הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · קצות החושן

קצות החושן על שולחן ערוך חושן משפט

רבי אריה לייב הכהן הלר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

קצות החושן על שולחן ערוך חושן משפט

רבי אריה לייב הכהן הלר

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/קצות-החושן-על-שולחן-ערוך-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 9
סימן ב 15
סימן ג 15
סימן ד 21
סימן ה 22
סימן ו 24
סימן ז 24
סימן ח 30
סימן ט 30
סימן י 34
סימן יא 35
סימן יב 35
סימן יג 38
סימן יד 39
סימן טו 40
סימן טז 41
סימן יז 41
סימן יח 43
סימן יט 44
סימן כ 44
סימן כא 44
סימן כב 46
סימן כג 49
סימן כד 51
סימן כה 52
סימן כו 67
סימן כז 69
סימן כח 69
סימן כט 83
סימן ל 83
סימן לא 90
סימן לב 90
סימן לג 93
סימן לד 97
סימן לה 105
סימן לו 106
סימן לז 114
סימן לח 123
סימן לט 127
סימן מ 142
סימן מא 145
סימן מב 148
סימן מג 154
סימן מד 157
סימן מה 158
סימן מו 162
סימן מז 192
סימן מח 193
סימן מט 199
סימן נ 205
סימן נא 207
סימן נב 209
סימן נג 215
סימן נד 215
סימן נה 217
סימן נו 219
סימן נז 220
סימן נח 221
סימן נט 227
סימן ס 228
סימן סא 235
סימן סב 248

סימן סג 250
סימן סד 251
סימן סה 256
סימן סו 264
סימן סז 302
סימן סח 309
סימן סט 309
סימן ע 315
סימן עא 318
סימן עב 327
סימן עג 362
סימן עד 374
סימן עה 375
סימן עו 395
סימן עז 395
סימן עח 400
סימן עט 405
סימן פ 413
סימן פא 416
סימן פב 439
סימן פג 456
סימן פד 461
סימן פה 464
סימן פו 470
סימן פז 484
סימן פח 510
סימן פט 528
סימן צ 533
סימן צא 537
סימן צב 548
סימן צג 555
סימן צד 557
סימן צה 559
סימן צו 566
סימן צז 570
סימן צח 582
סימן צט 583
סימן ק 588
סימן קא 589
סימן קב 592
סימן קג 594
סימן קד 602
סימן קה 616
סימן קו 621
סימן קז 623
סימן קח 638
סימן קט 644
סימן קי 646
סימן קיא 652
סימן קיב 656
סימן קיג 663
סימן קיד 664
סימן קטו 665
סימן קטז 682
סימן קיז 684
סימן קיח 695
סימן קיט 696
סימן קכ 699
סימן קכא 701
סימן קכב 703
סימן קכג 707
סימן קכד 714
סימן קכה 715
סימן קכו 723

סימן קכז 733
סימן קכח 733
סימן קכט 735
סימן קל 740
סימן קלא 742
סימן קלב 743
סימן קלג 745
סימן קלד 749
סימן קלה 750
סימן קלו 752
סימן קלז 753
סימן קלח 753
סימן קלט 756
סימן קמ 757
סימן קמא 766
סימן קמב 767
סימן קמג 768
סימן קמה 770
סימן קמו 771
סימן קמז 784
סימן קמח 785
סימן קמט 787
סימן קנ 793
סימן קנב 796
סימן קנג 796
סימן קנד 801
סימן קנה 809
סימן קנו 827
סימן קנז 827
סימן קנח 840
סימן קנט 847
סימן קס 848
סימן קסב 851
סימן קסג 852
סימן קסד 856
סימן קסא 859
סימן קסה 862
סימן קסו 863
סימן קפא 869
סימן קפב 870
סימן קפג 873
סימן קפד 887
סימן קפז 889
סימן קפח 890
סימן קפט 894
סימן קצ 897
סימן קצא 906
סימן קצד 908
סימן קצה 918
סימן קצו 927
סימן קצז 927
סימן קצח 930
סימן קצט 932
סימן ר 934
סימן רא 944
סימן רב 944
סימן רג 950
סימן רד 954
סימן רה 958
סימן רו 963
סימן רז 963
סימן רח 972
סימן רט 974
סימן רי 995

סימן ריא 999
סימן ריב 1003
סימן ריג 1007
סימן ריד 1007
סימן רטז 1007
סימן ריח 1010
סימן רכ 1010
סימן רכא 1012
סימן רכב 1013
סימן רכג 1017
סימן רכד 1018
סימן רכה 1019
סימן רכו 1020
סימן רכז 1022
סימן רלב 1029
סימן רלה 1031
סימן רלו 1039
סימן רמא 1040
סימן רמב 1054
סימן רמג 1055
סימן רמד 1072
סימן רמה 1078
סימן רמו 1083
סימן רמז 1085
סימן רמח 1086
סימן רמט 1099
סימן רנ 1103
סימן רנא 1114
סימן רנב 1116
סימן רנג 1121
סימן רנה 1141
סימן רנו 1148
סימן רנז 1151
סימן רנח 1156
סימן רנט 1159
סימן רס 1168
סימן רסא 1169
סימן רסב 1171
סימן רסד 1176
סימן רסה 1177
סימן רסח 1178
סימן רסט 1179
סימן רע 1182
סימן רעג 1182
סימן רעה 1187
סימן רעו 1196
סימן רעז 1200
סימן רעח 1201
סימן רעט 1214
סימן רפ 1217
סימן רפא 1219
סימן רפב 1226
סימן רפד 1227
סימן רצ 1233
סימן רצא 1243
סימן רצב 1261
סימן רצג 1265
סימן רצד 1267
סימן רצה 1272
סימן רצו 1279
סימן רצז 1281
סימן רצח 1283
סימן רצט 1283
סימן ש 1284

סימן שא 1284
סימן שג 1286
סימן שד 1289
סימן שה 1291
סימן שו 1293
סימן שז 1306
סימן שח 1307
סימן שט 1311
סימן שי 1312
סימן שיא 1314
סימן שיב 1316
סימן שיג 1322
סימן שיד 1324
סימן שטו 1325
סימן שטז 1326
סימן שיז 1330
סימן שיט 1332
סימן שכ 1334
סימן שכא 1335
סימן שכב 1337
סימן שלא 1338
סימן שלב 1341
סימן שלג 1346
סימן שלו 1357
סימן שלט 1358
סימן שמ 1359
סימן שמא 1367
סימן שמב 1370
סימן שמג 1371
סימן שמד 1371
סימן שמו 1375
סימן שמח 1378
סימן שמט 1383
סימן שנ 1385
סימן שנא 1387
סימן שנג 1391
סימן שנד 1395
סימן שנו 1399
סימן שנז 1402
סימן שנח 1404
סימן שנט 1404
סימן שס 1406
סימן שסא 1409
סימן שסב 1411
סימן שסג 1413
סימן שסד 1419
סימן שסה 1420
סימן שסז 1422
סימן שסח 1424
סימן שסט 1424
סימן שע 1426
סימן שעא 1427
סימן שעה 1428
סימן שפב 1429
סימן שפג 1433
סימן שפה 1434
סימן שפו 1434
סימן שפח 1450
סימן שצ 1457
סימן שצא 1459
סימן ת 1461
סימן תא 1463
סימן תה 1465
סימן תו 1466

סימן תז 1471
סימן תי 1474
סימן תיח 1481
סימן תכ 1482
סימן תכד 1483

סימן א

סעיף א

דיני הודאות והלואות. ז"ל הטור פי' שתובע אותו בעידי הודאה שהודה לו בפניהם או שהלוה אותו בפניהם ע"כ. ועיין ט"ז מ"ש דרבינו נשמר שלא תטעה לפרש כפי' אחר שברש"י על ומוד' במקצת וכופר הכל ובעינן מומחין לדבר שהוא מדרבנן לזה הביא הפי' של הודאות והלואות שאינו כדרך הזה. ולי נראה דכיון דקיימא לן גבי שבועת היסת אין יורדין לנכסיו אם אינו רוצ' לישבע אלא מנדין אותו עד שישבע ואם כן ליכא נפקותא לענין שבועת היסת דהא גם במידי דאין דנין אותו מנדין מתקנת שתי ישיבות להכי הביא פי' הודאות שתובע אותו בעדי הודאה ואם כן מ"ש הסמ"ע וה"ה בתובעו בלא עדים ולענין שבועת היס' לפי מ"ש ליכא נפקות' לענין היסת דהא אפילו במידי דאין דנין מנדין אותו:

סעיף ב

בהמה שחבלה. ז"ל הש"ך וה"ה נזקין דאש ובור מוהרש"ל פ"ת סימן ה' ולענ"ד נראה כיון דבהגהת אשר"י פ' החובל פסק דדנין אש ובור אלא שהביא בשם מוהרי"ת דמספקא לי' ומדברי התוספות נראה דס"ל גם כן דדנין אש ובור עיין שם בפרק קמא דב"ק דף י"ד (ע"ב) בהא דתנן במתני' בפני בית דין פרט לבית דין הדיוטות וכתבו שם בתוספות וז"ל ואף על גב דלמאן דאמר תני שדר לרגלו ומבעה לשינו לא איירי בקנס אפילו הכי תני לה ולא קאי אמתני' כמו דתני בפני עדים ואמרי' פרט למודה בקנס ואח"כ באו עדים עיין שם ואי נימא דאש ובור בעי מומחין אם כן שפיר מצי קאי אמתני' דהא אש ובור בתוך ארבעה אבות אלא ודאי סבירא ליה דאש ובור לא בעי מומחין ואם כן כיון דלתוספות פשיט' אין ספק מוציא מידי ודאי ואם כן אש ובור לא בעי מומחין:

סעיף ג

וי"א דוקא גזילות וחבלות דשכיחי. כתב הסמ"ע ז"ל אבל התוספות חלקו בע"א וכתבו דוקא גזילות ע"י חבלות הוא דאין דנין וזה דעת המחבר שכתב סתם דדנין גזילות ומוהרש"א בחידושיו כ'דודאי מתני' גזילות וחבלות איירי בגזילות לחודי' ובחבלות לתודי' במו שאמרו שם בש"ס גדלו' דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלקים ועכשיו דנין גזילות לתודי' ולא גזילות ע"י חבלות עיין שם וצריך ביאור דמ"ש בזמן המשנה גזילות לתודי' נמי בעי מומחין ועכשיו גזילות לתודא לא בעי מומחין. ונראה דודאי נעילת דלת דגזילות היינו שיונעל דלת בפני עושי עולה וכמו שכתבו התוספות שם ואם כן בזמן

המשנה דהיו מומחין בעולם אם כן בלאו הכי יונעל דלת בפני הגזלנין דמורא על ראשם פן ואולי יטריח הנגזל אחרי מומחין כיון דיש אלקים שופטים בארץ ולכן לא הפקיעו דין מומחין מן הגזלנין אלא דוקא מהודאו' והלואות הפקיעו דין מומחין שלא היו רוצין ללות תם יטריחו אחרי מומחין אבל הדיוטות ימצא בקל אבל עכשיו דליכא מומחין כלל אם כן כדי שיונעל דלת בפני עושי עולה הוצרכו תז"ל לאפקועי לגמרי דין מומחין ואוקמוהו אדין הדיוטות וכן נראה שיטה זו מתוך דברי הרא"ש עיין שם אח"ז מצאתי כדברינו בחידושי הר"ן בפרק זה בורר וכ"כ הרמב"ן בחידושיו שם אלא שהוא כותב בזה לישב קושיות תוספות שהקשו דבמתני' תק גזילות וחבלות ועכשיו דנין לזה כתב דבזמן המשנה גם מידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס בעי מומחין ולא הפקיעו בזמן המשנה דין מומחין רק מהודאות והלואות ובזמן הזה הפקיעו דין מומחין מכל מילי דשכיחי ואית בי' חסרון כים כדי שיונעל דלת בפני עושי עולה עיין שם ובזה א"ש דבפרק קמא דסנהדרין נקט טעמא דהפקיעו מומחין משום נע"ד ובפ' החובל נקט טעמא דשליחותיה דקמאי עבדינן. והיא משום דפרק קמא דסנהדרין איירי בזמן המשנה דאיכא מומחין ולא הפקיעו מומחין רק מהודאות והלואות ושייך בהו לישנא דנע"ד ובפ' התובל והמגרש מיירי בזמן הזה דליכא מומחין והפקיעו חכמינו זכרונם לברכה תורת מומחין גם מגזילות ומכל מידי דשכיחי ואית בי' חסרון כיס ונתנו בהם טעם משום דשליחותי' דקמאי עבדינן. אך אם כי דברי הרמב"ן והר"ן נכונים אא"ל שיהי' תוספות סוברין שטה זו דהא ספ"ק דב"ק (דף י"א) ד"ה פרט לבית דין הדיוטות ז"ל אף על גב דלמאן דאמר תני שור לרגלו ומבעה לשינו לא איירי בקנס עיין שם ומה קושיא דהא בזמן המשנה כי היכא דגזילות בעי מומחין כיון דיונעל דלת ע"י מומחין וכמ"ש אם כן הוא הדין אש ובור ושן ורגל בעי מומחין ע"כ צ"ל דתוספות ס"ל דאין חילוק בין זמן המשנה לזמן הזה וגזילות לחוד' נמי לא בעי מומחין ודלא כפי" מוהרש"א וצ"ל דמתני' נמי עיירי מגזילות ע"י חבלות וכ"כ הש"ך בסק"ט דבהכי איירי מתני' ודלא כמוהר"ש אידלש עיין שם וזה ברור אחר כתבי זה מצאתי דברי אלה בישוב דברי מוהרש"א בתומים עיין שם ולא הזכיר כי זו היא שיטת הרמב"ן והר"ן ועיין ש"ך שכתב על דברי הסמ"ע שכתב וזה דעת המחבר והקשה עליו דאם כן אמאי לא הביא בבית יוסף חילוק זה ולכן העלם הש"ך כוונת המחבר לשטה אחרת והוא דכל גזילות אפילו ע"י חבלות דנין ומ"ש הרמב"ם דאין דנין היינו הכפל מהגזילות וזה דעת המחבר בשיטת הרמב"ם ע"ש. אך בכסף משנה כתב על דברי התוספות שמחלקים בין גזילות הבאות ע"י חבלות וזה דעת הרמב"ם ע"כ עיין שם בפ"ה מסנהדרין וכדברי הסמ"ע אלא דקש"ל כיון דהרמב"ם סובר דשבת

ורפוי דנין ומשמע אפילו מחבלות דלא שכיחי דהיינו מקטיעת יד שהוא נזק אם כן למה יגרע גזילות הבאות ע"י חבלות. משבת וריפוי שע"י חבלות ולכן נראה מזה כדברי הש"ך דהרמב"ם ס"ל דאפילו גזילות שבאות ע"י חבלות דנין ולא מיעט הרמב"ם אלא קנס דגזילות ובתומים הקשה ממתני' דתנן גזילות ותשלומי כפל עיין שם ולא קשה מידי דהא הרמב"ם נמי נקט כהא לישנא ופי' הש"ך דאיכא תרי גווני כפל וה"נ לשון המשנה:

סעיף ד

דיני דגרמי. כתב הגהת מרדכי בפ' האיש מגרש בשם אבי אסף דיכולין עכשיו לכוף על מזונות בניו ובנותיו הקטני' משום מצוה ולא ה"ל כדיני קנסות כדאשכחן רבא כפה על הצדקה:

סעיף ה

וכן אם תפס. בד"מ הביא בשם מרדכי דריב"א עשה בקרן כר"ת ונשאר קנסות כדעת החולקים ויכול לתפוס כל מילי ועיין סמ"ע ובשאר קנסות היינו בהמה שחבלה באדם ואפילו בשן ורגל לא שכיחי כמבואר בסעיף ג' ובתומים תמה ע"ז וטען דלא משכחת דבר המזיק שיהי' קנס רק בקרן עיין שם ולק"מ וכמ"ש:

סעיף ו

אין מוציאין מידו. ז"ל הש"ך אפילו הודה קודם שתפס מהני תפיס' משו' דבזמן הזה לא מיפטר בהודאתו ואפילו לא באו עדים כ"כ הטור והרמב"ן וכ"כ הסמ"ע ועיין ד"מ שכ' ז"ל בבנימין זאב סימן קל"ב משמע דאע"פ דלא מיקרי הודאה בבית דין בזמן הזה לפטור אם באו עדים אח"כ ע"ש בלא עדים אינו חייב על פי עצמו בקנס וכן משמעות קצת לשון הראב"ד והרמב"ן דלא פליגי אלא כשבאו עדים אח"כ אבל בלא עדים משמע דלכ"ע פטור מיהו נראה דאין לחלק ואפשר דהרמב"ן חלק בכל ענין ואם תפס לא מפקינן מיני' עד כאן לשונו ומדברי הד"מ נראה דלא פשיטא לי' הך מלתא דיהי' חייב בלא עדים ולא כתבו אלא בלשון אפשר ודלא כסמ"ע וש"ך דפשיטא להו דאפילו לא באו עדים חייב וק"ל טובא לדברי סמ"ע וש"ך דבלא עדים חייב מהא דפריך בפ' מרובה למאן דאמר מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ממעשה דר"ג שכבר אין לך עדות הא באו עדים אח"כ חייב ומשני שאני ר"ג דחוץ לבית דין הוי ואי"נ דהיכא דלא מהני הודאתו לפטור הרי הוא חייב בלא עדים ומשום דהודאות בעל דין כמאה עדים אם כן היכא א"ל שכבר אין לך עדים הא הודאות ר"ג הוי במקום עדים ומודה בקנס לא הוי כיון שהודה חוץ לבית דין. אח"ז מצאתי בש"ך י"ד הל' עבדים הביא ראי' זו נסתור בזה דעת הלבוש ושארית יוסף דסברי דבזמן הזה חייב בהודאתו בלא עדים ומהתימא שלא זכר שהיא גם כן דעת

הסמ"ע והד"מ וסותר משנתו ששנה כאן ואפשר דר"ג אינו נאמן בהודאת עצמו משום דהוא חב לאחריני דאסר העבד על שפחה וכמ"ש גבי גרושה דאין הבעל נאמן משום הודאות בעל דין כיון דאסר לה אכהן וכמו שכתבו התוספות בפרק קמא דגיטין דף ד' ע"ש. ועיין בפרק קמא דמציעא דיליף העדאת עדים לחיוב שבועה ק"ו מפיו ומה פיו שאינו מחייבו קנס מחייב שבועה עדים שמחייבין אותו קנס אינו דין שמחייבין אותו שבועה ואי נימא דפיו נמי מחייבו קנס אלא דכשמודה בבית דין מומחין מיפטר משום מודה בקנס אם כן מאי אולמ' דעדים הא פיו נמי מחייבו קנס היכא דלא מיפטר משום מודה בקנס והיכא דמיפטר משום מודה בקנס גם העדים שיבואו אח"כ לא מהני דהא מיפטר משום מב"ק ואם כן הא דפיו אין מחייבו קנס לאו משום קילותא דפיו לומר דאין סומכים על פיו במקום קנס אלא אדרבא מהני ליה פיו לחייבו קנס במקום דאינו פוטר אלא דפיו מילתא אחריתא גבי' דפוטר נמי מקנס היכא דהוא בפני בית דין אפילו אתי עדים אח"כ ואם כן עדים לא חמירי ולכ"נ דפיו אינו מחייב קנס כלל אפילו במקום דלא מיפטר משום מב"ק:

סעיף ז

ואם יאמר הניזק. דע דבשלחן ערוך כאן אינו מחלק בין דיני קנסות ממש ושאר גזילות וחבלות וכל מילי דלא שכיח ולית ביה חסרון כיס אבל ההבדל מבואר דממון ממש אף על גב דלא דיינינן לי' בזמן הזה כיון דלא שכיחי ולית בי' חסרון כיס מכל מקום לצאת ידי שמים הוא בעצמו צריך לשלם וגזלן הוא אם אינו משלם אבל קנס ממש לא שייך בהו דינא דשמים משום דכל דיני קנסות אין הדבר תלוי רק אשר ירשיעון אלהים ואם אין הבית דין דנין אותו לא שייך בהו דינא דשמים וכן איתא בירושלמי ספ"ג דכתובות מהו שיאמרו לו צא ידי שמים נשמעיני' מן הדא מעשה בר"ג שהפיל שן טבי עבדו אתא גבי ר"י אמר טבי עבדי מצאתי עילה לשחררו א"ל ומה בידך ואין קנסות אלא בבית דין ובעדים ויאמרו לו צא ידי שמים ע"כ ומבואר מזה דאפילו מב"ק ואח"כ באו עדים פטור ואפילו לצאת ידי שמים ואפילו תפס דהא התם העבד מוחזק בעצמו וכן כתבו תוספות בכתובות דף ל"ג ד"ה לאו משום דלא מחייב ז"ל אף על גב דהכא אפילו לצאת ידי שמים אינו חייב דדוקא בממון הוא דאמר רבא בפרק השוכר את הפועלים אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו דמחיי' בבא לצאת ידי שמים אבל קנס לא מחיי' אלא ע"פ בית דין כדאמרינן אשר ירשיעון אלקים פרע למרשיע את עצמו וכו' אבל גבי ממון אף על גב דלא שכיחי ולית בי' חסרון כיס דאין הבית דין דנין אותו עכשיו אבל הוא גזלן אם אינו משלם דלא איברי סהדי אלא לשקרי וב"ד א"צ אלא להציל את עשוק מיד עושקו:

סעיף ח

כך וכך תחזיק. ז"ל הסמ"ע וגם לענין תביעת קנס מהני מגו וכמ"ש המרדכי ס"פ המניח והטו' ס"ס שצ"ט וכן פסק הש"ך בס"ס שצ"ט דמהני מגו בקנס אם תפס: אמנם מצאתי מחלוקת בזה בין גדולי המורים והוא נמצא כתוב בספר הזכות להרמב"ן בסימן כ"ו כתב הראב"ד ז"ל מיהו היכא דתפס קודם הודאה וליכא עדים בתפיסתו דיכול לומר להד"מ ואתו לבי דינא וכפר בי' אידך בהאי קנסא אם הוד' לאחר מיכן איסתפקא לי מלתא אי הוי האי מגו כעדי' כדאמרינן בעלמא מ"ל לשקר כעדים דמו וכיון דבהאי תפיסה איכא מגו ה"ל כעדים ואלו הכא דכפר ואתו עדים הא מחייב והשתא נמי מאי דתפס מקמי כפירה והודאה תפס א"ד כיון דאלו הודה פטור לא עדיף האי מגו מהודא' דנפשי' והודאת בעל דין כמאה עדים וכל היכא דהודאה לא מהני מ"ל לשקר לא מהני האי מלתא איסתפק' לי בדיני קנסות ולא אתבריר' גבאי כהוגן עד יבא יורה צדק לנו עד כאן לשונו ראב"ד והרמב"ן כתב עליו ז"ל וענין ספיקו של הרב ז"ל בתופס קנס שלא בעדי' כבר יצא דנו מכלל דברינו להתחייב בזמן הזה מפני שאין ההודאה כלום ואפילו במוד' בבית דין מומחין אני אומר שלא פטרה תורה בקנס אלא שלא הי' חייב אותו מתחילה עפ"י עצמו דכתי' אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע את עצמו אבל זה לא עפ"י עצמו מתחייב אלא לזה אנו מאמינים שאמר נתחייב לי קנס ותפסתי משלו לתשלום קנס שלו הלכך ירשיעון אלקים קרינא ביה ולא קרינן בי' מרשיע את עצמו כלל דמה הוסיף או גרע בהודאה שלו מכ"ש כשתפס משלו מטלטלין ובא זה לתובעו בדין להחזירם ולפרוע לו קנסו בדמים שאין זה מודה בקנס אלא זריז ונשכר הוא ובפ' שור שנגח דו"ה אמרינן ולימא לי' אי תם הוי מעריקנ' לי' לאגמא ומפרקי' כגון דקדם בעל דין ותפסימן וזהו היא נוסחתו של ר"ת ז"ל אלא שיש גורסין כגון דקדמו בי דינא ותפסו ומ"מ הרי הדין פשוט מבלי ספק כלל עד כאן לשונו הרמב"ן ז"ל ומה שסיים הרמב"ן ז"ל מנוסחתו של הר"ח דקדים בעל דין ותפסימן הוא מביא סיוע לסברתו דמהני מגו בקנס וזהו ביאורו דשם קאמר הש"ס שאלו בחזקת תם ונמצא מועד בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק פריך ונימא לי' אי תם הוי מודינא ומפטירנא ואפילו למאן דאמר פ"נ ממונא נימא לי' אי תם הוי מעריקנא לי' לאגמא ומשני כגון דקדם בעל דין ותפסימן וזהו גירסתו של הר"ח ז"ל והרגיש הרמב"ן דהקושי' הראשונה במקומ' עדיין דנימא לי' אי תם הוי מודינא ומפטירנא ופי' בו דאיירי שתפס בלא סהדי בגוונ' דאית לי' מגו ותו מודינא ומפטירנא גם כן לא שייך כיון דאיכא מגו לאידך ואלמא דמהני מגו בקנס. ואחי הנבון מוה' יהודא הכהן נרו אמר דהראב"ד לשיטתו שסובר דקנס' דפ"נ דשור תם שני' משאר

קנסות ואפילו הודה מעצמו בי' דינא זיל שלים אמרי' לי' משום דקרן אית לי' גבי' אלא דלא כייפי לי' בי דינא וכשתפס אידך לא מפקינין מיני' ואפילו תפס בסהדי מה שאין כן בשאר קנסו' וכמו שכתב הרשב"א בשמו בחידושיו בפ"ג דב"ק וכ"כ הרב המגי' בשמו בפ"ט מנזקי ממון עיין שם שהסכים גם דעת הרמב"ם לזה. ולפי זה אליבא דהראב"ד אתי שפיר טפי נוסחתו של הר"ח ז"ל דמצי איירי דאפילו תפסימן בסהדי אפילו הכי לא שייך תו מודינא ומפטירנא כיון דקנסא דפלגא ניזקא דקרן הוא כל שתפס אידך לא מהני הודאתו של זה להוציא מיד התופס כמ"ש מה שאין כן אליבא דהרמב"ן צריך לאוקמא דתפס בלי סהדי מה שלא נזכר בש"ס והרשב"א בחידושיו כתב שם שלא ירד לסוף דעתו של הראב"ד ולפמ"ש יש פנים לסברתו מנוסחתו של הר"ח עכ"ד ולענין דינא במגו בקנס נראה דאין ספק של הראב"ד מוצא מידי ודאי של הרמב"ן: אמנם יראה דאפילו לדעת הרמב"ן דמהני מגו בקנס היינו דוקא בפני בית דין מומחין אבל בזמן הזה דליכא מומחין הרי הוא כאלו בא במשכון לפני עדים ואומר לפניהם שחייב לו קנס דלא הוי מגו אפילו בממון וכמ"ש בתשוב' הרא"ש דלא מהני מגו במשכון אלא לפני בית דין דוקא אבל לפני עדים. אינו מועיל המגו וכמ"ש בשלחן ערוך סימן ע"ב סעיף י"ח ובסימן קל"ג ואם כן עכשיו דליכא מומחין ואין הבית דין פוסקין דיני קנסות אלא היכא דיש לו עדים לא מפקינן מיניה ועביד דינא לנפשי' אבל כ"ז שאין לו ראי' לא מהני תפיסה ואם כן כשב' עם החפץ לפני בית דין בזמן הזה אם כן הם משוי לי' ראיה כיון דעכשיו ליכא בית דין וליכא עלן רק תורת עדים אם כן כיון דבטל המגו ומשוי לי' ראה הרי הוא צריך להחזיר וראיית הרמב"ן מגירסת ר"ח מיירי לפני בית דין מומחין דאיכא מגו אבל עכשיו דליכא מומחין משוינן לי' ראה ועיין ברמ"א סימן שצ"ט ושם כתבנו יתר הדברים ועיין בפ' מרובה במעשה דר"ג וטבי עבדו דא"ל ר"י אין בדבריך כלים שכבר אין לך עדים וקשה לפי דעת הרמב"ן דבקנס הוא נאמן במגו ואם כן ה"נ הרי [הי'] לר"ג מגו דאי בעי משחרר לי' וכמו שאמרו הבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן במגו דאי בעי מגרש' וכן גבי עבד נאמן לומר מה"ט עשיתי פ' עבדי בן חורין ואי משום דמשחרר עבדו עובר בעשה לא הפסיד המגו ונראה כיון דהמגו ע"י ר"ג המתחייב הוא אכתי ה"ל מרשיע את עצמו והרמב"ן לא קאמר אלא היכא דהמגו הוא ע"י תובע ואם כן לא הוי מרשיע את עצמו כיון דהחיוב ע"י תובע בא מה שאין כן בזה ע"י ר"ג המתחייב בא המגו אך לפי מ"ש בסק"ה דחוץ לבית דין לא מפטר משום מרשיע עצמו קשה ודו"ק:

סימן ב

סעיף א

בין כל דיני עונש. כתב באורים ז"ל ואף שאין רשות ביד גואל הדם להרוג רק אחר שנגמר דינו בבית דין כמו שכתב הרמב"ם פ"א מהל' רוצח עד כאן לשונו וליתא דהא דעת רש"י פ' נגמר הדין דאפילו בשוגג נמי רשות ביד גואל הדם להרוג אלא דשיטת הרמב"ם הוא דבשוגג אין רשות ביד גואל הדם להרוג אלא דוקא במזיד אך אפילו בשוגג שהוא קרוב לפשיעה דאינו נהרג בבית דין נמי רשות ביד גואל הדם להרוג וכמו שכתב הרמב"ם להדיא בפ"ו מהל' רוצח ז"ל ויש הורג בשגג' ותהי' השגגה קרובה לזדון והוא שיהיה בדבר כמו פשיע' ודינו שאינו גולה כו' לפיכך אם מצאו גואל הדם בכסף משנה והרגו פטור ומה יעשה זה ישב וישמור עצמו מגואל הדם וכן כל הרצחנים שהרגו בע"א או בלא התראה וכיוצא בהם אם הרגן גואל הדם אין להם דמים לא יהי' אלו חמורים מההורג בלא כוונה עד כאן לשונו הרי מבואר דכל שהי' מזיד אע"פ שלא נגמר דינו בבית דין להריגה רשות ביד גואל הדם להורגו דהא שלא בכוונה או שלא בהתראה ודאי ליכא גמר דין ולשון הרמב"ם בפ"א מהל' רוצח ז"ל רוצח שהרג בזדון אין ממיתין אותו העדים ולא הרואים אותו עד שיבא לבית דין וידונהו למיתה עיין שם לא מירי מדין גואל הדם וביארו בפ"ו דכל שהיה קרוב לפשיעה אפילו אין בו מיתת בית דין רשות ביד גואל הדם אלא דבזמן הזה יש להסתפק אי שייך דינא דגואל הדם כיון דעל כל פנים בעינן קבלת עדים להודיע אמיתית הדבר שהרגו הרוצח ואנו הדיוטות אנן ואין אנו רשאין לקבל עדות נפשות והא שכתב הרמב"ם בע"א פי' בכסף משנה דהיינו עדות מיוחדת או אפשר כיון דלדעת הרמב"ם אפילו הכחישו עצמם בבדיקת נמי רשות ביד גואל הדם וכמ"ש בכסף משנה שם ועיקר שלמדוהו דלא גרע מהורג שלא בכוונה אם כן גם אנו למידין בזמן הזה דלא גרע מהורג שלא בכוונה וצריך עיון:

סימן ג

סעיף א

אין בית דין פחות משלושה. ז"ל הרמב"ם בפ"ב מהלכות סנהדרין מותר לאחד לדון מן התורה שנא' בצדק תשפוט עמיתך ומד"ס צריך שלשה והוא כדעת רב אחא ושמואל דבר תור' בחד סגי אבל סוגי' דפ' החובל ופ' המגרש משמע דאפילו בדיני ממונות בעינן תלתא מומחין מן התורה דאמרי שם גבי הודאות והלואות דאנן שליחות דקמאי קא עבדינן ומשמע דלולי זאת אין בידינו לדון דיני הודאות והלואות ומזה הביאו כמה פוסקים

ראי' דאפילו בדיני הודאות והלואות מן התורה בעינן ג' מומחין ועיין בר"ן בחידושיו חשבה לראי' מהך סוגיא דפ' החובל והמגרש ובש"ך הק' על הרמב"ם מסוגיא הנ"ל וכ' שלא הרגישו בזה הרשב"א והכ"מ והלחם משנה אבל לא נעלם מעיניהם דבר וכבר כתב בכסף משנה ז"ל ותימ' הוא לפסק שלו אמאי איצטריך למימר הודאות והלואו' שליחותי' דקמאי עבדינן וכו' וצריך עיון ע"ש. ונ"ל לפי מה שמבואר מדברי תוספות דאפילו נימא דמה"ת בחד סגי לדון אבל על כל פנים בדיני כפי' ודאי צריך מומחין וז"ל תוספות רפ"ק דסנהדרין ד"ה ליבעי נמי מומחין תימא דהכ' משמע דממעט הדיוט מדכתיב אלקים ובפ' המגרש ממעט להו מדכתיב לפניהם ולא לפני הדיוטו' וי"ל דהת' ממעט מלפניהם משום דלפניה' קאי אאלקים דהכא כו' מיהו בגיטין פירש"י דקאי אע' זקנים שעלו עמו להר שהן סנהדרין ונ"ל דבגיטין לענין מילי דכפי' איירי דאהכ' מייתי לה דאביי אשכתי' לר"י דקא יתיב וקא מעשי אגיטא א"ל והא אנן הדיוטות אנן אבל אלקים לאו אמילי דעשוי מיירי אלא בדין בעלמא והא דמשמע ליה מילי דעשוי מלפניהם משום דדרשינן לקמן מאשר תשים לפניהם אלו כלי הדייני' דשייך בהן שימה עכ"ל: ומבואר מדבריהם דנהי דהדין יכול להיות ע"פ יחיד הדיוט אבל לכוף ודאי בעינן מומחין משום דאשר תשים לפניה' אלו כלי הדייני' קאי על שבעים זקנים ולהכי שם בעובדא דיתב ר"י וקא מעשי אגיט' באלו שכופין אותו להוצי' ואשכחי' אביי וא"ל הא תנן לפניהם ולא לפני הדיוטות והיינו דאין בידינו לכוף אותו לקיים אשר מוטל עליו דהא אשר תשים לפניהם אלו כלי הדיינים בעינן מומחין וא"ל ר"י אנן שליחותי' דקמאי קא עבדינן מידי דהוי אהודאות והלואות והיינו דהא למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ואם כן אין בו אלא משום פריעת בעל חוב מצוה ואמרינן בפ' הכותב לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה אמר לא ניח' לי למיעבד מצוה מאי ואמרינן עלה כופין אותו והיינו דתנן לולב איני עושה סוכה איני עושה כופין אותו ומכין אותו עד שתצא נפשו ואם כן גבי הודאות והלואות דכופין אותו לקיים המצוה המוטל עליו וע"כ משום דשליחותי' דקמאי קא עבדינן ואם כן הוא הדין נמי דכופין אותו בגט לקיי' המצוה המוטל עליו ואף על גב דאנן לאו בני כפי' נינהו דאנן הדיוטו' אנן ואביי ס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכמה שכתבו תוספות ר"פ הנזקין עיין שם ושפיר אהדר לי' ר"י לאביי מידי דהוי אהודא' והלואו' ואפילו לפמ"ש הרמב"ן בחידושיו סוף ב"ב דגם למאן דאמר שעבוד' לאו דאורייתא יורדין לנכסיו טעמא דידי' לפי דהב"ד רשאין לכוף אותו בכל מילי דכפי' לקיים מצוותו ולהכי נמי יורדין לנכסיו משום כפי' והיינו כפיי' דידי' לקיים המצוה בע"כ וע"כ כיון דאינו אלא מתורת כפי' דהא הנכסים אינן משועבדי' ואם כן מוכח דשליחותי' דקמאי קא עבדינן. וז"ל הב"ח

בסימן א' ומיהו כתבו תוספות לשם דבמילי דכפי' דוקא בעינן סמוכין אפילו בשאר כל המשפטים וכדמשמע מדדרשינין אשר תשים לפניהם אלו כלי הדייני' אבל בדין בעלמא דלאו מילי דכפי' לא בעינן מומחין בשאר כל המשפטי' אלא במ"ש בפרשה עד כאן לשונו. וראיתי בתומי' סימן ח' השיג עליו וכתב שדבריו אינם עיין שם והשיג בחנם כי דברי הבית חדש מבואר בתוספות דבדין בעלמ' לא בעי סמוכין אלא במ"ש בפרשה דהיינו היכא דכתיב בי' אלקים ולמאן דאמר אין עירוב פרשיות כתיב לא בעי סמוכין גבי הודאות והלואות אבל במילי דכפי' לעולם בעינן סמוכין דקאי אשר תשים אשבעים זקנים אך לשון הב"ח שם שלא בדקדוק ז"ל שם ומיהו לפי' רש"י דלפניהם קאי אשבעים זקנים שעלו עמו להר ככתוב בסוף משפטים ואל משה אמר כו' אין חילוק כלל דבכל ענין בעינן סמוכין עד כאן לשונו ואינו דהא עיקר החילוק שכתבו תוספות בין מילי דכפי' לדינין בעלמא הוא רק לפי' רש"י דקאי אשבעי' זקנים דהא אי נימא דלפניהם קאי אאלקים דהכא וכמה שכתבו תוספות ליכא חילוק בין מילי דכפי' לדין בעלמא ועיקר החילוק הוא רק לפירש"י דקאי אע' זקנים:

סעיף ב

הודאה שמודים לפניהם. נסתפקתי יחיד מומחה שדן ובע"ד הודה לפניו במקצת אם ראוי לחייב שבועה דמודה במקצת כיון דהודאה שהוד' לפניו לאו הודאה אם כן לא הוי מודה במקצת. או נימא כ"ז דלא חזר מהודאתו הוי הודאתו הודאה וחייב שבה"ת והנה בפ' שבה"ד ד"מ ד"ה והודה לו בשעורין וז"ל בס"פ המניח מסיק רבה ב"נ דפטור אף מן השעורין ותימא מנ"ל הא דהא לר"ג חייב בדמי שעורין דאי לאו הכי אין כאן הודאה כלל וכו' ושמא משמע לי' לרבה ב"נ לשון פטור דפטור לגמרי א"נ אף על גב דמיפטר מדמי שעורין אף לר"ג ואפילו הכי חשיב ליה הודאה ע"כ עיין שם מבואר מתוך תי' השני דאפילו הכי חייב שבועה אפילו אין הודאה שלו הודאה אך אין הסברא נותן לומר חיוב שבועה במידי שאין הודאה שלו הודאה וראי' מלשון רש"י בפ' האומר דס"ה ד"ה הודאות בעל דין כמאה עדים דכתיב אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאה עד כאן לשונו ואם כן כיון דעיקר הודאות בעל דין כמאה עדים ילפינן מדין מוד' במקצת משמע דהיכא דאין בו משום הודאת בעל דין כמאה עדים ליכא תורת מודה במקצת וז"ב ודברי תוספות שכתבו דמודה ר"ג דפטור ואפילו הכי חייב שבוע' יבואר בסימן פ"ז עיין שם ואם כן נראה ברור דכיון דאין הודאה שמודה לפני היחיד מומחה ממילא ליכא תורת מודה במקצת ואינו יכול לחייב שבועת מודה במקצת ובזה נ"ל ליישב קושי' הלחם משנה דהא מבואר מתוך הסוגי' דלמאן דאמר עירוב פרשיות כתיב ודאי צריך ג' ואם כן

להרמב"ם דסובר בפ"ב מהל' שכירות עירוב פרשיות וכי כתיב אלקים קאי נמי אהלואה ואם כן היכא פסק דבחד סגיא ע"ש: ולפי מ"ש ניחא דודאי יחיד יכול לדון מן התורה כל כמה דיודע סברות בדינין ולא עדיף פסק של דיני ממונות מפיסקי איסור והיתר אם הוא איש חכם שבקי בדינין אלא בהודאה שמודה דבזה צריך בית דין וכל כמה דלא הוי בית דין לאו הודאה אפילו הוא חכם בדינון דהודאה אינו ענין לחכמה אלא בזה צריך בית דין וב"ד של תורה צריך ג' ומומחין ולכן עירוב פרשיות כתיב וקאי ג' ומומחין גם על הלואה אלא דגבי הלואה בעינן כי הוא זה ואם כן משום הכי נמי צריך ג' ומומחין דהודאה בעי בית דין ג' ומומחין וקאי נמי על פקדון וכיון דבפקדון לא בעינן כי הוא זה אם כן מוכח דגוף הדין צריך בגזילות וחבלות ג' ואם כן הך דינא דהרמב"ם דהודאה בפני יחיד מומח' לא מהני יש לו ראיה מן הכתוב דהא דסגי בחד ילפינן מקרא דכתיב בצדק תשפוט עמיתך וכיון דעירוב פרשיות כתיב ע"כ קאי ג' ומומחין על הלואה נמי ועל כרחך צריך לומר דג' ומומחין דכתיב גבי הלואה היינו משום כי הוא זה דלא הוי מודה במקצת אלא בפני בית דין של תורה וכיון דכתיב גבי שומרין נמי שלשה מומחין מוכח דגוף הדין גבי גזילות וחבלות בעינן שלשה ומומחין וז"נ היטיב. ובזה ישבתי סוגיות הש"ס רפ"ק דסנהדרין דאמרינן שם מאי קסבר אי קסבר עירוב פרשיות כתיב. ליבעי נמי מומחין ואי קסבר אין עירוב פרשיות תלת' ל"ל ופירש"י בהלותה ל"ל תלתא כיון דאין עירוב פרשיות אם כן בהלואה לא כתיב והוא תמוה דמהיכי תיתי לחלק בין הלואה לשומרין ורב אחא בריה דרב איקא דאמר מדאורייתא בחד סגי ליף לה מקרא דכתיב בצדק תשפוט עמיתך אבל מסברא אין לנו לחלק וכבר הרגיש בזה הר"ן ועוד קשה קושיות תוספות שם אפילו למאן דאמר אין עירוב פרשיות נילף ממשפט אחד. והנראה לפי דברינו לפרש הסוגי' דפשיטא ליה לש"ס דמסבר' אית לן לחלק בין הודאה לגוף הדין וכדאמרו בש"ס גבי אודיתא דלמא טעו בדשמואל ופי' תוספות דאפילו שמואל דס"ל שנים שדנו דיניהן דין מודה בהודאה דבעינן שלשה ואם כן הכי פריך מאי קסבר אי קסבר עירוב פרשיות כתיב כאן אם כן ודאי מוכח דגוף הדין בעי שלשה דהא כיון דעירוב פרשיות כתיב אם כן לא קאי כי הוא זה אלא אהלואה ובשומרין לא בעי מודה במקצת ואפילו הכי כתיב שלשה גבי שומרין ואם כן מוכח דגוף הדין בעי שלשה בגזילו' אם כן הוא הדין בהלואה דמהיכי תיתי לחלק ועוד דהא משפט אחד כתיב ואם כן קשה ליבעי נמי מומחין ואי קסבר אין עירוב פרשיות אם כן שלשה ל"ל היינו אפילו בגזילות וחבלות נמי לא ליבעי שלשה דהא למאן דאמר אין עירוב פרשיות אם כן כי הוא זה קאי על פקדון ואם כן אינו מוכח דגוף הדין צריך ג' ומומחין ונימא דגם גזילות בחד סגי וכמו באיסור והיתר

והא דכתיב שלשה ומומחין היינו משום כי הוא זה דלא סגי בלא ג' וממשפט א' ל"ש למילף דמה ענין משפט להודאה. לזה משני לעולם קסבר עירוב פרשיות ואם כן מוכח דגוף הדין צריך ג' ומומחין דהא בשומרין לא בעי כי הוא זה וכיון דאשכחן דגוף הדין בעי שלשה ומומחין ממילא אין לחלק בין דין לדין דהא כתיב משפט א' יהיה לכם אלא הא דסגיא בהדיוטות משום דר"ח שלא תנעול דלת בפני לוין ור"א ברי' דר"א סבר דאף על גב דמסברא אין לחלק בין דין לדין ועוד דהא כתיב משפט א' מכל מקום בפירוש ריבתה תורה דסגי בחד משום דכתיב בצדק תשפוט עמיתך והא דכתיב עירוב פרשיות על הלואה היינו משום הודאה דכתיב כי הוא זה. ולפי זה צ"ל לרמב"ח ולר"י דס"ל ד' שומרי' צריך הודאה וס"ל אין עירוב פרשיות ע"כ ס"ל דאין לחלק כלל בין הודאה לגוף הדון דאם לא כן שלשה מנ"ל אפילו גבי גזילות לגוף הדין דלמא הא דצריכי' שלשה גבי שומרין משום הודאה וניחא בזה לתרץ קושיות תוספות רפ"ק דהיכי קאמר ר"א ד"ה שנים שדנו אין דיניהם דין דהא אשכחן רמב"ח ור"י דס"ל אין עירוב פרשיות כתיב ועיין שם וק"ל. ובזה יתיישב היטב ל' הרמב"ם בפ"ה מהל' סנהדרין ז"ל. לפיכך דנין בהודאות והלואות וכיוצא בהן בחו"ל אע"פ שאין בית דין של חו"ל אלקים שליחות של בית דין של א"י עושין עד כאן לשונו וכבר הקשו בזה הרמ"ך וכל הראשוני' והאחרונים דהא לדעת הרמב"ם הודאות והלואות בחד סגי ולפמ"ש ניחא דרש"י פי' בשם י"מ הודאות והלואות היינו מב"מ והלואו' היינו כופר הכל ועיין שם והיינו לענין הבי' עדי' אח"כ שהוא מוחזק כפרן וכמ"ש הטורי זהב עיין שם וז"נ פי' הרמב"ם לזה כתב דשליחותי' דקמאי קאי עבדי דהא בהודאות דהיינו מודה במקצת וכן לענין שיהיה הוחזק כפרן ודאי בעינן בית דין של תורה והוא שלשה ומומחין דעלה כתיב תלתא אלקים וכמ"ש דכל מילי דלא תליא בדין אלא הודאה או שיוחזק כפרן ודאי בעי בית דין וכל בית דין הוא שלשה ומומחין אלא הא דדנין בהודאות הוא משום שליחות דא"י אלא דלא מהני מדרבנן בשלשה הדיוטות אבל יחיד מומח' אפילו מדרבנן אינו מועיל אמנם גוף הדין בהודאות והלואות סגי ביחיד הדיוט וכמו באיסור והיתר והוא נכון וברור: ועיין בכסף משנה פ"ב מהלכות סנהדרין שהקש' ע"ד הרמב"ם דחד סגי מן התורה מהא דאמרינן בסנהדרין מקשינן ריבים לנגעים אי מה ריבים בשלשה כו' אלמא דמדאורייתא בעי שלשה ועיין שם שכתב וצ"ל דאסמכתא בעלמא היא ובספר תורת חיים הניח קושיא זו ב צריך עיון. ולק"מ דהתם דברי ר' מאיר היא ור"מ ודאי ס"ל דבעי שלשה דהא בפרק קמא דסנהדרין דף ז' סובר ר"מ פשרה בשלש' וחכמים סברי בחד סברוהו דר"מ סבר דין בשלש' ומקיש פשרה לדין ודחי לא דכ"ע ס"ל דין בג' מ"ם מקיש פשרה לדין ומ"ס לא מקיש פשרה

לדין ואם כן ר"מ מדסובר פשרה בשלשה ע"כ ודאי ס"ל דין בשלשה וכ"כ תוספות שם ד"ה לא דכ"ע עיין שם ואם כן ר"מ שפיר קאמר ומה ריבים בשלשה אבל אנן לא ס"ל כרבי מאיר וס"ל דין ביחיד:

סעיף ג

ויכולין להחליף טענותיהם. עיין כנה"ג שכתב אפילו לדעת הרמב"ם דהודאה לא מהני בפני יחיד מומחי אבל הוחזק כפרן נעשה והביא ראי' מלשון הרמב"ם דכתב בפ"ה דהודאה לא מהני בפני יחיד מומחי ובשלש' הדיוטות מהני והוחזק כפרן ומדלא כתב ברישא דלא הוחזק כפרן אלמא דהוחזק כפרן בפני יחיד מומחה ועיין שם שכתב שכן דעת בית יוסף בכסף משנה ועיין שם ולא אדע כוונתו דהא כתב בשלחן ערוך להדי' דלא הוחזק כפרן ומהתימא שלא הביא דעת השלחן ערוך כאן ועפי"ז נתיישב מה דקשיא לי בדברי הר"ן בחידושיו לסנהדרין דף ח' בפלוגת' דר"מ וחכמים דר"מ סובר מוש"ר בג' וחכמים סברי מוש"ר בכ"ג אמר עולא בחוששין ללעז קא מפלגי ופרש"י דבעל בא לתובעה כתובתה להפסידה בטענת פ"פ בלא עדים וחכמים חוששין ללעז וחיישינן שמא יבואו עדים שזינתה ויהי' דיני נפשות והקש' בר"ן שם אם כן לר"מ דלא חייש ללעז אם כן מומחין ל"ל דהא הדיוטו' נמי סגי כמו שאנו דנין עכשיו בכתובות וירושות ומתנות וכן הקשו בתוספות שם ועיין שם ובמשנה שם משמע ג' מומחין כמו חבלות ותשלומי כפל ותירץ הר"ן דזהו הלעז שיצטרכו להוסיף עד כ"ג אם יבואו עדים ויצטרך לדון ד"נ ויאמרו שהראשוני' לא ידעו לדון לכך הוסיפ' זה הלעז לא ס"ל לר"מ כיון דעל כל פנים גם הראשונים ישבו בדין אבל אם יהי' הדיוטות אם כן ודאי אם יצטרך לדון ד"נ כשיבואו עדים אם כן יצטרכו הראשונים לצאת מהמנין ואז ודאי יהי' לעז ויאמרו הראשוני' לא ידעו לדון וישבו אחרי' תחתיה' ועיין שם ודבריו נחמדי' וקשיא לן בגווה דהא היכא דתלתא הדיוטות יכולין לדון אז ביחיד מומחה נמי סגי אם כן אכתי קשה דג' מומחין ל"ל דסגי בחד מומחי לענין כתובה ואי משום לעז הא כשיבאו לד"נ גם הראשון יהי' מן המנין ולפי שיטת הרמב"ם דבחד מומחה יכולין להחליף טענותיהם אם כן א"ש דהא טענת פ"פ ל"מ להפסידה כתובת' במכחישתו ואומרת ברי לי שבתולה הייתי וכמו שכתב הרא"ש פרק קמא דכתובות אבל אם טוענת משארסתני נאנסתי נאמנ' כר"ג עיין שם ואם כן ביחיד מומחה אינו יכול להפסיד' כתובתה דאפילו אם טוענת עכשיו בתולה הייתי ומכחישתו למחר יכולה להחליף טענותי' ותאמר משארסתני נאנסתי מה שאין כן בג' שוב א"י להחליף טענותי' ודו"ק:

סעיף ד

שיושיב עמו אחרים. עיין ש"ך שהעלה דביחיד מומח' מהני קבלה אפילו לכתחלה ואפילו לא קבלוהו בפירוש אלא שבאו מעצמם בלי כפי' הוי קבלה והאידנא דליכא מומחה לאו שפיר עבדי אותן שנהגו לדון לכתחלה אם לא שמפר' להדיא אינו יודע לדון אתכם דין תורה או שהוא דין פשוט ומורגל בכך דכה"ג גם האידנ' איכא מומחה ולי נראה שלא להקל בזה כלל דהא אין לך דין פשוט יותר מדין מודה במקצת דזיל קרי בי רב הוא וכבר כתבנו בסימן ג' סעיף קטן ג' שאין היחיד מומחה דן אותו ולפי שאין הודאה לפניו הודאה וכן. שאר טענות התלוי בהודא' וכפירה דיכול להחליף טענותיו מחיוב לפטור דלא הוחזק כפרן אלא בפני שלשה כנה"ג דבפני שנים אפילו קבלוהו לא הוי הודאה וכפירה ואפילו כל זמן דלא הדר לא הוי דינו דין וכמו שאמרו בפ' י"נ גבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה ועיין שם פי' רשב"ם דאי מהני חזרה לא הוי דין כלל כיון דאיתי' בחזרה לא חל הדין כלל ועיין שם ודין שאינו תלוי בטענה וכפירה ודאי צריך עיונא רבה ולכן יראה דבעל נפש ירחיק מזה וכמו שאמרו חכמינו זכרונם לברכה אל תהי דן יחידי:

סימן ד

סעיף א

אבל תפיסה בעלמא שתופס למשכון. ועיין בישו"ש פ' המניח סימן ה' שהאריך לחלוק על מהורי"ק והעלה דאין אדם יכול לתפוס מחבירו למשכון אפילו במידי דליכא איסור למשכנו כגון עבור גזילה וערב אם לא בחפץ המבורר לכל שהוא שלו וי"מ נראה דהיינו דוקא שתופס משלו אבל היכא שיש בידו משכון או פקדון יכול לעכב אפילו לכתחל' כדי להציל ממון שלו וזה לא נקרא עביד דינא לנפשי' שהרי לא תפס אלא שמעכב את שלו בשב ואל תעשה עד כאן לשונו אבל הש"ך בס' תקפו כהן בסימן ק"ח וקט"ז השיג והעלה דהיכא דברירא לי' יכול לתפוס בענין שיש לו מגו עיין שם ונראה פשוט דהיינו דוקא היכא דליכא לאו דלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו כגון בשכירות וערבות וכיוצא אבל בהלואה דאיכא איסור למשכנו אסור לו לתפוס דהא מינתח ניתוחי אסור וכמבואר בפרק המקבל ואפילו בשוק אסור הגם דמס' תקפו כהן סימן ק"י משמע דאפילו היכא דאית איסור למשכנו שרי לי' למיתפס בענין שיהי' לו מגו אך המעיין שם יראה דלא ברירא לי' האי מלתא ואדרבה בסימן קט"ו קט"ז כתב לדחות ראיית מוהרש"ל ומוקי לה בענין דאית איסור למשכנו ועיין שם ואם כן משמע דבהלואה אסור לי' לתפוס בכדי

שיהי' לו מגו וכן נראה מתוך הסברא דכיון דקיימא לן עביד אינש דינא לנפשיה אפילו במקום דליכא פסידא ואפילו הכי בחוב הלואה הקפידה תורה דלא למיעבד לי' דינא לנפשיה אם כן הוא הדין אפילו במקום דאית פסידא כגון שהלוה כופר בחובו אסור לו לתפוס בכדי שיהי' לו מגו וראיתי רבים מתחכמים בזה לתפוס מחבירו איזה חפץ בכדי שיהי' לו מגו קודם בואו לדין ולאו שפיר עבדי וקרוב לאיסור תורה אם הוא ע"י תפיסה ועיין בסימן צ"ז ושם מבואר אצלנו צד קולא בזה אבל הישרים בלבותם אין להם להקל אך גבי פקדון משמע דליכא איסור כלל לעכבו תחת ידו וכמ"ש מוהרש"ל אבל מדברי הזוהר מבואר דהוא איסור גמור עיין שם פרש' במדבר פתח ואמר ה' אורי וישעי כו' ובר נש בעי לאקדמ' ולמפקד בידי' פקדונא דנפשי' כפקדונ' דב"נ דיהיב פקדונ' לאחרא דאף על גב דאיהו אתחייב לגבי' יתיר מההיא פקדונ' לאו כדאי לאתאחד' בי' הואיל ופקדונ' אתמס' לגבי' ואי יסרב בי' ודאי נבדוק אבתרי' דלאו מזרעא קדיש' הוא ולאו מבני מהימנות' כו' ע"ש. ויש לזה פני' ע"פ נגלה והו' שיט' הריטב"א פ' הכותב דהיכא שבא ליד הנפקד בתורת פקדון צריך למיעבד השבה מעליא ועיין ש"ך סימן נ"ח סק"ט לכן בעה"נ ירחיק מזה:

סימן ה

סעיף א

אין כו'. ועיין פרק קמא דכתובות בתוספות ובראש"ש ובר"ן במה דאמרינן שם דהאידנא אשה נשאת בכל יום והקשו דהא בע"ש אין דנין ואם כן איך תנשא בע"ש ועיין שם שכתב משום דיכול לסדר טענותיו אפילו ביום שאין דנין עיין שם ובתומי' הקשה מניסן ותשרי דאין מזמנין האיך תנשא בהם עיין שם ולק"מ דהא בעירו מזמנין אפילו בניסן ותשרי ותקנ' דבתול' נשאת ודאי ע"כ משום עיר שיש בה בית דין דעיר שאין בה בית דין לעולם איכא אקרורי דעתה לפעמים יש מהלך כמה ימים אל הבית דין שבעיר וכיון דהתקנה בעיר שיש בה בית דין אם כן בניסן ותשרי נמי מזמנין דבעירו מזמנין ולכן לא הקשו הרא"ש והר"ן מניסן ותשרי אלא מע"ש דאפילו בעירו אין מזמנין:

סעיף ב

וי"א דאם עברו. עיין בסימן כ"ח ושם כתב בשלחן ערוך דאם קבלו עדות בלילה אין דנין ע"פ אותה קבלה ושם לא כתב הרמ"א דעת החולקין משמע דמודה ועיין סמ"ע מה שמחלק בזה: והנה ז"ל הרא"ש בפ' מצות חליצ' חלצה בלילה כשירה ור"א פוסל ומסקינן בהא פליגי מר סבר חליצה כתחלת דין דמי ומ"ס כגמר דין מכאן משמע שאם

דנין תחלת דין בלילה הדין בטל וכן משמע בפ' י"נ דף קי"ד גבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה בלילה כותבין ואין עושין דין ואין יכולין לדון ע"פ ראייתם אפילו בדיעבד והא דגרס בירושלמי פ' אד"מ מניין שדרן ביום וגומרין בלילה שנאמר ושפטו את העם בכל עת אית קרא לשעבר אמר רב שמואל בר רב יצחק כיני מתניתין מניין שאם טעו ודנו בלילה שדינו דין אמרין הדין אמירא כלומר זה יכול להיו' ע"כ גירסא משובשת היא דאדרש' קמייתא לא שייך למיפרך אית קרא לשעבר דהא קרא קאמר דלכתחל' דנין בלילה אלא כך יש להפך ולסרס הגירסא מניין שאם טעו ודנו בלילה שדיניהן דין ת"ל ושפטו את העם בכל עת ופריך אית קרא לשעבר ושפטו לכתחלה משמע ואת דרשת לי' בדיעבד אמר רב שמואל בר רב יצחק כיני מתני' מניין שדנין ביום וגומרין בלילה ת"ל ושפטו את העם בכל עת עד כאן לשונו הרא"ש ולפי זה ליכא ראי' מן הירושלמי דאם דנו בדיעבד דיניהן דין וכ"כ הב"ח ותי"ט פ' אד"מ ועיין עוד בראש פ' י"נ ז"ל ורשב"ם כ' שאם קבלו עדות בלילה יש לדון עפ"י אותו קבלה וה"נ אי' בירושלמי שאם טעו ודנו בלילה דיניהן דין והרמב"ן ז"ל כתב דהגמ' דידן פליגא מדאמר בפרק קמא דסנהדרין אין מקדשין את החודש בלילה ואם קדשוהו אינו מקודש והנה לפנינו קושיות הרבה לשיטת הרשב"ם דסובר בדיעבד מהני דאם כן חלצה בלילה וקידוש החודש בלילה למה פסול אפילו בדיעבד. והנראה בזה בשום לב אל לשון הירושלמי גם לפי פי' הרא"ש דמהפך ל' הירושלמי אינו מדוקדק סוף לשון הירושלמי אמרין הדין אמירא. אם הוא משנה מפורשת דגומרין בלילה ודאי ויכול להיות כן. ועוד דמעיקרא רוצה לומר דין מחודש דאם טעו ודנו בדיעבד דינו דין ומייתי מקרא ואחר כך דורש המקרא לענין אחר ואינו מפרש מה יעשה בדין שדנו בדיעבד אם הוא פסול או כשר. ולכן נראה לענ"ד דגוף הדין כדקאי קאי דכשר בדיעבד והוא דכיון דאינו פסול אלא תחלת דין בלילה וגמר דין כשר בלילה ואם כן אם עברו ודנו בלילה נהי דפסול היה תחלת דין דהיינו המשא ומתן מכל מקום גמר הדין דהיינו מה שאמרו איש פ' אתה חייב זה הוא בכשרות מן התורה דהא גמר הדין כשר בלילה ואם כן כי עברו ודנו בלילה כשר הדין בדיעב' דהא הפסק דין שאמרו כשר הוא בלילה אלא שהיה המשא ומתן בפסול שהוא תחלת הדין ולא מיפסל מחמת זה הגמר דין ומידי דהוי לדיינים שפסקו את דינם בלי משא ומתן דלא מיפסל משום זה ואם כן כיון דגמר דין כשר בלילה אם כן אם עברו ודנו בלילה ודאי כשר ואפילו לכתחלה היה ראוי לומר דיאמרו את הגמר דין דהא המשא ומתן כבר נעשה וגמר דין כשר בלילה אלא כיון דעברו ודנו תחלת הדין בלילה אינו ראוי שיוסיפו עוד לגמור את הדבר של איסור אבל אם עברו ודנו ודאי כשר וכמ"ש דהא זה הפסק

שאמרו איש פלוני אתה חייב זה הוא בהכשר דהא גמר דין כשר בלילה ודו"ק. ובזה נראה לפרש לשון הירושלמי דמתחלה רצה ללמוד מקרא דאם עברו ודנו דיניהן דין ורצה לפרש המקרא ושפטו את העם בכל עת ופריך אית קרא לשעבר ולזה חזר ודרש המקרא כיני מתני' דגומרין בלילה ומסיים אמרין הדין אמירא כמו זאת אומרת דהיינו מדכשר גמר דין בלילה מזאת אומרת דכשר בדיעבד דהא הגמר דין נעשה בהכשר ולא מיפסל רק תחלת המשא ומתן. ולפי זה א"ש דאם עברו ודנו בלילה דיניהן דין דהא הגמר דין בהכשר אבל אם עברו וקבלו עדות בלילה דזה הוי תחלת הדין או חלצה בלילה ואם כן כיון דתחלת דין פסול הוא פסול אפילו בדיעבד אלא דעברו ודנו דוקא כשר כיון דהגמר דין כשר ואם כן הרי הוא כאלו אמרו את הגמר דין בלי משא ומתן אבל קבלת עדות הוא פסול אפילו בדיעבד כיון דהוא תחלת דין ולכן הכריע הרמ"א דעברו ודנו כשר וקבל' עדות פסול וכמ"ש והוא נכון:

סימן ו

סעיף א

פחות משוה פרוטה. ולענין כלים הפחותים מש"פ אם נזקקין עליהם עיין ש"ך דתלי לה במחלוק' שבין הרמב"ם והרא"ש סימן פ"ח:

סימן ז

סעיף א

וגר דן את חבירו הגר. ז"ל סמ"ע עיין בד"מ שכ' ע"ז ז"ל במרדכי פ' מ"ח משמע דהיינו דוק' בלי כפי' ומשמעות זה לא מצאתי במרדכי שם כולי עיין שם אך בהגהת מרדכי פ' מצות חליצה כ' בהדיא ז"ל גר דן את חבירו היינו דוקא בלי כפי' ולזה כיון הד"מ ומשה אמת ובעיקר הדין נראה דעת תוספות והרא"ש דהיינו דוקא בכפי' אבל בלא כפי' אפילו ישראל יכול לדון דלא אמרינן שום תשום אלא בכפי' ונראה ראי' לדעת המרדכי דמיירי בלא כפי' דבפ' מ"ח דף ק"ב א"ר גר דן את חבירו ד"ת שנא' שום תשים מלך עליך מקרב אחיך עליך הוא דבעינן מקרב אחיך אבל גר דן את חבירו הגר ואם היה אמו מישראל דן אפילו ישראל ולענין חליצה עד שיהא אביו ואמו מישראל ומשמע דאמו מישראל יכול לדון דבר תורה דהא רבא התחיל בזה דיכול לדון דבר תורה ועוד דהא קראי דריש ואם כן היכי משכחת דבר תורה דהא רבא ס"ל בפרק קמא דסנהדרין דמן התורה בעינן סמוכין אפילו בהודאות והלואות וכיון דלדיני נפשות ודאי בעינן אביו ואמו מישראל

ומבואר ברמב"ם פ"ד מהל' סנהדרין דאין סומכין עד שיהי' ראוי לכל הדברים וז"ל ויש להם למנות כל מי שירצו לדברים יחידים והוא שיהי' ראוי לכל הדברים כיצד חכם מופלא שראוי להורו' לכל התורה כולה יש לבית דין לסמוך אותו וליתן לו רשות לדון ולא אפילו חבירו הגר היכא דן מן התורה הא אינו סמוך ונהי דבחבירו הגר אינו צריך מקרב אחיך אבל דין סמוכין לא חלקה התורה בין אזרח לגר על כן צ"ל דמיירי רבא בלי כפי' ומשום הכי דן דבר תורה דלא בעי סמוך אלא בע"כ ובלי כפי' לא בעינן סמוכין ואפילו הכי לישראל אסור משום דכתיב מקרב אחיך תשים עליך מלך וכמו שפי' רש"י דיין ומ"ש התוספות והרא"ש בלי כפי' למה אסור לישראל אפשר דאיסור הוא כמו דן מי שאינו גמיר ולא סבר דאפילו קבלוהו לא מהני קבלתו בין טעה ובין לא טעה וכמ"ש הבעל המאור בבבא רביעאה בשיקול הדעת עיין שם שכתב דאשרה הוא דמיקרי וכמה פסולים דפסולי אפילו בקבלה וכן בזה אסרה התורה לדון לפני גר שאינו אחיו:

סעיף ב

אבל הסומא. עיין בסוגיא פ' אד"מ דף ל"ה וז"ל הנימוקי יוסף שם סומא באחד מעיניו אבל בשתי עיניו פסול סומא לדין דהא פסול להעיד ואפילו פתוח ונסתמא דבעינן תחלתו וסופו בכשרות ואם כן לדין נמי פסול דתנן כל הכשר להעיד כשר לדין הא פסול להעיד פסול לדין והכי משמע נמי פ' מצות חליצה (יבמות דף ק"א) גבי פלוגתא דר"י ורבנן דמ"ס חליצה בג' ומ"ס בחמשה ור"י הדיוטות מנ"ל נפקא לי' מלעיני מדאיצטרך לעיני למעוטי סומין ש"מ דאפילו הדיוטות כשרים דאי ס"ד סנהדרין בעי למה לי לעיני מדרב יוסף נפקא סנהדרין מנוקי' מכל מום כדכתיב כולך יפה ומום אין בך והשתא אי ס"ד סומי' כשרים לדיני ממונות אם כן היכא מוכח מדאיצטריך לעיני למיפסל סומין ע"כ הדיוטות כשרין דלמא סמוכין לא בעי אבל מומחין בעי אבל אי בד"מ פסולין סומין לא איצטריך לעיני אלא למיכשר הדיוטות עד כאן לשונו הנימוקי יוסף וע"ש: ויש להקשות בדבריו דהא שם אמרינן ואידך האי לעיני מה עביד לי' ההוא לכדרבא הוא דאתא דאמר רבא צריכי דייני למיחזי רוקא דקא נפיק מפומי' דיבמה דכתיב לעיני הזקנים וירקה ואידך נמי וכו' ואלא הדיוטות מנ"ל וכו' וכתבי שם תוספות ד"ה ש"מ הדר בי' וז"ל פסק ר"ת דסומא בא' מעיניו כשר לחליצה כיון דלא ממעט מלעיני וסגי בא' ויכול לראות הרוק מפי היבמה ע"כ ואם כן לפי זה מאן דממעט מלעיני בעינן שתי עיניו וסומא בא' מעיניו פסול וכדדרשינן גבי נגעים לכל מראה עיני כהן וכדמשמע מדברי ר"ת שכתב כיון דלא ממעט מלעיני ואם כן הדרא קושיות נמוקי יוסף לדוכתי' היכא מוכח מדאיצטריך לעיני דלמא נהי דסמוכין לא בעי הא מומתין בעי כמו ד"מ וכ"ת הא גם בדיני ממונות

פסולם ומא הא איצטריך לסומא בא' מעיניו דהא מלעיני ממועט גם סומא בא' מעיניו. ועוד קשה לפי דברי הנימוקי יוסף למה הסיע הש"ס לדרך אחר להוכיח מדאיצטריך לעיני תיפוק לי' מדכתיב כולך יפה הא עיקר הוכחה מדפסול אפילו בעדות כ"ש דפסול לדין דהא מהך דרשה דכולך יפה אכתי לא מוכח אלא דלא בעי סנהדרין אבל מומחין לא מוכח וכמ"ש נ"י. ולכן נראה דלמאן דאמר דבעינן מן התורה בד"מ מומחין והיינו סמוכין אם כן ודאי צריך גם בד"מ כולך יפה וכמו שכתב הרמב"ם פ"ד מסנהדרין דאין סומכין אלא אם כן ראוי לכל הדברי' וסומא בא' מעיניו אין סומכין לד"מ מפני שאינו ראוי לכל הדברים ואם כן ממה נפשך א"ש למאן דאמר דגם בד"מ בעינן סמוכין אם כן ודאי סמוכין אינו אלא אם כן מנוקה מכל מום וכדתיב כולך יפה ואי למאן דאמר בהודאות והלואות לא בעינן סמוכין אם כן גם מומחין לא בעי רק גמירי ואם כן נמי מוכח דדייני חליצה לא בעינן סמוכין מדכתיב לעיני ואי נימא דמנא לך דכשר הדיוטו' דלמא על כל פנים גמירי בעינן וכמו בהודאות והלואות זה באמת גם בחליצה בעינן גמירי וכמ"ש הנימוקי יוסף ר"פ מ"ח בשם המפרשים ז"ל דלא קרי הדיוטת אלא משום דלא בעי סמוכין אבל לעולם צריך שידעו הלכות חליצה וכו' ואם כן הרי הם בכלל גמירי ואפילו לדעת הפוסקים דלא בעי גמירי רק שיודעין להקרות הפרשה היינו לפי המסקנא דנפקא לי' מבישראל דמשמע לכל הדברים וכמו שכתב הרמב"ם ולמאן דאמר דלא בעי סמוכין בהלוואות גם מומחין לא בעי ואם כן ממילא מכשרי בהדיוטות וזה ברור. ולפי זה מצינו לומר דסומא בשתי עיניו נמי כשר בד"מ דהא עכשיו לא בעינן מומחין וסמוכין אליבי' דכ"ע מדרבנן מיהא ושליחותי' דקמאי קא עבדינין ואם כן אפילו סומא בשתי עיניו כשר: ובזה נראה ליישב קושיות תוספות פאד"מ שם בסוגיא ד"מ דנין ביום וגומרין בלילה מנה"מ דכתיב ושפטו את העם בכל עת כו' עיין שם מתני' דלא כר' מאיר דתניא היה ר"מ אומר על פיהם יהי' כל ריב וכל נגע וכי מה ענין ריבים אצל נגעים ומקיש ריבים לנגעים מה נגעים ביום אף ריבים ביום ומה נגעים שלא בסומין אף ריבים שלא בסומין כו' ההיא סמיא דהוי בשבבותי' דר' יוחנן דהוי דאין דינא ולא א"ל ר"י ולא מידי ופריך והיכי עביד הכי והא אמר הלכה כסתם משנה ר' יוחנן סתמא אחריני אשכח ד"מ דנין ביום וגומרין בלילה ופירש רש"י מדמכשר לילה לגמר דין וסומא בא' מעיניו רואה יותר וכו' ותוספות פי' מדתנן גומרין בלילה ע"כ לא מקיש ריבים לנגעים דאם הי' מקיש לנגעים היה פסול אפילו גמר דין כמו לר' מאיר וכיון דלא מקיש ממילא מתכשר סומא כיון דלא מקיש ריבים לנגעים מהיכא תיתי למיפסל. ומזה הולידו דאפילו סומא בשתי עיניו כשר וכמו שכתבו התוספות בפ' בא סימן. אלא שהניחו בתימא לפי פי' דלמא טעמא

דמתני' דהכא משום דכתיב ושפטו את העם בכל עת ועיין שם ועיין בר"ן בחידושיו ושם האריך בקושיא זו ותורף דבריו דלמא מתני' נמי סברי היקשא דריבים לנגעים למיפסל סומין אלא דלילה לא מקיש משום דקרא כתיב ושפטו ועיין שם ומבואר מדבריו דודאי אי הוי מקשינן ריבים לנגעים למיפסל לילה ודאי הי' פסול אפילו גמר דין דאין היקש למחצה ונגעים גמר דין ופסול בלילה ואם כן הוא הדין ריבים ולא שייך למימר היקש ריבים לנגעים לתחלת דין דעיקר פסול לילה בנגעים אפילו בגמר דין אלא דמתני' סברי דלא מקיש כלל לפסול לילה והיינו משום דכתיב ושפטו בכל עת ועיקר היקשא למיפסל סומין הוא דאתא וע"ש: והנה לפי מ"ש למאן דאמר בהלואות מן התורה בעינן מומחין אם כן ודאי גם סמוכין בעי ובעינן ראוי לכל הדברים ואם כן קשה למה צריך היקשא למיפסל סומין הא סומין ממילא מיפסל מן התורה דהא סומא פסול מדכתיב כולך יפה וצריך לומר דעיקר היקשא למיפסל לילה ויליף פסול סומין דאפילו עכשיו דלא בעינן סמוכין ושליחותי' דקמאי קא עבדי פסול משום דבעינן דומיא דנגעים וכיוצא בזה כתב הר"ן בפ' הכותב למאן דאמר מכירת שטרות דרבנן הא דממעט שטרות מאונאה בפ' הזהב יצאו עבדים וקרקעות ושטרות עיקר קרא למעוטי קרקעות ועבדים ואפילו הכי ממעט שטרות לפי שאינו בכלל הכתוב אלא דבר המטלטל וגופו ממון עיין שם וה"ה הכא למיפסל סומין מן התורה לא צריך קרא דהא בלאו הכי סומא פסול לסנהדרין משום דבעינן כולך יפה אלא דעיקר הקישא למפסל לילה אלא דסומא נמי פסול אפילו מדרבנן לפי שאינו דומיא דנגעים ולפי זה מוכח דמתני' לא סברי כלל היקשא דריבי' לנגעים דאי לפסול לילה ודאי פסול אפילו גמר דין דהיקש מורה על גמר דין ועיין בר"ן ואי לפסול סומין מן התורה לא צריך מיעוט דהא סומא אינו סמוך ור' יוחנן לשטתו דס"ל מדאורייתא צריך שלשה וכמו שכתבו התוספות רפ"ק דסנהדרין. ואין להקשות לפי מ"ש הרמב"ם דאין סומכין עד שיהא ראוי לכל הדברים בהא דאמרי' פרק זה בורר (סנהדרין דף כ"ז) כל הראוי לדון ד"נ ראוי לדון ד"מ מני אי לימא ר' יוסי הא איכא עד זומם דממון דכשר לד"נ ופסול לד"מ כו' והא בד"נ ודאי בעינן סמוכין וזה אינו ראוי לכל הדברים דהא פסול לד"מ משום דהרמב"ם לא קאמר אלא בפסול הגוף וכמו סומא כיון דאינו ראוי לכל הדברים אבל זה שפסולו מחמת עבירה והוא ראוי לכל הדברים על ידי תשובה והרי הוא כמו מי שאינו בקי במומין דהוא סמוך לכל הדברים וכדאי' בפרק קמא דסנהדרין גבי סמיכה דסמך רבי לרב יורה יורה ואל יתיר בכורות משום דלא בקיאי במומין אלא כיון דאינו פסול הגוף ויכול להתחכם אמומין הוי סמוך וכן בפסולו מחמת עבירה כיון שיכול לחזור בתשובה לא הוי פסולו בגופו. ועוד דאפשר לא קאמר הרמב"ם

אלא בתחלת הסמיכה דאין סומכין עד שיהא ראוי לכל הדברים אבל אם כבר נסמך ואחר כך נפסל לאיזה דבר שפיר מהני סמיכתו דמעיקרא למה שראוי עתה. אך אמנם בסומא מאחת מעיניו אפילו נסתמא אחר הסמיכה לא מהני הסמיכה לדיני ממונות כיון דבסנהדרין כתיב יפה רעיתי ומום אין בך אם כן גם עכשיו אחר הסמיכה צריך להיות מנוקה מכל מום ודו"ק:

סעיף ג

אפילו לא הביא שתי שערות. בתומים הקשה דהא כתיב התקוששו וקשו עיין שם ואינו קושיא דבשלמא כהן גדול ליתא כלל בדינא דאין דנין אותו אבל קטן מי לא דיינין לי' בכמה דברים כגון שגזל חפץ לפנינו הבית דין אם כן הבית דין דנין אותו שיחזור או גזילת קרקע והוא פשוט ולא בעינן דוקא שיהא נדון באותו דבר שדן רק שיהא נדון באיזה דבר שיהי' ובתומים הכריע דבמטלטלין דינו דין אבל במקרקע כיון דאין מקחו מקח לא הוי התקוששו וקשו ולא נהירא דלא תליא באותו דבר שדן יהיה דוקא נדון וכמו שכתבתי:

סעיף ד

אין עד נעשה דיין. ונאמרו ונשנו בזה שני טעמים בתוספות אחד משום דבעינן ועמדו שני אנשים ואי אפשר להיות עד דיין ב' משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה והם לא יקבלו הזמה על עצמן. ועיין שם בתוספות שהקשו בפרק החובל דאם כן מה"ט לא יהי' העדים קרובים לדיינים משום דלא יקבלו הזמה על קרוביהם וע"כ משום דמצי מיתזם בבית דין אחר אם כן מה"ט גם העד יהי' דיין והזמה דידי' יהי' בבית דין אחר וע"ש. ובטעם הא' נמי קשה לי אם כבר הגיד את עדותו לפני בית דין אחר וקיים כבר מצות ועמדו שני אנשים למה לא יהי' דיין אח"כ ובש"ס ופוסקי' משמע דעד המעיד אינו יכול להיות דיין וכן עד החתום בשטר אע"פ שכבר נחקרה עדותו אינו רשאי להיות דיין. וכן לפי טעמא דהזמה נמי אם כבר העיד לפני בית דין את עדותו באיזו יום ובאיזו שעה למה לא יהי' דיין אח"כ דהא אם יוזם יקבלו הבית דין הראשון שהעידו לפניהם את עידי הזמתן. לכן נראה כפי הטעם משום הזמה ומה שהקשו תוספות דיתקיים הזמה בבית דין אחר כמו בעדים קרובים לדיינים נראה דבזה אפילו בבית דין אחר לא יתקיים הזמה דהא קיימא לן דאין העדים זוממין נהרגין עד שיוגמר הדין על פיהם כמבואר במשנה פרק קמא דמכות וכ"כ הרמב"ם בפרק ב' מהלכות עדות אין העדים זוממין נהרגין ולא משלמין ולוקין עד שיזומו אחר שנגמר הדין אבל הוזמו קודם גמר דין אין נענשין וכיון דקיימא לן עד זומם למפרע הוא נפסל אם כן אם יזומו הרי נפסלין מאותו שעה ואם כן נגמר הדין לפני פסולין וה"ל כמי שלא נגמר הדין ואין נענשין ומה"ט אפילו עדי'

החתומי' בשטר דנעשה כמי שכבר נחקרה עדותו בבית דין אינו יכול להיות דיין דלא יוכל להתקיים בבית דין הזמה דיפסלו למפרע ואם כן לא הי' גמר דין לפני בית דין הכשר ואפילו למאן דאמר מכאן ולהבא הוא נפסל הרי הוא כמו לאותו עדות דפסול לכולי עלמא כדאי' בפרק חזקת הבתים עיין שם אחר זה מצאתי בקצור דברים הנ"ל במרדכי בשם השר מקוצי וכיונתי לדעת השר ת"ל:

סעיף ה

שהשלשה דיינים. ודוקא שלשה אבל שנים לא וכדאי' בש"ס ובשלחן ערוך סימן רנ"ג ועיין בחידושי הרשב"א פ' החובל דיחיד מומחה אף על גב דיכול לדון ביחידי אבל אינו יכול לדון עפ"י ראייתו משום דאינו נאמן לעדות יותר מהדיוט ויכול הבעל דין להכחישו ולכך אינו יכול לדון עפ"י ראייתו לחידי' כי אם עפ"י שנים עדים יקום דבר עיין שם והיכא דאי' אחר עמו משמע דיכול לדון אם הוא מומחה ואף על גב דקבלת עדות לעולם בעינן שלשה ואפילו מומחין בעינן שלשה וכמ"ש הש"ך בסימן מ"ו סק"ח ואם כן לא שייך לא תהא שמיעה גדולה מראי' דהא השמיעה לא מהני בפני שנים זה אינו דטעמא דבעינן לעולם קבלת עדות בפני שלשה ואפילו מומחין בעי שלשה היינו משום דכל פחות משלשה הוי כמו עד מפי עד אבל אם הוא בעצמו הרואה לא שייך עד מפי עד. ולכן יכול לדון המומחה כשיש אחר עמו עפ"י ראייתם:

סעיף ו

אם ראוהו ביום. כתב הב"ח דאם ראו בשבת וי"ט אין נעשין דיינים אף על גב דלא פסילי אלא מדברי סופרים ועיין ט"ז שחולק. והביא ראי' מדאמרינן מדרבנן נעשה דיין וש"ך הניחו ב צריך עיון ולענ"ד נראה כדעת הב"ח וראי' מהא דאמרינן בפ' י"נ שלשה שנכנסו לבקר את החולה ביום רצו עושין דין ודוקא שלשה אבל שנים לא וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מה"ס שנים שנכנסו לבקר את החולה וצוה בפניהם כותבין ואין עושין דין וג' רצו עושין דין וטעמא דלילה ושני' דכותבין ואין עושין דין לפי שבשעה שראו לא נראו להיות דייני' וכמ"ש רש"י פ' אד"מ ועיין בכ"מ. ולדעת הרמב"ם דבר תורה בחד סגי כמו שכתב הרמב"ם בפ"ב מה"ם ואם כן כיון [דהא] דשנים אין דנין אינו אלא מדרבנן למה לא יעשו דין הא בדרבנן עד נעשה דיין על כרחך צ"ל דלא אמרינן בדרבנן עד נעשה דיין אלא היכא דגוף העדות אינו צריך כלל מן התורה וכמו בקיום שטרות אבל היכא דהעדות צריך דבר תורה וראו בשעה שאין דנין מדרבנן גם כן אינו נעשה דיין לפי שנעשה עד ואין נעשה דיין. אמנם כד דייקית בי' תראה דהוא תליא באשלי רברבי דהא דעת רשב"ם בפ' יש נוחלין דאם עברו וקבלו עדות בלילה בדיעבד מהני היו רשאין להיו' דיינים עפ"י

ראייתם שראו בלילה ועיין שם והיינו משום דלא תהא שמיע' גדולה מראי' וכי היכא דהשמיעה הי' בדיעבד כשר כן הי' הראי' כשר ומזה הוכיחו בתוספות ורא"ש דע"כ לילה אפילו בדיעבד פסול. אלמא דרשב"ם דסובר דבדיעבד כשר ע"כ צ"ל דלא אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראי' אלא ביום דנראו להיות דיינים אפילו לכתחלה אם כן לעולם לא היה עליהם תורת עדים אלא תורת דיינים וכאלו קבלו את העדות מפי השמועה אבל כיון דלכתחלה פסולי' להיות דיינים אם כן בלילה לא הי' עליהם תורת דייני' אלא תורת עדים ואין עד נעש' דיין ואם כן לפי זה שבת ויום טוב דבדיעבד דיניהן דין לדע' התוספות והרא"ש כשר דהא אפילו בלילה דהוא דאורייתא הוי אמרינן עד נעשה דיין אם הי' כשר בדיעבד אם כן מכ"ש שבת ויום טוב אבל לדעת הרשב"ם דס"ל כיון דלכתחלה פסול יותר נקרא עלי' שם עדים מן שם דיינים אם כן הוא הדין שבת ויום טוב לא הוי דיין אלא עד ואין עד נעשה דיין ואם כן כיון דאנן קיימא לן כדעת תוספות והרא"ש דקבלת עדות בלילה אפילו בדיעבד פסול וכמבואר בסימן כ"ח ואחריהם אנו נגררין בכל דוכתי ובפרט שאינו אלא מדרבנן הך דשבת וי"ט אם כן יש להקל בזה ויכולין לדון ע"פ ראייתם בשבת ויום טוב וכן עיקר:

סימן ח

סעיף א

כל המעמיד. עיין בספר ווי העמודי' סוף עמוד הדין:

סעיף ב

וכל דיין. עיין ב"ח שהביא ראי' מפ' הבע"י במעשה דר"י בן גמלא דאם נתן ממון כדי שיתמנה אפילו הוא גדול טפי משאר גדולים בחכמה ובמנין אסור לעמוד בפניו אבל אם הוא לא נתן ממון אלא שמינוהו לפי שהוא גם כן עשיר כיון דחכם הוא בחכמת התורה ראוי לנהוג בו כבוד ע"ש:

סימן ט

סעיף א

כשיתבענו הנותן. וכתב הסמ"ע אבל בלא תביעה אין צריך להחזיר ולא דמי לריבית דכתיב וחי אחיך עמך עיין שם ובט"ז כתב דאישתמיטתי' דברי רש"י פרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ס"ז) ז"ל ריבית קצוצה וכופין אותו בית דין להחזירו אם תובעו בחיים כו' ומעשה בא' שאין לו ממון רק מה שלקחו ממנו ריבית ועדיין לא החזירוהו ובא

המלוה ליקח אותו ריבית מיד האיש מדר' נתן ונ"ל דא"צ ליתן כיון שאין כאן תביעה מהמלו' שיחזירם אין כאן ממון כלל דהרי בעינן תביעה עד כאן לשונו. אבל לענ"ד נראה דכיון דפריעת בעל חוב מצוה וכופין אותו לקיים המצוה כמבואר בפ' הכותב וה"ה ה"נ בזה שאין לו לצאת ידי חובתו כופין אותו שיאמר רוצה אני לתבוע כדי שיהי' לו ממה לשלם ולא יהי' לוה רשע אם יש לאל ידו לפרוע. ועיין משנה למלך פ"ג ממלוה עיין שם טען שמעון שיגבו לו בית דין משטר מתנה שכתב לה בעלה מדר"ן כו' ומה שאמר' שתלה הגבי' ברצון האשה כו' בית דין כופין לה שתתבע כדי שתפרע ע"ש. ואין להקשות מהא דאמרינן בפרק יש נוחלין יצא עליהם שטר חוב בכור נותן פי שנים ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי וכתבו שם בתוספות דנ"מ דאם יצא שטר חוב על הבכור עצמו ולא על האחין רשאי לומר איני נותן ואיני נוטל ומפסיד הבעל חוב עיין שם ולמה אין כופין את הבכור שיאמר רוצה אני כדי לפרוע דהתם מיד שאמר הבכור איני נוטל תיכף הפסיד חלק הבכורה דמתנה קרי' רחמנא ואפילו רוצה אח"כ לחזור אינו יכול וכמבואר בשלחן ערוך סימן ער"ח ואם כן אפילו אם הבית דין יכופו לחזור ולומר אני רוצה תו לא מהני לתקן אבל בנ"ד אפילו אם אמר עתה איני רוצה לתבוע הריבית והשוחד עוד ידו נטוי' וכח לו לתבוע בכל עת שירצה ולהכי בית דין כופין אותו בכך לומר רוצה אני וכן בעובדא דמשנה למלך שתלה הגבי' ברצון האשה אף על פי שעכשיו אינו רוצה אם רוצה אח"כ מגיע לה המתנה וכמבואר במגיד משנה פ"ז מהלכות אישות דאומר ע"מ שירצה פ' זמנו לעולם ואפילו אמר בתחלה איני רוצה וחזר ואמר הן נתקיי' התנאי' ע"ש. אלא דאיכא למידק כיון דע"י כפי' הוא אינו אלא אונס ולא רצון ואף על גב דבפרק חזקת הבתים אמרינן תלוה וזבין זביני' זביני כדתניא יקריב אותו מלמד שכופין אותו יכול בע"כ ת"ל לרצונו הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ועיין שם בתוספות שכל מה שמחוייב לעשות מצד המצוה אשר מחוייב הוי כמו זביני כיון שאינו עושה בחנם עיין שם היינו דוקא בתלוה וזבין דהיינו להקנות אבל בנ"ד שכופין אותו לזכות דהוי כמו לקנות דלא מהני וכמו שכתב הרמ"א בסימן ר"ה בשם בעל העיטור דוקא אנסוהו למכור גמר ומקני אבל אנסוהו לקנות לא אמרי' אגב אונסין גמר ומקני וה"נ דכוותה דבשלמא יקריב אותו היינו כמו להקנות אבל כפי' זו לקנות היא והוי אונס ולאו רצון הוא: ובזה ניחא ליישב קושיות הראשונים שהקשו בהא דאמרינן חייבי חטאות ואשמו' אין ממשכנין אותו כיון דלכפרה קא אתי והקשו דהא כיון דאמר רוצה ניחא לי' ואם כן נימא דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ועיין בחידושי הרמב"ן פרק חזקת הבתים ובתוספות שם: ולפי מ"ש ניחא דגבי עולה כופין שיאמר רוצה אני דהוא להקנות דהיינו שיקדישנו לגבוה והוא

להקנות ותו אין צריך דעתו אבל בחטאות ואשמות בעינן רצון בעלים בכפרה ואי לא ניחא להו בכפרה לאו כלום ואין לכוף אותו על זה דאינו להקנו' אלא כמו לקנות דאפילו תלוה לקנות לא גמר לקנות. (שוב מצאתי בכנסת הגדולה י"ד סימן קס"א) כתב גם כן גבי ריבית דכופין את הלוה לתבוע בכדי שיהי' לו במה לפרוע משום דפריעת בעל חוב מצוה וכמ"ש לעיל: אמנם נראה אם מחל הלוה הריבית והשוחד אין אחר המחילה כלום דהא אי לאו משום שעבודא דר"ן לעולם מהני מחילת הלוה וכאן לא שייך שעבודא דר"ן כיון שלא היה תביעה ותו אין כופין אותו כמ"ש גבי בכור דאם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי דאין כופין אותו כיון דלא מצי לתקן וכן בזה שכבר מחל תו לא מצי תבע ועיין ברמב"ם פ"ד ממלוה דמחיל' מועיל בריבית ולא הוי דשלבל"ע כיון דבעי תביעה וכ"ז שלא תבע לא נתחייב לדעת הטורי זהב דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה הוא כדאי' בפ' האומ' אבל לדעת הגאוני' שם דס"ל דמחילה אינו מועיל בריבית ומטעמ' דידהו דכולהו ריבית מדעתו הוא והתורה אסרתו אם כן ה"נ אפילו מחל הלוה כופין אותו שיחזור ויתבענו ועיין טור י"ד סימן ק"ס ואם מחל אחרי תביעתו לדעת הרמב"ם דמהני מחילה ברבית נראה דגם בזה מהני ולא שייך שעבוד' דר"נ אף על גב דכבר נתחייב דהרי כבר הי' תביעה אפילו הכי נראה דלא שייך שעבודא דר"נ דה"ל דומיא דהענקה וצדקה דלא שייך שעבודא דר"נ וכמבוא' בש"ך סימן פ"ו עיין שם וה"ה ריבית דאינו אלא משום וחי אחיך עמך. אבל גבי שוחד נראה דאם מחל קודם התביע' מהני המחיל' ותו אין כופין אותו וכמ"ש דהא אי אפשר לתקן שכבר מחל ושעבודא דר"נ לא שייך כיון דעדיין לא נתחייב כיון דלא הי' תביעה אבל אם מחל אחרי תביעת הדיין תו לא מהני מחילה דכבר נתחייב מחמת שעבודא דר"נ: מיהו נראה לדעת הגאונים דסברי דלא מהני מחיל' בריבית וטעמא דידהו משום דכל ריבית מדעת הוא והתורה אסרה אם כן הוא הדין בשוחד נמי שייך ה"ט והתורה לא מחלה וזה ברור: אמנם בעיקר הדין לענין ריבית יראה לענ"ד כדברי הסמ"ע דריבית לא בעי תביעה וראי' לזה מהא דאמרי' בפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ד) הגזלנין ומלוה בריבית שהחזירו אין מקבלין מהן והמקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו ת"ש הגזלנין ומלוה בריבית אף על פי שגבו מחזירין ומאי ניהו מלוה בריבית אמרי מחזירין ואין מקבלין אלא למה מחזירין לצאת ידי שמים ועיין שם ומשמע אפילו בלא תביעה צריך לחזור דהא התם ע"כ לא היה תביעה דאם הי' רוצה הלוה לתבוע ודאי היה מקבל וכיון דלא היה תביע' למה מחזיר ע"כ מוכח דאפילו בלא תביעה נתחייב בדיבור ואין לומר דלצאת ידי שמים הוא דנתחייב בלא תביע' דליתי' דכבר כתבו תוספות שם דבפ' א"נ לא הוי מצי לשנויי הכא למאן דאמר ריבית קצוצ'

אינו יוצאה בדיינים דלצאת ידי שמים שאני דלדידי' אפילו לצאת ידי שמים אינו צריך להחזיר בכפי' וסוגיא דהכא למאן דאמר ריבית קצוצה בדיינין יוצא אלא דתיקנו רבנן דאין מקבלין עיין שם ומבואר דאין חילוק כלל בין דינא דשמים לדין בית דין ואם כן כיון דאינו אלא משום דריבית קצוצה יוצאה בדיינין וכמ"ש ממילא מוכח דמחויב להחזיר בלי תביעה וכן מוכח מלשון הגאונים החולקים על הרמב"ם וס"ל דלא מהני מחילה בריבית משום דכל ריבית הוי מחילה והתורה לא מחל ואי"נ דאינו חייב אלא בתביעת הנותן מאן מוחה לי' שלא יתבע. וגם בזה מצאתי בכנסת הגדולה י"ד סימן קס"א שהעל' דריבית א"צ תביעה וכן עיקר. והנה גם לשיטת הטורי זהב דס"ל דריבית צריך תביעה איכא למידק האיך העלה לפטור את המלוה ובריב"ש כתב בסימן תפ"א אם כתב בשטר שיפרע כ"ז שיתבענו המלוה וחייב המלוה לאחרים יכולים האחרים להוציא ממנו החוב אע"פ שהמלו' אינו רוצ' לתובעו ע"כ והובא בטורי זהב סימן צ"ט ואפשר לחלק דהתם בעובדא דריב"ש החוב הוא תיכף ומיד נשתעבד אלא דתלה זמן הפרעון בתביעת המלוה ולכן איכא שעבודא דר"ן והרי הם המלוים באי כחו של המלוה לתבוע את הלוה אפילו אין המלוה הראשון תובעו אבל בריבית עיקר החוב הוא ע"י תביעה וכ"ז שלא התחיל החוב והשעבוד לא שייך שעבוד' דר"ן ואין לאחרים בו כלום: העולה מזה בשוחד דודאי צריך תביעה אין למלוה בו קודם שיתבענו הלוה ואם הבית דין יכופו אותו לתבוע כבר כתבנו דלדעת בעל העיטור הרי הוא כתלוה לקנות וריבי' א"צ תביע'. ומחיל' בשוחד לדע' הגאונים נראה דלא מהני ולדעת הרמב"ם מהני ולכן אם מחל קודם התביע' ודאי אין כופין אותו דלא מהני הכפי' לתקן וכמ"ש ואם אחר התביעה מחל בשוחד לא מהני דכבר נשתעבד מדר"ן ואף על גב דאי בעי לא תבע עכשיו מכל מקום כיון דכבר תבע תיכף נתחייב ונשתעבד מדר"ן וברבית אפילו אחר התביעה מהני המחילה דכיון דאינו אלא משום וחי אחיך עמך אינו אלא כמו צדקה והענקה:

סעיף ב

תנולי שכר פעולה. ואם לא התנה דעת הסמ"ע דא"ל ליתן אלא כשיעור שרוצ' אדם לישב בטל מאות' מלאכה שנתבטל ממנה וכמו גבי משיב אביד' אבל הטורי זהב חולק בזה והעלה דאם לא התנה א"צ ליתן לו כלל דהא קיימא לן הפורע חובו שלא מדעתו דפטור הלוה. די"ל מפייס הוינא בלא דמים וק"ו כאן שי"ל הייתי הולך לדיין אחר ותו דכתבו תוספות דכל מי שעושה טובה לחבירו שלא מדעתו אפילו אית לי' א"צ שישלם לו דה"ל מבריח ארי דמצוה קעביד ומה שהביא ראי' מאבידה התם ברי היזקא דאי לא היה המוצא היתה נאבדת לעד כו' עיין שם בט"ז. וחילוק זה שכתב דאבידה ברי היזקא

מבואר בתוספות שם בפ' הכונס (בבא קמא דף נ"ח) שהקשו גבי משיב אבידה ושטף נהר חמורו דשכרו מיהו שקיל וליהוי כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו ותי' דהתם ברי היזקא עיין שם אבל מכל מקום בעיקר הדין דברי הסמ"ע נכונים דודאי היכא דעשה מעצמו טוב' לחבירו וכמו פורע חוב של חבירו או משיב אבידה שלא מדעתו בזה שייך לחלק בין הפסד הברור ובין הפסד שאינו ודאי אבל האו' לחבירו השלך חמורך ותציל חמורי או זרוק המלאכ' והגבה מציא' שלי ודאי חייב לשלם דהא פורע חובו של חבירו שלא מדעתו איתמר הא אם אמור לו פרע ודאי צריך הוא להחזירו כמבואר בסימן קכ"ט עיין שם סמ"ע סק"ג ואם כן הכא דהדיין סילק עצמו מן המלאכה ונזקק לדין עפ"י דעת בעל דין ודאי צריך שישלמו לו כיון דמדעת הוא וז"ב. מיהו אם דן בע"כ של בעל דין נר' דא"צ לשלם לו שכרו כפועל וכן מבואר להדיא בטור י"ד סימן שי"ב בהיתר בכורות דאם לא התנה צריך לשלם לו שכרו כפועל בטל ומהתימ' על הטורי זהב שהוא סותר משנתו ששנה לנו בי"ד שם ז"ל וכן לענין דן את הדין דאמרינן עלה נוטל שכרו כפועל בטל עיין שם אך מ"ש הסמ"ע דאם לא התנה צריך לשלם כשיעור שאדם רוצ' לישב בטל מאותה מלאכה שנתבטל ממנה וכדין משיב אבידה. אינו נראה כן מדברי הטור בי"ד שם גבי ראיית בכור כתב אם לא התנה א"צ לשלם אלא כפועל בטל לגמרי ועיין שם ואם כן הוא הדין גבי דין דדומה לראיית בכור א"צ לשלם אלא כפ"ב לגמרי והא דבאבידה צריך לשלם כשיעור שאדם רוצה לישב בטל מאותה מלאכה כבר כתב בדרישה שם דאבידה הוי קצת מלאכה ולהכי לא חשיב כפ"ב לגמרי אבל דין לא הוי מלאכה כלל ואין עליו שם רק כפ"ב לגמרי וכן מחלק בטורי זהב שם סימן שי"ב. גם מ"ש הטורי זהב לחלוק על הסמ"ע וז"ל ותו לדברי הסמ"ע היה להרמב"ם וטור לכתוב גם כן דמשלם כפועל כמו גבי אבידה ועיין שם לאו קושיא דהא כבר כתב הדין לענין היתר בכורות ואם כן ממילא ה"ה כאן ואם כן דברי הסמ"ע ברורים דצריך לשלם שכרו מיהו א"צ לשלם אלא כפועל בטל לגמרי וכמ"ש בי"ד סימן שי"ב ותימא על הסמ"ע שלא כתב כן וזה ברור:

סימן י

סעיף א

ומדמהו לדין. עיין ב"ח שכתב שני פי' דלפי' הטור היינו שכבר שאל את רבו אותו דין ואח"כ שבא לפניו זה הדין ממש צריך לחזור ולשאול את רבו בכל פעם ולא כן פירשו שאר המפרשי'. אלא מיירי בדין שהי' לו ידיעת סברת רבו ובא עכשיו לפניו דין אחר ומדמהו לאותו דין הידוע זה הוי תוקע עצמו לדבר הלכה וע"ש:

סימן יא

סעיף א

כיצד מזמינין. עיין ש"ך שכתב בשם ספר ב"ש במי שרוצה להתדיין עם חבירו והוא אומר לגלות לו טענותיו ואפש' יודה ויתן וכתב דאין צריך לגלות טענותיו חוץ לבית דין. ובש"ך חולק דצריך לגלות לו את טענותיו קוד' שירדו לדין:

סימן יב

סעיף א

מחילה א"צ קנין. כתב בסמ"ע היינו דוקא בדלא נקיט שטרא אבל נקיט שטרא לא מהני מחילה בלא קנין. ובמרדכי פרק קמא דסנהדרין הביא ראי' דמהני מחילה בשטר אפילו בלא קנין מהא דאמרינן המוכר שטר חוב וחזר ומחלו ועיין בחלקת מחוקק באבן העזר סימן ק"ה שסמך עצמו על ראי' זו. אמנם נראה לשטת ר"ת בטעמא דמוכר שטר חוב יכול למחול והוא משום דשני שעבודי' יש למלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ושעבוד הגוף לא נמכר לפי שאין בו ממש ונשאר אצל המוכר ולהכי יכול למחול את שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסים דאינו אלא ערבות ואם כן כיון דטעמא דמחילה ותפס שטרא לא מהני היינו משום דכל העומד לגבות כגבוי דמי ואף על גב דאנן קיימא לן דלא כב"ש דאמר כל העומד לגבות כגבוי אפילו הכי חזינן דשטרא לכמה מילי הוי כגבוי דהא מגו להוצי' לא אמרינן ובשטר כיון דנכסים משועבדים בשטר אמרינן מגו להוציא וכבר עמד בזה בעל כנה"ג סימן פ"ב ומיישב באיזו ענין הוא כגבוי ובאיזו ענין לא הוי כגבוי עיין שם שהעל' דבספק לבד לא הוי כגבר אבל בשטר ברור הוי כגבוי ועיין שם ולהכי ניחא במוכר שטר חוב דכבר מכר את שעבוד נכסים ללוקח אם כן לא הוי כגבוי אצל המוכר דהא המוכר לעול' לא יגבה ולא נשאר אצלו אלא שעבוד הגוף וכיון דלעולם לא יבא ליד המוכר לידי גבי' משום הכי יכול המוכר למחול בלא קנין אבל בשט"ח דידי' כיון דשעבוד נכסים בתוך השטר הוי כגבוי ולא מהני מחילה. וכ"כ בתשובת רמב"ן דלכך אמרינן מגו להוציא במקום שטר דהו' כאלו מוחזק בממון ולא דהוי כגבוי לגמרי דהא קיימא לן כב"ה דאינו כגבוי עד כאן לשונו. ומכל מקום שטת רוב הפוסקי' דמהני מחילה בשטר: ועיין מסגרת השולחן שכתב בשם מוהרש"ל דאם אומ' שבלבו היה למחלו ועכשיו רוצה להתנקם ממנו לאיזה סיבה ותובעו לא מהני תביעתו דמחילה בלב הוי מחילה אף דנקיט שטרא בידי' וכן הוכיח הסמ"ג דאם לא כן היאך מחלה כתובתה מדלא תבעה כ"ה שנים הלא לא דיברה כלום ע"כ מחילה בלב הוי

מחילה אף דנקיט שטרא ועיין שם ובעיני יפלא הדבר דלא מצינו בשום מקום דמחשבה מועיל ואפילו הפקר והקדש ונדר בכולהו בעינן דיבור ממש לבד בקדשי מזבח מהני בי' מחשבה משום דכתיב קרא כל נדיב לב כדאיתא בפ' שבועת שתים. ואפשר מדין סילוק נגעו בי' אלא דלא מהני סילוק כי אם בדבר שעדיין לא בא לידו כלום כמו כותב לו ועוד' ארוסה אבל בעל חוב לא מהני סילוק וכדאי' בפרק הכותב להדיא ע"ש. ועוד דהא תנן שוברין לא יחזיר פרק קמא דמציעא שמא כחובין היו ונמלך עליהן שלא ליתנן ולישנא דנמלך משמע דהי' בדעתו למחול ואם כן כי נמלך מאי הוי הא כבר זכה הלוה במתשבה. שוב מצאתי במוהרי"ט ח"ב סימן מ"ה עמד בתקירה של המחשבה דכמה סוגיות מורה דמהני דברים שבלבו וכמה סוגיות מורות דלא מהני דברים שבלב ולזה העלה דהיכא דידוע לכל העולם מה שבלבו כגון שלש שנים דחזקה מחיל לא הוי דברים שבלב אבל היכא דאינו ידוע לכל מחשבתו ה"ל דברים שבלב ולא מהני ועיין שם והוא אמיתי וכ"כ במרדכי גבי נדרי אונסין דמתשב בלבו היום ולא הוי דברים שבלב לפי שידוע בלב כל אדם שזה מחמת אונס הוא נודר ובלבו היום ועיין שם והיינו נמי טעמא דשהתה כ"ה שנים דמחלה מדלא תבעה דהוא נמי ידוע מחשבתה לכל העולם ולא הוי דברי' שבלב כיון דידוע בלב כל אדם והיינו נמי טעמא דטענו חטין והודה בשעורין דהוא פטור משעורין לפי שמחל כמבואר בסימן פ"ת דהוא נמי בלב כל אדם מדלא תובעו ודאי מחל וכן גבי הפקר כה"ג מועיל אפולו בלב אם הוא ידוע לכל וכדאי' בפרק קמא דשבת גבי גיגית ונר לב"ש דאית להו שביתת כלים דאפקורי מפקר להו והוא בלב בלבד אלא לפי שידוע לכל וכמו שכתבו התוספות שם אבל זה שמחל בלב ואינו ידוע מחשבתו לשום אדם ואפילו כתב שובר נמי לא מוכח דמוחל עכשיו דאפשר רוצה למוחלו אח"כ בנתינת השובר אם כן דברים שבלב בלבד הוי ולא הוי דברים וז"ב:

סעיף ב

ונתנו משכון ביד הפשרנים. כתב הרשב"א בתשובה סימן א' וז"ל בפשרה כל שלא קנו מידו יכול לחזור בו ואפילו נתנו המשכון ביד הפשרנים ואמרו להם אם לא נשלים מה שתטילו ביניכו זכו בהם למי משנינו שיעמוד על פשרתכם אפילו הכי לא עשו ולא כלום לפי שזו אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא אלא אם כן אמרו בפירוש דלא כאסמכתא א"נ במעכשיו וכ"ש כאן שלא מסר אלא שטר חוב ושט"ח אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה הובא בבית יוסף ע"ש. אבל נראה דאפילו אמרו בפירוש דלא כאסמכתא אינו מועיל עד שיאמרו זכו בגוף המשכון למי משנינו אבל זכו למשכון אינו מועיל כלום דמנה א'ן כאן משכון אין כאן וכמבואר בפרק קמא דקדושין דף ח' אמר לה התקדשי במנה

והניח נה משכון עלי' אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן ומבואר שם בתוספות ורא"ש טעמא דהך מלתא דכל זמן שלא נתחייב לא מצי לשעבד נכסיו ולכן אם אומר אדם לחבירו אתן לך מנה והניח לו משכון לאו כלום הוא משוסדנכסוהי דבר אינש אינון ערבים וכל זמן דליכא לוה ליכא ערב וכן פסק בשלחן ערוך בסימן ס' עיין שם ועיין בשלחן ערוך סימן ר"ז ועיין שם בתוספות ורא"ש משידוכין כשנותנין ערבות צ"ל תזכו בגוף המשכון ואם כן ה"נ צ"ל תזכו למי משנינו בגוף המשכון דאם לא כן מנה אם כן משכון אם כן והרשב"א לשטתו דיש לו שיטה בפרק קמא דקידושין גבי מנה אם כן משכון אם כן דהיינו דוקא לענין קידושין ומשום דאגיד גבי' לאו כסף הוא אבל גבי מתנה מהני למשכון ומשום הכי נמי בפשרה די במשכון אבל לפ"ז דקיימא לן גבי שידוכין דלא מהני ערבות למשכון אלא עד שיזכה בגוף החפץ אם כן ה"נ הכא וז"ב: הנה ראיתי בשו"ת מוהר"ש הלוי חלק ח"מ סימן כ"ו וז"ל ואין לומר דהרשב"א יחלוק על זה ממה שראינו בתשובות סימן א' ז"ל והביאו הרב הבית יוסף סימן י"ב שכתב דאם הפשרה בלא קנין ונתן משכון ביד הפשרנים דלאו כלום הוא מושום דיש חילוק בין משכון לפרעון ונלענ"ד דבעל העיטור דהזכיר פרעון ה"ה דיסבור דאם עשה שטר דמהני וכן אם נחן משכון הוי כפרעון לענין שלא יכול לחזור בו שכן נראה ממ"ש הטור ח"מ ריש סימן פ"ז ז"ל ואינו נקרא הילך אלא אם כן יהא המקצח שמודה מוכן בידו בפני בית דין ליתנו לו מיד וכתב הר"י מג"ש אפילו אם יתן לו משכון על מה שמודה לו לא חשיב הילך אבל בעל העיטור כתב דמשכון חשיב הילך דהא אפילו שטר חשיב הילך והכי מסתברא עד כאן לשונו ולמדנו מכאן ב' דברים הא' דלבעל העיטור חשיב משכון הילך יותר משטר ולמדנו עוד לבעל העיטור אם נתן משכון כיון דלענין הילך חשיב כפרעון בעין ולענ"ד דה"ה לענין פשרה יסבור דחשיב משכון פרעון כדי שלא יוכל לחזור בו אפילו לא היה בו קנין ואין נראה לחלק בין פשרה לענין הילך כו' ואפשר דלהרשב"א דלא מהני משכון היינו כשנחן קודם שיגזרו ויפשרו דאינו יודע והוי כמו אסמכתא ובהכי אפשר דיודה בעל העיטור להרשב"א אבל אם אחר שנודע הגזירה והפשר' נתן הנחבע משכון אפשר דגם הרשב"א מודה דמהני לענין שלא יכול לחזור בו אף על גב דמחוסר שומא וגוביינא עכ"ל: ולפי מ"ש ליכא ראי' מהילך דגם משכון חשיב הילך לדעת בעל העיטור דהתם גבי הילך כבר נתחייב ולהכי מהני נמי המשכון אבל הכא לענין שלא יוכל לחזור בו לא מהני משכון משום דמנה אין כאן משכון אין כאן וכן מוכח מדברי הטור דס"ל דמשכון חשיב הילך בסימן פ"ד עיין שם ואפילו הכי כתב בערבונות דשידוכין דלא מהני משכון וכמבואר בסימן ר"ז ובשלחן ערוך שם ומשום דמנה אין כאן וכמ"ש ומהר"ש הלוי מדמה

נותן משכון לקיום הדבר לדין הילך וההבדל מבואר כמ"ש אבל באומר תזכה בגוף החפץ ודאי מהני דלא גרע מנתינת דמים והיינו דוקא לאחר הפשרה והגזירה דאם לא כן הוי אסמכתא וכמו שכתב הרשב"א והאחרונים סתמו בזה ולשון הרשב"א מורה דאינו אלא משכון ולא זכי' בגוף החפץ אבל כבר אמרנו דהרשב"א לשיטתו אבל אנן קיימא לן דבעינן דוקא זכי' בגוף החפץ וז"ב:

סעיף ג

דלא כאסמכתא. ואף על גב דאנן קיימא לן דלא מהני אמירת דלא כאסמכתא היינו באסמכתא גמורה אבל זה ע"כ לא הוי אסמכתא גמורה דאם לא כן היכא מהני פשרה בקנין הא גם קנין לא מהני באסמכתא גמורה וכיון דלא הוי אסמכתא גמורה מהני לישנא דלא כאסמכתא אליבא דכ"ע ובש"ך הניח דין זה ב צריך עיון ובתומי' כתב דהדין עמו דנהי דלא הוי אסמכתא גמורה מכל מקום כיון דלא מהני לישנא דלא כאסמכתא אם כן גם בזה דלא הוי אסמכתא גמורה מהכ"ת לחלק כיון דלא מצינו לו ראי' בש"ס ולזה הניח גם בתומים ב צריך עיון ולי נראה דהראי' הוא ממה שאמרו בפרק חזקת הבתים גבי שעבוד מטלטלי אגב קרקע דצריך למכתב דלא כאסמכתא וכתב הרמב"ן משום דלא הוי אסמכתא גמורה אלא הוי כמו ערב דמשתעבד אם לא ישלם הלוה דג"כ לא הוי אסמכתא גמורה דהא מהני קנין בערב וכיון דלא הוי אסמכתא גמורה מהני לישנא דלא כאסמכת' לומר דסמיך דעתי' עלי' ועיין שם והובא בבית יוסף סימן קי"ג ואם כן מוכח להדיא דהיכא דלא הוי אסמכתא גמורה מהני לישנא דלא כאסמכתא דסמוך דעתי' עלי' ואם כן בפשרה דמהני קנין וע"כ לאו אסמכתא גמורה ומשום הכי מהני אמירתו דלא כאסמכת' וז"ב:

סימן יג

סעיף א

דהא בעינן. ולקמן ס"ס י"ח פסק בדיני ממונות פוסקין שלא בפני בע"ד. ולכן מחלק בסמ"ע דהתם כבר טענו לפניו וכבר עמדו לפני הדיינם. ובב"ח הקשה לפי טעמא דהרשב"א דלא גלי קרא רק בד"נ לא בד"מ אם כן אין לחלק אלא בין דיעבד ולכתחלה. ובש"ך העלה כדברי הסמ"ע דאין חילוק בין ד"נ לד"מ לגמר דין כלל וע"ש. וקשה לי משקלא וטריא בעירוכין בטעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דחד אמר משום צררי וחד אמר משום שובר. ואי נימא בד"מ אין פוסקין שלא בפניו אם כן ת"ל משום דקטן בפניו כשלא בפניו כדאמרינן לענין מקבלין עדים בפני הקטן כיון דהוי כמו שלא בפניו

לא הוי קבלה אם כן הוא הדין מה"ט אין פוסקין עליהם ואף על גב דשם מיירי משטר דנעש' כבר כמו שנחקרה עדותן היינו כיון דמן התורה נעשה כמו שנחקרה אין צריך תו תקירת עדות אבל לענין הפסק לעולם צריך בין בשטר בין בע"פ וכן בפ' הכותב מבוא' דנפרעין מבע"ח שלא בפניו ואיך יהיה הפסק שלא בפרו וכן מהא דכתבו הפוסקים דבתוך זמנו נפרעין אפילו מנכסי קטנים ועיין בשלחן ערוך סימן ק"י ונהי דלא חיישינן לפרעון על כל פנים פסק מיהא צריך ואין פוסקין שלא בפניו ולכן נראה מכל הלין כדברי הב"ת דלא בעינן בפניו אלא לכתחלה והיכא דאי אפשר כדיעבד דמי:

סימן יד

סעיף א

כופין את הלוה. ז"ל הסמ"ע היינו כשאין הלוה הולך בלאו הכי שמה מוהרי"ק שורש צ'. ובש"ך כתב דאין לזה טעם. ונראה לפי מ"ש במרדכי בשם ריב"א דכל התובעים מצי כייפי אפילו בנגזל וניזק דלא שייך בהו עבד לוה לאיש מלוה משום דאין התובע מוציא מעותיו בחנם שהרי גם אם יזכה אין שכנגדו מחויב להחזיר לו הוצאה אבל לנתבע אין שומעין בזה לפי דמה שהוא רוצה לפזר מעות הוא להערים כדי שלא יתבענו המלוה עיין שם ואם כן ממילא היכא שיש לתובע דרך שם לא שייך טעם זה דלא לחנם מוצא הוצאות ואין לנו לשמוע אל התובע אלא היכא שאנו רואין מוציא הוצאות על תביעתו. ולפי זה אפשר לומר דגבי מלוה ולוה שאמרו בש"ס טעמא דמצי כייף משום דעבד לוה לאיש מלוה וזה הטעם שייך וגם באינו מוציא הוצאות וכגון שיש לו למלוה דרך שם גם כן מצי כייף וניחא בזה ליישב מה שהקשה מוהרי"ק בדעת הגאוני' דכל התובעין מצי כייפי אם כן למה אמרו בש"ס טעמא דעבד לוה לאיש מלו' הא אפילו בשאר תובעין דלא שייך ה"ט נמי מצי כייפי. ולפי מ"ש ניחא דשאר תובעין טעמא דמצי כייפי משום דלא לחנם מוציא הוצאות ואם כן היכא שאין לו הוצאה וכנ"ל לא שייך ה"ט וגבי מלוה לעולם מצי כייף והכי נראה ע"ד הכרעה במלוה ולוה כדעת הב"ח והש"ך החולקין על הסמ"ע ובשאר תובעין כדעת סמ"ע הנמשך אחר דעת מוהרי"ק:

סעיף ב

חייב לפרוע. עיין יש"ש ב"ק פ"י סימן ד' האריך בזה ועיין שם שהעלה דוקא הוצאות סרבנות אבל שאר הוצאות שמוציא כדי לגבות חובו כגון שהולך בעבורו למקום פלוני או שכר שליח לשלוח אחרי המעות אינו משלם אפילו כתב בכת"י לשלם לו כל הוצאותיו הוי אסמכתא ולא קניא אם לא שנעשה בקנין ובבית דין חשוב וה"ה מה שנותן שכר

לשליח להזמינו אינו משלם אבל היכא שיש לו שטר על חבירו והגיע כבר זמנו ויש לו נכסים אך שבבית דין אין יורדין לנכסיו לחוב לו שלא בפניו ומודיעים לו ע"י שליח דעת הרא"ש פרק הכותב שהמלוה ששלח אחריו שליח להודיע יוסף שליח כההוא דעירכין המקדיש נכסיו והי' עליו כתובת אשה ובע"ח מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים שלא יהא נראה הקד' יוצא בלא פדיון ולשון מוסיף משמע שמוסיף עוד דינר על הלואתו וגובה הדינר עם שאר חובו וה"ה להוצאת השליח שהוא לטובת הלוה דמן הדין הי' ראוי לירד לנכסיו מיד משום נעילת דלת עכ"ל: ובעיקר ראיית הרא"ש נראה דכיון דמזיק שעבודו של חבירו חייב אם כן זה שהקדיש נכסיו הרי הזיק שעבודו וכמו יתומים שמכרו שעבודו של בעל חוב דחייבים לשלם משום הכי צריך הלוה לשלם למלוה דמים של הפדיון אבל זה ששולח שליח אחרי הלוה נהי דלטובתו הי' לא פשע במה שהלך למרחוק ואפילו הגיע כבר זמנו ולא פרע מכל מקום אינו אלא מניעה בעלמא אבל הקדש הלוה הוי מזיק בידים משום הכי צריך לשל'. ולכן נראה דהרא"ש לשטתו בפרק הגוזל גבי דוחף מטבע לים היכא דמצי בר אמוראי למשקל אין זה אלא גרמא בעלמא ופטור כיון דלא הזיק גוף הדבר אלא מצי למשקלי' ואף על גב דצריך הוצאות לזה לא הוי דינא דגרמי וכמו שכתב במרדכי פ' הגוזל ואם כן מקדיש נכסיו נמי כיון דמצי לפדותו בארבעה זוזי אינו אלא כמו דוחף מטבע לים דצריך בר אמוראי למשקל וזה נמי מצי להעלותו ע"י פדי' ואפילו הכי מוסיף עוד דינר וצריך לומר כיון דהוא לטובת הלוה אף על גב דאינו מזיק צריך הוא להחזיר ואם כן הי' כשולח אחריו שליח דהוי נמי לטובת הלוה וכמו שכתב הרא"ש דמן הדין צריך תיכף לשלם. אבל לפי דעת הרמב"ם וש"ע סימן שפ"א דדוחף מטבע חייב משום דיני דגרמי אף על גב דמצי בר אמוראי למשקל צריך הוא לשלם את הוצאתו אם כן יש לומר טעמא דמקדיש נכסיו הוא מדין מזיק דמשלם את הדינר גם לדעת הרא"ש דדוחף מטבע פטור היינו מדין מזיק אבל לוה שצריך לפרוע בשומת בית דין אם כן כי הקדיש צריך הלוה להשלים וצריך עיון:

סימן טו

סעיף א

של ת"ח. וה"ה שלוחו של ת"ח צריך להקדים ב"ח:

סעיף ב

מקדימין. עיין בית יוסף שהביא בסימן זה תשובת הרשב"א במי ששוכר קטן ומעכב שכירתו אם מוציאין אותו בדייני' תשוב' דבר ברור הוא דמוציאין אותו בדיינין שלא

אמרו מפני דרכי שלום אלא במציאה מפני שאין דעת אתר' מקנה אותו אבל בדעת אחרת מקנה אותו הרי הוא שלו וע"ש. ובכנסת הגדולה דריש סמוכין לתשובת הרשב"א בסימן זה כי אינו שייך כלל לסימן זה וכתב ואפשר לומר שהביא תשוב' זו בכאן להשמיענו דלא נימא שאם בא לפני הדיין דין קטן ודין אחר של גדול שמקדימין דין האחר לדין הקטן התובע השכירות אף על גב דהקטן בא תחלה לפי שאין בגוזל מציאותו אלא מפני דרכי שלו' ואינו יוצאה בדיינים שהרי הרשב"א כתב דיוצאה בדיינים ואם כן דין קטן המעכבין את שכירתו הוי כשאר דיני' ולפי זה בגוזל מציאת חש"ו דאינו אלא מפני ד"ש מקדימין כל הדינין לפניו עד כאן לשונו וכ"כ הב"ח עיין שם ומזה נראה להכריע במ"ש תשובת שבות יעקב סימן קנ"א בשנים התובעין זה את זה וא' נתחייב שבועת התורה וא' נתחייב שבועת היסת מי נשבע תחלה ועיין שם מה שהעלה בזה ולפי מ"ש ב"ח וכנה"ג נראה לענ"ד כיון דשבועת התורה יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע. ולזה שאין לו עליו אלא שבועת היסת אין יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע אלא מנדין אותו עד שישבע הרי הוא דומה למציא' חש"ו ובש"ס פ' שבועת הדיינין מדמה להו אהדדי מציאת חש"ו ושבועת היסת ועיין שם ואם כן נזקקין תחלה להשביע שבועת התור' ואח"כ שבועה דדבריהם. מיהו נראה דינא דדבריה' דיורדין לנכסיו כגון תקנת נגזל ונחבל וכמבואר אצלינו סימן פ"ט בזה שיין הן לדין תורה ממש כיון דיורדין לנכסיו אינו דומה למציא' חש"ו ונזקקין לו תחלה אם בא תחלה דכיון דתקנו לו שירדו לנכסיו אם כן כעין תורה הי' התקנה וה"ה לאקדומי:

סימן טז

סעיף א

מי שכנגדו. עיין סמ"ע שמחלק בין הך דהכא להך דסימן כ"ח דהכא החרם הוא שיראה השטר או יגיד מי הן העדים מה שאין כן כשנותנין חרס על מי שיודע עדות בע"פ שיבא ויגיד בזה אין הקרובים ומי שכנגדו בכלל החרס. וב"ח כתב דוקא בעדות בע"פ אין החרס חל על שכנגדו אבל בחשבון כתב בכתב יד שכנגדו חל עליו החרס ע"ש:

סימן יז

סעיף א

מלובש בגדים וכתב מור"ש גם בזה אין בידינו להעמיד משפטי הדת על תיל' אבל הבית חדש כתב ודי בזה כשנאמר לעני אל תירא וכתב כנה"ג וכן אנו נוהגין:

סעיף ב

בעמידה לכתחל'. בע"ש כתב דאפילו בדיעבד בזמן שהיו סמוכין ודוקא עכשיו הוא דכשר בדיעבד משום דכתיב ועמדו שני אנשי' לפני אלקי' והוא מדברי מרדכי בשם ראב"ש ובסמ"ע השיגו דהמרדכי כתב בשם ראב"ש להתיר עכשיו אפילו לכתחלה בישיבה ואליבי' בזמן הזה דליכא סמוכין מותר אפילו לכתחלה אבל לא כתב דבזמן שהי' סמוכין הי' עיכוב בדבר אפילו בדיעבד. ולי נראה כדברי הע"ש דודאי צ"ל דאפילו בזמן הזה מודה ראב"ש דצריך לכתחלה בעמידה וראי' מוכרחת מהא דאמרינן דביתהו דרב הונא הוי לה דינא קמי' דרב נחמן אמר היכא אעבד איקוס מקמה מסתמא טענתי' דבע"ד לא איקום מקמה אשת חבר הרי היא כחבר אמר לשמעי' צא ואפח עלי בר אווזא ואוקים מקמה ועיין שם ומדלא הושיב רב נרמן לשניהם דהא ר"נ לא הי' סמוך ואפילו הכי בעי עמידה לפניו ועמידת עדים ועמידת הבעל דין שניה' מקרא א' למדנו מדכתיב ועמדו שני אנשים אלו העדים אשר להם הריב אלו בעל דין וכיון דמוכח דבע"ד צריך עמידה לכתחלה אפילו בזמן הזה מעובדא דר"נ אם כן ודאי דה"ה העדי' ועיכ ראב"ש לא בא להתיר בזמן הזה אלא בדיעבד וממילא בזמן דהי' סמוכין אפילו בדיעבד פסול בישיב':

סעיף ג

רואה שיתחייב לו יותר. בד"מ הוציא דין זה מעובדא דרבינא דאקפי' לרוניא א"ל הב לי אגר נטירא אתו לקמי' דרבא א"ל זיל פייסימן במה דמפייס ואי לא דאנינא לך כרב הונא וכ"כ הריב"ש בתשובה סימן רכ"ז שהתובע נתן הבירה לנתבע אם בחלוקהשכירות כפי הסך או בחלוקה השנים וכתב שם הריב"ש וז"ל כיון שהוא ויתר לשמעון בפני בית דין ונתן הבירה הי' ראוי לדיינין לפסוק כפי התביעה וע"ש. ובש"ך האריך והעלה בזה דמיירי בסתמא דהיינו שלא נודע מאיזה טעם ויתר אבל כשידוע לבית דין שטעה בדין ה"ל מחילה בטעות וע"ש. אבל לענ"ד נראה דהריב"ש לשטתו שכתב בסימן של"ה ז"ל דמחילה בטעות הוי מחילה בזביני כדאמרינן גבי מוכר פירות דקל וההיא דהלוהו על שדיהו דאמרי' הדרא ארעא והדרא פירי היינו משום דהוי הלואה ואיכא משום ריבית כמו שפי' רש"י או כפי' ר"ת ז"ל דהתם הלואה הוא מתחלה על תנאי אם יפרענו אם לאו ולא מחל שפיר על הפירות אבל במוכר פירות דקל שהוא יודע שמכר לו אותן פירות ומוחל אותן מדעת אלא שטועה בדין שחשב שממכרו ממכר ואינו כן מחיל' בטעות הוי מחילה ומכאן למד ר"ת ז"ל למוכר שטר חוב לחבירו באפי סהדי אע"פ שאין אותיות נקנין במסירה אי אפיק ממונא מהיאך וגבי לי' לא מצי מוכר למיהדר בי' דמחילה בטעות הוי מחילה וה"נ איכא למימר במי שמתחייב לחבירו מנה באסמכתא ולאחר מיכן פרעו

או נתן לו משכון על המנה אע"פ שהוא הי' חושב שיהי' חייב מן הדין ואינו כן הויא מחילה בטעות ושמה מחילה כיון דלא הוה הלואה מתחלה עד כאן לשונו. העתקתי לשון הריב"ש מ"ש בשם רבינו תם כי מלשון תוספות פרק איזהו נשך משמע דטעמא דמוכר פירות משום דלא הוי מחילה בטעות אלא דאמרי' דרוצה למיקם בהימנותא וע"ש. אך לפנינו דעת הריב"ש דמחילה בטעות הויא מחיל' וכן משמע מדברי הרא"ש פ' א"נ עיין שם ואם כן כיון דמחילה בטעות הוי מחילה משום הכי כתב הריב"ש בסימן רכ"ז דכיון שהוא ויתר לשמעון בפני בית דין ונותן לו הבחירה הי' ראוי לדיינין לפסוק הדין כפי תביעתו. והיינו משום דאף ע"ג דטעה בדין מכל מקום מחילה בטעות הוי מחילה כיון דהוא מוחל מדעתו וכן בעובדא דרבינא כיון שבשעה שעשה הגדר על מקום שניהם הרי הי' בדעתו לזכות מקום החצר את הגדר וכמ"ש בנימוק"י פרק קמא דבתרא גבי סמך לו כותל אחר דמגלגלין עליו את הכל ז"ל וא"ת במה קנאו דמחייבין אותו וי"ל לפי שבנאו על מקום שניהם הי' בדעתו שיזכה לו חצירו כשירצה עיין שם ואם כן כיון דרבינא רצה אגר נטירא אם כן כבר מחל לו את שלו כיון שיודע שהאבנים הם שלו ובשעה שבנה רצה לזכות לו בדמי אגר נטירא אם כן מחילה בטעות הוי מחילה. ועיין בתשובת מוהרי"ט ח"א סימן קי"ב:

סימן יח

סעיף א

וכנ"ל עיקר. ועיין בר"ן בחידושיו פ"ק דסנהדרין דפריך לשמואל דאמר שנים שדנו דיניהן דין מהא דתנן שנים אומרים זכאי וא' אומר א"י דיוסיפו הדיינים ואם איתי' ליהוי כשרם שדנו ומשני הכא דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי וכתב שם בר"ן דעת המקשה כיון דבדיעבד שנים שדנו דיניהן דין אף על גב דלכתחלה הוי בית דין חציף מכל מקום עכשיו ראוי שיוגמר הדיינים עפ"י שנים כשאמר א' א"י ומשני דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי והיינו דהם אינם רוצים להיות בית דין חצוף ועיין שם ואם כן ממילא היכא דלא שייך ה"ט דהיינו כשהוברר עשרה וא' אומר א"י לא שייך בזה אדעתא דעשרה יתבי דאי הוי אמרינן גם בזה אדעתא דעשרה אם כן לא הוי צריך הר"ן לפרש טעמ' דאדעתא דתלתא משום בית דין חצוף ובכסף משנה תמה על החולקין דהא בהדיא אמרינן ריש סנהדרין אדעת' דתלתא יתבי ולפי מ"ש הר"ן התם טעמא משום בית דין חצוף וכיון דשטת הר"ן הוא כן צדקו דברי המחבר שהעלה כן לעיקר:

סימן יט

סעיף א
הרי הוא. ומכלל זה גם כן שלא יאמר א' לנדון הדיין עשה לך שלא כהוגן במה שחייב אותך ב"ח וכתב כנה"ג דוקא כשאמר א' כן לנדון מעצמו בלי שאלת הנדון אבל אם הנדון שואלו ורואה זכות לזה הנדון והדיין טעה באופן דמצי למהדר אין בזה משום איסור:

סעיף ב
שם המזכין. עיין כנה"ג שהביא בשם מוהרדב"ז דרך הכרעה השלישי שלא הסכים עם הרוב אם צריך לחתום עמהם דאם חתימתו אינו מבטל המעשה אין כופין אותו לחתום ואם חתימתו מעכבת מחויב הוא לחתום:

סימן כ

סעיף א
שהי' קטן עמ"ש בסימן צ"ו סעיף קטן א':

סימן כא

סעיף א
שהי' אנוס. עיין ש"ך מ"ש בדברי הירושלמי בפלוגתא דר' יוחנן סבר אונסא כמה דלא עבר ור"ל סבר אונסא כמה דעביד. ומפרש לה משום דר"י סבר נהי דאונס רחמנא פטרי' אבל אונס רחמנא חייבי' לא אמרינן וכין שהאשה לא הי' דעתה להחקדש אלא ע"מ שיכנסה ביום פ' והוא לא נסב לה ביום פ' אף ע"ג דהי' אנוס מכל מקום אונס רחמנא חייבי' לא אמרינן כיון שלא נתקיים התנאי שהתנה האשה וכ"כ בר"ן פ' האיש מקדש ע"ש. ואיכא למידק לריש לקיש דס"ל אונס רחמנ' חייבי' וכמאן דעבד מהא דתנן פ' מי שאחזו (גיטין דף ע"ה) הרי זה גיטך ע"מ שתשמשי את אבא ע"מ שתניקי את בני מת האב או הבן אינו גט ועיין שם ואמאי אינו גט הרי ה"ל אונס וכמה דעבד ואפילו לרשב"ג דאמר התם במשנה כל עכב' שאינה הימנה הרי זה גט היינו מטעמא אחריני משום דאמרינן דבעל להרווחה קא מכוין ושמוש והנקה כל זמן שצריך קאמר. שוב מצאתי בירושלמי בפלוגתא דר"י ור"ל באונסא כמאן דעבד תלי לה בפלוגתא דרשב"ג ות"ק ועיין שם ומשמע דס"ל דטעמא דרשב"ג משום דאונסא כמה דעבד ומש"ס דילן משמע טעמא דרשב"ג משום דלרווחא דידי' קא מכרן ואפשר דש"ס דילן אליבי' דר' יוחנן קאמר דהוא סובר דאונס רחמנא חייבי' לא אמרינן אבל לריש לקיש צריך לומר טעמא דרשב"ג משום

אונסא כמה דעבד דאם לא כן הוי ר"ל דלא כת"ק ודלא כרשב"ג ובני המופלא כמר זאב וואלף ש"ן הקש' מהא דתנן ס"פ התקבל כלכם חתומו מת א' מהם הגט בטל ועיין שם ובפ"ב דגיטין דף י"ח איפלגי ר"י ור"ל וסובר ר' יוחנן דשנים משום עדים ואינך משום תנאי ואם כן כיון דמת א' מהם נימא אונסא כמה דעבד. מיהו לפי גירסא שגור' בש"ך דסובר ר' יוחנן אונסא כמה דלא עבר ור"ל סובר אונסא כמה דעבד אם כן ר"ל לשטתו דסובר בפ"ב דגיטין בכלכם חתומו דכולהו משום עדים ולהכי מת א' מהם בטל הגט ור"י לשטתו דס"ל אונסא כמה דלא עבד. ומזה מוכח דגירסא זו עיקר אבל אי נימא כגירסא דעבר בריש אם כן ס"ל לר' יוחנן אונסא כמה דלא עבר ונתקיים התנאי ע"י אונס אם כן חיקשי לי' מחני' דס"פ החקבל כיון דס"ל לר' יוחנן דשנים משום עדים ואינך משום תנאי: ועיין בתשובת צ"צ סו' ל"ט בראובן שנתקשר נגד שמעון באם שמעון ישלח לידו בר"ח ניסן קנין סודר להשיא את בתו אליו ע"פ פרטי תנאים המדוברים ביניהם שמחויב הוא לישאנה בחופה וקידושין כו' ואם יעבור ולא ישאנה ישלם לשמעון מאה זוז כו' והתנה בתנאי גמור המועיל ע"פ הדין שיקיי' תנאו דוקא לזמן הנ"ל ואם לא יקיים תנאו לזמן הנ"ל אזי אין עליו שום חיוב כו' ושמעון שלח שליח אלא שנתעכב בדרך מחמת האונס מים שנחרבו וכו' ועיין שם שכתב דיראה דראובן פטור כיון שהגיע הזמן ולא בא לידו קניינו של שמעון כאשר התנה אף על גב דטענת אונס מהני היינו דוקא לענין שאם הנאנס הי' מתחייב עצמו בשום דבר אבל לענין שיחחייב ודאי דלא מהני אונסו של זה לחייב אח חבירו וכו'. אבל מכל מקום נראה אם עדיין לא נתקשר ראובן עם אחרח צריך ראובן לישא את בת שמעון או ליתן לו מאה זוז אם שמעון מברר שהי' אנום דאונס מהני ולא אבד זכותו ואף על גב דמשמע מדברי הרב מ"ו ב"ח דגבי קידושין היכא דלא נתקיים התנאי אפילו ע"י אונס נחבטל הקידושין אפילו היכא דעדיין לא נחקדשה הא לאו מלחא דשאני קידושין כמו דמתחלה לא נתקדשה אלא אדעתא שיתקיים התנאי ואם לא יתקיי' התנאי אפילו ע"י אונס יהי' הקידושין בטלים אם כן אפילו תרצה היא אח"כ להנשא לו בשלא קיים תנאו ולא איכפת לה במה שלא קיים תנאו בזמנו אפילו הכי צריכה קידושי' אחרים ממנו משום דקידושין הראשונים כבר נתבטלו לכך לא חילק בין נתקדשה לאחר או לא נתקדשה לאחר אלא קאמר סתם שנתבטלו קידושין הראשונים ואפילו מזה שקידשה כבר צריכה קידושין אחרים אבל כאן שנתחייב לישא את בת חבירו דאין כאן קידושין אלא שידוכין בעלמא ואם זה שנתחייב לישא את בת חבירו רוצה לוותר על תנאו ולא איכפת לי' במה שחבירו לא קיים תנאו בזמנו ורוצה לישאנה לא צריך תו למידי לכך הדין נותן אם עדיין לא נתקשר זה ישא אחרת צריך זה לישא

את בת חבירו אע"פ שלא קיים תנאו בזמנו כיון שנאנס או ישלם מאה זוז כאשר נתחייב משום דאונס מהני דלא אבד זה זכותו כמ"ש הטור סימן כ"א בשם הרמב"ם עד כאן לשונו. והנה מ"ש לחלק בין קידושין לשידוכין המעיין רואה כמה דבריו מאד דקים לחלק בין השוין ומ"ש דבקדושין גם אם תרצה להנשא בשלא קיים תנאו ולא איכפת לה צריכה קידושין אחרים נשיקות עפרות זהב לו הוא נגד דברי הפוסקים דכתבו דיכול למחול התנאי וכמ"ש בטור אבן העזר סימן ל"ח בשם הרמב"ם וכן פסק בשלחן ערוך שם סעיף ל"ה עיין שם ועוד דכיון דזה לא נתרצה אלא דוקא בקיום התנאי אם כן מהיכי תיתי נחוש לזה למחול על תנאו ואם אינו רוצ' אלא בקיום תנאו שהותנה ביניהם אף על גב דמחמת אונס לא נתקיים התנאי הוא אינו מחחייב בכך וכללו של דבר בכל מילי בין בקידושין בין בשידוכין בין בשאר עניינים כל שלא נתקיים התנאי אין שכנגדו מחויב לקיים את חיובו שנתחייב לו עפ"י קיום התנאי כיון שלא נתקיים וכן משמע מדברי הש"ך דגם בשידוכין אם הי' עיקר השידוכין על תנאי זה דוקא ולא נתקיים התנאי אפילו ע"י אונס אין שכנגדו מחויב לקיים השידוכין וז"ב ופשוט:

סימן כב

סעיף א

תרתי לריעותא. ויחיד במקום ג' כתב בסמ"ע דלא הוי תרתי לריעותא דשם פסול חד הוא יחיד במקום רבים ועיין שם שכתב דכן מוכח מדברי הטור בסימן שאח"ז והני מילי בדיין א' כגון שהי' מומחה או בקבלו עד כאן לשונו. מיהו נראה בהא דכתב הטור בסימן שאח"ז דשם מיירי בשודא דדייני אם כן אפילו קבלו כשלשה ולהיו' יחיד במקום רבים הא אפילו שלשה לא מצי דיינין דין שודא וכמ"ש הטור בסימן ר"מ. ואם כן ע"כ צ"ל דקבל' הי' להיות במקו' מומחה אם כן זה ודאי לא חשיב תרתי לריעוחא דהא ליכא אלא פסול חד הדיוט יחיד במקום יחיד מומחה וא"צ לפרש בסמ"ע יחיד במקום רבים ובש"ך השיג וכתב דזה הוי תרתי לריעותא ולפי מ"ש דקבלה הוא במקום מומחה אם כן ודאי ליכא תרתי לריעותא ואפילו אומר בשעת הקבלה במקום שלשה אין הדבר תלוי בלשון אלא בענין אם הוא תרתי לריעותא וזה שמחוסר רבים לא הוי ריעותא כיון דיחיד מומחה דן רשאי להיות הדיוט כן במקום מומחה אם קבלו עליהם. ובתומים ראיתי כתב להביא ראי' לדברי הסמ"ע דשם פסול חד הוא מהא דנאמנין עלי שלשה רועי בקר דכל התלתא פסלי ואפילו הכי מהני וע"כ כיון דשם פסול חד הוא והוליד מזה דה"ה דיכול לקבל שלשה קרובים ולא הוי אלא חדא לריעותא כיון דשם פסול חד הוא עכ"ל: אמנם

משלשה רועי בקר אינו מוכח כלל דהא קיימא לן בחד דגמיר סגי והא דבעינן שלשה משום יושבי קרנות לבד דעת הרמ"ה דצריך שלשתן גמירי וכבר חלקו הבאים אחריו ואם כן כיון דסגי בחד דגמיר לא הוי אלא חדא לריעותא ואפילו לדעת הרמ"ה דצריך שלשתן גמירי מכל מקום לפי מ"ש הקבלה הוא במקום יחיד מומחה ואם כן גם רועי בקר בכלל קבלה זו וסגי בחד ולא הוי תרתי לריעותא ואף על גב דאפשר לומר כיון דעל כל חד וחד ליכא אלא שם פסול קורבה וכיון דיכול לקבל חד קרוב במקום כשר ה"ה השני וה"ה בשלישי מהני הקבלה ליתא דמכל מקום בהצטרפות כל השלשה נתהוו פסולין הרבה והוי תרתי לריעותא ועוד דכיון דעיקר הטעם דמהני קבלה בחדא לריעותא ולא בתרתי לריעותא היינו משום דהוי כמו גוזמא לקבל תרתי לריעותא וכמו שכתב הרמב"ן ולהכי לא גמר ומקני ואם כן בקיבל עליו שלשה קרובים אין לך גוזמא יותר מזה ולא מהני הקבלה ואפילו לפי מ"ש בסמ"ע יחיד במקום שלשה לא הוי אלא שם פסול חד היינו דוקא יחיד במקום רבים אבל בית דין כולה של קרובים כיון דכל חד פסול הוא והוי תלתא לריעותא ואין לך גוזמא יותר מזה וזה ברור:

סעיף ב

הריני משלם. בר"פ המפקיד איבעי' אמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם מי אמרינן מיהדר קא הדר בי' ולא מקני לי' כפילא או דלמא במילתי' קאי ודיחוי קא מדחי ליה וכתבו שם תוספות דמכאן רצה ר"ת להוכיח דהריני משלם יכול לחזור בו וחזר בו ר"ת דודאי כיון שקיבל עליו ואמר הריני משלם הוי גמר דין דידי' ושוב אינו יכול לחזור בו אלא דהש"ס קא בעי אם השומר רוצה לחזור שוב אינו מקני לי' כפילא עיין שם ובראב"ש שם כתב להוכיח דע"כ כי אמר הריני משלם אינו יכול לחזור בו דאי הוי בחזרה ודאי לא הי' מקני כפילא ע"י הריני משלם כיון דדיבורי' לאו כלו' הוא וע"ש. ובזה אמרתי לפרש וליישב סוגיות הש"ס פ' הכונס (בבא קמא דף נ"ז) גבי ליסטין מזוין גנב לימא מסייע לי' השוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הלה הריני משלם ואינו נשבע ואח"כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לשוכר סברוה כר' יהודא דאמ' שוכר כנושא שכר ומדקתני ואמר הריני משלם ואיני נשבע מכלל דאי בעי פטר ליה נפשי' בשבועה ה"ד כגון דקא טעון טענת ליסטין מזויין וקתני ואח"כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לשוכר ש"מ לסטין מזוין גנב ודחי לה אמרי מי סברת כר' יהודא דאמר שוכר כש"ש דלמא כר"מ ס"ל דקאמר שוכר כש"ח דמי אבע"א כדמחליף רבה בר אבוהו ותני שוכר כיצד משלם ר' מאיר אומר כנושא שכר ר' יהודא אומר כש"ח וכתבו שם תוספות ד"ה סברוה כר' יהודא משום דהכי קיימא לן כסתם מתני' דשבועות ובד"ה כדמחליף ז"ל ולא נפקא מיני' מידי אלא לפי

דבריו דבעי לאוקמי כר' יהודא רוצה להשיב לו ובהאומנין אי' ואבע"א כדמחליף והתם יתיישב טפי שאמר כן כדי להעמיד סתם מתני' כר' מאיר ושמא אגב שהביאו שם הביאו כאן עד כאן לשונו. והרואה יראה כמה דחקו תוספות לפרש ואבע"א כדמחליף דהוא אינו מעלה מזור עד שכתבו דהוא אגב של פ' האומנין ושם ניחא וכמ"ש תוס': אמנם לענ"ד נראה לפרש דבפ' ז"ב איפלגי ר"מ וחכמים בנאמן עלי אבא דר' מאיר אומר יכול לחזור וחכמים אינו יכול לחזור וחכמים דר' מאיר היינו ר' יהודא וכדאיתא בתוספתא בדור לי בחיי ראשך ר' יודא אומר א"י לחזור בו ושם אמר ריש לקיש מחלוקת לפני גמר דין אבל לאחר גמר דין ד"ה אינו יכול לחזור ור' יוחנן אמר לאחר גמר דין מחלוקת והכי קיימא לן כר' יוחנן דאתר גמר דין מחלוקת והלכה כחכמים ואם כן כיון דלר"מ גם לאחר גמר דין יכול לחזור בו אם כן אמר הריני משלם יכול לחזור דהא טעמא דאומר הריני משלם א"י לחזור בו הוא משום דהוי גמר דין דידי' וכיון דאפילו לאחר גמר דין יכול לחזור אם כן אמר הריני משלם יכול לחזור ולהכי סברוה כר' יהודא מדקתני ואמר הריני משלם ע"כ כר' יודא דאי כר' מאיר הריני משלם לאו כלום הוא ויכול לחזור ולא הוי מקני כפילא וכמו שכתב הרא"ש דלר' מאיר גם לאחר גמר דין יכול לחזור בו ואם כן היאך מקני לי' כפילא ע"י הריני משלם ומשום הכי סברוה כר' יהודא דאמר אחר גמר דין אינו יכול לחזור בו ושפיר מקני לי' כפילא ע"י הריני משלם וכיון דר"י סבר שוכר כנושא שכר מוכח דליסטין מזוין גנב ודחי לה מי סברת ר' יהודא דלמא כר' מאיר והיינו דלמא מחלוקת לפני גמר דין אבל לאחר גמר דין ד"ה אינו יכול לחזור וכריש לקיש. ואבע"א דלא תיקשי לר' יוחנן דאמר לאחר גמר דין מחלוקת ואם כן סובר ר"מ דגם לאחר גמר דין יכול לחזור וכדמחליף רבה בר אבוהו ותני שוכר כיצד משלם ר' יהודא אומר כש"ח ואם כן שפיר מצי אתיא כר' יודא וזה נכון:

סעיף ג

לא יוכל לחזור. עיין בית יוסף שכתב דאם כופר ואומר לא האמנתיו ישבע שלא אמר לו כן. ובש"ך השיג וכתב כיון דלא מצי זכי אלא בשבועה אין משביעין על זה דלא ה"ל כפירת ממון והביא ראי' מדברי בעל העיטור לענין ע"א בהפוך שבועה ועיין שם ועייו מ"ש בסימן צ"א סעיף ו' ישוב לקושיות הש"ך:

סימן כג

סעיף א

נסחלקו מלפניו. ואיכא למידק מהא דאמרינן בפרק המדיר (כתובות דף ע"ב) ואלו יוצאת שלא בכתובה העובר' על דת ואיזו דת משה מאכילתו שאינו מעושר ומשמשתו נדה ומפרש לה בש"ס שם דאמרה פ' חכם טיהר לי את הדם דאזיל שיילי' ואשתכח שיקרא וכתב שם הר"ן ז"ל והרשב"א ז"ל כתב דעפ"י חכם בלבד אינה מפסדת כתובתה דע"א הוא אלא דוקא באמרה פ' חכם טיהר לי ביום פ' ואתו עדים ואמרו עמנו הי' במקום פ' או לא זזה ידינו מתוך ידו אבל עפ"י חכם עצמו אינו מפסד' כתוב' דע"א הוא אבל הרמב"ן ז"ל כתב בפרק שבועת העדות כדאמרינן בפ' המדיר פ' טיהר לי את הכתם ואזל שיילי' ואשתכח שיקרא דאלמא אף על גב דאיהי מיהמנא כיון שאמר בשם פ' ואזל שיילי' ואמר דשיקרא הוא לא מיהמנא ולא מצית למימר אשתכח שיקרא עפ"י עדים דהא קאמר ואזל שיילי' וכן הדין בכל עד מפי עד אם בא הראשון וכפר אין השני האומר משמו נאמן וכך קבלתי דין זה עד כאן לשונו ועיין בח"מ באבן העזר סימן קט"ו שכתב דגם דעת הרמב"ם והרא"ש הוא כהרמב"ן ואפילו לענין ממון ממש ואפילו הכי סמכינן על החכם כיון שהיא אומרת משמו ועיין ב"ש שם סק"ד. ולפי זה קשה נסחלקו מלפניו אמאי אינו נאמן כיון שזה אומר פ' חכם זיכה לי את הקרקע וזה הדיין שאמר משמו מכחישו ומ"ש פ' חכם טיהר לי את הכתם או פ' חכם זיכה לי את הקרקע ולפי מ"ש הבית יוסף בי"ד סימן קפ"ו שהקשה דברי הרא"ש אהדדי ומחלק בין איסורא לממונא א"ש אבל לפי דעת הרמב"ם והסמ"ג דמשמע מדבריהם דגם לענין ממון הראשון שאומר משמו נאמן יותר וכמ"ש הבית שמואל באבן העזר סימן קט"ו ועיין שם. ונראה דלענין זה נאמן החכם הדיין לומר לא זכיתי לך כיון שהוא אומר משמו והוא מכחישו אבל לומר שזיכה לחבירו בזה אינו נאמן ויכול להכחישו ולומר לא זכיתי לזה דבזה אין כוחו מהחכם הדיין שמכחישו ואומר לא זכיתי לזה אלא לי ופלגינ' דיבורי'. ולפי זה נרא' דכשנסתלקו מלפניו ואינו חוזר הדין לשודא והבעל דין לא מצי אמר כבר זיכה אותי בקרקע כיון דבזה שאומר משמו יכול הדיין להכחישו. אלא שאומר ידעתי שלא זיכה לחבירו ואם כן אם השני רוצה עוד בשודא הדר דינא לשודא ומ"ש הסמ"ע דינא דהני יתפשרו או מחלקין אותו ביניהן היינו אם השני אינו רוצה עתה בשודא כי מתיירי' שמא יתהפך סברת הדיין בשודא וכמו שכתבו התוספות אבל אם השני שהדיין מסייעו רוצה עוד בשודא הדין עמו וכמ"ש. ובזה ניחא ליישב קושיות הריטב"א בהא דפריך בש"ס וניחזי זכותא ממאן נקט ומשני דקריע זכותי' הא כיון דנסחלקו מלפניו אינו נאמן אם כן

מאי ראי' מן הפס"ד דלמא עתה כתב את הפס"ד ועיין שם שכתב דקושיות הש"ס אריישא בעודן לפניו ומדברי השלחן ערוך אינו נראה כן אלא משמע דגם בנסתלקו מלפניו נאמן ע"י פסק דין וכבר הקשה הש"ך וע"ש. ולפי מ"ש ניחא דכיון דאי' פסק דין נותנין הקרקע למי שיש בידו הפס"ד דאם יאמר אידך כבר זיכה אותי בזה הדיין שאומר משמו נאמן יותר ואם יאמר לא זיכה לחבירי אם כן הרי הוא עתה זכאי ע"י פסק דין דהא גם עת' אם רוצה בשודא הדין עמו וא"ש דברי הרמב"ם שכתב אם אין פסק דין ומשמע דיש בידו פסק דין לעולם נאמן וכן מוכח מלשון הרי"ף שהבי' קושיא ופירוקא וניחזי זכותא דקריע זכותי' ולפי מ"ש הריטב"א דקאי אריישא אם כן אינו נפקוחא לדינא כלל ולפי מ"ש ניחא ודו"ק:

סעיף ב

אם אין בידו. עיין ש"ך שהעלה מדברי הבית חדש היכא דאיכא פסק דין ואינו מפורש כגון שכתב סתם קרקע פ' שלך ודעת הב"ח היכא דהוא מסייע למי שהפס"ד בידו נאמן לפוטרו משבועה יובש"ך חולק כיון דע"כ מיירי דאין שום א' מוחזק בקרקע אין הדיין נאמן לסייע כיון שאינו מוכח מתוך הפס"ד וזה טוען ממני נפל ודמי לדלקמן סימן מ"ט בשני יוסף בן שמעון דחיישינן לנפילה והוא תמוה דהא אנן קיימא לן דאין חוששין לנפילה וכדאמרינן בבא בתרא דף ק' גבי עובדא דבי רב הונא ואמר רב ממך מהאי דנפק מתותי ידי' משמע ולנפילה לא חיישינן. וטעמא דשני יוסף בן שמעון הוא בשטר קנין דוקא ומשום דכותבין שטר ללוה בלא מלו' עיין שם בסימן מ"ט. ואפשר לומר דכיון הש"ך למ"ש בס"ק הקודם ליישב דברי השלחן ערוך דמה מהני הפס"ד אם נסחלקו מלפניו שמא כתב עכשיו והעלה דמיירי בשלחן ערוך דשניהם מודים שנכתב הפס"ד קודם שנסחלקו ועיין שם בש"ך וכיון דאינו מועיל הפס"ד אלא ע"י הודאתו ולהכי כשאומר נכתב קודם אלא שפס"ד הוא שלי וממנו נפל נאמן במגו וכמבואר בסימן נ' ע"ש. ואם כן לפי מ"ש בס"ק הקודם דאפילו אינו מודה מהני הפס"ד לא שייך מגו:

סעיף ג

שנים נאמנים. עיין ש"ך שהעלה דבדין שאינו שודא ואמרינן להדר ולדייני' לא שייך נאמנות ואפילו בשנים ע"ש. ובזה ניחא ליישב קושיות מוהרש"א בפרק קמא דסנהדרין ד' ה' בדברי תוספות שכתבו בהא דאמר שמואל שנים שדנו דיניהן דין ז"ל ה"ה אפילו חד והא דנקט שני' לאשמעינין דאפילו שנים נקראו בית דין חצוף והקשה מוהרש"א נימא הא דנקט שנים כי היכא דלהוי סהדי עליו דכה"ג אמרו בש"ס גבי פשרה בשנים ה"ה אפילו חד והא דנקט שנים כי היכא דליהוי סהדי עליה ונראה לפי מה שכתבו תוספות

בפ' הכותב דשודא לא מהני אלא בפני מומחה ועיין שם ואם כן לא משכחת בהו תורת עדות אם שיעידו על הקבלה הא בע"כ דנו ואם שיאמרו שכך נפסק בדין שאינו שודא לא שייך נאמנות דליהדר ולדייני' ואם יעידו על הטענות שכך טענו בפניהם ושלא להחליף את הטנות ליתי' דשמואל לא קאמר אלא שנים שדנו דיניהן דין אבל באודייתא מודה שמואל דצריך שלשה וכמה שכתבו תוספות בפרק קמא דסנהדרין וכיון דהודאה בעי שלשה ובפני שנים לא הוי הודאה אם כן הוא הדין הטענות יכול להחליף כל שלא היו שלשה וכמ"ש סימן ג' סק"ג ועיין שם ולהכי הוכרחו תוספות לפרש דאפילו שנים נקראו בית דין חצוף:

סימן כד

סעיף א

שאינו יכול לטעון פרעתי. כתב שלטי גבורים פ' הפרה וז"ל כיצד הרי שתבע ראובן את שמעון בשטר שחייב ליתן לו מנה חזר שמעון ותבע שיש לו בידו חפץ פ' או קרקע פ' אומרין בית דין פרע שטרו תחלה שאתה מודה ואח"כ תחזור ותתבעהו בבית דין פי' הנתבע תובע דבר הראוי לפרעון שטרו כגון שטען אתה חייב לי כך וכך מטבע ממקום אחר הרי זה כאלו טענו שהשטר פרוע והכל תביעה אחת ואם הוא טענו שישבע לו לא יפרע זה שטרו עד שישבע לו מז"ה עד כאן לשונו. ומשמע מדבריו דהיכא דטענו הנתבע דברים שאינו ראוי לפרעון כגון מטלטלין או קרקע אין המלוה צריך לישבע בנק"ח אף על פי דטען הלוה השבע לי ומשום דבזה נזקקין לתובע תחלה ואח"כ נשבע המלוה היסת. ואף על גב דמבואר בפ' הכותב בתוספות גבי אי פקח הוא מגבי לי' ארעא דהיכא דאית לי' פסידא יכול לסלקו במקרקע אף על גב דדינו דבע"ח בזוזי וה"נ לכאורה אית לי' פסידא ללוה במה דצריך לפרעו בזוזי דעל ידי זה הפסיד השבועה שהיה יוכל לסלקו בקרקע בענין זה. וצריך לומר דזה לא חשיב כ"כ פסידא כיון דאינו נפקותא לענין ממון כי אם לענין שבועה ועמ"ש סימן ע"ב סעיף כ"ז:

סעיף ב

יש לך משלי. כתב הטור משכון הי' לי בידך ונפחת מדמיו כו' ואפי'התובע מודה שנפחת רק שמחולקים בדמי הפחת אפילו הכי נזקקין לתובע תחילה סמ"ע בשם ד"מ בשם מרדכי ובתומים כתב דהמרדכי לשטתו דסבירא לי' אם תבעו חפץ או מנה ואין לו עדי' אלא שכנגדו מודה ואומר יש לי כנגדו תביע' אחרים צריך לשלם מה שמודה ועל מה שטוען יתבענו בבית דין ולכך נזקקין תחלה לשלם לו המנה ועל הפחת ידונו

אבח לפי דעת רוב הפוסקי' שחולקין בזה על המרדכי וס"ל דהיכא דיש לו מגו יכול להחזיק אם כן אף הך דינא ליתי' דאם מודה בפחת אם כן מודה דחייב כנגדו לנתב' למה לא יברר טענתו והמעיין במרדכי יראה דחד דינא מישיך שייך בדחברי' ואם הא ליתי' הא נמי ליתי' והסמ"ע לרוב עיונו לא עיין בזה כל הצורך עד כאן לשונו. בחנם השיג דודאי המרדכי דס"ל דלא מהני מגו ולכך תלי לה נמי האי דינא דמשכון ומודה שנפחת ומחולקין בפחת דנזקקין לתובע תחלה דאף על גב דאית לי' לנתבע מגו לא מהני לי' מגו להחזיק בחפץ אבל מאן דס"ל דמהני מגו הרי בזה מהני מגו אך כאן מיירי בענין שאין לו מגו וכגון במלוה בשטר וכמו שכתב הרמ"א אם כן ודאי נזקקין לתובע תחילה לשלם השטר ועל מה שמחולקין בפחת יתבענו בבית דין ומה שיודה המלוה ינכה בחובו דהא אם הי' טוען יש לי בידו כנגדו מאה והודה בחמשים הי' צריך לשלם הלוה חמשים אף על גב דהמלוה מודה בקצתו ה"נ במחולקין בפחת מה שיודה יודה והשאר צריך הלוה לשלם ואין חילוק בין כופר בכל ובין הודה בקצתו וזה פשוט:

סימן כה

סעיף א

אי אפשר להחזיר. עיין ש"ך שהעלה דאם נשא ונתן ביד חייב לשלם אפילו בדבר משנה כיון דנשא ונתן ביד טובא עבד ונכנס הדיין תחתיו וה"ל כמלוה דילי' ושוב אין לבעל דין דו"ד עם חבירו רק עם הדיין וזה שהלך למדינת הים או הוציא המעות ה"ל כאלו הוציא המעות של הדיין. והדיין הוא החייב לבעל דין שנטל ממונו ועיין שם ועדיין יש להסתפק בזה כי לפי מה שנראה מבואר מש"ס לא אמרו אדם מועד לעולם ולרבות שוגג כמזיד אלא דוקא גבי מזיק ומשום ריבוי דקרא דכתיב פצע תחת פצע אבל בגניבה וגזילה לא מרבינן שוגג כמזיד וכגון שלקח חפץ של חבירו ונתנו לאחר כסבור של אחר הוא וכמה שכתבו תוספות בפ' מרובה ובנימוקי יוסף שם דהיכא דאמר לחבירו קח לי שור שהוא בבית פ' שהוא שלי ונמצא שאינו שלו אלא לגנבו נתכוין עיין שם דמשמע שניהן פטורין המשלח משום דאין שליח לדבר עבירה לדעת הסוברין דאפילו לא ידע השליח נמי אין שליח לדבר עבירה והשליח פטור לפי שלא ידע ועיין שם בש"ך סימן שמ"ח ואם כן צריך לומר אף על גב דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד היינו דוקא במזיק וכמ"ש אבל בגזילה כיון דגוף החפץ לא הזיק אלא הגבי' ונתנו לאחר והי' שוגג בו דכסבור שהוא של אחר לא מחייב על השוגג ואף על גב דאיכא למימר דהתם גבי קח לי שור מבית פ' שהוא שלי אינו שוגג אלא דומה לאונס ואונס גמור אפילו במזיק פטור דאינו נראה

שיהי' אונס גמור דהא חזקה כל מה שיש תחת יד אדם הוא שלו ואם כן לא הי' לו ליקח מבית בעליו ועוד דנראה גם מן הסברא דלא יתחייב שוגג כמזיד אלא דוקא גבי מזיק ומשום דכתיב פצע תחת פצע והיכא דגלי גלי ואם כן הכא גבי דיין כיון דכסבור הדיין של חבירו הוא וטעה בו ה"ל שוגג ואין בו חומרת מזיק דהא נתן הממון לחבירו ובשעת מעשה הוי אפשר למיהדר אין בו אלא תורת גזלן ואין לנו לחייב גבי גזלן שוגג כמזיד וצריך לימוד:

סעיף ב

וי"ח. שורש המחלוקת כבר מבואר באר היטיב בש"ך ואחריו הגאון מוהר"ר חיים יונה ושאר האחרונים האריכו עד שלא השאירו אחריהם אך ליקוטי בתר ליקוטי: אמנם אם מעט הוא אשר השיג ידי בזה לא מנעתי עצמי מלהעלו' כאן וכבר אמרו אין מדרש בלא חידוש: בסנהדרין דף ל"ג פריך בש"ס ממעשה בפרה של בית מנחם שנטלה האם שלה והאכיל' ר"ט לכלבים ובא מעשה לפני חכמים ביבנה והתירוה שאמר תודס הרופא אין לך פרה וחזירה שיוצאה מאלכסנדריא של מצרים אלא אם כן חותכין האם שלה כדי שלא תלד אמר ר"ט הלכה חמורך טרפון אמר לו ר' עקיבא פטור אתה שכל המומחה לרבים פטור מלשלם ואא"כ קם דינא היינו דקא מפחד ר"ט אא"א טועה בדבר משנה חוזר לימא כיון דאלו הוי פרה קמן דינך לאו דינא ולאו כלום עבדת השתא נמי לאו כלום עבדת ומשני חדא ועוד קאמר חדא טוע' בדב' משנ' את וא"נ טעי' בשיקול הדעת מומחה לרבי' אתה ועיין שם בסוגיא. ומסוגיא זו העלו הרי"ף והרמב"ם דטועה בדב' משנה פטור. אבל התוספות והרא"ש הקשו מ"ש טוע' בדבר משנה ממרא' דינר לשולחני דאלו הוי קמן הדר ואפילו הכי לא נפיק מכלל דיני דגרמי ולזאת הניחו דסוגיא זו אזלה אליבי' דרבנן דלית להו דיני דגרמי ולהכי טועה בדבר משנ' פטור כיון דלאו כלום עבד אבל טעה בשיקול הדעת חייב אפילו למאן דלית לי' דיני גרמי דכיון דקם דינא הוי מזיק ממש דדיבור מזיק ממש הוא והביאו ראי' דדיבור הוי מזיק ממש מהא דתנן הכהנים שפגלו במקדש דדיבור הוא ואפילו הכי חייבים והא דהוכיחו בש"ס דיני דגרמי מהא דתנן דן את הדין כו' עיקר הראי' הוא מטיהר את הטמא וחייב את הזכאי אבל טימא את הטהור וזיכה את החייב מזיק ממש הוי וכיון דסוגיא דסנהדרין הוא אל בי' דרבנן אם כן לדידן דקיימא לן כר' מאיר דדאין דינא דגרמי אפילו טועה בדבר משנה חייב וכן הוא שיטת הרא"ש. ובקו' מוהרח"י הקשה במ"ש דדיבור הוי מזיק ממש וז"ל הא אמר אמימר בכתובות ובב"ק גבי מוחל שטר חוב למאן דדאין דיני דגרמי מחייב לשלם הא דיבורו הוי מזיק ממש ואם כן אפילו למאן דלא דאין דיני דגרמי חייב משום דדיבור הוי מזיק

והוסיף וז"ל ותימא לי על בעלי תוספות שהקשו בפ' הגוזל קמא על שטתם וז"ל ושורף שטר דאיתמר בי' נמי כהאי לישנא ודחו מה שדחו ולא הקשו ממוחל דדמי ודאי לזיכה את החייב שאי אפשר לדחות אחר זמן מצאתי שהרמב"ן ז"ל הזכיר ראי' זו שהבאתי ממוחל אגב אורחי' וחשבה לראי' גמורה עכ"ל: ומפי אחי החכם השלם מוה' יהודא כהן נרו. שמעתי דלק"מ לפי מ"ש הרא"ש והר"ן פ' הכותב דהאי לישנא למאן דלא דאין דד"ג מגבי בי' דמי ניירא בעלמא קאי אשורף ולא אמוחל דגבי מוחל לא שייך דמי ניירא ועיין שם ואם כן א"ש דלא הקשו תוספות רק משורף דבזה הוא דברי אמימ' אבל מוחל מצינו למימר דלכ"ע חייב דמוחל לא הזכי' אמימר ע"כ. אך מדברי התוספות פ' החובל בסוגיא דתקנת אושא שם מבואר מדבריה' דמוחל אינו חייב אלא לר' מאיר דדאין דד"ג ולכן נראה בישוב קושיא זו והוא דודאי מוכר שטר חוב אין לו ללוקח שום הקנאה בגוף החוב ואין לו ללוקח רק שעבוד נכסים וכן כותב לו איהו וכל שעבודי' דאית בי' וכיון דאין לו ללוקח בגוף החוב רק בשעבוד נכסים אם כן אפילו הזיק בידים שעבודו של חבירו כגון שחפר בה בורות שיחין נמי אינו אלא גרמי וכמו שחטו תם בפ' המניח דאינו אלא גורם אבל שורף שטרותיו של חבירו דהמלוה יש לו גוף החוב ומשום הכי כשמזיקו הוי מזיק ממש ולא גורם דדוקא מזיק שעבודו הוי גורם כיון דגוף הנכסים אינו שלו וגוף החוב לא קלקל אבל שורף שטר הרי הפסיד גוף החוב וזה הוי מזיק ממש ומשום הכי הקשו תוספות משורף ולא ממוחל וזה ברור. ועיין במרדכי פ' הכותב ז"ל מעשה הי' בימי ראב"ש שאחד הקנה לחבירו חוב מלוה של י"ח זקוקין כו' שהרי הלוקח לא קונה במשיכת השטר אלא השעבוד כל זמן שהוא קיים ומשום הכי חשיב לי' גורם לממון במה שמחל לאחר שמכר למאן דפטר כמו שורף שטר חבירו וכו' עיין שם והוא כדברינו דכיון דאין לו אלא השעבוד חשיב לי' גורם דמזיק שעבודו הוי גורם אבל מזיק חוב הוי מזיק ממש וחייב לכולי עלמא ומשום הכי הקשו משורף וכמ"ש ועמ"ש בסימן שפ"ח סעיף ב'. ודע דהא דחייב לשטת תוספות והרא"ש זיכה את החייב וטימא את הטהור משום דדיבור הוי מזיק ממש ואילו עדים שהעידו עדות שקר אינו חייב אלא משום גורם וכמ"ש בטור בשם הרא"ש בסימן מ"ו ולא אמרינן דיהי' חייבין משום מזיק ואפילו זיכו את החייב היינו משום דלא אמרינן דמזיק בדיבור חייב משום מזיק ממש אלא היכא שהם הזיקו בפועל ממש וכמו הכהנים שפגלו דדיבור עושה פגול וכן זיכה את החייב וטימא את הטהור דיבור זה עושה היזק דהא קם דינא ונעשה טמא במאמרו אבל גבי עדים שהעידו עידות שקר אין זה מתחייב על ידי עדותם כיון ששקר ענה באחיו אלא דאנן מטעי קא טעי וסמכינן עלייהו ומשום הכי אפילו עדים החותמים בשטר אין זה

היזיק ממש כיון שלא הזיקו על י' די חתימתן כיון ששקר הוא אלא דאנן סמכינן עלייהו ומשום הכי אינו מזיק אבל דיין וכהן שפיגלו כמאמרם כן הוא והוי היזיק ממש: ולפי זה נראה דגם זיכה את החייב אינו מזיק ממש אף על גב דדיבור הוי מזיק ממש לפי שיטת תוספות והרא"ש וכמו שהוכיחו מכהני' שפיגלו מכל מקום זיכה את החייב אינו מזיק והוא לפי מ"ש בס' תמים דעים סימן כ"ז בשם רב גדול וקדמון וז"ל ולא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וקשיא לי' הלא כל עצמו שהבעל דין פוטר עצמו מלהחזיר מה שגבה שלא כדין שיכול לומר הראה לי דשלא כהלכה דנוני אחזיר ואם לאו לא אחזיר הדיין נמי הי' לו לומר וליפטר בכך מלשלם שיכול לומר הראה לי בפירש דשלא כהלכה דנתי ואשלם כו' ומתרץ דבע"ד כך אומר אבל דיין סתם הוא חכם ויודע להבין שטעה ויש בו יראת שמים ויודה מעצמו שטעה ומאחר שהוא מודה משלם מביתו עד כאן לשונו והובא בכנסת הגדולה ואם כן גם בדין אינו מזיק ממש אף על גב דקם דינא דממה נפשך אם הורה יפה ודאי פטור ואם שלא כדין הורה הרי לא עשה כלום ע"י דיבורו דהא מה דקם דינא אינו אלא משום דבע"ד מצי אמר אנא אדיין קא סמיכנא ואלו קמי שמיא דגליא אין הדין כן כי טעה אם כן אף על גב דהדיין זיכה אותו משום זה אינו ודאי ואם כן אינו אלא כמו עדי' שהעידו שקר דהא הדיין אינו עושה מעשה בדיבורו דהא חזינן בדבר משנה דיכולין לברר טעותו אין הדיין יכול להורות בהיפך וטעמא דשיקול הדעת אינו אלא משום דאין אנו יכולין לברר וסמכינן על הדיין ואינו אלא כמו עדים שהעידו שקר וכמ"ש ואם כן מה שכתבו תוספות דסוגיות הש"ס דב"ק דמייתי ראי' לדיני גרמי מהא דתנן דן את הדין היינו מטיהר את הטמא ולפי מ"ש גם מזיכה את החייב מוכח דד"ג. אבל בטימא את הטהור נראה דהוי מזיק ממש דהא טימא הטהור כיון דשיקול הדעת נוטה שהוא טהור ואפילו הכי קם דינא ע"כ אינו מטעמא דכתב רש"י בשיקול הדעת דקם דינא דמוחזק מצי אמר הראה לי דשלא כהלכה דנוני ובטימא הטהור לא שייך ה"ט דמאן מוחה לטהר וע"כ טימא הטהור טעמא אחרינא איכא בגוי' והוא משום דבשיקול הדעת שוי' אנפשי' חד"א וכמו שכתבו הפוסקי' ויבואר לפני אי"ה וכיון דטמא הטהור קם דינ' בודאי אע"פ שיודע טעותו ומשום שויא אנפשי' חד"א הרי הוא ככהנים שפגלו דבדיבורי' הוי מזיק ממש ונעשה פגול וה"נ נעשה טמא ובזה ניחא דפריך הש"ס אא"ב טעה בדבר משנה קם דינא היינו דקא מפחד ר"ט משום דאזלא אליבי' דרבנן דלית להו דד"ג וכמה שכתבו תוספות והרא"ש אלא דדיבור חשיב מזיק וכיון דטועה בדבר משנה קם דינא ע"כ קם דינא דדיין לאו משום דליכא לברורי טעותי' דהא אפילו בדבר משנה אינו חוזר והוי ככהן שפיגל אא"ח טועה בדבר משנה אינו חוזר לימא לי' אלו הוי פרה

קמן וכו' כיון דלית להו דד"ג ומשני חדא ועוד קאמר א"נ טעית בשיקול הדעת דבאיסור הוי מזיק ממש וכמ"ש כיון דשויא אנפשי' חד"א ועיין ש"ך בירר לו דרך לעצמו ופי' בהא דטיהר את הטמא דהיינו שהלכו המוכר עם הלוקח לשאול את פי החכם הדיין אם הפירות טהורין והדיין טעה בשיקול הדעת והורה שטהורין הן וסמך הלוקח עליו ולקח הפירות ובזה מה שעשוי עשוי וישלם מביתו עיין שם ודבריו מרפסן איגרי דהא אין לך מקח טעות יותר [מזה] דאלו הוי ידע הלוקח דיאסרו הפירות לא הי' לוקח וכבר השיג עליו הגאון מוהרח"י. והרב הגאון מוה"ר מאיר מא"ש רצה ליישב אבל אין דבריו מעלין כלל עיין שם דהא אפילו בספיקא דדינא וכבר קיבל המוכר את המעות צריך להחזיר ולא מצי אמר דלמא מותרין כיון דאסורין מספק אין לך מום גדול מזה וכמו שכתב הר"ן בפ' א"ט וכן פסק הרמ"א בסימן רל"ב ומכ"ש כאן דטע' בשיקול הדעת:

סעיף ג

קבלו אותו. עיין ש"ך שכתב נראה דכל קבלה שהוזכר בסימן זה א"צ קנין רק בסתם קבלה שדנו לפניו סגי וה"ה כשבאו לפניו בסתם ודנו לפניו בסתם ע"ש. ולי נראה דודאי לפי שטת בעל המאור דטעמא דמומחה וקבלוהו הוי משום דאנוס הוא וכמו מראה דינר לשילחני דפטור מומחה ואם דן ע"י כפי' לאו אנוס הוא ואם כן ודאי באו לפניו בסתם נמי פטור כיון דאנום הוא אבל לפי שטת הרא"ש דטעמא דמומחה וקבלו פטור משום דקבלה אהני לפוטרו מתשלומין דאם לא כן למה לו הקבלה ואם כן אם לא קבלו בפירוש אינו מוכח שכיוונו לפוטרו מתשלומין:

סעיף ד

והוא מומחה. עיין ש"ך שהעלה דצריך לברר שהוא מומחה ולא מצי אמר מומחה אנא ומפטירנא עד שהוא מברר בעדים כמ"ש הטור וש"ע בסימן ש"ו גבי שולחני וטבת כו' ונראה דלהכי קתני במתני' ואם הי' מומחה לרבים ולא נקט. מומחה סתם ע"ש: והנה לפי מ"ש בתמים דעים דהא דמשלם הדיין ולא מצי אמר הראיני דשלא כהלכה דנתי כמו שאמר הבעל דין משום דהדיין יש בו יראת שמים ומודה שטעה וכיון שאומר אמת טעיתי אבל מומחה אני ואנום הייתי נראה דנאמן משום מגו כיון דאין החיוב אלא על פיו אבל בשולחני וטבח אין חיובו ע"י פיו אלא בירור שטעה אבל כאן גבי דיין שחיובו ע"י הפה שאסר הוא הפה שהתיר וא"צ עדים ולא ראיה. אבל לפי שיטת הרא"ש דפטור מומחה דודאי הי' הקבלה לפוטרו מתשלומין דאם לא כן למה להו הקבלה אם כן אפילו הוא מומחה כל שלא הי' ידוע לבעלי דין שהוא מומחה אינו מוכח מן הקבלה דעתם לתשלומין אלא הי' דעתם שידון ביתיד כיון דלא נודע להם שהוא מומחה ויכול לדין

בע"כ ואפילו עדים וראיה לא מהני כיון דבע"ד לא ידעו מזה ובזה ניחא לשון הרמב"ם בפי' המשניות ז"ל ואם נתפרסמה חכמתו אצל המון הוא הנקרא מומחה לרבים עיין שם והיינו אם נתפרסמה חכמתו ודאי גם לבעל דין נודע ולא מיהמני לומר לא נודע לנו חכמתו: אמנם לולי דברי התמים דעים נראה לענ"ד דהדיין משלם ע"י כפי' אפילו אינו מודה שטעה דהא היכא דאי' שיקול הדעת לא מצי למימר קם לי וכמבואר במוהרי"ק וכ"כ בתקפו כהן סימן קכ"ג עיין שם ואם כן מה דקם דינא בשיקול הדעת הוא רק משום דמוחזק ע"פ דיין והיינו דאהני לי' ואם כן הדיין שאינו מוחזק אלא ע"פ עצמו וסוגיא דעלמא אזלא כאידך לא מצי למימר קים לי דשפיר קאמינא אלא דקשה לחלוק על דברי תמים דעים ובפרט שכתב כן בשם רב גדול וקדמון ולכן אפשר דמהני פסק הדיין נמי לגבי עצמו כי היכא דהוא מועיל לגבי בעל דין ולפיכך מהני פסק הדיין לגבי עצמו ואינו חייב לשלם אלא אם כן ירא שמים ומודה שטעה:

סעיף ה

חוזר הדין. עיין ש"ך שהעלה דקם דינא אפילו מומחה וקבלוהו אך ביש גדול מחזירין ועיין שם שכתב גם בטמא את הטהור היכא דיש גדול מחזיר אם הוא מומחה וקבלו או ג' הדיוטות שיש בנייהו חד מומחה אפילו לא קבלוהו ע"ש. ויש לדקדק דבשלמא בדיני ממונות טעמא דבעי מומחה משום דמצי בעל דין לומר אין לנו אלא מה שפסקו הם ואי משום חזרה דעכשיו לא מיקרי חזרה לפי שאין יודעין בטיב הדין עיין שם בש"ך אבל באיסור והיתר אם הם רוצים לחזור אף על גב דהם הדיוטות כיון דקבלו והוי כמו מומחה וקבלו לדעת הש"ך אם כן מאן מעכב והנה בטמא את הטהור או באסר את המותר שזה לדעת הראב"ד והרשב"א גם לרב חסדא דבעי בדיני ממונות נשא ונתן ביד אבל באיסורא תיכף קם דינא ומשום דשויא אנפשי' חד"א והר"ן חולק וס"ל דלרב חסדא דבעי נשא ונתן ביד גם באוסר את המותר לא קם דינא בדיבור בעלמא ועיין שם שהביא ראי' דאי נימא תיכף קם דינא באיסור למה צריך לאוקמי אליבי' דרב חסדא בפ' אד"מ מתני' דטימא את הטהור דאגע בי' שרץ. ועיק ש"ך שדחה ראי' זו ומשום דרב חסדא דאוקי דאגע בי' שרץ לאו משום קם דינא אלא משום דבעי לאוקמי מתני' כדרבנן ולא כר' מאיר ולרבנן דלא דייני דינא דגרמי בעינן לחיוב תשלומי הדיין נשא ונתן ביד. וקשה דאי נימא דקם דינא תיכף בדיבור אלא משום חיוב תשלומין מוקי דאגע בי' שרץ אם כן כי נגע בי' שרץ מאי הוי כיון דכבר נאסרה ונטמאת ע"י דיבורו וכי הוסיף בטומאתו ואגע בי' שרץ לאו כלום עבד כיון דכבר טמא. ואין להקשות להראב"ד והרשב"א מסוגיא דבכורות וסוגיא דב"ק דמוקי מתני' דמה שעשוי עשוי וישלם מביתו כרבנן ומיירי בנשא ונאן ביד וטימא את

הטהור דאגע בי' שרץ. וכיון דכבר נטמא ע"י דיבורו למה ישלם במה שהוסיף טומאה על טומאתו דיש לומר דס"ל כמה שכתבו תוספות והרא"ש דטימא את הטהור הוי מזיק ממש ומשום דדיבור הוי מזיק והוכחת הש"ם דדייני ד"ג מטיהר את הטמא והא דמוקי טימא את הטהור דאגע בי' שרץ אגב גררא דאינך ואם כן לא קשה כלל' מטימא את הטהור אבל הש"ך דהעלה דלא כתוספות והרא"ש ואם כן כיון דדיבור אינו מזיק אלא גורם אם כן בטימא את הטהור לא נתחייב למה יתחייב במה שהוסיף ואגע בי' שרץ כיון דכבר נטמא ודוחק לומר דמיירי דאגע בי' שרץ קודם שהורה טמא דאם כן לאו בכלל דיין הוא אלא כמו שאר מזיק ועוד דאי נימא דבאיסור והיתר קם דינא תיכף ומשוש שויא אנפשי' חד"א אם כן הא דפריך לרב ששת דסובר טועה בדבר משנה חוזר מהא דא"ל ר' עקיבא לר' טרפון מומחה לרבים את הא כיון דטועה בדבר משנה חוזר לאו כלום עבד ונימא דאיסור גרע מדיני ממונות כי היכא דמחלק רב חסדא בין דיר ממונות לאיסור בשיקול הדעת ה"נ מחלק רב ששת בדבר משנה בין איסו' לדיני ממונות והרמ"א בי"ד סימן רמ"ב כתב טעה בשיקול הדעת יכול לישא וליתן עם המורה עד שיחזיר. וכתב הש"ך תרי תמיהי קא חזינא דהיאך פסק נגד דברי הר"ן הא הר"ן גופי' כתב לענין מעשה אין בידי לחלק כו' ותו נהי דפסק כהר"ן היינו לשטת הרי"ף אבל לפי מה דפסק הרמ"א כדעת הרא"ש דאפילו בדיני ממונות קם דינא אם כן ודאי אף באיסורא קם דינא ע"ש. וקושיא השנית יש ליישב והוא דבדיני ממונות דקם דינא היינו משום דהוא מוחזק דהא בחייב את הזכאי בעינן כבר הוציא וכמ"ש הטור בשם הרמ"ה ובאיסורא לא שייך זה ועוד דהא עיקר הטעם דמה שעשה עשוי פירש"י משום דמצי בעל דין אמר דלמא טעמא קמא דידך עיקר ועכשיו טעית וזה לא שייך הכא לענין איסור והיתר דליכא בעל דין והש"ך גופי' כתב בס"ק כ"ט דמה דקם דינא באיסור' אין הטעם משום דגם בד"מ קם דינא כיון דבד"מ בעינן כבר הוציא אלא באיסורא הטעם משום שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ועיין שם וכיון דהר"ן לא סבירא לי' שויא אנפשי' חתיכ' דאיסורא גבי דיין אם כן אפילו לרב ששת הדר דינא ואי נימא שויא אנפשי' תד"א אם כן מה"ט גם לר"ח תיכף קם דינא ולא קשה דברי הרמ"א. ולפי זה הא דמוקי בפ' אד"מ דמה שעשוי עשוי וישלם מביתו אליבי' דר"ח כשנשא ונתן ביד ומשמע דלרב ששת לא מיירי בנשא ונתן ביד ואם כן טימא את הטהור צ"ל דמיירי דבעל הבית אגב דלא היו משומרין לפי שהוא בחזקת טמא אצלו נגע בו שרץ דאלו לא נגע בי' שרץ לא אמרי' מה שעשוי עשוי בטימא את הטהיר והדר דינא אע"כ מיירי דנגע בו שרץ אלא דלא אסיק אדעתי' דהדיין אגע בי' שרץ וכן נמי צ"ל בחייב את הזכאי דכב' נתן הממון דאם עדיין לא נתן הממון הדר דינא לדעת

הרמ"א אלא דלא אסיק אדעתי' דהדיין נשא ונתן ביד ואם כן צ"ל הא דמשלם מביתו כיון דלאו כלום עבד והא טועה בדבר משנה פטור מה"ט אף על גב דאי אפשר למיהדר כיון דהדיין לאו כלום עבד ואם כן בטימא את הטהור נמי לאו כלום עבד אלא דהשתא א"א למיהדר כיון דע"י דיבור הדיין שלא היו אצלו בחזקת משומר ואם כן מזה ראי' לדברי הרמב"ם דבשיקול הדעת היכא דאי אפשר למיהדר לא אמרינן לאו כלום עבד אף על גב דחוזר הדין כ"ז שלא נשא ונתן ביד דכי היכא דלרב ששת באיסור והיתר משלם מביתו אף על גב דחוזר הדין ה"ה לר"ת בדיני ממונות ומשום דשיקול הדעת טובא עבד כ"ז שאין הדין חוזר אבל טועה בדבר משנה מעצמו בטל: אמנם יותר תמוה דברי הרמ"א בי"ד שם ז"ל ואפילו התיר הראשון וכבר תלה הוראתו אין לשני לאסור מכח שיקול הדעת ועיין שם ואם כן היכי משכת' לה טיהר את הטמא ישלם מביתו והיינו בעירבן עם פירותיו הא כיון דעירבן כבר חלה הוראתו וקם דינו ומה ישלם. ונראה דהיינו שכתב אין לשני לאסור אבל הראשון גופי' יכול לאסור אם ידע שטעה בשיקול הדעת דהא אפילו מאיסור להיחר יכול לחזור החכם וכמו שכתב הרמ"א דיכול לישא וליתן עם המורה עד שיחזור ומכ"ש דיכול לישא וליתן עמו עד שיחזור מהיתר לאיסור אלא דאם חזר הראשון אין השני יכול לאסור ותו לא קשה מטיהר את הטמא דהא כבר כתבנו בשם תמים דעים דהא דמשלם מביתו היינו דוקא בירא שמים ומודה שטעה ועיין בס"ק ב' וכיון שמודה שטעה הרי מיתסרא עפ"י הראשון גופי' ולהכי צריך לשלם ובזה ניחא הא דתנן בטיהר את הטמא מה שעשוי עשוי וישלם בביתו והוא אין לו ביאור דהא א"ת מה שעשוי עשוי אין כאן תשלומין ובתוספות כתבו מה שעשוי עשוי היינו בעירבן ברוב וישלם מביתו בעירבן עם מיעוט פירות ולפי מ"ש י"ל מה שעשוי עשוי היינו אם אינו מודה שטעה אין השני יכול לאסור ואם מודה שטעה ומיתסר הפירות ע"י עצמו ישלם מביתו:

סעיף ו

וג' הדיוטות. זה הוא דעת הרא"ש וטור דטעמא דמומחה וקבלו פטור משום דכיון דאפילו בלא קבלה יכול לדין ע"כ ואם כן ע"כ הי' הקבלה לפוטרו מהשלומין ומה"ט גם בשלשה הדיוטות פטור אם קבלוהו אבל דעת בעל המאור טעמא דמומחה וקבלו פטור משום דאנוס הוא ומשום הכי בהדיוטות אפילו אם קבלו עליהם חייבין ונראה לפי שיטת בעל המאור אפילו לא קבלוהו בפירוש אלא שלא דן ע"י כפי' נמי פטור כיון דאנוס הוא דאין הקבלה גורם הפטור אלא הכפי' גורם החיוב וכל שלא דן בכפי' הוי אונס ופטור. ובזה ניחא ליישב קושית תוספות בפרק קמא דסנהדרין דף ה' בהא דפריך לר' אבוהו דאמר שנים שדנו דיניהן דין ממתני' דדן את הדין ומשני בקבלוהו וכתבו שם בתוספות

דה"מ לשנויי דרישא מיירי במומחה והיינו דאף על גב דתני בסיפא ואם הי' מומחה פטור מלשלם רישא מיירי בלא קבלה וסיפא מיירי במומחה וקבלו וכמ"ש מוהרש"א. ולפי שיטת בעל המאור ניחא דהא קתני שם טיהר את הטמא והוא. דומיא דמראה דינר דשולתני דמומחה פטור משום דאונס הוא דגבי טיהר את הטמא לא מצית למימר דמיירי במומחה כיון דלא שייך בי' כפי' אם כן הוי אונס ופטור ע"כ מיירי רישא באינו מומחה ואם כן קשה מדן את הדין והתוספות שהקשו דנימא רישא מיירי במומחה והיינו בלא קבלו ואפילו הכי טיהר את הטמא חייב משום דס"ל לתוספות כשיטת הרא"ש והטור טעמא דפטור מומחה וקבלו משום דהי' הקבלה בודאי לפטרו מתשלומין ואם כן צריך קבלה בפירוש והיכא שלא הי' קבלה בפירוש אף על פי שדן שלא ע"י כפי' חייב לשלם. ועיין שם ברש"י דף ו' ז"ל ובמומחה ליכא למימר מדקתני סיפא ואם היה מומחה לרבים פטור ע"כ והיינו דס"ל כשיטת בעל המאור ואם כן לא מצית למימר במומחה ולא קבלו דטיהר את הטמא לא שייך בכפי' ואם כן מומחה פטור משום דאונס הוא ועמ"ש בס"ק ג'. שוב מצאתי במרדכי פרק קמא דסנהדרין שכתב בהא דפריך בש"ס לר' אבוהו מדן את הדין כתב וז"ל ובמומחה ל"ל מדקתני טימא את הטהור טיהר את הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו ע"כ לאו במומחה מיירי עד כאן לשונו. ודבריו סתומין דאפשר כיון למ"ש דלא מצי למימר דמיירי במומחה ולא קבלו וכמה שכתבו תוספות משום דתני טיהר את הטמא ובזה לא שייך כפי' והוי אונס וכמ"ש. עוד נראה לפי מ"ש בנימוקי יוסף דבהוראות איסור והיתר כל שהוא מומחה וחייב להורות אפילו לא קבלו פטור ולא בעינן קבלה אלא בד"מ וכ"כ הרמ"א ואם כן שפיר מוכח מדתני טימא את הטהור טיהר את הטמא ע"כ לא במומחה דבאיסור והיתר מומחה פטור אפילו לא קבלו: והנה בש"ך השיג על דברי נ"י דסובר בהוראות איסור והיתר מומחה פטור אפילו לא קבלו ועיין שם כל ראיותיו של הש"ך נגד הנמוקי וכל ראיותיו יש לדחות לפי שיטת הנמוקי דאפילו ג' סמוכין דרמי עלייהו חיובא להורות ולדין אפילו אם נשאו ונתנו ביד חייבין ואם כן ממילא גם בהוראות איסור והיתר אם נשא ונתן ביד חייב דהא הנמוקי שכתב באיסור והיתר דפטור מומחה הוא משום דמדמה לסמוכין כיון דחייב להורות ואם כן דון מינה נשא ונתן ביד חייב ובזה יתישבו השגות הש"ך אלא דהש"ך לשטתו דסובר בג' סמוכין אפילו נשא ונתן ביד פטור משום דרשותא דרחמנא ה"ל כמו קבלה ועיין שם בס"ק ואכתי דרך הש"ך לא ידעתי כיון דסובר ג' סמוכין פטורין מחמת רשותא דרחמנא אם כן בהוראות או"ה דאיכא רשותא דרחמנא ליחיד מומחה אם כן למה יתחייב לשלם ובש"ך בהשגותיו על נימוקי שכ' דיחיד נמי מחויב להורות משום ועצומים כל הרוגי'

ודחי לה הש"ך דמיירי שם בקבלו ועיין שם ואכתי לא אדע מי יורה או"ה כיון דלא בעינן מן התורה ג' סמוכין בהוראות ולכן נראה כדברי הנימוקי ולזה נרא' שכיון המרדכי וכמ"ש ובשיטת בעל המאור והרא"ש בטעמא דמומחה וקבלו הכריע בש"ך כדברי בעל המאור דטעמא משום אונס וכתב ראי' לזה מהא דאמרינן גבי טבח אומן שקלקל וכן מרא' דינר לשולחני דמומחה פטור והתם ע"כ טעמא משום אנוס ומזל רע דידי' גרם למיטעי ע"ש. ולענ"ד אינו מוכרח דכיון דגבי מטבע אין המומחה פטור עד שיהיה בקי כדנכו ואיסור וכדאי' שם בש"ס ואם כן ודאי מומחה כזה מאי טעות ה"ל למיטעי ע"כ מזל רע דידי' קא גרס אבל גבי דין אפילו חכים טובא אפשר לי' למטעי ורשב"י אמר לית מאן דחכים לדון דין תורה וכדאי' בירושלמי ומי לנו גדול ואם כן לענין דין לית מומחה דיהי' בקי בטוב דינין כמומחה גבי מטבע דיכול להיות בקי ואם כן גבי מטבע ודאי מזל רע דידי' קא גרס אבל גבי דין למיטעי מעצמו דהא אפילו בדרבינא ורב אשי הוי טעות אע"פ שיכול להיות שלא ידע סברת רבינא ורב אשי ואם כן אין זה מן השם שאמרו במטבע ועיין בפ' הגוזל קמא ובבכורות רצו לאוקמי מתני' דדן את הדין כר"מ דדאין דד"ג ור"מ סובר גבי טבח ושולחני דאפילו מומחה חייב משום דנתקל פושע ואם כן היכי תני עלה ואם היה מומחה לרבים פטור אלא מוכח דטעמא דקבלו משום דמסתמא היה הקבלה לפטרו מתשלומין ואם כן גם בשלשה הדיוטות שייך ה"ט דקבלו פטורין ודוק. ועכשיו שנשתרבב המנהג שהדיינים לוקחים שכר על הפסק נראה לפי שיטת בעל המאור דפטור מומחה וקבלו משום דאונס הוא ואם כן בשכר חייב כמו בטבח אומן ומראה דינר לשולחני דחייב בשכר אפילו מומחה ואפ' נוטל שכר בטילה נמי הוי ש"ש וכמו נושא שכר דהוי כמו ש"ש ועיין בסימן ש"ג סעיף א' ברמ"א שם:

סעיף ז

או שלא הי' מומחה. עיין ש"ך שכתב אפילו לא גמיר כלל אם קבלוהו מה שעשה עשוי ובעל המאור כתב בדלא גמיר לא מהני קבלה ובין טעה בין לא טעה אין דינו דין כלל ומשום דאשירה הוא דמיקרי ובש"ך השיג דפשיטא דאין לאחר קבלה כלום ועמ"ש בסימן כ"ב סק"א דטעמא דמהני קבלה ביחיד אף על גב דהוי תרתי לריעיתא ומשום דמהני קבלה להדיוט במקום מומחה דיכול לדון ביחידי ואם כן ממילא דה"ה בדלא גמיר כלל מהני קבלתו במקום מומח' דלא הוי אלא חדא לריעות' ובקנין ודאי אין לאחר קנין כלום מיהו בעל המאור סובר כיון דאשיר' הוא דמיקרי ואסור לדון לפניו אפילו ע"י קבל' ולכן לא מהני הקבל'. והרמב"ן השיג על בעל המאור והעל' דהיכ' דלא טעה דינו דין אפילו באינו גמיר כלל אלא היכא דטעה אפילו נשא ונתן ביד חוזר ובש"ך השיג

דכיון דקם דינ' בשיקול הדעת אם כן אפילו באינו גמיר כלל קם דינא עיין שם ואינו מוכרח והיא משום דשיקול הדעת לאו ספיקא הוא דהא אם הדיין אינו פוסק כן לא מצי למעבד דינא לנפשיה במקום שיקול הדעת וכמ"ש במוהרי"ק דלא מהני שום תפיסה בשיקול הדעת ואם כן הא דקם דינא בשיקול הדעת אינו אלא משום דנעשה הפסק על פי דין לא מהדרינן עובדא ואם כן כיון דלא גמיר כלל לא הוי עלי' שם דיין כלל ואם כן הוי לדידי' שיקול הדעת כמו דבר משנה דטעה חוזר:

סעיף ח

אם נשא. והוא שיטת הרי"ף והרמב"ם כר"ח ועיין ברי"ף שכתב משום דסוגיא דבכורות דמוקי ר' אלעאי בשם רב בנשא ונתן ס"ל כרב חסדא והרמב"ן במלחמות כתב עליו דאין ענין ר' אלעאי להך דר"ח דגם הוא סובר כרב ששת ולאו משום דמה שע: .ה עשוי דתני שם מוקי לה בנשא ונתן ביד אלא משום ישלם מביתו הוא דמוקי לה בנשא ונתן ביד משום דבעי לאוקמי כרבנן דלא ס"ל דד"ג אבל לענין קם דינא מצי סבר ר' אלעאי כרב ששת וע"ש: וליישב דברי הרי"ף נראה להקדים מה שיש לנו שם בסוגיא קושיא ופירוקא וממילא יבואר דברי הרי"ף. והוא דשם בסוגיא דבעי לאוקמי וישלם מביתו כר"מ דדאין דד"ג ומוקי ר"א כרבנן ומיירי בנשא ונתן ביד וזיכה את החייב כגון שהיה לו משכון והחזירו וקשה דהא אמרי' בפ' שור שנגח גבי שחטו תם לר"י דמצי לסלוקי בזוזי דמה שעשוי עשוי ואמרו שם ש"מ המזיק שעבודו של חבירו פטור ואם כן כי הזיק את המשכון נמי כיון דמצ' לסלקו בזוזי אינו אלא מזיק שעבודו ואפילו לדידן דקיימא לן מזיק שעבודו של חבירו חייב היינו משום דדייניגן דד"ג ואם כן כיון דאתיא כרבנן דלא דייני דד"ג אם כן גם מזיק שעבודו פטור. ואף על גב דאיכא למימר דמשכון עדיף ומשום דבע"ח קונה משכון אינו דאינו קונה קנין גמור ומה"ט פטור באונסין וכמבואר בסימן ע"ב וכ"מ בתשובת מיימוני לס' נזיקין סימן י"א וז"ל השיב ר"ת סוס שהיה ממושכן לראובן משמעון והפקידו אותו לעבודת כוכבים ומזלות א"י לשומרו ובא ואמר לעבודת כוכבים ומזלות שישאיל לו הסוס ולא רצה עד שיאמר לו שמעון להשאיל לו והוליכו לוי ונגזל ממנו נראין הדברים ששמעון הזיק שעבודו של ראובן כר"נ וכרשב"ג דהמזיק שעבודו של חבירו חייב וגם אם היה רוצה ראובן היה חוזר עלי' ורצה מזה גובה ורצה מזה גובה עד כאן לשונו. ומשמע דאלו למאן דאמר מזיק שעבודו פטור מזיק משכון נמי פטור וכמ"ש דלא הוי קנין גמיר. ואם כן כי נשא ונתן ביד המשכון מאי הוי הא אכתי אינו אלא דוני דגרמי כיון דאינו אלא מזיק שעבודו ולכן אומר בישוב קושיא זו דודאי לשיטת תוספות והרא"ש דדיבור הוי מזיק ממש זיכה את החייב לכולי עלמא

חייב דהא דיבור הוי מזיק ממש והא דמוקי בהי' לו משכון וכן בטימא את הטהור דמוקי דאגע ביה שרץ אינו אלא אגב גררא דטיהר את הטמא וחייב את הזכאי וכמבואר בדברי תוספות פ' הגוזל עיין שם ואם כן זיכה את החייב בלאו הכי חייב דדיבור הוי מזיק ממש אמנם לשיטת הרי"ף ודעימי' דדיבור לא הוי מזיק ואינו אלא גורם אם כן צ"ל לדידהו הא דכהנים שפגלו במקדש חייבין היינו כמו שכתב הרשב"א בחידושיו פ' הנזקין משום דפיגול בשעה שמפגל עושה מעשה ששוחט או זורק והיינו דגבי פגול אפילו אם חושב כל היום בפגול לא מהני עד שיה' בא' מארבע עבודות שוחט וזורק כו' ואם כן הוי מזיק ע"י מעשה העבודה אבל דיבורא גרידא אין בו משום מזיק ממש ואם כן לר"ח דס"ל דלא קם דינא בשיקול הדעת עד שיעש' הדיין מעשה בדינו ואם כן כי נשא ונתן ביד את המשכון וקם דינא שיפטור הלוה ויהיה זכאי בדינו ואם כן ודאי הוי מזיק ממש דלא נקרא מזיק שעבודו של חבירו אלא היכא דאינו מזיק אלא בשעבודו וכגון שחטו תם דגוף החוב אינו מזיק אלא שעבודו הוא דאזיק ושעבוד לא הוי ממון גמור שלו ומשום הכי אינו אלא גורם וכן מזיק שעבודו של חבירו כגון חופר בורות בשעבוד קרקע של חבירו נמי אינו מזיק ממש כיון דלית לי' למלוה רק שעבוד אבל אם מזיק את גוף החוב זה לא מקרי שעבוד אלא מזיק ממש כיון דגוף החוב שלו הוא ועמ"ש בס"ק ב' בישוב קושיות הרמב"ן דהקש' על שיטת תוספות דדיבור הוי מזיק מהא דמוחל דאינו אלא גורם ושם כתבנו משום דלוקח אין לו אלא שעבוד ואין לו בגוף החוב כלום ואינו אלא מזיק שעבודו אבל היכא דמזיק גוף החוב של חבירו זה הוי מזיק ממש ואף על גב דשחטו תם כי אזקי' אין הניזק טורף כלל דהא אפותקי הוי ואין לו פרעון אלא מן התם מכל מקום גוף החוב לא אזיק אלא התם ובתם אין לו ממון גמור אלא שעבוד גרידא אבל חוב של חבירו ממון גמו' שלו הוא ומשום הכי זיכה את החייב לשיט' תוספות דדיבור הוי מזיק חייב לכולי עלמא דהא מזיק גוף החוב ולשטת הרי"ף ודעימי' דדיבור אינו מזיק אבל כי נשא ונתן ביד המשכון ומשו' זה יפה כח הדיין לזכות את החייב ונפטר הלוה מחובו וה"ל כמו כהר' שפגלו במקדש דחייבין משו' דהוי מזיק ממש כיון דהוי מזיק בדיבור ע"י מעש' והלכך כי נשא ונתן ביד ה"ל מזיק גוף החוב וחייב משום מזיק ממש כיון דלא קם דינא אלא ע"י מעשה ונמצא שאינו חייב על היזק החוב דהוי מזיק ממש ודו"ק

☜ובזה יתכן שיטת הרי"ף דהסוגיא כר"ח דאי כר"ש לא היה חייב על נטילת המשכון משום דאינו מזיק ממש שעבודו של חבירו והיזק החוב אינו אלא בדיבור גרידא בלא נטילת המשכון ודו"ק והוא חריף ועמ"ש בסימן שפ"ח סעיף ד':

סעיף ט

ואם לא נשא. יש להסתפק אם בעינן נשא ונתן ביד כל הממון אבל נשא ונתן ביד מקצת ממון אינו קם דינא או נימא כיון דעש' מעשה אפילו במקצת קם דינא וכן משמע מלשון הרמב"ן שכתב דלא אלים כח הדיין שיקום דינא בדיבור בעלמא עד שיעש' מעשה על דינו עיין שם ואם כן משמע דכי עשה מעשה אפילו כל דהו תו לא הוי דיבור גרידא ולא הדר דין ונראה במשכון בכדי מקצת החוב והדיין נטל את המשכון והחזיר ליד הלוה בזה ודאי עשה מעשה המוכיח שאינו מגיע ליד המלוה כלום דאם היה לו חוב פרוטה לא היה מחזיר המשכון וכיון דעשה מעשה המוכיח שאינו מגיע לו כלום ודאי קם דינא בכולו אבל בחייב את הזכאי והוציא מקצתו ביד אפשר דאינו קם דינא. ויותר נראה דאפילו נשא ונתן ביד המקצת נמי חשיב מעשה וקם דינא בכול' ובזה ניחא לי הא דמוקי לר"ח טימא אא הטהור דאגע בי' שרץ וקש' כיון דאגע ביה שרץ ודאי טמא הוא ואיך אמרו בזה מה שעשה עשוי ומה יש עוד לעשו' וראה מ"ש הרא"ש על הגאון דכ' הפי' נשא ונתן ביד הדר דינא ומה שעשה עשוי היינו היכא דא"א למיהדר וכתב עליו הרא"ש דלישנא דמה שעשה עשוי לא משמע הכי ועיין שם ולפמ"ש ניחא דמיירי דאגע שרץ בקצתן ומשום זה יפה כח הדיין וקם דינא בכולו וכ"מ לשון רש"י שם שהשליכו על הפירות עיין שם פ' אד"מ ומשמע על מקצתו ואם כן ע"י השרץ עדיין לא נטמאו כל הפירות דראשון עשה שני ושני שלישי ותו לא אלא כיון דעשה מעשה קם דינא בכל הפירות. ועובדא דר"ח ור' ישמעאל אף על גב דקם דינא במקצתו ולא קם דינא בכולו היינו משום דלא הוציא ומצי המוחזק לומר כסוגיא דעלמא אבל היכא דהוא מוחזק כגון שכבר הוציא אף על פי שהדיין לא נשא ונתן ביד רק במקצתו קם דינא בכולו:

סעיף י

בין לדין בין לטעות. ונראה דאף על גב דלא אמרו והפטר נמי פטור הדיין דכיון דקבלו עליהם בין לדין בין לטעות ה"ל כאומר קרע כסותי דפטור אפילו לא אמר והפטר. היכא דלא אתי לידו בתורת שמיר' וכמבואר ס"פ החובל ובטור וש"ע סימן ש"פ אמנם לפי דעת בעל המאור קרע כסותי חייב כל שלא אמר והפטר ועיין שם שיטתו בזה ס"פ החובל אם כן הוא הדין הכא חייב לשלם בקבלו בין לדין בין לטעות כל שלא אמר והפטר: ועיין בפ' קמא דסנהדרין דפריך לר"א דאמר שנים שדנו אין דיניהם דין מהא דתנן דן את הדין מה שעשה עשוי ומשני בדקבלי' עלייהו ופריך א"ה אמאי חייב לשלם ומשני דאמרי לי' דיינת לן ד"ת ובירושלמי הק' גם כן קושיא זו ופריקא לה שאמרו בפירוש הרי את מקובל עלינו ע"מ לדון ד"ת ובזה פליגי הש"ס דילן עם הירושלמי דש"ס דילן סובר בסתם נמי

הוי הקבלה ע"מ לדון ד"ת וירושלמי סובר דסת' הקבלה בין לדין בין לטעות ומשום הכי פריך אמאי חייב לשלם עד דמוקי לה במפרש ע"מ לדון ד"ת וא"נ דקרע כסותי חייב אם כן אפילו נימא דקבלה היה בין לדין בין לטעו' נמי חייב לשל' כיון דלא אמר והפטר וצריך עיון:

סעיף יא

שמכריחין הקהל. גם בזה נראה דעכשיו בזמן הזה שנשתרבב המנהג לטול שכר אע"פ דאנוסים הם ע"פ החרם מכל מקום בשכר הוי להו למידק דהא גבי טבח אומן נמי מומחה חשיב אונס ואפילו בשכר חייב ועמ"ש בסק"ו:

סעיף יב

והלכו אחר שנים. ברא"ש בסנהדרין פ"ג דהשלישי אינו משלם עמהם דאמר אי הוי אתון אמרון זכאי כו' וכן אין הב' משלמין חלק הג' דאמרי אי לאו את בהדן דינא לא הוי מוגמר: ויש בזה מקום עיון לפי מה דקיימא לן כר"נ דהיכא [דליכא] (דאיכא) לאשתלומי מהאי משתלם מהאי וכמבואר בסימן ת"י גבי שור שדחף חבירו לבור וכן אדם ושור שהזיקו יחד דהיכא דליכא לאשתלומי מהאי כגון שהוא פטור בנזקו משתלם מהאי ה"נ השנים ראוי שישלמו בעד השלישי כיון דליכא לאשתלומי מהשלישי: ונעתיק לפנינו מקור הדין דר"ן ומשם יתברר אם דינא דהאי דומה לזה או לאו בפ' שור שנגח דף נ"ד אמר מר נפל לפניו מקול הכרי' חייב ואמאי נימא כורה גרם לי' אמר רב שימי בר אשי הא מני ר' נתן היא דאמר בעל הבור היזקא עבד והיכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי וכו' ובתם מאי קסבר כו' אמר רבא ר"נ דיינא הוא ונחית לעומק' דדינא לעולם קסבר האי כולה היזקא עבד והאי כולה היזקא עבד ודקא קשיא לך לישלם האי פלגא והאי פלגא משום דא"ל בעל השור לבעל הבור שותפתאי מאי אהני לי ואבע"א לעול' קסבר האי פלגא היזק' עבד ודקא קשיא לך בעל הבור משלם פלגא ובעל השור רביע ואידך רביע נפסיד משום דא"ל בעל השור לבעל הבור אנא תוראי בבירך אשכחנא את קטלתי' מאי דאית לי לאשתלומי מהיאך משתלם מאי דלית לי לאשתלימו מהיאך משתלם מינך והעלו תוספות שם כהאי לישנא דכולה היזקא עבד וראייתם שם מהא דאמרינן שם גבי שור ושור פסולי מוקדשין שנגחו דאית בי' משום דינא דר"ן והתם לא שייך ה"ט דאנא תוראי בבירך אשכחנא ועיין שם ואם כן ה"נ נימא הכי דהאי כולה היזקא עבד והאי כולה היזקא עבד וכיון דליכא לאשתלומי מן השלישי דפטור ישלמו השנים בעדו: והנה ביש"ש פ' הפרה סימן מ' האריך והעלה בשם הגהת מיימוני דהני לישנא תרווייהו אמת לדינא דהיכא דנוכל לומר האי כולה היזקא עבד ודאי שייך דינא דר"ן אפילו בלא טעמא

דאנא תוראי בבירך אשכחנא ובשור ושור פסולי מוקדשין קים להו דהאי כולה היזקא עבד וכו' אבל גבי שור שדחף לבור קים להו לתלמודא אם לא הי' השור שדחפו לא הוי הבור עביד מידי וכן אם אין הבור לא הוי השור עביד מידי ואין שייך בו דינא דר"ן אם לא מטעם דאנא תוראי בבירך אשכחנא וכו' ומשום הכי לעיל בפרק קמא דב"ק גבי שלמים תמים שהזיקו אמרינן דאינו גובה מבשרן נגד אימורין משום דאין הבשר מזיק בלא אימורין וליכא טעמא נמי דאנא תורא בביר' אשכח ולהכי פטור גם לר"נ עד כאן לשונו. ואם כן ניחא ה"נ בנ"ד דקים לן דאי לאו השלישי לא הוי מיגמר דינא בשנים ולא עבדי כולה היזקא ומשום הכי לא שייך בזה דינא דר"ן. ואכתי צריך עיון לפי מה דמשמע מדברי התוספות פרק קמא דב"ק דף ו' ודף י"ג דלעולם אמרי' האי כולה היזקא עבד והיינו משום דאמרינן דכיון דאלו הי' א' לבדו לא הי' כאן היזק הוי כאלו כל אחד לבדו כולה היזקא עבד וכאלו הוא גומר כל ההיזק ובע"כ צ"ל כן דהא גבי השור שדחף חבירו לבור או נפל מקול הכרי' דודאי אי לאו הכורה או השור שדחפו לא הוי נפל לבור הוי כאלו כל א' גורם כל ההיזק ואם כן הדרא קושיין לדוכתי' דכאן נמי שייך דינא דר"ן וכן משמע מדברי הסמ"ע סימן ת"י סעיף קטן נ"ז דאפילו היכא דלא עביד כל ההיזק בלא חברי' נמי שייך דינא דר"ן: ועוד דאפילו לדעת הגהת מיימוני ומוהרש"ל נמי קשה דהא בתוספות שם דף נ"ב ז"ל וא"ת ואי פלגא היזק עבד אמאי נחייבי' מה"ט תוראי בבירך אשכח ותירצו שם כיון דגמר ההיזק נעשה ע"י הבור אפילו אי פלגא היזקא עבד אמרינן היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתל' מהאי ועיין שם ואם כן ה"נ לפנינו כל גמר ההיזק נעשה ע"פ שנים אלו שאמרו איש פ' אתה חייב והשלישי אינו אלא כמו קול הכורה דהא אחר שנגמר הדין ביניהם לחייב אפילו נסחלק השלישי יכולין השנים לגמור הדין ואם כן כל גמר ההיזק נמצא בהנך שנים וכעת לא מצאתי ישוב נכון לקושיא זו:

סעיף יג

ואם אין לו להחזיר. עיין סמ"ע חולק על דברי כ"מ והעלה דאפילו לא נתן ביד צריכין הדיינים לשלם לבעל דין והדיינים חוזרים ומוציאין מיד התובע ולי נראה כדברי הכ"מ דהא במראה דינר לשולחני ונמצא רע ואפשר להחזיר ודאי השולחני פטור ואם כן ה"נ כיון דלא נשא ונתן ביד ואיע אלא גורם מה שנתן ע"י הדיין ואם כן אינו אלא כמו מרא' דינר לשולחני דהיכא דאפשר להחזיר לא הוי גורם היזק כלל ואף על גב דנו"נ ביד חייב אפילו אפשר להחזיר היינו משום דנשא ונתן ביד הוי הדיין מזיק ממש שהוציאו מרשות לרשות ומשום הכי אין לו אלא על הדיין אבל זה שלא נתן ביד ואינו אלא גורם ואפשר להחזיר ודאי פטור וכמו מראה דינר לשולחני דפטור היכא דאפשר להחזיר. ואם הלך

למדינת הים וצריך הוצאות לחזור אחריו נראה דהוי דינא של דוחף מטבע לים וצריך לשכור בר אמוראי והוא בסימן שפ"ו דלדעת השלחן ערוך חייב מה שהזיקו בשביל הוצאה לשכור בר אמוראי ולדעת הרמ"א פטור כיון שלא הזיק גוף המעבע ועיין שם ואם כן ה"נ לדעת הרמ"א פטור דכיון דלא נתן ביד אין הדיין עושה היזק ממש ואינו אלא כמו גורם שנתן בשבילו וכיון דאכתי יכול להחזירו אחריו אף על גב דיצטרך הוצאות פטור הדיין כמו דוחף מטבע לים אבל נתן ביד ודאי הדיין ה"ל גזלן ולא מצי אמר הרי שלך לפניך וגם גבי דוחף מטבע אם שקלי' בידים חייב כמבוא' סימן שפ"ו והכא שלא שקליה אלא גורם להזיק ה"ל כמו דוחף מטבע לים ופטור על הוצאות ואפשר דאפילו לדעת השלחן ערוך דחייב בהוצאות משום גרמי גבי דוחף מטבע היינו משום דעשה בידים אבל כאן ה"ל גורם דגורם אבל היכא דאינו צריך שום הוצאה ודאי פטור:

סימן כו

סעיף א

ויש מי שאומר. עיין סמ"ע שכתב וז"ל ולא מצאתי מי שחולק בזה ואפ"ל שזה תלוי במ"ש כל מצוה שמתן שכר' בצדה אין בית דין מוזהרין עליו שפירש הרמב"ן שאין בית דין עונשין עליו אבל אם ירצו הבית דין יכולין להוציא מידו ויותר נראה דרך המחבר לכתוב כן אף שאין בו פלוגתא עיין שם ועיין ט"ז מ"ש בשם מו"ח דהך דאין בית דין מוציאין משום דאין שייך כאן כפי' דיכול לומר אתן ומתי שארצה אתן ועיין שם שכתב ז"ל ואני תמה דודאי לענין צדקה אין כופין לדעת קצת פוסקים משום דמתן שכרה בצדה אבל מה שאדם אומר אתן צדקה ודאי כייפינן לי' ככל הכפיות דהוי כמו נדר ובנדר פשיטא ודאי כייפינן ואיך נעלם מעיניהם ברייתא ערוכה פרק קמא דר"ה מוצא שפתיך תשמור זה ל"ת ועשית אזהרה לבית דין שיעשוך כו' הרי מבואר דכופין בית דין לקיים הנדר ועיין שם ועיין בתשובת ב"ח שכ' וז"ל לענין הקנס בית דין אין כופין אותו והא דב"ד כופין על הצדקה היינו היכא שאינו רוצ' ליתן כל עיקר אבל בנודר לענייי' אין שם כפי' דיכול לשאול ועיין שם בסימן ל"ז לדע' הסמ"ע שוה נודר לדין צדקה ולמאן דאמר כופין בצדקה כופין בנדר ועיין במרדכי פרק קמא דב"ב שאל הרב ר"י את הר"ר יצחק בר יוסף ט"ע אין מעשין על הצדקה כו' ותלמידך חוכך להחמיר וכו' ועוד מדגרסינן בפ' נערה אבל אמיד כייפינן כי הא דרבא אכפי' לר"א ומגבה מיני' ארבעה מאה זוזי לצדקה וכו' ודוחק לומר דהת' מיירי שכבר נדר מעיקרא ולהכי אכפיה מדלא אדכרא תלמודא עיין שם ומבואר מדבריו דבנודר ודאי כייפינן וכדברי הטורי זהב. אמנם גם הסמ"ע יש

לו במה לסמוך והוא דעת רב האי גאון דסבירא ליה גם בנודר אין כופין והובא בר"ן פרק נערה ז"ל וכן כתב רב האי גאון ז"ל בתשובה דהא אפילו נודר שעברו עליו שלשה רגלים מיקים הוא בבל תאחר אבל אין חייבין לעשות לו כלום אבל הר"ן השיגו וכתב ז"ל וכן מ"ש דאפילו נודר לא דק דהא אמרינן בר"ה ועשית אזהרה לבית דין שיעשוך ובההיא קרא כתיב צדקה כדדרשינן בפיך זו צדקה עיין שם ואם כן לענין דינא עיקר כדברי הטורי זהב וכפרט שכיון בראייתו לראיות הר"ן אבל אין להתפלא על הסמ"ע אם דעתו שוה לדעת רב האי גאון. אלא דהיא גופי' קשיא לי מ"ש נודר מצדקה דהא טעמא דאין כופין על הצדקה היינו משום דמ"ע שמתן שכרה בצדה דכתיב למען יברכך ואם כן בנודר מי לית ליה האי ברכה ברכת ד' וכי משום דעדר מעיקרא לצדקה יפסיד ברכת ד' ואם כן הוי נמי מ"ע שמתן שכרה בצידה ואי' משום דבנודר איכא נמי לאו דלא יחל וכופין על הלאו הא בצדקה גופי' נמי אית בי' לאוי טובא לא תקפוץ ולא תאמץ ואפילו הכי אמרו דאין כופין על הצדקה. ואי נימא דגם באמירה לעני שייך ביה אמירה לעני כמסירה להדיוט ואם כן קני להו ממש באמירה אם כן ודאי כופין ואפילו לנכסים אינ' יורדין אבל למאן דאמר דלא אמרינן אמירה לעני כמסירה להדיוט ואין בו אלא משום נדר אם כן אכתי ה"ל מ"ע שמתן שכרה בצדה ואין כופין ועמ"ש בסימן ר"ץ: ועיין בתומים מ"ש ליישב דברי הרי"ף שכתב בפי' המשנה דחומ' בנדרי' מבשבועות דהוא בנודר לצדקה באם לא ילך לדון בפני כותים ותמה הב"ת שאין המשנה מתפרש על דרך זה ועיין שם שכתב ע"פ הקדמה שהוליד מדברי ר"ת והרא"ש ר"פ המדיר דהאומר קונם עלי שינה ג"י אם אעשה דבר פ' דאינו נדר אף על גב דיכול לישן ולא יעשה דבר פ' הואיל והוציא שינה ג"י והוא נדר שוא ואינו חל דה"ה איפכא אם אמר אם אישן מהיום תוך ג"י יהי החפץ זה אסור אינו נדר דהא הזכיר שינה ג"י והוי נדר של שוא עיין שם ואין הנדון דומה לראיה דהתם טעמא דר"ת ורא"ש היינו לפי שגוף הנדר הוא שוא אף על גב דתלוהו בדבר שיכול לקיים מכל מקום גוף הנדר אינו יכול להתקיים אבל להיפך היכא דהנדר הוא בדבר שיוכל לקיים אלא שתלה אותן בדבר שאינו יכול להתקיים ודאי הנדר חייל אם לא היכא שנוכל לומר שהוא על דרך גוזמא וכמו קונם פירות אם לא ראיתי נחש כקורות בית הבד וכמ"ש בר"ן בנדרים דכ"ד עיין שם אבל היכא דל"ש דרך גוזמא הנדר חל והוא פשוט:

סימן כז

סעיף א

ואם היה דיין. עיין בראנ"ח ח"א סימן קי"א כתב ז"ל וה"ה לממונה על הקהל אסור לקלל וע"ש:

סעיף ב

אינו לוקה. אבל איסורא מיהא איכא דל"פ רבנן אר"מ אלא לפטרו ממלקות אבל איסורא מיהא איכא. ב"ח:

סימן כח

סעיף א

וחייב בדיני שמים. כתב הריב"ש דכל היכא דמחויב לצאת ידי שמים אי תפס מפקינין מיני' והובא בשכנה"ג ועיין משנה למלך הל' רבית ולא כן משמע בהא דאמרינן בפ' הפועלים דף צ"א גבי חוסם פי פרה ודש בה לוקה ומשלם ד' קבין לפרה ופריך והא אינו לוקה ומשלם כו' רבא אמר אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו וכתב רש"י ז"ל אתנן אפילו בא על אמו ונתן לה באתננה טלה אתנן הוא ואסור לקרבן דאתנן סתמא כתיב כו' ואף על גב דאי תבעה לקמן לדינא תן לי אחנני לא מחייבין לי' דקיימא לן בדרבה מיניה כי יהיב ניהלי' אתנן הוא אלמא אף במקום מיתה נמי רמי תשלומין עלי' כי יהיב ניהלי' וגבי חוסם נמי תשלומין רמי עלי' אלא שאין כח בית דין לעונשו שתי' וכיון דרמי תשלומין עלי' לא יצא י"ח עד שישלם א"נ אי תפיס לא מפקינן מיני' כך שמעתי מפי מורי הזקן עד כאן לשונו ומשמע מזה דדינא לצאת ידי שמים אי תפיס לא מפקינן מיניה אמנם מוהרש"ל בפ' הכונס ביש"ש סימן ו' כתב וז"ל ונראה דכל היכא דחייב לצאת ידי שמים אי תפס מפקינן מיני' אפילו לפי' רש"י פ' השוכר וכו' מכל מקום כה"ג מפקינן מיני' בשלמא בקיימא לן בדרבה מיני' חייב הוא רק דלא עבדינן החומרא הלכך היכא דלא עבדינן החומר' כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמן הזה אם כן נוכל לומר שהסבר' נותנ' אם תפס לא מפקינן מיני' דהא ס"ס חייב הוא אבל היכא שגרמ' בניזקין הוא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצאת ידי שמים אם כן פשיטא דאי תפס מפקינין מיני' עד כאן לשונו והנה משמע מדברי מוהרש"ל דאפילו בקיימא לן בדרבה מיני' לא מהני תפיסה אלא דוקא היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או בזמן הזה או שלא בהתראה אבל היכא דעבדינן החומרא תו לא מחייב כלל בתשלומין ואפילו תפס מפקינן מיני' ולכאורה דברי מוהרש"ל המה דברי נביאות דהא שפי' מצינן למימר דאפילו עבדינן החומרא רמי עליו

תשלומין וכן משמע לישנא דש"ס דפריך והא אינו לוקה ומשלם ולזה אמר רבא אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו: אמנם נראה דברי מוהרש"ל מוכרחין והוא דבסנהדרין דף ע"ב רבא איגנבי לי' דיכרי במחתרת אהדרינהו ניהלי' ולא קיבלו הואיל ונפק מפומי' דרב דבדמים קנינהו והקשו בתוספות כיון דחיוב הוא לצאת ידי שמים אמאי לא קיבל ותירצו שהם לא הי' מחזירין אלא משום שהיו סבורין שבדין חייבין להחזיר ולא רצו לצאת ידי שמים ולכך לא קבלינהו ע"כ והנה לשיטת רש"י דמהני תפיסה אם כן אפילו לא רצו לצאת ידי שמים למה אהדר רבא בתר דקבלה כיון דמהני תפיסה אבל לפי מ"ש מוהרש"ל דלא מהני תפיסה אלא היכא דלא עבדינן החומר' אבל היכא דעבדינן החומר' כגון במזיד והתרא' אין עליו שום עונש אחר בדיני אדם ואם כן הבא במחתרת עבדינן ליה החומר' דאין לו דמים ורשאין להרוג אותו ואין עליו שום חיוב תשלומין ואף על גב דניצול ולא נהרג לא הוי כשוגג אלא כמו מזיד ובהתראה וברח דזה ודאי כל דין מזיד עליו כיון דכבר נתחייב בהחומרא מה שאין כן שלא בהתראה או בזמן הזה מעולם לא הי' עליו החומרא אלא דהתורה פטרה משום דלא חלקת בין שוגג למזיד על כל פנים עליו חיוב תשלומין ומשום הכי מהני תפיסה אבל היכא דעבדינן החומרא דאינו ראוי לו לשלם לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה כיון דכבר הי' בו עונש החומרא ומחתרת כמו מזיד והתראה בפני הבית ודו"ק: ובחידושי הר"ן הקשה גם כן קושיות תוספות דהא לצאת ידי שמים מחויבין להחזיר ותי' בשם הר"ר דוד וז"ל דלא דמי דהתם גבי אתנן צריך האדם לעמוד בדיבורו אף ע"פ שלא יתחייב מן הדין אבל כאן אחר שקנו הני דיכרי בדמייהו לפי סברא דרב נמצא גניבה זו קנוי' לגמרי ביד הגנב ולא ניתן להישבון עיין שם וקשה דאי נימא משום דחיוב לעמוד בדיבורו ונתן לה הוי אתנן אם כן הא דאמרי' בפ' השוכר את הפועל בא עלי' ואח"כ נתן לה אתננה מותר ורמינהו בא עלי' ואח"כ נתן אפילו מכאן ועד שלש שנים עיין שם דפריך וכי אמר טלה זה מאי הוי הא מיחסרא משיכה והא התם גם כן מחויב לעמוד בדיבורו כיון שהבטיח לה וצריך עיון ☜ולכן העיקר כדברי רש"י אלא דהיכא דעבדינן החומרא לא מהני תפיסה וכמ"ש: ובזה ניחא ליישב מה דקשיא לן בהא דתנן בכריתות יש אוכל אכילה אחת וחייב עליה ד' חטאות ואשם אחד האוכל חלב מהמוקדשין וכו' ר' מאיר אומר אף אם היתה שבת והוציאו בפיו א"ל אינו מן השם וקשיא לן מאי הוסיף ר' מאיר שבת דהא במה דהוסיף חיסר אשם דבפ' כל שעה (פסחים דף כ"ט) תניא האוכל חמץ של הקדש י"א מעל וי"א לא מעל מאן י"א ר' נחוניא בן הקנה דחייבי כריתות פוטר מתשלומין והקשו בתוספות אמאי פטור מקרבן מעילה משום דקיימא לן בדרבה מיני' הא אמר בהמצניע המוציא אוכלין בכלי

שגג באוכלין והזיד בכלי חייב על האוכלין ותרצו כיון דפטור מקרן וחומש פטור נמי מקרבן שאין אשם מעילות בא אלא כשיש קרן וחומש ועיין שם ואם כן אם היתה שבת דהוא חייבו מיתות בית דין ודאי פוטר מתשלומין דאפילו ר"מ לוקה ומשלם א"ל מת ומשלם לית ליה כדאי' בפ' אלו נערות ואם כן ליכא אשם ואם כן מאי מוסיף ר' מאיר כיון דמחוסר אידך והוא אשם ☜אבל לפי מ"ש בשם רש"י דהיכא דקיימא לן בדרבה מיני' רמי חיובי' עלי' אלא שאין הבית דין עונשין ואיהו מחייב לצאת ידי שמים ואם כן כיון דקיימא לן חייבי חטאת ואשמות אין ממשכנין ממילא ליכא חיוב אשם בבית דין דהא אין ממשכנין ואיהו לעולם מחייב אשם וגם הקרן והחומש לצאת ידי שמים והא דאמרי' בפ' כל שעה י"א לא מעל משום דסובר חייבי כריתות פטור מתשלומין ולפי מ"ש כיון דאין ממשכנין חייבי חטאות ואשמות אם כן מ"ד מעל ע"כ לצאת ידי שמים דהא אין ממשכנין ואם כן הי"א דלא מעל היינו אפילו בדיני שמים ואמאי דהא קיימא לן בדרבה מיני' אינו פטור מתשלומין בדיני שמים וחיובי' רמי עלי' אמנם לפי מ"ש בשם מוהרש"ל דהיכא דעבדינן לי' החומרא ליכא חיוב תשלומין אפילו בד"ש אם כן ניחא דמצינן למימר דשם מיירי שהזיד בחמץ ואם כן עבדינן לי' החומרא ולהכי י"א לא מעל אפילו מעילה דאינו אלא בד"ש נמי פטור כיון דעבדינן לי' החומרא אבל אוכל אכילה אחת דמיירי בשוגג ולא עבדינן החומרא ובזה לא חסרה אשם אף אם היתה שבת דמעילה אינו בדיני אדם כיון דאין ממשכנין ולצאת ידי שמים אפילו בקיימא לן בדרבה מיני' חייב: ובזה ניחא דברי רש"י פ' כ"ש שם ז"ל יש טועים דקשיא להו כי פטר ר' נחוניא במזיד דבר כרת הוא והכא בשוגג עסקינן מדקתני מעל ובשוגג לאו בר כרת הוא וטעות הוא דגבי חמץ מזיד הוא וגבי הקדש שוגג הוא דלא ידע שהוא של הקדש עד כאן לשונו ודברי רש"י תמוה דהא קיימא לן דלא חלקת בין שוגג למזיד וכי היכא דחייבי מיתות פוטר בