודן בשער א' אמרינן מדלא צווח עד האידנא מסתמא עדיין לא

איתרמי ליה אבל כשיש לתלות שצווח האידנא שהוא משום שינוי השער תלינן מן הסתם דודאי אתרמי ליה זבינתא כזבינתיה:

ט יש אונאה לתגר. ואף שכ' לעיל דבהראה לתגר והתגר טעה דיכול לחזור בו דאונס הוא מ"מ בתגר שלקח לעצמו א"י לחזור רק בכדי שיראה לתגר י"ל דסמך עצמו שיראה לתגר אחר ומחמת שהוא להוט על קנייתו אינו מדקדק שפיר וגם לא פלוג רבנן:

י ונצרפה בעשרים דינר. נראה דצרפה היינו שלפעמים מטבע א' חשובה מחבירו ושוה יותר מקצבת המלך אצל השולחני די"ל כיון דלפעמים משתכר החנווני חילוף ממטבע למטבע והוי אונאה אבל אם לא ידע שיעור קצבת המלך של מטבע זו כגון שהמלך קצב המטבע של דינר זהב בכ"ד דינרין והוא היה ממדינ' אחרת וסבר שקצבת המלך לא היה רק בכ"א וצירפה בכך הוי כטעות שבמדה ומנין דאפי' בפחות מכדי אונאה חוזר. עוד נלפענ"ד דמ"ש המחבר בסלע שחסרה כדי אונאה דמחזיר אונאה דמיירי ע"כ שבמקום אחר יוצאין במשקל זה כל המטבעות ובאופן זה א"צ לקוץ המטבע כשרוצה להוליכו למישן דאלת"ה הא צריך לקוץ כשנחסר כשיעור אונאה כמבואר בסעי' שאח"ז ואין לך מקח טעות גדול מזה:

יא וי"א דספיקא הוי. וכתב בכ"מ פ"ג ממכירה דאם לא הזכיר לשון מכירה אלא אמר לו הילך פרתך באלו אין לו עליו אונאה:

יב אין לו אונאה. אבל טענת מומין ודאי דיש לו דאין אדם מתפייס במומין וכ"כ בס' מחנה אפרים וכתב הרדב"ז דבסחורה ל"ש לומר דזה רוצה במחט יותר מבשריון ויש לו אונאה ע"ש ונראה דזה דוקא כששמו אותן קודם או אח"כ אבל כשלא שמו הסחורה לא קודם ולא אח"כ אין לו אונאה דלא גרע מפירות וכ"כ הש"מ וז"ל מי שהחליף סחורה מבלתי שישימו כו' עד חליפין אין בו אונאה ומ"ש המחבר בשמו אותו אחר המכירה נראה דמיירי בעסוקין עדיין באותו ענין דאין סברא שיועיל שומא אחר המכירה כי מה דהוה הוה:

יג ע"מ שאין לך עלי אונאה. מבואר בכתובות דף נ"ו בתוס' ד"ה ה"ז מקודשת דדוקא כשאומר שלא יהיה עליו דין אונאה דהיינו שלא יתבע ממנו האונאה יש עליו אונאה והטעם כתב הנ"י כיון דמחילה דעכשיו אין בו ממש דלא ידע דמחל וממילא גם מצד התנאי לאו כלום הוא דהוי מתנ' עמ"ש בתורה (ובדברי הע"ש שהביא הסמ"ע ס"ק ל"ז א"ש ולא קשה מה שהקשה הסמ"ע וכן הקשו בס' מחנה אפרים ובקצה"ח) אבל אם אמר ע"מ שימחול לו אונאה ה"ז תנאי גמור דהיינו אם ימחול לו כשיוודע לו האונאה יהיה המקח קיים ואם לא ימחול לו יהיה המקח בטל ומש"ה אפי' יש בו אונאת שתות

שהדין שקנה ומחזיר אונאה והמוכר יכול לבטל המקח מחמת התנאי דהא גם מדין תורה יכול למחול האונאה ואין זה כמתנה עמ"ש בתורה משא"כ כשמתנה ע"מ שלא יהיה לך עלי אונאה שהוא רוצה שיהיה האונאה מחול מעכשיו מחמת התנאי אף שלא ימחול המתאנ' הוי מעמש"ב והטעם שאמרו בש"ס דלא ידע ומחל לאו משום דמחילה לא מהני משום דהוי מחילה בטעות כמ"ש בקצה"ח דהא התוס' שם הקשו גבי כתובה הא לא ידעה אם ימות קודם ובודאי דהאשה יכול' למחול כתובתה לבעלה כשמוחלת בפי' א"ו דהטעם הוא דכשלא ידעה דמחיל אינה מתכוונת למחול וממילא הדין משום התנאי והוי מעמש"ב וכ"כ הרשב"א בתשובות החדשים והרשב"ץ בתשו' הביאם בס' מחנה אפרים וזה דלא כמ"ש בקצה"ח ומ"ש התוס' במכות ג' בד"ה ע"מ שכתבו וז"ל שלא תתבע האונאה אלא תמחול וכו' יש לפרש ג"כ דהיינו שתמחול מעכשיו ועכשיו לא ידע דמחיל ומש"ה יש לו אונאה וחייב להחזיר האונאה בשתות והמקח לא נתבטל וכן משמע מלשון הש"ס רב אמר יש לו עליו דין אונאה ומשמע דין אונאה כדינו ולא כמ"ש הקצה"ח:

יד ע"מ שאין בו אונאה. עסמ"ע ס"ק ל"ח עד אפילו אין בו אלא אונאה שתות כו' מוכח מדבריו דבאונאה פחות משתות לא נתבטל אפי' לרש"י והטעם בפחות משתות אין שם אונאה עליו ודלא כהב"ח ע"ש ולפ"ז באומר יודע אני שיש בו אונאה שכ' הסמ"ע ס"ק ל"ט שיכול לומר לא ידעתי שיש בו אונאה כ"כ ע"ש מ"מ אם אין בו אונאה רק שתות שוב א"י לומר כן דאונאה אינו משמע כפחות משתות וממילא מהני התנאי:

טו בעה"ב המוכר ואף דמבואר בסעיף כ"א דצריך לפרש כמה עולה סך האונאה והכא לא ידע כמה דלמחול מ"מ אין בו דין אונאה והטעם יבואר בסמוך גבי נו"נ באמונה:

טז אבל אם לא ידע עסמ"ע ס"ק מ"ב והעיקר כהט"ז דבידע שהוא של בעה"ב אין לי עליו אונאה כמו שהוכיח מדברי הרא"ש שהביא הטור ולפ"ז ל"ק ג"כ קושיות הסמ"ע מסעיף ל' די"ל דהכא מיירי בלא הודיע שהוא שליח דאין המקח בטל בכ"ש כמבואר בסי' קפ"ב ומ"ש הסמ"ע לחלק בין סירסור לאחר תמוה מאוד דבסי' קפ"ה מוכח להיפך:

יז ע"פ שומת לוי מדכתב המחבר שיש לו דין אונאה משמע דבעינן דוקא שתות וקשה דהא מבואר בסי' ר"ו באמר ארעא זו מזבנינא לך כדשיימי ביה תלתא ושמו שלשה ואומר המלוה שישומו אותו ג' הבקיאין יותר דאין שומעין לו ונלמד מהא דע"ז דף ע"ב בדאמר כדשיימי ביה תלת' ועב"י שם ובש"ך שם שכתב כיון דאמר בש"מ הטעם משום דדילמא הנך בקיאי טפי דאם ידוע שהנך בקיאי טפי צ"ע אי שומעין לו ע"ש ומשמע שאם ידוע שטעו הראשונים כ"ע מודו (") דבטל המקח ושם מיירי בקרקע דאין בו אונאה כלל

ואפ"ה חוזר בטעות ולעיל בסי' ק"ג חלקתי דבשלמא כשאמר סתם כדשיימי כוונתו עפ"י בקיאים וכשבאו אחרים ואומרים שטעו נתברר שהראשונים לא היו בקיאין והוא אמר עפ"י שומת בקיאין ולכך בטל אפילו בכל שהוא משא"כ כשאמר ע"פ שומת לוי שהוא איש ידוע ועוד שאפשר לחלק דמיירי הכא ששם אותו לוי קודם שעשאו הקנין דאז הוי כאילו מכר בעצמו בלא שומא אבל באמת אם קיבלו קנין שימכור עפ"י שומת לוי ושם אותן לוי ונתברר שטעה אפילו בכ"ש חוזר דהוי קנין בטעות שהיה סבור שלוי בקי ונמצא שאינו בקי וכן משמע בתשובת הרא"ש דכתב שמשכן על פי שומת לוי משמע ששם אותו לוי קודם קנין המשיכה והעיקר כתירוץ הראשון:

יח חמור מישראל עש"ד ס"ק י"ד עד הישראל אין משלם אלא חלקו וכו' ע' יש"ש מה שתמה ע"ז ותי' בדוחק כיון דהקונה אינו סומך עצמו רק על הישראל והוי הישראל כאילו עביד כוליה הזיקא ע"ש:

יט הנו"נ באמונה אין לו עליו אונאה בתשובת מוהר"ר יוסף טראנא חלק חח"מ סי' י"ט הקשה דלא יהא אלא אמר ע"מ שאין לך עלי אונאה דיש לו אונאה וכן קשה בהך דבעה"ב דסעי' ך"ג מצריך שיפרש לו סך האונאה ועוד קשה לי דמ"ש הנו"נ באמונה דאין לו אונאה וכתבו הטעם משום דלא נחית אדעת שיווי החפץ ומ"ש הא דמכור לי באלו דסעיף י"ט די"א דיש לו אונאה ובמהרי"ט חילק בנו"נ באמונה הוי כאילו נעשה המוכר שלוחו של לוקח לקנות ע"ש והוא דחוק ולפענ"ד נראה לחלק בפשיטות דבשלמא בע"מ שאין לך עלי אונאה דנחת אדעת' שיווי המקח רק שהתנה בע"מ והנ"י כתב הטעם כיון דלא ידע ומחיל הוי כמתנה עמש"ב וכוונתו נראה דכיון דהתנאי בטל וממילא המאנה עבר על לאו דלא תונו וחייב בהשבה דהא הלאו ניתק לעשה דהשבה ולפ"ז א"ש דבעה"ב אין בו שום איסור אונאה כלל כיון דלא נחית אדעתא דשיווי כלל ומוכרין ולוקחין על האמת וכן בנו"נ באמונה דהא המוכר א"י שווי כלל דהא באמת נתן בעדו כל כך ולישא וליתן ע"פ האמת לא אסרה תורה כלל אין בו דין השבה ובמכור לי באלו ג"כ יש לומר דמיירי שהמוכר יש לו אומדנא כמה חפץ ושייך בו אונאה כמ"ש רש"י בב"מ דף כ"ו בד"ה כדבעי לה ע"ש אבל בדבר ששניהם א"א להם לידע אפילו ע"פ אומדנא לא שייך אונאה דלא נחת אדעתא דשיווי כלל ואינו רק כמשחק בקוביא ואיידי דבעי לקנות גמר ומקנה כמ"ש הט"ז בסי' ר"ט ע"ש ולפ"ז נראה דאם כבר נתברר להמוכר שנתאנה ונו"נ באמונה דיכול המתאנ' לחזור בו דכיון דנתברר לו שוב אסור להונות לחבירו ועובר על לאו דלא תונו וניתן להשבה ואם המוכר לקחו מישראל ואינה להמוכר ומכרו לחבירו באמונה לכאורה הי' נראה דיכול המוכר לחזור דכיון שהמקח נתבטל נגד המוכר

הראשון הוי כמכר דבר שאינו שלו אבל אם כבר נתרצה המוכר הראשון באופן שאין המוכר השני יכול לחזור בו מהמוכר הראשון כמבואר לעיל סעיף ד' בהג"ה משום דהוה כאילו נתקיים המקח למפרע וכאילו נתרצה מעיקרא דמי כמ"ש הסמ"ע שם א"י לבטל המקח עמ"ש בס"ק א' וכן הלוקח השני לכאורה היה נראה דיכול לבטל המקח קודם שנתרצה המוכר הראשון דיכול לומר כיון שהמקח שלך בטל אין אני יכול להשתמש בה דהוי כאלו מכרת דבר שאינו שלך והמקח שלי ג"כ בטל ועוד דלמחר יבוא המוכר שלך ויקח המקח ממני והא דמבואר בסי' רך"ו שיכול לו' אחוי טירפך לכאורה נראה דהיינו דוקא בקרקע דקיימא לאגר או למכירת פירות שיכול הלוקח לאכול הפירות או למכרם עד שיבא הנגזל ויטרוף הפירות ויחזור על המוכר מכח אחריות דשבחא ופירי משא"כ במטלטלין דכשעומדין ברשות הנגזל דהיינו שלא נתייאש הנגזל אסור לשום אדם להשתמש בו דשואל שלא מדעת גזלן הוא והוא אדעתא דלהשתמש בו או למוכרן לקחן וכשא"י להשתמש בו המקח בטל אמנם מדברי הסמ"ע בסי' רכ"ה ס"ק ה' מוכח דאפי' בגזילת מטלטלין יכול לומר לו אחוי טירפך ע"ש משמע אף שאסור להשתמש מ"מ א"י לבטל המקח עד שיוציא הנגזל בב"ד ועוד נראה דבאונאה אפי' המאנה יכול להשתמש בו כל זמן שלא חזר בו המתאנה דאימר לא יחזור בו המתאנה כלל:

כ שכרו לזרוע לו קרקע עסמ"ע ס"ק ס"ב מה שנכתב בשני חצאי לבנה וה"ל קבלן דקרקע אינו נמחק כי כן הוא בפי' בכסף משנה ברמב"ם ע"ש ואין להקשות דא"כ הי' לו להש"ס לשנויי בפשיטות שאינה אותו בתשלומי השכירות של פועל ומיבעיא ליה אי הוי קבלן דקרקע ואין לו אונאה או הוי כקבלן דמטלטלין ויש לו אונאה די"ל דבזה הוי פשיטא ליה דהוי כקבלן דקרקע כיון שהשכירות הי' לו לעביד בקרקע לחרוש ולזרוע רק האיבעיא שלו הוא כיון שהאונאה הי' בגוף החיטין כמה הקרקע היה צריך חיטין ולזה מיבעיא ליה אם החיטין אלו הן כקרקע או כמטלטלין ולפ"ז נראה דגם הקושיא שהקשה הרמב"ן עליו דהא הוי כאם אוביר ולא אעביד לא קשה דהא התוס' ב"מ דף נ"ו בד"ה אלא דאמר הקשו לפירש"י דמיירי במוכר ואמר שדאי כדבעי לה והא מקח טעות הוא ותירץ דהמוכר אמר לו דלא שדאי אלא ה' וכיון שלא טעה אלא במה שלא הושבח הקרקע מיבעי' ליה ע"ש א"כ ה"נ י"ל דמיירי שהמשכיר השכיר אותו לעבוד שדה בת עשרה אמות בששה זהובים וכן נשכרים כל הפועלים רק שטעה וחשב שקרקע של עשרה אמות א"צ לזרוע בתוכו רק ה' מדות ואמר לו לזרוע חמש דאז הפועל לא פשע שעשה כמו שציוה לו בעה"ב ומ"מ היה טעות ואונאה בגוף השכירות כי מה שהפועלים נוטלים ששה משדה כזו הוא משום שזורעין בתוכו ששה וכיון שהוא לא זרע בתוכו

רק חמשה אינו מגיע לו רק חמשה וכיון שהאונאה לא היה בגוף שכירות של הקרקע רק מחמת טעות כמה חיטין שצריך מיבעיא ליה אם חיטין אלו הן כקרקע הוי טעות ואונאה בקרקע או שמא כמטלטלין דמי וכעין שכתבו התו' ומה שתירץ הכ"מ דל"ד לאם אוביר כיון שמ"מ השביח קצת תמיה מאוד דודאי כשהפועל יזרע רק מקצת שדה ג"כ מחויב לשלם. והנה הסמ"ע הביא שהרמב"ן פי' בע"א ולא כתב פירושו ויש בהן נ"מ לדינא כי הרמב"ן פי' כפשוטו שהיה אונאה בגוף שווין של החיטין מ"מ בעי אי החיטין כקרקע דמי הוי אונאת קרקע אף דהאונאה הי' בשיווי המקח של חיטין שבשוק מ"מ כיון שבמקח זה שאינהו קרקע הוא או דילמא חיטין אלו ג"כ מטלטלין הן ולפי פירושו במכר לו פירות המחוברין לקרקע והלוקח ידע במה פירות רק שטעה במקח הפירות שבשער שבשוק הוי אונאת קרקע ולתוספות כה"ג הוי אונאת מטלטלין בכה"ג כיון שהאונאה הי' בשער הפירות שבשוק שהן מטלטלין:

כא וכן אין משביעין עסמ"ע ס"ק ס"ג כגון שטוענו נתתי לך ו' סאין לזרוע ולא זרעת רק חמש והוא אומר זרעתי חמש ומחצה ע"ש והוא תמוה מאוד כמו שתמה בשיטה מקובצת דבזה שכופר במה שבביתו דמי כטוען פרעתיך מחצ' שהנחתי ע"פ ציווך בהקרקע וע"ש שפי' בשם הרמב"ן והר"ן בדרך אחר כגון שטוען מכרת לי ששה סאין תבואה שלא השרישה וזה מודה רק ה' או דמיירי לענין ש"ש ע"ש:

כב שחלקו המטלטלין נראה דמיירי דהמטלטלין הן פירות ושמו אותן דבלא"ה הא חליפין אין להן אונאה כמבואר בסעיף כ' וכ"כ הר"ן בר"פ האיש מקדש דמיירי במטלטלין וחלקו בעילוי ע"ש ועיין בתשובת מהרי"ט סי' י"ט באחד שאין לו חלק בגוף הסחורה רק שנתחייב ליתן לו חלק בריוח ואין חלק בהפסד כשיומכר הסחורה ומכר חלק ריוח שלו דאין בו דין אונאה ובקצה"ח הביא דין שכ' בתשב"ץ באחד שהראה זהב לצורף לקנות והבטיח לו ליתן חצי ריוח בשכרו וא"ל שהוא זהב ואח"כ נתברר שהיה נחושת שחייב את הסירסור מטעם המבואר בסי' ש"ן בטבחים שנוטלין הכרכשות מהכשרות דהוי ש"ש ובקצה"ח סתר זה דשם אם לא יפשע ולא ינבל יטול שכרו משא"כ כאן אם לא פשע והיה רואה שהוא נחושת לא היה לו שכר כלל דהא לא הבטיח לו רק חצי ריוח ע"ש ודברים של טעם הן:

סימן רכט

הבורר צרורות דין זה הובא בש"ס ביצה ל"ח ולאשר שהש"ס הוא תמוה כמ"ש הפ"י על ש"ס זו ולהבין דברי חכמים וחידותם וע"ש שפי' ברוחק ולאשר שלפי מה שפרשתי

יש בו נ"מ לדינא לזאת אעתיק לשון הש"ס בקיצור ומה שנ"ל לפרש וז"ל הש"ס על המתניתין דוכן האשה ששאלה מים ומלח לעיסתה ה"ה כרגלי שתיהן ומקשה הש"ס ואמאי ליבטל מים ומלח לגבי עיסה א"ל ר"א הרי שנתערב קב חיטין בי' קבין חיטין של חבירו יאכל הלה וחדי אחיכו עלה מ"ש חיטין בשעורין דלא קאמר דה"ל מין בא"מ חיטין בחיטין נמי נהי דלר"י לא בטיל לרבנן מיבטל בטיל א"ל ר"ס שפיר קאמרת ולא שמיע להו הא דהבורר צרורות מגרנו של חבירו חייב לשלם לו דמי חטין אלמא כילא חסרי' ה"נ כילא חסרי' א"ל אביי ול"ש ליה למר בין ממון שיש לו תובעין וכו' א"ל וליטעמיך הא דאמר ר"ת נבילה בטילה בשחוט' וכו' עיין במקומו שהש"ס זו הוא תמוה מאוד והנראה לפענ"ד לישב דהנה התוס' ד"ה וליבטיל מים ומלח כתבו וז"ל ותימה הא הוי דבר שיש לו מתירין ותירצו דהכא איסור תחומין תלוי בשם בעלים על החפץ ובכאן שם בעל העיסה עליה ולא שם בעלת המים והמלח וכו' ור"א מהדר להו דאין שם בעלת המים והמלח בטל כמו שאין שם בעל הקב בטל בי' קבין דנפישין עכ"ל הרי מוכח מדברי התי' דעיקר פילפול הש"ס הוא אם ע"י ביטול ברוב אזיל שם בעלים מהחפץ ולפ"ז א"ש דמתחילה הקשה הש"ס דליבטיל מים ומלח דהיינו שהרי אזיל שם בעלת מים ומלח ע"י הביטול ברוב וע"ז משני ר' אבא דודאי לא אזיל שם הבעלים ע"י ביטול ברוב דאלת"ה א"כ מי שנתערב לו קב חיטין בי' קבין חיטין של חבירו יאכל הלה וחדי פי' שאין כוונת הש"ס לו' שנתבטל ויאכל הלה בחנם דזה א"א לומר כלל דהא זה נהנה וזה חסר חייב כמ"ש הפ"י רק כוונת הש"ס לו' שנאמר דאזיל שם בעל הקב מהחיטין והוי כאילו נעשה החיטין של בעל הי' קבין שיהיו שלו לגמרי לענין יוקר ולענין שיהיה רשות בידו לאוכלן כיון דאזיל שם בעל הקב מיניה וא"צ בעל הי' לשלם רק דמים והחיטין הן שלו וע"ז הקשה הש"ס דמ"ש דלא נקט חיטין בשעורין וע"כ משום דהוי מין בא"מ ובאמת בטל כמו באיסורין א"כ חיטין בחיטין נמי הא לרבנן בטל באיסורין וא"כ ה"נ בטל וע"ז הקשה רב ספרא על ר' אבא דס"ל בקב חיטין בי' קבין של חבירו דלא בטיל דלא אזיל שם הבעלים מהא דהבורר צרורות אמאי יתחייב לשלם הא הני צרורות הפקירא נינהו ואפי' אם יפלו חיטין של הפקר לתוך שאר חיטין של חבירו ויבוא אדם אחד ויכיר אותן חיטין שהן הפקר ויזכה בהן ודאי דיכול לזכות בהן דבמאי זכה בהן בעל חיטין וכי משום שנפלו בחיטין שלו זכה בהן ודוחק לומר דמיירי שנידש התבואה ברשותו וחצירו קונה לו דסתמא קתני ואפי' אם ראובן דש תבואה שלו ברשות שמעון ושמעון ברר הצרורות חייב לשלם לראובן אף שהצרורות דשמעון נינהו ועוד אפשר דאין שייך כלל קנין חצר בדבר שאינו דבר של ממון רק גורם לממון ומזה הוכיח הש"ס דע"כ מטעם ביטול נגע בו

כיון שנתערבו הצרורות ברוב וא"א לבררם נתבטלו ואזיל שם הפקר מיניה וה"ה דאזיל שם בעלים ע"י תערובות וקושיתו הוא על ר' אבא דס"ל דלא נתבטל בכה"ג וע"ז א"ל אביי ול"ש לך בין ממון שיש לו תובעין ואין לו תובעין פי' דבשלמא שם הפקר אזיל ע"י ביטול כיון שהוא ממון שאין לו תובעין משא"כ ממון שיש לו תובעין ובעלים לא אזיל שם בעלים ע"י ביטול ברוב וע"ז הקשה לו מהא דר"ת דנבילה בטילה כשחוטה כו' ה"נ דכי אית ליה בעלים לא בטלה פי' דהא דנבילה בטילה בשחוטה נאמר לענין טומאה ובטומאה בעי' לפעמים הכשר ומחשבה לדעת בעלים כגון לענין טומאת אוכלין בצירוף כזית וכמבואר בטהרות ומשמע דלכולה מילתא בטל ואמאי נימא דכי אית ליה בעלים לא בטלה דלא אזיל שם בעלים ע"י ביטול ועז"א וכ"ת ה"נ ולא קשה מכאן מ"מ תקשה מהא דחפצי הפקר קונין שביתה אלמא דהפקר כאית ליה בעלים דמי פי' וא"כ ממון הפקר ג"כ לא יתבטל וא"כ אפילו נבילה של הפקר ג"כ לא יתבטל כל זמן שלא זכה בו ולא משכחת ליה נבילה בטילה בשחיטה כי אם בנבילה של הבעלים דוקא ועוד כיון דמוכח דיש לו בעלים שוה לאין לו בעלים ומהא דהבורר צרורות מוכח דנתבטל א"כ ביש לו בעלים ג"כ בטל וקשיא לר' אבא וע"ז א"ל דאיסורא בטל ממונא לא בטיל פירש דבממון אפי' של הפקר לא נתבטל הממון וגבי צרורות שאני שאינו דבר של ממון כלל וכן מה שנוגע לענין איסור נתבטל ומש"ה נבילה אף דהממון לא נתבטל מ"מ מה שנוגע לענין מה שצריך בעלים לענין איסור חשבינן ליה כאלו נתבטל שם בעלים ולזה קשה גבי תחומין ואמר וטעמא מאי כיון דכמה שצריך לענין איסור שם בעלים חשבינן ליה כאלו נתבטל שם בעלים א"כ גבי תחומין ג"כ יתבטל שם בעלת מים ומלח לענין האיסור ומשני משום גזירה כו' זה הנלפענ"ד ליישב שיטת הש"ס והיוצא לנו מזה דלענין בורר צרורות אפי' נידוש התבואה במקום הפקר ולא זכה בעל החיטין בהצרורות מ"מ חייב הבורר צרורות וכן אם שמעון דש התבואה שלו בבית ראובן וראובן היה הבורר צרורות שלו מגרנו של שמעון חייב שמעון לשלם לראובן:

סימן רל

וכן המקבל חביות יין עסמ"ע ס"ק ט"ו ולכאורה דין זה תמוה מאוד דהא אם יוקיר שם יהיו ריוח לחצאין ואם נאמר דאם כשבא לשם הוזל אין הפסד הזול על המקבל א"כ לא משכחת חצי היזק על המקבל כלל והרי אינו שותף רק לריוח אבל לא להפסד והם התנו בפי' על חצי היזק ודוחק לומר שלא היתה כוונתו רק שיתן חצי היזק מהזול דוקא כשהיה ביוקר כשבא לשם ולא מכרו תיכף ואח"כ הוזל ועוד דמעשים בכל יום להיפך

כשמקבל עסק להוליך למקום פלו' שנותן לו חצי ההיזק מהזול ועוד מה"ת יהיה עדיף כח המקבל מהנותן דריוח היוקר יקח והפסד הזול לא יתן ועוד דבהדיא מבואר סי' קע"ו סעיף מ' בהג"ה דמחשב הסחורה לענין יוקר וזול כפי השער שהיה בשעה שמוליכה משמע דאם הוזל אחר שהתחיל להוליכה חל ההיזק על שניהם ומכ"ש שדינו של הר"ח והרמ"ה שהביא הסמ"ע דאפי' בלוקח גמור דינו כך שהוא נגד הסברא ומעשים בכל יום שקונין סחורות להוליכם למקום אחר ולית דין ולית דיין כשהוזל באותו מקום כשבא לשם ועוד קשה על הטור שכתב דין דגניבה שהוא חל על שניהם ואם הוזל או שנעשה חלא על הנותן ודין אונסים על איזה מהן חל לא כתב כלל גם בש"ע השמיט דין אונסין ולכן נלפענ"ד שהדין שהביא הרמ"א בסי' קע"ו הוא ממהרי"ו הביא הב"י בס"ס קע"ו וכתב שם שהוא נלמד מפ' המוכר בית והוא מסוגיא זו וזה מורה שמפרש הא דאמר בש"ס ואדמטי התם זל כו' דהיינו קודם שרצה להוליכם אותם לזול שפט וכן משמע בנ"י ע"ש (ובנ"י סי' קע"ו בדברי ?רי"ד שהביא יש ט"ס וכצ"ל יכול לומר להמוכר כו') ומשמע מדבריהם דאם הוזל אחר שהתחיל להוליכה חל על שניהם וכן היוקר כשנתייקר קודם שהתחיל להוליך הוא לנותן ואחר שהתחיל הוא לשניהם והטעם דקודם שהוליך אין להמקבל שייכות ביה שעדיין לא טרח כלל וקמשמע לן דלענין זול יכול המקבל לו' לנותן כיון שהיוקר ברשותך אף הזול ברשותך וזהו הדין שהביא בסי' קע"ו ובסי' זה תפס פי' הרשב"ם בש"ס שם שמפרש שקודם שהגיע לשם הוזל דמשמע אפי' כבר הולכה ועיין בפי' הרשב"ם שם דמיירי שלא הוזל היין בזול שפט לבד רק שהוזל גם בכל המקומות ובזה אתי שפיר כל הקושי' הנ"ל דודאי כשהוזל בזול שפט חל על אחריות הזול גם על המקבל מטעם שכתבתי לעיל דהא על אופן זה התנו ביניהם שיהיה ההפסד לחצאין בזול שפט רק שנעשה איזה ענין בעולם שמחמת זה הוזל היין בכל העולם בזה חל ההיזק על הנותן מטעם אחר כי התוספות בכתובות דף מ"ז בד"ה שלא כתב לה אלא לכונסה הקשו דאם כן כל הלוקח בהמה ונטרפה או מתה נימא דאדעתא דהכי לא קנה וע"ש שתירצו כשהדבר תלוי בשניהם לא אמרי' כך עיין שם עיין במשנה למלך בפרק ו' מהלכות זכיה שהקשה דהא גבי לא כתב לה אלא על מנת לכונסה ג"כ יש דעת שניהם שלא רצתה להתקדש לו רק באופן זה שיתן לה התוספות כתובה וכן בזבין ולא איצטרכו ליה זוזי יש דעת ללוקח גם כן מפרש הוא דדוקא כשאין הפסד לכשנגדו בתנאי ההוא כגון בכתובה שכשימות תחזור היא ותעשה פנויה כבראשונה וכן בזבין ולא איצטרכו ליה זוזי דזוזי יהיב וזוזי שקיל ודמי להא שכתבו תוס' ב"ק דף ק"י גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין דאמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה משום דאין קפידא לבעל במה שנעשה

אחר מותו וה"נ אין קפידא למוכר ולארוסה בתנאי זה משא"כ בלוקח פרה ונטרפה או מתה שאין מחזיר לו מאומה ודאי דאיכא קפידא למוכר לא אמרי' אומדנא דודאי המוכר לא יתרצה בזה ע"ש במשנה למלך בהתשובה שכתב שם אמנם עדיין צריך אני למודעא דלכאורה קשה על דבריו דא"כ בלוקח בית ואח"כ גזר המלך שלא ידור הלוקח בעיר זה נימא דאדעתא דהכי לא קנה כיון דבית יהיב ובית שקיל נראה לפענ"ד דהתוס' לא הקשו כלל במוכר פרה ונטרפה או מתה שיהיה המקח חוזר אפי' אחר שנשתמש וחרש בהפרה דהא ודאי ליתא דכי קנה הפרה שתחי' לעולם וכיון דתוס' מדמי זה להא דב"ק דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה ושם כתבו התו' בעצמו בב"ק דף ק"י לאחר נישואין לא אמרי' אומדנא (") רק בקידושין שלא היה לו שום טובה ע"ש וא"כ פרה או בית אחר שנשתמש בהם שהיה לו טובה כבר מהם דמי לאחר נישואין ולא עוד דנראה לפענ"ד דאף אחר שהי' ראוי ליהנות בה ההנאה זו שקנה עבורו ג"כ לא אמרי' אומדנא כמו בנכנסה לחופה ולא נבעלה דמחייב בתוס' כתובה כשמת כיון שהיתה חזיא לביאה אחר כניסה לא אמרי' אומדנא וכן בבית או פרה כיון שקנו אותן להיות ראויין להדבר ההוא שקנה עבורו כלתה הנאת קנין כמו בכנסת החופה וכעין שכתבו התוס' בב"מ דף ע"ט גבי ספינה זו דכשנתן לו מעות נתרצה שיהיה שלו לאלתר וה"נ דכוותי' כיון דמעות להוצאה ניתנו ובמחילה סגי ואמרי' דנתרצה שיהיה שלו לאלתר וע"כ קושית התוס' לא היה רק בקנה הפרה ואח"כ מתה או נטרפה תיכף בעוד שלא היה ראוי להשתמש בה תשמיש שקנה עבורו כגון שהיתה הפרה מחוייבת להיות ג"כ ברשות מוכר יום או יומיים אחר הקנין ע"פ תנאי שהיה ביניהם או כיוצא בזה שלא היה הפרה ראויה להשתמש בה כלל דאז דמי לאירוסין דאמרי' אומדנא וכעין זה כתבו התוס' גבי ויצא עליו עסוקין דתלי בדש אמצרא בב"ק ד"ט דתליא אי נהנה בו או לא ובזה הוכרח התו' להחילוק שלהם דהיינו כיון שיש דעת שניהם ויש פסידא למוכר לא אמרי' האומדנא כמ"ש המ"ל הנ"ל ובאמת בבית שקנה ולא היה ראוי ליהנות ממנו ואח"כ בעוד שאין ראוי ליהנות אירע דבר שהיה בה אומדנא המכירה בטילה לדעת התוס' הנ"ל כיון דבית יהיב ובית שקיל ולפ"ז א"ש דינא דהכא כיון דנעשה בעולם איזה דבר שמחמת זה הוזל היין בכל המקומות שבמדינה זו דדמי למכת מדינה ודאי דאין לך אומדנא גדולה מזו דאדעתא דהכי לא קנה והכא ליכא פסידא למוכר דיין יהיב ויין שקיל ואפי' היה בביתו היה ג"כ הוזל וגם אירע האומדנא בעת שלא היה המקבל עיסקא ראוי ליהנות בהנאה שלו שקיבל עבורו למחצית שכר והפסד דהא היה אסור למוכרו קודם ודאי דאמרי' האומדנא וההפסד חל על הנותן לבד ועל זה כתבו דבמכירה ממש כיון שהלוקח היה

יכול למוכרו תיכף והיה ראוי הלוקח ליהנות ממנו שוב לא אמרי' האומדנא אבל בודאי אפי' במקבל אם לא הוזל רק בזול שפט אפי' אי אמרינן דגם בזה שייך אומדנא מ"מ חל אחריות הזול גם על המקבל משום התנאי שהתנו ביניהם שיהיה ההפסד והריוח של זול שפט לחצאין: ולפ"ז מיירי המחבר ג"כ כפי' הרשב"ם ומיירי כאן בהוזל בכל מקומות וכתבו המחבר ורמ"א כאן ובסי' קע"ו שני הדינים האלו אף דכל דין הוא מכח פי' אחר בש"ס זו ואי הא לא הא מ"מ כתבו שניהם להלכה כיון ששניהם מסתברים לדינא וכיוצא בזה מצינו בהרבה מקומות אמנם לפעד"נ לתרץ קושית התוספות בכתובות הנ"ל באופן אחר דבלוקח פרה ל"ש כלל לומר האומדנא דבלוקח י"ל נסתחפה שדה ומזלך גרם וא"כ מה שייך לומר אדעתא דהכי לא קנה כיון דבמזלו וגרמתו נהרגה או נטרפה ודאי דההיזק חל עליו ודוקא גבי שלא כתב לה אלא ע"מ לכונס' וכן ביבמה שנפלה לפני מוכח שחין שהבעל מת שאין הבעל שדה של אשה ולא שייך לומר נסתחפה שדך אמרי' אומדנא משא"כ בזה ולפי זה בהוזל בכל המקומות דהוי כמכת מדינה שאין שייך לומר נסתחפ' שדך אמרי' אומדנא אפי' בלוקח ונראה דהנך פוסקים דס"ל דאפי' במכירה הדין כן סבירא להו דאף דבאשה אחר החופה לא אמרי' אומדנא שאני חתם דיש ג"כ חובת חופה משא"כ בקנין סחור' כל שלא הי' ראוי למוכרה ולהרויח בה לא נגמרה הנא' וכאן מיירי שלא היה ראוי להרויח במכירה זו לפי האומד לפי שהוזל בכל המקומות ולא שייך לומר מזלך גרם אפי' במכירה הדין כן ומעש' בא לידינו שפעם אחת בשעת מלחמה הוצרך המלך לקנות פשתן הרבה בלי מספר עד שקנו לצרכו פשתן ד' או ה' פעמים יותר רב מכפי שקונין בפעם אחר והמלך עשה קאנטראקטין עם הרבה אנשים והלך ראובן ועשה עם שמעון ג"כ קאנטראקט על סך רב מפשתן והראה לשמעון קונטראקט מהמלך ואח"כ הפסיד המלך המלחמה ולא רצה ליקח הפשתן מראובן כפי הקונטראקט שעשה והוזל הפשתן בכל המקומות ועכשיו תובע שמעון מראובן שיקח הפשתן ממנו וליתן לו מעות כפי קנין המועיל שעשה עמו ונתן לו חילוף כתב שנכתב בו כל מי שמוציאו ודנתי שפטור ראובן דבכה"ג כ"ע מודים שלא היה בחזרה ומ"מ חייב להוליכה משום דהוי כל ההנאה שלו וא"כ ה"ג כיון שאם יומכר בזול שפט יהיה הריוח של החצי הכל שלו מש"ה חייב ג"כ באונסים של החצי ואפי' אם נתברר ג"כ אחר כך שהוזל בכל העולם שנתבטל המקח למפרע מ"מ כיון שהרשות ביד המקבל להחזיק חצי המקח שלו בע"כ של הניתן ולשלם שוויו שהוא שוה בשעת הולכה הוי כל הנאה שלו כמו בלשגרן לבית חמיו דשם ג"כ נראה אפי' אם אחר שנאנס קנה כלי אחר כיוצא בו ממש ושיגרן לבית חמיו ולא רצה לקבלו שנתברר ג"כ שהמקח בטל למפרע אפ"ה חייב באונסין כיון שאם היו רוצים

לקבלו ממנו לא היה המוכר יכול לחזור חשוב כשואל שכל הנאה שלו וה"נ דכוותיה אבל אם נאנס אחר שנתודע שהוזל בכל המקומות פטור דהוי כגילוי דעת כמו בלשגרן לבית חמיו אחר שלא רצה לקבלן וה"נ ודאי דאינו רוצה שוב בהמקח משא"כ בגניבה ואבידה חייב הואיל ונהנ' מהנה כמו בחזרה דלשגרן ולכך ברישא לענין חיוב המקבל כתב רק גניבה ואבידה כיון דחייב תמיד וכן בפטור המקבל לא כתב רק הוזל והחמיץ דפטור לעולם בהחמיץ אפי' לא הוזל משא"כ לענין אונסין הוא דין אמצעי דקודם שהוזל חייב ואחר שהוזל פטור ולכך לא כלל אונסין לא ברישא ולא בסיפא והמחבר השמיטו לגמרי כיון דדמי לגמרי להא דלשגרן שכתבו בסי' קפ"ו ודין דגניבה ואבידה כתב כיון שחייב בזה תיכף כשקיבלו אף שאינו ברשותו לענין יוקר עד שעת הולכה כמבואר לעיל בסי' קע"ו והא שכתב דגניבה ואבידה הוא על שניהם אף דבי"ד סי' קע"ו כ' דמקבל עיסקא כשנוטל שכר טרחו דהוי ש"ש על הכל וכל מקבל עיסקא צריך הנותן ליתן לו שכר דבלא"ה אסור משום ריבית נראה דמשכחת לה כשלא טבל רק בציר דליכא בשכרו ש"פ דלא הוי ש"ש א"נ מיירי קודם שהוליכה דהשכר אינו מגיע לו עד שהוליכה דאז נעשה מקבל אבל מחלקו דברשותו קיימי לענין שאין הנותן יכול לחזור בו ה"ל כשכר לענין זה כיון שאפשר לו להרויח בו ואין להקשות למאן דמוקי ליה קודם הולכה א"כ הא דאמר שם בחלא אליבא דר' חייא בר' יוסף דהוא על המקבל הא עדיין לא התחיל ענין קבלה כלל דהא אפי' היוקר אינו שלו ולזול שפט שוב אינו ראוי להוליכה כיון שנעשה חלא דז"א דלר' חייא בר"י דס"ל דביין אמרינן מזלי' גרם מטעם דכתב אף כי היין בוגד א"כ י"ל כיון דמ"מ נעשה המקבל בעלים לעניין היוקר דזול שפט קרינן ביה אף כי היין בוגד וכו' י"ל גביה מזליה גרם וכן מוכח בנ"י ע"ש היטיב:

סימן רלב

א אם נשתמש עיין סמ"ע ס"ק י' דאם היה הדבר שהיה יכול הלוקח להבחינו וכו' והטעם נראה דהוי כמו בכדי שירא' ולא ראה ועיין במ"ל ברמב"ם פט"ו מה' מכירה שהקשה דהא אפי' ראה המום ושתק לא הוי מחילה עד שנשתמש בה ומכל שכן כשלא ראה המום כלל רק שהי' יכול להראותו ועוד קשה לי דהא כתבו התוס' בב"ב דף צ"ו בד"ה כל ג' ימים אי לא טעמו הממע"ה וכך כתב הטור בסי' ר"ל והביאו הסמ"ע שם סעיף קטן י"ד עיין שם אלמא דאף שיכול לטעמו תיכף לא אמרינן דמחיל וא"ל דחומץ שאני דמין אחר הוא לגמר דהא ריחא הלא וטעמא חמרא כתבו התוס' שם בדף צ"ה ד"ה נותן לו דשמו הוא יין ואפ"ה הוי מקח טעות כשלא טעמו בריח לזאת נרא' דכוונת הסמ"ע דכמו בראה

המום ונשתמש בו אמרינן ג"כ שמחל ומה שחילק במ"ל בנתן מעות או לא דכשלא נתן המעות אמרי' דלכך שתק כיון דלא נתן המעות עדיין קשה דא"כ באונא' אחר שירא' ג"כ נימא הכי דכשלא נתן המעות לא מחיל והש"ך בסי' רכ"ז בס"ק ד' כתב דדוקא בשיש לו מיגו נאמן מוכח דבלא מגו לא אמרי' דמחיל ונרא' דאם לא הי' יכול להחזירו כגון שלא היה המוכר בביתו והוא דבר שעושה ואוכל ונשתמש בו כדי שיעש' ויאכל יכול לחזור בו אפי' אחר כמה ימים דנהי דנתבטל המקח מ"מ דמי לשומר אבידה שאם הוא דבר שעושה ואוכל שיעש' ויאכל ובאונא' כשנשתמש בו ולא החזירו מחמת שלא היה המאנה בביתו אם הוא שתות הרי הוא קנה ומחזיר אונא' אפי' נשתמש בו אינ' ראיה דהא שלו הוא רק כשהי' יכול להחזירו ולא החזירו אמרינן דמחל וביותר משתות נרא' דדמי למום לכן אפילו לא היה יכול להחזיר אם נשתמש בו אחר בכדי שיראה אמרינן דודאי מחל:

ב כמו המפרש האונא' ע"ש בסמ"ע ס"ק ט"ז שתמה על הטור שכאן פסק דמהני תנאי ובאונא' פסק דלא מהני ולפענ"ד נרא' דלא דמי לאונא' דבשלמא באונאה הוא פחות משוויו וצריך הוא למחול דמי אונאה וכיון דלא ידע דמחיל לא מהני משא"כ כשמכרו בשווי כמו ששוה עם המום ואין לו מה למחול ולא שייך לומר לא ידע דמחל רק מסתם אמרינן דחזקה שאין אדם קונה דבר שיש בו מום אבל כיון שפי' לו שיש בו מומין וחזינן דהאי גברא לא קפיד במומין המקח קיים:

ג המוכר בהמה לחבירו לטבחה ושחט' ונמצאת טריפה בטור לא נקט לטובח' ומשמע אפי' מכרה סתם הוי מקח טעות דטריפה אינו חי' וגם אינ' בחזקת בריאה כשהיא טריפ' וא"כ אפילו לחרישׁ' הוי מום במקח ונראה הא דנקט המחבר לטבחה הוא משום שכתב המחבר בסעיף י"ב דאפילו טריפות דסירכא מבטל המקח וטריפה דסירכ' הוא רק מכח ספק כמ"ש הסמ"ע ס"ק ך"ח ועבש"ך סי' ש"ו ס"ק ט' דהא דא"י לומר אייתי ראיה שהיא טריפה דהוא משום כיון דהוא ספק פרשי אינשי אין לך מום גדול מזה ע"ש ולפ"ז נראה דדוקא בקנאו לאכילה יכול לומר כך דמה בכך שהוא רק ספק טרי' הא מ"מ אסורה לאכילה והוי מום משא"כ בלקחו לחרישׁ' דטעמא דהוי מום בטריפה משום דאינה חי' ואינה בריאה ודאי דבספק טריפה יכול המוכר לומר אייתי ראי' שהיא טריפ' שאינה חי' ולכך הוצרך לכתוב ברישא שקנאו לטביח' משום סיפא דסירכ' דאינו רק בקנאו לטביח' כנ"ל משא"כ הטור שפסק דסירכא אינו מבטל המקח לא הי' צריך לכתוב לטביח' דדינא דרישא אין חילוק בין קנאו לטביחה או לחרישׁ' הוי מום במקח ובסיפא בסירכ' לטור

ג"כ אין חילוק דאפי' לטביחה אינו מבטל המקח מטעם דהוי ליה לאתנויי ולכך סתם דבריו וכתב סתם דמשמע בין לטביח' בין לחריש':

ד תוך ג' ימים הוי מקח טעות הקצה"ח הביא דברי הריב"ש באחר שמכר בני מעיה של הבהמה קודם שנבדק' הריאה והתנה עמו בין שתהי' כשרה או טריפה ואחר כך נתוודע שנתנבל' בשחיטה כ' הריב"ש שתליא באי קרי לנבילה טריפה ואי קצת אין קורין לנבילה טריפ' זכה המוחזק דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"ז הקשה בקצה"ח כיון דאין נ"מ בין נבילה לטריפ' דתרווייהו אסורין באכילה נינהו ואין כאן מקח טעות ולפענ"ד לא נהירין דבריו דודאי אם מכר לו בחזקת טריפה אף שהיא נביל' אינו מקח טעות אבל הכא שאינו רק תנאי אם תהיה זה טריפה אין זה אלא כתנאי ע"מ שלא תחזור עלי במום פלוני כל שאינו בלשון התנאי חוזר עליו משום מום אף שהוא שוה להמום שהתנה עמו דודאי אפילו אם התנה עמו שאין אתה חוזר עלי בטריפות הריא' ונמצא טריפה בחוט השדר' חוזר עליו אף דשניהן אינן רק טריפ' דספק אחד קיבל עליו ולא שני ספיקות וא"כ ה"ה אם נביל' אינו בכלל טריפ' בלשון ב"א דמי ממש להתנה שלא יחזור עליו בטריפות הריא' ונמצא טריפה בשדר' כנ"ל:

ה ומשלם דמי המום שעשה ועבב"י שנלמד מהא דטבח ואף דלכאורה לא דמי דשם בקנאו לשחיט' מיירי דתרווייהו לא ידעי אם היא טריפה וא"א להתברר רק בשחיט' ודאי כשהזיק הוא בדבר שאין דרכו לעשותו והיה באופן דהוי היזק אפילו בבהמ' טריפ' חייב משא"כ במכר אחר שהמוכר ידע מהמום ואינ' הלוקח מה"ת יתחייב הלוקח דהא הלוקח בחזקת שלו הזיק' ודמי להא דס"ס שמ"א ביורשים שהניח להן אביהן פרה שאול' וטבחוה ואכלוה דמשלמין דמי בשר בזול משום הנא' דידהו משמע דאם הזיק הבהמה ולא הי' להן שום הנאה דאין משלמין כיון שנאנסו וסברו שהיא שלחן וה"נ דכוותי' ואפשר לחלק דמזיק באונס יש חילוק בין אונס דדמי לאונס גניבה דפטור ובין אונס דדמי לאונס דאביד' דחייב כמ"ש התוס' בב"ק דף ך"ז ד"ה ושמואל אמר ע"ש דא"כ י"ל דהכא כיון שאפשר לבדוק אחר המום קודם שנשתמש בו דמי לאונס דדמי לאביד' דחייב ומה"ט בסעיף ט"ו בחצר ודר בו חייב להעלות לו שכר ומשמע כמו בדר בחצר חבירו אפילו בגברא דלא עביד למיגר רק שהחצר קיימ' לאגרא אף שהמוכר הזיק את עצמו דאם הי' מודיעו הי' יכול להשכירו מ"מ כיון שדר בו בלא בדיק' אחר המום חייב הלוקח לשלם דחשיב כאילו הוא המזיק מדעת ומ"מ צ"ע:

ו ויהיה הספסר מחזירו על הלוקח ראשון כולהו תמהו על הרמב"ם דהא בב"מ דף מ"ב משמע בהדיא דספסר צריך להחזיר המעות להיתומים והבקרא אינו משלם לו רק

דמי בשר בזול ועבב"י ובשאר מפרשים שדחקו בדבריו ולפענ"ד נרא' ליישב בפשיטות דהא בשיט' מקובצת ושאר פוסקים הקשו דלמ' הוצרך הספסר להחזיר הא יכול לומר לשחיט' מכרתיו וכמו גבי נגחן ותירצו דסתם יתומים לרדיא זביני' ולפ"ז הרמב"ם דלא מיירי ביתומים ע"כ צ"ל דמיירי שפי' לרדי' ולפ"ז לא קשה כלל דבש"ם מיירי בסתמא שהיתומים אפי' בסתמא לרדיא זבינו משא"כ המוכר לספסר יכול לו' לשחיטה מכרתיו וא"כ אין להספסר טענ' על המוכר ולא שייך לומר ג"כ שהי' מחזירו על הא' דהא א"י להחזירו משא"כ הרמב"ם מיירי באופן שהיה יכול להחזירו להראשון ודאי חייב הלוקח להחזיר המקח דהא מה"ט דאמרינן התם בש"ס דאילו היה פסידא ליתמי דהי' הבקרא משלם כל דמי' דדוקא במסקנא דמיירי בדליכא פסידא ליתמי אמר דרך פשרה שמשלם דמי בשר בזול כמו שפירש"י ולהתו' מדין גמור מ"מ משמע ביש פסידא ליתמי דהיינו דלא אשכחי' לספסרא דהי' הבקרא משלם כל הדמים מטעם זה דאמרי' ליה אילו הודעתני הייתי מחזירו תיכף להספסרא ומש"ה נתחייב הלוקח ג"כ מה"ט דס"ל כשיטת הראב"ד שהביא בשיט' מקובצת בסוגיא זו דהלוקח כש"ש הוי שהרי הוא עומד להחזיר המקח לבעליו והי"א שהביא רמ"א ס"ל כשיטת הריטב"א שהביא בשיט' שם דהלוקח אינו אלא כש"ח מש"ה פטור מכח טעמא דאמר התם אנא גבי תורא אוקימתא וכו' ולפ"ז אם היה פשיע' בדבר ודאי דחייב מה"ט דהייתי מחזירו להמוכר ראשון:

ז הוא הפסיד על עצמו משמע דאפילו גוף השור אינו שוה כ"כ ומ"מ חייב משום דהיה יכול להחזירו למוכר תיכף וכיון שאין המוכר שוב כאן שלא יכול ליקח ממנו חייב ולכאור' קשה לי דהא כיון דגוף השור אינו שוה רק להחזירו להמוכר א"כ מ"ש משטרות דפטור אפי' מפשיעה כיון דאין גופן ממון וכי ס"ד דאם ראובן יקח קתא דמגלא למשכון בעד אלף זוז לשמואל דס"ל אבד קתא אבד אלפא זוזי וראובן נתן את הקתא לשמור לאחר ויאבד ממנו שיצטרך השומר לשלם כל האלפא זוזי הא אין גופו ממון ועוד הא בדיינים שטעו בדבר משנה קיי"ל כיון דלאו מידי עביד דהא הדר דינא אפילו א"א למשקל אח"כ מבע"ד שלו דפטור דלא הי' אלא גרם בעלמא וא"כ ה"נ מה"ת יתחייב הבקרא והלוקח משום דלא הודיעו תיכף וא"א למישקל שוב מבע"ד הא גרם בעלמא הוא כיון דמדינא חייב המוכר להחזיר רק שהלך מכאן וצ"ל דחיובו הוא כיון דספסרא הוא שמוכר מיד וא"א לו לבדקו הוי כאילו אמר לו זיל עיין בי' אי אית ליה ככי ועלך קא סמיכנא דהא מה"ט כ' הרשב"א בסוגיא זו הובא בשיט' מקובצת לפטור אפוטרופוס וז"ל דהוי כאילו אמר להבקרא זיל עיין ביה אי אית ליה ככי ע"ש וא"כ דמי למרא' דינר לשולחני דחייב ועיין בטור סי' רכ"ז דאם הראה לתגר ואמר לו שטוב היא אפי' כבר נתן המעות קודם

שהראוהו דחייב מה"ט דדמי למראה דינר לשולחני ע"ש וא"כ ה"נ דכוותיה כיון שלא הודיעו אחר זמן אכילה הוי כאלו א"ל דאית ליה ככי ולכך חייב ואפי' אם נאמר דס"ל דהלוקח היא רק ש"ח מ"מ י"ל דמ"מ חייב דס"ל כשיטת המפרש שהובא בשיט' דאפי' הבקרא לאו ש"ש דמוכר הוא מ"מ חייב דפשיע' הוא וע"כ צ"ל דהש"ס דמקשה והא הבקרא ש"ש דיתמי הוא לאלומי הקושי' הוא ולפ"ז אפי' אם נאמר כשיטת הסמ"ע לקמן דהלוקח לאו ש"ש הוא ואינו חייב בגניב' ואבידה אפי' אחר שנתוידע לו המים כשלא היה לו שהות להודיעו ומכ"ש דאינו כש"ש קודם שנתוידע מ"מ חייב מטעם מראה דינר לשולחני כיון דהוי פשיע' ואף דבשולחני באומן פטור בחנם ואינו חייב רק בשכר היינו משום דבאומן חשיב אונס כשטע' אבל הכא פושע הוא וחייב אפי' בחנם ולפ"ז בלא"ה לא קשה על הרמב"ם מן הש"ס דהא במקום דאיכא פסידא דיתמי באמת חייב הבקרא מה"ט שכתב הרמב"ם כמבואר שם בסוגי' ובמקום דליכא פסידא ליתמי מרא דתורא קטעין ומרא דתורא ודאי לא הוה קאמר לבקרא חזי דעלך קא סמיכנא דהא לא חזי ליה למרא דתורא כלל ואין אנו יכולין לחייב אותו רק בדמי בשר בזול מכח שמירת שכר שנתחייב לשמור להיתומים ואליבא דר"י כמ"ש רש"י שם והאפוטרופוס ג"כ פטור דהא ידע שימסור אותן להבקרא ולא סמיך עליה:

ח ואח"כ נודע שהיה בו כסף דוקא בכה"ג שאין דרך להוודע כלל והוי כאבוד' ממנו ומכל אדם דהוי הפקר משא"כ במצא כסף שהוא כרוך במטלית ולא ידע מה הוא וכיוצא בזה בדבר שדרכו להוודע זכה דהא המרדכי למד דין זה ממצא בכותל ישן וברמב"ם פי"ד מהלכות גזילה כתב שם הטעם משום דהוי אבוד' ממנו ומכל אדם וכן המהרי"ק סי' קי"ח כתב דוקא מידי שאינו מצוי להמצא וכו' ע"ש:

ט ואפי' אבד או נגנב עיין סמ"ע ס"ק נ"א שכתב דאינו חייב רק כשהיה לו שהות להודיעו ולא הודיע אבל כשלא היה לו שהות פטור ע"ש ותמוהין דבריו דממ"נ אם הלוקח הוא כש"ש אפילו לא היה לו שהות יתחייב ואם אינו כש"ש מה"ת יתחייב כשלא הודיעו כיון ששמרו כראוי ונגנב בשלמא כשנפסד מחמת מום והמוכר היה יכול לאכלו או למכר' הוי כפשיעה דדמי לשומר שהיה יכול לקדם ברועים ומקלות ולא קודם ש"ח בחנם חייב וה"נ הי' יכול להציל ע"י הודע' למוכר אבל כששמרו כראוי ונגנב מה"ת יתחייב אטו שומר אבידה לרב' דאמר ש"ח הוי וידע הבעל אבידה ולא הודיעו יהיה חייב בגניב' ואבידה מטעם שיאמר לו אלו היית מחזיר לי לא היה נגנב ועוד הא מבואר לעיל בסי' ע"ב בסעיף מ"ג במלוה על המשכון ופרעו ואמר לו תן לי משכוני ואמר בא למחר ונגנב דלמ"ד מלוה על המשכון ש"ח פטור מגניבה הרי יכול לומר ג"כ אלו היית

מחזיר לי לא הי' נגנב. והנה דעת הב"ח שהביא הש"ך ס"ק י"ז דחייב אפי' לא היה לו שהות להודיעו מטעם דהוי כש"ש וכתב שם הב"ח שני טעמים א' דדמי לקנה חפץ בכסף וחזר בו הלוקח דהוי ש"ש ולא הבנתי דשם הוה כפי' לו למוכר מקודם שיהיה לו רשות להשתמש בהמעות ועיין בתו' בב"מ דף מ"ג דהמוכר קנה המעות לגמרי וכ"ז שלא אמר לו טול מעותיך לא הוי כפרעון עד שאמר לו טול מעותיך נחשב כפרעון. טעם ב' שכתב הב"ח דדמי ללוקח כלי מבית אומן לבקרא דהוה בחזר' ש"ש תמוה דשם מעיקרא היה שואל עליו דהא חייב בהליכה אפילו באונסים מה"ט וממילא הוי אח"כ ש"ש מטעם דהואיל ונהנה מהנה כמבואר בב"מ דף פ"א ע"ש משא"כ כאן דלא הי' עליו שום חיוב מעולם דאם נאנס או נגנב קודם שנולד בו המום ואח"כ נתברר שהיה בו מום פטור ומה"ת יהי' לו אח"כ דין ש"ש אמנם הריטב"א כתב בפ' המפקיד דאם כבר נתן הלוקח מעות דהוי ש"ש מטעם הואיל ותפס ליה אזוזי אך גם בזה יש לדקדק קצת דהא במשכנו בשעת הלואה כתב התוס' דלא הוי ש"ש מטעם דתפס לי' אזוזי כיון דל"ל להמלו' הנאה בזה מה שנתן מעותיו וא"כ ה"נ מה הנאה יש לו במה שנתן מעות ותפס חפץ על מעותיו ויותר נלפענ"ד דהוה ש"ש מטעם כיון דאחד שנתוודע לו המום ונתרצה לו הלוקח אפי' שלא בפניו שוב אין המאנ' יכול לחזור בו א"כ אם הי' רוצה הלוקח לקדש בו אשה או לקנות בו עבדים וקרקעות או אם נזדמן לו למכרו ביוקר היה יכול למכרו ולהרויח בו בהאי הנאה הוי ליה ש"ש לעולם בין נתן מעות ובין לא נתן מעות וכן נראה עיקר וגם הש"ך הביא דעה זו דהוי ש"ש ומשמע שכן ס"ל לעיקר:

י ואם לא הודיעו נלפענ"ד דאם ידוע שדרך סחורה זו שקנה להוליכה למקום אחר או שידוע שהלוקח הוא ממקום אחר ובודאי יוליכו למקומו הוי כהודיעו דלא גרע מהא דסעיף י"ג בעש' בו הלוקח מום אחר דכשהוא דבר שדרכו לעשותו פטור אף שהיזק המום עולה סך רב ומשמע אפילו לא הודיעו וא"כ מה"ת יגרע כשהוליכו למקום אחר לכן נראה דמיירי בדבר שאין דרכו להוליכו למקום אחר ולא היה לו למוכר להעלות על דעתו שיוליכנו למקום אחר ולהכי חייב הלוקח בהוצאת החזר' ומטעם שכתבתי שם דכיון דאם היה בודקו היה נתוודע לו דמי לאונס דדמי לאבידה דחייב מזיק בזה ומזה נרא' לפענ"ד דאם חטף ראובן חפץ משמעון והוליכו למקום אחר דחייב ראובן להחזיר לו החפץ על הוצאותיו דהרי מזיק בידים הוא דהא הכא בשוגג הוליכו ואפ"ה חייב בהוצאות החזר' מכ"ש כשעשה במזיד גמור ועוד דלא גרע מלך ואני אבוא אחריך דחייב להחזיר ההוצאות כמבואר לעיל בסי' י"ד סעיף ה' בהגה"ה ודוקא כשנתכוונו לגזול לעצמו והוליכו למקום אחר א"צ להוליכו אחריו כשלא נשבע מטעם תקנת השבים

כמ"ש הסמ"ע בסי' שפ"ז ס"ק ב' ע"ש אבל מזיק בעלמא חייב דלא מצינו שעשה תקנה למזיק וכן נראה בלוה שהיה דר עם המלו' במקום אחד ולוה ממנו מעות ואח"כ עקר הלוה מקום דירתו למקום אחר שמחוייב לשלם דמי הלוואתו למקום שלוה ממנו על הוצאותיו שבגרמת היזק כי האי חייב ודוקא כשהמלוה עקר דירתו פטור דהמלוה הזיק עצמו אבל כשהלו' עקר חייב ואף שהלוה לא נתכוין להזיק מ"מ נראה דחייב כמו הכא אף שהלוקח לא נתכוין להזיק ומ"מ חייב דהוצא' היזק ממון גמור הוא ולאו גורם הוא וכן מצאתי במהרי"ק סי' י"ז שכ' וז"ל דהתם איירי ששלח המלוה חוץ ממקום קביעת דירתו כו' שיש לכוף הלוה ללכת לבית המלו' לפרוע משום עבד לוה לאיש מלוה ואפילו בלא שבוע' הדין כן וכו' ע"ש הרי להדיא כמ"ש:

יא ואבד או נגנב ה"ה ברשות לוקח. נראה דאם הוזל בשעה שנגנבה דאינו משלם רק מה ששוה בשעת גניב' דטעם חיובו הוא דהוי כש"ש וכמש"ל בסמוך ע"ש והשומר אינו משלם רק כשעת היזק ועוד דלא גרע מעשה בו מום אחר שאינו משלם רק פחת המום כפי מה ששוה ומכ"ש הכא והמוכר מחזיר לו המעות שלקח ממנו וכן הדין בהי' לו להודיעו ולא הודיעו כיון דעיקר טעם חיובו הוא מטעם דדמי לשומר שהיה לו לקדם ברועים ומקלות כיון שע"י הודע' היה יכול להציל וכמש"ל אין דין חיובו רק כדין שומר שפשע שאינו משלם רק כשעת הפשיע' דא"ל לגמרי ברשותי' קאי כשלא הודיעו דא"כ אפי' באונסין נתחייב אלא ודאי דהא שכתב דהרי הוא ברשות לוקח היינו לענין שיהי' כש"ש:

יב אלא אפי' כי הדדי ננהו. הלשון תמוה דה"ל לאשמועינן רבותא יותר דאפילו רובא לשחיטה מצי הלוקח לומר לרדיא זבני' דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מיד המוחזק ואח"כ מצאתי בפרישה שהקש' זה ותי' דברובא לשחיטה מפקינן ממון מיד הלוקח וז"ל ולא מהני ליה החזק' כ"כ מאחר שכבר המשיך הבהמ' וקנהו בקנין משא"כ כשהמעות ביד המוכר דאין מוציאין מידו אע"ג דרובא לרדיא כיון דכבר קנאו הלוקח בקנין ע"ש והוא תמוה מאוד מלבד דסברא דחוק' הוא מוכח ג"כ בש"ס להיפך דבר"פ המוכר פירות מקשה מהמוכר עבד לחבירו ונמצא גנב או קוביוסטוס הגיעו לאו משום דרובא הכי איתנייהו ומוכח מזה דאזלינן בתר רובא ועיין בחידושי הרמב"ן שם דהוכחתו שם הוא דמשמע דאפי' הממון ביד הלוקח הגיעו ומאי קושיא הא כשהלוקח מוחזק אפי' לשמואל הולכין בממון אחר רוב א"ו דלשמואל דקי"ל כוותיה אין הולכין בממון אחר הרוב אפי' להוציא מיד הלוקח וזהו ראיה שאין עליה תשובה ולכן נרא' דודאי לעולם לא אזלינן בממון אחר רובא להוציא ממון אפי' מיד הלוקח והא דאמר אפי' כי הדדי

נינהו הוא לאו דוקא או דחשיב ליה כי הדדי כיון דרובא בממון לאו מידי הוא והעיקר הוא מטעם מוחזק. והנה אם תפס המוכר אחר שנולד הס' ודאי לא מהני כיון שטוען שמא אבל אם תפס הלוקח וטוען ברי לרדיא זבני' שהרוב מסייע לו דרובא לרדיא זביני יש לעיין דהא קיי"ל דתפוס וטוען ברי מהני ומכ"ש הכא דרובא מסייע לי' ואפשר כיון דיש הרבה מומין דלשחיט' לא הוי מום ולרדיא הוי מום וכמעט רובא דרובא מומין כגון עוורות או חיגרות רק טריפה הוי מום לשחיטה וכיון דקי"ל דאין הולכין בממון אחר רוב והוא נתן המעות סתם אמרינן לשחיטה זבניה ולכך סתמו הפוסקים דמשמע דלא מהני תפיסה:

סימן רלג

א לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר. והנה אם נתאנה בשתות ותובע האונא' דבר זה יש ללמוד מחידושי הרמב"ן ב"ב ומוכח מדבריו שם דלמאן דס"ל דבביטול מקח אין המאנ' יכול לחזור מטעם דיכול לומר אי לאו דאוניתן וכו' רק כשהמתאנ' תובע האונאה א"כ ה"ה ביפות ונמצא רעות הדין הוא דהוי ביטול מקח ומה"ט המתאנ' יכול לחזור בו ולא המאנה והוא מה"ט דאמר בש"ס שם משום דיכול לומר אי לאו דאוניתן לא מצי הדרת וכו' וממילא כשיש אונאה שתות אף ביפות ונמצא רעות כשהמתאנ' תובע אונאתו יכול המאנה לחזור בו כמו בשאר ביטול מקח ומהתימא על המחבר שפוסק כדיע' זו בסי' רך"ז סעיף ד' (ועיין סמ"ע שם) וכאן השמיט דין זה דאם יש אונאה שתות ותובע האונא' דאף המאנה יכול לחזור אמנם לדעת הרא"ש שהביא הרמ"א שם דבביטול מקח אף המאנ' יכול לחזור ויפות ונמצא רעות לא הוי בביטול מקח נגד המוכר נראה דיכול הלוקח לתבוע האונא' ג"כ כשנתאנה שתות (עסמ"ע ס"ק ג' יש ט"ס וצ"ל ומיהו המחבר לא כתב דיעה זו ותיבת מור"ם הוא ט"ס):

ב אע"פ שאינן יפות. עסמ"ע ס"ק ד' עד ה"א דיכול לחזור בו הלוקח וכו' לשונו אינו מדוקדק דאדרבא ה"א דהמוכר יכול לחזור בו כיון שיש ג"כ רעות שלמטה הימנו וקמ"ל דאין יכול לחזור בו:

ג המקח קיים ומחזיר לו אונאתו והוא מת"ה סי' ך"ב שלמד דין זה מביצה ד"ז כהאי דאמר ביעי דפחיא ולכאורה נרא' דהעיקר כדברי הב"ח דהר"ן פ' האיש מקדש גבי אחין שחלקו סתר זה ע"ש ובודאי נשמט מת"ה דברי הר"ן ונראה דהוי ספיקא דדינא ולשיטת הרמ"א ה"ה כל דבר שנראה לב"ד שאין קפידא כל כך:

ד כסף סיגים עש"ך ס"ק א' שפסק דהמקח בטל ואף דיכול לצרפו ולתקנו מ"מ הא צריך הוצאות ודמי להא דפסחים ו' בהמשכיר בית בחזקת בדוק ונמצא שאינו בדוק ועמ"ש בספרי מקור חיים שם וגם הכא לא חזי למלאכתו ובלתי הוצאות:

סימן רלד

א ונודע שהיא טריפה ואם הלוקח עירבו עם כשרות ונטרף מחמת זה שאר בשר נראה דלדעת רמ"א לעיל בסי' כ"ח בסי' א' שפסק כדעת התוס' והרא"ש שפסקו כר"מ ובתוס' בב"ק ד' ק"י בד"ה טיהר את הטמא כתבו דלר"מ חייב בטיהר את הטמא אפילו כשעירבו בעה"ב עם פירותיו א"כ ה"נ כאן דחייב דהוי בכאן עשה במזיד אלא אפי' הנך דפטרי התם מ"מ הא כ' הש"ך שם בס"ק ב' לחלק בין מראה דינר לשולחני דכיון שהראהו לשולחני שוב לא די לו להראותו לאחר אבל הנשאל לחכם לא הי' לו לבעה"ב למחר. ועוד דבמראה דינר לשולחני מוכח מילתי' דסמיך עלה וכו' הכא י"ל דליביה אנסו וכו' ע"ש והכא לא שייך כל הני טעמי כיון שמכר לו במזיד בחזקת כשר מה הי' לו לישאל עוד וכל הטעמים שכתב הש"ך שם לא שייכי' כאן נראה דחייב לכולי עלמא:

ב והוא יחזיר להם הדמים עסמ"ע ס"ק ד' שכתב ב' טעמים באיסור דאורייתא דחייב להחזיר הדמים. א' משום דקנסוהו. ב' משום דלא חשיב הנא' כשאכל איסור דאורייתא ע"ש ונ"מ בין שני הטעמים אם עירבם הלוקח בששים בלח בלח ואכל אחר שכבר הותר א"כ חשיב הנאה ומ"מ שייך קנס על שגרם במזיד לבטל האיסור אך יש לספק אם עירבו ועדיין בעין דנרא' דיכול לחזור הדמים וליקח חלקו מהתערובת המותר דכשר וטריפה כשני מינים דמי והמקח בטל אך יש לספק אם התערובת אסור להמוכר כיון שע"י גרמתו שגרם במזיד נתבטל האיסור ומבטל איסור במזיד אסור להמבטל או דגורם לא חשיב כמבטל איסור במזיד ומסתבר לאיסור:

ג ואין המוכר מחזיר לו כלום בש"ך בי"ד סי' קי"ט פסק דאפילו המותר משויו א"צ להחזיר ע"ש ולכאורה אינו מובן כיון דהמקח בטל הוי כמזיק או כאוכל שלא במקח ולמה יצטרך לשלם יותר משוויו ואפשר דאף דבאיסורי תורה אפי' אוכלן בשוגג צריך כפרה ותשובה להגין על היסורין מ"מ באיסור דרבנן א"צ שום כפרה וכאילו לא עבר דמי תדע דהא אמרינן בעירובין דף ס"ז בדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא ואלו היה נענש על השוגג היאך היה מניחין לו לעבור ולקבל עונש אלא ודאי דאינו עונש כלל על השוגג באיסור דרבנן והרי הוא להאוכל כאלו אוכל כשירה והרי נהנה כמו מן הכשירה ומש"ה צריך לשלם כל דמי הנאתו כמו בזה נהנה וזה חסר מועט דכללא

הוא דצריך לשלם כפי מה שנהנה משא"כ באיסור דאורייתא שמקבל עונש על השוגג וחסרונו גדול מהנאתו:

סימן רלה

א בטיב מו"מ עסמ"ע סק"ד בהג"ה שמוכח מדבריו באחד שזיכה ע"י אחר מתנה להקטן ומסרו האחר להקטן אחר שהגיע לפעוטות שמקחן מקח שפטור האחר כשנאבד מהקטן נראה דהיינו דוקא בכה"ג שהחפץ הנאבד של הקטן וכיון דחכמים תקנו שיהיה מתנתו ומחילתו קיים מכ"ש פרעון לידו אבל של אחרים כשמסרו לקטן אף דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד מ"מ כשמוסר לקטן חייב כדמוכח בסי' קפ"ח:

ב במקום שעשו שלא כהוגן נראה דדין זה אינו רק בקטן שהקנין דרבנן לא הוי רק משום כדי חייו ולא תיקנו שיהיה עצמו בדבר האיסור אבל בגדול מהני קנין דרבנן או קידושין דרבנן כגון בקטנה אפי' במקום איסור ועיין במ"ל פ"ט מה' זכיה ומתנה הלכה א':

ג או שקנה לו האפוטרופוס עסמ"ע סקי"ב שכ' דאפשר בקטן שקנה קרקע בעצמו כיון דהקטן יכול לחזור בו הוי כמטלטלין ומכירתו מכירה לא נהירא לפענ"ד דמה בכך שיכול לחזור מ"מ כיון שאינו חוזר והקרקע שלו וכשמכר לא היה דעתו למכור קרקע שצריך חריפות ובקיאות ודאי דמכירה לאו מכירה ואין להמציא סברות ודינים מחודשים בשביל דיקדוק קלוש ומהסמ"ע בעצמו בסקל"א מוכח דגם בכה"ג דין קרקע יש לו:

ד והלוקח אוכל פירות עסמ"ע סקי"ד שכתב דהא דסעיף י"ד בפחות מבן עשרים שמכר קרקע דמוציא ממנו אף הפירות מיירי שלא אכלו בפני קטן וכו' ומלבד שהוא דוחק גדול שהרמב"ם והטור והמחבר סתמו דבריהם ולא חילקו ויהיה כוונתם דוקא כשאכלו שלא בפניו הוא ג"כ תמוה מאוד דהיאך ס"ד לומר שהקטן שמכר לא יהיה הלוקח צריך להחזיר הפירות שאכל מי גרע מהא דמבואר בי"ד סי' קע"ד במכר ואמר לכשיהיה לי דמים אחזיר לך וכן באמר את ונוולא אחי דלהרבה פוסקים הוי ריבית קצוצה כיון שהמקח בטל לגמרי הוי ריבית קצוצה ומכ"ש כאן שהקטן יכול לחזור בו אימת שירצה ואפילו לחזור בו א"צ דהמקח בטל מעיקרא כמ"ש הרמב"ן שם בתשובה סי' ב' ע"ש מכ"ש דהוי ר"ק להנך פוסקים ולא דמי למוכר פירות דקל דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה דשם כשאכל אין מחזיר לו שום מעות דהא לא קני ממנו רק הפירות ואכלן משא"כ הכא כשמחזיר לו כל המעות שלקח בעד הקרקע והפירות שאוכל הוא ריבית ואפילו להנך דס"ל שם וכן באסמכתא בסי' קפ"ג דלא הוי רק אבק ריבית הוא מטעם דהוי"ל כמשכנתא בלא נכייתא וכתבו התוספות בב"מ דף ס"ד בד"ה ולא ישכור

הטעם דמשכנתא בתורת זביני אתי לידיה משא"כ הכא בקטן דקטן א"י לא להשכיר ולא להשכין ועיין בתשו' הרשב"א הביאו המשנה למלך בפ"ט מה' מכירה דהקטן שמכר דהמעות לא הוי רק מלוה ע"פ ועוד דאפי' לא הוי רק א"ר מ"מ הא כתבו הפוסקים הטעם בהא דלא מחשבינן ומנכין במשכנתא על הקרן אף דא"ר לא מפקינן מלוה למלוה הוא מטעם דבמשכנתא סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא ולא אמרו כן רק במשכנתא כמ"ש הש"ך (בי"ד) בסי' קע"ז סק"ב ע"ש ולא דמי למכר שדה גזולה דיש לו שבח ופירות דשם מכירה גמורה הוא לענין חזר ולקחה מבעלים הראשונים כמבואר בב"מ דף ט"ז וגם הגזלן א"י לחזור בשום אופן מהמכירה עד שבא הנגזל כמ"ש המ"ל בשם בעה"ת בפי"ט מה"ל גזילה וכיון דמכירה גמורה הוא נגד הגזלן לא הוי הלואה ולא הוי ריבית משא"כ הכא דלאו מכירה היא כלל ודאי דהוי ריבית ומנכין לו פירות שאכל ובתשובת הרמב"ן דהוא מרא דהאי דינא לא כ' דין זה רק במתנה דלא שייך ביה משום ריבית וכן בס"ס רמ"ו דאין מחזיר הפירות מיירי במתנה אבל במכר כל מקום שהמכר מתבטל למפרע הוי הפירות ריבית והרמ"א כאן לא ציין דין זה רק על דין המתנה ותיבת הלוקח שכ' הרמ"א נראה לי שהוא ט"ס וצ"ל המקבל וכן מורה דקדוק לשונו שכתב ואין הלוקח צריך לשלם ואי מיירי בלוקח היה צריך לומר אין מנכין לו הפירות שאכל א"נ י"ל דמיירי אפי' בלוקח רק כשלא נתן עדיין דמי המכירה באופן שהלוקח יתחייב לשלם דמי הפירות בזה כ' הרמ"א שפיר דאין חייב לשלם מכיסו אבל בשכבר נתן המעות ודאי מנכין לו הפירות שאכל ולפ"ז לא קשה מסעיף ך' דשם מיירי שכבר נתן המעות דאז מוציאין ממנו המעות כמו בב"מ דף ס"ו גבי את ונוולא אחי דאמר התם דחשיב ואפיק פירי דלאו מכירה הוא כלל ואפי' מלוה בשטר לא הוי רק מלוה ע"פ כמ"ש הרשב"א בתשובה כמש"ל:

ה שט"ח דינו כמטלטלין. בקצה"ח הקשה הא בעי כתיבה ומסירה ואין שטר לקטן ע"ש לענ"ד לא קשה מידי דדוקא בשטר הצריך עדים אמרינן דאין שטר לקטן וכן בקנין כ' הרמב"ם דלא מהני בקטן משום דקנין לכתיבה בעדים עומד ואין שטר בעדים לקטן אבל שטר שקונין בכתיבה דמהני כתב יד של קטן גופיה ודאי דמהני אף בקטן וגם לא שייך הטעם כמבואר בסעיף ה' שאין מוציאין מיד הקטן דהא איכא ג"כ מסירה וכן מדוקדק לשון הרא"ש בתשובה כלל פ"ה שהביא וז"ל בסופו אבל שטר כיון דהוי כמטלטלין יפה חתמו העדים אפילו היה קטן דמועיל כתיבת הקטן אך הא קשה על הרא"ש שכתב דיפה חתמו העדים ע"ש הא הוי מפיהם ולא מפי כתבם דודאי אפילו בדבר שא"צ עדים לגוף הדבר מ"מ אין לכתוב שטר ראיה על הקטן דהא שטר לא מהני רק כשנכתב בציווי המתחייב וציווי הקטן מידי מששא אית ביה. ונראה דשם מיירי שלא הכחיש הקטן או

שהיה ג"כ כתיבת יד הקטן ולא היה צריך ראיה דידהו נגד הקטן רק ששאלת השואל הוי דאפשר דלא מהני דהוי כמו קרקע ועל זה חשיב יפה חתמו העדים שהקנו היתומים השטר כי כן הדין וכיוונו העדים לדין אמת במה שכתבו שהשטר הוא של האחר ולא ללמוד מראיה דידהו כי ראיה דידהו בכתיבת השטר ודאי דלא מהני נגד הקטן אפי' במטלטלים כיון דהוי כנכתב בלא ציווי המתחייב ובפרט לדעת הרז"ה ביבמות פ' ד' אחין דהשטר מועיל מטעם שליחות המתחייב ואין שליחות לקטן. גם מ"ש הקצה"ח כיון דהשטר בעי מסירה ולדעת הרמ"א בסי' קצ"ז דבעינן מסירה בפניו וקטן כשלא בפניו דמי ג"כ לא נהירא לי דהא דבעינן מסירה בפניו אין הקפידא משום בפניו רק משום דבעינן מסיר' מיד ליד ומהני אפילו בקטן בודאי דאטו לא יועיל קנין ספינה לקטן שיקנה במוסיר' וכן להנך דס"ל דבהמה גסה לא נקנית רק במוסירה אטו אין לקטן קנין בבהמות וכן הפוסקים כתבו סתם דיש לקטן קנין במטלטלין משמע דכל הקניינים דשייכים בגדול הן ג"כ בקטן ובספינה ובהמ' גסה דמהני מסירה מהני ג"כ בקטן וכן כשהמשיך ומהני בפניו אפי' לא אמר לו לך משוך אף דקטן כשלא בפניו דמי משום דקפידא דבפניו הוא רק משום ריצוי וה"נ הא דבעינן קפידא דבפניו כמסירה הוא רק משום דבעינן מיד ליד:

ו מ"מ מקחו מקח עסמ"ע סק"ב ומכאן סתירה למ"ש הסמ"ע בסי' ר"צ סקנ"ח ע"ש ושם הארכתי וביארתי דהעיקר כמ"ש כאן:

ז שתות מחזיר אונאה ואף דבסי' שמ"ט מבואר דאפי' קטן שגנב כשאין הגניבה בעין דאינו חייב לשלם מ"מ במו"מ תיקנו חז"ל שיהיה כל דינו כגדול כדי שיהיה נ' ונ' עמו כמ"ש הסמ"ע סקמ"ג:

ח כשמשך או המשיך ועסי' קצ"ט דמשיכה בלא מעות לא קנה ביתומים עד שנתן המעות ג"כ:

ט וחזר בו אינו מקבל מי שפרע. משמע דבאופן המבואר בסי' קצ"ח ס"ח וסעיף ו' שהמעות הוא קונה קנין גמור במטלטלין קונה אף בקטן ולפי הטעם שכתב הסמ"ע בסקכ"ג אף בכה"ג לא קנה הלוקח מהקטן ושם יבואר:

י שאין מוציאין מיד הקטן עסמ"ע סקכ"ג שפי' דהוא טעם למ"ש שאין הקנין מועיל משום שהמטלטלין עדיין ת"י וצריכין להוציא מידו משא"כ בשכבר משך הלוקח שוב א"צ להוציא מיד הקטן ע"ש ואין להקשות דא"כ כשמשכו היתומים ולא נתנו מעות ג"כ לא יקנה דהא צריך להוציא המעות מהיתומים דז"א דקטן שיש לו אב דמי לקטן שיש לו אפוטרופוס ואם אין לו אב או שאינו סמוך על שולחנו דמי קטן ליתומים כמבואר בדרכי משה ובלא"ה לא מהני ביתומים משיכה בלא מעות כמבואר לעיל בסי' קצ"ט

ס"ד אך קשה דלפ"ז לא כתב שום טעם בהא דחצר לא מהני ועוד קשה דלפ"ז אם נתן מעות והוא באופנים המבוארים בסי' קצ"ח ס"ה שמעות קונה בכה"ג כגון שהיה ביתו של לוקח מושכר אצל היתומים מאביהם וכן באופן המבואר בסי' קצ"ט סעיף ב' ג' מ"מ מטעם שכתב הסמ"ע שיתומים אינם קונים ובגיטין דף נ"ד אמרו הטעם דאי יהיב זוזי ליתמי דלא קנו אף דיתומים כהקדש דמי וקנין כסף מ"מ לא יהיה כח הקדש חמור מהדיוט וכיון דבאלו אופנים אפילו בהדיוט קני במעות ולא שייך לומר שלא יהיה כח הדיוט מה"ת לא יקנה ועוד מה"ת אין מוציאין מיד הקטן הא בעסקי מו"מ קטן דינו כגדול כמבואר בסי' צ"ו סעיף ג' על כן נראה דהטעם שאין מוציאין מיד הקטן שכתב הרמב"ם והמחבר קאי על השכיר מקום המטלטלין דלא קנה דהטעם שכתב הסמ"ע דאין להקטן כח להשכיר המקום דשכירות ליומא ממכר הוא קשה דסעיף ו' בקטן שקנה מטלטלין ושכר המקום דלא קנה לפי שאין חצר הקטן קונה הא בלא"ה כמו שאין הקטן יכול להשכיר כמו כן א"י לשכור קרקע דקנין ומכירה שוה לכן נראה בדעת הרמב"ם דאף דאין לקטן כח כמכירת ולקיחת קרקע מ"מ בשכירות דיש בו ג"כ חיוב הגוף דהא אם עבר וסתרו חייב להעמיד לו בית כמבואר בסי' שי"ב סעיף י"ב ואלו מכר לו בית וסתרו המוכר א"צ המוכר להעמיד לו בית רק לשלם לו דמי שוויו וכן בסי' ש"י סעיף ב' במתה דמוכר הנבילה לשכור חמור אלמא דיש חיוב הגוף להעמיד לו הדבר ששכר ממנו ודמי למחייב עצמו בפירות קרקע וכ"כ השיטה מקובצת בהדיא דחמור סתם הוי כאפותיקי סתם וחמור זה הוי כאפותיקי מפורש וחיוב הגוף מהני מגדול לקטן משא"כ מקטן לגדול דחיוב לא מהני גבי שאין מוציאין מיד הקטן כשנתחייב עצמו ולהקנות גוף הקרקע לפירות ג"כ אינו יכול הקטן מש"ה לא מהני שכירות מקטן אבל להשכיר קרקע להקטן מהני מטעם דהוי כהתחייב עצמו בפירות קרקע ושיעבד קרקע זו לפירותיה דמהני מגדול לקטן ולא מקטן לגדול אבל קנין מעות כשהוא באופן דמהני מגדול מהני ג"כ בקטן:

יא ואין קונין מיד הקטן עיקר הטעם כתב הסמ"ע בסעיף צ"ו דכתיב שלף איש נעלו ולא קטן ומ"ש הרמב"ם הטעם דקנין כשטר מבואר בסמוך אמנם בחליפין שוה בשוה נראה דתליא במחלוקת המבואר בסי' ר"ג דלר"ת דס"ל דלא בעינן כלי דחליפין שוה בשוה לא נלמד מקרא דשלף איש נעלו כשם דלא בעינן נעל כך לא בעינן איש וגם לא גרע מנתן לו כל הכסף דקנו אפילו בהקדש דמהני כסף ושוה כסף יתומים ה"ה כהקדש כמבואר בגיטין ל"ד ומה דאמר התם במעות לא יהיה כח הדיוט חמור מהקדש לא שייך כאן כיון דגם בהדיוט קני וגם טעם הרמב"ם שכתב דהקנין כשטר ואין שטר לקטן לא

שייך בחליפין שוה בשוה ולכך לר"ת בודאי קנה בחליפין שוה בשוה אבל להנך פוסקים דס"ל דגם בחליפין שוה בשוה בעינן כלי דנלמד מקרא דשלף איש כשם שנעל בעינן כך בעינן איש:

יב לא יהיה הקנין ברמב"ם כ' בלשונו וראיה לדבר שאין חצר וד"א כו' ונראה כוונתו דלא נימא דרבנן תקנו בפעוטת שיהיה במו"מ כל דיניו שוה לגדול ולזה אמר דהא מצינו דאין חצר וד"א מועיל לקטן משום דאין שליחות לקטן ומה בכך הא בלא"ה אין מעשה קטן כלום רק שחכמים תיקנו שיהיה דינו כגדול א"כ אף חצר וד"א יהיה מהני בקטן מדרבנן וכן שטר יהיה מועיל בקטן מדרבנן וכיון דלאו בכל הקניינים עשאוהו כגדול ולא אמרו בגיטין דף נ"ד רק משוך פירי מיתמי ע"ש יש לומר אפשר דלא תיקנו רק משיכה ולא שאר קניינים דכתיב בהו איש כגון ק"ס ועסי' רמ"ג סעיף י"ט אמנם בקטנה דחזינן דילפינן מדרבנן מציאה מגט (דילפינן היינו מדרבנן כמ"ש התוס' בב"מ דף י') יש לנו לומר דלכולא מילתא שווינהו כגדולה וזהו ג"כ כוונת הרמב"ם בהטעם שכתב דאין קונין מיד הקטן וכוונתו כשם שלא תיקנו שטר בקטן כבגדול כמו כן לא תיקנו קנין בקטן כגדול דאי היה מתקנין קנין בקטן בודאי שהיה לו ג"כ דין שטר אלא ודאי דלא תיקנו קנין כלל בקטן:

יג קטן שקנה קרקע עסמ"ע סקכ"ט דהקטן יכול לחזור בו ולא המוכר ואף שהמוכר מכר סתם י"ל דאמרינן דכ"ע ידעי דקטן אין לו קנין ובודאי בדעתו תלה הדבר ונראה דכשהקטן חוזר כשהגדיל דמשלם כל הפירות שאכל. ובקצה"ח האריך בכאן וכל דבריו אינם מובנים לי שהקשה על הרב המגיד שלמד דין זה מהא דאקניה לבנו קטן הא שם מתנה הוא ועוד הא דבמטלטלין הוא רק מתקנ"ח משום דאין נתינתו בדמים נתינה ובקרקעות יהיה מקחו ד"ת כלפי לייא עכ"ל. לא ידענא מאי קשיא ליה דודאי אף כמטלטלין כה"ג אם ימכור לו המוכר שיהיה הקטן יכול לחזור בו עד שיגדיל והמוכר לא יהיה יכול לחזור בו בודאי דהקטן קונה מדאורייתא דאין לך זכות גדול מזה כמבואר לקמן סעיף כ"ג ועדיפא אפילו ממתנה דבמתנה הוא קצת חוב משום שונא מתנות יחיה משא"כ במקח כשיהיה הברירה בידו ודאי זכות הוא וקונה ד"ת כשדעת אחרת מקנה והא דאין מקחו מקח במטלטלין. מדאורייתא הוא רק במקום שיהיה המקח קיים מיד באופן זה אין נתינת דמים שלו נתינה וממילא לא קנה המטלטלין ד"ת אבל כשמכר לקטן באופן שיהיה הברירה בידו קונה בין בקרקע בין במטלטלין ד"ת והמגיד למד מהא דאקניה לבנו קטן במתנה דדעת אחרת מקנה בדבר שהוא זכות הוא מן התורה וכיון דמדאורייתא מהני ממילא מהני גם במכירה כשהוא זכות ומ"ש בקצה"ח כיון דתקנו שיהיו מעשיו

קיימין במטלטלין ממילא מהני נתינת דמים שלו כשקנה קרקע להיותן מטלטלין ושוב הוי מקחו אפילו בקרקע ד"ת ומשמע מדבריו מכ"ש במטלטלין דשוב הוי המקח שלו ד"ת ולא ידעתי מה הוא שח דהא בהדיא קתני מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין הרי מבואר בהדיא דבקרקע אפילו במקחן אין מקח וחכמים לא תיקנו שיהיה נתינת דמים שלהן נתינה רק לקנות מטלטלין שבזה א"צ חריפות אבל לקרקע שצריך חריפות ואין להם דעת לקנות לא תיקנו שיהיה נתינת דמים שלהן נתינה. אמנם מה שהקשה בהא דשקלים דהקטנים ששקלו מקבלין מהן רק שימסרו לציבור יפה היאך אפשר להקטנים להקנות יפה והוכיח מזה דהפקר ב"ד הוא מדאורייתא והוכיח מכאן דמעמד שלשתן מהני בקידושין וכן הקשה על הרשב"א שמקשה בהא דהשולח דמה בכך מקניה לבנו קטן כיון דזכיה לקטן היא רק מדרבנן נכוף לאב לשחררו כיון דמדאוריי' דאב הוא וע"ז הקשה הא כיון דמדרבנן קנה הפקר מדאוריית' ב"ד קניא בזה כבר הארכתי במקום אחר דהפקר ב"ד אינו רק הפקר מדאורייתא אבל לא הוי קנין מדאורייתא רק קנין מדרבנן וכ"כ הגט פשוט סי' ק"ל ע"ש ולזה גבי שקלים כיון דהוי הפקר מדאורייתא מהקטנים שוב הציבור זוכין במשיכת הגזבר שהוא שליח דידהו מדאורייתא כדין הזוכה מהפקר משא"כ במזכה לקטן נהי דשוב הממון יצא מרשות המזכה מדאורייתא מ"מ לא בא לרשות הקטן מדאורייתא דהקנין שתיקנו חז"ל לא חשיב קנין מדאורייתא וכיון דקי"ל המפקיר עבדו צריך גט שיחרור יפה הקשה הרשב"א דמה בכך שהפקר ב"ד הפקר מ"מ לא נעשה של קטן ושיחרור האב מועיל כמו שמועיל במפקיר עבדו משא"כ במעמד שלשתן בקידושין דליכא קנין לאשה מן התורה מה בכך שיצא הממון מרשות המקדש מדאורייתא מ"מ לא נעשה של אשה מדאורייתא וממילא מקודשת מדאורייתא:

יד ב"ד מוכרין קרקעותיו לפרוע חובת אביהם וה"ה חוב עצמן כמ"ש הרשב"א בתשובה חלק ב' סי' קכ"א ונראה דדוקא לפרוע חוב יכולין ב"ד למכור אבל אם הוא בעצמו צריך למכור לאיזה צורך נראה דאין לב"ד להעמיד אפוטרופוס למכור לצורכו כי אפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן וגם הב"ד אין להם כח כיתמי שווינהו ב"ד לכך והנה בב"י הביא תשובת הריטב"א בקטנה שנתנה מתנה שכתב וז"ל ואם אתה רוצה לפטור עצמך משבועה על מתנתה תעשה מתנתה ומחילתה מהמטלטלין בפני שלשה ויעשה לך שטר מעשה ב"ד לראיה ויכתבו בו שהכירו בה שהיא פקחת וראויה לתת מתנת מטלטלין עכ"ל. והדברים תמוהין לי הא כל שטר שבעדים כשלא נכתב בציווי המתחייב הוי מפי כתבם ואטו שלשה עדים שראו המתנה או מכר או הלואה יהיו יכולין לכתוב בתורת מעשה ב"ד ודאי דכל ב"ד אינו ב"ד רק במקום שמדינא צריך ב"ד או בקבעו ושלחו

כמבואר בסי' ל"ט ובסי' ע"ט ע"ש והא דאמרינן בב"ב דף קי"ג בשלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו עושין הוא מטעם דאמר התם דכתיב חוקת משפט אורעה כל הפרשה כולה להיות דין וע"ש בתוס' דהיינו שיכולין להיות דיינים בע"כ של הבע"ד וכיון דבקטנה היא ולא מהני ציוויה מאין יועיל עדותן או מעשה ב"ד שלהן דכל קטן כשלא בפניו דמי ומאן שווינהו ב"ד או עדים אם לא שמעידין להאפוטרופס שזה יש רשות לב"ד או להעמיד להאופטרופוס או שיהיו הן עצמן אפוטרופסין וכשיעמידו אפוטרופוס שוב תהיה אסורה ליתן מתנה לפי דעת הריטב"א כמ"ש שם ולפ"ז אין תקנה לפחות מבן עשרים למכור בנכסי אביו רק שילוה מעות לעצמו מקודם ולשעבדן שבזה יש לו כח כמבואר בסעיף ט"ו בהג"ה ואח"כ יגבה הב"ד לבע"ה בשומת ב"ד שלפרוע יש כח להב"ד:

טו ועוד דסימנים עשויין להשתנות בב"י הק' דל"ל כל הג' טעמים ונראה לפענ"ד דצריכין לכל הטעמים דודאי אם יש שטר אפילו לא היה הסימנין עשוים להשתנות והיו רשאים לנוול המת מ"מ סגי בטעם א' דחזקה על העדים שעשו כהוגן ובודאי גדול היה ואף אם היורשין רוצין לברר שלא היה לו שערות הא ליתא דממ"נ קודם כ' בלא"ה אין מכירתו מכירה בנכסים שירש ואחר כ' אפילו אין לו סימנים הוא גדול דחזקה על העדים שעשו כהוגן ואמרינן דבודאי ראו בו סימני סריס דבסי' אחד דהיינו שאין בשרו מעלה הבל הוי סריס אמנם אם ליכא שטר רק עדים מעידין שראו המכירה וא"י אם יש לו סימנים ורוצין הלקוחות לבודקו אם יש לו שערות בגומות לקיים המקח ובזה צריך הטעם דסימנים עשויין להשתנות שהטעם דאין מנוולין לא שייך בלקוחות כדאמרינן בש"ס דלקוחות אמרי זוזי יהבינן לניוול ולנוול ואם היא להיפך שהלקוחות רוצין לבטל המקח והיורשין תובעין מעות דמי המכירה ורוצין היורשים לבודקו אחר סימני סריס ואיילנית שהן גדולים שבהן לא שייך סימנים עשויין להשתנות צריך הטעם דאין מנוולין את המת דהיורשין אסורים לנוולו ואם הוא חי ובדקוה ויש לו שערות יש ספק אם היה לו שערות בשעת מכירה לדעת הרא"ש בתשו' כלל ל"ג היכא דרואין עכשיו שערות מחזקינן אותו בגדול משעה שהגיע לכלל שנותיו והב"י בסי' מ"ג באה"ע כתב שהרשב"א והרמב"ן חולקין ע"ש:

טז או שנטע וזרע עסמ"ע סק"ח שמסתפק אם דינו כיורד ברשות ע"ש והנה בתשו' מהר"א ששון סי' קי"ז כתב דבכל מקום שיש ביטול מקח כגון באונאה או במום שדינו כיורד ברשות ואם בנה ולא השביח מדמה אותה להא דסי' ק"ג בשומא הדרא אי בנה והוציא ולא השביח ע"ש אך מ"מ אפשר שיש לספק בזה כיון שהלוקח ידע שהוא פחות מבן כ' ואין מכירתו מכירה דמי ליורד שלא ברשות אמנם מהא שכתב המחבר לעיל בסי' רל"ב

סעיף י"ד דאם השביח נוטל שכר החפירה מן המוכר משמע דמשלם לו גם שכר טרחתו כדין יורד ברשות ודוחק לומר דשם הוי כשדה העשויה ליטע דמנין לנו שעומד דוקא לעשות חילוק:

יז שוב א"י למחות נלמד מהא דאמרינן בקטנה דכי גדלה שוב א"י למאן בקצה"ח תמה דהא קי"ל דשם בעינן בעל דוקא ומטעם דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ולפענ"ד נראה דהא ע"כ מוכח מאן דס"ל ביבמות דגדלי בהדי כשלא מיחתה כשנתגדלה שיש הוכחה שנתרצתה דאלת"ה מה"ת תהיה מקודשת וכן אמרו בכמה דוכתי כמו שהביא הב"י ובפרנסה וכן אמרו בכתובות אם הגדילה שעה אחת ולא מיחתה שוב א"י למחות והא דקי"ל דבעינן בקדושין בעל דוקא נראה דשם טעם אחר איכא דבקדושין אינו מועיל ריצוי ובעינן דוקא אמירה הרי את מקודשת מהבעל ואף דאיכא אומדנא דמוכח שנתרצה לא מהני בלא אמירה ועיין באה"ע בח"מ סי' כ"ז סק"ט ואפילו בנתן הוא ואמרה היא ספיקא הוי אף דבמקח ודאי מהני אף כשנתן הלוקח ואמר והמוכר קיבל והוא משום דבקידושין בעינן אמירת הבעל דוקא וכיון דאמירתו להקטנה לאו מששא אית ביה מדאורייתא לכך כשהגדיל כמאן דאמר שלא בשעת קידושין דמי ולכך בעינן בעל דמשום חזקה הוי כאומר אבל במכר בדאיכא הוכחה שנתרצה סגי:

יח שאם ידוע שלוה לצורך מזונותיו וה"ה אם מודה לו כשהגדיל שלוה לצורך מזונות ופשוט:

יט יכול לשעבדן מרא דהאי דינא הוא הרשב"א בחלק ג' סי' קכ"א ושם קאי על פחות מבן עשרים וכבר הוא בן י"ג ונראה דהשואל לא נסתפק כלל אם ב"ד גובין מנכס אביו מה שלוה לצורכו דמה"ת לא יגבהו מהן דהא ודאי אחר שיהיה בן עשרים יגבו הב"ד מהנכסים וא"כ מה לי אם יגבו מהן אחר שיהיה בן עשרים או קודם לכן הא לא שייך הטעם דאמרו בש"ס דמקרקשי ליה בזוזי דהא הב"ד הן הגובין ע"פ שומת בקיאין ועיקר מה שנסתפק השואל הוא אם שעבודו ששיעבד פחות מבן עשרים הקרקע הוי שיעבוד לענין אם מכרה או שיעבדו ג"כ תיכף כשנעשה בן עשרים לאחר אם יש לו להשני דין מוקדם כיון שלא נשתעבדו הנכסים להראשון ודמי ללוה ולא כתב לקמא דאקני דמשועבד לבתרא כיון שלא נשתעבד לקמא והכי נמי לא נשתעבד לקמא ודמי למלוה ע"פ מוקדם למלוה בשטר מאוחר דמלוה בשטר קודם וע"ז השיב דשיעבודו הוי שיעבוד ויש לו דין מוקדם וטורף מהלקוחות ומהמאוחר אבל קודם שנעשה בן י"ג ודאי דשיעבודא לאו שיעבוד הוא דהא אין שטר לקטן ומנין יהיה לו שיעבוד ולפ"ז דברי הרמ"א שציין עצמו על קטן שלוה תמוה דבמה מיירי דאי לענין לגבות חובו כשהן

עדיין בני חורין ודאי דגובה אפילו בשלוה לצורך מזונות בעודו קטן. ועוד דאי כוון לזה במ"ש דיכול לשעבדן דהיינו לגבות מהן הלשון תמוה דהל"ל יכול לגבות מהן לכן נראה דהגה"ה זו שכ' הרמ"א מוסב אלמעלה על הדין דפחות מבן עשרים (והנה שם ברשב"א בתשובה זו יש הג"ה מאיזה אחרון שהביא שם בעל כנה"ג וכ' שם דבב"י הוא גירסא מוטעת דאינו גובה רק מטלטלין של אביו ולא מקרקע של אביו ולפענ"ד נראה דתלמיד טועה כתבו כיון דחייב לשלם מדינא מה"ת לא יגבו הב"ד מהקרקעות שיש לו מאביו הואיל והן שלו כמו שאר נכסיו גם מ"ש שם דמ"ש הרשב"א בתשו' בס' תולדות אדם סי' פ"ז דשם מיירי בקטן שהוא פחות משש הן דברי תימא דהא מבואר שם שהקטן רצה לבטל הפשר מחמת שהיה לו אפוטרופוס ובקטון פחות מבן שש אפילו אין לו אפוטרופוס מעשיו בטלין אלא ודאי דבבן שש מיירי ובחלק ג' סי' כ"א מיירי בגדול רק שהוא פחות מבן עשרים דבהדיא כתב הרשב"א בלשונו פחות מבן עשרים וגם כתב למכור בנכסי אביו וכשהוא פחות מבן י"ג אפילו בקרקעות של עצמו א"י למכור) היוצא מזה דהג"ה זו קאי על פחות מבן עשרים והוא כבר בן י"ג והביא שערות ובזה פסק ששיעבודו ששיעבד ושט"ח שלו הוא שיעבוד המועיל ושעבוד שלו הוי שיעבוד אפילו בנכסי אביו ויש לו דין מוקדם וטורף גם מהלקוחות שקנו ממנו תיכף כשנעשה בן עשרים אבל כשהוא פחות מבן י"ג אין לשטר שלו דין שטר רק דין מלוה ע"פ וכשהן בני חורין גובין מהן ע"פ ב"ד במקום שחייב מן הדין לשלם אפילו כשלוה כשהוא קטן כגון שלוה לצורך מו"מ או לצורך מזונות כנ"ל ברור:

כ או מדבר ואינו שומע בב"י הקשה הא בש"ס אמרו דזה וזה הן כפקחין לכל דבריהן ותי' שני תירוצים. א' כיון דע"כ לאו כפקח ממש קאמר דהוא צריך בדיקה וכיון דקתני מדבר ואינו שומע זהו חרש משמע דדינו כחרש גמור לכל הדברים שלא נאמר בו בש"ס כפי' שאינו כחרש ותי' ב' דשם מיירי כששומע קצת אבל אם אינו שומע כלל דינו כחרש גמור ע"ש. ושני התי' תמוהין דהא בחגיגה ד' ב' תנן בהדיא חרש שדיברו חכמים בו בכ"מ כשאינו שומע ואינו מדבר מוכח בהדיא דכ"מ כשמדבר ואינו שומע דינו כפקח גם מה שתי' בשומע קצת תמיה דהא כששמע כשמדברין לו בקול רם אפילו אינו מדבר השיב כשומע ואינו מדבר דהא כתב הרא"ש בתשובה הביאו הטור וז"ל כ"מ שהזכירו חרש אצל שוטה היינו שאינו מדבר ואינו שומע כלל ומזה משמע דכשמדבר אף שאינו שומע כלל ה"ה כפקח. ועוד קשה דאם כן היה לו לכתוב גם כן גבי גירושין וקידושין דאם הוא חרש ואינו שומע כלל דא"י להקנות קרקע דדינו כשוטה ומכ"ש דא"י לקדש ולגרש. לכן נלפענ"ד דדעת הרמב"ם דהא דתנן בחגיג' חרש שדברו בו בכ"מ היינו דוקא

בכ"מ שהזכירו חכמים חרש אצל שוטה וקטן וכ"כ רש"י שם וז"ל שהשוו אותו לשוטה אז בעינן דוקא שיהיה אינו שומע ואינו מדבר אבל כאן שלא הזכירו אלא חרש לבד הוא אפילו מדבר ואינו שומע כדתנן בגיטין מדבר ואינו שומע זהו חרש והטעם דקרקע גרע דהא קטן אחר י"ג שנים שדינו בגדול לקדש ולגרש וס"ל להרבה פוסקים דאפילו קרקע שלו א"י למכור אם לא שהוא חריף וכיון דבקרקע בעינן חריפות ולכך אפילו חרש שמדבר ואינו שומע חריף ואינו יכול למכור קרקע יש לומר דהיה קים להו לחכמינו ז"ל שאינו חריף ואינו יכול למכור קרקע ונראה דאם צריך למכור קרקע שהב"ד מעמידין לו אפוטרופוס כמו שמעמידין לשוטה דיש לו דין שוטה לזה דאלת"ה לא יהיה יכול למכור קרקע אם לא שילוה תחלה והב"ח יגבוה לפרעון:

כא וכן העבד שקנה או מכר נראה דודאי כשעבד קנה או מכר שגם הלוקח או המוכר יכול לחזור בו קודם שנתרצה האדון דלא עדיף העבד מאחר שקונה בשביל אחר כמבואר בסי' קפ"ד אפילו נתרצה האדון אין הקנין קיים כשהיה משיכה כיון שכבר כלתה משיכתו ורק בקנין כסף וכיוצא רק דקמ"ל דאפי' במקום שידוע שהוא זכות לאדון כגון שלקח בזול גדול או שמכר ביוקר גדול וקמ"ל דמ"מ לא אמרינן יד העבד כיד רבו אפילו בזכות והאדון יכול לבטל המעשה כ"כ המ"מ וז"ל שהוא לא חידש אלא שמה שאמרו יד העבד כיד רבו לזכות בעבורו ולא לחייב כלל אפי' במה שהוא זכות וכו' ע"ש:

סימן רלו

א אם יש ביד הבעלים ליקח עיין סמ"ע ס"ק א' ויש שם ט"ס הא שכתב הסמ"ע ולפ"ז צ"ל מ"ש אחר כך או שהתה וכו' עד אבל זה אינו דברים אלו נכתבו שלא במקומן וצ"ל בסוף להס"ק אצל הי"ב חודש ולא יותר והיינו דמתחלה רצה לומר דאם קדם הלוקח דאין הבעלים יכולין לסלקו כשלא הי' להם דמים וע"ז הקשה דא"כ בסעיף ג' הי' לו לחלק בין הי' לו דמים או לא ולזה מסיק אם לקח בתוך יב"ח אפי' לא היה לבעלים דמים יכולין לסלקו. ומ"ש המחבר ואם אין בידם ליקח כוונתו שאין להם דמים ליתן להלוקח עכשיו וזה תולה בזה כיון שהן קודמין לקנות מש"ה יכולין לסלקו אף כשלא הי' להם דמים בשעה שקנה ולזה כתב הסמ"ע דלפ"ז באחר יב"ח ע"כ יכול לקנות אפי' לכתחלה דהא הא בהא תליא וכן מ"ש המחבר בסעי' ג' מיירי אפי' בלא הי' לו דמים זהו כוונת הסמ"ע ודבריו דחוקין. גם מ"ש הסמ"ע בסוף ס"ק ה' דהר"ן ומור"ם ס"ל דאפי' אחר יב"ח הבעלים קודמין לקנות כשיש בידם לקנות ומשמע מדבריו כשהיה ביד הבעלים אפי' קדם הלוקח וקנאה הבעלים יכולין לסלקו אפי' שהתה לפני המציק י"ב חודש

ודוחק הוא בעיני מאוד דלשון המשנה משמע שכל הקודם ליקח זכה אחר י"ב חודש ולפענ"ד נראה דאין הפרש בין שהתה לפני המציק ובין שהתה בפני הלוקח מן המציק יב"ח ובשניהם א"י לסלק שוב דהא עיקר הטעם כ' הריב"ש בשהה יב"ח דאמרינן כיון דלא תבעיה בדינא גמר ומקני א"כ מכ"ש כשכבר לקחה ישראל מהמציק ושהה בפני ישראל הלוקח די"ל מדשה' ושתק גמר ומקני דהא יותר יש לו לירא מהמציק ממה שיש לו לירא מישראל הלוקח ממנו והי' לו לתובעו ומדלא תבעו ע"כ לא הי' בידו ליקח כל השנים עשר חודש וגמר והקנה ונראה הא דנקט במשנה אם שהת' בפני הסקריקון יב"ח לרבותא נקט ומכ"ש כששהתה לפני הלוקח יב"ח. אמנם הא שכתב הסמ"ע בתוך יב"ח אפילו כשקדם אחר וקנאו הבעלים מסלקו הוא אמת וכן כתב הריב"ש בהדיא ולפמ"ש דברי הרמ"א כפשוטו בהא שכתב הרמ"א דאם הבעלים אומרים שהיה בידם ליקח דהיינו שטוענין שהיה בידם ליקח תוך יב"ח ורצו לסלק הבעלים ולא רצו הבעלים והבעלים טוענים שלא הי' בידם ליקח כל תוך יב"ח ובזה א"ש הדין שכתב הרמ"א דאם הבעלים טוענין שהיה בידם ליקח דהלוקח נאמן ולא אמרינן נוקי ארעא בחזקת מרא קמא דהטעם כיון דבפנינו מן הסתם הקרקע בחזקת הלוקח והוא שטוען שנעשה באופן שנתבטל הקנין עליו לברר כי לעולם אין תולין שנעשה דבר מחודש בלא ראה כמ"ש הרשב"א לענין תנאי בשב ואל תעשה:

ב רביע הקרקע והבריר' ביד הבעלים כמבואר בסוגי' ובטור מ"מ נראה דאפי' נוטל רביע בקרקע א"צ להחזיר לו הפירות שאכל עד שעת העמדה בדין:

ג ישראל שדחקו חבריהם לכאורה קשה דמה בכך דהוי כמו שלא הי' בידם להורגו הא כתב הב"י בסי' ר"ה דיסורין חמורין ממיתה וכיון שדחקו חבריהם בתפיסה עד שהוצרכו ליתן ושביה קשה מכלהון ומה לי שמבקשין להרוג או שמייסרין ביסורין ונראה הטעם דהא סיקריקון מדינא לא קנה דהא תלוהו ויהיב הוא כמ"ש הריב"ש בסי' ר"צ רק תקנה עשו חז"ל שיקנו הלוקחים ויתנו להבעלים רביע כדי שלא ישתקע השדה ביד סיקריקון מחמת שימנע אדם מלקנותו והבעלים לא יקנו מיראה ולכן ס"ל דתקנה זו לא שייכא רק בעכו"ם משא"כ בישראל דלא יראין כל כך מהם מש"ה בטל:

ד או שהודה עסמ"ע ס"ק ט' דהיינו שעדיין מודה אבל אם כבר הודה ועכשיו אמר שמחמת יראה הודה שומעין לו כמ"ש הטור בסי' ר"ה ע"ש עכ"ל. ומאוד תמוהין דבריו דמה ענין סי' ר"ה לכאן שם מיירי כשמודה לגזלן עצמו או שמודה להלוקח שנתן מעות להגזלן שייך לומר שירא מהגזלן לומר שלא נתן לו מעות אבל לענין שאם מודה להלוקח שקיבל ממנו רביע מעות ודאי דלא שייך לומר שמפני היראה הודה דהא אפילו חזקה

מהני ללוקח מהגזלן כשטוען שהוא בעצמו קנאה שנית מהנגזל ולא אמרינן שהי' ירא למחות כמ"ש הסמ"ע בעצמו לעיל סי' קמ"ט סעי' ך"ו ע"ש וכאן בס"ק ה' מהני חזק' כשטוען שנתן לו רביע ומכ"ש דמהני הודאה מפורשת מהלוקח שקיבל ממני הרביע המעות כשהיה מגיע לו והא דאמרינן לקח מסקריקון וחזר ולקח מבעל הבית דמקחו בטל מטעם דמשום יראה אלמא דירא מלוקח מהסקריקון יתבאר בסמוך:

ה שטוענין לו שהראשון קנאה מהם ומכ"ש כשהלוקח בעצמו טוען שקנאה ממנו דנאמן מטעם חזקה דג"ש והרשב"א בחידושיו תמה דהא אפי' ראינו שלקחו מהבעלים אחר שקנא' מהסקריקון אמרי' דמחמת יראה הקנה ומכ"ש די"ל שהי' ירא למחות בו להוציא מת"י וז"ל אע"ג דבלוקח מגזלן אין טוענין אפי' טען אין מקבלין הכא טוענין וטעמא דמילתא דכיון שתקנו ללוקח מסיקריקון דקנה רק שיתן רביע וידוע הדין אצל הכל חזקה שנתן ודוקא שאכלו ג' שנים דאיכא רגלים לדבר הא לאו הכי לא משא"כ בלוקח מגזלן דנגזל מוציא מידו בלא כלום ואין הלוקח עשוי לקנות מהגזלן ולחזור וליקח עוד בכדי דמיו מבעה"ב ולפיכך אמר בלוקח מסיקריקון בכגון זו דעשוי הוא הלוקח ליקח מעיקרא ליתן ג' חלקים לסיקריקון ורביע לבעלים עכ"ל הרשב"א והנה דעת הסמ"ע לעיל סי' קמ"ט ס"ק ס"ו דאף בלוקח מגזלן מהני ולא אמרי' שהיה ירא מהלוקח מגזלן ובלקח מסיקריקון ואח"כ מהבעלים מקחו בטל ואמרינן שהיה ירא ממנו ולדעת הסמ"ע צריך לחלק בין סיקריקון שבא מחמת נפשות ירא אפילו בהלוקח ממנו משא"כ בגזלן סתם אינו ירא מהלוקח ממנו ולפ"ז בגזלן כשיש עדים או שטר שחזר וקנה מהבעלים אפי' לא ראו נתינת המעות מהני דאלת"ה מה מהני חזקה ללוקח מגזלן כשטען שקנ' ממנו הא חזק' במקום שטר קאי וכיון דשטר לא מהני מכ"ש דחזקה לא מהני אלא ודאי כמ"ש דבגזלן שטר ועדים נמי מהני בלוקח מגזלן אמנם הוא תמוה לפענ"ד דא"כ הא דמקשה בב"ב ד' מ"ז ארב נחמן מאי קמ"ל תנינא לקח מסיקריקון וכו' ועיין רשב"ם שם דכיון דאין ראיית הלוקח מגזלן ראיה וכו' לישני ליה סיקריקון שאני לכן העיקר כרשב"א דהא לא מצינו שום פוסק שחולק על הרשב"א ומה"ת לא נפסוק כהרשב"א שהוא ראש הפוסקים ובודאי נשמט מהסמ"ע דברי הרשב"א מדלא הביאם ולכן נראה דאפילו בלוקח מגזלן ועכו"ם לא מהני ראיה ושטר כשידוע שבא לידו מהגזלן והעכו"ם ובשלחן ערוך שם סי' קמ"ט סעיף י"ו שבתב שנאמן לומר אני לקחתי ממך מיירי שאין ידוע שבא לידו מהגזלן אז בודאי נאמן לומר שהוא בעצמו קנאה ממנו ולענין קושיות הרשב"א הא דמהני כאן בסעיף ה' חזקה נלפענ"ד לחלק דלוקח מגזלן כיון שעבר איסור לקנות ממנו דהא אסור לקנות מהגזלן כמבואר בסי' שס"ט ולכך נעשה הלוקח ג"כ כגזלן

ועוד דע"כ היה דעתו כשקנה ממנו שלא להחזיר הדמים להנגזל שאין אדם עשוי לקנות מגזלן ולחזור וליתן להנגזל כדי דמים כמ"ש הרשב"א וע"כ היה דעתו לאכול פירות השדה הגזול' וגזלן הוא והוי כהוחזק גזלן על שדה זו וירא למחות בו כמו שאין לכל גזלן חזקה מה"ט שירא למחות כיון שהלוקח גם כן גזלן הוא משא"כ בלוקח מסיקריקון שעשו תקנה כדי שלא יוחלט הקרקע ביד הסיקריקון ליקח ממנו וליתן לבעלים רביע ואפילו משה ואהרן מותרין לעשות כן ואם כן איזה ענין יש לומר שהיה ירא ממנו מחמת שהיה מחזיקו כגזלן כיון דבדין קעביד ואין מחזיקין ישראל כשר בגזלן דאפילו בטוען גזלן אתה על שדה זו ולכך לא מחיתי אינו נאמן להחזיקו בגזלן מכ"ש כאן וכיון שהיה לו ליקח רביע קרקע שלו תיכף בלא מעות שהברירה ביד בעלים היה לו למחות ואפשר שגם הרשב"א כוון לכך:

ו אין הבעלים יכולין להוציא' נראה דמיירי שמכרה בשוויו שדמי חובו היה בכדי שוי הקרקע דאי מכרה בפחות משוויו לא גרע מאלו היה השדה משכון בידו ומכר' המבואר בסעי' ט' בהג"ה דאפילו בכ"ש חוזר המקח ואפילו הפירות שאכל חייב להחזיר ואם גבה ע"פ ערכאות א"י להוציא ממנו כמבואר בתשובת הריב"ש סי' ר"צ ועיין בתומי' סי' קנ"ח דכל שנתחייב לעכו"ם הוי כשיעבד עצמו לדין של דיניהם ועסמ"ע ס"ק ט"ו מה שהביא בשם הרא"ש ובאמת לכאורה דברי הרמב"ם והמחבר תמוהין והן נגד הסברא כמ"ש הסמ"ע ועש"ך ס"ק ז' שהקשה ג"כ בהא דסעי' ט' ביש מלך או שר דא"י להוציא דהוא מטעם דנתיאשו הבעלים הא בסי' שע"א מבואר דאין יאוש מועיל לקרקע ע"ש ולכן נלפענ"ד דהרמב"ם ס"ל דהא דאמרו בש"ס בבא מחמת חוב דאין בו משום סיקריקון והיינו דהמקח קיים לפי' הרשב"ם משום דקיי"ל לחז"ל דבדיניהם אפילו גבאה העכו"ם בחובו אחר שעבר זמן הפרעון והוא בשוויו שוב אין הלוה יכול להוציא ממנו בדיניהם והנה המ"ל בפ' ט"ו מטוען כתב בשם המהרי"ט והרדב"ז דכל שאין הישראל יכול להוציא מן העכו"ם בדיניהם והעכו"ם מכרה לישראל אין יכול הישראל להוציא מן הישראל השני אפילו בדינינו שיכול לומר לו אתינא מכח מאן דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה ע"ש שהאריך ומשה"נ הכא א"י להוציא מיד ישראל שקנה מהעכו"ם כיון שהעכו"ם יש לו זכות בדיניהם וזהו ג"כ הטעם בהא דסעי' ט' דכל דאיכא בי דואר במתא ולא אזיל קביל דא"י להוציא כיון דרואין מענייננו במה שלא תבעו בדיניהם דאין לו בירור וא"י להוציאו דאם היה לו זכות בדיניהם ודאי הי' תובעו וכיון שא"י לזכות בדיניהם אף שבדינינו יש לו זכות שוב א"י להוציא מיד ישראל שקונה ממני דמצי אמר ליה אתינא מכח מאן דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה כמ"ש המ"ל בשם המהרי"ט והרדב"ז והביא

ראיה מחד דאתא מכח ד' גבי מי שאבדה לו דרך שדהו אף שמה שלא היה יכול להוציא היה מכח מה שלא היה יכול לברר וע"ש מה שהקשה מסיקריקון מוכח מזה דאפילו בסיקריקון שייך סברא זו והנה אם יש לו כח עוד לתבוע להנכרי בדיניהם ודאי דיכול לתבוע להנכרי בדיניהם ואם יזכה ויקח הקרקע מידו יש לו רשות לתבוע להלוקח ממנו בדיניהם דהשני לא לקח רק זכות שיש להעכו"ם וכיון דעדיין יכול להוציאו מיד העכו"ם גם עכשיו יכול להוציא מידו רק דמיירי שאינו רוצה לתבוע להעכו"ם רק שרוצה לתבוע להישראל אז א"י לתובעו דא"ל כיון שאינך תובע להעכו"ם ע"כ יודע אתה שאין לך זכות נגד העכו"ם בדיניהם כגון שיש להעכו"ם עדים עכו"ם וכדומה וכיון שאין לך זכות מהעכו"ם בדיניהם גם לישראל בבא מכחו א"י לתובעו וזהו דוקא בגזלן עכו"ם אבל בגזלן ישראל כשלקח ממנו חייב להחזיר דלעולם בדינינו דין אח' יש בין להגזלן בין להקונה ממנו דטוענין ללוקח ולכן בסימן שע"א פסק דאין יאוש מועיל לקרקע ויכול להוציאן מלוקח האחרון דשם מיירי בגזלן ישראל דכל שדינינו הוא שיכול להוציא מיד הלוקח מסתמא אף מהגזלן הי' יכול להוציאו ולא שייך שוב לומר שקנה כל זכות הגזלן כיון שהגזלן ג"כ אין לו זכות ועוד נראה דאפילו בגזלן עכו"ם דוקא דלא אזיל קביל כלל א"י להוציא ממנו אבל אזיל קביל רק שהעכו"ם לא רצה לעמוד בדיניהם מחמת אלמיתו דיכול להוציא מיד הלוקח דלא שייך לומר שקנה כל זכות כיון דהראשון לאו מצד זכותו זוכה רק מצד גזילה זוכה:

ז אלא שמין כמה היה רוצה לכאורה קשה דמשמע אפילו עד כדי הבית צריך ליתן ואין הבעלים יכולין לומר החזק קרקע לעצמך ותן לי רביע במעות ומ"ש ממציקין שמסור בידם להרגן שמחוייב ליתן לבעלים עכ"פ רביע אפילו נתן בעד כל השדה כל שוויו אף שאם יש בידו ליקח יכול לחזור לו מעותיו כמ"ש הסמ"ע ס"ק א' אפ"ה יכול לומר לו החזק לך הקרקע ותן לי רביע ומ"ש הכא דא"י לומר כך ונראה לחלק דדוקא בלוקח מסיקריקון דעשו תקנה ליתן לבעלים רביע אפילו לקחו בחצי שוויו א"צ ליתן לבעלים רק רביע ולכך אפילו לקחו בכל שוויו חייב ליתן לבעלים רביע דלא פלוג רבנן ועוד דהא כתב הרשב"א הביאותיו לעיל סק"ה כיון דידוע התקנ"ח בכל העולם שחייב הבעלים רביע ע"כ אדעתא דהכי קנאו שיתן להבעלים רביע אך הא קשה לי דמ"ש מסימן ש"ו סעיף ב' בלקח מגנב מפורסם דא"צ להחזיר דוקא כשטוען לטובה נתכוונתי ולהציל כתב שם דחייב להחזיר לו משמע דאם מודה שרצה ליקחנו לעצמו ולא הצילו להחזירו לבעה"ב א"צ להחזיר לו המעות ומ"ש הכא דלא חילק וכתב סתם דחייב להחזיר מה שהי' צריך להוציא ומשמע אפילו הי' דעתו לקנות לעצמו ולא להצילו לחבירו מחוייב

ג"כ להחזיר לו והא עכו"ם להרבה פוסקים בסי' שמ"ו כגנב מפורסם דמי אח"כ מצאתי בקצה"ח בסי' שנ"ו שכ' באורך דגם שם אפי' לא נתכוין להציל צריך ליתן מה שנהנ' ע"ש ולפענ"ד נראה דגם כאן א"צ להחזיר לו רק כשטוען לטובה נתכוונתי דירד להשביח לחבירו ואז ודאי חייב כמו ביורד לשדה חבירו שלא ברשות ולא דמי למבריח ארי ולפורע חובו כיון שכבר הוא ת"י הארי כמ"ש התוס' בב"ק דף נ"ח ע"ש אבל אם קנאה לעצמו אפילו בשוגג שלא ידע שהיא גזולה אינו חייב להחזיר לו דדמי למ"ש הש"ך בסי' שצ"א ס"ק י"ב בשם התוס' והרא"ש דדוקא כשגופו נהנה ע"י אחר או שממונו נהנה ע"י מעשה ממונו אבל כשממונו נהנ' ע"י אחר פטור ודוקא ביורד שלא ברשות חייב מטעם שנתכוין להשביח אבל בלא"ה פטור וה"נ כשקנאה לעצמו ולא נתכוין להשביח לחבירו רק שממונו של חבירו נשבה ע"י אחר פטור להחזיר לו ואפי' להש"ך שם הוי ספיקא דדינא עכ"פ וא"י להוציא ממנו כשקנה בשוגג ואפשר דבקנה בשוגג יכול לומר אולי ידעתי הייתי עושה זה לטובתך אבל בידע שהיא גזול' ולא נתכוין לטובת חבירו רק לקנות לעצמו באיסור נראה דפטור לכ"ע וכמו בסי' שנ"ו והא שלא הגי' הרמ"א כאן שסמך עצמו על מה שכתב בסי' שנ"ו דבעינן שיאמר דוקא לטובה כוונתי וגם כאן רימזו במ"ש ואם הוציא עליו הלוקח כדי להוציאו מיד העכו"ם משמע שלא נתכוין לקנותו לעצמו רק כדי להוציא' מיד העכו"ם להצילו בשביל חבירו ואם נתכוין לקנות לעצמו במזיד הוי ספיק' דדינא אי מחוייב להחזיר לו:

ח א"צ להחזיר לבעלים עש"ך ס"ק וי"ו דה"ה אם גזל' ממנו מאוד תמוה דין זה דהא מבואר בסי' שס"א סעיף ה' דכשנטלן מהגזלן בע"כ דלא חשוב שינוי רשות והנגזל יכול להוציאו גם מהשני והש"ך הביא זה בשם הבאר שבע וחפשתי שם ולא מצאתיו ומ"ש הש"ך בס"ק ז' כבר ישבתי לעיל בס"ק וי"ו ע"ש:

ט דהא בדין מכרה עסמ"ע ס"ק כ"ד עד ואע"פ שבדיניהם אין הדין כן כו' ולא שייך לומר כאן מה מכר ראשון לשני כמש"ל בס"ק ד' דשאני התם שיש להעכו"ם זכות אפילו היה נשאר ת"י יכול לומר לו קניתי זכות הראשון משא"כ בזה שאין זכות להעכו"ם בעודו ת"י דכשהקרקע שוה יותר מכדי חובו ודאי דצריך להחזיר אף בדיניהם רק שדיניהם הוא כשמכרה לאחר בפחות משוויו אין יכול להוציא מהקונה וכיון דדיניהם הוא רק נגד הקונה וכיון דהקונה ישראל לא מהני לו דיניהם ומחוייב לקיים כפי דיננו:

סימן רלז

א שלא להסיג גבול בשכירות בתים נראה דמדינא ג"כ מי ששכן בשכירות מקודם יש לו דין בר מצרא כמבואר בט"ז סי' קע"ה ולענין דין מצרן בשכירות אפילו בעכו"ם שייך דין בעל מצרא דהא לא שייך גבי' אריא אברחי' לך ממצרי כמ"ש התוס' גבי רב מרי בר רחל שהמשכן בית עכו"ם יש לו דין בר מצרא משום דלא שייך אריא אברחי' וה"נ דכוותיה אך מה שהחרים ר"ג הוא שלא להוסיף כלל בדמי שכירות כי קודם ששכר השנה השניה היה מן הדין רשאי להוסיף דמים על דמי שכירות והחרים ר"ג שלא להסיג גבול:

ב אבל אם שכר בעל הבית עיין סמ"ע סעיף קטן ח' ולפי טעם הסמ"ע אם כן לדיעה הראשונה דאוסר אפילו במציאה גם בזה אסור וכן משמע קצת מדברי התוספות ולפי זה מוכח דגם המחבר סתם כאן כדיעה הראשונה:

סימן רלח

א הקנה לו השדה בקנין והיינו כשאומר שרוצה להקנות לו בשטר והלכך בעי קנין דכשהוד' שמכר כבר א"צ קנין כמו שסיים ולכאורה קשה דהא מבואר לעיל בסי' קצ"ח סעיף ג' בהג"ה דלא מהני קנין שלא בפני הקונה במכר דלאו זכות הוא וכיון שהמוכר יכול לחזור יש לחוש לשמא יחזור בו וימכור לאחר ביני ביני ואח"כ ימסור השטר לראשון ועט"ז סי' קפ"ד ובסי' ק"צ סעי' ד' ולפ"ד הט"ז אפי' נתרצה הלוקח אח"כ לא מהני ק"ס דהדרא סודרא למריה ועמ"ש בסי' קצ"ה דמיירי כן בא"ל זכה וכעין מה שמבואר לעיל סי' רל"ה סעיף כ"ג דבאמר לעדים זכו בשביל הלוקח אז הבריר' ביד הלוקח ולא ביד המוכר ואז בודאי חשיב זכות ללוקח ובזה מהני לכולי עלמא ועסמ"ע ס"ק י"ב שכתב דלדעת הפוסקים דעבחז"ל אפילו בלא קנין כותבין שטר אף דמכר לא מהני זכות כמבואר בסי' קצ"ח סעיף ג' מכל מקום הכא כותבין דמיירי שאמר להעדים זכו שתלה הברירה ביד הלוקח:

ב או שהעיד על עצמו נרא' דלאו דוקא שהעיד שקנה בא' מדרכי הקנין אלא אפילו הודה סתם שמכר כבר אמרינן שבודאי מכר באופן המועיל כמבואר לעיל בסי' ס' סעיף י' בהג"ה ע"ש ועסמ"ע ס"ק ג' דמיירי שמעיד גם כן על עצמו שקיבל מעות ולפע"ד דכמו בשקנה קרקע באחר מדרכי קנין ועדיין לא נתן מעות אף שנתן מעות אחר זמן מרובה גובה ממשעבדי מזמן המכירה אף בלא שטר דהמוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי והשיעבוד ודאי חל מיד והמעות הן על הלוקח כמלוה ע"פ ה"נ כשמודה שנקנ' השדה באחד מדרכי הקנין דאם חבירו נתרצ' קנאו למפרע בהאודיתא דהאודיתא הוא זכות

ללוקח כיון שהבריר' בידו וכיון דקנאה באודיתא למפרע הוי כמוכר שדהו בעדים דגובה ממשעבדי אפילו בלא נתינת מעות ועש"ך ס"ק א' שכ' דלא כהרמב"ם דלא מצריך שטרי אקנייתא כמכר. ולפענ"ד נראה דהרמב"ם סובר כשיטת הר"י הלוי רבו דאין כותבין שטר למוכר עד שיעיד ע"ע שכבר קיבל דמים ומיירי במקום שהמנהג הוא רק לכתוב שטר ראיה שאחר שהגיע לידו שטר ראיה נקנה בכסף למפרע שהכסף לבד הוא הקנין כמבואר לעיל סי' ק"צ וע"כ צ"ל לדבריו שהשטר הוא רק כעין תנאי במקח והנתינת השטר הוא כקיום התנאי וכיון שזוכה למפרע בנתינת השטר ודאי דיכולין לכתוב משא"כ בשטר הלואה לא נשתעבד כלל כשלא הגיע שטר לידו:

ג ואם לא כתבו כן כשיתבענו בטור כתב והלכך אם יתבענו כו' והלשון תמוה דמה נתינת טעם הוא זה ואפשר שהוא מוסב על הרישא כלומר כיון דקתני סתמא כותבין שטר למוכר ומשמע לכאורה דכותבין אף שלא העידו על עצמן אף דלפי האמת אין כותבין אם לא שהעידו על עצמן מ"מ כיון דקתני במתני' סתמא עבידי עדים למיטעי וע"כ צריך להביא ראיה:

ד אפילו לא העידו ע"ע פי' מ"מ יכול לכתוב אף בלשון שמשמע שנכתב מדעת שניהם ועסמ"ע ס"ק ח' ואפשר שגם הי"א קמאי ס"ל דאין המוכר יכול להוציא המעות כו' פי' אפי' משמע מתוך השטר שנכתב מדעת שניהם אף דליש אומרים אסור לכתוב השטר כך אם כן אפשר לומר דחזקה על העדים שעשו כהוגן לכך כתב דמ"מ אפשר דגם הי"א קמאי מודו דא"י להוציא דאפשר שטעו עדים:

ה ולכן הלוקח נאמן פי' כיון דאינו אלא שטר ראיה ולכך כשכבר יצא השטר מיד הלוקח שכבר מסר לו המוכר שוב נאמן הלוקח לומר שכבר פרע לו משא"כ בשטר קנין שאינו לראיה רק שנכתב כדי לקנות בו השדה כגון שטר שכ' בו שדי מכורה לך א"נ הלוקח לומר פרעתי כמבואר לעיל בסי' קצ"א בסעיף ד' אם לא באופנים המבוארים שם ועיין שם כמה שכתבתי בזה:

סימן רלט

א ב' וג' שטרות ולא הוי מפי כתבם והטעם כתב הר"ן בחידושים בסנהדרין דף כ"ט ע"ב דבקרקע כיון דליכא הפסד להמוכר הוי כדעת המתחייב:

ב שטרי מכר המאוחרין עסמ"ע ס"ק ד' עד דקלא איתי ליה והא דלא כתבינן באבד מזמן שני כתב הפרישה כיון דאיכא ריעותא דנאבד חיישי':

סימן רמ

א דאם מראה שניהם עסמ"ע ס"ק ו' דכשמראה שניהם א"י לגבות מהלקוחות אבל מבני חורין גבו ע"ש והטעם נראה דכשמראה שניהם נראה מענינו שהמתנה אמת ושטר של מכר לא נכתב להתחייב בו רק בשביל קנוניא של לקוחות וכעין חשש שכתב הסמ"ע בסי' ס"ה ס"ק ל"ט ע"ש (ותיבת ביני ביני שכתב הסמ"ע הוא ט"ס) ומה שכתב הא שנתנו חז"ל עצה להלוקח שלא יראה שניהם לב"ד כו' ולפענ"ד נראה דהטעם פשוט ודאי אם יודע בעצמו שהשטר מתנ' נכתב רק לענין ערמה נגד בן המיצר ודאי דאסור לעשות כן אפי' אם אין לו רק שטר זה וכן כשיודע שהשטר מכר לא נכתב רק לקנוניא לטרוף מהלקוחות ודאי אסור רק דמיירי שיודע בעצמו שהשטר מתנה אמת והוא העיקר ועתה בא הדבר לענין בן המיצר לא יראה שניהם לפני הב"ד כי הב"ד יסברו שהשטר מכר הוא העיקר וכן הוא בהיפך כשיודע ששטר מכר הוא העיקר ובא הדבר לענין בע"ח לא יראה השטר מתנה לפני הב"ד כי הב"ד ידונו במחשבתם היפך האמת ויסברו שהמתנה הוא העיקר:

ב כל הפירות שאכל עסמ"ע שהקשה כיון דהרמב"ם פסק כרפרם בכתובות ד' מ"ד דאודויי אודי לי' א"כ אמאי לא כתב ג"כ הנ"מ דאמר התם לאורועי שטרי דכל השטרות שת"י בעדים הללו שחתומים על השטר שניהן פסולים ע"ש ולפענ"ד נראה לתרץ דהנה ודאי כל שיש לתלות ההודא' בפסול השטר ולומר שהעדים כשרי' ודאי דהעדים כשרים דכל כמה דיש לאשכיחי טצדקי להכשיר העדים מכשרינן דאוקי עדים אחזקת כשרות רק דא"א לאשכוחי אופן שהשטר יהי' פסול והעדים יהיו כשרים כיון שהשטר מקויים ואם נכת' באמת הרי השטר אמת וכיון שהוא הודה שלא נמכר לו בפעם ראשון ע"כ העדים פסולין אך לכאורה קשה דאף שהודה שלא נמכר לו בפעם ראשון מ"מ י"ל דהעדים כשרין דהא כותבין שטר למוכר אף ע"פ שאין לוקח עמו ואפשר שמסרו העדים השטר להמוכר בניסן ולא מכר לו עד תשרי וכתב אז השטר השני ואח"כ מסר לו המוכר ללוקח השטר הראשון לקנוניא או לשאר איזה ענין והעדים כדין עשו והמוכר עשה הפסול אף זה אינו דהא אין כותבין שטר למוכר רק לאביי דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו כמבואר בסי' רל"ח בסמ"ע ס"ק כ' ולאביי א"א לאשכוחי חשש שיפסל השטר במסירתו אח"כ דכל שמטא לידי' באיזה אופן שיהיה זוכה למפרע מזמן השטר דאם הי' איזה אופן לחוש שיופסל השטר מזמן ראשון ודאי דהיו העדים אסורין לכתוב לכתחילה וכל שהשטר מתחילה כדין נכתב יכול לגבות כדין מזמן ראשון וכיון דאמרינן דבמה שמביא השטר השני לב"ד מודה שהשטר הראשון פסול ע"כ א"א לומר באופן אחר רק שהשטר

מתחילה בשקר נכתב וממילא גם העדים פסולין לפי הודאתו ולכך השטר שהוא ת"י בחתימת אלו העדים הן פסולין ולפ"ז א"ש דברי הרי"ף והרמב"ם שלא כתבו דהעדים פסולין דהא הן פסקו דלא כאביי רק כרב אסי דלא אמרי' עדיו בחתומיו זכין לו כמבואר לעיל בסי' ל"ט ומבואר ג"כ בסי' מ"ג והוא מהר"ן ריש ראש השנה דאף דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה מ"מ כשכתבו העדים וטעו בדרב אסי לא נפסלו העדים ולפ"ז פסקו שפיר כאן דלא נפסלו העדים דאף שהוא מודה שהשטר פסול מ"מ י"ל דהעדים לא נפסלו דאפשר שכתבו שטר הראשון למוכר בלא לוקח וטעו בדרב אסי והשטר הראשון נעשה מוקדם ונפסל והעדים לא נפסלו וכשרין הן:

ג מחזיר אותן עמ"ש בסמוך דלהרמב"ם הטעם משום דאודויי אודי ליה ולכאורה קשה דאמאי לא נימא בשטר מתנ' דאפשר שנאבד הראשון וכתבו לו אחר מזמן שני דבמתנ' יכולין לכתוב לו שני שטרות כמבואר בסי' רל"ט ואח"כ מצא גם שטר ראשון והרי שניהם בידו באמת ואף דשם מבואר דאסורין לכתוב לו מזמן שני מחשש דחזר ומכרו מ"מ בידיעת הנותן ודאי דכותבין דהא אפילו שטר מאוחר אמרינן דכותבין בידיעת המוכר והנותן כמבואר בסי' מ"ג בש"ך ס"ק ל' ע"ש ונראה הטעם כיון דעכשיו כבר נמצא השטר בידך שנכתב מזמן ראשון ולמה הוא מוציא השטר השני כיון שהשטר הראשון הוא תחת אפונדתו ואין צורך בשטר השני וע"כ הרי הוא כמודה שאין לו ראיה מהשטר של זמן ראשון וכאומר אין לו ראיה מזמן ראשון דמי אך עדיין קשה דאמאי לא נימא דחזר ומכרו להמוכר אחר זמן ראשון וחזר וקנאו ממנו בזמן שני וכל הפירות שאכל הוא קודם המכירה שמכרו הלוקח וצ"ל מדלא טען כך רק שטוען שלא יצא השדה מרשותו כלל מזמן ראשון וכיון שאומר שלא מכרה הרי הוא כאומר שלא חזר וקנאו דהאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וא"כ אם נאמר אנן שחזר ומכרו א"כ אף גוף השדה אינו שלו דהא הוא נחשב כמודה שלא חזר ולקחו וכל מה דמצינו לגרע ההודא' מגרעין ולכך אין אנו חושבי' ההודאה רק לבטל המכירה מזמן ראשון ועסמ"ע שכתב דלהטור רק הפירות שהן בעין נוטל ולא מה שאכל והטעם הוא דס"ל להטור הטעם דאחולי אחיל וכיון דאפי' בגוף השדה כתבו התוס' שם דמהני מחילה דהא כתבו דאפילו בע"ח שנעשה בין זמן ראשון לשני יכול לטורפן וחולקין על הר"ן דס"ל דא"י לטרוף דלא מהני מחילה בגוף השדה ע"ש והטור ס"ל כהתוס' דמהני ומש"ה מהני ג"כ בהפירות שהן בעין אבל לענין שישלם הפירות שכבר אכל ודאי דלא מהני טעמא דאחולי אחיל ודע דדין זה לא מיירי רק באתחזקו שני השטרות בב"ד קודם שאמר האמתלא שלו למה שני השטרות הן ת"י וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ה' אבל כשמראה שני השטרות ואומר אמתלא

על השטר השני נראה דנאמן במיגו ואם המוכר מודה שהשטר הראשון הוא אמת ודאי נוטל הלוקח הפירות אפילו מה שהן בעין דאין לדמות לטוענו חיטין והודה לו בשעורין דש"ה דבעל השעורין הוא הנתבע והמוחזק והודאת התובע חשובה מהודאת הנתבע משא"כ כאן דהפירות מונחין בשדה הלוקח והלוקח מוחזק אזלינן בתר הודאות המוכר ואם מת הלוקח והיורשין מוציאין שני שטרות נ' דאמרי' דמכרו וחזר ולקחו ולא מרעינן שום שטר:

ד הנותן או המוכר משמע לכאורה דאפי' המוכר או הנותן אומרים דהשטר הראשון אמת והלוקח אומ' להיפך דנאמן הלוקח והמוכר מחויב ליתן הטסקא והוא תמיה דמאין יש לנו הוכחה מהמוכר לו' (טור) שהודה שהשטר הראשון הוא שקר ולא האחרון ואי משום שחזר וקיבל ק"ס מחדש הוי הודאה הא ע"כ אומר הוא איזה אמתלא למה חזר וקנה ק"ס מחדש ומה"ת לא יהיה מהימן ממה שאומ' הא יש לו מגו שהיה אומר שהשטר השני הוא שקר ואי משום שהוא מקויים הא גם הראשון הוא מקויים ומאין יש לנו הוכחה לומר שהראשון הוא שקר יותר מהשטר ממנו ודוחק לומר דמיירי דוקא כשהמוכר או הנותן נוטלין הפרות שמזמן ראשון עד הזמן השני אז משלמין הטסקא הזה מילתא דפשיטא הוא ובודאי אתי לאשמועינן דאפילו ליכא פירא משלם המוכר הטסקא לכן נ' דמיירי שהמלך תובע לראשון ליתן כמו שנותן עד עכשיו בכל השנים שעברו והמוכר תובע להלוקח וכו' ודאי כיון שיש לספק איזה שטר אמת ואיזה שקר על התובע להביא ראיה ולדעת הטור שפסק כמאן דס"ל דאחולי אחיל ומחזיקינן שני השטרות לאמת ודאי דהלוקח נותן הטסקא דלא תלינן המחילה רק בהלוקח וגם דמי להפירות שכבר אבל הלוקח דלא שייך ביה מחילה והנה יש לעיין באם מודים זה שלקחו וחזר ומכרו רק שמחולקין בזמן המכירה והלקיחה כגון שהראשון באחד בניסן והשני בג' בתשרי וטוען המוכר שחזרו ומכרו לו תיכף באחר בניסן וחזרו ולקחו בג' בתשרי והפירות הן שלו והלוקח טוען שלא חזר ומכרו עד כ"ט אלול והפירות שלו אזלינן בתר המוחזק כמו בהמחליף פרה בחמור בסי' רכ"ג דשם אפי' היתה ידועה באיזה שעה היתה לידת הולד רק שמסופקין על שעת המכירה ג"כ אמרינן דליחזי ברשותיה דמאן קיימא והממע"ה וה"נ מספקינן על לידת הפירות אי היה קודם המכירה או אח"כ וא"ל דהמוכר מהימן במיגו דאי בעי אמר שהשטר הראשון הוא שקר דז"א דמסתמא מחזקינן במכר וחזר ולקח כמש"ל וכן אפילו הפירות מונחין באגם מחזקינן להו בחזקת הלוקח דהלוקח חשיב מרא קמא על השדה כמו שבעל הפרה חשיב מרא קמא נגד הוולד דהא בניסן היה

בודאי שלו ולענין שלומי טסקא נראה דלמי שתובע המלך חייב ליתן וכשבא להוציא מחבירו עליו הראיה:

ה ואח"כ חצי שדה זהו דוקא לשיטת הרמב"ם דס"ל הטעם דאודויי אודי ליה וכיון דמהשטר דחצי שדה ג"כ מוכח דהשטר הראשון שקר ונתבטל שטר הראשון והשטר השני לא נכתב רק על חצי השדה ממילא אין לו יותר מחצי שדה אבל להטור שהביא הסמ"ע דס"ל דטעמא דאחולי אחיל אפי' אם נאמר דגם על גוף השדה שייך מחילה כמ"ש התוספת מ"מ כיון שהשטר הראשון הוא אמת רק שמחל לו מחצי השדה זכות שיש לו על חצי השדה מזמן ראשון מ"מ מחצי השדה האחר שלא מחל לו נשאר לו זכות אפילו מזמן ראשון וכ"כ הר"ן בהדיא בפ' נערה ע"ש:

ו כל שדעתם נוטה ואם נתברר שהמסיר' של השטרות לא היה ביום הכתיבה רק בימים שאחר הכתיבה והחתימה נ' דלדעת הפוסקים שהביאו הסמ"ע והש"ך דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו וזוכין שניהם למפרע בסוף היום דעדיו בחתומיו זכין לו ל"ש אלא בסוף כמ"ש התוס' בסוגיא שם וכן הרמב"ן הביאו שם הר"ן הדין דיחלוקו דשניהם זכו בשוה ולדעת הפוסקים דלא אמרינן עבחז"ל ולא ידעינן מי שהיה קודם הדין שודא ודוקא כשידוע שהי' ביום אחר אז אמרינן שודא אבל אם ידוע שהמסירות היה בשני ימים וא"י מי היה קודם אז בברי וברי כל דאלים גבר כשאינן מוחזקין ובשמא ושמא יחלוקו דהא בב"ב דף ל"ה מקשה הש"ס אדינא דשודא מדינא כל דאלים גבר ומשני הכא ליכא למיקם אמילתא ופי' הרמב"ן בחידושיו אף דאם יבואו עדים ויאמרו שלזה נמסר קודם לזה הוא של מי שנמסר קודם מ"מ חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא משום דבמקום שאין כותבין שעות אין מדרך העדים לדקדק בשעות ע"ש ולפ"ז כשחולקין המסירות בימים חשיב איכא למיקם עלה דמילתא ודינייהו כל דאלים גבר ובשמא ושמא יחלוקו והנה בטור משמע דבק"ס כשא"י איזה מהן קודם וכת אחת של עדים היה בשני הקנינים ואין לפנינו דנין דין שודא והוא תמוה לפענ"ד דנהי דאין דרך העדים לדקדק בשעות מ"מ ודאי יודעין העדים למי הקנה תחלה דהא באנשים מדקדקים מי ומי הוא זה שהקנה לו מקודם וחשיב איכא למיקם עלה דמילתא דאין בו דין שודא ואפשר דמיירי שידוע שהעדים כבר מתו כנ"ל:

סימן רמא

א אפילו היה לו שטר או משכון עש"ך ס"ק ד' דמסיק שהוא ספיקא דדינא ולפמש"ל בחידושי בסי' ס"ו ס"ק י"ב דבכל משכון אפי' במקום דלא קני ליה מדר' יצחק מ"מ קני

לי' מדאורייתא לענין שא"צ להחזיר המשכון עד שיחזיר לו מעותיו וזכות זה יכול למכור מדאורייתא דלא גרע משטר דאף דמכירת שטרות מדרבנן מ"מ יכול למכור מדאורייתא לתפוס בשטר ואפילו המוצאו אחר יאוש קנאו לגמרי לענין זה כדמוכח מדברי התוספות כתובות דף פ"ה בד"ה המוכר שט"ח ע"ש רק לענין לקנות השיעבוד של החוב שיהיה יכול לגבות מהמשכון א"י למכור מדאורייתא רק במשכון שלא בשעת הלוואה דקני ליה מדר"י בשעת גביית ב"ד אבל בשאר משכון דלא קני ליה מדר"י א"י לגבות מהמשכון רק מטעם שיעבוד נכסי דהוא מטעם ערבות דשיעבוד הגוף וכיון דשיעבוד הגוף אינו נמכר גם שיעבוד נכסים אינו נמכר ומזה הטעם ג"כ פסק הש"ך בסי' ע"ב דאף דאם בא לגבות מהמשכון צריך שבועה וגם מיגו דחשיב כבא ליטול משא"כ כשבא רק להחזיק המשכון ולא לגבות ממנו השיב בטוען על גוף החפץ דלענין זה קני ליה מדאורייתא וא"צ לא מגו ולא שבועה וכן לענין משכון שת"י יתומים יכולין להחזיק במשכון מספק כמו שהארכתי בכל זה בסי' ס"ד ס"ק ו' ובסי' ס"ו ס"ק י"ב ובסי' ע"ב ס"ק ג' ע"ש ולזה לענין מחילה ג"כ לא מהני רק לענין שלא יהיה יכול לגבות מהמשכון הן שהוא עדיין ת"י הן שכבר נמכר דשיעבוד הגוף ודאי דיכול למחול וכיון שנמחל שיעבוד הגוף ממילא שוב א"י לגבות גם מהמשכון דאינו רק מטעם שיעבוד נכסים דהוא מטעם ערבות וכל שא"י לתבוע הגוף גם הערב ושיעבוד נכסי נפטרין כמבואר בבכורות דף מ"ח אבל לענין שיצטרך להחזיר גוף המשכון שלא יהיה יכול להחזיר כלל מה דקני ליה לענין זה מדאורייתא בגוף המשכון לא מהני מחילה ובעי קנין דמחילה לא מהני רק לשיעבוד הגוף וכיון שלזה א"צ לבוא מכח שיעבוד הגוף לא מהני מחילה רק קנין וכן בשטר מאן דס"ל דלא מהני מחילה נראה דמודה דמ"מ א"י לתובעו דשיעבוד הגוף ודאי דנפקא ע"י מחילה רק דס"ל דיכול להחזיק בשט"ח עד שיפרע לו דנגד זה לא מהני מחילה ולא קשה ממוכר שט"ח דחזר ומחלו מחל דשם באמת להרבה פוסקים א"צ הלוקח להחזיר השטר להלוה ולא קשה שוב מה שהקשו הפוסקים מהא דאמר בש"ס בקידושין גבי ע"ע לימא ליה באפי תרי זיל אף דהעבד הוא כמשכון בידו ולפמ"ש א"ש דכיון דלשיעבוד גופו דעבד מהני מחילה ושוב אינו משועבד לו לעבוד עבודתו ולהחזיק גופו אין שייך בעבד ודוקא במשכון שייך זה משא"כ בעבד דלעולם אפילו בהיותו עבד לא יהיה לו רשות לאסרו בביתו רק שהיה לו עליו חיוב הגוף לעבוד עבודתו ולחיוב הגוף מהני מחילה:

ב לפני עדים פסולים עסמ"ק ס"ק ה' שדחק עצמו והנה במהרי"ק לא נזכר שהיה לפני עדים פסולים ובד"מ כתב בלשון שהיה הקנין פסול וי"ל דמיירי שהקנה בק"ס פסול כגון שלא בכלי ובזה שפיר קמ"ל דסד"א כיון דגלי דעתיה שאינו רוצה להקנות לו רק בקנין

וכיון דהקנין פסול לא קני קמ"ל אבל לענין עדים פסולין דכשר אפילו בדבר שצריך קנין ודאי דבמקום דלא צריך קנין רק משום גילוי דעתיה דידיה ודאי דלא גרע מדבר שצריך קנין ומילתא דפשיטא הוא ומאי קא משמע לן:

ג ולשון מחילה אינו שייך אלא במעות הגם כי דין ברור הוא מ"מ הראיה שמביא המהרי"ק מהא דלא מהני בע"ע ל' מחילה היא תמוה דהא בע"ע אפי' ל' מתנה לא מהני וכמו שתמה בקצה"ח אף מ"ש הוא בטעמא דבע"ע לא מהני משום דהוא ברשות רבו ממש וכו' אין לו הבנה ובאמת הטעם פשוט דבשלמא בחפץ שת"י הנפקד מהני דיבור בשהוא בלשון המועיל להקנות לו דקני ליה מטעם חצירו דבשאינו מונח בחצירו אפילו לשון המועיל לא מהני דבמה קני ליה ומש"ה בעבד אפילו אמר לו ל' המועיל לא מהני משום דעבד בעי קנין או שטר או כסף כיון דגופו קני בשלמא להס"ד דאין גופו קנוי ואין לו רק שיעבוד עליו ומחילת השיעבוד נקנה בדיבור בעלמא כיון שהעבד הוא ברשות עצמו והשיעבוד ת"י והשיעבוד כמונח בידו בחצירו דמי' וא"צ קנין אחר כמו בשאר מחיל' שיעבוד אבל למסקנא שגופו קנוי לרבו הרי גופו כחצירו של אדון דמי וממילא בעי קנין דלא שייך לו' דדיבור בעלמא דקנין בדיבור וחצירו באין בבת אחת ואפי' אי שייך הא העבד דמי לקרקע כמבואר בסי' רך"ז סעי' ל"ד ע"ש וקרקע אינו נקנה ע"י חצר רק בכסף או בשטר ואף דמשיכה מהני לקנות עבר כנעני זהו מטעם דמשיכה קנין דרבנן ועבדי' כנעני' במילי דרבנן כמטלטלין דמי משא"כ בעבד לקנו' את עצמו ודאי דלא תיקנו רבנן ובעי קנין דאוריית' כסף או שטר:

ד המוחל לחבירו מה שיטול עש"ך ס"ק ה' שדבריו תמוהין דלמ"ש בתי' הא' קשה דא"כ בגוזל חפץ מועיל ל' מחיל' דהרי יש לו תביעה עליו ועוד דגם בפיקדון שייך תביעה וגם מ"ש דמיירי שא"י מה יטול אם ממונו או חפץ קשה דמ"מ כשנטל אח"כ חפץ מה"ת יקנה אותו כיון דלשון זה לא מהני ביה ועוד דממון בעין דמי ג"כ לחפץ כמבואר בסמ"ע ס"ק ו' ע"ש ולפענ"ד נראה הטעם פשוט דכמו בהקנה לו דשלב"ל דהקנין לא מהני ביה כלל ומ"מ כשתפס מדעת מהני דהקנין בא לי עכשיו במה שנתרצה לו ליקח אותו ואיכא אומדנא דמוכח שנתן לו במתנה רק שהי' בטעות ומחילה או מתנה בטעות כה"ג מהני מהטעמים שכתבו הפוסקים ע"ש ומבואר ברא"ש בב"מ דף ס"ו וא"כ ה"ה במקום דלא הוה מהני מחילה מחמת שהוא לשון גרוע מ"מ כשמניחו ליטול אח"כ הרי מקנה לו עכשיו באופן המועיל ומתנה בטעות כי האי מהני דמה לי כשלא קנה ליה בראשונה מטעם דבר שלא בא לעולם או מטעם דהוא לשון גרוע כיון דעיקר הטעם הוא דעכשיו במה שמניחו ליטלו איכא אומדנא דמקני ליה:

ה והקדישו והחזירו תמיה לי דהא מבואר ברא"ש פ' לולב הגזול דאחר שיצא בו מחוייב ליתן לו במתנה בשעת חזרה והביא ראיה מהא דאמר לא ליקני אינש לולבא לינוקא ביומא קמא דיניקא מקני קני קנויי לא מקני וכ"כ הרשב"א בחי' ושם ע"ש שכ' דהוי כתנאי וא"א לקיימו כיון שהקטן א"י להקנות והוא התנה ע"מ שיחזיר דהיינו ע"מ שיחזי' ויקנה לו ע"ש וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין בפ"ק וז"ל ומיהו מתנה ע"מ להחזיר הקנאה גמורה הוא וממון שלו וכשמחזירה לו דקנאה גמורה בעי' וכו' ולפ"ז קשה הא כשהקדיש' שוב א"י להקנות לו בשעת חזרה דהא אין אדם מקנה דבר שאינו שלו והרי לא קיים תנאו ועוד דמ"ש הקדישו דנקט הו"ל למינקט מכרו או נתנו דמ"ל מכרו לגבוה או מכרו להדיוט והן אמת שמדברי הנ"י מוכח דאפי' מכרו ומחזירו מכר ומוחזר אבל באמת הוא תמוה טובא דלאיזה ענין החזירו ועוד יש לדקדק אמאי נקט שור הוה ליה למנקט סתם נתן מתנה ע"מ להחזיר והקדישו לכן נלפענ"ד דמיירי בהקדישו לשלמים דקיי"ל כר"י דקדשים קלים ממון בעלים הן ואליביה המוכר שלמיו מכירתו מכירה כמבואר בכמה דוכתי ותופס בהן קנין כשמכרו שמצוות הקרבת הדם הוא של הלוקח והבשר והעור הכל ללוקח וכיון דבר הקניה הוא מהני ביה חזרה וכשעושה הקנאה גמורה כשמחזיר לו מקיים תנאו בחזרה אבל בקדשי בדק הבית או הקדש עניים אין קדוש כלל אמנם הנ"י כתב דאפילו מכרו והחזירו מהני וע"כ צריך לומר דמפרש דאפי' הקדישו הקדש ב"ה דממון גבוה הוא דמ"מ מהני אם החזירו ובזה ודאי קשה הא א"י להקנות ונראה דהנ"י אזיל בשיטת הר"ן בגיטין פרק המגרש גבי המגרש ע"מ שלא תנשא לפלוני ונישאת דהולד ממזר וז"ל וא"ת והיאך יהיה הגט בטל שהרי אם נשאת לזה שנאסרה עליו נמצא גט בטל ואין קידושין תופסין וא"א לה שתינשא ותי' כיון שא"א להגט להתבטל אלא מחמת חלות הנישואין וכו' ה"ה כאילו אמר לה הרי את מותרת לכ"א אלא שאם תינשא לפ' הרי את אשתי עד שעת נישואין ומשעת נישואין ואילך אלא שבשעת נישואין אי את אשתי אע"ג דמסקינן לקמן בהיום אי את אשתי ולמחר את אשתי דכיון דפסקה פסקה הנ"מ היכא דיום א' פסקה לגמרי אבל הכא לא פסק אלא לענין שאפשר לנשואי אותו פ' לחול ע"ש ולפ"ז י"ל דה"נ כיון דהוא התנה ע"מ שתחזירהו ולא אמר לו התנאי שלו הוא רק שיהיה יכול לחזור ולהקנות לו בקנין ואף שאח"כ לא יהי' שלו וא"כ כיון שהקדישו ואין אדם יכול להקדיש יותר ממה שיש לו בו הרי הקדישו ג"כ בע"מ להחזיר דהיינו שיהיה שלו רק בשעה שיחזירו ויקנה לו ואח"כ יהיה ג"כ הקדש וגם קודם החזרה רק שבשעת חזרה לא יהי' הקדש ואף דקדושה בכדי לא פקעה מ"מ הכא כיון דלא פקע אלא כדי שיתקיים התנאי כדי שיהיה אפשר להקדש לחול מהני כמו בגט הנ"ל ומכ"ש

במכר דבודאי יכול להתנות שיפסוק ויחזור ויחול ובקצה"ח החליט להלכה שא"צ קנין כשמחזיר שיש קנין גוף לשעה והא שכתב הר"ן בנדרים כ"ט דכל קנין שאינו עולמית לא הוי רק קנין פירות לא כתב זה רק לענין אישות דבעינן קנין עולמית וכו' ע"ש וליתא דהא בר"ן שם מביא ראיה מהמוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג לענין בכורים ולדבריו יהי' יכול להביא ביכורים כיון שבשנים אלו גם הגוף שלו יכול לומר האדמה שנתת לי אלמא דאפי' בממון כל שאינו קנין עולמות קנין פירות הוא. ומה שהקשה בקצה"ח בהא דבב"ב קל"ז באתרוג זה נתן לך במתנה ואחריך לפ' דראשון יוצא י"ח מטעם דאי מפיק לא נפיק למאי יהביה ניהליה וכתב הרא"ש שם דהוי כמ"ש אתרוג זה נתן לך במתנה ע"מ שתתנהו לפ' אחריך וכו' וע"ז הקשה בקצה"ח דהא אמר ואחריך לפ' לאחר מיתה אין קנין וכו' ע"ש לק"מ דהא באתרוג אין לו אכילת פירות אחרות רק לצאת בו ולא ניתן לראשון רק לקיים בו מצות נטילה כמ"ש הרשב"א בד"ה דאי מפיק ע"ש וע"כ היתה כוונתו כמו מתנה ע"מ להחזיר דהיינו תיכף כשיצא בו יתנהו להשני ואחריך דקאמר היינו אחר שיכלה קנין פירות שלך דאחריך משמע בשעה שלא יצטרך כמ"ש הסמ"ע בסי' רמ"ח ס"ק ט"ז והוא מדברי הרשב"ם בב"ב ע"ש דהא אחר שיצא בו שוב א"צ לו דהא ליכא אכילת פירות יותר רק לצאת בו. ומה שהביא ראיה מאתרוג של קהל ג"כ לאו ראיה הוא דשם ג"כ י"ל דהוי כאלו התנה בשעת קנין דיהי' לכל אחד בשעת נטילה במתנה ע"מ להחזיר וכ"כ הרשב"א בהדיא ומ"ש בקצה"ח שמצא בתשו' הרא"ש בשם הר"א שכתב כך אפי' אם הוא סובר כן מ"מ הא הרא"ש פליג ע"ז גם כל הפוסקים ראשונים ואחרונים וגם בדברי הרא"ש יש לפרש דלא פליג על כל הפוסקים לכן העיקר כהרא"ש והריטב"א וכל הפוסקים דצריך קנין כשמחזיר ולפמ"ש אין נ"מ בין אם אמר שתחזירהו לי או אמר סתם שתחזירהו רק לענין בהמה אם הקדישה קדשים קלים. אבל מכר או נתן מקודם לאחרים אין זו חזרה אבל אם שיעבד לאחרים מהני חזרה ובע"ח טורף דהא בע"ח מכאן ולהבא גובה ומהני קנין כשמחזיר משא"כ כשאומר לי לא מהני חזרה כשהוא משועבד לבע"ח דהוי כמו מידי דלא חזי ליה כמ"ש הב"י בב"ב שם:

ו לי ולא ליורשיו מדברי הב"י בסי' ר"ז משמע דהמתנה בטילה כיון שלא יכול לקיים התנאי ואף להפוסקים דס"ל באה"ע סי' קמ"ג בכ"ש ס"ק י"ז בתנאי שהוא להרווחה כל שהעכב' אינה ממנה דהוי גט מ"מ הכא כיון שהיה יכול ליתן קודם שמת ולא נתן הוי כאלו העכבה הוא ממנה וכמו שהארכתי בספרי תורת גיטין ע"ש. ועסמ"ע ס"ק י"ח שהביא בשם הרשב"א דאם אמר שדה זו נתינה לך ע"מ שתתן לי בכל שנה ה' זהובים ומת שכל מה שנתחייב ליתן מהשנים שעברו בחיי האב ולא נתן להאב שנותן ליורשיו

וכו' ודבריו תמוהים דהא כתב הרב בהג"ה דכשמת הנותן דנתבטל המתנה דלי ולא ליורשיו משמע וצ"ל דמיירי שזקף עליו האב במלוה אחר שנתרצה א"נ דמיירי שלא התנה בתורת תנאי שיהיה תלוי בזה קיום המקח רק שהתחייב עצמו המקבל נגד הנותן שיתן לו ג' זהו' לכל שנה ובזה אמרינן שלא היתה כוונתו בהחיוב רק כל ימי חייו וכן בנ"י משמע כן שהביא זה על הא דע"מ שהמעשר ראשון שלי ושם אין קיום המקח תלוי בהתנאי:

ז לתת לו דמי החפץ עיין בתשובת ת"ה סי' שי"א דא"י ליתן לו דמי החפץ רק כשהחפץ אינו בעין שנגנב אבל כשהחפץ בעין ודאי דחייב להחזיר גוף החפץ דהא על החפץ התנה ולא על הדמים רק בשנים שהחליפו על כל אשר להם פסק דיכול ליתן מותר הדמים שיש לאחד על חבירו וא"צ ליתן גוף החפצים משום דשם רואין דעיקר הכוונה הי' רק להרויח ולא על גוף החפצים והעתיק הרב בהגה"ה לשונו בסי' ר"ג סעיף יו"ד עם הטעם שכתב בת"ה עיין שם אלמא דבמקום דלא שייך הך טעמי מחויב ליתן החפץ דוקא מטעם שכתב הת"ה שם דודאי היתה כוונתו על גוף החפץ דאי על השיווי הי' לו להתנות על הסך לא על החפץ וכ"ה בגיטין בהדיא דע"כ לא אמר רשב"ג היכא דליתא בעינא היכא דאיתא מי אמר ועיין קצה"ח דדוקא כשמכרו או הקדישו שכבר הוציאו מרשותו דהוי כליתא בעינא יכול ליתן דמיו כמ"ש הרא"ש בקידושין דף י"ג ע"ש אבל אם נדר חפץ זה ליתן לצדקה צריך להחזיר להנותן גוף החפץ כיון דהצדקה לא קנה עדיין גוף החפץ הוי כאיתא בעינא דחייב להחזיר גוף החפץ ונכון ועיין עוד בתשובת הרא"ש סי' שמ"א דבמתנה ע"מ להחזיר בעינן שיחזיר מרצון אבל כשלא החזיר ברצון וכפו אותו בית דין להחזיר נתבטלה המתנה למפרע:

ח ומת בתוך הזמן אבל אם מת אחר הזמן שלא רצה להחזיר אז אם לא נשתמש בו נראה דחייב לשלם כיון דעבר על התנאי במזיד ונתבטל התנאי ע"י פשיעה דידיה נעשה גזלן או שואל למפרע וחייב אבל כשלא נשתמש בו כלל ודאי דלא הוי רק כש"ח ואינו חייב רק בפשיעה ואם המיתו בידים אפילו תוך הזמן והחזירו מת אפילו לא אמר לו חייב לשלם משנה למלך פ"ג מה' זכיה:

ט פטור מלשלם עסמ"ע ס"ק כ"א דאפילו בגניבה ואבידה פטור דאינו אלא ש"ח ולכאורה תימה דממ"נ אם חשבינן ליה כאלו קיבל שמירה דהיינו כיון דהתנאי נתבטל ונתבטלה המתנה וחשבינן ליה שומר למפרע. א"כ כששימש בהמתנה וכשנגנב או נאבד ונתבטל התנאי שא"י להחזיר וממילא נתבטל המתנה למפרע ומחוייב לשלם שכר שימוש כמ"ש המ"ל בפ"ג מה' זכיה דצריך לשלם הפירות שאכל ע"ש וממילא יש לו דין שוכר שהוא

ש"ש. נהי דלא חשיב ליה שולח יד בפיקדון כיון דברשות נשתמש בו מ"מ מה"ת לא יהיה לו דין שוכר ואי נחשבינהו כאלו לא קיבל לשמירה כלל א"כ ש"ח ג"כ לא הוי ואפשר דמ"מ כיון שמחזיקו בביתו להנאתו הוי שומר עליו ומ"מ לא הוי שוכר עליו אף ששימש כי השימוש היה מתחלה מצד מתנה ואחר כך אף שמשלם בעד הנאה לא נעשה שוכר למפרע ואם נתן במתנה ע"מ להחזיר בכדי לקדש אשה ונגנב או נאבד מידה ודאי דחייב לשלם דמיהן לא מיבעיא אם שאל טבעת לקדש ודאי דחייב דאף דתלינן שנתכוון ליתן במתנה ע"מ להחזיר הן או דמיהן כמבואר באה"ע סימן ך"ח מ"מ כיון דהזכיר ל' שאלה מה"ת לא נאמר שהתנאי היא שבאם יחזיר הן או דמיהן יהיה מתנה ובאם לאו יהיה בתורת שאלה ואפילו באונסים נתחייב בכה"ג אלא אפילו לא הזכיר לשון שאלה רק מתנה על מנת להחזיר מ"מ חייב דהא ודאי אם פשע בשמירה אף שהודיע לנותן שיפשע בשמירה מ"מ מסתבר דחייב כיון שלא אמר לו והפטר י"ל דלהכי שתק לו כשא"ל שיפשע כי מה איכפת ליה כיון שכבר התנה עמו שבאם יחזיר דמיהן יהיה מתנה ובאם לאו יש לו דין ש"ח ונתחייב בדין שומרין וכיון שבידו לקיים התנאי שיהיה במתנה אין לו להנותן למחות בו וכיון שנתנו לאשה במתנה גמורה שתתקדש בו אין לך פשיעה גדולה מזו דהא אפילו לרבא דס"ל בב"מ דף י' דשומר שמסר לשומר פטור ולא מיחשב פשיעה אמרינן התם הטעם משום שמסרה לבן דעת והיינו דוקא כשמסרו לשומר שהתחייב בשמירה אבל הכא שנתנו במתנה גמורה להאשה ואין עליה חיוב שמירה פושע גמור הוא שהרי אף אם יעבור הבעל על תנאי ויתבטלו הקידושין מ"מ אין על האשה דין חיוב שומרין שלא בתורת שמירה קיבלה רק בתורת מתנה וכיון שכן אין לך פשיעה גדולה מזו וכיון שהתנה שאם לא יחזיר לא יהיה מתנה ויתחייב בדין שומרין חייב למפרע על הפשיעה ודמי למי שאמר לחבירו אני צריך דבר זה לשורפו או לקורעו וא"ל הנני נותן לך זה במתנה על איזה תנאי דנראה ודאי דאם שורפה ואחר כך עבר על התנאי דנתבטלה המתנה וחייב מטעם מזיק רק שאינו צריך לשלם הדמים שהיה שוה בשעת המתנה רק הדמים שהיה שוה בשעת היזק ה"נ משלם הדמים שהיה שוה בשעת היזק כיון שפשע בו ואחר כך עבר על התנאי אמנם הב"ש בסי' כ"ח ב' דאף אם אין מחזיר דמיהן מקודשת בספק משום תי' הא' של הרא"ש די"ל דמתכוין למתנה גמורה. אמנם תמוה לי דהרא"ש לא כ' זה בדוקא שהיה נתכוין למתנה גמורה רק שכוונתו לומר דהקידושין ודאי שאינן מתבטלין אפילו אם נאמר דמתנה ע"מ להחזיר לא מהני בקידושין מ"מ כיון ששאלו לקדש בו אשה ואם א"א לקדש במתנה ע"מ להחזיר ע"כ היתה כוונתו למתנה גמורה אבל לפי האמת דקיי"ל מתנה ע"מ להחזיר דמיהן מהני

לקדש בו אשה ודאי דלא תלינן בכוונתו יותר ממה שיהיה ראוי לקדש בו וכיון דבמתנה ע"מ להחזיר ראוי לקדש בו מה"ת יתן לו יותר ממה שצריך:

י בד"א כשהיה תנאי זה כדין תנאים בקצה"ח כ' דאם התנאי לא נעשה כדיני תנאי כגון דלא כפלי' דמ"מ חייב לשלם להתנאי דדמי להא דיבמות ק"ו בתנאי בדבר שא"א לקיים ע"י שליח שכתב הרא"ש והרשב"א דחייב לשלם מכח שכירות ולפענ"ד נראה דהא ודאי ליתא דלא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן אלא ודאי דכל שלא נעשה כדיני תנאי חשבינן אותו לפטומי מילי בעלמא והארכתי בזה בספרי תורת גיטין סי' קמ"ג ס"ק א' ע' שם:

יא כחומר כל תנאים אמרתי לכתוב כאן קצת כללים בדיני תנאי בדין האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי אבל אם אמר בל' על תנאי כ' הב"י בסי' ר"ז סעיף י"ד דלאו כאומר מעכשיו דמי ועמ"ש בספרי ת"ג דלפי עניות דעתי ג' דכל תנאי כשלא אמר אם דהוי מעכשיו ובענין אי צריך תנאי כפול באומר מעכשיו ע' באה"ע וכן אי צריך תנאי כפול בממון ע' באה"ע ובב"ש שם ובב"ח ושאר אחרונים כתבו דהמנהג דבקרקע צריך תנאי כפול משא"כ במטלטלין ע"ש ולענין אי ביטול התנאי או מחיל או נתקיים המתנה למפרע ע' בב"ש באה"ע בסי' ל"ה ובר"ן פ' המדיר בכתובות דפליגי בזה הרשב"א והר"ן דהרשב"א סובר דדוקא בתנאי שלממון מהני ביטול דה"ל כאומר הריני כאילו התקבלתי משא"כ בשאר תנאים אי בתנאי בשב ואל תעשה והר"ן סובר דאין לחלק דאפילו בתנאי דמומין ונדרים ושאר תנאים ואפילו בשב ואל תעשה מהני ביטול דה"ל כאילו אמר בשעת התנאי אם אהיה מקפיד ומש"ה בשאינו מקפיד כשנתוודע לו הוי קידושין למפרע והר"ן הקשה ע"ז ממשנה דע"מ שאני כהן ונמצא לוי דאף ע"פ שאמרה בלבי היה להתקדש אינה מקודשת ובס' מחנה אפרים ה' זכי' דין י"ד כ' לתרץ דבשלמא במומין איכא ממון דקפדי ולא קפדי הרי הוא תלוי עד שידע ויקפיד משא"כ כשאמר ע"מ שאני כהן דליכא למימר הכי כל שהקפידה בשעת קידושין והתנ' ונמצא שקר הקידושין בטלין ע"ש לכאורה הוא תמוה באמת ודקארי לה מאי קארי לה הר"ן ע"ז אמנם אחר העיון יפה הקשה הר"ן דא"כ דמומין ונדרים ידועין שפי' אותן והתנה עליהן א"א לבטל התנאי ובש"ס סתמא נקט לכך הוצרך הר"ן לתי' שלו דהיינו כיון שאמר בלבו היתה ולא היתה מקפדת ואפילו הכי התנה עליהם הוי דברים שבלב ואזלינן בתר דיבורא ואי הקפיד כששמע ואח"כ מחל אי היה בדברים שאינן של ממון ונתבטל המעשה לא מהני מחילה לאחר שהקפיד אבל בדברים של ממון הוי בקיום התנאי כ"כ הב"ש שם ובקצות החושן סי' רמ"ג ס"ק ב' כ' דאין דבריו מוכרחין דגם בממון כל שהקפיד והיה יכול לחזור בו מש"ה אף שהמוחל אח"כ אף השני חוזר ומדמה זה לאונאה דסימן רכ"ז

ע"ש ואפשר לומר דהב"ש מיירי שהקפיד בתוך הזמן של קיום התנאי כגון שאומר על מנת מעכשיו שתתן זוז אחר שלשים ובתוך שלשים אמר שא"ר לקיים התנאי ואמר הנותן שא"ר במתנה כשלא יתן וכיון שעדיין לא היה יכול המקבל לקיים תנאו כשיגיע הזמן בע"כ של הנותן משום הכי מהני גם כן מחילת הנותן בשהגיע הזמן שיחול המתנה למפרע אבל בתנאי דלשעבר אף שהוא של ממון ודאי כשיתוודע לו ואמר שא"ר נתבטלו דקידושין ושוב לא מהני מחילתו אחר כך ועיין משנה למלך פרק ו' מהלכות אישות ובפרק ב' מה' זכיה דבתנאי דלשעבר אין צריכין לפרט תנאי והקשה ע"ז מהא דקידושין דמקשה מסוטה דהוא תנאי דלשעבר ועיין בספרי תורת גיטין דלר"מ לא אמרינן מכלל הן נשמע לאו אפילו בתנאי דלשעבר רק שאר דיני תנאי לא בעינן בתנאי דלשעבר:

סימן רמב

שכ"מ שציווה. בקצה"ח הוקשה דמה הפרש יש בין מתנת שכ"מ בכולה למצוו' מחמת מיתה ע"ש ולא ק"מ דבשלמא במצוה מחמת מיתה שייך שפיר לומר דאין אדם מחניף בשעת מיתה מה משא"כ במתנת שכ"מ בכולה דאין אנו יודעין כלל שהוא מחמת מיתה רק מחמת אומדנא דאין אדם נותן כל נכסיו לאחרים וא"כ הכא די"ל דעושה כן מחמת חנופה וא"כ שוב ליכא אומדנא דעושה מחמת מיתה דאימר מחמת חנופה הוא עושה. וקל להבין:

סימן רמג

א ואם המקבל עני בספר מחנה אפרים פסק דאם נשבע לתת מתנה לחבירו ואח"כ אמר לאחד הולך דהוי כזכי כיון דהנותן אסור לחזור בו ועוד דהזוכה הוי כתופס לבע"ח במקום שאין חב לאחרים כיון דהנותן אסור לחזור בו ולמד זה מכאן דה"נ בעני הא דאין יכול לחזור בו ע"כ הוא ג"כ מטעם זה כיון דהנותן אסור לחזור בו משום נדר שוב אמרינן ביה הולך כזכי וכ"כ בקצה"ח:

ב בשעת חליו עב"ש באה"ע ס"ק מ' דדוקא כשנתרצה הבעל בלי הפצרה שלה ע"ש:

ג אבל אם אינו ברשותו עט"ז שכתב דאפילו אם לא היה גם ברשות הנותן כשיבא לרשות הזוכה מהני אפי' בדשלב"ל כמ"ש בסי' ר"ט דמהני בדשלב"ל כשתפס כו' משמע מדבריו דאם ראובן הקנה בק"ס ע"י שמעון ללוי אף אם לא בא ליד לוי רק ליד שמעון שקנה בשביל לוי והוא תמוה לפענ"ד דהא תפס לא מהני רק מטעם מחילה בטעות וכיון דלא בא ליד לוי מה מחילה שייך בזה כיון דבדשלב"ל ליכא קנין אין כאן שליחות כמ"ש

התוס' בנזיר דף מ"ב דלא מהני שליחות בדשלב"ל וכיון דשליחות נתבטל הרי הוא כאלו בא ליד אחר שאינו שליח כלל דלא שייך בכה"ג לומר מחילה בטעות ואי אפשר לומר שתפיסת האחד יועיל דהא הוי כתופס במקום שחב לאחרים כדאמרי' בגיטין גבי תנו שיחרור לעבדי ולכך נראה דכוונת הט"ז הוא שבא ליד הזוכה דהיינו לוי שרצה לזכות במתנה:

ד ומוחה בכתיבת השטר עסמ"ע ס"ק י"ד ובט"ז מה שהשיגו על הע"ש ובקצה"ח כתב ליישב דברי הע"ש וכתב דהטעם הוא דהא הר"ן בקידושין הקשה דאמאי לא יהיה יכול המקבל לומר הריני כאלו התקבלתי כיון שהתנאי הוא לטובתו ותי' שהמוכר ג"כ לפיכך תלה הדבר בתנאי כדי שיהיה יכול לחזור בו קודם שיתקים התנאי ולזה כתב בקצה"ח דהכא שהתנ' ע"מ שיכתבו השטרות כ"א התנה לטובתו ולא לטובת שכנגדו ולפ"ז אפי' אם השני מיחה יכול הלה לומר כיון שלטובתי התניתי הריני כאילו התקבלתי ומתשובת הרא"ש אין ראיה דשם היה המעשה שהכריח העדים לכתוב השטרות וכבר הקפיד בהתנאי שוב לא מהני מחילת התנאי אח"כ כמבואר באה"ע סי' ל"ח ואף שהב"ש כתב דבתנאי ממון אפילו הקפיד מהני מחילה אח"כ דברי הב"ש אינן מוכרחין דדמי לאונא' דאם המתאנה תובע אונאתו גם המאנ' חוזר ע"ש ולפענ"ד לא נהירין דבריו דמ"ש בתשובת הר"ש הטעם הוא דכיון שהקפיד שוב לא מהני מחילה אח"כ כמו באה"ע גבי קידושין לפענ"ד לא דמי דבקידושין בעינן דוקא שהקפיד שאמר שאיני רוצה בקידושין בלא קיום התנאי וממילא נתבטלו הקידושין אבל אם הוכריח באונס גם על קיום התנאי שהוא טובתו ולא גילה בדעתו שאם לא יהיה קיום התנאי שיתבטל הקידושין נראה דיכול אחר כך לומר הריני כאלו התקבלתי אף בעיקרא דדינא שכתב שהיה יכול לומר הריני כאלו התקבלתי השטר לא נהירא לפענ"ד דכיון דלשון התנאי היה שיכתבו שני שטרות הוי כאלו התנו שיתנו שטר לידו ושטר לכשנגדו ובשטר שכנגדו יכול לבטל השליחות של העדים ונתבטל המעשה כמו בעל מנת שתכתבו לו את השטר:

ה אבל אינו טורף ממשעבדי עסמ"ע ס"ק ט"ז עד גם הם יזהירו למלאות רצונו ולא יפקו קלא ולא ידעו לקוחות ליזהר כו' לכאורה קשה הא ע"כ צ"ל דביום ראשון מפקי עדים לקלא דהא גובה ממשעבדי מיום הקנין וא"כ כשמיח' למחר וליומא אוחרא אמאי לא יכתבו השטר דהא בלא"ה כבר נפיק הקיל וצ"ל דמפקי קלא למחאה שידעו הלקוחות שליכא שטרא אך קשה מהא דב"מ י"ז דאמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעלים דאי משום כתב ללות ולא לוה הא שיעבד נפשיה כו' ומוכח שם דאפי' אין חייב מודה ולפ"ז קשה כיון שאין חייב מודה הוי כמוח' מליתן השטר ונתבטל טריפת

משעבדי ועוד דניחוש שמא מיחה ומיד העדים נפל וכבר העירותי זה בסי' ס"ה ע"ש במ"ש שם ולכן נלפענ"ד לעיקר דלא כמ"ש שם דודאי לא נתבטל קלא מחמת המחא' במסיר' השטר והא דאינו גובה ממשעבדי הוא מטעם שכ' הרמב"ן בב"ב ד' ע"ז דכשמיח' בשטר שוב נאמן לומר פרעתי וא"כ ממילא אינו גובה ממשעבדי ונראה דבכה"ג אף למ"ד לעיל בסי' ע' סעיף א' דס"ל דא"נ לטעון פרעתי נגד עידי קנין היינו דוקא בסתם קנין כשלא מיחה בכתיבת השטר מטעם דהי' לו לאסוקי אדעתא שהעדים יתנו לו שטר כל אימת שיבוא והיה לו ליקח שובר אבל כשכבר מיח' בהשטר ויודע בברי ששוב לא יהיה השטר בידו ודאי דנאמן לטעון פרעתי תדע דהא הרמב"ן ס"ל דא"נ לטעון פרעתי נגד עידי קנין כמ"ש הש"ך בסי' ע' ס"ק י"ד בשמו ע"ש וכאן כשמוח' כתב בהדיא דנאמן לטעון פרעתי והרא"ש כתב דזכו לו בשדה משמע ע"י קנין סודר ע"ש הרי מוכח דאפי' בקנין כשמיח' נאמן לטעון פרעתי ולפ"ז א"ש הא דהמוצא שטר הקנא' יחזיר דשמואל לא חיישׁ לפירעון כדאמר התם י"ל דשמואל סבר דאף דמיחה מליתנו מ"מ אמרינן אי איתא דפרעו לא הי' מניח השטר אף ת"י העדים וליכא חשש טריפות לקוחות שלא כדין לכך מחזירין ואף דעדיין איכא למיחש דילמא מיחה ואסור ליתנו לידו דזה אינו דכל כמה דליכא חשש טריפא שלא כדין וגוף הדבר אמת מחזירין להמלוה כיון דהוא שלו בודאי ואפילו מיחה מ"מ לא יבא הלוה לידי הפסד ממון לכך לא חיישינן ואין להקשות דהא טעמא דשמואל דלא חיישׁ לפירעון משום דאי פרע מיקרע הוי קרע וכן החשש הוא דשמא נפל קודם שהגיע ליד המלוה מחמת שמיחה בעדים מליתן וא"כ כשפרע לא היה לו מה למיקרעיה זה אינו דמ"מ היה לו לכתוב שובר דאלת"ה קשה ג"כ על פשטות הסוגיא דקאמר המוצא שטר הקנאה יחזיר אי משום שמא כ' ללות הא שיעבד נפשיה ואי לפירעון אם איתא דפרע וכו' קשה הא מ"מ יש לחוש לשמא כ' ללות וכו' כלומר וקודם הלואה נפל ומ"ש בש"ס הא שיעבד ליה והיינו דאפילו לא לוה מ"מ הא משתעבד נפשו אפילו לא ילוה וא"כ ממילא יש לחוש לשמא פרע האי שיעבודא דשיעבד נפשו דהא אינו תובעו רק בעידי קנין דהא השטר לא היה ביד המלוה כלל ולא שייך לומר אם איתא דפרעי' מיקרע הוי קרע כיון שכבר נפל קודם שמטא השטר לידיה ואפילו למאן דס"ל דגם נגד עידי קנין א"נ לטעון פרעתי מ"מ כשכבר כתבו השטר ומסרו להלוה ונפל ממנו ודאי דנאמן לומר פרעתי כיון שכבר אסור להם לכתוב שטר אחר אלא ע"כ צ"ל משום דהיה לו לחוש לשמא ימצאנו המלוה והיה לו ליקח שוכר ולפי זה לדידן פסק הרב שפיר כאן דאינו טורח ממשעבדי מטעם דחיישינן לפירעון ולפ"ז כשהוא תוך זמנו דליכא למיחש לפירעון גובה ממשעבדי והנה מ"ש הסמ"ע דמיירי דוקא בשטר מתנה

צ"ל דמיירי בחזק' בלא ק"ס דכשהקנה בק"ס על האחריות דהדין דטורף ממשעבדי בעידי קנין דאית ליה קול לגוף הק"ס אף כשלא נכת' השטר שוב דמי למכר רק דמיירי בחזקה גרידא והחיוב אחריות הוא רק כמלוה ע"פ ולכך כשמיח' בשטר אינו רק מלוה ע"פ אמנם כבר כתבתי דהעיקר כהרמ"א דאפילו במכר אינו גובה ממשעבדי כיון דיכול לטעון פרעתי בלא שטר:

ו אפילו אמר כתבו וזכו עסמ"ע ס"ק ך' הטעם דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ונראה דס"ל כמ"ש התוספת בנזיר דף י"ב דא"י לעשות שליח להפריש חלה בעודו קמח דאין אדם יכול לעשות שליח בדבר שלב"ל מטעם שיכול ללוש כיון דמחוסר מעשה הוי כדבר שלב"ל רק מטעם שיכול להביא עיסה ע"ש והחולקין ס"ל כדעת הפוסקים בי"ד סי' שכ"ז דלא הוי כדשלב"ל מטעם שיכול ללוש כיון דהוא בידו ללוש ומש"ה הכא נמי מהני השליחות שעשה לעדים שיזכו בהשטר כיון שהוא בידן לכתוב וליתן ולדעת התוספת דחשיב כדבר שלב"ל לא מהני השליחות שעשאן לזכות והא דמהני השליחות בגט לומר כתבו ותנו ועושה אותן השלוחין על הנתינה אף שעדיין לא נכתב היא מטעם דעשאן שלוחין. להיות כבעל דשלוחו של אדם כמותו ונעשה כבעל ממש לגרש האש' כאילו היא אשתו והאשה היא בעולם וכן בכתבו ותנו על המתנה עשאן כבעל על שדהו ליתנו במתנה או למוכרו אכל הכא שלא עשאן שלוחים רק לזכות בשטר וצריכין העדים שיאמרו אחר שנכתב השטר הרי אנו זוכין בשטר בשביל פלוני כמו שכ' הר"ן בגיטין גבי תן שחרור ע"ש וכיון דלא עשאן שלוחין רק נגד לזכות בשטר וכיון דהשטר הוי דשלב"ל לא מהני שליחות וכן אמר לאחד זכה בפירות דקל כשיבואו לעולם בשביל פ' לא מהני כיון דהוא דשלב"ל ושליחות על דבשלב"ל לא מהני ולהך דיעה דס"ל דמהני נראה דדוקא כשקנו ממנו בק"ס אבל כשהוא רק שטר מקנה ואמר כתבו וזכו נראה דאין יכולין לזכות השטר בשבילו אחר שנכתב דלא עדיף מכתבו ותנו דקיי"ל לעיל בסי' ל"ט שצריכין להמלך בו מקודם הנתינה וכתבו וזכו ככתובו ותנו דמי שצריכין להמלך בו קודם שיזכו בשבילו:

ז צרור וזרקו הקצה"ח רצה ליישב קושית התוספת בעירובין דף מ"ט שהקשו בהא ויאמר התם דקטן לית ליה זכייה ובגיטין ס"ד מוכח דקטנה אית לה זכיה בשיתופי מבואות דרבנן ותי' דאף בשיתופי מבואות לית ליה לקטן זכיה רק במידי דאיתא בדנפשי' כמ"ש התוספת בגיטין לרב יהודא לענין זכיה מדאורייתא ומש"ה בעירוב שהוא משום קנין וכתבו התוספות דהוא משום תורת דמים וכיון דבקנין לא מהני רק משיכה ולא כסף וליתא בדנפשיה מש"ה לא מהני אפילו בעירוב משא"כ בגיטין מקשה מקטנה דלקטנה

מהני גם שאר קניינים ואף קנין כסף ואיתא בדנפשיה מש"ה מהני בשיתופי מבואות ע"ש ותמהני דהא בעירוב בעי קנין להבתים שהן קרקעות ובקרקע אפי' קטנה לא מצי לקנות וליכא בדנפשי':

ח דעת אחרת מקנה בקצה"ח הביא בשם הפר"ח דמות' ליתן לכהן קטן ה' סלעים של בכור דהקטן זוכה בהן מטעם דדעת אחרת מקנה אותן וראייתו מהא דיכול לשגר מתנות כהונה לחש"ו ומשמע דכהן קטן זוכה במתנות ותמה עליו דהא מבואר במרדכי פ"ק דמציעא דבמתנות כהונה כיון דט"ה לאו ממון לא חשיב כדעת אחרת מקנה רק שבה' סלעים דלא שייך ביה דין הפרשה וממון דידיה הוא שייך ביה דעת אחרת מקנ' ועוד דא"א לומר כלל הטעם דמשגרין לבתיהם הוא משום דדעת אחרת מקנה דהא משגרין ג"כ לשוט' דלא מהני ביה דעת אחרת מקנה ולזה כתב הוא הטעם דאף דמתנות עניים אין הקטן יכול לזכות בהו כמבואר פ"ק דמציעא גבי לקט ופיאה היינו משום דכתיב בהו עזיבה אבל מתנות כהונה שהכהנים זוכין בהן חלף עבודתם דמי לשכירות הקטן שהקטן זוכה בו מדאורייתא כמ"ש התוספת ר"פ בן סורר (ולא נהירא לפי עניות דעתי דקטנים לאו בני עבודה נינהו) ועוד כיון דפרעון בע"כ שמיה פרעון מהני אף בקטן כיון שא"צ דעת כמו בגירושין דבע"כ דמהני מדאורייתא אפי' בשוט' וה"נ נפטר מחיובו כשנותן לו בע"כ אף שהכהן זוכה בו בע"כ עכ"ל קצות החושן ולבסוף שדא ביה נרגא מהא דצריך שומא בנתינת חמשה סלעים לפדיון הבן משום דלא סמכי' דעתיה דכהן בלא שומא משמע דבעינן דעת כהן ואינו יוצא בנתינ' בע"כ עיין שם ולעד"נ דבמתנות כהונה הא דמשגרין לחש"ו הטעם הוא דהא דכתב רחמנא ונתן לאו משום דיש חיוב על הבעלים רק שרחמנא זיכה להבעלים בטובת הנאה שהם יהיו יכולין ליתן לאיזה כהן שירצו ואם רוצין להפקיר הטובת הנאה אין עליהם שום חיוב נתינ' לכהן תדע דהא יכול לקדש האשה בתרומה דהיינו בטובת הנא' שיש לו בה הרי מוכח שאין עליו חיוב נתינה לכהן וממילא יכול ליתנ' לחש"ו כיון שאין צריך לזכותו לכהן והכהן יכול ליקח אותו בעצמו א"כ אף חש"ו יכול ליקח אמנם בשנת הביעור דצריך לזכות כמבואר בפ"ק דמציעא גבי מעשר נתון ליהושע ומקומו מושכר בכדי שיצא מרשותו לא מהני מה שנותן לחרש שוטה וקטן אם לא שאכלו אותן תיכף ובאכילתן יוצא מרשותו אך בחמשה סלעים של בכור ודאי לא שייך ביה לומר טובת הנאה דבפדיון בכור יש שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסי כמבואר בבכורות ומ"מ מה שהביא בקצה"ח בשם הפר"ח שיכול ליתן להכהן בע"כ ונפטר מפדיונו דהא נתינ' בע"כ ופירעון בע"כ שמה נתינה ופירעון עיין שם ולפענ"ד לא נהיר' לומר כן דדוקא כשחייב למלוה מיוחד פרעון בע"כ שמיה פרעון משא"כ הכא

בפדיון בכור דמי להא דאמרינן בב"ב דף קכ"ז בחלק בכור' של ירושה שיכול הבכור לומר איני יורש ואיני פורע ברשב"ם ד"ה אינו נוטל ובסי' קכ"ו ע"ש מטעם דכתיב לתת לו מתנה קריא רחמנא אם ירצה לקבל ואם ימח' אין מזכין לאדם בע"כ ומכ"ש במתנות כהונה דבפי' קריא רחמנא מתנ' כדכתיב וזה לך תרומת מתנם והרבה מקראות שקוראים בלשון מתנה פשיטא דאין מזכין לו בע"כ והרבה כהנים יש בעולם וכשאחד אינו רוצה נשאר חיובו לשאר כל הכהנים גם מה שמדמ' בקצה"ח פרעון לשוטה לגט לשוטה נראה לפענ"ד דלא דמי כלל דבגט אי לא הוי בעינן שתהיה יכולה לשומרו ודאי דהיה יכול לגרש' כיון שלא בעינן דעתה אבל בפרעון ודאי דאינו יכול לפרוע להמלוה כשנשתטה דנהי דפרעון בע"כ הוי פרעון מ"מ כשזרקו לפני המלוה במקום שא"י לשומרו ודאי דלא נפטר מחובו ומה שנתן להשוטה כנותנו למקום שא"י לשומרו דמי וכן נ"ל לענין נתינה לכהן קטן דאם נתן לכהן קטן ונאבד מידו שלא יצא ידי נתינה כיון שהקטן עדיין לא זכה בו שיהיה שלו שכ' כהן יכול להקיף מידו כדמוכח בב"מ דף ו' בתוס' ד"ה והא הכא דכי תקפה שהקשו אמאי אין מוציאין ותי' שא"י לתבוע רק ט"ה ושם במשנ' תנן נמי בכור אדם הממע"ה מוכח דתקפו כהן א"מ וכיון שאין לו בנתינה זורק ט"ה ודמי לנותן לו את שלו ולא חשיב דעת אחרת מקנ' שיהיה לכהן קטן זכיה בידו שיהי' חשיב נתינ' כשנתן אבל להאכיל לכהן קטן חמשה סלעים שקנאן הקטן באכילתן יצא ידי נתינה אף שא"י לזכות לקטן דהתורה לא חייביה אותו שיהי' הבעלים מזכין דהא אפילו תקפו כהן מהני וכל שהכהן בין גדול ובין קטן נהנה בחמשה סלעים נפד' הבן:

ט אבל במציא' לא עש"ך ס"ק ו' עד וכ"ה בירושלמי כו' והוא תמוה מאוד דבירושלמי מבואר להיפך דקודם שיעור זה אפי' מפני דרכי שלום אינו וכמוצא באשפה דמי רק משהגיע לשיעור זה יש בו גזל מפני דרכי שלום וכן תמה בס' מחנה אפרים ובקצה"ח וע' ס' מחנה אפרים שכת' העיקר כהרמ"א דלא כהש"ך. עוד כ' בס' מחנה אפרים באם זיכה ע"י אחר מעות למת לקנות לו מצבה דאין קנין למת ופשוט:

י והמזכה לשוטה ובס' מחנה אפרים ובקצה"ח הביאו הא שכ' הרא"ש בפ"ב דכתובות דלא מהני זכיה לשוטה כי אם בעתים חלים דאתי לכלל דעת וע' שם בס' מחנה אפרים שכתב דטעמא דהרמב"ם דס"ל דלא בעינן אתי לכלל דעת דבגיטין דף פ"ה מקשה ר"י דקטנה מתגרשת בקידושי אביה אמאי והא בעינן ויצאה והיתה אלא אתי לכלל הוי' ופי' רש"י דלא מתגרשה אא"כ ראוי לקדש א"ע כו' ולכאורה תמוה דהא מבואר בגיטין דנ"ה שהחרשת שהשיא' אביה שמתגרשת בקידושי אביה ויקשה ע"ז הא בעינן ויצא' והיתה וחרש' אינה ראויה לקדש את עצמה וכן שוטה שיכולה לשמור את גיטה מתגרשת ד"ת

אלא ע"כ צ"ל דכיון שיכול' לקדש א"ע כשתשתפ' חשיב אתי לכלל הוי' אף שמחוסר מעשה וה"נ חשיב אתי לכלל זכי' דמה לי אתי לכלל הוי' או אתי לכלל זכי'. עוד כ' בס' מחנה אפרים דקטן שמזכה לגדול ע"י אחר לא עשה כלום דהא כ' הר"ן במשנ' דראה אותן רצין שא"א לזכות לחבירו אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון וכ"ה בתו' בב"מ דע"א ד"ה סיפא לחומרא וכיון שבעל הממון הוא קטן שא"י לעשות שליח אין ממש בזיכוי שלו ולפ"ז ה"ה נכרי שזיכה לישראל ע"י ישראל לא עשה כלום והקשה שם מהא דפ' כל הגט במלוה מעות את הכהן דמוקי לה במזכה ע"י אחר והמרדכי פ"ק דמציעא כ' דגבי מתנות ליכא דעת אחרת מקנה כיון דלית לבעלים בהו רק טובת הנאה דאינו ממון וא"כ קשה היאך יכול לזכות המתנות ע"י אחר כיון דהמזכה לא חשיב בעל הממון. ולק"מ לפמש"ל בסי' ק"ה דבמקום שאין לו בעלים כלל יכול לזכות בעצמו בלי שליחות לצורך חבירו רק להוציא מרשות בעלים צריך שיהי' הזוכה שלוחו של בעל הממון ומש"ה בהפקר ומתנות כהונה יכול כ"א לעשות עצמו שליח ולזכות בשביל אחר דהא לית ליה בעלים כלל משא"כ במציאה דכ"ז שלא אתי ליד זוכה הוא של בעלים כמו שהארכתי בזה לקמן סי' רס"ב שאין הזוכה יכול לעשות לעצמו שליח לזכות לאחר רק כשנעשה שלוחו של בעל הממון. אמנם מ"ש שם דלא נפטר מהפדיון כשמזכה החמש סלעים ע"י אחר לכהן כיון דהזיכוי לא מהני רק לענין שלא יהיה יכול לחזור בו אבל עדיין לא נפטר מאחריו' וכ"ז שעדיין חייב באחריות לא יצא עדיין ידי חובת המצו' יפה כתב ואפי' לשלוחו של כהן לא מהני כדמייתי התם ממכילתא ונתן לכהן ולא לשלוחו של כהן גם מה שתמה על הירושלמי דדמאי דשם משמע שאין אדם יכול לזכות לחבירו אלא כשהזוכה יכול לזכות בו לעצמו ע"ש ולא מצאתי זה בירושלמי דדמאי רק בירושלמי דפאה גבי מי שלקט ואמר הרי זה לפלוני עני ע"ש ובאמת הוא היפך מסוגי' הש"ס שלנו ובודאי יכולין לזכות לכהן מתנות כהונה ע"י ישראל:

יא שמי שמתחייב לקטן אבל בקטנה ודאי דיכול להתחייב לה בשטר דאי לא היה יכול להתחייב לה בשטר אף ע"י קנין לא היה מהני לקטנה מטעם שכת' הרמב"ם בסימן רל"ה סעיף ה' בקטן דלא מהני קנין שהקנין בשטר וכו' ואי בקטנה לא מהני שטר גם קנין לא מהני אלא ודאי דגם שטר מהני בקטנה וכ"כ בקצה"ח וכשמזכה ע"י אחר אפילו בקטן מהני אפי' ע"י ק"ס וכן הוא בתשובת מהרי"ט חלק ח"מ סי' כ"א ע"ש:

יב וכן ארבע אמות עש"ך ס"ק ט' מה שהקשה על המע"מ דנ"מ בסימט' ובקצה"ח הקשה עליו דהא גם בחצר בעינן שיעשה מעשה כגון שנעל בפניו ולפ"ז בד"א או משכה לתוך ד"א בל"ה משיכה קונה בסימטא ואי הלכה בעצמה לתוך ד' אמות לא עשה מעשה

בשלמא אי ד"א קונה ברה"ר משכחת לה שמשכה לתוך ד"א דמשיכה אינו קונה ברה"ר ע"ש ותמוהין דבריו דהא גם בד"א משכחת לה שעשה מעשה שלא תלך חוץ לד"א כגון שקשרה או שתפסה בידים או שהניח אבנים וצרורות לפניה שלא תזיז ממקומה יותר ולענין אויר ע' באה"ע ס"ק קל"ט:

יג קטנה זכתה לה חצרה עש"ך ס"ק ו' ועמ"ש בסי' ר' בזה:

יד קטנה שאין לה אב עש"ך ס"ק י"א ודעתו מיסתבר דכיון שאין זכות להאב במתנה זו שנותן להקטנה כמבואר באה"ע סי' ל"ז בח"מ ואפי' למאן דס"ל שם דזוכה במתנה שנותן מ"מ במתנה שנותן ע"מ שאין לאביו רשו' דאין שייכות ליד אביה מה"ת יתבטל זכות חצירה דדמי לידה ולענין מתנה כזו כמת אביה דמיא לכן נלפענ"ד דהרמ"א לא מיירי רק במציאה דהוא של האב א"כ במתנה ובקטנה הסמוכה על שולחן אביה שהוא של אב כמבואר בסי' ר"ע וכיון שאין החצר זוכה לה רק לאביה ונגד זכות אביה לא מיחשב החצר יד דידה דחצר המציאה ומתנה של קטנה לא ילפינן רק מגט וכיון דגבי גט גופיה היכא דאית לה אב ורחמנא זכיה לאב שוב אין להחצר ה"נ במציאה ומתנה במקום שהזכיה של האב ויד דידה בטלה לגבי אב אין לה חצר דדיו לבא מן הדין להיות כנדון וכן הב"ש סי' קמ"א כ' דחצר דקטנה כשיש לה אב תליא במחלוק' של הרי"ף והרא"ש ע"ש:

טו אבל אם הפקירו עט"ז מה שהקשה ע"ז מסי' רע"ה וגם מ"ש בכללי תפיסה תי' נכון:

סימן רמד

א בשטר מתנה. בקצה"ח כ' דלהך דעה דס"ל דבקידושין הו"ל מילי משום דאי לא תאבה האשה אינה מתקדש' ה"ל מילי א"כ ה"ה מתנה אפילו מסר לו המתנה כיון דאי לא רצה המקבל אינה מתנה ה"ל ג"כ מילי דאין השליח עוש' שליח בשליח מתנה ע"ש ועמש"ל בסי' קפ"ב דהא דבעי' שליחות במתנה ומכר היינו דוקא כשהלוקח או המקבל עשה שליח למשוך דמשיכ' האחר מן שאינו בר שליחות לא מהני וע"כ בעי' למשיכת השליח ילפותא דשליח כמותו וכן במוכר שאמר לאחד לך מכור מדעתך והלך ומכר ופסק דמים אי לאו ילפותא דשליחות ממילא הפיסוק דמים והריצוי של השליח לאו כלום הוא ובעינן ילפות דשליחות וכן בקידושין וגיטין דטלי גיטיך מע"ג קרקע אינה מגורש' דמידו לידה בעינן וצריך ילפותא דשליחות דיד שליח יהיה כיד הבעל ואמירת השליח יהיה כאמיר' הבעל דבקידושין אמיר' בעי' דאפי' נתן הוא ואמרה היא אינה מקודש' מש"ה בעינן שליחות אבל נותן ששלח מתנה לאחר ואמר לאחד שיוליכנה לפ'

ויחזיק בו ויהיה שלו שאני נותן לו במתנה אפילו ע"י מי שאינו בר שליחות כשהגיע ליד המקבל קני בחצירו או במשיכתו דהא מבואר באה"ע סי' קמ"א סעיף ל"ה דאפילו לשלוח גט ביד עכו"ם ליתן לישראל שמינה אותו בכתבו לשליח דכשר דהכותי מעשה קוף עבד וה"נ במתנה כיון דטלי מתנה מע"ג קרקע קנה לא בעינן אמירת הנותן להמקבל דאפילו כשיש אומדנא דמוכח או גילוי דעת שנותן לו במתנה קנאה כמו שכ' הש"ך בסי' שנ"ח ס"ק א' וא"כ אפילו שלח ע"י מי שאינו בר שליחות ודאי דקנה המקבל שהשליח לא עשה רק מעשה קוף בעלמא שהוליך הדברים להמקבל שאמר הנותן שילך וקנה ויהיה שלו ודאי דקנה א"כ מכ"ש כשעשה שליח בעדים להמקבל ודאי דשליח יכול לשלחו ע"י אחר וכשהגיע ליד או לחצר המקבל קנה ולא יהא אלא שזרק שליח ע"י גירא בעלמא לחצר המקבל דקנה וכן במוכר שאמר להשליח שמי שיתן לו א' כך וכך ימכור לו וכיון שביד השולח לומר למי שירצה ליתן סך זה שימשוך ויקנה ודאי דיכול להודיע דבר זה אפילו ע"י מי שאינו בר שליחות שיתן סך זה וימשוך ויקנה דשליח השני מעשה קוף עביד להודיע הדברים להלוקח גם מה שהקשה בקצה"ח בגיטין באמר להאשה הוי שליח להולכה עד דמטי להתם וכי מטי התם שווי' שליח להולכה לקבל גט ממנו הא רשות ביד השליח ראשון לבטל להשליח שני וא"כ ביד האשה לבטל השליחות שביד שני ולא לקבל ממנו הדר ה"ל מילי והיאך יכולה לעשות שליח שני כלל ע"ש ולא קשה מידי הדא כיון דגוף השליחות הוא אפילו לגרש בע"כ לא חשיב מילי אף דיכול לבטל השליחות מ"מ הא בעינן ל' ביטול ובאמירת איני רוצה לא נתבטל השליחות ועוד דנראה דוקא בשליח שניתן לגירושין שיכול לבטל שליח שני כיון דעדיין שליח הוא דהא יכול ליקח הגט מיד שליח שני ולהוליכו בעצמו וכיון שעדיין יכול לגרשה שם בעל עליו ויכול לבטל השליח השני משא"כ כשלא נעשה השליח לגרש רק לעשות שליח לגרש וכיון שעשה שליחותו ועשה שליח פסק שליחות הראשון מכל וכל והשני שוב שליח הבעל הוא ואין הראשון יכול לבטל להשני ועוד משמע מדברי הר"ן בסוגיא דאומר אמרו דדוקא בשליח לכתוב אמרינן מילי לא מימסרי לשליח והיינו דלית בהו כח להיות חוזרין ונמסרים לאחרים שיהיו שלוחים על הכתיבה אבל במינ' שלוחים רק על האמירה שיאמרו לאחרים שיהיו שלוחים ואין שליחות הראשון חוזר ונמסר כלל לא שייך גבי' מילי לא מימסרי ועיין בספרי תורת גיטין סי' ק"ד ס"ק ד':

ב ויתנוהו לפ' עקצה"ח שנסתפק למאן דסבירא ליה דשליח קבלה אינו עושה שליח דהיה ליה מילי אין יכול השליח לקנות ע"י חצר כיון דחצר דנברא מטעם שליחות ואין שליח קבלה עושה שליח ולפמש"ל בסי' ר' דחצר דגדול המשתמר לכ"ע משום יד הוא

א"כ ודאי דמהני חצר וכשאינו משתמר ואינו עומד בצידו דודאי הוא מטעם שליחות להרי"ף והרא"ש דס"ל דמהני במכר ומתנה משום דאיכא דעת אחרת מקנה ג"כ נראה דמהני במתנה כיון דבמתנ' לא מהני כלל לשליח לקבלה כמבואר בירושלמי ר"פ האומר דבממון בעינן שליח של בעל הממון אין כאן שייכות מילי דהא בזיכה ע"י אחר והגיע לחצירו של הזוכה קנה המקבל כמבואר סי' רמ"ג סעיף ד' ע"ש וכן במוכר ולוקח ג"כ נראה דמהני דהא בלוקח מהני שליח אף דבממון לא שייך שליח לקבלה ועיין שם בסי' קפ"ח דהשליחות של הלוקח הוא מטעם דעשאהו להשליח כאלו הוא הבעלים על הממין שלו להוציאו על המקח וא"כ ממילא לא הוי מילי כיון שנעשה שליח על הממון שנמסר לידו ואפי' שליח אחר יכול למנות לכ"ע:

ג אינם יכולים לומר לסופר לכתוב ואף דשטר מתנה לא בעי לשמה וא"כ באמר להם תנו שטר מתנ' לפ' מה"ת לא יוכשר כשכתב לאחר וחתמוהו ואפי' מצאו שטר מתנ' באשפה ונתנו לו הי' להיות כשר ונהי דבאמר כתבו י"ל משום קפידא משא"כ באמר תנו הא לא קפיד ועוד דבאומר אמרו ודאי דלא קפיד ואפ"ה פסול לדיעה קמייתא ועוד דהא אמרי' הטעם משום מילי לא מימסרי לשליח משמע דאין הטעם משום קפידא וגם מה קפידא יש להנותן מי שיכתוב בשלמא בגט איכא בזיון דבעל כיון שעליו לכתוב הגט משא"כ בשטר מתנ' לכן נראה דגם במתנה בעינן שליחות בכתיבה דכמו דכתיב בגט וכתב ואמרי' דאבעל קאי ובעינן שליחות כמו כן בשטר מקנה דכתיב בי' וכתוב בספר וחתום בעינן שליחות רק דלא בעינן לשמה משום דלא כתיב לה במתנה כמו בגט אבל כיון דכתיב בתרווייהו וכתב בעינן שליחות בתרווייהו ועיין בחידושי לגיטין גווני דפסול משום לשמה ולא משום שליחות ובזה מיושבין דברי התו' בגיטין דף י' בד"ה חספ' בעלמא הוא שכתבו דא"ל דלהכי חשוב ליה חספ' וכו' שתמ' עליהם הפ"י ולפמ"ש כאן דבעי' שליחות בשטר מקנ' ודאי פסול כתיב' נכרי א"ש כל דבריהם ועמ"ש בספרי תורת גיטין:

ד ויש מכשירין באומר אמרו משמע דאפי' לומר לאחרים שיכתבו ויחתמו ויתנהו כשר ועיין בתו' בגיטין דף ס"ז שתמהו שם דהא עד מפי עד הוא ותירצו דעיקר העדות לא נמסר אלא לאלו והראשונים שלוחי הבעל הן שמצוה לאלו לעשות גט עכ"ל ולכאורה הוא תמוה דאטו אם יבואו שנים לשנים ויאמרו להם פ' עשה אותנו שלוחים להגיד לכם שתכתבו שט"ח או שטר מכר שלוה או שמכר שדהו לפ' או שתעידו בע"פ שזה לוה או מכר שיכולין להעיד או לכתוב עדותן הא ודאי כל מה שהוגד חוץ לב"ד אין ראיה מדברי עדים כאילו ואסור לעדים להגיד רק מה שראו בעיניהם כבר כתבתי זה בחידושי לגיטין

דף ס"ו באורך דהא דבעינן הגדה בב"ד דוקא בשטר ראיה וכן בערות בע"פ שעדותן הוא בגמר הדבר שפ' כבר מכר שדהו או כבר לוה הילכך פסול עד מפי עד כיון דלא העידו הראשונים בפני ב"ד הוי עד מפי עד אבל הכא ששנים מעידין לשנים שנעשו שלוחים לגרש או לקדש או למכור וליתן שדהו לאחרים אין השנים חשובי' לעד מפי עד רק לבעלים מפי עדים שנעשו השניים בעלים שיהיו יכולין להקנות וכיון דהראשונים לאו בגמר הדבר קמסהדי שאין מעידין שכבר נתגרשה אשה זו רק שמעידין שאיש זה יכול לגרש אשה פ' או למכור שדה פלוני מהני עדותן אף חוץ לב"ד וכן השנים החתומים על הגט לאו בגמר הדבר מעידין שנתגרש' אשה זו אי שניתן שדה זו כבר במתנה לפלוני דהא לא ראו המסירה ועיקר עדים החתומים הוא רק שנכתב בציווי הבעלים ושוב אנן ע"מ אנן כמבואר בפוסקים בעדות זו שנכתב בציווי הבעלים ג"כ א"צ הגדה בב"ד ועדות זו כשר מפי כתבם ומפי עדים ושם הארכתי:

סימן רמה

א הודאות בע"ד עסמ"ע ס"ק ח' ודבריו הן דברי התוס' והרשב"א בחידושיו לגיטין תי' דלעולם אזלינן בתר הודאת התובע כמו בטוענו חיטין והודה לו בשעורין ע"ש:

ב המקבל מתנה שבא בע"ח וע"ל בסי' קמ"א סעיף י' בתומים שאם הבע"ח מודה שהשדה שת"י אינו שלו אפילו יש לו שני חזקה יכול לגבות אותו מהלוה אבל אם כבר גבאו הבע"ח והיה להלוה שני חזקה אז טוענין לו ביש לו שני חזקה כמו שטוענין ללוקח:

ג ואחר שבא לידו והוא שותק עסמ"ע ס"ק ט"ז דכשכ"מ אם שתק בשעה שאמר וכו' וקשה דהא דעת הטור הביאו הרב בהג"ה דדוקא במטלטלין כשאמר אי אפשי הוי הפקר משא"כ בקרקע וכן פירש"י ועיין ברשב"א לחידושי לגיטין הטעם דמטלטלין כיון שכבר הן ת"י ודאי להפקר קא מכוין דאי איתא דלא מפקר להו ליהדרו למרייהו משא"כ בקרקע שהוא ת"י הנותן י"ל דהכי קאמר איני רוצה שתהא מתנה זו קיימת אלא במ"ק תהא ע"ש ולפ"ז קשה דמה בכך שהוא שכ"מ וכמסורין דמי מ"מ הא לא שייך הטעם דליהדרי למרי' וצ"ל כיון דחכמים עשאוהו כמסורין יש להן כל דין מסורין וראיה לזה דאלת"ה קשה הא דמקשה הש"ס בכריתות כ"ד על ר"ל מהא דהכותב נכסיו והיה שם עבדים איירי רק בזיכה השטר ע"י אחר כמו שפירש"י שם והרשב"ם בב"ב דף קל"ח ובודאי דלא עדיף זיכה השטר ע"י אחר מאילו מסר לו בעצמו השטר דכל זמן שלא הגיע גוף הדבר לידו לא הוי לשון אי אפשי הפקר אפי' לר"ל וא"כ לא מקשה הש"ס מידי אלא ע"כ דבשכ"מ

דמי ממש למסורין אף לענין זה ושם מיירי בשכ"מ כמבואר ברי"ף ורא"ש רק דרשב"ג סבר דמ"מ כיון שצווח בשעה שהגיע השטר לידו אמרינן הוכיח סופו אתחילתו:

ד לא אמר כלום עסמ"ע סקי"ז דבאינך ס"ל להרמב"ם דנשארו ביד המקבל ועד"ר שכתב דס"ל כפי' ר"י בגיטין דף ל"ב בתוס' ע"ש והוא תמיה מאוד דלר"י שם ע"כ הוא דנשאר ביד המקבל כשאמר בטילה הוא משום דהוא לשון עבר ולא מהני הודאת המקבל לומר שהמתנ' בטילה בדבר שהוא ידוע שהגיע לידו לשם מתנה וכבר זכה בו דכל שמשמעו להבא סובר הר"י בתו' שם דהוי הפקר ע"ש וברמב"ם הביאו המחבר סעי' ו' כ' בהדי' דאם אמר המקבל מתנה בטילה היתה מתחלתו דתחזור לבעלים והרי חולק בפי' על הר"י שבתו' ועוד דהרי היא בטילה ודאי דל' להבא הוא כמו הרי היא חרם דמדמה לה הש"ס בגיטין להרי הוא הקדש ה"ה הפקר דהוא להכא וכמ"ש הלחם משנה והמ"ל ברמב"ם פ"ד מה' זכיה אמנם מה שתי' הב"י דהא דהשמיט הרמב"ם הדין דבטילה הוא שנלמד מהא שכ' הרמב"ם הדין דכתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ונתן לי וכן מה שתי' הל"מ שנלמד מהא שכתב הרמב"ם שהביאו המחבר ס"ח תמי' לי דבס"ח מיירי שאמר בפי' בטילה היתה מתחילתה וכן בהא דלא כתב ולא נתן לי ומ"מ היה הרמב"ם צריך לכתוב דין דבטילה הוא כיון דאמר בש"ס דבטל שני לשונו' משמע להבא ומשמע לשעבר ולשון להבא נשאר בחזקת מקבל רק משום הטעם דאמר התם דלישנא דמהני ביה קאמר א"כ היה להרמב"ם להשמיענו זה:

ה ואם יש לו בע"ח עסמ"ק ס"ק י"ח ועט"ז דאפי' מלוה ע"פ גובה מהפקר ובקצה"ח הביא ראיה לדבריו מסי' רע"א סעיף ל"א והדין עמו גם מה שכתב הסמ"ע בשם הנימוקי יוסף דאם הבע"ח זכה בו דנפטר המקבל מחובו ג"כ יפה השיגו בקצה"ח דודאי אין כוונת הנ"י לזה דמה"ת יגרע הבע"ח מאחר לזכות בו מהפקר וכוונת הנ"י הוא רק כשכבר זכה בו האחר והב"ח הוציאו ממנו בתורת גוביינא מהאחר אז וודאי דנפטר המקבל מחובו ועוד נראה דאפי' עדיין לא זכה בו אחר מ"מ כשהבע"ח לא ידע מהא שאמר המקבל אי אפשי וגבה אותו בתורת גוביינא ג"כ נפטר המקבל מחובו וכל שגבה בתורת גוביינא סילק עצמו משיעבורו בגבי' זו ונפטר מחובו ואפשר כיון דאחר שנעשה הפקר כשל אחרים דמי והוי בלקח ממנו אחרים ובטעות שחשב שהן של לוה ומחל החוב מחמת זה שלא נפטר מחובו:

ו שאם היתה מתנת שכ"מ העיקר כהש"ך והט"ז דקאי על סעיף י' דבעינן שתק כשהגיע לידו וע"ז כתב דבשכ"מ כששתק כששמע הוי בשתק בשעה שהגיע לידו ובנימוקי יוסף בב"ב דף רי"ח סוף ע"א כתב דדוקא כששתק גם אחר מיתה אבל כששתק רק בחיים

יכול המקבל לחזור בו כיון שאינו קונה אלא לאחר מיתה יכול המקבל לחזור בו קודם מיתה ובקצה"ח לא הביא דברי נימוקי יוסף אלו וכ' דלהתוס' והרא"ש שזכה המקבל למפרע לאחר מיתה אין המקבל יכול לחזור בו והעיקר כדברי הנ"י:

סימן רמו

א אם כ' לבן בין הבנות בטור כ' וז"ל בן בין הבנות אף ע"ג דמשמעתין לא משמע אי קנה אי לא קנה מסתברא אע"ג דקנה לא מפקינן לבנות מזוני דידהו וכתב הב"י וזה פשוט דכיון דהאומר אל יזונו בנות מנכסי אין שומעין לו א"כ כשכתב כל נכסיו לבנו אפילו את"ל שנתכוין ליתן לו במתנ' לאו כל כמיניה להפקיע מזונות בנותיו ע"ש והוא תמוה דהא ודאי ע"י מתנה לאחר יכול להפקיע מזונות בנותיו רק במתנת שכ"מ גובין למזונות הבנות ולהרמ"ה מיירי כאן אפילו במתנת בריא והיאך כייל הרמ"ה דלא נפקע מזונות בנות ועיין בב"י בסי' רנ"ב דאפילו בנותן מהיום ולאחר מיתה דינו כמתנ' בריא לענין מזונו' האשה וע"כ צ"ל דס"ל להרמ"ה כדעת המרדכי הובא באה"ע סי' ק' סעיף א' בהג"ה דמה שנתן ליורשיו דינו כירושה וע' בח"מ באה"ע סי' צ"ג ס"ק ל"ג ע"ש אך קשה על המחבר לאיזה ענין כ' דלבן בין הבנות מתנתו קיימת הא בלא"ה בן בין הבנות יורש הכל וכיון דמזונות הבנות אינו נפקע מאי נ"מ במתנתו ולכן נראה כיון דדין זה אי נפקע המזונות תליא בפלוגתא אי מתנה ליורש דינו כירושה או במתנה ולכך הוצרך להשמיענו דאין למתנה זו דין אפוטרופסות וממילא דין המזונות תליא במחלוק' הנ"ל:

ב אפי' אפוטרופוס לא עשאו לכאורה קשה דהא בסי' ר"ן סעיף י"ז בהג"ה דלאפוטרופוס א"צ יפוי כח ונראה דשאני הכא כיון שכתב לו האפוטרופוס בלשון מתנה רצונו הוא שהאפוטרופסו' יהיה נקנה לו באופן שהמתנה נקנית ולכך בעינן יפוי כח כמו במתנה:

ג לבנו נמי הוי מתנה עסמ"ע ס"ק י"ז שכ' הטעם מדה"ל למכתב כל נכסי לבני כו' קשה לי דאמאי לא אמר דין זה גבי מתנות שכ"מ בסי' ר"ן סעיף י"ג במקצתן לראשון והמותר לשני דהראשון קנה ועסמ"ע וש"ך שם דאפילו לא הפסיק מכח הוכחה שאמר בלשונו והמותר ע"ש ולפ"ז יש לנו לומר דה"ה אם אמר חצי לפלוני וחצי לפלוני ריש לנו הוכחה דנתכוין לראשון למתנת בריא מדלא אמר כל נכסי לפלוני ולפלוני וכן לעיל בסי' קי"א סעיף ה' בהג"ה מביא שני דיעות בזה ושם יבואר אי"ה:

ד מחזיר הפירות ודוקא במתנה אבל במכר בשנתבטל כגון בזבין ולא איצטרכי זוזי מחזיר הפירות דכיון שהמקח נתבטל זוזי הוי הלוואה גביה ושכר מעותיו קא שקיל

ועמש"ל בסי' רל"ה ס"ק א' בענין פירות שאכל הלוקח מן הקטן וע' בלח"מ שחולק על הסמ"ע ונראה דהעיקר כהסמ"ע:

ה אכול עמי צריך לשלם עש"ך ס"ק ט' שתמה על זה דדין זה נלמד מקרע כסות ושם גופיה אי לא אתי לידיה בתורת שמירה פטור ובקצה"ח ת' דהא דמזיק פטור בלא אתי לידיה בתור' שמירה הוא מטעם דרחמנא לא חייב למזיק כשהזיק ברשות הבעלים כיון שבעלים עצמן גרמו להנזק זה שיבוא וכמו שכ' השיטה במפותה שפטור מהקנס אף שאין יכול למחול להקנס משום דבגרמתו נעשה ההיזק מה שאין כן באתי לידיה בתור' שמירה כיון שכבר נתחייב אין החיוב נפקע בדברים כמ"ש המרדכי במלוה שאמר יהיה בידך למחצית שכר הובא ריש סי' קע"ו מה שאין כן באכול עמי שחיוב בא לו מצד שנהנה חייב אפילו נעשה ברשות הבעלים ומשום הכי בדור עמי בסי' שפ"ג דמיירי בגברא דלא עבד למיגר פטור כיון שלא נהנה והנכון עמו גם מה שהקשה המהרי"ט דמה"ת ישלם הא יכול לומר הייתי מתענה כמ"ש התוספות בחולין דף קל"ז גבי אוכל מתנות כהונה דברי הקצה"ח נכונים מאוד דודאי לענין הנאה חשיב הנאה וא"י לומר הייתי מתענה דמ"מ נהנה דהא אפילו בתחב לו חבירו בבי' הבליעה בכתובות דף ל' כ' רש"י דחייב משום הנאת מעיו אף דנעשה באונס דליכא משום מזיק אפ"ה חייב משום נהנה ולא יכול לומר הייתי מתענה רק במתנות כהונה פטור ג"כ בנהנה מטעם שהיא ממון שאין לו תובעין כמו שפטור במזיק ואינו חייב רק במשתרשי' ליה גם עכשיו כמו בלקח המלך גורנו בחובו דבלא המעשר היה לוקח דברים אחרים והרי הדברים אחרים שהרויח עדיין הן בביתו ולזה הקשה התוספ' דהא גם באוכל מישתרשי ליה שהרי צריך ליקח אוכלין במעות והרי המעו' עדיין הן בביתו וע"ז תירצו דיכול לומר הייתי מתענה וליכא מישתרשי' ליה דאין לו עכשיו הריוח בביתו אבל הנאה ודאי איכא רק שבמתנות כהונה פטור בנהנה משא"כ בשל אחרים חייב בנהנה לבד ודבריו נכונים מאוד:

סימן רמז

א ינתנו לבנים עיין ש"ך ס"ק א' ויש שם ט"ס וכצ"ל ודאי דאין כלותיו בכלל וכו' ולקמן ס"ב שאני דאמר לבני ביתי וכו':

ב והתנה עם בניו הראשונים הוא תמוה דהא בלא"ה מה שאמר שבניי מן השנייה יטלו הוי כמקנה לדשלב"ל דלא קנו ואח"כ מצאתי בחידושי אנשי השם במרדכי שהקשו קושיא זו ותי' דכתב זה למ"ד דס"ל דאם אמר בפי' לכשאמות דקנה מכל מקום בת בין

הבנים לא קנה ולפ"ז לדידן אפי' אם בני השנייה הן בנים מרובים ג"כ לא קנו מטעם דהוי כמקנה לדשלב"ל:

ג אמר בפי' לבני ולבנותי לכאורה תימא דמה"ת לא נאמר שהבנים נוטלין מחצה והבנות מחצה כמו בסעיף ד' ובסעיף ה' וכן קשה במרדכי פ' מי שמת סי' תרכ"ה באומר לך ולאחיותיך דחולקין בשוה (וכן הקשה בס' מחנה אפרים והניח בצ"ע וגם הקשה על תשובת הרשב"א סי' אלף מ"ג) והנה מסעיף ד' אפשר לומר דשאני התם דאמר בלשון יחלוקו דמשמע שיחלוקו ביניהן בשוה וכן אפשר ליישב תשובת הרשב"א שמיירי בלשון שמשמע שיחלוקו ביניהם. אמנם בדברי המרדכי הנ"ל קשה וצ"ל כיון דבברי' שאמר נכסי לבני סתם ויש בהן דברים הראויין לבנות אף שהן יותר מחלק שנוטלין הבנים מ"מ נוטלין הבנות מה שראוי להן מטעם שכתב הסמ"ע דאמרינן דעתי' שנתכווין לחבבן על בעליהן ודוקא בשכ"מ אמרינן דלא רצה לעקור נחלה דאורייתא מש"ה אם אמר בפי' לבני ולבנותי אמרינן דלא נתכוון לעקור נחלה דאורייתא רק במה שראוי להן כדי לחבבן על בעליהם ולפ"ז כשיש ג"כ דבר שראוי לשניהם נוטלין הזכרים לבד כמו בסעיף א' והא שכתב דהראוי לבנים לבנים הוא לאו דוקא אלא אפי' דבר הראוי לשניהם הוא לבנים לבד ואין הבנות נוטלין רק מה שראוי להן ולא יותר וכן משמע בלשון המרדכי שהיה שם נחלות מקרקעות ותכשיטין כתב דהראוי לבנים לבנים והראוי לבנות לבנות דלא חשיב כלל שהיה איזה דברים שהיה ראוי רק להבנים לבד ועוד דאמאי לא כתב בהקרקעות מה דינם אלא משמע מדבריו שהכל היינו נחלות וקרקעות נקראים ראויין לבנים ונוטלין אותן הבנים ואין הבנות נוטלין רק מה שראוי לבנות דלפ"ז אי ליכא כל דברים הראויין לבנות ואין שם רק מעות וקרקעות שנוטלין הבנות מחצה והבנים מחצה דהא א"א לפרש פי' אחר בדבריו:

ד דלה ולא ליורשי' ואין להקשות דהא הבנות קנאו הסך במתנות שכ"מ ומה"ת לא יירשו היורשין שלה זכותה והא אם אמר שכ"מ תנו לפלוני מנה יורשין הבנים זכותו כדמוכח בגיטין ד' י"ד ע"ב ובסי' קכ"ה דאפי' מת מקבל בחיי נותן קונה מטעם מתנת שכ"מ ע"ש בסמ"ע ובש"ך דזה אינו דשם מיירי שהוציא המעות מת"י ואמר הולך ע"ש בב"י ובש"ך ולפ"ז אם יש לו עוד בנים חוזר חלקה לכל הבנים בשוה כיון שסך שלה לא נתן לבניו רק להבת והי' מתה בחייו חוזר לכל הבנים והמעיין במרדכי יראה שנתן לבנו והנתינה לבנות הי' על תנאי דע"מ דכל הנכסים הן מתנה להבן ונתינ' דהבנות הן רק בתנאי ותנאה מילתא אחריתי הוא ובתנאי אמרי' באמר לי ולא ליורשי כמו בע"מ שתתן לי ר' זוז בגיטין פ' מי שאחזו והא דלא נתבטלה המתנה לגמרי כמו בסי' רמ"א בסעיף

ז' בטור וב"י ע"ש שאני הכא כיון דהתנאי הוא להרוחה כשהעכב' אינה ממנה המעשה קיים וכמו שכתבתי שם ע"ש וע"ש כמה שכתבתי לתרץ דכיון שהיה יכול ליתן קודם ולא נתן הוי כמו שהעכבה מהמקבל ולפ"ז הכא שלא הי' אפשר לו לקיים קודם דהא מתנת שכ"מ אינה קונה רק לאח"מ וכבר מתה היא קודם הוי כעכבה שאינה מהמקבל והמעשה קיים וממילא כשמתה הכל משל הבן כיון שנתן לו כל נכסים והתנאי נתבטל ממילא נשאר כל המתנה בחזקת הבן המקבל המתנה:

ה קרוביו נוטלין החצי ואין אומרין בזה קרוב קרוב קודם רק כל הקרובים הפסולים לעדות מדאורייתא נוטלין בשוה כמ"ש הב"י ע"ש:

סימן רמח

א ראוי ליורשו עסמ"ע ס"ק א' דה"ה אם אמר נכסי לך וכו' ואם לא אמר כלל נכסי לך רק שאמר נכסי נתונין לפ' אחר מיתת בני הוא מחלוקת הפוסקים הובא בנ"י פי"ג דף רי"ד דלדעת הרמב"ן שכת' דדוקא כשהמוריש הורידו להנכסים כגון שאמר נכסי לך אז אמרינן ירושה אין לה הפסק ועיין בתשובת מהרי"ט חלק ח"מ סי' ע"ד פי' דבריו אבל כשבא היורש מחמת סתם ירושה דאורייתא מהני מחמת שכ"מ להאחריך אפי' לאחר זמן שאין המקנה שוב בעולם והטעם מבואר בתשובת הרא"ש כלל פ"ד סי' א' וז"ל דכל מתנת שכ"מ ליתא למקנה בעולם בין למ"ד עם גמר מיתה בין למ"ד לאחר גמר מיתה מש"ה מהני באחריך דמה לי שחל הקנין מיד אחר מיתה או אחר זמן וכו' ע"ש ולגדולי המפרשים שהבי' נימוקי יוסף שם החילוק הוא דדוקא מתנת שכ"מ על תנאי שהתנאי מעכבו מלירד תיכף למתנתו מהני אבל מתנת שכ"מ שאינו חל עד לאחר זמן שהירושה מעכב להמקבל מתנה אמרינן דירושה אין לה הפסק ולהלכה עמ"ש בס"ק ה' (ועסמ"ע ס"ק ב' ויש שם ט"ס וצ"ל ואז לא אמרינן ירושה אין לה הפסק אלא כשהמקבל הי' בן וכו'):

ב ואפי' הקדישה אחריו פי' שאמר נכסי לבני ואחריו להקדש ועסמ"ע ס"ק ד' שאם התנה באם יצא בני מהבית יזכו בו עניים אזי מיד שיצא מהבית זכו בו עניים כו' וע' בב"י שתמה על זה מאוד ובד"מ יישוב דבריהם ודבריו שגבו ממנו ולפענד"נ דהדין זה תליא בהמחלוקת דלדעת הרמב"ן הנ"ל בס"ק א' וכן עיקר כמ"ש בס"ק ה' תליא אם אמר בל' זה בית לבני ואם יצא בני מהבית יהי' לעניים או אחר שיצא יהי' לעניים אמרי' ירושה אין לו הפסק אבל אם לא אמר מקודם ביתי לבני רק אם יצא בני מהבית או אחר שיצא בני מהבית יהי' לעניים כמו בהמעש' שנזכר בתשובת הגאונים זכו בו עניים:

ג ואם עשה הצוואי עסמ"ע ס"ק ה' ויש שם ט"ס וכצ"ל ועיין סוף סי' שס"ט ועיקר הטעם דכיון שנהגו כן הוי כאילו פירש שנותן לשם מתנה ולא לשם ירוש':

ד אבל הבריא עיין סמ"ע ס"ק ו' עד אבל בלשון ירוש' א"י ליתן הבריא כו' ע' במ"מ הטעם כיון שהבריא א"י ליתן בלשון ירושה ע"כ מתנה הוא ולכאורה נרא' דה"ה אפי' בשכ"מ אם יש לו בכור ופשוט ואמר נכסי לבני הפשוט במתנה ואחריו לפ' דלא אמרי' בזה ירושה אין לה הפסק דהא א"י ליתן בלשון ירושה להפשוט רק בלשון מתנה כמבואר בסי' רפ"א ואפי' אם יש הרבה פשוטים ונתן לפשוט אחר בל' ירושה לא אמר כלום כמבואר שם ס"ו וכיון דא"י ליתן רק במתנה ומתנה יש לה הפסק וממילא זכה בו האחריך אמנם נראה דמ"מ אמרי' ביה ירושה אין לה הפסק דהנה המהרי"ט הקשה וז"ל ואי קשה מ"ש הכא דבסתם לשון מתנה לא מהני אלא א"כ פי' ואמר לא משום ירושה כוון ומ"ש דלענין בכור דדרשינן לא יוכל לבכר ומהני כשנתן לפשוט בלשון מתנה סתם כו' וי"ל דלגבי בכור אפי' יש לו שתי הלשונות ירושה ומתנה מהני משום דארכבי' אתרי ריכשי ואפי' לא עקרה לירוש' לא אכפת לן דירושה לא מחריב בה כל שהוסיף בה ויפה כחו במתנה אבל גבי אחריך אפי' יהיב בתורת מתנה כל שלא עקר שם ירושה ממנה מאחר שיש בידו רשות להנחיל את בניו יש בכלל לשון המתנה ירושה שאין לשון המתנה שוללת ירושה וכיון דנפלי זוזי קמי יורשים אין לאחריך כלום אי לאו דעקר שם ירושה לגמרי ולפ"ז נראה דאמרי' בי' ירושה אין לה הפסק כיון דכתב בי' לשון מתנה אמרי' בי' ארכבי' אתרי ריכשי ונגד הבכור מהני משום המתנה דאית בי' ונגד אחריך מהני משום דלא עקר שם ירושה מינה וכמו שכתב המהרי"ט כן נראה לי וכן משמע מסתימת הפוסקים שלא חלקו בין יש שם בכור או לא ודע דלא מהני בבריא כשאמר ואחריך לפלוני ולא אמר מעכשיו כי אם כשמקנ' קרקע בשטר והשטר קיים בשעת מיתת הראשון דבשאר קניינים שאין הקנין קיים בשעת מיתת הראשון בטל הקנין כמבואר בסי' קצ"א במקנה לאחר זמן וכמו כן בעי' שיהי' המקנה קיים בשעת מיתת הראשון דכשמת קודם נתבטל הקנין כיון דבשעת חלות הקנין ליתא למקנה בעולם וראיה לזה מתשוב' הרא"ש כלל פ"ד סי' א' שכתב במתנת שכ"מ באחריך דמהני אף דליתא למקנה בשעת חלות הקנין משום דכל מתנת שכ"מ ליתא למקנה בעולם בשעת חלות הקנין עמש"ל בשמו. ולפ"ז בבריא כשלא אמר מעכשיו ודאי בעי' שיהי' שטר המקנ' בעולם בשעת חלות הקנין ולפ"ז נראה ג"כ דה"ה דהנותן יכול לחזור בו קודם מיתת הראשון כיון שהקנין עדיין לא חל כמו בכל נותן לאחר זמן ולא אמר מעכשיו שיכול לחזור בו ולפ"ז אפי' אי מהני לשון ירושה בבריא מ"מ ל"ש בי' לומר ירושה אין לה הפסק שממ"נ

אם אמר מעכשיו ואחריו לפ' הא פסק הרמ"א בס"ק ז' דבמעכשיו לא אמרינן ירושה אין לה הפסק ואי לא אמר מעכשיו הא בעינן שיהי' הנותן חי בשעת חלות הקנין של האחריך והיינו אחר מיתת הראשון וכיון שכבר זכה האחריך בשעה שהנותן חי ודאי דאין ליורשי הראשון מה לירש וכ"כ בקצה"ח ולא כמהרי"ט ונכון:

ה לא משום ירושה הנה המהרי"ט כ' וז"ל וי"ל דדוקא בבן בין הבנים הוא דמהני פירש ועקירה כיון שאותו התוספות שנותן לו אינו ראוי לו משום ירושה של תורה אלא כשאביו רוצה להנחילו ולזכותו בזה יתר על אחיו ולהכי מהני לי' מה שמפרש דאין כוונתו במתנה זו להנחילו אלא במתנה הוא נותן לו אבל היכא שאין שם יורש אלא הוא כיון דמדין תורה הוא יורש את הכל לא אמר כלום דנחלה ממילא אתיא לי' היכא מצי עקר ולומר לא משום ירושה אני נותן דבירושה אין אנו צריכין למתנתו ולא לדיבורו וכי אתני בהדי' שתיעקר הירושה ממנו מעיקרו באומר לא ירשנו בני מידי מששא אית בי' וכו'. אמנם מסתימת הפוסקים שלא חלקו בזה משמע דאין חילוק והטעם נראה דלא מיבעי' להרמב"ן שכתב דדוקא אם התחיל בפי' בירושה של תורה דעביד לי' נטירותא יתירתא וכו' וכמ"ש המהרי"ט בעצמו בפי' דבריו וא"כ הכא דאמר בפי' שלא משום ירושה הרי לא התחיל בירושה של תורה רק בל' מתנה דיש לה הפסק וממילא זכו האחריך כמו בשאר מתנת שכ"מ שהוא לאחר זמן ול"ש לומר שא"י לעקור ירושה של תורה כמ"ש מהרי"ט אלא אפי' לגדולי המפרשים שהביא נ"י כמ"ש לעיל בס"ק א' ע"ש מ"מ כיון שאמר בפי' בלשון מתנה ולא משום ירושה הרי עוקר הירושה בלשון המתנה ובלשון מתנה יכול לעקור הירושה דמה לי שעוקר הירושה מחמת שנותן לאחר בלשון מתנה או שעוקר הירושה במה שנותן בעצמו בלשון מתנה והנה אם נתן מתנה בראוי ליורשו על תנאי כגון שאמר נכסי לבני ע"מ שיעשה דבר פ' כ' הרא"ש בתשובה כלל פ"א סי' א' דל"ש לומר בזה ירושה אין לה הפסק דכיון שהוטל תנאי במתנתו ולא נתקיים התנאי נתבטל המתנה מעיקרא ולא יצא המתנה מרשות אביהם מעולם עכ"ל. ולפ"ז אם נתן ליורש על תנאי ובאם לא יתקיים התנאי יהי' לפ' תליא ג"כ בהמחלוק' של הפוסקים שהבאתי לעיל בס"ק א' בשם הנ"י דלדעת הרמב"ן באומר א"ז יהי' לפ' דלא אמרינן ירושה אין לו הפסק כיון שהמוריש לא הורידו מעיקרא א"כ כיון שנתבטל הורדת המוריש להיורש למפרע בביטל התנאי ממילא שנתקיים דדמי לאו' אחר זמן יהי' לפ' אבל לגדולי המפרשים שהביא נ"י דאף באחר זמן אמרי' דירושה אין לה הפסק ה"נ דכוותי' ואף שגם הגדולי המפרשים כתבו דכל שהתנאי מעכבו לפ' לא אמרי' דירושה אין לה הפסק נראה דהיינו דוקא בהתנאי שתלוי ביד המקבל השני לקיים תיכף אבל

בתנאי שאינו תלוי ביד המקבל השני אמרינן ירושה אין לה הפסק והראי' לזה מהמרדכי פ' י"ג סי' תקצ"ח כתב בא' שנתן מתנה לבנו ע"מ שאם ימות בלא זרע קיימא שתשוב הנחלה לבנותיו דהתנאי בטל דירושה אין לה הפסק ואף שנתבטל מתנת הראשון מחמת התנא אלא ודאי כיון שאין התנאי תלוי ביד המקבל דמי לנותן אחר זמן וס"ל להמרדכי כגדולי המפרשים דאמרינן בכה"ג ירושה אין לו הפסק אמנם מתשובת הרא"ש שהביא הטור בא' שנתן לבניו לפ' כך ולפ' כך והתנה שאם ימות א' בלא זרע קיימא שיפול חלקו לאחיו ולאחותיו ונתן שמעון בחלקו לגיסו וכו' שהשיב דהמתנ' קיימת מהטעם דקיי"ל כרשב"ג משמע מדבריו דאם לא נתן במתנה דהי' ראובן יכול לבטל המתנ' ולא אמרינן ירושה אין לו הפסק מוכח דס"ל כדעת הרמב"ן דכל מתנה שהוא לאחר זמן לא אמרי' ירושה אין לו הפסק וכן מבואר בסי' ר"ן סעיף א' בהג"ה והכא כיון שנתבטל המתנה מיורש הראשון הוי כנגד השני כמתנ' לא"ז דלא אמרינן ירושה אין לו הפסק ודברי הרא"ש בתשוב' שם שהביא ראי' מתשובת מהר"מ במרדכי הנ"ל הוא תמוה דאדרבה הוא סתיר' לדבריו וע"ש ונרא' דכיון דהרמב"ן והרשב"א הביאו הב"י בסי' זה וכן הרא"ש בתשוב' ס"ל דמתנה לא"ז לא אמרינן ירוש' אין לו הפסק וכן הב"י והרמ"א לא הביאו דין זה דירוש' אין לו הפסק רק באמר נכסי לך משמע דהכי קיי"ל דבלאחר זמן וכן בהמתנ' להיורש ראשון שהי' על תנאי ונתבטל התנאי דלא אמרינן ירושה אין לו הפסק:

1 אם נתן המעות על ידי שליש. ע' ש"ך סק"ה ונרשם בטעות שנרשם על ואמר לא משום ירושה והוא ט"ס וצ"ל רשום על ואמר תנו וכן הוא בב"י בהדיא דכשנותן המעות ע"י שליש אפילו אמר סתם בלשון מתנ' מהני ובמהרי"ט תמה על סברא זו דמה בכך שנתן ע"י שליש דהא כל היכא דאיתנייהו ברשו' יורש איתנייהו וכו'. ע"ש ובקצה"ח כתב דהוא מטעם מצוה לקיים דברי המת. ולפעד"נ דלא שייך בזה מלד"ה מטעם שכ' בתשו' מ"ע סי' נ' דכל היכא דלא זכה השני אלא מכח הא' (דהא מת שני קנה הראשון) ל"ש גביה מלד"ה ע"ש ולפעד"נ ראי' לזה דהא בב"ב ד' קכ"ט מוכיח הש"ס דלשון מתנה מהני ללשון ירוש' אפי' לשני ב"א מהא דיירשו בניהם תחתיהם ולדברי הקצה"ח מאי הוכח' איכא דלמא התם טעמא משום מלד"ה דנרא' דאם הושלש ביד שליש ואמר בלשון ירוש' פ' יירש סך זה ג"כ מהני דנגד מלד"ה ל"ש מתנה עמ"ש בתורה וכמ"ש הקצה"ח בעצמו ס"ק ה' ע"ש א"ו דל"ש בזה מלד"ה כיון דלא זכה זה אלא מכח הא' כמ"ש בתשובת מ"ע הנ"ל וע"כ אינו זוכה אלא משום מתנת שכ"מ מוכיח הש"ס שפיר דלשון מתנ' מהני ללשון ירוש' אפי' בשני ב"א ועסמ"ק ס"ק ז' דמוכח דלא ס"ל כתי' הא' דהר"ן ומזה מוכח דלא ס"ל ג"כ תי' שני דהר"ן אמנם טעמ' בעי דלכאורה טעמא דהר"ן מיסתבר דהא לא זיכה להם

אלא שקל בכל שבת והמותר זיכה בה אחרי' תחתיהם מיד ולא בא מכח הא' כלל ונרא' הטעם כיון דמ"מ פשטה קניי' היורשים בכל הנכסים דהא אם יופסדו מהמקצת הנכסים לא יהי' הפסד רק לאחרים ולא להיורשים וכיון דפשט' קניית היורשים בכל הנכסים אמרי' בכל הנכסים ירושה אין לה הפסק:

ז וכן דין השלישי עם השני. הרמב"ן במלחמות הביאו הקצה"ח כ' דדוקא בשאמר בל' ואחריך ואחר אחריך אז אינו זוכה השלישי אם לא כשבאו מקודם ליד השני ואין מדלגין מא' לג' אבל באומר נכסי לך ואחר מותך לפלוני ואחר מות פ' לפ' אז מת שני בחיי ראשון נותן לשלישי:

ח לעשר שנים. ולענין ירוש' אין לה הפסק אז אם אמר להיורש נכסי לך י' שנים ואח"כ לפ' אמרינן ירושה אין לה הפסק אבל כשלא אמר רק אחרי' שנים לפ' העיקר כהרמב"ן דל"א ירושה אין לה הפסק:

ט מתנת שכ"מ בקצה"ח הביא דברי הרשב"ם שכתב דגם במתנת בריא באמר מהיום ולאחר מיתה דדינו כמו במתנת שכ"מ לענין זה והוא תמוה באמת אך מ"ש הוא דבמהיום אם לא אחזור ביה דאמרי' בזה כבר קדמו אחריך כיון שהנותן יכול לחזור בו ומביא ראיה ממתנת שכ"מ דס"ל לתוס' ורא"ש דקונה למפרע ואפ"ה אמרינן דקדמו אחריך ע"ש יפה כתב לפרש בזה דברי רשב"ם:

י וכשימות יקדם השני לזכות. עסמ"ע ס"ק ט"ז עד הראשון להיות גוסס וכנ"ל והוא מהש"ס ב"ב דף קל"ז ובש"ס שם פריך ומי אמר אביי הכי והאמר אביי מתנת שכ"מ קונה עם גמר מיתה ומשני הדר ביה אביי מהאי מנ"ל מדתנן ה"ז גיטך אם מתי אינו גט ופי' הרשב"ם אלמא דאין דעתו של שכ"מ ליתן אלא אחר גמר מיתה דאל"כ גט נמי להוי עם גמר מיתה וכו' מוכח מכאן דכשמגרש או נותן מתנה והתנה שלא יחול עד זמן שיהיה גוסס דחל אף שאינו בר אקנויי וקשה דהא בב"ב דף קכ"ז אמר דאיצטריך קרא דיכיר לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ופי' הרשב"ם כיון שבשעה שחל הקנין לאו בר אקנויי הוא לא קנה וכן לענין גט פליגי הפוסקי' לענין אם נתן גט ואמר שלא יחול עד למחר ולמחר אחזו קורדייקוס ע"ש (ואח"כ הגיע לידי ס' מחנה אפרים) ומצאתי שעמד בזה וכתב דדוקא לענין דשלב"ל לא מהני בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כיון שאין בידו להקנו' לו עכשיו משא"כ כשהיה בידו להקנות עכשיו מהני אפי' כשבשעת חלות הקנין הוא גוסס וכתב עוד שם להקשות על הרשב"א שכתב בא' שהקנה לחבירו אלף זוז עם פטירתו שאפי' הוא גוסס יכול לזכות ע"ש ותמה ע"ז דהקונה בודאי בעינן שבשעת חלות הקנין יהיה לו יד לקנות ע"ש ולפמש"ל בסי' רמ"ג דאפי' לשוטה יכולין לזכות ע"י

אחרים ע"ש י"ל דמיירי שזיכה לו ע"י אחרים וגם עיקר דין שלו אינו ברור בעיני שיהיה הקונה חמור ממקנה:

יא דאין לחלק בין אמר מהיום. עסמ"ע ס"ק כ"ב דאף החולקים מודים דאין כח ביד הא' למוכרו כשאמר מהיום ע"ש והנה אף שהנ"י והמאור כתבו בהדיא דאף במעכשיו יכול הא' למוכרו מטעם דהוי כאמר מעכשיו אם תשייר אחריך יהיה לזה נראה דדעת הסמ"ע דזהו רק להמפרשים בב"ב דף קכ"ה גבי הא דאמר חתם מסתברא טעמא דבני מערבא דאי קדים סבתא וזבניה זבינ' זבינ' דהיינו דמסתברא טעמייהו אפילו אי אחריך כמעכשיו דמי משום קדים סבתא וזבניה וכו' הרי מוכח דאפילו במעכשיו יכול למוכרו אבל לפי מה דקיי"ל דאחריך לאו כאומר מעכשיו דמי ומפרשים הא דאמר שם מסתברא טעמא דבני מערבא היינו דע"כ אחריך לאו כמעכשיו דמי דהא אי קדמא סבתא וזבניה וכו' כמו שפי' רשב"ם ועיין בש"ס באורך הרי מוכיח בהדיא דבמעכשיו אין יכול למוכרו והא דבמעכשיו אמרינן ירושה אין לה הפסק מוכח בהדיא בב"ב דף קל"ג מרב הונא דס"ל אי ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה ונ"מ דאמרינן גבי' ירושה אין לה הפסק ור"ה ס"ל בדף קכ"ה דאחריך כאומר מעכשיו דמי אלמא דאפי' במעכשיו אמרינן ירושה אין לה הפסק וכמו שהוכיח הרשב"א ויש סברא טובה לחלק דלענין ירושה אין לו הפסק שפיר אמרינן כיון דעכ"פ הוריש ליורשו גוף לפירות כל ימי חייו כמבו' בסי' ר"ט דפירות לבד א"א לשייר רק בשייר גוף לפירות שוב א"י להקנו' אחריו הגוף להפירות לפלוני דהגוף להפירות שהוריש להיורש אין לו הפסק וכיון דלא אתי ליד פ' לעולם קנין הפירות גם הגוף דמי לדשלב"ל ואין בו ממש דלא קנה דהא מה"ט במכר הבן בחיי אב לא קנה לר"י ואפילו לר"ל דס"ל קנה היינו כיון דמ"מ נפל לפניו הק"פ בקבר אבל הכא דלא אתי לידו הק"פ מעולם רק הגוף לחודיה ודאי דלא שייך ביה קנין וכיון שאמר מעכשיו ולאחר שימות בני לאו כלום הוא דאחר שזכה בנו בירושה אין לו הפסק אבל לענין מכירת הא' כיון שקנה השני הגוף מיד והפירות לאחר זמן ודאי דאין הא' יכול למכור כמו שהאב א"י למכור כשאמר שיהי' אחרי מיתתי מעכשיו לבני כדתנן במתני'. ולפז"נ דבשכ"מ אם אמר אחריך מהיום לפ' דגם האחריך יש לו דין מתנת שכ"מ אף דבסי' ר"ג סעיף ט' מבואר דבאמר מהיום יש לו דין מתנת בריא מ"מ נראה דכאן יש לו דין מתנת שכ"מ דהא לכאורה קשה דמה"ת נאמר בשכ"מ שאמר מהיום דיש לו דין מתנת בריא וא"י לחזור בו דמ"ש מגט בגיטין דף ע"ג דהוי כאומר מעת שאני בעולם כתבו התוס' הטעם דדעת השכ"מ לאחר הגט כל מה שיוכל וע"ש וע"כ צ"ל דטעם במתנת שכ"מ דאמר מהיום דהוא משום דאמרינן דודאי למתנת בריא נתכוון דאי למתנת שכ"מ למה

אמר מהיום הא בלא מהיום ג"כ קנה משא"כ הכא דאמר ג"כ אחריך י"ל שהיה כוונתו לאחר המתנה ולמעת שאני בעולם ומ"מ הוצרך לומר להאחריך מהיום כדי שלא יהיה הראשון יכול למכור:

יב אחריך ליורשי והיה לו בת. עסמ"ע ס"ק כ"ה ובס"ק כ"ו ומשמע מדבריו שגרס ואחריך ליורשיך משום דק"ל דהא אחריך ליורשי פסק הרב לעיל דאפי' מכר הא' שהיורשין מוציאין מיד הלוקח והוא מטעם דהאומר אחריך ליורשי כאומר מעכשיו דמי כמ"ש הרמב"ן וא"כ הוי מוחזק ולא ראוי כמ"ש הרמב"ן בהדיא והש"ך ס"ק ח' גרס ואחריך ליורשי וכתב באמת דגם בעל יורש ודלא כסמ"ע ע"ש והוא תמוה מאוד דהא בהדיא פסק הרב דאפי' שאר יורשין אין עומדין במקומה ומכ"ש הבעל ובב"ש בסי' צ' סעיף ב' תירץ דאפי' אם הא' א"י למכור מ"מ ה"ל ראוי כיון שלא בא לידו וכמ"ש המרדכי והוא ג"כ תמוה מאוד דהא ליורשי כאומר מעכשיו דמי ובמעכשיו ודאי הוי מוחזק כמ"ש הרמב"ן וכן תמה בקצה"ח ומה שנ"ל ליישב בזה והוא דין ברור בעיני דמרא דהאי דינא הוא הרמב"ן בב"ב דף קל"ז וכתב בטעמא דהא מילתא כמו באומר נכסי לך כל ימי חייך אינו ראוי לומר אם קדם ומכר אין לשני אלא מה ששייר ראשון אלא לזה הקנה כל ימי חייו ומכאן ואילך זכות שיש לו בנכסי' משוייר לו וליורשיו ה"ה כשאומר נכסי לך אחריך ליורשי היא הטעם שהרי לא מועט להם ליורשיו כלום אלא פי' השיור ששייר במתנתו במה שנתן להאחר ואמר נכסי לך דהיינו שמשייר מתנתו ואינו נותן אותן רק כל ימי חייו ואחר כך כלה מתנתו וחוזר ונעשה ירושה ליורשיו מש"ה לא מהני מכירת הא' משא"כ באומר נכסי לך ואחריך לפ' שהנותן סילק עצמו מהנכסים בלי שום שיור ומש"ה כשמכר הא' מהני כיון שנפקע זכותו של הנותן וזכותו של השני עדיין לא בא כו' העתקתי לשונו בשינוי קצת לפרש יותר ולפ"ז נ"ל חילוק ברור בין שכ"מ לבריא דבשלמא שכ"מ שמצוה מחמת מיתה דלא מסיק אדעתיה שיחיה ויהיה לו עוד בנים ויורשים אחרים דאז כשאמר אחריך ליורשי יכולין לפרש דבריו דהיינו שמשייר במתנת הא' דאחר מיתת הא' יתבטל מתנתו ולא נתן לא' רק לכל ימי חייו וממילא נשאר להיורשים שראויין לירש בשעת מיתה ולא להיורשים של שעת מתנה ועוד דעיקר הוכחה שלא כוון להיורשים שהיה לו בשעת מתנה הוא מדלא אמר ואחריך לי כמו שאבאר לקמן ובשכ"מ במצוה מחמת מיתה ל"ש לומר לי כיון שצוואתו היא לכשימות וא"כ ע"כ כוונתו על היורשין של שעת מיתה וממילא אחר מיתת הראשון ירושה הוא ליורשים כדמעיקרא ומש"ה אפילו מכר הראשון מוציאין מהלוקח מטעם שכתב הרמב"ן כנ"ל משא"כ בבריא שמקנה ואומר נכסי לך ואחריך ליורשי והיה לו בת דהדין מבואר בהרמ"א דאפילו נולדו לו אח"כ בנים

זכתה בהן הבת ולפ"ז א"א לפרש דבריו ששיורא שייר במתנתו ולא נתן לראשון רק כל ימי חייו ובמה שאומר ואחריך ליורשי לא בא רק לפרש השיור ששייר במתנת הראשון דהיינו שלא נתן לו רק לזמן ימי חייו כמו שכתב הרמב"ן דא"כ לבניו בעי מיהוי דכיון שכלה זמן מתנת הראשון ונפלה לפני בניו בירושה דממילא כמו שאר מתנה שיש בו שיור ובניו הן הן היורשים גמורים וכיון שפסק זכתה בהן הבת ע"כ צ"ל דמתנת הראשון לאו שיור הוא רק שנתכוין למתנה גמורה להבת שקרא אותה יורשי שהיא יורשה כעת ובודאי מיירי שהקנה בק"ס כבשאר מתנת בריא דבלא"ה לא קנתה הבת וכיון דלמתנה נתכוין ולאו שיורא הוא דינו שוה לאומר אחריך לפלו' ומכירת הראשון מכירה לכ"ע וראוי הוא לגבי בעל ואם מתה בחיי המקבל הן של יורשי ראשון רק יוצאי חלציו בכלל האחריך הן דלהן כוון בשעת אמירה כמ"ש הסמ"ע ולפ"ז א"ש דברי הרב בהג"ה דבריש דבריו שכ' דאם אמר אחריך לי או ליורשי אם מכרן כו' מיירי בשכ"מ דמיניה מיירי לעיל בכל הסי' ובסיפא בהא דאחריך ליורשי והיה לו בת ע"כ מיירי בבריא וע"ז כתב ג"כ בסוף דבריו דאם נולדו לו בנים אח"כ וזה כבריא ולפ"ז א"ש ע"כ מ"ש הרמ"א דרק י"ח בכלל ולא שאר יורשין ומטעם שכתבתי ולפ"ז בשכ"מ שאמר ואחריך ליורשי ונתעברה אשתו בחליו אחר אמירתו ומת זוכה גם העובר דגם הוא יורש של שעת מיתה עי"ל דהנה בס' מחנה אפרים בשם הרב בכ"מ כתב דאפילו מאן דס"ל דאחריך ליורשי לא הוי כאומר מעכשיו מ"מ כאומר אחריך לי או ליורשי אמרי' כי היכא דלגבי עצמו שייר הגוף ה"נ שייר לגבי יורשיו כיון דבדיבור א' נאמרו ובס' הנ"ל תמה על זה דהא כיון דאמר אחריך לי לא נתן להמקבל רק פירות ושייר הגוף לעצמו וכיון שכן כי מת המקבל מדינא יחזרו ליורשי נותן ע"ש ולפמ"ש ל"ק כלל דהא כשאמר לי או ליורשי ע"כ היתה כונתו דכשיהיה הוא בחיים יוחזר לו ואם ימות קודם מיתת המקבל יוחזר ליורשיו שיש לו כעת ואף אם יוולדו לו בנים אחר כך לא יטלו הן ולמתנה ליורשיו שיש לו כעת נתכוין כשלא יהיה בחיים וסד"א דדמי לאומר אחריך לפלו' כמש"ל ויועיל מכירת הראשון קמ"ל כיון דבדיבור אחר נאמרו אמרינן דגם ליורשין שייר בעין יפה ולפ"ז א"ש דשני הדינין שכתב הרב מיירי בבריא רק דברישא כיון שאמר לי או ליורשי לא מהני מכירת הראשון וכמש"ל ולפ"ז א"ש דלא תקשה כיון שהטור ושאר הרבה פוסקים סברי דדוקא באחריך לי הוי כמעכשיו ולא באמר אחריך ליורשי והאיך כתב הרב בלי שום חילוק ולפמש"ל א"ש דכיון שאמר אחריך לי או ליורשי כ"ע מידו וכמש"ל היוצא מזה דלא אמרינן אחריך ליורשי כאומר מעכשיו דמי רק בשכיב מרע אבל לא בבריא אם לא שאמר אחריך לי או ליורשי:

יג זרעה עומד במקומה ונראה דדוקא אותו הזרע שהיה בשעת אמירה אבל אם נולד אח"כ לא קנה דאין אדם מקנה לדבר שלב"ל וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל פ"ז וז"ל שלא אמרו ואחריך לפלו' רק למי שהיה בעולם אבל למי שאינו בעולם לא ע"ש:

יד ואחריך ליורשיך י"א דהוי כאילו אמר עסמ"ע מה שהקשה ע"ז ולפענ"ד דגם כאן יוצא חלציו בכלל כמבואר בסעיף ט' ורמ"א לא הגיה שם רק דקמ"ל דלא נימא מה שכתב ואחריך ליורשיך שופר' דשטרא הוא קמ"ל דשאר יורשים שאינו י"ח אינן בכלל ומ"ש הסמ"ע ס"ק ך"ז ובזה נתישב קושית הב"י כיון למה שהקשה בב"י מה"ת לא יירשו שאר יורשין הא יורשי הסבתא הן אמנם נלפע"ד שהעיקר כוונתו על יורשין של שעת מיתה ואף שבד"מ ג"כ תמה עליו אפשר לומר דהיינו באחריך ליורשי שהכוונה על יורשים שיש לו עכשיו כמ"ש הרמ"א בהי' לו בת ונולדו לו בנים והטעם דתלינן שהיה כוונתו על היורשין שיש לו עכשיו ולא על היורשין שיהיה לו בשעת מיתה הוא משום דאמרינן אילו היה כוונתו על היורשים של שעת מיתה היה לו לומר ואחריך לי משא"כ באחריך ליורשיך מה"ת לא נאמר שכונתו על יורשים של שעת מיתה וראיה לזה דכל הפוסקים חתרו למצוא נ"מ במה שאמר ואחריך ליורשיך וכתבו דנ"מ לענין מכירה לכתחילה ולענין מתנת שכ"מ ואם נאמר דכוונתו על יורשין של שעת מתנה לא הקשו כלום דהא נ"מ אם יהיה לו בנים אלא ודאי דסתם לשון יורשין תלינן שהוא על יורשין שהוא של שעת מיתה וא"כ גם שאר יורשין ראויין לירש:

טו בעל לוקח עיין קצה"ח מה שהשיג על תשובת מהרש"ך בנידן שאמר ואחריך לבנים הנולדים מגופה ויפה השיג דכיון שבידה שלא להכניס לבעל אמרינן דלא היה כוונתו רק שלא להכניסו לבעל רק שלא קנה מטעם דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם ע"ש:

טז נכסי לאמי עש"ך ס"ק י' שכתב דבחיי אם אביה אינו מדוקדק וצ"ל בחיי אמה ע"ש ולפי הגירסא שלפנינו הוא והיה לו בת א"ש דבת שלו היא גם כן יורשיה של אמו ולא שייך כאן לומר דכאומר מעכשיו דמי מטעם שכתבתי לעיל:

יז דלא כתב ליה עש"ך ספ"ק י"ז (ויש שם ט"ס וכצ"ל לדינא העליתי שם דבעינן כתיבה וע"ש ותיבת מסיר' ט"ס):

סימן רנ

א שדברי שכ"מ ככתובין ועיין קצה"ח שחקר בהא שכתב הטור דזכה למפרע והב"י הקשה דהא אין קונה אלא לאחר מיתה שהקשה מהא דב"ב דף קל"ז דאמר גבי מתנת שכ"מ דאינו קונה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך וכו' אישתמיטתיה דברי

המהרי"ט בחלק חשן המשפט סי' ע"ד שכתב וז"ל ליפוי כח עשאוה כמתנה מהיום ולאחר מיתה דשיעבודו חל מהיום וזכות לאחר מיתה וכו' ומיהו כי יהיב במתנת שכ"מ במקום אחריך קנה משום דאחריך דלאו מכחו קאתי אלא מכח הראשון שיעבודו וזכותו קודם וע"ש במהרי"ט ותבין שמכח דברי מהרי"ט נסתר למ"ש בקצה"ח ועס"ס קכ"ה דהעיקר דאינו זוכה למפרע רק כשאמר הולך דכזכי דמי בשכ"מ:

ב המתנה בטילה עש"ך ס"ק א' דהך דר"ה מיירי שמסרה להקדש שתהיה הקדש מהיום והוא תמוה דאי באמר מהיום ה"ל הקדש של בריא ואפילו לא מסר נמי ובאמת בלא"ה א"ש דברי הרשב"א דאפילו לא אמר מהיום כיון שמסר נהי דיכול לחזור אם עמד מכל מקום בחליו ודאי דא"י לחזור וכמבואר בס"ס קכ"ה ובב"ב שם באמר (מנהגם בידם) בחליו מיירי ועמ"ש בסימן רנ"ח וכן מ"ש בסמ"ע ס"ק ה' במחל חוב דאם עמד חוזר דלא עדיף מחילת חוב מקנין בשאר דברים יש לספק אם יכול לחזור בחליו אם נאמר דהוי כמסר לידו המתנה ושוב א"י לחזור בחליו א"ש דלא דמי דשם הוציא הדבר מרשותו מיד ליד בשעת הצוואה משא"כ הכא שלא הוציא הדבר מרשותו מעכשיו ולכך אפילו בחליו יכול לחזור אח"כ מצאתי בקצה"ח שכתב בפשיטות דאין יכול לחזור בחליו עיין שם אמנם כדברי הסמ"ע סימן קכ"ח ס"ק ל"ד שכתב וז"ל דשם אינו מוציא ממון מת"י בשעת הצוואה וכו' אלמא דבעינן דוקא שמוציא הממון מת"י ובלא"ה אפילו בחליו יכול לחזור ודבריו מסתברין דהא ודאי בכל שכ"מ איכא אומדנא שאינו נותן רק עד אחר גמר מיתה כמבואר בב"ב דף קנ"ז רק כשמוציא הממון מת"י לרשות חבירו יש הוכחה שהקנה לו מיד אבל בחוב שהיה כבר ת"י וליכא הוכחה מה"ת נתבטל האומדנא:

ג אבל אם הודה עסמ"ע ס"ק ט' שכתב הטעם דאמרינן דמש"ה הוציא המתנה בלשון הודאה כדי שלא יהיה יכול לחזור בו כו' והוא תמוה דהא אפילו מתנה בפי' שלא יהא יכול לחזור בו לא מהני כמ"ש הרב לעיל בהג"ה ואפשר שכוונת הסמ"ע כיון דאודיתא גופיה קנין הוא אפילו בבריא כיון דבהודאה אקני ליה ליכא למיחש כלל שכוונתו הוא להקנות לאחר מיתה דהא משום הכי הוציא המתנה בלשון הודאה שלא יהיה יכול לחזור בו והוי כמו שהקנה לו במעכשיו בקנין שלא יהיה לחזור בו דמהני כמ"ש הרב לעיל:

ד הקדיש כל נכסיו כתב בקצה"ח דלא איבעיא ליה בש"ס גבי הקדש רק לענין אם יכול לחזור כשעמד אבל לענין יורשים לא מספקא ליה דהצדקה הוא מטעם נדר והנודר ומת אין היורשים צריכין לקיים נדרו כו' עיין שם. ולפענ"ד הא ליתא דדוקא כשאמר אתן מנה לצדקה או תנו מנה לצדקה דעדיין חסר לקיים הוא מטעם נדר ואין היורשים חייבים לקיים נדרו אבל אם אמר הרי זו צדקה שהתפיס דבר מיוחד לצדקה שהדבר גופיה נתפס

בצדקה וכבר נתקיים הנדר שנדר כדמוכח בנדרים דאפילו ע"י יד נתפס הצדקה ועיין בי"ד סימן רנ"ח דאפילו לשנותה אסור רק קודם שבא ליד גבאי מותר ללותה על מנת לפרוע ודאי דהיורשין חייבין ליתן ומוציאין מידם הצדקה שהתפיס ואם כן י"ל דבעיא של הש"ס הוא בכה"ג שאמר נכסים אלו לצדקה ועקצה"ח סימן ר"צ דהוכיח דאיכא שיעבוד נכסים לצדקה כמ"ש הכ"מ מהא דמי שנשתטה דגובין מנכסים ולמד הקצה"ח מדבריו דה"ה בנודר לצדקה דיש שיעבוד נכסים ולפענ"ד נראה דליתא דדוקא במה שמוטל על האדם לפרנס לקרוביו אפילו בלא נדר וכן על העיר לפרנס עניי עירם בזה כתב הכ"מ שהממון משועבד ומש"ה כל שמשועבד גופו ליתן לעניי עירו ע"פ אומדנא דב"ד הרי הממון שלו ג"כ משועבד אבל וכל שאינו מחויב מדינא רק מכח הנדר שנדר דומה לשאר נדר ואין היורשים מחוייבים לקיים נדרו אם לא כשאמר הרי זו לצדקה שנתפס גוף הדבר ונעשה צדקה אין היורשים יכולין לשנותה וכופין אותן שיתנו מה שהתפיס לצדקה:

ה דלא כדברי החולקין עסמ"ע ס"ק י' שהקשה דכאן פסק דלא כהרא"ש ולקמן בסעיף י' פסק כהרא"ש ועקצה"ח ולפמ"ש בכלל תפיסה א"ש בפשיטות דשם בסעיף י' הוא ספק במציאות ואין מבטלין קנין ברור מחמת ספק אבל הכא הספק בלשון אם היה כוונתו אפילו אם יעמוד או אחד מיתה כמו בשאר מתנותיו וכל שספק בלשון קיי"ל דלא מחית איניש נפשיה לספיקא והיינו שאמרי' שאין כוונת המקדיש אלא על משמעות הודאי שבלשונו ולא על המשמעות הספק שבלשונו כמו בקידושין דף ס"ד גבי מי שיש לו שתי כיתי בנות וקידש את הגדולה וכן בנודר עד הפסח דאינו אסור רק כפי משמעות הודאי שבלשונו למאן דס"ל דלא מחית איניש נפשיה לספיקא וגם האדם נאמן על כוונתו כמש"ל בכללי תפיסה בשם הר"ן ע"ש:

ו דין הקדש כדין מתנה עסמ"ע ס"ק י"א שהיה יכול לחזור בחליו. והנה בנימוקי יוסף דף רכ"ח ע"א כתב בהדיא דא"י לחזור בחליו וכשמת אח"כ הקדישו קיים ודברי הרב בהג"ה יש לפרש כמו שפי' בקצה"ח וזה יתבאר אי"ה בסי' רנ"ה אך בלא"ה קשה על הסמ"ע שכתב דאם מת אח"כ מחזיקו האחרון דמ"ש מהא דסי' רמ"ג סעיף כ"ד גבי זרק ארנקי דמחמת שהיא ספיקא דדינא הזוכה הראשון נקרא מרא קמא נגד הזוכה השני אף שהשני עשה קנין ודאי וה"נ כיון דהקדש הוא ספיקא דדינא ולא חזר בו לעצמו רק לאחר והספק נולד בין הראשון להשני לכאורה הראשון הוי מרא קמא נגד השני אמנם לפמש"ל דגבי הקדש כשהוא ספק בלשון שוב הוי כודאי דלא הוי הקדש מה שהוא בספק מטעם דלא מחית נפשיה לספיקא א"ש:

ז אם המעות עצמו קיימים אם עמד חוזר ברשב"א חלק ג' סי' קכ"ב כתב דדוקא כשחוזר בפי' מהני אבל לא נתבטל ממילא כשעמד ע"ש ועוד נלפענ"ד דדוקא אם עמד חוזר אבל כשחזר בחליו ומת אחר כך לא מהני החזרה דהא במכירה בעינן הקנין בריא במעכשיו כמ"ש הסמ"ע בס"ק י"ב ועיין בנ"י שלא תקנו דברי שכ"מ רק במתנה ולא במכירה וע"כ צריך קנין במעכשיו דבלא מעכשיו במטלטלין אינו קונה אפילו אי נימא דדעתו שיקנה עם גמר מיתה מ"מ הא הדרא סודרא למריה וע"כ צ"ל דהוי רק כתנאי מיתה במעכשיו ואם כן ממילא א"י לחזור כשמת בחליו:

ח לא מהני תפיסה עסמ"ע ס"ק ט"ו דאם מסר לו לזכות בו מיד א"י לחזור בחליו ע"ש ונראה דדוקא כשמסר לו הדבר עכשיו אבל אם היה כבר בידו והקנה לו יכול לחזור אף בחליו:

ט כדי פרנסתו משמע בתשובות הרא"ש כלל ע"ח סי' ג' דאם הוא חייב לאחרים נגד אותה השיור ששייר דלא חשיב שיור אמנם מדברי הנ"י דף ר"ך סוף ע"א משמע דאפי' חייב לאחרים נגד אותה השיור דחשיב שיור ונראה דכל חד לשיטתיה אזיל דהרא"ש ס"ל דבעינן שיור כדי פרנסתו ועסמ"ע ס"ק י"ז דהיינו שיתפרנס מהריוח כל ימיו ולפ"ז כשהבע"ח יטלו ממילא לא ישתייר לו כדי שיתפרנס מהריוח והנ"י אזיל בשיטת הרי"ף דס"ל בשיור כל שהוא סגי ועסמ"ע ס"ק ט"ז משום דלפעמים משתכר בכ"ש א"כ אפילו חייב לאחרים נגד השיור לא מיבעיא בלא הגיע הזמ"פ א"כ הא מה שהחוב מחויב להיות זמן מה ת"י עוד שוה כסף הוא דהא שמין את החוב כמה הוא שוה לזמן כמבואר במכות ג' א"כ הרי נשאר בידו כ"ש אך אפי' החוב הוא אחר זמ"פ מ"מ ס"ל דליכא אומדנא דמוכח די"ל שסבור הי' שהחוב יתעכב עדיין בידו שיהיה יכול להרויח כל שהוא קודם שיפרע ומהכ"ש שירויח ירויח אח"כ כדי פרנסתו:

י גוסס עמ"ש בקצה"ח ועמש"ל בסי' רמ"ה מזה:

יא אפי' אם יש בו שיור עסמ"ע ס"ק כ"א עד דא"כ היה נותן כל נכסיו כו' אין זה הוכחה כלל דאימר רוצה להוריש השאר לבניו ולא היה צריך הסמ"ע לזה דהטעם פשוט דכל דנתן רק מקצת ליכא אומדנא דמוכח שכוונתו מחמת מיתה וממילא מתנתו קיימת דלא מבטלין קנין ברור בדליכא אומדנא דמוכח וכן בלא קנין המתנה בטילה דלא תיקנו מתנה בשכ"מ כ"א בידוע שנותן מחמת מיתה:

יב המפרש והיוצא בשיירא עסמ"ע ס"ק כ"ב שכתב וז"ל דאין טעם למפרש בים ויוצא בשיירא ונותנין במקצת כו' לא דק בלישניה דבאמת אפי' בנותנין כל נכסים פליג הרא"ש והטור כמבואר בדבריהם עוד כתב הסמ"ע בשם הנ"י שכתב הטעם משום דהרבה מהן

הולכין להשתקע כו' לפיכך כשלא נשתקעו וחזרו כו'. ולפ"ז מ"ש המחבר דהוי כמצוה מחמת מיתה הוא לאו לכל מילי דודאי אם היה קנין באופן דלא שייך הדרא סודרא למריה כגון בשטר לא בעי יפוי כח דהא לא שייך בזה אין שטר לאחר מיתה וכן לענין מכר לא דמי וראיה מזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל ולא הוי כמצוה מחמת מיתה רק לענין קנין דשייך ביה הדרא סודרא למריה כיון דאין דעתו להקנות עד אח"כ ולענין אם עמד חוזר ומשמע קצת מדבריו שאם היה בקנין בשטר דלא שייך בזה הדרא סודרא למריה וחזרו בהן קודם שנשתקעו ונשתקעו אח"כ דלא מהני החזרה דהוי כמקנין על תנאי וכיון שנתקיים התנאי נתקיים הקנין למפרע משא"כ כשלא היה קנין י"ל דלא תיקנו חכמים קנין שלהם רק שיחול אחר גמר השיקוע שנשתקע:

יג ומפרש שנותן הכל מעכשיו ומקנה לו מחיים הא שכתב דמקנה לו מחיים הוא לשון מיותר ולכן נראה שכוון למ"ש בב"י בשם הריטב"א וז"ל אם התנה בפי' שנותן מתנה קיימת לעולם וקנו מידו במעכשיו ה"ה כמתנת בריא ע"ש מוכח מדבריו דבקנין מעכשיו לחוד לא סגי עד שיתנה בפי' שיהיה ניכר מדבריו שנותן לו תיכף במתנת בריא וראיה לזה דהא מרא דהאי דינא היא הנימוקי יוסף ובעצמו כתב בדף רכ"ח ובדף רכ"ט דבעמד יכול לחזור בו אפי' אמר מהיום רק בחליו א"י לחזור בו וכן מוכח בגיטין ד' ט' בתו' ד"ה ואינו חוזר דמוקי לה באמר מהיום ודוקא בעבד אינו חוזר משום שיצא עליו שם בן חורין משמע דבמתנת ממון יכול לחזור אם עמד רק דעת הב"י הוא דא"י לחזור בחליו ע"ש ולכך הצריכו הפוסקים שיאמר בפי' במתנת בריא לענין דאפי' יעמוד א"י לחזור ועוד אני מוסיף דלפעמים אפי' בחליו יכול לחזור אפילו אמר מהיום דהא לכאורה תימא דהא אמר בגיטין דף ע"ב גיטו כמתנתו אלמא דבשניהם האומדנות שוות ובגיטין דף ע"ג אמרינן בש"ס אפי' אמר מהיום אם מתי הוי כאומר מעת שאני בעולם ועיין בתו' בגיטין ד' ע"ג בד"ה אמר רבה הטעם משום דדעת השכ"מ לאחר דגט כל מה שיוכל ואף שאמר מהיום הוי כאומר מחיים ועיין ב"י באה"ע סי' קמ"ח דה"ה באומר מעכשיו וא"כ הכא במתנה שכתב הנ"י דיכול לחזור כשעמד וע"כ דהוי כתנאי מהיום אם מתי א"כ מה"ת לא נאמר הכא ג"כ הכי ואפי' אומר בפי' מהיום וע"ת שימות נאמר דהוי כאומר מעת שאני בעולם וע"כ צריך לחלק דבשלמא בגט כיון דאין גט לאחר מיתה יש לומר שכוונתו לא הי' אף שאמר מהיום רק עד גמר מיתה ואמר מהיום רק כדי שיהיה הגט קיים אבל במתנת ממון של שכ"מ שיכול להתקיים אף לאחר מיתה א"כ אם לא היתה כוונתו רק שיהיה חל עם גמר מיתה א"כ למה אמר כלל מהיום מה הפרש יש לו בין אם תחול המתנה רגע אחת קודם גמר מיתה או רגע אח"כ וע"כ כוונתו מהיום ממש אך קשה דהא

יש נ"מ גדולה דבמתנ' שכ"מ שחל אחר מיתה הוא כירושה ומזונות אלמנה ובנות גובין ממנה משא"כ מתנת בריא אף שחל שעה אחת קודם מותו אין מזונות אלמנה ובת גובין ממנה וכן נ"מ לענין אחריך דבמתנת שכ"מ גובה אחריך משא"כ במתנ' ברי' עם גמר מיתה וע"כ צריך לומר דהא שכתב הנ"י באמר מהיום דא"י לחזור בחליו מיירי באופן דליכא נפקותות אלו אבל במקום דאיכא נפקותות אלו נראה דאפי' בחליו יכול לחזור אם לא שהתנה בהדיא שמקנה לו ומחיים תיכף ובאופן זה מיירי המחבר והרב דהרב קאי על לשון המחבר שכתב ומקנה לו מחיים והיינו שפי' כמ"ש הריטב"א רק שהרב הוסיף שה"ה בכתב כן בשטר וכמ"ש הסמ"ע בס"ק ך"ו ועוד דהרמ"א לא כתב דינא דמהיום רק לענין דצריך קנין ולענין חזרה לא כתב כלל לכן נלפענ"ד הדבר ברור דבמהיום סתם יכול לחזור כשעמד וכמו שכתב התוספות והנ"י ואם הי' במתנה הלוואות שאינן נקנין בקנין לא נקנין להמקבל כיון דמהיום מתנת בריא הוא אבל אם כתב בשטר בכל לשון של זכות הוי יפוי כח וארכבי' אתרי ריכשי וקונה ההלואו' כשמת ולא חזר בו כמתנת שכ"מ כן מבואר במהרי"ט חלק ח"מ סי' נ' ע"ש:

יד והאחרון הוא מתנת שכיב מרע בכולה והיינו כשנתן לראשונים בקנין דאי נתן לראשונים בלא קנין הרי נתבטלה מתנת ראשונים וממילא מתנת הראשונים הוי שיור להאחרון וגם האחרון לא קנה ועיין בהגה' סמ"ע בשם תשובת הרא"ש והמעיין בהרא"ש שם יראה שיש חסרון דברים בכאן כי שם מיירי שהיה להבת שט"ח והיה כתוב בו מטלטלי אג"ק ומטעם טריפת בע"ח הוא ע"ש:

טו ראשון קונה עסמ"ע ס"ק ל"ח ועש"ך ס"ק י"ג שהגיה בדבריו שצ"ל לא הפסיק ועוד צריך להגיה בדבריו שצ"ל אפי' קנה הראשון אפילו אם לא מת ועש"ך שהדין עם הב"ח החולק על הסמ"ע ומהתימה על הסמ"ע שהוא עצמו כתב בפרישה שאין הדין ברור:

טז שכ"מ שכתב לאחד עסמ"ע ס"ק ל"ט שהביא בשם הרשב"א וקיצר בהעתקה וכצ"ל לא יטול ויהיה הכל לשאר אחיו וכו' דבלשון לא יטול לחוד לא יכול לסלק היורש מירושתו כמבואר בסי' רפ"א ונידון מ"ש הרשב"א דזוכין בו יורשי ראובן נראה דמ"מ אם דר בו שמעון אין יכולין יורשי ראובן לתבוע לשמעון שכר דירה כיון דראובן לא היה יכול להשכירה הוי כחצר שלא קיימא לאגרא שפטי' הדר כמבואר בסי' שס"ג ואפי' לכתחילה יכול שמעון לדור בו דהא זה נהנה וזה לא חסר כיון דראובן א"י לדור בו ולא להשכירו וגם א"י למחות בשמעון שרוצה לדור ועוד כיון שביתא מיתבא יתיב וגם ראובן נהנה בדירת שמעון ולכך יכול לדור בו שמעון אמנם אחר הבא לדור בו ודאי דיכול ראובן למחות בו דבעירעור כזה אינו כמערער על צוואת אביו שיכול הוא לערער שלא מתורת

שהוא שלו רק מתורת שהוא ירושת אביו וכן נלפענ"ד שיכול ראובן ללות לעצמו מעות והבע"ח בא ונפרע ממנו כמבואר בב"ק דף ק"ט באסר נכסיו על בנו שלוה ובע"ח באין ונפרעין הימנו דכשהבע"ח מערערין הוי כיורשים המערערין וכ"ז שהוא אינו מערער לא מבטל התנאי כנ"ל:

יז בין לעצמו בין לאח' עסמ"ע ס"ק מ"א דאף דבסי' קכ"ה מבואר בזיכה ע"י אחר דא"י לחזור בחליו דהכא מיירי דאמר להמזכה שלא יתן לו עד שימות וכו' לא ידענא אמאי שינה הלשון שכתב בס"ק ט"ו שלא זיכה לו ע"י אחר רק לשם קנין ומ"מ נראה דהכוונה אחת היא:

יח ותפיסה לא מהני עסמ"ע ס"ק מ"ד ועוד יש לחלק וכו' דאיירי בחזר בלא עמד וכו' והא דברישא בכתב וזיכה לראשון וכ' וזיכה לאחרון דיכול לחזור אף בחליו מיירי באופן שכ' לעיל שלא זיכה לו רק לשם קנין ושלא יקחנו לביתו ומה שכ' הטור דכשהגיע המתנה ליד המקבל דמהני היינו כשזיכה לו באופן שיגיע מיד ליד המקבל שיקחנו המקבל לביתו אז מהני לענין שאין יכול לחזור בחליו ולפענ"ד נראה שזה התי' עיקר דלתי' הד"מ שתי' דמיירי בכתב ומסר השטר וגם זיכה דמהני תמוה לי דא"כ דמסיר' השטר מועיל לפעמים שלא יכול לחזור בו הדרא קושיות התוספות שהקשה בב"ב דף קנ"ב ובזה כתב וזיכה מהא דב"מ דף ט"ז דמוקי הא דמחזירין דייתיקי בשכ"מ דבר מיהדר הוא ע"ש הא אכתי יש לחוש שמא יביא המקבל עדים שזיכה לו המתנה ע"י אחר שאמר לו לך חזק וקני וכשלא יהיה השטר בידו אזי מתנת השני קיים וע"י מסירת השטר מתנת הראשון קיים דהא כשיהיה השטר ביד הראשון ונאמר חזקה ביום שנכתב נמסר שוב לא יכול לחזור בו ויהיה מתנת הראשון קיים והנה לפי מה שחילק הסמ"ע דבעמד א"י לחזור ובחליו יכול לחזור יש לתרץ קושית התוס' הנ"ל במה שהקשה על הרשב"ם די"ל שהרשב"ם שכתב דזיכה היינו מסר לא מהני רק לענין שאינו יכול לחזור בחליו דבהא מיירי שם לענין דייתיקי מבטלת דייתיקי ע"ש ובב"מ דמחזיר דייתקי באומר תנו מיירי שכבר עמד ואמר תנו דאז בודאי מחזירין השטר דאין לחוש דשמא מסר דהא אפי' מסר נתבטל המתנה כשעמד:

יט שנותן במתנת ברי' ודוקא שפי' בהדיא שנותן במתנת בריא אבל קנין ומעכשיו לחוד יכול לחזור כשעמד אבל בחליו א"י לחזור וכמש"ל בשם הנ"י:

כ ויש מי שאומר דהנ"מ כשפי' בהדיא זהו דעת הרמ"ה בטור אבל הנ"י כתב בהדיא דאפי' באומר ווי דקא מית לא מהני:

כא דה"ה נמי מצווה מחמת מיתה בקנין וזהו דלא כמ"ש בתשובת מהרי"ט חלק ח"מ סי' נ' ע"ש:

כב דהוי כאילו הקנה לו עם קרקע עסמ"ע ס"ק נ"ד עד אלא שיש לספק בדעתו אם רצה שיקנה המטלטלין מיד קודם מותו וכו' והוא תמוה לפענ"ד מה"ת יש לנו לספק שרוצה להקנות קודם מותו כיון דבמתנת שכ"מ בכולה היא ומ"ש משאר קניינים כגון ק"ס וחזקה דאמרי' שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ועוד דהיה לו להרשב"א לומר בקיצור דכמו דשאר קניינים מגרעין כח מתנות שכ"מ כמו כן קנין אגב ולכן נראה דודאי כוונת שכ"מ הוא רק לאחר מיתה רק דהרשב"א אשמעי' דאפי' במקום דלא שייך לומר אין קנין לאחר מיתה כגון שהקנה בפי' שעה אחת קודם מותו או שאמר מהיום ולפמש"ל דלפעמים כשהשכ"מ אומר מהיום משמעות שלו היא מעת שאני בעולם כמו בגט והיינו שעה אחת קודם מותו דאז לא שייך הטעם דאין קנין לאחר מיתה ואפ"ה לא מהני הקנין אגב קרקע מטעם דהוי כמקנה אג"ק של המקבל והטעם דהא התוס' בספ"ק דגיטין כתבו דמתנת שכ"מ חל למפרע משעה שהקנה וקנין אג"ק מתחיל שעה אחת קודם מותו ובאותו השעה הקרקע הוא כבר שלו למפרע ולכך אינו קונה:

כג אף ע"פ שפירש שהמתנה לא תהא קיימת רק לאח"מ בריטב"א שהביא הב"י מסיים שמצרפין המהיום למה שאמר לאח"מ והוי כאמר מהיום ולאח"מ ע"ש ולפענ"ד נראה דא"א שהמתנה זו הוי כשאר מתנה דמהיום ולאחר מיתה דכשברי' נותן מתנה מהיום ולאח"מ הפי' הוא הגוף מהיום ופירי לאח"מ כשימות באיזה זמן שיהיה אז יש לו גוף ופירות משא"כ בשכ"מ שפי' שלא יהיה המתנה קיימת רק לאח"מ ע"כ כשימות מחולי זה קאמר דהא מצוה מחמת מיתה שמחולי זה ואם לא ימות מחולי זה לא יתקיים המתנה וא"כ ע"כ צ"ל שמהיום לא"מ דקאמר היינו בתנאי מיתה ואם עמד יכול לחזור בו וכמ"ש בנ"י כמש"ל בשמו:

כד הא דאמרי' עסמ"ע ס"ק נ"ז ובפרישה כתבתי דלהרא"ש וטור אפילו קנו ממנו בק"ס אם אח"כ אמר להן ליתן להמקבל מתנה עם הכתב ונתנו לו הכתב מחיים ולא כתבו הקנין בשטר דקנה המקבל ובש"ך השיג עליו וסיים וכן עיקר וכן נראה דבפרישה כתב זה לתרץ קושיות התו' והוא תמוה מאוד למעיין בדבריו בפרישה ע"ש:

כה וכן אם כתב בכת"י עסמ"ע ס"ק כ"ו וכוונת דבריו דלא אמרינן דהוי גילוי דעת שמבקש להקנותן בקנין מתנת בריא אלא שכתב בשטר (ט"ס השטר) שדי קנוייה לך והיינו שאמר לעדים כתבו ותנו שציוה לעשות שטר בעדים אבל בכתב בכתב שדי קנויה

לך אינו אלא צוואה בעלמא (ט"ס הודאה) והיינו כיון שלא ציווה לעדים לעשות שטר וכן הוא בפרישה:

כו שהשני קונה אפי' בלא יפוי כח עש"ך ס"ק ך"ז שכתב דאם הקנה לראשון בקנין ולשני בלא קנין וקשה הא כיון דהראשון לא קנה הוי חלקו שיור להשני וכמו בסעיף י"ב בחזר ונתן מקצתן לאחר דגם השני לא קנה שחלק הראשון הוי שיור לשני ואין לחלק ולומר דש"ה בחזר במקצת דאמרי' דמסתמא חזר בכול' ואם כן אף השכ"מ ידע שחלק מתנת הראשון הוא שלו וממילא מתנת השני מתנה במקצ' הוא משא"כ כאן דחלק הראשון לא נתבטל רק מצד הדין ואולי השכ"מ לא ידע מהדין שהמתנת הראשון נתבטל מחמת הקנין וממילא מתנת השני מתנת שכ"מ בכולה הוא ז"א חדא דמאן לימא לן דלא ידע ואולי ידע ורצה לשחק גם בראשון גם בשני ועוד דהא כ' הפרישה בסי' י"א בחולק נכסיו בהפסיק בין א' לחבירו דגם מתנת השני בטל ואף שמתנת הראשון לא נתבטל רק ע"פ דין אם לא שנחלק דדין מתנה במקצת דלא מהני ידוע ומפורס' יותר ממתנה בכול' בקנין לכן נראה לפענ"ד דאין לדין זה שורש ועיקר נ"ל דמתנת שניהם בטל:

כז שמסדר ענינו וגו' צוואתו ומצוה לכתוב ה"ה אפי' ציוה לכתוב וליתן כמ"ש הסמ"ע בס"ק ס' שמצווה לכתוב וליתן לו וכו' ע"ש וקשה עלי לבאר החילוק דהא אם ציווה אחר כ"ד לכתוב וליתן מבואר כבר בסעיף ך"ב דלא נתבטל המתנה וע"כ דמיירי אפי' בתוכ"ד למתנה וא"כ אין לברר החילוק אימת מהני בלשון צוואה אפילו לא הגיע לידו השטר מחיים ואי מת בעינן שיגיע השטר לידו מחיים דוקא ואפשר דהחילוק הוא במחלק להרבה ב"א ואמר אחר צוואות כל אחד ואחד כתבו ותנו לו את השטר בעינן שיגיע השטר לידו מחיים אבל אם סידר כל הצוואה ואחר שגמר כל הצוואה אמר כתבו ותנו לכל אחד אפי' לא הגיע השטרות מחיים לידם קנו ויותר נראה דט"ס הוא בסמ"ע מ"ש וליתן ועיקר החילוק הוא בין אינו מצווה רק לכתוב בין ציוה ג"כ ליתן:

כח כאן נמצא עמש"ל בסי' ס' בזה:

סימן רנא

ואם תפס המקבל. עש"ך ס"ק י' שהשיג על הרב המגיד ויפה כתב בקצה"ח כי בשלמא בספק אם היה בריא או שכ"מ ולא מסר לידו שהספק הוא אם יצא כלל מרשות הנותן כי מתנת שכ"מ אינו חל כלל עד לאחר מיתה ולכך מחזיקין אותו בחזקת נותן אבל הכא מיירי שמסר המתנה להמקבל בחייו שמבואר בסי' קכ"ה דא"י לחזור בחליו דהוי רק כתנאי אם ימות ומבואר בתשו' רשב"א סי' תתקע"ב הובא בב"י סי' ך"ט וסי' מ"ו בתרי

ותרי על התנאי שמכירתו קיים וה"נ כספק בתנאי דמי ע"ש וקיימתיה מסברא דנפשאי ועוד דבזה הוי כתפס ברשות דמהני תפיסה והא דבספק בריא ס' שכ"מ הנכסים בחזקת יורשין וכן בסי' ר"ן סעיף י' בסמ"ע ס"ק כ"ח שאין שומעין להם לגרוע חלק המקבלים אף שהספק הוא אם הוא מתנת שכ"מ ולא יצא מרשות הנותן כלל אלא דלא מקלקלין קנין ברור הנעשה לפנינו מחמת איזה ספק נראה דשם טעמא אחרינא כיון דמוחזק לן ואין יודעין אם יש יותר לא חיישינן כלל למנה קבור רק כשהוא מתנה בקנין אמרינן שיש לו עוד נכסים הוא מטעם כיון שיש קצת הוכחה מדקנו מידו נראה שיש לו יותר דאל"כ למה הוצרך להקנות בקנין כמ"ש הרשב"א הובא במשנה למלך:

סימן רנב

א לכתובת בנין דכרין עסמ"ע ס"ק א' דא"כ אף כתובת ב"ד אינו גובה ממתנת שכ"מ כיון שקדם וגבה עכ"ל והוא תמוה מאוד דמה ענין קדם וגבה לכאן ובאה"ע סי' צ"ג סעיף ך' בהג"ה מביא שני דיעות בזה אי עשו מטלטלין בקרקע בזמה"ז לענין מתנת שכ"מ כשנתן לאחרים ע"ש ובקצה"ח הביא בשם תשו' הב"ח באחד שמסר בעודו שכ"מ לאחד מעות ואמר שאם יעמוד יחזור לו ובאם ימות יתן לפ' שהאלמנה יכולה לגבות כתובתה ממעות אלו ובקצה"ח השיגו דכיון שמסרו לאחד דמי למ"ש בסי' קכ"ה והוי רק כמתנה על תנאי וכיון שמת זכה למפרע ואינו גובה ממטלטלין המשועבדים ע"ש והא ליתא דהא כיון שהתנה שיהיה מונח בידו ולא יתנו לו עד שימו' לא דמי להא דסי' קכ"ה דשם הוציא הממון מת"י למסור ליד המקבל תיכף שיקחנו להמקבל כמבואר לעיל בסמ"ע ס"ק ט"ו ובס"ק מ"ד ע"ש:

ב והוא שנותנו עכשיו לשליש אבל אם הפקיד בידו שאם יצטרך יקחנו אף שאמר לו שאם ימות יתן לפ' לא מיקרי הושלש לשם כך כיון שעיקרו הי' לשם פקדון ד"מ בשם המרדכי ועש"ך ס"ק ד' דה"ה באמר ליורשים תנו וכו' ולא ידעתי למה כתבו בפשיטות דהא לעיל בסי' ר"ן סעיף ך"ג מביא המחבר פלוגתא בזה ואפילו להך דיעה בעינן דוקא שיאמר כן להיורשים בפניו וכמבואר בב"י בשם הריטב"א:

ג מי שנשבע או נדר בקצה"ח פסק באחד שגדר ליתן סך ממון ואח"כ בחליו ציוה ליתן זה הסך שנדר דהיורשין פטורין דמטעם הנדר שנדר אין היורשים צריכין לקיים ואף שציוה בחליו דהוי כמתנת שכ"מ כתב דמ"מ פטור דדמי למ"ש התוספות בב"ב דף קע"ה באמר מנה לפ' בידי ואמר תנו דאינו גובה למאן דס"ל דמלוה ע"פ א"ג מהיורשין דלא הוי מתנת שכ"מ כיון דציוה ליתן להם מחמת חובו אינו אלא מלוה כאשר בתחילה וה"נ

לא ציוה ליתן רק מחמת הנדר ע"ש ולפענ"ד נ' דלא דמי דשם עכ"פ מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן רק שאין כופין אותן כמבואר בב"ב דף קנ"ט ע"ש וי"ל שצוואתו היה שיתנו משום מצוה שעליהם וממילא אין כופין אותו אבל בנודר כשמת אין שום מצוה על היורשין וכיון שהוא ציוה תנו ע"כ במתנת שכיב מרע ציוה ליתן וכן מוכח מכל הפוסקים שגובין מהיורשים בכה"ג:

סימן רנג

א שנים שנכנסו. עסמ"ע ס"ק א' שכ' הטעם שכיון שאינו חל עד אחר מיתה ונגבית ממנו מזון האשה והבנות מש"ה הוי כנחלות ולא דק דאפילו בשכ"מ שהקנה במעכשיו ולאח"מ שחל למפרע יש להם דין דיינים כמ"ש התוספות והרא"ש והטור ג"כ לא תמה רק על הרשב"ם שכתב דמיירי במתנה במקצ' בק"ס וע"כ כוונת הרשב"ם בכל מתנה במקצת דא"י לחזור בו אפילו בעמד דאי כוונתו במקנה מעכשיו ולאח"מ לא היה לו להרשב"ם לתפוס הענין במתנה במקצת דבכה"ג אין הפרש בין במתנה בכולה בין במתנה במקצת וע"ז תמה הטור שפיר דבמתנה במקצת שא"י לחזור בו אפילו בעמד והדין הוא אפילו נגד הנותן גופיה אין זה בדין נחלה כלל ואין להם דין דיינים כלל וכמ"ש התו' ודברי הב"י שתמה על הטור במה שתמה על הרשב"ם הן תמוהין לפי הנ"ל והנה כמ"ש הסמ"ע דמיירי במתנת שכ"מ בכולה שיכול לחזור בו לכאורה תמוה דהא בש"ס הקשו הא יכול לחזור מחמת שעסוקין באותו ענין או מחמת שיושבין ואי מיירי במתנת שכ"מ כדעת הטור הא לעולם יכול לחזור בו ולק"מ דבשלמא לענין עסוקין באותו ענין דהטעם דיכול לחזור בו הוא כמו שכתב הרשב"ם שם דקים להו לחז"ל דעדיין לא גמר בדעתו שיתקיים דברו דאימר רצה לומר עוד איזה תנאי ודאי חיישי' שמא יחזור בו משא"כ במתנת שכ"מ שכבר גמר בדעתו שיהיה במתנה לאח"מ מה"ת יחזיר בו בזה ל"ח כלל לחזר' ואח"כ מצאתי בקצה"ח שתי' כן ועוד נלפענ"ד דבשלמא בשכ"מ הא דקתני רצו כותבין רצו עושין דין וכשכותבין מחיים ע"כ אין כותבין שעכשיו הוא של המקבל רק שציוה שאח"מ יהיה של המקבל וא"כ כשעושין דין וכותבין פס"ד ע"כ כותבין האמת כשימו' מחולי זה שדה זה הוא של זה ושדה זה הוא של זה מחמת צוואתו שציוה בעודו שכ"מ ולדעת התוס' ספ"ק דגיטין דמתנת שכ"מ חל למפרע יכולין לכתוב אפילו שמעכשיו הוא שלו כשיתקיים התנאי דהיינו כשימות ואין לחוש שמא יחזיר בו דממ"נ אם יבורר בעדים שחזר בו ממילא יתבטל פס"ד כיון שנתבטל התנאי דידוע הוא שמתנת שכ"מ כתנאי אם לא יחזור בו וכי אין הדיינים יכולין ליתן פס"ד על תנאי

כשיקיים זה התנאי הרי זה שלו ואפילו אם יחזיר בפניהם הן עצמן נאמנים לומר שחזר בו אח"כ דחזרה של שכ"מ כעדות אחרת דמי ואין בזה משום חוזר ומגיד ואם לא יחזור בפניהם הרי הן יכולין להעיד אחר מותו על המתנת שכ"מ והב"ד דנין ע"פ עדותן ול"ח דילמא הדר ביה כמ"ש התוס' אם כן מה"ת לא יהיו יכולין לכתוב כן בחיים פס"ד כזה דהא אם לא יבורר הדבר שחזר בו יכולין לזכות המקבל לאח"מ ומה לי שכותבין לאח"מ או שכותבין מחיים ואם יבורר שחזר בו אפילו אם יכתבו מחיים אינו מזיק להיורשים אבל בש"ס דמיירי בקנין מעכשיו ולאח"מ בעסוקין באותו ענין מקשה הש"ס שפיר דהא רצו עושין דין דומיא דרצו כותבין קתני ורצו כותבין דהיינו שעושין שטר יכולין לכתוב שעכשיו הוא שלו דאין לחוש שמא יחזור בו בעודן עסוקין באותו ענין דהא מבואר בסי' קצ"ח סעיף ח' דאם כבר כתבו השטר שא"י לחזור בו וא"כ כשעושין דין משמע ג"כ דיכולין תיכף לכתוב פס"ד שהוא כבר של זה וע"ז מקשה הש"ס שפיר כיון דלאו עדים הן ואין בכתיבתן דין שטר ועדיין יכול לחזור בו א"כ ודאי דיש לחוש שמא יחזור בו עדיין בפניהם והן לא יהיו נאמנים שוב לומר שחזר בו ואינו של המקבל כיון שכבר העיד שהיא כבר של המקבל ולמיעקר סהדותייהו קאתו ויש בזה משום חוזר ומגיד ומ"ש בקצה"ח דכשנותן בתורת ירושה לא' מבניו דמצי להנחיל כמבואר בסי' רפ"א וציווה כשהוא שכ"מ והנחיל לא' מבניו בתורת ירושה שוב א"י לחזור בו רק ליתן לאחר בלשון ירושה אבל לחזור בו סתם א"י ולפעד"נ דיכול לחזור בו דהא כתב הב"י בשם הנ"י דהא דיכול להנחיל הוא דוקא בכל הנכסים אבל במקצת בעי קנין דאלת"ה א"כ מצינו מתנת שכ"מ במקצת דלא בעי קנין שאמר בל' ירושה ולפ"ז ג"כ יש להוכיח דיכול לחזור בו דאלת"ה א"כ מצינו מתנת שכ"מ בכולה שא"י לחזור בו כשאמר בל' ירושה אלא ודאי דכיון שאינו תופס הירושה רק אחר מיתה יכול לחזור בו קודם מותו ועוד דאי כדברי קצה"ח א"כ כשנותן מתנה לא' מיורשיו לעולם א"י לחזור בו דהא ל' מתנה בראוי ליורשו ל' ירושה הוא כמבואר בסי' רמ"ח ע"ש א"ו כדכתיבנא:

ב ואם פי' בהדיא שנותן לו במתנה תמוה מאוד דהא לעיל בסי' רמ"ח סתם דל' מתנה ליורש ירושה הוא ואם כוונת הרמ"א הוא שאמר בפי' שלא לשם ירושה ורימז זה במ"ש על סי' רמ"ח קשה למה קיצר ולא כתב כן בפי' ועוד קשה על המרשים שכתב כן בשם מהרי"ל ור"מ בשם י"א ודבר זה מתורת הרמב"ם למדנו בסי' רמ"ח ולכן נראה דהג"ה זו צ"ל בסוף ס"ז שהוכיח בד"מ דלענין אפוטרופוס בעינן דוקא שיאמר בפי' ל' ירושה והא כל מתנה סתם ליורש ל' ירושה הוא ואפי' הכי הוי אפוטרופוס באומר ל' מתנה לבן א"כ ה"ה סתם וזה רומז בהגה"ה ג"כ כאן דמבואר בסי' רמ"ו דאם אמר בפי' לשם

מתנה ליורש דהוי אפוטרופוס אע"ג דבכל מקום ל' מתנה ליורש ירושה היא מ"מ לענין אפוטרופוס מתנה הוא א"כ ה"ה בסתם וכל כמה דלא אמר בפי' הוי אפוטרופוס וא"ש דברי המפרשים דדין זה הוא באמת מתשובת מהרי"ל והד"מ כמבואר בטור בב"י ובד"מ ע"ש:

ג לבני בבכורתו עסמ"ע שכתב ולא אמר כראוי לו ע"ש ומשמע מדבריו דאם אמר כראוי לו אפי' אמר בבכורתו או בחובו דמ"מ הוי מתנה וכ"כ בפרישה ותמי' לי דבשלמא כשאמר סתם תנו לפ' בכור או לבע"ח דיש לספק אם הוא מתנה או בחובו לומדין הכוונה לישנא יתירה אבל כשאמר בפירוש בחובו או בבכורתו שפי' בהדיא שיקח זה בעד חלק הבכורה או בעד חוב והיאך נכחיש מכח הלישנא יתיר' דכראוי לו מה שאמר בפי' ומה שהביא בפרישה ראיה מדברי הנ"י פי"ג שכ' בתי' בתרא דכשאמר כראוי לו הוי כאילו לא אמר בחובו וכו' בנימוקי יוסף שלפנינו ליתא להאי גירסא כלל וכ"ה בגירסא שלפנינו דכשאמר כראוי לו לא הוי כאלו אמר בחובו וכו' וכוונתו דלא אמרינן בראוי לו בחובו כקושי' הש"ס וכן ממ"ש הרא"ש וכן לפ' בחובו כו' ג"כ לאו ראיה הוא דהא בלאו הכי ט"ס יש שם ברא"ש ויש להגי' ג"כ בהרא"ש וכן לפ' בע"ח ולא בחובו ואם הי' הנכון כדברי הסמ"ע ודאי דלא הי' מישתמיט התנא והפוסקים למינקט רבות' גדולה כזו דאפי' אמר בחובו כראוי לו דהוי מתנה נוסף':

ד אין לו אלא ר' זוז עיין ש"ך ס"ק י"א ונרשם בטעות וצ"ל רשום על היש חולקין ואומרים אם אמר סתם לבני פ' וע"ז צ"ל הרשימה של הש"ך ועיין סמ"ע ס"ק י"ח הטעם דלבניו הפשוטים הרשות בידו לגרוע מחלק ירושתו וכו' ולכאורה הוא תמוה מאור דהא זה הוי כאלו אמר לבנו הפשוט שלא יירש יותר מר' זהובים דאין בדבריו כלום לגרוע מחלק ירושתו ולא מהני רק כשמוריש לבניו האחרים בל' ירוש' וצ"ל דכאן מיירי ג"כ בהכי שחילק כל נכסיו ואמר שנותן לראובן ר' זהובים בירושתו והמותר ירשו היורשים (וכן מוכח בת' מהר"א ששון סי' קמ"ז) וקמ"ל דלא אמרי' דהר' זהובים הן מתנה יותר על חלק ירושתו והמות' יחלקו כל היורשים רק דתלינן שכוונתו דהר' זהובים הן בעד חלק ירושתו והמות' שייך לשאר היורשים משא"כ בבכור שא"י לגרוע חלק ירושתו ע"י מה שנתן בל' ירושה לאחרים:

ה או לפ' בע"ח עסמ"ע ס"ק ך"ב שהביא בשם הד"מ דמ"ש הטור דידו על העליונה הוא דלא כהרא"ש דהרא"ש ס"ל דכשאומר לפ' בע"ח דהוי מתנה והוא תמוה דהא הרא"ש גריס בש"ס לפ' בע"ח דלא כדעת התוספות בכתובות דגרסי לבע"ח וע"ז קאמר הש"ס

דדוקא באמר כראוי לו ומשום לישנא יתירה משמע שבלא אמר כראוי אינו מתנה רק שידו על העליונה נראה לגרוס בהד"מ דהוא דלא כהתוספות וט"ס הרא"ש:

ו מלבד עישור נכסים לכאורה קשה דמ"ש מאומר סתם לאשתי דאינו רק ידה על העליונה ונראה הטעם דבת בעישור נכסי בע"ח דאחי ולא בע"ח דאבא וכיון שאביו אינו בע"ח שלה כלל בודאי מתנה נתן לה:

ז וי"ח כזה וע"ל סי' קי"א ולעיל בסי' רמ"ו סעיף י' מוכח דהעיקר כדיעה הראשונה מדלא הניח הרב שם ולא הביא כלל הי"ח:

ח בנו קודם עסמ"ע ס"ק ך"ז ועיין פרישה שמבואר שם דבעי' דוקא שפי' הסך שנתן לבנו ע"ש ולפענ"ד לא נהירא כלל לחלק דמה הפרש יש בין שפירש הסך ובין שפי' ואמר שליש או רביעי ועיקר החילוק הוא בין אם אמר בפי' ל' מתנה שאז אפי' ביורש הוא לשון מתנה אבל אם אמר לשון שיכולים לומר שהוא ל' ירושה כענין אחריך לפ' כגון שאמר נכסי לפ' או יהא לפ' כמו שהביא הב"י בסי' זה בשם תשוב' מהרי"ל בד"ה וכתב ה"ה בפ"ט מה' זכיה ה"נ לענין זה דוקא כשאמר ל' תנו או ינתן שהוא ל' מתנה לענין אחריך ה"נ הוי מתנה לזה אבל אם אמר ל' יהא או יטול או נכסי לפ' דהוי ל' ירושה לענין אחריך ה"נ הוי ל' ירושה לענין זה וכ"ה בתשובת רשב"א סי' תתפ"ז וז"ל ויראה דאפי' חלק כל נכסיו למי שראוי ליורשו דאמר בלשון ירושה כגון ירש פ' או שאמר יטול פלו' שאף זה ל' ירושה שכל זמן שנתן ליורש בל' ירושה הירושה כבע"ח אבל אם חילק כל נכסיו אפילו ליורשיו בלשון מתנה כגון שאמר תנו כו' הרי מבואר שעיקר החילוק הוא בין שאמר בלשון שאפשר לפרשו בלשון ירושה ובין שאמר בלשון שהוא רק לשון מתנה ומזה מוכח ג"כ אף שמבואר לעיל דיטול לשון מתנה מ"מ זה דוקא באחר אבל ביורש לענין אחריך ולענין דינא דהכא לשון ירושה הוא ואף שבאחריך רבים חולקין ס"ל דבעינן דוקא שיאמר לא משום ירושה מ"מ בדבר שהיא מעליותא להיורש דנין אותו ג"כ בל' מתנה דכשכתב בלשון מתנה להיורש ארכבי' אתרי ריכשי כמ"ש מהרי"ט חלק ח"מ סי' ג' ע"ש:

ט שהרי גילה דעתו שממה שיש לו דין זה הוא מה"ה בפ"י מהלכות זכיה בשם הריטב"א ושם סיים אבל אם נאבדו המעות לא נאבדו אצל מקבל מתנה אא"כ נתן לו דבר מסויים ע"ש ולכאורה קשה דהא אפי' באמר סתם תנו לו ר' זוז או שאמר מנכסי נגנב או נאבד מקצת ממעות מעורבים הכל לפי חשבון כשלא נתן דבר מסויים כמבואר בדף י"ט וגם קשה על הטעם שכתב מפני שגילה דעתו דהא אפי' בסתם תנו לו ר' זוז מה שנחסר אחר כך לפי חשבון כמו בנגנב או נאבד ועיין בר"ן וברשב"א שהביאם הב"י שכתבו בהדיא

כן לכן נראה דהא שכתבו הר"ן והרשב"א דבאומר סתם תנו ר' זוז ואחר כך נגנב או נאבד דההפסד לפי חשבון הוא דוקא כשנגנב או נאבד אחר מיתת הנותן דהא הר"ן כתב הטעם בהא דההפסד לפי חשבון משום דהוי כשנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים דההפסד לפי חשבון ולפ"ז נראה כיון דמתנת שכ"מ הוא ולא מקנה רק לאחר מיתה נעשה המנה כשל המקבל והמאתים של היורש ודמי בשעת מיתה כשנים שהטילו לכיס שההפסד לפי חשבון אבל מה שנפסד מחיים שעדיין לא היו המעות לא של היורש ולא של המקבל לא דמי כלל להא דב' שהטילו לכיס כיון דההפסד הי' קודם שנשתתפו דבשלמא מייני המבואר בסעיף י"ג באומר שהקנה מדבר מיוחד דמי לחושב כמה שיש לו המבואר בסעיף י"א כיון שהיין ידוע הוא ולכך לרש"י יכול לומר שלך נאבדו ולהתוספות כיון שהוא מעורב הוא לפי חשבון ואפי' החמיץ קודם מותו הוא מטעם כיון שדבר מיוחד הקנה יכול לומר לו הרי מתנה שלך מבוררת ושלך החמיץ ונהי שאינו יכול לומר לו שזה החביות שהקנה אחר מותו לדעת התוספות כיון שהוא מעורב כמ"ש הר"ן מ"מ אפי' אם הקנה בכל חביות הרי חלק משלך החמיץ משא"כ באומר ר' זוז אפי' אמר מנכסי הרי הוא כאומר משלי כמ"ש הב"י בשם הר"ן והוי כאילו אמר שינתן לו ר' זוז ממה שישאר מנכסי אחר מותי דהא איני ידוע כמה יש לו עכשיו ואין המקבל מפסיד בההפסד שהי' בנכסים קודם מותו רק היכא שמנה כמה שיש לו נכסים אין נותנין לו רק מהמקובץ לפי חשבון אף שנפסדו קצת חובות בחייו ודוקא מחמת הפסד קילקול החובות חשבי' לו גילוי דעת כיון דכל אשראי ספק אתי ויש לומר דמשום הספק חשוב הסך אבל לענין אבידה חשבינן ליה כאמר סתם מנכסי ואין המקבל מפסיד בגניבה ואבידה שהיה בחיי הנותן רק ההפסד שאחר מיתת הנותן הוא לפי חשבון משום טעם הר"ן דהוי כשנים שהטילו לכיס:

י צריכין ליתן לו מנה אחר הרב קיצר כאן דלא בא לומר רק שא"י לומר לו שלך נאבד אבל ודאי דמכ"מ ההפסד לפי חשבון דלא עדיף מאמר סתם ר' זוז מנכסי דההפסד לפי חשבון כמבואר בסעיף י"ט וכן הוא בתשובת הרשב"א הביא הב"י בהדיא דההפסד לפי חשבון:

יא זכה באותו בית שמחזיק ק"ך במשנה למלך פ' י' מה' זכיה נסתפק במי שהיה לו צרורות כסף וציוה לאחד ליתן לו צרור מק' והיה לו בכל צרור ק"ך זהובים אי דמי לדין זה שיזכה בכל הצרור אף שיש בו ק"ך ולפענ"ד דלא דמי כלל דבשלמא בדין דבית משמע כל הבית ואם נותן לו מבית זה המחזיק ק"ך ברוחב ק' הרי אין נותנין לו רק חלק מהבית ולא כל הבית אמרי' דטעה וסבר שאינו מחזיק רק ק' אילו הוי ידע שמחזיק ק"ך ג"כ היה

נותן לו כל הבית דנותן בעין יפה נותן ואמרי' ודאי דנתן לו כל הבית ולא חלק הבית אבל בצרור מעות דאין קפידא אם יקח מהצרור הד' זהובים לעצמו וכיון שאמר ק' זהובים הרי רואין שאין רוצה להקנות לו רק ק' זהובים:

יב אין לחם לתת עד שתינשא עסמ"ע ס"ק ל"ה וכבר תמהו על זה בעל קצה"ח והגאון מ' עוזר בש"ע ח"מ השניים דפוס אמשטרדם דבלא אמר תנו אינו זוכה המקבל כמבואר בסעיף ב' בהג"ה ומסקי דעיקר החילוק בין אם אמר תנו מאתים זוז לנדוניא אז הנדוניא שאמר היא רק כמראה מקום להמקבל ולכך נותנין לה מיד משא"כ כשאמר חפצים לנדוניא אז אין נותנין לה רק כשתנשא וכן עיקר:

יג אין נותנין להם אלא שקל עסמ"ע ס"ק ל"ז עד א"נ דמתו בניו בלא בנים כו' פי' דאז הירושה חוזרת לאב ואחיו מיניה דאב ירתי והירושה הבא ממנו יכול להפסיק והש"ך השיג עליו מהש"ס וכתב הוא שעיקר הטעם משום דלשון מתנה שכתב לזה מהני להשני ע"ש ואף דלשון מתנה ליורש ירושה הוא מ"מ הא כתב מהרי"ט בחלק ח"מ סי' ע"ד דארכבי אתרי ריכשי ויש בלשון זה ג"כ לשון מתנה:

יד בין אמר מנה סתם עסמ"ע ס"ק ל"ט דקמ"ל דלא חיישינן למנה קבור והנה בתשובת רמ"א סי' צ"ב כתב בשם הריב"ש דדוקא באמר תנו לא חיישינן למנה קבור אבל בלא אמר תנו חיישינן למנה קבור ע"ש אמנם ממ"ש הרמ"א להלכה בס"ס ר"מ בנתן קרקע סתם דאמרי' דודאי לא כוון אלא על קרקע הידוע ול"ח שמא יש לו קרקע אחר ע"ש ודין זה הוא מתשובת הרשב"א שהביא הב"י בס"ס רנ"ג והרשב"א למד זה מהא דלא חיישינן למנה קבור ומזה מוכח דלא ס"ל כהרי"ף דאל"כ ליכא ראיה משם דשם באמר תנו מיירי וע"כ דהרשב"א ס"ל דכל שאמר קרקע או מנה אפילו לא אמר תנו אמרינן דודאי כוון על הקרקע ומנה מנכסים הידועין וכמ"ש הרמ"א אמנם אם לא אמר כלל רק שיש שטר או עידי פקדון לכאורה נראה דאף שהאמין להמפקיד כשיאמר שלא החזיר מ"מ יש לחוש למנה קבור דלא מבעיא כשהוא מעות פקדון שדינם בקבורה ודאי דיש לחוש לשמא קבור המעות פקדון אלא אפי' הן חפצים מ"מ הא יש לחוש שמא הן טמונים במקום אחר וראיה לזה מהא דנותן כל נכסיו דחיישינן שמא יש לו נכסים במקום אחר בסי' ר"ן סעיף י' וכיון דחיישינן לזה אלמא דשכיחא הוא ומה"ת לא טענינן כן להיורשים דלמא הפקדון הוא במקום אחר אך קשה מהא דסי' ק"ח סעיף ד' בשטר עיסקא על היתומים די"א דאין טוענין להם נאנסו וחייבין לשלם ע"ש ואמאי הא נהי דאין טוענים להם נאנסו מ"מ נטעון להם שמא העסק הוא במקום אחר ואלו הנכסים הנמצאים שלו הוא ובמה נשתעבד הנכסים שלו לשלם בעד הפקדון של העיסקא שהוא במקום אחר

ונראה דהנך פוסקים סברי כהך דיעה דסי' שמ"א ס"ד בסמ"ע ס"ק י"ג דחשיב פשיעה דהיה לו להודיעו ונשתעבדו נכסי האב והא שכ' הש"ך שם והוכיח מהא דב"ב דף ע' דאמרי' אימר מלאך המות אנסי' אלמא דקיי"ל דהוי אונס אפשר לומר דלא אמר הש"ס סברא זו אלא היכא דאיכא הוכחה שלא החזיר דאפשר שפשע ולא הודיע תיכף וסמך עצמו שידוע קודם מותו וקודם מותו אנסי' המלאך המות וכיון שי"ל שהחזיר ממילא פטור אף שפשע במה שלא הודיע אבל הכא שפשע במה שלא הודיעו ממילא חייב כיון שא"א שיוחזר הפקדון מחמת שלא הודיעו הוי כנאבד בפשיעתו:

טו אבל היכא דלא אקני עש"ך ס"ק ך"ד וך"ה שכתב דמיירי שפי' שהוא במתנת שכ"מ ובזה כתב ליישב קושי' הסמ"ע מה שהניח בצ"ע ע"ש ודבריו תמוהין מאוד דכשפי' שיהיה במתנת שכ"מ קונה אפילו בלא קנין מטעם דדברי שכיב מרע וקונה אפילו מטבע והלואה כמבואר בסי' ר"ן ס"ק ט' ובש"ע כתב דאינו קונה אלא בקנין ולא קנה מטבע והוי מסתמא מצוה ועסמ"ע ס"ק מ' ודבריו אינם מובנים כלל דודאי אין חילוק בין כל נכסיו בין מקצת במצוה מחמת מיתה ומחלק כל נכסיו מחמת אומדנא אמדינן דמחמת מיתה מצוה:

טז אפי' בקנין לא קנה אמנם אם אמר מנכסי ולית ליה מעות בעין אמרינן דשוה קאמר וקנה כמבואר בסעיף י"ט:

יז יש מי שאומר בס"ק י"ח סתם במקנה מנה דלא קנה דדעתו אמטבע ולא אשוה מנה ולא כתב היש מי שאומר רק אדיני' שהזכיר באבידה:

יח הלוואה שיש לו ביד עכו"ם נראה דאם אמר ליורש בלשון ירושה שיורש שני חלקים בנכסיו דזכה אף בהלוואת עכו"ם ואף דלענין לעשות עובר ליורש מדמה הש"ס בב"ב דף קל"א לקנין דכשם שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם כך א"י לעשות יורש לדשב"ל מ"מ נראה דמהני לעשות יורש בזה דהא כתב הטעם דכיון דלא סמכה דעתיה לא נתכוין למתנה גמורה והכא דעשאו יורש בסתם על שני חלקים מכל הנכסים לא שייך סברא זו אבל אם לא עשאו ליורש רק על הלוואת עכו"ם יש לומר דשייך בזה סברת הד"מ דלא נתכוין למתנה גמורה:

יט מי שנתן נכסים לבניו ולבתו היינו שאמר בפי' שיחלקו כולם ביניהם חלק בחלק דאלת"ה קשה הא מבואר בסעיף זה דאם אמר לפ' ולבניו דפ' נוטל מחצה ועסי' רע"ז דאפי' הנפרטים מרובין והכלל מועט המועט נוטלין בשוה עם המרובין וגם מבואר שם דהראוי לבנים לבנים אלא ודאי כדכתיבנא:

כ נכסי לטוביה ועב"י בטור בסי' רמ"ז שאם אמר נכסי לקרוביי או לקרובותי שבכלל זה הן הקרובים הפסולים לעדות:

כא שחייב לטוביה עש"ך ס"ק ל"ט שחולק על הריטב"א שאפילו במתנה דהוי כאילו הוא שותף בנכסים אפי' הכי יכול לדחותו ועמש"ל בסי' ע"ו דדוקא בחוב שהוא שיעבוד הגוף יכול לדחותו אבל בפיקדון כמו בא' מכם הפקיד לי מנה אף במקום דלא היה לו למידק ושניהם טוענים שמא דהדין דיחלוקו ואין יכול לדחותו:

כב העולין בערכאות וכו' עסמ"ע ס"ק ע"כ הטעם דהשטר ראיה בעלמא היא דדברי שכ"מ הוא הקנין ע"ש ואף אם ציווה להערכאות לכתוב וליתן ואף דבישראל כה"ג חיישינן לשמא לא גמר להקנות כ"א בשטר כמבואר בסמ"ע סי' ר"ע סעי' ט' דבעינן מה"ט שיגיע לידו השטר מחיים אם כן לא קנה דזה אינו דהא דינא דהתם הוא אפילו במטלטלין אף דשטר במטלטלין לאו קנין הוא רק דחיישי' לקפידא בעלמא דשמא לא גמר להקנות עד שיגיע השטר לידו וכיון שהגיע השטר לידו מחיים קנה אף שהשטר לאו בר קנין הוא:

סימן רנה

א א"נ לומר אחר שהקדיש עסמ"ע ס"ק ח' דמיירי בעסוקין באותו ענין והוא תמוה מאוד דמה ענין יש לחלק בין עסוקי' באותו ענין או לא וגם מה הפרש יש בין בריא לשכ"מ לכן העיקר כדברי הע"ש והש"ך דמיירי תכ"ד אך עדיין צריך טעם מה הפרש יש בין בריא לשכ"מ ונראה לפענ"ד דקוטב דברי הרמב"ם בנויין על שני דברים שפסק כר' אליעזר בערכין פ' שום היתומים דחיישינן לקנוניא אף דאפשר בשאלה מטעם דדיבורא קיל ליה משאלה כמבואר בפוסקים שהביא הש"ך ס"ק ו' וגם ס"ל דהקדש אפי' תכ"ד אין יכול לחזור בו ולכך בבריא אף שאמר תכ"ד חיישינן שרוצה בו ולכך אומר מנה לפלוני בידי ומשא"כ בשכיב מרע דלא חיישינן לקנוייא ובודאי קושטא קאמר וכיון דאמר תכ"ד אמרינן שלכך נתכוין מתחילה והוי כאילו אמר כל נכסי הקדש חוץ ממנה זו כמו בתמורה דף כ"ד דאמר ר' יוסי אם לכך נתכוין מתחילה דבריו קיימין וכמו שכתבו התוספות בב"ק דף ע"ג ד"ה ונמלך דאפילו אי תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי מ"מ לפרש דבריו מהני תכ"ד ובשכ"מ הוי כמו לפרש דבריו ולכך יכול לגבות מהקדש אף דלא הוי רק מלוה ע"פ משום דהך מנה לא היה דעתי להקדיש כלל משא"כ לאחר כד"ד דא"י אפילו לפרש דבריו כמ"ש התוספת הנ"ל והוי הקדש גמור וממילא א"י לגבות החוב אפילו הוא אמת מ"מ א"י לגבות מן ההקדש משום שהיא מלוה ע"פ רק בשטר מקיים דאף דחזקה שאומר אמת מ"מ הא לא הודה רק בהלוואה ולא בשטר ואפי' אם הודה

בשטר מ"מ הא אפילו עד אחר חיישינן שאומר בדדמי מכ"ש לבע"ד וכל זמן שאין השטר בידו אינו גובה מלקוחות דלא פלוג רבנן:

ב אבל חולה שהקדיש עיין ש"ך ס"ק ו' וס"ק ח' שהאריך ליישב קושית הראשונים א' הא שכ"מ שהקדיש יכול לחזור בו ב' הא יכול לאתשולי עליו ואפילו בבריא ליכא למיחש לקנוניא כדאמרינן בערכין דף ך"ב ג' להס"ד שמיירי בלא נקיט שטרא הא מלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי ומתרץ הש"ך וזה תורף תירוצא דאף דמסתמא קאמר מנה לפ' בידי ודאי מנה של פקדון דהא אמר זה כדי שיגבה מן ההקדש זה המנה ואי איתא שכוונתו למנה של הלוואה היאך יאמר לגזול הקדש דהא מע"פ אינו גובה מההקדש אלא ודאי כוונתו על מנה של פקדון וממילא לא קשה ג"כ הקושיא הב' דאפשר בשאלה דשאלה מטעם מיגו הוא וכיון דאמרינן שכוונתו על מנה של פקדון הוי מיגו במקום חזקה. ועוד הביא תי' הראשונים דמיירי שכבר מסר ליד גזבר דכשבא ליד גזבר שוב א"א בשאלה והגה תירוץ הש"ך מלבד שהוא דוחק גדול כמבואר למעיין דאדרב' כיון שמע"פ אינו גובה ממילא א"י לבוא לידי גזל וא"ל שכוונתו דלמה לו להודות הא לא יגבה מההקדש ז"א דאפשר לומר שכוונתו להודות כדי שיגבה מנכסים שיבוא לו אחר כך וידוע לכל מעיין שתירוצו הוא דוחק גדול אך ביותר יש לתמוה עליו וגם על הרמב"ן שמפרש דמיירי באמר בהדיא מנה פקדון הא מרא דשמעתא הוא רב הונא ובגיטין אמר רב באמר מנה סתם אין נותנין דחיישינן למנה קבור ועיין תוספת שם דפקדון חיישינן טפי למנה קבור ומסתמא רב הונא לא יחלוק ארב רביה ועוד שכתב הרמ"א בתשובה סי' צ"ב דכל שלא אמר תנו חיישינן למנה קבור וידוע דכמו דטענינן ליורש טענינן ללוקח והקדש הוי לוקח גם מה שתירץ דהוי מיגו במקום חזקה תמוה לי דע"כ לאו מטעם מיגו אתינן עלה דמטעם מיגו ודאי דלא היה גובה מהקדש דאין לך מגו להוציא גדול מזה ואפילו היה לבע"ד גופיה מיגו לא הוי מהימן להוציא מלקוחות אלא ודאי דאנן הכי קאמרינן כמבואר בב"מ דף י"ג דכשהלוה מודה בחובו אי לא הוה חיישינן לקנוניא היה מהני אפילו לטרוף מלקוחות עיין שם דמקשה אי כשחייב מודה אפילו יש בו אחריות נמי מוכח בהדיא דכשהלוה מודה בחובו מהני אפילו להוציא מלקוחות אם לא במקום דאיכא חשש קנוני' וכיון דאפשר בשאלה ודאי דליכא למיחש לקנוני' דלמה לו לעשות קנוניא כיון דאפשר לו לשאל על נדרו וממילא מהני הודאתו אפילו נגד לקוחות ולאו מטעם מגו הוא וכמו דאמרינן בעירובין לענין שא"צ לידור הנאה כשיגרשנ' דכיון דאפשר בשאלה ליכא למיחש לקנוני' והתם ודאי לאו מטעם מיגו הוא וה"נ דכוותיה גם הא שתירצו דמיירי במסרן ליד גזבר נראה דסותר התירץ דמיירי במנה של פקדון

דכיון דמסר הכל בחזקת שהוא שלו שיהיו של הקדש היאך נאמן שוב לומר אח"כ שאינו שלו להכחיש דבריו הראשונים גם תמיה לי מ"ש הש"ך בס"ק ו' בד"ה ונראה שלזה כוון הרמב"ן כו' והיא תמוה מאוד דכוונת הרמב"ן כמ"ש דמיירי בשכ"מ שהקדיש מעכשיו לתרץ הקושיא שהקשה תוס' דהא יכול לחזור בו וע"ז תירץ דמיירי בהקדיש מעכשיו דאז בודאי א"י לחזור בו דכיון שאמר מעכשיו ואמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי דמעכשיו הוא כבריא או דמיירי שהקדיש כשהיה בריא ונעשה שכ"מ: ומ"ש הרמב"ן אחר כך והוא שהקדישן נמי ע"ד רבים הוא לתרץ הקושיא השני דהא אפשר בשאלה ומעולם לא עלה על דעת הרמב"ן לומר דמיירי בקנין כמו שעלה על דעת הש"ך ומה שנלפענ"ד ליישב קושית הראשונים דמה שהקשו התוספות דמה"ת לא יהיה נאמן הא יכול לחזור בו נראה לפענ"ד דעד כאן לא מבעי' ליה בש"ס בהקדיש כל נכסיו אי יכול לחזור בו רק בעמד אבל בחליו נראה דא"י לחזור בו וכ"כ הנימוקי יוסף בדף רכ"ח ע"א ע"ש וכן נראה דהא מבואר בס"ס קכ"ב באומר הולך דהוא כזכי בשכ"מ דאין יכול לחזור בחליו וכן מבואר בסי' ר"ן דכשמסרו לידו א"י לחזור בחליו רק כשעמד חוזר בו. וכתב הט"ז בסי' קך"ה דאף דכל שחוזר אם עמד חוזר במתנתו היא דוקא כשהקנין הוא מטעם דברי שכ"מ אכל כשהקנין הוא מצד מסירה א"י לחזור בחליו כשמת רק אם עמד חוזר דהוי כתנאי אם ימות מחולי זה עיין שם וזיכוי ע"י אחר הוי כמשך המקבל בעצמו דא"י לחזור בחליו רק אם עמד כמ"ש הסמ"ע בסי' ר"נ עיין שם ולפ"ז נראה דבהקדש כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי והרי הקנין של הקדש דדמי למסירה לאו מטעם דברי שכ"מ הוא רק מטעם אחר הוא כמסירה וכמשיכה מצד אמירה לגבוה דמי ממש לקנין שבא מחמת זיכוי ע"י אחר דא"י לחזור בחליו רק אם עמד: ועוד נראה דאפילו אם נאמר דהוי ממש כשאמר מתנת שכ"מ מ"מ אינו יכול לחזור בחליו כשמת אח"כ דנהי דמתנת שכ"מ הוי כאומר שיקנה לאחר מיתה מ"מ הא מבואר בנדרים דף כ"ט דבהקדש אם אמר שור זה עולה אחר שלשים דאף דקיי"ל במקדש אשה אחר שלשים דחוזרת מ"מ בהקדש אחר שלשים א"י לחזור בו עיין שם בראש"ש ובר"ן הטעם וה"ה אם אמר ה"ז צדקה אחר שלשים דא"י לחזור בו ולפ"ז נראה דא"י לחזור בו בחליו אמנם בסי' ר"נ סעיף ג' בסמ"ע ס"ק י"א כתב דיכול לחזור בחליו אמנם לפענ"ד תמוהין דברי הסמ"ע דהא בטור לא כתב שום דבר מזה ודברי הרב בהג"ה שם יש לפרש באופן אחר שמקודם כתב דין עניים ואפילו אם תפסו העניים וע"ז כתב וכן דין הקדש וכו' אבל באמת בחליו אינו יכול לחזור בו אפילו נאמר דיכול לחזור בו בחליו וע"כ מטעם דהוי כמקדיש לאחר מיתה נראה דע"כ צ"ל דס"ל כדעת הרשב"א הביאו הר"ן בנדרים שם

דס"ל דבמקדיש לאחר שלשים דיכול לחזור ופלוגתא דאמוראי הוא בירושלמי ע"ש בר"ן וא"כ יש לומר דרב הונא ס"ל כמ"ד בירושלמי דא"י לחזור במקדיש לאחר שלשים ממילא דה"ה שכ"מ שהקדיש לאחר מותו אינו יכול לחזור בחליו ולא קשה קושית התוספות שהקשו דלמה לי הטעם דאין אדם עושה קנוניא הא בלא"ה יכול לחזור בו ולפמ"ש א"ש דבחליו אינו יכול לחזור ולפ"ז מיושב ג"כ קושיא השני' שהקשו דלמה לי הטעם שאין אדם עושה קנוניא הא בלא"ה ליכא למיחש לקנוניא דהא יכול לאיתשולי דהא אפשר בשאלה וכדאמרינן בערכין ולפמ"ש לק"מ כיון דמיירי בהקדישו כשהוא שכ"מ ויכול לחזור כשאמר משום דהוי כתנאי אם מת מחולי זה וקיי"ל דאין מתירין הנדר עד שיחול הנדר בנדר לזמן וכ"ש בנדר על תנאי וה"נ קודם מיתה הוי קודם חלות הנדר דאין יכול להתיר כמבואר בי"ד סי' רכ"ח סעיף י"ז ע"ש דל"מ לדעת הרא"ש דס"ל בנדרים דף כ"ט דהא דהמקדיש אחר שלשים אינו יכול לחזור בו אין הטעם משום דבהקדש כאומר מעכשיו דמי רק מטעם נדר אם כן בודאי דאין מתירין לו קודם חלות הנדר אלא אפילו לדעת הר"ן שם דס"ל דהטעם הוא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט עם מעכשיו ע"ש מ"מ נראה דהוי כמו קודם חלות הנדר חדא דאפילו אי נימא דהוי כמו מעכשיו ממש הא כתב הסמ"ע בסי' קצ"ה דמעכשיו היינו שמתחיל מעכשיו ולבסוף יוגמר וא"כ קודם הגמר ודאי דאין מתירין הנדר קודם שחל ועוד נראה דהא שכתב הר"ן דהוי כמו מעכשיו הוא רק לענין שא"י לחזור בו כמ"ש הר"ן בהדיא וז"ל כמעכשיו לענין דלא מצי הדר ביה וכו' והטעם נראה דהא דס"ל לר"י דחוזרין משום דאתי דיבור ומבטל דיבור ואמירה לגבוה כיון דבמסירה להדיוט דמי ולא אתי דבור ומבטל מעשה אבל ודאי דא"א לומר דהוי כמו מעכשיו דתנאה שיהיה חל למפרע ההקדש דא"כ במקדיש לאחר שלשים יהיו מועלין בו למפרע דהא למפרע קדוש ובהדיא מחלק בנדרים בין פדאן הוא לפדאן אחרים דבפדאן אחרים אין חוזרות וקדושות ואי למפרע קדוש ודאי לא מהני פדאן אחרים וא"כ ודאי דהוי קודם חלות הנדר דאין מתירין אותן אך להיפך קשה דתפשוט דיכול לחזור דאי אינו יכול לחזור ודינו כבריא שהקדיש מיד א"כ בלא"ה נאמן כיון דיכול לשאול על הקדישו זה אינו דאיבעיא לא היה רק בהקדיש כל נכסיו אז שייך אומדנא דאין אדם משייר לעצמו נגד הקדש אבל במצוה מחמת מיתה ודאי דיכול לחזור וא"כ י"ל בהא דרב הונא דמיירי בשכ"מ שמצוה מחמת מיתה. ועוד יש לומר דהא אפשר לומר דרב הונא גופא ג"כ מספקא ליה אך קושית התוספות הוא דאי מספקא ליה א"כ ממילא יכול לחזור בו כמו שפסקינן בש"ע בסי ר"נ דיכול לחזור בו דמחמת ספיקא אוקי בחזקת מרא קמא אמנם לפמש"ל ניחא דאדרבא מחמת שיכול לחזור בו א"א בשאלה כנ"ל והא

דכתבו כל הפוסקים דבבריא אינו נאמן מיירי שהקדיש בתנאי דלאחד מיתה כמו בשכ"מ א"נ שהקדיש באופן שא"י להתיר כגון ע"ד רבים או שמסרן ליד גזבר כמו שכתבו כן בפירושא דש"ס אך בפירושא דהש"ס דבריהם דחוקים ולפמ"ש מיושב הש"ס בפשיטות דרב הונא קמ"ל רבותא דאף דשכ"מ א"א בשאלה מ"מ נאמן מטעם דאין אדם עושה קנוניא ומיושב קושית התוס' בערכין דף י"ג בד"ה בשאלה דהקדש קמפליגי ובזה מיושב ג"כ הקושיא שהקשו לפי מה דס"ד הש"ס דרב הונא מיירי בלא נקיט שטרא אם כן מה בכך שנאמן מכל מקום הא מלוה על פה הוא ומלוה על פה אינו גובה ממשעבדי ולפמ"ש נתיישבו דקושיא זו לא שייך רק לפי שיטתם שפירשו דמיירי שהקדיש בשהיה בריא או במעכשיו שא"י לחזור בו א"כ מה בכך שמודה שמחויב מכבר מנה לפלוני מ"מ הא מלוה ע"פ הוא קודם ההקדש ואינו גובה אבל לפי מה שכתבתי דמיירי בהקדש דשכ"מ שאינו קונה אלא לאחר מיתה ובב"ב דף קע"ה בעי הש"ס שכ"מ שהודה צריך לומר כתבו או א"צ וכתב הנימוקי יוסף דהיינו כיון דבבריא אין כותבין עד שאמר כתבו שלא לעשות ממלוה ע"פ מלוה בשטר וכיון דבשכ"מ שהודה הודאתו הוי כהודאת בריא בעי' אי צריך לומר כתבו ע"ש וכיון דפשיט התם בש"ס דאצ"ל כתבו מוכח דמההודאה ואילך הוי במלוה בשטר כמו בבריא בשאמר כתבו וגובה ממשעבדי שיעשו אח"כ ועסמ"ע סי' רנ"ג ס"ק ע"ז דבהודאה של שכ"מ הוי ככתיבה בשטר גמור לטרוף ממשעבדי וע"כ צ"ל הא דמקשה הש"ס לרב ושמואל הא מלוה ע"פ אינו גובה מיורשין היינו כשעדיין לא כתבו העדים השטר אבל כשכבר נכתב הוי מלוה בשטר וכן מבואר בהרמב"ן שהביא הסמ"ע ע"ש ולפ"ז בהודאה ודאי דמשעת הודאה ואילך וכתיבה הוי במלוה בשטר דהא א"צ לומר כתבו ובודאי טרף מההקדש שהקדיש כשהוא שכ"מ דאינו חל עד לאחר מיתה והרי הוא כמשעבדי שיעשו אחר ההודאה שטרף מהן ולפ"ז לא מיבעיא להרא"ש שכתבתי לעיל דס"ל במקדיש לאחר זמן דלא הוי כאומר מעכשיו רק שא"י לחזור בו מטעם נדר א"כ ודאי דהבע"ח טורף שחובו מוקדם אלא אפילו לדעת הר"ן שס"ל דהוי כמעכשיו מ"מ נראה דלא כתב הר"ן רק דאמירה לגבוה יש לו דין מסירה להדיוט לענין שא"י לחזור בו כמאן דאמר מעכשיו אבל ודאי דלא דמי לשאר מעכשיו שאין הבעל חוב יכול לטרוף מהלוקח בתנאי מעכשיו שכלה זמן קיים התנאי אחר זמן החוב דהכא שאני דלא אמר מעכשיו ואין ההקדש חל למפרע כמו שהוכחתי לעיל א"כ בודאי דאם כבר נכתב השטר מחיים דיכול לטרוף מהקדש שאינו חל עד לאחר מיתה דשיעבוד של החוב כפדאן אחרים דמיא וא"כ לפי הס"ד דמיירי בדלא נקיט שטרא מ"מ איכא למיבעי

שפיר אם נאמן כשאמר מנה לפלוני בידי ורשאין העדים לכתוב עתה שטר דשכ"מ א"צ לומר כתבו וטורף מההקדש או אינו נאמן:

ג בשעה שהקדיש היינו תכ"ד עש"ך ס"ק ח' שתמה מהא דב"ק דף ע"ג דמקשה הש"ס מהא דתמורה אעדות ובקצה"ח תי' דהך סוגיא דמרובה אידחי' לה מהא דרפ"ב דנזיר בהא דתנן הריני נזיר מהגרוגרת ב"ש אומרים הרי זה נזיר דב"ש לטעמיה דאמרינן אין שאלה בהקדש בנזירות וכו' וכתבו התוספות שם דמיירי תכ"ד וכיון דלא מהני שאלה לא מהני תכ"ד ומיסתבר טעמי' דהא הרמב"ם פ"ב משבועות כתב דחזרה תכ"ד מהני שזה דומה לטוע' וכיון דהקדש טעות הקדש לב"ש ממילא לא מהני חזרה תכ"ד ע"ש ולפ"ז בתמורה דקיי"ל בתמור' דף י"ז דתמורה בטעות הוי תמור' ואין שאלה בתמורה כמ"ש הרמב"ם פ"א דתמורה לא מהני ג"כ חזרה תכ"ד כמו לב"ש בהקדש וממילא הא דאמר רבי יוסי בתמור' דף כ"ח דתכ"ד לא מהני בתמורה הוא אפילו תכ"ד קטן א"כ ברישא דמשנה דקתני דלא מהני בהקדש לר"י תכ"ד מיירי ג"כ תכ"ד קטן ומשום חומרא דהקדש החמירו וממילא אידחיא סוגיא דמרובה וזהו כוונת התוספות במנחות פ"א שסיימו שם עולה ושלמים נמי שמחקו הצ"ק ולפי' הנ"ל א"ש דהתוספות מביא ראיה כמו בתמור' דודאי לא מהני תכ"ד א"כ אפילו עולה ושלמים דקתני ברישא נמי לא מהני תכ"ד ע"ש בקצה"ח ואף שאמר דבר חכמה לפענ"ד לא נהירא דבשלמא המ"ל שכתב דסוגיא זו אידחיא כתב שפיר דאיכא פלוגתא דאמוראי וסוגיא דמרוב' אתיא כמ"ד דס"ל תכ"ד קטן ואנן קיי"ל כמ"ד תכ"ד גדול אבל (לא) לומר דסוגיא זו דלא כמאן ואישתמיט מש"ס זה משנ' מפורש' דנזיר דע"כ טעמא כמו שמפורש בנזיר ועוד דמנ"ל להרמב"ם לדחות סוגיא דמרוב' מקמי סוגי' דנזיר לכן נלפענ"ד נהי דמרבינן בתמורה י"ז דתמור' בטעות הוי תמור' היינו לעקור שם תמור' לגמרי שיהיה חולין וזה דרשינן מיהי' לרבות שוגג כמזיד דבשוגג הוי תמור' ובזה באמת לא מהני תכ"ד להוציא לחולין אבל אם תכ"ד החליף מעול' לשלמים ושישאר שם תמור' כגון שאמר הרי זה תמורת עולה ותכ"ד אמר שלמים בזה מהני תכ"ד כיון שלא עקר שם תמור' מיניה ובמנחות פ"א דלא מהני תכ"ד באומר הרי עלי תוד' מחולין ולחמה ממעשר נראה דשם טעמא אחרינא איכא דודאי יכול לחזור לגמרי מההקדש אבל הכא שאמר בתכ"ד רק לחמ' מן המעשר ומחיוב תוד' לא חזר בו והוי כאומר הרי עלי תוד' ע"מ שלא אביא לחם דע"כ מביא תוד' ולחמ' דהוי מתנה עמש"ב כמו באומר הריני נזיר ע"מ שאשת' יין ואף דלא אמר בל' ע"מ נרא' דאם אמר הריני נזיר שאשת' יין דג"כ הוי מתנה עמש"ב דהא מצינו ג"כ בש"ס בתי תירש במקום

שיש בן דהוי מתנ' עמש"כ וכיון שנשאר חייב בתוד' ע"כ מביא לחמה מהחולין לכן העיקר כתירוץ המ"ל על הרמב"ם ומה שנלפענ"ד לתרץ דברי הרמב"ם אין כאן מקומו:

ד וי"א דבכל ענין לכאורה י"ל דלא פליגי דהרמב"ם מיירי בהודאה גמורה וס"ל דמהני הודאה גמורה ולכך פסק דא"נ והטעם כמ"ש הב"י בשם הר"י בן מגא"ש כיון דאיכא למימר דשלא להשביע הודה אע"ג דמייתי ראיה דדרך הודאה קאמר אטו מי הוי ידעי דמייתי ראיה אבל בתובעו והודה נראה דהרמב"ם מודה ופטור דס"ל דלא מהני הודאה גמורה ומיירי דוקא בתובעו והודה שפיר כתב נאמנין אפילו בלא אמר תנו ועוד נראה דאף הרמב"ם לא קאמר אלא כשמודים היורשים שלא ציוה להם אביהם יותר רק מפני צוואו' זו פרעו אז א"נ אבל אם אומרים שבינו לבינם ציוה להם אביהם גם כן ואמר תנו או שהן עצמם ידעי מהחיוב ופרעו נאמנים והא דאינו נאמן במיגו כשטוענין שמפני צוואה זו פרעו אפשר דסבירא ליה דהוי כמיגו במקום עדים:

ה חזר ואמר לנו אבינו פרעתי אינן נאמנין עש"ך ס"ק י"ז שכתב וגדולה מזו דאפילו לא טענו היורשים שאמר אביהן שפרע טענינן להם שמא פרע כו' לכאורה קשה דודאי מסתם חיישינן שמא פרע משא"כ הכא דל"מ להר"י דמיירי שאמרו היתומים שאמר להן אביהן פרעתיו דאז ודאי שלא פרעו אח"כ ולהרמ"ה שהביא הטור סבירא ליה דבאמר תנו אינו נאמן לומר אפילו שפרע אח"כ ועל כן מטעם כיון שציוו' להיורשים מסתמא לא פרע בעצמו:

ו גובה מהלקוחות עסמ"ע ס"ק ך"א דמיירי בשטר הודאה ודוקא כשכבר נכתב ושטר הודאה בטל גובה ממשעבדי:

סימן רנו

א ושתוקי עיין קצה"ח שתמה דזה דמי לבא ממדנה"י שאין ידוע מי ומי הן יורשיו כו' והחילוק מבואר דכאן שא"א להוודע בשום אופן יורשין שלו דהא אפי' איכא עדים שזינתה עמו לא מהני לענין ירושה הוי כיאוש והפקר גמור וכיון דנכסי הפקר גמור וא"א לבוא לידי ירושה כלל מיקרי ליתא בירושה:

ב ואם שניהם מוחזקין חולקין עסמ"ע ס"ק ו' שכתב דה"ה אינן מוחזקין והסמ"ע לשיטתו אזיל דפי' דהפלוגתא דכתב הרמ"א היינו אי אמרינן דברי שכ"מ ככתובין בגר ולפי זה א"ש דחולקין אף באינן מוחזקין אבל לפי מה שפי' הש"ך דקאי על אי אמרינן מצוה לקיים דברי המת בגר ודאי דבאינן מוחזקין לא אמרינן דיחלוקו דהא אפי' אי הוי ודאי מצוה הא מ"מ אם מכרו היתומים מהני משום דמ"מ החפץ שלהם רק שהם מחוייבין

לעשות מצוה ולפ"ז כשיש ספק אי מחוייב לעשות המצוה ודאי דאין הב"ד יכולין לכופו לעשות המצוה ולא עדיף משמא ושמא בחוב גמור דפטור בשלמא במוחזקין יכול המקבל לומר קים לי דכופין דהא כל טענות קים ליה מטעם עביד אדם דינא לנפשיה הוא היכא דהב"ד א"י לכופו בדין וע"כ ה"נ כשהוא מוחזק יאמר קים ליה ואדין ליה דינא וכשהוא דיין ממילא יכול לכופו על קיום המצות ומש"ה שינ' הרמ"א מלשון הת"ח:

ג מתנה לבנו עסמ"ע ס"ק ד' שכתב דהמחבר לטעמיה אזיל דס"ל דדוקא בנותן לבנו לא הוי מתנתו מתנה והקשה בקצה"ח דא"כ אמאי כתב המחבר שהבן זכה ליתומה הא בלא"ה קנת' מטעם דברי שכיב מרע אם לא דמירי שנתן הכל במתנה להבן והבן יתן להיתומה והוי כמו קני ע"מ להקנות וכיון שהבן לא קנה ממילא גם הבת לא קנה ויפה כתב:

ד זכה הבן במנ' של היתומה ליתומה והקשה הקצה"ח הא דמי לעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דל"ק וה"נ הא סבר דכבר קנאתו במתנת שכ"מ ולפענ"ד נרא' דלא קשה מידי דדוק' עודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא קני משום דקנין חזקה בעינן שיתכוין לשם קנין אבל כשקונה מטעם חצר קונה לו אפילו שלא מדעתו וה"נ קנאתו היתומ' בתורת חצר דהא הקנה לה כחו ורשותו כמ"ש הסמ"ע ס"ק ז' ע"ש ודע דהא דזוכה בכל המנה להיתומה דוקא כשנתן לה מנה בעין והלכך אף ע"פ שנתבטל מתנת הקרקע מ"מ זכתה היתומה בחלק' כיון שאמר מנה בעין אבל כשאמר שוה מנה או מנה מנכסי כיון דאלו היה נגנב מקצת היה לפי חשבון ה"נ כיון שהוא נתן להיתומה מנה מכלל כל הנכסים ובוודאי לא נתכוין הוא לזכות להיתומה יותר ממנו וכיון שבא אחר וזכה במקצת הנכסים לא גרע מאילו נגזלו מקצת הנכסים:

סימן רנז

א המקדיש קרקע והוא דלא קדיש במקדיש בלאחר שלשים היינו כשחזר בו קודם חלות הל' יום ומשום דמספקינן ליה בספק תנאי ספק חזרה ואוקי בחזקת מרא קמא וכן כתב בקצה"ח ופשוט ועמש"ל בסימן קצ"ז וע"ש עוד בקצה"ח ודוקא בהקדש בדק הבית אבל בהקדש עניים כהדיוט דמי:

ב ואפילו חזר ולקחה ועיין בנימוקי יוסף דל"ד הא לחזור ולקחה המבואר בסימן שע"ד דש"ה כיון דתחילת המכירה היה חל במקצת דהיינו על הפירות לא שייך שוב דליקום בהימנותא ולא דלא לקרי' גזולה:

ג ולהיות ניזון מהן לכאורה תימה כיון שהתנה שיהיו ניזון כאילו הנכסים מה בכך שיש לו נכסים ממקום אחר ובתשובת הרשב"א שהביא הב"י משמע קצת שהתנאי היא שיזין מהנכסים כשלא יהיה לו מזונות ממקום אחר וקמ"ל דאף שבאו לו אח"כ נכסים ממקום אחר א"צ להחזיר בעד המזונות שאכל בשעה שלא היו לו הנכסים:

סימן רנח

אם יש בו קנין היינו שנזכר הקנין בשטר אבל בעל פה כשאומר אחר שלשים אף שיש בו קנין לא הוי כמעכשיו כמו שכתב בסמ"ע:

סימן רנט

א כבר עבר על לא תוכל עיין ש"ך ס"ק א' שהעלה דהעיקר כהרמב"ן ותורף דברי הרמב"ן דאע"ג דיאוש לא קנה בגזל משום דבאיסורא אתי לידיה ואפילו למ"ד יאוש קונה מ"מ דמים בעי לשלומי היינו דוקא בגזל מיד הבעלים אבל גזל אבידה לפני ייאוש ונתייאש קנה ביאוש ואפילו דמים א"צ לשלם דבגזל דאבידה ייאוש קני דדוקא בגזל מרשות הבעלים לא מהני יאוש אבל נטלה ע"מ להחזירה כיון דנעשה שומר של הבעלים הרי ידו כיד הבעלים ולא נפיק מרשותי' דבעל האבידה ולא מהני יאוש באבידה רק היכא דנפיק מרשותי' עיין ברמב"ן ומוכח מדבריו דאם נאבד דבר ומונח בבית אע"ג דשמעי' דייאש לא נקנה ביאוש כיון שלא יצא מרשותו. אמנם מדברי התוספות בב"מ דף ך"ו בד"ה ליזיל בתר בתרא וז"ל ואין מתייאש ממנו כיון דאין נכרים אתו וכו' משמע דאם שמענו דאייאש דמהני ייאוש וכן בקצה"ח הקשה ע"ז מתאנה הנוטה לדרך וממצא בבה"כ אף דבחצר השותפין הוא כמבואר בנדרים דף מ"ו ומנתייאשתי מפ' עבדי דמוכח דאפילו הוא ברשותו מהני ייאוש ולפע"ד נראה דכמו הגזילה מיקרי אינו ברשותו כמו כן אבידה אמנם דוקא כשהוא מונח במקום שאינו משתמר דהוי כהפקר לכל עובר ושב מיקרי האבידה שכבר יצא מרשותו ומהני ביה ייאוש אבל כשהוא במקום המשתמר מיקרי ברשותו ולא מהני ביה היאוש דלא רבתא רחמנא יאוש רק גבי אבידה וזה לאו שמה אבידה כמבואר בסי' ר"ס דכשמונח במקום המשתמר לאו שמה אבידה מש"ה כתב הרמב"ן באבידה כשנטל' ע"מ להחזירה כיון דהוא שומר של הבעלים לא מהני ייאוש והוא מה"ט דכיון דמונח במקום המשתמר של הבעלים הרי לא יצא מרשותו ולפ"ז כשמונח האבידה במקום המשתמר הוי כחצירו ולא גרע משלוחו והוי כאילו שלוחו משמר' ולאו שמה אבידה ולא מהני ייאוש ולפ"ז לא קשה כלל דממה שהקשה מעבד

דמהני ביה ייאוש אף דיד עבד כיד רבו והרי הוא ברשותו מ"מ כיון דהעבד גזל את עצמו וברח הוי כאילו הוא ביד גזלן אחר ומיקרי אינו ברשותו. ולפ"ז אין ראיה ג"כ מדברי התוספות דף כ"ז הנ"ל דשם ג"כ דאבידה בחצר שאינו משתמרת דלא מיבעיא בג' נכרים ודאי דמיקרי אינו משתמר אלא אפי' בג' ישראלים מכל מקום מיקרי אינה משתמרת ע"ש: גם מה שהקשה בקצה"ח מהא דיאוש שלא מדעת בדבר שיש בו סי' דממ"נ במאי מיירי אי בנטלה ע"מ לגזלה הא מהני ביה ייאוש להרמב"ן ואי בנטלה ע"מ להחזירה לבעלים הא אפילו באייאש מעיקרא הוא של הבעלים כמו במגביה מציא' לחבירו וכו' ע"ש ולא ק"מ דמיירי שנטל' שלא ע"מ לגזלה והיה בדעתו שאם יתוודע לו שכבר נתייאשו הבעלים יהיה שלו כדין ובאם שיתוודע לו שעדיין לא נתייאשו הבעלים יחזירנה להבעלים כדין ופשוט ומה שתירץ הוא דלא הוי כמגביה מציאה כיון שלא נתכוין רק להחזירה לבעלים בתורת החזרה ולא בתורת זכייה ע"ש אין בו שום סברא דסוף סוף הגביה בשביל הבעלים ומיד קנאו הבעלים בהגבהה שלו (ובסמ"ע ס"ק א' יש שם ט"ס וכצ"ל לא תוכל להתעלם והוא אזהרה משעה שרואה ותיבת דאתי לידיה הוא ט"ס וצ"ל שרואה) (וגם בסמ"ע ס"ק ט"ז יש ט"ס וכצ"ל ואפילו בא לידו וט"ס ליד הבעלים:

ב ושתהיה בענין שמוכח עפר"י שפי' דבמקום שראוי להסתפק הוא לאפוקי אחורי הגדר ובענין שמוכח היינו כליו הפוכין המבואר בסי' רס"א ולפ"ז מ"ש הסמ"ע ס"ק ז' הוא ט"ס וכצ"ל מיהו אע"פ שמוכח צ"ל במקום שהוא חייב לחשיב לאפוקי כשמצא במקום שאין חייב להשיב משם כגון ברוב נכרים דסעיף ג':

ג אבל אם הוא דבר שאין יכול להציל עסמ"ע ס"ק י"ט דהוי"ו של והוא עומד הוא וי"ו המחלקת ע"ש מוכח מדבריו דבא"י להציל אפילו מרדף לא מהני דהוי כזוטו של ים והוא על פי דרך הב' שכתב הפרישה בדברי הטור ע"ש ומלבד שהוא דחוק נראה ג"כ שא"א לומר כן דא"כ צ"ל הא שכתב הרמ"א ברישא או שאינו שם כוונתו ע"כ שא"י כלל מהשטיפה דאי יודע וודאי מיאש דהא אין בו סי' והעיקר חסר ועוד קשה מ"ש בסיפא וסתמא לא הוי יאוש נצטרך לומר דלא קאי אלא אמ"ש הרמ"א והוא עומד ואינו מרדף דמיירי ביכול להציל דבא"י להציל אפילו רודפין לא מהני וביכול להציל וא"י כבר כ' ברישא וגם פירושו שפי' בפרישה דברי הטור הוא תמוה דלפ"ז צריך להחליף השורות בטור ועוד דלפ"ז דא"י להציל הוי כזוטו של ים ובזה אפי' יש בו סי' ל"מ ובטור כתב הטעם משום דלא ידעו אנשי המקום שהוא שלו שיחזירו לו בשביל רדיפתו כו' משמע דביש בו סי' מחזירין וכל דברי הטור מגומגמין לפי פירושו לפענ"ד נראה פי'

מרווח בטור דז"ל הטור אם הבעלים מרדפין אז הוי הוכחה שהן שלהם ומחזירין להם והוא שיהיה בענין שאם היו עומדים שם הבעלים ורואין ששטף היו יכולין להציל מיד נמצא שודאי לא נתייאשו או אפילו אינן שם כששטף ובא אחר והצילו לא זכה אפילו נתייאשו אח"כ כיון שלא היה ראוי להתייאש ואם הוא בענין שאם היו הבעלים שם לא היו הבעלים יכולין להציל מיד במקום ששטף אלא עד שילך למרחוק ושם לא יועיל מה שיוכל להציל כי בטרם הגיע שמה שמא תבוא הקורה שמה ולא ידעו אנשי המקום ההוא שהוא שלו שיחזירו לו בשביל רדיפתו וראו שיתייאשו אז אם עמדו שם כששטף ונתייאש שלא רדפו אחריו הוי יאוש ואם סתמא שלא ידענו אם נתייאשו לא הוי יאוש עכ"ל הטור והנה ע"כ א"א לו' דהא שכ' אם מרדפין דהיינו שיש עדים שרדף אחריהן בשעת שטיפה ואז דוקא הוי הוכחה שהוא שלהן דא"כ אין חילוק בין מקום קרוב או רחוק כיון דמביא עדים על הרדיפה ועוד דבזה שכתב הטור ז"ל ולא ידעו אנשי המקום רחוק שהוא שלו בשביל רדיפתו אחריו הוא תמוה דמה"ת לא ידעו אנשי המקום רחוק שהוא שלו בשביל הרדיפה ואנשי מקום קרוב ידעו ועוד דלפ"ז לא א"ש מ"ש למעלה אפילו אינו שם כששטף כו' הא אם אינו שם אין לו עידי רדיפה ושוב ליכא הוכחה שהוא שלהם וע"כ נצטרך לומר דמיירי בעידי טביעת עין ולא קאי על מה שכתב הטור למעלה דמחזירין להם ע"י רדיפה והוא דחוק לכן נראה דא"צ להביא עידי רדיפה שראו שרדפו תיכף בשעה ששטף רק במה שרואין שמרדפין אחריהם אפי' אחר שהגיע ליד האחר נאמנין לומר שהוא שלהן וכעין הא דבבא קמא דף קי"ד גבי נחיל של דבורים דקאמר נמי התם שהבעלים מרדפין אחריהם ופי' רש"י שהיו מרדפין קודם דיבור הקטן דרגלים לדבר כו' וכן הוא בהדיא בשיטה מקובצת וז"ל וא"ת מה יועיל רידוף כיון שאין בהן סי' וי"ל דמיירי בסמוך למקום הבעלים שאין מרוחקין כ"כ דשם בעלים עליהן ואומרין העולם קורות פלו' הן וא"כ אם ירדוף אחריהם ויגיעם סמוך למקומן יכול להצילם אבל אם יתרחקו לא יוכל להציל דלא ימצא מכירים ואין לו סי' שיתן להם כו' ע"ש והן הן ממש דברי הטור ומ"ש דהעולם אומרין קורות פ' הם אין כוונתו על טביעת עין דזה עדות גמורה הוא רק כוונתו שכל העולם אומרין כן מפי האומר כיון שנמצאו סמוך למקום שטיפתו וידוע הוא שנשטפו קורות של פלו' בסמוך לזה המקום ושל אחר א"י אמרינן ודאי של זה הוא דאם נשטף ג"כ של אחר במקום סמוך כזה היה לו קול דשטיפה קול יש לו כמ"ש רש"י שם ויהיה הטעם איך שיהיה עכ"פ ראינו שכתב בהדיא דבמקום קרוב מחזירין במרדפין ובמקום רחוק אין מחזירין והיינו שהיה מרדפין אחר שהגיע ליד אחר ובזה א"ש דברי הטור כלי שום ט"ס רק אחד (אז במקום או) דמתחילה כתב

דאם הבעלים מרדפין והיינו אפילו אחר שהגיע ליד האחר הוי הוכחה שהוא שלהן ומחזירין להם ואח"כ כתב והוא שיהיה בענין כו' פי' דנהי דאיכא הוכחה מהא דמרדפין שהוא שלהן מ"מ א"צ להחזיר כשידעו שנתייאשו ולכך הוצרך שיהיה בענין שהבעלים היו יכולין להציל אם היו עומדין שם ואז בוודאי לא נתייאשו אפילו היו שם ולא רדפו כיון דעל כרחך דאיכא עקולי ופשורי שוודאי יגיע לאיזה ישראל שבמקום קרוב ואז ע"כ יחזירו לו על סמך הרדיפה שאח"כ ולכך הוא צריך למהר ולרדוף והוי כדבר שיש בו סי' וכתב עוד הטור או אפילו אינו שם כששטף ובא אחר והציל כו' כלומר ואם לא היו שם אף שידע מהשטיפה ג"כ לא הוי יאוש דאם ידע מסתמא לא נתייאש כיון שיש לו מצילין במקום קרוב ויחזירו לו אפי' על סמך רדיפה שאח"כ ואם לא ידעו כלל מהשטיפה אפילו נתיאשו בפי' אחר שהגיע לידו לא מהני דהוי יאוש שלא מדעת ואח"כ כתב דאם הוא בענין שאין יכול להציל עד אחר שיגיע למקום רחוק שאז אין מחזירין על סמך הרדיפה שאחר כך ע"ז כתב הטור דבזה יש חילוק דאם עמד שם ולא רדף ודאי נתייאש ואם רדף לא הוי ייאוש דאף שאם יגיע למקום אחר ביד אחר שוב לא יחזירו לו מכל מקום כשרודף חושב שיתפוס אותו קודם שיגיע ליד אחר ואינו מתייאש ועוד דהא כתבו התוספות בב"ק דף קי"ד דאפילו אי סתם גניבה ייאוש בעלים מ"מ כשמרדף לא הוי יאוש אלמא דאפי' במקום דסתמא הוי יאוש מ"מ כשרדף לא הוי יאוש וה"נ דכוותיה וכן מוכח ברא"ש דכ"ז גבי במקום שרבים מצויין שם ולכך כ' הטור דלא הוי יאוש עד שעמדו שם ולא רדפו (ותיבת או שעמד צ"ל או אם עמד) וע"ז כ' וסתמא לא הוי יאוש וכוונתו שאם א"י אם עמדו בשעת שטיפה שאז לא נתייאשו וצריך להחזיר כשמביא עדים שמכירי' העצים שרדפו הבעלים אחריהם ואמרו בשעת הרדיפה שהיא שלהן קודם שהגיע ליד אחר וזה עדות גמורה היא ומהני כמו עדות טביעת עין דבכל אבידה כל אדם נאמן לומר שהוא שלו קודם שהגיע ליד אחר וכשבא אחר ואכלו חייב לשלם לזה שאמר מקודם שהוא שלו וראיה לזה מהאי ארבא דהאי אומר דידי הוא והאי אמר דידי דקאמר התם דאם בא אחר וחטפו חייב לשלם לכל אחד ואחד אף שאין לשום אחד מהן עדים ואמאי יתחייב לשלם דלמא לאו דידהו נינהו אלא ע"כ דקודם שהגיע ליד אחר כל אדם נאמן וממילא ליכא שום ספק רק בין שניהם משא"כ אם כבר הגיע ליד אדם שוב אין שום אדם נאמן רק בסי' ואף שמחזירין ג"כ על רדיפה זו מ"מ כיון שברדיפה זו צריך עדים שיכירו בט"ע דאלו העדים שרדף אחריהן מש"ה כשלא רדף תיכף הוי ייאוש דהא א"צ המוצ' להראותו לפני עדים שיכירוהו כמ"ש התוספות בב"מ דף ך"ז בד"ה מה שמלה דמטעם זה הוי יאוש בדליכא סי' ע"ש משא"כ במרדפין דריש'

דא"צ ט"ע וברידוף לבד סגי ליכא יאוש כשאינו מרדף תו בשעת שטיפה שסומך עצמו שיחזירו לו על סמך הרדיפה שירדוף אח"כ כיון שע"כ יגיע למקום קרוב ולפ"ז א"ש ג"כ דברי הרמ"א שכתב דאם הוא דבר שא"ב סי' אם הבעלים יכולים להציל (פי' מיד קודם שיגיע למקום רחוק דהיינו שיש עקולי שאפילו אם יגיע ליד אחר מחזירו לו על סמך הרדיפה שאח"כ דאז בוודאי ליכא ייאוש כמ"ש הטור ומ"ש והן רודפין היינו שרודפין אחר שהגיע ליד אחר ומ"ש או שאינו שם פי' דאף שידעו משטיפה ולא רדפו וממילא לא היו יכולין להציל מ"מ כיון שע"כ יצילו במקום קרוב ויחזירו להם על סמך הרדיפה שאח"כ וכדבר שא"ב סי' דמי) והוא עומד ואינו רודף אז הוי יאוש ומ"ש וסתמא לא הוי ייאוש (פי' דשמא לא ידע מהשטיפה והוי יאוש שלא מדעת כנ"ל ברור): ולפ"ז אפשר ליישב קושית התוספות בב"מ דף ק"ב בד"ה ה"ה שלו שהקשה על פי' רש"י שגרס מפני שנתייאשו הבעלים דא"כ למה ליה להמקשן להקשות מסיפא דמרדפין מרישא גופה היה לו להקשות ולפ"ז מיושב דלהס"ד היה סובר דמיירי בא"י להציל דהיינו שאין בו סי' איכא יאוש כיון דאית ליה קלא ולא ידע מתייאש והא סתמא דלא הי' קול הוי ייאוש ש"מ ולא הוי יאוש ובסיפא קתני דאם הן מרדפין לא הוי ייאוש וקמ"ל דאף שא"י להציל כל שמרדף לא הוי ייאוש ומשני ביכול להציל והבין המקשן דמיירי ביש בו סי' ומ"מ א"ש ברישא דטעמא דיאוש הוא כיון שיכול להציל בקל ולא רדף הוי יאוש ומסתמא לא הוי ייאוש דאפילו רבא מודה ביאוש ש"מ ביש בו סי' ולכן מקשה מסיפא דקתני מרדפין דאפי' אין מרדפין דהיינו סתמ' נמי דביש בו סי' מהני רדיפה ומשני שכוונתו ביכול להציל ע"י הדחק דהיינו במקום רחוק וכשירדוף יכול להציל במקום קרוב ולכך כשעמד ולא רדף הוי יאוש ולא קשה דליתני סתמא די"ל דקמ"ל דאם היה הבעלים מרדפין והשיגו במקום קרוב דאף שאין בו סי' מהני הרדיפה במקום סי':

סימן רס

א ה"ה של מוצאו עסמ"ע ס"ק ב' עד אבל לא אבידה וכו' ואין דברים אלו הלכה דהרמב"ם והרא"ש והר"ן והתוספות חולקין ע"ז דהא הוציאו מקושיא זו תירוצים אחרים אלמא דלא ס"ל דין זה והרי רוב בנין ורוב מנין חולקין על סברא זו ועוד דהא לכאורה הוא תמוה דהא הטעם דהוא של מוצאו משום דתלינן דשל נכרים הוא ונכסי עכו"ם ה"ה כמדבר והפקר גמור הן וע"כ צ"ל דס"ל כמ"ש הרא"ש דשלל של אמוריים זכו בו כל ישראל רק שנתייאשו והוי אבידת ישראל וכתב המרדכי שפיר ונמצא צ"ל ע"כ דדין זה אינו נוהג

רק בארץ ישראל ולא בח"ל וכל הפוסקים סתמו וכתבו דין זה דהמוצא בגל וע"כ לא ס"ל הטעם שכתב המרדכי וכן מוכח מהש"ך ס"ק י"ח:

ב שהעלה חלודה עש"ך ס"ק א' עד אבידה מדעת הוא וכוונתו כיון דחיישינן למטמון חדש דהיינו שאחר שנעשה גל הטמין אחד שם ולכך אם הוא גל שאין עשויה לפנות שהוא משתמר לא יגע בו ואם אינו משתמר דהיינו שהוא עשוי לפנות אבידה מדעת הוא כמו לקמן ס"ק י"א:

ג מטה מטה עש"ך ס"ק ב' שתמה דלמה הצריך תרתי ע"ש ולפע"ד נראה דחלודה בעינן שיהיה ניכר שהוא מטמון ישן ומטה מטה בעינן דמחמת זה אינו עשוי להמצא ואין חצירו קונה לו כמ"ש התוספות אבל אם הוא במקום שיד האדם ממשמש בו עשוי הוא להמצא וממילא חצירו קונה לו:

ד לא יגע בו עש"ך ס"ק ה' דמיירי ברוב ישראל ולפענ"ד נראה דאינו מותר ברוב נכרים רק באבידה או בדבר שיש לו דין אבידה כגון הניח באשפה העשוי לפנות או שנמלך עליה לפנותה אבל בהינוח ממש במקום המשתמר כמו הכא דהיא באשפה שאינה עשויה לפנות כמ"ש הסמ"ע ס"ק ד' ודאי דאפילו הוא ודאי של נכרי אסור דדמי לגניבת גוי שהוא אסור דדוקא אבידת עכו"ם מותר וכן מבואר לקמן סי' רס"ו בסמ"ע ס"ק ד' ע"ש:

ה מחציו ולחוץ עיין סמ"ע ס"ק ה' שכתב דאפילו אם נמצא מטה מטה וכו' ובש"ך ס"ק ז' כתב שהוא טעות סופר ע"ש ובאמת אין שם ט"ס וכוונתו מבוארת דאפילו אם נמצא מטה מטה כדרך מטמוניות א"כ יש לחוש שאחר מן השוק עשה שם מטמון ולא יגע בו כמו באשפה בסי' י"א ולזה כתב דהכא בכותל אין לחוש שעשה מטמין כיון דדרך להשתמש בחורין שבכתלים ואין מדרך לעשות שם מטמון כי ירא פן יבא אחר ויטלם כשירצה להשתמש בו מש"ה ליכא למיחש שעשו מטמון ובודאי הניח שם אחד מן השוק רק לפי שעה ושכחו ונתייאשו כן הוא כוונת הסמ"ע בפשיטות וכמ"ש בפרישה:

ו ה"ה של שוכר אחרון עש"ך ס"ק י' דמיירי שהבעה"ב אינו דר עמהן וכו' דבריו תמוהין דממ"נ אם דר הבעה"ב בבית עתה אחר שיצאו השוכרים אפילו לא היה דר עמהן הוא של בעל הבית ואם יצא מהבית ביחד עם השוכרים מה"ת יהיה של בעל הבית יותר משל השוכרים הא מקודם דרו בו ביחד ולא שייך כלל לומר שהבעה"ב הוא בתרא כיון שדרו ביחד ויצאו ביחד ואף שהתוספות כתבו כן התוספות כיוונו לדבר אחר במ"ש בחידושי לסוגיא שהיה קשה להם מאי מקשה הש"ס ניזיל בתר בתרא הא מתניתין מיירי בשתיך וממילא א"א לומר שהוא של בתרא וה"ל לומר דמיירי באין בו סי' ואפי' ביש בו סי' לא הי' לו להש"ס להקשות וניזיל בתר בתר' רק יטול ויכריז ולזה כתבו דס"ד שהש"ס הי'

דמיירי שמשכיר לאחרים שידורו עם הבעה"ב ואחר שיצאו השוכרים נשאר הבעה"ב ולכך קור' הש"ס להבעה"ב בתרא שהוא הוא האחרון ומקשה הש"ס שפיר כיון דחזקה הוא שהשוכרים כיבדו וחפשו כשיצאו והבעה"ב שנשאר בו לא חיפש בהמקומות שטמן ודאי של בעה"ב הוא נהי דשתיך ומטמון ישן הוא מכל מקום ע"כ של בעה"ב הוא ממה שהטמין כבר וע"ז מתרץ הש"ס דמיירי שעשאו פונדק לג' נכרים וכיון שהנכרים דרין עמו אפי' הוא של בעה"ב הוא של המוצא דכשהנכרים דרין עמו מייאש נפשיה ומ"ש התוס' שם בד"ה לג' נכרים דמיירי שהנכרים עדיין דרין עמו יתבאר בסמוך גם יתבאר שם לענין דינא והעיקר נפלענ"ד דהמחבר מיירי שאין הבעה"ב דר שם והשוכר עדיין דר שם ולכך הוא של השוכר האחרון שדר שם עדיין:

ז שוכר אחרון עש"ך ס"ק י"א דדוקא דבר שאין בו סי' וכו' ולכאורה תמוה נהי דמצא דרך אבידה דכיון דחזקה שהראשונים כבדו הבית ונטלו את שלהם ובודאי הוא של המוכר שדר בו עכשיו וא"כ אפילו יש בו סי' יהיה של אחרון ולכן נראה דס"ל כשיטת הראב"ד שהביא בשיטה דהא אזלינן בתר בתרא הוא מטעם דאמרינן דהראשון כשחיפש ולא מצא כשיצא ודאי נתייאש מפני השוכר הבא אחריו ע"ש ויראה דס"ל דזה אין ראיה לומר דבודאי של אחרון הוא דהא לפעמים הוא מונח בגומ' ולפעמים הוא שכח רק הטעם דבודאי ייאש נפשיה דחושב דאפילו ימצאנו השוכר אחרון ודאי לא יכריז כיון שהרבה ב"א דרו בו וא"י של מי הוא וסי' אין בו שיכריז אבל כשיש בו סי' לא מייאש נפשיה שבודאי יכריז אבל כשהעלה חלודה שנראה שנאבד ממנו כבר ועי"ז חושב שבודאי כבר מצא ומדלא אהדר ליה דעתו לגוזלו ומייאש נפשיה וקונה אותו השוכר האחרון כשמונח במקום המשתמר והוי להימצא אמנם מ"ש לחלק בהעלה חלודה כשהבעה"ב דר עמהם בין יש בו סי' או אין בו סי' אינו מוכן כלל הא כיון דהעלה חלודה והיאוש הוא שסובר שנגזלו מדלא מהדר ליה מה חילוק בין יש בו סי' או לא והעיקר נלפענ"ד דכל שלא נמצא בגומ' תלינן שהוא של אחרון בודאי אפילו ביש בו סי' דהראשונים שיצאו בודאי חפשו ובדקו. ואם העלו חלודה אז יש חילוק בין אם הבעה"ב היה דר עמהן וגם אחר שיצאו השוכרים נשאר שם אמרינן ודאי דשל בעה"ב הוא ממה שטמן כבר כי השוכרים ודאי נטלו את שלהם כשיצאו ומה שנמצא הוא של בעה"ב אפילו העלה חלודה שא"א לומר שמנכרים נפל עכשיו וע"כ מבעה"ב נפל קודם שהיו שם דרין הנכרים ואף שבודאי נתייאש מ"מ אחר שיצאו הנכרים קנה לו חצירו ואם נכרים דרין עמו בשעה שמצא מכל מקום הוא של המוצאו אפילו נתן הבעל הבית סי' משום דמייאש הבעה"ב ממנו וחצירו לא קניא ליה כמו שאבאר בסמוך ואם מצא אחר שיצאו הנכרים קנה לו חצירו להבעה"ב

ואם נמצא בגומ' אז אפשר דשל ראשונים הוא רק ע"כ נתייאשו והוא של השוכר אחרון כשמונח במקום שהוה להימצ' שם ובמקום המשתמר והוא דבר שאין בו סי' ואם הוא דבר שיש בו סי' נוטל ומכריז אם לא שהעלה חלודה שבודאי נתייאש ממנו ואז הוא של שוכר אחרון כשמונח במקום המשתמר ואם מונח במקום שאין משתמר או במקום שאין הוה להימצ' שם הוא של המוצא:

ח לג' עכו"ם עש"ך ס"ק י"ב דמיירי שעדיין ישנם בבית כוונתו דלהתוספות דמיירי שהבעה"ב דר עמהן אם כן ע"כ מיירי שישנם בבית עדיין דאם כבר יצאו מהבית והבעה"ב נשאר דר בתוכה הוא של בע"ה משא"כ להפוסקים דמיירי שאין בע"ה דר שם ממילא כשיצאו נשאר הבית ריקן ה"ה של מוצאו וכ' עוד הש"ך דלכך בעינן ג' עכו"ם משום דבעי רובא דמינכר והוא תמוה כמו שתמה הפ"י דהא בפי' אמרו במתני' מחצה על מחצה חייב להכריז משמע כל שאינם מחצה על מחצה אפילו באחר יותר סגי וע"ש שתירץ הלכך צריך ג' לענין אם הישראל בא ונותן בו סי' דאז אמרינן דהישראל מתייאש ולכך צריך ג' דיהיה כמו מקום שרבים מצויין שם אך קשה לי על דבריו דהא מתני' ע"כ לא אייר באם ישראל נותן בו סי' דאלת"ה קשה רישא דמתניתין במחציו ולחוץ דתני דה"ה שלו והקשו התוספות לימא דנוטל ומכריז ותי' דמיירי בשתיך ואיכא יאוש ואי הבעה"ב נותן בו סי' הא בבעה"ב לא שייך בו ייאוש כמ"ש התוספות דאינו שוכח חפצו ימים רבים: אמנם לפענ"ד א"ש בפשיטות דהא לכאורה קשה למה להו להתוספות לומר שמיירי שעדיין ישנה בבית הא מתניתין מיירי בדשתיך וגם עיקר מה שהכריחו התוספות לומר דמיירי שהבעל הבית הוא דר עמהם הוא רק משום דמתני' מיירי בדשתיך כמ"ש לעיל וכיון דמיירי בדשתיך וע"כ מקודם לכן היו שם בעוד שהיו הנכרים שם א"כ אפילו אם הוא של הבעה"ב מ"מ הא מייאש נפשיה הבעה"ב משום הנכרים וע"כ צ"ל דנהי דמייאש מקודם מ"מ הא במתניתין תני ואפילו מצא בתוך ביתו ובתוך ביתו ודאי דחצר המשתמרת הוא והוה שם נמצא וא"כ ודאי דחצירו קונה לו אחר שיצאו מהבית לכך כתבו התוס' דמיירי שעדיין ישנם בבית ואז הוי כחצר שאינה משתמרת דהעכו"ם הם שם כמ"ש בחידושים לסוגיא וכיון דמטעם ייאוש הוא דהא א"א לתלות בנכרים דהא הוי שתיך וא"כ אם נראה שהשיתוך א"י להיות מזמן שדרו בו הנכרים רק מקודם וא"כ א"א להיות מהנכרים אלא דמטעם יאוש נגעו בה לכך בעינן ג' נכרים כדי שיהיה מקום שרבים מצויין דהא רשב"א לא קאמר אלא במקום שהרבים מצויין שם:

ט זכו בהם שניהם עש"ך ס"ק ט"ו שהוא כולו של משכיר ועמש"ל בסי' ר' אימת חצר המושכר קונה למשכיר ואימת לשוכר והנה בקצה"ח הקשה דבירושלמי ס"פ הבית והעלייי' מוכח דבחצר השותפין המוצא זוכה דאמר התם בכותל שבין שני מחיצות דנפקא מיניה במוצ' מציאה דס"ד דהכותל הוא כולו לזה וכולו לזה המוצא זוכה ע"ש ולפמ"ש נראה פשוט דודאי נגד האחרים קונה החצר להשותפין דהא נגד האחרים חצר המשתמרת הוא לדידהו וכידם הוא דחצר המשתמרת מטעם יד הוא והוי כשנים שהגביהו מציאה משא"כ בשותף א' נגד חבירו כשהגביה הא' ואינו רוצה שיקנה לו החצר רק שרוצה לקנות בהגבהה ואפילו אומר אחר שנתוודע לו שבא כבר לחצירו שאינו רוצה שיקנה לו חצירו בלשון שמשמע שמעיקרא לא רצה שיקנה לו חצירו לא קנה לו חצירו דלא עדיף מזוכה ע"י אחר וכששמע צווח דמבואר בסי' רמ"ה סעיף י' דלא קנה אפילו לענין שאין הבע"ח גובה ממנו א"כ ה"נ מעיקרא לא זכה לו חצירו וכיון שאין החצר קונה לו גם לחבירו אינו קונה דהא אפילו שנים שהגביהו מציאה לא קנו רק מטעם כיון דזכי לנפשיה והוי כל אחד כמגביה מציאה לחבירו וחרש ופיקח שהגביהו מציאה אמרי' דמתוך שלא קנה פקח וכו' וה"נ מתוך שחצירו אינו קונה לזה ה"נ לא קנה לזה דחצירו לא עדיף מידו וממילא קונה בהגבהה ועוד נראה דאפילו אם רוצה אחד שיקנה לו לעצמו החצר והשני אינו עומד אצל החצר לא קנה רק לזה שעומד בצד החצר ולא להשני דמבואר בב"מ דף י"א בתוספות ד"ה עישור דכל דליכא מחיצה מפסקת בין פירות השוכר להמשכיר דלאו חצר המשתמרת הוא ועיין בשיטה שם: ולפ"ז בשותפין גם כן כאינה משתמרת הוא לדידיה וכמו התם בב"מ דאם היו עומדים בצד חצירו של ר"נ דהיו קונים וגם מכח הסברא שכתב בתשובת מהר"ם ב"ר ברוך סי' שכ"ה דכל שזה רוצה ומשתמש בו הוי שלו לגמרי מטעם דיש ברירה עיין שם ובירושלמי מיירי דהמוצא הוא אחד מן השותפים ומיירי כשמתכוין לקנות בהגבהה או שהשותף האחד אינו עומד בצדו דלא קנה כמו שכתבתי לעיל ולענין מציאה מגנב יתבאר אי"ה בסי' רס"ח (ובש"ך ס"ק ך"ג יש ט"ס וכן צ"ל דבקורבה שווין ובאחד הוי רוב' ותיבת ובאם צ"ל ובאחד):

י מציאה מגנב עש"ך ס"ק ט"ז עד ועיין לקמן סי' רס"ח רומז דשם יש ב' דיעות בזה אי חצר קונה בדבר שצריך ליתן דמים ונראה דאפילו לדיעה זו דסבירא ליה דהוי כמו מציאה מ"מ צריך שיהא מונחת על גבי קרקע עכ"פ דכשהוא בידו לא קנה ליה חצירו כמ"ש הסמ"ע ס"ק ט"ו בשם תשובת הרא"ש:

יא של יתומים לפ"ז ה"ה באבידה בדבר שאין בו סי' כשנתוודע לו בעדים שהוא של יתומים חייב להחזיר דאין יאוש מועיל בקטנים דהוי ייאוש שלא מדעת:

יב אסור לו להחזירו עסמ"ע ס"ק מ"א דמיירי בדבר שיש בו סי' משמע מדבריו דאפילו ביש בו סי' והוא מקום שהיא משומר קצת אסור לו ליגע וכן כתב בס"ק מ"ז דסבירא ליה שלא כדעת התוספות והפוסקים דס"ל במקום שהוא משומר קצת נוטל ומכריז כשיש בו סי' אבל מהטור משמע דלא פליג הרמב"ם בזה אשאר פוסקים ע"ש והרב המגיד תמה דמסוגיא דמצא אחר הגפה מוכח דבדבר שיש בו סי' נוטל ומכריז מדפריך וליהוי קשר סי' וליהוי מקום סי' וכתב דלהרמב"ם היה לו גירס' אחרת בגמרא ע"ש ובב"י בטור הביאו והוא תמוה מאוד דהא בהדיא אמר רבה הילכתא כריכות ברה"י אם דרך הינוח נוטל ומכריז בב"מ דף כ"ו וכן פסק הרמב"ם והמחבר סי' רס"ב סעיף ט' אלמא דאפילו בדרך הנחה כשיש בו סי' נוטל ומכריז ועב"ח שדקדק עוד מהרמב"ם דכאן ממ"ש וכל דבר שיש בו סי' בין ספק הינוח וכו' חייב להכריז דס"ל כדעת התוספות ע"ש. לכן נלפענ"ד לפרש דברי הרמב"ם בדרך נכון ובטעמים המסתברים דברישׁ' דמיירי בדרך הינוח ודאי דהיינו במקום שהוא משתמר גמור ובזה כתב שפיר דלא יגע בהן אפי' יש בו סי' וכדעת התוס' דמה"ת ישנה מדעת הבעלים ליטול ממקום הנחתן להטריחם כיון שמקום ההוא משתמר לגמרי ואח"כ כתב ואפילו נסתפק הדבר ולא ידע וכו' דהיינו שהמקום ההיא רק משומר קצת ומיירי דליכא סי' בגופו של חפץ דלא כמ"ש הסמ"ע בס"ק מ"א והא שהקשה הסמ"ע דהיאך שייך לומר דאסור לי להחזירו הא מסיק וכיו' דזכה בו המוצא ע"ש ולפענ"ד לא קשה כלל כיון דהוא ס' הינוח וכשהוא הינוח ממילא יש לו סי' מקום ולא זכה בו המוצא ובזה שפיר פסק הרמב"ם והמחבר דלא יגע בו והטעם הוא דהא אם הוא הינוח ודאי דאינו מחוייב מדאורייתא ליטול דאפי' בהניחו במקום שאינו משומר לגמרי אינו מחוייב בהשבה דאבידה מדעת הוא ומכ"ש כשהוא משומר במקצת ואם היא אבידה ממילא אין חייב ליטלה דהא אינו מפסיד להבעלים מידי במה שאינו נוטלה דהא אם יטלנה יהיה שלו כיון דדבר שא"ב סי' הוא ומקום לא הוי סי' כשהוא בדרך נפילה וכיון דאין עליו שום חיוב ליטלה שוב אסור לו ליטלה משום ספק הינוח דאם הוא הינוח ממילא אסור לו ליטלה מטעם שכתב הרמב"ם שלא יטריחו דמה"ת ישנה מדעת בעלים ולכך כתב דאם עבר ונטלו אסור לו להחזיר מטעם הירושלמי שהביאו התוס' משום דאימר הינוח הוא ואולי אחר שהלך לביתו ביקש ולא מצא ע"ש ולכך יכריז ויבוא המניח ויתן בו סי' מקום ואחר כך כתב ואם היה דבר שאין בו סי' כו' והיינו דבר שא"ב סי' לא בגופו ולא במקומו וכמו שמפרש בסעיף י' בהכיצד דהיינו בהגוזלות המדדין שאפילו אם הוא הינוח אין בו סי' מקום להינוח הואיל ומדדין בזה סיים דזכה בו המוצא ומטעם שאבאר בסמוך ואח"כ כתב וכל דבר שיש בו סי'

והיינו שיש סי' בגופו של חפץ בזה פסק דחייב להכריז והיינו ליטול ולהכריז ככל חייב להכריז הנאמר בהלכה זו וכדעת התוס' וטעמא דמסתבר הוא דהא איכא חשש דשמא אבידה הוא וכשאינו נוטלה עובר משום לא תוכל להתעלם וכי משום דשמא הינוח הוא ויגרום טירח' להמניח יעבור מספק אלאו דלא תוכל להתעלם ולפ"ז לא פליג הרמב"ם אהתוס' רק בדבר אחד דהא לכאורה א"א לומר בדעתם דגם במקום המשומר קצת יהיה חיוב ליטלו ביש בו במקום סי' דמאין יבוא לו חיוב זה בספק הינוח ממ"נ אם אבידה הוא כשנוטלו הוא שלו ואין עליו חיוב ליטלו ואם הינוח הוא גם כן אין עליו חיוב ליטלו כיון שמדעת הניחו שם וע"כ צ"ל דהתוס' ס"ל דאפילו במקום שהיא משומר קצת ג"כ יש חשש שהניחו רק לשעה ושכחו אחר כך כמו שכתבו שם בד"ה וכיון דשכחו אחר כך נמי נעשה אבידה ומחויב המוצא ליטלו ועובר גם כן אלאו דלא תוכל להתעלם כשאינו נוטלו כיון דהמקום הוא סי' אצלו אם הינוח הוא ולכך חייב ליטלו משום ספק הינוח: ולפ"ז י"ל דהרמב"ם ס"ל כדעת הריטב"א הובא בש"מ בדף כ"ג בד"ה אבל בדבר שיש בו סי' דלא תלינן בהינוח ושכחה רק במקום שאינו משתמר כלל ע"ש וא"כ י"ל דס"ל ג"כ כשיטת התוס' ר"פ אלו מציאות דכריכות ברה"י ג"כ אינו משומר כלל מיקרי ועמהרש"א שם ולכך פסק שפיר דכריכות ברה"י נוטל ומכריז משום דמקום שאינו משומר כלל תלינן בשכחה וכמ"ש ומש"ה חייב ליטול כמו כל אבידה אבל במקום המשומר קצת דלא תלינן בשכחה וכמ"ש בשם הריטב"א פסק שפיר דאסור ליטלו מטעם שכתבתי ומה שמסיים המחבר בסי' י' וכן אם היו קבועים במקום חייב להכריז זה בהדיא קאי על ואם נטלן שכתב קודם דבדיעבד חייב להכריז ובזה אפשר לומר ליישב קושית מפרשי הרמב"ם בהא דמקשה הש"ס וליהוי מקום סי' די"ל דהש"ס הוכיח מהא דקתני במשנה דלא יגע בו ולא קתני מה לעשות אם נטל אם יחזיר אם לא וע"כ דהמשנה קאי על המשנה ראשונה דקתני אלו מציאות שלו דהיינו שכל דבר שא"ב סי' הוא שלו וע"ז מקשה הש"ס שפיר וליהוי מקום סי' וממילא אם נטל ליתני במתני' חייב להכריז:

יג דבר שאין בו סי' זכה בו כולם תמהו על הרמב"ם דהא יאוש שלא מדעת הוא ועסמ"ע ס"ק מ"ב ובש"ך שדחקו עצמם בזה וגם נראין דבריהם תמוהין דמה"ת יהיה רשאי להשתמש בו בדבר דאינו שלו וגם לשון שזכה בו משמע לגמרי שאפי' בירור עדים שוב לא מהני ולפענ"ד נראה דהרמב"ם סובר דכל שמדדין ואפשר להם לנוד ממקום הזה שהוא משומר קצת למקום שאינו משומר כלל כמו גוזלות שיכולין לדדות חמשים אמה ודאי שאפשר שידדו למקום שאינו משומר כלל מש"ה תלינן שבוודאי שכחו אחר שהניחם ונתייאש כמו דס"ל להרמב"ם בהינוח במקום שאינו משומר לגמרי דתלינן

שהניח ושכחו וכמו שכתבתי לעיל ה"נ במדדין כיון שהן יכולין לדדות למקום שאינו משומר לגמרי תלינן בהינוח ושכחו רק דאפילו הכי לא יגע בהן דהא כל זמן שמונחין במקום שהניחו אותן הבעלים והוא משומר קצת עדיין לא יצאו מרשות הבעלים וכ"ז שהאבידה ברשות בעלים ל"מ ייאוש כמו שכתב הרמכ"ן במלחמות ר"פ א"מ גבי נטלה לפני ייאוש ע"ש וא"כ ה"נ כיון שאיננו ר"ה וד' אמות קונין לו שם וכשהניחו נקנה הרשות לבעל הכלי כמו שכתבו התוספות בקידושין דף כ"ה בד"ה בהמה גסה וכיון שהגוזלין מונחין עדיין ברשותו ל"מ ייאוש בהן ולכך לא יגע בהן אבל אחר שנטלן והדין הוא דלא יחזיר אפי' אם יהיה הדין דלא זכה המוצא דהא ס' הינוח הוא ונעשה שומר אבידה וכיון שכבר נטלו ואסור להחזירו ממילא יצא מרשות בעל האבידה ומהני ביה יאוש אחר הנטילה ולא דמי ליאוש ש"מ כיון דבאמת היה יאוש קודם דאתי לידיה ובכה"ג מהני היאוש ולא דמי ליאוש ש"מ כמ"ש התו' בסוכה ד' ל' בד"ה כי גזזו אוונכרי לענין יאוש בקרקע ע"ש וה"נ היה בודאי היאוש קודם שמצאו זה דכיון דמדדין דמי למקום שאינו משומר כלל ובמקום שאינו משומר לגמרי אפי' ודאי הינוח ה"ה של מוצאו כמבואר בסעיף י' בהגה"ה וע"כ צ"ל כמ"ש הש"ך בס"ק ל"א דאמרינן דמסתמא נתיאשו הבעלים קודם שמצאה זה וכמ"ש המהרש"א דבהינוח יאוש מדעת הוא ועמ"ש שם ומדדין במקום שאינו משומר כלל דמי כמש"ל וכיון דהיאוש היה קודם רק שלא הועיל עד אחר שבא לידו קנה:

יד מקושרין בכנפיהם עש"ך ס"ק כ"ח ודבריו הן לכאורה תמוהין מאוד במה שהקשה דאי אין שובך תוך נ' אמה א"כ ל"ל מדדין תמוה מאוד דהא אי בלא מדדין קשה אמאי כשנטלן הן שלו ועוד קשה דאמאי לא יגע בהן דממ"נ אי נפילה הוא נתיאש דליכא סי' ואי הינוח הוא יתן סי' מקום כמו שמסיק הש"ך בעצמו גם מ"ש הש"ך דאמאי לא משני הש"ס דמיירי שאין שובך קרוב תוך נ' אמה הוא תמוה מאוד דהא כשהן מקושרין ואינן יכולין לדדות אין חילוק כלל בין תוך נ"א או לאו דהא וודאי לא משובך אתיא וכל דבריו מגומגמין להמעיין לכן נראה בכוונת דבריו שקושייתו הוא דאי איירי שאין שובך קרוב וא"כ הא דאמר בש"ס אימר מעלמא אתו היינו חשש נפילה וא"כ קשה ל"ל מדדין פי' שקשה בהא דמקשה הש"ס אי מדדין אימר דמעלמא אתי ל"ל להזכיר כלל מדדין הא כיון דהחשש מעלמא הוא חשש נפילה ונפילה לא תלי כלל באי מדדין אם לא דהחשש נפילה שייך אפילו באין מדדין ולזה מוכיח הש"ך דחשש דנפילה לאו חששא הוא כלל במקום שיש לתלות בהינוח כיון דהוא מקום המשתמר וכמו שכתבו התוספות דליכא חשש נפילה במקום דאיכא למיתלי בשובך כיון דנפילה לאו שכיח

הוא ה"נ לא חיישינן לנפילה כשיש לתלות בהינוח במקום המשתמר והא דאמר בש"ס דאימר מעלמא מיירי שיש שובך קרוב ומשום דשמא משובך אתי ולכך תלי הש"ס שפיר הקושי' דאימר מעלמא אתי דוקא באי מדדין ומשני הש"ס דמ"מ כיון שהן מקושרין יש ג"כ ספק הינוח ומש"ה לא יטול וכו' וע"ז כתב הש"ך וא"ל אמאי לא משני בש"ס דמיירי וכו' פי' שמקשה אמאי מוקי לה בש"ס במדדין ומשום חשש' דשובך אמאי לא מוקי לה באמת בש"ס באין מדדין ומשום חשש דנפילה וס"ל לתנא דאף דנגד שובך לא חיישינן לנפילה מ"מ נגד הינוח חיישינן לנפילה וע"ז תי' דא"א לומר דתנא ס"ל כן דא"כ קשה ממ"נ יטול ויכריז דאי אינש אצנעינהו וכו':

טו ובמקום שאינו משתמר כלל עש"ך ס"ק ל"א מה שתמה בזה ויש לתמוה על תמיהתו דודאי כל הינוח במקום שאינו משתמר לגמרי יש לתלות בהינוח ושכחו כמ"ש התוס' שם ועיין בש"מ שם ועיין במהרש"א ר"פ א"מ שכתב בהדיא דבפירות מפוזרות כל שיש לתלות בהינוח דהוי יאוש מדעת והטור והרא"ש שהוכרחו לפרש כריכות קטנות הוא משום שלא יהיה המקום סי' מפני שמתגלגלין משא"כ בכריכות גדולות (ומה שמציין הש"ך סי' רס"ב סעיף י"ב הוא ט"ס וצ"ל סעיף ט' דנקט שם כריכות קטנות):

טז ואם נטלו עש"ך ס"ק ל"ב שהביא דעת הנ"י והרשב"א שיכול להחזיר וטעם מחלוקת' הוא דהתוס' ס"ל דתלי' בהינוח ושכחו וחשיב כאבידה ונעשה שומר אבידה ודעת הרשב"א והר"ן דכל שהוא משומר קצת לא תלינן שהוא שכחו וכמש"ל בשם הריטב"א וממילא יכול להניחו במקום שהניחו שם הבעלים מדעת:

יז אבידה מדעת עש"ך ס"ק ל"ב ויש שם ט"ס וצ"ל משא"כ באשפה שאינה עשויה לפנות דאסור ליגע בו ויתבאר אי"ה לקמן סי' רס"א ע"ש:

סימן רסא

וי"א דאבידה מדעת הוי הפקר ועש"ך ס"ק ג' שהוכיח כדיעה זו דבכל מקום שהזכירו בש"ס אבידי' מדעת הוי הפקר ועקצה"ח שתמה בזה מהא דאמרינן בב"ב ד' פ"ז גבי קטן אבידה מדעת הוא ומבואר שם דאם לקחה מקטן למוד בה דנעשה שואל שלא מדעת וחייב באונסין אלמ' דלא הוי הפקר ולפענ"ד נראה דאבידה מדעת שם אבידה עליו ובעינן יאוש ומש"ה באשפה העשוייה לפנות הפקר גמור הוא דיאוש גמור איכ' דהא מי שימצאנו ודאי לא יכריז דאבידה מדעת א"צ להכריז כמ"ש הסמ"ע ס"ק י' והתוס' דב"מ דף ך"ד בד"ה כי קאמר ר"ש כתבו דכל שאין המוצא צריך להכריז מייאש נפשי' בעל האביד' א"כ ה"נ כיון שאבידה מדעת א"צ המוצא להכריז בודאי הבעל אבידה מייאש

נפשיה ושפיר הוי הפקר גמור וכן במכנשת' דביזרי אימר חכמים הוא דאפקורי מפקר להו כמו גללים משא"כ בהשליך כיסו ברה"ר שיש בו סי' סובר הרמב"ם דליכא יאוש דאף שכ"ע לא ידעי הא דלא יגע וחשיב שבודאי יטלנו אדם כמ"ש הרא"ש ר"פ א"מ גבי כריכות ע"ש מ"מ לא מייאש נפשי' כיון דדבר שיש בו סי' הוא כ"א מי שלא ראה שהיא אבידה מדעת יכריז ומי שראה ויודע של מי הוא א"כ נהי שא"צ להכריז באבידה מדעת מ"מ כשיודע של מי הוא ודאי יחזיר לו דמה"ת לא יחזיר לו כיון שאסור להשתמש בו ועוד דלא מייאש נפשי' שחושב אלו ימצאנו אחר שלא ראה ויכריז ואפשר לומר דגם הרמב"ם סובר דאחר שנטלו א"צ להחזי' דאיכ' יאוש כדמשמע מלשונו שכתב אינו זקוק להחזיר ולא כתב אינו חייב לטפל בה כמו בסי' רס"ג ועוד דדמי להא דסי' ר"ס סעי' ט' בספק הינוח ואין בו סי' דאף דאסור ליגע מ"מ כשנטלן זכה בו כיון דמייאש נפשיה בדבר שאין בו סי' שא"צ להכריז ואבידה מדעת כדבר שא"ב סי' דמי כיון דא"צ להכריז וה"נ סובר הרמב"ם דאחר שנטלו הוא שלו רק שאסור לכתחילה ליטלו אבל בקטן דליכ' יאוש דהא אפי' ממון של קטן יש בו גזל מפני דרכי שלום גם ביד הקטן חשיב כמשומר קצת כי הקטן חשיב קצת שומר כמ"ש התוס' בב"ק ד"ט בד"ה ולר' יוחנן ע"ש וגם רובא דאינשי נותנין חפצים ביד קטן פיקח אומדנ' דמוכח הוא דלא מייאש נפשי' רק דקרי לי' אבידה מדעת לענין שהנוטל ממנו א"צ לשמרו יותר מהבעלים דמה שחשיב אינו משומר במקצת אבידה מדעת הוא והא דבסנהדרין פ' נגמר הדין בהי' אביו ואמו זורקין כלים על מטתו דלא הוי שלו דלא הוי ייאוש כיון דמצו' על אחרים להצילו משום בל תשחית כמבואר בתוספת' הוי כדבר שיש לו מצילין ומה"ט היא נמי הא דאמרינן בב"ק זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו חייב ולא אמרינן דאבידי' מדעת הוי הפקר מיירי במקום שיש מצילין ולא מייאש נפשיה משום דאיכ' ג"כ בל תשחית ומצוה על אחרים להצילו:

סימן רסב

א כיון שבא לידו קודם יאוש. עיי' ש"ך ס"ק א' שכתב דחצירו ג"כ כשבא לחצירו קודם יאוש דלא קנה וכ"כ בסי' רס"ח ע"ש ולכאורה הוא תמוה מאוד דהא בסעי' י"ז מבואר דאם התגר מצאם אם שהו בידו כדי שיכול לערבו עם פירותיו דכבר נתיאשו הבעלים והתם הרי בא לחצירו קודם יאוש והוי יאוש שלא מדעת לא קנה ותיקשי להנך פוסקים דלא ס"ל הסבר' שכתבו התוס' דכל שאין הוה להימצ' לא קני ליה חצירו ומתרצים התו' דמצא בכותל מטעם יאוש שלא מדעת עיין בראש ובשאר פוסקים שם א"כ הרי קני' ליה חצירו קודם יאוש והוי יאוש ש"מ לכן נראה דדוקא כשב' לזכות מחמת חצר כגון

שמצאו אחר וטען בעל החצר שהו' זכה בו מקודם ע"י חצירו וכיון דבא לקנות מחמת חצירו ולומר שחצירו הוא בידו וא"כ הרי בא לחצירו שהוא בידו קודם יאוש דלא קנה אבל כשאומר לא ניח' לי בקנין ובשליחות החצר ורצונו לקנות בהגבהה דוקא ודאי דאין חצירו קונה לו דלא עדיף מזיכ' ע"י אחר וצווח כששמע דאינו זוכ' כמבואר בב"ב דף קל"ז וה"נ בחצר לא נעשה חצירו כשלוחו וידו כשאינו רוצה לזכות על ידו והוי כאלו לא קני לו חצירו כלל וממיל' זוכ' בהגבהה כשמגביה אחר יאוש:

ב ששוה שני פרוטות עיין ש"ך ס"ק ד' והו' תמוה מאוד דמה בכך דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"מ כיון שלא ראו אותן מבקשים ממיל' אינו חושד כלל לחבירו ונראה דכוונתו דהא שכתבו התוספות בהא דאמר שותפין נינהו דמיירי כשביקשו יחד ע"ש הטעם הוא דכיון שביקשו יחד תולה הדבר שבודאי השותף מצאו כשביקש וכיון שאינו חושד להשותף שרוצה לגנוב רק שלקחו לצערו מש"ה לא מייאש נפשו אבל כשלא ביקשו אינו תול' כלל בהשותף שמצ' וממילא מייאש נפשו בדבר שאין בו סי' ולפ"ז לאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וכיון דשותפין נינהו ונאבד מאחד מהן אף שממשמש זה בכיסו מ"מ שני שותפין האחרים לא ידעו כלל מהאבידה והוי יאוש שלא מדעת ואף שהאובד ע"כ ידע אין לומר דיזכה המוצ' בחלק שלישי דז"א דיש לחוש שמא האובד מחל חלקו לאחרים שלא ידעו ולפ"ז בידוע שהוא של אחד מהן שכתב הסמ"ע בס"ק ו' דא"צ להחזיר מיירי שביקשו יחד דבלא"ה אין תולה בהן שמצאו וסובר אולי מצאו אחר ויכריז כיון שיש בו סי':

ג דבר שנתיאשו הבעלים והנה הא דיאוש קונ' נראה דלא יצא ע"י יאוש מרשות בעלים עד דאתי ליד זוכ' דהנ' התוס' בב"ק דקט"ז אהא דאמר בש"ס בעובד' דרב ספרא דלוינהו אריה ובכל ליל' שדר לי' חמרא כדמט' זימני' דרב ספר' שדר ליד' חמר' ולא אכלי קדם רב ספרא וזכ' בי' א"ל רב אחא מדפתי לרבינ' ל"ל למזכ' בי' נהי דכי אפקרי' אדעתי' דאריה אפקרי' אדעתי' דכ"ע לא אפקריה והקשו התו' בד"ה אדעת' דארי' דהא אמר בב"מ המציל מן הארי ומן הדוב הרי הוא שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהם וליישב זה נראה דהתוס' בב"ק דס"ו בד"ה כיון דבאיסור' כתבו וז"ל מכאן משמע שייאוש אינו כהפקר גמור דא"כ אפילו בתר דאתי לידי' באיסור יכול לקנות מן ההפקר ולכאור' אינו מובן דבאיזה ענין חלוק יאוש מהפקר הא כמו שהפקר כל המחזיק בו זכה בו כמו כן ביאוש לכן נראה לפענ"ד דבזה חילוק בין יאוש להפקר דבהפקר פליגי ר' יוסי ורבנן בנדרים דף מ"ג דר"י סבר דהפקר כמתנה מה מתנה עד דאתי לרשות זוכה אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה והנה אף דקי"ל בהפקר דהוי הפקר אע"ג דלא אתי לרשות זוכ'

ואפילו הוא בעצמו צריך לחזור ולזכות בו מ"מ ביאוש נראה דלא מהני עד דאתי לרשות זוכ' ואם נתייאש מהאביד' וכלה היאוש קודם דאתי ליד הזוכה א"צ לחזור ולזכות בו רק כיון שראהו תיכף זכה בו ואין שום אדם יכול לזכות בו שוב וזהו ראיית התוס' דאלת"ה רק דיאוש הוי כהפקר גמור ואפילו לא אתי ליד הזוכה יצא מרשות בעלים א"כ אפילו בגזילה נהי דהגזלן לא קנה מטעם דבאיסור אתי לידיה מ"מ הא של הנגזל ג"כ לא הוי דהא יאוש הוי כהפקר לכל אדם והאיך יכול לתובעו גוף החפץ כיון שאינו שלו שהוא הפקר רק דמים יכול לתבוע מה"ת יהי' עדיף אתי לידי' באיסור' מלא אתי ליד זוכה כלל ומדבעינן אתי ליד זוכה בהיתיר' ודאי דאי לא אתי ליד זוכה כלל לא הוי הפקר ומקרא גופיה מוכח כן דבשלמא בהפקר דאתי מקרא דתשמטנה ונטשתה דנלמד משמיטה הוי הפקר אפי' לא אתי ליד זוכה אבל יאוש כתבו התו' בב"ק ס"ז בד"ה מוצא אבידה דנפקא לן מהא דמה שמלה מיוחד' שיש לה סימנים שאין הבעלים מתיאשין וז"ל ושם בקר' כתיב ומצאת' ובב"מ ר"ב אמרינן ומצאתה דאתי לידיה משמע וכיון דלא נכתב קרא דיאוש קונה רק במקום דאתי לידיה מה"ת לן למילף במקום דלא אתי לידיה. ולפמ"ש מיושבים הרבה קושיות התו' דמה שהקשו שם מהא דנתייאשתי מפלוני עבדי דלמה יצא לחירות ולדברינו לא קשה דהא בעבד כבר אתי ליד זוכה דהא העבד מוחזק בעצמו גם קושית התוס' שהקשה דף ס"ט בד"ה כל שלקטו הא דיאוש אינו פוטר ממעשר למאן דס"ל דיאוש לא קנה וכל המחזיק בו זכה ודחקו עצמן לחלק ולפמ"ש הדבר פשוט דכשהוא ביד גזלן דלא קנה הוי בלא אתי ליד זוכה וברשותיה דבעלים קאי ואינו פוטר מן המעשר כמו שהפקר אינו פוטר לר"י קודם דאתי ליד זוכה ולא קשה ג"כ קושית התוס' דהכא דשאני מציל מפי ארי לניצול בעצמו מפי ארי דהמציל מפי ארי כלה היאוש אחר שבא ליד הזוכה אבל ניצל בעצמו מפי ארי הרי כלה היאוש קודם שבא ליד הזוכה והא דהוצרך הש"ס לומר אדעת' דארי אפקר' דהחילוק שבין ייאוש להפקר הוא דהפקר הוא מדעת ויאוש הוא שלא מדעת וכיון דמדעת השליכו לפני הארי הוי הפקר אפי' לא אתי ליד זוכה ולזה אמר דאדעתיה דארי' אפקריה ולא הוי הפקר מדעת ומטעם יאוש לא הוי צריך זכות בעצמו כיון דכלה היאוש קודם שבא ליד זוכה והשתא א"ש הא דמדמה הש"ס בב"ק שם בעלה חמורו מאליו להא דרב ספרא דקשה הא בהך דרב ספרא אינו הפקר מטעם שכתבו התוס' שם וכיון דהארי לא בא לטרוף ובעל חמורו גבי שטף נהר הפקר גמור הוא כמו במציל מן הנהר דהא הנהר בא לשטוף וא"כ אפילו לא אמרינן משמי' רחימו מ"מ הוי כזוכה מהפקר ועיין בנ"י שדחק בזה ולפמ"ש א"ש דמציל מן הנהר ג"כ אין לו דין הפקר שלא הופקר מדעתו רק מטעם יאוש הוא דדוקא

באבידה שאבוד מכל אדם כגון שור הנסקל שהוזמו עדיו יש לו דין הפקר ממש ואפילו לא אתי ליד זוכה משא"כ הכא דמיירי ע"כ ביכול להציל ע"י הדחק דאי לאו הכי מצי אמר מהפקיר' זכינ' וכיון דיכול להציל ממילא אינו רק מטעם דכיון שעמד שם ולא רדף אחריו הוי יאוש כמבואר בב"מ דף ך"ב ד"ה שטף נהר ע"ש וכיון שעלה מאליו וכלה היאוש קודם שבא ליד זוכה נעשה של בעלים כדמעיקר' וע"כ הוצרך לטעם דמשמי' רחימו עליה וכמו בחמר' דרב ספרא ועיקר מה שמדמה הש"ס היא כמ"ש הנ"י ע"ש ועיין עוד במה שכתבתי בסי' רס"ד בזה:

ד מסתמא הרגישו הבעלים ולא הוי יאוש שלא מדעת ובקצה"ח ס"ק א' הביא בשם הב"י והט"ז דבניחות' דמצוה אמרינן מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה ולזה כתב באחד ששכח לבטל חמצו וביטל אחר שש דמהני דאמרינן כיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה והא דאמר הש"ס בפסחים דאין מועיל ביטול משחשיכ' נדחה מהלכה ע"ש וישתקע הדבר ולא יאמר וח"ו לומר כך דבלאו הכא ידעינן דלא ניחא ליה בחמץ דהא איסורא לא ניחא ליה דלקני ובלאו הכי אינו ברשותו כלל דאיסור הנאה הוא רק דרחמנא אוקמיה בע"כ ברשותיה כדאמרי' שני דברים אינן ברשותן של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו א"כ מה בכך דידעי' דמעיקרא לא ניחא ליה כיון דרחמנא אוקמי בע"כ ברשותו כל זמן שלא ביטל בפה או בלב:

ה שנים שנים חייב להכריז עיין סמ"ע ס"ק ל"ב ול"ג ודבריו קשים להולמן והעיקר כמ"ש בפרישה ע"ש:

ו אם מראים הדברים ועיין קצה"ח שחקר כמה שיעור יהיה מקורב או מרוחק ולפענ"ד נראה דהשיעור הוא כל שלפי האומד בשעה שנפל הכלי ומתפזר באיזה ריחוק שיכול להפיל נקראין מקורבים ובקצה"ח דימה אותו להא דע"ז פ' ר' ישמעאל דתוך ז' אמות נקרא מקורבים ואינו ראיה כ"כ דשאני מרקוליס שזורקין לו אבנים דמחמת זריקה נופל יותר למרחוק גם מה שתמה על הב"ש באה"ע סי' י"ו ס"ק ס"ט שכתב דכשנמצא הארנקי או דטבעת סמוך להההרוג דלא מהני כי יש לומר דהארנקי מונח מקודם ול"ד לנמצא פירות סמוך להכלי דסי' רס"ב עיי' שם וע"ז תמה בקצה"ח וכתב דדומ' ממש ולפענ"ד נראה דלא דמי כלל דבשלמא באבידה כשאומר הבעל אבידה כלי פלוני עם פירות אלו נאבדו אצלי והרי ידענו שהיה פירות בכלי זו בשעת אבידה דהא כתבו התוס' בב"מ דף ך"ב בד"ה ואי דליכא דלא חשדינן לי' למשקר רק דאמרינן דילמא גם מאחר נפל ע"ש משום הכי תלינן שפירות אלו היה בכלי זה כיון שראויין ליפול למקום זה ולא חיישינן לחשש רחוק לומר שהפירות שהיה בכלי זה נאבדו והני אחריני נינהו או לומר

שבעל הפירות משקר וזה לא אמרינן כמ"ש התוס' הנ"ל ועיין סעיף ל"ג בסמ"ע ס"ק ך"ח דמה"ת לומר כך כיון שנראין הדברים שהוא אמת דמנין הי' יודע לומר על פירות כאילו שהיה בתוך כלי כזו והוי כעין סי' מקום כיון שראויין ליפול על מקום זו מהכלי משא"כ הכא שנמצא הרוג וארנקי סמוך לו ואין אנו יודעין אם היה כלל על הרוג זה ארנקי זה ושפיר יש לחוש שהאיש שהיה עליו ארנקי אבד זה הארנקי סמוך לנהרג זה וכי אי אפשר להזדמן שיהיה שני דברים סמוכין זה לזה זה נהרג כאן וזה אבד כאן אבידה תדע דבאבידה ג"כ אם יזדמן כהאי גונ' כגון שמת בעל האבידה והיורשים מביאין עדים שכלי זה של אביהם הוי ומהפירות אינן יודעין כלל הנאמר ג"כ דהפירות הן של בעל הכלי כיון שמצאן סמוכין וכן אם ימצאו שני אבידות סמוכין היעלה על הדעת שאם יביא עדים על האחד שיטול גם השני אלא ודאי דלא אמרינן כן אלא כשבעל האבידה אמר שהיה בכלי הפירות האלו וגם שפי הכלי כלפי פירות שאז נראין הדברים כך כמו שאומר אבל בשאר שני אבידות סמוכין זה לזה ודאי דלא אמרינן אפי' בעל האבידה אומר כך וכן אפי' בפירות בכלי והכלי כלפי הפירות ואין בעל האבידה כאן רק היורשים אין ראיה מהכלי לפירות כנ"ל ברור והרוג וארנקי סמוכין כשני אבידות דמיין ועוד נראה דודאי אין לדמות איסורא לממונ' כדאמרינן בב"מ דף ך' מי קא מדמית איסורא לממונ' וכן מוכח באה"ע קל"ב ובגיטין בגט דבעינן דוקא מצאו קשור בכיס וכן מצאו בחפיסה משמע דבעי' דוקא שיהא מונח בתוך הכלי:

סימן רסד

א שטף נהר והיינו דוקא ביכול להציל ע"י הדחק דבא"י להציל כלל מהפקירא קא זכי כמבואר בב"ק דף קט"ו ע"ש וגם דוקא כשהוא באופן שבאם לא הציל הי' ברי היזקא אבל בלא"ה אפי שכרו אין לו כשאר מבריח ארי כמ"ש התוס' בב"מ דף ל"א בד"ה אם יש שם ב"ד:

ב מיהו הוא הפקר עש"ך ס"ק ג' שהביא בשם ס' א"א דשם מבואר דלא הוי הפקר והנה לפמש"ל בסי' רס"ב מוכח בהדיא מהש"ס דלא הוי הפקר ואפשר דמיירי הנ"י כשקדם וזכה קודם שנתוודע להבעלים שעלה מאליו:

ג ודוקא שהתנה עסמ"ע סקי"א ולכאור' קשה כיון שלא התנה רק כשיציל ולא הציל דמי ללא התנה ועוד דלא עדיף מיורד להשביח דאין לו רק הוצאה שיעור שבח וכן מבואר בסי' של"ד וכל אונס שא"א לשניהם לידע דהוא פסידא דפועל לכן נראה הטעם דכשהתנה אז אף אם לא הציל מ"מ כיון שגילה דעתו שרצה לשכור מצילין הרי הרויח

במה שהלך זה שלא הי' צריך ליתן שכר למצילין אחרים משום הכי צריך ליתן לו שכרו משא"כ כשלא התנה ואין לו רק דין יורד לנכסי חבירו שלא ברשות דאין לו רק הוצאה שיעור שבח וכשלא השביח אינו נוטל כלל ומ"ש הסמ"ע ס"ק י"ב לחלוק על הרמ"א ומהר"ם פדווא' ופסק דבעלה חמורו מאליו חייב לשלם לו הפסד חמורו אשתמיטתיה דברי הש"מ בשם הקדמונים שפסק כהרב בהג"ה וכן עיקר:

ד הואיל ולא התנה אף דלעיל מבואר דבעלה מאליו אפי' בהתנה פטור מ"מ צריך לטעם דלא התנה דאילו התנ' היה צריך לשלם לו עכ"פ שכרו כפי מה שרוצ' ליתן לאחר להטריחו לזה אבל בלא התנ' פטור מכלום דומיא דלעיל אבל אם לא ימצא רק ע"י השתדלות חבירו חייב ליתן לו כל הוצאותיו אף אם לא התנה והא שכתב רמ"א דא"צ ליתן לו רק כפי מה שנהנה לא קאי רק אאם האמת אתו וכמבואר בתשו' מהר"מ פדווא' סי' ס"ג שפסק דשמעון צריך לשלם הכל אף דשם לא התנה עמו ומזה מוכח דלא כמ"ש הסמ"ע בס"ק ז' הטעם בלא התנה משום דכיון דלא התנה עמו ודאי מחל לו דא"כ גם כאן הי' לו ליפטר מה"ט וכן מוכח מהר"ן ר"פ שני דייני דכל המתנ' סתם אדעת' דתשלומין הוא ולא אמרינן דמחל וכמו שאכתוב לקמן אלא ודאי דעיקר הוא כמ"ש הסמ"ע שם בהטעם השני משום דיכול לומר אם לא היית מצילו הייתי שוכר איש אחר וכו' וכן הוא בהדיא בתוס' ב"מ דף ל"א ע"ב בד"ה אם יש שם ב"ד שכתבו בהדיא טעם זה וא"כ א"ש הכא דכאן כיון דבלתי אפשרי להנצל בלתי הוצאת כאילו מש"ה חייב בכל הוצאות:

ה כפי מה שנהנה היינו ששמין כמה אדם רוצה ליתן שלא יהיה צריך להשתמש באלמות:

ו דאפי' בשבילו לבדו. ובזה פטור אפי' לא היה אפשר להנצל בלתי הוצאות כאילו משום דהוא לא ירד רק על דעתו לבדו הוי זה נהנ' וזה אינו חסר דפטור ולזה סיים רמ"א דאם ירד רק ע"ד שניהם דחייב ליתן לו והטעם נראה כיון דא"א להציל בלי הוצאות ממילא כ"א יכול לכוף את חבירו ליתן כמו שייר' שעמד עליו גייס בסי' רע"ב ועמ"ש בסי' קע"ח שכך הדין בכ"מ כשהדבר צריך לשניהם וא"א לאחד לתקן הדבר מבלי חבירו שכופין זא"ז:

ז פעולה או טובה והיינו שהשביחו כגון שאמר לי אכול עמי או דר עמי חייב לשלם וכ"ה בהדיא בר"ן פרק שני דייני אבל כשמצילו מן ההיזק דינו כמבריח ארי ובהשבת אבידה וכפי שנתבארו דינים אלו בכאן:

ח ובשדכנות עש"ך ס"ק י"ד וכן הדין בסרסור וכו' ולענין אי מהני קנין או שטר כתב בתומי' סי' פ"א ס"ק ה' שאף שמדמין זה לטול דינר ולחליצה ובאה"ע סי' קס"ט מבואר

דאפי' קנין לא מהני והוא מדברי הרשב"א בס"ס קכ"ט גבי ערב אף דג"כ מדמה אותו לטול דינר מ"מ כתב בשם הרא"ש דקנין מהני הרי מבואר שיש מחלוקת בין הרשב"א להרא"ש אי מהני קנין ע"ש ובס"ס קכ"ט ולפעד"נ דליכא מחלוקת כלל דנהי דהרא"ש חולק על המרדכי דהמרדכי פרק הגוזל ס"ל דלא אמרו דיכול לומר משטה רק במילי דמצוה והרא"ש בתשו' כלל ס"ד סי' ג' ס"ל שכל דבר שהוא יותר מכדי שכרו אינו זוכה בלא קנין אבל ודאי דהרשב"א דס"ל דאפי' קנין לא מהני הוא משום דס"ל דהוא דוקא במילי דמצוה כמו בטול דינר והעבירני ודומיא לערב דכתובה דס"ל להרבה פוסקים באה"ע סי' ק"ב דלא מהני קנין משום דמצוה קעביד וגם שם הוא אונס והוי קנין באונס משא"כ במידי דלאו מצוה דהטעם הוא רק דלא מתחייב בדיבור מה"ת לא יועיל קנין וכ"ה בתשב"ץ חלק ד' סי' ך' בהדיא דדוקא במילי דמצוה אפי' קנין לא מהני אבל במידי דלאו מצוה מהני קנין ע"ש אך לכאורה צריך טעמא להנך דסברי דאפי' במידי דלאו מצוה אינו נותן כפי מה שפסק רק שכר הראוי דהא פסקי כן בסרסור דלאו מצוה הוא ועיין בתשובות פנים מאירות ח"א סי' צ"ז שהביא דברי הפוסקים שהקשו מהא דר"פ האומנין בפועלים דמיתגרי בא' ושכרן בד' ואמר שכרכם עלי דחייב ותי' דשם מיירי דאיכא דמיתגרי בד' ועוד דפועל אין לו אונאה ע"ש מוכח מדבריהם שבכל פועלים כשפסק להן יותר משוויין דא"צ ליתן להם יותר משויין ודבר זה טעמא בעי דמה"ת יהיה יכול לומר משטה במילי דלאו מצוה והא שכירות דמי' למכר ובודאי דא"י לו' במכר משטה והנה בש"מ ב"ק דף קע"ו כתב הטעם משום דנתאנה וכן בתשו' פמ"א הנ"ל כפי מה שהביא מדברי הפוס' לתרץ מהא דר"פ האומנין משום דפועל אין בו דין אונאה משמע דבסרסור ושדכנות הוא מטעם אונא' אך ק' דא"כ אמאי פסק בטול דינר והעבירני דאם כבר נתן דא"י להוציא משום דאין השטא' אחר נתינה מ"מ יוציא מידו מטעם אונא' דטול דינר והעבירני קבלן הוא דיש לו אונאה כמבואר בסי' רכ"ז ואפי' אם נאמר כיון ששכרו להעבירו תיכף לא דמי לקבלן דיש לו רשות לעשות באיזה זמן שירצ' ועסמ"ע בסי' רכ"ז משא"כ כאן שצריך להעבירו תיכף דוקא כפועל לשעה דמי ודין עבד עליו שאין לו אונאה מ"מ ק' דא"כ ביותר מפלגא יהיה לו דין אונאה ולא יועיל אפי' כבר נתנו לכ"נ דהנה לכאורה יש להקשות בהא שכתבו הפוס' שהביא בש"מ הטעם בטול דינר משום אונאה הא בש"ס אמרו בהדי' משום דיכול לו' משטה וע"כ צ"ל דודאי לית ביה משום אונאה דהא ביותר מכדי שהדעת טועה ל"ש דין אונא' כמבואר בב"ב דף ע"ח גבי צמד ובקר דאמרי' מתנה יהיב ליה ע"ש וכן מבואר בסי' רכ"ז בט"ז ומוכח מדבריו שם דבידע בשעת מקח והוה ביטול מקח דא"י לבטל המקח עיין במש"ש אך לכאורה א"ל

דדוקא שם שהמקח בעין א"כ כשהוא ביטול מקח א"א לו' דדעתו היה לחזור ולתבוע ולבטל המקח דלמה היה לו לקנות מקודם ולכך אמרי' דודאי מחל משא"כ בפועל דהדין דיכול לחזור ולתבוע אונאתו לעולם כמבואר בסמ"ע שם דמי למאנ' רק בשיעור אונא' המבואר שם בסעיף ז' בהג"ה דאפי' ידע הלוקח שיכול לטעון שלא מחל ולא קנה רק משום שיכול לחזור ולתבוע אונאתו דה"נ דכוותיה אך ז"א דהא דבפועל מחזיר אונאה הוא דוקא בלא ידע ונתאנה והמקח בטל למפרע ולכך אינו משלם אלא שוויו והמותר שקיבל צריך להחזיר אבל כשידע שנתאנ' ואפ"ה עשה מלאכתו ע"י הפועל י"ל דמחל ונתרצה בהמקח והרי נתקיים המקח מרצונו לזה אמרו בש"ס טעמא דהשטא' ותרווייהו צריכי דמשום דאינהו ועבר על לא תונו יכול להשטותו וממילא יכול לתבוע אונאה כיון שלא נתרצה בקיום המקח ומש"ה כשנתן כבר אין מוציאין מידו משום הטעם שכתב הרשב"א דאין השטא' אחר נתינה ומשום טעם אונאה לחוד אין מוציאין דידע ומחיל כמו בכדי שאין הדעת טועה ונראה דזהו מה שכתב הריטב"א בקידושין דף ח' דאי לא שוה לדידיה אלא מפני שהוא דחוק קציצ' מתוך הדחק לא שמיה קציצה ומביא ראיה ממעבורת ע"ש ונראה דמיירי בכהאי גוונ' שא"א לחזור המקח אח"כ כמו במעבורת והוא ג"כ מטעם השטאה שיכול להשטותו ומ"ש אפי' כבר נתן הוא משום דס"ל כהך דיעה שהבי' בש"מ ב"ק דאפי' כבר נתן יכול לטעון משטה ע"ש אבל ודאי במקח שהוא עדיין בעין ודאי דא"י לטעון משטה וע"כ ידע ומחל דלמה היה לי להשטותו ולהחזיר המקח אח"כ וכן מוכח מב"ב דף ע"ח דבכדי שאין הדעת טועה הוי מתנה ולא חילק בין מתוך הדחק או לא וכן מבואר בסי' רכ"ז סעיף ט' במוכר מתוך הדחק דאין לו אונאה ולזה פסק ג"כ הריטב"א שם דאי שוה לדידי' דאין בו אונאה והיינו בידו ובזה נסתלק קושית הקצה"ח בסי' רכ"ז מהא דמרגליות דאדם רוצה ?לזויגן ואפ"ה יש בו אונאה ולפ"ז יש לקיים ג"כ דברי הסמ"ע שם ס"ק י"ח שכתב דאפי' בביטול מקח וידע דיכול לחזור ולתבוע היינו במקום שהמקח לא יהי' בעין אח"כ דמי' דפועל ומעבורת ובזה שפיר כתב הסמ"ע דיכול לטעון משטה היוצא מזה דבמילי דמצוה יכול לטעון משטה ואפי' קנין לא מהני אבל במידי דלאו מצוה כגון פועל וסרסור ושדכן כשיש אונאה בדבר אף שהוא בכדי שאין הדעת טועה יכול לטעון משטה אם לא שהיה קנין או שהוא דבר שדרך ליתן פעמים סך רב ואין לו קצבה ושוב לא הוי אונאה כלל וא"י לטעון משט' וע' תשב"ץ חלק ד' סי' ך' דאם היה התוספות קרוב למה שראוי לו חייב ודוקא בתוספות הרבה יותר מדאי יכול לטעון משטה ולפענ"ד דהשיעור קרוב היינו שתות דהא כתב בספר פמ"א ח"א סי' צ"ז דהא דב"מ בהאומנין הטעם דבפועל אין בו דין אונאה אלמא דכל שאין בו

דין אונאה לא יכול לטעון דין משטה א"כ ה"ה בפחות משתות דאין בו דין אונאה א"י לטעון משטה:

סימן רסה

אלא כפועל בטל לגמרי עסמ"ע ס"ק ד' שהקשה מסי' רס"ח סעיף ג' ותי' דחוק למעיין ולפע"ד דהטור ס"ל כדעת הנ"י שכתב לתרץ קושי' התוס' בב"מ דף ל"א בד"ה אם יש שם ב"ד מהא דאין לו אלא שכרו שחילק בין בפני הבעלים ובין שלא בפני הבעלים והנ"י מחלק דמלאכה שכיח ולא רצה להפסידו משא"כ שטיפת חמור ע"ש וגם ס"ל להנ"י שם דאפי' בשטיפת חמור דלא שכיח שהוא פטור הוא דוקא כשהיו הבעלים שם כמבואר בנ"י שם וע"כ צריך לחלק בכך משום קושי' השני' שהקשו בתוס' מהא דשומר שקידם ברועים ומקלות דבזה לא שייך תי' דהנ"י וע"כ צריך לחלק בין שהבעלים שם או לא וכמ"ש התוס' רק שהנ"י ס"ל דאפי' הבעלים שם צריך לשלם הפסד המלאכה כפועל בטל לגמרי שאינו נוטל שכר השבה אך קשה דמה"ת לא יטול שכר השב' כיון שאינו מחוייב להשיב האבידה וכמ"ש הסמ"ע בסי' רס"ז ס"ק ז' ע"ש וע"כ צ"ל הטעם כמ"ש הש"מ בב"מ דכיון שהיו הבעלים שם ולא התנה עמהן י"ל דאפשר שהיה רוצה לעשות לפנים משורת הדין ולעשות מצוה ומש"ה אם אין הבעלים שם ודאי דצריך לשלם לו כל שכרו כיון שלא היה מחוייב בדבר ממילא חשיב כשאר יורד שלא ברשות להשביח לחבירו ונוטל כל שכרו:

סימן רסז

א אבל בב"ח עש"ך ס"ק א' דבגניבה פטור וקשה דהא הוי תחילתו בפשיעה לענין אבידה וסופו באונס לענין גניבה והנה בתוספות שכתבו זה י"ל דבשלמא בצריפא דארבני א"א להנצל משריפה אם לא שלא היה מניחן שם ואם לא היה מניחן שם ממילא היה ניצל ג"כ מגניבה וא"כ הפשיעה גרם לאונס שיבוא משא"כ בשמירה בביתו בדלת שא"י לעמוד ברוח שאינו מצויה שהרי אפי' אם נעשה כראוי אין זה שמירה כלל לגבי גניבה משא"כ הכא שהחזירה לבית הבעלים שא"י לעשות שם מאומה בבית חבירו או בגינה של חבירו והוא אינו משומר כלל רק שפטור משום שהחזירה למקום שהבעלים יראו אותה וכיון דהוא ב"ח ויש לה חשש שתלך משם קודם שיראו הבעלים ואסור להניחה במקום זה כלל ואם לא הניחה שם היה אפשר שלא תגנב א"כ הגניבה באה מחמת הפשיעה וחייב:

ב וזה עדים וסי' עש"ך סק"ו שהניח דין זה בצ"ע ולפענ"ד הטעם כמ"ש התוס' בב"ק דף ע"ב בד"ה אין לך זו דלא מהני מגו בתרי ותרי משום דמיגו לא עדיף מעדים ותרי כמאה אלמא אף דמגו מהני מ"מ נגד עדים בתרי ותרי לא מהני דהוי כמגו במקום עדים ה"נ בסימנים כיון דלא מהני במקום עדים לא מהני אפי' בתרי ותרי ומיירי ע"כ שהתרי ותרי מכחישין אלו את אלו דבשבת אחת מעידין על זמן שקודם לכת שניה מעמידין אותו בחזקת השני דחזקה שכל מה שת"י הן שלו ובודאי לקחו מחבירו:

ג דשומר אבידה אינו אלא ש"ח עש"ך ס"ק י"ד הטעם משום דלא שכיח ונראה דאף אם באמת כבר נפטר פעם אחת מפרוטה דר"י דלא נעשה ש"ש מדלא חילקו הש"ס והפוסקים והטעם כיון דתחילת קבלה לעצמו לא היה בשכרו כדי שיהיה ש"ש כיון דלא שכיח אף שהגיע לידו הנאה ש"פ ממילא לא הוי ש"ש ואף שמבואר בסי' קפ"ה סעיף א' דאם בתוך כך שלח לו דורון דהוי ש"ש שא"ה ששלח לו וידוע שלא שלח לו רק מחמת זה והוי כאילו קיבלו אדעתא דהכי שכר לשמירתן משא"כ הכא שהנאה באה לו ממילא וכשפוטר עצמו מפרוטה דעני לאו משום דעת' דשמירה פוטר עצמו:

ד משתמש בהן בצונן ועיין בתוספות שכתבו דאפי' לצרכו מותר וא"ל דא"כ יהיה ש"ש בשביל היתר שימוש שלפעמים השימוש ש"פ ונראה כיון דדבר שאין מקפידין עליו הוא ואפילו אם היה בביתו הי' רשאי ליקח להשתמש בו בצונן בבית בעל החפץ והוי בהפקידו לזה כמ"ש הרשב"ם בב"ב דף נ"ז בד"ה אסורין ליכנס לחצר עיין שם מה שאין כן מעות שהוא דבר שמקפידן עליו מש"ה הוי כשכר:

סימן רסח

א או שעומדים שניהם פי' כגון שבא אחר קודם לשניהם וזכה בהד"א ואחר שבאו אותן שניהם הלך הא' וזכו שניהם בפעם אחת בהד"א אף שבאו זא"ז כמ"ש הב"ש באה"ע ס"ק כ"ג ע"ש:

ב חצירו של אדם עש"ך ס"ק ג' בדין אם בא לחצירו קודם יאוש ועמש"ל בסי' רס"ב מזה ובמהרי"ט ח"א סי' ק"ן כתב דידו ג"כ קונה שלא מדעתו ובקצה"ח כתב דלרש"י בכתובות דס"ל דצריך הגבהה ג' א"כ לא דמי לידו ולפעד"נ דודאי ידו לא גרע מחצירו רק דבעינן שיהיה כל החפץ מונח בחלל ידו ואז הוי כחצירו אבל אם תופס רק מקצתו בידו והשאר מונח חוץ לחלל ידו דבחצירו ג"כ כשמונח מקצת חוץ לחצירו לא קנה ואז בידו ג"כ לא קנה מטעם ידו רק מטעם הגבהה ובעינן הגבהה ג' דוקא:

ג ביודע במציאה תמוה לי דהא דין זה למדו המרדכי ממצא בגל וממצא בחנות וא"כ ע"כ הרמב"ם והרא"ש לא ס"ל סברא זו דהא הרא"ש כתב הטעם משום יאוש שלא מדעת והרמב"ם כתב הטעם משום דאבודה מכל אדם וכן התוס' כתבו הטעם משום דאין הוה להמצא ועוד ק' דבמרדכי למד זה ממשכונו של גר ביד ישראל דפ' שור שנגח דמה"ט אינו קונה הישראל מכח חצירו ופליג על רש"י ותוס' שם שכ' דמיירי בחצר שאינה משתמרת דוקא דלדברי המרדכי אפי' בחצר המשתמרת לא קנה דחצר לא קנה רק בדבר ההוה או בגוזלות ששכיחי להיות בשדה אבל במציאת מעות וחפצים דלא שכיחי שיהיו מציאות כאלה לא קנה והנה המחבר בסי' ע"ב סעיף ל"ט (כתב) דבחצר המשתמרת קנה בעל החצר ובמרדכי כתב שם בהדיא דלדיעה זו אפי' חצר המשתמרת לא קנה אפי' שמת הגר בחצירו לא זכה בזהב שבאבנטו וע"ק שבד"מ כתב שכדברי המרדכי וכתב הנ"י ובנ"י שם כתב בהדיא דעת התו' דדוקא דבר שאינו הוה להמצא לבעל החצר שאפשר שלא ידע בו בעל החצר לעולם כגון מטמון בכותל משמע דבמציאה שבוודאי יבוא לבעל החצר כשלא יטלנה זה קנה אף שמציאה כמו לא שכיח כגון מעות וחפיצים והרי חולק הנ"י עם המרדכי לכן נלפענ"ד כהד"מ והרמ"א שכוונתם במ"ש אבל בדבר שאין דרכו לבוא היינו דמחמת זה אפשר שלא יבוא לידו כלל ומ"ש דאסיק אדעתיה הכוונה שאסיק אדעתיה לפעמים לבוא במקום זה ועתיד לפעמים להמצא ולבוא לידו אבל טמון בגל ובכותל דלא מסיק אדעתיה לעולם לבקש שם מציאה ואפשר הוא שלא יבוא לידו לכך לא קנה ופי' כן גם כדברי המרדכי מדהשוה דעת המרדכי לדעת הנ"י שהן כדברי התוס' אף שצריך לפ' ברוחק קצת כדי להשוות דעתן לדעת הרמב"ם והרא"ש ורש"י ותוס' והנ"י ושאר הרבה פוס' כמבואר בשיטה ואם אין הפי' כך נלפענ"ד שחס' בהגה"ה תיבות יש מי שאומר דדיעה זו רק דעת יחיד שהוא דעת המרדכי וכל הראשונים חולקין על דיעה זו והעיקר תלוי אי הוא הוה להמצא כנ"ל ברור:

ד סחורה בזול לכאורה תמוה דהא אפילו אם לקחה בידו כ"ז שלא הקנה לו המוכר רשות ביד המוכר למכור לאחר ועוד דהא כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה כמבואר בסי' ר' לכן נראה דמיירי בסחורה שהובא לחצירו בלא כלום ומיירי ג"כ שהביא הסחורה ופסק דמיו שבכך וכך רוצה למכרו תדע דנקט שהביא סחורה בזול ואי לא פסק דמיו מנין יודעין שהוא בזול א"ו שפסק דמיו ואמר בכך וכך אני רוצה למכרן ומבואר בסי' ר' סעיף י"א דאם נטל כלי מהמוכר והיו דמיו קצובין דאין המוכר יכול לחזור בו כשמגביה כדי לקנותו וע"ש בסמ"ע ס"ק י"ג דכשדמיו קצובין מפי המוכר דשוה עם דבר דהוי דמיו קצובין וכיון שאם לקח הלוקח בידו לא הי' המוכר יכול לחזור בו מש"ה ס"ל לדיעה

בתרייתא דה"ה אם בא לחצירו ואמר הלוקח יקנה לי חצירי אין המוכר יכול לחזור בו דחצר מטעם ידו איתרבאי וכי היכא דאם נטלה הלוקח בידו אין המוכר יכול לחזור בו ה"נ כשבא לחצירו ודיעה קמייתא ס"ל דלא איתרבי חצר שיהיה ביד רק במציאה דלית ביה חסרון מעות אבל הכא כיון שהיה שם ולא בטל החפץ לעצמו ולא נתן לו מעות אמרינן דלמא לא מתרמי ליה זוזי מש"ה לא קנה ולפ"ז כשאמר יקנה לי חצירי ומעות בידו ורוצה ליתן לך ובא אחר וחטף החפץ ומשכו קנה קמא:

סימן רסט

א המגביה מציאה. עסמ"ע שכתב דבעינן דוקא שאמר והש"ך חולק וכתב דבמחשבה סגי ובקצה"ח חולק על הש"ך דהא דברים שבלב אינן דברים ואישתמיטתיה דברי הרשב"א בחי' לקידושין דף נ' דדוקא במקום דהדברים שבלב סותרין לדברים שבפה לא הוויין דברים שבלב דברים אבל דברים שבלב סתמן הוויין דברים כמו בתרומה דמהני מחשבה ומ"ש ראיה מבגדים שצבע לשמן אין ראיה דשם יש הוכחה שנצבע לשמן שבגדיהן הן מיהו אם אמר בפי' שמגביה לצורך עצמו ומודה שנתכוין לא קנה חבירו כיון שהדברים שבלב סותרין לדברים שבפה אינן דברים:

ב הגבי' חרש ופיקח. ולענין חרש ופיקח שרכבו או הנהיגו יחד אי קנו הוא מחלוקת רש"י והש"מ בב"מ דף ח' בהא דלמד דין דהמגביה מציאה משנים רוכבין הובא בקצח"ה ע"ש:

ג כיון שהגביה עש"ך ס"ק ג' וכוונתו כמ"ש הסמ"ע בס"ק ט' וכמו שאבאר בסמוך:

ד ואין המגביה נאמן עש"ך ס"ק ד' אך מ"מ קשה נהי דליכא סתירה לדברי הטור מ"מ מנין לו להטור דין זה וראיתי בתשו' הגאונים בתראי סי' ק"ג כתב דעולא ור"י פליגי בהא דעולא ס"ל דנאמן אפילו בזכה ור"י ס"ל דא"נ בזכה לי ולכך הוצרך לשנויי דהאומר תנו לאו כאומר זכי ומש"ה לא היה יכול לשנויי בדאמר תחילה דאילו היה תנו כזכי אפי' אמר תחילה לא מהני (ועמש"ל בסי' קפ"ג דלא תקשה מהא דהוצרך הר"ן לומר גבי זבין לי שדה לאחד מטעם דהוא רמאי ולא אמר הטעם דא"נ שחזר משליחותו דהוא משום דשם מיירי שנתן מעות) ונראה דדוקא כאן דאיכא עדים שאמר לחבירו תנה לי וזה הגביה בפניהם הוא דא"נ אבל אי ליכא עדים מסתבר דנאמן שהגביה לעצמו במיגו דלא אמרת לי דהאיך מצינו ראיה לזה בש"ס דחזקה זו שלא שינה שליחותו היא גדולה כ"כ שלא יהיה נאמן נגדה במיגו ואף שחזקת ממון מסייע להמיגו ואדרבה מצינו שחזקה שליח עושה שליחותו לא אמרי' רק לחומרא וגם מבואר ברשב"א הובא בב"י סי' קפ"ג גבי

נהגו בעלי חנויות דאפי' אמר בפי' שקונה לכולם שיכול לומר משטה ע"ש ומכ"ש שאין לעשות חזקה ולומר שלא מהני מגו נגדו וכיון דמיירי באיכא עדים ואמר בפניהם ושתק כהודאה דמיא ולכך מיסתבר ליה להטור לומר דא"נ מטעם דאמרינן דאלו היה רוצה לחזור בו היה אומר בפני עדים בשעת הגבהה שחזר בו משליחותו וכעין שאמרו בגיטין דף נ"ה אם איתא דבטל לעדים הוה אמר וגם כיון דמיירי שרק הרוכב ראה המציאה ולא מגביה כמ"ש בתשובת הגאונים בתראי סי' ך"ג ובזה שפיר מסתבר ליה להטור דא"נ כנ"ל:

ה נאמן לומר עסמ"ע ס"ק ט' שכתב דבמגביה מעצמו סתם לצורך חבירו אף אם אמר שהגביה לצורך חבירו נאמן לומר משטה ועש"ך שהזקיקו להסמ"ע לזה משום הא דכתב הטור דנאמן כשאומר לעצמי הגבהתי דקשה פשיטא כיון שהגביה סתם ולפענ"ד א"א לומר כלל בכוונת הטור דמיירי שהודה אחר ההגבהה ונאמן לחזור בו שאין זה במשמעות דברי הטור כלל וגם למה הי' לו להשטותו אחר הגבהה כיון שחבירו השטה בו ולכן נראה שהוא ט"ס בסמ"ע וכצ"ל אף אם קודם שהגביה אמר ובזה שייך שפיר משטה שהשטה בו כדי שלא לזכות בו חבירו ובשעת הגבהה נתכוין לעצמו ודבר זה יכול להעמיס בדברי הטור וגם משיג הש"ך דהטור לא כתב זה רק משום סיפא:

ו ואם אמר תנה לי עש"ך ס"ק ה' שאפילו אם מודה שהגביה תחילה לצרכו יכול לחזור בו ולזכות בו לעצמו וע' בש"מ שהקשה בשם הרשב"א הא המגביה מציאה לחבירו אפילו בלא רשות המשלח קונה ותי' שבודאי דעתו היה רק כדי לקיים השליחות של חבירו שאמר תנה ולדברי הסמ"ע שכתב דבעינן אמר א"ש בפשיטות כיון שלא אמר רק תנה ממילא לא זכה חברו אף שהגביהו לצורך חבירו כיון שהגביה סתם ולא אמר ומ"ש עוד הש"ך ומ"ש התוספות י"ט וכו' זהו ענין בפ"ע ולא שייך למה שלמעלה כי התוי"ט הקשה על הסמ"ע שכתב דבעינן אמר דא"כ הא דהקשה בש"ס ממתניתין דפיאה אמתני' דמציעא לישני דפיא' מיירי באמר ובמשנה דמציעא מיירי במגביה סתם וע"ז מתרץ הש"ך כיון דמעיקרא ס"ל דתנה לי כזכה לי וממילא לא בעינן אמר:

ז משנתנה לו עסמ"ע ס"ק י"א דכיון שנתנה וכו' הנה זהו מה שפי' רש"י בתחילת סוגיא במשנה אמנם בגמרא פרש"י דהטעם דגלי דעתיה דאדעתיה דהאי אגבהה וכו' ע"ש והוצרך לזה דאם לא הגביה בתחילה רק לעצמו כגון שאמר כן בפני עדים תלינן הנתינה בפקדון ולא במתנה רק משום דאמרינן דגלי דעתיה דאדעתיה דהאי אגבהה וכ"כ הש"מ ע"ש ולפ"ז נמי גם לדידן היכא דאיכא עדים דלעצמו הגביה לא מהני נתינה:

ח דקנאה לעצמו עמ"ש בסי' קפ"ג בזה:

סימן רע

א וה"ה אם הרויחו בסחורה והא דמבואר בב"ק דפ"ז דשבת ינתן להבנים יש לו' דשבת שאני כיון שלא עשו מלאכה ואפ"ה נוטלין ומטעם דאמר התם דלא קפיד משא"כ כשעושין מלאכה ומרויחין אפשר דלא חשיב כמידי דאתי מעלמא וקפיד אך הא קשה דכיון דאף לא תנן רק מציאה ואפ"ה אמרינן דמעשה ידיהן נמי דאב משום איבה א"כ למה הי' צריך לתקן גבי אשה שני תקנות היינו מעשה ידיה תחת מזונות ומציאתה משום איבה הא כיון שתקנו מציאה משום איבה מעשה ידיה ג"כ בכלל דלא גרע מבן הסמוך דהא היא ג"כ ניזונת ואפי' גבי יתום הניזון הוצרך התוס' לחלק בסבר' ולפי חילוקם אשה הניזונת דמי לבן הניזון וי"ל דהוצרכו לתקן אפי' אם אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך שיהיה העדפ' שלו כ"ז שלא אמרה לו איני ניזונת ואיני עושה:

ב אבל לא בבנו הגדול ובבתו נערה מסתפקין הח"מ והב"ש אם ניתן לה מתנה אם הוא של אביה ובקצה"ח הוכיח דודאי האב זוכה במתנת' מא"ח סי' שס"ו דא"י לזכות העירוב ע"י בנו ובתו אפי' גדולים כשהן סמוכין וע"י בתו עד שתבגר אפי' אינה סמוכה על שולחנו מוכח דזוכה במתנת' ע"ש ותמוהין דבריו דודאי למאן דס"ל דא"י לזכות ע"י בנו ובתו הגדולים הסמוכין והוא דעת התוס' בב"מ דף י"ב בד"ה רבי יוחנן אמר דאף בבנו כל זכיותיו לאביו ומשום איבה ולפ"ז ממילא כמו שבבנו הסמוך זכיותיו לאביו משום דאיכא איבה דמזונות ממילא ה"ה בבתו נערה אפי' אינה סמוכה דליכא בה משום איבה דמזונות מ"מ הא איכא איבה דקידושין מטעם שיכול למוסר' למוכה שחין כמבואר בפוסקים וספיק' דידהו הוא אפי' לדעת הנ"י דל"ת משום איבה ויכולין לזכות העירוב ע"י בנו ובתו הגדולים מ"מ י"ל דבבתו נערה מדאורייתא מתנתה לאביה משום דדמי לקידושין ע"ש בדבריהם ולהיפך יש להוכיח דאינו זוכה במתנתה מדיעה הראשונה שהיא דעת הרמב"ן דס"ל דיכול לזכות ע"י בנו ובתו הגדולים אפי' סמוכין מטעם דל"ת מציאתו רק משום איבה וכשהוא מזכה ע"י מאי איבה איכא ע"ש ואי נימ' דבתו נערה מדאו' מתנתה לאביה א"כ א"י לזכות ע"י בתו נערה ובש"ע כללא כייל דע"י בתו הגדולה יכול לזכות משמע אפי' ע"י נערה ודברי הב"ש שם אין לו פי' מ"ש כיון דבפרוטה מתקדשת המותר כמתנ' דמי' לא הבנתי דשם במתנה לאביה דמיא דהא ביד אביה שלא לקדש' לו ואפי' כמכר דמיא שמוכרה לו בתו משא"כ מתנה שנותן להבת דידה הוי:

סימן רעג

א והקטנים כל הקודם והחזיק בהן זכה דין זה נלמד מהא דקידושין דף כ"ג בגר שמת וק"ל דבשלמא בגר שמת שנעשה הפקר ממילא והקטן אין לו יד לזכות מההפקר דממילא ולכך כל הקודם והחזיק בהן זכה אבל המפקיר עבדו נראה דלפי שיטת רש"י שפסק הש"ך כוותי' בסי' רס"ח דההפקר הוי כדעת אחרת מקנה ע"ש ובדעת אחרת מקנה יש יד לקטן לזכות כמבואר לעיל סי' רמ"ג ס"ק ט"ו בהגה א"כ מה"ת לא יהיה הקטן יכול לזכות נפשיה מהפקר הן אמת דבגיטין דף ל"ט בהא דאמר התם אף עבד איסורא ולא ממונא ועפירש"י שם מוכח דאף הפקר מדעת אינו מועיל בעבד קטן אך שם גופיה ק' כיון דההפקר הוי כדעת אחרת מקנה אמאי אינו מועיל בקטן וצ"ל דאף רש"י מודה דלענין שאר דברים לא חשיב הפקר דעת אחרת מקנה רק לענין חצר שאינ' משתמרת במשומר לדעת המפקיר סגי וכן מבואר במרדכי שם בפ"ק דמציעא לענין מתנות כהונה ע"ש:

ב כל שלשה ימים עסמ"ע ס"ק י"ג וי"ל דכל שלא יכול לחזור בו בדיבורו וכל הרמאין ייראו לנפשם שאחרים יקדמו וכו' ע"ש ולכאורה תמוה מאוד דבשלמ' לרבי יוסי דס"ל דבעינן בהפקר דאתי ליד זוכה שפיר הועילו בתקנתן דבלא תקנתן היו הרמאין יכולין לחזור בדיבורו ולא היו יראין משא"כ אחר התקנה דבעי' זכיה גמורה יראין לנפשן אבל לרבנן דקי"ל כותייהו דאף קודם התקנה בעינן זכיה גמורה א"כ אם נאמר דמחמת שצריך זכיה גמורה יראין לנפשם ולא מפקרי א"כ למה היו צריכין לתקוני כלל מפני הרמאין הא ודאי דלא מפקרי מפני היראה ואי חשו חז"ל דמ"מ יפקירו ולא ייראו כדי לפטור נפשם מהמעשר א"כ גם אחר התקנה יפקירו דכיון שזכי' מהני אחר התקנה כמו קודם התקנה מה הפרש יש בין קודם התקנה לאחר התקנה לכ"נ דלא מהני זכיה כשזכ' בכל השדה בתוך ג' דדמי לחזרה דניכר ברמאות שמפקיר וחוזר וזוכה ולא מהני לפטור המעשר רק כשהשדה עדיין מופקר הוא ואינו חוזר מגוף השדה שהפקיר רק שלוקט פירות מהשדה בתורת זוכה מהפקר כיון שהשדה עדיין מופקר הוא ואז שפיר יש לו דין אחר הלוקט משדה זו המופקרת כיון דהוא ג"כ דמי עכשיו לאחר לשדה זו ולזה שפיר כתב הרא"ש בנדרים בלשונו שירא שהוא ילקוט מצד זו והאחר ילקוט מצר אחר כיון שא"א ללקוט ולאכול בלא מעשר בתוך שלשה רק כשהשדה עדיין מופקרת ואז גם האחר יכול ללקוט ושפיר ירא מלהפקיר:

ג הלוקח דגים בקצה"ת כתב דבפורס מצודה כיון שהדגים מגביהין עצמן ליקח הדג מת המונח במצודה הוי גזל גמור דהגבהה מכחו הוי קנין גמור אפי' ברה"ר ואפי' ברשות מוכר ע"ש ולפעד"נ דל"ש בזה גזל גמור דדוקא בפיל שמגביה עצמו לאכול החבילי

זמורות בשע' שמחזיק החבילי זמורות דאז הוי כמוגב' מכחו משא"כ כשתלה חבילי זמורות על כלונס והלך משם ואח"כ בא פיל של הפקר והגביה עצמו ואכל או שהניח דבר מאכל ובא בהמה מההפקר ואכל שיהיה זה נקרא משיכה והאי דלא קנהו דבעינן דוקא שיהיה קורא לה והיא באה שעשה מעשה בשעת משיכה והגבהה אבל זה לא נקרא רק גורם לבד כיון שלא עשה מעשה בשעת קנין גם מ"ש בס"ק ה' דכלים אינן מבטלין הרשות כשאין לו רשות להניח שם וקנה בעל החצר לא ידעתי מנא ליה הא דהא מ"מ אין הדבר מונח אלא באויר שאין סופו לנוח על גבי קרקע כיון שהכלי מפסיק ולא קנה ולפענ"ד מוכח בהדיא בב"מ דף ק"ב דאם העמיד כלי ברשות חבירו לקבל דבר הפקר דאין אויר חצירו קונה משום דמפסיק כלי ע"ש ומ"מ על הרמב"ם וה"ה אין לתמוה משום דהם מפרשים שם דמיירי שהיה החצר שכורה לו ויש לו רשות להניח כליו שם ושפיר הוי מפסיק כלי ולפ"ז נראה דדין זה דפורס מצודה שיש לו תוך וניצוד הוא כולו בתוך הכלי הוא מחלוקת הפוסקים דלרש"י ותוס' שם בעל הכלי קונה ולהרמב"ם בעל החצר קונה ואפשר שגם רש"י ותוס' שם מודים כאן דשם אין בעל החצר כאן משא"כ כאן דמיירי שבעל דשדה כאן ועומד בצדו ויכול לסלק הכלי לא חשיב הפסק כלי ועמ"ש בחידושי לגיטין דף ע"ט:

סימן רעה

א מכוש אחד בקצה"ח כתב דהפקר נקנה ג"כ באג"ק ולא בעינן דעת אחרת מקנה באג"ק ולפענ"ד דליתא כיון דאג"ק נלמד מקרא דויתן להם וגו' ערי מצורות ושם היה דעת אחרת מקנה והראיה שהביא בעצמו מהא דר"ג וזקנים שלא הקנו באג"ק מחמת דט"ה אינ' ממון ואי מועיל בהפקר אג"ק מה בכך שאינו ממון ולא יהא אלא הפקר הא בהפקר מועיל ג"כ אג"ק א"ו דלא מהני והוא ראיה ברורה ומ"ש בישוב זה נראה לכל מעיין שדבריו דחוקים ואין מן הצורך להשיב ועוד דאפי' אי ט"ה אינ' ממון מ"מ קשה דהיה להם להפקיר הט"ה דמועיל הפקר בטובת הנאה כמ"ש בספרי מקור חיים ה' פסח סי' תל"א ע"ש ומ"ש ראיה מהרשב"א בחי' לב"ק דף נ"ב שכתב גבי המחזיק בשטרות דהמחזיק בקרקע הגר קנה השטר דשטר אפסרא דארעא הוא ומזה הוציא בקצה"ח דבהפקר מהני אג"ק וז"א דשטר אפסרא דארעא הוא עדיף דהוי כאילו הוא מחובר בקרקע ונקנה עם הקרקע עוד כ' בקצה"ח דאם עשה שליח להחזיק והשליח לא נתכוין לקנות דמ"מ כיון שהמשלח נתכוין קנה ולכאורה מבואר בהג"ה סעיף ק"א שכתב וז"ל ולא כוון לזכות או שבנה ע"י פועלים וע' סמ"ע ס"ק ק"ו דהיינו שלא נתכוונו הפועלים לזכות וכו' ומזה

מוכח להפך ועמש"ל בסי' קפ"ח והגיע לידי ס' מחנה אפרים וראיתי שחקר כמה חקירות בה' זכיה והפקר במי שאסר נכסיו בהנאה על עצמו אם הן הפקר ויכולין אחרים ליטול בע"כ ובנדרים דף פ"ה הביא הר"ן בשם הרשב"א גבי הא דכהנים ולוים נהנין לי יטלו בע"כ ולמד הרשב"א מזה דמי שאסר נכסיו על עצמו דיכולין אחרים ליטול בע"כ עיין שם ותמה בס' הנ"ל דבשלמא תרומה דאין בו אלא ט"ה וכיון דאסרינן עליו תו לא נשאר לו שום זכות והילכך נוטלים בע"כ מה שאין כן במי שאסר נכסיו נהי דאסור ליהנות מהן מ"מ יכול ליתן לבניו וללוות ובע"ח באין ונפרעין מהן וכמבואר בנדרים דף מ"ז וכתב הר"ן שם דהא דקתני אם מת לא יירשנו לאו למימרא דכיון דהנכסים אלו אסורין לו בהנאה לא יזכה בהן דהא קתני ויתן לבניו ובע"ה באין ונפרעין מהן א"ו נכסים דידיה נינהו אלא שאינו רשאי ליהנות מהן וא"כ ה"ה הכא כיון דיכול ליתן לבניו נמצא דקנין דידיה לא פקע ואין אחרים יכולין ליטול בע"כ ולפעד"נ דברי הרשב"א ברור מללו דהא למאן דס"ל ט"ה ממון גמור יש לו בגוף החפץ ויכול למכרו שיהיה הט"ה במה שיכול לקנות וליקח מישראל וליתן לבן בתו כהן שיהיה שייך להלוקח ולפעמים הט"ה שוה קרוב לכל דמי החפץ ואי קידש בו אשה מקודשת כמבואר בקידושין דף נ"ח ולפז"נ דה"ה אם לוה מאחרים מעות ואין לו לשלם ויש לו תרומות שהבע"ח באין ונפרעין מדמי ט"ה שבהן דהא ממון גמור הן ולפז"נ דה"ה מי שאסר נכסיו על בנו ונשאר ממנו תרומות ומעשרות דג"כ יכול ליתנו לבניו ולאחיו ולוה ובע"ח באין ונפרעין מדמי ט"ה שבהן דכיון דס"ל טובת הנאה ממון גמור הוא כשאר ממון ואין שום חילוק ביניהו ולפ"ז קשה בהא דכהנים ולוים נהנין לי אמאי יטלו בע"כ הא לא פקע קנין דידיה מהממון דהא יכול ליתנו לבניו או לפרוע לבע"ח א"ו כיון שאסור בהנאה בנכסים אלו ומה שנותן לבניו כתב הר"ן בנדרים דף מ"ז היינו שמראה להן מקום והן יטלו לעצמם ובגוונ' דהפקר ע"ש מדלא אסור למחות בשום אדם הבא ליטול דאי לא תימא הכי אין לך הנאה גדולה מזו דיעכב כל אדם מליטול עד שיבא מאן דעביד ליה נייח נפשיה ויראה לו מקום ליטלו וה"ז כנותן מדעתו ומתנה כמכר מה"ט א"ו דאסור לו למחות לשום אדם הבא ליטלו כי אסור לו ליהנות בו הנאה של כלום בענין שאמרו בשור הנסקל יצא פ' נקי מנכסיו וא"ל בהם הנאה של כלום וכיון שאסר נכסיו וכל אדם יכול ליטלו באין מוחה ואסור לשומרו ולעכב בשום אדם הבא ליטלו ממילא הוי כהניח חפיצו ברה"ר ובמקום שאינו משתמר דאבידה מדעת הוא והוי הפקר כמבואר בסי' רמ"א סעיף ד' וכן כתב הר"ן שם בנדרים דף מ"ז והיינו טעמא דהפקר זה של איסור הנאה חלוק משאר הפקר דהא לא הפקירו בפה ובהפקר צריך שיאמר בפה ה"ז הפקר רק דכיון שכל אדם יכול ליטלו באין מוחה

אייאושי מייאש נפשיה מיניה וביאוש חשיב ולא כהפקר וביאוש כ' התוספות בב"ק ד' ס"ו דיאוש אינו כהפקר גמור ועמש"ל בסי' רס"ב דהיינו דבהפקר קי"ל דאף דלא אתי ליד זוכה יצא מרשותו משא"כ ביאוש בעינן דוקא דאתי ליד זוכה וכל כמה דלא אתי ליד זוכה ברשות בעלים קאי ומש"ה כשהבע"ח תפסו בשביל פרעון חוב ולא לזכות מהפקר נפרע זה מחובו ואפשר שזהו כוונת הסמ"ע בסי' רמ"ה ס"ק י"ח שכתב דאם בא בע"ח וזכה בו נפטר מחובו ולא מצי לומר פרעון ומחילה בטעות הוא דנכסי אלו לאו דידך הן רק דהפקירא נינהו והוא מטעם שכתבתי דקודם דאתו ליד זוכה נכסים דידיה נינהו וכיון שנטלן לפרעון חובו נעשה הפרעון מנכסי בעלים ולפ"ז א"ש ג"כ מ"ש הר"ן בנדרים פ"ה דאי זכה בו אחר אפי' איתשיל עלייהו לא מהני להפקיע זכותן של אלו שאינו מוצא שאלה בהפקר ע"ש ולכאורה תמוה דכיון דהחכם עושה לנדרו נדר טעות הפקר בטעות הוא ומאי שנא מקנין בטעות דחוזר ולפמ"ש א"ש כיון דבעוד דלא שאל עלייהו אסור לו למחות בשום אדם הבא ליטלו אפי' לעכו"ם או לאדם שאינו מכירו שיוליכהו למדה"י ויאבד זכרו לכך מייאש נפשיה מהן בעודו בנדרו כיון שלא ידע שישאל על נדרו ומש"ה אם קדם אחר וזכה קודם ששאל הוי כזוכ' ביאוש קודם שנסתלק היאוש דאף שנסתלק היאוש אח"כ מהמתייאש היא של הזוכה ובאמת אי שאיל עלייהו קודם שבא ליד זוכה אין הנודר צריך לזכות בו דהוי כנסתלק היאוש קודם דאתי ליד זוכה ודמי לניצול מפי ארי וכמו שהארכתי לעיל בסימן רס"ב ע"ש גם מ"ש בס' הנ"ל דמי שאסר נכסיו יכול ליתן מהן צדקה דמצות לאו ליהנות ניתנו וכדאמרי' בעירובין דף ל' ככרי עלי מערבין לו בה ולפענ"ד נשתקע הדבר דהא מבואר בנדרים דהנודר ממעין דטובל בי' טבילו' מצוה בימות הגשמי' ולא בימות החמה דאף דמצות לאו ליהנות ניתנו מ"מ במצוה שיש בה הנאת הגוף ג"כ אסור וא"כ מתנה לעני נהי דאית ביה ג"כ מצות צדקה מ"מ אית ביה ג"כ הנאת מתנה דהעני יחזיק לו טובה וכמו שאסור נתינה לנכרי מה"ט ועוד דהא פוטר עצמו מפרוט' דידיה ועדיף מפרוטה דר"י דפרוטה דר"י לא שכיח והיינו שיזדמן לו עני בשעת נעור משא"כ הכא נהנה בשעה שהעני עומד ונותן לו והא דקתני מערבין לו בה נראה ג"כ דדוקא כשמערב לדבר מצוה שאין לו בה הנאה ואינו מחויב בדבר אבל הולך לדבר מצוה שיש בו הנאה כגון לנישואין או שהוא מחוייב בדבר כגון להציל ואלו לא היה לו ככר זה היה מוכרח לקנות בפרוטה שאר דברים לצורך עירוב ומערב מזה הרי נהנה בזה שמשתכר פרוטה אסור וכענין שאמרו בנדרים פרק אין בין דחשיב מהאי טעמא אפילו הנאה המביאה לידי מאכל ע"ש גם מה שתמה עצמו בספר הנ"ל על הרשב"א שכתב בסי' תר"ב במי שאסר נכסיו על האשה וחזר וקידשה בהן דאינה

מקודשת דכיון דאיסור הנאה הוא א"י לזכות בה ותמה בס' הנ"ל דהא יכולה לזכות לענין שתתן לבניה או לבע"ח שלה ע"ש לק"מ דודאי אסור לה לזכות בשביל זה דאין לך הנאה גדולה מזו גם מה שהקשה מהאי דנודר הנאה מחתנו דאסור ליתן מתנה לבתו משום דמה שקנתה אשה קנה בעלה הא לא מצי לזכות באיסורי הנאה ע"ש ל"ק כלל דהא כשאומר נכסי עליך מכרו לאחר מותר כמבואר בנדרים וכיון שנותן לבתו והוי כמכרו לאחר ובעלה מינה דידה קא זכי גם מה שהקשה מהא דאמר בנדרים פרק אין בין המודר ככרי עליך ונתנה לו במתנה לימעול מקבל איסורא לא ניחא ליה דלקני משמע דאי הוי ניחא ליה מעל ואי לא קנה אמאי מעל וכדאמרינן בב"מ פרק השואל גבי השואל קורדם של הקדש דפריך אי לא קנאו אמאי מעל אלא מוכח דאף דאסור ליהנות מ"מ זכה להורישו או ליתנו לבניו עכ"ל תמוהין דבריו דמה יענה בדברים שיש בהן קדושת הגוף שאין בו זכי' של כלום ואפ"ה מעל כשנתנו לחבירו וע"כ צ"ל הטעם כיון דרוצה לזכות בו וכמ"ש הרשב"א בטעם בהא דאמרינן כי מגב' ליה נעשה ע"א של ישראל כיון דרוצה לזכות זוכה בה והכי נמי דכוותיה:

ב המחזיק בשטר עש"ך ס"ק ג' ואישתמיטתיה שקושיתו קושית התוס' בב"ב דף נ"ד בד"ה אדעתא דציבי ע"ש:

סימן רעו

א תחזור הירושה ע' סמ"ע ס"ק ב' עד אע"ג שהוא ג"כ דרך קלל' כו' והוא תמוה מאוד אדרבה הא אין זה דרך קללה ואפשר שזהו כוונת הש"ך במ"ש שדבריו מגומגמין:

ב אבל עובר בקצה"ח הביא דברי הרמב"ם שפסק דבן יום א' אפילו לא כלו חדשיו נוחל ומנחיל ומביא בקצה"ח ראיה מדברי התוס' בב"ב קמ"ב ד"ה בן יום א' שמוכח שם מדבריהם דנפל בר ירושה הוא וכו' ע"ש ול"ד זל"ז כלל דשם לא כתבו התוס' רק בעובר שסופו הוא נפל הוא בר ירושה וזה כתבו התוס' שפיר דכיון דעובר בר זכיה הוא לרב ששת ובשעת ירושה היה העובר ראוי להיות בר קיימא א"כ מה בכך שמת העובר אח"כ ע"י סיב' כמ"ש הנ"י בר"פ החולץ ע"ש או ע"י מלאך המות הרי הוא כאדם גדול שמת אחר ירושתו משא"כ כשכבר נולד בשעת ירוש' כשלא כלו לו חדשיו דבודאי ימות כמת כבר הוא חשוב ע"ד שאמרו לענין מילה בשבת מחתך בבשר הוא בזה מודים התוס' דלאו בר ירושה הוא גם מה שהקשה על הרמב"ם מהא דכתובות ל"ט ביש בגר בקבר דמקשה הש"ס בשיתא ירחי מי קא ילדה דהא להרמב"ם מצי למימר דנולד לחמשה חדשים וחי אח"כ כמה ימים וכו' ע"ש לק"מ ואישתמיטתיה דברי המ"מ פ"א מה' יבום שכתב

דהטעם דנוחל ומנחיל דלענין ירושה אוקמיה אדאורייתא דאף שהוא בן ח' אמרינן דבן ז' הוא ואשתהוי אשתהי וע"ש שכתב דבעינן גמרו שעריו וצפרניו ולפ"ז בבן שש כ"ע מודי דאינו נוחל ומנחיל דכמת גמור הוא חשוב לכל מילי ועוד דמאן לימא לן שאפשר שיהיה כלל אפילו שעה אחת כשנולד לו' חדשים ועוד כיון דבנה מת והאב יורשו והאב הוא הבועל והוא לעצמו ופקע אביה הוא בכלל מה דמסיק הש"ס בפי' האיבעיא יש בגר בקבר ופקע אב ואין לומר דמשכחת לה ג"כ דבנה הוי להוריש לאחר כגון שאחר ג' חדשים לבועל הראשון נבעלה ג"כ לבועל אחר והיה לה בן מהבועל האחר דז"א חדא דלג' חדשים ודאי לא משכחת לה שיהיה ועוד אפילו איכא עדים שנבעלה לה בזנות מ"מ הולד שתוקי דכי היכי דאפקרה נפשה לגבי האי אפקר' נפשה לגבי אחרים ונכסיו הפקר כמבואר בסימן רמ"ח סעיף ד' בהג"ה גם מה שכ' דלהרמב"ן שכ' דהפילה אשתו היינו שיצא הפדחת ואח"כ מת ע"ש מה שתמה עליו וטעות נזדקר לפניו בהרמב"ן כי בהרמב"ן פ' אלמנה לא נזכר דבר מזה רק ברמב"ן בב"ב קמ"ב כ' זה ושם כתב דמיירי שהיה בן ט' ומיירי שלא יצא הפדחת ע"ש וכוונתו דכיון שהוא כבר בן ט' ומת הוי כבן קיימא שנולד ואח"כ מת כיון דעובר אית ליה זכיה והוא בן ט' לא הוי נפל רק דמי לאדם שמת אך קשה דא"כ עובר בן ט' יפסול עבדים מתרומה לכך נראה דכוונת הרמב"ן הוא רק כשמת בשעת לידה אחר שנעקר לצאת שוב לא חשיב כעובר דעתיד להפיל אבל כשמת קודם שנעקר לצאת ע"כ מחמת הפלה הוא וכעובר שעתיד להפיל דמי ולא הוי יורש למפרע:

ג מתה כשהיה מעוברת עסמ"ע ס"ק ז' שכתב לחלק בין מתה לנהרג' וכן בין אם מתה אחר שנעקר הולד לצאת ע"ש ולפ"ז יש תימה על המחבר והרב בהג"ה שהשמיט דינים האלו ולכן נלפנ"ד דאף שאמת הוא שיש חילוק בין מתה לנהרגה כמבואר בש"ס היינו דאם מתה היא ודאי שהולד מת תחלה מטעם האמור בש"ס דאיידי דזוטר חיותיה עייליה ביה טיפתא דמלאך המות וכו' אבל בנהרגה א"א לומר כלל דודאי הוא שהיא מתה תחילה דודאי יכול להיות שמכח הכאת הריגה דהולד דזוטר חיותיה ימות תחילה דמה"ת יהיה זה ודאי שהאשה תמות תחילה ואפילו ראינו אותו מפרכת מ"מ הא אפילו במתה אמרו בש"ס שמפרכת כזנב הלטאה והש"ס לא קאמר רק דבנהרגה או אחר שנעקר הולד לצאת לפעמים יכולה האשה שתמות תחילה והולד ישאר חי. אבל ודאי דמזדמן לפעמים שהולד מת תחילה ומש"ה כשנהרגה האשה ונמצא הולד מת דמי להא דסי' ר"פ סעיף י' בנפל הבית עליו ועל אמו דהנכסים בחזקת יורשי האם והא דאמרו בש"ס היא מייתא תחילה היינו לומר דאפילו להך תנא דס"ל בב"ב דף קל"ח בנפל הבית

עליו ועל אמו דיחלוקו מ"מ הכא הכל הוא להאם דודאי הוא שהולד מת תחילה אבל לדידן דקיי"ל בנפל הבית עליו ועל אמו שהנכסים בחזקת יורשי האם ממילא אין חילוק בין מתה לנהרג' והתוספות שהקשו בנדה מ"ד בד"ה איהו מיית ברישא שמצינו עובר נוחל ומנחיל דא"כ משכחת לה עובר נוחל ומנחיל וכן הקשו בב"ב ע"ש להמסקנא פריך דמפרש נוחל ומנחיל למעט חלק בכורה ולענין בכורה ודאי דאפילו הוא ספק אינו נוטל בכורתו כמבואר בסי' רע"ז סעיף י"א ובכמה דוכתי:

ד דברים שאין בהן ממש או ט"ח עש"ך ס"ק ד' דדוקא כשבאין להוציא מיד אחרים אבל אם הוא ת"י יורשין אותו ע"ש והוא דלא כמ"ש השל"ה הביאו בקצה"ח שכתב דהצדקה ממעות מעשר שהניח אין היורשין יורשין הט"ה ומחוייבין ליתן לעני הנמצא ראשון ולפעד"נ להביא ראיה לדברי הש"ך מהא דסי' רי"ד סעיף ח' בהג"ה שלא קנה שמעון האויר של ביתו וע"ש בסמ"ע ס"ק כ"ו שכתב בשם הרשב"א דאף דפירות א"א אפילו לשייר לעצמו כ"א במשייר דקל לפירות מ"מ האויר שעל ביתו ממילא משויר דלא נכנס בכלל המכירה ולכך א"י למכרו ע"ש וכי יעלה על הדעת דכשמת שלא יהיו היורשים יורשים את האויר ויהיה האויר הפקר בנכסי הגר א"ו דהיורש כרע' דאבוהי ומה שהוא שלו היורש יורשו ואף דבב"ב דקמ"ח אמרו דאם אמר יאכל פ' פירות דקל דלא אמר כלום ובהלוואתו לפ' מהני משום דהיורש יורשו וכתבו התוספות דאף דהיורש יורש ג"כ פירות דקל היינו משום שיורש ג"כ הדקל משמע דפירות בלחוד אין יכול להוריש ע"ש שאני פירות דקל דכשם שא"י לשייר אותן לעצמו בלא הדקל מהטעם שכתב הסמ"ע בשם הרשב"א הנ"ל א"י להורישו ג"כ וכן דירת הבית א"י לשייר לעצמו בלא הדיר' א"י להורישו אבל אויר וט"ה שיכול לשייר לעצמו יכול ג"כ להורישו כנ"ל ברור:

סימן רעז

היה לו בנים כשהיה עכו"ם ואפילו היו לו בנים מישראלית דהולד הולך אחריה ואינו בנו לכל דבר ואינו יורשו ולכך כשנולד לו בן אחר שנתגייר הוי בכור לנחלה:

סימן רעח

א הבכור נוטל בה ובולדה עסמ"ע ס"ק ו' דהיינו בשבחה וכו' משמע מדבריו דבשכירות אינו נוטל פי שנים ובלח"מ כתב שאף בשכירות נוטל משום דק"ל דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ובקצה"ח תמה עליו דהא מ"מ מלוה הוא ולא עדיף ממלוה שהגיע זמנה בחיי אביו וע"ש ולא שמיע לן לא סברת הלח"מ ולא סברת הקצה"ח דכאן משכירות

הצומח אחר מיתת אביו מירי דומיא דשבח ששבחו הנכסים אחר מיתת האב ואין הפרש אם ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף או רק לבסוף אך מ"מ נלפענ"ד עיקר שאינו נוטל השכירות דאין לך אישתני גדול מזה דמה לי שהאילן הוציא פירות שאין הבכור נוטל אפילו הפגים שנעשו תמרים או שהבהמה עשתה פירות ע"י מלאכתה וכן בהמה שנתעברה אחר מיתת האב וילדה אינו נוטל פי שנים כמ"ש בקצה"ח ועיקר הטעם במה שנוטל שבח דמאליו ושבח דאישתני אינו נוטל פי שנים דלכאורה קשה בממ"נ אי זוכה הבכור בגוף הדבר בשעת מיתה אף שבחא דאישתני שלו דדידיה אשבח ואי אינו זוכה עד שעת מיתה דרוצה לזכות אף שבח' דממילא דידי' הוא וע"כ כתב הר"ן הביאו הב"י בטור ז"ל שחלק בכורה מתנה קריה רחמנא והנותן מתנה ומזכה ע"י אחר אין המקבל זוכה עד שישמע ויתרצה שאילו כששמע צווח לא זכה וכו' והובא ג"כ דברי ר"ן אלו בשיטה מקובצת וסיים שם הר"ן ומכאן אני אומר כשזיכה לו מתנה ע"י אחר והשביחה בחפירי והוי שיבלי הרי השבח של נותן ולכאורה תמוה דהא בזיכה ע"י אחר זוכה למפרע דהא בשיחרור הוא משוחרר למפרע וממילא דידיה אשבח ולכן נראה הטעם משום דהרי"ף ס"ל גבי שיחרור באמר תן שיחרור זה דגיטא לא הוי עד דמטא לידי' וע"ש ברמב"ם ובלח"מ דתן הוי בתנאי נתינה ועמ"ש בספרי תורת גיטין דהוי שיור וסובר הר"ן כיון דרחמנא כתב לתת לו דמי למזכה לו בתנאי נתינה והוי כשיור במתנתו וכאומר מהיום ולאחר שיגיע לידך והנה במהיום ולאחר מיתה מבואר בסי' רי"ז כשיתן לאחר מהיום ולאחר מיתה דכל שבח הפירות שבשעת מיתה הוא של הנותן ושבח הגוף הוא של המקבל ולכך הכי נמי כיון שרחמנא הקפידה על הנתינה אינו זוכה רק בשבח הגוף למפרע וכל שבח דאישתני כפירות דמי שאותן שהיה קודם קיום התנאי הן של הנותן ולפ"ז ודאי דשכירות הפרה וכן פרה שנתעברה וילדה אחר מותו כפירות דמי שהוא של הנותן דהיינו היורשים וכן משמע הלשון דנקט בה ובולדה דמשמע בשבח' כמ"ש הסמ"ע ולא נקט בשכירתה אלא ודאי כדכתיבנא ולפ"ז היש חולקין שם שהביא הרב בהג"ה הוא רק על הולד אבל במה שכתב המחבר דהיינו שנתפטמה גוף הפרה נראה דלא פליגי כיון שרוע' באפר ונתפטמה דומה לדיקלא ואלים דכ"ע מודים דנוטל פי שנים אמנם בטור מבואר דאפילו בשבח' שנשבח גוף הפרה אינו נוטל וע"כ צריך לחלק בין אילן שגדל שכן דרכו ובודאי יתעבה משא"כ רועה באפר שלא היה ודאי בשעת מיתה שתתפטם הפרה חשיב ראוי ועוד דשם יש ג"כ קצת טורח להיתומים להוליכ' לאפר ולהכניס לבית או למוסרה לרועה לשומרה לכך חשיב ראוי להטור:

ב ואם עשו בהן שינוי עסמ"ע ס"ק ט"ו מטעם שקנאן בשינוי ומשלמין כשעת הגזילה והא דנקט דין זה בבכור דהא אפילו בפשוט לפשוט דינא הכי כיון דנתכוין לגזול קנה בשנוי נרא' דרבותא קמ"ל דאפי' נגד בכור שלא נתכוונו היורשין לגזול הגוף רק שלא השגיחו על מחאת הבכור ונתכוונו שיהיה דין בהשבח כמו קודם המחאה ומבואר הוא דקודם המחאה דהבכור נוטל השבח רק שצריך לשלם דמיה ולדעת כך ירדו להשביח ונתכוונו רק שיתן להם הבכור דמי שבח היין אבל גוף היין נוטל הבכור כמו קודם מחאה דאלת"ה היה לו לאשמועי' דאפי' גוף היין א"צ היורשים לשלם רק דמי היין וקמ"ל דאף שלא קנו גוף הדבר כיון שלא נתכוונו לקנות ואין היורשין יכולין לומר דידן אשבח מ"מ קנה השבח משום תקנת השבים וכמו בתוקף פרתו של חבירו ועשה בה מלאכה דמיירי ג"כ שלא רצה לקנות גוף הפר' כמ"ש השיטה מקובצת ע"ש ואפ"ה א"צ להחזיר השכר משום תקנת השבים כמבואר בסי' שס"ג ע"ש בסמ"ע ס"ק י"ג ולפ"ז לא קשה מה שהקשה בקצה"ח אהא שהקשה התוס' בב"ב דף קכ"ו בד"ה מעיקרא עינבי על פ"ה שפי' משום דשינוי קונה הא איכא למ"ד שינוי במקומו עומד וע"ז הקשה בקצה"ח הא שמואל ורב יוסף ס"ל בהדיא דשינוי קונה ע"ש ואלו השגיח על המראה מקום שהביאו לא היה קשה ליה כלל דהפלוגתא אי שינוי קונה בגזלן גמור הוא בב"ק דף צ"ד ובגזלן גמור ודאי דשמואל ורב יוסף ס"ל דשינוי קונה וגם לא שייך להקשות כלל ממ"ד שינוי אינו קונה כמ"ש התוס' בב"ק דף ס"ו בד"ה מי איכא למ"ד ע"ש ומזה לא היה קשה להתוס' כלל וקושית התוס' מב"ק דף צ"ה ושם פליגי בגזל רחל וגזזה דלא קנה גוף הרחל בהגזיזה וגם כן אינו יכול לומר דידי אשבח ומ"מ סבירא ליה לר"י שם דאינו מחזיר הגיזה משום דאיכא שינוי בהשבח ואית ביה משום תקנות השבים ועיין בסמ"ע סי' שס"ג שדימ' לזה תוקף ספינתו של חבירו ואיכא מ"ד שם דמחויב להחזיר הגיזה אף דאיכא שינוי בהשבח דס"ל שינוי במקומו עומד ובודאי במקום ששינה גוף הגזילה ודאי דאף הנך דפליגי בדף צ"ה מודו דשינוי קונה כדמוכח התם ודאי דמחייב הוא מטעם קנס ומאן דפוטר הוא משום תקנת השבים וכן שבח שע"ג גזילה איכא דס"ל התם דאף ר"י מודה ומזה מקשה התוס' שפיר דכאן דלא קנו היורשים גוף הגזילה ודאי דלמאן דסבירא ליה התם בגיזה דחייב לשלם השבח מכל שכן הכא כיון דלא נתכוונו לקנות גוף הגזילה ודאי דחייב לשלם השבח כיון דלית ליה תקנת השבים כנ"ל ברור:

ג ולא בהפסד עסמ"ע ס"ק ט"ז דאף אם לא עשו שינוי כגון שהיו ענבים מחוברים וחתכם ונתקלקלו אין הבכור נוטל חלק בהפסד ע"ש ותמוה לי דהא מבואר בסי' שס"ג דאפילו בגזלן גמור א"צ לשלם בפירות שהרקיבו מקצתן ודוחק לומר דמיירי בהרקיבו לגמרי עד

שנעשה שינוי ואפילו בהרקיבו לגמרי קשה לי כיון שהגיע זמנם לבצור והן לא נתכוונו לבצור ע"מ לגזול הפירות עצמן רק שרצו לזכות בדמי שבחן דדינא הוא שהבכור נוטל השבח ונותן הדמים וכיון שיש להן רשות לבצור היו רשאין לבצור כדין שותפות ומה"ת יהיה להן דין גזלנין ליקנות בשינוי לכן נלפענ"ד דמיירי שנתקלקלו הענבים ע"י הבצירה כגון שבצרום קודם שהגיע זמן לבצור ואם נתקלקל היין אחר שדרכום נראה דעיקר כהר"ן שהביא הב"י דמשלם לו שיווי הענבים אחר הבצירה דכבר קונה הבכור שבה הבצירה ומ"ש בפרישה דבהתחלת בצירה התחילה הגזילה תמוה דזה דמי לתברה או שתייה המבואר בב"ק דף צ"ח:

ד במלוה ואם הוא שטר עיסקא מבואר בתשובת דברי ריבות סי' ע"ח דאפ"ה הוי ראוי אף שאסור להמקבל להוציאן רק לצורך העיסקא ומיסתבר טעמי' דהא מחוסר גוביינא הוא וגם לאו הני מעות שבק אבוהון וכדאמרינן פרק יש נוחלין:

ה במשכון של עכו"ם עש"ך ס"ק ח' מה שתמה בזה וסיים ומיהו אם קבל הישראל אחריות שכתב הרא"ש שהישראל עובר עליו מיקרי מוחזק וכו' ע"ש ולכאורה הוא תמוה מאוד דמה ענין חמץ לכאן דשם אפילו בפקדון שקיבל אחריות עובר מטעם גורם לממון דריבה רחמנא דכממון דמי אף דבכל התורה לאו כממון דמי ומה זו ראיה שמיקרי מוחזק עבור זה ונראה בכוונתו דראייתו הוא דהנה בפיקדון שקיבל עליו אחריות אף שעובר עליו בבל יראה מ"מ לא נאסר בהנאה אחר פסח כמבואר בירושלמי הובא בחק יעקב סי' ת"מ ע"ש מטעם דחמץ של נכרי הוא וישראל הוא דעבר עליו ובמשכון שקיבל עליו אחריות אסור בהנאה כמבואר בש"ס בסוגיא דנכרי שהלוה וע"כ צ"ל דקבלת אחריות במשכון הוא מטעם שהקנה לו המשכון לשיעבודו ולכך כשנאבד המשכון נאבד השיעבוד ולכך נקרא חמצו של ישראל וקנסינן לחמצו של ישראל וכיון דמוכח דקנה לשיעבודו עד שנקרא חמצו של ישראל ומזה למד הש"ך דנקרא ג"כ מוחזק אמנם לפעד"נ דהעיקר כהרמ"א דבמשכון ע"כ לא נקרא מוחזק והא שמביא הש"ך ראיה ממשכון באתרא דמסלקי דכשגובה מגופה דארעא הוי מוחזק וכשגובה מעות לא הוי מוחזק כמבואר בטור ולכאורה כיון דהוי מוחזק כשגובה מגופה דארעא א"כ כשפודה אח"כ במעות ליהוי כחזר וקנה כמ"ש לענין אתרא דלא מסלקי לזה נראה דהעיקר כמש"ל בסי' ע"ב דאף במקום דלא קני משכון מ"מ יש בו קנין לענין זה דלמפרע הוא גובה וכמ"ש רש"י בפסחים דף ל' במשנה דנכרי שהלוה כיון דמחוסר גוביינא לא הוי למפרע הוא גובה עיין שם ולכך כשגובה מקרקע זו נעשה שלו למפרע וממילא הוי מוחזק מה שאין כן כשגובה מעות או ממקום אחר ולפ"ז במשכון של עכו"ם למאן דס"ל דישראל מעכו"ם

לא קנה משכון ע"כ גם לענין למפרע הוא גובה אינו קונה דאלת"ה היה לו להיות עובר עליו בפסח כמו שעובר עליו מהאי טעמא לאביי ע"ש וכיון דלאו למפרע הוא גובה אין חילוק בין כשגובה משדה זו או משדה אחר ומה שהביא ראיה מחמץ גם כן אינו ראיה לפמ"ש בספרי מקור חיים דהטעם הוא דדוקא פקדון דיכול לומר להעכו"ם הרי שלך לפניך ואין כאן קנס לישראל במה שאוסרין החמץ לכך לא קנסוהו משא"כ במשכון דהעכו"ם אינו מחוייב לשלם כשנאסר בהנאה בגרמת ישראל והרי איכא קנס לישראל במה שמפסידין שיעבודו ולכך קנסוהו:

ו באתרא דלא מסלקי ועיין בטור דאפילו באתרא דמסלקי כשגובה מגופה דארעא מיקרי מוחזק ודוקא כשגובין מפירותיה בנכיית' או שגובה ממקום אחר מיקרי ראוי מטעם שכתבתי לעיל בסמוך ובקצה"ח כתב דאם הבכור חייב לאביו במשכנתא באתרא דמסלקי יכול הבכור לסלק מגופ' דארעא ואע"ג דאית ליה מעות כיון דאית ליה פסידא כמבואר בכתובות דף צ"ה גבי ראובן שמכר שדה לשמעון וזקפן עליו במלוה ע"ש ולפעד"נ דהכא אפילו לית ליה לבכור זוזי אין יכול לסלק בגופ' דארעא עד דטרח ואייתי זוזי דהא מבואר בסימן קי"ז דמשכונא סתם הוי כאפותיקי סתם ומבואר שם דבאפותיקי א"י לסלק רק בזוזי ע"ש וכיון דעשה לו הפירות של השדה לאפותיקי א"י לסלקו מאכילת הפירות בנכייתא עד דמייתי זוזי וכמבואר בב"מ ד' דאפילו אמר אטרח ואייתי זוזי אכיל וכיון דע"כ צריך לסלק או בזוזי או באכילת פירות וממילא דינא כשאר מלוה דפליגי:

ז והוא דלא מטא זמניה בטור הביא מחלוקת הר"י והרשב"א בזה ולפעד"נ דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי דהר"י מגא"ש מיירי כשגובה מפירות הקרקע דבאתרא דלא מסלקי גובה אפילו מפירות ולכך כשכבר מטא זמנא שאין השדה שוב כמכורה לו לפירותיה כיון שהפירות לא הויין מצויין בשעת מיתת אבוהין לא עבידי דאתי דאימר יפדה אותן הממשכן הוי ראוי והרשב"א מיירי כשגובה חובו מגופו דארעא או מעות דהטעם כתוב הרשב"א דהמעות שגובה הוי כמוחזק כשפודה אותו הוי כחוזר וקונה א"כ מה לי כשפודה אותו בתוך הזמן או לאחר זמן דהא השדה הוא קנוי לו עד שחוזר ופודה דבמה פסק הקנין בכלות הזמן כשלא נתן מעות ולזה הוי מוחזק גמור:

ח הא למה זה דומה וכו' עקצה"ח שתמה הא כיון שאמר שלא יטול בענבים הרי ויתר חלקו בענבים וממילא הוכרח לחלוק עם אחיו ביין בשוה כיון שהענבים הן בשוה בשותפות ולק"מ דלא מיירי הכא שאמר שלא יטול בענבים רק שאמר לפני עדים שאף אם יחלק בשוה לא יהיה חלקו מחול דאז אף בענבים לא הוי מחילה עד שחולק עצמו בשוה מש"ה בשלא חלק עצמו בענבים עד שנעשה יין לא מהני מה שאמר לפני העדים

ואפילו לא מיחה הבכור עדיין לומר לא תשביחו שאז הדין דאין הבכור נוטל בשבח היין וא"כ לכאורה הוכרח לחלוק בשוה מ"מ י"ל דאף שאמר שרוצה לחלוק ענבים בשוה דלא היה חשיבי בעינו מ"מ כשנעשה יין ואינו נוטל פ"ש בשיעור דמי ענבים ואפילו שבח היין היה מגיע לו פ"ש רק שמחוייב ליתן דמים ומדלא נטל הוי גילוי דעת שאינו רוצה ליטול בחלק בכורה עד שימחה:

ט ואם אינו רוצה ליטול פ"ש עיין קצה"ח שהביא מחלוקת הפוסקים אי מצי הבכור לסלק עצמו בחלק הבכורה בחיי אביו וע"ש שתמה דלמ"ד דס"ל בטעם דאין היורש יכול לסלק עצמו מירושת אביו כיון דהוא דאורייתא וכיון דהבכור יכול לסלק עצמו קודם חלוקה ה"ה בחיי אביו וכן לכל הטעמים אין לחלק בין סילוק אחר מות אביו ובין סילוק בחיי אביו אמנם לפענ"ד נראה דלא מבעיא להרשב"ם בב"ב דף קכ"ו שכתב דאם אין דבר לבכור קודם חלוקה הא דלא ויתר הטעם משום דאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם וא"כ מכ"ש בחיי אביו דודאי אין לו לבכור בחיי אביו שא"י לסלק עצמו והא שיכול לסלק עצמו אחר מיתת אביו אף שבדבר דאורייתא לא מהני סילוק היינו משום דהטעם דחלק בכורה הוא בחיוב על היורשים דרחמנא חייביה להיורשים ליתן מתנה זו להבכור וראיה לזה מסי' רע"ז סעיף י"א במי שנסתפק דאין גובין בלא הרשאה והיא שם מפורש בב"ב קכ"ז ובלא הרשאה מדחין היורשים לכל אחד עיין שם וקשה דהיאך היורשים מצי מדחי הא חלק זה בודאי אינו של היורשים ואין הספק רק בין שני אלו בחלק זה והיה לפסוק ביניהם או יחלוקו או יהיה מונח ומה שייכות להיורשים בחלק זה אלא ודאי דהוא כחיוב שהטילה רחמנא על היורשים לתת לו והוין היורשים כטוענין א"י אם נתחייבתי לך מש"ה מצי מדחי ולפ"ז א"ש דאחר מיתת אביו שכבר חל החיוב יכול למחול משא"כ בחיי אביו או למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה דהיינו שלא חל החיוב כלל עד שעה שרוצה לחלוק א"י למחול דהוי כמוחל דשלב"ל ומה שהביא בקצה"ח ראיה מדברי רשב"ם בב"ב דף קכ"ו שכתב וז"ל הכא לא קא מחיל מה הנאה יש לו לבן שימחול ואע"פ ששתק הבן אין זו מחילה דאינו רוצה להכעיס את אביו ע"ש ומשמע דמחילה מהני וכו' ע"ש ולפענ"ד אין ראיה משם דאף דלהאב יכול הבכור למחול כיון דנתנה התורה רשות להאב להנחיל לכל מי שירצה רק שחייביה רחמנא לאב נגד הבכור שלא יטול חלק בכורתו ממנו יכול הבכור למחול לאב מה שחייביה רחמנא נגדו אבל להבנים אינו יכול למחול מטעם הנ"ל בחיי אביו רק אחר מיתה:

י ואפילו נגנבו לו ספרים בקצה"ח תמה דבמרדכי לא כתב זה רק דלא הוי ראוי נגד גביית כתובה דאפילו מלוה לא הוי ראוי נגד זה משא"כ לענין בכורה דאפילו מלוה הוי

ראוי גניבה נמי כיון שאינו ברשותו הוי ראוי ונראה שדעת הרמ"א כיון שכתב המרדכי דכה"ג לא מיקרי ראוי משמע דלכל מילי לא מיקרי ראוי ומ"ש דלא גרע ממלוה הוא טעם אחר וטעמו נראה כיון דבש"ס אמר הטעם במלוה דהוי ראוי משום דלאו הני מעות שבק אבוהון א"כ בגניבה דזה ממש שבק אבוהון לא הוי ראוי ודמי לאבידה הנמצא אחר מות אבוהון דנראה גם כן דלא הוי ראוי אף דאבידה ג"כ אין ברשותו ונראה דה"ה שאר מטלטלין כשידוע שלא נתייאשו דין ספרים יש להן ומה שחילק בקצה"ח דספרים עבידי להתבקש לא נמצא סברא זו בפוסקים דבספרים ג"כ איכא למיחש שגנב ישראל ואצל ישראל הן כשאר מטלטלין נגנבין:

יא מיקרי מוחזק עיין קצה"ח שרצה ללמוד מהא דמכירי כהונה דהוי מוחזק משום דאסור לחזור בו משום דהוי כמתנה מועטת אם כן הוא הדין כשנשבע ליתן מתנה דהוי מוחזק אצל המקבל ולפ"ז א"כ בכל מתנה מועטת ליהוי המקבל מוחזק ולפעד"נ דעיקר הטעם דדוקא במתנות כהונה דהוא של כהן ואי תקפו כהן במכירי כהונה אינו חייב להחזיר כמבואר בתוס' דף ז' בסוגיא דתקפו כהן והטעם דמתנות כהונה של כהן הוא רק שיש לבעה"ב טובת הנאה בציוי רחמנא וכיון דאסור לחזור בו נתבטל הטובת הנאה שנתנה לו רחמנא דבמקום איסור לא נתנ' לו רחמנא וכיון שהוא א"י לחזור והמקבל יכול לתקפו בע"כ של הנותן וכשיתקפו יהיה שלו לגמרי לקדש בו אשה ולכל דבר הוי מוחזק משא"כ בשבועה או בשאר מתנה מועטת דאפילו יתקפו ממנו לא יהיה שלו עד שיקנה לו בקנין וכ"ז שלא נקנה לו בקנין לא יהיה שלו לא הוי מוחזק ולדברים אלו כוון המהרי"ו בתשובה סימן ע"ד עיין שם:

סימן רעט

א באנשים שאינן מוחזקין משמע אבל במוחזקין שאינן קרובים א"נ לומר שהן קרובין בקצה"ח כתב שלדעת הר"ן שהביא בטור דאפילו במוחזק שיש לו אחים נאמן לומר שאין לו אחים אלמא דנאמן משום מיגו דבידו לעשות אפילו לסתור החזקה א"כ ה"נ נאמן אפילו נגד החזקה וכו' עיין שם והמעיין בר"ן יראה דהעיקר הסברא שלו הוא משום דאינו סותר החזקה לגמרי דאפשר שמתו האחין ע"ש ולדבריו נראה דאם אמר על המוחזק שאינו אחיו שזה אחיו שא"נ רק דעת הרז"ה שנאמן אף בכה"ג והו' דעת יחיד:

ב ונאמן על כל נכסים בתומים סי' ס' כ' דהא דנאמן באחים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס אף דלית ליה מגו דמתנ' מ"מ נאמן במיגו שהיה יכול לחייב עצמו בסך רב וכ"כ

בקצה"ח ולפ"ז בנכסים שנפלו לו אחר מית' דהבנים יכולין לומר מכח אביה דאבא קאתינא וא"י לגבות חוב מהן וא"כ ל"ל מגו א"נ:

ג כי לא היה אביהן בני בקצה"ח כתב דאם אינו מוחזק בבנו דנאמן לומר שאביהן לא היה בנו במגו שהיה נותן נכסיו לאחרים ע"ש ולפעד"נ דלפמ"ש הרמב"ן בב"ב דף ל"ג וז"ל והא דאמרינן בני וחזר ואמר עבדי א"נ ואמאי נימא מתוך שבידו ליתן מתנה לאחר וכו' אלא כיון דעיקר טענה דעבדו הוא לפוסלו מקהל וא"נ עליו לא אמרינן מגו גרוע לחצי טענה ע"ש ולפ"ז אם אמר על בן הבן שאביהן הבן אף שנולד מאשתו מ"מ אינו בנו שהוא ממזר מאיש אחר וממילא הוי כאומר על בן הבן שהי' ממזר דמי לאומר עליו שהוא עבד דהרי רוצה גם כן לפוסלו מקהל וא"נ במגו גרוע ואם אמר על אחד שלא היה מוחזק בבנו שמת ואשתו מעוברת שהמת היה בנו אפשר דאינו נאמן דלית ליה מגו דאי בעי נתן לו במתנה דהא המזכה לעובר לא קנה אפילו הוא בן בנו וכמבואר בסימן ר"י ע"ש ודוחק לומר שהיה יכול להקנות לאחר בקני ע"מ להקנות:

ד אמו בבת ישראל עסמ"ע ס"ק י"ב משום דלאו כל כמיניה לפוסלה בשפחה ובקצה"ח הקשה דא"כ כשאומר בן גרושה הרי פוסל אמו מכהונה ולק"מ דש"ה דממ"נ אם אמו כבר מתה שוב אין דין עליה ואי עדיין היא אשתו בידו לגרשה ולפוסלה לכהונה וכדמוכח בקידושין דף י"ד גבי אמר קדשתי' וגרשתי' דפריך בידו לגורשה וכו' ע"ש משמע דאילו היה בידו לגרשה דהי' נאמן:

סימן רפ

א חולק עם שמעון בשוה והא דאין ראובן יכול לומר ממ"נ אם הוא אחינו הרי יש בידך השתות שהוא ממון לוי אחי שהוא בגזל ת"י ומגיע לי חלק מזה נראה דהוא מטעם דאמרינן קם דינא כמבואר ביבמות דף ל"ו גבי ספק ובני יבם ולפ"ז מוכח דאפילו בחד גברא אמרינן קם דינא דלא כמ"ש הש"ך בסוף ספרו תקפו כהן והא דנוטל באם השתות בעין נראה דלא אמרינן קם דינא רק כשבא להוציא מת"י הזוכה אמרי' קם דינא וזוכה בו מתורת הפקר ב"ד משא"כ כשהשתות הוא בעין או דבר דאתי מחמתיה דהוי כאילו הדבר בעין אז אמרינן ממ"נ הדבר הזה הנשאר הוא של ראובן כיון שהכירו נוטל כנגדו ודע דבדינים אלו אין חילוק אם לוי טוען ג"כ ספק או טוען ברי כדמוכח בב"ב דף קל"ה דמוקי לה הש"ס לרב הונא ור"י דמיירי שלוי ג"כ טוען ספק ע"ש וא"ל דבשלמא המוריש כשאמר זה יורש שלי נאמן במגו דיהיב לו במתנה כמבואר בסימן ע"ט אבל האיך נאמן ראובן לומר על לוי שזה אחי לענין שהוא יורש כל נכסים הלא כל יורש צריך עדים

כמבואר בס"ק א' ונראה דהא דהיורש צריך עדים היינו דוקא כשיש כאן יורש כגון שיש לו אחים ובא אחד ואמר שהוא בנו ומסלק אחיו מהירושה אז צריך עדים אבל כשמת כאן אחד ולא נודע מי הוא ובא אחד ואמר אני קרובו הראוי לירש אותו נאמן ויורש אותו ואם בא אחר וטוען אני קרובו יותר ומכחישין זה את זה הדין כל דאלי' גבר רק בין שניהם וכמבואר בב"ב דף ל"ג גבי רב אידי בר אבין דאמר אנא קריבנ' לפי גירסת התוספות דלא גרסינן טפי ועיין בנימוקי יוסף שם דהויא דינייהו כל דאלים גבר עיין שם:

ב שבח המגיע לכתפים עסמ"ע ס"ק ה' דאין חילוק בין אם השבח בא מאליו ע"י או טורח ומאוד הוא תמוה לפענ"ד דבהדיא כתבו התוספות בב"ב דף מ"ב בד"ה שבח המגיע וז"ל אלא משמע דשבח המגיע לכתפים נמי הוי נכסים ששבחו מאליהן כו' ע"ש וכן בדף קל"ה בעי רבא שבח ששיבחו נכסים מאליהן וכו' כי תיבעי לך בשבח שאינו מגיע לכתפי' הרי מוכח בהדיא דלא מיבעיא ליה בשבח שאינו מגיע לכתפים רק בשבח הבא מאליו אבל בשבח שבא ע"י טורח ודאי דחולקין בשוה מטעם שכתבו התוספות דף י"ב דכיון שהמת טרח למה לא יקחו בטורח המת כמוהו ע"ש:

ג לא יירש שמעון המשנה למלך פ"ד מנחלות הקשה דמה"ת ניזיל בתר הודאת שמעון שאמר אין לוי זה אחי ניזל בתר הודאת ראובן שאמר זה אחי ומביא ראיה לזה מגיטין מ' שהקשה תוספות קושיא כזו גבי כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא נתן לי ולפענ"ד לא דמי זה לזה דבשלמא שם גבי שדה שני הודאות מטעם הודאת בע"ד אתינן עלייהו תדע דאילו לא היה רק הודאת א' והיו עדים מכחישין אותו לא היו העדים נאמנין נגד הודאתו דהודאת בע"ד כק' עדים דמי משא"כ כאן דהודאת שמעון שלא ליטלו בנכסי לוי מטעם הודאת בע"ד הוא תדע דאפילו איכא עדים אינו מועיל דהודאתו יותר מק' עדים והודאת ראובן שזה אחיו לאו מטעם הודאת בע"ד הוא דאינו מודה אנכסי עצמו דעל חצי השני הספק הוא אם הוא של שמעון או של יורשים אחרים דאם אינו אחיו הרי יש לו יורשים אחרים ואין זה הודאת בע"ד רק כמעיד נקרא שמגיע לשמעון חלק מנכסי לוי תדע דאם היה עדים שאינו אחיו לא היה מועיל הודאתן דלאו אנכסי עצמו קא מודה דליהוי נחשב כהודאת בע"ד וכן הודאת לוי לא הוי כהודאת בע"ד תדע דאינו נאמן לומר זה אחי להכחיש עדים כמבואר לעיל סימן רע"ט אלמא דלא חשיבא כהודאת בע"ד כיון דהודאתו הוא לאחר מותו ואז רמי נכסי קמי יתמי לאו הודאת בע"ד מיקרי ובקצה"ח ת' דשאני הכא דאפילו אם אמר ראובן לשמעון אתה אחי וטול חלק בנכסי יעקב אבינו ושמעון אמר איני אחיך היינו הולכין בתר הודאת שמעון דשני הודאת דסותרין אהדדי כספיקא משוינן לה לדעת הרשב"א בגיטין דף מ' שכתב הטעם משום דאזלינן בתר חזקת

מרא קמא גבי' אלמא מספיקא משוינן ליה וכאן כיון דראובן ודאי ושמעון ספק אין ספק מוציא מידי ודאי וקיימתי' מסברא דנפשאי אך קשה דלמה לא יירש שמעון הא מבואר בסימן מ"ז ס"ק א' דאם לא היתה כוונתו רק לדחות לוי מירושת יעקב א"כ מה"ת לא יירש שמעון בנכסי לוי ואפשר לומר דש"ה דהיה יכול לומר א"י והיה ג"כ מדחה אותו מירושתו ולכך מחזקינן אותו להודאה גמורה כשאומר ברי:

ד והניח בנים ובנות וטומטום לשון הטור אם הנכסים מרובין שדין הבנים לירש והבנות ליזון הבנים דוחין אותו אצל הנקיבות ומיהו אינו ממעט חלק הנקיבות אלא מוציאין תחלה מזונות לבתו עד שתבגר ואח"כ יתנו לטומטום כשיעור הזה כו' והן תמוהין מאוד כמו שתמה בב"י ע"ש ולפי ענד"נ לפרש כוונתו הוא כך כגון שיש בן ובת וטומטום ואם נחזיק הטומטום לבן אז יש בנכסים שיעור שיזונו כולם עד שתבגר הבת כגון שאין לבת עד שתבגר רק חצי שנה והוא ע"פ אומר עשרה זהובים נמצא שצריך שיזונו כולם עד שתבגר הבת שלשים זהו' וכתב הטור דהבנים דוחין אותו אצל נקיבה והיינו שאם הטומטום א"צ רק מזונות מועטין דוחין אותו אצל נקיבה ואינן נותנין להטומטום רק מזונותיו והמותר נוטל הבן ואח"כ כתב ומיהו אינו ממעט והיינו אם הטומטום צריך למזונות יותר מהבת שיש לו זמן רב עד שתבגר וצריך לו על מזונות חמשים זהובים עד שתבגור אין הבן והטומטום יכולין לומר להבת שמא הטומטום גם כן בת נמצא צריכין למזונות הבת והטומטום סך ששים זהובים וכיון שאין בנכסים רק חמשים זהובים וחסר עשרה זהובים ומגיע לנכות על כל עשרה זהובים שני זהובים וא"צ ליתן להבת רק שמונה זהובים והמותר יחלק בין הבן והטומטום קמ"ל דהטומטום אינו ממעט חלק הבנות והבת יכול' לו' להטומטום כיון שאני בע"ח ודאי ואתה ספק אין אתה יכול לגרע כח חובי וכמו ביש בת וטומטום בנכסים מועטין שהבת דוח' להטומטום כמו שכתב הטור והמחבר:

ה ואם הנכסים מועטין אין לטומטום כלום דין זה וכן דין המבואר בסמוך בבן וטומטום שהטומטום נוטל ג' חלקים תמוה לי טובא דבשלמא כשיש בנים ובנות וטומטום שהבנים מחוייבים לפרוע החובות של התנאי כתובה דמזונות הבנות אין הטומטום יכול לגרוע חלק הבנות כיון שהבנות חוב שלהן ודאי והטומטום ספק אין ספק מוציא מידי ודאי אבל כשאין כאן רק בת וטומטום באיזה כח יכול' הבת לתבוע להטומטום מספק הא אי הטומטום ג"כ נקיבה היא אין עליו שום חוב נגד הבת דתנאי ב"ד לא הי' רק להבת נגד הבנים ולא נגד בנות ומזונות הבנות לאו בתורת ירושה נוטלת שנאמר שזה יורש ודאי וזה ספק רק בתורת מתנה וחוב כמבואר בב"ב דף קל"א וכל שיש ספק להמקבל

מתנה אינו זוכה במתנתו וכן הדין בספק חוב שא"י להוציא מהיורשין כמו בס"ק י"ב ע"ש ולזה נראה דצדקו דברי רמב"ם שהן דברי המחבר דבת וטומטום יורשת בשוה ולא חילק בין מרובין למועטין ועוד קשה לי על הרמ"א דעכ"פ היה לו להטומטום ליטול רביע כמו בבן וטומטום:

ו הטומטום נוטל ג' חלקים ואם יש בן ובת וטומטום ויש יותר ממזון הבת עד שתבגר כתב הטור שחולקין בהמותר הבן והטומטום ומשמע שחולקין בשוה ועיין ב"י שדוחק עצמו והעיקר נראה לי כהב"ח דגם בזה נוטל הטומטום ג' חלקים בהמותר רק שהטור לא נקטיה משום דלא פסיק' ליה ע"ש בב"ח:

ז יחלוקו יורשי האב עסמ"ע ס"ק כ"ה עד אין היזק בזה וכו' לא ידעתי מה יענה לחלק בין זה לנפל הבית עליו ועל בתו נשואה דג"כ הנחלה באה ליד בתו בקבר דהא אין הבעל יורש בראוי והוי ממש כדין בן בתו הנ"ל ואפשר דס"ל כיון דירושת הבעל דרבנן יורשי האב מיקרי מוחזקין יותר לגבי':

ח בהג"ה חולקין הממון לו' חלקים תמיה לי דהא מבואר לעיל סי' י' דבנפל עליו ועל בתו נשואה דאין הבעל יורש ודוחק לחלק כיון דאין החזקה ברורה של איזה שבט אם של הבעל או של האשה מש"ה אף הבעלים של הבנות יורשין דזה אין שום סברא דהטעם דדין חלוקה בין יורשי הבעל והאשה הוא משום דהוי כאילו שניהם מוחזקין בנכסי צאן ברזל והכא בנצ"ב מיירי ואם כן הוי ג"כ כאלו שני המורישים ג"כ מוחזקין בו והאיך ירשו בעלי הבנות ויותר נראה שהמרדכי פליג אהא דסעיף י' שהוא מדברי ה"ה וסובר הסברא שכתבתי לעיל והמרדכי דהוא מרא דהך דינא דסעיף י"ב לא ס"ל סברא הנ"ל שכתבתי לעיל בסמ"ע ס"ק כ"ח ע"ש ומ"מ הרמ"א שהביאו צ"ע:

סימן רפא

א פלוני אחי יירשני ואף דהנחלה ממשמשת מקודם לאביה והרי היא מנחיל ליורשי אביה מ"מ כיון דמכחו קא ירתו יכול להנחיל למי שירצה וכ"כ בקצה"ח דביום הנחילו את בניו שכתב' רחמנא הוא לאו דוקא והכוונה ליורשין הראוין ליורשו ולפ"ז ה"ה בבני אחין כשיש הרבה בני אחין יכול להוריש לאחד מהן הכל:

ב דבריו קיימין הב"י הביא דברי הנימוקי יוסף שכתב בשם הריטב"א דדוקא בכולה אבל במקצתה לא דאל"כ מצינו מתנה במקצת מהני בלשון ירושה וזה לא מצינו בכולה תלמודא ע"ש דמשמע מדבריו דהתורה לא נתנה רשות להנחיל רק בשעה שמחלק כל נכסים לכל בניו אבל כשמנחיל מקצת נכסים לא נתנה לו רשות לפי דבריו אפילו קנין לא

מהני במקצת בלשון ירושה כיון דבלשון ירושה לא מהני קנין ובמקצת ל"מ לשון ירושה ומהתימה שלא הביא דין זה המחבר אך לכאורה גם דברי נימוקי יוסף תמוהין דהא בב"ב דף קל"א רצה ליפשוט דגם ברי' יכול להנחיל מהא דכתובת בנין דיכרין שתיקנו חכמים בלשון אינון ירתין ע"ש ולדברי הנ"י אפילו בברי' מהני לשון ירושה קשה דהא מתנה במקצת הוא דהא בעינן מותר דינר וגם מתחלה לא נתכוין רק על מקצ' שלא הוריש רק שיעור כתובתה וגם לא מסתבר כלל שהנ"י יחדש דין כזה שלא אישתמיט בש"ס ופוסקים להביא זה וגם ראייתו אינו ברורה לכן נלפענ"ד דהנ"י ס"ל דבברי' ל"מ וברוב הפוסקים וכוונת הנ"י הוא דאף שנתן כשהוא שכ"מ וקורא אני בו ביום הנחילו את בניו כיון שמת מאותו חולי דבשלמא במתנת שכ"מ שהיא דרבנן משום דלא תטרף דעת השכ"מ ומתנה במקצת יש לומר דדעתו מעכשיו משא"כ לענין להנחיל דמנחילו לאחר מיתה והוא בזמן שאמר' רחמנא דהא קרינן ביה ביום הנחילו כיון שהוא שכ"מ ומת מאותו חולי סד"א דמהני קמ"ל הנימוקי יוסף דבשעה שאין דעתו שימות מאותו חולי דין בריא יש לו דלא קרינן ביום הנחילו רק שעה שמחשבתו על המיתה ולכך כשמחלק כל נכסיו רואין אנו שמחשבתו על המית' ולכך מהני משא"כ במקצת כיון שנתנו לו חז"ל דין ברי' לענין מתנת שכ"מ אף לענין מנחיל יש לו דין בריא ולפ"ז א"ש דשם כיון שרצה לפשוט דמהני אף בברי' ממילא מהני אף במקצת וזהו שכתב דלא מצינו בכוליה תלמודא דמהני במקצת בלא קנין והיינו דלענין כל מילי במקצת דין בריא יש לו ולפ"ז כשמצוה בפירוש מחמת מיתה אף במנחיל במקצת מהני דקרינן ביה ביום הנחילו כנ"ל:

ג בין שאמר ע"פ דבריו קיימין נסתפקתי אי מועיל כשהנחיל לפשוט פי שנים אי זוכה ג"כ בנכסים הבאין לאחר מכאן אי נאמר כיון שעשה אותו ליורש ממילא יורש אף דבר שלב"ל ודוקא במקנה לדבר שלב"ל אמרינן בב"ב דף קל"א דכמו שאין יכול להקנות לו כמו כן אין יכול להנחיל אבל לענין דבר שלב"ל דינו כשאר יורש או לא ולפענ"ד דל"מ בדבר שלב"ל וכל שהנכסים אינן ברשותו אינו יכול לעשותו יורש עליהן וראיה לזה מהא דאמר בב"ב דף קל"ג למאי הלכתא בין אי זוכה משום ירושה לזוכה משום מתנה ואם נאמר דירושה מועיל אפילו לדבר שלב"ל ולדבר שאין בו ממש הוי לו לו' בפשיטות דנ"מ בדברים שמתנה אינו מועיל וירושה מועיל אלא ודאי דכל דבר שאין מועיל במתנה אינו מועיל בלשון ירושה ועוד ראיה מהא דב"ב דף קל"ד שפי' הרשב"ם בד"ה דקרא דיכיר אתי דוקא כשידוע שהוא בנו אבל אם אינו ידוע שהוא בנו א"נ א"כ קשה הא דמשני בדף קנ"ו דאיצטריך יכיר לנכסים שנפלו לאחר מכן קשה דא"כ הא דבעי' בדף קל"א אי ברי' יכול להנחיל ליפשוט מהכא דא"י להנחיל דאלת"ה א"כ ל"ל קרא דיכיר הא מ"מ יש לו

מגו דאי בעי היה מנחיל אותו פ"ש דמהני אפילו בנכסים הבאים לאחר מכאן אלא ודאי דכמו שא"י להקנות כמו כן אינו יכול להנחיל וא"ל דשם ל"מ כשמנחיל אותו דשמא השני הוא בכור ולא יכול למעט חלק בכורתו זה אינו דהא לרבנן מיירי בצריך הכיר' ואז בודאי כשמנחיל לא' פ"ש אין השני יכול לבטל אותו עד שיביא ראיה שהוא בכור דכל בכור צריך עדים שהוא בכור ואי יביא השני עדים שהוא בכור אף הכרת אביו לא יועיל ולפ"ז נראה דה"ה במלוה ע"פ דחשיב שאינו ברשותו ואפילו מלוה בשטר למאן דסבירא ליה מכירות שטרות דרבנן כיון שא"י להקנותן א"י להנחיל אותן וראיה לזה מב"ב קנ"א באמי' דרב עמרם חסיד' דהוי לה מלוג' דשטרא ואמר' להוי לעמרם ברי וקאמר התם דקנה מטעם מתנת שכ"מ ולא קאמר שזוכה בו משום ירושה כמ"ש בב"ב דף קל"א אם ראוי ליורשה נוטלו משום ירושה וכבר הוכחתי דאפילו במקצת זוכה בו משום ירושה אלא ודאי דכל מה שאינו יכול להקנות א"י להנחיל מן התורה ומתנת שכ"מ שאני שהיא מדרבנן ויכול להקנות שטרות והלוואת ולפ"ז בש"מ שאמר יירש פ' בני פ"ש בנכסים אותן נכסים שיכול להקנות מן התורה זוכה בו משום ירושה מן התורה ואותן הדברים שא"י להקנות מן התורה אין זוכה בו רק מטעם דברי שכ"מ כי לשון ירושה אינו מגרע בדברי שכ"מ כשהוא ראוי ליורשו וכללא דמילתא דליכא דבר שיזכה בו יותר בלשון ירושה ממתנת שכ"מ כנ"ל ברור והנה בקצה"ח כתב דכשאמר יירש פ' בני נעשה יורש דאורייתא ושוב אינו יכול לגרע כוחו בלשון לא יירש ואישתמיטתיה הא שכתוב הנימוקי יוסף שיכול לחזור בו משמע דחוזר בו לגמרי וכן מוכח מהא דלא אמר בדף קל"א דנ"מ בין אי זוכה בו משום ירושה לזוכה בו משום מתנה לענין אם חזר בו ואמר לא יטול מהני:

ד ולא יירש שמעון עסמ"ע ס"ק ה' שכתב הטעם דמיד שאמר ראובן בני יירשני וכו' המעיין בטור וב"י יראה דאין חילוק בין שאמר מקודם ראובן יירש ואח"כ לא יירש שמעון או להיפך שאמר מקודם לא יירש שמעון דקנה ראובן ודוקא במקום שתלאן זה בזה כגון שאמר לא יירש ראובן אלא שמעון ל"מ והטעם דכשאמר לא יירש ראובן אלא שמעון כוונת דבריו דכיון שלא יירש ראובן ממילא נשאר שמעון לבדו יורש הירושה ולא שהוא מורישו משא"כ כשלא תלאן זה בזה משמעות דבריו שהוא עשאו יורש:

ה לא יוכל לבכר קשה דהא בפשוט ג"כ אם אמר לשונות הללו לא מהני דאם אמר לא יירש ל"מ כמבואר בסעיף א' וכן אם אמר פ' בני יירש שליש ואין לו רק ב' בנים ולשון זה דומה ממש לאומר לבכור שיירש כפשוט ל"מ גם בפשוט ואפשר דקמ"ל שאף אם אמר על המותר לשון ירושה לשאר הבנים ל"מ משא"כ בפשוט דמהני כמבואר בסעיף ג':

ו אבל אם אמר בלשון מתנה עש"ך ס"ק ה' מה שהביא בשם תשובת מבי"ט והנה ספרו אינו תחת ידי אך מדבריו מוכח שהאב יכול לסלק הבכור מירושתו כשהבכור ג"כ מסלק עצמו כמו בעובדא דידיה שנתן לו בית בחייו עבור בכורתו ולקחו הבכור ונתרצה ומזה ראיה למ"ש בסימן רע"ח שברצוי הבכור יכול לסלק אותו מירושתו ע"ש:

ז לשון מתנה עיין ש"ך ס"ק ו' דה"ה אם אמר בפשוט לא יטול מהני כיון דיטול לשון מתנה הוא והוא תמוה מאוד דהא עיקר הטענה דלשון מתנה מהני כתב הב"י משום דיכול אדם ליתן במתנה לאחר משלו וממילא לא נשאר לבכור ירושה משא"כ כשאמר לא יטול מאי מהני מה שהוא לשון מתנה וכן תמה בקצה"ח וגם מ"ש הש"ך דאם אמר יטול כפשוט דמהני הוא תמוה מאוד שאמר לשון מתנה להבכור במקצת נכסים מ"מ במאי נפקע חלק הירושה של הבכור מהמותר וכן מוכח בהא דסעיף י' עיין שם ודו"ק ונראה דלא מהני רק אם נתן המוכר לאחים בלשון מתנה כנ"ל ברור וכוונת הסמ"ע בס"ק ט' נלפענ"ד שכוונתו דהחידוש הוא באם תלאן זה בזה דבלשון ירושה אם אמר לא יירש שמעון אלא ראובן לא אמר כלום אבל אם אמר לא יירש ראובן אלא ינתן לשמעון הכל מהני:

ח וריבה לאחד תמהני על שהשמיט הדין שהביא בד"מ בשם הנ"י באם אמר על בן פשוט שיטול פ"ש אם יש לו דין בכור לענין ראוי ע"ש:

ט ויוצאי חלציה בנותיה ובניה בקצה"ח תמה ע"ז דהא י"ח אינן בעולם ואין יכול להקנות לדבר שלא בא לעולם עיין שם שהאריך ומסיק לחלוק על הרמ"א ובאמת דברי רמ"א ברורין ומשה אמת דהא שח"ז שכנו הוא שמחייב עצמו בסך אלף זהובים ומתנה באם שירצו היורשין ליתן לעובר שיולד כך וכך שנפטרו מהחוב וכיון שמקיימין התנאי ונותנין חצי חלק זכר חצי לבן וחצי לבת כפי שהתנה המתחייב נפטרו מהחוב דודאי אם אחד יתחייב עצמו במנה ויתנה שאם יתן למי שלא בא לעולם יפטור דמהני דהא מתנה אדם בדבר שלא בא לעולם אמנם אם חלק הירושה הוא יותר מהחוב ורוצין היורשים לסלק החוב ממילא המעות שייך חלק לבנים בתורת ירושה ואין לבנות כלום ולפ"ז מ"ש בנוסח של שטר חצי זכר בנחלת שבעה גבי גוף החוב שנתחייב לה ולי"ח הוא ט"ס וא"צ לכתוב לשון ויו"ח רק בלשון התנאי בגוף החוב:

י אין בע"ח קונה משכון עסמ"ע וש"ך ועקצה"ח ולפענ"ד נראה להכריע דאם לא סילק הלוה המעות וגבו היורשין החוב מהמשכון אפילו במשכון בשעת הלואה נראה דכ"ע מודים שאין להבת חלק בספרים לפמש"ל בסימן ע"ב ובסי' קי"ג דבמשכון אפילו לרבא למפרע הוא גובה כמ"ש רש"י בפסחים דף ל"א במתניתין דנכרי שהלוה ע"ש וממילא אי

אקדיש מלוה או זבין מלוה הוא קיים כשגובה לבסוף וכיון דלמפרע הוא קונה ונעשה של האב למפרע אין לבת זכיה בספרים אבל כשסילק הלוה במעות צדקו דברי בעל קצה"ח ויש לבת חלק בחוב:

יא כ"א אחר מיתת האחרונה עסמ"ע ס"ק ד' דמיירי דאמרה מהיום וכו' בקצה"ח הקשה כיון דכל מהיום היינו גופא מהיום ופירי לאחר זמן א"כ חזר הגוף להיות של ארבעתן כבתחלה לזה מסיק דמהיום דהכא הוה כתנאי דמהיום אם לא אחזור בו וכיון שמתה הראשונה זכו הנשארים במתנה למפרע והמה חוזרין ממה שנתנו חלק לראשונה וכו' ע"ש וקשה תרתי חדא דמנין לנו לפרשה מהיום בענין אחר ממה שמפרשים בכל שטרות דהיינו גוף מהיום ופירי לאחר זמן ועוד דאם כן צריכין אחר מות השני לברר שחזר בו השני לכן נראה דמהיום דהכא פירושו גם כן גופו מהיום ופירא לאחר זמן ומה שהקשה דא"כ חזר הגוף להיות של ארבעתן כבתחילה ל"ק לפמ"ש הסמ"ע שכ"א לא נתנה במתנה רק להנשארת בחייה אחר מותה ולא לאותה שמתה מקודם לפניה וממילא אין האח יכול לירש שום אחת שמתה אך קשה דמה"ת נאמר שכוונת כ"א לא היה במתנה דמהיום רק לאותן שנשארו בחייה דילמא נתנה לכל שלשה אחיותיה הן לאותן שבחיי' הן לאותן שכבר מתו וליהוי שוב כמת המקבל בחיי הנותן שזוכין בו יורשי המקבל וממילא זוכה בו האח ונראה הטעם כיון דלבטל מעשה אמרינן אומדנא וכיון דעשו כן כדי שלא יזכה האח ואם הי' כוונתן שאפי' לאותה שמתה והיינו ליורשים כי אין קנין למת ויורשי' הוא האח והוי כאילו נתנה בפי' להאח מה שהגידו בפי' שעושין כן כדי להעביר נחלה ממנו ע"כ מחזקינן שכוונתן של כל אחד היה רק לאותן שעדיין בחייה:

יב מיתת האחרונה עסמ"ע ס"ק כ' דאם לא אמר מהיום היו יכולין לחזור כו' והוא תמוה דמה בכך שיכולין לחזור מ"מ כל כמה דלא חזרו קנו האחיות ואין האח יורש רק אותו חלק שזכה השניה אחר מיתת הראשונה אז אחר שמתה השניה ג"כ יורש האח אותו חלק שזכה מהראשונה במיתתה דאין שאר האחיות קונין זה החלק מחמת מתנה כיון שלא היה בשעת מתנה ודמי לשדה זו שאקחנו' או שאירש מאבא מכור לך דלא קנה וממילא יורש האח חלק הראשונה אחר מיתת השנייה וכן חלק השני שזכה השלישי יורש האח אחר מיתת השלישית:

סימן רפג

זכו במה שבידן עש"ך ס"ק כ' שהקשה כיון שכתב בסי' שפ"ח די"א דמותר ליטול לעצמה אף דאיכא דפליגי על הי"א לא היה לו לכתוב כאן הדין כן בפשיטות כיון דאיכ' דפליגי

וגו' ע"ש ותמוהין דבריו דהא כיון שרש"י פסק בפשיטות שא"י להוציא מידו והוא מטעם כיון דלא איתמר הילכתא לא כמר ולא כמר א"כ מכ"ש דשפיר כתב הרמ"א שאין מוציאין מידו כיון די"א שמותר ליטול לעצמו ודיעה זו היה נראה לעיקר בעיניו מדלא הביא י"א השני בסי' שפ"ח:

סימן רפד

א כל היורשין יורשין בחזקה בב"י הביא דברי הריב"ש דס"ל דאם שמעו מהמוריש שזה קרובו כגון שהוא אחיו בשעה שהיה לו בנים ואח"כ מתו הבנים אין נאמן והרשב"ץ השיג עליו דמ"מ נאמן דאלת"ה דא"נ רק כשאומר בכוונה ליורשו וגבי בכור מוכח דאפי' אמר דרך שיחה דנאמן והאריך ע"ש ובקצה"ח האריך להוכיח כדברי הריב"ש וחילק דדוקא בבכור דנאמן מטעם יכיר מהני אפי' אמר דרך שיחה משא"כ בשאר קרובים דא"נ אלא מטעם מגו בעינן בכוונה ליורשו ע"ש ולפענד"נ דאין לחלק דאם נאמר דכל שאמר דרך שיחה אמרי' דמלת' דלא רמי' עליה אמר א"כ אפי' בבכור לאו כלום אמר וע"כ צ"ל דלא תלינן באומר שהוא קרובי דרך שיחה שמילת' דלא רמי' עליה אמר ואמרי' דבדוקא אמר א"כ ה"נ בשאר קורבה אמרינן דבדוקא אמר ונאמן מכח מגו:

ב סימנים מובהקים עסמ"ע ס"ק ד' עד אי כליו היו כך וכך וכו' נראה דאם אמר סימנין גמורים בכליו דמהני לענין ממון דהא התוס' ביבמות דף ק"כ בד"ה כליו כתבו דלא חיישינן בממון לענין שאלה ע"ש רק כוונתו כשאומר סימנין גרועין כגון חיוורי וסומקי:

סימן רפה

א אין מוציאין אותם מידם עסמ"ע ס"ק א' מ"ש בשם ה"ה ליישב דברי הרמב"ם בדוחק גדול וגם הב"י תמה ע"ש מה שלא כתב הדין המבואר בש"ס דאפי' שמע שממשמשין ובאין ע"ש ולפעד"נ בכוונת דברי הרמב"ם במ"ש אין מוציאין אותם מידם דהיינו דבשלא שמעו בו שמת כשהב"ד מורידין אותן מתנין עם הקרובים שאף שכ"ז שלא יבואו הבעלים יכולין הן לאכול מ"מ כשיבואו הבעלים מנכין להם במה שהיו צריכין ליתן להם כאריס והמותר מוציאין מהן אבל בשמעו בו שמת שירדו לאכול בתורת נחלה אין מוציאין מהן הפירות שאכלו ומש"ה לא היה צריך שוב לכתוב הדין שאפי' שמע שממשמשין ובאין דהרי זה זריז ונשכר דנכלל במ"ש שאין מוציאין מידם דמשמע שאין הב"ד מוציאין מהן שום דבר מהפירות עד שיבואו הבעלים ויטלו שלהן אבל לירד ולמכור גוף הקרקע ודאי דאין שום אדם יקנה מהן דאין אדם מוכר דבר שאינו שלו ומי שיקנה מהם אינהו

דאפסדו אנפשייהו וכשיבואו הבעלים יוציאו מהלוקחים שקרקעות א"י להבריחם ואין הב"ד חוששין כלל למכירה ובודאי לא יעשו היורשים רק שיאכלו הפירות ובדין אוכלים ועוד נראה בכוונת הרמב"ם דהנה כשהב"ד מורידין נותנין דוקא לראוי כמ"ש הרמ"א דאם קצתן אינן עובדים אדמה שיורידו להעובדים אדמה ובודאי אפי' קדמו מי שאינן עובדי אדמה ונטלו מוציאין מידם ונותנין להעובדים אדמה משא"כ בשמעו בו שמת מי שנטל נטל ואין הב"ד מזדקקין כיון דנראה שמת כבר ומש"ה קתני בברייתא לישנא דהיורד בדיעבד:

ב פירות נוטל הכל נראה דאפי' הפירות שגדלו מאליו נוטל וכ"א בהגהת אשר"י ע"ש ובזה יש ליישב קושיית התוס' על רש"י בד"ה וכולן שמין להן כאריס ע"ש די"ל דכוונת רש"י במ"ש ושאר פירות יהיו מונחים היינו פירות האילן שלא טרח בהו אבל פירות שבאו ע"י טירחא אוכל הכל ובריייתא דקתני ואין מניחין אותן לירד משמע כלל וכלל לא:

ג או עד שיבוא עסמ"ע ס"ק כ"ב שסיים בצ"ע ואישתמיטתי' דברי הנ"י שכתב בהדיא כן דבנכסי רטושין כששמעו בו שמת אינו אוכל הפירות כלל אלא מחשבין עמו בכל שנה כאריס שאינו כדין הורדה כלל ע"ש:

ד וסמוכין על שולחן אחד מעמידין קרוב. ולפעד"נ דזהו דוקא להנך דסוברים דאפי' בתורת אפוטרופס אין מורידין קרוב דחיישינן אפי' בכה"ג דילמא אתי לאחזוקי י"ל שפיר כיון שסמוכין יחד לא חיישינן כמו שהוכיחו הפוסקים דאלת"ה קשה מהא דאמרו בבבא בתרא קמ"ד בגדולים וקטנים כשאמרו ראו בפני ב"ד דהשבח לעצמן הא הב"ד אינן מניחין אותו כלל לירד בנכסי קטנים כל עיקר וממילא הוי כיורד שלא ברשות כמבואר בב"מ דף מ' גבי מרי בר איסק. אבל להש"ך דס"ל דרק לירד ולאכול אין מורידין וממילא להשביח שלא לאכול מורידין אין הוכחה משם ולפיכך נראה דלהוריד לאכול הפירות אפי' בניזונין יחד מ"מ אין מורידין דמה בכך שניזונין יחד מ"מ כשיראו שאוכל פירות משדה זו לבדו ואין נותן ממנו לקטן אתי לאחזוקי ומה בכך שניזונין יחד משאר ממון וכן לפמ"ש הנ"י שהגדולים לא יודיעו לקטן ה"נ לא יודיעו לקטן כשיראו שיאכל הגדול משדה זו הפירות לבדו:

סימן רפז

א והשביחה הנכסי' מחמת הוצאה. עסמ"ע ס"ק ה' דבמחמת הנכסי' יש ג"כ מחלוקת בין הרמב"ם והפוסקים דלדידהו אפי' שבח מחמת הנכסי' שלה כיון שאמרה ראו ע"ש

ולפעד"נ דהרמב"ם מפרש שבח נכסים מחמת נכסים היינו כגון דיקל' ואלי' כמו שפי' הרבה מפרשים הובא בשיטה ובהא כ"ע מודים דהוא של היורשים:

ב ששכרו פועלים. נלפענ"ד דעיקר החילוק הוא דבחפירה ונטיעה צריך כל חלק וחלק חפירה ונטיע' בפני עצמו משא"כ שכירות פועלים שנשכר ביחד וטורח א' הוא רק שצריך מעט טורח יותר ואמרי אינשי גביל לתורא גביל לתורי ובכה"ג אחין מחלי אהדדי אבל שותף אפי' בכה"ג ששכר פועלים מ"מ נוטל הוא כאריס אף שעשה ע"י פועלין ונראה דדוקא כשהשביח בדבר עסק שלא נשתתפו על עסק זה כגון שנוטע שדה לבן של שותפות או בנה חורבה אבל שותפין שעשו שותפות להתעסק ונתעסק אחד יותר או שאחד לבד נתעסק א"י לתבוע שכרו כיון שאם הודיעו היה חבירו ג"כ יכול לעשות ולהתעסק ודאי מחל בחשבו שחבירו יעשה ויתעסק למחר דמה"ט כ' הנ"י דלא נקט גדולים וגדולים דבזה ודאי מחלי מטעם הנ"ל ובפרט בדבר שכל אחד מחוייב לעשות כל מה שצריך וא"י לתבוע לחבירו בעד מה שנתעסק הוא דהא מחוייב הוא רק לתבוע לחבירו בעד מה שבטל ממלאכתו והיה לו לתבעו תיכף וזה פשוט לדעתי ועמש"ל בסי' קע"ו:

ג השבח לעצמן ואם היה ממון בתפיסת הבית שהיו יכולין לשכור פועלי' והגדולים הוציאו משלהן מעות לשכור פועלים נראה דבזה יש דין ממוצע דנוטל בחלק הקטנים כאריס דהא ליכא למימר שלא יטלו כלום דהא עיקר הטעם בשבחו נכסים מחמת נכסים דאין נוטלין כלום וגריעי משאר שותפין הוא משום דאחין מחלי אהדדי כמ"ש הסמ"ע בס"ק ב' וכאן חזינן דלא מחלי דהא טרחי בגופן ובכה"ג לא מחלי וגם אי אפשר לומר שיטלו הכל דהא כתבו התוס' הטעם בב"ב דף קמ"ד בד"ה לא שני דהוי לאמצע משום דאי הוי אמרו גדולים ראו היו אוהבי הקטנים או קרוביהם משכירים להם פועלים משל אביהם בשלהם וה"נ כיון דיש ממון בתפיסת הבית ממילא היו ג"כ הב"ד משכירין פועלים וא"ל דזה הוי כמו שאמרו ראו כיון דידוע שאין טורחין בשביל אחיהם בגופו וכמו בס"ב בת"ח דז"א דהא בת"ח אפילו בדבר שהקטנים יכולין לעשותו השכר שלו כמבואר בב"ב קמ"ד וע' רשב"ם שם וכן הדין באמר ראו ובטרחו בגופו השבח לאמצע בדבר שהקטנים יכולין לעשותן אלא ודאי דלא דמי דבשלמא בת"ח כמו רב ספרא י"ל דדעתם הי' ליטול בחלק חבירו באריסות ועוד דז"א מפורסם אם לקח מעות שלו או של תפיסת הבית והוי כאילו אמר ראו שלא בפני עדים משא"כ ברב ספרא דהיה מפורסם לת"ח:

ד באחין שניזונין יחד. מ"ש הסמ"ע בס"ק ט"ו דדין זה אפי' בגדולים והטעם משום דגדולים וגדולים דדרין יחד וחלקו נפשם במזונות וכו' לא ידעתי כוונתו וכי משום שדרין יחד יהיו גרועים משאר שותפין שהשביח א' מהן דדינו כיורד ברשות כיון דבאינן ניזונין יחד לא מחלי זה לזה דינם כשאר שותפין ולפענ"ד דזהו דוקא בקטנים וקטנים דהעיקר הוא דהוי כיורד שלא ברשות הוא מטעם דאין מורידין קרוב וכדמוכח בב"מ ד' מ' אבל בגדולי' וגדולים ודאי דלא גריעי משאר שותפין משום שניזונין יחד ושייך ביורד ברשות והכא בגדולי' וקטנים מיירי ואף שאמרו (וכו') בב"מ דכ"ט דכיון דאין מורידין קרוב לנכסי קטן הוי כיורד שלא ברשות תי' בתו' בב"ב ד' רמ"ו בד"ה השביחו לעצמו דשם בשאינן ניזונין יחד אבל בניזונין יחד דלא אתי לאחזוקי לא הוי כיורד שלא ברשות נראה דהתוס' הוצרכו לזה לפי שיטתם שכתבו בב"מ דל"ט דאפילו בתורת אפוטרופוס אין מורידין קרוב לנכסי קטן ולכך הוצרכו לומר דבניזונין יחד ליכא למיחש אבל לדעת הרשב"א שהביא הרב בהג"ה סעיף ז' דדוקא בתורת הורדה לאכול הפירות אין מורידין אבל בתורת אפוטרופוס מורידין ע"ש ממילא ל"ק דהכא הגדולים לא אכלי הפירות רק להשביח ירדו ולא שייך אין מורידין קרוב דלפ"ז אפי' באינן ניזונין כיון שאינן אוכלין הפירות דבכה"ג מורידין קרוב להרשב"א כיון דלא אתי לאחזוקי לא הוי כיורד שלא ברשות ואפי' לפי פי' הנ"י שכתב דחשש' הוא שכיון שיראוהו אוכל פירות לא יודיעו לו לקטן ג"כ לא שייך הכא כשאין אוכל פירות ומהתימה על הרמ"א שלא כתב זה דלדעת הרשב"א אפי' אינן ניזונין יחד לא הוי כיורד שלא ברשות:

ה ועשה בהן סחורה. עסמ"ע ס"ק י"ב ה"ה אם היה טורח נפשו בהשבחת נכסים לא הבנתי דכשטורח גופו אפי' בשאר אנשים השבח לעצמו וע"כ כוונתו בהשביח ע"י שכירות פועלים:

ו אם קטנים הם. עסמ"ע ס"ק י"ד עד מה שאכל כבר אין מוציאין מידו ונראה דהסמ"ע לא כתב כן רק בפירות שבא מחמת השבח שהשביח הגדול שלא מדעת הקטן ובזה כ' הסמ"ע שפיר ונראה הטעם כיון דאם יפסדו מה ששתלו ומה שבנו כגון ששרפו ויהיה היזק להיתומים מגוף הקרן ודאי שיצטרכו להחזיר מעות יתומים שיכולין לומר עקור אילנך ולך א"כ לא זכו היתומים בהאילנות והבנין עד שיתוודע להם וזכה להם חצירם אבל בלא ידע אין החצר קונה בדבר שאינו רגיל לבוא כמבואר בסי' רס"ח סעיף ג' וכיון שלא זכו קודם שיודע להם ובאחריות המשביחן קאי מש"ה פטורין מלשלם הפירות אבל נראה דודאי אם אכלו פירות מקרקע היתומים ובא להן אח צריך להחזיר הפירות שאכל דכי משום שאכל דלאו דידיה מחמת שלא ידעו פטור:

ז ואם היו גדולים. עסמ"ע ועמש"ל בזה ומה שהקשה הסמ"ע משמעו בו שמת לפענ"ד ל"ק כלל דבשמעו בו שמת כיון שאוכל כל הפירות יש לו דין מוציא הוצאות על נכסי אשתו דמה שהוציא הוציא אבל הכא שאינו אוכל הפירות כלל וכמש"ל ולא ירד רק אדעתא להשביח מהיכי תיתי לא יטול כאריס ומה"ת ימחול מלאכתו בחנם:

סימן רפח

א י"א דגדול האחין עסמ"ע ס"ק ב' שכ' טעם דהמחבר לא כתבו ותימהני דהא המחבר ג"כ כתבו בסי' קע"ו סעיף ט' ע"ש:

ב הרשות בידו עסמ"ע ס"ק ה' שהקשה מבא להן אח ומבא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהן המבואר בסי' קע"ח שכ"א יכול לבטל החלוקה ע"ש שתי' בדוחק ולפענ"ד לתרץ בפשיטו' דמבא להן אח ל"ק כלל דהא קיימא לן דאחין שחלקו לקוחות הן משום דאין בירירה וא"כ כשבא להן אח כיון דאין בירירה כל אחד יכול לבטל החלוקה שיכול לומר אותו שדי שנתתי לך היה של אח שלישי ועכשיו הוא שקניתי ממנו אחר שבא וחלקתי עמו נמצא שבשעה שחלקנו היה השדה אינו שלי ודמי לשדה זו לכשאקחנה קנוי' לך דלא קנה וגם לבעל חוב לא דמי דהא בבעל חוב שעשאו לשדה זו אפותיקי מיירי כמבואר בסי' קע"ה ומבואר בסי' ק"נ דבאפותיקי מפורש למפרע הוא גובה וע' בתומי' שם ולפי זה ג"כ יכול לבטל החלוקה דכיון שגבאו הבעל חוב שעשה לו אפותיקי נעשה שלו למפרע וע' סי' קט"ו דגובה השבח אפי' יותר על חובו משום דיכול לומר ארעאי אשבח והוא ג"כ מהאי טעמא דכשגובה נעשה למפרע שלו וא"כ בשעה שחלק עם אחיו ונתן לו קרקע זו חלף חלקו דהא אין בירירה שאינו שלו נתן לו דהא הוברר הדבר שהיה של הבעל חוב למפרע אמנם נראה דדוקא כשנטל הבעל חוב כל חלקו ולא נשאר לו שום קרקע ממה שחלקו אז יכול לבטל החלוקה אבל אם לקח רק מקצת בעד חובו כגון שהגיע לחלקו שדה בית כור והבעל חוב לקח בעד חובו לתך נראה דאם זה שלקח הבעל חוב ממנו רוצה לקיים המקח מהלתך שנשאר תחת ידו וליקח מעות בעד מה שלקח הבע"ח דאין אחד יכול לבטל החליקה דלא גרע מנמצא חצי שדה גזולה המבואר בנ"י ס"פ י"נ וכן בזכין לי כור' וזבין ליתכא המבואר בסי' קפ"ב דרק הלוקח יכול לבטל החלוקה ולומר במקח השלם אני רוצה ואין המוכר יכול לבטל המקח וכן מבואר בסי' רל"ב בסמ"ע ס"ק ב' שכל דבר שיכול להשלים המקח קיים ואפי' בקרקע כשיכול להשלים מקרקע שבצדה המקח קיים וא"כ אין שכנגדו יכול לבטל המקח כיון שזה רוצה מעות ומניח לו הקרקע הרי משלים לו מקרקע שבצדה ובודאי שאם שכנגדו רוצה לסלק לו בקרקע הרשות בידו

וא"כ ה"נ דכוותיה כשזה מחזיר הדקל ורוצה מעות והיינו על כרחך כשאומר או תן לי דקל אחר ואני אתן מעות או תן לי מעות בעד דקל שלי שנתתי דודאי אין יכול לכופו שיתן לו דוקא מעות דמהיכי תיתי הא ודאי דיכול השני לומר אני אתן לך הדקל כשלא אמר דקל פלוני ואפי' אמר דקל פלוני מ"מ הרי יכול זה שכנגד ולסלקו בדקל אחר דאל"כ אינו רוצה רק מעות ודאי דיכול לבטל החלוקה ולומר אין לי מעות ובזה שאומר לו או תן לי דקל או מעות ודאי דאין יכול זה שכנגדו לבטל החלוקה מהנשאר מטעם הנ"ל כנ"ל ברור:

סימן רפט

בדבר דשייך ביה גוד עיין סמ"ע סעיף קטן ה' עד ואין האפוטרופסין רשאין למכור חלקו כו' ולפ"ז נראה דאם הב"ד רואין שיש תועלת להיתומים בטענת גוד או אגוד שיכולין לטעון דהב"ד יכולין למכור קרקעות כשיש תועלת להיתומים כמבואר בב"י וכן הוא בסי' ר"צ סעיף י"ג בהג"ה והא דא"י לטעון גוד או אגוד הוא דוקא כשאין תועלת להיתומים בזה:

סימן רצ

א דהא על טענת ברי עיין סמ"ע ס"ק ט' שכתב דהיינו לענין שתי כסף ופרוטה והוא דחוק ועוד דכיון שיהיה ברי על פי כתב מב"ד מוציאין ממנו ואם לא יהיה ברי על פי הכתב א"כ מה תועלת יהיה בהכתב שיקחו מהבית דין לכן נראה דהנה הטורי זהב בסי' צ"ג כתב דלא משביעין ליה עד שיהיה חשוב בעיניו מאיזה הוכחה שיש לו ע"ש ולפי זה אתי שפיר דאף שאפוטרופוס שמינהו ב"ד משביעין אותו כשטוענין אותו הב"ד בשתי כסף היינו על כרחך שיש להן הוכחה לחשוד אותו כמ"ש הט"ז שם ולזה אם יהי' כתב בחשבון כמה קיבל וכמה החזיר אז יהיה אומדנא לב"ד או להיתומים לחשוד אותו ולהשביעו משא"כ כשלא יהיה ידוע כלל כמה בא לידו מעות לא יהיה שום אומדנא לחושדו וזהו מה שאמר דעל טענת ברי משביעין ליה כוונתו ברי על האומדנ' שיש במה לחשדו:

ב אפוטרופוס שמלוה מעות יתומים עסמ"ע ס"ק י"ג שכתב בשם מהרי"ק שאם א"י להוציא הרי פשע האפוטרופוס אע"פ שאיש נכבד והגון הוא וכו' קיצר בדברי מהרי"ק דשם מבואר שהי' ידוע שחב לאחרים יותר מנכסים ובזה ודאי פשע דאין מלוין רק על אחריות נכסים כמבואר בסעיף ח' אבל כשלא היה ידוע מחוב של אחריות בשעת

הלוואתו נראה דפטור ואין לומר בזה כיון דכל שטר קלא אית לי' הוי כידע ופשע כדמוכח מדברי מהרי"ק שכתב שהי' ידוע משמע דבאופן זה לא הוי פושע:

ג ורוצה ליתן בהן מה ששוין במקומו עסמ"ע ס"ק כ"ג ודוקא שאינו רוצה ליתן כו' מה שמגיע להיורשים קרן ורבית רק שרוצה ליתן שווין שבמקומם שהוא פחות מזה שמגיע להן אבל אם רוצה ליתן כל מה שמגיע להן ודאי דיכול דמה בכך שפשע כיון שרוצה לסלק כל המגיע הרי מתקן הזיקן ואם אין המשכון שוה נגד כל ריבית שמגיע להן עד עכשיו אף שפשעו במה שהלוה לאלמים מ"מ כיון ששווין הקרן פטורין מהריבי' דלא הוי רק כמבטל כיסו דפטור:

ד ואפוטרופוס נאמן נראה דמיירי באפי' אם לא הי' אומר האפוטרופוס שמגיע על המשכון לא היו היתומים יכולין לתבוע לאפוטרופוס מחמת שא"י כלל המעות מה שהוצי' עליהם ומה שהרויח במעותיהם ומגו דיכול לומר שפרע והוציא על היתומי' כי אמר נמי שלא פרע נאמן דלאו נוגע הוא ודמי להא דקידושין ד' מ"ג גבי שליח נעשה עד דמהימן לומר פרענו למלוה במיגו דאי בעי אמר אהדרינהו ללוה אבל בלא"ה נוגע גמור הוא שי"ל שרוצה להחזיק הממון שפרע להלוה לעצמו ופוטר עצמו מהיתומים במה שיעשה חשבון שמגיע מהלוה כך וכך וגם ע"כ מיירי שאפי' אם לא היה אומר שלא פרע הלוה לא הי' מקום הוכחה להיתומים לחשוד אותו בשתי כסף דאז הי' פטור משבוע' נגד היתומים דלשבועת אפוטרופוס בעינן הוכחה על החשד כמ"ש בס"ק א' אבל היכא דאם לא היה אומר שהלוה לא פרע הי' מקום להיתומים לחשוד אותו ולהשביעו וכשאומר שלא פרע ליכא מקום לחשוד אותו להשביעו ג"כ הוי נוגע שאומר שלא פרע בכדי לפטור עצמו משבועה נגד היתומים ועש"ך ס"ק ט"ז שכ' דבעינן דוקא שאמר לו בשעת הלוואה שמלוה לו מעות יתומים דאז הוי כדשלב"ל וכו' והטעם נראה דנהי דלא הוי כנוגע מ"מ מי עדיף מעד דעלמא דג"כ לא הוי כנוגע ומ"מ אין נאמן להוציא ממון ואף דיש משכון בידו מ"מ הא א"נ על המשכון רק במגו דלקוח או החזרתי והיתומים אין טוענין ברי שיהי' נאמנים במגו והאפוטרופוס אין לו מגו דלקוח והחזרתי דאלו טען כן הי' צריך לישבע וכיון שהמשכון אינו ת"י המלוים שהן היתומים דמי להא דסי' ע"ב סעיף י"ח בהג"ה דא"נ כשאין החפץ ת"י ולכך בעינן שהודיע לו ונאמן מטעם שליש דנאמן כשאינו נוגע אפי' שהמקבל אינו יודע כשאינו כופר בשלישית כמבואר בסי' נ"ו בש"ך ס"ק ה' ע"ש והנה באגודת אזוב שהביא הש"ך כתב דדוקא אפוטרופוס שאין מעות היתומים ת"י רק שנעשה אפוטרופוס לטעון נאמן להעיד אבל מלשון המרדכי שכתב הדין במשכון וטוען שפרע להאפוטרופוס ע"ש מוכח דאפי' כשהמעות ת"י האפוטרופוס

נאמן ומוכח כמו שכתבתי ומה שמביא ראי' מהמרדכי בפ' זה בורר שכתב כדבריו שם מיירי כשמעיד בדבר שאם הי' ת"י ולא היה הדבר כפי עדותו הי' מתחייב לשלם מטעם פשיעה כדמוכח ממ"ש שם ע"ש ועש"ך ס"ק כ"ב דמגו דהחזרתי לאפוטרופוס לא אמרינן ועיין במהר"ם שכתב טעמים הרבה ואחד מהן הוא כיון דהב"ד אינן מבררין רק למוחזק בכשר מגו גרוע הוא ולפ"ז במינהו אבי יתומים לא שייך טעם זה ולכך לענין דינא צריך לעיין במהרי"ט שם:

ה מילתא דלא שכיח וע' בתשובת הרא"ש דדוקא במידי דשכיח ולא שכיח טענת אפוטרופוס טענה אבל במידי דלא שכיח לגמרי אף אפוטרופוס א"י לטעון:

ו להוציא עבדים לחירות עסמ"ע ס"ק ל"ח משום דאין גופן דעבדים קנוי לאפוטרופוס וכו' והא דיכולין למוכרן הוא משום דקנוי להן לדמיהן היינו למוכרן וכמו בהקדיש עבדי' שאין הגזברין מוציאין לחרות רק מוכרין לאחרים מטעם הנ"ל כמבואר בגיטין דל"ח ע"ש:

ז אם נטל רשות מב"ד ע' בב"י שהביא בשם רשב"א דכשיש ריוח להיתומים יכול האפוטרופוס למכור אפי' קרקעות כגון שמכר קרקע לפרוע להבע"ח שנתפשר עמו בפחות ע"ש:

ח פוסקין עליהן צדקה עקצה"ח דהוכיח שיש שיעבוד נכסים בצדקה ולפענ"ד דליכא שיעבוד נכסים רק במקום שדין ב"ד לכופו על הצדקה כגון לפדות קרובו או ליתן לקופה ולתמחוי של העיר שבא החיובים עליו שלא מכח דיבור פיו אבל צדקה שבא עליו מכח דיבור פיו הוי כנדר וליכא שיעבוד נכסי:

ט ראובן שאומר שיש בידו מעות של שמעון ואמר שציוהו וכו' לא יכולתי להבין דעת הרב בזה דממ"נ במאי מיירי אי מיירי במודה מעצמו שיש בידו מעות יתומים ודאי דנאמן בלא שבועה דמי גרע מראה אביו שהטמין מעות ואמר של פלוני הוא דנאמן כשבידו ליטלם כמבואר בסי' רנ"ו סעיף ח' ואמאי יהי' יכולין להשביע בטענת ברי ואי טוענין שיודעין שיש בידו ממון אביהם וא"י כמה מ"מ היאך יתחייב שבועה נגד טענת שמא הא לא טענינן ליתמי להוציא וגם מה ענין אפוטרופס שייך לזה כיון שעל ידי טענה ותביעה בא לכן נלפענ"ד דמיירי שהודה בפני עדים שיש בידו מעות יתומים כך וכך ואביהם מינה אותו לאפטרופוס לעסוק בצרכיהם ולהוציא על הצטרכותם עד שיגדלו וכן עשה דאז א"י להשביעו כיון דבשעה שהודה שיש לו ממון אביהם הי' כמשיב אבידה שהוא אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים שא"צ לישבע אבל אם אמר אחר שהודה כשתבעוהו ואמר להם שמהמעות שהודה לפני העדים לא ציווה ליתן על צרכיהם רק לקצתן ולכך

האחרים שלא נעשה אפוטרופוס נגדם יכולין להשביעו אם לא נשאר תחת ידו דנהי שהיה נאמן על זה מחמת שאמר בשעה שהוד' שאביהן ציווה ליתן לקצתם מזונות עד שיגדלו מ"מ שמא נשאר ת"י וזה המותר שייך גם להם אבל אם אמר בשעה שהוד' בפני עדים שלא ציווה ליתן המעות רק לקצתן ולהנשארי' לא יתן אף פ"א א"י להשביעו כמו בסי' רנ"ו סעיף ח' בראה אביו שהטמין כנ"ל:

י וחייב בפשיע' עש"ך ס"ק כ"ה דהוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף ועמש"ל בסי' ע"ב בזה:

יא אפוטרופוס שטען בב"ד מה שלא הי' לו ליטעון ע' קצה"ח שתמה בחלוקה דאם הי' טוען כדברי ראובן הי' נוטל בלא שבועה ולפי טענת אפוטרופס שכנגדו נשבע ונפטר שפסק דלא הוי מזיק ממון משום דמי יימר דמשתבע הנתבע וע"ז תמה דא"כ בשבועות פ' שבועות העדות בכפר אחד והוד' אחד אמאי חייב קרבן שבועה הא לא הוי כפירות ממון דהא הנתבע חייב שבועה נגד העד שמוד' ומי יימר דמישתבע ע"ש ולפענ"ד נראה דלא דמי דשאני התם דרחמנ' חייביה קרבן כשיש כפירת ממון ומש"ה כיון דעד א' אף שהעיד לא הוי רק גורם לממון משום דמי יימר דלא משתבע וגורם לממון לאו כממון דמי ואלו העיד גם העד השני הי' ממון גמור ומש"ה כי כפר כפירתו ממון גמור הוא דע"י העדאת עד הראשון לא הי' רק גורם לממון דלאו כממון הוא וע"י העדאת העד הנ"ל הי' ממון גמור וכי כפר כופר בממון מש"ה חייב משא"כ הכא באפוטרופוס דלא הוי מזיק רק מטעם דינא דגרמי דהא אפי' עדים שהעידו שקר לא חשיב רק דינא דגרמי כמבואר בסי' ל"ח ודינא דגרמי הוא מדרבנן והנה הא דאמרינן דע"א לא הוי רק גורם לממון משום דמי יימר דמשתבע ע"כ היינו כיון שהוא ספק ממון לא חשיב רק גורם לממון וכיון דכשיש עד אחד אכתי ספק ממון איכא ובדיני דגרמי לא חייב עד שיהי' ברי היזיקא וכל שמזיק ועדיין נשאר בו ספק ממון הוי לא ברי היזיקא ופטור א"כ ה"נ באפוטרופוס שלפי טענתו עדיין נשאר ספק ממון משום דמי יימר דמשתבע פטור דהא לא הוי ברי הזיקא:

יב יכול לחזור בו ומטעם נדר לא מתחייב דבטרחא בגופו לא שייך נדר אפי' בעני כמבואר בש"ך סי' רמג ע"ש:

יג או שלא יתנו לו עד אחר זמן מרובה ע"ש סמ"ע ס"ק נ"ח עד ואם בתוך זה הזמן שיעבר היתום נכסיו לאחר אינו כלום אפי' לאחר הזמן וכו' הרבה הוא תימה לפענ"ד דהא בלשון אל תתנו אינו יכול להפקיע ירושתו דהוי מתנה עמ"ש בתורה דכמו דאם אומר אל תתנו לו ירושה כלל אינו כלום דהוי מתנה עמש"ב ה"נ אם אומר אל תתנו לו ירושה תיכף הוי

מתנה עמש"ב דהתורה אמרה שיהיה יורש תיכף כשימות האב ובהדי' אמרו בכתובות ס"פ מציאת האשה (כתובות ד' ע') גבי אל תתנו לו אלא שקל בכל שבת ה"מ ר' מאיר הוא דאמר מצוה לקיים דברי המת היו נותנין לו מיד ולא היו משגיחין על צוואתו שציוה שלא יתנו לו לזמן מרובה (ומכאן סתירה ג"כ למ"ש הש"ך סי' רפ"א סק"ו דבפשוט מהני כשאמר לא יטול כיון דהוא לשון מתנה דהא מכאן מוכח דאפי' באמר אל תתנו דהוא לשון מתנה לא מהני רק מצוה לקיים ד"ה) כיון דלא הוי רק משום מצוה לקיים ד"ה בעינן דוקא שהושלש מתחלה לכך כמבואר בסי' רנ"ב ורנ"ג וגם אפי' הושלש מתחלה לכך מ"מ אם מכר מכירתו מכירה כמבואר בסי' רנ"ב א"כ אמאי לא יהי' ממש בשיעבוד הא שיעבוד כמכר ועדיף מיני' ועוד כיון דאחר הזמן הנכסים שלו הן מה"ת לא יגבה מהן המלוה שלו כיון שהיורש לוה ממנו ואם כוונתו לענין אם היורש מכרם אחר זמן וכיון דלא הוי ממש בשיעבוד א"י לטרוף מהלוקח מ"מ קשה דה"ל לפרושי ועוד דאם כתב דאקנה מה"ת לא יגבה מהם ועוד דאפי' מתנה הוי דהא מ"מ הנכסים שלו הם אף קודם הזמן וגם עיקר הדין שיהי' מועילין בלשון אל תתנו תמו' טובא וכמש"ל וצ"ע ועוד דהא יורשים גדולים יכולין למחות באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים כמבואר באה"ע סי' קז ע"ש בב"ש וע' בסי' רל"ה בסמ"ע ס"ק כ' ועמ"ש שם:

יד אין מוציאין מהיתומים עש"ך ס"ק ל' עד דאפי' הוא חי פשיטא וכו' וע"ל סי' צ"א סעיף ה' והנה שם מבואר דיכול לישבע על פנקסו וכשהי' אביו חי וטען ברי נאמן בשבועה כמוציא הוצאה ברשות דהרי הב"ד נתן לו רשות להוציא למזונת' וכמבואר בתשו' רמב"ן סי' ג' אם לא שכוונת הש"ך שהאפוטרופוס החזיר להם החפצים דאז הוי כהודה האפוטרופוס ועמש"ל בסי' צ"א בביאורים סק"א בדין מוציא הוצאת ברשות שמת ואם מטלטלין של היתומים ת"י אפוטרופוס כיון שמצא כתוב בפנקס דהוי כא"ל אבא משו"ה כשלא ראה בידן דהוי אביהם נאמן במגו דמי למשכון דטוענין ליתומים כשאביהם היה נאמן במגו אבל כשראה וידוע שהוא של אבי היתומים הרי הוא כבא להוציא מהיתומים ואין מוציאין מהיורשים אף דמצא כתוב בפנקס דמי לא"ל אבא מ"מ כיון שאביהם א"נ רק בשבועה ועדיין לא נשבע אינו יכול להוציא מידם:

סימן רצא

א ואינו חייב לשלם וכל השומרין מחויבין לשלם כפי ששוין בשעת הפשיעה וע' קצה"ח שהביא דברי הרמב"ן והריטב"א מ"ש לחלק בין גזלן דמשלם כשעת הגזילה ובין שומר דמשלם כשעת הפשיעה ותמה עלייהו וכתב הוא הטעם דאפי' למ"ד דשואל משעת

משיכה נתחייב היינו כמ"ש הריטב"א דמשועבד ניכסי למפרע אבל מ"מ לא חל חיובא עליו למפרע וכו' ע"ש ונראה דטעם זה אינו מועיל רק לענין זולא אבל לענין אם נתייקר קשה דמה"ת יהי' שומר גרע מגזלן דמשלם כיוקרא דהשתא באיתבר ממילא וע"ז טרחו הרמב"ן והריטב"א לתרץ ולפענ"ד נראה לתרץ בפשיטות דהא התוס' בב"ק דף נו בד"ה פשיטא כתבו דגזלן לאו שומר הוא דהא בהרקיבו מקצתן פטור ע"ש ואינו חייב רק בשינוי כיון דקנו ליה וא"א להשיב כאשר גזל בדמים בעי שלומי מקרא דאשר גזל וא"כ א"א לחייביה על האונס מטעם שומר רק מטעם שגזלה ואשעת גזילה קא מחייבת ליה ולכך אינו משלם כיוקרא דהשתא רק כשעת גזילה משא"כ בשומר דבכך התחייב עצמו לשלם כשעת פשיעה דהא אשעת פשיעה מחייבינן ליה:

ב או כל דבר לשמו' בתוס' ס"פ החובל בד"ה ורמינהו לשמור כתבו דהמפקיד בסתם אין השומר מתחייב עד שיאמר שמור לי וכ"כ רש"י בביצה דף מ' בד"ה א"ל וז"ל אבל במפקיד פירות דהכא לאו בסתמא עסקינן אלא בקביל נטירותא ע"ש וכ"כ הרמב"ן בס"פ החובל שאין השומר מתחייב עד שיאמר שמור לי וכו' אבל במפקיד סתם ודאי פטור וכו' ונראה דזהו כוון המחבר בדקדוק לשונו במ"ש שהפקיד אצלו כסף או כלים לשמור משמע דאין השומר מתחייב עד שא"ל לשמור ולכאורה קשה דהא אפי' בהכניס שורו ברשות חייב לרבנן דעול ואנטור קאמר ואפי' מהיזק דאתי מעלמא להרבה פוסקים ומשמע אפי' לא ביקש ממנו רק להכניס שורו ועש"ך סק"ח דאם הכניס ענייני לבית בעה"ב ברשות סתמא דמילתא קביל עליו נטירותא אפי' לרבי וא"כ האיך משכחת ליה במפקיד בסתם דלא יתחייב אלא באומר שמור לי הא סתם מפקיד בבית הוא לכן נלפע"ד כיון שהרמב"ן במלחמות כתב וז"ל שאין השומר מתחייב עד שיאמר שמור לי או בענין שסתם משמע לשון שמירה א"כ נראה דבמקום שצריך שמירת בעלים כשנותן לידו הרי מוכח מענינו שכוונתו לשמירה והתוס' והרמב"ן שכתבו דבעינן דוקא שיאמר שמור כוונתו כשמייחד לו מקום שא"צ שמירת בעלים דאז אין מוכח מענייני שהבעלים יקבלו שמירה ע"ע וכ"כ הר"ן ריש פסחים גבי ייחד לו בית דכשייחד לו מקום דה"ל כאמר כנוס שורך ברשותך דפטור ע"ש מעשה בא לפנינו ברעש מלחמה נתן א' לחבירו להניחו במטמון שיש לו בקרקע בביתו ואחר כלות הרעש חפר הנפקד הקרקע להוציא שלו והודיע להמפקיר שכבר הוציא שלו ואח"כ נגנב הפקדון ופסקינן שאפי' שבועה אינו חייב דלא נעשה שומר כלל כיון שלא אמר שמור לי והמקום א"צ שמירת בעלים ולא מוכח מענינו שנתכוין לשמירה:

ג הוא שומר חנם והנה בא' שקנה מחבירו סחורה בק"ס או בשאר קניינים שא"י לחזור בהן ונשאר אצל מוכר פסק הב"י בסי' קצ"ח בטור אפי' שומר חנם לא הוי ע"ש שכתב שכן עיקר והוא מטעם הנ"ל דהא לא אמר שמור לי אמנם נראה דזה מיירי שכבר נתן המעות או שאינו מקפיד על המעות שנותן לו בהקפה אבל אם אינו רוצה ליתן לו עד שיתן המעות הוי ש"ש וכדין מלוה על המשכון ואם הוא זבינא דרמי על אפיה שיש בו הנאה למוכר בלא"ה הוא שומר שכר בהאי הנאה דתפיס ליה אזוזי דדוקא במשכון כתבו התוס' דל"ש זה דמאי הנאה אית ליה כשמלוה מעותיו משא"כ הכא שיש בו הנאת מוכר ואם א' זיכה חפץ לחבירו במתנה ע"י אחר ונשאר החפץ אצל האחר פסק הב"י בטור בסי' רל"ה בשם הרשב"א דאם זיכה לקטן ע"י אח' אם הקטן כאן ודאי לשמור מסרו לידו והו"ל כאמר שמור לי ואם אין הקטן כאן י"ל כדי לזכות ע"י מסר לו ולא לשמור ע"ש אמנם נראה דדין זה ל"ש רק בזיכה לקטן אבל בזיכה לגדול נראה דודאי שומר הוי כשהגדול אינו כאן וכ"ה בירושלמי דשבועות בר"פ ארבעה שומרין דאם אמר זכה במתנה לפ' דכיון ששמירתן עליו כמו שהוא עליו ע"ש והטעם נראה פשוט דאם זיכה מתנה לאחר ואין האחר בכאן לא גרע משומר אבידה וגדולה מזו כתב המהרי"ט חח"מ סי' קטז דהוי שומר ע"ש כיון דהחפץ בידו ואין הבעלים כאן לשומרו הוי כשומר אבידה ומ"מ לא הוי ש"ש משום פרוטה דר"י ומטעם שכתבתי בסי' ע"ב דל"ש פרוטה דר"י כי אם כשחייביה רחמנא בחיוב מצוה זו כגון בהלואת משכון שחייביה רחמנא להלוות וממילא נפגם בחיוב שיטוח וניעור מחמת חיוב מצות רחמנא אבל בדבר שלא נכנס בחיוב שיטוח וניעור מחמת חיוב מצות רחמנא לא הוי ש"ש וא"כ הכא דלא קפיד רחמנא להיות זוכה לחבירו במתנה ל"ש פרוטה דר"י אבל מ"מ שומר הוי משא"כ בזוכה לקטן דל"ש שמירה משום קטן מש"ה פטור דדוקא בדמי אבידה דאתיא מכח בן דעת חייב כמבואר בב"ק ד' קו אבל אבידה דאתיא מקטן פטור משא"כ כשהקטן כאן שהמזכה עשאו שומר ואפוטרופוס חייב דהוי כאפוטרופס שמינהו אבי יתומים או ב"ד דחייב בפשיעה דאתי' השמירה מב"ד וכמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן בשבועות ע"ש ונראה דהרשב"א לשיטתו דפוטר מפשיעה בשומר לקטן אבל לדעת המחבר והרמב"ם לעיל בסי' צ"ו דחייב כדין שומרים לקטן נראה דאפי' במזכה לקטן ע"י אחר דהוי כשומר אבידה לקטן דחייב דלהרמב"ם לא נתמעט קטן רק מדין כפל לענין שומרין לא בעינן נתינה מגדול ובגדול כשהוא כאן נראה דלא הוי שומר דבשלמא בקטן דאינו בר שמירה י"ל דהמזכה עשאו שומר בשביל קטן משא"כ בגדול מה"ת יעשהו שומר והגדול השני לא אמר שמור לי:

ד הנח לפניך עש"ך ס"ק ה' עד ולרבנן אפי' בהיזק דמיני' פטור וכו' כלומר לפי צד האיבעיא בב"מ פ"א דבהנח סתם בשוק פטור אפי' לרבנן ואפי' בהיזק דמיניה פטור ולפי הצד איבעיא דבהנח סתם בשוק אפי' לרבי חייב ה"ה אפי' בעלמא חייב:

ה הנח סתם וה"ה אם שתק אפי' א"ל שומר לי והניח לפניו דשתיקה לא הוי כהודאה כי אם כשיש זכות להשותק כמ"ש מהרי"ק שורש קנ"ה או בתביעה לפני ב"ד ושתק ע"ש אבל אם אמר שמור לי ומשכו הנפקד לרשותו בשתיקה שעשה מעשה ודאי דנתחייב בשמירה ומ"ש המהרי"ט דאם אמר השליכהו ארצה כדי לפטור מאחריות שלא נפטר בכך כבר תמה עליו בקצה"ח ע"ש לענין היזק דאתי ליה משומר שכתבו הסמ"ע והש"ך אין מקומן כאן:

ו הרי הבית לפניך עש"ך סק"ו אע"ג שקיבל שכר שמירה כשישמור וכו' כלומר אע"פ שהבטיח לו השכר בפי' כשישמור מ"מ כשאומר לו הרי ביתא קמך הוי כאלו פי' לו שאינו רוצה להיות שומר והשכר יהיה רק בעד הבית וכיון שנתן לו השכר או אפי' התחייב עצמו בהשכר אחר שאמר הא ביתא קמך הוי כאלו נתרצה ליתן לו כל השכר רק בעד הבית וחייב בכל השכר והנפקד פטור מחיוב שמירה:

ז ונאבדו המנעלים זהו מתשו' הרא"ש ואזיל לשיטתו דס"ל בסעיף ה' דלא בעי משיכה אבל למאן דס"ל דשומר בעי משיכה הלא אין כאן קנין דהא משוך בהמה וקני כלים שעליה אינו קונה וגם מטעם חצר אינו קונה דחצר מהלכת הוא ותימה על המחבר והרב שסתמו כאן לכן נראה דבכאן כ"ע מודו דחייב לשלם דדוקא במקום שאין עושה מעשה בגוף החפץ רק שפשע בשמירה שלא שמר ביתו דבזה איש אחר שלא קיבל שמירה אינו חייב דהא אפי' פורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור רק שומר חייב ומש"ה כשלא עשה קנין כאחר דמי ופטור אבל אם עשה מעשה בגוף החפץ כגון שראובן נטל כלי מבית שמעון והניח באם הדרך במקום שאין משתמר ודאי דחייב אפי' לא עשה קנין דהא בב"מ פ' א"מ קרי ליה הש"ס אבידה מדעת במקום שהוא אינו משתמר וכיון שהניחו במקום שאינו משתמר לגמרי עד שנקרא עליו שם אבידה הוי כמאבדו ומפסידו בידו דחייב ומש"ה אפי' הוא אינו שומר או שהוא שמירה בבעלים חייב בכיוצא בזה וה"נ שהוליכו ממקום המשתמר והניחו במקום שאינו משתמר לגמרי הוי כמזיק בידים וחייב אך מ"מ אינו שומר לענין אם טוען ששמרו כראוי שיהי' חייב בשבועת שומרים למאן דס"ל דבעי משיכה בשומרין:

ח אבל בדרך עסמ"ע סק"ה עד ודומה לבית ובית פטור בהיזק דאתי לי' מעלמא וכו' כלומר לפי צד האיבעיא בש"ס בב"מ ד' פ"א ע"ב דביתו י"ל דשקיל רשותו ממנו לאעיולי'

ולא לשמור לשומר ע"ש ה"נ י"ל בחמור והנה מ"ש הסמ"ע בפי' דברי תשובת הרא"ש שהביא הטור המעיין בדבריו שם יראה שאין הל' מדוקדק לפי דבריו ע"ש בטור ונראה בכוונת דברי הרא"ש דרצה לדמות מקודם הא דמנעלים להא ביתי קמך ולהניח סתם וע"ז חילק בין מקום המשתמר כוונתו לחלק רק בין הא ביתי קמך דבהנח סתם החילוק פשוט דשם מיירי בשוק ושניהם כאן דיכולין לומר דתיב ונטור לך קאמר משא"כ במנעלים שהולך מכאן אבל מהא ביתי קמך בב"מ י"ט שפיר קשה להרא"ש דעובדא הי' שהנפקד נשאר כאן ואמר ליה ליהוי דמי פקדון גבך והלך לו והוי ממש דומיא דמנעלים וגם בביתו א"א לומר דתיב ונטו' לך קאמר דנראה דעיקר החילוק שבין חצר לבית שהביא הש"ך ס"ק ח' בשם הג"א דבהילוך דחצר לא קפדי אינשי ותיב ונטור קאמר אבל בבית דאהילוך דבית קפדי אינשי וכמבואר לעיל סי' קנ"ד בסמ"ע ס"ק ז' ע"ש וא"א לומר דתיב ונטור לך דע"כ עול ואנטור לך קאמר ולזה כתב הטור דהטעם בהא בית' קמך דלא הוי ש"ח כיון דהבית מקום המשתמר הוא א"כ י"ל שלא הי' כוונתו שיהי' השומר רק שיחי' משומר מכח הבית שהוא משתמר משא"כ במנעלים שהוא מקום שאינו משתמר וגם הולך משם סתם משמע לשון שמירה וכמ"ש הרמב"ן סעיף ג':

ט לחצירו עש"ך ס"ק ח' דבבית קיבל נטירותו ועמש"ל בס"ק ב' ובס"ק ח' ע"ש:

י אלא שמירת דינר כסף בקצה"ח כ' דאם נודע לו לשומר קודם שנאבד שהוא של זהב אז יש חילוק בין שומר לשואל דבשומר כיון דלא קיבל עליו שמירת זהב פטור אבל בשואל כיון שנשתמש בו אחר שנודע חייב ע"ש ולפענ"ד נראה דאפי' בשואל פטור כיון שהמשאיל נתן לו רשות להשתמש בו אף שידע שהוא של זהב ונתרצה מה שהשואל לא מקבל על עצמו רק חיוב תשלומין של כסף ומה בכך שנתוודע לו שהוא של זהב וכי בשביל זה נתבטל רשות תשמיש עוד כ' שנסתפק כשומר אבידה כיון דרחמנא רמי עליו נטירותא בע"כ לא שייך לומר נטירותא דדהבא לא קיבל ע"ש ולפנ"ד נראה לשיטת הרמב"ן שכ' דהפלוגתא בין ר' יהודה לרבנן והאיבעיא דרב אשי בב"ק ד' י"ב הכל הוא לענין עשו תקנות נגזל אבל לענין חיוב תשלומין לכ"ע מדליק בשל חבירו חייב אף במקום דלא מסיק אדעתא רק כשאומר פטור מטעם דלא קיבל עליו שמירה יותר בודאי יש לחייב בשומר אבידה אבל לשיטת תוס' והרא"ש דס"ל דהפלוגתא דר"י ורבנן והאיבעיא הוא הכל לענין חיוב תשלומין ואפי' מזיק בידים פטור במקום דלא ה"ל לאסוקי דעתי' והא דחייב באמר לו של כסף והזיקו הוא משום דהי' לו לאסוקי אדעתיה שאומר כן בשביל קבלת שמירה ובשומר אפי' בכה"ג פטור משום דלא קיבל עליו שמירה ביותר מכסף וכן במשאיל לו מקום להגדיש חיטין וחיפן בשעורים דפטור

הוא ג"כ מטעם זה דאתיא כרבנן דס"ל בב"מ דף מ"ד דמסתמא כשנתן לו רשות מקבל עליו נטירותא דעול ואנטר קאמר ודוקא מהזיקא דאתיא ליה מיניה ע"ש ולכך בנתן לו רשות להגדיש קיבל עליו שמירה מהיזקא דאתי ליה מיניה וכיון דחיפן בשעורים ה"ל כאילו א"ל אח"כ הזהר בו כי של כסף הוא ע"ש וכיון דאפי' במזיק פטור להתוס' במקום דלא ה"ל לאסוקי אדעתא דרחמנא לא חייבי' בשמירה רק מה שיש לו לאסוקי אדעתיה ובסי' תי"ח פסק המחבר בהדיא כהתוס' דאפי' מדליק בשל חבירו פטור במקום דלא ה"ל לאסוקי אדעתא ועש"ך שם ועי' בסי' שפ"ח סעיף א' בהגה"ה א"כ מכ"ש בשומר אבידה דפטור דכמו דרחמנא חייביה בע"כ בשמירה שלא יזיק ואפ"ה פטור במקום דלא הו"ל לאסוקי אדעתי' ה"נ בשומר אבידה אף דרחמנא חייביה בשמירה מ"מ במקום דלא ה"ל לאסוקי אדעתא פטור ומה שנסתפק בגזל זהב מכוסה בכסף ונאנס אי צריך לשלם זהב כיון דגזלן צריך קנין ומבואר בסי' רל"ב סעיף י"ח בבדיל שהי' בו זהב דלא קנה הראשון כיון דלא כוון לקנות ולא ידע אין ידו קונה לו א"כ גם גזלן אינו חייב ע"ש ולפענ"ד נראה דגזלן בודאי חייב דהא קני ליה גוף הדבר עכ"פ בשיווי כסף דלפי שיווי כסף ודאי צריך לשלם ונעשה גזלן על גוף הדבר והתוס' בב"ק ד' נ"ו ע"ב בד"ה פשיטא דגזלן לאו שומר הוא ואינו חייב באונסין רק מטעם שקנו ליה בשינוי וכיון דבשינוי אפי' הגזלן אינו רוצה לקנות בשינוי קנה הגזלן בע"כ אפי' נשתנה מאליו ואפי' גנב טלה ונעשה איל וכיון דלא בעי כוונה לקנות קנה אפי' לא ידע שהוא זהב ועוד נראה דהא דסי' רל"ב דאינו זוכה בהיה בו זהב משום כיון דאינו הוה להימצא וכמו שכתבו התוס' בב"מ דף כ"ו בד"ה דשתיך הוא כאבוד ממנו וכאבידה דמי ובאבידה בעינן אתי ליד הזוכה כמו שכתבו בכמה דוכתי ולכך דוקא בסי' רל"ב שכבר מכר ליד אחר ואתי ליד זוכה הוא של הזוכה אבל כל זמן שהוא תחת ידו חשיב כשלו ונקרא עליו גזלן:

יא ונסתלקו הבעלים משמירה עש"ך ס"ק ב' עד וצ"ע כו' ואפשר ליישב דברי הסמ"ע שכוונתו דאם אחר שקיבל השומר על עצמו לשמור נשאלו הבעלים לשומר שישמור עמו הוי שמירה בבעלים כיון שבתחילת השמירה היינו התחלת מלאכה הי' בבעלים אף שהשומר כבר הי' משועבד לשומר הוי שאילה בבעלים כמ"ש התוס' בב"מ ר"פ השואל ע"ש:

יב עד שימשוך. ואם הקדים שכר לשומר שכר נראה ודאי דהוה ש"ש בלא משיכה דהא קנין מהני עי' בסי' של"ג שכתבתי דפועל ששכרו בכסף הכסף קונה לענין שא"י לחזור בו כיון דקיי"ל כר' יוחנן דמעות קונות דבר תורה כדמוכח בב"מ דף מ"ח שהקשה בש"ס מהא דנתנה לספר ומוכח ברמב"ם פ"י מה' מעילה דבקנה מטלטלין לא מעל כיון שאינו

קונה מדרבנן ובנתנה לאומן פסק שם דמעל משמע דקונה אפי' מדרבנן לא שייך גביה החשש דנשרפו חיטין בעלייה ומה לי ששכרו לעשות מלאכה או שכרו לשמור לו ואף ששכרו לזמן ופועל יכול לחזור בו מ"מ כל זמן שלא חזר בו קנוי הוא לבעלים וכי חזר בו מלתא אחריתי הוא כמבואר בב"מ דף י' ע"ש וכיון דכסף הוא קנין לגביה הוי כשכיר ועיין קצה"ח שהקשה למה לי קרא למעט שטרות הא ליכא קנין בשטרות דבעי כומ"ס ולפי מש"ל בסי' ס"ו בשם התו' בכתובות פ"ה ה"ה המוכר שטר דלענין שיחזיק השט"ח למוכרו ללוה או למלוה יש בו מכר מדאורייתא ומהני משיכה א"כ מכ"ש כשמושך להתחייב בשמירתן כפי שויין למכור לזה ודאי במשיכה בעלמא סגי:

יג שלבסוף נאבד באונס ולענין יוקרא וזולא חייב לשלם כשעת הוצאה מן העולם ולא כשעת הפשיעה ופשוט:

יד אנה הנחתי לפמ"ש המחבר הטעם דהוי פשיעה א"כ אם היה בבעלים פטור דפשיעה בבעלים פטור אמנם לפענ"ד נראה דפשיעה זו מטעם מזיק הוא דאפילו בבעלים חייב ודמי להא דמבואר בסי' ש' גבי מי שהפקידו אצלו בשני כריכות זה מאתים וזה מנה דחייב ג"כ דהוי פושע וחייב אפי' בבעלים וראיה לזה דאלת"ה כשטוען א"י אם החזרתי בפקדון ליפטר כשהיה הפקדון בבעלים דהא ע"כ אם טוען שא"י אם החזיר אם לא החזיר והוא בביתו וא"י היכן הוא ואם נאמר דכשטוען שא"י היכן הוא אינו חייב רק משום פושע הא פשיעה בבעלים פטור אלא ודאי דפשיעה זו מטעם מזיק הוא דאפילו בבעלים חייב והטעם נראה דאפי' מי שאינו שומר כלל חייב בכה"ג כגון אם ילך ראובן לבית שמעון ויקח מעות של שמעון ויקברם בקרקע ואף שיכוין לט"ש כדי שלא יוגנב שלא נעשה עליו גזלן וישכח באיזה מקום קברו דודאי חייב ראובן לשלם דכיון שעשה מעשה בחפץ חבירו וע"י מעשיו ניזק חפץ חבירו מזיק גמור הוא וה"נ השומר הזה שלקח החפץ ממקום המגולה והטמינו במקום שא"א להימצא וניזק ע"י מעשיו חייב לשלם: סעיף יא

טו עלתה מאליה תמוה לי כיון שכתב דעלתה מאליה דהוי רק כגניבה ולא כפשיעה א"כ קשה הא דפסק בסי' ש"ג סעיף י"ד בעלתה מאליה ותקפתו ונפלה דחייב הא כל שתחילתו בגניבה וסופו באונס פטור כמ"ש הסמ"ע שם בס"ק י"ג ע"ש ושם מבואר אי"ה:

טז ע"ד אשתו עסמ"ע ס"ק ל"א עד אם נאבד המעות בדרך הולכה וכו' ס"ל כמ"ש הש"ך בס"ק ך"ו דאם מניח במקום שמניח מעותיו דפטור וכן כתב הש"ך בשמו בס"ק כ"ו שכתב שנראה כן בדברי הסמ"ע ס"ק ל"א ומה שרימז לסי' רצ"ב סעיף י' כוונתו דאם נאבד קצת מעות וא"י של מי נתבאר שם בהג"ה ובש"ך ס"ק ך"ח בסופו יש ט"ס צ"ל סי'

ע"ב ס"ק קל"ו ועמ"ש שם דבפקדון לכ"ע פטור דאשת המפקיד לא גרע מאילו מסר למי שרגיל להפקיד דפטור:

יז אא"כ הביא השומר הב' ראייה זה קאי אסוף דבריו במסרם לבן דעת אבל ברישא שמסרו לחש"ו חייב אפילו נאנסו לבסוף כשהאונס בא מחמת הפשיעה דאין לך פשיעה גדולה מזו שמסרם לחש"ו:

יח אם הניח אחרים ליכנס עיין בת"ה שם דאפילו טוען שמא נגנב קודם שהניח לאחרים ליכנס דחייב:

יט כ"ש שהיתה נזהרת עש"ך ס"ק ל"ג אבל שומר שכר חייב דה"ל לפרש כו' לכאורה תמוה דלמה לו האי טעמא דהא כיון דהוא שומר שכר ומסר לאמו שהיא ש"ח ונגנב לבסוף ודאי דחייב כמבואר לקמן סעיף כ"ו ואי בא לומר דחייב אפילו באונסין משא"כ מטעם גרועי גרעיה פטור מאונסין כמבואר בש"ך ס"ק מ"ו ז"א דכיון דש"ח פטור בטענה זו ע"כ צ"ל דמה שלא הודיע לא חשיב פשיעה רק כעין גניבה וכל שתחילתו כעין גניבה וסופו באונס פטור כמבואר בתוס' ובפוסקים וכן קשה לקמן סעיף כ"ה בהא שכתב דש"ש חייב ע"ש ונראה דכוונתו דאם היו שניהם ש"ש דחייב הראשון דהוי כנגנב אצל הראשון ואפילו להך דיעה דסעיף כ"ד דפטור באין לשני לשלם הכא חייב הראשון ועמ"ש בסי' ש"מ תירוץ אחר לזה ומה שכתת' עוד הש"ך על דברי הסמ"ע כלומר שלא היתה רוצה לטרוח כו' ובא להוציא דברי הסמ"ע מפשטן נראה דהיה קשה לו להש"ך דא"כ כל נפקד יאמר כך סברתי שרוצה להתעסק כיון שכל נפקד א"י לומר כן אם כן ה"נ האם חייבת להבן כיון שהיא נפקדת של הבן וחייבת לשלם להבן ממילא החיוב הוא למפקיד הראשון לכך כתב דבן שאני משום דהיתה סבורה שהבן לא יקפיד כו' פי' שרגילה תמיד בכך ואינו מקפיד:

כ שהרי לא אמר לה עש"ך ס"ק ל"ד עד צריכין לישבע היסת נגד הבן אף שהוא קרוב כו' אמנם נלענ"ד דחייב הבן לשלם לדיעה קמייתא של הרמ"א בהג"ה שבסעי' שאח"ז כיון דלפי דברי הבן פשעה האם והאם כופרת הוי כאין לה לשלם כמבואר בסי' קע"ו סעיף ל"א ע"ש וממילא לדיעה זו האם חייבת לישבע נגד הבן והש"ך מיירי לדיעה ב' או במקום שאין לכן לשלם ורוצה המפקיד להשביע האם ע"פ טענת הבן ומה שמסיק הש"ך דיכול להשביע ע"י גילגול תמוה דמבואר בסי' צ"ד שאפי' ע"י גלגול אין משביעין בטענת שמא אם לא כשיש רגלים לדבר אמנם לפמ"ש בסי' צ"ד דבשבועת שומרים כיון שעיקר השבועה הוא על טענת שמא מגלגלין אפי' בטענת שמא א"ש והא שכתב הש"ך דלא הוי נוגע משום שאף אם יאמר שלא אמר לה פטור ואף דמיירי שיש עדים שנאנסה

שפטורה משבועה כמ"ש הש"ך בסוף דבריו וא"כ נוגע הוא שרוצה לחייב שבועה להאם דאולי לא תרצה לישבע ותשלם ויפטור הוא משבועה דז"א דממ"נ אם האמת אתה שלא אמר לה מה"ת לא תשבע על האמת:

כא ישבע השומר שאותם המעות והוא שבועת שומרים דאוריית' כמ"ש הרא"ש ואם צריך לכלול שלא שלח יד יבואר בסעיף כ"ו:

כב ותשבע אמו שהחביאה נלפנ"ד דשבועה זו אינה מוטלת על אמו מצד שבועת שומרין דהא התוס' ס"פ החובל והרמב"ן במלחמות שם כתבו דסתם מפקיד או שאמר לאחר תפוס לי כלי זה דלא נעשה שומר בכך עד שיאמר לו בפירוש שמור לי וע' בר"ס זה מ"ש וא"כ מכ"ש בני ביתו שמניח בסתם דברים שלו בידם שלא נעשו שומרים עליהם ואין עליה שבועת שומרים רק למאן דס"ל דהשומר הראשון חייב לשלם כשאין להשומר שני לשלם מהני שבועת אמו לפוטרו כיון שהאמין על עצמו שבועת אמו ולמאן דס"ל דהשומר הראשון בלא"ה פטור וע"כ שבועת אמו היא ליפטור נפשה ע"כ צ"ל דמיירי שאמר לאמו שמור לי ובזה נראה ליישב דברי התוס' בב"מ דף מ"ב בד"ה כל המפקיד שכתבו דברי ר"ת דחייב הראשון לשלם כשפשעו וא"ל לשלם ועל זה כתבו וז"ל ולכך נמי הכא משתבעה אימי' כו' והן דברים תמוהין דמשמע בלא דברי ר"ת לא א"ש מה דמשתבעא אימיה והוא תמוה ולפי מה שכתבתי א"ש דהתו' ס"ל כהרמב"ן וכמ"ש ס"פ החובל ולפ"ז אין על אמו דין שומרים כלל כשהן דברים שלו רק כשאמר לה שהן פקדון הוי כאלו אמר שמור לי דהא גילה שהדבר הזה חייב בשמירה ודמי למ"ש הרמב"ן שם דאם נראה מענינה שהמסירה הוא לשמור הוי כאלו קיבל עליו שמירה ולפ"ז א"ש דברי התוס' דבלא ר"ת אין על אמו שבועה כיון שלא אמר שמור לי משא"כ לדברי ר"ת משתבעא כדי לפטור בנה דשבועת אמו מהני להבן כיון דהימניה דע"ד ב"ב מפקיד:

כג חפץ מסויים ואף דבכ"מ כשתובע לשנים שלוו כ"א וכפרו יכול להשביע לשניהם ולא סגי בשבועת האב היינו משום שטוען ברי שזה שנשבע נשבע בשקר משא"כ הכא שטוען שמא והוא נתן נאמנות לכ"א מש"ה סגי כשנשבע אחד ואין להקשות הא הטעם דהא דפטור השומר השני במעות כתב רש"י דיכול לומר דלכך לא קברינהו משום שהיה צריך להוציאם ובחפץ לא שייך זה וע"כ צ"ל שמיירי באופן שיכול לומר שהיה צריך להחפצים ומיירי באופן שחשיב שמירה לגבי הבן בחפצים שלו:

כד ואם אין להם לשלם () נראה דאפי' להי"א דפטור היינו דוקא בש"ח וש"ש אבל בשואל שמסר לשואל אחר שרגיל להשאיל דמותר כמבואר בסי' שמ"ב ע"ש בש"ך מ"מ חייב הראשון לשלם להמשאיל כשאין להשני לשלם דהא בהדיא אמרו בש"ס הטעם בשומר

שמסר לשומר דפטור מטעם שהרי מסרו לבן דעת וזה שייך בשומר דלא מיבעיא בש"ח שאין עליו חיוב רק להניחה במקום המשתמר (ומטעם זה כת' בספר מחנה אפרים בה' שומרים סי' ל"א דאם ראובן היה ש"ח לשמעון מאיזה דבר מכבר ואח"כ שאל שמעון מראובן חפץ דלא הוי שמירה בבעלים דלא חשיב עמו במלאכתו דכיון שהניחו במקום המשתמר סגי ואין עליו עוד שום מלאכה לעשות משא"כ בש"ש דצריך להיות כל היום יושב ומשמר מיקרי עמו במלאכתו ומה"ט כת' בשם הרב המגיד שם דש"ח א"י לחזור בו דלא דמי לפועלים משא"כ שומר שכר) וכיון שמסר לבן דעת הרי גמר שמירה המוטלת עליו דאין לך שמירה מעולה מזה שמסרה לבן דעת ובשמיר' שייך לומר שמעמיד גברא בחריקאי לשמור דאין חילוק למפקיד בין שומר זה או זה שכל בני דעת שומרים בשוה אלא אפילו ש"ש דצ"ל תמיד יושב ומשמר ואז פטור כשנאנס מתחת ידו אבל כשאינו יושב ומשמר חייב ולהרבה פוסקים אפילו לא ישב ושמר מחמת אונס חייב כמבואר בסי' ת"ך מ"מ פטור כשמסר לש"ש אחר דלא מביעא למאן דס"ל דכשלא ישב ומשמר זה מחמת אונס פטור דודאי דפטור דהרי אין לך אונס גדול מזה כיון שמסרה לבן דעת ש"ש שמחויב להיות יושב ומשמר ואין חילוק להבעלים בין שיושב ומשמר זה או זה כיון שרגילין להפקיד אלא אפי' להך דיעה דס"ל דאם לא יושב לשמור מחמת אונס דחייב מ"מ כיון שמסרה לבן דעת שיהי' יושב ומשמר הוי כיושב ומשמר הוא עצמו כיון שיכול להעמיד שומר בחריקאי והוי כיושב בעצמו ומשמר והאונס בא עליו בשעה שישב אבל בשואל שחיוב שלו הוא אפי' במתה מחמת מלאך המות דאין שמירת בן דעת מועיל לזה ולאו מטעם שמירה חייב דהא א"א לשמור ממיתה וחיוב רחמנא רמי על גופיה לשלם מה ענין סברא זו לפוטר' מחמת שמסר לבן דעת ומכ"ש כשמסר השואל לאשתו ובניו דודאי לא היה דעת המשאיל על חיוב הגוף דאשתו ובניו רק על חיובא דגוף השואל ובש"ח וש"ש אפי' היה עני בשעה שמסר לידו פטור כיון שמסרו לשומר בן דעת ודאי ישמרנו הרי עשה השמירה המוטל עליו:

כה השמש פטור עש"ך ס"ק ל"ט עד דאפי' אמר השליח ששגג כו' פי' אפי' בשוגג שהוא כעין גניבה דהיינו קצת אונס משא"כ כש"ח שאינו חייב רק בקרוב לפשיעה ולא כעין גניבה:

כו כשות הפקדון רחוק עש"ך ס"ק מ"ם עד ה"ל כא"ל הטל מזה ולא מזה כו' ונראה דמ"מ אין מציל הנפקד מלשלם כשאין לו לשמש לשלם דהא מ"מ הנפקד פשע כיון שהרגיש ולא מנעו להשמש דדמי להי' יכול להציל ולא הציל:

כז אם הוא ש"ח עש"ך ס"ק מ"א דומיא דגזל וגתייאשו כו' ולכאורה לא דמי כלל לגזל ונתייאשו הבעלי' דשם החפץ הוא של הבעלי' והרי הזיקו וכל אדם המזיק של חבירו חייב בשא"כ בשומר דהדין הוא דאינו חייב בפשיעה רק כשקיבל עליו שמירה והרי לא קיבל עליו השמירה מהבעלים ויכול לומר להבעלים לאו בע"ד דידי את וע"כ אין יכול הבעלים לתבוע שומר השני רק מדר' נתן כיון שהשני קיבל עליו שמירה מהראשון ויותר היה לו לדמות להא דשוכר פרה מחבירו והשאולה לאחר דהתשלומים של הראשון דנעשה שואל של הראשון וה"ג דכוותיה:

כח כגון שהראשון היה ש"ש עש"ך ס"ק מ"ד עד וה"ל כאומר א"י אם החזרתי לך כו' כ' זה להשיג אהנך דס"ל דהוי כא"י אם נתחייבתי כתב דהוי כא"י אם החזרתי וכוונתו אם המשאיל טוען ברי אבל אם טען שמא הא אפי' בא"י אם פרעתיך פטור בכהאי גוונא וכמש"ל והוא ס"ל טעם אחר משום שא"י לישבע ובישוב דברי הע"ש והנ"י שכתבו דאם התנה שירכב עליו השליח דפטור נראה לפמש"ל בסי' ע"ה דא"י אם פרעתיך פטור כשלא ה"ל למידע אם לא שפשע במה דלא ה"ל למידע א"ש דכשמסר ביד אחר במקום דלא היה לו רשות למסור שפשע במה דלא הוי ליה למידע מש"ה חייבים הן מטעם א"י אם פרעתיך הן מטעם מתוך שא"י לישבע משלם משא"כ כשמסר במקום שהיה לו רשות למסור דלא פשע במה דלא ה"ל למידע פטור והש"ך ס"ל דבא"י אם פרעתיך חייב אפילו לא ה"ל למידע בלא פשיעה ולכך ס"ל דחייב בא"י אם נאנס כשטוען המפקיד ברי ואפי' לא פשע במה דלא ה"ל למידע דהיינו שהיה לו רשות ובסי' ע"ה הוכחתי דהעיקר דאפי' בא"י אם פרעתיך פטור בלא ה"ל למידע כשלא פשע בזה וגם קשה על הש"ך דהא הוא בעצמו כתב בסי' ע"ב ס"ק נ"א דאם התובע מודה שהנתבע א"י דפטור דלא אמרינן בכה"ג מתוך שאיל"מ והכא כשהתנה שירכוב עליו השליח הרי המשכיר יודע שהשוכר א"י ומה"ת יתחייב לכן העיקר כדברי הנ"י דכשלא פשע במה דלא ה"ל למידע דפטור אבל כשפשע בזה חייב מטעם מתוך ואפי' גם המשאיל טוען שמא והא דבסי' צ"ב גבי חשוד שומר דלא אמרינן מתוך היינו משום דחשוד אין בו דין מתוך כמ"ש התוס' בב"מ דף ה' ד"ה שכנגדו ע"ש רק מדרבנן תיקנו דכשנגדו נשבע ונוטל וכשמת המפקיד נפטר ולא תיקנו רק במקום שכשכנגדו יכול לישבע או בשניהם חשודים והא דבטענו בספק ע"פ עד בחשוד דמשלם דש"ה דכ"ז שאינו נשבע להכחיש העד נאמן העד כשנים והוי כשני עדים מעידים אמנם לעיל בסי' צ"ב ובש"ך ס"ק י"א כתב דה"ה בטוענו ספק ע"פ העד נפטר החשוד ע"ש והנה לפי טעם זה דשומר שמסר לשומר חייב מטעם מתוך שאיל"מ אם כן במת השומר הראשון יש לנו לפטור היורשים דביורשים לא

אמרינן מתוך שאיל"מ אך לפמ"ש לקמן בסי' ש"א דבאינו רגיל להפקיד כיון שאין השני נאמן בשבועה מחזקינן ליה שהוא ברשותו וחייב הראשון מטעם מזיק ע"ש א"כ אפילו היורשין חייבין אבל כשהשני רגיל להפקיד דמהימן בשבועה רק שאינו רוצה לישבע או שהוא ש"ח ואינו נשבע רק שלא פשע וכן אפילו באינו רגיל להפקיד ויש עדים שמת' רק שא"י אם בפשיעה מחזקינן ליה בשמרו כראוי שהרי מסרו לבן דעת דאז הראשון אינו חייב רק מטעם מתוך היורשים פטורין כנ"ל והנה בקצה"ח כתב שבסי' ש"מ הכריע דברגיל להפקיד פטור ולא ידענא דהא אדרבא כת' שם דלר"ת דס"ל דא"י חשיב כפירה ה"ל מתוך שאי"ל משלם גם אפילו לדעת רש"י שכתב שא"י לאו כפיר' הוא גבי נאנסו דלא בעי הודאה לא שייך מתוך לא ידענא דנאנסו חייב שבועה לאו מטעם כפיר' חייב דנימא דאינו יודע לאו כפירה היא רק דרחמנא לא חש לאונסין כ"ז שאינו נשבע דחשדינן ליה לאומר בדדמי כמ"ש הר"ן בשבועות דף ט' גבי פלוגתא דראב"י ורבנן:

כט והשני שומר שכר נראה דצ"ל שוכר דאי שומר שכר ממש א"כ קשה במאי מיירי אי מתה בהמה הא בלא"ה השואל חייב באונסין ואי מתה מחמת מלאכה הא בש"ש לא שייך מחמת מלאכה אלא ודאי כוונתו שוכר דהוא כש"ש ומתה מחמת מלאכה וחייב משום דגרעיה לשמירתו:

ל אע"פ ששאל או שכר בבעלים והא דחשיב גרעון שמירה כשהראשון בבעלים ופטור לגמרי אפי' מפשיעה והשני חייב עכ"פ בגניבה יש לומר דמ"מ השיב גרעון שמירה לא מיבעיא מש"ש לש"ח דודאי הוי גרעון שמירה בגוף השמירה דש"ח א"צ להיות יושב ומשמר וש"ש צריך להיות יושב ומשמר כמ"ש בס"ק ג' וצריך לשומרו ג"כ מגניבה משא"כ ש"ח אלא אפי' שואל לש"ש דאין הפרש ביניהם רק לענין אונסין ומאונסין א"א לשמור מ"מ יש אונסין שאפשר ליזהר ממנו כגון בליסטים מזויין שישמרנו במוקף חומה וכיוצא ועוד נראה לכאורה דלסברא זו דחייב ברשות השני דאפי' בלא גרעיה לשמירה כגון ש"ש לש"ש והשני אין לו לשלם והראשון היה בבעלים דחייב הראשון על רשות השני דאין חילוק ביניהם אך קשה מהא דאמר בב"מ דף צ"ו דבעי בעל בנכס אשתו אי שואל הוי אי שוכר הוי ובעי למאי נ"מ הא בבעלים הוא ע"ש ולפ"ז קשה הא נ"מ אם השכיר הבעל הנ"מ לאחר דאי שואל הוי חייב על רשות השני אף שהיה בבעלים ואח"כ מצאתי בשב יעקב שהקשה זה לכן נרא' דהנה יש לעיין בטעמא דמילתא דחייב על רשות השני ונראה דהטעם הוא דהט"ז בסי' קע"ו סעיף ח' כתב דאם בתוך משך השאלה שכר ממנו על זמן יותר ארוך דמפקי' לשכירות הראשון כיון שהיה קנין חדש ומבואר בסי' שס"ג סעיף יו"ד דבמקום שאין לו רשות להשכיר השכירות להבעלים ולפ"ז א"ש

הכא כיון דגרועי' גרעי' לא היה לו רשות להשכיר ומוכח בנ"י פרק כיצד הרגל דה"ה במטלטלין הדין כן ע"ש ולפ"ז אם היה בא השואל להמשאיל בתוך משך השאלה ושכר ממנו או שאל שיהיה לו רשות להשכירו לאחרים בכדי שיהיה השכר שלו ודאי דהוי קנין חדש ומפקיע שאלה הראשונה שהיה בבעלים דהא מקודם לא היה להשואל רשות להשכיר לגרוע השמירה וכן בש"ש לא היה לו רשות ליתן לש"ח לגרוע השמירה ולפטור עצמו מלהיות יושב ומשמר ואף דבסי' שמ"ו מבואר דשאילה שלא בבעלים אינו מפקיע בבעלים היינו כשהיה ברשותו בשעת שאלה שניה אבל הכא רשות ומשיכת השניה קנה ליה ומשיכה קנין חדש הוא וזהו שכתב וחייב על רשות השני בבבא מציעא דף מ"א למד דין שליחות יד דהוא שלא מדעת בק"ו משואל מדעת ע"ש א"כ ה"נ כיון דמדעת חייב מטעם הנ"ל מכ"ש שלא מדעת וקנין חדש הוא מפקיע הקנין הראשון שהיה בבעלים וחייב ולפ"ז אם השואל או השוכר הראשון שאל או שכר בפי' על אופן זה להשאיל או להשכיר לאחרים דלא נעשה קנין חדש בשעת שכירות השני ומכח שאלה ושכירות הראשון הוא וכיון שהיה אז בבעלים פטור ואתי שפיר ג"כ הא דמקשה גבי בעל דבבעלים הוא כיון דתיכף כשנשאה אדעתא דהכי נשאה להשכיר לאחרים ומשאלה הראשונה זכה בה ופטור אף על רשות השני כנ"ל:

לא ואם יש עדים ששמר השני עש"ך ס"ק מ"ו (ויש ט"ס והציון צ"ל בס"ק מ"ח קודם ועיין באשר"י פ"ק דמציעא כו' שכתב דמשמע דאפילו מיעט בשמירתו פטור ביש עדים כו') ולפ"ז באם מיעט בשמירה דחייב לשלם היינו אי ליכא עדים ולענין שאין השני נאמן בשבועתו לפטור הראשון אך דבר זה טעמא בעי דמה"ת לא יהיה נאמן בשבועתו כיון שהוא רגיל להפקיד ונראה דהטעם הוא דהא ברגיל להפקיד פטור דאמדינן דעתיה דאילו הי' בשעת מעשה היה נתרצה ונעשה השני שומר של הראשון ממש תדע דהא הרמב"ן דהוא מרא דהאי דינא ס"ל דאפילו אין לשני לשלם פטור הראשון וע"כ הוא מה"ט הנעש' בע"ד שלו ממש מטעם דאמרינן דאילו היה שם בשעת מעשה ודאי היה מסכים למעשיו והיה מקבלו לשומר וכיון שהשני הוא בע"ד ושומר של המפקיד ראשון מש"ה מהני שבועתו משא"כ כשמגרע לשמירתו דאז בודאי אילו היה המפקיד בשעת מעשה לא היה מסכים למעשיו דהא לא ניחא ליה רק בשמירת ש"ש דהיינו שיהיה יושב ומשמר ולא בשמירת ש"ח וכיון שהמפקיד הראשון אינו מסכים ממילא לא נעשה שומר של הראשון כלל ואפי' פשע השני אם אין לו לשלם חייב הראשון שהראשון הוא בע"ד של המפקיד ולא השני דהא לא הסכים עליו דאפילו אם הראשון הוא בבעלים דהשני חייב בתשלומין יותר מהראשון מ"מ חיוב שמירה על הראשון יותר מעל השני

דשומר שכר מחויב להיות יושב ומשמר משא"כ ש"ח כמש"ל דכיון דהשני לאו בע"ד דידיה הוא רק הראשון לא מהני פשיעתו לפטור הראשון דהא אטו אם יאנס דבר אחד אצל השומר ומי שרגיל להפקיד ידע מזה יהיה מועיל שבועתו לפטור השומר ודאי דלא וראיתי בקצה"ח שדרך קצת בזה הדרך רק מה שכתב דלא נכנס תחתיו רק בפשיעה וחיישינן שנגנב ונאבד ואין מקבלין שבועתו רק על שלא פשע ולא על שנאנס לא נתכוונו דבריו אצלי דודאי כשמתה א"א לו לישבע שנגנב ובע"כ הוא צריך לישבע שמתה ומהיכי תיתי לא נאמין לו בשבועתו שפוטר עצמה בה שמתה:

לב ויכול הוא לישבע עסמ"ע ס"ק מ"ט דנשבע ג"כ שלא שלח יד והריטב"א כתב דלמה יתחייב הראשון בשליחות יד של השני וכו' והובא בקצה"ח ולפענ"ד נראה בפשיטות דכיון שהשני שלח יד ונעשה גזלן ואף אם מתה אח"כ חייב כיון שכבר קנאה ובשיטה מקובצת ב"ק גבי איתבר ממילא כתב דלכך משלם כשעת גזילה דבשעת גזילה אפקעיני' מרשות בעלים למכירה והקדש אם כן גם הראשון חייב משעה שגזלה השני דמה לי שגזל מבית השומר הראשון או מביתו ולפ"ז אפילו אם מתה אח"כ חייב וכמו בגנבה גנב מבית שומר ומתה ברשותו דחייב מטעם שכתב המחבר בסעיף ט' וז"ל דאפילו לא היתה מתה הרי הוא ביד גנב וה"נ כיון שכבר נעשה גזלן א"כ אפילו לא מתה ברשותא דגזלן הוי קיימא אך מ"מ שפיר כתב הש"ך דא"צ לישבע שלא שלח בו השני יד דבשלמא שלא נאבד בפשיעה ת"י השני זהו עיקר שבועת שומרין שלא נאבד הדבר בפשיעה וכיון שא"י לישבע משלם למאן דס"ל דאפילו בגלגול אמרינן מתוך אבל ענין שליחות יד של השני לא מוטל על הראשון ואין זה מענין שבועת השומרין בשומר הראשון כמו שאין על השומר שבועה ביצאה לאגם ומתה כדרכה אולי כבר גנבה גנב מאגם וקנאה במשיכה ואח"כ מתה וה"נ הוא שליחות יד של השני דהוא שומר של שומר דראשון ולא של הבעלים וש"י דידיה בגניבת אחרים דמיא וכמו דלא חיישינן אולי גנבה אחד מב"ב קודם שמתה ובשלמא אם היה שבועת ש"י עיקר שבועה הרי עינינו רואות דרחמנא חשדיה לכל שומר בשליחות יד והוי כרגלים לדבר אבל בשאינו רק גלגול לא חיישינן כלל לשליחות יד דהב' דכל מי שטוען מעשה חדש עליו הראיה כמ"ש הרשב"א ביבמות גבי וכולן שהיה בהן קידושין בספק ע"ש:

לג חייב אף בדברים עקצה"ח שהוכיח מהש"ך דאם כבר שכרו לזמן באופן שאין המשכיר יכול לחזור בו ואח"כ התנה עמו להיות כשואל כיון דלא שייך הטעם דאמר הש"ס בהאי הנאה דהימניה דההנאה כבר עברה צריך קנין ויפה כוון:

לד השומר פטור מכלום () ונראה דמ"מ דין שומר עליו להיות חייב בשליחות יד כדין שומר דלא מיעטי' קרא מדין שומר רק מדין תשלומין כדמוכח בב"מ דף מ"א דאמר התם שלא תאמר דיו לבא מן הדין מה שואל בבעלים פטור וכו' וא"א לומר שהכוונה שבשעת ש"י היה בעלים עמו דאז נעשה שואל וסד"א דנפטר כשהיה בעלים עמו בשעת ש"י דאם כן קשה כיון דהש"ס מדמה ליה לשואל ממילא הוי שואל [שלא] מדעת וקמ"ל דגזלן הוא וגזלן ודאי דחייב אפילו בבעלים עמו וע"כ צ"ל דכוונת הש"ס הוא דסד"א לדמות ש"י לפקדון שהיה בעלים עמו בשעת התחלת שמירה כאילו ניתן לו בתחלה בתורת שאלה והטעם שרצה לדמותו לשואל בתחלה יבואר בסי' רצ"ב ובזה א"ש הסד"א לפוטרו כיון דלא נעשה שומר כלל קמ"ל דחייב אלמא דש"י חייב בבעלים דלא דמי המיעוט שמיעט רחמנא שמירה בבעלים להא דמיעט רחמנא קרקעות ועבדים ושטרות דשם אפילו מש"י פטור כמבואר בסי' רצ"ו בב"י והיינו משום דשם מיעטי' רחמנא משמירה וכיון שאינו שומר ממילא פטור משליחות יד משא"כ בבעלי' לא מיעטיה רחמנא מדין שומר רק מדין תשלומין ולפ"ז נראה דה"ה דחייב לישבע שבועות שומרין שאינו ברשותו אף שהיה בבעלים דמדין שומרים לא אימעט ומה שהביא הקצה"ח לפוטרו ראיה מתוס' ב"ק דף נ"ז שכתבו דשמא לא משלם כפל בטוען טענת גנב בבעלים ובריש מרובה כתבו התוס' דכפל ושבועה ענין אחד וכו' לא ידעתי ראיה שלו דשם כתבו התוס' דיש למעטם מחד קרא כיון שבחד קרא כתיבו משא"כ בבעלים מי יודע איזה מיעוט יש לפטור כפל בבעלים גם מה שמצא ראיה מהירושלמי פ' בתרא דשבועות פלוגתא דר' זירא אמר נשבע ור' חנינא אמר פטור ע"ש ג"כ אינו ראיה דשם לענין שבועה שלא פשעתי בה מיירי ומאן דפוטר הוא משום דסובר פשיעה בבעלים פטור וע"ש במפרש וכן מוכח כל הסוגיא דשם ואדרב' משם ראיה להיפך דמוכח שם דאילו היה פשיעה היה חייב שבועה אלמא דמדין שבועה לא אימעטיה. ולפ"ז משמע דהשבועה שאינו ברשותו שהיא עיקר שבועת שומרין דחייב לישבע כיון דאם הוא בעין ודאי דחייב להחזיר משא"כ שבועה שלא פשעתי שפיר קאמר בירושלמי דפטור כיון דס"ל פשיעה בבעלים פטור ואגב אפרש קצת דברי ירושלמי שם ובעל פני משה שם לא ירד לעומקו וז"ל הירושלמי שם מתניתא מסייע לר' חנינא בשבורה שבויה ומתה שהן פטורין כנושא שכר והשוכר והשואל שלא בבעלים חייב בגניבה ואבידה שהן חייבים בנושא שכר והשוכר לא כ"ש דבשואל חייב מאן דאמר פשיטא שהוא נשבע צריכה ליה שישלם וכו' פי' דהנה הך תנא דברייתא ס"ל דשוכר כש"ח דמי כדמוכח מסיפא דברייתא וכמו שפי' בעל פני משה בעצמו ולזה מקשה לר' זירא דס"ל דנשבע דהא ע"כ מה דנקט בברייתא גניבה ואבידה

שהן חייבים בשוכר ע"כ בגניבה ואבידה דפשיעה דהא שוכר כש"ח וכיון דפשיטא לר"ז דשואל בבעלי' נשבע שלא פשעתי אע"ג דבבעלים ליכא ק"ו דברייתא וע"כ ס"ל מסברא חוץ דפשיעה חייב מטעם מזיק אם כן קשה ליה צריכה ליה שישלם פיר' דלמה צריך לקל וחומר שישלם השואל בפשיעה שלא בבעלים הא בפשיעה משלם אפילו בבעלים אף דליכא קל וחומר והמפרש דחק עצמו בחנם וגם ביותר דברי הירושלמי דחק עצמו בעל פני משה שם בחנם אחר כתבי זה מצאתי בבית יוסף בטור סימן ס' בדברי המתחיל ובתשובה אחרת להרמב"ן כתב בדברי הרי"ף עולים דברי נכונים וכו' מבואר שם דאפילו בשמירה בבעלים חייב בשליחות יד ובשבועה שלא שלח בו יד ע"ש והרי ממש כדברי:

סימן רצב

א אלא משעת תשמיש הנה בנימוקי יוסף כתב שפי' במשנה דחביות דאפילו לא נשתמש בו הוי כגזלן ולכן דבשואל ש"מ דהוי גזלן גמור קונה להיות גזלן משעת הגבהה וכן בסי' שנ"ט לא כתב דין זה רק הכא דמיירי בתשמיש שאינו מחסרו ובדבר שאין הבעלים מקפידין כמו שכת' הסמ"ע בסעיף קטן ד' דלא נעשה גזלן כמו שאבאר בסמוך ולענין שיהיה כשואל להתחייב באונסין בעי' התחלת שימוש כמו שאבאר בסמוך:

ב אלא מפני שהוא שואל ש"מ דהוי כגזלן. נראה דמיירי דוקא בלא ייחד לו מקום אבל בייחד לו מקום והשתמש במקומה נראה דלא הוי שואל כלל דהא כתב הרמב"ן הובא בשיטה מקובצת בד' מ"א בד"ה והא לא חסרה שהקשה קושי' רש"י דילמא משום דהוי שואל ש"מ ותי' וז"ל דמשום שואל א"א לחייבו שאינו נקרא שואל אלא כשהיא יוצאה מרשות בעלים לגמרי בשעת שאילה כו' וזו אינה כן שאף בשעה שמקלו ותרמילו עליה הרי הוא באפר והולכת עם העדר במקום לדעת הבעלים שתהא שם וכו' והר"ן הובא בשיטה תירץ שם שבהמה זו מקצתה משמשת בעליה שהולכת באפר לדעתו ומקצתה משמשת לרועה וכו' והרי זה כגוזל מקצתה והגוזל מקצתה אינו כגוזל את כולו רק בש"י חידוש דלמאן דאמר צריכה חסרון אין מחייבין אותו על כולו בלא חסרון ושואל ש"מ אינו חייב רק כשמוציאה מרשות בעלים לגמרי וכו' ע"ש ובנימוקי יוסף הקשה במתניתין דחביות גבי ייחד לו מקום בית שבמקומו משתמש אין כל הנאה שלו ותירץ כיון דקיימא לן כר"ע דכלתה שמירתו שוב אין להבעלים שום הנאה בשמירתו ונמצא שכל הנאה של זה והוי שואל ש"מ וחייב ע"ש ולפ"ז קשה הכא שפסק הרמ"א דלא כלתה שמירה ועיין בסמ"ע ובפרישה דהוא משום דבר שאין הבעלים מקפידין בו ע"ש וגם ש"י לא שייך בדבר שאין מחסרו וא"כ לא הוי שואל כלל ואפילו קודם שהחזיר' וצ"ל דמיירי דלא ייחד

לו מקום שאין כאן מקום שיהיה שייך לומר דניחא ליה לבעלים שיהיה במקום זה ורועה באפר או ייחד לו מקום שאני שניחא ליה להבעלים שיהיה במקום זה דוקא ולפ"ז בייחד לו מקום ונשתמש בו במקומו בדבר שאין הבעלים מקפידים בו אפילו בשעת שאלה פטור לדעת הר"ן והרמב"ן והנ"י ולא מצינו מי שחולק על זה ועיין בחידושי לסוגיא דלדעת רש"י חייב בשואל אפילו כשמשתמש במקומה ע"ש ומ"מ העיקר כהרשב"א והר"ן והרמב"ן דרבים הן:

ג ואם החזירה עש"ך ס"ק א' שתמה וכתב דאפילו בדבר שאין הבעלים מקפידין לא מהני השבה למקומה ולפד"נ כדברי הסמ"ע דהא מבואר בתוספות בב"מ דף ל' ד"ה לצורכו ולצורכה בכלי כסף משתמש בהם בצונן דאפילו לצורכו מותר כיון שע"י אותו תשמיש א"א לבוא לידי קילקול וע"ש בשיטה דאפילו בפקדון דינא הכי והא דפריך פקדון מאי עבידתיה גביה היינו דכשהבעלים כאן חייב להודיעו אלמא דלא חשיב כגזלן רק לכתחילה כשהבעלים כאן צריך להודיעו ומשום זה ודאי דלא נחשב כגזלן לומר כלתה שמירתו ומ"מ כל זמן שמשתמש בו נראה דהוי כשואל דשואל ש"מ לא גרע משואל מדעת ובודאי דאפילו בדבר שאינו מקפיד כש"מ דחייב באונסין ודכ"ש כשואל ש"מ והא שכתב הש"ך דדמי למעות נלפענ"ד דלא דמי כלל דאי נדמינהו למעות א"כ קשה על המ"ד דהיתר תשמיש מחייב באונסין בהנך כלים דמותר בתשמיש אפילו לצרכו וכמ"ש התוספות שם יהיה חייב באונס משום היתר תשמיש אלא ודאי מעות שאני דיש ובהן קנין גמור בתשמישן דהא יכול ליתן מעות אחרים ומעות להוצאה ליתן לתשמיש משא"כ בכלים שאין עומדין רק לתשמיש בעין אין קפידא להבעלים בתשמישן ומה"ט לא מהני משיכה כיון דלא נעשה גזלן ע"י המשיכה וגם לא נקנה לו ע"י המשיכה כיון שהיה שלא מדעת אבל בהתחלת שימוש נתחייב דבשואל מדעת ג"כ מהני להתחייב באונסין התחלת השימוש אף בלא משיכה מטעם כיון שכל הנאה שלו מדעתו מתחייב עצמו למ"ש בפרשה כמו שכתב התוספות כתובות נ"ו ע"ש כמו שהארכתי בסי' ש"מ ובחידושי לסוגיא ושואל ש"מ לא גרע משואל מדעת ולפמ"ש מדוקדק לשון המחבר שכ' ה"ה כגזלן בכף הדמיון ולא כתב ה"ז גזלן א"ו דאינו גזלן גמור רק שלכתחילה אסור לעשות בלא דעתו וקצת ראיה לזה מהא דפריך בש"ס גבי הניח מקלו ותרמילו הא שקלינהו ופי' רש"י דלר' ישמעאל פריך ולכאורה קשה דילמא ר"ע הוא ומזה מוכח דאפילו ר"ע מודה בשואל ש"מ בדבר שאינו מקפיד דמהני החזרה למקומה ומקלו ותרמילו דבר שאינו מקפיד הוא כמבואר בשיטה שם:

ד ליטול ממנו דינר עסמ"ע ס"ק ח' מ"ש בחביות יין או דבש שלא בדקדוק כתב דבש דודאי לא הוי בסיס רק יין דמחמיץ כשאינו מלא עוד הביא הסמ"ע קושית המ"מ שהקשה הא בש"ס לא בעי האי בעייא דארנקי רק למ"ד דס"ל דש"י צריכה חסרון והמ"מ תירץ וז"ל דכי דחי הכי קאמר לא לעולם בין צריכה חסרון או אינה צריכה חסרון אינו תלוי בכך עכ"ל משמע מדבריו דלפי דברי הש"ס לא אמר המ"ד דא"צ חסרון רק בחביות דהוי בסיס ולכאורה אין לו הבנה דא"כ במאי פליגי ויש לפרש דברי הרמב"ם בדרך פשוט דלא כהמ"מ דהדיחוי שמדחי בש"ס הוא רק למ"ד דצריכה חסרון רק דס"ל להרמב"ם דהאיבעיא בארנקי שבש"ס הוא רק למ"ד דא"צ חסרון אליבא דהילכתא דודאי אף שלח יד במקצת הפקדון אינו נעשה גזלן על כולו רק כששלח יד במקצת הפקדון שהוא גוף אחר אבל פקדון של הרבה גופין מוחלקין כגון שהפקיד אצלו מאה צאן ושלח יד באחד מהן אף שהכיש במקל לכולן שירוצו כדי שיברור אחד מהן ודאי דלא חייב רק במה ששלח יד דהרבה גופין כהרבה פקדונות דמי וכ"כ הרמב"ם בדיוק דבעינן גוף אחד ולכך בעי הש"ס בארנקי דדינרא אי נימא דשאני נטירותא דארנקי מנטירותא דדינרא וכיון דהמפקיד הפקידה בכיס אחד אסור לו להנפקד לחלקם כיון דאיכא קפידא להמפקיד וכגוף אחד יחשב או דילמא שאין קפידא להמפקיד בכך והנפקד יכול לחלק להרבה מקומות וכהרבה פקדונות דמיא אבל בסיס לא הוי כי אם חביות יין שנותן א' כח בחבירו שלא יחמיץ ובזה א"ש הא דקשה לי דלהרמב"ם הדרא קושית התוספות לדוכתא מה שהקשו בד"ה שנטלה ע"מ לשלוח יד דהא בחביות כ"ע מודים ותירצו דמיירי בחביות שמן ולהרמב"ם א"א לתרץ כתירוצם דהא לפי צד האיבעיא שאני נטירותא דרביעית מנטירותא דחביות הוי אף בשמן בסיס ולפמ"ש א"ש דמטעם זה לא הוי בסיס רק שמדמה אותו לגוף אחד והחביות שמן ודאי היו גוף אחד אף לפי צד האיבעיא דבארנקי לא הוי גוף אחד מ"מ בשמן ודאי הוי גוף אחר דהא הוא בלול בחביות ומ"מ בסיס לא הוי וא"ש ולפרש דברי המ"מ נראה דלפי מה שמבואר בשיטה מקובצת בב"מ ובתשובת מהר"א ששון סי' ק"ב נתבארו דבריו שכתב דגזל הוא כשגוזל ליטול לעצמו בחנם וש"י הוא שאינו רוצה לגוזלו רק אדעתא לשלם כמבואר בש"ס ריש הסוגיא ופלוגתייהו הוא אפילו ברוצה לשלוח יד בכולו דמ"מ אין לחייב באונסין למ"ד צריך חסרון מטעם דמיהדר קא מיהדר ביה ולמ"ד דא"צ חסרון חייב כשרוצה לשלוח יד בכולו אבל כשלא רוצה לשלוח יד רק במקצתה לא נעשה גזלן על כולו רק בחביות יין משום דהוה בסיס ודמי כמו שכבר נטלו וחזר ושפך לתוכו כמ"ש הש"מ סוף פ' המפקיד ע"ש ואפילו למ"ד דא"צ חסרון וזה הוא כוונת המ"מ שדחיית הש"ס הוא דמתניתין דחביות דהיינו דעל ידי ש"י

במקצת יתחייב בכולו אינו תלוי בפלוגתא דצריכה חסרון דמחלוקת אי צריכה חסרון לא הוי רק כשרוצה לשלוח יד בכולו אבל שיעשה גזלן ע"י מקצת בכולו אפילו למ"ד אינו צריך חסרון לא הוי גזלן רק בחביות וכן אפילו למאן דאמר צריכה חסרון מכל מקום בחביות מודה דאינו צריך חסרון משום דהוי בסיס דאמרינן דלא הדר ביה ומה שהניחו היה משום כדי שלא יחמיץ וכמי שנטל וחזר ושפכו דמי כמו שכתב הש"מ בסוף פ' המפקיד ע"ש ובעיא דר"א בארנקי הוא ג"כ אליבא דכ"ע אי דמי לבסיס דאז אפילו למ"ד צריכה חסרון נעשה גזלן על כולו משום די"ל דהניחו שם משום נטירותא דשאני נטירותא דארנקי או דילמא לא הוי בסיס דלא דמי לחביות ולא נעשה גזלן על כולו בש"י דמקצת אפילו למ"ד דאין צריך חסרון ולעיל בד' מ"א דפליגי דמ"ס נטלה ע"מ לגוזלה ומ"ס נטלה ע"מ לשלוח בו יד כוונתו לשלוח יד בכולו ע"מ לשלם דלמ"ד צ"ח ולא נעשה גזלן עד דמיחסר ליה כנ"ל ולא בעי לאוקמי מתניתין בחביות יין ובמקצת דלב"ח לד"ה משום תירוצא דהתוספות דמתני' משמע אפילו בשמן ועוד דנטלה משמע כולו אך הא קשה דמייתי הש"ס תסתיים דא"צ חסרון מהא דהניח מקלו ותרמילו עליה הא בהמה הוי נשתמש בכולו ועודן עליו וראינו דלא הדר ודמי לחביות כיון דליכא הוכחה דמיהדר הדר וא"כ אפילו מ"ד דצריכה חסרון מודה לכך נראה דפליגי בתרתי למאן דסבר דש"י צריכה חסרון ס"ל דאפי' נשתמש בכולו כגון בבהמה כ"ז שלא חסרה לא מיקרי שליחות יד כיון שרוצה להחזיר הבהמה עצמה כמות שהוא (כשהוא באופן דלא שייך בי' דין שואל דהיינו כשאין כל הנאה שלו כגון שרועה באפר כמ"ש הרמב"ן הובא בש"מ) ובחביות שמן פליגי ג"כ דלמ"ד צריכה חסרון אם הגביה לשלוח יד בכולו והיינו להוציאה לשלם בעדו אף דהיינו חסרון דהא נוטלה לצורך עצמו כמ"ש התוס' ד"ה שנטלה על מנת ע"ש ואין דעתו להחזיר אותו דבר בעצמו רק ליתן דמים בעדו מ"מ כשהחזירה ולא נטל לצורך עצמו אמרינן דמיהדר קא הדר ביה כמ"ש הש"מ וכן כשהגביה לשלוח בו יד ברביעית אף דהרביעית נעשה שלו והיינו חסרון מ"מ כל שלא נטלה והחזירה אמרינן דמיהדר קא הדר ביה כמו בנטל לש"י בכולו כנ"ל אבל בחביות יין אז כשנטלו לש"י בכולו אמרינן דמיהדר קא הדר ביה אבל כשהגביה ע"מ ליטול רביעית כיון דהוא בסיס והוי כמשתמש בכולו וליכא הוכחה דמיהדר הדר ביה דמי לנטל וחזר ושפכו לתוכו והיינו חסרון ובדינרין מיבעיא ולמ"ד דא"צ חסרון אז בבהמה כיון שמשתמש בכולו הוי ש"י כיון דס"ל דא"צ חסרון ובחביות שמן ובדינרין לפי צד האיבעיא דלא הוי בסיס אז כשנטל לש"י במקצת מודה דלא נעשה גזלן על כולו כיון שלא נשתמש בכולו ובחביות יין וכן בשמן ודינרין לפי צד האיבעיא דהוי בסיס דאז הוי

כנשתמש בכולו ממילא הוי גזלן על כולו וא"ש התסתיים מבהמה דא"צ חסרון כיון דגם בבהמה כשמשתמש בכולו ג"כ פליגי כמש"ל () היוצא מזה דלשיטת הרמב"ם בבהמה דנשתמש בכולו הוי ש"י אע"פ שלא חסרה כיון דקי"ל דש"י א"צ חסרון וכן בחביות יין כיון דהוי בסיס הוי כנשתמש בכולו ובחביות שמן ודינרין הוי ספק אי הוי כנשתמש בכולו משום דשאני נטירותא דמועט מנטירותא דמרובה או לא הוי כנשתמש בכולו ולכך א"ש הא דיליף הש"ס שליחות יד משואל מדעת ולא קשה שוב דהיאך ילפינן דש"י במקצת דנעשה גזלן על כולו משואל ולפמ"ש א"ש דהא בש"י במקצת באמת לא נעשה גזלן על כולו רק בנשתמש בכולו כנ"ל: אך עדיין קשה לפ"ז אם נטל הרביעית דאז ודאי דלא הוי כנשתמש בכולו מה"ת יתחייב בכולו כשנאנס בליסטים מזויין ונראה דהא דנוטל מקצת נתחייב בכל הוא מטעם אחר ומסברת חוץ דהש"ס מדמה אותו להא דאם הפקיד אצלו מעות מותרין דיש לו רשות להשתמש בהם ומ"מ פטור מאונסין כ"א בהוציא לר"נ כמבואר בב"מ דף מ"ג ומוכח בקידושין דף מ"ז דמאן דס"ל דמלוה ברשות בעלים לחזרה וה"ה לאונסין דכשהוציא אפילו שוה פרוטה דנעשה כולו מלוה אצלו ולפ"ז נראה דה"ה במעות מותרין דכשהוציא אפילו שוה פרוטה הוי גילוי דעת להתחייב על כולו ומדמה הש"ס בהתחיל לש"י בפקדון אדעתא דלשלם כגילוי מילתא למפרע שהנפקד מחזיק הפקדון כמעות מותרין דהרשות שקיבל לעצמו לא גרע מאלו המפקיד בעצמו נתן לו רשות ולכך בעינן שהתחיל להוציא כמו במעות מותרין דלא חשיב כגילוי דעת שהפקדון הוא אצלו בהיתר תשמיש עד שחיסר ממנו ואפילו בבהמה כ"ז שלא השתמש בו כ"כ עד שהכחישה וחיסרה ליכא גילוי דעת שמחזיקו בהיתר תשמיש דדילמא לא הניח עליו מקלו ותרמילו רק לפי שעה בחשבו שאין הבעלים מקפידים בה אבל כשכבר השתמש בו עד שחסרו הרי איכא גילוי דעת שמחזיקו בהיתר תשמיש ורוצה להשתמש בו כמה פעמים אבל אם נטלה כדי לגזול לגמרי ולא ליתן יין אחר כלל בודאי אין סברא לומר שנעשה גזלן על כולו. וכמ"ש הראב"ד דהא לא נשתמש בהמותר כלל וגם ליכא גלוי דעת מכח שגזל מקצת שרוצה לגזול הכל ומה"ת יתחייב ולפ"ז לא קשה קושיי' התוס' שהקשו דנילף משואל ג"כ הא דא"צ חסרון ע"ש דכיון דבשאר הפקדון לא נתחייב אלא משום דדמי לנטילת רשות וליכא גילוי דעת עד שהוציא מעט מסברא הנ"ל וממילא א"א למילף משואל כ"א אחר שהוציא דהא אפילו בנתינת רשות ממש אינו חייב עד שיוציא ועיקר הקושי' של התו' הוא רק אם לא נטל ובחביות דהוי בסיס והוי כנשתמש בכולו וכמש"ל ובזה שפיר הקשו התו' דא"צ קרא דנילף משואל דא"צ חסרון וע"ז תירצו שפיר ובזה נתיישב מה דתמיה לי הרבה בדברי תוס' במה שתי'

בד"ה חדא לומר על הקושיא דנילף משואל דא"צ חסרון משום דבשואל ש"מ לא נחשב כאלו כבר נשתמש והוא תמוה דהא מוכח לעיל גבי הניח מקלו ותרמילו שכבר נשתמש בו ואפ"ה ס"ל דצריכה חסרון וא"ל דשם אינו בדין שואל כיון דאין כל הנאה שלו כיון דרועה באפר כמ"ש הרמב"ן א"כ אף כשיש חסרון א"א למילף משואל דהא אין כל הנאה שלו ולמ"ד צריכה חסרון עיקר ילפותא הוא רק משואל ולפי הנ"ל א"ש דכשיש בו חסרון א"צ למילף כלל והוא חייב מסברת חוץ משום דהא הוי כגילוי מילתא שמחזיק לפקדון להשתמש בו וממילא בהמשיכה נעשה שואל ונטילת רשות של עצמו לא גרע מנטילת רשות דהמפקיד בעצמו אך עדיין קשה דמאי מקשה ל"ל קרא דנילף משואל הא ש"י דינו כגזלן דמשלם כשעת הגזילה ושואל אינו מחייב רק משעת אונסין וגם לענין החזרה יש חילוק בין שואל לגזלן כמבואר בסוגיא שם. ונראה דזה בכלל מה דאמר בש"ס דלא תאמר דיו מה שואל בבעלים פטור אף ש"י בבעלים פטור והכוונ' היא דלא תאמר דיו דיש לו דין שואל וממילא פטור בבעלים קמ"ל דחייב בבעלים וע"כ דיש לו דין גזלן וממילא ה"ה לכל הדברים שחלוק שואל מגזלן ומ"מ שואל שאין כל הנאה שלו א"א להוציא מהך קרא דכל שאין כל הנאה שלו אפי' דין גזלן אין לו כמ"ש הרמב"ן הובא בש"מ שם וא"א לחייבו אלא משום דהוי כנטילת רשות כמש"ל ולפי הנ"ל א"ש ג"כ מה דקשה לי מה דבעי למילף ש"י משואל הא בש"י אינו חייב רק נפקד ולא איש אחר ואי ילפי' משואל א"כ מה חילוק יש בין נפקד לאיש אחר ולפי הנ"ל א"ש דנפקד ששלח יד במקצת איכא גילוי מילתא שמחזיקו בהיתר תשמיש משא"כ באיש אחר היוצא מזה לדינא שאם שלח יד במקצת והגביה ולא נטל ממנו לא נעשה גזלן על כולו בחביות יין דהוי בסיס ובארנקי הוא ספק ואם כבר נטל לא נתחייב בכולו רק כשדעתו לשלם והוי כגילוי דעת שרוצה להשתמש בכולו אבל בנתכוין ונטל מקצת לא הוי גזלן בכולו:

ה שרוצה לשלוח יד בפקדון עש"ך ס"ק ד' שכ' דהתורה לא ריבתה שליח לדבר עבירה בשליחות יד רק לענין חיוב המשלח אבל לא לפטור השליח ע"ש והנה דבריו הן דברי הפרישה ממש אמנם היא תמוה מאוד בעיני דהא שליחות יד נתחייב בהגביה ע"מ לגזול דהיינו חסרון כמבואר בב"מ דף מ"א ע"ש וכיון דריבה רחמנא דיש שליח לד"ע בשליחות יד וחייב המשלח כשאין להשליח לשלם כמ"ש הסמ"ע וע"כ צ"ל דהמשלח קנה בהגבהת השליח דאי לא קנה המשלח מה"ת יתחייב המשלח הא ש"י בעי קנין כמבואר בב"מ שם כרש"י ד"ה והא לא משכה ע"ש תדע דהא אם יהיה שינוי בהגזילה ודאי יקנה המשלח בהשינוי דהא הגזילה של המשלח וכיון דיקנה להמשלח בהגבהת השליח וממילא ליכא קנין להשליח כלל ומה"ת יתחייב השליח לשלם כיון דלא עשה

קנין וגזל וש"י קנין בעי כמ"ש רש"י שם ודמי ממש למעיל' דלא מעל השליח אף שאכל ונהנה מן ההקדש שהוא מהאי טעמא כיון דנקנה להמשלח בהגבה' השליח ויצא לחולין ונעשה של המשלח והשליח משל המשלח קאכיל והיתירא קאכיל וה"נ דכוותיה ולא דמי לאומר גנוב לי דחייב השליח אף דנתכוין לגנבו להמשלח ולא לעצמו כלל דשם כיון דאין שליח לד"ע אפילו נגד המשלח לא קנה המשלח ממילא קנהו השליח כמו במגביה מציאה לחבירו דלמאן דס"ל דלא קנה חבירו דקני המגביה ואפילו למאן דס"ל דהמגביה ג"כ לא קנה מ"מ גניבה שאני דבשלמא במציאה בעינן דוקא כוונת קנין וכיון דנתכוין להקנות לחבירו ולא לעצמו לא קנה משא"כ בגזילה דאף שנתכוין שלא לקנות לעצמו כלל רק נתכוין להיזקו נעשה גזלן כמבואר בב"ק דף צ"ט בזורק מטבע של חבירו לים דאם הגביה דהשבה בעי מיעבד וכמבואר בסי' שפ"ח בש"ך ס"ק א' ובסי' ש"ז ס"ק ח' ע"ש אבל בשליחות יד דנקנה להמשלח מה"ת יתחייב השליח ודמי ממש למעילה דלא נתחייב השליח לכך נראה דהסמ"ע מיירי שציוה להשליח לאכלו ואף שהמשלח קנה אותה תיכף בהגבהת השליח כמ"ש התוספות בקידושין דף מ"ג בד"ה שלא מצינו ע"ש והשליח מיניה דהמשלח קזכי ושל המשלח קאכיל מ"מ נראה דדמי לגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה ורמ"ג וה"נ דנהי דאין שליח לדבר עבירה מ"מ לא גרע השליח מאחר כשאכלו לפני יאוש דרמ"ג ורמ"ג וחייב השליח ומ"מ דברי הסמ"ע תמוהין במ"ש דהשליח חייב כשיש לו לשלם ולא המשלח דלפענ"ד כיון דהיה קנין להמשלח ונעשה גזלן ממילא רמ"ג ורמ"ג ולענין אם השליח אינו בר חיובא שכתב הסמ"ע דהיינו על ידי חש"ו כבר הארכתי בזה בסי' קפ"ב דאף שאין שליחות לקטן היינו לענין שאין המעשה קיים אבל לענין חיובא דהמשלח חייב אפי' ע"י מי שאינו בר שליחות:

ו לצורך מקומה עש"ך ס"ק ז' ויש שם ט"ס וכצ"ל בש"ך עסמ"ע ס"ק י"ב ונ"ל שט"ס הוא וצ"ל לצורכה וכן פרש"י כוונתו שציון הסמ"ע ס"ק י"ב הוא ט"ס מה שציין עצמו על לצורך מקומה כי הציון של הסמ"ע צ"ל על לצורכה:

ז האונס מחמת שינוי מקום עסמ"ע ס"ק י"ג דאפי' המקום השני משומר יותר מהראשון וכו' ולפענ"ד הדברים תמוהים דהא אפי' שומר שמסר לשומר אף דודאי אסור לעשות כן מטעם שאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר אפ"ה לא חשיב פשיעה כמבואר בב"מ ד' ל"ז בתוס' שם ועוד דודאי אין חילוק בשומר שמסר לשומר שדרך להפקיד בין ייחד מקום לשומר ראשון או לא כמו בשוכר לילך במקום זה והלך במקום אחר או שהשאילה לאחר דפטור כיש עדים שנאנס דדוקא להוליכה בהר והוליכה לבקעה חייב

אבל במקומות שווין ודאי דפטור ומטעם תחלתן בפשיעה שנוח לשכור כשטלטלה לא חייב בסופו באונס כיון שהפשיע' כבר נסתלק כמבואר בסמוך ועוד דהל' חייב בפשיעה לא שייך כלל לפ"ד הסמ"ע דהא הנטילה גופיה פשיעה הוא וכך היה לו לומר דחייב באונסין כשאירע האונס מחמת שינוי המקום משום דהוי תחילתו בפשיעה לכן נלפענ"ד () דהכוונה דחייב בפשיעה היינו אם פשע בשינוי המקום נגד איזה שום דבר כגון שמיעט בשמירה שהמקום ההוא אינו משומר כ"כ כגון שהיה במקום המשומר נגד שריפה והוציאו למקום שאינו משומר נגד שריפה אף דסתם שומר אין מתחייב בכך מ"מ כשייחד לו מקום זה הוי כאלו התנה שיהיה דוקא במקום המשומר משריפה כמו בכספים אם התנה שיהיה בקרקע אף לדידן ה"ל פשיעה וכיון דהוי פשיעה נגד דבר אחר ממילא חייב אפילו באונס שהמקום לא הוי פשיעה נגדו מ"מ הוי אונס שבא מחמת הפשיעה וחייב אבל בלאו הכי נלענ"ד דפטור כיון דמקום ההוא יותר משומר הוא והוא עצמו השומר לא גרע ממסר לאחר למי שרגיל להפקיד דפטור:

ח פטור משהניחה לכאורה תימה דאפילו מתוך ידו היה לו להיות פטור דהא יש לו רשות להחזיקו ג"כ בידו כשלא יחדו מקום ואפשר שכוונתו בנשברה דאם נשברה מתוך ידו יש לתלות שמתוך כובדה נשברה מחמת הטלטול ומ"מ פטור משהניחה ולא חשיב תחילתו בפשיעה רק שבשעת האונס עדיין לא נסתלק הפשיעה כגון בצריפי דאורבני שבשעה שבא האונס עדיין לא נסתלק הפשיעה של שריפה משא"כ הכא שכשהניחה כבר נסתלק פשיעה של השבירה:

ט מותר לו להשתמש עיין ש"ך סעיף קטן ח' עד יכול ליתן מעות אחרים עיין בט"ז בסימן ע"ג בס"ק י"ט שתמה הגאון מהר"צ בהגהותיו ע"ז דהא התוס' לא כתבו זה רק לר"ח אבל לר"י דקיי"ל כוותיה צריך ליתן לו אותן המעות ע"ש ולפענ"ד נראה כיון דגם ר"נ ס"ל דיש לו רשות להשתמש במעות אלמא דה"ל כאילו נתן לו רשות המפקיד להנפקד שאם ירצה לקנות המעות שיקנהו והוי כאילו אחד נתן חפץ לחבירו שיהיה הברירה בידו אם ירצה יהיה קונה אותו ואז כשירצה קונה אותו בע"כ של הנותן וכשאינו רוצה אין בו קנין כמבואר בסי' ר' סעי' י"א והנפקד ודאי דיכול לומר מעולם לא היה דעתי לקנות המעות כעין שכ' הש"ך ס"ק י"א שיכול לומר מעולם לא היה דעתי להעמיד לך ומש"ה לא קשה אר"נ מהא דאם הוציא מעל דכל זמן שלא הוציא יכול הנפקד לומר אין ברצוני לקנותו דבדעת' דידיה תליא אבל כשאומר שרוצה לקנותו אין המפקיד יכול לבטל הקנין משא"כ לרב הונא דאמר דהוי שואל מיד ע"כ ס"ל דגם הנפקד קיבלו מיד לשום הלואה ומיד קנהו מש"ה מקשה דלימעול מיד:

י כבר נשתמש בו נראה דאפילו לא הוציא רק פרוטה דנתחייב בכולו כמו שפי' רש"י בקידושין מ"ז ע"ב בד"ה דאם שלח בו יד להוציא ממנו ש"פ וכו' וה"נ כיון שהתחיל להשתמש בו החזיק בו להשתמש כבשלו ונראה דלזה הוצרך הרא"ש ליתן טעם מה דלא מהני החזרה בלא דעת בעלים כיון דהמעות עדיין בעין ולא הוציא רק פרוטה אבל כשכבר הוציא המעות ודאי דלא נעשה פרעון עד שיהיה נקנה להמלוה דכ"ז שלא קנה המלוה המעות לא נעשה המעות של המלוה ול"ד לשואל שמחזיר הדבר בעיניה להמשאיל ולא היה צריך הרא"ש ליתן טעם כלל:

יא חייב גם באונסין עיי' ש"ך ס"ק ט' עד והתוס' פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ו) ולכאורה התו' כתבו שם להש"ך וז"ל אבל גבי הלואה היכא דהוזל משלם כי זולא דהשתא כו' ע"ש ולפענ"ד נראה דכוונות הש"ך דלא כתבו התוס' שם כן רק במטבע שנפסל ויוצאה במקום אחר ויש לו דרך לשם כדאמר התם לך והוציאו במישן אבל אם נפסל לגמרי דאין עליו שוב שם מטבע כלל א"י לסלק כלל במטבע שלו שנפסל ואפילו המעות הלואה עדיין בעין וכ"כ בהג"מ בהדיא וכ"כ בשו"ת לחם רב ועיקר הראיה שמביא מדברי התוס' הוא ממה שכתבו שם דמעות הלואה אע"פ שהוא בעין כליתנהו בעין דמי ובש"ך ס"ק י"א יש ט"ס וכן צ"ל והיה מקיים התנאי הוי ש"ש קמ"ל ותיבת לא ט"ס):

יב ואם הרויח במעות עסמ"ע ס"ק כ' דמיירי שגילה הנפקד דעתו דעוסק לעצמו כו' ע"ש וע"כ מיירי שאמר כן לפני עדים כמו שמסיים הרב בסוף הגה"ה וזהו דחוק מאוד דהא הרב בהגה"ה כלל ביחד היה לו רשות ולא היה לו רשות ובהיה לו רשות ודאי דאפילו לא גילה דעתו וגם בתשובת הרשב"א מבואר להיפך כמו שתמה הסמ"ע בעצמו וכן במרדכי פ' הגוזל קמא מבואר בהדיא להיפך לכן נראה דיש ט"ס בדברי הר"ב בהג"ה בסופו וכצ"ל ואם גילה דעתו שיעסוק בהן לצרכו (כלומר שהמפקיד גילה דעתו שרצונו שהנפק' יעסוק בהן לצרכו) אז במקום שאסור להשמש שמסתמא וכו' וזה הדין אמת מסברא דבשלמא כשלא גיל' המפקיד דעתו מה"ת היה לו לעסוק בשביל המפקיד שהריוח יהיה להמפקיד וההפסד לעצמו אטו בשופטני עסקינן משא"כ כשגילה המפקיד דעתו מה"ת נחזיקיניה בגזלן ואמרינן ודאי עסק בהן לצורך המפקיד וכן מוכח ברשב"א שם שכתב הטעם דהנפקד גילה דעתו והמפקיד גילה דעתו ע"כ נראה דהרשב"א כתב זה לשני טעמים וגילוי דעת של המפקיד כתב לטעם שני דאפילו בלא גילוי דעת של הנפקד דמהני וכמו שגילוי דעת של הנפקד מהני בלא גילוי דעת של המפקיד כן הוא להיפך ומה שהביא הסמ"ע בשם המרדכי דדוקא כששילם כבר הריוח הוא שלו קשה דהא אפילו בסתמא הוא של הנפקד לכך נראה דהמרדכי איירי שהמפקיד גילה דעתו שרוצה

שיתעסק לטובת שניהן כדמשמע בסוף לשונו כמ"ש וכללא דמילתא כו' או שהנפקד הוד' שהתעסק לטובת שניהן ולכך כתב אף שבסוף תבע המפקיד מעותיו כל זמן שלא שילם לא מקני לו חלקו וצריך לחלוק כבראשונה:

יג אם בא בעל הפקדון עיין במשנה למלך פי"ז מהל' מלוה הלכה י"א בד"ה עוד יש לו לדון שהפירוש בדברי הרב בהג"ה הוא כך דברישא מיירי שבעל הפקדון יבא בעוד שהמעות פקדון עדיין בעין בידו מש"ה אף אם הנפקד אומר קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד והמפקיד אומר איני רוצה שתעסוק בו כלל רק תן לי מעותי והלה מסרב ועוסק בו חייב ליתן לו הריוח והטעם דמבטל כיסו של חבירו פטור רק כשאינו מרויח בו אבל כשהלה מרויח בו חייב ליתן הריוח כשמבטל כיסו של חבירו ואף דבסי' קפ"ג מבואר דאפילו נתן לו מעות לקנות חיטין להרויח ושינה וקנה שעורין ואמר שקונה לעצמו דהריוח שלו כמבואר שם בסמ"ע ס"ק ו' ע"ש מ"מ הכא חייב מטעם מבטל כיסו דכשהרויח בו חייב לשלם לחבירו ההיזק דמבטל כיסו ומיירי שמברר שהיה בידו להרויח כמבואר בלשון המרדכי שכתב ומוכן בידו ללותו ואף בכה"ג חולק הש"ך בס"ק ט"ו ע"ש (ועל המרדכי קשה לכאורה דא"כ גזלן גמור יתחייב ג"כ אם הנגזל היה יכול להרויח והגזלן הרויח גם כן מטעם מבטל כיסו ונראה דגזלן גמור קונה בשבח מלאכה מפני תקנת השבים כמבואר בסי' שס"ג) ובסיפא מיירי הרב בהג"ה כשבא המפקיד לתבוע מעותיו אחר שכבר הוציאם הנפקד בעסק ותובע מעותיו מש"ה אם אומר הנפקד קבל העסק בין לשכר בין להפסד והמפקיד אינו רוצה ואומר תן לי מעותי והנפקד מסרב הריוח של הנפקד לבד והטעם כיון שבהתחלת העסק עדיין לא בא המפקיד והיה דינו של זה העסק ששייך להנפקד לבד כמ"ש הרב בריש דבריו דהמעות שעוסק בהן הנפקד קודם ביאת המפקיד שייך הריוח להנפקד לבד מש"ה אם בא אחר להוציאו ותובע מעותיו מיד (דאפילו במותרין כשבא המפקיד צריך ליתן המעות מיד) ואמר הנפקד מתוך כך קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד והמפקיד סירב ואמר שאינו רוצה לקבל העסק בין לשכר כו' הריוח להנפקד ועיין במרדכי שם שכתב דבמקום שחייב ליתן הריוח להמפקיד אינו חייב ליתן לו רק חצי ריוח כו' נראה דמיירי שהנפקד מודה שנתעסק לטובת שניהן:

יד הדין עם הנפקד עסמ"ע ס"ק ך"ג עד דהוציאם ברשות וכו' הלשון אינו מדוקדק דודאי אף במקום שלא היה לו רשות להוציאם הדין כך לפי הטעם שכתבתי לעיל בסמוך וכן מבואר במרדכי שם בהדיא:

טו לא יערבם עסמ"ע ס"ק ך"ד עד דה"ל הילך ועיין ש"ך ס"ק כ"א וכו' ע"ז צ"ל ציון הש"ך שכתב דמה ענין הילך לכאן וכו' ולא היה לפני הש"ך הפרישה כי שם ביאר דבריו דהיינו אם יש עסק הודאה במקצת על החסרון פטור משבועה ומטעם הילך ע"ש ומה שכתב המחבר עבר ועירבן מיירי שעירב בפירות שווין אבל אם עירב בפירות גרועין שלו הוי פשיעה וחייב באונסין כשיש לתלות שהאונס בא מחמת הפשיעה:

טז מרובא פריש תמוה לי דהא במעשר שני פ"ב גבי מעות מעשר שני ומעות חולין שנתפזרו קתני התם דהנבללין והנחפנין לפי חשבון וכתב שם התוס' י"ט הטעם דכיון שהן בלולין א"א לומר שמאחד בלבד חפן ובודאי מכולן חפן ובנ"י ר"פ הבית והעליה כ' דהפי' הוא הנבללין או הנחפנין דדוקא בליקט אחד אחד ההפסד לחולין אבל בנבללו מעיקרא או אפילו לא נבללו מעיקרא רק שחפן אותן בחפנו וכשמוצאן הוא לפי חשבון והרמב"ם פסק משנה זו להלכה ולכאורה הדברים ק"ו כיון דאפי' אם החולין הוא הרוב לא אמרינן כשנאבד דמהחולין שהוא הרוב נפל ומה שנשאר הוא של המעשר אף דבמע"ש מחמירין בספק דהא מה"ט הנלקטין הוא של מעשר ואפ"ה מקילין בזה אלמא דחשיב כודאי שנפל מכ"א לפי חשבון ולא אזלינן בתר רובא ואף דשם במעות מיירי מ"מ הא כתבו הסמ"ע והש"ך הטעם דבמעות הוא לפי חשבון משום דאין מקפידין ובמעות מע"ש לא שייך זה ועוד דהא הי' קודם הפיזור כ"א בכיס בפני עצמו וכן קשה מהא דקי"ל דאין המדומע מדמע אלא לפי חשבון וחשבינן כודאי שנפל לפי חשבון ומכ"ש שראוי שנאמר ממון של ראובן ושמעון שנפל לפי חשבון דהא נבללו מעיקרא ואפילו למאן דמפרש בעינן שיהיה תרווייהו נבללין ונחפנין מ"מ הא מבואר בירושלמי וברמב"ם פ"ו מה' מע"ש דבלוקט מן האום דמי לבלל וחפן ולפ"ז נראה דהוא הדין בנפל מן האום דדמי לבלל וחפן ע"ש וכן בסיפא שפסק בנגנבו דההפסד למחצה דגניבה הוי כקבוע קשה דהא בירושלמי ריש פרק שור שנגח הביאו הנימוקי יוסף ריש פרק הבית והעליה תניא בהדיא דשנים שהטילו לכיס ונגנבו דההפסד לפי חשבון ופריך מהא דבאילו אבנים שנגנבו דמחצה לזה ומחצה לזה ומשני דאבנים גסין הן ומעות דקין הן ומבואר שם עד כמה הן נבללין עד כזית וא"כ קשה דמחלק הכא בין מעות לטבעות משמע דאפילו טבעות שהן דקין דומיא דמעות דההפסד גניבה למחצה ובירושלמי משמע דבדקין דומיא דמעות ההפסד לפי חשבון דאי לא תימא הכי היה לו לחלק בפשיטות דבמעות אין מקפידין ובאבנים מקפידין ואבנים של כ"א היה מקודם בפני עצמו ועל כרחך מיירי גם כן במעות שהן מקפידין בין טבי ותקולי ועוד קשה לי דבירושלמי שם אמר על הך ברייתא דבאלו אבנים ונגנבו מחצה לזה ומחצה לזה

בגניבה אנן קיימין או דלמא במשתייר אנן קיימין אמר ר' יוסי בר בון תימר (תיבת אפי' ט"ס) בגניבה אנן קיימין נמצאת מדת הדין לוקה הגע עצמך דהנה לדין חמשין ולדין מאה וחמשין אשתכח דהדין דחמשין לא מפסיד כלום עכ"ל הירושלמי ונראה פירושו דהירוש' בעי דהא דקתני מחצה לזה בגניבה אנן קיימין כלומ' בהפסד הגניבה יהיה מחצה לזה ומחצה לזה דהיינו אם היה לזה י' ולזה ה' ונאבד ה' יפסיד כ"א ב' וחצי או דילמא במשתייר דהיינו שחולקין במשתייר עד שישלים בעל המועט את שלו כיון דעל כל אבן יש ספק של מי הוא הוי המשתייר ממון המוטל בספק וחולקין וע"ז אמר תימר בגניבה אנן קיימין נמצאת מדת הדין לוקה וכו' כלומר ודאי בהפסד הגניבה מחצה לזה ולזה דאי במשתייר מחצה א"כ מדת הדין לוקה כנ"ל פירושו ובעל פני משה דחק עצמו ולא יכולתי להלום פירושו ולפי טעם הירושלמי אין לחלק בין גניבה לאבידה ולפי טעם הש"ע היה לו לירושלמי לומר בגניבה אנן קיימין דהא כל קבוע כמע"מ דמי ולכן נראה דהא דדעת הת"ה והרב בהגה"ה באבידה שפסקו דאמרינן כל דפריש ודאי דא"א לומר דאם היה לאחד עשרה ולאחד חמשה ונאבדו עשרה שיקח בעל החמשה הכל דא"כ באיסור והיתר כה"ג אם נתערב כשירה אחת בין עשרה טריפות ופירשו עשרה ונשאר אחת ודאי דלא אמרינן שכל העשרה מרוב והנשארת כשרה תדע דאלת"ה קשה הא דאמר אפילו אם קרבו כולן חוץ מא' מהן יצא לבית השריפה הא אדרבה כשקרבו כולן הנשארת דאיסורא א"ו כמו דאמרינן בי"ד סי' ק"י כפירשו כולן דשנים האחרונים אסורין ואם נתערבו שנים ודאי דארבעה אחרונים אסורין () ולזה ה"נ הי' לזה עשרה ולזה ה' ונאבד חמשה ההיזק על המרובה מטעם כל דפריש וכמו אם היו נמצאין החמשה אף שלא היו יודעין ממי נפלו הי' הדין נותן שהן כמרובה לכך ההיזק ג"כ עליו אבל אם נאבד שבעה או עשרה המותר מחמשה הוא לחצאין דהחמשה של המרובין נגד החמשה המועטין הם כשנים אחרונים שעד חמשה שכנגד החמשה של המועט ספק השקול הוא והוא לחצאין. ולפ"ז אפשר ליישב הא דמע"ש דאם היה בד"מ עשרה חולין וחמשה מעשר ונאבדו עשרה אז ע"פ הדין כל דפריש אמרינן דחמשה נאבדו מהחולין והמותר הוא לחצאין וכיון שאפי' ע"פ הדין יש בכאן מעות חולין כמו בסך המעשר והרי יכול לחלל המעשר על החולין שיתחללו ולא אתי לידי איסור ואין להקשות הא מ"מ ספק השקול הוא ואומר הכל מעשר די"ל דממ"נ אי היה הרוב חולין ממילא כיון דרוב חולין בטל המעשר ברוב מדאורייתא רק דמטבע לא בטיל כמ"ש התוס' סוף מעילה והוי כמו בע"ח חשיב' ולא בטלו בר"ח שנתערב הדין דאם נפל דאמרי' דאיסורא נפל ואי המעשר הוא הרוב ממילא אמרינן דמרובא פריש המותר שיש בהמעשר על של חולין

ונראה דהא דמחמירים במעשר הוא מטעם כיון דבאמת הכל שלו ויכול לחלל זה על זה ואין לו היזק בזה ולענין הקושיא מהירוש' שהקשיתי נלפע"ד דהרמ"א מפרש הא דאמר בירושלמי סלעים גסות הן הכוונה שמקפידין עליהן והן ניכרין משא"כ מעות דקין הן ונבללין וא"א להכיר זה מזה ואין מקפידין זה ע"ז. אמנם הנ"י פ' הבית והעליה חולק בהדיא על דין זה שפסק כן באבנים שבורות דמי לנאבדו כמבואר בי"ד סי' ק"א ס"ק י' דגם לענין נחתך אמרי' כל דפריש ומ"מ פסק הנ"י כאן דלא אמרינן כל דפריש וכן מסתבר דלא מצינו הא דאמרינן כל דפריש רק כשדנין על זה שפי' שלא איקבע איסור עליו במקום זה ולכך אמרינן ביה כל דפריש אבל כשבאנו לדון על הנשאר בקבוע לעולם אמרי' על הקבוע הנשאר במקומו כל הקבוע כמע"מ דמי דאלת"ה קשה א"כ אם נתערב חד בתרי ונפל אחר מהן נאמר כל דפריש ובודאי כשירה נפל והרי נשאר חד בחד שהוא איסור דאורייתא ואם יפול אח"כ אחר מהתערובות לים לא יהיה ניתר שוב וכן אפי' אם נפרש מקצת בהמה פסקו הרבה פוסקים דהנפרש מותר והנשאר בקביעות אסור אלמא דאין דנין ממה שפיר' למה שבקבוע וגם לא שייך לומר כשנאבד מקצת מעות דהמעות הנשאר כיון שהוא קבוע כמע"מ דמי והוי ממון המוטל בספק וחולקין דזה אינו דלאו ספק השקול הוא דאם נתערב עשרה של ראובן בחמשה של שמעון ונאבד חמשה הרי חמשה הן ודאי של ראובן וחמשה הנשארים ספק הן של ראובן ובמה שהוא ספק ראוי להיות חולקין ולא בכולו. ומה שהביא הת"ה ראיה לדבריו מתשו' מיימוני וכן בתשובת הרשב"א דבת לקחה שני זהובים וא"י ממי דאמרי' כל דפריש לפענ"ד לאו ראיה הוא דשם אנו דנין על הנמצא ובזה ודאי אמרי' כל דפריש כמו ביוני שובך וכן מתשו' הא"ז שהביא מהאחרונים ג"כ י"ל דמיירי שהגנבים לקחו הכל ולקחו עשרה לעצמם והחזירו המותר דאז הוי כאלו דנין על מה שפי' לכן נלענ"ד דדין זה הוי פלוגתא דרבוותא ואם נמצא קצת מהאבידה וא"י של מי הוא בגסין שאינן נבללין ולא נחפנין אמרינן מרובא פריש והא דלא אזלינן בתר רובא במעות חולין ומעות מעשר שנתערבו משום דמעשר שני כדבר שיש לו מתירין דמי משא"כ הכא ואם יש לאחר עשרה ולאחר ה' ונאבד שבעה שכתבנו דלדעת הרב בהג"ה דבחמשה ההפסד על בעל העשרה ובשנים ההפסד לחצאין ונמצא ששה כל ההיזק הוא של המרובה דבכל מקום כשאנו דנין על הנפסד אמרי' כל דפריש והרי נפסד א' ושל המרובה נפסד דמה שנמצא דיינינן אותו כאילו לא נאבד ועו"נ דצ"ל דמיירי שעירבן השליח ברצון המפקידים וכמבואר בהשאלה בת"ח סי' שי"ד אבל אם נתנן לו בשני כריכות והשליח עירבן חייב לשלם לשניהם אם כ"א טוען ברי על הנשאר ששלו הן ואם כ"א טוען שמא פטור כמבואר בסי' ש' וסי' ע"ז:

יז ואם הוא קבוע עש"ך שמחלק בין גנב ישראל ובין גנב עכו"ם ובס"ק כ"ח שכתב דבגנב הוי קבוע מיירי בגנב ישראל ובקצה"ח תמה דלענין גזל אין חילוק בין עכו"ם לישראל דלב"נ ג"כ יש אזהרת גזל ע"ש ולפי מ"ש בהלכות גניבה דגבי עכו"ם ליכא עשה דהשב תשיבם דהא ב"נ נהרג ולא ניתן להישבון רק שהעכו"ם אינו קונה הגזילה מטעם כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ויכול הישראל ליקח גניבה שלו בעצמו מהעכו"ם א"כ החילוק פשוט דבישראל הספק נולד למי שנתחייב במצוה דהשבה דלענין לאו דלא תגזול ליכא ספיקא דלשניהם איכא איסורא דלא תגזול ואין הספק רק לענין השבה משא"כ בעכו"ם דליכא גבייהו מצות השבה וליכא נגדו ספיקא כלל ואין הספק רק בין הגזלנין מי שיפסיד ונגד הנגזלים נולד הספק שלא בפניהם ואמרינן בהן כל דפריש כדין כל ספק הנולד שלא בפניהם דאמרינן כל דפריש:

יח ישלם בלא שבועה. והוא מטעם משואיל"מ ומיירי בגוונא דליכא הילך כגון שנפסד המותר בפשיעה וזה נקרא הו"ל למידע מטעם שכתב הסמ"ע והש"ך:

סימן רצג

אם אמר להביא לו עסמ"ע ס"ק ג' עד לא גרע הנפקד משליח וכו' וע' בקצה"ח מה שתמה ע"ז ועוד ק"ל דהא שם השליח הוא ש"ח עכ"פ ונראה דס"ל להסמ"ע דכשהמפקיד אמר להביא לו דהוי כפוטר השומר מחיוב שמירתו וקבע לו זמן לשמור רק עד שיביאנו לכאן וכיון שהביאו נפטר משמירתו אף שהלך לו המפקיד משא"כ אם הנפקד אמר שיביא לו דאין להנפקד כח לפטור עצמו עד שיהיה מזומן בידו ויאמר לו טול דחשיב כנתינה ועש"ך ס"ק ט' שיש שם ט"ס וכצ"ל אם דין עכו"ם (ט"ס תיבת אין וצ"ל אם):

סימן רצד

א אם אמר משמע שאפי' הוא מודה מעצמו ויש לו מגו דאי בעי היה אומר שנאנס שלא במקום רואין אפ"ה א"נ דהוי כמיגו במקום עדים דלא כמהרי"ט בתשו':

ב דאפילו איכא עדים שנגנב לכאורה משמע דלדעת המחבר בדאיכא עדים שאינו ברשותו א"צ שוב השומר לישבע ובקצה"ח הקשה מהמעביר חבית ממקום למקום ושברה דנשבע ומלקמן סי' ד"ש סעיף ג' ומהרמב"ם פ"ג משכירות שכתב בהדיא ואם הביא עדים שלא פשע וכו' והוא ג"כ קושיית מהרח"ש ותי' בדוחק גדול ועוד קשה מב"מ צ"ו ז"א שאולה מתה וז"א שבור' מתה דנשבע ע"י גילגול דכדרכה מתה ואף שהמשאיל מודה שמתה ובזה אפשר ג"כ לדחוק דמיירי שהמשאיל אינו יודע אם מתה רק שטוען

ברי שזהו שהוא חי היא השבורה והא דבשע' שהיא שאולה מתה אפשר לדחוק שטוען שראה רוע' בחצי יום הראשון וא"י אם אכלה ועוד נראה דדוקא ש"ח א"צ לישבע בעיקר שבועה שלא פשעתי דאחזוקי אינשי בפושעים לא מחזקינן אבל ש"ש צריך לישבע שנאנסה בעיקר שבועה אף שרואין שמתה לפנינו או נשבר לפנינו מ"מ כיון דאם האונס היה באונס הקרוב לגניבה חייב כגון שהיה נם בעידנא דניימי אינשי ובא אחד והמיתה או שבר' וכיוצא חייב וזה חייב לישבע בעיקר שבועה דלא שייך בזה לומר אחזוקי אינשי בפושעי דאין זה נקרא פושע אך קשה מהא דהוכר הגנב דסבירא ליה לאביי דש"ח נשבע בב"ק דף ק"ח אף שידוע שגנב ולכן נראה ברור () דהנה הא דלמדו הפוסקים לומר כן דשלא שלחתי בו יד הוא רק גילגול שבועה הוא מהא דכתב אין רואה הא יש רואה יביא ראיה ויפטר מוכח דכשיש עדים שנגנבה פטור משבועה דש"י דאל"כ מה מהני ראיה ולפ"ז הנך פוסקים דלמדו מכאן דשבועה שלא פשעתי ג"כ אינו עיקר שבועה א"א לומר שוב בכוונתם שאפילו שבועה שלא פשעתי בשעה שנאבד אינו עיקר שבועה דהא ודאי דזה לא מוכח מקרא דהא י"ל לעולם דשבועה זו היא עיקר שבועה והא דביש רואה מהני דכשיש רואה ודאי דיכולין להעיד אם היה אונס או לא דמהאונס שהיה בשעת מעשה חייבים הרואים לידע דכל אונסא קלא אית ליה וכדאמרינן בס"פ האומנין דריסתקי דאמר אייתי ראיה שלא פשעתי אלא ודאי דכוונתם הוא רק כשמביא ראיה שנגנבה או נטרפה באונס על יד ארי בשעת מעשה והרועה לא היה שם ואמרו שאף אם היה שם לא היה יכול להציל דהאונס ברור אך עדיין יש לחוש שמא פשע מקודם דהיינו שמא לא שמע קול ארי' ועל שאז חייב אפילו באונסין שיש לתלות מחמת הפשיעה וזה לא חיישינן כשיש אונס לפנינו וליכא הוכחה שפשע לא מחזקינן אותו בפושע וע"ז כתבו שפיר דשבועה זה שלא פשע מעולם הוא מצד גילגול כמו השבועה דשלא שלח יד מעול' דלמה לנו ליחוש שפשע בו כיון שראינו עכשיו שנאנסה או שנגנבה בלא פשיעתו מה"ת נחזיק אינשי בפושעים משא"כ אם לא ידעינן דגניבה של עכשיו כיצד היתה אמרינן להיפוך אלו שמרו ודאי לא היה נגנב דגניבה ואונס לא שכיח כששומרים אותו שמירה מעולה והשתא אתי שפיר דברי הרמב"ם למה שכתב בפ"ד ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע היינו שלא פשע מעולם ובפ"ו מה' שאלה הלכה ג' כתב ש"ח שהביא ראיה שלא פשע וכו' אלמא דצריך ראיה שלא פשע הכוונה שלא פשע עכשיו בשעת גניבה וכן בש"ס בב"מ גבי נרגא דאמר הביא ראיה שלא שנית בו אלמא דבשעת אונס בעינן ודאי ראיה שלא נעשה בפשיעה ושינוי וכן בפ"א מהלכות שכירות עבר השומר ומסר לשומר הב' אם יש עדים ששמרה כראוי ונאנס אלמא דבעינן עדים שנאנס מדרך שמירה

רק לענין שלא פשע קודם שיתחייב על האונס שאח"כ זה אינו נשבע רק מצד גלגול אמנם הטור סביר' ליה דגם זה הוא מעיקר שבועה ולכך בשומר שמסר לשומר בעינן ראיה שלא פשע השומר הכ' לעולם אם יש לספק שהאונס בא מחמת איזה פשיעה שקודם לכן רק שבועה דשלא שלחתי בה יד הוא רק מצד הגלגול דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן:

ג והביא עדים שנאנס לו גלימא עש"ך ס"ק ו' שכתב דמיירי שהעדים אומרים דוקא גלימא כזו ממש בכדי ליישב קושית הב"ח ודבריו קשיין לי דזיל בתר טעמא שכתב הרמ"ה כיון שאילו היתה גלימא בידו ומפקיד אמר לא זו היא אפילו אם הגלימא אינו שוה כ"כ נאמן הנפקד בשבועת היסת במקום שאין לו דין מודה במקצת כגון בהילך או בדבר שדומה לחיטין ושעורין וכיוצא וא"כ ה"ה באונס וכן מ"ש בקצה"ח לחלק בין שבועה דרבנן במקום שמשלם משום דחשש שמא עיניו נתן בה שייך כל זמן דליכא עדים שנאנס גלימא זו ממש משא"כ במקום שאינו משלם דלא נתקן שבועה דרבנן כשאינו משלם ע"ש ג"כ קשה לי דהא כשמשלם ג"כ שייך סברא דהרמ"ה דהא אילו היה גלימא בידו והיה טוען זו הוא לא היה עליו שבועה דאינו ברשותו והרמ"ה מדמ' נאנס לכשהוא בעין לכן נראה בטעמא דמלתא דלענין שבועה שאינו ברשותו דרבנן לא תיקנו כשאינו רוצה לשלם ופוטר עצמו בטענה זו נגד טענת ברי כמו שלא תיקנו שבועה בכל טענה וכפירה דלא חשדוהו בגזלן וגם יש לו חזקה דאינו מעיז ולכך לא תיקנו שבועה בימי המשנה רק כשמשלם הטילו עליו שבועה שא"כ מחשש דדילמא עיניו נתן בה דלא תחמוד לאינשי בלא דמי וגם אינו מעיז וכן אפילו בשאר טענות כשכנגדו טוען שמא לא תיקנו שבועה דברי ושמא ברי עדיף כשהוא להחזיק כשהברי טוב והשמא גרוע משא"כ דשבועה שאינו ברשותו כשמשלם שהברי גרוע ושמא טוב תיקנו שבועה ולזה אפי' איכא עדים שנאנס לו גלימא פטור ושבועה דאורייתא ליכא מטעם שכתב הרמ"ה ושבועה דרבנן נמי ליכא דכיון שפוטר עצמו בטענה זו ואם בשקר הוא הרי זה גזלן ובגזלן לא חשדוהו להטיל עליו שבועה שאינו ברשותו כשבא לפטור נפשו אבל כשמשלם דלא משמע ליה לאינשי גזלן בהבי וגם אינו מעיז חייב לישבע אפילו יש עדים שנאנס גלימא זו:

סימן רצה

א שילם ולא רצה עש"ך ס"ק ג' דבאמר סגי וכ"כ הסמ"ע ולכאורה יש לתמוה הרבה על הרמ"א שהשמיט כל הסוגיא שהן כהררים ההפרש בין שומר לשואל דבשומרים באמר סגי ובשואל בעינן שילם דוקא ואם כבר נשבע דבעינן שילם לכ"ע מחלוקת הרא"ש

והפוסקים שהביא הש"ך בס"ק ג' לכן נלפע"ד לישב דהנ' הש"ך בס"ק ט' כתב דשבח דמגופ' אפי' בא אחר הגניבה לא קנה נראה מדבריו דהשבח שבא אחר ששילם הוא של השומר דאלת"ה היה לו לכתוב רבותא יותר דאפילו השבח שבא אחר ששילם הוי דבעלים וראיה לזה מהא דכתב הריטב"א בפ' המפקיד גבי אייקר כיפי דיוקרא דשבח' דמגופא הוא והא דאמרינן שבחא דמגופא לא אקני לי' היינו השבח שנעשה בו קודם ששילם אבל היוקר שבא אחר ששילם ונגמר הקנין הוא שלו ונראה דאף אותן דס"ל דיוקרא הוי שבחא דמעלמ' מודים להריטב"א דהשבח דמגופא אחר ששילם דשומר הוי דאפושי פלוגתא לא מפשינן רק דפליגי וס"ל דיוקר הוי שבחא דמעלמ' וקונה אפילו נתייקר קודם ששילם ולפ"ז א"ש די"ל דהרמ"א ס"ל כשיטת הריטב"א דיוקרא הוי שבחא דמגופ' ולא קנה רק היוקר כשנתייקר אחר תשלומין ולפ"ז א"ש דהטור כתב דיני כפל ולכך כתב הדינין המבוארין בש"ס אבל הש"ע אין לו עסק בדיני כפל ולא אתי לאשמעינן רק דין יוקרא קודם התשלומין דאינו קונה ולכך נקט שילם לאשמועינן רבותא יותר דשבחא דמגופה אפילו שילם לא קנה השבח למפרע היינו מה שנעשה קודם התשלומין דהרמ"א לא מיירי רק מהשבח קודם התשלומין דהשבח שאחר תשלומין ודאי דקנה בכל אופן אף על פי שלא נשבע שבועה שאינו ברשותו אפילו לדעת הטור וכן אפי' כבר נשבע ואח"כ שילם ואפי' יש עדים שפשע ולכך לא הביא אלו חלוקי דינים:

ב ולא רצה לישבע עיין ש"ך ס"ק ז' עד דדילמא השתא פשע כו' ובקצה"ח תמה דהא אילו היה הבעה"ב טוען כן דילמא השתא פשע ושלם לו ביוקר' דהשתא והשומר היה טוען מקודם פשעתי וא"צ לשלם רק כזולא דלקמיה היה נאמן אפי' בלא שבועה כו' ע"ש ולא ק"מ דודאי אם הבעה"ב היה תובע להשומר האמת כדבריו אבל הכא השומר תובע להבעה"ב וטען שזכה ביוקרא היות שפשע בשעת זול וברשותו נתייקר והבעה"ב טוען אולי פשעת השתא בשעת היוקר וכיון דלא שלמת לי רק כשעת הזול ולא כשעת הפשיעה וממילא לא זכית בהיוקר וס"ל להש"ך דהפי' הוא במה שאמר כשתרצה ותשלימני היינו מה שמגיע לי ע"פ הדין של האמת ולא מה שחייבו אותך הב"ד מחמת ספק ולכך אפילו נתן לו כפי מה שפסקו הב"ד מטעם ספק מ"מ יכול לומר אולי פשעת בשעת היוקר והרי לא נתת לי כל המגיע לי לכך הדין עם הבעה"ב דהממע"ה ואוקי הבהמה בחזקת מרא קמא דהא אפילו גוף הבהמה לא קנה דהוי כשילם מחצה והמחצית שלא שילם ודאי דלא קנה אמנם בזה יפה כתב דהעיקר דס"ל להראב"ד כשיטת הרשב"א דהיוקר הוי שבחא דמגופה ואינו קונה אלא כשעת תשלומין ולפ"ז מוכח דבגיזות וולדות שנעשה אחר התשלומין באבידה קנה השומר:

ג כל שבח דאתי מעלמא. עש"ך ס"ק ז' עד א"כ מאי פריך בש"ס אי הכי אפי' גיזותיה וולדותיה נמי כו' כוונתו כיון דלא אקני ליה עד אחר קיום התנאי והתנאי היה כשתרצה ותשלימני והיינו מה שיתחייב ע"פ הדין וכיון דאי תבע ליה לדינא על הפרה פוסקין לו שישלם אותה וגיזותיה וולדותיה אפי' הם בעין ואחר כך כשמקיים כפי התנאי אז נקנה לו הפרה הרי מחוייב להחזיר הגיזות וולדות מכח קיום התנאי אף שקנאן והן שלו וע"ז תירץ דהקושיא הוא דעיקר קפידא של התנאי לא היה רק על תשלומי דמי שווין כמו שאמר בל' ותשלימני וא"כ גוף הגיזות וולדות יהיו שלו. ובקצה"ח לא הבין כך ודע דלא קנה רק בנמצא הגנב אחר שאמר הריני משלם אבל אם נמצא הגנב קודם שאמר והגנב עני ואמר השומר הריני משלם לא מקני ליה כפילא כן מוכח משיטה ועש"ך ס"ק ח' עד כשעשה איזה קנין כגון ומשיכה כו' נ"ל דתיבת משיכה הוא ט"ס דהיאך יכול למשוך אחר שגנב וכצ"ל כגון בק"ס. וגם צ"ל דקאי אאם נאבד והוא ברשותו דאלו בגנב הא א"י להקנות לו בשעת תשלומין דהא קיי"ל דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדישו. עוד כתב הש"ך שם להוכיח כדעת הרמב"ן מהא דאמר בש"ס דלא קנה כפל רק במיגו דאי בעי פטר נפשיה בגניבה כו'. ולפע"ד ליכא שום הוכחה דבש"ס לא אמר סברא זו רק באמר הריני משלם אבל בשילם ממש מוכח דאפי' לא מצי פטר נפשיה מקני ליה כפיל' דהא ללישנא קמא דר"פ השואל לא מצי פטר נפשיה במתה מחמת מלאכה כיון דלא שכיח. ואפ"ה קנה כפל כששילם לרש"י דגרס ודאי דלא הוי תיובתא. אמנם להתוס' דגרסי ודאי הוי תיובתא באמת מוכח דלא קנה אף כששילם ולפ"ז תלוי מחלוקת הרשב"א והרמב"ן בחילוף הגרסאות שבין רש"י ותוס':

ד שבח דמגופא עיין ש"ך ס"ק י"א עד חוזרת היא וגיזותיה כו'. ולפע"ד נראה לתרץ דעת הרמב"ם דהתו' בב"מ פ' המפקיד ד"ה כגון פירות דקל הקשה דהא אפשר להקנות הפרה לכפל כמו בגיטין במוכר עבדו לקנס ותירצו דהכי פריך באת"ל בעבד שמכרו רבו לקנס דלא מהני ע"ש. וכמ"ש בשיטה וכיון דמכר עבד לקנס הוא איבעיא דלא איפשטא ואם נאמר דמהני מכירה לקנס נפל כל הפילפול שבש"ס שם דאפשר לומר דלא מקנה ליה גוף הפרה כלל וכיון שהוא איבעיא דלא איפשטא לא זכה בגוף הפרה רק בכפל דאוקי בהמה בחזקת מרא קמא והמוציא מחבירו עליו הראיה כנ"ל. והא דפסק הרמב"ם דקנה היוקר י"ל דכוונתו כשנתייקר אחר ששילם וס"ל כשיטת הריטב"א שהבאתי לעיל:

סימן רצו

א נאמן בשבועה בנק"ח. ע' ש"ך ס"ק ג' דשבועה זו לא הוי רק מדרבנן וע' תומים בכללי מיגו סי' קי"ב שהקשה דלאו מיגו הוא די"ל דעושה כן בכדי שיהיה יכול להפך או משום נחתינן לנכסיה. ולפענ"ד נראה דהך מיגו דהחזרתי לא דמי לשאר מגו דהכא טעמא אחרינא איכא משום דהוא יכול לטעון נאנסו שוב אינו נזהר ליקח שטר שסומך על טענת נאנסו וכמ"ש הסמ"ע בס"ק ג' ע"ש ויכול הוא לישבע שנאנסו ואף שבאמת לא נאנסו רק החזיר כיון שהמפקיד כיחש גם זה מכלל אונס הוא וכנאנס או נגנב דמי. ומה שתמה בקצה"ח על מ"ש הש"ך דנ"מ לענין היפוך דהא בלא"ה יכול להשביע כמו בשאר שטר דיכול לומר השבע לי לא קשה כלל דהא בשבועת השבע לי פטור ת"ח כמבואר בסי' פ"ח וגם תפס מהני כשאין רוצה לישבע משא"כ בהיפוך וגם מ"ש בחשוד דנאמן במגו דהיה טוען נאנסו דהא אם היה השומר חשוד פטור לא קשה דאם יטעון נאנסו מ"מ חייש דאפשר שהמפקיד ג"כ יטעון בשקר ברי ששלח בו יד או שאר טענת ברי כענין שכתב הש"ך בסי' צ"ב שגם בשומרין נשבע ונוטל:

ב וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד. היינו בכולו אבל שליחות יד במקצת לא נתחייב בכולו רק שומר וזה לא נעשה שומר:

ג אבל לא ידענו ע' ש"ך ס"ק ח' ויש שם ט"ס בסופו וצ"ל כשיצאו העדים דאינו נאמן במגו וכמ"ש הסמ"ע כו' ואף שבסמ"ע ס"ק י"א כתב דנאמן בכה"ג היינו דוקא כשלא היו העדים רק בשעה שביקש להפקיד ויצאו בשעת מסירת הפקדון וכ"כ בפרישה ומשמע מדברי הסמ"ע דאם היו עדים בשעת מסירת הפקדון דא"נ. ומ"ש הש"ך כשהפקיד בסתם דנאמן דהיינו שדיברו ביחד קודם ביאת העדים ענייני הפקדון ואח"כ באו העדים וראו המסירה ולא רצה לפרש כדברי הסמ"ע שהיתה בשעה שביקש להפקיד ולא היה בשעת מסירה דבזה מיסתבר להש"ך דנאמן השומר במגו דלא אמרתי לך אלא הנח לפניך דמהימן בלא מיגו ואף שבס"ק ט' משמע קצת דגם בזה צריך מגו לא כתב שם כן רק לסתור דברי הב"ח אבל ודאי דהעיקר כהכסף משנה דבטוען הנח לפניך א"צ מגו אפי' ראו עדים זה החפץ של ראובן ת"י שמעון ונתקלקל אח"כ נאמן לומר שלא נעשה שומר עליו כלל דמה"ת נחזיק אותו בשומר (ובס"ק ט' יש טעות סופר בש"ך וכצ"ל אע"פ דאין עדים שלא החזיר וכו') וגם צ"ל אא"כ נתחייב לישבע (וט"ס לשמור) וגם צ"ל משא"כ הכא דאין לו ראיה שנאבד ואפשר הוא בידו (וט"ס ואפי') וגם צ"ל אפי' האמת כדבריו שהיו תנאי (וט"ס אמר) וצ"ל אמת:

סימן רצז

המפקיד נותן בו סי'. עש"ך שהאריך בזה וכלל דבריו שאם יש עדים וראה בסי' מובהק גמור אף שאין להם ט"ע מוציאין מהנפקד וא"ל שלך החזרתי וזה אחר הוא ולא לקוח ואפי' ליכא עדים והוא מודה א"נ לטעון החזרתי וזה אחר במגו דהוי מגו במקום עדים ובסי' מובהק שאינו גמור נאמן לטעון החזרתי וזה אחר כשיש לו מגו דלקוח ובסי' גרוע יכול לטעון החזרתי וזה אחר אפילו בלא מגו אבל לקוח א"נ במגו שירא לומר כן כיון שראו כיוצא בו כמו בסי' קל"ד והנה מה שחילק בין סי' מובהק גמור לאינו גמור מצינו כיוצא בזה במיתת הבעל דסי' מובהק מהני דהוא מדאורייתא אפילו למ"ד סימנין דרבנן וסי' אמצעים היינו סי' שמחזירין עליו אבידה הוא רק מדרבנן והא שכתב הש"ך בד"ה ונרא' דלענין דינא לא פליגי שהתו' פ' א"נ משמע להו דביבמות לא אתי למעוטי רק סי' מובהק גמור ע"ש ולא קשה דהא אמרינן סבר ר"ח לומר דהיינו שני ת"ח א"ל רבא מי דמי התם קאמר סימנין הכא מאי סימנא אית להו וכו' משמע דסימנין כי האי דשני ת"ח מהני די"ל דס"ל כמ"ש התו' שם בד"ה וקאמרי סימנין דמיירי בסימנים מובהקים שהן דאורייתא וס"ל דמנין הוי סי' אמצעי דמחזירין בו אבידה והא דאמר התם אימר חושבנא איתרמי משום דס"ל אמצעי לא מהני רק באבידה ולא להוציא בו ממון כמ"ש הריטב"א בכתובות והתו' ביבמות וכתובות ס"ל דהך דשומשמי לא הוי סי' כלל וממעט אפי' סי' אמצעי אמנם באמת דבריו תמוהין דהא בהדיא כתבו דתו בחולין צ"ו בד"ה פלניא דאם אמרו חפץ דהאי סימנא דפלניא דאין מוציאין והא אפי' בסי' מובהק כמו בפלניא דהאי סימנא קטיל גברא ע"ש וכן הקשה בקצה"ח וכ"כ הריטב"א והא שמביא בקצה"ח בסי' רנ"ט ראיה מהא דאמר בב"ב גבי סומא אפשר דמכוין מדת משקלותיו אין ראיה דהא דסימנין לא מהני הוא רק במקום שיש לחוש שמא איתרמי כיוצא בו ולהוציא מיד המוחזק חיישינן לאיתרמי ומשכח' לה בסומא כגון שמוחלקין איזו קרקע מכר לו והסומא מעיד שמכר לו קרקע זו שמחזיק מאה אמה או נסכא שמשקלו כך וכיוצא בזה הרבה במקום דלא שייך לו' שמא איתרמי כיוצא בו לפי טענת הבע"ד א"נ שמעיד במקום שאין א' מוחזק כגון בהאי אומר דידי והאי אומר דידי והא שכתבו התוס' בא"נ דאפילו ליכא עדים א"נ במובהק דהוי מיגו במקום עדים שלא יסתרו דברי התוס' ביבמות אפשר לומר דלענין חשש איתרמי יש להחמיר בממון מאיסורין דבאיסור אף שימצא כיוצא בו אחד בסוף העולם לא חיישי' למיעוט באיסורין אבל בממון דחיישי' למיעוט חיישינן לאיתרמי וזהו כשהסי' ידוע לכל רק החשש הוא דאיתרמי בזה יש לחוש בממון יותר אבל כשהמוכר מגיד הסי' דיש ראיה שהוא שלו מדידע הסי' דמהני

באיסור בסי' מובהק כגון בגט שהאשה אומרת סי' מובהק אלמא דבסי' מובהק לא חיישינן גם למיחזא חזא או כסומא בארובה שכתב הר"ן בחולין ע"ט ע"ש גם בממון לא חיישי' א"כ אפשר דלתרוייהו לא חיישינן לומר דאיתרמי כיוצא בו והתובע שאינו רגיל נתוודע לו הסי' לא חיישינן אבל במ"ש הש"ך דבעדים וראה בסימנין מוציאין אף שאין התובע מגיד הסי' היא סותר דברי התו' בחולין גם במ"ש דבסי' אמצעי כשאין לו מגו מוציאין הוא תמוה הא ק"ל דסימנים אמצעים דרבנן ואפילו באבידה מתמה ?המ"ס בב"מ אמאי מחזירין והטעמים שאמרו שם באבידה לא שייך להוצאת ממון מהמוחזק ועוד תמוה דהא כתבו התו' והרא"ש דכשיש עדים וראה בסימנין דהב"ד כופין להראות להעדים שיכירו ולדבריו אפילו אם העדים לא יכירוהו בט"ע כיון דאיכא עידי פקדון בסימנין והב"ד רואין אותן בסימנין אלו מחזירין לו לכן נראה עיקר דסימנין לא מהני רק לענין זה לכוף אותן להראות לעדים שיכירוהו בטביעת עין וזהו מן הסברא כמ"ש התוס' בב"מ ך"ז בד"ה מה שמלה וז"ל דאפי' סימנים דרבנן מ"מ מחוייב להראות לפני העדים שיכירוהו בט"ע דע"י סימנין דומה שהוא שלו ע"ש ולזה ה"נ ביתומים הטוענין שמא אפי' החזרתי אין טוענין להם לענין שלא יהיו צריכין להראותן כשיש עדי פקדון בסימנין משא"כ בדידיה כיון שטוען ברי החזרתי ויש לו חזקה דאין אדם מעיז אפילו להראות א"צ כשטוען החזרתי ואלו אחרים הן והיות כי כל דינים אלו בנויין על דברי התו' ב"מ בר"ח אתי מריה שהן תמוהין טובא בהתחלת דבריהם שהקשו דהיאך שקיל ע"י סימנין הא מצי למיטען לקוח ואי חיישינן דילמא מודה וכו' דמאי מהני מה שמודה הא ידוע בחב לאחרים לא מהני הודאה וגם מ"ש דבדבר מסוים ניחוש שמא הגיד לו קשה דלמ' להם זה הא נגד לקוח מאי מהני סי' הא ודאי דהמוכר יודע הסי' גם מה שסיימו ואפילו לא היה אמוד כל דבריהם אך למותר ואין צריך להקושיא ונראה לפ' דהתחלת דבריהם סובבים על המסקנא דבשני הטעמים דהיינו לא אמוד ויהיב סימנא מהני ויש להבין מה ענין טעם דיהיב סי' לטענת לקוח הא המוכר מחוייב לידע הסי' וגם מה ענין להצרפות' לכן נראה דהטעם דלא אמוד לא מהני רק נגד טענת לקוח דודאי שיש מתרושש והון רב מ"מ כיון דלא אמוד אין לחוש ללקוח דאם היה לוקח דברים חשובים כאלה ודאי דהיה משתמש בהן דאין אדם לוקח כלים אלא להשתמש בהן ואם היה משתמש בהן נתפרסם וגם ע"י שקונה נתפרסם והיה מחויב להיות אמוד וכיון דלא אמוד לא חיישינן ללקוח וכן כתבו התו' בהדיא וז"ל וכיון דלא אמוד אין לנו למיטען לקוח וכו' אך עדיין יש לחוש דילמא ירש מאבותיו או מציאה מצא ולא רצה להשתמש כדי שלא להשביע עצמו כמ"ש הרא"ש ובזה מועיל מה דיהיב סי' וע"כ היא שלו ואין לחוש רק ללקוח וזה מבטל

מה דלא אמוד והשתא מקשה התוס' שפיר דזה היה פשוט להם דאפילו שני הטעמים אינן מועילים רק שלא יטענו הבית דין ליתומים טענת אלו אבל בדידיה אי טעין מהימן כמו שהוכיחו שם ולזה מקשה שפיר דמה מועיל סי' האמצעי למיטען לקוח ואפי' יהיו שני הטעמים דהיינו לא אמוד (דאף שיש לו דבר מסוים ואפשר שיהיה לא אמוד כמ"ש הש"ך) ויהיב סימנא יכול לטעון כן ואי חיישינן לדילמ' מודה דאז לא ניטעון אנן לקוח מחמת שני הטעמים כמו דלא טענינן ליתמי וע"ז הקשו דא"כ דהבא פריכא ג"כ ניחוש לדילמא מודה וע"כ צ"ל דלא מהימנינן ליה דחיישינן לקנוני' א"כ בדבר מסויים ממילא לא מהני אפילו שני הטעמים כיון די"ל דשמא הגיד לו הסי' בשביל קנוניא וא"כ חיישינן דשלו הוא ובזה לא שייך הטעם דלא אמוד כמש"ל וכתבו עוד התוס' שלא תאמר אולי כשיש שני הטעמים אף הוא בעצמו א"י לטעון לקוח וממילא לא קשה קושית התוס' די"ל דלא חיישינן שיודה לו או שיגיד לו הסי' לקנוניא ובודאי גם לכשיבא המערער יטעון לקוח ושלו הוא ולזה דהבא פריכ' לא יהיה המערער נאמן משא"כ בדבר שיש בו סי' יועילו שני הטעמים להוציא אף שיטעון לקוח לזה כתבו דהוא בעצמו מצי טעין לקוח דהא דשומשמי שאני וע"ז תירצו דחיישינן שמא לאחר מיתת הממשכן יבא המערער ואז ודאי מהני השני טעמים כמבואר בהכותב ואח"כ ביארו דבריהם דמה"ת לא ניטעון לקוח ותירצו כיון דלא השתמש אבוהון וכו':

סימן ש

א מונח ביד ב"ד עיין ש"ך ס"ק י' ויש שם ט"ס וצ"ל עיין מה שכתבתי לעיל סי' רכ"ב סעיף כ' דעת הרבה וכו':

ב ומתה אחת מהן עסמ"ע ס"ק י"ג ויש שם ט"ס וצ"ל מיירי שם בבכורות וכו':

סימן שא

א ויש מחייבין בפשיעה עש"ך סי' ס"ו שסתר הראיות שהביא להפוסקים לפטור פשיעה ועי' בתומים שם שסתר בטוב טעם הראיה שהביאו מצדקה דפטור אפילו מפשיעה דשאני צדקה כיון דגילה רחמנא דלאו של בעלים הן רק של עניים ממילא פטור אפילו מזיק כמו במתנות כהונה דאפילו אכלן פטור כיון דהוי ממון שאין לו תובעים וכדמוכח מדברי הנימוקי יוסף בפ' הגוזל ומאכיל גבי ארנקי פדיון שבויים שנתן בידים פטור מה"ט ע"ש וקיימתי מסברא דנפשאי ומה שהביאו ראיה דאם פשיעה הוי מזיק אפילו פשיעה

בבעלים מתחייב נלפענ"ד דלא קשה דהא ילפינן מקרא לפטור בש"ח פשיעה בבעלים בר"פ השואל מדכתיב וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון ומקר' נדרש לפניו ולפני פניו ועיין פירש"י שם שהוא משום סמיכת הפרשיות וע"כ קרא לא אתיא רק לפוטרו מתשלומין דשבועה שאינה ברשותו חייב אפילו בבעלים כמבואר בב"י סי' ס' הבאתי דבריו בסי' רצ"א ועוד דבהדיא כתיב קרא ואם בעליו עמו לא ישלם ולא בא רק לפטור מתשלומין וא"כ גזירת הכתוב הוא שאפילו בפשיעה יפטור בבעלים אבל בעבדים וקרקעות יש לנו לאוקמא פיטורא דקרא אמסתבר דלא פטרן הכתוב רק משבועה דכתיב בקרא אבל לענין תשלומין בפשיעה יש לחייבו כיון שבפי' התחייב עצמו לשמור ופשע ולא שמר הוי מזיק כמ"ש השיטה בב"מ צ"ד משא"כ בש"ש דחייב אפילו בגניבה ובגניבה בעידנ' דגני אינשי דנאנס הוא ולא עבר אחיוב שמירה רק שחייביה רחמנא בגניבה ואין עליו דין מזיק ולכן בעבדים וקרקעות פטרו הכתוב והנה בשומרים שלא עשה משיכה דלא נעשה שומר להרמב"ם בסי' רצ"א סעיף ה' נראה דאינו חייב אפי' בפשיעה דהא כתב הרמב"ם בפ"ב משכירות הלכה ח' דמחרים על מי שלקח ואינו מחזיר ולא אמר ג"כ שמחרים שלא פשע אלא ודאי דאף בפשיעה פטור ולא חשיב פושע למזיק רק במי שקבל לשמור ופשע ולא שמר אבל במי שאינו שומר כלל לא חשיב מזיק דהא אפי' פורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור וגם נראה דאפילו הפטורים בפשיעה היינו דוקא שנתרשל בשמירה אבל אם הניחו ברה"ר שהוא מקום הפקר שחשיב אבידה מדעת הוי מזיק גמור: והנה תחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב במטלטלין כשיש לתלות בשום צד שאילו לא פשע אפשר שלא היה אונס ויש להסתפק אם בעבדים וקרקעות ג"כ חייב להרמב"ם כיון דאינו חייב רק מטעם מזיק ומה"ת יחשב זה למזיק הא אפילו גרמ' לא הוי ומ"מ נלפענ"ד דחייב להרמב"ם דהא ע"כ תחילתו בפשיעה מדאורייתא חייב וכיון דס"ל להרמב"ם דלא אפקעיה רחמנא קרקעות רק משבועה דכתב בהדיא אבל התשלומין מה שחייב כשלא נשבע שלא פשע לא מיעטיה רחמנ' וממילא חייב אפילו בקרקעות כשהיה תחלתו בפשיעה כמו במטלטלין כיון דלא מעטיה רחמנא מחיוב תשלומין ואף דלא הוי מזיק בתחילתו בפשיעה ה"נ לא הוי מזיק בפשיעה גמורה דהא אחר שאינו שומר או שלא עשה קנין בשמירה פטור אף מפשיעה רק דחשיב כמזיק כיון שקיבל עליו שמירה ולא עשה מה שקיבל דהיינו שפשע בשמירה ולא שמרו כמ"ש הש"מ בב"מ צ"ד בד"ה אמר שמואל בשקנו מידו ע"ש א"כ ה"ל בתחילתו בפשיעה דחייב:

ב שומר שמסר לשומר עש"ך ס"ק ד' שכתב דהרא"ש מיירי שנתנו לשני לגמרי כו' והוא תמוה מאוד דבהדיא כתב הרא"ש שם בתשובה דדוקא במסר למי שרגיל להפקיד פטור

ע"ש ובנתן לגמרי אפילו למי שרגיל להפקיד חייב וכן תמה בתומים אך גם דברי התומים שכתב שהיה ידוע שאביו משליכו לאיבוד קשה ג"כ ולכן נלפענ"ד שהרא"ש ומהרי"ק לא פליגי דהרא"ש מיירי שיש לספק שעדיין הוא ברשות השני וכופר ובזה חייב הראשון דנראה דאפילו מי שלא קיבל שמירה כלל רק שבא לבית חבירו ולקח ממנו חפץ ונתנו לאחר והאחר טוען שנאבד ממנו דחייב הראשון ושומר שמסר לשומר דחייב נראה דלאו מטעם משואי"ל משלם חייב דהא הרבה פליגי ולא ס"ל משואי"ל משלם ועוד דא"כ במת הראשון יפטרו היורשין כל שלא נתחייב בב"ד שבועה () לכן נראה דהטעם הוא דכל זמן שלא נשבע השומר לא מחזקינן בנפילה וחשדינן אותו שהוא עדיין בידו וממילא הראשון חייב דכשעשה מעשה בגוף החפץ וע"י מעשה זה נאבד נחשב למזיק וכמ"ש המשנה למלך פ"ה מהל' שותפים ה"ב וכן מוכח מסי' קע"ו סעיף י' שכתב דלא יפקיד ביד אחר וכתב ע"ז דאם שינה בא' מכל הדברים דחייב ואי מטעם פשיעה הוא הא פשיעה בבעלים הוא דסתם שותף בבעלים הוא אלא ודאי דכל שא"י לישבע שאינו ברשותו של שני חייב הראשון מטעם מזיק וא"ל דהטעם דחייב בשותפין הוא משום הדין המבואר בסי' רצ"א ס' כ"ו דאע"פ שהראשון שאל או שכר בבעלים דחיוב על רשות השני וע"ש בסמוך ס"ק מ"ח דשם כתבתי דדין זה אינו אלא בשואל ושוכר שנעשה קנין חדש אצל הראשון שזוכה בשכירות של השני והוי שלא בבעלים ואף דשאלה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים פטור כמבואר בסי' שמ"ו מ"מ כיון שהזכיה באה ע"י רשות השני משיכה חדשה הוא וחייב דווקא כשבא הקנין ע"י חצירו של שואל ולא היה משיכה חדשה ורשות חדש הוא דאינו מפקיע השאלה בבעלים הראשון אבל הכא משיכה חדשה ורשות חדש הוא חייב אבל בש"ח שמסר לש"ח אם היה חייב הראשון מטעם פשיעה בשעה שמסר להשני נחשב לפשיעה בבעלים אלא ודאי דנחשב למזיק וגם הכ"מ ברמב"ם פ"א משכירות כתב הטעם דכשמסרו לאחר הוי כמזיק ע"ש משא"כ אם ידוע בעדים או ברגיל להפקיד בשבועה שנאנס ברשות השני ודאי דלא נחשב לפשיעה מה שמסרו לשני דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן והרי מסרה לבן דעת לשמור והשני שמרה כראוי לא חשיב פשיעה לומר דהוי כתחלתו בפשיעה אח"כ מצאתי בפי' בתשובת שב יעקב ח"מ סי' י"א שכתב דכשמסר לשומר שלא היה נאמן אצל הבעלים דחשיב מזיק ע"ש ונהניתי מאוד ולפ"ז ליכא מחלוקת כלל בין מהרי"ק להרא"ש דהרא"ש מיירי שא"י שנאנס אצל השני דחייב הראשון מטעם מזיק דחשדינן להשני שעדיין ברשותו הוא ומהרי"ק מיירי שידוע שנאנס אצל השני דאז ודאי דלא נחשב תחילתו בפשיעה לענין שמירה שיתחייב מחמת תחילתו בפשיעה וסופו באונס דכל כמה דליכא למיחשדיה להשני אחזוקי בגנבי

לא מחזקינן והרי מסרו לבן דעת ולא פשע בשמירה וגם ליכא למיחשביה למזיק כיון שלא ע"י מעשה של הראשון נאבד דהא נאנס ממילא דז"ל המהרי"ק דמתחילה כתב הא דמרדכי אינו מחייב השומר שמסר לשומר משום אין רצוני דאין רצוני לא חשיב פשיעה והא דלא מייתי הטעם משום את מהימנית דנ"מ היכא שהגזבר נשבע או שיש עדים וגם בלא"ה לא ידעתי למה טרחינן להביא ראיה לפטור הגבאי מתשלומי העניים במסרו לאחר דפשיט' כיון שהוא פטור פשיטה שאין לחייבו דפטור מטעם אין רצוני דהא הטעם דאין רצוני לא חשיב רק למיהוי פושע וכיון בפשיעה פשיטה שאין לחייבו משום דאין רצוני עכ"ל המהרי"ק וא"כ י"ל הפי' במהרי"ק שמתחלה אמר דמשום טעמא דאת מהימנת לא מהני ביש עדים ולכך הוצרך המרדכי לומר הטעם משום דהלכה כר"י ואח"כ כתב דאפילו לטעם דאין רצוני מ"מ ליכא לחייבו ביש עדים אך בלאו הכי תמוה לי מה שהביא הר"מ המהרי"ק לחלוק על הרא"ש דהא המהרי"ק מיירי בצדקה ובצדקה ודאי דשומר שמסר לשומר פטור אפי' יהיה חשיב למזיק בידים מטעם ממון שאין לו תובעים כמו שכתב הנימוקי יוסף:

ג ע"י גילגול נשבעין היינו שאינו ברשותו דשבועה שלא פשע אינו מגלגל רק להרמב"ם דחייב בפשיעה ושבועה שלא ש"י ג"כ אינו מגלגל דהא עבדים וקרקעות אינן נגזלין ואינו מתחייב בהאונס שנעשה אחר הגזילה:

ד אם קנו מידם והנה בהקדש ג"כ אמרו בב"מ דבעינן קנו מידם והיא תמיה דל"ל קנין בהקדש הא אמירה לגבוה כמסירה להדיוט אח"כ מצאתי בקצה"ח שהקש' זה נפלענ"ד דודאי אם אמר בפי' אם יאבד הנני מחייב עצמי כך וכך דאז באמת חייב מטעם אמירה לגבוה אמנם הש"ס לא רצה לאוקמי בזה דא"כ אין חילוק בין נותנין לו שכר שבת או לא דאזלינן בתר מה שפי' בפה רק דהכ' מיירי שקיבל על עצמו שיהיה לו דין שומרים וכיון שאין הקדש בגדר שמירה כלל לא מהני בלא קנין רק במקום שיכולין לומר דהוי כאומר הריני כאלו התקבלתי כמ"ש הש"ך:

ה להתחייב באחריות' בתשובת הר"א ששון הובא בש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ט נסתפק באם התנה ש"ח להיות כש"ש אם מחוייב לישבע שנאנס או שאינו נשבע רק שלא פשע וכו' תמהני דשם בתשובה פשיט ליה דחייב מדברי המרדכי ובקצה"ח סתר הוכחה זו דאם נשבע ע"י גילגול שבועה שא"כ והא דמקשה שם הש"ס כבר תי' הש"ך לעיל סי' ס"ו ע"ש עכ"ל קצה"ח ולא ידעתי דכוונת הר"א ששון הוא דהוכחה הש"ס הוא מדלא קתני ואמר שנגנבה משמע שידוע שנגנבה והשבועה הוא שלא פשע וכיון דהמרדכי כ' דתי' דר' יוחנן בשקנו מידו קאי על הקושי' דנשבעין לגזברין מוכח דנתחייב אף בשבועה

וע"ש עוד בהר"א ששון שכתב דש"ש שהתנה שיהיה דינו כש"ח דמ"מ אם נאבד מפסיד שכרו:

ו מעות עניים ודוקא שהשומר הוא המחלק אז הוי ממון שאין לו תובעין שכל עני שיבוא יכול לומר לו לא לך אתן כ"א לאחר אבל הציבור שנותנים מעות לגבאים שהן נותנין לכל עני כדינו וכפי אומד דעתם ואם יתרבו עניים צריך הציבור להוסיף ואם יתמעטו עניים וישאר ממון נוטל הקהל המעות לצורכם וגם יש להקהל רשות לשנות המעות ודאי דמעות הציבור הוא והוי כיש לו תובעין דחייב וכן שאר מעות מצוה של ציבור כגון מעות שהכינו לבית העולם או לבית הכנסת מעות ציבור הוא ויש לו תובעים וחייב וכן מבואר בב"י בטור סוף סי' צ"ו דממון הדיוט הוא לענין שבועה וה"ה לזה דשבועה ותשלומין שווין:

ז וכן אם הגבאי אמר עש"ך ס"ק י' ויש שם ט"ס וכצ"ל ואם השכין אחד משכון לגבאי בעד מעות והגבאי מסר לשומר אם אמר לו הגבאי שמור לי האחד חייב ואם לא אמר לו וכו':

ח אמר לשומר שמור לי לכאורה קשה דהא הגבאי לא קנה מעות הצדקה והמעות עדיין של צדקה הן ועוד קשה דהא במרדכי דהוא מרא דהאי דינ' כתב שאמר שמור לי ואתחייב לשלם ונראה דהרמ"א היה לו הוכחה דאפי' בשמור לי לחוד חייב דאילו אינו חייב בשמור לי לחוד אף כשאמר ואתחייב לך אינו חייב עד שקנו מידו כמו בקרקעות אלא ודאי דנתחייב בשמור לי לחוד והטעם דנתחייב שני יותר מהראשון נראה דלא פטרה רחמנא רק אם נאבד אצל מי שהיה לו רשות לחלק דנגדו הוי ממון שאין לו תובעין דלכל עני שיבוא יכול לומר לאחר אתן אבל הגבאי שיש לו רשות לחלק שנתן לאחר לשמור הוי ממון שיש לו תובעין ולא אמרינן דלא יתחייב השומר להגבאי רק בדמי טובת הנאה כמו בגונב תרומה והטעם נראה דכיון שהגבאי מברר העניים שרוצה לחלק להם אמרינן ברירה שלהם נתרצה תיכף והן הן התובעין דבממון אמרינן ברירה והטעם נראה אף דבגט כה"ג כגון לאיזה שארצה אגרש פסול ולא אמרינן הוברר שלזאת נתרצה מעיקר' מ"מ בממון אמרינן ברירה דשאני גיטין דבעי ברירה חזקה כמ"ש מהר"א ששון סי' קכ"ב:

ט ואסור להשתמש יש להסתפק במעות ציבור שביד הגובה או הפרנס אם מותר להשתמש בהמעות דלא דמי למעות מותרין דשם כיון שנתן לו מותרין הוי כנותן לו רשות להשתמש אבל הכא כיון שהמעות נגבה מיחידים והן לא נתנו רשות אך י"ל שאדעתא דציבור נותנין והן נותנין מותרין כדי שיתחייב באחריות אבל אם נשאר תחת

יד הפרנסים לא ידעינ' אם יש להן רשות להשתמש דבהו ודאי דלא שייך שנתנו לו מותרין אדעתא כדי להשתמש בהן כדי שיתחייב באחריות וגם אין לומר דמסתמ' ניחא להו שיהיה מותר להשתמש כדי שיתחייב באחריות דא"כ במעות אבידה ג"כ נימא הכי:

סימן שג

א בעידנא דניימי אינשי תמוה לי למה כתב זה בלשון יש אומרים הא בזה כ"ע מודים דחייב דהא דקיי"ל בב"מ דף צג כר"ח ורבה בר רב הונא דש"ש חייב בזה ולא פליגי רק באונסתו שינה או שאר אונס גדול בגוף משום דס"ל דלא פטרה התורה רק באונס בחפץ ולא באונס בגוף השומר (שכר או) גניבה באונס גמור עיין בטור ובית יוסף:

ב אא"כ היה שם ולא היה יכול להציל עסמ"ע ס"ק ג' עד דשם טריפת זאב עליו כו' וה"ה בליסטים מזויין דשם שבויי' עליו ודוקא שלא היה רק גנב דשם גנב עליו וגניבה באונס חייב רחמנא והא שכתב הרא"ש בב"ק נ"ז וז"ל ואי יתיב בהדה מנטרה ואתי ליסטים מזויין דפטור נראה דלאו דוק' אמר אי יתיב בהדה דה"ה אם לא היה יתיב בהדה רק שבא להשמיענו אף דליסטים מזויין גנב הוא מ"מ פטור בש"ש דהוי בכלל שבויה והעיקר תלוי דש"ש אינו פטור רק כשאונס היה בגופו של פקדון ולא בגופו של השומר ואפי' היה אונס בגופו של פקדון אינו פטור כשהיה באונס גניבה דגניבה באונס חייב. וכל שהיה אונס בגופו של פקדון והיה יכול להציל והיה אונס ג"כ בגופו ולא הציל נראה דפטור כדמוכח מהך דאם נפלה דליקה שהיה ירא להציל מפני שלא ישליכהו באש ומ"מ פטור כמבואר במרדכי שם ובהג"ה בסמוך. ובקצה"ח כתב לסתור הוכחת רש"ל וכתב דאפילו רבה דפליג בב"מ צ"ג וס"ל דבעל בעידנא דעיילי אינשי פטור דמ"מ כשנגנב חייב כיון דשם גניבה על החפץ ע"ש. ולפענ"ד א"א לומר כך דא"כ מאי מקשה על רבה בב"מ צג מברייתא דתני אלו הן אונסין כגון ותפול שבא לישני דהברייתא קמ"ל דכל שאין כעין ותפול שבא רק דרך גניבה חייב אפילו היה גם בעידנא דניימי אינשי דבעינן דוקא שהיה שם אונס על החפץ אפילו לרבה אלא ודאי דלרבה דפוטר בשריק ונפל למיא אף דלא הוי רק שם גניבה על החפץ דהא אילו היה שם היה יכול להציל ולתקפה אלמא דלרבה כל ששמר כדרך השומרין פטור ש"ש:

ג פטור מאונסין עיי' ש"ך ס"ק ה' דנשבע שנאנס ונוטל שכרו כו' () היינו דוקא שכר שמירה ששמר עד שנאנס אבל משעה שנאנס עד סוף הזמן שקבע פטור דנהי דהוי כאונסא דבעה"ב מ"מ באונס דלא הוי לתרוייהו לאסוקי אדעתא פטור הבעה"ב רק דהכא מיירי משכר שמירה ששמר עד שעת האונס דזה חייב לשלם כמ"ש בסי' של"ד וגם מיירי

באונס שהיה על החפץ דהוי כאונס שאירע לבעה"ב אבל באונס שאירע לפועל למאן דס"ל דגניבה באונס גמור פטור כמבואר בש"ך לעיל ס"ק ד' דהיינו כשאירע חולי לשומר אז פטור אפילו משכר ששמר עד שעת אונסין כיון שלא ההנהו לבעה"ב כמבואר בסי' שי סעי' ב' בהג"ה ועיין של"ד שהארכתי בזה ושבועה זו לישבע וליטול הוא שבועת המשנה אף במקום שאינו נשבע בדין השומרי' כגון בהקדשות ושטרות והוא שבועת המשנה כמו בחנוני ע"פ דהחנוני אף על גב דמדינא לא היה נוטל כמ"ש הש"ך בסי' צ"ב דהוי כא"י אם נתחייבתי לך מ"מ חייבוהו חז"ל ליתן ע"פ שבועות החנוני ומה לי הוציא ממון ע"פ ומה לי עשה מלאכה ע"פ וכל יורד ברשות אף שהבעה"ב א"י אם עשה מלאכה כלל חייב ולא דמי למחייב עצמו על תנאי שצריך לברר על קיום תנאי כמבואר בסי' פ"ב בש"ך דשם אינו מגיע לו בעד התנאי ממון ולא עשה ע"פ דבר של ממון אבל כשעשה ע"פ דבר של ממון חייב לשלם לו ע"פ שבועתו כמו בחנוני ועיין לקמן בסמוך סעי' ט' מ"ש שם:

ד ליסטים מזויין עיי' ש"ך ס"ק ו' אע"פ דמיטמר מאינשי כו' והיינו אפי' לא היה שם כיון דשם אונס דנשבע עליו כעין מ"ש הסמ"ע ס"ק ג' ע"ש דבהי' שם ולא היה יכול להציל אפילו בגנב שאינו מזויין פטור:

ה אם לא היה יכול להציל עיי' ש"ך ס"ק ז' ויש שם ט"ס וכצ"ל נשרף החפץ שהיה שומר כיון שהיה יכול להציל את החפץ לא אמרינן דהוי אונס מטעם שהיה נשרף כו'. עוד כתב הש"ך דאם ה"ה ש"ח חייב כו'. המעיין בתשובת רמ"א יראה מכל ראיותיו שהביא שם דהטעם הוא דבש"ש כל שלא הגיע האונס לגופו של חפץ רק לגופו של שומר הוי כפשיעה נגד גופו של חפץ וכן בסעי' י"א קרי ליה לגבי ש"ש פשיעה אף דלגבי ש"ח נקרא אונס ובש"ש נראה דאפי' היה אונסין אותו בגופו אונס נפשות שלא יציל חייב דהא מחייבינן ליה אפי' אם הגיע עליו חולי של טירוף הדעת כמבואר בסעי' ב' ובטור ובר"ן וחולי של טירוף הדעת כאונס נפשות דמיא ואפ"ה חייב ואפי' למאן דפוטר בסי' שפ"ח בנשא ונתן ביד באונס מחמת נפשות מ"מ בש"ש חייב דהשתעבד עצמו מעיקרא לשלם כל שלא יגיע האונס לגופו של חפץ אבל בש"ח דפטור באונס אפי' כשלא הגיע האונס רק לגופו של שומר וכיון דקיי"ל בסי' שפ"ח בש"ך ס"ק כ"ב דאונס ממון מיקרי אונס () נראה דאם אנסוהו אונס ממון שלא יציל או בכה"ג דהוי כאנסוהו באונס נפשו' דפטור וכן כל הראיות שהביא שם אין חיוב רק בש"ש ע"ש וכן כתב בקצה"ח:

ו ולכן חייב לשלם הרבה הוא תמוה דכיון דמיירי דלא היה יכול להציל אפי' ע"י אחרים הפקירא הוא וכל הדוחק עצמו ומציל זכה בו כדין מציל מן הדליקה ולא גנבים הם וכדין

זכו ועוד הא בלאו גנבים היה נשרף ומה"ת יתחייב ונלפענ"ד () דהמעיין בשו"ת מהר"מ במרדכי פרק השואל מיירי דלא היה יכול להציל מטעם שהיה ירא שלא ישליכוהו ליסטים באש ובאמת מהשריפה הוי יכולין להציל רק שאנסוהו כדי לגנוב ואם נשרף היה פטור דשם אונס שריפה על החפץ כמ"ש הסמ"ע ס"ק ג'. אבל אם נגנב אף שהיה על ידי אונס שאנסוהו שלא יציל מהגניבה מ"מ כיון דשם גניבה על החפץ חייב וכמ"ש הסמ"ע שם דמה לי אם אנסו רוח רעה שלא יציל או אנסוהו גוים שלא יציל ומתוך שאי"ל מפסיד ודוקא שלא היה הנפקד שם דבזה מיירי במרדכי שהנפקד הוצרך לברוח תיכף אבל כשהנפקד היה שם ולא הניחוהו הנכרים להציל אפילו נגנב פטור ולפ"ז נראה דלפמ"ש הש"ך בס"ק ד' דגניבה באונס פטור גם כאן פטור והוא פשוט. וא"ל דכאן מיירי שספק אם נגנב קודם בשעה שהיו יכולין להציל דז"א דהא על כרחך מיירי שתיכף בשעת התחלת הדליקה לא היה יכולין להציל כלל:

ז והתחיל להתגרות בו עסמ"ע ס"ק ז' שכתב דאפילו כוונת הרועה לטובה ע"ש מדלא כתב דין זה רק גבי ש"ש ולא ש"ח מוכח () דרק ש"ש חייב אף שכוונתו לטובה אבל ש"ח פטור בכה"ג וכן הוא במהרי"ק שורש קכ"ח בהדיא וכ"כ בקצה"ח ומביא ראיה מסי' רצ"א בש"ך ס"ק ל"ג דש"ח פטור שיכול לומר לטובה נתכוונתי משא"כ ש"ש חייב ע"ש ומ"ש בקצה"ח בשם מהרי"ק דדוקא כשידוע שבלאו דיבורו לא היה הליסטים באים אבל מספיק' לא מחייבינן ליה ולפע"ד א"א לומר כן דא"כ לא היה לו להמחבר לסתום וגם נראה דא"א כלל למידע אם בלא"ה לא היו הליסטים באים או לא ולכן נלפענ"ד דהכא ודאי חייב מספיקא ומהרי"ק לא כ' דאין חייב מספק רק בעובדא דידיה שהיה גניבת אונס בודאי רק שיש ספק אי פשע מקודם והרי הוא תחילתו בפשיעה וסופו באונס ועמש"ל בסי' רל"ד דכ"ע מודו דעיקר שבועה הוא שבשע' גניבה ואונסין לא היה פשיעה והנך דס"ל דשבועה שלא פשע לא הוי רק גלגול שבועה היינו משבועה שלא פשע מקודם והוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס דכשיש לתלות אפילו באופן רחוק שאפשר שאילו לא היה פשיעה לא היה אונס זה חייב ושבועה על פשיעה כזו לא הוי רק ג"ש. ולפ"ז א"ש דעובדא דמהרי"ק שהיה ידוע שהי' גניבת אונס רק הספק הוא על פשיעה שמקודם וזה לא הוי רק ג"ש דלא אמרינן גביה מתוך שאי"ל משלם משא"כ הכא בהמחבר שיש ספק אולי רק מחמת אמירתו בא הליסטים והוי כהוליכם לגדודי חיות והרי הספק אולי שעת הגניבה גופיה היה בפשיעה וזהו העיקר שבועה ומשאי"ל משלם. כן נ"ל ברור:

ח הרי זה פושע וחייב עש"ך ס"ק ה' וכצ"ל וה"ה באינש דעלמא כו' וט"ס במגו בטור כ' דאם היה צריך ליתן לפועליו דמי כל הבהמה צריך להחזיר לבעלים דמי טורח' לקנו'

הבהמה ע"ש ופרישה כ' בשם הראב"ד דא"צ ובאמת תמוהין דברי הטור דהא אפילו לסטים מזויין וגזלן אינו חייב לשלם רק דמי שוויו ולא יותר:

ט וי"ל נטרפה והנה במ"מ כ' הטעם דהוי כמוציא ברשו' דנשבע ונוטל ונראה () דתרוייהו טעמי צריכי דודאי מטעם מוציא ברשות א"א לחייבו רק כשידוע שהוציא וא"י כמה אכל ודאי דאין אדם נאמן לישבע שעשה עמו טובה והוציא עליו כל כך הוצאות ונוטל ולכך צריך הטעם דמיגו שיכול לומר נאנסו ומיירי בלא ראה דאי בראה ל"ל מגו דנאנסו והא דלא קאמר מגו דהחזרתי דנ"מ במפקיד בשטר וכשאינו נאמן רק מכח מגו אינו חייב להחזיר רק מה ששוה הבהמה עכשיו כשהוזל וטעם דהמ"מ צריך היכי שידוע בעדים שהציל הבהמה והוציא עליה וא"י כמה הוציא דאז אף דל"ל מגו נשבע ונוטל מה שהיה הבהמה שוה בשעה שהציל דהוי כירד ברשות דרשו' ב"ד איכא ושכירו' הרועים להציל נראה דאין לו להשכיר פועלים רק באופן כשיתן להם שיצילו וכשלא יצילו לא יתן להם אבל על ספק אין לו להשכיר דאם לא יצילו לא יחזיר להם בעה"ב ועוד דהא אין לו משכון מבעה"ב רק הבהמה וכשלא תהיה ניצלת הבהמה מאין יגבה מעותיו ואין חייב ליתן מעותיו בלא בטחון מבעה"ב:

י אפילו לא מתה מיד ע' במ"מ פ"ג מהל' שכירות דאפילו לא מתה רק אחר שנה חייב כיון דאי אפשר לו לישבע דאימר מחמת הסיגוף מתה ונראה דמ"מ אם ידוע בבירור שבנתיים היתה בריאה כשאר בהמות לא חיישינן לה ואינו חייב רק כשהוא באופן שא"א לידע ואפשר לספק אולי מחמת חולי הראשון מתה דהא אפילו בגט כשהלך בשוק בלא משענת מחזקינן ליה כשאר בריאים ולא חיישינן שמא מחמת חולי הראשון מת ואפשר דהטעם משום דכשעדיין הוא בידו ופשע מקודם דכל שיש לתלות בשום צד אפילו רחוק אמרינן דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אם לא שע"פ אומר אא"ל שמחמת סיגוף הראשון מת ונסתפקתי בגזלן שסיגפה ומתה אחר שהחזירה אם יש לחייבו דגזלן אינו שומר כמ"ש התוספת בב"ק דף נ"ו והחיוב שלו הוא רק משום שחייב בהשבה ולמי זה כשהוא ספק אינו חייב רק מטעם דהוה לי' כא"י אם החזרתי והכא גם התובע מסופק ופטור אפילו בא"י אם החזרתי. וגם יש לומר כיון דהסיגוף לאו חיוב הוא אצל אחר דודאי אחר שאינו שומר אינו חייב בסגפה בחמ' ומתה אחר שנה רק דהוי כמו תחילתו בפשיעה כמ"ש התוספות בכ"מ דף ל"ז בד"ה אין רצוני ובאחר ודאי פטור בזה כשיש לספק שמתה שלא מחמת סיגוף וא"כ ה"ה גזלן שאינו שומר ג"כ פטור ולמי זה נראה דה"ה בשומר אם סיגפה בחמה והחזירה ואח"כ מתה פטור דומיא דהבל' דאגמ' כאביי דאמר התם ומודה אביי דאי הדר' לבי מרה ומתה דפטור כיון

שכבר כלה התחלתו בפשיעה ולפמ"ש הש"מ דהא דאמר אביי אי הדרה לבי מרא לאו דוקא רק אפי' גבי שומר פטור א"כ אין חילוק ואמילו מתה אחר שהחזירה חייב ומשמע שם דכל תחילתו בפשיעה כשידוע שכלה הפשיעה אינו חייב בסופו באונס א"כ ה"ג כשידוע שהיתה בריאה אחר הסיגוף דפטור באונס שעשה אח"כ דודאי אין סברא שאם היתה הבהמה בריאה אח"כ ואחר כמה שנים מתה שמתחייב השומר ולפענ"ד עיקר דאחר שחזרה לבריאותה ע"מ אומד ב"א אין בו דין תחילתו בפשיעה וא"ל מהא דסי' שט סעיף ג' דחייב כשמתה אפי' אחר חזרה דשם מיירי שכבר היתה חולה כמבואר בשו"ת הרא"ש כלל צ"ב וז"ל ומן הדין לא היה צריך לקבלה עד שתבריא ולא קיבלה המשכיר רק בתורת פקדון והוי כקודם חזרה ע"ש והא דאינו מחוייב לקבלה הטעם ג' דהא ב' הנ"י פ"ב דב"ק דמשע' פשיעה הגורמ' לאונס מתחייב עליה ולכך חייב השומר לעכבה עד שתבריא ואם כבר החזירה והנפקד לא ידע וטען אח"כ שחלתה תיכף והנפקד טוען שא"י הוי כא"י אם פרעתיך כיון דלא חשיב חזרה כ"ז שהיא חולה מחמת הפשיעה:

יא אע"פ שתקפתו ונפלה עמש"ל סי' רצ"א שלכאורה קשה כיון דש"ח אינו חייב בעלתה מאליה ע"כ לאו פשיעה הוא אלא כעין גניבה כמו בעל בעידנא דעיילי אינשי וא"ר אמאי חייב בתקפתו ונפלה הא הוי תחילתו בגניבה וסופו באונס ונ' דדוקא כל שהאונס בא מחמת הגניבה רק שיש לתלות בצד רחוק כעין שכתבו קצת פוסקים דאפשר שיהיה מקויים ומוראכם וחתכם או גם את הארי גם את הדוב וכו' וזהו תליא באומן רחוק ולזה פטו' כשהי' תחילתו בגניבה אכל כשהוא באופן שאם לא עשה מעשה הראשון לא היה נעשה האונס כלל כגון הכא שאילו היה יושב ומשמר שלא לעלו' בודאי לא היתה נפלה חייב דהוה כמו תחילתו וסופו בגניבה ובזה מיושב ג"כ מה שהקשיתי לעיל בסי' רצ"א ס"ק ך"ג וכ"ה ע"ש דשם ג"כ י"ל דאם לא היה עושה כך בתחלה דהיינו שהיה אומר לאמו שהוא פקדון ודאי שהיתה קוברתו דלא חשידה אמו שלא לשמור הפקדון דהא מה"ט שומר שמסר לשומר פטור ברגיל להפקיד דמחזקי' ליה שישמור כראוי וכן בסעיף כ"ה שם אילו היה אומר לשליח מהאי אל תדמי ודאי דלא נעשה האונס ולכך חייב:

סימן שד

א המעביר חבית () נלפע"ד דדוקא כשנשא שיעור משאוי כל שיכול לישא תיקנו חז"ל שיפטור מתשלומין משום דנקל ליבשל אבל מי שנשא דבר קל ונתקל ושברו חייב דבקל אפשר ליזהר ובזה א"ש הא דסעיף ב':

ב הסבל ששבר חביות של יין בקצה"ח כתב לתרץ שלא יקשה מהא דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה וכל השומרין כשעת הפשיעה וכתב הטעם דדוקא כשאינו ידוע אם יתייקר אח"כ משלם כשעת הפשיעה אף שנתייקר אח"כ אבל היכא דידוע היוקר דלקמיה משלם כיוקרא דלקמיה משום דהוי גורם לממון ומדמה זה להא דפסחים ך"ט בחמץ של הקדש אף דבפסח לא שוה כלום מ"מ משל' כפי מה ששוה אחר פסח משום דהוי גורם לממון וה"נ דכוותיה ע"ש ולפענ"ד אא"ל כך דא"כ בהך דיומי ניסן יקדו ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא כמבואר בב"ק ה' ה"נ אם יקלקל ויחפור בורות בהקרקע בתשרי יצטרך לשלם כיוקרא דלקמיה וכן בגוזל או מזיק תבואה צריך לשלם כשעת הגורן אלא ודאי דלא דמי כלל דשאני גבי חמץ דא"א לו למכור כלל בפסח ואינו מחזיקו רק על אחר פסח מש"ה חייב לשלם לו כפי השעה שדרך למכרו דדמי קצת לגוזל חבירו במדבר שא"א למוכרו כלל במדבר רק שמוליכו לשוק ודאי דחייב לשלם כשער שבשוק משא"כ הכא שהרבה מוכרים יין קודם יום השוק כשצריכין מעות וכן מוכרין הרבה קרקעות ביומי תשרי מש"ה לכ"ע אינו משלם רק כפי השער שהיה בשעת הגזילה אף שידוע שמתייקר ולא חשיב כלל גורם לממון דאימר היה מוכרו קודם יום השוק ועוד בשלמא חמץ אם היה רוצה שום אדם לקנות החמץ ולעבור על האיסור א"א לו לקנות רק בהסך ששוה אחר פסח חשיב שפיר גורם לממון אבל בדבר שהוא עכשיו בזול אף שידוע שיתייקר אח"כ אינו משלם רק כשער הזול דהא הי' באפשרי לקנות בשער הזול מאחרים מש"ה בודאי א"צ לשלם רק כשער הזול. לכן נלפענ"ד () מדנקט הסבל ששבר חביות יין ולא נקט סתם מי ששבר חביות יין וכן בש"ס נקט הני שקולאי וכו' משמע דלא שייך דין זה רק בסבל והטעם נראה כיון דמיירי ששברו בפשיעה כמ"ש הסמ"ע ס"ק י' ומבואר בסי' קעו סעיף י"ד בהג"ה דשותף שמכר קודם זמנו דהוי פשיעה דחייב לשלם לחבירו מה שנתייקר אח"כ ועמ"ש שם הטעם דדמי לפועל דחייב לשלם מה שהיה יכול להרויח ע"ש ובסי' ש"ו הארכתי בטעם הדבר משום הכי חייב לשלם הכא ג"כ כשפשע בדבר שדרכו להחזיק עד הזמן כפי השער. ולפ"ז י"ל דמיירי ששכר סבל לשאת את החביו' ליום השוק למוכרו לאחרים בד' כי במקומו לא היו יכולים למכרו בד' רק במקום השוק ושברו בהולכה ושוב א"א לקנות אחר שיהיו יכולין להוליכו ליום השוק למוכרו שם מחמת שאין לו מעות לקנות חביות יין אחר ומבואר בשיטה מקובצת בב"מ דף ע"ד בשם הראב"ד דאם נתן לו יין להוליך ליום השוק דחייב לשלם לו מה שהפסיד ביום השוק ע"ש ומכ"ש כששברו בפשיעה דחייב לשלם כל מה שהי' יכול להרויח דהא ע"ז שכרו לעשות מלאכתו לשאת אותו לשם להרויח בו ולכך אם בא לשלם לו ביום

השוק הראשון צריך ליתן לו חביות יין או ליתן לו ארבעה מה שהיה יכול להרויח. ומ"ש הרמב"ם כשמחזיר לו בשאר ימים דאינו משלם לו רק ג' היינו כשמחזיר לו קודם יום השוק הראשון אז נפטר בג' כיון דבזמן זה יכולין לקנות חביות יין כיו"ב בג' ואין הפסד לחנווני שהסבל יאמר לו אם תצטרך ליין תוכל לקנות בסך זה אבל כשמחזיר לו אחר יום השוק אין סברא כלל שיפטר בג' כיון שכבר נתחייב ביום השוק להחזיר לו ד' וכי משום שהוסיף פשע ועיכב המעות שנתחייב לו אצלו עד אח"כ יפטור עצמו בפחות כנלע"ד:

סימן שה

א ה"ז שמירה בבעלים בקצה"ח נסתפק באומן בבעלים ונגנב אי יכול לתבוע דמי שכירותו דהא בקרקע אף דפטור משומרים מ"מ מפסיד שכרו וא"כ ה"ה הכא או דילמא כיון דהשכירות לאו דמי שמירה הוא רק שכר אומנתו אינו מפסיד כשנגנב ע"ש ולא ידענא שום ספק בזה דהא בב"מ דף נ"ח גבי בני העיר ששלחו שקליהן דאמר להפסיד שכרן אף דשם הוי שכר שליחות ולא שכר שמירה ואפ"ה מפסיד כשנגנב א"כ ה"נ מפסיד שכר אומנות כיון דקיי"ל דשכירות אינה משתלמת רק לבסוף כשנתנו לו כמ"ש התוס' בב"ק דף צ"ח ע"ש והרי לא גמר מלאכתו כשלא החזירו מחמת שלא שמרו מגניבה ופשוט:

ב וי"א דהשאילני ואשאילך והטעם כיון דמה ששמרו הוא רק לעצמו דהרי כל הנאה שלו:

ג ושמור לי עש"ך ס"ק ו' שכתב הטעם דהוי שאילה בבעלים ומשום דבעל הכלי צריך לשומרו לו כדי להשאילו וכו' לא הבינותי מה הפרש בין מיד בין למחר דלמחר ג"כ מחוייב המשאיל לשמור לו עד למחר כדי להשאילו. לכן נראה דהיינו טעמא דואשאילך מיד הכין עצמו למלאכה להושיט לו דבר הנשאל כמו בהשקיני מים משא"כ בואשאילך למחר שלא הכין עצמו למלאכה עד למחר והנה לכל הטעמים הן להב"י והן להסמ"ע והן להש"ך והן לטעמא דידי לא נפטר מטעם בבעלים רק השומר אבל השואל ודאי דחייב כשאמר השאילני ואשמור לך דנגדו לא הוי השומר בעליו עמו דהא הבעלים אינן עושין להשומר מאומה. והנה בהדין שהביא הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ב' ש"ש שמסר להבעלים דהש"ש עדיין חייב בגניבה והבעל בפשיעה אין לומר דחשיב כשמירה בבעלים כיון דהש"ש עדיין חייב על חפץ זה לשומרו להבעלים מגניבה כיון דמ"מ אין הש"ש עמו במלאכתו שהרי אינו שומרו רק שחיוב הגוף מוטל עליו לענין גניבה וזה פשוט. ועוד דהא השומר אינו בעלים של החפץ ודמי להא דסימן שמ"ו סעיף י"ז בהג"ה ע"ש. ומ"ש

הש"ך בס"ק ז' בשם תשובת הר"ן קשה לכאורה דהא שמירה בבעלים הוא וע"כ צ"ל דמיירי ששאל ואח"כ הניח לו המשכון דלא נשתעבד בשמירה בשעת מעשה וכ"כ בתומי' סימן ע"ב ס"ק י"ח ע"ש:

סימן שו

א כל האומנין עש"ך ס"ק א' דאפי' עושה בבית בעה"ב וכו' ואף דבעינן משיכה כשומרין מ"מ נראה דבשוכר הוו התחלת השימוש קנין הן לענין חזרה או לענין חיוב אונסין כמ"ש בשאלה בסי' ש"מ ע"ש דמהני התחלת שימוש דהוי כקבלת כסף וה"נ בשוכר כיון שאין המשכיר יכול לחזור בו האי הנאה ה"ל ככסף לגבי השוכר:

ב טול את שלך עש"ך ס"ק ב' עד משא"כ הני שאין חייב לו וכו' כוונת דבריו בשלמא האומן חייב מטעם דתלינן מה שאמר טול את שלך שלא לסלק עצמו משמירה נתכוין רק שהודיעו שאינו רוצה לעכב החפץ בעד המעות ואם ירצה יכול ליטול את שלו והוא ימתין לו המעות ואם יניחו אצלו ברצונו ישמרנו מש"ה הוי ש"ח משא"כ התם בב"מ כיון שהודיעו שחזר בו בודאי כשירצה ליטול את שלו יטלנו ולמה היה לו לומר שקול זוזך אלא ודאי לסלק עצמו משמירה נתכוין וכ"כ הבעה"ת שער נ' בהדיא ע"ש ומ"מ ש"ש לא הוי דהוי כש"ש שכלה זמנו דאחר שגמרו והודיעו אינו מחוייב שוב להחזיק אצלו ועסמ"ע ס"ק ד' דהבא מעות וטול את שלך דאמרינן דלא יטול וכו' אלא אחר שיביא מעות. וכן מוכח בנ"י עכ"ל והוא תמוה דבנ"י לא מוכח מידי ובפרישה כתוב להיפך ע"ש וגם מטעמו משמע דאם אמר בפי' דאינו שומרו עוד אפילו קודם שיביא המעות פטור ולפענ"ד נראה דאפילו בכה"ג חייב דדומה לתופס חפץ בשביל חובו דודאי חייב בהאי הנאה דתפיס אזוזי כדמוכח בפ' ש"ש ד' וה' בתפסו לגבות נזקיו דהוי ש"ש:

ג שאין האומן קונה בתשובת הרא"ש סי' ו' כתב בא' שנתן טבלא לאומן לצייר עליו ואסרה האומן על הבעה"ב אחר שציירה קודם שפרע לו והשיב הרא"ש כיון דקיי"ל אין אומן קונה בשבח כלי אין לו כח לאסור ואפילו למ"ד אומן קונה מ"מ הכא כיון דאין בו רק ציור ואיבעיא דלא איפשטא הוא אם יש שבח סימנים בצבע הקוף צמרו של ראובן בסמנין של שמעון חייב לשלם וממילא אינו חייב ואין להאומן בצבע כלום וכ"ת יכול לגרוד הצבע בצפון צפון עבורי מעבר ועוד כיון דאין אומן קונה א"י לגורדו לקלקל הכלי ותמהו ע"ז האחרונים דבפרק הגוזל מוכיח הש"ס מנותן צמר לצבע דאומן קונה ע"ש ומתרץ בקצה"ח דכוונת הרא"ש הוא כיון דבצבע הקוף אפי' בסמנין דחבריה לא מצי אמר סמנאי גבך לא עדיף האומן דהא אין האומן קונה רק שבח הכלי ולא הכלי ולא

עדיף מצבעו קוף ואין לו אלא מה שהנההו אבל אין לו בשבח כיון דאין לו אלא חזיתא כמאן דליתנייהו ואין לו מה לאסור דאפילו צבע דאיסור ערלה אי לאו דגלי קרא לא היה אסור והדר מקשה הרא"ש הא עכ"פ סמנין דידיה נינהו ויכול לגורדן ויכול לאוסרן ולזה תי' דאם יגרדנו אין בו ממש תי' ב' תי' הרא"ש כיון דאינו קונה אינו יכול לגורדו יהא שהקשה הרא"ש דיכול לגורדו הא אפי' צבע דאיסור מותר אם לאו דגלי קרא לזה תי' דמ"מ מדרבנן אסור חזותא ועוד דאיבעיא דלא איפשטא הוא ביש שבח סמנין ע"ג הצמר ולזה כ' הרא"ש דכיון דלא איפשטא ספק ממון הוא ואין לו בהצבע כלום ואין לו כח לאסור וגוף הצבע כשיגרדנו אין בו ממש עכ"ל הקצה"ח. ולפענ"ד תמוהין דבריו דכל שהאומן קונה בש"כ אפילו השבח הוא ע"י דבר שאין בו ממש גמור כגון שנתן לו בגד לרכוכי קונה בהכלי בערך השבח שנשבח כגון שמקודם היא שוה מנה וע"י השבח שוה ק"ן יש לו שליש בהכלי ואין הצבע בלבד שלו רק שקונה שיעור שבח בהכלי דהא בנתן לו כלי לרכוכי אמר בש"ס אומן קונה ושם א"א לקנות הריכוך רק בגוף הכלי קונה שיעור שבחא וכיון שיש לו חלק בגוף הכלי שליש או רביע מה"ת לא יהיה יכול לאסור חלקו כמו בשותפין ועוד דלדבריו אם קילקל מה"ת יתחייב לשלם לו שיעור צמרו ושבחו הא אין שבח סימנין לימא ליה חזותא בעלמא אזקתיך. לכן נראה לפענ"ד בכוונת הרא"ש דס"ל כהרשב"א בחי' לב"ק דף צ"ח דאף למ"ד אומן קונה מ"מ כשלא קילקל שבחא דהבע"ב הוא דהא אדעתא דהבע"ב אשבח ולא אמרו אומן קונה רק לענין אם הזיקו שאין דעתו של האומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב עצמו בתשלומי נזקו ולענין שיש לו קנין על גוף השכירות ע"ש והיינו ע"כ קנין שיעבוד כמו משכנו שלא בשעת הלוואה ע"ש וכמו שאבאר בס"ק שאח"ז ולפ"ז בודאי דא"י האומן לאוסרו על הבעה"ב כשפורע לו דכ"ז שלא קילקל שבחא דהבעה"ב הוא רק שהיה קשה להרא"ש כיון דע"כ מיירי שהסמנין של האומן דבלא"ה לכ"ע אין האומן קונה כדאמר בש"ס בצמר וסמנין דהבע"ה דצבע אגר ידיה שקיל ע"ש וכיון דסמנין דאומן נינהו במה נקנה להבע"ב וכמה יצאו גוף הסמנין מרשותו ועדיין של האומן הן דאפי' מאן דס"ל אין אומן קונה היינו דוקא בשבח שנשבח הכלי של הבעה"ב אבל ודאי אם הוסיף האומן נופך משלו לא נקנה להבעה"ב דהא אין אדם זוכה בשלו לאחר רק במזכה ע"י אחר ואפילו אם מקנה לו במה קנה הא כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה וע"ז תי' דהצבע דבר שאין בו ממש הוא ויצא מרשותו וזכה בו בעל הכלי דהא בצבעו קוף א"צ לשלם בעד הסממנין דא"ל לית לך גבאי ואין הנדר חל עליו ואף אם יגרדנו אין בו ממש ועוד דא"א לו לגורדו שאין לו לקלקל הכלי וכיון דהצבע דמיא כמאן דלית ליה גבי' א"י לאוסרו דהסמנין כמאן דליתנייהו דמי

ודמי לשבח דקיי"ל דאין האומן קונה שבח הכלי ונ"ל דיש חסרון בדברי הרא"ש וכצ"ל ואפילו למ"ד אומן קונה מ"מ א"י לאסור הכא דאין בו רק ציור וכו' פי' לדבריו שכיון לדברי הרשב"א דאפי' אומן קונה כשהוא בעין הוי דבעה"ב ומ"ש הכא כיון דאין בו רק ציור כוונתו עמ"ש לתרץ הא דא"י לאסור גוף הסמנין ומ"ש בקצה"ח אי אין אומן קונה א"כ בקונם שאני עושה לפיך שאוסרת מעשי ידיה אחר שתעשה הא השבח של בעה"ב לא ק"מ דהא דאין אומן קונה הוא מטעם דאומן משביח אדעתא דבעה"ב ומקנה ליה להבע"ה רק אדעתא דהכי לא מקנה ליה שיתחייב לשלם כשהזיק ע"ש ברשב"א וכיון דהיא מקנית ליה להבעל השבח בשעת עשיה ודאי אסורה היא להקנות כשנדרה הנאה ואסרה על עצמה להקנות. עוד הביא בקצה"ח קושית הפני יהושע בחש"ו שכותבין הגט למ"ד אומן קונה בש"כ הא חש"ו לא ידעי לאקנויי ולפענ"ד לק"מ דאם הדין של הבעל ממילא הוי בסימנין והצמר דבעה"ב דלכ"ע אין האומן קונה רק דהצבע אגר ידיו הוא דשקיל ודיו של הכתיבה כסימנין דמי ואם הדיו של הקטן אפי' אין אומן קונה קשה דהיאך יכולין להקנות הדיו אך גם זה לא קשה דאפילו נייר וקלף יכול לקנות מהקטן שהגיע לעונות הפעוטות דכיון דמקחן מקח מדרבנן הפקר ב"ד הפקר ונקנה לו הנייר ובלא הגיע לפעוטות באמת אסור לקנות ממנו שום דבר לצורך הגט לא נייר ולא דיו רק הכתיבה מותר על הנייר בדיו של בעל דאז הכותב רק אגר ידיה קא שקיל:

ד בשבח כלי כבר כתבתי לעיל לשון הרשב"א () דודאי אם לא נתקלקל שבחא דבעה"ב כיון שהשביח אדעתיה דהבעה"ב רק לענין אם קילקל אמרינן אומן קונה מטעם דאין דעתו של אומן להקנות להבעה"ב כדי לחייב עצמו וכן לענין שיהיה קונה כנגד דמי השכירות ע"ש והנה כוונת הרשב"א שיהי' קונה נגד דמי השכירות ע"כ קנין שיעבוד כמו במשכנו שלא בשעת הלוואה דאי קונה קנין גמור כנגד דמי השכירות קשה דא"כ אם נאנס הכלי יפטור מליתן דמי שכירותו דשל האומן נאנס ומדברי הר"ן פ' הנשבעין שהקשה על הרמב"ן וכתב דאומן גרע ממשכון דמשכון חייב באונסין לדעת רש"י ואומן הוא רק ש"ש ע"כ אף כנגד השכירות דהא אף במשכון אינו קונה לענין אונסין רק כנגד חובו כמבואר בסי' ע"ב וכיון שכ' דאומן גרע דלא הוי רק ש"ש ע"כ ג"כ אפילו נגד שכירותו קאמר אלא ע"כ דאינו קונה רק לשיעבוד ומ"ש הש"ך דאחר שפרע אין להאומן בשבח כלום נראה דהטעם דבכה"ג מעות קונות כיון דלא שייך כאן החשש דנשרפה חיטיך בעליה דהא אפילו אם אומן קונה בנאנסו חייב בשכירות ומכ"ש כשנתן לו השכירות דא"צ להחזיר ובגניבה ואבידה בלא"ה חייב דהאומנין ש"ש הן ובאומן שעשה בחנם נראה ג"כ דאינו חייב כשקילקל למאן דס"ל דאומן קונה דכמו שכתב הרשב"א

בהטעם דאין דעתו של האומן להשביח אדעתיה דבעה"ב לחייב עצמו בהיזק מכ"ש כשעושה בחנם דאין דעתו להשביח אדעתיה דלחייב עצמו ובודאי אינו מקנה לו השבח עד שנותנו לו רק כשעושה בשכר ונותן לו המעות קונה השבח במעות דאפי' אם הי' של האומן לגמרי הי' נקנה במעות במקום דליכא חשש דנשרפו חיטיך כנ"ל ברור דלא בקצה"ח ובש"ך ס"ק ג' יש שם ט"ס וכצ"ל ומה שהכריע מהרש"ל שם כיון דחכמים ס"ל דאינו קונה ודאי קי"ל כחכמים ליתא דהא לאוקימתא דרבא פליגי במקדש במלוה ופרוטה וכו' גם בסופו יש ט"ס וכצ"ל דאילו קיבל דמי שכירותו ליכא למ"ד שלא יתחייב וכ"ה בש"ג בהדיא. ובקצה"ח כתב מה שכתב כי לא ראה בש"נ והבין כמ"ש בטעות והנה בקרקע כה"ג ששכרו לבנות בבית וקילקלו אחר שהשביח ג"כ יש לומר בו אומן קונה בשבח הקרקע דגם בקרקע בעינן שהאומן יקנה לו השבח דהא כתב הסמ"ע סי' שע"ח ס"ק י"ד הטעם דא"י לומר בנייני אני נוטל משום דאדעתא דהכי בנאו וכו' ע"ש ולפ"ז שייך ג"כ הטעם שכתב הרשב"א בהא דאומן קונה בשבח כלי שאין דעתו להקנות לבעלים שיתחייב בנזקין אך קשה מהא דב"ק דף כ' דאמר שצריך ליתן שכר משום דהוי זה נהנה וזה חסר משום שיחרורתא דאישותא ואי נימא דאומן קונה הלא בדידיה קמזיק ונראה ליישב דהא בלא"ה קשה דהא ודאי שם אם נתקלקל הבנין א"צ להחזיר לו דהא מיחה בו מלבנות וע"כ צ"ל כיון דשחררותא דאישותא לא ינוכה מהשומא כלל דאגב ביתא לא חשיב לאינשי להיזק ומ"מ חשיב ליה חסר מעט לפ"ז גם זה ל"ק דכיון דצריך לשלם לו ויהי' שלו ולא ינוכה לו החסרון שחרירות' דאישות' נחשב לזה חסר מעט משלו ולכן מסתבר דגם בקרקע שייך אומן קונה בשבח קרקע:

ה נתן צמר לצבע עש"ך ס"ק ד' עד נותן לו דמי צמרו ושבחו וכו' וא"כ לפי מ"ש הש"ך בס"ק ג' הוי ספיקא דדינא ואינו נותן לו רק דמי צמרו אמנם זה דוקא שהסממנין של פועל אבל אם הצמר והסממנין הן של בעה"ב וצבע אגר ידיה הוא דשקיל לכ"ע אין האומן קונה בשבח כלי כמבואר בב"ק צ"ט בהדיא ע"ש:

ו אם השבח יתר על היציאה עש"ך בס"ק ה' שהאריך לדחות דברי הסמ"ע ומסיק דאינו מנכה לו החמשה זהובים שראוי הי' להרויח רק מהשכר המגיע לאומן בעד שכר האומנות ולא מהסימנין ושיעור השכר שמגיע לפי שומת שכיר יום שזה בכלל קרן שיש לאומן ע"ש ולפענ"ד דהעיקר כדברי הסמ"ע דהא בב"מ ד' ע"ב אמרי' דהאי מאן דיהיב זוזי לחבריה ופשע ולא זבין ליה משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזול שפט ורב אשי מסיק דפטור משום דלאו בידו ופירש"י שמא לא ימכרוהו לו וכתב הש"מ וז"ל קשה למה חייב לשלם לו כלום מ"ש ממבטל כיסו של חבירו ותי' דאעפ"י שלא קיבל עליו

בפי' כיון שנתן לו מעותיו וסמך עליו חייב לשלם דבהאי הנאה דסמך עליו ואלמלא הוא הי' לוקח ע"י אחרים נשתעבד מדין ערב וזה ענין שכירות פועלי' שחייבין לשלם להבעלי' מה שמפסידין בחזרתן וכן הבעה"ב לפועל דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה וכו' וכ"כ הראב"ד שם דהוא מטעם דהוי כמקבל שדה והובירה דחייב לשלם מטעם דהוי כאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דחייב אפי' וכו' ומסיק שם דאפילו אליבא דהלכתא אם נתן לו יין להוליך חייב לשלם לו מה שהפסיד ביום השוק וכ"כ הרשב"א שם על הא דמקשה הש"ס מ"ש מהא דאם אוביר ולא אעביד ז"ל פי' מ"ט לא תקינו בהא כדתקינו בהא וע"ז משני הש"ס משום דלאו בידו וכו' מכל הלין משמע דבכל דבר שבידו תיקנו דלשלם במיטב ולפ"ז נראה בשכירות פועלים דהדין דבדבר האבוד של ממון דמשלמין כשחזרו בהן כמבואר בסי' של"ג סעי' ו' בהג"ה ע"ש נראה דמחוייבין לשלם בדבר האבוד כל מה שהיה יכול להרויח כמ"ש הראב"ד דפעולת פועל בידו הוא וכל דבר שבידו לעשות ולא עשה מחוייב לשלם אף היזק הריוח שהי' יכול להרויח אמנם נראה דזה דוקא בהא דב"מ באפוורתא דזול שפט שהוא פסידא דלא הדר דהשער כבר עבר וכן אם הוביר השדה דהשנה כבר עברה והפסידה זריעה של שנה זו אבל פועלים שחזרו בהן ויש אפשרות לשכור עוד פועלים אחרים יש לו דין אחר ששוכר עליהן רק עד כדי שכרן כמבואר בסי' של"ג ולפ"ז בהך דלצבעו אדום וצבעו שחור מחוייב הפועל לשלם לו מה שהי' יכול להרויח כיון שהיה בידו וסמך עליו ודמי להא דאם אוביר ולא אעביד השדה המבואר בש"ס וכמ"ש הראב"ד הנ"ל דאם נתן לו יין להוליך על יום השוק ולא הוליך דחייב לשלם לו פסידא דשוקא ומכ"ש הכא בצבעו שחור דהוי פסידא דלא הדר השבח שהי' יכול להרויח דהא כבר א"א לו לצבוע אדום ולהרויח אך לפ"ז הי' מחוייב לשלם הפועל החמשה שהי' יכול להרויח אפילו מביתו אף דליכא עכשיו שום שבח בהצמר כשצבעו שחור וכמו בסי' שך"ו לזורעה חיטין וזרעה שומשמין דאם עשתה פחות ממה שראוי לעשות שמשלם לו כפי מה שראוי לעשות ובש"ס ובפוסקי' משמע דאינן נוטלין החמשה שהי' יכול להרויח רק מהשבח של הצמר שחור וע"כ צ"ל דגם כאן משלם מביתו דכיון דא"צ להחזיר ההוצאה ג"כ כמו שמשלם מביתו השיב רק משום דלא שכיח לא נקיט לה א"נ יש לחלק דבשלמ' גבי פרוותא דזול שפט שקבע לו זמן וכן בהא דסי' שכ"ו שיש לו זמן קבוע ואילו הובירו בזמן ההוא הי' חייב לשלם ולכך כשזרעה מין אחר ג"כ חייב לשלם משא"כ הכא כשצבעו אדום שלא קבע לו זמן ואי לא הי' צבעו כלל בזמן ההוא לא הי' חייב לשלם מכיסו כיון דעדיין יכול ליקח צמר ולצבוע אדום ולהרויח בזה לכך גם בצבעו שחור צמר זה אינו משלם מביתו כיון דאפשר

להשלים עוד הרויח ע"י צביעת צמר אחר מחדש ול"ד כל כך להא דאם אוביר ומ"מ מנכה לו משכרו ואין הפועל נוטל שבח עד שנוטל מקודם הבעה"ב מה שהי' יכול להרויח בצביעת אדום כיון דמ"מ לא דמי לשאר יורד שלא ברשות דבשאר יורד שלא ברשות יש להבעה"ב שבח מש"ה צריך ליתן להפועל עכ"פ ההוצאה שיעור שבח משא"כ הכא דע"י השבח שהשביח הפועל הצמר בצביעת שחור לא השביח כלל להבעה"ב דהא אדרבה הפסידו דהא כשלא הי' צבוע שחור הי' יכול לצבעו אדום ולהרויח ה' זהובים נמצא דהצביעת שחור אינו שבח להבעה"ב רק הפסד לבעה"ב ולכך הדין נותן שאין הפועל נוטל שבח רק בשיש מותר שבח בהצמר יותר ממה שהי' יכול להרויח הבעה"ב מה' זהובים אז נקרא שבח ונוטל הפועל ולפ"ז אף מהסמנים של צביעת שחור מנכה ה' זהו' שהי' יכול להרויח כמ"ש הסמ"ע דהסמנים של צביעת שחור הוציא הפועל שלא מדעת בעל הבית ואין הפועל נוטל מהוצאה רק שיעור שבח. והשבח החמשה זהובים לא נקרא שבח להבעה"ב כנ"ל ומה שהקשו התוס' מהא דצבעו כעור דשם לא שייך פי' הירושלמי ונראה דהרא"ש לא חש לקושית התוספו' דגם שם יש לפ' כך דכעור פי' רש"י שיורי צבע דהסמנין אינן שווין רק מעט מזעיר וא"צ להוצאת מעות דמי סמנין רק מעט ואלו היה צובע בסמנין טובים הי' הוצאת הסמנים מרובין מאוד ועכשיו כשצבע בשיורים סמנין אין צריך להוציא רק מעט ולפעמים מרויחין בסחורה בזול יותר מבסחורה ביוקר:

ז אין שומעין לו עש"ך ס"ק ו' עד אבל שיוציא הבעה"ב מעות מן האומן אין לזה טעם כלל כו'. ולפענ"ד נראה דכוונת הראב"ד דודאי אין הבעה"ב יכול לתבוע כל המעות רק שהבעה"ב יכול לומר לו למה אתן לך השבח בדמים אהיה שותף עמך ויהיה לך חלק בהצמר כפי שיעור שבח' וא"כ יכול לטעון גוד או איגוד מה"ת אקנה ממך שאתן לך חלקך במעות תן לי דמי צמרי וקנה ממני חלקי בצמר ותן לי מעות ואפשר בזה גם הרמב"ם מודה כנ"ל. ומ"ש בקצה"ח דיכול לומר טול צבעך לא נלפענ"ד דדוקא במקום שיכול ליקח השבח לעצמו יכול לומר לו כן כמו עקור אילנך דיכול לנטעו במקום אחר אבל במקום שא"י ליקח השבח שהשביח חייב ליתן לו דאל"כ בצבעו שלא ברשות יפטר מלשלם שיכול לומר טול צבעך ומה בעי בש"ס בצבעו קוף וכן בחרישת שדה ובחפירת בורות ואמר לו אם תקח דבר מועט טוב ובאם לאו סתום בורך או קלקל החרישה לכן נראה כמ"ש:

ח בעצם המפרקת עסמ"ע ס"ק טו שכתב דעצם המפרקת הוי אונס וכו' והוא תמוה לכאורה דמה בעי בזה הא אפילו הוי פשיעה פטור מטעם דיכול לומר אולי כשרה היא כמו בשהה במיעוט סימנין וא"ל דבא לומר דאפילו היש מי שחולק בשהה במיעוט

סימנין שהביא רמ"א מודה בכאן משום דאונס הוא דז"א דמ"מ יתחייב מטעם מתוך כיון שא"י אם נאנס כמו בסי' ש"מ סעיף ד' בהגה"ה גבי מתה מחמת מלאכה ע"ש. והנה בקצה"ח כתב בשהה במיעוט סימנין פטור מטעם היזק שאינו ניכר לא נלפענ"ד דהא ודאי אם היה מדאורייי' פסול השחיטה שהיתה מקפדת התורה בכך ודאי דהוה כמתיז ראשו בסייף וה"נ כשהוא מדרבנן דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון ואפילו הוא מחומרת הגאונים כאיסור דרבנן דמי ועוד דדמי לדיין שאסר את המותר דחייב לשלם מטעם כדי שידקדק היטיב ה"נ כן הוא בשוחט:

ט ואעפ"י שיש מי שחולק עש"ך ס"ק יוד שמסיק דחייב. והנה לענין בודק שנתק סירכות כדי להכשיר הבהמה ומחמת זה נטרף נראה דפטור אפילו לדעת הש"ך דהא היזק שאינו ניכר הוא דבשלמא בשחיטה כיון דלא שחט כראוי הוי השחיטה היזק ניכר משא"כ בבדיקה אחר שכבר נשחט הבהמה היזק שאינו ניכר הוא למאן דלא יליף קנסא מקנסא בסוגיא דהמטמא והמדמע והמנסך בגיטין אפילו במזיד פטור ואפילו למאן דיליף מ"מ הא אינו חייב אפילו במתכוין להזיק רק מטעם שלא יהיה כ"א וכו' כמבואר בסוגיא שם והכא בניתק סירכות הרי נתכוין להכשיר ולא להזיק:

י המראה דינר עיי' קצה"ח שתמה על המרדכי שכתב דאם נמחק צורתו ואמר שהוא טוב דלא גרע משף מטבע של חבירו ותמה על זה דהא כיון שחבירו הי' חייב לשלם לו מטבע טובה והוי כפוטר חובותיו דחייב לשלם ויפה תמה וכן משמע מכל הפוסקים שהשמיטו דין זה (ובש"ך ס"ק יוד יש ט"ס וכצ"ל דשהה במיעוט פסולים אינו פשוט):

יא עליך אני סומך ונראה דדין זה הוא רק ברואה בחנם אבל בשכר ודאי חייב אפי' בלא אמר לו וזה פשוט:

יב הסברא הראשונה נראה עיקר ונראה דאם שמאים ששמו לבע"ח והוצרכו לקבלו בחובו כפי שומתו דלא דמי למראה דינר לשולחני דדין ב"ד יש להן וכטעו בדבר משנה דמי דפטורין מלשלם כמבואר בסי' ר"ה בש"ך ועש"ך ס"ק י"ב עד דכל הסוגיא מוכחת דאומן פטור טפי מהדיוט וכו' ולפענ"ד נ"ל ליישב דבשלמא בהדיוט כל שלא אמר לו חזי דעלך קא סמכינ' מוכח דלאו עליה קא סמיך דמה"ת היה לו לסמוך על ההדיוט משא"כ באומן אף דלא אמר לו חזי דעלך קא סמיכנא ידוע הוא דמסתמא דודאי סמיך עליו כיון שהוא אומן ועל מי יסמוך אם לא עליו:

סימן שז

א והתרו לסלק החטה עיין בטור שכתב דהתרו בו שכניו ותמוה לי דהא מבואר בסי' ת' גבי כותל שנפל לר"ה דבעינן דוקא שהתרו בו ב"ד אבל התרו בו חביריו לאו כלום הוא ואי מדמה ליה להא דמבואר שם דאם חפר בכותל וגרם להפילו וה"נ מיירי בכה"ג דתחילת הנחת החטין היה עומד להפיל הכתלים כגון שהיו הכתלים רעועים שלא היו ראוים לעמוד בה ימים רבים וכן משמע לשון הטור שכתב וז"ל דהוי גירי דיליה שהכביד על הכותלים רעועים א"כ לא בעינן התראה כלל כמו בסי' תי"ו ע"ש. לכן נראה דהתרו בו לאו דוקא וכן משמע בתשובת הרא"ש כלל פ"ז דין ו' דמדמה לי' הא דלא יעמוד כו' דאם הזיק משלם מה שהזיק וכ"ש כאן דהתרו בו כו' אלמא דלא נקט והתרו בו רק לכ"ש אבל באמת אפילו לא התרו בו חייב כמו בתנור וסיום דבריו של הרא"ש בתשוב' צריך ביאור שכתב וז"ל ולא דמי כותל ואילן לדבר זה שנתנו התוס' דין בור אף לזה שהזיקו בשעת נפילה משום דהתם א"א לדמותו לסכינו ומשאו שנפלו ברוח מצויה והזיקו דרך הלוכו דהתם תחלת עשייתם ע"י כח אחר אבל כותל ואילן מחמת רעיעתו נפלו אחר שהתרו בו הלכך מדמה להו לבור אבל האי ממונו הוא ודמי לדליל דאית ליה בעלים ונקשר רגל תרנגול והזיק דבעל דליל משלם כולו נזקים עכ"ל ודבריו מקושי הבנה דמאי היה קשה ליה שכתב ול"ד לכותל ואילן הא בכותל ואילן ג"כ חייב אחר שהתרו או אחר שחפר בכותל אפילו בלא התראה ונראה דכוונתו להקשות כיון דכתבו התוס' דכותל יש לו דין בור וכיון דהאי בור לאו דידיה דשל המשכיר הוא רק החיטין שלו קלקלו הכותלים והוי כשור שכרה בור דפטור. לזה תירץ דשאני כותל דא"א לדמותו לסכינו ומשאו דסכינו ומשאו בשעת הנחתו היה עומד להזיק ע"י כח אחר משא"כ כותל המבואר בתוספו' מיירי דבשעת עשייתו היה כראוי דבלא כראוי חייב בלא התראה כמבוא' בסי' תי"ו וכיון דכראוי היה רק שנתרועע אח"כ ובעינן התראה לא דמי לסכינו ומשאו שתחלת עשייתו היה עומד להזיק ע"י דבר המצוי משא"כ כאן דמתחלה נתן החטים וסמך על כותלים רעועי' שהיו עומדין ליפול ואף דהכותל לאו דידיה הוא מ"מ דמי לדליל דאית ליה בעלים שנקשר ברגל התרנגול דבעל הדליל חייב כיון דהניח הדליל במקום שיכול להתגלגל על ידי רגלי בהמה המצוי' הוי כמו יכול להתגלגל ע"י רוח מצויה דחייב וה"נ כיון שהיה בשעת הנחה על הכותל עומד ליפול הוי החיטין כדליל שע"י הדליל יכול התרנגול להזיק וה"נ ע"י הנחת החיטין דרך הכותל ליפול כן הוא ביאור כוונת הרא"ש וכיון דמדמה ליה לדליל לא בעינן התראה אמנם זה דוקא שהיו הכתלים רעועי' מעיקרא אבל אם נתרועעו אחר הנחת החיטין ומתחלה היה הכותל ראוי לעמוד אף שיעמדו

החיטין בתוכו ימים רבים בעינן התראה דוקא וכמו בכותל שלו דג"כ ממונו הוא ואפ"ה בעינן התראה בב"ד:

ב אין השוכר עסמ"ע ס"ק ד' עד דקמה ברשותו כו' ולא דק בלישניה דודאי אשליחות יד לא חשדינן ליה כמ"ש בעצמו וע"י פשיעה לא קמה ברשותו וכן מוכח בכמה מקומות רק דכוונתו דבעינן שהעדים ידעו שלא היה תחילתו בפשיעה ואף דידעו שסופו באונס כל שנוכל לומר דאפשר היה תחלתו בפשיע' חשדינן ליה ודוקא להנך דס"ל בסי' רצד דשלא פשע הוא ג"כ עיקר שבועה אבל להנך דס"ל דזה לא הוי רק ג"ש פטור:

ג וישלם השואל לשוכר עש"ך ס"ק ד' דלפעמים הבעלים משלמים כמה פרות ולכאורה קשה דהא כשהשואל משלם דמי פרה שמתה מנכה מיד שיווי' הימים שהיתה שאילה אצלו וכן מבואר בנימוקי יוסף בסוף פרק השואל גבי שואל אדם בטובו ע"ש. ועמ"ש בסי' שמ"א ס"ק ו' ע"ש ובחידושי ולפ"ז אם שכר ממנו פרה השוה מנה על ק' יום ודמי ק' יום שויין עשרה זהובים ואח"כ השאילה ממנו על צ' יום כשמתה אינו מנכ' לו רק אותן העשרה ימים דהיינו דינר אחד ומשלם לו צ"ט זהובים ומה ענין תשלומי פרות הרבה () אמנם באמת הדבר פשוט דאף דבעד מיתת הפר' יכול לשלם מעות או מטלטלין מ"מ בעד הפרה ששכר ממנו כששכר ממנו פרה סתם מחוייב להעמיד לו פרה כמבואר בסי' ש"י ולכך יכול השוכר לומר אם שכר ממנו פרה השוה מאה והשאילה על ק' יום ששוין עשרה זהובים אין רצוני לקבל ממך רק מעות או פרה השווה צ' בעד גוף הפרה שמתה ואז אף שמסלק לו פרה בעד הצ' זהובים נעשית פרה זו של השוכר והוא צריך להעמיד לו פרה משלו על העשרה ימים שהיא שכיר' אצלו וזהו בפרה סתם אבל אם שכר ממנו פרה זו לא שייך דין זה כלל רק מנכין דמי שיווי ימי השאלה שהיתה שאולה אצל הבעלים והמותר משלם לו במעות או במטלטלין וכ"ה בש"מ דדין זה לא שייך רק בפרה סתם וכוון למ"ש:

ד ויש מחייבין עיין סמ"ע ס"ק טי"ת עי' בסי' ש"מ מ"ש בזה:

סימן שח

א אינו חייב לשלם ויש חולקין הנה בב"י כתב דהרמב"ן והרא"ש שהוא הדין שהביא המחבר בסי' ש"ט פליגי ויישב דעתם ע"ש ובקצה"ח תמה דלא מצינו פלוגתא בין הרמב"ן ובין הרא"ש דהא הרמב"ן בעצמו כתב וז"ל אא"כ מתה ודאי מחמת מלאכה אלמא דמודה בידוע שמתה מחמת המלאכה ולא פליג רק בסתם דסבירא ליה דלא חשבינן ליה בשולח יד להתחייב באונסין ובירא"ש כתב בהדיא הטעם להחיוב משום

דהוכח' גדולה יש כיון שמת' תיכף אחר ח' ימים שמתה מחמת ששינ' ע"ש נמצא דלא פליגי כלל ולפענ"ד () דדעת הרא"ש ודאי דאפי' ליכא הוכחה חייב והא שכתב הרא"ש דאיכא הוכח' היינו משום דשם מתה אחר חזר' וי"ל דהמשכיר המית' אחר חזר' באכילה ובסמים ולכך כתב דאיכא הוכחה שמחמת החולי שאירע לה בעודו בידו ומתה וכן המחבר שהעתיק דינו בסי' ש"ט לא כתב שיש הוכחה ע"ש וראיה לזה דהרי בתשובת הרא"ש השואל לא כתב בו שיש הוכחה בעודו בדרך שהחולי שאירע לה היה בודאי מחמת השינוי שראינו שנתייגע וכיוצא אלא ודאי דבמה שאירע בדרך חייב אפילו ליכא הוכחה ולא הוצרך להוכח' רק מחמת שהמיתה היה אחר החזר' ע"ש בתשובת הרא"ש והוה מהרשב"א שהביאו ה"ה בפ"ד מה' שכירות גבי לא ירכיב עליה אשה מוכח דאפי' מתה ודאי מחמת מלאכה פטור כיון דאיכא אומדנ' דודאי היה משכירו אם היה אומר לו מתחילה לאשה ולכך הוצרך הב"י לחילוק שלו אך לפ"ז גם בלהוליכו בהר והוליכו בבקעה אם לא הי' המשכיר מתנ' עמו רק השוכר אמר לו בעצמו שצריך עכשיו לחרוש בהר אף שחרש בבקעה פטור דבתשובת הרא"ש מדמה אותן להדדי. ונראה דאפי' הרא"ש שמחייב לא מחייב רק במתה מחמת מלאכה ואף שאינו ידוע בודאי אי מתה מחמת מלאכה זו מ"מ חייב כל שיש לתלות שאפשר מחמת שמלאכה זו כבידה הוזקה כמו בהוליכו בהר והוליכה בבקעה דכשאויר המקום ההוא משונ' דתולין באויר ההר אף שבשומר אין תולין מ"מ נגד שוכר למלאכה נחשב שינוי זה לפשיעה כשיש לתלות באיזה דבר וה"נ כבידות למלאכה זו כשינוי אויר דהוליכה בהר דמי אבל באונסין אחרים כגון הכיש' נחש פטור דלא חשבינן ליה לשלוח יד דלא גרע מלוקח חמור העומד להשכיר דלא הוי גזלן ופטור מאונסין כמבואר בהג"ה ס"ס זה אבל בפחת שיש לתלות שנעשה מחמת מלאכה חייב כמבואר בסי' שס"ג סעי' ח' דרצה פחתה נוטל והיינו פחת שמחמת מלאכה ודעת הרשב"א הפוטר ס"ל דאפי' בפחת שמחמת מלאכה פטור דדוקא שלא מדעת רצה פחתה נוטל אבל אם השכירה רק ששינה למלאכה כבידה כל שאין גילוי דעת מהמשכיר שרוצה דוקא למלאכה זו הוי כאומדנא דמוכח שאילו היה אומר לו מתחילה למלאכה כבידה היה ג"כ משכירה וכשוכר מדעת דמי ואפילו מתה מחמת מלאכה פטור וגבי הוליכה בהר ג"כ מיירי שהמשכיר גלה דעתו שמשכירו להוליכו בהר וכמ"ש הש"ך:

ב יתר ע"ז מעכב עליו בעל החמור ובדיעבד אם הוסיף נראה דתלי' בפלוגתא שהביא הרמ"ה בסעי' א' גבי איש ואשה:

ג הכתף שהוסיף בטור מבואר דפטור מד' דברים ובקצה"ח כתב דבחבטו לאלתר חייב ולא נהירא דמ"מ לא הוי רק בממונו שהזיקו דפטור מד' דברים ואף שע"י גרמא שלו בא לו שהטעו מ"מ לא הוי רק גורם דפטור מד' דברים:

ד עומד לשכור לא הוי גזלן היינו דפטור מאונסין אבל בפחת שמחמת מלאכה ודאי חייב כשרוצה הבעל הבית כמבואר בסי' שס"ג סעי' ה' ע"ש גבי התוקף ספינתו של חבירו דאם עומד להשכיר דרצה פחתה נוטל והטעם הוא כעין שכתב השיטה מקובצת בב"ק ד' צ"ג גבי שואל שלא מדעת דאף שלא נתכוין לגזול הגוף רבנן שווינהו כגזלן ומ"מ לא חייבוהו לשלם השברים רק הכחישה מחמת מלאכה ע"ש וה"נ בשוכר שלא מדעת:

ה להציל את שלו בכאן נראה דאפילו במתה מחמת מלאכה פטור דכיון דתנאי ב"ד הוא ודעת רחמנא איכא וכשוכר מדעת דמי דפטור מחמת מלאכה:

סימן שט

א השוכר את החמור עש"ך עד בפריעתו לא אתן לך וכו' ונראה דזה דוקא בדמיון שכ' המרדכי ששם הפרה בזקוק כמו שהוא שוה בשעת שכירות שאז אף אם תפחת מחמת מלאכה אם תוזל מ"מ מחוייב לשלם זקוק ובגוונא דנקט הש"ס בב"מ גבי השם פרה לחבירו ופסק דמ"מ מותר משום ריבית דס"ל כדעת המחבר בי"ד סי' קע"ו ומש"ה פסק שפיר דכשמתה ומשלם הקרן כפי מה ששוה בשעת משיכה דא"צ לשלם השכר דכיון דמשלם כפי מה ששוה בשעת המשיכ' ע"כ צ"ל דהוי כמכיר' מאותו שעה מש"ה א"צ לשלם השכירו' משא"כ בשוכר סתם דאז אם תוזל או תפחת מחמת מלאכה אפי' עד החצי שייך להמשכיר ואינו חייב לשלם רק כפי מה ששוה בשעת מיתה א"כ מה"ת לא ישלם השכירו' כיון שהיתה עומדת ברשו' המשכיר לפחות שמחמת מלאכה וכן מבואר בש"ס פרק האומנין במשנה דלהוליכ' בהר והוליכ' בבקעה שכ' דחייב באונסין ופטור משכרה דכיון ששינה נתבטל הקציצה וכו' וסיים שם דכיון שירד לשכירות חייב עכ"פ לשלם כפי מה שנהנה (פי' כפחות שבשכירים) מוכח בהדיא דבסתם שוכר חייב לשלם הקרן כשעת גניבה וגם משלם שכרה ובגוונא שכ' המרדכי אפילו מה שנהנה לא משלם כיון שקיצץ לו דמי שיוויי' של פרה של שעת שכירות כמכירה דמיא למפרע רק בהוליכה בהר והוליכה בבקעה דפחת של כחש מחמת מלאכה שמחויב להיות בין בהר בין בבקעה הוא של משכיר רק המיתה שיש לתלות שנעשה מחמת השינוי חייב ומשלם כשעת מיתה והכחש של משכיר הוא וכל שוכר הוי כמוכר הכחש שמחמת מלאכה

בעד פיסוק השכירות וכששינה הוי כנתבטל הפיסוק ומשלם מה שנהנה ובקצה"ח עשה מחלוקת בין המרדכי להריטב"א ולפענ"ד דלית כאן מחלוקת כן נראה לי ברור לדינא:

ב לסוף ח' ימים עסמ"ע ס"ק ה' שכ' דלאו דוקא אלא שהמעשה כך היה וכו' () כוונתו דה"ה אם היה יותר מח' ימים ויש הוכחה שמחמת השינוי מת דבהדיא כתבו הרא"ש והטור דבעינן הוכחה והא דפטור בליכא הוכחה ולא אמרי' כיון דאי אפשר לידע אם מחמת הפשיעה מתה או לא הוי מתוך שא"י לישבע משלם כיון דלא הו"ל למידע ל"א מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולכך כתב הרא"ש דביותר מח' ימים על המשכיר להראות לעדים אם מתנוונת והולכת והוא מטעם כיון דברשות המשכיר הוא ולא הוי ליה לשוכר למידע מש"ה לא אמרינן גביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם:

ג אם היה נחוץ לדרכו ולא היה אפשר לשכור חמור אחר ועיין בתשובת הרא"ש ובד"מ שהעתיקו שלא היה לו נאמן להניחו שם וכן הוא בסמ"ע ס"ק ג' דאם היה לו מקום להניחה שם ולא הניחה חייב ולכאורה קשה כיון דמיירי בנחוץ לדרכו ולא היה אפשר לשכור חמור מה"ת לא יהי' יכול להוליך המשוי על חמור זו דהא אפילו למכור הבהמה יכול כדי לשכור אחרת כמבואר בסימן ש"י ומה"ת לא יהי' יכול להוליך גם כן על בהמה זו כשאין לו לשכור אחרת וכדעת השואל בהרא"ש והרא"ש לא סתר דבריו ומסתבר כך דכיון שהוא נחוץ לדרכו וא"א לשכור אחר מה בכך שיש אדם נאמן להניח החמור מכל מקום היאך יביא המשא שלו למקום שהוא נחוץ וגם לשון הרא"ש תמוה כי ז"ל הרא"ש שהדבר ידוע שהטוען משוי על חמור פסח שהוא מקולקל והיה לו להניחו בכפר ולשכור אחר להוליך משאו עליו אמנם אם ראובן היה נחוץ לדרכו ולא היה בכפר אדם שיהי' רשאי להאמין לו החמור לא נתחייב ראובן להניח עסקו וישאר אצל החמור והצמר והוצרך להוליכו עמו אמנם אם מצא ראובן לשכור חמור אחר וכו' שקשה שכיון שמיירי ברישא שלא היה יכול לשכור חמור א"כ מה מועל מה שיש נאמן דהא כל שא"א לשכור חמור אחר לא נתחייב ראובן להניח עסקו ואי ס"ד דא"י לקלקל חמור חבירו בשביל הנחת עסקו ומחוייב להניח עסקו כדי שלא יתקלקל החמור א"כ אפילו ליכא נאמן ע"כ נשאר כאן כיון שאסור לו להניח המשוי על החמור לקלקל בשביל עסקו לכן נ"ל בכוונת הרא"ש () שבתחלה כתב הרא"ש שיש עליו שני חיובים לשכור חמור אחר על המשוי ולהניח חמור זה בכפר ושלא להוליכו עמו אפילו ריקן וע"ז כ' הרא"ש דאם ראובן הי' נחוץ לדרכו וליכא נאמן בכפר א"צ ראובן לישאר כאן ויכול להוליכו עמו ומ"ש הרא"ש אמנם אם מצא ראובן לשכור חמור אחר כו' כוונתו שחייב הראשון שכתב שמחויב לשכור אחר אפילו ליכא נאמן דהיינו כשיש חמור אחר לשכור אסור

לו עכ"פ להניח משוי על חמור זה ולהוליך זה ריקן ומה שסיים הרא"ש שם אבל אם לא מצא אדם שיאמין לו החמור וגם לא מצא לשכור חמור אחר פטור אין הכוונה שבעינן שניהם רק הכוונה במ"ש שאם לא מצא נאמן היינו כששכר חמור אחר להוליכו עמו אז פטור כדליכא נאמן ומה שסיים וגם לא מצא לשכור וכו' וקאי אפי' יש נאמן רק שלא מצא לשכור פטור כללא דמלתא כשלא מצא לשכור חמור אחר פטור בכל גוונא אפי' לכתחלה יש לו רשות להניח משוי עליו וכשמוצא חמור אחר אז אם יש נאמן מחוייב להניחו ואם הוליכו עמו חייב ובדליכא נאמן יכול להוליכו עמו ריקן:

ד בעל הפרה עם האומנין מיירי שהמשכיר שכר האומנין () ואם שכרם השוכר אז אם שכר למי שדרכו להפקיד תליא בפלוגתא המבואר בסי' רצ"א אי חייב הראשון כשפשע השני וא"ל לשלם ואם שכר למי שאין רגיל חייב ומזה נלמד אם שכר אצל בעל עגלה עגלה עם סוסים ועם עבדו של המשכיר או עם פועל שלו דפטור כשפשע הפועל או העבד דלא גרע ממסר למי שרגיל להפקיד והא שכתבו התוספות בפ' השואל ד' צ"ט דאם שאל הכלי עם העבד לא הוי בבעלים וחייב הוא מטעם דשם השני אינו שואל והוי בגרועי גרעיה דעכ"פ נשאר הראשון בחיוב שלו כיון שלא העמיד אחר בחריקאי ואפילו במסר לברזילי' בב"ק פ' הכונס (בבא קמא ד' נ"ה) חייב הראשון כשנגנב אצל הברזילי:

ה הרי הם פטורין מן השוכר ולפי זה ה"ה אם הבעל הבית בעצמו שכרם ופי' בשעת שכירות בבקעה ואחר כך ציווה אותן לחרוש בהר ונשבר פטורין שיכולין לומר על שמירת הר ש"ח אנחנו שהשכירות אתה חייב לנו על שמירת בקע' אבל אם פשעו נגד שמירת הר חייבים:

ו והמשכיר צריך ליתן להן שכרן נראה דהאומנין חייבין לישבע ששמרו כמו שוכרים בשמירת בקעה עכ"פ ולא פשעו נגד שמירת הר דמבואר הוא שהפועל צריך לישבע ליטול שכרו דנגד תשלומי שכר הבעל הבית הוי כאינו יודע אם נתחייבתי:

סימן שי

א וחלת' () נראה דדוקא כשחלת' אחר שבא לרשותו אבל לכתחילה אם יש לו חמורים רבים א"י ליתן לו חמור חולה או נשתטית ולא דמי לשור בין שוורים מכור לך שנותן לו הגרוע כי גם במוכר עולמית אין יכול ליתן לו חמור שהיא חולה או נשתטית שלא תתרפא לעולם ודאי דהוי מום במקח והכא נמי בשוכר לזמן דהוי כלוקח פירות לזמן כשהוא חולה או נשתטית בזמן ההוא הוי כמום במקח רק כשנחלה אחר שבאה לרשותו

אומר לו מזלך גרם כיון שאין האונס בא על גופ' של פרה רק על הפירות שלקח ממנו יכול לומר מזלך גרם ע"ש:

ב דרך הליכ' עסמ"ע ס"ק ב' שהוא כפי' ר"ח שאין מחפשים בבתים שאז אפי' אין סופה לחזור שאין לו שום תועלת בבהמה ואין להקשות הא כיון שאין סופ' לחזור ומה"ת יתחייב ליתן לו שכירות משלם מ"ש משכרו לרכוב דפטור מטעם שאין לו תועלת דשאני שכרו לרכוב דמעיקרא זביני רעי הוי דיש לומר דמעיקרא היה תשושת כח ולפי זה נראה דהוא הדין אם אחד תקפו מהשוכר בדרך הילוכו לעשות מלאכתו ולא גזל גוף הבהמה דיכול גם כן לומר מזלך גרם אבל אם נגזל גוף הבהמה דנעשה האונס גם בהגוף הבהמה השייך להמשכיר הרי רואין דמזל המשכיר גרם וא"י לומר להשוכר מזלך גרם ולפ"ז מ"ש הסמ"ע לפרש אנגרי' שאינה חוזרת דהיינו שאינו חוזרת כלל והוא תמוה דכשאינה חוזרת לעולם הוא בכלל נשבה האמור במתניתין דחייב להעמיד לו חמור והוא מטעם הנ"ל וכן מ"ש הטעם באם מחפשין גם בבתים הדומ' למתה דאמרינן מלאך המות וכו' הוא ג"כ תמוה דהא אם נשבר בדרך הילוכו לא שייך לומר מ"ה מה לי הכא ואפ"ה חייב אלא דהעיקר הוא כמ"ש דכל שהאונס נעשה בגוף הבהמה מזל המשכיר גרם ואפי' בנשבר מחמת המלאכה דומה למתה אבל אם לא בא האונס רק במלאכת השוכר חייב ליתן לו שכרו משלם דמזליה דידיה גרם ונראה דה"ה בשוכר בית ונלקח לאנשי חיל דאם אפשר לדור עמם הוי כראוי עדיין למלאכה ומשלם הכל אבל אם נלקח כל הבית שאי אפשר לדור עמהם אינו חייב רק כפי מה שדר בו דזה דומה למחפשין גם בבתים:

ג ונותן לו שכרו משלם () ונראה דאין חילוק בין שכרו בקבולת ובין שכרו לימים ואף דמחמת זה נתעכב צריך ליתן לו שכירות של כל יום ויום וכיון דמזלו דהשוכר גרם דמי להא דסעי' ג' דנותן לו שכרו של כל יום ויום:

ד יחזיר השכר עסמ"ע ס"ק ה' עד שגם הרמב"ם ס"ל בהא כהטור ולפ"ז בשכור סתם אין הנבילה משועבד ובחמור זה הוא משועבד והוא דחוק מאוד דמלשונו משמע דאין חילוק אמנם צריך ליתן טעם לדברי הרמב"ם דמה הפרש יש בין מתה ובין שכרו לרכיבה וחלת' הא כיון שאינה ראוייה שוב למלאכה מה"ת לא יהיה דינו כמתה שיהיה משועבד למכור או לשכור חמור אחר ונראה הטעם דהתוס' ב"מ ד' ע"ט ד"ה אם יש הקשו דמ"ש מבית זה ונפל אזדא ליה ותירצו דבית כשנפל אינו עומד למכור אבל החמור כשמת עומד שימכור הנבילה ולקנות אחר ע"ש ולפ"ז בחלת' ועומד להתרפא ג"כ אינו עומד למכור רק להמתין עד שתתרפא מש"ה אין מוכרין החמור כשחלת' לקנות או לשכור אחרת ודינו כבית שאם נפל אזדא אמנם בחמור סתם קשה מה"ת לא נשתעבדו לו

נכסיו לקנות בהמה אחרת כמו בבית סתם ונפל דחייב ליתן לו בית אחר כמבואר בסי' שי"ב סעי' י"ז ועוד כיון דבשוכר למשא ומתה הבהמה ג"כ הדין כן דנותן לו שכרו רק מחצי הדרך אם אינו מעמיד לו חמור אחר ואמאי שינה בלשונו דכאן אמר לשון חייב ושם אמר לשון אינו חייב לכן נלפענ"ד דהרמב"ם ס"ל כשיטת הרמ"ה שבטור בסי' י"ב דכשאין לו בית דאינו חייב לקנות לו בית כיון דדבר שאינו ברשותו השכיר לו וכן משמע מלשונו שכ' או יתן אחר בית אחר דמשמע שאינו חייב לקנות ומש"ה הכא ג"כ אינו חייב לקנות לו חמור לו כיון דדבר שאינו ברשותו הקנה לו ואפי' אם יהי' לשכירות דין חיוב מ"מ הא כתבתי לעיל בסי' ס' דאם מתחייב לקנות דבר ידוע שיכול לחזור קודם שהגיע לרשותו וכן מבואר בתומים שם בהדיא ע"ז ולפ"ז אם יש לו חמור אחר באמת מחוייב ליתן לו חמור כשהשכיר לו חמור סתם וזה פשוט מסברא דמה בכך שמת חמור אח' כיון שיש לו חמורים אחרים מה"ת לא יתן חמור אחר הא חמור סתם השכיר לו וכן מדוקדק מלשון הרמב"ם שכתב חייב להעמיד לו בהמה אחרת ואם לא העמיד יחזיר השכר מבואר בהדיא דכשיש לו חמור מחוייב להעמיד בהמה אחרת רק כשאין לו מחזיר השכר דאלת"ה מה הוא ענין חיוב שכתב ברישא ובסיפא במתה הבהמה כתב ג"כ דחייב להעמיד ואי לא העמיד יש לו למכור ולקנות אחרת מוכח ג"כ בהדיא דכשיש לו מחויב ליתן אחר ואין על השוכר שום טורח למכור ולקנות כיון שהשכיר לו חמור סתם אמנם בחמור זה ודאי דאין שום חיוב עליו ליתן חמור אחר כמו בבית זה ומחמת גודל פשיטותו לא הוצרך הרמב"ם לכתוב זה וגם נלמד במכ"ש ממתה הבהמה בחמור זה דאינו חייב להעמיד בהמה אחרת:

ה חייב להעמיד עסמ"ע ס"ק ו' שפסק בהא כהרא"ש דא"צ קנין והוא תמוה דהא להרמב"ם והמחבר אין משועבד רק חמור זה ולקנות חמור זה לכ"ע א"צ קניה דהא נקנה לו במשיכה ומחלוקת הוא רק לענין שעבוד נכסים להעמיד לו חמור אחר (אי) צריך קנין:

ו שוכר בדמיו בהמה אחרת ואם אין בדמיה לשכור כתב המשנה למלך דצריך להחזיר לו שכרו ומסתימת הפוסקים משמע דא"צ רק לחשוב עמו כמה שהלך כמו בחלתה והטעם דהרמב"ם סבירא ליה דלא נשתעבדו שאר נכסים לשכירות החמור רק בחמור שמשך נשתעבד לו ולא יותר:

ז ואם שכרה למשא עסמ"ע ס"ק ט' שדחק מאוד ליתן טעם ליישוב דברי הרמב"ם וכל מעיין יראה שדבריו דחוקים מאוד ולפענ"ד נראה ליישב בפשיטות דודאי כשאומר חמור זה משמעותו למעט אחר אמנם התוס' בב"מ דף ע"ט כתבו לחלק דבבית שאינו

עומד למכור כשנפל אין משועבד הנשאר מהבית לקנות אחרת משא"כ חמור שמת שעומד הנבילה למכור נשתעבד גם הנשאר מחמור זה ולפ"ז א"ש דבשכרו לרכוב שהדין כשחלתה כשאמר לו חמור סתם דכשיש לו חמור מחוייב להעמיד א"כ י"ל שמיעט במלת זה שלא יתן חמור אחר ולזה ודאי דאין לומר שמיעט במלת זה דאפילו אי מתה הבהמה שלא יהיה משועבד הנבילה הנשאר מחמור זה לקנות חמור אחר כיון דדרך הוא לקנות מהנבילה חמור אחר וגם הוא אתי מחמור זה א"כ מה"ת לן למעט בלשון זה דבר שהוא אתי מחמת זה ודרכו לעשות בכך תפשת מרובה לא תפשת ואמרינן שלא מיעט בלשון זה רק לענין שלא יצטרך ליתן חמור אחר לענין אם חלת' דאז אינו ראוי למכור החמור וממעט במלת זה שלא יתחייב ליתן חמור אחר משא"כ בשכרו למשא דאז כשחלתה אפילו בחמור סתם אינו חייב להעמיד חמור אחר וע"כ לא בא למעט במלת זה רק לענין אם תמות הבהמה שלא יצטרך ליתן בהמה אחרת וממילא אינו מחוייב למכור ג"כ הנבילה כדי לשכור דאי היה יכול למכור הנבילה והעור לשכור אחרת זה נקרא חייב להעמיד אחר כמ"ש המחבר בלשונו לשון חייב והוי כנקטי' בכובסי' שיעמיד חמור אחר ובלשון זה פוטר עצמו מחיוב כפויה להעמיד ואין לומר דלמא לא מיעט במלת זה רק לענין אם יש לו חמור אחר שלא להעמיד לו חמור אחר אבל מ"מ אם יש לו בדמים לשכור ישכור דז"א דא"כ לא מיעט כלום כיון דיכול השוכר למכור הנבלה והעור כדי לשכור וקא כליא קרנא ודאי דיותר עדיף להשכיר לו החמור האחר שלו ולא לכלות קרנו אלא ודאי דלגמרי מיעט במלת זה שלא יתחייב לו בחמור אחר כלל רק כשיהיה בעין ואי ימות לא יהיה עליו שום חיוב משא"כ בשכרו לרכוב דיש למעט במלת זה לענין חלתה תפשת מרובה לא תפשת ולא ממעטינן במתה מטעם שכתבתי לעיל:

ח אם שכרה לימים () משמע דאפילו הזכיר המקום שרוצה לילך לשם מ"מ כיון שהשכירות היה שכל יום יתן לו כך כ"מ הרא"ש בטעם הדבר דהוי כעין תנאי שהתנה שכל יום שיעכבנה יתן לו שכירות ולא שייך טענת אונס ע"ש בתשובת הרא"ש כלל צ"ב אך קשה נהי דהיה תנאי מ"מ אם נתחייב מנה על תנאי ונתקיים התנאי באונס פטור מחיובו דהא יש טענת אונס בממון לכן נראה עיקר דעיקר הטעם כיון דא"ל כל יום ויום שיעכבנה הוא מושכור לו בעד כך וכך א"כ אם יתרצה הלה לעשות מלאכה בהחמור כשהוא מעוכב יכול לעשות א"כ אף בשעת אונס החמור מושכר לו לעשות בו איזה מלאכה שירצה ולא ביטל האונס את השכירות משא"כ בהשכיר לו ששכרו' למקום זה לילך ולחזור וכיון שכבר עשה הדבר ששכרו לזה הדבר נתבטל שוב השכירות והאונס עיכב החזרה פטור ומ"ש הסמ"ע בס"ק י"א דמנכה לו כפועל בטל נראה דמיירי דוקא

שפי' לו ששכרו למשא על כך ימים אבל אם שכרו סתם ע"כ ימים שיעכבנה משמע בין יעשה בין לא יעשה אינו מנכה לו כלל דהא כן היה התנאי וכמ"ש הרא"ש בטעם דלא מהני אונס משום דכן היה התנאי:

ט למקום פ' ולחזור והנה אם שכר ממנו למקום פ' להתעכב שם רק שני ימים ואירע אונס להשוכר ונתעכב שם הרבה הובא בתשובות חו"י באחד ששכר סוס חבירו ליסע למקום פ' ולהתעכב שם ח' ימים ולאחר עשרה ימים שלח המשכיר שליח אחר השוכר והשיב השוכר שבשני ימים יגמור העסק שלו ולילך לביתו וחזר השליח ריקם ונתחזק העלילה על השוכר ונתעכב שם הרבה ופסק שם דכיון שהיה שם אונס פטור השוכר כששכרו על ח' ימים ולבבי לא כן ידמה דבשלמא בגודל הנהר נעשה האונס בהחמור שלא היה אפשר לו להחזירו בשום אופן משא"כ הכא שהיה אפשר לו להחזיר הפקדון ע"י שליח ואין בו משום אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר כמ"ש הסמ"ע בסי' קכ"ה ס"ק יג ע"ש לא חשיב אונס ובפרט שי"ל שעיכב החמור לצרכו שהיה חושב בכל יום אולי יוגמר העסק שלו ויצטרך ליסע לביתו דהא מה"ט לא רצה ליתנו להשליח:

סימן שיא

א שהקפדה גדולה עש"ך ס"ק א' עד ע"ש בסמ"ע אבל ביין שטבע (צ"ל כיון שטבע וט"ס שתובע) וכוונתו דלפי פירושו שפי' דבעינן שניהם וכאן שנקט לשון ביין שטבע משמע שתלה הדבר רק בהיין לכך כתב דצ"ל כיון שטבע וכוונתו באמת על שנטבעו שניהם הספינה והיין גם מ"ש הש"ך על הסמ"ע במ"ש ר"ל הספינה דהלשון מגומגם כוונתו דהא כתב זה על הספינה סתם ויין זה שא"י לשנות ליין אחר ולא שייך הפי' שכתב הסמ"ע:

ב ואם אפשר להוציא היינו לשיטת היש חולקין שהביא הרב בהג"ה בסי' ש"י סעי' ב' אבל לדעת המחבר שם כיון ששכרו למשא אינו שוכר בדמים:

סימן שיב

א עד שישלים זמנו עש"ך שיכול להשכירו ת"ז ועסי' רי"ב שהארכתי בדין זה וכאן אקצר שדבר המחוסר רק זמן וזמן ממילא קאתי לא הוי דשלב"ל דל"מ לר"ת בסי' רי"א דבשדה זו שאירש מאבא לא הוי דשלב"ל דירושה ממילא קאתי ומכ"ש זמן ואפי' הנך דפליגי בירושה מודים בזמן דירושה שאני דמ"מ מחוסר מעשה וראיה מכתובות בשדה זו שמשכנתי לעשר שנים דלא חשיב ליה דבר שא"ב רק משום שממושכן ולא משום הזמן ומ"מ בעינן שיברר מקחו היינו שמשכיר לו שדה זו אחר שנה שמושכר לאחר

כמו שדה זו מה שאירש מאבא אבל כשמשכיר לו סתם שדה ואין לו רק כל שדותיו הן מושכרים לאחרים לא מהני כמו דלא מהני לר"ת בשדה סתם מה שאירש מאבא וכדמוכח מהטור בסי' שי"ב במשכיר בית סתם ונפל ולא היה לו בית אחר רק מה שהיה מושכר ביד אחרים דלא מהני דהוי דשלב"ל וגם כתבתי שם דאפי' אם השכיר לו סתם דהוי כאומר מעכשיו דדוקא בדבר שא"א לחול תיכף או אפי' אפשר לחול מ"מ כשתלה הקנין כגון שאמר אל תקנה אלא לאחר שלשים או קנה לאחר ל' אבל אם השכיר לו סתם או שא"ל אני צריך עוד לישב בו עוד זמן או שמושכר כעת הוי כאומר מעכשיו דסתם כאומר מעכשיו דמי דבכדי לא הוי עביד כמבואר בסי' קצ"ה ואפי' הקנין הוא בכסף דמועיל אחר ל' מ"מ אמרי' דבכדי לא הוי עביד כיון ששניהם יכולין לחזור בו בלא מעכשיו א"כ ע"כ מעכשיו אמר דבלא"ה הוה בכדי:

ב מקום לדור עש"ך ס"ק ב' דה"ה אם חלה השוכר ועי' תשו' רמ"א שם דאפי' בחולי המתדבק דינא הכא ע"ש ונראה דאם הי"ל חולי המתדבק והמשכיר לא ידע דהוי מקח טעות:

ג אם היה מושכר בענין שלא היה יכול לפדותו לו לעולם דין זה לכאורה אין לו ביאור והנה במרדכי פ' השואל שממנו מקור הדין מבואר שהמעשה היה שהבית של המשכיר היה ממושכן ת"י עכו"ם א' ואם לא יהיה לו מעות לפדותו יוחלט ביד העכו"ם ולכך פסק שרשאי למכור בית המושכר שהשוכר יצא מיד בכדי לפדות הבית שלא יוחלט בית שלו וכך צריך לפרש דברי הרא"ש וגם דברי רמ"א (וט"ס ברמ"א וצ"ל ממושכן) אך קשה דהמרדכי שם מדמה ליה לנפל הבית דא"ל לא עדיפת מינאי ע"ש ואנן קי"ל דבזמן קביע אפי' נפל הבית א"י להוציא השוכר מהבית דלא כרש"י ואפשר דהמרדכי ס"ל כדעת רש"י שם וא"כ מה"ת לן למיפסק בדין זה שיהיה יכול להוציאו כיון דהמרדכי מדמה לנפל ובנפל קי"ל להיפך ועוד דמ"ש מאילו נתקלקל הבית וא"י לכוף השוכר לצאת מהבית ומשמע דאפי' אם מחמת זה יהיה קילקול רב להבית ואפ"ה א"י להוציאו ואפשר דהרא"ש והמרדכי מחלקין בין נפל הבית שאין להמשכיר דירה רק משך זמן השכירות ובין כשא"י לפדות שהי"ל הפסד רב וגם אין לו בית דירה לעולם וצ"ע מנין לו זה:

ד ואפי' לא קצב לו זמן עש"ך ס"ק ד' שפסק דאין הדמים מודיעין ועקצה"ח שכתב בכה"ג שאין הלשון סותר להדמים ודאי דהדמים מודיעין ולפעד"נ דאם אמר השכר לי ביתך בעד מנה ולא פי' לו זמן כיון דסתם שכירות ל' יום הוי כסותר הלשון ואין הדמים מודיעין אם לא שהמנהג בעיר שאין שוכרין בית לפחות משנה שאז הסתם הוא שנה:

ה חייב להשכיר לו בית אחר. ואפי' א"ל בית זה אני משכיר לך כמבואר ברמב"ם ואף דאם אזקיה אחר להבית אינו חייב להעמיד להשוכר בית דכל המזיקין אינן משלמין רק שווין מ"מ אם המשכיר עצמו מכרו כיון דהדין בכ"מ כשאמר זה כגון בחמור זה הדמים משועבדין להעמיד לו חמור אפי' במת כמבואר בסי' ש"י רק בבית באמר זה ונפל אין הדמים משועבדין כיון דאינו עומד למכור למ"ש התוס' בב"מ דף ע"ט אבל אם מכרו המשכיר בעצמו ודאי הדמים שקיבל משועבדין אבל הרמב"ם כתב האי דינא ג"כ בסתרו המשכיר והוא תמוה דלא יהא אלא היזיקו מזיק אחר דא"צ להעמיד לו כו' ועוד קשה אגוף הדין דמכרו לעכו"ם הא אם בא אחר וסגר הדלת ולא הניחו ליכנס בתוכו פטור אפי' מלשלם לו השכירות כמבואר בסי' שסג סעיף ו' ע"ש ומ"ש המשכיר בית זה דהוי כמכירה לו עד הזמן ומן הדין מכירת העכו"ם בטלה רק דהעכו"ם אינו מניחו והוי כמו ארבעיה לו ארי' אפתחו שלא יניחו ליכנס או סגר הדלת דאינו חייב לשלם לו כלום ונראה דכל משכיר יש עליו שיעבוד הגוף להעמיד לו לדבר המושכר לדבר שצריך לו ותדע דבמשכיר לו חמור זה ומת החמור משועבדין דמי הנבילה לשכור לו חמור אחר רק במקום שאמר זה כוונתו דכל שיאניס חמור זה ולא יהיה עומד לקנות אחר כבר אזל ממנו התחייבות של זה אבל כ"ז שהדבר עומד בעין ואינו רוצה ליתן כל נכסיו משועבדין להעמיד לו חמור ויורדין לנכסיו לשכור לו חמור אחר ואפי' בלא קנין נשתעבדו נכסיו כדקיי"ל בסי' ש"י בסמ"ע סעיף ו' כמו פועל דנשתעבדו נכסיו להעמיד לו פועל אחר כשהוא דבר האבד וכ"ש שוכר איזה דבר שצריך לו כדבר האבוד דמיא ומש"ה ה"נ כל שבפשיעה תו אינו נותן לו דבר שהשכיר לו כל נכסיו משועבדין להעמיד בית אחר וכ"כ השט"מ בב"מ ע"ח בד"ה א"ל הרי שלך לפניך חמור זה הוי כאפותיקי מפורש וחמור סתם הוי כאפותיקי סתם אלמא דאף באמר זה יש עליו שיעבוד הגוף רק דהוי כאפותקי מפורש שאם נשרף א"י לגבות מדבר אחר ואם אינו רוצה ליתן הגוף האפותקי או שהלוה קילקל בעצמו ודאי דגם שאר נכסיו משועבדין וה"נ הוי כשעבוד עצמו להעמיד לו בית ועשה בית זה לאפותיקי ומש"ה אם היורשין השכירו או מכרו הבית להאנס או סתרו כל שהניח נכסים חייבין להעמיד לו בית אחר אבל אם לא הניח נכסים הדין כך אם סתרו להבית פטורין לשלם מנכסי עצמן כל שאין בדמי' מה שנשאר לשכור אבל אם מכרו תליא בפלוגתא המבואר בסי' ק"י סעיף ד' ע"ש:

ו או יעמיד לו אחר עש"ך ס"ק ט' שרימז לעיין בשו"ת מהר"א ששון סי' ר"ח [וט"ס סי' ך"ח] ונראה שהציון ג"כ ט"ס כי הציון שייך כאן דשם כתב הר"א ששון שאם השוכר כבר הקדים השכר שא"י להעמיד אחר במקומו:

ז רק משום שהוא אוהבו עקצה"ח לפעד"נ דכאן ג"כ מיידי דוקא שהבית לא הי' עומד אצלו להשכיר רק לזה השכיר משום שהוא אוהבו גם גלה דעתו שמשכיר לו רק משום שהוא אוהבו אז יכול להוציאו דדמיא להא דסי' ר"ז סעי' ג' דאיכא אומדנא דמוכח וכן בשורש הדין גבי האשה פרק השואל דף קא גבי האי איתתא שלא רצתה להשכיר' עד שיקדשנה תחל' אבל בסתם משכיר בית שעומד להשכירה אפי' אם אומר בפי' מחמת שהוא אוהבו ואפי' אמר תנאי בפי' לא מהני עד שכופל לתנאי כמבוא' בסי' רמ"א סעי' ט וכן שם אם האשה משכירה לו קודם שקידשה אפי' אם היתה אומרת הריני משכיר' לך אם תקדישני התנאי בטל והמעשה קודם כל שלא הי' כדינו וליכא אומדנא דמוכח כגון שהדבר עומד להשכיר:

ח יכול להוציא השוכר מביתו עסמ"ע ס"ק טז עד כיון דאין שכירות פחות מל' יום וזה סותר למ"ש בס"ק ו:

ט או מקודם י"ב חודש עסמ"ע ס"ק יט ויש שם ט"ס וצ"ל הי' בכרכים וט"ס בבתים ועיין לקמן:

י הרי חודש העיבור עש"ך ס"ק י"ד ועיין לקמן סי' שיז שם נתבאר זה:

יא אם יש בידו שכירות מוקדם עסמ"ע ס"ק ל"נ ולפענד"נ שכוונתו דאינו מחוייב להוסיף מביתו דהא רק בית זה שיעבד לו רק מ"מ השכירות מבית זה משועבד לו דבכלל בית זה הוא דמבית זה אתי ולזה כתב דאם כבר הקדים השכר על המשכיר לתקן מדמי שכירותו שקיבל וממילא מוכח דמכ"ש אם דמי השכירות ביד השוכר שיכול השוכר לתקן מדמי שכירתו אבל להוסיף מביתו אינו חייב לתקן אם לא בבית סתם וראיה לזה דמשועבדים דמי השכירות לתיקון הבית אפי' בבית זה מב"מ דף קכ בתוס' ד"ה בחזקת שלא נפדה שכתבו דשוכר ירא להקדים פן יפול הבית וכו' ולכאורה קשה דא"כ בבית זה דאם נפל צריך לשלם ליה מה שדר א"כ יהיה נאמן לומר שפרע מה שכבר דר בו אפי' בתוך זמן אלא ודאי דירא שמא יצטרך לתיקון הבית ולעכב השכירות לצורך התיקון:

יב כ"ז שלא נפל הראשון עש"ך ס"ק יט דבבית זה א"י להוציאו אפילו מרעה ליפה מוכח מלשונו דבבית סתם יכול להוציאו וכ"כ בס"ק ה' דיכול להוציאו () או אפילו מבית כמוהו ע"ש והוא תמוה מאוד בעיני דא"כ בכל יום יהיה יכול להוציאו מדירה לדירה והיא נגד הסברא דודאי יכול לומר לא בעינא למיטרח בכניסה ויציא' בכל יום ואדעתא שאדור מתחלת שנה עד סופה שכרתי בית והנה בנ"י שלפנינו כתוב בזה הלשון ואם לא עמד בו קודם שנפל וכו' ומלשון זה משמע שכוונתו דמלשון הרמב"ם משמע דאפילו כבר נתן לו בית גדול ודר בו קודם שנפל מכל מקום כשנפל יכול ליתן לו בית קטן וכן

משמע באמת מדברי הרמב"ם וע"ז כתב דהריטב"א חולק וס"ל דאם כבר עמד בית גדול דא"י לשנותו לבית קטן אפי' אחר שנפל כנ"ל ברור בכוונתו אך מה אעשה שמדברי הרמ"א והש"ך לא משמע כן ומ"מ נראה דלא מיסתבר כלל לומר שיהיה יכול לשנותו בכל פעם ואפשר שדעת הרמ"א הוא רק פעם אחת יכול לומר שבטעות או מחמת אונס נתן לו בית גדול או בית זה וגם מתחילה לא היה דעתו ליתן לו רק בית השני אבל לשנותו בכל פעם לא מיסתבר כלל:

יג נשרף הבית עסמ"ע ס"ק ל"ד שתמה מאוד ושלא יהיה דברי הרמ"א תמוהין כ"כ נראה לישב קצת דבסי' של"ד סעיף א' בהג"ה הביא מחלוקת הפוסקים באם שכר בית לדור ומת די"א דא"צ לשלם רק מה שדר בו דבעה"ב הוי כפועל דה"ל להתנות ויש חולקין דצריך לשלם השכר כולו אף למה שלא דר בו מטעם דשכירות ליומא ממכר הוא ע"ש ונראה דהמחלוקת שהביא הסמ"ע כאן בס"ק ל"ד די"א דצריך ליתן לו כל שכרו והוא מתשובת מיימוני סי' מ"ז היא הדיעה עצמו שבסי' של"ד דשני הדיעות הוא הרשב"א והוא מטעם דס"ל שכירות ליומא ממכר הוא והוי כקונה לזמן דכל האונסין חל על הקונה וע"ש בהנמי"י שכתב שיש לחלק בין בית לחמור ופועל ולא פי' ולפענ"ד נראה לחלק דבחמור ל"ש לומר כשאמר זה דבשכירות ממכר הוא דבחמור זה משועבד הנבילה אם מת החמור לשכור חמור אחר וע' בש"מ פ' האומנין דחמור זה כאפותיקי מפורש דמי וכיון דעל שיעבוד ואפותיקי מפורש עמו ל"ש לומר ממכר הוא רק כפועל שיש עליו חיוב הגוף דמי דלכך פטור הבעה"ב באונסין משא"כ בבית זה דאם נפל אזדא ואין על הבעה"ב שום שיעבוד אמרינן שפיר דממכר הוא וכל האונסין חל על הלוקח וע"כ הך דיעה שהביא המחבר כאן הוא הדיעה הא' דסי' של"ד וס"ל להמחבר כדעה זו ומבואר בס' מחנה אפרים דבהקדי' לו שכר דהיינו שפי' בשעת השכירות שהוא באופן שיקדים לו השכר לכ"ע שכירות ליומא ממכר הוא ולפ"ז אפי' באונס שאירע להבית פטור מלהחזיר השכירות וכדעת הגמ"י והא שכתב המחבר דמחשב על מה שנשתמש בו ומחזיר לו את השאר לא מיירי שפי' על הקדמת השכר רק שתפס או שנתן לו מעצמו בתחלת הזמן דמי השכירות אבל בהקדים לו השכר דהיינו שפי' על הקדמת השכירות הוא לכ"ע א"צ להחזיר ולפ"ז מ"ש בהג"ה סי' של"ד וכן אם קיבל השכר כולו דא"צ להחזיר אינו מדברי ת"ה דהא סיים כו' דמשמע שאומר כן מדעת עצמו והוא מטעם זה כיון דכשהקדים השכר ממכר הוא א"צ להחזיר כלל אפי' כפועל בטל והרמ"א בכאן סמך עצמו עמ"ש בסי' של"ד דבשוכר בית איכא מחלוקת הפוס' אי ממכר הוא ובהקדים

לכ"ע ממכר הוא ופטור מלהחזיר ולזה כתב שפיר דנשרף דינו כנפל ובמכת מדינ' מנכה לו כן נראה לי ליישב:

סימן שיג

אע"פ שהיא שכורה. עש"ך ס"ק א' ועסי' ר' מה שהארכתי בזה ומ"ש כיון שהוא משומר והוא חצירו וכו' לכאורה קשה דהא בסי' ר' מבואר דאפי' כשאין הפסק מחיצה בין בעל הבית לפירותיו דהוי חצר שאינה משומרת וצריך לחלק דדוקא לשוכר הוי חצר שאינה משומרת נגד בעה"ב אבל לבעה"ב נגד השוכר נקרא משומרת דהשוכר הוי כאכסנאי נגד בעה"ב כמ"ש הש"מ בב"מ דף יא אמנם באמת הש"מ לא כ"כ רק באם שהשוכר אין לו רק דריסת רגל ובשוכר גמור הוא דחוק ונידון הכלי עמ"ש בספרי תורת גיטין:

סימן שטו

א אא"כ יש לו פירות. עסמ"ע ס"ק ח' המציא דין חדש בשם הרמב"ם דקונה שדה לפירות א"י למכור זכותו ע"ש ואף דבקנה שדה לזמן ודאי דיכול למכור זכות אף דאינו לוקח ג"כ רק לפירות כמבואר בכמה דוכתי וראיה דבזמן דקונה שדה לזמן יכול לקלקל גוף השדה כמבואר בסי' רי"ב מש"ה יכול להשכירו לאחר אף דג"כ נק' מקלקל כמ"ש הסמ"ע משא"כ בקונה שדה לפירות דא"י לקלקל הגוף א"י להשכירו לאחר כיון דנק' מקלקל אמנם אינן נ"ל דבריו כיון דהוא בעצמו יכול לקלקל בדברים אלו דהיינו להוסיף בתשמישין מה"ת לא יוכל להקנות לאחר ועוד דבהדיא כתב הרמב"ם הביאו הטור סי' רי"ב וז"ל ומה הפרש בין השוכר לקונה לפירותיה דשוכר א"י להשכיר והקונה מקנה לאחר כל מה שקנה משמע דאף למכור יכול וע"ש בט"ז דיכול להקנות אפי' להרבה דיורים משא"כ בשוכר וגם מנין להרמב"ם מהש"ס לחדש דבר זה וידוע שהרמב"ם כשרוצה לחדש דין כותב בל' ויראה לי. לכן נ"ל כוונה בדברי הרמב"ם דודאי הקונה יכול למכור כל זכותו רק כוונתו במ"ש דאם יש לו פירות לבד שזה שוכר ואינו מוכר היינו במי שיש לו רק פירות ולא שדה לפירותיה כגון באחד שמכר איזה דבר והתנה על פירות שדה זו לכמה שנים דאדם מתנה בדשלב"ל או בית שהתנה לדור בו כמה שנים דאז א"י למכור שדה לפירותיה והפירו' או הדירה בעצמו א"י למכור דאין אדם מוכר דשלב"ל מ"מ יכול להשכיר הפירות או הדירה דהא כל שוכר א"צ לשכור שדה לפירות כמו במוכר והטעם נ"ל אף דבכל דבר שא"י למכור א"י להשכיר מ"מ בדשלב"ל שאני דכל משכיר כחוב הגוף דמיא להעמיד לו תדע דבמשכיר חמור סתם חייב להעמיד לו

חמור אף דאין לו שום חמור ובשוכר חמור סתם כה"ג אם אין לו חמור לאו כלום אלמא דמשכיר חובת הגוף הוא וכן בחמור זה כשקילקל חייב להעמיד לו חמור ויורדין לשאר נכסיו והארכתי בזה בסי' שי"ב סעיף ב' ובהיות כן נסתפקתי במשכיר חמור זה ולא היה ברשותו אם חייב להשכירו כשבא לידו דהא במוכר דשב"ל אין חילוק בין בשדה זו לשדה סתם דבשניהם לא קנה ובלשון חיוב בשניהם מועיל כמבואר בסי' (ס') ס"ו ובמשכיר מועיל בחמור סתם ובבית סתם אפי' כשלא היה ברשותו ולהכי בחמור זה אפש' דג"כ מועיל אפי' לא היה ברשותו באותו פעם כשהשכירו ועוד דהא כל שוכר פירות שדה דשלב"ל הוא ואפ"ה קנה וצ"ע:

ב כל (תנאי) שכירות א"צ קנין. לא ידענא מאי תנאי שכירות שייך גבי שמעון דהוא אינו לא שוכר ולא משכיר לכ"נ דהוא התחייב עצמו להיות ערב בעד הנער ע"כ מה שהפסיד חייב מטעם דהוי כערב בשעת מתן מעות כיון דנתערב בשעה דשכרו לשמשו ותנאי שכירות א"צ קנין ונתחייב השכיר וכיון דאדעתא דהכי קיבלו והכניסו לביתו הוי כערב בשעת מתן מעות כנ"ל ברור:

סימן שטז

א למה תטרח. עס"ע ס"ק ב' ועפ"ד רימז למ"ש שם דאם השוכר השני רוצה ליתן לשוכר הא' יותר מהסך ששכרו המשכיר צריך ליתן לו כך כיון דאין שומעין לו רק משום דאל תמנע טוב והביא ראיה מסי' שסג סעיף יב בהג"ה ע"ש ופשוט:

ב יכול המשכיר. עסמ"ע ס"ק ג' דאם כבר קיבל המשכיר את המעות וכו' הנה שם במרדכי מוכח דא"י אפי' להשכירו לאחרים ע"ש בס' א"א וכן בחידושי אנשי שם הנדפסין למטה במרדכי מקשה אהמרדכי מדברי עצמו ומביא תי' בשם מהרי"ק דכאן מיירי בדר עמו והוא לא ניחא ליה בתי' זה שסובר דבמשכיר אפי' דר עמו יכול להשכירו לאחרים ומתרץ תי' אחר דאם כבר קיבל המעות שוב א"י להשכירו לאחרים ע"ש ובהיות כן תמוה לי דשם במרדכי ניחא מה שאינו מחזיר לו השכירות שמקבל מאחרים כיון דהשוכר לא היה יכול להשכירו לאחרים מה לו להשכירות שמקבל המשכיר ודמי להא דסי' שיג סעיף י' בהג"ה דאם אין לו רשות להשכירו שהמותר הוא של בעה"ב אבל להסמ"ע דלא הביא האי דינא דבקיבל מעות שוב א"י להשביע משמע דס"ל כתי' הא' וכ"כ בסמ"ע דשם במשכון שכבר נתן המעות וכיון דיכול להשכירו לאחרים ויכול לומר אני אשכירנו לאחרים ודאי דהשכירות דידיה הוא וצריך להחזיר לו מה שמקבל מאחרים וכ"ה במרדכי פ' האומנין סי' שמ"ה דאפי' נתנה כל השכירות דיש כח להושיב אחרים

תחתיהם וע"כ צ"ל כתי' הא' ובדר עמו דא"י להשכיר לאחרים השכירות של המשכיר ואח"כ מצאתי בקצה"ח שכ' ג"כ כן רק שלא חילק בין דר עמו או לא ולפעד"נ כמ"ש ולא ידענא אמאי לא שם עין לדברי המרדכי שהבאתי. עוד מבואר שם דאם לא ימצאו שוכרים אחרים דצריך להחזיר כפי חשבון כמה אדם רוצה ליקח פחות כשלא היתה דרה בו כדאשכחן בכמ' דוכתי בפועל בטל הוא היוצא לנו דבמקום שלא היה השוכר יכול להשכיר לאחרים כגון בדר עמו השכירות שמקבל המשכיר מאחרים הוא של המשכיר אפי' לא נתן המעות כיון דאין להשוכר שייכות בגווי' ובמקום שיוכל להשכיר לאחרים השכירות להשוכר ואפי' נתן לה המעות דמנין לנו להמציא חילוקים שלא נזכרו בש"ע ובפוס' קדמונים ואפי' רק שכיח להשכיר אינו משלם לו השכירות דלהבא כדמוכח גבי ספינה וכן משמע במרדכי פ' חזקת ואפי' במקום שא"י להשכיר לאחרים מנכה לו מהשכירות למה אדם רוצה ליקח פחות כשלא דר בו דומיא דפועל בטל וכמבואר במרדכי שהבאתי לעיל כנ"ל:

ג ואין המקבל צריך. עסמ"ע ס"ק ה' וע"ש באורך ולולי דברי הסמ"ע נ"ל עיקר כדעת הרב דהא ודאי יש חילוק בין שוכר דבר שהוא שלו דהא חזינן דדוקא בשנים ששכרו מסיק דאין א' יכול להושיב אחר במקומו משמע דב' שהן שותפין לגמרי יכול כ"א להושיב אחר במקומו או למכרו והטעם נ"ל דבשלו יכול כל אדם לעשות מה שירצה אף שע"י גורם היזק לחבירו כל שאינו מזיק ממש בגירי דיליה כמבואר בה' נזקי שכנים אבל בשוכר אין השוכר רשאי להשכיר אם לא שאין בו שום דבר המזיק דבשל חבירו לאו כל כמיניה להזיק דבשכירות לא קניא ומש"ה השוכר א"י להשכיר כשהמשכיר דר עמו דע"כ לא קאמרי דיכול השוכר להשכיר רק במקרקעי משום דמקרקעי אינו מזיק לו וכמו במטלטלין ובשדה דמזיק לו דעת הסמ"ע בסי' ריב דא"י להשכיר ואפילו בבית פליג הראב"ד וא"כ כשדר עמו דמזיק לו כ"ע מודים וא"י להשכיר וכן בב' שוכרים כ"א א"י להזיק לחבירו כמו שא"י להזיק למשכיר דלכל שוכר כל זכות המשכיר ובמקום המשכיר קאי משא"כ בדבר שהוא שלו יכול לעשות מה שירצה ומש"ה במשייר לנפשו כיון דמה שמשייר שדה לפירותיה ובית לדירה כמבואר בסי' ריב דידיה לגמרי הוא ויכול למכרו ולעשות כל מה שירצה יכול ג"כ להשכירו ואע"פ שמזיק קצת דבדידיה קעביד ומשה"נ כשנותן לא' דירה ע"כ בנותן בית לדירה מיירי דבלא"ה א"י להקנות כמבואר בסי' ריב וכיון דיש לו קנין הגוף יכול לעשות כל מה שירצה אף שמזיק כמו במשייר ועדיף מיניה דיותר יש לו קנין הגוף בנותן מבשייר וזה דעת הרמ"א ונסתלק קו' הסמ"ע וכ"כ הסמ"ע בסי' ריב ס"ק ט"ז בשם הטור דאף במקום דאין השוכר רשאי

להשכיר הקונה שדה לפירותיה יכול למכור ולהשכיר וכל נותן דירה ע"כ נותן בית לדירה דבענין אחר א"א להקנות משא"כ בשוכר א"צ לשכור בית לדירה תדע דהא בבית סתם מחוייב לקנות לו בית אף דלא היה לו מה להקנות כנל"ב:

סימן שיז

א בין שהיתה בלא עדים. ואף דבסי' ע"ח בעינן דוקא שיהיו עדים בקביעת הזמן דבלא"ה נאמן במגו ע"ש הכא ליכא מגו דאינו רוצה לומר כבר עבר הזמן דא"ר לגרע דירתו שרוצה לדור בתוכו עדיין וכן אין לו מיגו דלא קצצתי לו רק פחות דבטענת פרעון פוטר עצמו מהכל אמנם אם טוען פרעתיך מקצת לכאורה היה נראה דנאמן כשאין לו עדים במגו דלא קצצתי לו רק סך כזה שטוען עדיין חייב לי ואפשר דכיון שהוא תו"ז עדיין אם יאמר לא קצצתי רק כך המשכיר יהיה נאמן להוציאו מבית כמבואר בסמוך:

ב השוכר נאמן במגו. עש"ך ס"ק ה' שכתב דאין טעם כלל לומר דאם מחולקין בסוף הזמן בקציצה שלא יהיה השוכר נאמן במגו דפרעתי וגם ל"ש כאן לומר קרקע בחזקת בעלים קיימא ונראה דהם כ' קושיות חדא דמה"ת לא יהיה נאמן במגו ועוד אפי' ליכא כאן מגו מ"מ יהיה נאמן כיון דלא שייך קרקע בחזקת בעלים קיימת כיון שאין התביעה רק על המעות ולא על הקרקע דודאי אין סברא לומר שהמשכיר יהי' נאמן לתבוע את השוכר אחר זמן השכירות מה שירצה באמרו כך וכך פסקת לי. ומ"ש עוד הש"ך וז"ל הא השוכר אומר מעולם לא הוציא קרקע שלך פירות יותר וכ"כ ג"כ בסי' שי"ב ס"ק י"ד לחלק בין מרחץ ובין הך דשוין סתמא ובתומי' בתק"נ ס"ק מ"ז תמה מאוד על דבריו ע"ש. ולפענד"נ החילוק פשוט דבשלמא במשכונא שכבר הקדים לו המעות אם היו באין לב"ד בתחילת השנה היה המשכיר נאמן בין להוציאו מן הבית כיון שקרקע בחזקת בעלים קיימת ובין שלא להחזיר לו השכירות כיון שהוא מוחזק וא"כ אף עכשיו שכבר דר בו הוי כתפיסה בעדים דלא מהני כשהספק נופל ע"פ טענותיהם משא"כ במרחץ אם היו באים בתחילת החודש והשוכר טוען ברי נהי שהיה יכול להוציאו מן הבית כיון שהקרקע בחזקת בעלים מ"מ כיון ששוכר מוחזק במעות וטען שלא קצב לו י"ב דינרים רק על י"ג חודש ממילא היה יכול לנכות לו חודש העיבור כמו במשכיר אומר בי' שכרת והשוכר אומר בה' שהשוכר נאמן כיון שהוא מוחזק מש"ה גם אח"כ א"צ ליתן לו יותר בטוען ברי. עוד כתב הש"ך דמ"ש המרדכי דאפי' אם בא בסוף החודש הוא מצוין לישנא דהש"ס. ולכאורה תמוה דלמה הביאו הא ודאי דלענין להוציאו מן הבית בתחילת השכירות ודאי דהמשכיר נאמן דקרקע בחזקתו קיימת. ונראה דרצה ליישב שלא תקשה דמ"ש בלוקח

שידוע שמכר לו החפץ בק"ס ומחולקין על סך הממון דהלוקח נאמן ומה"ת לא יהיה בשוכר בכה"ג הא שכירות ליומא ממכר הוא. אכן החילוק פשוט דבשלמא במקח כבר יצא המקח מרשות מוכר לגמרי ואין לו תביעת ממון על הלוקח משא"כ שוכר דשכירות ליומא ממכר הוא רק לענין אונאה אבל מ"מ אין הקרקע יוצא לגמרי מרשות בעלים ובפרט לפמ"ש בכמה דוכתי דשוכר אין לו רק חיוב הגוף על המשכיר להעמיד לו בית וזה ג"כ דעת המרדכי שהביאו ראיה מר"נ דשכירו' שאני ממקח. כ"ז כתבתי לפרש דברי הש"ך. ונלפענ"ד לתרץ דברי הרמ"א שלא יהיו תמוהין כ"כ דמה שתמה הש"ך דהאיך יעלה על הדעת דהמשכיר יהיה נאמן בסך הקציצה אחר זמן השכירות הא ל"ש גבי קרקע בחזקת בעלים קיימת גם מה"ת לא יהיה נאמן במיגו. ועוד מה מייתי ראיה מהנ"י שחולק על המרדכי הא הנ"י לא כתב רק הך דינא שהביאו הטור והמחבר לקמן בסעיף ג' ודין זה מבואר בש"ס ובש"ע ובודאי גם המרדכי מודה לדין זה המבואר בש"ס לכ"נ דהך דינא דסעיף ב' ע"כ מיירי בלא הקדים השכירות מדנקט סתם המשכיר בית וסתם שכירו' אינה משתלמת אלא לבסוף ועוד הא גם ע"ז קאי האי וי"א שכתב הרמ"א שאם הוא לאחר זמן השכירות שיכול לומר פרעתי מוכח דמיירי בלא הקדים השכירות ולפ"ז צ"ל דהטענה הוא שהוא תובע ממנו ששכר ממנו על י' שנים ומחוייב ליתן לו הדירה ורוצה לשלם לו השכירות כפי הפסיקה והמשכיר טוען שכבר כלו ושוב א"ר להשכיר לו ע"ז קאי הרמ"א וה"ה בשאר טענות שביניהן היינו כמ"ש המרדכי שהמשכיר אומר בי' והשוכר אומר בה' פי' המשכיר מודה לו שלא כלו עדיין זמן השכירות רק שטוען שהשכיר לו כל שנה בי' וכך נתן לו בה' שנים הראשונים ושיתן לו כמו כן בשנים הבאים והשוכר אומר בה' וא"ר ליתן לו מכאן ולהבא אלא ה' ואומר שגם בשנים הראשונים לא נתן לו רק ה' שהדין נותן שהמשכיר נאמן ויכול להוציאו מן הבית ולזה כתב הרמ"א די"א דאם הוא אחר זמן השכירות דהיינו אף שהשכיר לו על י' שנים מ"מ כל שנה ושנה זמניה הוא לענין פרעון ואם האמת כדברי השוכר א"צ ליתן לו השכירות מהשנים שעברו כיון שחייב להעמיד לו בית ויכול לשכור עליו בית אחר ולהוסיף עליו מהשכירות שעדיין בידו ולזה ואם יש בידו שכירות מהשנים שעברו ויש לו מגו דפרעתי משנים שעברו כיון שהוא אחר כלות שנה שהוא זמ"פ של השכירות יכול לעכב מהשכירות שת"י עד שיעמיד לו בית או שישכיר מעצמו בית ויוסיף עליו משכירות שת"י ובזה באמת המרדכי חולק דהא בסי' ק"ו סעיף ד' ה' יש מחלוקת הפוס' אי נאמן במגו על הפירות דלהבא וע"ש בש"ך שהביא דעת המרדכי דס"ל דל"א מיגו מממון לממון ודוקא במשכנתא הוי מגו באותו ממון עצמו דהמשכון הוי כקנוי לו ולפ"ז בשוכר בית סתם שתובע ממנו שחייב להעמיד לו בית

אחר הוי מיגו ממון לממון דלא מיבעיא לדעת המרדכי שם ואפילו בבית זה כתב הנ"י פרק האומנין בסוגיא דחמור זה דלא הוי אלא כחוב והאפותיקי מפורש ולדברי המרדכי אפי' אם יש לו מגו דלקוח אינו נאמן משום דהוי ממון לממון כמבואר בסי' ק"נ ולזה מביא שפיר מהנ"י דחולק בזה וס"ל דמהני מגו דבש"ס לא נזכר דין זה רק במשכנתא דהוי מגו באותו ממון עצמו משא"כ הנ"י כתב דין זה דמהני מגו אפי' בשכירות אף דהוי מממון לממון ושפיר מייתי ראיה כנ"ל:

ג הפירות בחזקת אוכליהן עסמ"ע ס"ק י"א דאפי' בכתב בפי' שהשכיר לג' שנים וזה אומר כבר כלו וזה אומר עדיין לא כלו וקדם ודר בו השוכר שנה ג' וכו' מיירי שתובעו תו"ז של השנה הג' דאלו אחר זמן שיכול לומר פרעתי ודאי דאין השטר מגרע לשוכר ואפילו לא היה ביד השוכר שום שטר נאמן לומר פרעתי וכ"כ הש"ך ס"ק י"א רק דמיירי תו"ז דא"נ רק משום שיש לו שטר והוא כעין שובר על השכירות וכיון שאם הי' הספק (דהיינו הטענות) נולד בתחלת שנה היה המשכיר נאמן להוציאו מהבית ולא היה לו כח שטר על ג' שנים אף אח"כ אין לו דין שובר רק משום דהיא מילתא דעבידא לאגלויי והניחו לאכול שנה הג' אין מוציאין מידו ואי ליכא לברורי מוציאין:

ד או הממשכן עסמ"ע ס"ק י"ג וכוונתו שהבין דהממשכן קאי על הלוה שהוא הממשכן והיה קשה לו הא אין לחוש שהמשכיר יברר בעדים לאורועי' לנפשיה א"כ מה"ת לא יוציאו מידו וע"ז כתב דס"ל דכל שהמשכיר יכול לברר זכותו אין מוציאין עד שיברר והש"ך חולק וס"ל דהממשכן קאי על המלוה שהוא במקום שוכר:

סימן שכא

א אין חילוק במה שעבר עסמ"ע ס"ק ו' במה שהשיג על הרמ"א ולפעד"נ דהעיקר כהרמ"א דלדברי מהרמ"פ שכתב דדוקא היכא דההיזק הוא לעבר כגון באכלה חגב או ביבש המעיין שאם יחזור בו יש להחוכר היזק במה שזרע ולכך הוא בדין ניכוי אבל כשההיזק הוא רק על להבא דמי לשוכר חמור והבריקה דבדין חזרה קאי קשה דהא במתני' סתמא קתני החוכר בית השלחין ויבש השלחין ויבש המעיין דאם מכת מדינה הוא מנכה וכו' משמע דאפילו חכרה לכמה שנים ויבש המעין קודם שזרע בשנה שנית או שיבש המעיין תיכף אחר הקנין קודם שזרע ג"כ מנכה לו אף ההיזק הוא רק על להבא הרי מוכח דכל שההיזק בא מכח מכת מדינה הוא על שניהם וישאר המקח קיים רק שמנכה לו רק בשוכר חמור והבריקה שהוא מכח פרטית בדין חזרה קאי והא דבאכלה חגב אינו מנכה לו כלל וכאן בשוכר חמור ההפסד על המשכיר אף במכה פרטית הטעם

פשוט דבשלמא בשוכר חמור נעשה האונס בגוף הפרה של המשכיר ודמי באמת לנמצא מום במקח כמ"ש מהרמ"פ ועוד דא"י לומר להשוכר מזלך גרם כיון שגופה של פרה שייך להמשכיר איתרע ובמזלו של משכיר נעשה משא"כ באכלה חגב דנעשה האונס רק בפירות שכבר גדלו וכבר נקנו להשוכר ולא בגוף השייך להמשכיר כלל לא שייך לומר דמקח טעות הוא וגם לא שייך לומר מזלא דהמשכיר גרם וע"כ מזלו דהשוכר גם דבדידיה נעשה האונס ובמקבל שדה והיה בו מעיין ויבש ג"כ נעשה האונס בשדה ועוד דלא החכיר לו מעיין כלל כיון שלא אמר לו בית השלחין רק שדה סתם ובשדה זו והיה מכת מדינה דליכא למימר מזלא דהשוכר והמשכיר גרם המקח קיים וההפסד על שניהם ובדין ניכוי קאי ומהמרדכי ראיה ברורה הוא אפי' לפי פי' הסמ"ע דעכ"פ מוכח דמכת מדינה שייך גם על להבא ועוד קשה על הסמ"ע דאי בדין חזרה קאי היה לו להיות כל ההפסד על המלמד דלא גרע מאילו נעשה האונס רק בהנער לבד כגון במת הנער בסימן של"ד ומכ"ש כאן שנעשה האונס גם על המלמד וגם אפשר הוא רק בהמלמד שעיקר הגזרה ודאי היה על המלמד שלא ילמד ודאי דראוי להיות רק על המלמד ומה שדימה אותו הסמ"ע לספינה ויין כבר כתבו התוספות דשם שאני כיון שזה הפסיד הספינה ע"ש וגם מהנ"מ בשוכר בית מוכח כדברי הרמ"א דיהיה הפי' איך שיהיה בשוכר בית מ"מ מוכח דגם בדבר שהוא להבא שייך לחלק בין מכת מדינה וטעם דבבית משלם הכל וכן טעמו של המרדכי במלמד ודעתו של רמ"א יבואר אי"ה בס"ד בסי' של"ד:

ב בית השלחין (זה) אני משכיר לך לפעד"נ דא"א לומר שלא אמר לו רק בית השלחין ובית האילן סתם דבזה כתב הש"מ דבזה ל"א דשמא מכר ועיקר קושית הש"ס הוא משום שאמר זה ע"ש והביאו הב"י בסי' רי"ח ופסק כן בש"ע לעיל דדוקא כשאמר כרם שבמקום פל' אבל כשאמר סתם ל"א שמא מכר והובאו ג"כ בקצה"ח דליכא נ"מ כלל בי' הרא"ש להחולקין כיון דבין באמר סתם ובין באמר זה הוי קפידא ולא הביא הרא"ש דעת הי"א רק משום הנפקותא דבלוקח ומוכר דבמוכר בית כור כשאמר לו לוקח למוכר מכור לי בית כור זה הוי קפידא לדעת הי"מ ובאמר לו מוכר ללוקח זה (לא) הוי קפידא ואף דבמחכיר כשאמר זה הוי קפידא וכל דבריו תמוהין לי דמ"ש במוכר באם אמר לוקח למוכר בית כור זה הוי קפידא הוא תמוה מאוד דבשלמא בחוכר שבשעה שאמר זה היה המעין בתוכו ושייך לומר דהוי קפידא דהיינו כמו שהיא עכשיו כמבואר בסעיף ב' אבל במוכר דבשעה שאמר זה לא היה בהכרם גפנים רק שמו היה כן וא"כ מה הקפדה מצינו בלשון זה ואי מטעם דהוי ייתור לשון דכיון שאמר זה ל"ל למימר כרם והוי קפידא חדא דאין זה סברא כלל ועוד דא"כ באמר מוכר כרם זה נימא ג"כ דהוי קפידא דהא במוכר

הוי קפידא וכה"ג אפי' אמר מחכיר ומנ"ל לחלק בין השוין ולומר דבאמר זה במחכיר הוא לעולם קפידא ובמוכר אינו קפידא כי אם באמר לוקח ועוד היאך שייך לומר בכרם שאין בו גפנים ואמר זה שיהיה קפידא הא רואה שאין בו גפנים ואמר זה לכן נראה דודאי באומר סתם לא אמרינן שמכר שמא כמבואר בש"ס ובב"י בסימן רי"ח וכן בבית השלחין סתם וחייב אפי' להעמיד לו בית השלחין עם מעיין ולכך לא הביאו בש"ע כאן משום דאין מוזכר דין זה בגמרא וסמך עצמו אסי' שי"ב דבאמר סתם דחייב להעמיד לו בית ועל מה שכתב בסי' רי"ח דכשאומר סתם לא אמרינן שמא ועיקר החילוק הוא בין עומד בתוכו ובין אין עומד בתוכו רק שמסיים לו המקום ואמר מקום פ' דכשעומד בתוכו ורואה מעיין בתוכו ואומר בית השלחין זה או אפילו עומד חוצה לו ומראהו באצבע ואומר בית השלחין זה כמ"ש הסמ"ע ס"ק ז' אז ודאי יש ייתור ל' דהל"ל מכור לי זה ולמה אומר בית השלחין ע"כ ל' קפידא הוא וכוונתו בית השלחין זה להקפיד שאם לא היה אומר לו רק בית השלחין והיה מראה לו היה אפשר לומר שיהיה רק שמו בית השלחין וכן אם לא היה אומר רק זה ה"א שאינו מקפיד שיהיה בו מעיין תמיד ולכך אומר לו בית השלחין זה להקפיד שיהיה כמו שהוא עכשיו אבל כשאינו עומד בתוכו וגם אינו מראהו רק שאמר בית השלחין שיש לי במקום פ' אף שמסיים לו המקום ליכא יתור לשון דכשאינו עומד בתוכו ואינו רואהו צריך לקרותו בשמו בית השלחין או בית האילן או כרם למען דעת מה שם השדה שהוא חוכר ממנו אם כרם או שדה אילן או בית השלחין ומה ייתור לשון יש כאן וכי מה היה לו לומר בלשון אחר דאין לומר שהיה שדה אילן שדה סתם שבמקום פ' ולא להשכיר בית השלחין דא"כ בבית האילן דהיינו שדה אילן ובכרם אין לו לשון אחר לומר ועוד דהל' בש"ס קשה שאמר כיון דאמר זה מכלל דעומד בתוכו וכו' דלא הל"ל רק סתם כיון שאמר שדה בית השלחין למה לו לומר א"ו כמש"ל דהכא במשנה מיירי שמייחד לו המקום שבו השדה שחוכר ממנו רק כשעומד בתוכו או מראהו הוי לשון זה קפידא ובמכירה כשאומר כרם אע"פ שאין בו גפנים הגיעו אף שהריטב"א כתב דזה גרסינן כוונתו רק שמסיים לו המקום שאומר כרם שיש לי במקום פ' כמבואר בסי' רי"ח דאילו בעומד בתוכו קשה דל"ל לומר הטעם שלא מכר אלא שמא הא כיון שרואה שאין בו גפנים וכן בבית כור כשרואה שאין בו אלא לתך דבפלגא לא טעי אינשי אפי' בלאו האי טעמא הגיעו כמבואר בסי' רי"ח סעיף ט"ז דכשמכיר השדה אפי' אמר בפי' יש במדתה ר' אמות ואין בו רק ק"ן הגיעו מטעם שכוונתו שהוא טוב כמו אחרת וכו' אף דשם לא שייך טעם שלא מכר לו אלא שמא ע"כ דמיירי שאינו עומד בתוכו ואינו מראהו ואף דאמר זה ולפי גי' הריטב"א ליכא למיטעי שכוונתו שעומד

בתוכו רק שמסיים לו המקום וזה דתני כוונתו על סיום המקום משא"כ הכא כיון דתני זה אמרי' מסתמא דמיירי שעומד בתוכו היוצא מזה דבאמר בית השלחין סתם בין עומד בתוכו בין אינו עומד בתוכו ויבש המעיין חייב להעמיד לו בית השלחין עם מעיין ובאמר לו בית השלחין זה ועומד בתוכו או מראהו ויבש המעיין מנכה לו מחיכורו ואם אינו עומד בתוכו ואמר לו בית השלחין שבמקום פ' אם אמר מחכיר לחוכר אינו מנכה לו מחיכורו ואם אמר חוכר למחכיר מחלוקת הפוס' אי קפידא או לא וגם דברי הרא"ש א"ש ובקיצור פסקי הרא"ש יש ט"ס ובמקום שכתב זו צ"ל סתם ובמקום שכתב סתם צ"ל זו:

סימן שכט

תן לי מה שאכל עסמ"ע סק"א וכיוצא מדבריו שכיון שכבר בא השכירות ליד אביהן א"י לנכות מהיורשין שהיורשין יכולין לומר אנחנו נגמור עבודתו ולפ"ז יש ללמוד דה"ה בכל פועל שהקדים לו שכירות על זמן קבוע ומת בתוה"ז שא"י לגבות מהיורשין כשרוצין הן לעשות עבודת אביהן וכן באמת הנו"ן על חצי ריוח ועשו ביניהן שיקח המקבל עיסקא בכל שבוע ושבוע כך וכך ומת בתוה"ז שאין היורשין צריכין להחזיר מה שקיבל אביהן כשרוצין הן לעסוק עד כלות הזמן ואפשר לחלק דכאן שצריך ליתן מעות בידו יכול לומר אין אתם בטוחין בהמעות שאתן לכם:

סימן שלב

א אין דעתם אלא שיתן עסמ"ע ס"ק ח' בהג"ה מ"ש בשם ת"ה סי' שכ"ג ובת"ה שם מבואר דאפי' המנהג בעיר שכל השוכרים נותנים שכירות חוץ ההוצאה מ"מ אמרינן הדמים מודיעים ובקצה"ח סי' של"א תמה ע"ז מהא דמקום שנהגו לזון יזון אף דטפא להו אאגרייהו ולא אמרינן הדמים מודיעין ע"ש ויפה הקשה לזה נראה דהת"ה מיירי דאף לפי דברי הפועל יש בו שינוי מהמנהג שכולם מפשרין עצמן על ההוצאה ונותנין קודם השליחות כדמשמע לשון התשו' שם ע"ש והכא שלא תבע ליתן ההוצאה קודם ולפי דברי שניהם יש בו שינוי מהמנהג לזה אמרינן הדמים מודיעין:

ב אין להם אלא ג' בקצה"ח הקשה דמ"ש ממרחץ דסי' שי"ב סעיף טו דמשום ספיקא חייב לשלם מטעם דקרקע בחזקת בעלים עומדת וה"נ הפועל מוחזק בעצמו ותי' ויכוין דהפועל עשה מעצמו המלאכה כו' הוי כאילו התפיסו להבע"ה ברשות משא"כ במרחץ שנכנס בחודש הי"ג בחצר חבירו שלא ברשות ולזה המציא באם ראובן עשה שליח

לשכור לו בית משמעון בנ' והלך השליח ואמר להמשכיר במ' ואמר המשכיר כמו שאמר השוכר דחייב לשלם כיון דנכנס להחצר ברשות חייב לשלם משום ספיקא ע"ש ויפה כוון אמנם נ"ל דזה דוקא כשהודיעו השליח לראובן השוכר שהמשכיר אמר כמו שאמר השוכר וכבר ידע מהספק קודם שנכנס דמי למרחץ ששניהם ידעו מהספק וכיון שנכנס להמרחץ שלא ברשות הוי כתפיסה מספיקא דחייב להחזיר וה"נ דכוותיה אבל אם השליח לא הגיד דברי המשכיר להשוכר ולא אמר לו רק ששכר במ' ונכנס אדעתא דמ' נהי שנאמר שהמשכיר לא נתרצה רק אעילויא דהשוכר מ"מ כיון דהשוכר לא היה לו פיסוק דמים גמור עם המשכיר ודמי לדר בחצר חבירו בלא פיסוק דמים אינו נותן רק שוויין:

ג צריך ליתן לאלו כמו לחבריהם. עש"ך ס"ק ט"ו שתמה ע"ז דכיון דבעה"ב לא נתרצה ליתן רק בד' א"כ נהי דהפועלים ג"כ לא נתרצו רק כמו שעשו חבריהם מ"מ הוי כאילו לא שכרו כלל זא"ז ונותן להם כפחות שבפועלים ולפעד"נ דטעמא דהרשב"א הוא כיון שאמרו הפועלים כמו שעשו חברינו ובכיוצא בזה דהיינו כשהפועלים אמרו כמו שאמר בעה"ב איבעיא דלא איפשטא הוא בש"ס אי דעתם אעילויא או דמהימנת לן הוא דאמרי והנה אי היה פשיטא לן דדעתייהו אעילויא ודאי דהכא היה חייב ליתן להם כמו לחבריהם אף שאמר להן ג"כ בנ' הטעם דכיון שהפועלים לא אמרו רק כמו שעשו חברינו הרי לא נתרצו רק בסך זה והבעה"ב נתן להם מלאכתו על אופן זה נתחייב להם כמו שאמרו הן כמו שאמר בעה"ב דאי היה פשיטא לן דדעתייהו אעילויא היה חייב ליתן להם ד' רק משום דהוא איבעיא דלא איפשטא אינו נותן להם רק ג' והוא מטעם שכתב הרשב"א במלמד בסי' שי"ב סעיף טז והובא בקצה"ח סי' שי"ב דכיון דלמד בעצמו הוי כתפיסה ברשות וה"נ עשו הפועלים המלאכה בעצמן כמ"ש בקצה"ח ס"ק ב' ע"ש ולפ"ז הכא דהטעה אותן הבעה"ב בשיווי המקח ובשאר שכירות פועלים אונאה הוא תדע דאילו היה בקבלן ובשתות היה בו דין אונאה ואונאה בכלל גזל הוא כדמוכח בר"פ א"נ דאמר התם ל"ל לאו בגזל לאו באונאה וכיון דגזל הוא הוי כתפסן שלא ברשות לעשות מלאכתן וחייב לשלם כמו במרחץ דה"נ הפועל הוא מוחזק בעצמו משא"כ בשליח שהטען ושינה בדברי הבעה"ב מה לו להבעה"ב בכך שהוא לא הטען וסמכו עצמן על השליח לא הוי כתפיסה שלא ברשות ועוד דמה שהטעה אותן שליח באמירת בעה"ב אין הטעות בענין שיווי השכירות ואפשר שאפילו היה יודעין שהבעה"ב אמר ד' והשליח לא היה רוצה לשוכרן רק בג' היה ג"כ משכירין עצמן דהבעה"ב שאמר ד' היה כוונתו שאם לא ימצא בפחות יתן ד' וסמך עצמו אהשליח משא"כ כאן כשהטען

בשיווי השכירות וסתמא דאינשי שאין נשכרין בפחות מחבריהם ובודאי מחמת שהטען עשו מלאכה ולכך חייב להן כמו שעשו חבריהם וזהו כוונת הרשב"א כמ"ש דדעתיה אעילויא והיינו משום דהפועל הוא מוחזק וכמש"ל:

ד כפחו' שבפועלים. עש"ך ס"ק ט"ז שתמה בזה ועוד ק"ל דאטו במקח כה"ג אם ימכור דבר ששוה ד' בה' ויאמר לו שהוא שוה כך או שהשער כך או שכולם מוכרין כך לא יתחייב לשלם רק כפי השיווי ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן מסתמא רוב אונאות כך הן שאומר לו שכך שיווי אי כך השער ועוד דמ"ש מהא דסי' רכ"ז סעיף ל"ד באמר זרעתי בה זריע' הראוי בה דאמר התם דבדין אונאה היא לכן נלפענ"ד דל"מ בדין הירושלמי דהיינו באמר בואו עמי כדרך שעשו חבריכם ושאלו בכמה ואמר בד' בזה ודאי דיפה תמה הרשב"א דהא עיקר השכירות ופסוק דמים היה על המקח שעשו חבריהם רק אחר ששאלו אותו בכמה הטעה אותם וכיון דבגוף השכירות נגמר הפיסוק על המקח של חבריהם נתקיים המקח כן ומה בכך שהטעה אותן אח"כ י"ל שסמכו עצמם שיבררו אח"כ ועוד נראה דאפילו בלשון שכתב בהג"ה בד' כמו ששאר פועלים נשכרים נראה של' השכירות מוסב ע"ז ג"כ ששוכר אותן על הסך שנשכרו שאר פועלין והוי כאומר שתי לשונות דסתרי אהדדי בסך פיסוק השכירות ושייך בהו הספק דאי תפס לשון ראשון או לשון אחרון וכיון שהטעה אותו בסך השער הוי כאונאה בשיווי המקח דבכלל גזל הוא וכמש"ל וכתפס שלא ברשות דמיא דחייב ליתן להם כפי תפיסת הלשון שהוא לטובתם כמו במרחץ וכן הדין במקח שאם אמר להלוקח הריני מוכר לך בד' כפי השער דלשון פיסוק דמים מוסב על שני הלשונות תופסין הכל לטובת הלוקח אף שכבר נתן הדמים לפי שתופסין המעות ע"י אונאה וגזל ומכ"ש כשאמר הריני מוכר כפי השער ושאלו הלוקח אחר כך בכמה השער והשיב בד' ונמצא בפחות שאינו נותן לו רק הפחות כיון שהמקח נגמר רק כפי השער וע"ז משך הלוקח אבל אם בשעת פיסוק אמר לו רק בד' רק שאח"כ שאל לו על השער ואמר לו שהשער הוא ג"כ כך או שכולן מוכרין כך אין זה רק בדין אונאה ובעינן שתות ותלוי בראות עיני הדיין אם הלשון היה מוסב על הפסוק דמים אם לא רק שאמר לו כן כדרך אונאה למען יקנה או ימכור לו ואז יש לו דין אונאה. ולפמ"ש יש לקיים דברי שניהם דינא דרמ"א כשאמר דברים אלו בתוך פיסוק דמים ודברי הש"ך בלא אמר לו בפיסוק דמים רק בד' ובפיתוי השכירות שישכיר עצמו בסך זה אמר לו שגם שאר פועלים משכירין עצמן בסך כזה אז אין לו רק דין אונאה ופועל אין בו דין אונאה כמבואר בסי' רכז ושפיר כתב הש"ך דאינו נותן להם רק ג' אף שהטען:

ה ליתן לו חפץ בשכרו. עקצה"ח ועמש"ל סי' ר"ג ס"ק ז' ולפמ"ש נראה דדינו כאפותיקי מפורש שאף שיכול לסלק בדמים אם נשרף פטור מליתן דמים אחרים ועש"ך ס"ק י"ט שכתב דבשט"ח יכול ליתן לו שיווי שט"ח ועקצה"ח מה שתמה בזה ולפי ענד"נ דודאי באופן שכתב בקצה"ח דהיינו שהבטיח לו בעד טרחתו מה שיגבה דמי השטר חוב ודאי דא"י ליתן לו מה שהיה שוה השט"ח קודם גוביינא וזה לא יאמר אדם רק כוונת הש"ך באם שהמלאכה בהשט"ח עדיין בגמר פעולה שעשה הוא ג"כ עדיין מחוסר גוביינא כגון ששכרו לטרוח בהקיום ורוצה ליתן כפי מה ששוה שט"ח בשעת גמר פעולה אז יכול ליתן לו ולעולם צריך ליתן שיווי דמי החפץ מה ששוה החפץ בגמר פעולה ומ"מ בדשלב"ל שכתב בקצה"ח דצריך ליתן לו מה ששוין כשיגדלו הפירות לפענ"ד לא נראה כן רק שנותן לו כפי מה שווין למכור בשעת גמר פעולה דאז הוא פרעון השכירות:

סימן שלג

א דאם משך בעה"ב. עש"ך סק"ג שכתב שא"י לחזור בשום ממון וא"ל דמאי קמ"ל בש"ך דהא ע"כ המשיכה הוא קנין שא"י לחזור לגמרי דאי שיהיה רק ידו עה"ת א"כ מה נ"מ שא"י לחזור הא עדיין אין מגיע להפועל שום שכירות וגם הכלי אומנות כבר החזיר כמ"ש הסמ"ע די"ל דקמ"ל דהוי אמינא דלא עדיף מדבר האבוד דאינו שוכר עליהן רק כדי שכרן קמ"ל דא"י לחזור בשום ממון והנה מה שהוכיח הש"ך דין זה מפ' הזהב נלפענ"ד דאדרבה משם מוכח דהמשיכה אינו קונה ולא מוכח משם רק דמעות קונות דהיינו אם הקדים שכר אפי' לא נתן רק פרוטה לפועל לקנין קנהו וא"י לחזור דהא בב"מ דף מח לא בעי משיכת תספורת רק לר"ל דס"ל משיכה קונה אבל לר' יוחנן דס"ל דמעות קונות לא בעי משיכת תספורת ואנן קי"ל כר"י ואף דר"י מודה דמדרבנן מעות קונות היינו דוקא במקום דל"ש לומר נשרפו חיטיך בעליה אבל בשכירות מטלטלין דלא שייך החשש דנשרפו חיטיך מעות קונות כמבואר בסי' קצח סעיף י' ומכ"ש בשכירות פועל ועוד דפועל דמי לקרקע כמבואר בסי' רכז ובכמה דוכתי' ודאי דנקנה בכסף וכן מוכח מהרמב"ם פ"ו מה' מעילה דגבי קנה חפץ מחלק שם בין ישראל לנכרי אלמא דס"ל כיון דעקרו חכמים קנין מעות הפקר ב"ד הפקר ולא מעל והא דמעל בנתן לנכרי אפשר דס"ל כשיטות ר"ח שהביא התו' בב"מ דף מח דאפי' נכרי קונה במעות משא"כ בישראל דעקרו חז"ל קנין מעות פסק דלא מעל וגבי נתנו לא' מבעלי אומנות פסק סתם דמעל ולא מחלק בין נכרי לישראל ולא הוצרך משיכת תספורת אלמא דס"ל דשכירות פועל נקנה במעות אפי' מדרבנן והא דהוצרך בב"מ שם למשיכת תספורת אליבא דר"ל

אף דפועל נקנה בכסף לד"ה דהוא כקרקע כנ"ל נראה דהוא מטעם שכתב הש"מ שם בשם הריטב"א וז"ל האיך קנה זה באומן שלא יחזיר במשיכת כלי וכו' והא דאמרי' והא קאי בעי למימשך תספורת היינו לענין שכירות כלי דלשכירות הכלי בעי משיכה עכ"ל בשינוי לשון קצת וכוונתו נראה דשוכר פועל עם כלי אומנות דמי לשוכר פועל עם סוס המבואר בסי' רכז סעיף לג ומשמע שם דכ"א הוא קנין בפ"ע ובעי משיכה לקנות הכלי אומנות ובלא משיכת הכלי אומנות יכול לחזור אפי' מהאומן עצמו אף שרוצה ליתן לו כלי שלו לספר בו דדמי למוכר שני דברים בסך א' ודבר א' אינו נתפס בקנין דמקח הב' ג"כ בטל כמבואר בסי' רטז ע"ש אבל לר"י דמעות קונות ד"ת רק משום החשש דנשרפו חיטיך בעלי' ובשכירות מטלטלין קונה בכסף לחוד כמבואר בסי' קצח וכן שכירות הפועל נקנה בכסף לחוד מטעם הנ"ל ופסק הרמב"ם שפי' דבנתנה לא' מבעלי אומנות מעל אפי' בלא משיכה ובקנה חפץ פסק דלא מעל בישראל ומטעם כיון דעקרו חז"ל קנין מעות הפק' ב"ד הפקר ולא מעל ולא קשה שוב קושיית הכ"מ ברמב"ם שהקשה על הרמב"ם דמוכח שם דל"צ משיכה לר"י ולפמ"ש א"ש דשכירות שאני ולפ"ז שפיר כתב הרמ"א בלשון וי"א דמש"ס פ' הזהב לא מוכח מידי דשם בנתינת מעות מיירי אבל משיכת תספורת בלא מעות מבואר בש"מ דאין שום סברא שיזכה בהאומן מכח משיכת הכלי ומהרמב"ם מוכח ג"כ דהעיקר הוא מכח נתינת המעות וגם הר"ת אפשר דמיירי בנתינת מעות עם משיכת הכלי וסובר דשכירות מטלטלין בעי ג"כ משיכה ושפיר כתב בלשון י"א דמסתברין דברי הש"מ והא שהסכים הרמ"א עם הך דיעה הוא רק לענין שאבאר בסמוך ובשוכר עכו"ם אומן ודאי דקונה בכסף דהא יכול לקנות עכו"ם למעשה ידיו כמבואר בגיטין בסוגיא דעבד שנשב' ואם שכרו עם כלי אומנות או עם שורים תליא בפלוגתא המבואר בסי' קצד דלמאן דס"ל דבעכו"ם קונה משיכה דוקא בענין ג"כ משיכת החפץ ואם משך האומן הכלי שנתנו לו לתקן לכ"ע קנה ואין שניהם יכולין לחזור בהן כמ"ש הריטב"א בפ' האומנין והנה הד"מ כתב דג' ששכרו מלמד דא"צ קנין דכל מילי דרבים א"צ קנין ומהתימא שלא הובא זה בכל פועלים דג' ששכרו פועל דא"י לחזור ואפשר דדין זה אינו רק במלמד שהוא דבר מצוה ודמי קצת לנדר שהודר ברבים וע"ד רבים:

ב יכול לעכב. עש"ך ס"ק ה' דהנ"י לא כ"כ אלא לדעת הרשב"א והר"ן וכו' ולפענ"ד דאף הרשב"א והר"ן והמרדכי לא כתבו רק שיכול לעכב המספרים עד שיספרנו בו והיינו דס"ל כמ"ש בסמוך בשם הש"מ דשכירות המספרים ושכירות האומן הן שני קניינים וי"ל דס"ל כמ"ש הט"ז בסי' רטז דאיכא דס"ל דבקונה ב' דברים בסך א' אף שדבר א'

לא נקנה מ"מ קנה הב' וכיון שקנה המספרים ממילא יכול לעכבו עד שיספרנו דיכול לומר שכרתי המספרים שיהיה בידי עד שיספרנו בו אבל שיהיה יכול למכור המספרים ולשכור אחרים בדמיו לא שמענו מהם וראיה לזה דהא מדמין פועל לעבד עברי שמגרע פדיונו ויוצא וע"ע ודאי דאין יכול לכופו אף שכלי אומנתו בידו ואפשר דהרמ"א ג"כ כוונתו כך שיכול לעכב הכלי אומנות ולשכור אחרים היינו שישכור אחרים בממון שלו שיעשה מלאכה בהכלי אומנות של הפועל וישלם להפועל מהשכר של כלי האומנות דסובר שקנה הכלי אומנות אבל למכור המספרים מודה דא"י דאי לא תימא הכי היה לו לרמ"א לכתוב למכור המספרים ולשכור אחרים ומדכתב בלשון לעכב המספרים משמע כמ"ש כנלפע"ד וז"ב:

ג ה"ז כדבר האבוד להם. המהר"ם שי"ף בסוגיא זו הקשה למאן דס"ל דאפי' בדבר האבוד של ממון כשלא שכר אחרים אין משלם ההיזק א"כ הכא בפועלים כשלא שכר אחרים דמיא ואמאי משלם כאן דמים מכיסו ולפענ"ד ל"ק כלל דהא הא דשוכר עליהן עד כדי שכרן ע"כ לאו דינא דאורייתא הוא וע"כ הוא מצד תקנת חז"ל או שאמדו חז"ל דעתן שבכך מחייבין עצמן זל"ז להשלים ההיזק עד כדי שכרן ועל תק"ח ואומדנא שלהם אין להקשות כלל תדע דתק"ח הוא דהא ודאי במוכר סחורה ולא קני מידו אף שהפסיד הסוחר עי"ז אפ"ה פטור וכאן חייב אלא ודאי דתק"ח הוא בפועל ואף שהתוס' כתבו לזה לר"מ דמשלם מדינא דגרמי משמע לכאורה מדבריהם דדין גמור הוא לפעד"נ דא"א לומר בכוונתם דדין גמור הוא דודאי לא דמי להדקי' באנדרונא דבטלו ממלאכתו דהא אלו הדקי' באנדרונא על חצי יום ודאי דא"צ לשלם מה שהזיקו במה שא"י להשכירו על חצי יום האחר ואין משלם לו רק הזמן ששכרו ובפועל שהשכיר עצמו משלם לו בעד כל היום א"ו דאין זה בדין שבת דכל שלא נתכוין להזיק אינו משלם לו ארבעה דברים רק כוונתם כיון שתקנו חז"ל דבדבר האבוד חייב כאילו מזיקו בידים א"כ ה"נ כיון דגרם להם היזק והוא דבר האבוד להם אין לחלק בין פועל שחוזר בדבר האבוד לבעה"ב החוזר ולומר דפועל החוזר חשיב מזיק טפי ובעה"ב החוזר הוא רק גורם דלר"מ גורם ומזיק שוה:

ד רק מלאכה כבידה. וכ"ה בסי' של"ה בהג"ה ע"ש ומשמע מדברי המרדכי דאפי' חוזר בו הבעה"ב ויכולין להשכיר עצמן למלאכה אחרת כבידה ורוצין להוסיף בשכרן אין הבעה"ב חייב לשלם אך ק"ל דא"כ בסי' שטז בשכירות בית דאם רוצה לצאת דא"י להשכיר לאחרים כשב"ב הן מרובין יותר ע"ש נימא ג"כ הכי דכשרוצין להוסיף בשכירות שא"י לתובעו ונראה דשא"ה שלא נעשה קנין רק שמשלם לו מטעם מזיק מתק"ח

וכשמוצאין להשכיר עצמן למלאכה כבידה בתוספת שכר ויש אומדנא אילו לא שכרם זה והיה מזדמן להם מלאכה בתוספת שכר היו משכירין עצמן אין זה נחשב מזיק כלל ופטור משא"כ בשכירות בית שקנה אותו וחייב בהשכר מדינא ולא קנה אותו לענין שיהיה יכול להשכירו לאחר שב"ב מרובים דלכך א"י להשכירו ומ"מ חייב לשלם:

ה וכל אלו הדינים כשלא ביקר נראה דמיירי דוקא כששכר חמרים להביא תבואה ממקום שבו התבואה ובבוקר תיכף לא מצאו תבואה שלא היה להם הפסד רק מה שאין מוצאין להשתכר משכר פעולה שאין להם מה לעבוד בזה אין הבעה"ב משלם כשאינו פושע אבל שכר חמרים להביא תבואה ממקום רחוק והלכו לשם ולא מצאו תבואה שיש להם היזק בשכר פעולה שכבר עשו אף שנאנס הבע"ה צריך לשלם כפ"ב דמה שעשו חייב לשלם אף שנאנס הבעה"ב כיון שהן יכולין לגמור המלאכה והבעה"ב נאנס ודמי לספינה סתם ויין זה ונטבע המבואר בסי' שי"א דחייב לשלם החצי דרך שהלכו לכ"ע:

ו ואין בידו לשלם בקצה"ח כתב דלהנך פוסקים דס"ל דהא דפועל יכול לחזור הוא מטעם דלא גרע מעבד עברי דיוצא בגרעון כסף בעינן כסף דוקא ומה"ט כתב ליישב מה שתמה הש"ך בס"ק י"ט אהא שפסקו דבפועל החוזר כשהוזל שנותן לו ששה דמה"ת יתן לו יותר ממה שעשה וע"ז כתב דכיון דהוא מטעם גרעון כסף ובגרעון כסף מבואר בקידושין דאם הוזל מחשב עמו ע"פ שנים הנותרות ע"ש ולפנד"נ שדבר זה הוא מחלוקת אמוראים בירושלמי וז"ל הירושלמי על המשנה דכל החוזר בו ידו עה"ת רב אמר כי לי בני ישראל עבדים אין ישראל קונין זה מזה אמר ר"י ע"ע הוא ע"ד דרב בין פועל בין בעל הבית יכול לחזור ע"ד דר"י פועל יכול לחזור ולא בעה"ב עכ"ל הירושלמי וכתוב אצלי פי' הירושלמי מכבר דרב סובר דליכא קנין כלל מדאורייתא בפועל ישראל רק בע"ע בזמן שיובל נוהג וממילא הבעה"ב ג"כ יכול לחזור וא"צ לשלם רק מדינא דגרמי ולכך א"צ לשלם לו רק מה שהזיקו ואם נאנס הבעה"ב ודאי דאין הבעה"ב חייב מדינא דגרמי וא"צ לשלם רק מה שעשה ומכ"ש כשחוזר הפועל ומזיק את עצמו שא"צ לשלם לו רק כפי מה שעשה אף אם הוזל ולא יצטרך הבעה"ב ליתן בעד החצי הנשאר רק פחות מחצי הסך מ"מ מה לו לפועל בכך ור' יוחנן סובר דע"ע הוא ויש בו קנין והא דיכול לחזור בו הוא מטעם כיון דאפי' ע"ע יוצא בגרעון כסף מכ"ש שכיר וכמ"ש בתשובת מיימוני לס' קנין סי' ל"א וממילא אף אם הוזל מחשב עמו ואינו מנכה לו רק כזולא דלקמיה וכיון דבש"ס דילן פסקו להלכה כרב דאמר פועל יכול לחזור בו וכיון שתפסו בלשון חזרה משמע דקיי"ל דאין לו דין ע"ע בדין חזרה הוא דלא דמי לע"ע שיש לאדון בו קנין הגוף וצריך לקנות עצמו בגרעון כסף ולכך צריך ליתן כסף דוקא אבל שכיר אין קנין בו בדין חזרה קאי

וכיון שיכול לחזור ולכך אפילו אין לו מה לשלם המעות רק חוב עליו כמו בחוזר במקח שלא נקנה בו ומה"ט נמי כשהוזל אינו נותן רק כפי מה שעשה וכן כמה פעמים מסיק הש"ך בסי' זה דאין להבעה"ב קנין הגוף בפועל:

ז ובעה"ב החוזר בו דינו כקבלן משמע שאם הוקרה שהבע"ה יצטרך ליתן ביד הגמר ו' דינרין שנותן להפועל ד' דינרין בעד החצי כמ"ש הטור הביאו הסמ"ע ס"ק ט"ז ולכאורה תימה דאמאי לא קאמר שאם אין להפועל פעולה א' לעשות דצריך לשלם לו כל דמי מלאכתו רק לנכות כפ"ב כמו בפועל בסעי' ב' ואפי' אם נאמר דמיירי כאן שמצוי עוד לקבל שאר מלאכות ומבעלי בתים אחרים דבכי האי גוונא בפועל דהיינו שאפשר להשכיר עצמו לאחר פטור וקמ"ל כאן בקבלן דידו עה"ת מ"מ קשה דנראה דלא דמי לפועל דבשלמא כפועל שנשכר ליום ועבד חצי יום כשאפשר להפועל להשכיר עצמו לאחר חצי יום הב' אין להפועל שום היזק דאילו היה עובד לזה לא היה אפשר לעבוד לאחר אבל בקבלן שאין קצבה לגמור מלאכתו א"כ מה בכך שיכול לקבל עוד מלאכה בקבלנות אצל אחר מ"מ יכול לומר אף שהיה מלאכתך אצלי הייתי יכול לקבל מלאכה זו אצל האחר ולעשותה אח"כ בעת שאהיה פנוי ממלאכתך ואם הוא נותן לו משלו או שלקח הבעל הבית בעצמו אצל אחד מלאכה כיוצא בו ונותן להפועל א"צ ליתן לו רק שכירות ולכ"נ דהא דמבואר בסי' של"ה סעיף א' יכול ליתן לפועל דכוותיה ולהרבה פוסקים אפי' דקשה מיניה כשמוסיף לו בשכרו היינו דוקא כשהפועל תובע אותו שיתן לו כל שכרו מטעם מזיק אז כיון שנותן לו דכוותיה או דקשה מיניה בהוספת שכירות א"י לתובעו ממנו דמי היזקו דלא נקרא מזיק כיון דאיכא אומדנא אלו לא שכרו זה היה משכיר עצמו לאחר והרי לא הפסידו אבל כשהפועל אינו תובע שכר רק על מה שעשה מחויב ליתן לו שכירותו על מה שעשה ואינו יכול לכופו שיעשה אצלו אפי' מלאכה כיוצא בו ומכ"ש דקשה מיניה כיון שהשכירו בפי' ואמר לו מלאכה זו א"י לשנותו למלאכה אחרת ומחוייב ליתן לו השכירות ממה שעשה וידו עה"ת כנ"ל:

ח משרתת עש"ך ס"ק כ"ג שכ' שת"ה מסיים זה בצ"ע ולפענד"נ שהת"ה לא נסתפק רק אם חשוב כדבר האבוד של ממון ולענין שיהיה יכול לשכור עליהן אפי' לא באה חבילה לידו דכך הדין בדבר האבוד של ממון כמו שאבאר אבל ודאי דחשוב כדבר האבוד שאינו של ממון דודאי יש דברים שא"א להבעה"ב לעשות בלי משרתת:

ט רק מה שעשו והיינו דוקא כששכר לגמור הדבר שנהנה הבעה"ב במה שעשו אף שהוצרך להוסיף על המקצת מ"מ חשיב נהנה כמבואר בסי' ש"י לענין השוכר חמור

ומת אבל אם לא מצא פועלים ונאבד שלא נהנה במה שעשו א"צ לשלם להן כלום דומיא ששלח שליח ומצאו תגר המבואר בסי' של"ה סעיף ב':

י או מטען עש"ך ס"ק כ"ט שכ' בשם הרא"ש דבקבלן אפי' אינו דבר האבוד מטען ולכאורה הוא תמוה דלכאורה לא תני מטען רק בדבר האבוד ואפי' התחיל במלאכה אינו נראה שיהיה יכול להטעותו כיון דיכולי' לחזור רק שידם עה"ת יכולין לומר אלו לא הטעיתנו לא היינו עושין מלאכתך כיון דלא תני במשנה ומטען בזה מה"ת לחדש מדעתינו דין שלא נזכר במשנה לכ"נ דהרא"ש ס"ל כהריטב"א הובא בשיטה דהא דבארג חציה יכולין לחזור רק ידן עה"ת הוא דוקא בשלא משך רק חצי צמר מה שארג וחוזר ממה שלא משך עדיין אבל אם משך כל הצמר שוב א"י לחזור בהן לא הבעל הבית ולא האומן דמשיכה קונ' בפועלי' ע"ש ובעובדא דהרא"ש מיירי כשמשך שפיר כתב דהרא"ש דיכול להטעותן כיון שא"י לחזור בהן דמי לדבר האבוד:

יא ואם מצא פועלים עש"ך ס"ק ל' שהקשה על הרא"ש בתשו' מהא שכ' הנ"י ודבריו תמוהין מאוד דשם דמיירי שהפועלים פי' שאינן רוצין רק בכך וכך והבעה"ב פייסינהו בסתם שיכול לומר אדעתא לאטפויי לכו אכילה ושתיה כדאמר בש"ס אבל אם הבעה"ב פי' ג"כ שיתן להם כך וכך ודאי דצריך ליתן להם פסיק' אחרונה וכן תמה בקצה"ח:

יב פועל שעושה בחנם עש"ך ס"ק ל"א דאם נותן לו שכר דחייב ולכאורה קשה דהא המהרי"ק כתב הטעם משום דאיהו דאפסיד אנפשיה דהיה לו לאסוקי אדעתא דלמא הדר ביה וע"ש מה שחילק שלא תיקשי הא כל פועל אפי' בשכר יכול לחזור בו ע"ש ולפי טעם זה אפי' רוצה ליתן לו שכר פטור כיון דאיהי אפסיד אנפשיה ולכ"נ דהש"ך כת' זה אליבא דהג"א שכתב דאם אמר הריני שאול לך דחייב ומ"מ הוצרך הש"ך שיתן לו שכר מטעם כיון דאינו חייב בדבר האבוד רק כשהיה מוצא פועלים לשכור ובודאי לא היה מוצא פועלים (בלא) נתינת שכר:

יג דוקא שתפס כלי אומנתן עש"ך ס"ק לח ויש ט"ס וכצ"ל עד ארבעים וחמשים אלא עד כדי שכרן אבל בעלמא אפי' דבר אחר יכול לתפוס כדלעיל סי' ע"ב וע"ה (ואפי' דבר אחר יכול לתפוס עד כדי שכרן הוא ט"ס):

יד ודוקא בדבר האבוד שאינו ממון משמע דבדבר האבוד של ממון אף דחייב לשלם כל ההיזק מ"מ אינו שוכר עליהן רק כדי שכרן בלא באה חבילה לידו דהא חשיב בסעי' ה' ג"כ להעלות פשתנו ממשרה דבר האבוד של ממון ועלה קאי דאינו שוכר עליהן רק עד כדי שכרן בלא באה חבילה לידו והוא תמוה מאד כיון דאם יופסד הפועלים צריכין לשלם כל ההפסד מדינא דגרמי ודאי דיכול לשכור עליהן עד מ' ונ' כדי להצילן

מההפסד וראיתי בהג"א ר"פ האומנין שהקשה קו' זו ותי' דמיירי שהפשתן היה שרוי כבר ובשעה שהשכיר לא היה מוצא פועלים אחרים ע"ש ולפ"ז תמוה דהמחבר פסק דבדבר האבוד ג"כ אינו חייב רק כשהיה מוצא פועלים אחרים לשכור ואפ"ה פסק דאינו שוכר עליהן רק כדי שכרן בלא באה חבילה לידו וא"כ האיך אפשר לומר שיתחייבו לשלם כל ההפסד מדינא דגרמי והרי אחז החבל בתרי ראשין לכ"נ דיוקא שכתב הרב בהג"ה מוסב על הוי"א שהתחיל הרב בהג"ה וכוונתו שאף בזה פליגי הוי"א אהמחבר דלהמחבר אין חילוק בין דבר האבוד של ממון או שאינו של ממון ובכולם אינו שוכר עליהן רק עד כדי שכרן בלא באה חבילה לידו והי"א חולקין וס"ל דבדבר האבוד של ממון חייב לשלם כל ההיזק מדינא דגרמי וממילא שוכר עליהן אפי' בלא באה חבילה לידו עד כדי שינצלו הפועלים מההיזק:

טו אמר לאומן עשה לי קשה למה הוצרך שיהיה דוקא דבר שאם לא יקחנו מיד יפסיד דהיינו דבר האבוד ובסי' של"ו מבואר דאפי' בציוה לו לעשות דבר של הפקר ואמר שכרך עלי חייב לשלם וא"י לומר טול מה שעשית בשכרך ולכ"נ דוקא בשכירות פועל דא"צ קנין חייב דמזה מיירי בסי' של"ו והכא מיירי שלא א"ל שיעשה בתורת שכירות רק שא"ל שאחר שיעשהו לעצמו יקנהו ממנו בתורת קנין לפי שוויו דאז לא נעשה שלוחו להתחייב תיכף רק בדבר האבוד חייב מטעם גרמי:

טז אם עמד עמהן בשתיקה עש"ך ס"ק מ"ד עד דאל"כ לא היה לו להניח לדור בביתו ע"ש וא"ל דא"כ אם הוזלו שכירות בתים דצריך לשלם השוכר כפי הפסיקה הראשונה שהיה ביוקר ואמר השוכר להמשכיר להכי שתקתי דמה היה לי היזק שהנחתי אותו לדור בביתי דז"א דדוקא בבית יש בי' משום גזל כשדר בלא שכירות להכי אמרי' דודאי הי' דעתו אשכירות ומדלא פסק אמרי' דאדעתא דפסיק' הא' דר משא"כ בש"ך דאין בו משום גזל כששומעין אותו בשעה שמתפללין יכולין לומר מה היזק היה לנו:

יז ניחא ליה במה שעשה האב עש"ך ס"ק מ"ה מש"כ דבתשו' הרמב"ן מבואר דמיירי בידע הבן בקציצתו ולפ"ז אפי' אחר נמי כיון שידע בקציצתו ונתרצה ונכנס במלאכה מסתמא ניחא לי' ע"ש והנה בתשו' הרמב"ן מבואר בהדיא דדין זה הוא דוקא בבן ע"ש ונראה דהנה בלא"ה קשה למאי נ"מ במה שנוטל קצבת האב עד שעה שיחזיר דהא קודם שיחזור אפי' אי נימא דלא נתקיים קצבת האב מ"מ לא יהא אלא בלא שכירות הא אינו נוטל אלא כפחות שבפועלים וע"כ צ"ל דמיירי שקצב בזול יותר מפחות שבפועלים ולפ"ז יש נ"מ רבתי דבאחר כשידע שקצץ עמו האחר ולא ידע בקצבתו אף שיעשה עמו מלאכה על סמך קצבתו של זה מ"מ הא לא עדיף האחר משליח גמור שאם נתאנה

שהמקח בטל ואפי' בכל שהוא דיכול לומר לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי וכיון שקצבתי נתבטל והוי כעשה עמו בלא קצבה ממילא נוטל כפחות שבפועלים משא"כ באב אמרי' דמסתמא מינח ניחא לי' על כל מה שיעשה האב והוי כהתנה עם אביו בין לתקן ובין לעוות והקצבה קיימת ואינו נוטל רק כקצבת האב:

יח יוכל בע"ה לחזור עש"ך סקמ"ו שמביא בשם מהרשד"ם לחלק בין אמירה לכתיבה והיינו ע"כ מטעם הא' של הרשב"א שכ' דהדין כן בכל פועל הביאו הש"ך בסקמ"ז משום דפועל גופו קנוי ולא מהני בלא קנין ולזה כ' מהרשד"ם דכתיבה מהני דלטעם הב' שא"י למחול שיעבודו של נער ודאי דאפי' כתיבה לא מהני וע"ז השיגו הש"ך וס"ל הלך מעמדי לשון גרוע הוא ואפי' כתיבה לא מהני ובקידושין דף ט"ו דאמר התם לימא ליה באפי בי תרי זיל ופי' התוס' שם דאפי' גופו קנוי מהני בשטר היינו דוקא לשון הרי את לעצמך הכתוב בשחרור ע"ש ובל' גרוע אפי' כתיבה לא מהני כדמוכח בהכותב ול' א"א בך הוי ל' הפקר אפי' בפה מהני כמבואר בכריתות ובסי' רמ"ה סעיף י' ע"ש ואפי' בשכירות בית מהני כשאמר השוכר אי אפשי בהבית וזוכרני שכן הוא בס' מחנה אפרים וכעת איננו תחת ידי:

סימן שלד

א ואם היה מכת מדינה עסמ"ע ס"ק כ' ובאמת הדין הוא לכאורה תמוה מאוד מה"ת יהיה עדיף מ"מ מאלו איתרמי האונס בבעה"ב דהוי פסידא דפועל דהא ה"נ הבעה"ב לא פשע מידי דהוי כאלו שניהם א"י מהאונס ואדרבא מצינו שמכת מדינה הוא מגרע כח הפועל דהא בחכירות אף שבשאר אונס אינו מנכה לו ובמכת מדינה מנכה לו וכן בשכירות בית למאן דס"ל בנשרף הבית דחייב לשלם כל השכירות מ"מ במכת מדינה פטור ובמלמד בסי' שכ"א וכן הכא משמע מדברי הרב דמכת מדינה מאלם כח הפועל שחייב לשלם לו אפילו בדבר שלא היה לבעה"ב לידע יותר מפועל לכ"נ דאין דעת הרב כאן דמכת מדינה משלם כל שכרו וכדעת המרדכי שהביא הרב בהג"ה בסי' שכ"א דא"כ ה"ל לכתוב בפשיטות ואם היה מכת מדינה חייב לשלם כל שכרו שכאן מבואר עיקר דיני אונסי הפועל וגם לקמן בסמוך כתב בעצמו דאם כרחו מחמת שינוי האויר הוי פסידא דפועל אף דשינוי האויר הוא מכת מדינה כמ"ש הש"ך שם רק כוונת הרב דבפועל כגון בפסק הנהר ויש לו טירחא יתירה או שנתמעט הטירחא בדין חזרה קאי ואף אם הפועל רוצה לעבוד שיוסיפו או שימעטו לו משכירותו כפי שנתרצה או שנתמעט הטירחא והבע"ה אינו רוצה או שהוא להיפך שהבעה"ב רוצה והפועל אינו רוצה אין אחד יכול

לכוף לחבירו ובדין חזרה קאי משא"כ מכת מדינה בדין ניכוי קאי כמ"ש הרב בהג"ה בסי' שכ"א וכל אחד יכול לכוף את חבירו שיגמור העבוד' ובדין ניכוי ועיין בסמ"ע שם אבל לענין לשלם לו כל השכירות ודאי דאף הרב סובר שפטור כמ"ש כאן דלא הביא הרב בסי' שכ"א דברי המרדכי במלמד רק להוכיח דעתו דמכת מדינה שייך גם על להבא שלא כמר"מ פאדווה דס"ל דמ"מ לא שייך רק בלעבר ולא להבא אבל אינו פוסק כוותיה כדמוכח כאן גבי מלמד באירע דבר שנפטר בע"ה וטעמו של המרדכי דחייב במלמד בגזרת המושל נראה דס"ל כיון דמלמד אסור ליטול שכר לימוד רק שכר שימור כמבואר בנדרים וגזירת המושל אינו אונס על השימור רק על הלימוד ולכך הבעה"ב כיון שלא נעשה האונס על הדבר ששכרו אף שהשכירות של אלו הדברים היה רק בשביל כוונת הלימוד מ"מ נקרא עשה שליח שליחותו כיון דבגוף הדבר ששכרו לא נאנס ודמי לשכרו להכיא כרוב ודורמוסקין לחולה ומצאו שמת דנקרא עשה שליחותו אף שצורך הבאת כרוב היה בשביל ריפוי החולה ונאנס בענין ריפוי החולה מ"מ בגוף הדבר ששכרו עשה שליחותו וה"נ כן הוא כיון שלא נאנס בגוף הדבר ששכרו לעשות דהיינו השימור חייב לשלם מה שאין כן במת או חלה הנער או שברח מחמת דבר שנאנס מחמת גוף הדבר ששכרו שאין לו לשמור פסק שפיר שפטור ובזה א"ש דברי המרדכי דבגזירת המושל חייב משום שהיא מ"מ דאלו לא היה מ"מ רק שהיה האונס מה שלא יכול ללמוד עם הנער בהמלמד ולא בהנער כגון שנשתתק המלמד ודאי דהיה פטור מליתן השכר וכיון שגזירת המושל הוא מכת מדינה לא חשיב אונס מחמת המלמד ולכך חייב:

ב מיהו יש חולקין. עש"ך סעיף קטן ב' דלהי"ח אפי' כפ"ב אינו מנכה לו מטעם דשכירות ליומא ממכר הוא וע"ז מסיק הרמ"א דאם קיבל השכר כולו דא"צ להחזיר אפי' כפ"ב וסיים וכו' והא דפסק לעיל בסי' שי"ב בנפל הבית דאינו חייב לשלם ול"א שכירות ליומא ממכר הוא הטעם פשוט דשם הריעותא בהבית והוי כמום במקח ובדין חזרה קאי כמ"ש מהרמ"פ הביאו הסמ"ע סי' שכ"א משא"כ כאן שהריעותא הוא בשוכר הבית מה לו לבעה"ב בכך:

סימן שלה

א להביא לו שליחות עסמ"ע ס"ק ז' דראובן ששכר שמעון שישמשו בדרך ומת ראובן בחצי הדרך נותנין לו כל שכרו וכן אם שלח אחרי אשתו וכו' לכאורה קשה מ"ש משכר מלמד לנער ומת הנער בסי' של"ד סעיף ד' דהוא פסידא דמלמד ומה הפרש יש בין שכר לשימוש הנער ובין שכר למשמש עצמו ומת ונראה לי דס"ל כהראב"ד הביאו הר"ן והנ"י

בפ' האומנין ובגיטין ע"ש והביאם הב"י בסי' של"ד דיש הפרש בין שכיר יום ונתבטל כל היום מחמת אונסא דבעה"ב ובין שכרו בקבלנות לילך למקום פ' לעשות פעולה פ' ולא עשה הפעולה מחמת אונסא דבעה"ב דחייב לשלם ע"ש ומש"ה במלמד שהוא שכור לזמן הוא ונתבטל ממלאכתו במיתת הנער כשכיר היום שנתבטל כל היום דמי דיש בו חילוקי הדינים המוזכרים בסי' של"ד משא"כ כאן דמיירי דשכרו לשמשו בדרך סתם ולא לזמן הוי קבלן ובקבלן הוי פסידא דבעה"ב לדעת הראב"ד אמנם אנן לא קי"ל כוותי' בהא ופסקינן דגם בקבלן שייך החילוקים דבסימן של"ד כדמוכח בכמה דוכתי ואפי' בשכירות בית דקנהו בודאי פסק הש"ך דבסי' של"ד דלא כהרשב"א ולזה בעובדא דהכא אם הזכיר לו המקום בשעה ששכרו ומת קודם שהגיע להמקום פטורין היורשין ואינן נותנין לו מחצי הדרך שהלך אבל אם שכרו סתם לשמשו כל זמן שיהי' בדרך כיון שאף אם יתעכב הרבה בהדרך מחוייב לשמשו ה"נ כשמת ולא שמשו רק יום אחר נתחייב בכל השכירות:

ב עשה שליח שליחותו. ע' סמ"ע סק"ח שפירש בדברי המ"מ שהיה ק' להמ"מ אמאי אינו מנכה לו כפ"ב כמו בשוכר פועל להביא תבואה והא דלא חילק בין משא כבד לקלה דהי' ק"ל דשם אפי' על הליכה א' אינו משלם כפ"ב וע"ז מתרץ דשם ההליכה בטילה אצל השכירות ששכרו לעשות מלאכה כל היום וכונתו אינו מובן כלל דמה ק"ל מהליכה א' הא כשמנכין לו כפ"ב ודאי שמין לו כל הטרחות שהי' לו והמותר מנכין לו וה"נ שמין כך רק כשהמלאכה קלה שאין בו שום טורח כגון להביא איגרת אין מה לנכות שאין בזה שום טורח והאמת הברור בכוונת המגיד דכיון לתרץ דלכאורה ק' אמאי לא חילק בין אונסא דלא ה"ל למידע כו' כמו שמחלק בסי' של"ד סעי' א' בש"ע וכ"ה בש"ס גבי שוכר פועל להביא לו תבואה ולא מצא דמחלק בין סיירי לארעא מאורתא כדמוכח בש"ס שם וע"ז תי' דש"ח דשם בש"ס מיירי כשכיר יום ולענין אם ישלם לו בעד מה שלא עשה עדיין מחמת שגרם לו ביטול מלאכ' וכיון שלא פשע אינו חייב מדינא דגרמי על הביטול מלאכה וכיון דנתבטל כל היום אין מן הדין לשלם כשנאנס באונס ולא פשע בו יותר מהפועל משא"כ כששכר פועל להביא ממקום ולא מצא דעשה כבר כל ההליכה רק שיש חילוק להפועל שעשה כל המלאכה קלה ולא עשה המלאכה בהכבדות אמרי' דשכר רגליו הוא נותן לו וכיון דעשה כל ההליכה משלם שכרו משלם רק שמנכה לו מה שיש הפרש בין בא טעון לבא ריקם כדמסיים דמה"ת לא ישלם לו בעד המלאכה שכבר עשה ע"פ דמה לי אם הוציא מעות ע"פ (ומ"ל) שהוציא טרחתו על פיו ולא דמי לירד להציל ולא הציל בב"ק דף קי"ז דשם באמת שכר פעולה מיהו אית ליה כדקאמר שם

אין לו אלא שכרו דמשמע שכרו מיהו אית ליה רק מה שהבטיח לו יותר משוויו דמי הפעולה בעד ההצל' מזה הוא פטור כשלא הציל דאומדנא דמוכח הוא שלא הבטיח לו רק בעד ההצלה ולזה מקשה התם בב"ק משכרו להביא כרוב ודורמוסקין לחולה דשם ג"כ מיירי שהבטיח לו יותר ממה ששכרו כדפירשו התוס' שם בד"ה להביא ולא מקש' מרישא דתוספת' המובא ברא"ש בב"מ פרק האומנין שהוא הדין המבואר כאן בש"ע דשכר הראוי להשכיר פועל כזה ודאי אית ליה וכדאמר ג"כ גבי ירד להציל דאין לו אלא שכרו ושכרו מיהו אית לי' רק משכר שהבטיח יותר מהראוי פריך וכנ"ל ברור:

ג אבל אם שלח. ע' סמ"ע ס"ק ט' דאירע לשליח האי והאונס היה שמצאו תגר ור"ל בעל המלחמות כו' ונרא' דדוקא בכאן שהאונס הוא אונסו דשליח דמיקרי אונסא דפועל אז א"צ לשלם לו אפי' מה שעש' כשלא נהנה הבע"ח אבל באונס שאירע להבע"ח ודאי דצריך לשלם לו מה שעש' דמה לו לפועל מה שנאנס הבע"ח ואפי' כשלא נהנה הבע"ה צריך לשלם לו כדמוכח מהתוס' בב"מ דף עט ובד"ה אלא בספינ' סתם ונגד שכר על מה שלא עשה עדיין תלוי בחילוקים המבוארים בסי' שלד ע"ש. אבל באונסא דפועל אפי' מה שעשה א"צ לשלם כשלא נהנה ומש"ה בשליח שנאבד ממנו מבואר בב"מ דף נח גבי נשבעין ליטול שכרן דמשמע דנוטל עכ"פ שכר דשם אונסא דבע"ה הוא שנאבד הדבר והפועל אומר אנא הא קאימנא ולכך משלם עכ"פ על מה שהלך אף שלא נהנה ועל מה שלא הלך פטור אפי' באונסא דבע"ה כמו בסי' של"ד רק בספינ' שנאבד הספינ' מחמת המלאכה צריך לשלם לו אפי' מה שלא הלך להרבה פוסקים כמבואר בסי' שי"א ע"ש ועל מה שהלך לעולם משלם לו אפילו כשהבע"ה נאנס וכ"כ בש"ע סי' סו סעי' מ' ע' שם משא"כ במצאו תגר דאונסא דשליח הוא דלא מצי למימר אנא הא קאימנא אפי' בעד חצי הדרך שהלך אין לו כשלא נהנה הבע"ה

סימן שמ

א דבלא"ה היה נשרף ולכאורה תימה הא בשאלה אפי' מתה הבהמה חייב אע"ג דמ"ה מה לי הכא ומה לי התם וכן אפי' שאל כלי לעשות בו מלאכה בבית בע"ה ונאנס שם חייב וכן אי לא מעטי' רחמנא קרקעות היה חייב אף דודאי בלא"ה הי' ג"כ נאנס דהא קרקע במקום אחד עומד וא"ל הטעם במשכון דפטור כיון דכל הכלי משמש לשואל ומשאיל כאחד לא הוי כל הנאה שלו דז"א דמ"מ נעשה שואל על החצי דנעשה שותף עמו כמו בשאל ספסל לישב בו עם המשאיל ונראה בכוונת המרדכי דעיקר טעמו הוא משום שלא משכו ולא עשה קנין רק שכתב טעם השני להנך דס"ל דסגי בסילוק שמירה ולא בעי קנין

ולזה כתב דבלא"ה היה נשרף כלומר וליכא סלוק שמירה א"נ היה קשה לו דליתחייב להחזיר משום זה נהנה וזה חסר ולזה כתב דבלא"ה היה נשרף וליכא חסרון להמשאיל ולזה השיג הש"ך על הסמ"ע בשאל בית דשם לא שייך האי טעמא דבשאלה שעשה בו קנין ונכנס לרשותו חייב אפילו במקום דבלא"ה ג"כ היה נאנס והנה לכאורה יש נ"מ רבתי בין שני הטעמים והיינו אם היה חפץ ראובן מונח בפקדון ביד עכו"ם ואח"כ שאל לשמעון ללות עליו אצל העכו"ם דלהטעם שלא משכו פטור בנשרף ולטעם דבלא"ה היה נשרף חייב דהמשאיל יכול לומר אלו לא הלוית עליו כבר הייתי מוציאו מהעכו"ם וכן אפי' בדין המוזכר במחבר שהיה החפץ משכון ביד העכו"ם יש ג"כ נ"מ באם נשרף אחר שכבר פרע הא' את שלו דלטעם דלא משכו פטור ולטעם דבלא"ה הי' נשרף חייב והנה למאן דס"ל דשומרין בסילוק שמירה סגי ודאי דחייב דגם בהנך יש סילוק שמירה דכיון שהמשאיל יכול להוציא המשכון מידו רק מכח השואל א"י להוציא המשכון הוי כסילוק שמירה מהמשאיל ונכנס לשמירת השואל ונתחייב בכל דמי המשכון ולהנך דמצרכי משיכה פטור ובמרדכי משמע דליכא שום נ"מ בין שני הטעמים לכן נלפענ"ד לפמ"ש בסמוך דהתחלת שימוש לכ"ע חייב באונסין אף דליכא משיכה ולא סילוק שמירה ע"ש ולזה כשהיה המשאיל יכול להוציא המשכון ונתן רשות להשואל ללוות עליו ולשעבד להעכו"ם שלא יהיה המשאיל יכול להוציא כיון ששיעבדו לזה והעכו"ם קנאו שיכול לכבוש עד שיתן לו מעותיו הוי כנשתמש במשכון שהוא שאלה שלו דהא נולד ענין מחודש במשכון שנקנה להעכו"ם שא"י להוציא מהעכו"ם והמשאיל ציוה לו להקנותו לשעבדו להעכו"ם ואין השתמשות גדול מזה ונתחייב באונסין משא"כ כשהמשכון היה בלא"ה ביד העכו"ם ולא היה אפשר להוציאו מהעכו"ם הרי לא עשה שום השתמשות בהמשכון שהרי לא נולד דבר מחודש במשכון רק רשות בעלמא השאיל לו ומתוך זה נ"ל דאפילו אם היה כבר ממושכן ביד העכו"ם אין השואל פטור מהאונסין רק כשהיה התנאי עם השואל שתיכף כשסילק המשאיל את שלו מחוייב השואל לפרוע שלו ואין לו רשות להאריך תפיסת המשכון ביד העכו"ם יותר דאז הוי כלא נשתמש במשכון כלל וגם שייך הטעם דבלא"ה היה נשרף אבל אם השואל קבע זמן להשאלה כגון ללות על המשכון על חצי שנה דאז אם יפרע המשאיל שלו א"י להוציא המשכון מת"י והרי הוא משתמש בגוף המשכון שמשעבד להעכו"ם שלא יצטרך ליתנו לישראל המשאיל אף כשיפרע המשאיל שלו ונתחדש ענין בהמשכון מחמת השואל ונתחייב באונסין כמו בבקע בו אמנם לא נתחייב בכל דמי המשכון רק שכנשרף אחר שפרע המשאיל חוב שלו אבל אם נשרף קודם שפרע המשאיל א"צ לשלם רק לפי ערך חוב שלו נגד חוב

של המשאיל והנה בישראל כה"ג שהיה לו משכון ת"י ישראל במנה והשאיל לחבירו ללות עליו עוד מנה לעצמו נראה דחייב השואל כפי סך הלוואתו ולכך נקט הדין בעכו"ם דוקא מהטעם דהעכו"ם מישראל לא קנה משכון משא"כ ישראל מישראל קנה משכון כנגד הלוואתו לקדש בו האשה והוי כאילו נתן לו רשות להשואל להקנות חלק המשכון כנגד דמי הלוואתו וכאילו אמר לו להמלוה שיזכה בשביל השואל בהמשכון שיהיה יכול להקנות להמלוה וכיון שנעשה קנין להשואל נכנס ברשותו להתחייב עליו באונסין ואף שהמלוה הוא בעצמו מזכה המשכון להשואל וחוזר וקונה אותו ממנו בפעם אחר מצינו כיוצא בזה בטור אה"ע בסימן ק"ד כשהמוכר הוא שליח לגרש וכותב על נייר שלו דאמרינן דהאשה זוכה מן הסופר להבעל וקונה אותו מן הבעל להתגרש ושני הקניינים באין כא' ע"ש וה"נ דכוותי':

ב מתה מחמת מלאכה דפטור בקצה"ח הביא מחלוקת הפוסקים אם השואל יכול לחייב עצמו במתה מחמת מלאכה בלא קנין וכתב שזה תליא בשני התירוצים שכתבו התוס' בס"פ הזהב בהא דש"ח יכול להתנות להיות כשואל בלא קנין ובעבדים ושטרות בעי קנין דלתי' הב' שם משום דהעולם סוברים שהשאיל לו בהאי הנאה מיחייב א"כ בשואל טפי מדינו לא מתחייב וכן לתי' הש"ך בסי' ס"ו ובסי' של"א ס"ק ז' דש"ח שמתנה להיות כשואל והוי כאילו אמר התקבלתי ע"ש ג"כ אין השואל יכול לחייב עצמו יותר מדינו אבל לתי' הא' שבתוס' שם דדוקא בעבדים וקרקעות שפטורין אפי' משבועה בעי קנין לפ"ז אפילו שואל יכול לחייב עצמו יותר מדינו ע"ש ולפענ"ד דלכ"ע השואל יכול לחייב עצמו במתה מחמת מלאכה דדוקא בדברים שהשומר חייב במה שאיש אחר שאינו שומר אינו חייב א"י להתנות בחיוב אם לא כשהוא באופן המבואר בתוס' אבל במתה מחמת מלאכה שאילו לא היה שואל ודאי דהיה מתחייב מדין מזיק רק שיש לפוטרו כאן מטעם ששאלו לעשות מלאכה מדעת המשאיל והרשהו לכך אבל כשהתנה עמו שיתחייב בהנזק שיעשה מחמת מלאכה הוי כאילו התנה שבאם יהיה הבהמה ניזקת שלא יהי' לו דין שואל שיהי' כאילו לא שאלו לו ואפילו בעבדים נראה דחייב בכה"ג דכמזיק בידים דמי כיון שהתנה כך שנגד נזק שיעשה לא יהי' לו דין שואל וכן בב"מ פ' א"נ גבי שוכר שמתנה אגרא ופגרא משמע שמתנה בדברים בלבד ומה שהביא מדברי הריטב"א במעות יתומים שמתנה בקרוב לשכר וקרוב מהפסד דאם החובות נאבדו שלא בפשיעת המקבל דהוי כמתה מחמת מלאכה ומשמע שם מדבריו דאפילו התנה פטור ע"ש לא דמי כלל דשם חלק היתומים בפקדון בעלמא הוא לגביה ולטובת היתומים וברשותם הלוה והיאך שייך שם לומר דהוי כאלו התנה שבאם יאבדו החובות שיהיה

כאילו לא הלוה ברשותם דתנאי לא שייך רק בדבר שאחד נותן לחבירו במתנה או בשאלה שהוא לטובת חבירו ויש בו קנין לחבירו יכול להתנות שלא יקנה חבירו רק באופן זה אבל כשאינו מקנה לחבירו שום דבר רק ששולח אותו עם איזה דבר לעשות לטובת המשלח ולהתנות שאם לבסוף תאבד הדבר שיהי' כאילו עשה הדבר מדעת עצמו פשיטא שאין זה חשיב רק חיוב בעלמא ולא שייך תנאי בזה כיון שבגוף המעשה לא נעשה רק לחבירו ובזה ודאי דבעי קנין וזה פשוט:

ג וסופו לחזור עסמ"ע ס"ק י' הטעם דאין שבת בבהמה לכאורה קשה כיון דפירות בני מכירה נינהו דהא יכול למכור שדהו ובהמתו לפירות וכשמזיקו שא"י למכרו לזה היזק ממון גמור הוא ועוד דאטו אם ישראל ישכור בית או בהמה לפירות על שני שנים מהעכו"ם בעד מאה זהו' ובא א' ושרף הבית והמית הבהמה יפטור מהתשלומין לישראל כיון דאין בו לישראל רק ביטול מלאכה ואין שבת בבהמה ולכ"נ דטעמא דהנך פוסקים דפטרי דהא מבואר לקמן בסי' ת"ך דנזק לא נקרא רק כשמחסרו אבר או אפילו חסרו עור שאינו חוזר שנעשה צלקת אז חייב בנזק אבל כשאינו מחסרו שום דבר רק שסופו לחזור לקדמותו לגמרי לא נתחייב בנזק רק בד' דברים וכיון דקיי"ל דשור אינו משלם אלא נזק ממילא פטור כשעושה היזק בדבר שאינו מחסר וכמו בשף מטבע של חבירו דאם מחי' בקורנס ולא חסרו דפטור אף דודאי אם ימכרנו יצטרך למכור בפחות ואיכא היזק ממון ואפ"ה פטרו ואי מחיי' וחסרו חייב בכל ההפסד כמ"ש התוס' בב"ק צ"ו ומש"ה אם שרף הבית המושכר או המית בהמה המושכרת שעשה חסרון בהגוף חייב לשלם להשוכר כל מה ששוה למכור הגוף לפירות דכיון שיש חסרון בדבר הניזק משלם נזק רק בסופו לחזור פטור דבזה לא מתחייב כלל לשלם נזק ולפ"ז גם בבהמה אם נולדה מכה בפשיעת השומר בבהמה ונחסר העור עד שאף כשיתרפא יעשה בהעור צלקת נתחייב לשלם כל הדמים מה ששוה למכור לפירות דהפסד ממון ודאי דנקרא נזק רק שאינו מתחייב לשלם נזק רק כשחסרו ועש"ך ס"ק ד' שפסק דגם בזה הוי ספיקא דדינא וכן נלפענ"ד דמסתברא דעת החולקים דבשלמא אדם באדם דילפי' תשלומי נזק מקרא דיד ביד ושם יש חסרון אבר משא"כ נזק דבהמה דילפינן מקרא דמכה בהמה ישלמנה דמשמע בהכאה בעלמא אף בלא חסרון משלם נזק והנה אם עלה בה מכח שצריך ריפוי שע"י ריפוי יחזור לקדמותו ובלא ריפוי א"א לחזור לקדמותו כלל נראה דכ"ע מודים שצריך השומר או המזיק לשלם ריפוי כיון דכ"ז שלא יתרפא לא יחזור לקדמותו כחשא דלא הדר הוא אמנם במרדכי פ' הגוזל קמא כתב בהדי' דאינו חייב בריפוי דכל שמחמת נזק מזיקו בממון אחר פטור ומביא ראיה מזורק מטבע של חבירו לים דפטור מלשלם זוזא דבר אמוראי

ע"ש ונלפע"ד דהמרדכי לא כתב זה רק במקום שאף בלא ריפוי יכול לחזור לקדמותו רק שיתעכב וע"י ריפוי ימהר לחזור דבאדם כה"ג חייב בריפוי ובבהמה פטור אבל כשלא הדרא מעצמו רק ע"י רופא יכולה היא שתחזיר המזיק חייב בשכר הרופא וראיה ברורה לזה מנדה ד' נ"ח דאמר לענין דינא תנן שהיא חייבת לכבס הכתם ושם ג"כ הנזק הוא בממון אחר ועוד אטו אם אחד יסתור כלי או בנין של חבירו שאומן יכול להחזירו יופטר מלשלם שכר האומן א"ו דכל מזיק מחוייב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה כל שניכר הזיקו אף שלא נשתנה לגמרי ודוקא גזלן כשנעשה נזק בהגזילה שלא על ידי מעשה הגזלן אינו חייב כשלא נשתנה וי"ל לו הרי שלך לפניך אבל מזיק בידים חייב להחזיר דמי הנזק אפילו כשלא נשתנה וממילא חייב בריפוי ובכיבוס הכתם כיון שא"י להחזיר הדבר לכמות שהיה ודמי להזיק בממון זה ודוקא כשיכול להחזיר לכמות שהיה בלא ריפוי רק שהבעלים מרפאים כדי למהר הדבר אז חשיב לי' המרדכי כניזק בממון אחר דפטור והא דפטור בזורק מטבע של חבירו לים היינו משום דאפילו גזלן שחייב בהשבה אינו חייב להשיב עד דמטי לידיה כשלא נשבע ואף שניזק בממון הרבה כמבואר בב"ק ק"ג ומש"ה פטור ג"כ בזורק מטבע לים בצלולין כיון שלא נעשה שום נזק בגוף הדבר רק שניזק בהוצאות השבה לידים כניזק בממון אחר דמי' ופטור וי"ל ג"כ דחייב במזיק בהמה במה שנפחת הבהמה משווי' בשביל ביטול מלאכה והא שכתבו התוס' בגיטין דף מ"ג דפטור מכח הא שאמרו אין שבת בבהמה היינו דא"צ לשלם שכר ביטול מלאכה דהיינו שאין שמין מה שהבהמה יכולה לעשות מלאכה בכל יום ויום רק שמין פחת שווייה מחמת ביטול מלאכה אגב מכירת כל הבהמה דהשתא לא משלם כל הדמים ששוה הביטול מלאכה של כל יום ויום שאין אדם מזלזל כ"כ במכירת בהמה בשביל ביטול מלאכה של יום או יומים כמו שפי' רש"י בב"ק ר"פ הכונס בהא דשמין אגב שדה אבל מה שנזדלזלה הבהמה בשביל הביטול מלאכה בכלל נזק הוא משא"כ באדם צריך לשלם ביטול מלאכה של כל יום ויום בפ"ע וראיה לזה מח"מ סימן ת"ך סעי' ג' בחובל באדם שכתב הרמ"א דצריך ליתן ג"כ תוספות מזונות דבכלל ריפוי יחשב ולכאורה הוא תמוה דהא בגיטין דף י"ב גבי הקוטע יד עבדו דאמרי' התם דניזון מן הצדקה להעדפה ופי' רש"י מה שהוא צריך מפני חליו להוסיף על מזונות ולדברי הרמ"א קשה דהא הש"ס פריך שם ריפוי דידיה הוא דבעי אתסוי ביה ע"ש ולהרמ"א דמזונות היתרים בכלל ריפוי הוא והחובל צריך ליתנו לעבד הדרא קושיא לדוכתא דאמאי ניזון מהצדקה ולפמ"ש א"ש ונתיישב ג"כ קושית התוס' שם בד"ה רפואתו דידיה היא דתנן בפרק החובל דבעבד כנעני שלו פטור מכולן ע"ש די"ל דשם לא אמר דפטור רק מריפוי דאמור בתורה דהיינו

שיכול לחזור אף בלא ריפוי רק שע"י ריפוי ממהר רפואתו דכשא"י להתרפאות בלא רופא בכלל נזק הוא דהא ודאי נזדלזל במכירתו כשלא נתרפא כלל ובריפוי כזה דהיינו למהר רפואתו ודאי פטור בעבד להמסקנא דהכא דעיכוב רפואה בכלל צער דזכי ליה רחמנא לרב והמקשן דהכא ס"ד דאפי' ריפוי של צער דעבד הוא ולכך הקשה רפואתו דידיה הוא ומשני דרפואה של צער דרביה הוא וגם דברי הש"ע מיושבים דבש"ע מיירי בישראל דאפילו ריפוי של צער דהיינו כעין סמא חריפא חייב החובל משא"כ בגיטין דמיירי בריפוי של תורה דהיינו ריפוי של צער ואותו ריפוי דרבו הוא וכהמסקנא דגיטין הנ"ל ועוד יש לעיין בבהמה שנולד בה מכה בפשיעת השומר כמבואר בסי' ש"ז עד שא"י לעשות מלאכתה שתהא עושה ואוכלת וכשהבעלים יזונו אותה משלהם תאכל כל דמי שיווי הבהמה ויותר אם השומר חייב ליתן בדמי המזונות או לא ולפענד"נ שהשומר מחוייב ליתן דמי המזונות לכ"ע דהא ודאי אם תמות הבהמה ת"י השומר קודם שתבריא דחייב השומר דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס כמו בסיגפה ומתה בסי' ש"ג בסמ"ע ס"ק מ"ג ובסי' ש"ט סעי' ג' וכמ"ש בסמ"ע ס"ק ז' דהכחשה תחלת מיתתה ע"ש והוי כא"י להתרפא בלא מזונות ובכלל נזק הוא ומה שהקשה בקצה"ח כיון דהכחשה דהדר הוא וע"פ אומדנא ודאי דהדר ליכא למימר דתחילת מיתתה היא לפעד"נ דהא ליתא דכל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אפי' איכא אומדנא בשעת פשיעה דמחמת הפשיעה לא היתה ראויה לאונס אפ"ה חייב דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כשיש לתלות בשום צד שאפשר שלא היה האונס אילו לא היתה פשיעה חייב וכיון דמהתחלת הפשיעה הגורמת לאונס מתחיל החיוב כמ"ש הנ"י בפ' הגוזל קמא א"י להחזירה להבעלים עד שתסתלק הפשיעה הגורמת לאונס ממילא חייב במזונותיה וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל צ"ב סי' ב' בהדיא דהשומר מחוייב לטפל בה עד שתסתלק הפשיעה ע"ש ועוד דאלת"ה כיון שהבהמה עושה ואוכלת וכשנולדה בה פשיעה עד שא"י לעשות מלאכה והבהמה תאכל עד כדי דמיה אינו משיב לו מאומה ושומר חייב בהשבה וזה לא הוי השבה דהא מקרא דוהשבותו לו באבידה ילפינן שלא יאכל עגל לעגלים אלמא דבכה"ג לא מיקרי השבה אף דגזלן ודאי מהני השבה אפי' בכה"ג היינו משום דבגזלן כל כמה דליכא שינוי קרינן ביה אשר גזל וכן מזיק בכהאי גוונא פטור דא"צ השבה ודבר זה שצריך להאכילו רק כגורם לממון הוא ומזיק פטור בגורם לממון ואף שאין טעם זה ברור מ"מ מכח טעם הא' ודאי דחייב לטפל בה עד שתסתלק הפשיעה דבכלל נזק הוא כנ"ל ברור:

ד לחזור פטור בסמ"ע סי' ש"ז כתב דהטור מחלק בין היזק שנעשה מאליו ובין היזק שנעשה בפשיעה ובש"ך השיג וכתב דאין לחלק ובקצה"ח כתב דבהיזק שנעשה מאליו גבי שואל לא גרע מגזלן כיון דאפי' גזלן יכול לומר הרי שלך לפניך מכ"ש שואל וכמ"ש הריטב"א שחולק על התוס' בב"ק נ"ו שכתבו דשומר גרע מגזלן ע"ש ולפעד"נ דתמוהין דברי הריטב"א דודאי שומר גרע מגזלן דהא למאן דס"ל דשינוי במקומו עומד ואפי' נשתנה יכול לומר הש"ל בגזלן ובשומר ודאי חייב ועמש"ל בסי' שס"ג דרק בהיזק שאינו ניכר יכול השומר לומר הש"ל דלא גרע היזק דממילא מהשומר מהיזק דבידים אבל בהיזק ניכר אף דליכא שינוי ודאי דשומר חייב וראיה מנדה דף ח' בהשאילה חלוק דחייבה לכבס הכתם וגזלן ודאי דאינו חייב דהא שינוי לא הוי רק כשנשתנה שמו מחמת השינוי כמבואר בסי' ש"ס סעיף ו' בהג"ה:

ה באותו הדרך מדנקט המחבר ואנסוהו ממנו נראה דאם נגנב ממנו דהיינו שגם בעידנא דניימי אינשי ובא גנב וגנבו חייב דגם המחבר מודה דכל היכא שאפשר שיבוא להאונס כזה אפילו לא היה בדרך דלא הוי מתה מחמת מלאכה ודוקא דאנסוהו ממנו בפניו ואם היה בעיר היה לו מושיעים ואין דרך לבוא אונס כזה רק בדרך שאין לו מושיעים דהוי כאילו המשאיל אפקרה לגבי אונסין דאינן ראויין לבא רק בדרך אבל גניבה שאפשר לבא גם בביתו לא מיקרי מחמת מלאכה ולפז"נ דה"ה אפילו גניבה של לסטים מזוין כל שנעשה בגנבה שלא בפניו שאפי' אי לא היה מזוין היה יכול ג"כ לגונבה אין זה אונס השייך לדרך וחייב:

ו ואכלוה העכברים עש"ך ס"ק ו' שהשיג על הת"ה בדין אם שאל כליו להלחם עם השונאים ולקחו הכלי זיין וס"ל דחייב בכה"ג ונלפע"ד דאם באו על עסקי נפשות דפטור דלא גרע משאל ספר דמצוה קעביד ואפי' שאל שלא לדעת ונאנס מידו פטור ולא גרע מרודף שרדף אחר רודף ששבר כליו בין של הרודף בין של כל אדם דפטור כמבואר בסנהדרין דף ע"ז כיון שיש בזה ג"כ הצלת אחרים ודוקא נרדף שבא להציל עצמו חייב אבל הכא שיש בו ג"כ הצלת אחרים פטור דמשום שיש בו ג"כ הצלת עצמו לא גרע והת"ה מיירי שבא על עסקי ממון ע"ש וכן נ"ל ג"כ בלקח כלים של חבירו להציל מן הדליקה דפטור בנאנס מידו דדליקה כסכנת נפשות דמיא דהא מחללין עליו שבת:

ז לא יכול לישבע. עש"ך ס"ק ז' שכתב הטעם משום שא"י לישבע וכו' ולכאורה תמוה דהא אין לך לא הוי למידע גדול מזה דהא בלתי אפשרי לידע זה לכל העולם ולכ"נ דהטעם הוא כיון דא"א לשום אדם לידע זה הוי דרא דממונא דהא הספק נולד לב"ד בלא טענותיהם והתומים בכללי תפיסה ס"ק מ"ג כתב לחלק בדין תפיסה דכשהספק

כפרעון לא מהני תפיסה כגון פועל שאכל מגפן אחר דיש לספק דילמא מנכין לו אכילתו משכירתו א"י לנכות לי מספק כיון שהספק בפרעון ע"ש וע"כ צ"ל אע"ג דבא"י אם פרעתי כשטוענין שניהם שמא פטור מ"מ היכא דאיכא דרא דממונא היינו שיש ספק לב"ד בלא טענותיהם חייב בספק בפרעון וא"כ ה"נ הרי איכא דרד"מ ולא נפטר בספק פרעון ואח"כ מצאתי בתשו' מהרח"ש שהקשה זה ותי' דהכא אפשר למידע אלו היה מדקדק:

ח משעה שמשכה. ויש לעיין בשואל שלא משך וגם לא היה סילוק שמירה ונשתמש בה כגון ששאל ספסל לישב עליו בחצר המשאיל ואצל המשאיל או ספר ללמוד ממנו ולמד ממנו בלא הגבהה ומשיכה ונאנס מידו אם נתחייב ולפע"ד דודאי חייב בזה וראיה מב"מ ד' צ"ט דאמר רב הונא השואל קורדם מחבירו בקע בו קנאו וכתב הש"מ שם מטעם הא דמשיכה מחייב באונסין אף דלא תיקנו משיכה בשומרין מ"מ חייב באונסין משום דקבלת הנאה של השואל הוי ככסף ובהנאה זו מחייב עצמו באחריות ולפ"ז לרב הונא בבוקע בו חייב באונסין אפי' בלא משיכה דהא איכא הנאת שימוש דהוי כקבלת כסף. ולפי זה הנך דפליגי אר"ה וסבירא ליה דתיקנו משיכה בשומרין סבירא ליה דאפי' משיכה קונה אבל ודאי דסבירא ליה דבוקע ג"כ קונה דלא מצינו שחולקין בזה ואפושי פלוגתא לא מפשינן ועוד דלא אישתמיט שום פוסק לומר דלפעמים שואל אף שכבר שימש פטור מאונסין כגון שהוא ברשות המשאיל א"ו דכששימש חייב באונסין לכ"ע:

ט וישבע שבועות השומרים שמחמת מלאכה מתה. ובקצה"ח תמה דכיון דהמחבר סבירא ליה דהעיקר שבועה הוא שא"ב כאן א"צ לישבע זה כיון שהוא נכחש בפנינו ע"ש. והנה לפמ"ש בסי' רצ"ד דשבועה שלא פשע בשעת היזק הוא עיקר שבועה לכולי עלמא ל"ק כלל וגם בלאו הכי לא קשיא דהא הטעם שכתבו הפוסקים לעיל דשלא פשע הוא רק גילגול הוא מטעם דאחזוקי אינשי בפושעים לא מחזקינן ובשואל דחייב באונסין והחשש הוא שמא נאנס ודאי דשבועה אם מתה מחמת מלאכה הוא עיקר שבועה:

י ביד שלוחו של שואל. מבואר בטור דהיינו שכירו ולקיטו ושליח שעשאו בעדים מבואר בסימן קכ"א:

יא ואם אמר לו השואל שלחה לי. בש"מ הביא בשם הר"ן שהקשה היאך נעשו שלוחיו של שואל והלא השואל לא דיבר עמהם ושלוחיו של משאיל הן ולא של שואל ותי' ב' תירוצים א' דהוי כאלו אמר לו אמור לי בשמי שיביאם לי וכיון שאמר לו וקיבל ע"ע שלוחו של שואל הוא שעשאו שליח ע"י בעל הפרה והר"ן תי' דהכא מטעם ערב חייב דהוי כאילו אמר לו תן מנה לפ' ואתחייב לך דכל מי שמוציא ממון מרשותו ע"פ חבירו

נתחייב לו חבירו בדין ערב ע"ש. ולכאורה קשה דבשלמא בתן מנה לפ' הוציא כל הממון מרשותו שע"פ נתקלקל לו מממונו ולכך נתחייב לו משא"כ הכא שמתה הבהמה ומ"ה מ"ל הכא מ"ל התם וא"כ לא נתקלקל המעות ע"י אך זה ל"ק דהא לענין שמירה ודאי דנתחייב כיון שסילק שמירה ע"פ ואילו נאבדה ודאי דנתחייב וכיון שיש עליו דין ש"ח ממילא יכול לחייב עצמו ולהתנות שיהי' עליו דין שואל דמתנה ש"ח להיות כשואל ונ"מ בין שני הטעמים דלטעם הא' שנעשה שלוחו של שואל קני ליה השואל ג"כ ואין המשאיל יכול לחזור בו אחר שהגיע ליד השליח וגם בעינן שיהי' בר שליחות אבל אם אמר שלח לי ע"י חש"ו או ע"י עכו"ם לא נתחייב באונסין ולטעם הב' דחייב מטעם ערב אפי' ע"י מי שאינו בר שליחות חייב באונסין והמשאיל יכול לחזור בו אפי' שלחו ע"י בר שליחות:

יב הכישה במקל עש"ך ס"ק י' שכתב דלמאן דס"ל דבעינן משיכה בשומרין דפטור בהכישה במקל ואישתמיטתיה מיניה דברי התוס' בד"ה כיון שיצאת דמיירי בסימטא וחשיב משיכה ע"ש ועוד נראה דלטעם הר"ן דבשלחה חייב מטעם ערב ממילא גם בהכישה במקל חייב למאן דס"ל דזרוק מנה לים חייב אפי' נימא דלא חשיב משיכה רק הנ"י כתב דיש לחלק כיון שיכול להחזיר לא הוי כזרוק לים וגם מה שהקשה הש"ך דלדעה הרא"ש דמהני סילוק שמירה ודאי חייב ומכח זה תמה עצמו על רמ"א ע"ש ולפעד"נ דאפי' להרא"ש דס"ל דסגי בסילוק שמירה היינו דוקא כשהוא במקום שהשומר יכול לשומרו והוי כקבלת שמירה וכיון שנעשה ש"ח שוב יכול להתנות שיהי' כשואל דמתנה ש"ח להיות כשואל משא"כ בהכישה במקל שהשומר א"י לשומרה בשעת שמכישה לא הוי כקבלת שמירה רק חיובא בעלמא מחייב עצמו וכמ"ש הר"ן הובא בשיטה דשלח לי והכישה במקל הוא מטעם חיוב ערב והכישה במקל כזרוק מנה לים דמי ע"ש וממילא לדידן דקיי"ל באה"ע סי' ל' באומר זרוק מנה לים דלא שייך ערבות ומכ"ש בהכישה במקל שכתב הנ"י הביאו הש"ך עצמו דאפי' למאן דס"ל זרוק מנה לים חייב מ"מ בהכישה במקל פטור כיון שיכול לחזור וליטלה ע"ש שפיר הכריע הרמ"א לפוטרו:

יג ליד אשת המשאיל. עסמ"ע ס"ק י"ב דשואל שאני ובסי' ע"ב בש"ך ס"ק קל"ז כתב דלא נפטר רק בנו"נ ע"ש. והנה בנו"נ גמור שמניחה לעסוק בנכסיו ודאי פטור אפי' בהחזיר תו"ז שאלה דהוה האשה כקונה איזה דבר שמקחה קיים וה"נ הרי נתרצה לקנות הדבר המושאל שיהי' ברשות הבעל להשתמש בו ונגד זה פטרה אותו מאחריות ובנו"נ אפי' בהלוואה פטור כמבואר בסי' ק"ך אבל באינו מניחה לעסוק בנכסיו רק שמאמינה

בנכסיו לא הוי רק כמוסרו למי שרגיל להפקיד דהשואל נשאר בחיובו של האונסין אבל בפקדון אפי' בכה"ג פטור כיון שמסרו למי שרגיל להפקיד וכ"כ בתומים וע"ש מ"ש בדין ש"ש שמסר לאשת המפקיד וכן בש"ח כשאין לאשת המפקיד לשלם מה דינו:

יד שלחה ביד עבדו מלשון סעיף זה משמע דבכל העניינים דמיא חזרה לשאלה וא"כ כשאמר לו המשאיל לשואל הכישה במקל והיא תבוא ותפטר חייב השואל כמו בסעיף ו' בש"ך ס"ק ג' דאפי' אמר הכישה במקל ואתחייב אני לך דלא מהני וא"כ לכאורה דה"ה והפטר דלא מהני דמה לי ואתחייב אני לך וס"ל כשאמר והפטר ולכאורה מוכח בסי' ק"נ דכשאומר זרוק לי חובי והפטר מהני לכ"ע וזרוק לי בתורת גיטין אפי' והפטר לא בעי וכן שלח לי ע"י שוטה וקטן לא בעי והפטר כמבואר בסי' קכ"א אף דנגד התחייבות ודאי דלא מהני כשאמר שלח ע"י חש"ו בתחלת שאלה דהא אפי' אמר לו שלח לי ע"י שליח תמה הר"ן בסוגיא זו במה מכניס לרשות השואל וכתב ב' טעמים או משום דנעשה שלוחו של שואל שעשאו ע"י בעל הפרה וזכה לו או משום ערב דהוי כאומר תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך וע"י חש"ו תרווייהו טעמי לא שייכי דחש"ו לאו בני שליחות הן גם מדין ערב לא מהני דתן לשוטה הוי כזרוק מנה לים ואתחייב לך דפטור וכ"כ הר"ן בהדיא בפ"ק דקידושין דדוקא במוציא מרשותו לרשות בן דעת חייב מטעם ערב משמע דרשות שאינו בן דעת לא מתחייב והרי נראה בחוש דחלוק דין חזרה מדין שאלה וע' בסמ"ע בסי' ק"כ ס"ק א' אהא דזרוק לי חובי כ' וז"ל אף דבשלח ע"י חש"ו פטור שאני הכא דלא מיסתבר לומר דכוונתו היה שישלח וילך ג"כ עמהם לשומרם אלמא דכל היכא דלא נוכל לומר בכוונתו דשמור קאמר לא בעינן והפטר וא"כ בהכישה במקל והיא תבוא דמשמע מעצמו לא בעינן והפטר ובהיות כן תמוה לי מנ"ל להמחבר דבשלח לי ע"י עבדך לא מהני בשעת חזרה דמצינן לומר דקושיית הש"ס יד עבד כיד רבו דמי לא קאי רק אשעת שאלה דשם בעי' דיכנס לרשות שואל דתקנו משיכה בשומרין ומשיכת העבד לא מהני דביד רבו דמי וכן אפי' למאן דסבירא ליה דלא בעינן משיכה בשומרין מ"מ בעינן עכ"פ שיצא מרשות משאיל משא"כ בחזרה דלא בעינן שיצא מרשותו כלל רק כל מה דלא נוכל לפרש כוונתו דשמור קאמר נפטר כשעושה בציוויו תדע דבשלח ע"י חש"ו אף שנאנס מידם בשעומדים עדיין ברשות לוה ולא יצא מרשות הלוה אף שהוא בידם דכקוף דמיא ודאי דג"כ פטור דהא לא מחלק אימת מיפטר אם נאנס מידם ועוד ראיה דאפילו באומר הנה מעותיך צרורים פליגי בסימן ק"כ אי הוי פרעון וע"כ ל"פ אלא בפרעון בע"כ אי הוי פרעון כדמוכח במרדכי ע"ש ובר"ן משמע דאם נתרצה ואמר הריני מקבלם לפרעון ויהיה בידך פקדון כ"ע מודים דהוי פרעון אף דלא יצא מרשותו וכ"כ

בסימן רצ"ג סעיף ג' בהדיא דאפילו אם עשה להנפקד עצמו שליח דג"כ פטור ומכ"ש עבדו. לכ"נ דדעת המחבר הוא כיון דהמרדכי פסק הובא בהרמ"א סימן שד"מ סעי' א' דלאחר ששיעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא אלמא דלא דמי שאלה להלואה דשומרים בעינן קנין ואינו מועיל והפטר לסלק שמירה משא"כ בהלואה דמועיל והפטר לחוד אך דברי המרדכי צריכין (עיונא) רבא ויבואר במקומו אי"ה וגם דברי הסמ"ע בסי' רצ"ג יבואר שם דמחלק בין שאלה לפקדון:

סימן שמא

א אין הבעלים יכולין להחזירו. ולפז"נ דאף דס"ל דסתם שאלה ל' יום ודאי דלאחר ל' יום הוי ככל' זמן שאלתו ופטור מאונסין. וגם השואל אינו רשאי להשתמש בו שוב מ"מ לדידן דקיי"ל דסתם שאלה יכול לתובעו כ"ז שירצה ממילא לא כלה זמן שאלתו עד זמן שתבעו וחייב באונסין עד לעולם וגם מותר להשתמש בו לעולם וכ"ז שלא תבעו המשאיל:

ב כדי שילך ויחזור. ע' סעיף ה' מש"ש:

ג כל ימי שאלתה לכאורה קשה דהא להרמב"ם לעיל בסי' רצ"א סעיף כ"ו דס"ל דגרועי גרעיה הוי פשיעה אלמא דס"ל דשואל אסור להשכיר ומבואר בסי' שס"ג סעיף י' בהג"ה דכל היכא דאסור להשכיר שייך השכירות לבעלים וכיון דאין לו רשות בחייו להשכיר לאחרים ממילא אין לו כח להורישם לבניו. ולכן נלפע"ד לתרץ דהא בלו' ע"כ צ"ל דמיירי בבנים הסמוכים על שלחן אביהם דאלת"ה קשה היכא דבניו אינם רגילים להשאיל ודאי דיכול המשאיל לומר האב מהימן לי בשבועה ואתם אינכם מהימנין לי בשבועה ואולי אח"כ יטענו בשקר שנאנסה ואין רצוני כלל להניח הבהמה אצלכם והיאך יכול לכופו שיניח הבהמה ברשותם א"ו דמיירי בבנים שהן בני ביתו וכיון דכל המשאיל ומפקיד ע"ד ב"ב הוא מפקיד ממילא ל"ק אפי' להרמב"ם דכיון דבחייו ודאי דיכול להניח להבנים לעשות מלאכה אפי' שלא בפניו דאף שמגרע השמירה דהא הבנים אינן אלא ש"ח כיון דכל המפקיד ע"ד אשתו וב"ב הוא מפקיד הוי כאלו התנה בכך רק שבחייו הי' שייך הריוח מהמלאכה שעושין אשתו ובניו לו ועתה במיתת האב זכו הבנים בהריוח וכיון דגם בחייו הי' לה רשות להחזיק הבהמה ברשותה נעשית בה מלאכה לצורך האב ולא היה יכול המשאיל למחות כן גם עתה שהריוח שלהם ג"כ א"י למחות:

ד ימי שאלתה עסמ"ע סק"ו שהקשה מהמקבל שמת שיכול הנותן לסלקו ותי' דשאני שאילה דכל ימי שאילתה הוי כקנוי לו וכל הנאה שלו וחייב באונסין והוא תמוה דהא

יכול לסלק הבנים אפי' מפלגא מלוה והפלגא מלוה ודאי דהוי כקנוי לו וכל הנאה שלו וחייב באונסין עליה לכן נראה בפשיטות דבשלמא בשאלה היה לו רשות בחייו לבניו לעשות מלאכתו בה כמש"ל בסמוך ממילא גם אחר מותו א"י לסלק הבנים אבל בעיסקא כיון דקיי"ל דכל מקבל עיסקא מחוייב להעמיד המעות בעין תמיד ואפי' למשתי ביה שכרא אסור ואסור לאחר לעסוק בהן כמבואר בסי' קע"ו וכיון דאפי' בחייו אסור לעשות כן מש"ה ג"כ אחר מותו יכול לסלק הבנים מלישא וליתן:

ה חייבין עליה כש"ש. והיינו כשידעו שהיא שאולה אבל כסבורין שהוא של אביהן פטורין דהא אפי' אכלו פטורין) (ואפי' הניח אחריות נכסים יראה דפטורין דאונס דגניבה לא בא מחמת הפשיעה שלא הודיע להבנים דכשסוברים שהוא שלהם טפי מזדהרי בה כדמוכח בס"פ המפקיד מ"ב גבי אשלמינהו לאימיה ולעיל בסי' רצ"א סעיף פ"ג ועוד דהא הבנים אין חייבין כלל לשמור ואפשר דאם היה מודיע להם שלא היו רוצים כלל לקבל שמירה ע"ע ולכך אפי' אם פשעו היורשים פטורים דהא לא באו מחמת פשיעותא דאב כמו דלא חשבינן התם פשיעה להבן במה דלא אמר להאם שהוא של אחרים ע"ש ודוקא אכילה דהיתומים בא מחמת פשיעה דאב דאי אמר להו לא היו אוכלין משא"כ פשיעה דידהו לא בא מחמת פשיעה דאב ובש"ג פ' השואל כתב שחייבים בפשיעה ולפעד"נ כמ"ש והוא ברור:

ו אפי' לא נשתמשו. עש"ך ס"ק ג' שכתב בשוכר פטור בנגנב נראה דמיירי דוקא שאביהם עדיין לא נתן שכירות כי סתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מש"ה פטורין היורשין בנגנב כיון דאם לא ירצו להשתמש בו לא יצטרכו היורשים ליתן לו שכירות לא מיבעיא משלהם ודאי דא"צ ליתן אלא אפי' אם הניח אחריות נכסים ג"כ פטורים כמו בשכר בית ומת בתוך זמנו לעיל בסי' של"ו אבל כשכבר שילם האב השכירות או אפי' לא שילם להי"ח לעיל בסי' של"ו דס"ל דחייבין היורשים לשלם שאר השכירות אם הניח להם אביהם נכסים וא"כ השימוש הוא בחנם אצלם דהא השכירות אפי' לא שימשו צריכין ליתן דמים ממש לשואל וחייבין בגניבה ואבידה דהא יש להם הנאה ברשות השימוש שיש להם:

ז והעור ישלמו. עסמ"ע ס"ק י"א שהרי קנאו בשינוי טביחה והפשטה מאוד תמוהין דבריו דהא אין שינוי קונה רק לגזלן ומכוין לגזול אבל הנך לאו גזלנין נינהו רק מזיקין נינהו ואין שמין למזיק והוא פשוט וכן הקשה בקצה"ח:

ח וטבחוה. עסמ"ע ס"ק י"ג עד דהיה לו להודיע וכו' לכאורה יש עוד נפקא מינה רבתי בין שני הטעמים דלטעם הרמב"ם דכבר נתחייב אביהם משעת משיכה א"כ בש"ח או

ש"ש וטבחוה ואכלוה לא שייך חיובא באביהן דהא אביהן נאנס במה שא"י לשומרו דהא מת ואין אונס גדול ממיתה ולהטעם דאביהן פשע במה שלא הגיד אפי' בש"ח או בש"ש חייב וא"כ קשה על הפוסקים שהשמיטו גם קשה קושית הש"ך שהקשה דמה פשיעה הוא הא מלאך המות אנסי' לכ"נ דלא חשבינן זה לפשיעה כלל מה שלא ציוה רק אמרינן דאונס זה מה שאכלו היורשים מחיים דאביהן התחיל בעת שלא היה יכול לדבר דמחמת שלא ציוה קודם מותו נמסר הבהמה להיורשים בחזקתו וקודם מותו התחיל האונס ולכך השואל חייב משא"כ כשמתה הבהמה לא הוי מיתת השואל אתחלת' דהאונס ולפ"ז ש"ח וש"ש פטורין אפי' הניח להן אביהם אחריות נכסים ואפי' למאן דס"ל דש"ש חייב כשנאנס באונס הגוף היינו דוקא כשלא היה שם אונס כלל על החפץ אבל טבחוה ואכלוה חשוב ג"כ שם אונס על החפץ כיון דמחמת שלא ידעו היו מוחזקין כשלהן ואכלוה ובזה ודאי פטור ש"ש כמש"ל בסי' ש"י ע"ש ועש"כ ס"ק ו' טעם לדברי הרא"ש דמוכח מב"ב פ' המוכר את הבית דמ"ה אונסו לא הוי פשיעה ועמש"כ לעיל בסי' רנ"ג דאין מכאן שום ראיה:

ט משלמין דמיהן מנכסיו עש"ך ס"ק ו' עד כיון שטבחו ה"ל גנב וכו' והוא תמוה מאוד בעיני דהא בהדיא מבואר בב"ק ובשאר דוכתי דשומר שטבח ומכר שאינו חייב בכפל וד' וה' רק בטוען טענת גנב ונשבע ואח"כ טבח כמבואר ברמב"ם פ"ד מה' גניבה ועוד לפע"ד דאפילו שומר חייב בטביחה אפי' באינו טוען טענת גנב מ"מ קשה ממ"נ במאי מיירי אם בטבח שלא בהגבהה מזיק בעלמא הוא ואי בהגבהה א"כ משעת הגבהה נעשה גנב וחייב בכפל ונראה טעם הש"ך דס"ל דהא דלא מחייבינן שומר רק בטענת גנב היינו דוקא שלא עשה קנין בגוף החפץ אבל אם עשה קנין בגוף הגניבה כגון שיחדו לו הבעלים מקום והוציאו השומר ממקום ההוא כדי לגונבו חייב כפל דמה לי אם גנבו מרשות בעלים או מרשות שיחדו לו הבעלים דכיון שהשאילו לו הבעלים מקום כרשות בעלים דמי וכן מבואר ברמב"ם פ"ד מה' גניבה דרועה שגנב טלה מהעדר דחייב בכפל וע' בכ"מ שם אמנם אין לומר דמיירי שהוציאו מרשות המיוחד דא"כ כבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת וגם אין לומר שטבחו ברשות המיוחד לבעלים דא"כ הוי כטבח ומכר ברשות בעלים דפטור רק דמיירי שהבהמה יצאה מעצמה לחצירו וכיון דאפי' אם נעל הבהמה שם כדי לגונבה חייב כדמוכח בב"מ דף י' גבי חצירו וקרפיפו מנין ע"ש בפירש"י ומכ"ש אם טבחה שם כדי לגונבה דעדיף מנועלה שם דחייב ומ"מ קשה לפי' הש"ך דל' הרמב"ם בפ"ג מה' גניבה כתב וז"ל היתה פרה שאולה אצלו וטבחה בשבת דרך גניבה פטור אף מן הכפל שהרי איסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד ואם אין

גניבה אין טביחה ואין מכירה משמע דאפילו מקרן פטור כמ"ש הלח"מ לכן נלפע"ד כוונת הרמב"ם הוא דגניבה אין כאן היינו דאף דנתחייב כשטבחה מחמת שאלה דלא גרע משאר אונס מ"מ אין לו רק דין שאלה ולא נתחייב לשלם רק הפחת שפחתו שחיטה דהא שמין לשואל אבל גניבה אין כאן להתחייב בכל הקרן כדין הגנב שנתחייב תיכף בכל הקרן ואפי' הוזלה אח"כ השברים לא נתחייב דכל חיוב שנתחייב הגנב מטעם איסור גניבה ממילא הגניבה כשהי' באיסור שבת פטור דקלב"מ דאיסור גניבה בשעת טביחה בא עליו ובשעת טביחה קם ליה בדרבה מיניה רק מצד שאלה קמייתא הוא דאיתחייב ליה באונסין ולא מצד גניבה וממילא אין משלם רק פחת שפחתו שחיטה ולא הבשר של הפרה וכיון דגניבה אין כאן טביחה ומכירה אין כאן דמה בכך דשאלה יש כאן נגד טביחה ומכירה בעינן שיהי' שם גניבה דוקא שיתחייב בעד כל הפרה אבל כשלא נתחייב לשלם רק הפחת הוי כחמשה חצאי בקר דפטור והא דקאמר בש"ס ופליגא דרב פפא היינו דמדרב פפא משמע דפטור מהכל אפי' מלשלם פחת שפיחתו השחיטה כדין שואל וע"ז קאמר שפיר דפליגא והרמב"ם אף דפסק דלא כרב פפא לענין דמחייב לשלם הפחת שפיחתה השחיטה מ"מ פסק שפיר דפטור מאיסור גניבה דהיינו שאינו חייב בהקרן מטעם גניבה לענין הוזלו שברים וכיון דאיסור גניבה אין כאן איסור טביחה ומכירה אין כאן והא דכתב הרמב"ם הטעם לפוטרו מד' וה' הטביחה משום דגניבה אין כאן ולא כתב בפשיטות דאיסור שבת פוטרו מד' וה' דטביחה דקם ליה בדר"מ זה ל"ק משום דלטעמא דקלב"מ לחוד היה חייב בטובח ע"י אחר דבטביחה יש שליח לדבר עבירה כמבואר בב"ק ע"א ולכך תפס הטעם משום דגניבה אין כאן דבגניבה אפי' נגנב ע"י אחר פטור דהא בגניבה אין שלד"ע:

י כלו' אין אתה משאיל עיין סמ"ע סעיף קטן ט"ו דמר אמר חדא כו' ולא פליגי ולפענ"ד נ"ל דכיון דלדעת רש"י הש"ס מיירי באומר בטובו ומשתמש בו לעולם אפי' בלא קנין רק החילוק הוא דאם הוא בקנין שאול הוא לעולם ואפי' אחר שהחזירו חוזר ונוטלה משא"כ בלא קנין נתבטלה המשיכה הא' א"כ מנ"ל לחדש דין דבטובתך מסברא דידן ולומר בלשון בטובתך אינו במשמע שיהיה שאול לו לעולם בלא קנין דאילו היה ל' בטובתך לחוד משמע לעולם ודאי דמשיכה לחוד מועיל בלא קנין וע"כ צ"ל דהל' בטובתך לחוד לא משמע לעולם בלא קנין וזה אין אנו יכולין לחדש מסברא וגם גוף הדין שיהיה ל' בטובתך משמע לעולם כשהוא בקנין אין אנו יכולין לחדש מסברא ולכן לדעת רש"י דהש"ס לא מיירי מדין זה דדין ליתא ולפ"ז דין בטובתך הוי ספיקא דדינא והמע"ה ודין דבטובו נראה דבקנין כ"ע מודי שמסברא ג"כ בטובו כ"ז שהוא טוב משמע דהא הנ"י לא

הקשה על רש"י רק דאפילו במשיכה לחוד קנה כה"ג ולפ"ז בלא קנין הוי ספיקא דדינא דלרש"י אינו מועיל שיזכה בו אחר שהחזיר בלא קנין ולהנ"י מהני אפי' בלא קנין ובקנין לכ"ע חוזר ונוטלו וכ"ז שאין השואל צריך להכלי מחוייב להחזיר להמשאיל אפי' לרש"י וכמ"ש בסמוך:

יא משמש בו לעולם בטור כתב דהשואל א"צ להחזיר השאלה להמשאיל לעולם הביאו הסמ"ע ס"ק י"ח וע"ש עוד בטור שאם נאנס שא"צ לשלם לו רק שיווי השברים כיון שלא היה להמשאיל שום זכות בחפץ זה רק אחר שנשבר ויש ללמוד מכאן דה"ה אם שאל חפץ מחבירו ופי' שלא ישתמש בו רק אחר איזה ימים דמ"מ אין המשאיל יכול לחזור וליטלו קודם דהשואל יכול לומר שמא יגנב או יתקלקל ברשותך וכן אם נאנס ת"י השואל כשמשלם לו השואל מנכה לו דמי מה שהיו פוחתין משומת שינוי של החפץ אילו היה קיים מחמת הזמן שהיה השואל משתמש בו וכן אם החזיקו אחר משלם להשואל דמי שיווי ההשתמשות על זמן השאלה והמותר לבעלים וכן מוכח בהנ"י ע"ש:

יב ואפי' החזירו להמשאיל עסמ"ע ס"ק י"ח שכ' דזהו דוקא שם כשאומר לו השאילני בטובו אבל אי א"ל השאילני בטובתך לא ולכאור' תמוה מאוד דהא כשאמר בטובתך לדעת הרי"ף והרמב"ם הוא שאול לו לעולם כמו באומר בטובו לדעת רש"י ומה"ת ישתנה הדין באומר בטובתך לדעת הרי"ף מאומר בטובו לדעת רש"י ולכן נלפענ"ד דהא דכ' הטור הביאו הסמ"ע דהשואל יכול לעכב על המשאיל להשתמש בו בשעה שאין השואל צריך לו למלאכתו משום דשמא יתקלקל או מיתביר וממילא א"צ להחזיר כלל הוא רק הרי"ף דס"ל דבטובתך לחוד לא משמע לעולם רק דהקנין מייפה הלשון דבטובתך שיהי' משמע לעולם וכיון ששאול לעולם א"צ להחזיר לו ובלא קנין אין משתמש בו לעולם כלל כמבואר בטור ובמחבר משא"כ לפי פי' רש"י שפי' דבטובו משמע כ"ז שהוא טוב והקנין צריך דבלא קנין מכי אהדרא כלתה קניה דמשיכה א' מוכח ע"כ דצריך להחזיר להמשאיל בשעה שא"צ דאי לא היה צריך להחזירה א"כ פשיטא שכ"ז שהחפץ ת"י השואל אפי' לא היה קנין אין המשאיל יכול לחזור בו דהא לא כלתה משיכה א' ואי כשהחזיר השואל ומדעתו השאלה להמשאיל בתורת חזרה שלא יהיה לו שוב דין שואל אפילו קנו מידו נתבטלה השאלה דלא גרע משואל לזמן שהחזיר בתו"ז שא"צ להחזיר להשאיל לו ואי נתן השואל להמשאיל בתורת שאלה ודאי דלא כלתה משיכה א' ולפ"ז ע"כ צ"ל לפי רש"י דאף ששואל בטובו אין הדבר שאול לו לעולם שיהיה ת"י השואל אף בשעה שא"צ לו וע"כ הפי' בטובו לפי שיטת רש"י דהיינו רק שהוא שאול לו כ"ז שהוא צריך ובזמן שלא יצטרך יוחזר להמשאיל ואח"כ כשיחזיר להשואל להשתמש בו יהיה

חוזר ושאול לו לכך בלא קנין בטלה שאלה שניה דכלתה משיכה א' משא"כ בשקנו מידו איכא חיוב הגוף לחזור ולהשאיל לו כ"ז שיצטרך אף [אחר] החזרה ולפ"ז כתב הסמ"ע שפיר דלמאן דס"ל בטובו כ"ז שהוא טוב וממילא צריך להחזיר להמשאיל כשא"צ להכלי שפיר קאמר דאף אחר שהחזירו חוזר ונוטל כשיצטרך כיון שקנו מידו הוא חיוב הגוף להשאיל לו כל אימת שיצטרך משא"כ להרי"ף דס"ל דמיירי באומר בטובתך דאז א"צ להחזיר להמשאיל עד אחר שנשבר לא שייך דין זה כלל דממ"נ אם החזירו לו בתורת שאלה להמשאיל ל"א צריך להשמיענו כלל דמה"ת לא יחזור ויטלנו ואם החזירו לגמרי שלא יהיה שוב שואל עליו כלל אפי' בקנין א"י לחזור וליטלו כמו בשואל כשהחזיר בתוך זמן שאלתו לגמרי שלא יהיה שוב שואל עליו לענין אונסין ממילא שא"צ להמשאיל לחזור להשאיל לו והנה מה שהקשה הנ"י לפי' רש"י דקני ליה במשיכה ראשונה אף אחר שהחזיר אינו מובן לי דרש"י ס"ל דכל זמן וזמן שאלה חדשה היא כיון דבאמצע אין עליו דין שואל כלל והוי על שאלה שניה כאומר משוך פרה ולא תהיה קנוי לך אלא אחר ל' דלא קנה אבל בקנין י"ל דהוי כחיוב הגוף להשאיל לו אף אחר שהחזיר אך הא קשה דהא בשוכר חמור סתם כתב הרא"ש הובא בסמ"ע סי' ש"ח דבמשיכת החמור נשתעבד ליתן לו חמור אחר ע"ש וי"ל דשוכר שאני משואל וכמ"ש בסוף הסי' גבי שוקת שנפל מוכח דהמשאיל אין משעבד עצמו להשואל כלל:

יג אפי' הוא כמוהו. עסמ"ע סק"כ שפי' דהיינו לענין אי מתה מחמת מלאכה דחייב במצא הקפידה מקום לנוח ע"ש ולפענ"ד הוא תמוה דהא בסי' שמ"ב מבואר דאפי' השאיל לאחר פטור כשיש עדים שמתה מחמת מלאכה ומכח קושיא זו כתב לעיל בסי' ש"מ ס"ק ד' דבעינן דוקא שיהיה עכ"פ שינוי בדבר קל שיש ענין לתלות בה האונס ע"ש וכאן מבואר דחייב אפי' הוא כמוהו משמע דאפי' כמוהו ממש דליכא שום שינוי אפ"ה חייב ולכן נלפענ"ד דל"ק כלל קושי' הסמ"ע דהא אפי' להסמ"ע קשה מהא דסי' ש"ט בלהוליכה בהר והוליכה בבקעה פטור בהוחלקה ודוקא בבקעה והוליכה בהר חייב ומשמע דבהר זה והוליכה בהר זה פטור וע"כ צריך לחלק בין שוכר לשואל כמו שכ' בעצמו בסימן ש"מ בפרישה ע"ש ומיסתבר כך דבשוכר שמקבל המשכיר שכר אמרינן כיון שרוצה להשכיר ולקבל שכר מה"ת לא ישכיר לו למלאכה קלה או כיוצא בזה ואומדנא דמוכח הוא אבל שואל דהוא בחנם אמרינן דילמא קפידא הוא וכל המשנה מדעת בעה"ב הוי גזלן ולפ"ז בגוף הדין ג"כ יש לחלק בין שוכר לשואל דאף דשוכר מותר לכתחלה לשנות למלאכה כיוצא בזה כיון שנותן שכר ובודאי ניחא ליה למשכיר לאיזה מלאכה כל שהוא כיוצא בזה שיעשה בו השוכר וליתן שכר משלם משא"כ בשואל

שבחנם כיון שאמר זה הוי קפידא כדאמרי' בב"מ ד' ק"ד גבי מחכיר דאמר זה הוי קפידא וע' בנ"י שם ובסי' שמ"ב מיירי דאמר סתם כגון השאילני מרא לחפור בו וליכא קפידא:

יד פרדסים הרבה עסמ"ע ס"ק כ"א דבטור משמע דאפי' אמר לו סתם כרמים ולפ"ז צ"ל דהטור ס"ל כתי' התוס' דבשאלי' במטלטלין הוי השואל מוחזק ולפ"ז ה"ה בכל ספק שיש בזמן בשאלת ושכירות מטלטלין הוי השואל מוחזק וכ"ה בש"ך ס"ק י"ד:

טו חוזר ובונה משמע דמ"מ א"י לכופו ליתן לו שוקת אחר וגם אין חיוב על המשאיל לחזור ולבנות רק השואל אם רוצה יכול לבנותה ולהשתמש בה דאלת"ה הל"ל כמו בסימן שי"ב סעי' י"ז בבית סתם דחייב לבנותו או ליתן לו בית אחר וצריך לחלק בין שואל לשוכר דשוכר בית נשתעבד נכסי השוכר למשכיר ובשעת משיכת מטלטלין או בשעת חזקה בקרקעות בדמי שכירתו וממילא נתחייב להעמיד לו מהבית דומי' דס"ס ל"ט בכתב שטר ללות דנתחיי' המלוה להלוות ללוה ואפי' להרשב"א דפליג שם אפשר דהודה כאן דשם יש לומר כיון שודאי לא שיעבד נכסיה רק על תנאי כשילוה וכל תנאי שעל המלוה ביד המלוה לשנות משא"כ הכא כיון שיש כבר קנין להשוכר בזה וכבר חל עליו החיוב אגופו דהשוכר נתחיי' לו גם המשכיר אבל שואל מה"ת יתחייב לו המשאיל בחיוב הגוף להשאיל לו ואין השואל קונה במשיכה או בחזקה רק הדבר שהשאיל לו ועשה בו חזקה או משיכה וראיה לזה דהא בשוכר כשמתה או נשברה אם יש בדמים ליקח יקח כמבואר בסי' ש"י ובשואל צריך להחזיר השברים כמבואר בסי' שד"מ סעיף ג' דכשנשבר כלה השאלה ואם השואל בנה אותו נראה דהמשאיל חייב ליתן לו הוצאות הבנין אחר כלות ימי השאלה וכיורד ברשות דמי כיון שהבנין יש בו הנאת שניהם הנאת שואל עכשיו והנאת המשאיל אח"כ וכל שיש בו טובה לשניהם כופין זא"ז כמו בשותפין וכמש"ל בסי' קע"ח ע"ש:

סימן שמב

א שאל ס"ת. עסמ"ע ס"ק ב' והטעם דזה אסור לו ליתן לאחר דלא מהימן ליה אולי יבריחם ויכפור ויפטור עצמו בשקר וכנידון מ"ש הר"ן בתשובת סי' י"ט דשואל ספר פטור הובא לעיל סי' ע"ב בסמ"ע ס"ק כ"א עמ"ש בחדושי שם:

ב ואם השאיל לאחרים. עש"ך ס"ק א' (ויש שם ט"ס וכצ"ל אבל בהא דשמא נאנסה לא מהימן ליה ותיבת שינה ט"ס) וכוונתו דאפשר דדוקא בשומר שמסר לשומר מותר ברגיל להפקיד די"ל דלהא לא חשיד ליה שלא ישמור כראוי וגם לישבע לשקר דבתרתי לא

חשיד ליה אבל הכא דיש לחוש שמתה כדרכה ונשבע לשקר וליכא רק חשש שבועת שקר לחוד דנגד מלאך המות א"א בשמירה אימר לישבע לשקר לחוד חשוד ליה:

ג חייב. עש"ך ס"ק ב' כוונתו לענין מ"ש הש"ך בסי' שד"מ ס"ק ז' בשם הנ"י בשם הרא"ה והביא גם כן בסי' רצ"א בשוכר חמור לרכוב עליו דאף שא"י חייב מטעם שכ' הנ"י שם דבהתחלת פשיעה שנתן לאחר הגורמת האונס מתחיל החיוב ע"ש:

סימן שמד

א לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא. עסמ"ע ס"ק ג' שכ' ומה"ט שפסק שם במרדכי בראובן שאמר לשמעון אותן י' ליטרין וכו' וז"ל המרדכי נראה דשמעון חייב באונסין כאשר בתחלה כי אין המעשה נשתנה בחליפי דברים ורואייה מפרק החובל צ"ג גבי האומר קרע כסותי ורמינהו לשמור ולא לקרוע ואמר רבה לא קשה הא דאתי' לידיה בתורת שמירה אלמא היכא דאתא לידיה אע"ג דהדר ביה וא"ל לקרוע לאו כלום היא ובתורת שמירה קאי ה"נ בתורת מלוה קאי ולא נשתנה לעיסקא. ועוד ראיה דאמרינן בסוף הפועלים גבי מתנה ש"ח להיות כשואל ופריך הש"ס מתנה על מ"ש בתורה הוא ומשני ר"מ הוא ושא"ה דמעיקרא לא שיעבד נפשיה משמע הא שיעבד נפשיה לא מצי מתני עכ"ל. ומזה למד הרב בהג"ה דאחר שקיבל לשמור אפי' אם פטר אותו בפירוש שלא ישלם כשיגנב או יאנס דמ"מ חייב דל"מ לאתנויי בדברים דהא הרב בהג"ה קאי אדברי המחבר דמיירי באמר בהדיא שלא ישלם וע"ז כ' הרב דאחר שקיבל לשמור ל"מ לאתנויי בדברים והנה דברי המרדכי ודברי הרב הן תמוהין מאוד דמה שהביא המרדכי ראיה מקרע כסותי דאחר שבא לידו בתורת שמירה דחייב תמוה מאוד דאדרבה משם מוכח להיפך דהא אמר שם בהדיא דאם אמר ע"מ לפטור דפטור ואינו חייב רק כשלא אמר ע"מ לפטור וכ' המרדכי שם הטעם דכשלא אמר ע"מ לפטור הוי פטומי מילי ע"ש והרי מוכח בהדיא דכשאמר ע"מ לפטור כיון דלא שייך לומר פטומי מילי דפטור א"כ היכי כ' כאן דאחר שקיבל לשמור ל"מ לאתנויי בדברים משמע דאפי' תנאי גמור דע"מ לפטור לא מהני. וגם ראיה שהביא מסוף הפועלים תמוה דשם לא קאמר זה אלא אליב' דר"מ אבל אנן קיי"ל בדבר שבממון תנאו קיים במקום דידע ומחיל ועוד דאי משום מתנה על מש"ב הוא אפי' קנין לא מהני וא"כ היאך כ' דלא מצי לאתנויי בדברים דמשמע דקנין מהני ועוד דדמי להא דמבואר בב"ק ק"ט דיכול לעשות מגזל השבה ליד בעלים שיהיה לו דין מלוה או פקדון וכן מבואר בב"ק בהא דאמר שם כמאן דאמר יהיה לי בידך פקדון וא"כ מה"ת לא יהיה יכול לעשות ממלוה פקדון וליישב דברי המרדכי נ"ל

דהמרדכי שהביא ראיה מהא דקרע כסותי לא ס"ל הטעם שכ' לעיל מיניה דהיינו משום פטומי מילי רק דס"ל דהטעם הוא דאף דדוקא קאמר מ"מ חייב והטעם דהא המתחיי' עצמו באתם עידי חייב אף בלא קנין ובשומרין בעי קנין אי לאו בהאי הנאה דמהימן ליה וכ' הש"ך בסי' מ' הטעם משום דאינו מתחיי' רק אחר שנאבד דמי לאסמכתא וכ"כ הש"ך סימן ש"א ס"ק ד' ה"נ ס"ל להמרדכי לחלק בין מחילה שמוחל מיד ובין שאינו מוחל מיד כגון בקרע אחר שקיבל שמירה אף דקרע לחוד ג"כ לפטור משמע דמה"ט פטור בלא אתא לידיה בתורת שמירה ואפ"ה באתי לדידיה בתורת שמירה חייב וע"כ הטעם הא דאין הפטור מועיל בדברים כיון דחיוב שעל השומר הוא חיוב ע"ת אחר שיפשע ל"מ הפטור דהוי כמוחל דבר שלא בא לעולם כיון שאכתי לא חל החיוב ודמי למוחל באסמכתא וכיון דדמי לאסמכת' בעי קנין ומזה למד המרדכי דה"ה במלוה שאמר לו שיהיה בידו למחצית שכר דחייב כיון שאין פוטר אותו ממלוה עד אחר שיעסוק למחצית שכר ואינו פוטר אותו מיד דג"כ בעי קנין והא דמהני באומר קרע ע"מ לפטור בלא קנין אפי' אחר שבא לידיה בתורת שמירה טעמא אחרינ' איכא במילתא והוא כיון דאם אמר לחבירו קרע כסות שלך ואתחייב אני לך חייב לשלם מטעם ערב כיון דעשה מעשה והוציא ממון ע"פ כמבואר בר"ן ריש קידושין ולפ"ז ה"ה אם אמר זרוק מנה לים ותפטר מחובך שאתה חייב לי מכבר ודאי דפטור ומכ"ש כשאמר קרע כסותי ותפטר מחוב הקריעה מכ"ש דפטור כיון דאפילו מביתו חייב לשלם כשעשה מעשה על פיו מטעם ערב משא"כ הכא בשומרין כשאינו פוטר אותו רק מחיוב אחריות של גניבה דלא שייך בזה דין ערב דבערב בעינן שיוציא ממון ע"פ מש"ה נמי לא נפטר בדברים בעלמא בלא קנין וגם מה שהביא המרדכי ראיה מפרק הפועלים י"ל דמדייק מלשון הש"ס דאמר שא"ה דמעיקרא לא שיעבד נפשיה ולא קאמר במאי עסקינן כגון דמעיקרא לא שיעבד נפשיה אלא ודאי דפסיקא ליה להש"ס דא"א להתנות כלל רק מעיקרא אפי' לר"י דס"ל דבדבר שבממון תנאו קיים והא דמבואר בב"ק ק"ט דיכול לעשות מגזל מלוה יש לומר דשם מיירי שהגזלן היה בידו מעות ורצה להשיב לו וא"ל יהיה בידך לפקדון דאז אפי' לא היה הנגזל רוצה לקבלם היה חשיב השבה דהשבה בע"כ הוי השבה וכמבואר בסימן ק"ך באמר לו הלוה טול את שלך והמלוה אינו רוצה דהוי פרעון וה"ה בהאי דהמרדכי אם היה הלוה מביא המעות לפרעון ואמר המלוה יהיה בידך למחצית שכר ודאי דהוי פרעון רק דמיירי שהלוה לא הביא המעות בידו רק שהמלוה אמר מדעת עצמו שיהיה פקדון כשיעסוק בהן וזה לא מהני ודמי לאסמכתא ובעי קנין אבל כשהמעות בידו נעשה תיכף של המלוה דלא בעי קנין לפרעון רק תיכף כשנתרצה המלוה במה

שייחד הלוה לפרעון א"צ קנין חדש בשעת גובייני' תדע דהב"ד כשמוכרין לאחר להגבי' להמלוה כ"ז שלא עשה הלוקח קנין לא נעשה שלו וכשמגבין להמלוה גופיה לא בעי קנין דהא אמרי' מאימת אכיל פרי מכי שלמי אכרזת' וה"נ כשהלוה מגביהו בעצמו. ובזה י"ל דעת הרמב"ם דפסק דמלוה קונה במכר ובקידושין אינה מקודשת והטעם משום דתיכף כשמייחד דבר מיוחד לפרעון ונתרצה לו המלוה נקנה לו כמו מקדש במלוה דידה כשהמעות מזומן בידו לפרוע ואמר ה"א מקודשת לי בדמים אלו ונתנתם לתוך כיסה מקודשת כמ"ש מהרי"ט: והא דאמר בש"ס ושווין במכר שאינו קונה היינו שאינו קונה מדין מעות דבמעות בעין כשנותן לו פרוטה קונה כל המקח מדין מעות משא"כ מלוה לא דמי' למעות ואינו קונה רק כשמייחד לו הלוה קרקע או מטלטלין ידועים לפרעון ונתנו לו בחובו נקנה לו כנגד גביית החוב כנ"ל. אמנם דעת הרב נראה מדסתם ולא הגיה כן לעיל בסי' ש"ה גבי ש"ש ובסי' רצ"א גבי ש"ח במה שנזכר שם שיכול להתנות בפטור אחריות ולא הגיה שם הרב דלאחר שבא השמירה לידו א"י להתנות נראה דדעת הרב לחלק דוקא בשואל שיש לו קנין בגוף החפץ דשאלה ושכירות ליומא ממכר הוא וכיון שהוא בתוה"ז צריך לעשות קנין חדש דהאונסין דחייביה רחמנא להשואל אינו מטעם חיוב שמירה דהא מהאונסין א"י לשמור רק הטעם דעשאו רחמנא כשלו בתוך ימי השאלה לענין דכשנאנס אמרינן דדידיה נאנס ומש"ה כשמחזיר בעינין קנין גמור ומשמע ליה הראיה שהביא המרדכי מהפועלים גבי מתנה שואל דאמר שם דמעיקרא לא שיעבד נפשיה לראי' ברורה אבל הראיה השניה שהביא מהא דב"ק גבי לשמור ולא לקרוע דמשמע דדין זה הוא בכל השומרין לא חשיב ליה ראיה כלל די"ל דשם הטעם הוא כמ"ש המרדכי לעיל מיניה שם דטעם הפטור משום דהוי פטומי מילי ע"ש וס"ל דבשאר שומרים החיוב אחריות מחיוב שמירה הוא חל מיד והמחילה הי' חל מיד כשפוטרו מחיוב שמירה ולא חשיב כמחילה על תנאי משא"כ שואל ליכא חיוב שמירה דא"א לשמור מאונסין רק החיוב הוא אחר שנאנס ודמי למחילה על תנאי:

ב נגנבו נגנבו השברים עסמ"ע ס"ק ז' שכתב דבגניבה לא מהני מה שאמר לו קודם לכן טול וכ"כ בד"מ ע"ש ולפעד"נ הוא תמוה דבד"מ לא נמצא כלל ובנ"י אף שכתב ונאנסו אין כוונתו למעט גניבה רק משום דיוקא נקט נאנסו לאשמועינן דקודם שאמר לו טול אפי' נאנסו חייב וגם כיון שכתב ונאנסו שנאבדו לגמרי וכו' כולל שניהם נאנסו ונאבדו ולא מסתבר כלל שאחר שאמר טול שלך יתחייב בגניבה דהא אפילו בהלואה למאן דס"ל פרעון בע"כ שמי' פרעון נפטר מגניבה כשא"ל טול ואיכא דפטר ליה אפילו מפשיעה כמבואר בסימן ק"כ ומאן דמחייב הטעם דקודם שנעשה קנין בהמעות להמלוה לא נעשה

פרעון משא"כ שאלה ודאי דבאמר לו טול את שלך והוא אחר זמן שאלה דכשנשברו הוי בכללה זמן שאלה אפילו בהרי שלך לפניך הוי חזרה והיאך יכולין לחייב את זה שיהיה יושב ומשמר של חבירו בע"כ ועסי' ק"ך:

ג ואינו נקרא משואיל"מ עסמ"ע ס"ק ח' עד ולא כעיר שושן הנה דברי הסמ"ע א"א ליישבן בשום אופן כמו שתמה הש"ך וגם דברי הש"ך תמוהין דבשאומר שלא הפסידו כלל מה איצטריך לאשמועינן דל"ה מחוייב שבועה ולכן נראה לי ליישב דאפשר שזה גם כן כוונת הע"ש דמיירי שטוען שנפסד מחמת מלאכה וכן דייק הלשון דקאמר והפסידו דמשמע שהפסידו בידים מחמת מלאכה רק שא"ר לישבע ואמר להתובע שישבע כמה היה שוה וישלם ולכן קאמר דלא נקרא משואי"ל דמודה במקצת לא הוו אף דמחוייב לשלם המקצת דהא נחתינן לנכסיה כשא"ר לישבע כמבואר בסי' פ"ז מ"מ לא הוי מודה במקצת על השאר כמ"ש הש"ך בסי' פ"ז דאם נתחייב במקצת מכח משואיל"מ דלא הוי מודה במקצת על השאר ומה לי שא"י לישבע או שא"ר לישבע במקצת ואי מצד גילגול ג"כ ל"ה מחוייב שבועה כיון דעיקר השבועה בא על טענת שמא של התובע:

סימן שמו

א אבל באמירה עש"ך ס"ק א' דמוכח דבאמירה בלא הכנה וכו' ולא ידעתי איך יתיישב בזה קושיית התוס' ר"פ השואל וצ"ל דכוונתו דכשאומר לו בפי' שיעשה לו מלאכה מיד הוי כהכנה וגבי שתלא וגם באפי' לא אמר לו בשעת שאלה אלא שיש עליו החיוב שנתחייב מקודם אמנם לפענ"ד דאף התוס' מודים דבעינן הכנה דוקא והתו' פ' חזקת הבתים רצו להשמיענו דין מחודש דאף היכא שמכין עצמו על שמירה דלמחר לא מהני כיון שקבע זמן כמ"ש הסמ"ע ס"ק ד' ובתוס' אף שהיו יכולין לתרץ כמו בפ' השואל מ"מ באו להשמיענו דין מחודש:

ב נשאל לו העבד בלא דעת רבו משמע דמה שאל העבד מדעת רבו הוי שאילה בבעלים והתוס' בב"מ דף צ"ט הוכיחו דלא הוי שאילה בבעלים רק היכ' דשאל הבעל ושלח עבד במקומו אבל כששאלה עבד לבד עם הפרה הוי כשואל ב' פרות וכן מוכח מש"ע גופי' בסימן ש"מ דאיצטריך לטעם יד עבד כיד רבו ולא כתב הטעם משום דהוי שאילה בבעלים לכ"נ דכאן מיירי כגון ששאל בעל הפרה ונשאל העבד מעצמו לעשות מלאכת רבו וקאמר דאפילו בזה לא הוי שאילה בבעלים אבל אם שאל העבד לבד לא הוי שאילה בבעלים אפילו הוא מדעת רבו כנ"ל:

ג יום שהוא יושב לעשות מלאכתו וקשה הא לקמן בסעיף ט"ז גבי בעל בנכסי אשתו משמע דאפי' בשעה שאינה עוסקת וכ"כ הסמ"ע שם בס"ק כ"ו ע"ש וכן בשותפין לעיל בסעיף ז' משמע דהוי שאילה כבעלים אפי' בשעה שאינו עוסק ולכ"נ דדוקא הכא בשתלא ס"ל להרמב"ם דבעי עוסק במלאכתו דוקא דבעוסק במלאכת אחר ס"ל להרמב"ם דלא הוי שאילה בבעלים והטעם לזה דהא בשותפין אמרינן ברירה שבשעה שהשותף הזה צריך לזה הוי כשלו לגמרי כמבואר בר"ן בנדרים ר"פ השותפין וממילא הכא כשהאחר צריך להשתלם הוי כשכיר לו כולו לזמן ההוא ולא הוי שאילה בבעלים בזמן ההו' לאחר ולפ"ז ממילא אפי' כשאין אחר צריך לו לא נק' משועבד להשואל כיון דאי היה אחר צריך לו באותו שעה לאו משועבד לו כלל ולכך צריך בשעה שהי' עוסק במלאכת השואל דוקא אבל בשני שותפין כיון שכל שעה השותף משועבד לעסוק בשל חבירו הוי בעלים עמו והי"ח שהו' הראב"ד ס"ל כמ"ש בש"מ ב"מ ל"ז דאפי' בשעה שעוסק במלאכת האחר ג"כ מיקרי עמו במלאכתו משום דבשעת שעוסק במלאכת האחר יש טובה לכולם שנעשה פנוי מעסקיו שיהיה יכול לעסוק במלאכת השואל אח"כ וממילא הוי כעוסק במלאכת כולם אף כשאינו עוסק רק במלאכת אחר ולכך אף שאינו עוסק כלל במלאכה מ"מ מחוייב הוא לעסוק במלאכה וזה שכתב הראב"ד מידי דהוה כשותפין ששכרו שכיר חודש ולכאורה לפמ"ש הסמ"ע אינו מובן דמה פשוט ליה יותר בשותפין ששכרו יותר מבשתל' דהא שתלא ג"כ הוי שותפין בהשכיר שנה ולפמ"ש שפיר כתב הראב"ד מידי דהוה שותפין ששכרו שכיר לעסוק תמיד במלאכת השותפין יחד דודאי הוי בעלים לכל אחד דהא עוסק במלאכת כל השותפין וה"נ אפי' אם השתלא עוסק במלאכת אחרים דומה גם כן לעוסק במלאכת כול' כיון שהו' צורך לכולם דהא נעשה פנוי מעסקיו ומשועבד כל שעה לעסוק במלאכת כולם כמ"ש הש"מ שם:

ד לשנותה לאחרת ועיין בספרי מקור חיים סי' תכט דמיירי דוקא במלמד בחנם וע"ש טעמא דמלתא:

ה וכן הדין בש"ץ עם קהל וע' ברשב"ץ שכ' דדוקא בשעת התפלה ונראה דאפי' הוא בזמן הראוי להתפלל כמו בשותפין ושתלא לעיל שכ' הראב"ד דבזמן הראוי למלאכה הוי שאילה בבעלים כיון שמחויב לעסוק אבל אחר תפלה אינו משועבד לעסוק וכן בקהל עם הש"ץ בזמן התפלה כיון שא"י לסלקו ומחוייבים לשמוע ממנו הוי כתלמידים עם הרב המבואר בסעיף יג:

ו שהוא עמו במלאכתו הא דלא נקט הטעם דהוי לוקח משום דנ"מ בסילק עצמו מפירות ומירושה דאז לא חשיב לוקח מ"מ פטור משום שמירה בבעלים:

ז אפי' פשע עסמ"ע וש"ך שתמהו דהא בלוקח ל' יום פסק בסעי' יח דהוי ש"ח ולפד"נ לתרץ דהא בלא"ה קשה מה"ת יהיה לוקח ל' יום ש"ח אפילו לא קיבל שמירה הא בעינן דוקא בשומר שיאמר שמור לי כמש"ל בסי' רצא ועוד דמ"ש משותפין שכתב הש"ך בסי' קעו ס"ק טו דאפילו ש"ח לא הוי מטעם שלפעמים זה שומרו ולפעמים זה שומרו ולעולם אחריותו על שניהם ע"ש דמשמע מדבריו דאפילו במקום דלא הוי שמירה בבעלים פטור מטעם דלא הוי שומר כלל ע"ש ובחידושי שם וע"כ צ"ל דבמוכר ל' יום איכא אומדנא דמוכח דנתנו לו אדעתא דשמירה דכשלקחו לעשות מלאכתו בביתו ל' יום הוי כאלו התנה שישמרנו ג"כ דהא ודאי לא היה דעתו שהמוכר ילך עמו לביתו לשמור וממילא המשיכה שעשה לקנין הוי משיכה ג"כ לשמור והרמב"ן במלחמות ס"פ החובל כתב שאם מוכח מענייננו שאדעתא דשמירה מסר לו חייב אפילו לא אמר שמור לי משא"כ בשותפים בגוף הבהמה ל"מ בקנו מאחר דבשעה שעשו שניהם משיכה לא עשו משיכה רק בשביל קנין לקנותו מן המוכר והמשיכה לא היתה כלל שיתחייב זה כנגד זה בשמירה אלא אפי' קנה אחד מחבירו חצי הבהמה שיהיה שותף עמו בגוף הבהמה מ"מ כיון שלא התנו עמו בשעת מקח על חלוקת הזמנים למלאכה ושמירה אין א' יכול לכוף את חבירו על חלוקת זמנים דאולי יטעון השני גוד או אגוד או להשכיר לאחרים כשעומד להשכיר כמבואר בסי' קעא או אולי יעשו מלאכה וישמרו ביחד ואז אח"כ כשנטל אחד לשמרו לעשות מלאכתו אינו מוכח מענייננו שנוטלו אדעתא דשמירת חלק חבירו ג"כ דאולי אינו רוצה רק לשמור חלקו או לעשות מלאכתו עד אחר חלוקת זמנים (דאז באמת נעשה ש"ש דהוי כאלו השכיר חלקו או שקיבל שמירת חלק חבירו בשכר שיעשה או שישמור האחר בזמנו חלקו) ולפ"ז באשה שהכניסה הבהמה בשעת נישואין ולא הודיעתו שהיא שאולה כשנוטל אח"כ לעשות מלאכתו סתם מסתמא לא נעשה שומר עד שיקבל שמירה בפי' כיון שיכול לכופה לעשות מלאכתו בלא קבלת שמירה ואם תרצה שתהא הבהמה משומרת תלך בעצמה לשמור דאשה חייבת עצמה בשמירת חפצו של הבעל ועוד דהא הבעל לא הוי אלא ש"ח והבהמה היא שאולה בידו ובמקום שמגרע לשמירה ודאי דאסור למסור לו הבהמה עד שתהא בעצמה אצל המלאכה שעושה עם הפרה כמבואר בסי' רצא דבמקום שמגרע לשמירה אפילו ברגיל להפקיר אסור נמצא שבתחלת הקנין הקניתו לו שתהיה היא בעצמה השומר וא"כ אף שאח"כ אינה אצל המלאכה לא מוכח שמקבל לשמירה כיון שיכול לעשות מלאכתו בלא קבלת שמירה עד שיקבל בפירוש:

ז) מפני שהוא כלוקח ואף דהרא"ש בכתובות דף עט פסק באם שהכניסה לו פרה שאין לה בה אלא הפירות שצריך למכור הפירות ליקח בדמיהן קרקע והוא אוכל הפירות

וא"כ אם נתנה לו רשות להשתמש בהפרה לכאורה נראה דהוי שואל גמור אמנם נראה דמ"מ פטור דרשות בעלמא השאילה לו כיון דהמעות שיתן לה לקנות בהן קרקע ג"כ יהיו שלו דהא מתקנת אושא נקרא לוקח גם על הגוף והוי ככולו שלו וזהו כוונת הש"ס במה שאמרו בב"מ דבעל לוקח הוי מתקנת אושא ומ"מ נראה דאם סילק עצמו מהפירות דלא הוי לוקח רק על הגוף והיא השאילה לו הפירות דמי לב' שותפין שאחד יש לו קנין הגוף ואחד קנין הפירות ושאל בעל הגוף מבעל הפירות ודאי דהוי שואל על שיוי קנין הפירות וע' בחידושי לש"ס שישבתי בזה קושית תוס' בב"מ דף צו ד"ה שואל הוי ע"ש:

ח לא מפטר מטעם שמירה בבעלים לכאורה קשה כיון דע"כ מיירי הכא שלא הודיעתו דאי הודיעתו הא כתב לקמן דחייב הבעל באונסין א"כ מה בכך שהחפץ אינו שלה הא לא נכנס אדעתא דחיוב דהא קסבר שהוא שלה והוי בבעלים דפטור ודמי לסי' רצא סעיף ד' דיכול לומר לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר כסף ולק"מ דהא ע"כ הא דמסיק המחבר בהודיע שהוא חייב ע"כ היינו שהודיעתו בשעת נישואין דהוי כהתנית עמו שאין רצונה להתנסבא לו ולהכניס לו הפירות אלא באם שיקבל עליו אונסין ואינה רוצה להקנות לו הזכות אלא עם החוב אבל אם הכניסה סתם ולא הודיעתו אף שאח"כ השימוש הודיעתו מ"מ כיון שבשעת נישואין הקנית לו סתם וקיבלת החיוב ע"ע ואח"כ כשהוא משמש עם הפרה בשלו הוא משמש לפי המסקנא דלוקח הוי וע"ז כתב שפיר כיון שהחפץ אינו שלה לא הוי שמירה בבעלים כשהוא משמש בהפרה ה"ל משמש ע"ד זה שאינו משמש בבעלים דהא הודיעתו שאינו שלה ואינו פטור רק משום דהוי לוקח:

ט וכן גזלן לכאורה קשה דהא סתם גזילה יאוש בעלים כמבואר בס' שי"ח ומבואר בסי' שס"א סעי' ו' דאפילו אם אכלה השני בגזל לאחר יאוש דפטור השני מקרא דאשר גזל ע"ש וא"כ מכ"ש כשנאבד והרי אין החיוב נגד הנגזל אלא נגד הגזלן ונגד הגזלן הוי שמירה בבעלים וע"כ צ"ל דמיירי שידוע שלא נתייאשו הבעלים אך עדיין קשה כיון דע"כ מיירי בלא הודיע שהיא גזולה דאי הודיע שהיא גזולה השני כשנשתמש בו הוי כשואל שלא מדעת דהא כ"ז שלא נתאיישו ברשותא דמרא קיימא כמבואר בסי' רצא וחייב מטעם גזלן ואי כשלא נשתמש הא משיכה אינו קונה בשואל ש"מ כמבואר בתי' ב"מ ד"ה חדא לומר וא"כ בלא הודיע הרי יכול לומר לא קבלתי עלי חיוב אונסין כלל דהא סברתי שהגזלן הוא הבעל החפץ והוי דבעלים ונראה דמיירי שנשאל לו הבעל בעצמו והשואל לא ידע מזה דג"כ פטור כמבואר לעיל סעי' ד' ע"ש והרי נכנס בחיוב שמירת שואל אך עדיין קשה דודאי אם בשעה שגוזלו היה שוה דינר ובשעה שמתה ביד השואל היה שוה ד' דהגזלן לא נתחייב רק בדינר כמבואר בסי' שסב סעי' טז והשואל

כיון דאשעת אונס הוא דמיחייב ובשעת אונס שוה ד' ודאי דהשואל משלם ד' להגזלן דהא הגזלן קנה לה בשינוי וכמו דגוף השברים אף דנתייקרו ושווין יותר מהדמים שהיה גוף החפץ שוה בשעת גזלה הן של גזלן דקני לה בשינוי כמו כן השבח זה שמשלם השואל שנעשה אחר האונ' דהא קיימ' לן דמשע' אונסין הוא דחייב בתשלומין והרי נולד השבח אחר האונ' דהיינו אחר השינוי ולא שייך לומר בזה כיצד הלה עושה סחורה וכו' כיון שבשעת שאולה הריוח הוא שלו לא של חבירו דכבר קנה לה לכן נראה לפי עניות דעתי דמכל מקום לא הוי שמירה בבעלים כיון דבשע' שאלה לא היה שלו ולא היה מיחשב בעליה בשעת שאלה רק בשעת שכורה נעשה הוא בעלים של החפץ ואנן בעינן בעלים בשעת שאלה ולפי זה אפילו אם קנה אותו בדמים אחר שהשאיל הבעלים לא חשיב בעליו עמו:

סימן שמח

א הגונב ממון של עכו"ם עש"ך ס"ק ב' עד וצ"ע ולפעד"נ ליישב דנהי דהגניבה הוא איסור דאורייתא מוחשב או מואכלת כדאית' בב"ק דף קי"ג מ"מ הא בישראל גופיה אלו לא היה כתיב עשה דוהשיב את הגזילה הוי אמרינן אף דעבר אלאו דלא תגנובו מ"מ איסורא דעבד עבד ובהשבה אינו חייב רק דבישראל רחמנא נתקיה לעש' דוהשיב את הגזילה אבל בעכו"ם נהי דקרא דוחשב לדרשה גמורה אתי מ"מ היכן מצינו דחייבי רחמנ' בהשב' לעכו"ם והשב' לעכו"ם אינו אלא משום קידוש השם וזהו שדקדק הרב בהג"ה באה"ע דא"צ להחזיר רק משום קידוש השם וא"ל מהא דאית' בבכורו' דף י"ג לריעך אתה מחזיר אונא' ואי אתה מחזיר לעכו"ם אלמא דאי היה אסור חייב ג"כ בחזר' ז"א דודאי אי לא הוי מיעוט הוי אמרינן מקרא מלא דיבר הכתו' בין לישראל בין לעכו"ם וא"כ עשה דהשב' קאי ג"כ על עכו"ם אבל כשיש מיעוט דהקר' לא איירי רק בישראל רק דילפינן איסור' מקרא אחר דוהשב כדאי' בב"ק קי"ג מנין לגזל עכו"ם שהוא אסור ת"ל וחשב וע"כ צ"ל או דס"ל דנלמד מהונא' אי לאו קרא דוחשב או דס"ל דמסבר' לא איירי קרא רק בישראל ואצטריך למילף מקרא דוחשב א"כ השבה מנין הא בהאי קרא לא כתיב עשה דהשבה וע"כ חיוב השבה אינו אלא מדרבנן ואי קשי' נהי דאינו חייב בהשבה מ"מ הא לאו דידיה הוא דהא לא קנה אותו ואמאי מקודשת הא בדבר שאינו שלו קידשה לו וכמ"ש המ"א בא"ח סי' תרל"ז ס"ק ג' בשם ס' יראים דאפילו גזל עכו"ם מותר מ"מ לאו שלו לענין סוכה ז"א דבקידושין לא שייך זה דכיון דההנאה בדבר זה מותר מדאורייתא והוא המציא לה הנאה זו מקודשת בשכר הנאה שהמצי' לה וראיה

ממ"ש הר"ן בפ"ב דקידושין דאם קידשה בחליפי איסור הנאה דמקודשת כיון דלדידיה שרי' דמקודשת מטעם שכתבתי דכיון דהוא המציא לה הנאה המותרת לה מקודשת כמו בדבר עלי לשלטון:

ב דהיה ליה להשיב אבידה נראה דאפילו בא ליד ראובן אחר יאוש חייב ואף דמבואר בסי' שמ"א סעיף ו' דגזל ונתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דפטור ומה"ת יהיה גרע החזרה לגנב מאלו אכלו בעצמו מ"מ חייב כאן דאפילו באכלו לא פטור רק בפרעו השני לא' או מחל לו דבלא פרעו חייב מדרבי נתן כמ"ש הר"ן ר"פ הגוזל ומאכיל ומש"ה כשידע שהוא גנוב ונשתעבד הוא מדר"נ לא מהני מה שפרע להגנב כמ"ש הש"ך בסי' פ"ו ס"ק י"ד אמנם אחר יאוש ויש לו נכסי להגנב רק שהוא אלם צ"ע כיון שכ' הש"ך שם דשיעבודא דר"ן לא הוי רק במשועבדים ובמשועבדי' הדין דאם גזלן אנס דאינו גובה ממשעבדי משום דעתידין בעלי זרוע ליפול ואפשר דכיון דבשעה שהיה הגניבה בידו לא היה לו פסידא והיה מחויב להחזיר והחזירו לגנב חייב לשלם:

ג הטמין הגנב ע"כ מיירי אף שהיה לגנב איזה טענה דאל"ה למה ליה לומר שהגנב לא היה לו להבריח הגניבה הא אפי' היה הגנב יכול להבריח הגניבה חייב משום השבת אבידה כמו בסעיף ז' בהג"ה אלא ודאי דמיירי שהגנב היה לו טענה ומכל מקום כל שהגנב אינו יכול להבריח הגנבה והיה בודאי מוחזר לבעלים חשוב כאלו הוא כבר מוחזר וחשוב המבריח כאלו הוא בעצמו גנבו וחייב שהרי הוא מזיק שלו בידים:

ד י"א דהמשלח חייב עש"ך סעיף קטן ו' שתמה על הד"מ שכתב בשם הנ"י דהשליח חייב שלא כ' הנ"י כן וגם אין לזה טעם כלל דמה"ת יתחייב השליח שלא ידע. ולפענד"נ שכוונת הד"מ שהשליח חייב להבעלים בחיובא דהשומרים דהיינו כשהיה שואל ומת נתחייב השואל להבעלים כמו בשכר פרה והשאילה לבעלים וכ"כ באמת הנ"י שם ע"ש אך דין זה שכתב הנ"י תמוה בעיני דבשלמא בשוכר והשאילה לאחר מן הדין חייב השואל שכבר קנה השוכר ויכול להשאיל ימי שכירותו ונעשה שואל תדע דלרבנן חייב השואל לשוכר ממילא לר"י חייב השואל לבעלים מטעם דכיצד הלה עושה סחורה וחיובא דשואל ושוכר שייך להבעלים משא"כ הכא דהגנב לא קנאה כלל ומה"ת יהיה לו לשואל דין שואל כיון שתיקנו משיכה בשומרי' וכיון דהדבר שאינו שלו השאיל לו ולא קנה לו בהמשיכה דהא אפילו כשואל ש"מ כתבו התוס' בב"מ דף מ' דאינו חייב משעת משיכה רק כששימש בו והכא מבואר במשנה דחייב משעת משיכה ובאמת צריך עיון דין זה למעשה עוד כתב הש"ך להוכיח שלא כדעת התוס' דס"ל דבשוגג יש שליח לד"ע והנה בקצה"ח הוכיח ג"כ כהש"ך מהא דמכות בהוסיף לו רצועה אחת

ומוקי לה התם דטעם דיינ' במנין דחייב שליח ב"ד גלות אף שהיה שוגג ולפעד"נ דאין ראיה משם דהנה מהא דשליח חייב בשוגג אין ראיה דהא כתב הש"ך בסי' קצ"ב ס"ק ז' דאף במקום שיש שליח לד"ע לא חידשה רחמנא רק לחייב המשלח ולא לפטור השליח עמ"ש שם דבשליחות יד פטור השליח אמנם טעמ' אחרינ' איכ' התם כיון דריבה רחמנא חיוב' דהמשלח וש"י בעי קנין וממילא כיון שנקנה להמשלח שוב ליכא קנין להשליח ולכך פטור וכן במעילה פטור השליח דבמעילה כיון שמעל המשלח נפק לחולין ופטור השליח וכן בטביחה ומכירה אין חייב כלל על השליח דאין הטובח ומוכר אחר הגנב משלם ד' וה' אבל במקום שיש חיוב על השליח אלו עשאו מעצמו בלא שליחות אף ששלחו אחר לעשות מ"מ יש חיוב על השליח דרחמנא לא לפטור השליח בא רק לחייב המשלח כמ"ש הש"ך ולזה א"ש שחייב השליח ב"ד גלות ויותר היה לו להקשות דאמאי לא נתחייבו הב"ד גופייהו גלות שהן המשלחים להכות אך נראה דגם מהב"ד ל"ק דהב"ד אין חייבין על טעותן בדין גלות ועוד נראה דלענין מיתת ב"ד ודאי אין חייבין ע"י שליח שוגג דלא אישתמיט תנא לומר דחייבין מיתה על דיבורו להשליח לחלל שבת מיתת ב"ד א"ו כיון דהא דהמשתלח חייב בשליח שאינו בר חיובא נלמד מחצר דגניבה דליכא גביה רק מלקות ומיתה ממלקות לא גמרינן כו' והנה בתוס' בשבועות ד' ג' בד"ה על הזקן משמע דלמאן דס"ל דכשהשליח אינו בר חיובא חייב המשלח אפי' בשליח עכו"ם חייב ע"ש וכ"ה בשיטה בב"מ ד' מ"א ע"ש (ועמש"ל בסי' קפ"ב ליישב שלא תקשה הא אין שליחות לעכו"ם ע"ש) ולכאורה קשה דלפ"ז אמירה לעכו"ם בשבת יהיה דאורייתא ולכך נראה דדוקא עבירה שנעשה בישראל שהוא מצווה עליו המשלח חייב כשהשליח אינו ב"ח כגון כהן שאמר לישראל קדש לי אשה גרושה שע"י השליחות נתקדשה הגרושה לכהן וכן באקפי לי גדול שנעשה ישראל מוקף ע"י אבל באומר לעכו"ם בשל לי בשבת שהעכו"ם מותר לבשל בשבת ולא נעשה עבירה כלל ומה שאכל הישראל כשנתבשל אין בו איסור מדאורייתא כלל ולענין קושית התוס' ממעילה וקושית הפוסקי' מיואב נלפענ"ד דלא חשבינן שוגג לאינו בר חיובא לכפרה במעילה כיון דשוגג בר כפרה הוא דהוי ליה לעיוני חשיב השליח בר חיובא וכפרה משום דה"ל לעיוני דמה"ט חייביה רחמנא שוגג לכפרה א"כ כמו דחייבינן להמשלח בהכפרה יותר יש לנו לחייב השליח לעושה מעשה מטעם דברי הרב דלא היה לו לסמוך על אמירת השליח דהא מצינו באשה שניסת ע"פ ע"א שחייב קרבן וכן בהא דיואב שלא היה לו לסמוך על דוד כמו שלא סמכו עצמם עבדי שאול כמבואר במכות משא"כ הכא גבי גנב שציוה לשומר למשוך מרשות בעלים דנראה דלא חשיב כלל בע"כ מותיב ביה כחצר כיון שהי' הגנב בעצמו יכול ליטלו

נמצא שהיה במקום שאינו משומר ודאי אף דספק הניח ומכ"ש בודאי הניח לא יטול מ"מ בכה"ג להציל מהגנב יכול השומר לקבלו לשמור והי' מחויב בדבר משום השבת אבידה שאם לא יקבלנו הוא יגנבנו הגנב וכן אפי' נתנו לבע"ח כ"ז שאינו אוכלו ואינו מחזירו לגנב אין בו איסור ויש לו שהות לעיוני קודם שיחזירו לגנב ומשיכה דהשתא שמצילו מן הגנב מצוה היא ולכך כתבו התו' שפיר ולא שייך גבי' דברי הרב כיון דא"צ לחקור בשעת נטילה ובודאי יקחנו הוי כחצר דבע"כ מותיב ביה ולכך חייב המשלח:

סימן שנ

גנב חלבו עש"ך ס"ק א' מה שתמה בדברי הרא"ש והטור ולפי עניות דעתי ליישב דדעת הרא"ש והטור דלר"י הסנדלר דסבירא ליה מעשה שבת אסור אפי' אי שחיטה שאינה ראויה שמה שחיטה מ"מ מד' וה' פטור דממ"נ אי ציו' לו לשחוט בשבת מבואר הוא במ"ל פ"ג מהל' גניבה דפטור המשלח כיון שנתערב איסור אחר אמרינן אין שלד"ע ואי עשאו לשחוט סתם והשליח שחט בשבת אין לך שינוי בשליחו' גדול מזה לר"י הסנדלר דס"ל מעשה שבת אסור לשחוט דלשחוט ולהתיר שלחו ולא לאוסר' ואין לך מעביר ע"ד בעה"ב גדול מזה דבמעיל' ג"כ אין המשלח חייב כששינה בשליחות והא דאיצטריך הש"ס לאוקמי כר"ש דס"ל שחיטה שא"ר לאו שמה שחיטה הוא מטעם שהתוס' הקשו דהא בע"ז אמרינן דלצעורי' קמכוין ותי' דמיירי שעשאו שליח לשחוט כרצונו ואפי' לע"ז ע"ש וטבח בשבת דומיא דע"ז קתני ומיירי ג"כ שעשאו שליח לשחוט כרצונו אפי' בשבת ובכה"ג ודאי דליכא שינוי בשליחות וגם לא נתערב איסור אחר בשליחות וחייב המשלח ומהאי טעמא לא מוקי מתניתין דטבח ביה כבטובח ע"י אחר כיון דמתניתין נמי תני בסיפא דטבח בשבת ולע"ז דפטור ובע"ז אא"ל טעמא דפטור' רק משום שחיטה שא"ר ותנא דמתני' ס"ל דשחיטה שא"ר שמה שחיטה ועוד נראה דלעולם אינו חייב בטבח בשבת ואפי' עשאו שליח לשחוט כרצונו אפי' בשבת דהא התו' הקשו בד"ה איסורי הנאה דכי שחט לאו דמרי' קא טבח דמכי שחט בי' פורת' קני בשינוי מעשה ותירצו דלא חשיב שינוי מעשה לקנות בכך והנה זה שייך בשחיטה כשירה כשמתחיל פורת' יכול להחזיר לבעלים ולומר להם הש"ל שעדיין לא אסרה בשחיטה והבעלים יכולים לגמור השחיטה ותהיה כשירה משא"כ בשחט בשבת שבפורת' קמא חילל שבת ואף כשיגמרהו השחיטה שלא בשבת אסורה ובפורת' קמא נאסרה משום מעשה שבת והתוס' בגיטין ד' נ"ג ד"ה גזלן הוא כתבו דכל היכא דאיכא היזק ואפי' הוא היזק שאינו ניכר למ"ד דשמי' היזק חשיב שינוי לקנות בכך א"כ ה"נ כיון דאסר' בפורת' קמא משום

מעשה שבת והיזק ניכר הוא ודאי דחשיב שינוי לקנות בכך ובגמר שחיטה לאו דמר' קא טבח ולכך פטור ואין לומר כיון דשוחט אינו חייב רק משום דתיקן להוציא מידי אבר מן החי א"כ בתחלת שחיטה עדיין מקלקל הוא ואין בו משום מעשה שבת וכ"כ התוס' בחולין ד' ק"ו בד"ה כגון ששחט מ"מ פטור מתרי טעמי חדא דדברי התוס' תמוהין דהא אין לך מקלקל ע"מ לתקן גדול מזה דהא מתחיל בשחיטה ע"מ לגמור ולהתירה לכ"נ כמו בקורע ע"מ לתפור וראי' לזה משבת דף קל"ג במל סמוך לביה"ש של מוצאי שבת שחייב כשלא גמר המילה בשבת אף דמילה ג"כ מקלקל הוא ואינו חייב רק מטעם דהוי תיקון גברא ועוד דהא מ"מ אסרה בפורתא קמא דהא באם שיגמור שחיטתה תיאסר משום מעש' שבת וכשלא יגמור תיאסר משום נבילי וכיון דנאסר' בודאי בפורתא קמא והיזק ניכר הוא הוי שינוי וקנא' ובגמר שחיטה שלו הוא טובח והא דהוצרך לומר בש"ס ס"ל ג"כ כר"ש היינו משום ע"ז ושור הנסקל דבע"ז ע"כ מיירי באומר בגמר הוא עובדה וממילא ליכא שינוי בפורתא קמא ולא קנה ליה עד גמר שחיטה ומה"ת לא יתחייב ד' וה' בטובח ע"י אחר ומש"ה הוצרך לומר ר"ש הוא ומטעם שחיטה שא"ר וכן בשור הנסקל דע"כ מיירי בשומר ומטעם גורם לממון ולא אסרה בפורתא קמא דבלא"ה איסורה הוא וע"כ הא דפטור בטובח ע"י אחר הוא מטעם שחיטה שא"ר וכיון שהוצרך לומר ר"ש הוא ממילא שוב צ"ל גם גבי שבת משום שחיטה שא"ר דבר"פ הגוזל קמא אמר ר"ש בן יהודה דשינוי אינו קונה וע' ברשב"א ובש"מ שם דאפי' בשינוי גמור כגון בטוואו וארגו לית ליה שינוי קונה ולפ"ז אפי' במעשה שבת צ"ל דטעם משום שחיטה שא"ר ולכך פריך שם שפיר דלמ"ד מעשה שבת דרבנן שחיטה ראוי' היא ולפ"ז לדידן דס"ל דשינוי קונה אז לר"י הסנדלר אפי' שחיט' שא"ר שמה שחיטה פטור בטובח ע"י אחר מטעם שינוי בשליחות ומטעם שינוי קונה כמש"ל ולזה אף שבאמת כוונת הרא"ש הוא כמ"ש הש"ך דהש"ס מוקי לבריית' כר"י הסנדלר מ"מ הביאו אף שאין דרכו של הרא"ש להביא מה שאינו נוגע לדינא הביא דברים אלו ולא הביא רק דברי ר"י הסנדלר ולא הביא הא דר"ש דס"ל שחיטה שא"ר לאו שמה שחיטה כוונתו דלדינא במעשה שבת לר"י הסנדלר לחוד פטור משום דהוי שינוי בשליחות או משום דהוי שינוי בפורתא קמא אף אם שחיטה שא"ר שמה שחיטה ולכך העתיקו גם הטור לענין דינא דפטור מד' וה' בשוחט בשבת ע"י אחר ואף דלא קיי"ל כר"י הסנדלר חדא דאף לר"י חשיב שינוי בשליחות כיון דאסרה לדידיה ועוד כיון דאיכא פלוגתא במעשה שבת דלר"י הסנדלר אסור אף דלא קיי"ל כוותיה מכ"מ מיחשב מזיק דחייב לשלם כמ"ש הש"ך בי"ד סי' ד' ס"ק ה' גבי מנסך ע"ש וכיון דחיזק נקרא שינוי כמ"ש התוס' בגיטין כו' וקני לי' בפורתא קמא ולכך

פטור מלשלם ד' וה' ובקצה"ח שכתב דבקנס אף שהודה בפני ב"ד אחד ואח"כ בא לפני ב"ד אחר והביא עדים חייב כיון שבאו עדים קודם שהודה לפני ב"ד השני דחייב ומשמע דאפי' יש עדים שהודה כבר לפני ב"ד א' דאי ליכא עדים מנין ידעינן שהודה ולפענ"ד שאא"ל כן דהא בב"ק דף ע"ה גבי ר"ג אמרינן שם דר"ג חוץ לב"ד הודה משמע דאי הודה בב"ד אף שהביא אח"כ עדים בב"ד אחר שנפטר בהודאה ראשונה וגם מסתבר כך דכיון שכבר נפטר והביא עדים על כך מה"ת חייבוהו בב"ד שני ומה שדימה אותו לבאו עדים בב"ד ראשון ולא גמרו הודאה והודה זה בב"ד שני שהוא פטור לפענ"ד אין זה דמיון כלל דשם כיון דכל זמן דשם קנס על ממון זה וליכא עדים ובא לפני ב"ד שני והודה וליכא עדים לפני ב"ד שני מרשיע את עצמו הוא והיאך הב"ד יכולין לחייבו בדבר שעדיין קנס הוא ע"פ עצמו משא"כ שכבר הודה ונפטר מה"ת יחייבוהו הב"ד הב' מה לי שהודה לפני ב"ד זה או לפני ב"ד זה וכן מבואר בתשובת הרשב"א ח"ג סי' ק"י שהביא בעצמו בסי' זה ע"ש ומה שתמה על הרשב"א שפסק דבהחזיק הגניבה קודם שבא הדבר לפני ב"ד משום דאשר ירשיעון אלקים כתיב והבין בקצה"ח דהטעם הוא משום מודה בקנס וע"ז מקשה דהא אפי' בהקדישו הבעלים ביד גנב פטור מטעם דחזרה קרן לבעלים ופירש"י דכתיב אם המצא תמצא בידו וכאן דכבר בא הגניבה ליד הבעלים ושם לא הודה רק שהבעלים נטלו שלהן בעצמם לפעד"נ דאין כוונת הרשב"א משום דהוי מודה בקנס דהא חוץ לב"ד הודה רק דיליף מקרא אחר דהיינו מאשר ירשיעון אלקים ישלם שנים כתיב דהיינו שיתחייב שנים ע"פ ב"ד:

סימן שנא

עדיין הוא בעין שחייב להחזירו. והנה אם נשתנית הגזלה כגון שגנב טלה והוציאו באיסור שבת ונעשה איל נסתפקתי אם חייב להחזיר דכיון דהגנב קונה גוף הגניבה בשינוי ורק דמים בעי שלומי על השעה שגנבו וע"ז השעה הוא קלב"מ אמנם נלפע"ד שהנגזל נוטל הגזילה אף שנשתנית דקנין שינוי נלמד מקרא דוהשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר וא"ל דמים בעלמא בעי שלומי וכיון דהתורה חייביה בדמים הרי מוכח דרחמנא אוקמיה ברשותיה ובע"כ אוקמיה רחמנא ברשותיה בשינוי מקרא דאשר גזל דדוקא ביאוש בעינן ריצוי הגזלן אבל בשינוי קני בע"כ דהא חייב באונסין בע"כ וכיון דבמקום שהוא קלב"מ לא נתחייב בוהשיב דהא אפי' בגזילה בעין אין הב"ד יכול לכוף הגזלן לקיים השבה רק הנגזל בא ונוטל שלו כמ"ש בקצה"ח סימן ש"ן וכיון דאינו בוהשיב וליכא עליו חוב חזרה ממילא לא קני הגזילה וראיה לזה דא"כ בהא דאמרינן גנב

וטבח בשבת דפטור הל"ל רבותא טפי דגוף הבהמה נעשה של הגנב דהא קנאו בשינוי א"ו דכיון דאין עליו חיוב דמי' לגריעותא דידיה אין לו ג"כ קנין הגוף למעליות':

סימן שנג

א גנב טלה ונעשה איל עש"ך ס"ק א' שתים על קושית הב"ח בהא בש"ס אמרו דזה לא נקרא שינוי השם דעגל ב"י נקרא שור ותי' דאזלינן בתר לשון בני אדם ובלשונם איכא שינוי השם והש"ס הכי קאמר כיון דבלשון דקרא היא כך י"ל דגם בימי ר' אלעי נמי היה קורין כן ולדבריו צ"ל ג"כ בהא דב"ק דף ס"ד מריש שמו עליו כפירושו והוא דוחק נדול ולפענ"ד דשינוי השם בלא שינוי מעשה קונה מדאוריית' מכח שינוי השם לחוד בעינן שינוי השם דקרא כמ"ש הרשב"א גבי מין במינו בשמא דכל ששוין בלשון המקרא הוא מב"מ מטעם דכיון דכל שבא התורה והקפידה עליו וה"נ י"ל כן רק כוונת הטור והמחבר בשינוי השם שבא מחמת שינוי מעשה דמבואר בסי' ש"ס ס"ו בהג"ה דבעינן שנשתנה שם הגזילה מחמת שינוי מעשה ע"ש ובזה ודאי סגי בשינוי השם בל' ב"א דשינוי השם גמור בלא שינוי מעשה סגי וא"ש:

ב וי"ח. עש"ך ס"ק ד' שפסק להלכה דשינוי רשות קודם יאוש לא קנה כיון דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש (ויש ט"ס בש"ך וכצ"ל שסמך עצמו על מה שלא הביא דברי ר"פ וליתא דהא פסק בפ' א"מ הלכה רווחת כאביי וכו' כצ"ל) וכוונת קושיתו הוא דקשה מאי מקשה על אביי מהא דגנב וגזלן הא י"ל דאביי ס"ל דש"ר ואח"כ יאוש מהני ומש"ה בגנב וגזלן אף דבשעת נתינה לזה הוי יאוש ש"מ דלא הוי יאוש מ"מ כשנתוודע אח"כ להנגזל ונתייאש הא הוי ש"ר ואח"כ יאוש דמהני אלא ודאי דהא בהא תליא דלאביי יאוש ש"מ לא מהני מטעם דבאיסורא אתי לידיה ממילא ג"כ ש"ר ואחר כך יאוש לא מהני מה"ט כן הוא כוונת הש"ך: ולפענ"נ ליישב דהנה בלא"ה הקשוה תוס' דהא בב"ק דף קט"ו מוקי הש"ס פלוגתא דרב ור"י בש"ר ואח"כ יאוש דר"י סבר לא קנה והלכה כר"י והה"מ תי' דר"פ לא ס"ל כהך אוקימת' ע"ש ולפענ"נ מוכח מסתמא דש"ס דהלכה דש"ר ואח"כ יאוש לא קנה דמהרש"א הקשה שם בהא דאמר שם דינא דלוקח לשקול זוזי מגנב דאמאי לא מוקי כדמעיקרא ע"ש ולתרץ נראה דהש"ס בעי לאוקמי שיהיה ר"י כהלכתא דהא קיי"ל דעשו תקנת השוק ולכך מעיקרא דבעי למימר דפליגי בדר"ח מוקי לה ג"כ באופן שיהיה ר"י כר"ח ואח"כ כשמוקי לה דפליגי בשינוי רשות ואח"כ יאוש מוקי לה באופן שיסבור ר"י דש"ר ואח"כ יאוש דלא קנה אלמא דהלכתא דלא קנה. ולכן נראה דדעת הרמב"ם הוא דהא דאמר רב זביד בב"ק דף קט"ו דפליגי בש"ר ואח"כ יאוש

אי קני דרב סבר דקני ע"כ לאו קנין גוף הגזילה דהא גוף הגזילה בלאו ש"ר קני דהא רב ס"ל דיאוש כדי קני בב"ק ס"ז אלא ע"כ הא דמצריך הכא לרב ש"ר הוא לענין שא"צ להחזיר אף דמים ולזה הא דאמר ר"י הדין עם הכ' דהיינו לענין שעכ"פ צריך הב' להחזיר דמים ונגד זה אמר התם דס"ל דיאוש ואח"כ ש"ר לא קני היינו שלא קני לגמרי שצריך להחזיר דמים וכמ"ש התוס' בב"ק ס"ז סוף ד"ה אמר עולא דהא דתני בברייתא ומחזיר לבעלים ראשונים משום דיאוש כדי לא קני דאפי' לרבה משום דמכל מקום צריך להחזיר הדמים ע"ש. ולפ"ז שפיר פסק הרמב"ם כיון שהוא פסק דאפילו ביאוש ואח"כ ש"ר קנה ומחוייב להחזיר הדמים כמו שאבאר בסמוך דזה תלי' במחלוקת אמוראים ולזה כ' שפיר דאין חילוק בין ש"ר ואח"כ יאוש ליאוש ואח"כ ש"ר דקנה ומחזיר דמים ופסק כר"י ולזה שוב ל"ק ג"כ מהא דגנב וגזלן שהקשה הש"ך דקושית הש"ס מהא דכלל גנב וגזלן וירדן בהדדי ומשמע דכמו דירדן פטור אף מליתן הדמים דהא אבידה ששטפה נהר היא כמו כן גנב וגזלן שנטל מזה ונתן לזה פטור אף מדמים ואי מטעם ש"ר ואח"כ יאוש היה צריך להחזיר הדמים דבש"ר ואחר כך יאוש לאביי דס"ל דיאוש ש"מ צריך להחזיר הדמים כיון דבאיסורא אתי לדידיה וה"נ כש"ר ואח"כ יאוש דצריך להחזיר הדמים וכמו שאבאר משא"כ אם נאמר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש מטעם האומדנא הוי היאוש קודם ש"ר דאז להש"ך דס"ל דרק בגנב מפורסם פסק הרמב"ם דצריך להחזיר הדמים מיירי הכא בגנב שאינו מפורסם וכן לפמ"ש בסמוך דתליא בפלוגתא דאמוראי י"ל דאביי ס"ל דיאוש ואח"כ ש"ר א"צ להחזיר הדמים א"נ י"ל דס"ל יאוש כדי קני דאז כיון שנעשה ביד הגזלן הקנין של היאוש ונעשה של הגזלן ודאי דאין הלוקח ממנו צריך להחזיר הדמים:

ג אבל מחזיר הדמים. עש"ך ס"ק ח' שהק' מהא דב"ב דף מ"ד והוא לעיל בסימן ל"ז דפרה וטלית מעיד עליה ואי ס"ד דצריך להחזיר הדמים נוגע בעדות הוא ודוחק לומר דמיירי שידוע שלא נתן יותר ממה ששוה ובתומים סימן ל"ז כתב וז"ל דאין זה דוחק רק דעיקר הקושיא מהא דמוקי לה התם בב"ב ביורש וקאמר התם דלמ"ד דרשות יורש כרשות לוקח דמי ניחא וביורש לא שייך תקנת השוק וא"כ נוגע בעדות הוא והפ"י הקשה מהא דריש פרק הגוזל ומאכיל דרמב"ח אמר הטעם בהא דהניח לפניהם פטורים מלשלם משום דרשות יורש כרשות לוקח דמי אלמא דיאוש ושינוי רשות פטור לגמרי ומצאתי בשיטה שמקשה קושית אלו. ולפעד"נ דהא אי צריך להחזיר הדמים ביאוש וש"ר תליא במחלוקת האמוראים דהנה התוספת לעיל דף ס"ט בד"ה כל שלקטו כתבו וז"ל דאי יאוש קנה בכל ענין אפילו אם אין הגזילה ברשות הגזלן בשעת יאוש א"כ יאוש דהכא (ל"ה) אלא כלפי דידיה כו' ואפילו אם תמצא לומר דלא קני אא"כ הגזילה ברשות הגזלן

אבל אם הוא ברה"ר כל המחזיק בו זכה בו א"נ למ"ד יאוש כדי לא קנה וכל המחזיק בה זכה בה וכו' מ"מ כיון שכל אחד אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן לפטור עצמו מהנגזל ואם כבר זכה בו אחר לכל הפחות חייב לשלם דמים לגזלן כדאמרינן לעיל דאפי' למ"ד יאוש לא קני חייב גנב שני לגנב ראשון קרן וכו' והנה דין זה שכתב הרמב"ם דביאוש וש"ר צריך לשלם דמים א"א לומר זה רק לפי הסברא שכתבו התוספת דיאוש הוי רק מתנה לגזלן כיון דהגזלן מחוייב ע"כ להחזיר הדמים בעד הגזילה י"ל דהוי כמו שיור בקנין להגזלן עד שיתן הדמים ולכך כשמכר לב' צריך הלוקח ליתן הדמים בעד הגזילה כיון דהוה שיור. בקנין וכמ"ש בקצה"ח אבל לפי הסברא הב' שכתבו התוספ' דיאוש הוי הפקר דכל המחזיק בו זכה רק שאסור לזכות בה מפני שהיא צריכה לגזלן ממילא כשהגזלן מחלו ברצון הלוקח יכול לזכות בו מן הנגזל בתורת הפקר ואז בודאי א"צ ליתן דמים להנגזל כיון שכבר הפקיר וכן לפי סברת הפ"י שכתב הטעם בהא דיאוש לא הוי כהפקר משום דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו והנה הב"ש באה"ע סימן כ"ט ט"ז כתב דכששניהם הקדישו הוי הקדש וא"כ ה"נ כשהגזלן מכרו ללוקח הוי כאילו שניהם הקנוהו כיון דהא' ג"כ הפקירו והפקר חשיב כדעת אחרת מקנה כמ"ש המרדכי פ"א דמציעא והוי כאילו נעשה הקנין בריצוי שניהם דמהני והנה הפלוגתא בב"ק קי"א גבי רמב"ח ורבא אי רשות יורש כרשות לוקח דמי נראה ג"כ דתליא בב' חילוקים שכתבו התוספות דודאי מסתבר טעמא דברא כרעא דאבוה ולא חשיב שינוי רשות רק זה שייך אם נאמר דיאוש הוי מתנה לגזלן והשינוי רשות הוא הקנין שייך לומר דהש"ר לא חשיב כיורש דהיורש מכח אביו בא לירש אבל אם נאמר דיאוש הוי הפקר לכל וכל המחזיק בו זכה בו מטעם יאוש דהוי כהפקר רק שאסור לזכות מפני שהיא צריכה לגזלן לקיים בה מצות השבה וכיון שכבר מת ונפטר מן מצות השבה ממילא היורש יכול לזכות בו מטעם הפקר ולא מטעם ירושה ולא גרע מאחר ולפ"ז רמב"ח דס"ל דרשות יורש כרשות לוקח ע"כ ס"ל דיאוש מטעם הפקר וממילא פטור ג"כ מליתן הדמים כיון דמהפקירא קא זכי ורבא ס"ל דרשות יורש לאו כרשות לוקח וע"כ הוא מטעם דס"ל דיאוש לא הוי כהפקר רק מתנה להגזלן וממילא חייב הלוקח ליתן הדמים כיון דהוי כמו שיורד בקנין כמש"ל ורבא מוכיח דינו מן המשנה דהא התוס' הקשו אמאי תני הגוזל ומאכיל פטורין מלשלם דהא אפי' נותן להם הגזילה בעין פטורין דהא איכא יאוש וש"ר ותי' ברוחק ולרמב"ח דמוקי מתני' לפני יאוש לא קשה מידי ולפ"ז י"ל לרמב"ח יאוש חשיב כהפקר ולאחר יאוש אפי' הגזילה בעין פטורים מלשלם דמים משא"כ רבא ס"ל כרנב"ח בב"ק קט"ו ומוקי למתני' לאחר יאוש וכיון דקתני דוקא הגוזל ומאכיל פטור מלשלם מוכח דבנותן

והוא בעין דאיכא יאוש וש"ר חייב לשלם דמים כמ"ש הרמב"ם וע"כ מטעם הנ"ל יאוש לא הוי רק מתנה לגזלן וכשיור בקנין דמי ולפ"ז ל"ק ג"כ מהא דפרה וטלית דאמר התם דלמ"ד רשות יורש כרשות לוקח ניחא דלפמ"ש א"ש דלמאן דס"ל רשות יורש כרשות לוקח באמת ס"ל דא"צ להחזיר הדמים וא"ל על הרמב"ם מהא דב"ק קט"ו דמקשה הא מתנות כהונה כלפני יאוש דמי ופליגי דתנן אמר לו מכור לי בני מעיה של פרה והיה בה מתנות וכו' אבל שקל לה הטבח הדין עם הטבח וכו' ומשמע דאילו היה לאחר יאוש א"ש הא להרמב"ם אפילו ביאוש וש"ר צריך להחזיר הדמים דז"א דשאני מתנות כהונה דכל שנעשה בהן קנין אפי' ע"י הגזלן עצמו פטור מליתן דמים כמבואר בב"ק ס"ו דאם לא הפסיק ליתן לו עד שצבעו פטור אך קשה דמ"מ במאי מיירי אי כשהגזילה בעין א"כ קשה הא דאמר התם דפליגי בדר"ח הא לרמב"ח אפי' כשהגזילה קיימת הדין עם הב' כמבואר בר"פ הגוזל ומאכיל ואי כשאכלו הא אפי' מזיק מתנו כהונה או שאכלו פטור ואי מיירי במכירי כהונה הא כתבו התוספת בב"ב דף קכ"ג בד"ה הכא במכירי כהונה שאם רצה יכול לחזור בו. ועוד דאי נימא דא"י לחזור בו א"כ הדרא קושיא לדוכתא יתחייב הב' דמים אפי' איכא יאוש וש"ר ולמה אמר בש"ס כלפני יאוש דמי ואין כאן מקומו. ולפמ"ש י"ל ג"כ קושית התוספת בב"ק ס"ז בד"ה אמר עולא שהקשו אהא דגיטין נ"ה דפריך לעולא ס"ל דיאוש כדי ל"ק מהא דגנב והקדיש ואחר כך מכר דאינו משלם ד' וה' ותני עלה בחוץ ענוש כרת וכו' דכתבו התוספת אדרבה תימה דל"פ מיניה לר"י דפליג התם ואמר יאוש כדי קני דא"כ כי לא הקדישו נמי אמאי משלם ד' וה' דשלו הוא טובה כמו דפריך בב"ק ס"ח לר"ל וליכא לשנוי כדמשני לקמן וכו' ולמש"ל לא ק' דלר"י י"ל דס"ל כסברא הב' שכתבו התוס' בב"ק ס"ח דיאוש קונה מטעם הפקר ואינו קונה כי אם כשמונח ברשות הגזלן בשעת יאוש וא"כ משכחת לדינא דמתני' כגון שלא היה בחצירו בשעת יאוש דאז לא קנה מטעם יאוש ואי לא הקדיש היה נתחייב על הטביחה ד' וה' משא"כ כשהקדיש וההקדש מהני והטעם דהוי יאוש וש"ר ויאוש וש"ר מהני אפילו במקום דיאוש כדי לא קני כלל ולכך פטור על ד' וה' משום דאי קטבח דהקדש קא טבח ול"ק כלל על ר"י משא"כ לר"ל דס"ל דלא משכחת חיוב ד' וה' אחר יאוש כלל וע"כ ס"ל דמהני יאוש אפי' אינו ברשות הגזלן כסברא הב' שכתבו התוספת בדף ס"ט דיאוש הוי כמו מתנה לגזלן לכך מקשה שפיר ולפ"ז מיושב גם כן קושית התוספת בד"ה דתניא שכתבו וז"ל מכל הני דפריך לרב הוי מצי למפרך לעיל לרבה ומהני דפריך לעיל לרבה ה"מ למפרך לרב ולפמש"ל לא קשה דרבה דאמר יאוש קנה דיליף ממוצא אבידה וכמוצא אבידה ודאי דיאוש לא קנה רק כשמונח ברשותו א"כ בגזלן ג"כ לא קני רק כשמונח

ברשותו וכשאינו מונח ברשות הגזלן יאוש כדי לא קני אם לא שיש עמו ש"ר דאז קני כמש"ל ולכך לא מצי להקשות מהך מתנית' דמקשה מיניה לרב דהוי מצי לאוקמי כגון שלא היה ברשותו דאז לא קני רק במכירה משא"כ לרב דאמר דלא משכחת משנה דאין הגונב אחר הגנב רק לפני יאוש משמע דלאחר יאוש לעולם קנאו הגנב וע"כ מטעם דהוי כמו מתנה לגזלן לכן מקשה ומהך דקרבנו ולא הגזול מקשה שפיר לרבה דמשום שינוי השם עדיין לא הוי ידע והיה סובר דהא הגנב והגזלן דהקדישן הקדש הוא מטעם דיאוש וש"ר פריך שפיר כיון דכבר נתייאשו הבעלים הוי כהפקר והקדש מהפקירא קא קני ליה ממילא לא מהני מצוה הבאה בעבירה כיון דלכל העולם יכול לזכות בו רק שאסור לזכות בו משום הגזלן וכשהגזלן הקדישו הוי כאילו נעשה בריצוי שניהם מקשה שפיר אמאי פסול להקרבה משא"כ לרב דס"ל דיאוש הוי מתנה לגזלן ונגד הגזלן הוי מצות הבא בעבירה ושפיר פוסלו רחמנא להקרבה:

ד מגנב מפורסם. עש"ך ס"ק (ה') שכ' דהרמב"ם לא כ' דצריך להחזיר דמים רק בגנב מפורסם ע"ש ודבר אמת נמצא בפיהו כי כן כתב בש"מ ר"פ הגוזל ומאכיל ע"ש ונראה לי דהרמב"ם הוציא דין זה מב"ק קי"ד דנטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר דתני עלה מחזיר לבעלים הראשונים שתמהו התו' בב"ק דף ס"ד דהא איכא יאוש וש"ר ועוד דבמשנה תני הרי הוא שלו ובברייתא תני מחזיר לבעלים הראשונים ולזה מפרק הרמב"ם דשם במוכסין וליסטים הטעם כיון דגנב מפורסם הוא ובאיסורא אתי לדידיה דאסור ליקח מגנב מפורסם ולכך אף דגוף החמור היא שלו כדקתני במתניתין מ"מ מחזיר הדמים כדקתני בברייתא. ומ"ש הש"ך דא"צ להחזיר רק מה ששוה יותר ממה שנתן כן הוא ג"כ בש"מ בשם הראב"ד. ואין לסמוך עצמו להלכה ע"ד הרמב"ם לומר דש"ר ואח"כ יאוש קונה ולסמוך עצמו גם כן אהנך דסבירא להו דבמקום שקונה א"צ ליתן דמים דבש"ר ואח"כ יאוש נראה דאא"ל כלל דא"צ ליתן הדמים דלא גרע מיאוש דאבידה דאם הגיע לידו קודם יאוש דצריך לחזור הדמים עכ"פ אף למאן דס"ל דיאוש קונה אף דאתי לידיה באיסורא כמ"ש התוס' בב"ק ס"ו בד"ה ה"נ כיון דמייאש ע"ש. ועוד נלפענ"ד דבידע שהוא גנוב אף הרמב"ם מודה דאפי' גוף החפץ ל"ק בש"ר ואח"כ יאוש דכיון שידע שהוא גנוב נתחייב להיות שומר עליו ולהשיבו לבעלים כמבואר בסי' שמ"ח סעיף ז' בהג"ה והרמב"ן כתב הטעם בהא דיאוש ש"מ דלא מהני מטעם כיון דנתחייב בהשבה ונעשה שומר של הבעלים והוי כמונח ברשות הבעלים דלא מהני ביה יאוש א"כ ה"נ בהגיע לידו קודם יאוש ל"מ יאוש אח"כ מה"ט גופי'. ולפז"נ דאפי' הגיע לידו בפקדון קודם יאוש ל"מ שוב אפי' מכר לו אח"כ אף שנעשה ש"ר אחר יאוש כיון שנעשה שומר

של הבעלים לא הועיל היאוש כלל וכלא נתיאשו דמי וזהו כוונתו של הישׁ"ש ב"ק פ' מרובה סי' ד' שכתב דבכה"ג הוי כש"ר ואח"כ יאוש דלא הוי רק כיאוש גרידא ובמג"ש סוף קידושין השיג עליו ולפמ"ש א"ש וא"ל לדעת התוס' דס"ל דיאוש הוי כמו מתנה לגזלן דא"כ קשה על המ"ד דס"ל דש"ר ואח"כ יאוש דקני הא מבואר בב"מ דף ט"ו במכר שדה שאינו שלו וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דקנה ובירושה הבא מאליה כיון דלא טרח אבתריה לא קנה הלוקח וא"כ ה"נ יאוש בקנין הבא מאליו ואמאי קנה הלוקח דז"א דכיון דהגזלן יש לו זכות זה בשעת המכירה שכאשר יתייאש הנגזל יהיה שלו אמרינן מה מכר א' לשני כל זכות שתבא לידו כיון שזכות היה לו בשעת מכירה והנגזל לא היה יכול לבטל זכות זה יכול הגזלן למכור זכות זה:

סימן שנד

א דאפילו שבח הבא מאליה עש"ך ס"ק ד' עד דביאוש אפילו בלא שינוי קונה וכו' כוונתו על גזל בהמה ונתעברה אצלו וילדה דלא חשיב שינוי כיון שגזלה ריקנית ובזה ס"ל להש"ך דאף הראב"ד והרא"ש מודים דא"ק בלא יאוש ולא הבנתי דנהי דגוף הבהמה לא חשיב שנשתנה דמעיקרא גופא סריק' מ"מ נגד השבח ודאי דחשיב שינוי וקונה אפילו בלא יאוש לדעת הראב"ד והרא"ש ואפשר דמיירי הש"ך בגוונ' שכתב הסמ"ע בסי' שס"ב ס"ק י"ז השבח שאין בו שינוי אך דינו תמוה ויתבאר שם:

ב כבשה ונתעברה ואף דבסימן ש"ס ס"ו בהג"ה (פסק) דכ"ז שלא נשתנה שם הגניבה מחמת השינוי לא נקרא שינוי מ"מ הכא משום תקנת השבים חשיב שינוי כדמוכח מתוספת ב"ק דף צ"ה בד"ה בשבח שעל גבי גזילה:

ג או אבדו. עסמ"ע ס"ק ז' ומשמע מדבריו דבאבידה שהיא קרובה לפשיעה משלם כיוקרא דשעת אבידה וכ"כ בפרישה בהדי' והוא תמוה דהא כתבו התוספות בפרק הכונס ד"ה פשיטא דגזלן לאו שומר ואינו חייב בפשיעה ולא מחייבינן ליה רק אשעת גניבה ולא משלם רק כיוקרא דשעת גניבה וכ"כ הרא"ש במרובה דף ס"ה ואח"כ מצאתי בקצה"ח שהקשה ג"כ כן ולכ"נ דהאי או שאבדו הכוונה שאבדו בידים כגון שהשליכו לנהר במזיד כנ"ל:

ד הוי כאילו הוקרה. עסמ"ע ס"ק ט' עד מיד שטבחו או מכרו שנשתנה מכמות שהיה עומד ברשותו אף דנתייקר' ברשותו נתייקרה וכו' דברי תימא הן דהא בכפל כ"ע מודים דמשלם כשעת העמדה בדין אף שההעמדה בדין היה אחר הטביחה שנשתנה ונתייקר אחר השינוי דטביחה אלמא דאין סברא זה מועיל רק באם טבח אחר השינוי דשלו

הוא טובח אבל לענין התשלומין י"ל דהכי חייביה רחמנא ונתנה רחמנא קצבה שישלם כשער שהוא שוה בשעת העמדה בדין ומה בכך דכבר קני ליה מ"מ בכך חייביה רחמנא דהיינו כשיעור שווי של שעת העמדה בדין:

סימן שנו

א מפני תקנת השוק. עש"ך ס"ק ד' שאם בא דבר הנגנב אחר שנמכר להבעלים דלא שייך תקנת חכמים ע"ש ולפעד"נ שכוונת הש"ך שבא החפץ לבעלים קודם שבא ליד הלוקח דבכה"ג מיירי בסימן קכ"ו ובזה מסתברים דבריו שהבעלים יכולין לומר אני הצלתי לעצמי חפצי מהגנב ומה לי בכך שאתה קנית בק"ס מהגנב דהא אין קנין שלך נתפס אבל בשכבר הגיע החפץ להלוקח ונתן דמים להגנב אף שהבעלים תפסו החפץ מהלוקח חייבים להחזיר הדמים מפני תקנת חכמים דודאי לא מהני תפיסה לפטור מהדמים שהקנו חז"ל לשלם מפני תקנת השוק:

ב ואפילו הגנב עצמו א"צ להחזיר. עש"ך ס"ק ז' שכתב שנ"ל שהיא שגגה ע"ש ולפעד"נ ליישב דשא"ה כיון דא"י אם יפול המקח מספקא ליה שאפשר שיקנה המקח דהא אפשר שכבר נתייאש ויקנה אותו ביאוש וש"ר אותו אפשר שנתייאש אח"כ ויקנה בש"ר ואח"כ יאוש להרמב"ם ואדעתא דספק זה נתן המעות מתנה דאדעתא דספק זה קנהו וכה"ג כתבו התוס' בקידושין דף מ"ו בד"ה דאיתמר וז"ל דאפילו למ"ד מעות חוזרין היינו משום דאדם יודע וכו' וגמר ונתן לשם פקדון אבל היכא דא"י אם יחול אם לא שמא נתן לשם מתנה והכי פסקינן שם דמעות מתנה. ועוד דלפי דעת הש"ך לא משכחת ש"ר ואח"כ יאוש דידע שהיא גזולה דהא אדעתא דפקדון נתן ולא אדעת קנין אלא ודאי כמ"ש דאף בכה"ג אדעת קנין הוי שפיר ש"ר ואח"כ יאוש וקני להרמב"ם:

ג לטובה נתכוונתי. עמ"ש בקצה"ח ועמש"ל בסי' רל"ו בזה:

ד וחוזר הבעל ונוטל מהמוכר. ואם מכרו ביותר משוויו והבעלים רוצה בהמקח שמכר הגנב ותובע הדמים שקיבל בעד החפץ אין הגנב יכול לומר אתן לך דמי שויו כדין כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה דז"א דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כמבואר בסימן שס"ג סעיף י' בהגה"ה: ובסמ"ע סעיף קטן ג' צ"ל לפי דעת החולקין ובש"ך ס"ק ו' צ"ל מתשובת מהר"מ (ט"ס מהרש"ל) (עוד צ"ל) אע"פ שהביא כאן סברת הרא"ש (ט"ס רבינו ירוחם) (ובס"ק ז') צ"ל וע"כ מיירי הכא דידוע דלא וכו' ובס"ק י' צ"ל דייני' הכי ומש"ה דייק שפיר וכו':

סימן שנז

אם באו עדים. עש"ך ס"ק כ' שהאריך וכלל דבריו כל שיש תרתי לטיבותא כגון שם גניבה ואין עשוי למכור או שם גניבה והן כלים שהן עשויין להשאיל או שאין עשוי למכור והכלים עשויין להשאיל מוציאין מידו אפילו בליכא עידי ראה. ולכאורה ק' דא"כ ביש עידי פקדון או עידי שאל' והבעה"ב אינו עשוי למכור גם כן מוציאין אפילו בליכא עידי ראה דעידי פקדון לכאורה עדיפי מדברים העשויין להשאיל וכן בגודרות ואומן דדמיין לעשויין להשאיל ובעה"ב אין עשוי למכור כליו מוציאין מידו אף בלא ראה ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן וכן בב"ב מ"ה בשמעתא דאומן דפריך לרבה במסר בעדים הא איכא מיגו דהחזרתי לישני דמיירי בבעה"ב שאין עשוי למכור וכן בהא דמקשה שם אפי' אחר נמי לישני דאיכא נ"מ באין עשוי למכור דבאחר אין מוציאין בלא ראה ובאומן כשיש עדים שבאומנות בא לידו אפילו רבה מודה דדמיא לעשויין להשאיל דהא עיקר הטעם הא דלא דמי אומן לדברים העשויין להשאיל משום דיכול ליתן לו בעדים ע"ש והרי נתנו לו בעדים וממילא מוציאין באינו עשוי למכור וע"כ צ"ל דדין זה הוא רק דוקא לדעת הרמב"ם שכתב פ"ה מטוען דדברים העשויין להשאיל היינו אותן כלים שאין עומדין למכירת עצמן ואין עשויין רק להשאיל או להשכיר ע"ש והוי תרתי לטיבותא א' דאין בעה"ב עשוי למכור וגם אין הכלים עומדין למכור וקצה"ח כתב סברא זו לענין שמצטרף שם גניבה לדברים עשויין להשאיל ונראה דדעת הש"ך דגם בכה"ג הוי תרתי לטיבותא שהבעה"ב אינו עשוי למכור וגם הכלי אינו עומד למכור אבל שאר דברים כגון עידי פקדון ואומן וגודרות הדברים עומדין למכירה רק שאין תפיסתן מוכחת למכירה ולכך אין מצטרף (ועמש"ל בסי' שס"א מה שיש לתמוה על דברי הש"ך שם מכאן) אמנם לפענ"ד דחוק לפרש כן דברי הטור דמנין לו להטור דלהרמב"ם אפילו בהנך תרתי לטיבותא דהיינו בכלים עשויין להשאיל ובעה"ב אינו עשוי למכור מוציאין מה שאינו נמצא סמך לזה בש"ס ולא בדברי הרמב"ם ולפד"נ דדברי הטור כפשטן דבריש הסי' כתב דשם גניבה היינו שראו עדים מחתרת חתורה ואח"כ כתב בשם הרמב"ם דביש עדים שהן כליו דא"צ שראו שחתרו אבל ודאי דשם גניבה שעשה בעצמו שצעק מקודם שנגנבו לו כליו ודאי צריך כמבואר במחבר כאן ופרישה ובסמ"ע כאן ס"ק א' וד' וע"ז כתב הטור בשם הרמב"ם דבכלים העשויין להשאיל אפי' בעה"ב עשוי למכור ג"כ א"צ שם גניבה וכיון שא"צ שיעידו שראו מחתרת שזה קורא הטור בר"ס שם גניבה אבל ודאי דשם גנבה שעשה לעצמו שצעק מקודם שנגנבו כליו צריך דלא עדיף כלים העשויין להשאיל שאינן עומדין למכור להרמב"ם מבעה"ב שאינן עשויין למכור דא"צ

שראו מחתרת ושם גניבה שעשה בעצמו צריך וע"ז כתב הטור שהרא"ש חולק דלהרא"ש ודאי דאין שום מעלה דדברים העשויין להשאיל לענין טענת גנובין כיון דכל הסימן מיירי בליכא עידי ראה כמ"ש הש"ך וליכא מגו בשאולין ממילא הינן כשאר כלים דכל שהבעל הבית עשוי למכור בעינן שם גניבה גמור כגון שראו מחתרת וכו' כמו שחשב הרמב"ם בסיפא וכן הוא כוונת מור"ם דלדעת הרא"ש לא מהני שם גניבה שהזכיר בריש הסימן דהיינו שם גניבה שעשה בעצמו רק כשהבעל הבית עשוי למכור כליו אפילו הן עשויין להשאיל בעינן שראו מחתרת חתורה וכל התנאי' שהזכיר בסיפא כיון דלית ליה מגו דשאולין דכל הסימן מיירי בליכא עידי ראה כמ"ש הש"ך:

סימן שס

א תקנת השבים בקרקע. עסמ"ע ס"ק (א') (ו') ויש שם ט"ס בסופו וכצ"ל ולא היה (לו) לבנותו:

ב אא"כ נשתנה מחמת הגזילה. עסי' שס"א מ"ש בזה:

סימן שסא

א יאוש עם שינוי השם גרוע. בטור מבואר דקנה מדאורייתא ולכאורה תמיה לי דהא שינוי למד מקרא דאשר גזל ואי לאו קרא אפילו שינוי שאינו חוזר לא קני וכיון שאין אנו יכולין ללמוד ומקרא דאשר גזל שינוי החוזר מנין לנו מדאורייתא שיקנה עם יאוש והיכן רמיזא זה בקרא לכן נלפע"ד דהנה כתבו התוס' בב"ק דס"ה בד"ה הן ולא שינוייהם דשינוי שאינו חוזר נלמד מקרא דהן ולא שינוייהם ושינוי החוזר נלמד מקרא דאשר גזל ע"ש ולדבריהם נראה לכאורה דרבה שלא כהלכתא ולפענ"ד אפשר לומר דרבה כהלכתא דבדף קי"א בתוס' ד"ה גזל ולא נתייאשו כתבו דהא דבא אחר ואכלו דלרבא פטור אחר יאוש ולרמב"ח אפילו לפני יאוש נלמד מקרא דאשר גזל דלרבא מיסתבר ליה לאוקמי קרא לאחר יאוש ולרמב"ח לפני יאוש ומאן דלא ס"ל דשינוי קונה ומפסיק לקרא דאשר גזל לדרשא אחרינא ממילא גם דינא דרב חסדא אין אנו יכולין ללמוד מקרא זה ע"ש בתוס'. ולפ"ז מוכח מקרא דאשר גזל שני דרשות א' דאם בא אחר ואכלו פטור ב' דשינוי החוזר קונה לפמ"ש התוס' במרובה דקרא דאשר גזל אתא לשינוי החוזר וכיון דרבא מיסתבר ליה לאוקמי בב"ק קי"א לענין אם בא אחר ואכלו לאחר יאוש א"כ גם דרשא דדרשינן דשינוי החוזר קונה מיירי לאחר יאוש וממילא מוכח דיאוש עם שינוי החוזר קונה מדאורייתא ולרמב"ח דמיסתבר ליה לאקומי קרא דאשר גזל לענין בא א' ואכלו

לפני יאוש ס"ל ג"כ דשינוי החוזר קונה אפילו לפני יאוש וא"כ י"ל דרבה כהלכתא ומיירי לאחר יאוש והא דאמר בלשונו דשינוי קונה אף דאינו קונה רק יאוש הוא משום דהתוס' ס"ל בד"ה הא לאו הכי כתבו דשינוי השם לחודיה קני וביאוש א"צ אלא כדי שיועיל מחשבת יחודו לשווי' כברייתו והרמב"ן במלחמות ר"פ הגוזל ומאכיל כתב דלכך שינוי השם שמשנה הגזלן בעצמו לא קני בלא יאוש מטעם שחוזר לברייתו כשיוציאו הנגזל מידו אבל לאחר יאוש שיצא מרשות בעלים שינוי השם גמור הוא וכו' ע"ש ולפ"ז בכל שינוי השם החוזר י"ל טעם זה דבלא יאוש חוזר לברייתו כשיוציאנו הנגזל מידו דאלו הנגזל יקלקל מעשה הגזלן אבל אחר יאוש אמרינן דהגזלן לא יחזיר השינוי לבריותו וכיון דעיקר הקנין הוא השינוי לכך אמר רבה שינוי (היינו שינוי השם) קונה כתיבא ותנינא אף דמיירי עם יאוש מ"מ כיון דעיקר קנין הוא השינוי כמ"ש התוס' כנ"ל ומה שהביא ראיה מלא הספיק ליתן עד שצבעו אף דליכא יאוש י"ל דמתנות כהונה כיון שאין לו תובעין וא"י שום אדם להוציאו ממנו כשאר גזילה לאחר יאוש דמי ולפ"ז א"ש מה שק"ל בסי' ש"ס דלא נקרא שינוי אא"כ שנשתנה שם הגזילה והוא תמוה לכאורה דהא שינוי מעשה החוזר אפי' עם יאוש לא קני ושינוי השם החוזר עם יאוש קונה מדאורייתא כמ"ש התוס' ר"פ לולב הגזול וכן מוכח בש"ע כאן ובסי' ש"ס וא"כ ממ"נ אי כוונתם על שינוי מעשה שלא נשתנה שם הגזילה אפי' שינוי שאינו חוזר לא קנה ואי בנשתנה שם הגזילה אפי' שינוי שם לחודיה בלא שינוי מעשה קונה ולפי הנ"ל א"ש דכל שהקנין הוא מטעם יאוש ושינוי השם כתב הרמב"ם הטעם דבלא יאוש סופו לחזור כשיוציאנו הנגזל משא"כ אחר יאוש ולפז"נ דשינוי השם הכא ע"י אחר שלא ע"י גזלן דלא הוי שינוי השם דהא סופו לחזור ע"י הגזלן וכן מבואר בהא דאמר מחשבה של גזלן מטמאתן וכן הגנב והגזלן שתרמו דהוא מטעם שינוי השם מהגזלן בעינן דוקא שינוי השם אבל קנין הכא ע"י שינוי מעשה אפי' נשתנה ממילא קנה הגזלן וזהו כוונת התו' והפוסקים דשינוי מעשה החוזר שנעשה ע"י אחר אין בו קנין מצד שינוי מעשה אפילו עם יאוש דלא נקרא שינוי מעשה כשהוא שינוי החוזר וגם אין לומר דהקנין יהיה מצד השינוי השם שנעשה ע"י השינוי מעשה החוזר דהא אפי' אם שינה הגזלן שמו בפיו בלא שינוי מעשה כלל הוי קנין דהא בעורות אפי' מחשבה של גזלן מטמאתן והן דוקא כשהגזלן שינה שמו אבל אם נשתנה ע"י אחר בשינוי החוזר לא הוי קנין כיון שהגזלן לא ייחד אותו לכך מה בכך שהוא אחר יאוש והנגזל לא יחזיר השינוי מ"מ אולי הגזלן יחזיר שינוי אבל ודאי אם גזל נסכא ועשה הגזלן בעצמו זוזי דקנה עם יאוש דלא גרע מהא דאמר ר"פ לולב הגזול מעיקרא אסא והשתא הושענא דקרי ליה שינוי השם אף שנקל להתיר מכ"ש

הכא דמעיקרא נסכא והשתא זוזי דקני אחר יאוש והא שלא כתבו המחבר שסמך עצמו אהא דמבואר כאן בסי' שס"א. ולפ"ז אפשר ליישב ג"כ מה דק"ל בתמורה דף ה' דמקשה ארבא דאמר כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני מגזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים וכו' שהקשו התו' שם הא דלא מקשה ממטיל מום בבכור ותי' משום דאפילו נפל מאליו מהני א"כ ה"נ גבי שינוי נימא דלא גרע מנשתנה מאליו וא"ל דמקשה דגוף הגזילה לא יועיל הואיל ואמר רחמנא לא תגזול דז"א דגזל ע"כ אוקי רחמנא ברשותיה לחובתיה דידיה שיתחייב בהשבה כשנשבר מטעם שינוי ואפילו אמר בפי' אינו רוצה לקנות בהגזילה ולחלק השוין לומר שמקשה שיקנה לחובתו דידיה ולא לזכותו דידיה מה"ת נאמר כך הא כיון דאוקמיה רחמנא ברשותיה קאי לכל מילי ברשותיה א"ו דעל גוף השינוי שהוא כגזילה חדשה כשמשנה רק כדי להשביח ולקנות השבח מקשה דנימא דאי עביד לא מהני כיון דהחיוב של אונסין כבר חל עליו משעת גזלה ובהאי שינוי רוצה לקנותו לגמרי והשינוי הוא כדי להשביח מקשה דנימא דלא מהני. ולפ"ז קשה דמי גרע משנשתנה מאליו ולפי הנ"ל א"ש דמתני' דהגוזל עצים מירי בשינוי דהדר ואחר יאוש ומטעם שינוי השם וכ"ז שאין הגזלן עצמו עשה השינוי השם לא קנה מקשה שפיר נימא דאי עביד לא מהני והוי כנשתנה מאליו בשינוי השם דהדר דלא קנה:

ב בע"כ לא מיקרי ש"ר תמוה לי דהא מבואר בסי' שס"ח דהמציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שנתייאשו הבעלי' וקשה דמה בכך שיתייאשו מ"מ הא אין כאן ש"ר כיון שלקחו בע"כ וכן קשה בסי' קפ"א בשיירא שעמד עליהם גייס ועמד אחד והציל הציל לעצמו ע"ש הא אין כאן ש"ר. לכן נלפענ"ד לחלק דדוקא כשנתייאש אחר שבא ליד גזלן מיקרי יאוש דגזילה ולא קנה ושוב אסור לכל אחד לזכות בו כמ"ש התוס' בב"ק ס"ט בד"ה כל שלקטו ע"ש והוא מטעם שכבר נתחייב הגזלן בהשבה אבל אם ראה אנס בא כנגדו והמטלטלין מונחין עדיין לפניו ונתייאש דזה ג"כ הוי יאוש כשא"י להציל כמבואר בב"ק קט"ו בראה אנס בא כנגדו שא"י לחלל עליו מ"ש מפני שהוא הפקר ויאוש זה היה ממש כמו יאוש דאבידה דהא נתייאש קודם שבא ליד הגזלן לא מבעיא דאם בא אחר והציל ולא הניח לגזלן לקחתו דמי ממש למציל מן הארי או מן הנהר או מן הדליקה דמה לי שנתייאשו הבעלים מפני שבא ארי או דליקה ומה לי שנתייאש מפני שראו ליסטים וגייס באין אלא אפילו הציל אחר שבא ליד הגזלן מ"מ כיון שנתייאש קודם שבא ליד הגזלן כבר נעשה על המטלטלין שם יאוש דאבידה ואף הגזלן ודאי דנעשה גזלן עליו דהא מחמתו בא היאוש כיון שבא לגזלו מ"מ כיון שכבר קודם שבא ליד הנזלן נעשה

אבידה לא הוי יותר מגזלן דאבידה דאין עליו שום חיוב השבח כמ"ש הרמב"ן פ' א"מ הביאותיו בסי' רנ"ט ע"ש ומש"ה כל דמציל ממון פטור מלהחזיר וחיוב תשלומין של הגזלן אינו רק מטעם גרמי כנ"ל בירורין של הדברים:

ג אחר ואכלו נראה דאפילו נטל לפני יאוש ואכל לאחר יאוש פטור כדמשמע בסעיף ז' דאמר אכלוהו אחר יאוש פטורין משמע דאפי' רק האכילה הוי רק אחר יאוש פטורין:

סימן שסב

א השביח הלוקח. עסמ"ע ס"ק י' עד ולא ידעתי טעם נכון לחלק והחילוק פשוט לכל מעיין וכן הוא בקצה"ח דכשמכרה אחר שהשביח הוי כתברא או שתיי' אחר שהושבחה דחייב אבל כשהושבח שמכרה ודאי אינו משלם רק כפי ששוה בשעה שמכרה דבאותו שעה אזקיה:

ב דמי פרה העומדת לילד עסמ"ע ס"ק ט"ז שכתב דאפילו אין בה שינוי כלל כגון שגזלה מעוברת והחזירה בעודה מעוברת דמשלם העודף כשיעור שנשבח בידו ע"ש. והוא תמוה מאוד דהא אפילו נתפטמה מאיליה דינו כהוקרה דהוא של הנגזל כמבואר בסי' שנ"ד. ועוד דא"כ אפילו גזל טלה ונתגדל מעט אצל הגזלן יהיה של הגזלן:

סימן שסג

א עבדים והזקינו. עש"ך ס"ק ג' עד דאין יאוש לעבד כמו שאין יאוש לקרקע וכו' ולפעד"נ דעיקר הטעם בהא דאין יאוש מועיל לקרקע הוא דמבואר בדברי הרמב"ן פ' א"מ גבי נטלה לפני יאוש ע"מ לגזלה דאינו מועיל יאוש רק בדבר שיצא מרשותו אבל בדבר שהוא ברשותו לא מועיל יאוש ע"ש ומש"ה במטלטלין דתיכף בשעת גזילה יצא מרשות הנגזל דשוב חשובין אינו ברשותו לגבי הנגזל דהא גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ומש"ה מועיל יאוש דבדבר שא"ב מועיל יאוש כמ"ש הרמב"ן הנ"ל ומש"ה בקרקע דיכול להקדישו דקרקע אינה נגזלת דחשיב ברשותו וכיון דברשותו הוא לא מועיל יאוש כמ"ש הרמב"ן הנ"ל. ולפז"נ דאם א"י להוציא הקרקע בדין כגון שאין לו עדים דחשיב שא"ב א"י להקדישו שוב כמבואר בב"מ דף ז' דכל ממון שאין יכול להוציא בדיינין אינה מקודשת וכיון דחשיב שוב שאינו ברשותו שוב מועיל יאוש גבי קרקע וכן אם היה אפשר לאשכוחי אבידה גבי קרקע היה מועיל ג"כ יאוש רק שא"א לאשכוחי אבידה גבי קרקע (ובזה מיושב מה שהקשה הש"ך בסי' רל"ו סעיף ט' דמועיל יאוש לקרקע כיון שיש שופטים ודאי נתייאש

וכתב הש"ך שם ס"ק ז' ע"ל סי' שע"א ובתו' ורא"ש בב"ק דף מ"ד וכוונתו להקשות דהא אין יאוש לקרקע. ולפמ"ש מיושב דכיון שיש שופטים בארץ ולא הוציא יש הוכחה שמתייאש מחמת שלפי דעתו בודאי א"י להוציא בדין אפי' בדיניהם וחשיב שוב שא"ב ואם הקדישה אינה מקודשת שוב מועיל יאוש. ולפ"ז מיושב ג"כ קושי' התו' בסוכה מהירושלמי דמבואר שם דיש לקרקע יאוש ולפמ"ש מיושב דמיירי בכה"ג) . ולפז"נ דיאוש מועיל בעבד דדוקא בקרקע דלא שייך אבידה דהארץ לעולם עומדת לא שייך יאוש מכח סברא דא"א לאשכוחי אבידה גבי קרקע כמ"ש הפוסקי' ובספר כפות תמרים אבל גבי עבד דאפשר לו באבידה ואלו ברח העבד ונאבד ממנו ונתייאש ודאי דמועיל יאושו דהא קרא דוכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד דמהא קרא נפקא לן יאוש מיני' אעבד נמי קאי כמבואר בגיטין מה"ת לא מועיל יאוש בעבד וא"כ בגזל נמי דמה לי שנאבד העבד מחמת שברח או מחמת שנגזל ממנו הלא מ"מ אבוד הוא מבעלים דהא אין ייאוש מועיל לקרקע לאו מקרא נלמד רק מסברא כמ"ש ולכך הכא עבדי כמטלטלי דמי לענין זה והא דאמרינן בגיטין מ"ב דאי ערק ליה העבד מזבין לי' לישראל אלמא דיכול למכרו אף שברח שם מיירי כשעדיין לא ברח לגמרי רק שא"ר לקבל שיחרורו אבל לשחררו ע"י גט שיחרור ודאי דיכול אף אחר יאוש דהאיסור יכול להפקיע אף אחר שיצא מרשותו דהא אפי' המפקיר עבדו יכול ליתן לו גט שיחרור אח"כ:

ב והזקינו קשה דהא מבואר בגיטין ד' י"ב דהחובל בעבדו של חבירו שבתו ורפואתו לרבו ומשמע דכל החבלות דמשלמין לאדם משלמין בעבד להרב ובב"ק פ' החובל פ"ה מבואר דמשכחת שבת לבדה כגון דהדקי' באדרוני' וא"כ נראה דאי הדקי' לעבד באנדרוני' דמשלם שבת לרב דהא גם זה חובל נקרא והחובל בעבד משלם שבת לרב וא"כ קשה בגוזל עבד והדקי' דאומר לו הרי שלך לפניך דמשמע דאינו משלם כלום דדוקא בהתוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה ומבטלו ממלאכה אחרת משלם כפועל אבל לא עשה בו מלאכה אינו משלם לו אפי' ביטול ממלאכה כמבואר בכל הפוסקים ולפמש"ל קשה דמה"ת לא ישלם לו ביטול מלאכה מטעם שבת דהוא שכר בטילתו להרב ונראה ליישב דהא דהחובל בעבדו משלם שבת לרב לאו משום ביטול מלאכה של רב הוא דמטעם זה ודאי פטור כמו מלאכת שורו וחמורו רק עיקר חיוב הוא לעבד דהעבד שייך במצות וחייב בחבלתו כמו בחבלת בן חורין והרב מיד העבד קא זכי דמה שקנה העבד קנה רבו ולפ"ז אין הרב קונה השבת של עבד רק במקום שאם היה להעבד זכי' במלאכתו היה נתחייב שבת להעבד וכיון שנתחייב להעבד זוכה הרב ממנו אבל במקום שאף אם היה להעבד זכות במלאכתו לא היה נתחייב לו שבת גם להרב אינו מחוייב ומיירי הכא בגוזל

עבד ולא הדקי' באדרונא וגם לא כפהו לעשות מלאכתו והעבד היה לו רשות מלאכה לעצמו דלא נתחייב להעבד ולכך גם להרב פטור כמו בביטל מלאכת שורו וחמורו. ולפ"ז אם הדקי' באנדרונא או שכפה לעשות מלאכתו מחוייב לשלם שבת דהיינו שכר ביטול מלאכתו ואם הי' עבד נוקב מרגליות וכופהו לעבד לעשות מלאכה חוטב עצים משלם כפי ביטול מלאכה נוקב מרגליות:

ג הרי שלך לפניך עש"ך ס"ק ז' עד שאין השכל נותן דגנב וגזלן גרע משומר וכו' ותמוהין דבריו מאוד דהא כתבו התוס' בב"ק ד"ה פשיטא דשומר חייב בכחשא דהדר ובהרקיבו מקצתן בגזלן פטור דגזלן לאו שומר הוא אלמא דשומר חייב אפי' במקום דליכא שינוי ואפי' מאן דפטור בבהמה בכחשא דהדר הוא מטעם דאין שבת בבהמה אבל בהיזק דהרקיבו מקצתן כשיש היזק אף דליכא שינוי חייב השומר ועוד דהא למ"ד דשינוי אינו קונה בגזלן ואומר הש"ל אפי' היכא דאיכא שינוי ובשומר ודאי חייב אלמא דשומר לא מטעם שינוי חייב ומ"מ נראה דהדין עם הש"ך דהיזק שנעשה בבית שומר אפי' בפשיעה לא עדיף ממזיק שלא בכוונה ובהזיק שאינו ניכר מבואר בגיטין דבשוגג פטור ובמזיד חייב מש"ה ה"נ פטור השומר אבל בכחשא דלא הדר ופירות שהרקיבו מקצתן דמזיק חייב אפי' בשוגג השומר שפשע ג"כ חייב כנ"ל ונסתפקתי באומן כגון שנתן לו שעורין לעשות שכר ועבר עליו הפסח בפשיעתו אם מפסיד שכרו ונראה דמפסיד ל"מ למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי ודאי דמפסיד דשלו הפסיד אלא אפי' אי אין אומן קונה בשבח כלי מ"מ דמי להא שכתבתי לעיל בסי' ש"ה בשכר שליחות דמפסיד בגניבה אפי' היה בבעלים ע"ש וא"כ ה"נ כיון דדין מזיק יש לו רק בהיזק שאינו ניכר פטור מלשלם אבל שבח הפסיד דלא נגמר שכירות עד שמחזירה ע"ש בסי' ש"ה:

ד ולא הכחישה עסמ"ע ס"ק ח' שכתב בלא כחש שאינו חוזר דאילו חוזר מצי אמר לו הש"ל ע"ש תמוה בעיני טובא דהא די"ל הש"ל היינו דוקא כשנכחש מאליו שאין להגזלן דין שומר אבל בשהכחישה בידים נראה דתליא במחלוקת המבואר בסי' ש"ז אי מזיק בבהמה חייב בכחש שסופו לחזור ע"ש ומה שתי' הסמ"ע דדמי לדר בבית דלא עבידא למיגר דחייב כשחסרו קשה דשם דקרקע דלא קנה אותה משא"ה חייב אבל במטלטלין אינו חייב לשלם הנאתו דהגזלן קונה בשבח גזילה ואין חייב לשלם רק ההיזק וכיון דכחש דהדר פטור במטלטלין גם בכאן פטור:

ה ואם בטלו ממלאכה אחרת עסמ"ע ס"ק י"א שכתב דכאן שלא נטלו לשם גזל רק לעשות מלאכה אפילו הרי"ף דס"ל דדינו כמטלטלין מודה דצריך לשלם דמי בטילתו ע"ש והש"ך בס"ק ט' סיים זה בצ"ע ובדרישה כתב זה בשם התוס' בב"מ והנה המהרש"א

כתב שם בדברי התוספות שכוונתם בנחית אדעתא דאגרא ע"ש ובנחית אדעתא דאגרא הדין ברור דמשלם דהא בספינה ג"כ רצה אגר' נוטל כמבואר בסעיף ה' ודברי הסמ"ע לפ"ז אין להם מקום דהא כאן לא מיירי בנחית אדעתא דאגרא רק בספינה מחלק כן אבל בעבר אין חילוק אמנם גם דברי מהרש"א קשיין דהאידא אפשר לומר דבב"מ בנחית אדעתא דאגר' מיירי דא"כ הא דאמר מעיקרא הטעם עבדא דנהום כריסא לא שוי וכו' ה"ל לומר סתם הא בעינא לשלומי אגרא ולכ"נ בכוונת דברי התוס' דדוקא במטלטלין כיון דשואל ש"מ גזלן הוא לכך כשלא נחית אדעתא דאגרא ממילא הוי שואל ש"מ דהוי גזלן משא"כ בעבד כיון דהאמת הוא דניחא ליה דלא נסתרי עבדא א"כ כשגוזלו מהאדון ואינו מניח להעבד לעשות מלאכתו לרבו ממילא ניחא ליה לרבו שיעשה העבד עכ"פ מלאכה להגזלן כדי שלא נסתרה עבדו וא"כ ממילא לא נעש' גזלן על מה שמשתמש בעבדו לעשות מלאכה ולא נקרא רק גורם להיזק שמבטלו ממלאכת רבו אבל לא נקרא שואל ש"מ במה שמשמש בעבדו של חבירו וממילא לא נקרא גזלן על העבד לקנות שבח הגזילה ולכך קאמר האמת דמהאי טעמא גופי' פטור כיון דניחא לי' דלא נסתרי עבדי' ואמר האמת משא"כ אם היה אומר הטעם משום דעבדי כמטלטלין וקני לי לשבח גזילה הי' נצמח מזה דין שקר דהוי קני ליה ג"כ אם נשבח גופו של עבד כגון שגזז שערו או גזל שפחה למלאכת' ונתעברה אצלו:

ו שמין כמה פיחת' ומבואר ברשב"א בחי' דמ"מ אין לו דין גזלן דבגזלן הדין בכחש דלא הדר דאין שמין לגזלן ואם הוזלו השברים פחת הזול על הגזלן משא"כ בזה שלא נתכוין לגזול רק לעשות מלאכה אף השואל ש"מ גזלן מ"מ לא קנסוהו כל כך ע"ש ונראה דהא דלא קנסוהו הוא רק לענין אם הוזלו השברים אבל אם נאנסו לגמרי ודאי דחייב כדין שואל שלא מדעת:

ז ואם נתן לו השכר. עסמ"ע ס"ק כ"ג שהעלה דר"ל אף אם נתן וכו' כוונתו שזה קאי על שנתן השכר להגזלן ונתינת טעם הוא עמ"ש למעלה ואפי' אם נתנו דכשנתן השכר להנגזל ודאי דאין חייב להחזיר כמו בסעיף י' שכתב ומיהו אם בא ליד שמעון:

ח ואפי' שכרו מראובן בפחות מכדי שווין לכאורה תמיה דמ"ש מהא דסי' שמ"א כסבורי' שהם של אביהם וטבחוהו ואכלוהו דאין משלמין רק בשר בזול וה"נ יכול השוכר לומר סברתי שהוא שלי מחמת ששכרתי כדין ואילו ידעתי שצריך ליתן הרבה לא הייתי שוכר דירה יקר' כזו ואח"כ מצאתי בקצה"ח שהקשה זה ולפעד"נ דשאני בשוכר קרקע דהנה הא דכתב המחבר ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו היינו כל הדמים שנתן להנגזל צריך הגזלן להחזיר להשוכר וגדולה מזו נראה שאפי' הוציא הנגזל מידו בתחילת השכירות

שאז לא נתן להנגזל עדיין שום דמים אפ"ה חייב הגזלן להחזיר להשוכר כל מה ששוה שכירות הבית אם נתייקר מטעם דשכירות ליומא ממכר הוא וכמבואר בי"ד סי' קע"ב סעיף ו' בהג"ה בשם הרשב"א ואפי' הט"ז שחולק שם היינו דוקא בנכיית' ומטעם שכתב שם אבל בסתם שכירות ודאי גם הט"ז ומודה דהא דקיי"ל דאף לענין שבח אמרי' אחריות ט"ס ויוקר בכלל שבח הוא כמבואר סי' קט"ו ע"ש. ולפז"נ דאין לדמות הלוקח ליורשים דלוקח אדעתא דגזלן בשביל אחריות נחית משא"כ יורשים ומקבל מתנה וכמו שחילקו וז"ל לענין הוצאה בבע"ח טורף דללוקח א"צ הב"ח להחזיר אפי' הוצאה משום דאדעתא דגזלן נחית עיין שם ואף הנגזל צריך ליתן ההוצאה ללוקח היינו משום דגם לגזלן היה צריך ליתן ההוצא' משא"כ להבע"ח כיון שלא היה צריך ליתן להבע"ח בעד השבח כלום אף להלוקח ממנו א"צ ליתן וביורשים שאין להן על מי לחזור חייב ליתן ההוצא' א"כ ה"נ יש לחלק דבלוקח כיון שאפילו אי טרפו נגזל בתחילת השכירות היה נוטל כל דמי שיווי השכירות מהגזלן י"ל דאדעתא דהכי נחית ולכך צריך ליתן ג"כ להנגזל דמי שוויו כיון דלית לי' פסיד' שחוזר וטורף מהגזלן ולפ"ז כשהגזלן השאיל הבית לאחר ודר בו בשאלה א"צ השואל לשלם רק כפחות שבדירות וכשהוא גברא דלא עביד למיגר פטור מכלום כיון שאין לו הנאה וכ"ז בלא הכיר בו שאינו שלו אבל בהכיר בו שאינו שלו ודאי דחייב לנגזל כל דמי שוויו:

ט ואם לא היה לו רשות להשכיר. ולפ"ז במטלטלין שאין לו רשות להשכיר השכר לבעלים ויש לספק בנתן השוכר רשות לאחד שידור בו בחנם עם השוכר ביחד אי צריך האחר לשלם להמשכיר אי נימא כיון שהמשכיר לא היה יכול להשכירו לאחר כיון שכבר הוא מושכר להשוכר והוי כחצר דלא קיימא לאגרא דפטור הדר בו ונראה דחייב לשלם דהא ודאי דאיכא קילקול במה שדרין בבית והפטור במה דלא קיימא לאגרא משום דביתא מיתבא יתיב וכאן כיון שדרין בו בבית דליכא משום ושאי' יוכת שער ממילא חייב לשלם דהא ודאי דאיכא קילקול קצת דהא מה"ט אסור להשכיר למי שב"ב מרובין רק דהשבח דשאי' יוכת שער עדיף מהקילקול דלא שייך זה חייב לשלם כל הנאה בדין זה וטעם דהוי זה נהנה וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה:

סימן שסה

ומשלם גזלה עש"ך ס"ק כ' עד ושאני מתני' כיון דידע למאן גזלי' ואודי לא מיפטר וכו' ולא הבינותי דבריו דלמה להש"ס לומר טעם זה כיון דאודי ליה כמאן דאמר יהיה לי פקדון בידך כיון דלר"ט בכל גווני ס"ל דמניח גזילה ביניהם ולא בעי מטי לידיה:

סימן שסח

המציל מיד לסטים ישראלים. מה שקשה ע"ז מסי' שס"א סעיף ה' בהג"ה דפסק שם דבע"כ לא הוי שינוי רשות מבואר שם:

סימן שסט

א נטלו מוכסין כסותו. ולכתחילה נראה שאינו רשאי ליקח ממונו האחרת אף שהוא כמציל מידם כיון שעדיין לא קנאו הגזלן רק שהלוקח תמורת חמורו יקנה אותו בשינוי רשות ואסור לסעדו על שינויו כמבואר בסעיף א' ובשעת הצלה מידם מציל עצמו בממון חבירו אם לא שדעתו להחזירו לבעלים הראשונים והבעלים יתנו לו כפי מה שנהנו כמבואר בסי' רל"ו סעיף ח' ע"ש:

ב אבל מס שעל כל איש בקצה"ח כתב דבמס' אפי' פרע מעצמו צריך להחזיר לו ואפי' לדעת החולקין בסי' ק"ל בערב וס"ל דבפורע מעצמו א"צ להחזיר כיון דבני מתא ע"כ ערבון הן ע"ש נ"ל דבריו נכונים דכיון דדינא דמלכותא הוא שא"צ לתבוע החייב מתחילה ויכול לתבוע לכל אחד בעד חבירו בתחילה דינו כקבלן שאם שילם שחייב להחזיר לו:

ג והעכו"ם מכר השטר. עש"ך ס"ק ט' שהביא בשם מהר"מ דה"ה אם נתנו במתנה ויש עדים שנתנו לו וכו' תמי' לי דלמה לי ראיה הא קי"ל בסי' ס"ו סעיף כ"ה דעכו"ם המוכר שט"ח של ישראל א"צ כומ"ס ונקנית במסירה בלא כתיבה ועמש"ל בסי' ס"ו הטעם דכיון דדינא דמלכותא הוא כך הוי כנכתב לכל מי שיוציא וקיי"ל כרבא בב"ב דלמאן דסבירא ליה דאותיות נקנין במסירה דאין צריך להביא ראיה דלא חיישינן לנפילה ופקדון א"כ אפילו בלא עדים יכול לגבות ממנו:

ד דאם מתה לא יורשה בעלה עסמ"ע ס"ק ו' שכתב טעם לזה ונראה דלא הוצרך לטעם שלו רק להנך דסברי דמהני תנאי בירושת הבעל שלא יירשנה א"כ כשהמנהג הוא כך הוי כאילו התנה ולכך הוצרך לטעם שלו אבל להפוסק שהביא הב"ש שם דלא מהני תנאי בלא"ה לא קשה כלל:

סימן שעא

ונתייאשו הבעלים. עש"ך ס"ק ב' שהביא בשם התוס' והרא"ש דיש לקרקע יאוש והוכיחו כן מהירושלמי ובתוס' בב"מ ובסוכה האריכו בזה ולכאורה יש לתמוה בזה הרבה חדא שהירושלמי סותר לש"ס דילן כמ"ש התוס' דמה"ת לא יועיל יאוש בקרקע דמה בכך שרחמנא מיעטי' מדין גזילה מ"מ יאוש נלמד מיאוש דאבידה כמבואר בב"ק ס"ו ומה"ת

לא יועיל יאוש בעבדים וקרקעות ושטרות כיון דליכא מיעוט לו לענין יאוש וגם קשה קושי' הש"ך שהביא בסי' רל"ו שרימז לשע"א וכוונתו לקושי' שהביא הכפות תמרים אהא דאמרינן דאי איכא בי דואר דאייאושי אייאש נפשיה הא אין יאוש מועיל בקרקע וכן קשה מהא שכתב הת"ה סי' ש"מ דהטעם בהא דמי שאבדה לו דרך שדהו בחד דאתי מכח ד' דהוא מטעם דהוי יאוש קשה הא אין יאוש לקרקע ועוד קשה על הירושלמי דנהי דס"ל דיש יאוש לקרקע מ"מ מה"ת יקנה ביאוש לחודי' בלא ש"ר הא אפי' במטלטלין לא קנה יאוש בלא ש"ר ולכ"נ דהטעם בהא דאין יאוש לקרקע דהרמב"ן במלחמות כתב הטעם בפ"ב דמציעא בהא דאמר רבא נטלה ע"מ לגוזלה דיאוש לא מהני רק בדבר שאינו ברשותו לכך יאוש ש"מ לא מהני דכיון שהגיע לידו קודם יאוש נעשה שומר אבידה והוי כשומר של בעלים וכמונח ברשות בעלים דלא מהני יאוש ולפ"ז בקרקע דאמרו בש"ס דדוקא במטלטלין גזל ולא נתייאשו שניהם א"י להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שא"ב אבל בקרקע יכול הנגזל להקדישו דקרקע חשיב ברשותו וכיון דחשיב ברשותו ממילא ל"מ יאוש בקרקע ואבידת קרקע לא משכחת דהארץ לעולם עומדת ולפ"ז בחד דאתי מכח ד' שפיר כ' הת"ה דקנאו מטעם יאוש דבב"מ גבי מסותא אמרו דכל דליכא עדים בקרקע גזולה דא"י להקדשו דחשיב שא"ב דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינין וכיון דחד דאתי מכח ד' כשהיה הקרקע עומדת תחת הד' לא היה יכול להוציא בדיינין מהני יאוש ובזה א"ש ג"כ הא דמבואר בירושלמי דנתייאש ונשתקע שם בעלים דקני מדאורייתא והוא מה"ט דכיון דא"י (לתבוע) לשום א' מהבעלים ממילא א"י להוציא בדיינין ומהני היאוש וכן משכחת יאוש דמהני כשא"י להוציאו בדיינין ומש"ה מהני בקרקע יאוש לחודיה בלא ש"ר דהא דיאוש לא קני אמרו בב"ק ס"ו משום דבאיסור אתי לידי' וכבר נתחייב בהשבה ולפ"ז בקרקע דאינה נגזלת ולא מתחייב בהשבה דמה"ט נטלוה מסיקין או שטפה נהר פטור כמבואר בב"ק קט"ו מהני יאוש לחודי' כמו באבידה ומכ"ש בזכה בו אחר דודאי קנה דהא התוספות שם בד"ה כל שלקטו כתבו דאף דיאוש כדי לא קני מ"מ כל המחזיק בה זכה בה רק שאסור לשום אחד להחזיק מחמת שהיא צריכה לגזלן ליפטר בה מן הנגזל וכיון דבקרקע אפי' נגזלה מהגזלן פטור וא"צ לגזלן כלל הוי הפקר לכל העולם דכל המחזיק זכה בו ולפ"ז עדיף קרקע ממטלטלין דבמטלטלין בעינן ש"ר מדעת הגזלן משא"כ בקרקע כל המחזיק אחר יאוש קנה כיון שא"צ לגזלן וכן בעבדים דאבידה מהני יאוש כדמוכח בגיטין בסוגיא דעבד שנשבה וכן בגזילה מהני יאוש גרידא כיון דאינו מחוייב בהשבה וכן בשטרות דאבידה מהני יאוש למקני גוף השטר כמש"ל בסי' ס"ו:

סימן שעג

הפסיד אפי' ההוצאה. עש"ך סק"ז ורחוק מאוד בל' הרא"ש והמעיין כל' הרא"ש יראה שמשמעות לשונו הוא כהטור ובאמת לומר שיפסיד גם ההוצאה הוא תמוה כמו שתמה הש"ך שאפשר לומר בכוונתו דמפסיד ההוצאה כשהוא באופן כשהנגזל א"צ ליתן הוצאה כגון שהכסיפה הגזלן כמבואר בהג"ה (סעיף) א' ואז תובע הלוקח מהמוכר ובכה"ג מיחזי כריבית כיון שנתן אלף להמוכר ונוטל ממנו אלף ר' אבל במקום שנטל ההוצאה מהנגזל והקרן מהמוכר ודאי דלא מיחזי כריבית:

סימן שעה

א אומדין כמה אדם. ואפי' ההוצאה הרבה נוטל ההוצאה רק שיכול לומר עקור אילנך כמבואר בב"מ:

ב אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך נראה דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות כמה שנתן ולכך יכול לומר לו איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה אבל כשא"י ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד וא"א להעביר הצבע מחויב לשלם לו:

ג עצי ואבני אני נוטל עסמ"ע ס"ק י"ג עד היכא דלא משתמש בחורבתו וכו' משא"כ אם היה משתמש דינו כמו בשדה דיכול לומר בזריעה אני חפץ ה"נ י"ל בשימוש זה אני רוצה וכן בעינן שיש לו משלו וראוי לבנות דאל"ה אין כופין אותו לשלם ואפי' לישב בו עד שישלם יציאותיו אין כופין אותו דיכול לומר אין רצוני שתשב בקרקע שלי ואם מניחו והוא אינו סותרו ומשכירו או שדר בו כבר נתבאר דהוי כגילוי דעת דניחא ליה וחייב לשלם ואם הוא בהנך גווני דאין שומעין לו היה נראה לכאורה דיורדין לנכסיו ומשלמין לו ואף דבבית ועלי' בב"מ פ' הבית ועליה קאמר הלשון דישב בו עד שיתן לו יציאותיו דמשמע דליכא כפי' אחרת רק לישב בו עד שיתן לו יציאותיו ש"ה דאמר לו לבנות והוא לא רצה משא"כ כאן דאמרינן לדעתו דודאי ניחא ליה רק תואנה הוא מבקש דאלת"ה קשה דהא ודאי דצריך לשלם דמי שיווי השכירות שהיה דר בו דהוי זה נהנה וזה חסר כיון שהיה כבר חורבא ואיכא שחרוריתא דאשיתא ואמאי לא השמיענו הפוסקים דין מחודש כזה שישב עד שיעלו השכירות כפי מעותיו וגם אינו מן הסברא שהרי הוציא מעותיו כאחת ויקבל פרוטרוט אמנם הרא"ש כתב בשם הראב"ד בב"מ דף ק"א בדין זה לשון דישב בו עד שיתן לו יציאותיו:

ד וכן זה שנוטל השבח בלבד עסמ"ע ס"ק י"ט שכ' דמיירי שהוא ניכר לעינים דע"כ היציאה היתה יתירה על השבח וכו' והוא תמוה בעיני דא"כ אמאי נקט המחבר והיתה

ידו על העליונה הא בכה"ג אפילו היתה ידו עה"ת א"צ שבועה דהא הוצאה שיעור שבח נוטל לעולם אפי' בידו עה"ת ועוד דלדבריו דמיירי דניכר לעינים שההוצאה היה יתירה על השבח וא"כ אמאי צ"ל שיטול השבח לבד שהוא פחות שבשיעורים של ההוצאה הא אפילו ההוצאה גופה יכול ליטול כהפחות שבשיעורים ולפע"ד נראה דהפי' הוא כך דהנה שתל ואריס נוטל מקודם ההוצאה ובהשבח היתר על ההוצאה נוטל מחצה ולזה אם אמר היורד לא אטול ההוצאה כלל וישומו רק השבח כאילו לא היה הוצאה כלל ואטול מחצה א"צ לישבע) (ולכך הוכרח לומר שהיתה ידו על העליונה דבידו עה"ת אין לו רק ההוצאה שיעור שבח וע"כ צריך לישבע על ההוצאה:

ה היורד נאמן המחבר תפס הטעם שאומרים לו עדיין לא שמו לך והקצה"ח כתב דעיקר הטעם כיון שאין משפטן ידוע לכל כמבואר בסי' קנ"ז דבדין קבוע חייב ע"ש ולפעד"נ דכיון דקיימין כל ששמין לו ומשמע דאפי' היורד ברשות הדין כך ובירד ברשות ודאי דמשפטו נודע דחייב לשלם לו ועכצ"ל דכל כמה דלא שמו לו ג"כ אין משפטו נודע וכמו שאין משפטו נודע כמה היה חייב לו אמנם נראה בפועלים שבנו אפי' שלא ברשות וכגון שידוע שהיה מחזר אחר פועלים ושכירת פועלים יש להם שער כמה נוטלים ליום נאמן לומר נתתי וכן שער העצים והלבינים ידועים הן ויכול ליתנו ע"פ חשבין ולכך נאמן בסי' ?קנ"ז והכא מיירי בשדה שאין הזריעה והשבח ידוע לעולם בלא שומת בקיאים ולכך אינו נאמן:

כללי תפיסה

א **קיצור כללי דיני תפיסה מלוקט מפוסקים ראשונים ואחרונים וקצת מחודשים**
ספק בכור אפי' תפסו הכהן מוציאין מידו הואיל והוא ממון שאין לו תובעין שהבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר ואפי' במכירי כהונה לא מהני תפיסה ואפי' בספק שהכהן טוען ברי או תפס קודם שנולד הספק לא מהני. ומוציאין מידו אבל תפס ברשות שהבעלים התפיסו הבהמה להכהן באם שיהיה בכור יהיה שלו ואח"כ נולד ספק אם הוא בכור אין מוציאין מידו:

ב ממון עניים שהוא ג"כ ממון שאין לו תובעין אז אם יש ספק בגוף הנדר אם חל כגון בספק אם יש יד לצדקה המבואר בי"ד סי' רנ"ח סעיף ב' וכיוצא דהספק הוא לענין איסור בל יחל ובל תאחר ספק איסורא לחומרא. ואם הספק הוא בלשון הנדר אם דבר זה הוא בכלל הנדר מותר כמבואר בי"ד סי' רנ"ט סעיף ה' דאין כוונת הנודר רק על משמעות הוודאי שבלשונו ולא על משמעות הספק שבלשונו דלא מחית אינש נפשיה לספיקא.

ומכ"ש באומר ברי שלא לכך נתכוין כיון דמהימן במילתא דאיסור וכן היורש דליכא גביה איסורא דבל יחל ספיקו לקולא ומה"ט בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו אם עמד חוזר אף דהוא ספק בש"ס דלענין איסור מהימן בברי שלו. אבל במקום דליכא שאר איסור אקרקפתא דגברא רק משום גזל ממון עניים אז כשיש ספק אם היה כאן ממון עניים כלל הרי הוא שלו אבל אם הוחזק בכאן ממון צדקה כגון שמונח בתיבה ממון שלו וממון צדקה ונמצא ממון מן הצד וא"י אם הוא ממון צדקה אפי' הרוב הוא ממון שלו ה"ז צדקה ולא אזלינן בתר רובא. ואם נשתמשו בזה אחר זה אזלינן בתר בתרא. והר"ב בהג"ה בי"ד סס"י רנ"ט כתב דאפי' בצדקה אזלינן בתר רובא אמנם הוא תמוה וצ"ע ובמקום שתולין להקל בספק לא מהני תפיסה במ"ע. וכן בכל מתנות כהונה כיון שהוא ממון שאין לו תובעין הוי כמו ספק בכורות אבל ממון עניים מיוחדים הוי כמו שאר ממון ומהני תפיסה כמו בשאר ממון:

ג ספק ממון שיש לו תובעין אם הוא ספק במציאות או אם הוא בספק השקול אזלינן בתר חזקת מרא קמא ולא מהני תפיסה בעדים כשטוען שמא אפילו בדררא דממונא דהיינו שיש ספק לב"ד בלא טענותיהם אף שיש חולקין כן עיקר דלא מהני תפיסה וכשהספק הוא ע"פ טענותיהם לכ"ע לא מהני תפיסה וכן הוא הדין בס' תרי ותרי או בס' שבשטר לא מהני תפיסה בטוען שמא:

ד ספק הנשאר בש"ס בתיקו וטוען שמא יש מחלוקת בין גדולי הפוסקים אי מהני תפיסה. ומסיק הש"ך דקשה להכניס ראש בזה ויעשה הדיין כפי מה שעיניו רואות. ובבעיא דלא איפשטא אם הוא ע"ה דינו כתיקו ואם הוא ת"ח ואומר שיש לו ראיות מהש"ס והדיינים רואין שיש בדבריו בנותן טעם מהני תפיסה והעיקר דבכ"מ בתיקו שמבואר בש"ע דאי תפס א"מ והרמ"א דלא הגיה עליו די"א דלא מהני תפיסה יש להורות דמהני תפיסה כסתימת המחבר ובמקום שרמ"א הגיה די"א דלא מהני תפיסה יש להורות כהגהת הרמ"א ולא מהני:

ה שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד אף שהוא תיקו בש"ס לא מהני תפיסה כמבואר בסי' ר"ן ואפי' הקדיש לעניים מיוחדין שהוא ממון שיש לו תובעין:

ו הבריא שאמר על בן הבנים פלוני בני יירש הוא תיקו בש"ס. ובסי' רפ"א סעיף ה' פסק בסתם דא"י להוסיף בלשון ירושה מ"מ מהני תפיסה ואם תפס אין מוציאין מידו:

ז תפיסה וטוען ברי אם הוא במקום דליכא דררא דממונא שהספק בא ע"י טענותיהם שזה אומר שלי וזה אומר שלי ודאי דלא מהני תפיסה. ואם הספק לב"ד בלא טענותיהם אם טוען על גוף הדבר כגון כמחליף פרה בחמור דסימן רכ"ו דמהני תפיסה אבל אם

תפס חפץ וטען שיש לו על בעל החפץ ספק חוב שהוא דררא דממונא כיון דלאו על גופו של חפץ קא טעין לא מהני תפיסה כיון שהוא ספק בהמציאות איך היה הדבר:

ח ספק שנעשה ע"פ עדים מחמת שלא ראו הדבר בשלימות לא נקרא ספק על פיהן שיועיל תפיסה כגון שראו ששור א' הזיק וא"י אם גדול אם קטן או שראו שהלוה או פרע איזה סך וא"י כמה עדותן על הספק כמאן דליתא וכמו שלא העידו דמי ואפי' טוען על גוף החפץ כגון שמעידין שראו שהגביה מטלטלין לשם קנין ולא ראו אם הגביה שלשה בכל הני לא מועיל תפיסה אפי' טוען ברי דאפי' בקידושין כה"ג כגון שראו שזרק לה קידושין וא"י אם קרוב לה ליכא חשש קידושין:

ט ספיקא שבשטר אפי' ליכא שני לשונות רק שמסופקין בלשון א' שבשטר. וכן ספיקא דתרי ותרי מועיל תפיסה כשטוען ברי מלבד בסלעים דינרין לא מהני תפיסה דלשון השטר מסייע שלא היה רק שנים. דמיעוט סלעים שנים. משום הכי לא מהני תפיסה אפי' טוען ברי:

י ספק תיקו שבש"ס מהני תפיסה בטוען ברי ודוקא שהסברא הנאמר בש"ס לזכותו מסייע לברי שלו שהוא כמו שאומר שהוא שלו. או שמסייע לו שהוא אומר אמת כגון באיבעיא אם נאמן אחר זמן לטעון פרעתיך תוך זמן דסי' ע"ח דמכח סברא דלא אמרינן מגו במקום חזקה איכא חזקה שאומר אמת מהני תפיסה אבל באיבעיא דאי עשו תקנת נגזל במסור דאפי' אם נאמר הסברא דעשו תקנה אין מסייע לו שאומר אמת דאף שעשו חכמים תקנה מ"מ אפשר שמשקר הנמסר לא מהני תפיסה כמבואר סי' שפ"ח בהג"ה סעיף ז':

יא ספק לשון בשובר. כשהוא שובר של פרעון אמרי' ביה יד בעל השובר על העליונה אפי' הלוה טוען שמא והמלוה ברי. דתפיסת ההלוואה שת"י הלוה מיקרי תפס קודם שנולד הספק אבל אם הוא שובר של מחילה ובא לזכות מכח הלשון יד בעל השובר עה"ת אבל בספק דתרי ותרי או שיש ספק במעשה ולא בלשון כגון בהא דסי' מ"ג בשובר שכתוב בו עד עכשיו ולא נודע אם השובר קודם או השטר קודם אף בשובר של מחילה פטור הלוה:

יב תפס קודם שנולד הספק מהני אפי' טוען שמא. כיצד כגון בתרי ותרי שתפס קודם שבאו העדים השנים שתפס בדין כיון שלא נולד הספק עדיין. וכן בנדוניית חתנים. בפלוגתא דרש"י ור"ת המבואר באה"ע סי' נ"ב שהחתן היה חייב לו ותפס בחיי הבת ואח"כ מתה הבת שבחייה היה יכול לתפוס בדין שעדיין לא נולד ספק והיה יכול לתפוס בעד חובו וכן כל כיוצא בזה מהני התפיסה אבל אם היה בידו חפץ בשאלה או פקדון

או בא מאליו קודם שנולד הספק לא מיקרי תפס וברשותא דמרא קמא איתא ואפילו גילה דעתו קודם הספק שרוצה לתופסו משום שמא יקרה איזה ספק דין ביניהם מ"מ כיון שלא היה יכול לתופסו בדין ואם היה בא לב"ד קודם הספק היו מוציאין ממנו הוי כגזל בידו וברשותא דמרא קמא קאי. אמנם אי בשעת הספק אמר שתפסו א"נ שיש לו מגו וטוען שנתכוין בשעת לידת הספק לתפיסה מהני אפי' בטוען שמא:

יג היתה הלואה בידו קודם שנולד הספק אפי' לא גילה דעתו קודם הספק שרוצה לתפסו רק אחר שנולד הספק אין מוציאין מידו. אפי' טוען שמא בין בספק המציאות בין ספק שבשטר ודוקא כשנולד ספק אם שכנגדו חייב לו ג"כ חוב מהני תפיסת ההלואה שבידו כיון שאם היה הדין ברור היה נפטר מחובו הוי כנולד ספק על חוב שלו אם הוא חייב לו וכיון שהספק הוא בחוב שלו חבירו נקרא המוציא מחבירו עליו הראיה. אבל אם נולד ספק אח"כ על חפץ ידוע שביד חבירו אם הוא שלו או לא לא מיקרי ההלואה שבידו בתפס קודם שנולד הספק:

יד הא דבהלואה מהני תפיסה דוקא שאין לשכנגדו שטר על חוב זה אבל אם יש לחבירו שטר על חוב זה לא מיקרי זה שבידו המעות מוחזק לתפסו בשביל ספיקא דדינא ממקום אחר אבל אם נפל ספק על חוב זה ממש כגון שנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע או שיש תיקו בש"ס אי נמחל כגון בריא שכתב כל נכסיו לאשתו שנשאר בתיקו אי מחלה הכתובה אף שיש בידה שטר כתובה אינו גובה כמבואר באה"ע סימן ק"ז וכיוצא בזה:

טו אימת נקרא לידת הספק משעה שראוי להסתפק בזה אף שאין נוגע עדיין לדין הנדון כגון במרחץ שהשכיר לו בי"ב זהובים לשנה דינר לחדש שיש ספק אם לתפוס לשון ראשון או אחרון נגד חדש העיבור נקרא לידת הספק תיכף כשאמר שני הלשונות אף שלא עשה קנין עדיין כיון שיש תכף באמירתו ספק אף שאין עדיין שום דין עליו ובתיקו כל תפיסה נקרא אחר לידת ספק שהספק נולד בשעת חתימת הש"ס. ובפלוגתא של הפוסקים שאחר חתימת הש"ס לא נקרא לידת הספק רק אחר שהב"ד שדנין אצלם הניחו הדבר בספק:

טז תפס קודם שנולד הספק וחזר חבירו ותפסו ממנו אחר שנולד הספק מוציאין מהשני ונותנין לראשון:

יז תפיסה ברשות מהני אפי' בטוען שמא ואחר שנולד הספק. ולא נקרא תפיסה ברשות כי אם כשהתפיסוהו הבעלים על ספק זה כגון בכור בשלשים סאה בסלע בח"מ סי' רס"ז שנתנו לו הבעלים מדעתן למשוך לרשותו וכן בספינה שטבעה בחצי דרך דסימן שי"א

שנתנו לו הבעלים מדעתן ובשעת נתינה נתנו לו הבעלים שיהיה מוחלט לו. ומשכחת לה תפיסה ברשות אחר שנולד הספק כגון בתיקו שבש"ס דלידת הספק הוא משעת חתימת הש"ס וקודם שנעשה המעשה שנולד הספק עליו התפיסוהו הבעלים בידו ואח"כ נולד הספק וכן בכור בשלשים סאה בסלע שבשעת אמירה שתי לשונות דסתרי מקרי נולד הספק ואח"כ משך מדעת הבעלים כל סאה וסאה. וכן אם השכיר או השאיל מטלטלין ונולד ספק על משך הזמן כגון שאמר לו י"ב זהובים לשנה מדינר לחודש. וכן השאיל לו מרא למירפק ביה פרדיסי דסימן שמ"א דיש ספק אי שני פרדיסים או הרבה מהני תפיסת השוכר והשואל שהתפיסוהו הבעלים בידן על ספק זה מדעתן. אבל אם היה בידו שאלה ופקדון ושנים אומרים שנתן לו במתנה ושנים אומרים שלא נתן במתנה לא הוי תפיסה ברשות ולא מהני התפיסה רק כשטוען ברי דהא לפי עדות המכחישים לא התפיסו הבעלים בידם למתנה. ובאה"ע סי' ל"ט גבי מומין דצריכה להחזיר הקידושין וכן בח"מ סימן רכ"ד אף שהוא תפיסה ברשות מ"מ לא הוי ספק השקול דיש להשני חזקה דכאן נמצא:

יח תפיסה ברשות בטעות. כגון שהבעלים טעו וסברו שהדין עם שכנגדו ומסרו בידו ואח"כ נודע לו שהדין הוא עמו. מחמת שבספק הדין המע"ה ובטעות נתנו לא הוי תפיסה ברשות אמנם במקח כגון שהקנה קרקע לאחד ומטלטלין לאחר שהוא ספיקא דדינא בסימן רמ"ב סעיף ג' וטעה וסבר שהוא קטן ונתן לו ואח"כ נודע לו הוי תפיסה ואין לחזור וכן כל כיוצא בזה:

יט במקום שהמשיכה הוא ספק קנין כגון משיכה בגמל והנהגה בחמור דאיכא חד צד דלא קנה עסי' רע"א בסמ"ע ס"ק ב' וכן משוך בהמה לקנות אותה והכלים שעליה דסי' ר"ב סעיף י"ד. וכן בזרק. ארנקי דסימן רמ"ג סעיף כ"ד. כל אלו הן ספק קנין ולא הוי תפיסה במקח ומתנה ואפי' בא אח"כ לרשותם הוי תפיסה שלאחר הספק דלא מהני. ובהפקר אף שלא עשו רק ספק קנין זה נקרא מרא קמא והתופס מידם חייב להחזיר להזוכה ראשון וזה דוקא במטלטלין אבל בקרקע של הפקר אם עשה ספק קנין כגון החזיק באחת לקנות חברתה דסי' רע"ה סעיף ט' ובא אחר והחזיק בקנין ודאי השני קנה ולא ראשון:

כ בפלוגתא דרבוותא. דהיינו במחלוקת הפוסקים שהיו אחר חתימת הש"ס מהני תפיסה אפי' אחר שנולד הספק אפי' כטוען שמא אפי' יש לו תביעה על חפץ ותופס חפץ אחר מהני התפיסה ומכ"ש כשתופס חפץ עבור חוב ויכול לטעון קים לי כהנך פוסקים אפי' במיעוט הפוסקים כנגד רוב רק שצריך לראות מה עוצם כחם בחכמה ובמנין אם אין

בטלים נגד האחרים. אבל ביחיד נגד רבים אין יכול לומר קים לי. וכ' בתשו' חוות יאיר דבמקום שסתמו המחבר והר"ב בהג"ה ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך אין יכול לומר קים לי כפוסק אחר ואם כתב הרמ"א וי"א יכול לומר קים לי ובמקום שהכריע הרמ"א מי שמורה למולו הוי טועה בדבר משנה וה"ה אם הרמ"א לא הכריע והסמ"ע והש"ך הכריעו ובמקום שהסמ"ע והש"ך מחולקים הלכה כהש"ך דהוא בתרא אם לא שרואין שהש"ך העביר דרך על הסמ"ע ואם הדיין הכריע כאחד מהן בפלוגתא דרבוותא אין השני יכול לטעון קים לי. רש"ל:

כא תפיסה ע"י שליח לא מהני דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים. ואם השליח או אחר תפס ונתן לבע"ד אין הנתפס יכול לתבוע להתופס:

כב בקרקע לא מהני תפיסה אפי' בפירות הקרקע שנולד הספק עליה ואפי' ברשות ואפי' טוען ברי ודוקא כשהטענה הוא על הקרקע כגון ששניהם מודים בסך השכירות או בסך המכירה רק שהטענה הוא שמגיע לו עוד קרקע כגון במרה בחבל הן חסר הן יתיר והיה יותר דסי' רי"ח שסך המעות ידוע רק שטוען שמגיע לו היתרון של הקרקע וכן במרחץ שהשכיר לו בי"ב זהובים לשנה דינר לחודש שהסך ידוע י"ב זהובים רק שתובע שמגיע לו עוד חודש דירה אף זה אם לא נתן מעות א"י לתפוס המעות בעד הקרקע אפי' טוען ברי שהתנה בפירוש כמו שאומר אבל אם הקרקע ידוע רק שטוענין על המעות כגון שהשכירות ידוע שהוא על שנה רק שזה אומר בה' שכרתי וזה אומר בי' וכבר דר בו ואין תובע ממנו רק מעות השוכר נקרא מוחזק אבל כשעדיין לא דר בו רק חצי שנה ונתן לו כבר ה' זהובים יכול המשכיר לומר בי' השכרתי וכבר דרת חצי שנה וצא מן הבית דהמשכיר מוחזק בקרקע שלו. וכן בתרי ותרי במכירת קרקע בעל הקרקע נקרא מוחזק אבל כשהמכירה ידוע רק ששנים אומרים היה תנאי ושנים אומרים לא היה תנאי והלוקח כבר ירד לקרקע ואין הספק כי אם בתנאי ותנאי מילתא אחריתי הוא מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח ודוקא שהספק בעיקר התנאי אבל אם יש ודאי תנאי והספק בקיום התנאי בין שהוא מכח תרי ותרי ובין שהספק הוא מכח איזה איבעיא בש"ס דלא איפשטא בין ספק במציאות. מוקמינן בחזקת שלא נתקיים התנאי וקרקע בחזקת מ"ק. אבל אם התנאי בשב ואל תעשה מוקמינן בחזקת שלא נתבטל התנאי. כשיש איזה ספק בפלוגתא דרבוותא אין מוציאין מיד המוחזק אפי' בקרקע ולא הוחזק ג' שנים יכול המוחזק לומר קים לי. וגם מהני תפיסה ברשות בקרקע כשהוא מילתא דעבידא לגלויי וטוען ברי במשכנתא בסי' שט"ז ועבמ"ש בסי' מ"ב. ואם נפל ספק בין מוכר ולוקח אם קנה הקרקע בקנין זה שיש פלוגתא דרבוותא אי קונה בקנין זה אם המוכר מוחזק

כבר בכל המעות דמי המקח יכול לומר קים לי שהלוקח קנה הקרקע בקנין זה והמעות הן שלו אבל אם לא נתן לו רק מקצת דמים אז אם כבר ירד הלוקח ברשות להקרקע מיקרי הלוקח תופס ברשות ויכול לטעון קים לי שלא נקנה לי הקרקע ותופס בקרקע עד שמחזיר לו המקצת מעות אבל אם לא ירד הלוקח להקרקע מיקרי המוכר מוחזק:

כג במקום שיכול לטעון קים לי. אז אם הוא מוחזק בהדבר מעיקרא שלא מחמת תפיסה אנן טוענינן עבורו קים לי כי כללא הוא בספיקא דפלוגתא דרבוותא אין מוציאין מיד המוחזק אבל בתפיסה צריך לטעון קים לי דוקא אבל אנן לא טענינן עבורו אבל כשמת אנן טוענין עבור יתומים קים לי:

כד אין מוציאין ממון אף דאיכא ס"ס להתובע. אבל תפיסה מהני בס"ס ואם היה לו להתובע שטר ונולד ספק בשטר דדמי לס' פרעון בגון ספק זינתה ברצון בכתובה ויש ס"ס לזכות התובע נראה שאף להוציא ממון מהני ס"ס כיון שיש שטר ג"כ בידו:

כה אם נולד ס' פלוגתא דרבוותא בין ראובן ושמעון והיה ראובן מוחזק וטוען קים לי כפלו' המזכה כגון בגוונא המבואר בח"מ סימן רס"ח בפלוגתא דראב"ן וראבי"ה וטען ראובן קים לי כראב"ן המזכה אותי ואח"כ נולד ג"כ ספק זה עוד בין ראובן לשמעון והיה להיפך שלדעת הראב"ן היה זכות לשמעון והיה ראובן ג"כ מוחזק וטען קים לי כראבי"ה אם יכול שמעון לבוא עליו מכח ממ"נ אם קים לך כראב"י תן לי הראשון ואי קים לן כראב"ן תן לי השני אז אם אירע זה בספק דלא מהני תפיסה הדין כמ"ש הרמ"א שם בסי' רס"ח דאם עמד בדין כבר אינו יכול לבוא עליו בממ"נ ואם לא עמד בדין יכול לבוא עליו בממ"נ אבל בספק דמהני תפיסה יכול לבוא עליו בממ"נ ודוקא בחד גברא אבל בתרי גברי כגון שספק השני נולד בהיורש או בלוקח שלו לעולם לא יכול לבוא עליו בממ"נ:

ביאורים לכללי תפיסה

זה לשון הס"ס (פרק קמא דב"מ) דתנן ספק בכורות הממע"ה ותני עלה ואסורין בגיזז' ועבודה וס"ד דהס"ס למיפשט מינה דתקפו כהן אין מוציאין. ודחי הס"ס דקדושא הבאה מאליה שאני וסייע הס"ס מהא דתנן הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי ס"ד דתקפו כהן אין מוציאין נמצא זה פוטר ממונו בממון כהן. ומש"ס זו הקשו על הרמב"ם שפסק דאין מוציאין. ולפענ"ד נרא' ליישב דהנה הרשב"א והב"י הקשו דמה ענין לדמות ספק בכור בהמה טהור' דאסור בגיזה ועבודה לס' פדיון פטר חמור שחולין הוא לכל דבר. לזה נרא' דהתוס' בד"ה והא הכא כתבו דבגוונא דאם השני חוזר ותופס אין מוציאין לא חל ההקדש כלל כיון דחבירו אם הי' תקפה הי' זוכה ע"ש א"כ י"ל דהס"ס לא מייתי ראיה רק לסייע

דקדוש' הבאה מאלי' שאני מהך ברייתא דהספיקות דאי ס"ד הא דאסורין בגיזה ועבודה הוא רק משום דאי תקפה אין מוציאין אבל אי מוציאין אפי' קדושה הבאה מאליה אינו חל וא"כ ע"כ האיסור של הספק פ"ח גופיה אינו אסור בהנא' רק מטעם דת"כ אין מוציאין מידו דהא לפי ס"ד דרב המנונא אפי' ספק בכור בהמ' טהור' אינו אסור רק אי תקפו א"מ ומכ"ש בספק בכור בהמ' טמאה וא"כ ע"כ *) מדמצריך הס' פ"ח פדיון ע"כ גם בזה ת"כ א"מ כיון דהישראל יכול ליתן גוף הפ"ח כמבואר ברמב"ם וממילא דה"ה בהפדיון של פ"ח ת"כ אין מוציאין דלפי הס"ד דלא ידע לחלק בין קדושה הבאה מאליה לא שייך לחלק בין בכור ב"ט ולומר משום דאסור בגיזה לכך א"מ דאדרבה לפי הס"ד האיסור דגיזה תלוי בהא דת"כ וא"כ כיון דת"כ א"מ אמאי נכנסין לדיר להתעשר הא אין קריאת שם של מעשר חל כלל דהא אם תקפה הכהן אח"כ בטל' ההקדש שהקדישה למעשר כמ"ש התוס' כנ"ל. ומכ"ש לדעת האסיפת זקנים הובא בתומים אפי' תקפה והקדישה יכול חבירו לחזור ולתקוף וכל היכא דמהני תקיפ' אחר ההקדש לא חל ההקדש כלל כמ"ש התוספות כנ"ל ונמצא אין קריאת שם מעשר חל כלל משום דהוי ממון כהן כשיתקפנו ופוטר ממונו בממון כהן פי' כיון דממון כהן הוא לתקיפ' ממילא א"י לפטור ממונו בזה דאין הקדישו למעשר חל כלל אלא ע"כ דקדושה הבא' מאליה שאני וא"כ אפשר לומר לגבי פדיון פטר חמור דת"כ מוציאין ומ"מ הספק פטר חמור אסור משום דקדוש' הבאה מאליה שאני וא"כ אפי' ת"כ א"מ מ"מ לא מהני תקיפה לבטל קדושה הבא' מאליה ומעשר כי קדוש' הבא' מאליה דמיא דהא עשירי מאליו קדוש ודוקא במקום שצריך הקדש בעלי' אינו מועיל במקום דמהני תקיפה אח"כ דהוי כאינו ברשותו דא"י להקדישו משא"כ בדבר שקדוש מאליו וא"צ בעלים ולפ"ז י"ל דבבכור בהמ' טהור' אין מוציאין וכסברת הרשב"א וב"י דאין לדמותו כלל לפדיון פטר חמור. ובתומים תי' דמקש' הש"ס רק לרבה דס"ל בתרי ותרי הוא ספיקא דאורייתא ואפי' עומד באגם אין נותנין לבעה"ב כיון דליכא חזקת מרא קמא לרבה והוי ממון כהן ע"ש שהאריך. והוא תמוה דבמקום דליכא חזקת מ"ק לכ"ע מהני תפיסה כמבואר בש"ך מספר ת"כ סי' קכ"ה. ועוד דהי' לו להקשות בלא"ה לרבה דס"ל תרי ותרי ס"ד ואפי' עומד באגם ה"ז פוטר בממון כהן ולא תלי כלל בתקפו כהן. וגם שאר תירוצי' הן דחוקים ורחוקים מן האמת למעיין וקצרתי דהעיקר דבבכורות ת"כ א"מ וכמ"ש הש"ך. ולטעמו משום דהוי ממון שאין לו תובעין ודאי דלא מהני טוען ברי ותפס קודם שנולד הספק דהא מ"מ הבעלים יכולין לומר שיתנו לכהן אחר. אבל תפיסה ברשות ודאי מהני דהא הבעלים בעצמם התפיסו

בידו שהי' שלו ושוב א"י לומר שיתנו לכהן אחר ומעתה מבואר כל מה שכתבתי בפנים אות א':

בי"ד סי' רנ"ט בט"ז ס"ק ה' ובש"ך ס"ק י"ד תמהו אהא דבי"ד סי' רנ"ט פסק להחמיר ביש יד לצדקה ובסי' תרנ"ט סעיף ה' כשיש ספק בלשון מתיר וכן בח"מ סי' ר"ן גבי שכ"מ שהקדיש כל נכסיו דהוא איבעיא בש"ס אי יכול לחזור בו כשעמד פסק להקל. וכן הר"ן בנדרים ז' תמה מהא דחולין קל"ז דספק לקט לקט משום דקמה בחזקת חיוב ואי לאו האי טעמא הי' לבעה"ב. וכן במתנת כהונה ס' תרומה לישראל. ולפענ"ד נרא' ליישב בפשיטות דלא הותר ספק ממון רק כשאין בו אלא משום ספק גזל דספק גזל לא אסרה רחמנא וכמ"ש המפורשים. אבל אם יש איסור אחר במה שמחזיק הממון ספק איסורא לחומרא ולא מהני חזקת ממון נגד שאר איסורין כמו שאינו מועיל חזקת ממון לאכול הספק תרומה מש"ה ביש יד לצדקה דמלבד איסור דגזל ממון עניים יש איסור על מה שמחזיק אצלו הממון משום בל יחל ובל תאחר אסור מס' כמו שאר ספק איסור משא"כ בהך דספק לקט גבי חורי הנמלים שבתוך הקמה אף דשם יש ג"כ איסור דלא תלקט מ"מ הא המרדכי הובא במשנה למלך הל' מ"ע הקשה דנזיל בתר רובא דרוב התבוא' הוא של בע"ב. ותי' קרא כתיב עני ורש הצדיקו צדק משלך ותן ע"ש שתי' זה הוא העיקר דהתי' השני הוא תמוה. וכיון שכן הרי משום איסור ודאי אזלינן בתר רובא דכל דפריש מרובא פריש רק משום קרא דעני ורש הצדיקו וקרא זה לא נאמר דק בקמה דבחזקת חיובא קאי כמבואר בחולין קל"ז וכן בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו הקשה הר"ן הא אית ביה איסור מעילה ותי' דהוא אומר לא לכך נתכוונתי וכו' ולענין איסור מהימן רק משום ספק ממון ומהני חזקת ממון במקום דלא הי' חזקת חיוב כמו בקמה וכן בסי' רנ"ט סעיף ה' דהוא מתשובת הרשב"א סי' תרנ"ו מיירי ביורש דליכא גביה איסורא דבל יחל ובל תאחר ואין בו רק משום ספק ממון. ועוד י"ל שם כיון שהספק בלשון אמרינן לא מחית אינש נפשי' לספיק' דהיילו שאין כונת הנודר רק על משמעות הודאי שבלשונו ולא על משמעות הספק שבלשונו והרב' הארכתי בפרט זה במקום אחר ואין כאן מקומו ובתרומה שהביא וכן בשאר מתנות כהונה אין בו רק משום גזל מתנות. ובסי' רנ"ט סעיף ה' שמי שיש בידו מעות ומסופק אם הוא של צדק' שחייב ליתן לצדקה מיירי כגון שהי' בידו כיס של צדקה וכיס של חולין ולא ידע איזה נשאר דבשאר ממון הוה אזלינן בתר המוחזק כדאמר בבכורות בא' שהפקיד טלה אצל רועה והי' לרועה כמו כן טלה חי ומת א' ע"ש ועיין בתוס' ב"מ ק' ד"ה וליחזי. מ"מ בצדקה לא אזלינן בתר המוחזק משום קרא דעני ורש כמו בקמה דבחזקת חיובא קיימא וה"נ הוחזק כאן צדקה. אמנם מ"ש הר"ב בהג"ה

י"ד סי' רנ"ט סעיף ו' דאם משתמש בב"א דאזלינן בתר רובא תמוה דהא בח"מ סי' רצ"ב מבואר דלא אזלינן בתר רובא במוחזק וע"כ ל"ל דצדקה שאני דכתיב עני ורש כמבואר במרדכי שם. א"כ אף בתר רובא ליכא למיזל כמו בחורי הנמלים כמ"ש המרדכי עצמו. וכעת לא מצאתי ישוב לזה ויש להחמיר ובזה נתבאר כל מ"ש בפנים באות זה. ויתר הדברים המבוארים שמה פשוטים. גם מה שהקש' הש"ך מס' ריבית קצוצה. דהוא ס' איסור ואין מוציאין מידו. לק"מ דשם טוען ברי. ועוד דבריבית אין איסור במה שמחזיק המעות ואין משיב דאיסורא דעביד עביד רק דרחמנא חייביה בהשב' ואין בו רק משום גזל ממון כמו כשאינו משיב גזל שבידו ובספק ממון מותר כמו בספק השבת גזל:

בספר ת"כ סי' מ"ד מ"ה תמה על הרא"ש שמביא ראי' בספק ממון לא מהני תפיס' מהא דב"מ דף ק"ב בהא דמרחץ שהשכיר בי"ב זהו' לשנה דינר זהב לחודש קיי"ל אפי' בא בסוף חודש כולו למשכיר אע"ג דמספקא לן אי תפיס לשון ראשון או אחרון והשוכר תפוס אלמא דלא מהני תפיס' בספיקא וכו' ותמה הש"ך דהא שם אפי' בטוען ברי לא מהני כדמוכח בב"מ ק"ו במשכונא במלוה אומר ג' ולוה אומר ב'. ותי' הש"ך שם והביאו גם כן בח"מ סי' שי"ב ס"ק י"ד וז"ל דאי טוען ברי שאמרת בפירוש בי"ב לשנה אפי' תהי' מעוברת לא מפקינן מהשוכר ואע"ג דמוכח בב"מ ק"ו במשכנתא דאע"ג דהמלו' טוען ברי מפקינן שא"ה שידוע שהפירות שאכל כמה הם רק שבא לזכות מכח שטוען ברי שהשכינו לג' שנים אמרינן בחזקת בעלים קיימא וה"ל כאלו הפירות עדיין ברשות הלוה כיון שהפירות באין מגוף הקרקע וידועין כמה הן משא"כ הכא דכשטוען השוכר ברי א"כ מעולם לא הי' בקרקע זו פירות י"ג דינרין ולא שייך כאן לומר קרקע בחזקת בעלים דנהי הקרקע של המשכיר הוא מ"מ אפשר דמתחל' לא הי' בה פירות רק י"ב דינרים וא"כ השוכר הטוען ברי הוא מוחזק ושפיר מוכיח הרא"ש דלא מהני תפיסה בס' ובב"מ ק"ו מקש' הש"ס מר"נ דקרקע בחזקת בעלים א"כ הו"ל הפירות כאלו הן ברשות המשכיר וא"כ ה"ה במלוה אף דטוען ברי כיון שהפירות ידועין ה"ל הפירות כאלו הן ברשות הלו' עכ"ל והוא משולל הבנ' לכל רוא' דהא משכנתא דסורא דמיירי בב"מ ק"ו הוא בשכירות לשנים ידועים א"כ יאמר נא מה לו ששכר הבית בי"ב זהו' וזה אומר על ב' שנים השכרתי ומגיע לכל שנה ו' זהובים וזה אומר לג"ש ומגיע לכל שנה ד' זהובים ומה לי שזה טוען על י"ב חודש שכרתי בי"ב זהו' ומגיע לכל חודש זהוב וזה טוען על י"ג חדש ומגיע לכל חודש זהוב פחות חלק י"ג ולמה ידוע הפירות במשכנתא יותר מבשכירות המרחץ אתמהה. וכן תמה בתומים סי' מ"ז ע"ש ואחר העיון קורא אני עליו ד"ת ענים במקום זה וכו' דבסי' שי"ז ס"ק ה' כתב גבי משכיר אומר בי' ושוכר אומר בה'

שכרתי וז"ל דלא שייך וכו' דהא אין חולקים על הקרקע שהרי המשכיר בא להוציא ממון מהשוכר ומה בכך דקרקע בחזקת בעלים הא השוכר אומר מעולם לא הוציא הקרקע שלך פירות יותר מזה. ובזה מבואר דבריו דהש"ך מחלק בין כשטענותיהן הוא רק על הקרקע כגון במשכנתא דסורא דב"מ ק"ו ששניהן מודים שהשכירות הי' ק' זהו' וכבר נתנם לו והוחלטו לו רק שתובע קרקע ממנו עוד על שנה א"כ הפירות ידועים היינו ק' זהו' רק הקרקע אינה ידוע שא"י כמה קרקע מגיע לו אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת ואפי' טוען ברי לא מהני דבקרקע לא מהני תפיס' אפילו טוען ברי משא"כ כשהקרקע ידוע דהיינו שידוע שהשכירו רק על שנה רק שזה אומר בי' וזה אומר בה' שהקרקע ידוע שהיא על שנה רק שהפירות אינן ידועים אם הן י' או ה' השוכר נאמן בטענת ברי שהשוכר אומר מעולם לא הוציא הקרקע שלך פירות יותר (ויש מקום עיון בש"ך סי' שי"ז שם שהצריך לטעם מגו וסותר דבריו שבכאן ושם אי"ה יבואר) רק בטענת שמא לא מהני משום דתפיס' בשמא לא מהני וה"נ במרחץ שאמר י"ב זהו' נשנה דינר לחודש אין הספק בקרקע כמה ידור בו דהא בפי' השכיר לו שנה רק שאנו מסופקין דילמא לשון אחרון עיקר שאמר דינר לחודש וממילא חייב לו י"ג דינרין וכן משמ' לשון הטור שכתב שצריך להוסיף לו בשביל עיבור אבל א"י להוציאו מהבית. ועוד דאפי' אם נאמר דבסתם מצי לדחותו אפי' מדירה של החודש י"ג. מ"מ י"ל דהש"ך מיירי במודה שהשכיר לו על י"ג חודש וכיון דהטענ' הוא רק על השכירות שהקרקע ידוע שהשכירו לי"ג חודש רק שזה טוען בי"ב וזה טוען בי"ג אלו הי' טוען ברי בי"ב השוכד נאמן דהוי ממש כזה אומר בי' וזה אומר בה' משום דהוי כטוען לא הוציא הקרקע שלך פירות יותר רק מחמת שטוען שמא לא מהני תפיס' בספיק' דהא ע"כ מיירי שהי' צריך להקדים לו השכירות להחודש י"ג דהא כתב הרא"ש הטעם לשמואל משום דהוי כהודא' וכו' וע"כ הוא משום דהניחו לדור בו החודש י"ג בלי הקדמת השכירות ולפ"ז דבר זו כתפיס' הוא דאם הי' בא בתחלת חודש הי' כולו למשכיר דהמשכיר הי' יכול להוציאו מהבית דקרקע בחזקת בעלים עומדת אף שהשכירות ידוע שהיא על שנה לא אמרינן דבחזקת השוכר הוא עד כלות כל השנה רק מעות הוא תובע והשוכר מוחזק רק אמרינן שהקרקע והפירות כל זמן שלא גמר כל דירתו הן בחזקת המשכיר וכשבא בתחלת חודש הרי השוכר כתובע פירות המוחזקין וא"י להוציא מהמשכיר מש"ה אפי' בא בסוף חודש כולו למשכיר כיון דהפירות היו עומדין בחזקת המשכיר אף אם כבר דר בה הוי כתפיס' דלא מהני בספיק'. וקושית הש"ס בב"מ ק"ו הוא כך כיון דקיי"ל קרקע בחזקת בעלים גבי מרחץ לענין שיהי' כתפס מרשות המשכיר בתחלת חודש ממילא כשתביעתו על הקרקע כשטוען שמגיע

לו עוד קרקע אפי' בברי א"י לטעון דכיון דשם במשכנתא הוי כטוען קרקע ובקרקע לא מהני תפיס' אפי' בטוען ברי דהאיך יעלה על הדעת להוציא מחזקת האחר בטענת ברי. וזה ברור בדברי הש"ך. אך עדיין קשה דמנין לו להרא"ש להוכיח דתפיסת ספק לא מהני הא קרקע שאני. וגם ל"ל להש"ע לומר הטעם דקרקע בחזקת בעלים הא בלא"ה תפיסת ספק לא מהני. ולפעד"ן ליישב דבעינן לשני הטעמים. לטעם קרקע בחזקת בעלי' האמור בש"ס. ולטעם דתפיס' בספק לא מהני שכתב הרא"ש. דבטעם הרא"ש לא סגי דהא בודאי במטלטלין אלו הי' הספק בלשון השכירות על כמה שהשכיר לא הי' הדין עם השוכר אפי' בטוען שמא דבב"מ דף ק"ג גבי השאיל מרא למירפק בי פרדיסי דרפיק ואזיל כל פרדיס' דאית ליה. והקשו בתוס' דבב"ב אמרינן ארעתא תרתי משמע. ותירצו במטלטלין אזלינן בתר מאן דתופס השתא היכא דליכא חזקת קרקע נגדו וכו'. ועכצ"ל אף דתפיס' מספק לא מהני אפי' במטלטלין לדעת התוס' מ"מ הכא כיון דמסר לו המטלטלין בשכירות של ספק זה הוי תפיס' ברשות וא"כ ה"ה הכא כשהספק בין תפוס ל"ר או ל"א וכמ"ש הש"ך בסי' שי"ב סס"ק י"ד משא"כ בקרקע דאפי' תפיס' ברשות לא מהני מטעם דקרקע בחזקת בעלי' עומדת ושפיר הוצרך הש"ס לטעם דקרקע בחזקת בעלי' עומדת. ומ"מ הוכיח הרא"ש שפיר דתפיס' שלא ברשות אפי' במטלטלין לא מהני דהא כיון שכבר דר בו החודש י"ג ודמי השכירות בידו שוב הוי כתפס מטלטלין אלא ע"כ דשלא ברשות אפי' במטלטלין לא מהני תפיס' וזה הוי כתפס שלא ברשות דהא אם הי' בא בתחלת חודש הי' הדין עם המשכיר וכמו שפירש"י בב"מ שם ע"ש וא"ש הכל. ונידון הקושי' שהביא בתומים אהא דתוס' ורא"ש כתבו הטעם במרחץ לשמואל דהא משום הודא'. ובש"ס ב"ב אמר בהדיא דטעמא משום דתפיס. לק"מ לפמ"ש הר"ן הובא באסיפת זקנים בב"מ בסוגיא דת"כ דשתיק' אינ' הודא' ודאית רק ספק ומטעם תפיס' הוי הודא' ע"ש. וספק זה אי שתיק' כהודא' הא נולד לאחד חודש י"ג והוי כתפס קודם שנולד הספק משא"כ הס' דאי תפס ל"ר נולד תחלת חודש והוי תפיסת שכירות דמי החודש הי"ג אחר שנולד הספק אבל הספק הודא' ומחיל' של דמי השכירות של החודש הי"ג ממילא הוי כתפס קודם שנולד הספק. וגם מסוגיא זו גופא מוכח דאינו אלא ספק הודא' דאלת"ה אמאי בא באמצע החודש יחלוקו הא אי הודה הוד' על הכל אלא ע"כ דלא הוי רק ס' הודא' ומשום דתפיס ומ"ש הש"ך בסי' מ"ו דבטוען ברי אפי' בקרקע מהני תפיס'. כונתו על אופן שפירשתי דבריו לעיל כשאין טענותיהן על הקרקע ששניהן מודים על זמן שכירות הקרקע רק שטוענין על הסך בכמה השכיר' ומטעם דהוי כטוען שלא הי' פירות יותר דהש"ך כתב זה לחלק בין איסתר' מאה מעי דהמכיר' קיים בודאי

רק שמחולקין כמה סך המכיר' ונגד זה כתב דבשכירות כה"ג כגון במרחץ שהשכירות ידוע שהוא על שנה דהיינו גם על החודש העיבור רק שמחולקין על סך המעות מהני טענת ברי וכנ"ל:

הש"ך בסי' הנ"ל מסי' ב' עד סי' י"ט כתב הטעם דבתיקו א"מ כיון דאפשר לפשוט האיבעי' ממשנ' הוי כטוען ברי דיכול התופס לומר ק"ל כהך סברא. וע"ע בספרו סי' מ"ד שתמ' אהרא"ש שפסק גבי איבעיא דפועל העוש' בגפן זה אי אוכל בגפן אחר דאי אכל לא מפקינן מיניה אף דהרא"ש סובר בכל תיקו דאי תפס מוציאין. ויותר תימה שכ' דלא מנכינן ליה מאגרי' דהא אפי' אי נימא דתפס א"מ מ"מ לא יהא אלא שהבעלים חזרו ותפסו דא"מ וכו'. וזה יש ליישב דהא דתפיס' לא מהני היינו דוקא דכשנולד הספק הי' חזקת מ"ק והוי כנתברר קודם התפיס' ואינו מועיל תפיס' אח"כ. אבל בפועל שאין לו קודם שנותן לתוך פיו מאומ' דאפי' ליתן לאשתו ובניו אסור ולא נפל הספק של מי הוא קודם אכיל' שנאמר אוקי אחזקת מ"ק רק בשעת אכיל' נולד הספק אי פטור מלשלם ונגד התשלומין נקרא הפועל מ"ק. ואח"כ מצאתי בקוה"ס שבס"ס קצה"ח שכתב כן. ופשוט. וכן הוא ג"כ כוונת התומים למעיין בדבריו ע"ש: עוד תמה הש"ך אטור שבהרב' מקומות שאזכור אותם אח"כ כתב סתם דאי תפס א"מ. ובהרב' מקומות הביא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש וע"ש שנדחק הרב' מאוד. וגם בתומים דחק עצמו למאוד וכתב דכונת הטור בכ"מ שכתב דא"מ מיירי בתפס קודם שנולד הספק או בשעת הספק ובקנה אף קודם לידת הספק לא מהני דבממון מהני תפיס' קודם לידת הספק כיון דבשעת לידת הספק זכה מיד בתפיסתו משא"כ בקנה דאין זוכה מיד בשעת הספק רק אח"כ בשעת דין לא מהני תפיס' קודם לידת הספק וכן כתב בנגזל ומסור כיון דאין זוכה מיד בשעת לידת הספק עד שנשבע קודם לא מהני לידת הספק. והיא משולל הבנ' ודחוק מאוד למעיין ולפעד"נ ליישב דטעם הטור הוא דהש"ך מסיק דבפלוגתא דרבוותא' מהני תפיס' ואפי' המחלוקת בתפיס' עצמה יכול לומר קים לי כמ"ש בסי' ק"א ק"ב ק"ג וכיון דהרמב"ם והרא"ש פליגי בתפיס' אי מהני יכול התופס לומר קים לי כהרמב"ם לזה סתם כדבריו ולא הביא דעת הרא"ש כיון שאין נ"מ בדבריו דבכ"מ שהביא ב' דיעות הנ"מ לענין תפיס' וכאן כיון דהמחלוקת היא בתפיס' עצמה ודינה הוא דהתופס יכול לומר קים לי כהרמב"ם אין נ"מ בדעת הרא"ש לכך לא הביאו. והנה הש"ך כתב הטעם דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיס' משום דכיון דעביד כמר עביד וכמר עביד עביד אינש דינא לנפשיה וכיון דדיינא הוא לא הדד דינא. ובזה יש ליתן טוב טעם לסברת הש"ך שכתב דדוקא במקום שהב"ד כופין אי תפס א"מ והוא מה"ט דל"ש לומר עביד אינש דינא לנפשיה

אלא במקום שאם הי' הדין ברור היו הב"ד כופין ותופסין יכול הוא ג"כ לעשות לעצמו דין ולתפוס אבל במקום שאפילו הי' הדין ברור לא הי' הב"ד כופין ותופסין אף הוא א"י לעשות לעצמו דין ולתפוס מש"ה בקנסות שאין הב"ד כופין בדין ברור שאין דנין קנסות בזמן הזה לא שייך לומר עביד דינא לנפשי'. וכן באיבעיא דקש ותבן אי הוה הפקר קודם שהשביחו אפילו הי' הדין ברור לא היו הב"ד כופין רק אי קדם הזוכה וזכה אין יכול לעשות לעצמו לדיין ולתפוס. והך דחמור במשיכ' וכן במשך בהמ' לקנות כלים וזרק ארנקי אבאר לקמן. ופועל העושה בגפן זה כבר נתבאר לעיל. ומתנ' טמירתא דסי' רמ"ב נרא' כיון דעיקר הטעם דבתיקו מהני תפיס' כיון דיכול לפשוט האיבעיא ולברר הוי כטוען ברי ובמתנ' טמירתא ליכא איבעיא כלל רק סתמא אמרו בש"ס חיישינן אלמא דפשיטא להש"ס דספק הוא וא"א לברר הספק הוי כספק במציאות דלא מהני תפיס' ובנגזל ומסור ס"ל להטור כדעת הרב המגיד פ"ד מהלכות גזילה' שכיון שהוא ספק בתקנ' אוקמי' אד"ת אף שהה"מ לא כתב זה רק בטוען שמא. הטור ס"ל כן אפילו בטוען ברי. ועוד. י"ל כיון דנגזל בשבוע' תלוי ושובוע' בב"ד תלוי כמ"ש התו' לא אמרי' עביד דינ' לנפשי' והא דלא הביא דעת הרא"ש בסי' שנ"ב גבי הוד' הגנב לבעה"ב וכיתש לשומר אף שהוא קנס ואין הב"ד כופין הוא מטעם דהרב' פוסקים ס"ל דלא מהני כלל הודא' בזמה"ז. והפוסקים דס"ל דמהני הודא' אף דבש"ס מבואר דהודא' חוץ לב"ד אינו פוטר עכ"ל כיון דעיקר גביית הקנס בעי ב"ד מומחין כמבואר בש"ס בכמ' דוכתי דקודם העמד' בדין גברא לאו בר חיובא הוא כלל וע"כ הא דמהני תפיס' בזה"ז הוא מטעם דבמקום שאין ב"ד מומחין עביד אינש דינא לנפשיה כמ"ש הפוסקים עט"ז סי' א' סעיף ה' וע"כ עושה לעצמו לדיין מומח' וא"ש נמי הטעם דמהני הודא' בזמה"ז דיכול המוד' לומד ממ"נ אם אתה עושה עצמך לדיין מומח' לענין עיקר הגבי' הרי הודא' שבפניך פוטרני דמה"ת יהי' עדיף כחך מב"ד מומחין ואי אין אתה עושה עצמך במקום ב"ד מומחין אנא לאו בר חיובא כלל דאשר ירשיעון אלקים כתיב משא"כ בהוד' הגנב לבעה"ב וכיחש לשומר והשומר תופש ועושה עצמו לדיין מומח' אין ההודא' שהוד' לבעה"ב פוטרתו דהוי כמו הודא' חוץ לב"ד. ובי"ד סי' רס"ו גבי עבד שפסק דא"מ קשה לפי תי' השני שכתבתי גבי נגזל ומשור דס"ל להטור דבספק תקנת אוקמי' אדאורייתא ועבד ג"כ הוא רק מהתקנ'. אך יש לתרץ כמו שתירץ הש"ך בזה ע"ש. א"נ יש לומר כיון שהוא מטעם ביטול מצות כספק איסור דמיא ואין הב"ד מזדקקין בספק להוציאו מידו להביאו לידי ביטול מצות. ובסי' שצ"א גבי כשכש' באמת' שהביא דעת הרא"ש אף שהוא ממון וב"ד כופין. משום שרצ' להביא דין מחודש של הרא"ש אפי' במקום שיוכל לבוא עליו מכח

ממ"נ לא מהני תפיס' ונ"מ בדבריו למקום אחר לכך הביאו ללמוד מדין זה לכיוצא בו במקום דלא מהני תפיס' לכ"ע דא"י לתפוס אפי' מכח ממ"נ אין יכול לבוא עליו. כ"ז נ"ל ליישב דעת הטור. אבל מ"מ כיון שהש"ך נתן רשות לדיין לעשות בתיקו כפי מה שעיניו רואות. נרא' דבכ"מ שהרב המחבר כתב דאין מוציאין והרמ"א לא הגיה עליו נרא' דמסכים עמו מש"ה יש להורות דא"מ. אבל במקום שהרמ"א הגיה דמוציאין וגם בתומים הכריע דבכל מקום מוציאין בתיקו יש להורות דמוציאין. וגם המגיד משנה כתב (דכ') בכמ' פעמים דמוציאין לפי מה שהי' נ"ל מסברא. וכן נ"ל:

בש"ך כתב הטעם משום דהבעלים יאמרו ליתן לעניים אחרים. ובתומים הקש' דא"כ בהקדיש לעניים מיוחדין מאי איכא למימר ולפענ"ד נרא' לתרץ דבשכ"מ שנדר לצדק' נגד שלא יהי' יכול לחזור אם עמד לא שייך כלל תקנת חכמים דדוקא נגד שיהי' חל המתנ' לאחר מית' שייך התקנ' כדי שלא תטרוף דעתו עליו שיודע שלא יתקיימו דבריו משא"כ נגד שלא לחזור אם עמד מה טריפת דעת שייך הכא אם יעמוד כל מה שירצ' יעשה ואין בו רק משום אמיר' לגבוה כדאמרינן בפיך זו צדק' אבל עניים לא קנו מטעם אמיר' לגבוה כידוע. מש"ה לא שייך תפיס' דדוקא לתפוס בדבר שאומר שהוא שלו אבל לתפוס בדבר שאין עליו כי אם איסוד לא שייך תפיס':

כן הוא מסקנת הש"ך בספר זה סי' ע"ב. משום דהרב' פוסקים ס"ל דנפשט האיבעיא. דבריא ג"כ יכול להוסיף וגם הרב' פוסקים ס"ל דמהני תפיס' בתיקו והוי רוב מתרי טעמי ע"ש:

הש"ך בסי' ט"ז הקש' אהא דפסק הטור דלא מהני תפיס' גבי איבעיא דעשו תקנת נגזל במסור הא בטוען ברי מהני תפיס'. ותירץ דדוקא בס' שבשטר או תרי ותרי מהני תפיס' בטוען ברי דשטר ועדים מסייעין לטענותו אבל בעלמא לא. וכן בריש סי' נ"ד כ' וז"ל נקטינן דס' שבשטר וטוען התופס ברי מהני וקשה לי דהא הש"ך למד הא מהני טענת ברי מהא שכתב המהרי"ק דבפלוגתא דרבוות' מהני תפיס' ונטעון קים לי דהוי כטענת ברי אלמא דבעלמא אפילו בלא תרי ותרי מהני טענת ברי. וצ"ל דבפלוגתא דרבוותא הוי גם כן כמו תרי ותרי כמ"ש בעצמו. וכן צ"ל בתיקו שכתב הטעם דמהני תפיס' כיון דיכול להכריע מסברא הוי כטוען ברי צ"ל גם כן דסברא הנאמר בש"ס לזכותו מסייע ליה. ואף דבש"ס איכא נמי סברא להיפך דהא להכי מסיים בתיקו מ"מ שוב הוי כתרי ותרי כמ"ש מהרי"ק שורש קס"א באמתל' כל דהו מסייע אפי' היא רעועה. וצ"ל בסברת הש"ך דבתיקו דעשו תקנת נגזל במסור לא מהני טענת ברי ובשאר תיקו מהני תפיס' בטוען ברי הטעם דבשאר תיקו סברא האמור' בש"ס לזכותו מסייע לאמירתו שהוא שלו

משא"כ במסור אין הסברא האמור' בש"ס שעשו תקנת נגזל שיהי' נאמן מסייע לאמירתו דהא אפשר דאף שעשו תקנ' להאמינו מ"מ אפשר שהוא אומר שקר משא"כ בפלוגתת הפוסקים שטוען ברי ע"פ הפוסקים שהי' שלו שהרי הפוסקים מסייעין לו שהוא שלו אבל בס' במציאות השקול ואין שום אמתלא וסברא לזכותו לא מהני טענת ברי להש"ך. אמנם בס' דררא דממונא בתוס' ב"מ ק' ד"ה וליחזי מוכח דמהני תפיס' בדררא דממונא בטוען ברי. ואין לומר דלא כתבו כן רק לסומכוס דלא ס"ל חזקת מדא קמא אבל לרבנן דס"ל חזקת מ"ק לא מהני. דהא בח"מ סי' רכ"ד פסק כן כהלכ' דאי קיימא ברשות לוקח אין מוציאין מידו. ובתומים הקש' על סברת התו' דס"ל בדררא דממונא מהני תפיס' מהא דהמניח בשנים רודפין דזה אומר מועד את הגדול ואם הקטן וכו' ומוקי לה הגמרא שם כשתפס וא"כ קשה דהא שם הוי דרדא דממונא דהא לסומכוס אמרינן שם דחולקין ואי אמרת דתפיס' מהני בדררא דממונא לישתלם כדאמר ניזק דהיינו לגדול מן המועד. ומתוך כך הכריח סברתו לחלק בין טוען על גוף הדבר שהוא שלו דמהני תפיס' ובין בא עליו מכח שיעבוד וחוב אכן תמיה לי דהא בעצמו הקש' גם כן מהטור שכתב בספק בשטר מהני תפיס' משמ' דאפילו ליכא שתי לשונות בשטר שיהי' לשון א' מסייע ליה רק אפי' בספק בלשון אחר דהוי כדררא דממונא ומהני תפיס' ובשטר בא על תפיסת החפץ שכח חוב ושיעבוד. ובקונטרס הספקות כלל ב' כתב לתרץ דהעדים מוכחשין וא"י מה הוא סח. ולפענ"ד נרא' לתרץ דנרא' דהיכא דהעדים מסופקין ולא ראו כל הדבר בשע' שהיו יכולין לראות כל הדבר רק שהן לא ראו כל הדבר ונסתפק להם היאך הי' הדבר אין עושין ספק ע"פ עדותן כלל ודוקא שראו כל הדבר רק שהדבר הוא ספיקא דדינא מקבלין עדותן ועושין ספק על פיהן אבל מה שמעידין שמסופקין ולא ראו כל צרכן אין מקבלין עדותן כלל וכאלו לא העידו דמי ולא נעש' ספק על פיהם כלל. ודאי' לזה באה"ע סי' נ' בב"ש סק"ט שכתב בשם הג"א דאם הי' לעדים ספק אם קרוב לו או לה דאין כאן חשש קידושין דהוי כמקדש בלא עדים ע"ש. והרי כמה ספיקי קידושין אנו עושין ע"פ עדים וע"כ צ"ל החילוק שכתבתי והטעם כזה דהוי חצי דבר וכמו שכתב הסמ"ע בסי' ל' ס"ק ל"ט לענין חצי דבר לחלק דדוקא בדבר שנעש' בזה אחר זה מהני שא"א כלל לראות בשנה ראשונ' מה שיהי' בשני' אבל בשנים אומרין א' בגבה אף שנאנסו ולא בדקו יותר הוי חצי דבר ויהי' הטעם איך שיהי' עכ"פ מוכח דהעדות שהן מעידין שהן מסופקין על המעש' כלא העידו דמי ומש"ה בקידושין בס' קרוב לה הוי כמקדש בלא עדים כיון שהיו יכולין לראות כל הדבר ולא ראו הוי חצי דבר ולא הוי עדות כלל תדע דאפילו אם יבאו עדים אחרים שלא ראו הזריקת קידושין רק שמדדו את הכסף שמעידין אלו

העדים שזרק לה והי' קרוב לה' ג"כ לא הוי קידושין מטעם דבר ולא חצי דבר כיון שלא ראו כל מה שיכולין לדאות וכן נרא' דלא מסתבר כלל שאם העדים אומרים שראו שא' הלו' לחבירו מעות ולא ראו כמה שיהי' יכול לתפוס כל נכסיו אלא ודאי דראיית ספק של עדים לא חשיב עדות כלל וגדול וקטן להא דמי דהוי כמעידין שראו שהלו' וא"י כמה. וכן נרא' דאפי' בפרעון כה"ג שעדים ראו שנתן לו איז' דבר על פרעון וא"י כמה לא מקבלין עדותן רק על המועט שאפשר דאין עדות ראיית ספק עדות. ומכ"ש בקנה דבעינן עדים ומבואר בב"מ דף ק' בד"ה דמיעבד דלא הוי דררא דממונא כי אם כשיש עדים ועיין בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ו' ע"ש. ואף דהוי דררא דממונא לסומכוס אף בכה"ג שהעדים לא דאו הדבר בשלימות כדמוכח בב"מ שם גבי דמי עבד גדול מ"מ לא הוי ספק לגרע חזקת מרא קמא מחמת הספק שהעדים לא ראו כמו שאין עדים כאלו מגרעין חזקת פנוי' בקידושין בס' קרוב לה כמבואר בתשו' מיימוני דאין מגרעין חזקת פנויה וכל שספק הזה אינו מגרע חזק' קמיית' באיסור גם בממון אינו מגרע חזקת מרא קמא ואינו מועיל תפיס' כמ"ש הרמב"ן מש"ה במחליף פרה בחמור וילדה בב"מ שם שהעדים ראו השע' שהחליפו בו וראו הכל בשלימות עדותן עדות שלם רק כשמוצאין הולד וא"י לב"ד אם הולד קודם השע' שהעידו העדים או אח"כ הרי הספק נעשה ע"פ ב"ד ובקידושין ובאיסור ודאי כה"ג אסור בספק ומקלקל חזקת פנויי' ה"נ מועיל תפיס' נגד חזקת מרא קמא אבל בס' שהעדים לא ראו בשלימות כיון דאינן מקלקלין בקידושין חזקת פנוי' כמו שכתב התשו' מיימוני ה"נ בממון אינו מקולקל חזקת מרא קמא ואינו מועיל תפיס' כנ"ל ברור. וא"כ לפ"ז הי' מקום לומר דבכל דררא דממונא מהני תפיס' מ"מ כתבתי בפנים כהתומים דהלכ' כדברי המכריע וגם מהש"ך משמע דרק לס' שבשטר ותרי ותרי מהני תפיס' בטוען ברי וגם קצת פוסקים סברי דבעינן דוקא גוף הדבר. וגם אשינויי ניקום ונסמוך. לזה הסכמתי עמו דאין מועיל תפיס' בשיעבוד וחוב. וכדמוכח מסוגי' דהמניח אבל כשתופס גוף הדבר שכתבו התו' בהדי' דמהני תפיס' ולעולם הלכ' כתו'. וכן פסק בסי' רכ"ד להלכ'. אבל בס' בשטר מוכח מהש"ך דאפי' ס' לשון א' שבשטר עדיף מס' דררא דממונא דהא מביא ראי' מסי' מ"ב ושם בס' לשון אחר שבשטר מיירי. וכן מוכח מהטור דאפי' בס' לשון א' שבשטר מהני תפיס'. ושטר כשתופס הוא רק על חוב. לזה כתבתי בפנים דבס' שבשטר מהני תפיס' אפי' אין טוען על גופו של חפץ רק שתובע חובו מהתפיס' מהני תפיס' בטוען ברי:

אלו הדינים נתבארו בס"ק הקודם וע"ש:

מה שכתבתי בפנים דבשובר פרעון יד בעל השובר על העליונ' נתבאר בסי' מ"ב ואפי' בטוען שמא דהלוא' שבידו הוי כתפס קודם שנולד הס' דא"צ לטעון ברי ואפי' המלו' אומר ברי והלו' שמא לא הוי כאינו יודע אם פרעתי דדוקא בס' שנולד ע"פ טענותיו חייב בא"י אם פרעתי משא"כ בס' שנולד להב"ד אפי' בלא טענותיו שיש ס' אולי יש שובר ואז א"צ לידע פטור מטעם תפיס' בס' כמו בכל תפיס' קודם שנולד הס' דמהני אפי' בברי ושמא אפי' במקום חזקת מ"ק. וראי' לזה בכתובות ט' תו' ד"ה אי למיתב שהקשו שם גבי משארסתני נאנסתי שלא יהי' לה אפי' מנה מטעם חשש רצון והא ס' רצון דמי לא"י אם פרעתי והיא טוענת ברי נאנסתי. ורוב הפוסקים סברי דאפי' במקום דלא ה"ל למידע חייב בא"י אם פרעתי אלא ע"כ הטעם כמ"ש נעיל. ובספק לשון במחיל' והוא בא לזכות מכח אותו הלשון חייב. וראי' ממ"ש הרמ"א בסי' ס"ה סעיף ד"ג כשאומר שטר אחד מחול שהקטן מחול. והטעם דכל שקונ' מחמת הלשון אינו קונ' רק מה שהוא ברור בלשונו ולא מה שיש בו ספק דכמו בנדרים אמרינן דלא מחית אינש נפשיה לספיקא. ומה"ט באומר לפני הפסח אינו אסור רק עד שיגיע. והמקדיש חיתו ובהמתו לא הקדים הכוי. וכבר כתבתי במ"א הטעם בזה דאין כונת האדם בלשונו רק על דבר הברור שבמשמעות לשונו ולא על משמעות הספק שבלשונו דלא מחית אינש נפשיה לספיקא ושטרות אנו למידין מנדרים כמבואר בש"ס נדרים ותנן נמי דהכותב חיתו ובהמתו לא כתב הכוי והיא מה"ט. ועש"ך סי' מ"ג ס"ק מ"ה מש"ה במחול ויש ספק בלשונו לא קנה רק דבר הברור שבלשונו. וא"ש הא דח"מ סי' ס"ג בשובר שכתב בו שמחל לו עד עכשיו והי' הספק אם הי' השטר קודם או לא דהשטר בטל אף דמחיל' הוא ובטל מספק. ובסי' ס"ה גבי שטר אחד מחול הקטן מחול והטעם פשוט דבסי' מ"ג אין הס' בלשון דאם השטר קודם ודאי בטל רק שהספק במעש' אם הוא קודם וכיון דבהלוא' שבידו הוי כתפס קודם שנולד הספק דזכה בתפיסתו מה שאין כן בהספק בלשון דהוא מטעם המבואר. ובזה נתבאר מ"ש בפנים:

מסקנת הש"ך דתפס קודם שנולד הס' מהני. ושאלה ופקדון שהי' בידו קודם הס' לא מהני כיון דברשות' דמרא קמא קאי. אבל אם הי' הלוא' בידו כיון דלהוצא' ניתנה ולאו ברשותא דמרא קמא קאי מהני. ובתומים הקש' עליו מהא דהרשב"א שכתב באשה שמסר לבעל' שיש ספק אי עשו תקנת נגזל במסור דלא הוי הבעל תפיס בהכתוב' אף דחוב כתוב' להלוא' דמי ועוד הקש' מהא דמרחץ בב"מ מזה הוכיח הרא"ש דלא מהני תפיס' בס' אף שדמי השכירות שבידו לחוב דמי. ומזה הוכיח בתומים דכל שהחוב ברור כ"ז שלא גיל' דעתו שרוצ' לתפסו לא הוי כתופס. ואם ג"ד שרוצ' לתופסו אחר שנולד הס'

הוה כתפס אחר שנולד הס' אם לא שגיל' דעתו קודם שנולד הס' שרוצ' לתופסו משום שמא יקרה איזה ס' כגון שתפס משומר משום שמא יקרה איזה ס' בשמיר' כגון לסטים מזויין ורועה מזויין זה הוי כתפס קודם ע"ש. והנה אלו הקושיות שהקש' על הס"ך ל"ק כלל לפי שיטת הש"ך דמהאי דרשב"א לא קשה דהש"ך פ' בסי' ק"ל דאם יש לשכנגדו שטר על החוב דלא מהני התפיס' וא"כ ה"נ השטר כתוב' בידה. ואף כי בתומים השיגו גם בזה על הש"ך אבאר לקמן בס"ד שדברי הש"ך נכונים. וגם ממרחץ ל"ק לשיטת הש"ך בסי' ס"ו דהס' דמרחץ נולד בתחלת שנה ע"ש. והיינו תיכף כשאמר ב' הלשונות דסתרי דהיינו י"ב זהובים לשנה דינר לחודש והחוב של השכירות שרוצ' לתופסו נתחייב אח"כ וזה הוי תפיס' לאחר הס'. ועוד נ"ל דטעמו של הש"ך דס"ל דבהלוא' מהני הוא. דהנה הש"ך בח"מ סי' ע"ה סקכ"ז כתב וז"ל ונרא' דאפי' ס' הפרעון הוא קודם ההלוא' כגון' שהי' לו פקדון בידו ואחר שנאבד בפשיע' הלו' לו מאה זהו' והנפקד אומר יודע אני שלא הי' שוה רק נ' והלה אומר א"י כמה הי' שוה ואפשר הי' שוה ק' ונמצא שמעולם לא נתחייבתי לך כלום לפי שהק' שהלויתני יצאו בק' של פקדון אפ"ה חייב הלו' לשלם נ' דמ"מ ה"ל החיוב ברי והפטור ס' ובכה"ג ברי ושמא ברי עדיף עכ"ל וכיון דמדמ' אותו לפרעון רק שמחייב אותו מטעם דהוי כא"י אם פרעתי ובס' דרדא דממונא הדין אפי' נולד בהפרעון פטורכדמוכח באה"ע סי' ק"ז גבי איבעי' דבריא שכתב כל נכסיו לאשתו דיש ספק אי מחל' הכתוב'. וכתב הרא"ש דלא מפקינן מיתמי וכן פסק בש"ע סי' כ"ז וכן מוכח מתוס' כתובות ט' ד"ה אי למיתב דאי לאו דהי' ס"ס היית' מפסיד' הכתוב' משום ס' רצון אף דזה דומ' כס' פרעון וכן מוכח בהרב' מקומות אין מספר. ולפ"ז נרא' דהש"ך לא אמר רק כשנולד ס' על חוב אם חייב לו איז' חוב דאם אמת הוא נפטר זה מחובו דיצא חוב זה בחוב זה והוי כס' פרעון על חוב שלו. ועיין ש"ג בפ' הפרה שכתב בהדיא דאם יש לו בידו כנגדו ממון הוי כטענת פרעון וחפץ לא הוי כטענת פרעון וע"ל בסי' כ"ד מ"ש בזה מש"ה המוחזק הוי כטוען שהוא שלו ושכנגדו נקרא הממע"ה אבל אם הי' הלוא' בידו ואח"כ נולד ס' על חפץ ידוע אם הוא שלו כגון שהחליף פרה בחמור וילדה וא"י אם קודם משיכ' או אח"כ שאף אם הולד שלו שייך לומר דנפטר הוא מחובו דהא פריך שומא וגביית ב"ד שהרי אם ימות הולד לא נפטר מחובו א"כ אין הס' נולד בהלוא' שלו כלל וחובו ברור רק הס' נולד בולד וכיון שחבירו מוחזק בהולד שהס' נולד בו נקרא הוא הממע"ה ולא קשה שוב ממרחץ דהא חוב של השכירות ברור והס' נולד על החפץ דהיינו אם המרחץ הוא שלו על חודש י"ג דשכירות ליומא ממכר הוא ובאופן זה לא הוי ההלוא' כתפיס'. (והן הן דברי האסיפת זקנים בב"מ והתומים תמה עליו ולפמ"ש

א"ש. אמנם לפמש"ל דבמרחץ אין הטענ' כלל על הקרקע רק על המעות א"א לומר כן) ובזה אפשר ליישב קצת גם האי דכתובות גבי אשה שמסר' לבעלה שכתב הרשב"א דלא הוי כתפיס' דהא מבואר בב"ק פ"ט דאשה שחבל' בבעלה דלא מפסדת כתובתה תיכף וגוב' היא מנכסים אחרים שיש לה וגם הוא א"י לסלק אותו בכתובתה ומחוייבת ליתן נכסים אחרים דוקא וגם אפי' יגב' מהכתוב' לא יגב' רק מטובת הנא' של כתוב' וצריך שומא וגביית ב"ד. וע' בר"ן הובא בש"ך פ"ו דאפי' שיעבוד דר"ן לא שייך בכתוב' דלא משתעבד כלל מחיים וכיון דהחוב של מסירת השעבוד הוא רק על נכסים אחרים שיש לה ולא על הכתוב' ותחלת דינו הממע"ה לא מהני מה שתפס כתובתה. גם מ"ש בתומים דאם תפס קודם הס' מחשש שמא יקרה איזה ס' ביניהם לפענ"ד ליתא דהא אסור לו לתפוס על כך והוי כגזל בידו וברשותא דמ"ק קאי כמו בשאל' ופקדון. ונרא' ברור דלדעת הת"ה דשו"פ לא מהני ה"ה במקום שלא תפס כדין דהוי כגזיל' בידו ולא מהני תפיס' קודם שנולד הס' רק במקום שהי' מותר לו לתפוס בדין כגון בב' וב' שתפס קודם שבאו העדים אחרים ולפ"ז בס' במציאות דהיינו בדררא דממונא לא משכחת כלל תפס קודם שנולד הס'. והתומים סותר ד"ע שכתב בסק"ב וז"ל דאין שייך בס' בכור שהי' הכהן תפוס קודם שנולד הספק כי מה לו תפיס' אם לא נולד הספק ולדבריו מה בכך כיון שגיל' דעתו לתפיס' שתפס הבהמ' אולי יקרה ס' מהני כמ"ש גבי שומר שמהני כשתפס אולי יקרה ס' דלסטים מזויין ורועה מזויין אלא ודאי דתפיס' שלא כדין לא הוי רק בשאל' ופקדון. והא שכתב רש"י הובא בס' ת"כ סי' ס"ה וגם בסי' ו' ובסי' פ"ג גבי מזיק דמיירי בתפס קודם שנ"ה או דס"ל כדעת מוהר"י בן ל"ב והגי"ת דשאל' ופקדון מקרי ג"כ תפס קודם שנ"ה. או דמיירי שהי' הלוא' בידו וכדעת הש"ך. וראיתי בקוה"ס שבס"ס קצה"ח שמחלק ג"כ בין כשהספק נולד לגריעותא דהתופס דהיינו בב' וב' שתפס קודם שבאו עדים השניי' ונולד ס' לגריעותא דידיה ובין כשהס' נולד למעליותא דהתופס ע"ש. ולפענ"ד עיקר הטעם פשוט דכל שלא הי' לו דין לתופסו כגזל בידו ודמי לשאל' ופקדון דלא הוי תפיס' לדעת הת"ה. ומ"ש בקוה"ס דמסי' ו' ובסי' ס"ה ובסי' פ"ג משמ' דתמיד הוי קודם שנ"ה כתבתי לעיל דלא מוכח משם. ועוד נרא' דלמאן דס"ל בתיקו דלא נקרא נולד הס' רק בשעת מעשה א"כ בניזק שטען דברים שאינן רגילים להניח בתוכו לא נקרא לידת הס' עד אחר שטען הדברים שאינם רגילים אז נולד הס' אם נאמן בטענ' זו דקודם הטענ' מה ס' הי' לנו וכיון שכן אם תפס אחד שעש' לו ההיזק קודם שטען הוי תפס בדין קודם שנולד הס' והדין ברור כנ"ל כי לא מצאנו תפס קודם שנ"ה רק בתו' והרא"ש גבי תרי ותרי ושם בדין תפס מה"ת לנו לחדש שיהי' מועיל תפיס' שלא כדין.

וגם בתומים סק"ב כ"כ בפשיטות כנ"ל ואפי' אם נמצא במחברים משמעות להיפך אין ראי' די"ל או דמיירי בהלוא' וכמ"ש הש"ך או דפליגי אהת"ה וס"ל כמהריב"ל והגי"ת דשו"פ ג"כ מיקרי תפס קודם שנ"ה אבל לדעת הת"ה הדין ברור כמ"ש דבעינן שיהי' לו רשות לתפוס אז נקרא תפס קודם שנ"ה. אמנם אם הי' בידו שאל' ופקדון קודם הס' ואח"כ כשראה זה שהמפקיד מזיקו בדבר שיש בו ס' גילה דעתו תיכף שתופסו בשביל ס' זה. הדין עם התומים דתפיס' בשעת הס' מהני ג"כ דהעיקר תלוי בשעת הס' מי הי' מוציא מחבירו וכיון דאז יש לו רשות לתפוס מהני התפיס' ובזה מבואר כל מ"ש בפנים דין י"ב וי"ג:

בתומים תמה על דין זה דהא הש"ך בעצמו כתב דב' אומרים פרע וב' אומרים לא פרע דבעל המעות מוחזק וכו' ותמה אני על תמיהתו דהא ש"ך בעצמו כתב בסי' ק"ל וז"ל ועוד יש להביא ראי' ממ"ש הרי"ף פ' י"נ גבי בעיא דבעי רבא בבריא היאך תיקו הלכך מוקמינן כתוב' אחזקתו ועל הבעל להביא ראי' דתחל' ואע"ג דשאר פוסקים פסקו שם דלא מפקינן היינו משום דהתם האיבעיא הוא על הכתוב' גופיה אי אבדה כתובתה וכן הא דקי"ל כב"ה ולא כב"ש דאמר שטר העומד לגבות כגבוי דמי היינו ג"כ דוקא על גוף השטר משא"כ הכא האיבעיא הוא מצד אחר וזה רוצה לתפוס הממון שחייב לו בשטר מספיקא דבעיא או פלוגד"ר בכה"ג נרא' דא"י לתפוס כו' וכיון דאנן קי"ל באה"ע סי' ק"ז גבי האיבעיא דבבריא היאך דמפסדת כתובתה ע"ש ע"כ מחלקינן בין אם נולד הס' על הכתוב' גופי' בין נולד הס' על החוב אחר ורוצ' לתפוס שטר ברור עבור חוב ס' בזה אמרינן שהעלכ"ד והרי"ף דס"ל דאפי' הס' בשטר גופיה מ"מ גוב' כתובתה אפשר דס"ל דגם בב' וב' השטר בתוקפו או יש לחלק אבל לדידן דקי"ל דס' אי מחל מבטל ליה לשטרא באה"ע סי' ק"ז הנ"ל. וכן בח"מ סי' מ"ג סכ"ז גבי משחל לו תביעות שיש לו עד עכשיו. וכתב הש"ך סי' מ"ב סקי"ח דהטעם משום דהוי קודם שנולד הס' ואפי' טוען שמא עכצ"ל חילוק הנ"ל. וכל הקושיות שהקש' שם לק"מ לפ"ז:

מהרא"ש ספ"ק דבכורות שמביא ראי' דתפיס' ברשות מהני מכור בשלשים מוכח דלידת הספק נקרא משע' שאמר ב' הלשונות דסתרי דאלת"ה רק שלא נקרא לידת הס' עד אחר המעש' אין כאן ראי' דתפיס' ברשות אחר שנולד הס' מהני דכל הראיות שמביא שם הכל קודם הס' הוא וכ"כ בתומים. ובס' ת"כ כתב דתיקו הוי כנולד הס' בשעת חתימת הש"ס משא"כ בפלוגתא דרבוותא מטעם כיון שהדיין יכול להכריע לא נולד הס' מיקרי. ותמה בתומים דהא מ"מ נולד הספק תיכף היאך יכדיע הדיין והתופס אח"כ הוי תופס אחר שנולד הס' ע"ש ולענ"ד נרא' בפשיטות דהא הרמב"ן כתב דס' דממון נלמד מס' דאיסורין

והט"ז בי"ד סי' נ"ח סק"ו כ' דאף דס' חסרון ידיע' לא שמיה ספק מ"מ בספק שכולל כל הדור שמיה ס'. ולפ"ז לק"מ דתיקו הוא ספק הכולל כל הדור מקרי ספק משא"כ בפלוגתא דרבוותא שהדיין יכול להכריע אין הספק כולל כל הדור הוי כס' חסרון ידיע' דלא נקרא ס' כלל דהא כל דין אנו מסופקים קודם שמעיינים בו ולא נקרא ס' עד אחר שהניחו הב"ד שקיבלו עליהם בספק אז נקרא ספק והתופס קודם לזה הוה תופס קודם שנולד הספק:

דין זה פשוט כמ"ש הסמ"ג דכל שתחלת דינו הממע"ה לא מהני תפיס' וכאן הי' תחלת דינו של התופס השני הממע"ה לא מהני תפיסת הראשון ממנו וכ"כ התומים כמה פעמים דלא כבעל קונטרס הספיקות בס"ס קצה"ח שנסתפק בזה:

הטעם כיון דאם הי' הדין ברור הוא שלו וא"צ להוציא לא נ' הממע"ה וכן בבכורות גבי נתן לו קודם ל' ומת הבן ביום ל' אף שהמעות בפקדון בידו מ"מ אם אמת הוא שהדין עמו א"צ להוצי' דהא הבעלים החליטו בידו אם יהי' הבן בר פדיון לא נקרא הממע"ה. גם מ"ש בפנים גבי השכיר מטלטלין בי"ב זהובים לשנה מדינר לחודש דמהני תפיס' נלמד מהא שכתבו התו' בב"מ דף ק"ג ד"ה פרדיסי וז"ל וקשה דבב"ב אמרינן ארעתא תרתי משמע וכו'. ועי"ל דבמטלטלין אזלינן בתר מאן דתפיס השתא היכא דליכא חזקת קרקע כנגדו ומה לי שהספק הוא בלשון פרדיסי ומה לי בשהספק הוא בין תפוס לשון ראשון או אחרון ואדרב' בשני לשונות עדיף דחד לשון מסייע ליה כמבואר בת"כ ובתומים:

כן כתב הש"ך. ובתומים תמה דבבכור שמת ביום ל' ג"כ בטעות הי' שהי' סבור שיחי' וכן בספינ' דסי' שי"א הי' סבור שלא יטבע הספינ' וכו'. ולפמ"ש הדבר פשוט דשם בשעת לידת הספק אלו הי' הדבר ברור הוחלט בידו וא"צ להוציא דהא הבעלים נתנו לו אדעתא דהכי לא נ' הממע"ה משא"כ כשנתנו לו בטעות אחר המעש' כיון דבשעת מעש' כבר הוי כאלו הדין נפסק הממע"ה כמ"ש הסמ"ג וא"כ מה שנתן אח"כ נתינ' בטעות כמאן שלא נתן לו דמי. ומ"ש בפנים דבמקח מהני נתינ' בטעות נלמד דהש"ך תמה על הסמ"ג שפסק בכל ס' ממון דמוציאין גבי הקנ' קרקע לאחד ומטלטלין לאחר דהוא איבעיא בש"ס אי קנה אנ"ק ופסק דאי תפס א"מ ותי' בתימים דכל זמן שלא חזר בו נקרא קודם לידת הס' והוא תמוה מאוד דמה לנו לחזרתו הא אם אינו קונ' אפי' לא חזר בו אינו קונ' שיהי' שלו ולפענ"ד הדברים פשוטין דהא בש"ע סי' ר"ס גבי מוכר דשלב"ל פסק ג"כ דאי תפס א"מ ושם הטעם משום דבזביני מחיל' בטעות הוי מחיל' וכתבו התו' בב"מ ס"ז ד"ה התם זביני וז"ל זביני ולא מחיל' בטעות הוא דנהי דיכול לחזור מ"מ אין לו לחזור כי היכי דליקו בהימנותא ולכך אית לן למימר דאפי' הי' יודע שיכול לחזור לא הי' חוזר

עכ"ל. וה"נ בקרקע לאחד ומטלטלין לאחר כיון שהוא זביני וכן פסק ג"כ בש"ע סי' ס"ו גבי מכר שט"ח בלא כתיב' ומסיר' דמהני תפס מה"ט כנ"ל:

ע' בת"כ שהביא בשם מהר"י מינ"ץ שהקש' דברי הרא"ש אהדדי דגבי משיכ' בגמל והנהג' בחמור דאיכא חד צד דלא קני בסי' רע"א כ' דבמציא' והפקר נחשב זוכ' הראשון מרא קמא ואין אחר יכול לתפוס ממנו וכ"כ במשוך בהמ' לקנות כלים בסי' ר"ב וגבי החזיק בקרקע לקנות חברתה דסי' רע"ה סעיף ט' כתב דהשני קנה ולא הראשון. ותירץ דשאני משיכ' בגמל דאף דלא קנה מיקרי מוחזק משא"כ גבי קרקע אי לא קנה לא הוי אפי' מוחזק. ותמה בתומים מהאי שכתב הרא"ש גבי זרק ארנקי ויצא דרך פתח דסי' רמ"ג דשם ג"כ אי לא קנה לא הוי מוחזק ואפ"ה כתב הרא"ש דהראשון קנה. ובתומים כתב בזה דרך רחוק וגם הוא תמוה ולא רציתי להאריך. ואא"ז הגאון חכם צבי בהגהותיו לט"ז כתב לחלק בין קרקע למטלטלין ע"ש וכן חלקתי בפנים. אמנם מ"ש הטעם דלא מהני תפיס' במקח משום דבמקח אין יוצא מרשותו ולא מהני אף להרמב"ם והמחבר. ול"ד לשאר ס' שבתלמוד תמוה לי דהא בסי' ר"ב בקרקע לאחד ומטלטלין לאחר מהני תפיס' וכן בהרב' מקומות כ' המחבר דמהני תפיס' בקנין ספק בסי' ק"ן סעיף י"א ובסי' ר"מ סעיף י"א. ולפענ"ד כדברי הח"צ הנ"ל לחלק בין מטלטלין לקרקע ולא מטעמיה רק מטעם אחר דבב"ב דף קמ"ב אמרי' גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ושמעו שיש לו בן או שהית' אשתו מעוברת חייבין להחזיר החזירו כולם ואחר כך שמעו שמת הבן או שהפיל' אשתו החזיק בשני' קנה בראשונ' לא קנה ומסיק רבא הטעם דרפויי מרפיין בידייהו ופי' רשב"ם הא דמחזיק בראשון לא קנה לאו משום עיבור הוא דהא אין עיבור יורש אלא מעיקרא כשהחזיקו רפוי קמרפיין בידייהו וכו' ולא נתכוונו להחזיק לגמרי דהא מספקא להו אם יש לו יורשין ושמא לא תפיל וכו'. אלמא דכל היכא שהי' מסופק בשעת קנין לא קנה ומש"ה ה"נ בהפקר כשעש' קנין בספק כגון בהחזק בשדה לקנות חברתה דהוה רק ס' קנין ואפי' מוחזק לא הי' כמ"ש הש"ך והתומים ובספיקא דדינא קיי"ל דדיינא דעביד אין מחזירין הדין כשלא הי' הדין להוציא מהמוחזק א"כ בשעת קנין רפוי מרפיין בידייהו אולי יכריע הדיין ויפסוק דלא קנה ולזה קנין שלו לאו כלום הוא ולהכי החזיק בשני' קנה בראשונ' לא קנה כמו בב"ב שם גבי גר שמת משא"כ בזרק ארנקי הנ"ל אף דג"כ לא הי' תפיס' כמ"ש בתומים מ"מ לא שייך סברא דרפויי מרפיין בידיה דלא נתכוין לקנות דהא התם מטעם חצר הוא וחצר קונ' שלא מדעת קנין והתם בב"ב גבי גר שמת דלא חולק ומשמ' דאפי' במטלטלין שקנ' מטעם חצר אפ"ה המחזיק בשניי' קנה יש לומר דשם מטלטלין כיון שהחזירו כולם בשמעם שיש לו בן איאושי

מייאשי כמו בשור הנסקל שהוזמו עדים ולא הוצרך לטעם דרפויי מרפיין רק לקרקע דבקרקע בעינן כוונ' לקנין משא"כ הכא בזרק ארנקי דמיירי במטלטלין קנה מס' דכל כמה דליכא חזקת מ"ק כנגדו נכנס לרשותו בס' קנין כמ"ש הפוסקים ומש"ה הראשון קנה ובמשיכ' בגמל וכן במשוך בהמ' לקנות כלים אף דמשיכה בעי ג"כ לכוונת קנין מ"מ לא שייך סברא דרפויי מרפיין בידייהו דהא כתב הש"ך והתומים דמשיכ' בגמל וכן במשוך בהמ' אף דלא קנו מיקרי מוחזק ובמוחזק אי עביד הדיין והוציא בס' קנין הוי טעות בדבר משנ' עיין תומים סי' ך"ה ובחידושינו שם א"כ לא שייך שום סברא דרפויי מרפיין משום שמא יפסוק הדיין להיפך דנגד המוחזק הוי טעות בדבר משנ':

הש"ך מביא ראי' מהא די"ל קים לי בנדוניית חתנים בפלוגתא דרש"י ור"ת וכו'. ובתומים הקש' דשם איתרע חזקת האב והא ראי' דהא כשהוא ביד שליש חולקין ותמה אני על תמיהתו דשם כשהוא ביד שליש טעמא אחרינא איכא דכשהוציא האב המעות ליד שליש אסח דעתיה מיני' כמ"ש הח"מ באה"ע סי' נ"ב סקי"ד. גם מה שהקש' התומים על מה שכתב הש"ך הטעם דהוי כטוען ברי ע"פ הפוסקים כמו בטוען ברי ע"פ עדים וע"ז מקש' הא בתרי ותרי בעינן שיטעון ברי בפירוש. ונרא' דעת הש"ך דבשלמא בתרי ותרי לא יוכל לטעון ברי ע"פ העדים דהא אין יכול להכחיש העדים האחרים משא"כ במחלוקת הפוסקים שניתן בידינו רשות להכריע גם הוא יכול לטעון ברי קים לי בראיות שאין הדין כהפוסקים החולקים דהא רשות לסתור דעת הפוסקים. ונידון מה שכתבתי שי"ל קים לי כמיעוט הפוסקים ואף שמדברי התו' ספ"ק דכתובות שכתבו דאף לשמואל דאמר אין הולכין בממון אחר הרוב היינו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שבהיתר בא לידו אבל הכא מוד' דאזלינן בתר רובא וכו' מוכח דשלא ברשות א"י לתפוס נגד הרוב מ"מ נרא' דזה דוקא בטוען שמא לא מהני תפיס' נגד הרוב אבל בטוען ברי מהני תפיס' נגד הרוב דהא טוען ברי מהני כמו בתופס ברשות וכיון דבתופס ברשות מהני נגד הרוב כמו כן מהני בטוען ברי תפיס' נגד הרוב:

כן הכריע הש"ך והח"מ והב"ש באה"ע סי' ע"ו סעיף ג' גבי אם אביה תפס בשביל' ע"ש וכן עיקר דלא שייך כלל חזקת ממון כשהוא בידו אפי' הוא שליח:

כבר נתבאר זה כל הצורך בביאורים לעיל אות ג'. ונידון מה שכתבתי בפנים בתרי ותרי בתנאי הוא מדברי הרשב"א בתשו' סי' תתקע"ב והמשנ' למלך בפ' ט"ו מטוען כתב לחלק בין שהס' הוא בעיקר התנאי ובין כשהס' הוא במקום התנאי. ומה שחלקתי בפנים בין כשהתנאי בקום ועשה לתנאי שהוא בשב ואל תעש' נלמד מדברי הריטב"א הובא בש"ך סי' מ"ו סקק"ז ע"ש והטעם כתב הרשב"א דכל הטוען דבר מחודש עליו הראי' ומוקמינן

הדבר בחזקת כמו שהי' קודם וא"כ מ"ל שהס' במציאות או שהס' הוא מכח איבעיא בש"ס. נידון פלוגתא דרבוותא שיכול לומר קים לי בקרקע מבואר ברא"ש בסנהדרין ובתשוב' הובא בס' ת"כ סי' צ"ו לפ"ז ל"ק נמי מה שהקשו אהא דסי' שי"ב סעיף י"ט דמוכח דמהני תפיס' בקרקע ולפ"ז ל"ק דתיקו דמי לפלוגתא דדבוותא כמ"ש הש"ך כיון דיכול לפשוט האיבעיא יכול לומר קים לי כשתפס ועמ"ש הרשב"ם בב"ב דף קס"ו בד"ה תיקו ובדף ל"ב בתו' ד"ה והלכתא כוותי' דרבה רק שהתו' כתבו שהוא דוחק. אמנם הרא"ש בתשוב' כלל א' הובא בספר ת"כ שהעיד שקבל' בידו שהוא כך ויתר הדברים המבוארים בפנים בזה הן פשוטין:

כן היא מסברא פשוט' ועיין כנה"ג:

בש"ך בסי' זה סי' ק"ך מסיק דאין מוציאין ממון בס"ס. והאריך לפרש דברי התו' בכתובות ט' שהוכיחו דמוציאין ממון בס"ס מהא דאמר ר"י גבי עד שלא ארסתיך נאנסת והי' מקחי מקח טעות דלא מפיה אנו חיין ונותן לה מנה למאן דס"ל כנס' בחזקת בתול' ונמצאת בעול' יש לה כתוב' מנה ואף דאיכא ספק תחתיו ברצון ולית לה כלל ועל כרחך משום דאיכא ס"ס. וגם בתומים האריך לפרש דברי תו' אלו וגם דברי התו' כתובות י"ב ד"ה וניחוש שמא תחתיו דמשמ' מדבריהם שמוציאין ממון בס"ס וע"ש בדברי הש"ך והתומים שמפרשין דברי התו' בדוחק גדול. ולפע"ד נרא' שהוא נכון בפשיטות דהא הש"ך בסי' ק"ל כתב דלא מהני תפיס' כשיש לשכנגדו שטר משום דשטר הוי כגבוי מה"ט אמרינן מגו להוציא בשטר כיון דהוי כגבוי ואפי' להתומים דפליג שם אהש"ך כתב דכ"כ מועיל השטר דלא יהי' שכנגדו מוחזק כלל ולא נקרא להוציא ממון ע"כ. ואפי' למ"ש הש"ך שם דאם יש ס' בגוף השטר לא הוי כגבוי מ"מ הא המהרש"א בכתובות דף ע"ו בד"ה רישא מנה כתב דאשה כיון שהשטר בידה נקראת מ"ק נגד ס'. והריטב"א כתב שם בפשיטות שהוא כן א"כ אין ראי' מדברי תו' אלו דמהני ס"ס להוציא ממון רק כשיש שטר בידו דמשום שטר לא הוי הב' כמוחזק מש"ה כשיש ס"ס דהוי כמו רובא מסייע להתובע מוציאין ממון דהא אפי' כשמגו מסייע להתובע מוציאין ממון אף דמגו גרע מחזק' מכ"ש כשרובא דעדיף מחזקה מסייע לשטר וכן ס"ס הוא מטעם רובא ועוד ס' רצון דומ' לס' פרעון רק דל"ד לא"י אם פרעתי כיון שהוא דרא דממונא שיש ס' לב"ד בלא טענותיהם והכנגדו ג"כ מסופק מ"מ מצינו לענין כמה דברים שס' הנולד בפרעון עדיף מס' הנולד בגוף החיוב כמ"ש הכנה"ג לענין תפיס' ע"ש. ובזה מבואר מ"ש בפנים:

בח"מ סי' רס"ח בהג"ה פסק בשם ת"ה בנידון זה לחלק בין עמד בדין בפעם א' דאז אמרינן קם דינא וא"י לבוא עליו בממ"נ משא"כ בלא עמד בדין עדיין בפעם הראשון

יכול לבוא עליו בממ"נ. ובת"ה כתב ראי' לזה מיבמות דף ל"ז מספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם וגם בתר דפליג יבם בנכסי מיתנא דבא עליהם מכח ממ"נ ג"כ וקי"ל שם דקם דינא וכתבו התו' שם דדוקא בתר דפליג. והטעם כיון דפליג כבר אסח דעתיה ונתייאש וה"נ כיון שעמד בדין כבר נתייאש. והש"ך בסיום ספרו תקפו כהן חלק עליו דהא ביבמות שם מדמ' לה למי שאבד' לו דרך בתוך שדיהו בחד דאתי מכח ד' ושם לא עמדו בדין קודם. ולזה פסק הש"ך דלא תלוי כלל בעמד בדין דהא שם אפי' חלקו בינם לבינם קם דינא. לכן מחלק דבחד גברא יכול לבוא עליו בממ"נ אפי' עמד בדין בפעם הא' אבל בב' גברי דהיינו שהדין הא' הי' עם א' וזכה בדין ואח"כ באו הנכסים ליורש או ללוקח אז אין יכול לבוא עליו הבא מכח הא' מכח ממ"נ ומדמ' זה להא דמבואר בסי' מ"ט ביב"ש שערב בשביל יב"ש או קנה שדה או ירש מיב"ש דא"י לבוא עליו מכח ממ"נ ע"ש. ובתומים תמה ע"ז דאין הנידון דומ' לדאי' דבערב שאני דהדין דצריך לתבוע להלו' תחל' ולא נתחייב באופן אחר ומש"ה שפיר א"י לתבוע להיב"ש השני בממ"נ שיכול לומר אני ערב וכיון שאינך יכול לתבוע להלו' לא נתחייבתי לך משא"כ הכא דבטוען שנתחייב לו בודאי בממ"נ ואין חילוק כלל בין ב' גברי לחד גברא ולזה מסיק כהת"ה ורמ"א בסי' רס"ח. ומביא ראי' מהטור וש"ע בסי' ש"צ גבי כישכש' באמת' שיש ס' אי הוה קרן או רגל והזיק' בזה ברה"י וברה"ר דא"י לבוא עליו בממ"נ אף שהוא בחד גברא. ולפענ"ד אין שום ראי' מזה דשא"ה דידוע דקרן תמה אינו משלם אלא מגופו דיוחלט השור ואין על הבעלים שיעבוד הגוף כלל דאפי' שומר אינו עליו ורגל מועד הוא ומן העלי' משלם ושיעבוד הגוף אית ליה על הבעלים והנכסים המה מטעם ערבות דנכסוהי דאינש אינון ערבין ביה וא"כ כשבא לגבות מן השור מכח ממ"נ דמי ממש להא דסי' מ"ט ביב"ש שקנ' שדה מיב"ש או ירש שדה מיב"ש דא"י לגבות מכח ממ"נ כיון דא"י לתבוע להלו' ונכסוהי דבר אינש אינון ערבין ביה אף הערב דהיינו הנכסים א"י לתבוע מהן וה"נ ממש להא דמי' כיון דבס' קרן ליכא שיעבוד הגוף ובא על השור מכח עצמו ומכח ס' רגל בא על השור מכת ערבות דנכסי דבר אינש אינון ערבין וכיון שא"י לבוא על גופו מכח ממ"נ א"י לבוא גם על הנכסים ודוקא במקום שכבר נפטר מתביע' אחת דמי להא דיב"ש הנ"ל כמו שדמה אותו הש"ך הנ"ל אבל בהיזק ברשות הניזק שלא נפטר עדיין משום תביע' יכול לתובעו מכח ממ"נ דדמי להערב מוד' והלו' כופר והא דפטור בב' יב"ש הנ"ל יבואר בסי' מ"ט אי"ה משא"כ הכא. ובעיקר טעם מחלוקת הת"ה והש"ך ירא' דהי' קשה לו להש"ך בהא דמי שאבד' לו דרך שדהו בחד דאתי מכח ד' דאמרינן קם דינא מטעם דמצי לומר אי שתקת והטעם כתב הר"ן בפ' החולץ דכיון שאתי מכח ד' שהפסיד

זכותו עמהן כדאמרן הרי הוא נכנס במקומן לגמרי וכאלו החזיר להם שטרותיהן ודן זה עמהן וזכו בדין דמה מכר א' לב' כל זכות שתבוא לידו בין מה שהוא שלו ודאי בין שזכו בו מחמת ס' עכ"ל הר"ן שם וכן הוא הלשון ממש בח"מ סי' קמ"ח סעיף ב' עיין שם ולכאור' תימא דא"כ אם גזל ראובן משמעון קרקע ולוי עד בדבר ולא הי' יכול שמעון להוצי' מראובן בדין כיון שאין לו ב' עדים ואח"כ קנה לוי מראובן השד' ודאי דא"י לוי לומר מה מכר א' לב' ולקחתי כל זכות הראשון וכיון שמראשון אין אתה יכול להוציא גם ממני לא תוציא מטעם אי שתקת הנ"ל והא ודאי ליתא. כדמוכח בב"ב דף ל' לגבי מי לא קא מודית. וכן נרא' דאם ראובן גזל שדה אחת משמעון ויש לו לראובן עוד שדה אחת שלו ולוי יודע מזה רק שא"י איזהו ולוי לקח שניהן דחייב להחזיר לראובן שדה אחת וכן נרא' דאם לוי לקח שדה אחת מראובן ושדה א' משמעון ויודע ששד' אחח גזול' מיהוד' וא"י איזהו דחייב להחזיר אחת כיון שיכול לבוא על שדה אחת ממ"נ אף שהנגזל א"י לברר בעדים וראי' לזה דהש"ך בעצמו כתב שם בסיומא דס' ת"כ דאם יב"ש גזל שדה מראובן ואין העדים יודעין איז' יב"ש ואח"כ מכר יב"ש א' כל שדותיו ליב"ש השני דיכול ראובן להוציא שדה אחת מיב"ש ע"ש אף שאין ראובן יכול לברר בעדים איזהו הגזלן ואיז' שדה היא גזול'. והדין עמו דהא בבכורות מ"ח גבי יב"ש שקנ' השד' מיב"ש דא"י לבוא בממ"נ אמר התם הטעם כיון דנכסוהי דאינש אינון ערבין וכו' משמ' במקום שיכול לבוא על גוף הנכסים בממ"נ דהדין עמו וא"כ בחד דאתי מכח ד' דבודאי אם א' מהד' לקח מהג' ג"כ דינא כחד דאתי מכח ד' וזה בודאי דמי להא דיב"ש שגזל ומכר ליב"ש שכתב הש"ך הנ"ל שהדין עם ראובן וא"י הקונ' לטעון קניתי כל זכות הראשון וכן הוא ג"כ מסברא דכי משום שא"י לברר איז' שדה הוא שלו יאכל הלה את שאינו שלו וחדי דהא אין אדם מוכר דבר שאינו שלו ובחזקת מ"ק עומד ולא יחלוק בזה כ"א המתעקש ואוהב עול וא"כ בחד דאתי מכח ד' הנ"ל מה"ת יהי' יכול לומר קניתי זכות הראשון וכיון שמהראשון א"י להוציא גם ממני לא תוציא הא גם בזה הא דא"י להוציא מהראשון הוא מטעם שא"י לברר (וע"ע מש"כ בזה לתרץ בסי' קמ"ח) וע"כ צריך לחלק דדוקא בגזיל' שידוע לנגזל ולגזלן רק שהגזלן זוכ' במה שמשקר לפני ב"ד והנגזל א"י לברר משא"כ כאן שהוא ספק לשניהם ונרא' לב"ד שס' זה הוא מילתא דלא עבידא לגלויי כעין שכתב הרא"ש בב"מ דף ק"י והב"ד מזכין אותו מספק וזכין בו באמת מטעם יאוש בעלים כמ"ש הת"ה שייך לומר מה מכר א' לב' כל זכות רק הש"ך סובר דיאוש לא מהני רק נגד גוף הדבר דמצינו יאוש לפעמים דמהני אף בקרקע כמבואר בח"מ סי' רל"ו ס"ט ושם יבואר אי"ה איז' יאוש מועיל לקרקע וקי"ל דיאוש לא מהני רק שנקנ' גוף הדבר

אבל נגד הדמים מהגזיל' לא מהני יאוש כדאמרינן בב"ב מ"ד נהי דמייאש מגופיה מדמי' מי מייאש וכ' רשב"ם וז"ל וכי מוחל הוא לגזלן דמי גזילתו וכללא הוא דלעולם במקום שקנ' גוף הדבר ביאוש נתחייב בדמים וכיון שכן יפה כ' הש"ך בב' גברי דדמי לערב דנגד החיוב דמי' נכסי אינון ערבין ביה וכיון שא"י לתבוע גופו גם הנכסים א"י לתבוע משא"כ בחד גברא יכול לתבוע ממ"נ דלא מהני יאוש שיפטור אף מהדמים. והת"ה סובר דהאי יאוש לא דמי כיאוש דעלמא דכאן מחיל' ומתנ' גמור' היא. ונידון מה שהקש' הש"ך דהא גבי ספק ובני יבם לא בעינן עמד בדין ואפי' חלקו בינם לבינם סגי. נרא' ליישב דהכא בפ"ד שאני כיון שיש כח ביד הדיין להכריע כא' מהן בראיות וכשהדיין מכריע א"י לומר קים לי כמ"ש מהרש"ל הובא בס' ת"כ לא מייאש נפשי' עד עמדו לדין והדיין פסק לזכות המוחזק. ונרא' דהעיקר כהש"ך כיון דקיי"ל דתפיס' מהני בספיקא דפ"ד לא הוי מחיל' ות"ה לשיטתו שפסק דלא מהני תפיס' בפ"ד. אמנם בס' דלא מהני תפיס' א"י לבוא עליו בממ"נ אחר שעמד בדין כדעת הת"ה:

קיצור דיני מיגו

קיצור כללי מגו ומחודשים מבעל הנתיבות

מגו להוציא לא אמרינן אפילו אינו רק להוציא גוף החפץ ומחזיר הדמים והש"ך בסימן קל"ג ס"ק י"ג מסיק דאמרינן מגו להוציא כשמחזיר הדמים ושם יתבאר אי"ה:

איכא גוונא דאמרינן ביה מגו להוציא כגון במקום ברי ושמא א"נ שחזקה מסייע להמגו אי נמי שהשטר מסייע להמגו אמרינן אף להוציא:

אם יש דבר ביד אחד אע"פ שאינו שליש כגון שראובן הפקיד דבר אצל שמעון ושמעון יודע שחפץ זה הוא של לוי שראובן גזלו ממנו ואין לראובן שום טענה עליו חייב שמעון להחזירו ללוי ואם לא החזירו ובא לב"ד נאמן שמעון במגו שהיה נתנו לו וכן הדין באפוטרופוס או אשה הנו"נ בתוך הבית ויודעין שחפץ זה הוא של אחר ול"א דהוי כמגו להוציא כיון שהחפץ קאי ברשות ראובן אבל לומר שראובן חייב ממון לשמעון אינן נאמנים במיגו שהיו מוסרים לידו החפץ שיהי' למשכון בידו דלאו כל כמיניהו למסור חפצים של אחרים למשכון:

אם הדבר ביד שליש והשליש מסופק ושני הבע"ד טוענין ברי ולאחד יש לו מגו אז אם מי שאין לו מגו לבד השלישו בידו ומי שיש לו מגו טוען שהוא שלו נאמן במגו להוציא מיד השליש אבל אם שניהם השלישו בידו אינו נאמן במגו להוציא מיד שליש:

מגו להחזיק קרקע ביד המוחזק נגד חזקת מרא קמא אמריי וכן אם יש לבעל חזקת מרא קמא מגו אמרי' אף להוציא הקרקע כיון שחזקת מרא קמא מסייע להמגו:

אם תפס אחד משל חבירו שלא בעדים ויש לו מגו וטוען שיש לו תחת יד חבירו פקדון אף שחבירו כופר אף שיש לו לחבירו מגו דנאנסו מ"מ מגו של חבירו הוי כמגו להוציא כיון שבא להוציא מיד התופס ומגו של התופס הוי מגו להחזיק:

מגו במקום עדים לא אמרינן ואפי' במקום דהוא רק כמו אנן סהדי כמו בעובדא דנהר פקוד בכתובות דף כ"ז וכן שני כיתי עדים המכחישים זה את זה אף שיש לכת אחת מגו או שיש לבע"ד מגו לא מהני דמגו לא עדיף מעדים ולמי שיש לו מגו והעדים אומרים כדבריו הוי כיש לו ב' כיתי עדים ולהבי יש לו כת אחת ולפי שיש לו כת המכחשת העדים כיון דתרי כמאה מ"מ הוי כשני כיתי עדים המכחישות ואפי' אם מכחיש עדים בדבר שאין מחייבין אותו ממון כגון שאמר לא עברתי בצד עמוד פלו' ועדים מעידים שעבר א"נ במגו להכחיש עדים דלא אמרינן מגו במקום עדים:

מגו במקום שטר שחתומים עליו עדים קרובים ויש לו מיגו שהי' יכול להכחיש השטר לא אמרי' כיון שחתמו בשטר ודאי אפקו לקלא והוי כמגו במקום קלא אבל כשחתמו בו פסולים מחמת עבירה אמרי' מגו דפסולים לא מהימני להו לאינשי וליכא קלא וכן אפי' בעדים קרובים וליכא שטר אמרי' מגו וכן אפי' במקום עדים גוים אמרי' ולא אמרי' שירא שיעידו בערכאות ויפסידוהו:

טעיתי במגו דפרעתי אי נאמן מבואר בסימן קכ"ו:

אין להאמין לע"ה במיגו דטען טענה דאפשר דהוא לא ידע כי אין טענה גלוי לכל ומסקנת הש"ך בסימן ס"ו דאמרי' מגו כי האי והעיקר כדבריו:

מגו לחצי טענה לא אמרי' כגון שאומר בקרקע דידי הוא לפוטרו מאכילת פירות במגו דלא אכלתי דלא מהימן משום דהוי מגו לחצי טענה שרוצה להחזיק בטענה זו שטוען עכשיו בקרקע ובטענה שהי' יכול לטעון אינו זוכה רק בפירות ובמקום שאפשר לעשות שניהם כגון לומר זה בני דנאמן בנכסים שיש לו לענין ירושה לדעת הרשב"ם בב"ב במגו שהיה נותן לו במתנה ובנכסים שיפלו אח"ב א"נ מטעם שאין בידו ליתנם במתנה אף דהוי מגו לחצי טענה כיון שאפשר לעשות שניהם היינו לומר זה בני וליתן לו במתנה הנכסים שיש לו:

מגו במקום קלא דהיינו שהקול סותר למגו לא אמרינן מבואר לקמן בסימן ק"ן ואם הקול סותר לטענה שטען עכשיו נאמן ומגו במקום רוב אמרי' דאין הולכין בממון אחר הרוב משא"כ בחזקה:

מיגו במקום נאמנות או כשאמר לו אל תפרעני אלא בעדים לא אמרי' ומבואר לעיל סי' ע' וע"א וכן מגו שנראה לעינים שהוא משקר כגון מיגו דפרעתיך בפני פלו' ופלו' ומתו דנראה דמשקר דהרוצה לשקר ירחיק עדותו הרא"ש פרק שבועות הדיינים:

מגו בטענ' דלא שכיח ל"א אבל בשטר כגון בשטר פקדון נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו אף דנאנסו לא שכיח דזה לאו מטעם מיגו רק דבשטר כזה שיכול לפטור עצמו אינו חושש להניחו בידו (*) וא"כ החזרתי גופיה טענה מעליא הוא וגם היא מלא שכיח ללא שכיח דהחזרתי ג"כ לא שכיח קצת להחזיר ולהניח השטר אבל לשאר טענות במיגו דנאנסו לכ"ע ל"א. וכן במידי דלאו אורח ארעא ל"א מיגו כמו בסי' פ"ב דא"נ לומר נתת לי רשות לקוץ האילן במיגו דלא קצצתי דלאו אורח ארעא ליתן רשות לקצוץ:

מגו בשנים ל"א דאין שנים מכוונו אהדדי בשקר א' וסובר אולי ימין עמו השני לשקר זה ולא לאחר כגון באונסין במיגו דפרוע הוי מגו בב' וכיון שזה חושב שהב' אמר אנוסים אומר הוא ג"כ אנוסים כדי שיבוטל השטר דכשיאמר פרוע ירא שהב' אומר אנוסים ויהיה השטר קיים דכיון שכל א' אומר עדות אחרת ליכא ב' עדים על ביטול השטר אבל בדבר שאף אם לא יסכים עמו הב' ג"כ יועיל עדותו כמו שיועיל בטענה זו שאומר עכשיו אמרי' מגו כמו בכתובות ד"ב גבי אנוסים במגו דאי בעי שתקו דאפי' אם חבירו לא יסכים עמו בשתיקתו ומתבטל השטר ואפי' יש ג' עדים מ"מ ממ"נ אם לא יסכימו הב' עמו ויקיימו השטר גם עדותו שמעיד עכשיו אנוסים אינו מועיל ולאו כלום הוא במקום ב' ואם יאמרו שקר אחר לבטל השטר שיבטל הקיום שלהם כמ"ש התוס' שם במתני' ממילא גם שתיקתו מועיל:

דבר שהוא ביד שניהם לעשות באמת כן אמרי' מגו בשנים דע"ד אמת יפול ההסכמה וכן אם באו לפטור עצמם מממון אמרי' מגו דבזה מסכימין:

במקום דלא חשדינן אותו למשקר רק בדדמי וכיוצא לא אמרי' מגו:

עד המעיד ויש לו מגו וי"ל שאינו רוצה לעשות כל כך ל"א מגו כגון בע"א אומר נתגרשה כתובות ד"ה אף דיש לו מגו דאי בעי שתק ולא הי' בחזקת א"א מ"מ לא הוי מגו דשמא רצה לפוסלה לכהונה אמנם עדים המעידים בקיום השטר ואומרים תנאי היה דברינו או מודעה היה דברינו נאמנים במגו דאי בעי שתקי ול"א דלמא אינן רוצין להפסיד דמי הזבינא במודעה וכן בתנאי דלמא אין רוצין להפסיד למלוה לגמרי רק שיהיה תליא בתנאי והטעם כיון שהצריכו חכמים קיום לא חשיב כלל קיום כשאומרים תוך כדי דיבור דבר המבטל השטר דלמיעקר' סהדותיה קאתי:

מגו במקום חזקה איבעיא דלא איפשטא וחילקו בפוסקים דבחזקה אלימתא ל"א ובחזקה גרוע אמרי' ובמקום חזקה בינונית איבעיא דלא איפשטא לכן במקומות שמפורש בפוסקים אם לומר מגו במקום חזקה כזו עבדינן כהמפורש ובמקום שאינו מפורש אזלינן בתר המוחזק ודוקא שהטענה הוא נגד החזקה אבל אם מה שהיה יכול לטעון הוא נגד החזקה ל"א:

מגו דהעזה דהיינו בהטענה שהיה יכול לטעון חבירו מכיר בשקרו ובטענה שטוען עכשיו אין חבירו מכיר בשקרו כשהוא לאפטורי מממון אמרי' כשהוא לאפטורי משבועה יבואר לקמן ובמקום שהשטר מסייע לכ"ע אמרי' מגו דהעזה:

מגו במקום ע"א הן הטענה שהוא טוען עכשיו הוא נגד העד הן הטענה שהוא יכול לטעון הוא נגד העד אז אם הוא בדברים שהוא מחויב ש"ד נגד העד ל"א מגו דכ"ז שאינו נשבע נגד העד א"נ והעד נאמן כשנים ובמקום שאינו מחויב שבועה כלל נגד העד ודאי אמרי' ובמקום שמחויב שבועת המשנה נגד העד כגון בסטראי בסימן נ"ח יש מחלוקת הפוסקים:

מגו במקום שהיה לו ליזהר בשטרו כגון מחאה בע"א כיון שהיה לו ליזהר בשטרו מחלוקת הפוסקים בסימן קמ"ו:

מגו במקום מנהג ל"א ודוקא מנהג קבוע כדלקמן סימן ש"ל סעיף ה' ואם בא להוציא מחמת שהמנהג מסייעו נשבע ונוטל ואם ע"א מכחישו נשבע כעין דאורייתא:

מגו לאורועי שטרא או סהדי כגון לומר שטר אמנה הוא אז אם העדים בעצמם אומרים כן אפי' במגו דמזייף אין נאמנים דלא מצי לאשוויהו נפשייהו רשעים ובמקום שאין עושין עצמן רשעים כגון שאומרים שלא ידעו מזה נאמנים במגו דמזוייף כשאין השטר מקוים אמנם בש"ך סי' מ"ז ס"ק קי"ד כ' דכשאמרו אמנה ולא ידעו מזה נאמנים בלא מגו דהוה כפרוע אבל במגו אחר לא מהימני' דמגו בב' ל"א אבל הבע"ד נאמן במגו דמזוייף אפי' במקום שעושים העדים רשעים כמבואר בסי' פ"ב אבל אם המלוה אומר כן אפי' במקום שחב לאחרים נאמן בכל מגו כיון שמודה בשלו והודאת בע"ד במאה עדים אי ליכא קנוניא לפיכך כשיש לו מגו דליכא חשש קנוניא נאמן אפי' חב לאחריני:

מגו היכא שמשים עצמו רשע בטענה שהיה יכול לטעון ל"א אבל אם בטענה זו שטוען משים עצמו רשע אי מהימן במיגו מחלוקת הפוסקים בי"ד סי' קס"ט סעיף ק"ה ובש"ך שם:

גנובים במגו שאולים ל"א ומקומו בסי' צ' ובסי' קל"ו:

היכא דאילו היה טוען טענה זו היה צריך לישבע ש"ד אף בטענה זו צריך לישבע ש"ד:

מגו לאפטורי משבועה ואפי' מש"ד לשבועה דרבנן מחלוקת הפוסקים ומיגו לאפטורי משבועה כדי ליטול לכ"ע ל"א וכן אם בהטענה שהיה יכול לטעון היה ג"כ חיוב שבועה רק שהיא טענה מעליותא שבטענה שהיה יכול לטעון היה לו ריוח ממון או כיוצא ודאי ל"א מגו לאפטורי משבועה דאימר אערומי קא מערים דאינו רוצה לישבע לשקר מתחכם לטעון טענה גרוע כדי לפטור משבועה:

מגו למפרע ל"א דאין מגו רק בתוך כרי דיבור ואם מפרש דבריו מבואר בסימן קמ"ו:

בע"ח שהוא חב לאחרים ואומר שהשטרות או מטלטלין אלו מיוחדין לאחרים אי נאמן במיגו יתבאר בסי' צ"ט:

מגו דאי בעי אמר טענה שהיא מחלוקת הפוסקים ולא איפסקא הלכתא כמאן ל"א אבל במקום שרוב הפוסקים ס"ל כך אמרינן מגו:

במקום שאינם ראוים להחזיר לפי טענתו רק שחייב מדין ב"ד אינו נאמן במגו שהחזיר ולומר נתוודע לי שאתחייב בדין ב"ד והחזרתי מעצמי והטעם דמי יימר דמחייבים ליה רבנן וגם אפשר שלא יעיז שכנגדו לכפור בב"ד:

מגו דאי בעי אמר איני יורע לא אמרינן בשום דוכתי:

אמרי' מגו אפי' מממון לממון ואפי' במקום שהוצרך לשקר תחלה כגון בשטר זייפא ואמר שטר מעליא הוא שהוצרך לזייף תחלה במקום שאינו מיגו להוציא דהלכתא כוותיה דרבה בארעא ובטוען וחוזר וטוען מקום שנאמן לחזור במגו שהיה עומד בטענתו הא' ומקום שא"נ נתבאר בחידושי בסי' ע"ט ובסי' פ' דלאו מטעם מגו הוא דכשאומר להכחיש דבריו הראשונים ל"א מגו רק הטעם דתלינן שאמר דבריו הראשונים שלא בדקדוק וכן אמרי' מגו אפי' במקום שירא שימצא בו מכחישים כגון לטעון פרעתיך בעדים והלכו למדה"י אף שירא שיבואו ויכחישוהו רק מטעם אחר ל"א מגו מה כמבואר בסי' ע':

כשאומר על דבר שהוא בחזקת שלו שהוא של אחרים אם נאמן לחוב לאחרים יתבאר בסימן צ"ט:

מיגו מגברא לגברא לא אמרינן:

ביאורים לקיצור דיני מיגו

הש"ך בכללי מגו תמה מהא דמקשה בכתובות רפ"ב מ"ש האי מגו מהאי מגו ע"ש ומאי קושי' הא דמשאיסתני נאנסתי הוי מגו להוציא והא דשדה זו של אביך הוי מגו להחזיק הקרקע שבידו וע"ש מה שתי' בדוחק נלפענ"ד נ' דלק"מ דהא בכתובות דף ע"ו אמרי' גבי

המחליף פרה בחמור ותנא תונא כלה ומסיק דכלה בבית אביה ולקידושין וכו'. אלמא כיון דתנא סתם על האב להביא ראי' משמע אפי' נגד הקידושין ואפי' לפי המסקנא שם דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראי' הריש' דנמצא בבית אבי' על האב להביא ראיה אפי' נגד הקידושין. וכן הוא באה"ע סי' ל"ט א"כ ה"נ גבי משארסתני נאנסתי דנקט ר' יהושע לא מפיה אנו חיים עד שתביא ראיה לדבריה משמע אפי' נגד הקידושין שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מקח טעות כמו מום ואפי' לפי המסקנא דכל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה מ"מ הכא כיון שלא נמצאו לה בתולים בביאה ראשונה שאחר הנישואין וע"כ בשעת אירוסין נתקלקלו הבתולים הוי כנולד ספק ברשות האב דעליו להביא ראי' אפי' נגד דבר שמוחזק לו ואף שהתוס' כתבו שם בדף ע"ה ד"ה רישא כאן נמצא דמיירי שיכול להיות שנאנס' אחר החופה ע"ש. לא כתבו זה רק לרבא אבל לר"א דמשני שם סיפא מנה לי בידך ולא ס"ל להא דרבא לא צריך לזה. ועוד נראה דאפשר לתרץ קושית התו' בד"ה רישא כאן נמצא הנ"ל אף לרבא די"ל דהטעם בהא דמשארסתני נאנסתי מטעם מגו כדאמר התם בדף י"ב דבברי ושמא אמרי' מגו להוציא וכיון דמיירי ר"י אפי' נגד קידושין ואף דיש לו מגו אלמא דס"ל דאפי' מגו להחזיק לא אמרי' ומקשה שפיר מ"ש האי מגו מהאי מגו. אח"כ מצאתי בתומים במקום אחר שכתב ג"כ תי' לזה כעין זה וז"ל דהש"ס מקשה דהו"ל למינקט מודה ר"י לענין קידושין ולא הי' צריך לזה כי מ"ש הוא נכון (*) עוד תמה על הרמב"ן דס"ל דאמרי' מגו להוציא מהא דכתובות דף פ"ז גבי פוחתת כתובה דמקשה שטרא חספא בעלמא הוא ופי' התוס' דהוי מגו להוצי' ג"כ וא"כ הרמב"ן דס"ל דאמרינן מגו להוצי' קשה מסוגי' זו. ולפענ"ד נראה דלק"מ דהא למאן דס"ל דס"ל דאמרי' מנו להוצי' (*) ע"כ צ"ל בהאי דב"מ דף ב' דזה אומר כולו שלי וזה אומר חציה שלי דקשה ליהמן במיגו דכולו שלי ועכצ"ל דמגו מממון לממון לא אמרי' עש"ך אות י"ג. והא דרבה דאמר מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע כיון דאינו רק להציל מתביעה ע"ש. ולפ"ז אתי שפיר דבשלמא שם בהא דשטרי זייפא ס"ל להרמב"ן דאמרי' מגו אף להוציא כיון דאין המגו רק על ממון זח משא"כ בפוחתת הרי אין כאן מגו ממ"נ דאם יטעון שהשטר מאלף זהובים אמת רק שפרע המותר הרי תהיה פוגמת ואם תאמר שהשטר אמת ומגיע לה הכל (*) הרי מיגו מממון לממון עוד הקשה בתומים על הא דמגו להוציא גוף החפץ ומחזיר הדמים לא אמרי' דזה נלמוד מדברי התוס' בהא דמכיר כליו וספריו ביד אחר שהקשו דלהימן בטוען נגנבו במגו דהשאלתי לאותו פ' ותירצו דמיגו להוציא לא אמרי' אף שמחזיר הדמים וע"ז הקשה בתומים דהא לדידן א"א לומר כלל תי' זה דמגו להוציא

דהא קי"ל דבברי ושמא אמרי' מגו להוציא וכאן הלוקח טוען שמא וכו' ע"ש ולפענ"ד לק"מ דהא בכתובות בס"ד מקשה הש"ס לימא תנן סתמא דלא כר"ג ומשני דלא אמר ר"ג רק בברי ושמא ולא בברי וברי והקש' הרא"ש הא בנתארמל' היורשים טוענין שמא ותי' כיון דאנן טענינן להו הוי כטענת ברי ע"ש אלמא דאף דגבי משארסתני נאנסתי לא ה"ל להבעל למידע מ"מ חשיב טענת שמא ומ"מ גבי יורשים כיון דטענינן להו הוי טענת ברי ומוד' ביה ר"ג (*) וא"כ ה"נ גבי לוקח כיון דטענינן ללוקח הוי כברי וברי דלא אמרי' בי' מגו להוציא:

הא דאמרי' מגו להוציא במקום שהשטר מסייע כתבו הפוסקים הטעם דשטר העומד לגבות כגבוי דמי. ובתומים כ' הטעם כיון דאיכא חזקת שטר דשטרך בידי מאי בעי הוי כחזקה מסייע. ומה שהקשה על הפוסקים שכתבו הטעם בהא דמשארסתני נאנסתי דאמרי' מגו להוציא משום ברי ושמא הא בלא"ה השטר מסייע ע"ש לא ידענא מאי קשיא ליה דהא כתב הר"ן בסוגיא דפתח פתוח דשטר כתוב' הוי כשטר דאית בי' תנאי שעליו לברר שקיים התנאי וכשמצא פתח פתוח עליו לברר כיון שהוא תנאי לשעבר כמש"ל סי' מ"ו ס"ק כ"ג ולא מהני שטר מסייע רק במקום שהשטר כשר אף אם לא אמר כלל כגון ביתומים וכיוצא:

דין זה מבורר בס"ס נ"ו ובסי' שמ"ח סעיף ז' ובתשו' רדב"ז סי' קל"ד. והא דמבואר בסי' ק"ח סעיף ח' דאין היורש נאמן לומר שהשטר פרוע אף שיש לו מגו דאי בעי הי' נותנו ליד הלוה או שרפו נראה דשם מיירי שהוחזק בב"ד דאין לו עכשיו מגו רק שאם הי' שליש חי' נאמן כיון שהי' לו פעם אחת מגו כמבואר בסי' נ"ו אבל כשאינו שליש אינו נאמן רק כשיש לו עכשיו מגו אבל כשהוחזק בב"ד אינו נאמן וכן משמע שם בסמ"ע ס"ק ך"ט דמיירי כשהוחזק בב"ד שכתב שם וז"ל משא"כ כאן שהוחזק השטר לרבים וכו' אפילו אם נאמר דהרא"ש בתשוב' ס"ל דאפי' במגו א"נ וכמש"ל בסי' נ"ו מ"מ לא קיי"ל כהרא"ש בהא. גם מ"ש בפנים דאינו נאמן לומר שחייב לו במגו מבואר שם בתשובת הרדב"ז אף שכתב ל' אפשר מ"מ מיסתבר כך ועמש"ל בס"ס נ"ו ס"ק י"ח וסי' ק"ח סעיף ג':

הטעם לזה דהרשב"א כ' בתשו' סי' אלף ל"ה הביאו הש"ך בקיצור סי' ס"ו דספיקו של השליש כספיקו של הבעה"ב כיון שהמשליש הימני' עשאו כבע"ד ממש שיהיה ספיקו כספיקו מש"ה אם מי שאין לו מגו לבד השלישו וכיון דהשליש מסופק הוי כמו שהבע"ד מסופק וחבירו שלא השליש טוען ברי הוי כברי ושמא דאמרי' בי' מגו להוציא אבל אם שניהם השלישו בידו הוי כשניהם טוענין שמא לסברת הרשב"א דספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד דידוע כשהוא ביד שליש הוי כשניהם מוחזקין בו כמ"ש התוס' ב"מ

ב' ד"ה ויחלוקו וכששניהם מוחזקים לא מהני מיגו דהוי מגו להוציא כמ"ש התו' בד"ה זה אומר חצי' שלי ע"ש:

דין זה מבואר בש"ך. ואם יש לבעל חזקת מרא קמא מגו אמרי' להוציא מקורו מהא דהקשו התוס' בב"ב ל"ה בד"ה ואי דלית ליה בהא דאם אמר לפירות ירדתיו נאמן דיהי' המערער נאמן במגו דלפירות ירדתיו ע"ש אף דהוי להוציא הקרקע אלא ודאי דאם חזקת מרא קמא מסייע להמיגו אמרי' אף להוציא הקרקע:

דין זה מבואר בכנה"ג והוא פשוט:

מקורו מתוס' בב"ק דף ע"ב ד"ה אין לך:

מקור דין זה הוא מתשו' הרא"ש כלל ס"ו סי' ח'. ובתומים הקשה דא"כ אמאי שבועת העדות אינו נוהג בקרובים הא יש תועלת בעדותן לענין מגו כמו שחייב קרבן שבועה בנסכא דר"א ע"ש. ולפענ"ד נראה דמזה ל"ק כלל דהא הר"ן פ' שבועת הדיינים כ' דאפי' אם הימני' קרוב עליו כבי תרי דאין חייב בשבועת העדות כיון דלאו בני עדות הוא מדאו' ולפ"ז כ"ש כאן דהקרוב אינו בכלל עדות כלל ולא מהימן משום עדות ומחזיקין אמירתו לשקר בלאו הודאת בע"ד רק דלא חשיב מגו שאינו רוצה להעיז משא"כ בעד אחד דנסכא דר"א דכל זמן שאינו נשבע נגדו אפי' אם אומר הבע"ד שא"י רחמנא הימני' כשני עדים והוי בכלל שבועת העדות אכן שאר הקושיות שהקש' שם הן תמוהים מאוד מהא דלעיל סי' ך"ט דאין החרם חל על הקרובים לפי שאין תועלת בעדותן ולהרא"ש הנ"ל יש תועלת לענין מגו וגם בב"ב פ' חזקת הבתים דקאמר אי דיש עדים ליחזי עדים מאי קאמרי וכו' דלמא מיירי בעדים פסולים וגם דוחק גדול הוא לומר דבכ"מ דקאמר אם יש עדים דמבטל להמגו שיהי' כוונתו בעדים פסולים. לזה נראה דגוונא דהרא"ש מיידי שחתמו בשטר וקרובים דפסולי לאו מטעם דלא הימני' רק דגזירת הכ' הוא כמבואר בב"ב פרק ג"פ וכיון שחתמו בשטר ודאי דעידי השטר מפקי לקלא ושפיר דימ' אותו הרא"ש בתשו' למגו במקום קלא ע"ש ודוקא שטוען שהשטר בטיל מעיקרא כגון בעובדא דמיירי התם בתשו' שטען שהחוב נעשה מחמת שחוק אבל ודאי פרעתי יכול לטעון דאין חושש להניח שטר כזה והא דלא הימני' הרא"ש מטעם מגו דפרעתי הוא מטעם שהי' ע"א כבר דמיירי באופן שלא נתבטל עד הכשר עסמ"ע סי' מ"ה ס"ק ל"ד ובט"ז סי' ל"ו ס"ק א' ולשיטת הרמב"ם בסי' נ"א דא"י לטעון פרעתי בשטר בע"א אבל בעדים קרובים שהעידו בע"פ אמרי' נגדם מגו וכן בעדים פסולים שנעשו פסולים בב"ד דכל מעשה ב"ד קלא איתי לי' דלא הימני' לאינשי אפי' חתמו בשטר אמרי' מגו דלאו בני אשוי' קלא נינהו דלא מהימני להו אינשי. ומ"ש ראיה בתומים ממשנה דעדיות פ"ח מתינוקת שהרהינ' באשקלון שאמרו חכמים

אם אתם מאמינים שהרהינ' תאמינו שלא נטמא' שפי' הראב"ד דמיירי בעדים פסולים דקשה האיך יכולים עדים פסולים להעיד וע"כ דמיירי ג"כ שאמרת שהרהינ' וטהור' אני דלא מהימני' במגו במקום עדים פסולים ע"ש. ולפענ"ד נראה לתרץ דשם ודאי דהרהינ' באשקלון לפני הרבה עדים וכיון דהפסולים אמרו שהרהינ' לפני עדים כשרים הוי קלא דקמי נישואין שאסורה כמבואר באה"ע רק כיון שהם אמרו שלא נטמאה הוי כקול ושוברו בצדו ואף דבשבויה אף דקלא קמי נישואין אינו אוסר בשבוי' הקילו כמבואר בכתובות ובאה"ע מ"מ הרהינ' חמור משבוי' כמבואר בכתובות:

מבואר בדברי הרא"ש פ' הכותב פ"ח דא"נ פרוע במגו דמחלה וז"ל דאפי' להמפורשים דא"צ לשלם מ"מ לאו כ"ע דיני גמירי וכו'. והש"ך בסי' ס"ו חולק ע"ז וכן עיקר דאל"כ בטלת כל המיגות שבש"ס ולפענ"ד נראה דאף הרא"ש מודה בזה ושאני התם דאין זה מגו לטענה מעליותא דאם תמחול לגריעותא היא לדיד' דלמה לה להכניס עצמה במחלוקת הפוסקים לענין חיוב תשלומין וגם כיון שאמירת הפרוע אינה לצורך עצמה רק כמעיד לבעל ואין לך נוגע גדול מזה שירא למחול משום מחלוקת הפוסקים של חיוב תשלומין אבל שאר מגו לטענ' מעליותא אמרי' בכל אדם וכדעת הש"ך:

דין זה מבואר בתוס' בכתובות וב"ב ל"ג ובכמה דוכתי וגם הוא פשוט מסברא כיון דבטענה שהוא טוען עכשיו רוצה לגבות יותר ממה שהי' יכול לגבות בטענה שהי' יכול לטעון לאו מגו הוא והא שכ' הש"ך בשם ריא"ז גבי זה בני דנאמן משום דבידו לגרש' ואף אילו גרש' לא הי' מתיר' לכהן אף באמיר' זו מתיר' לכהן משמע דס"ל דאמרי' מגו לחצי טענה זה אינו דשאני התם דהא כתב הרא"ש בגיטין מ"ד באיסורין דנאמן לומר נטמאו טהרותיך משום דבידו לטמאותן כתב דזה לאו מטעם מגו הוא דאי טמאינהו בעי שלומי כו' אלא כיון דבידו הוי כבעליו עכ"ל הרא"ש וזהו ג"כ כסברת הש"ג וכן בבעל שאמר גרשתי למפרע נאמן מטעם דבידו ע"כ ג"כ לאו מטעם מגו הוא דהא איכא למ"ד אפי' אמר גרשתי למפרע נאמן מכאן ולהבא אף שרוצ' לפוטרו ממזונות דלמפרע וליכא מגו. ועוד דאם יגרשנ' תוציא גיטה ותגב' כתובת' משא"כ כשאומר גרשתי' ואין גיט' בידה יכול לומר פרעתי אלא ודאי דנאמן כשהוא בידו מטעם דהוי כבעליו כמ"ש הרא"ש לענין איסורין כיון דלאו מטעם מגו מהימן רק מטעם בעלים כמ"ש הרא"ש לענין איסורין מש"ה על מה שהוא בידו דהיינו לישראל מהימן לו' זה בני כיון דנגד ישראל בידו הוא הוי נגדו כבעלים משא"כ נגד כהן דאינו בידו להתיר' לו אינו נגדו כבעלים ואינו נאמן.

נידון השני שכתבתי בפנים לומד בתומים מדברי הרשב"ם שהבאתי בפנים:

דין אם הקול סותר לטענה לומ' בתומים מסי' ק"ן סעיף ה' דנאמן לקוח בהחזיק ג' שנים אף דאיכא קלא ע"ש. ותמוה לי דשם כיון דהחזיק ג' שנים לקוח טענה מעליותא הוא אף בלא מגו אבל בטענ' שא"נ בלא מגו אפשר דלא מהני להכחיש קול רק שהביא שם ראי' מב"ב קל"ה דאפי' לענין יבום מותרת ולא חיישי' לקול רק בא"א משום חומרא דא"א אמר התם דחייש לה משמע דהוא רק משום חומרא דא"א ובממון להחזיק נראה דאמרי' מגו להכחיש הקול:

הש"ך בס"ק ך"ב הקש' בהחזרתי במגו דנאנסו ולפמ"ש בפנים לא קשה:

הוא מדברי התוספות בכתובות ומדברי הנ"י פרק ח"ה גבי שתי כיתי עדים המכחישות ומה שתמ' בתומים בשלש' עדים יישבתי בפנים וגם קושיא הראשונ' לק"מ לפמ"ש. והנה מה שתמ' בתומים על מהר"י מינץ שהוכיח דין זה מדברי התוס' שהקשו במודעא הי' דברינו דא"נ הא יש להם מגו דמזויף וכו' והקש' מהר"י מינץ הא מגו בשנים לא אמרי' וע"ז תמה בתומים הא מגו דשתקי אמרי'. וגם תמה בתומים על התוס' דמה הקשו דלהימני' במגו דשתקי דלמא מיירי בהוחזק שלשה שנים ובא בשטר זה וא"כ הן שאמרו מודעא חזקתו בטיל' דחזק' מכח שטר וה"ל חזקה שאין עמו טענה משא"כ אם ישתקו והוי כשטר שאינו מקויים א"כ הלה דמוחזק ג' שנים נאמן דשטר מעליא הוא במגו דאי בעי שתק משטר רק סתם החזקתי ג' שנים ולא הוי מגו להוציא דלהחזיק קרקע אמרינן מגו. ולפענ"ד לק"מ דאין כוונת התוספות מגו דאי בעי שתקו לגמרי רק מגו דאי בעי שתקו מהא שאמרו כת"י זה רק היו אומרים סתם מודעה הי' דברינו דאז אין לו מגו לו' שטרא מעליא במגו דאי בעי כבוש לשטר' והי' אומר סתם לקוח והחזקתי ג' שנים דאם הי' כובש להשטר ודאי דנאמנים לו' מודעא ואונס דדוקא בעדים החתומים על השטר פליגי אי מהימנ' דהוי כחוזרין ומגידין אבל עדים בעלמ' ודאי נאמנים על מודעא ואונס אפי' אם יראה השטר כשאינו מקויים נאמנים כמו עדים אחרים דלא היו חוזרים ומגידים כיון שהוא אינו מקויים. גם מה שהקש' דמאי מגו הוא דלמא אינם רוצים להפסידו דמי המקח ואם ישתקו ויבטלו השטר אף דמי זבינא יפסיד לק"מ לפ"ז דהמגו הוא שישתקו מהקיום ויאמרו בע"פ שיודעין מהמכיר' ומדמי זבינא ומהאונס ומהמודע' כנ"ל דאז לא יפסיד דמי הזבינא. ולפ"ז גם דברי הר"י מינץ א"ש כיון דלא דמי לשאר מגו דשתקי כיון דע"כ צ"ל עדות שידעו מהמכיר' ומודעא כדי שלא להפסידו דמי זבינא שוב הוי מגו דבי תרי דאולי לא יסכימו על שקר אחד ואולי חושב שהב' לא יאמר שיודע מהמכיר' ויפסיד דמי הזבינא ולכך אמרו כת"י הוא זה ולא הוי מגו ומזה הוכיח דינו דבמקום שאף אם לא יסכים השני יועיל עדותו כמו שמועיל העדות שיאמר עכשיו אמרי' מגו וכמ"ש בפנים

ומשה"נ כיון שחושב שהב' אומר זה כת"י א"כ אף אם יאמר אין זה כת"י רק שיודע מהמכיר' וממודעא ג"כ יתחייב להחזיר דמי המכיר':

דין הא' הוא מתשובת מהר"מ אדרבי ודין השני הוא מתוס' בכמה דוכתי:

דין זה הוא פשוט בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים ובתומים רצה לחדש דבמגו דאי בעי שתקו אפילו אמר בדדמי אמרי' ע"ש ולא שמיע לן:

דין זה נובע ממהר"ש בספר הכריתות ובתומים הקשה מהא דתנאי ומודעא דנאמנים במגו דשתקו ולא אמרי' דלמא אין רצונם להפסידן לגמרי ולפענ"ד לק"מ דהא התוס' בכתובות בסוגיא דהעדים שאמרו בד"ה הרי אלו נאמנים הקשו דהא מגו במקום עדים הוא ותירצו כיון שהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב כלל קיום כו' אלמא דאפילו דלא אמרי' ליה בעלמא מ"מ לענין קיום אמרינן ונאמנים משום דלא חשיב כלל קיום בכה"ג והכא נמי י"ל כן לענין מגו כזו כנ"ל:

כן הוא מפורש בפוסקים ובתומים. ודין השני הוא בכנה"ג וגם בתומים הסכים עמו:

כן הוא בש"ך ושאר אחרונים ואף שבתומים מחלק בין אם המגו הוא לכפור יותר ממה שהוא כופר בטענה של עכשיו דאז לא אמרי' מגו דהעזה אבל אם הכפירות הן שוות רק שהוא מעיז בטענה זו שהיה יכול לטעון ודרך אחריו בספר קצה"ח מ"מ מוכח בכמה דוכתי דלעולם אמרי' מגו דהעזה לאפטורי ממון אפילו אם הכפיר' יעלה יותר בטענ' שהי' יכול לטעון:

כן מבואר בפוסקים דעיקר הטעם דלא אמרי' מגו במקום ע"א דהוי משואיל"מ ולא אמרי' משואיל"מ רק בש"דא ולא בש"דר רק בשבועת המשנה יש מחלוקת בסי' נ"ח ע"ש וכן אם ע"א מכחיש הטענה שטוען לא אמרי' מיגו לאפטורי משבוע' כמ"ש הר"ן בפרק שבועת הדיינים:

בתומים הקש'. דבי"ד סי' ק"ס בש"ך ס"ק כ"ח פסק דנאמן דלא קיבל מעות יתומים רק למחצ' אף שהוא היפך המנהג. ואפשר ליישב דדעת הש"ך לחלק כעין החילוק שמחלק בש"ס רפ"ב דכתובות לר' יהושע דאמר התם הרי השור שחוט לפניך הכא אין השור שחוט לפניך וכתבו התוס' דאפי' בהלה תבעו מ"מ כיון דהרי אין לה בתולים וא"כ א"י לומר בתול' אני וכו' הכא אין שור שחוט לפניך ונאמן במגו דאי בעי אמר לא הי' של אביך מעולם א"כ ה"נ יש לחלק כן דבסי' ש"ל גבי שכיר ע"ג עשה הפועל מלאכ' בתוך שדהו רק הספק אם בשכיר יום או באריסות למחצה או לשליש או לרביע משום הכי לא הוי מגו משא"כ ביו"ד דסי' ק"ס שיכול לומר לא קבלתי אצלך מאומ' והוי כאין שור שחוט לפניך:

מה שמבואר בזה לענין עדים מבואר בנתיבות דף כ"ב ולעיל בסי' מ"ו והדין דגבי לוה מבואר בסי' פ"ב והדין דגבי מלוה מבואר בכתובות כ"ב גבי האומר שטר אמנ' היא זה דמוקי לה באומר מלוה ובחב לאחריני מקש' התוס' והרא"ש דלהימין במגו דמחיל אלמא דהמלו' נאמן במגו:

מקור דין זה היא ריש כריתות:

יתבאר כל אחד במקומו:

בתומים תמה על הך דיעה דס"ל מגו לאפטורי משבוע' לא אמרי' מהא דרב' דאומר מפני מה אמר' תורה מוד' במקצת ישבע. ופי' התוס' דלהימין במגו דאי בעי כפר הכל וכן אמר התם דבבנו דמעיז ומעיז דמהימן במגו אף דהוי לאפטורי משבוע'. ולענ"ד נרא' דלק"מ דהא דמגו לאפטורי משבוע' לא אמרי' היינו דוקא במקום שאין השבוע' זו מחייבו ממון כשאינו יכול לישבע רק שבוע' בעלמ' המוטל עליו מחשש הודאת היתר כגון בשבועת שותפין אז לא מהני מגו לאפטורי משבוע' אבל במקום שהשבוע' מחייבו ממון כשאינו יכול לישבע כגון במוד' במקצת דכשהוא חשוד או שאמר אינו יודע חייב לשלם אלמא דרחמנ' הימני' לתובע כל זמן שאינו נשבע ואפשר דהוא מטעם כיון דלהתובע איכא חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליי ולהנתבע ליכא חזק' דאין אדם מעיז. ויהי' הטעם איך שיהי' מ"מ חזינן כיון דרחמנא הימני' לתובע כל זמן שאין הנתבע נשבע וכיון דעיקר החיוב שחייבי' רחמנא היא ממון הוי המגו לאפטורי מממון וממילא פטור אף משבוע' מק"ו דמה במקום דלא הימני' רחמנא לנתבע כלל אף בשבוע' וכשיש לו מגו מהימן בלא שבוע' מכ"ש במקום דרחמנא אלים לכח הנתבע להאמינו בשבוע' מכ"ש כשיש לו מגו שיהא מהימן בלא שבוע' והא דבשבועות שומרים כתב ר"י הלוי הטעם דאף כשיש לו מגו לא מהני לפוטרו בלא שבועה מטעם דהוי מגו לאפטורי משבוע' נראה דס"ל כהרמב"ם מבואר לקמן סי' צ"ב סעיף ה' דהי' בחשוד שומר פטור השומר וכן כשטוען השומר איני יודע לא נתחייב מטעם דהוי משואיל"מ רק מטעם דהוי כאומר א"י אם פרעתיך כמבואר בסימן רצ"א והטעם נ"ל בהאי דס"ל כדעת הנ"י שכתב בסוגיא דשאלה חצי יום בב"מ דהא דחייבי' רחמנא שבוע' לשומר בטוען נאנסו ולא בכופר הכל משום דכשטוען נאנסו חשדי' רחמנא לאמר בדדמי והטיל רחמנא שבוע' עליו כדי לדקדק אבל ודאי אם הי' אומר בברי ולא הי' חשש בדדמי ליכא חיוב ממון דלא גרע מכופר והנתבע טוען ברי ומש"ה לא מהני מיגו לאפטורי משבוע' שהוטל עליו רחמנא כדי לדקדק ועוד דבמקום דאיכא למימר בדדמי לא מהני מגו וכן בשבועת שותפים דחייבי' חז"ל שבועה מטעם דמורה היתר ולפי הוראת היתר שלו חושב שאומר אמת

לא מהני מגו לאפטורי משבוע' דמחמת השבוע' יפרוש ולא יורה היתר לעצמו. וכן כשהשבוע הוא ליטול כיון דלא מהני המגו נגד הממון שהוא להוציא ומגו לאפטורי משבוע' ג"כ לא אמרינן ממילא חייב השבועה שהוא ליטול:

דין זה מבואר בסי' ע"ב סעיף י"ח בהג"ה ובסי' ע"ב ועיין מ"ש שם בביאורים:

דין זה הוא מתוספות ב"מ דף צ"ח עיין שם:

מגו מגברא לגברא היינו דוקא לענין שיהיו נאמנים להעיד עדות שלא יהיו נוגעים כמו בסי' קכ"א לענין שליח נעשה עד אבל בתובע ונתבע שיש להם מגו מגברא לגברא לא אמרינן ונתבאר בסי' צ"ו ע"ש: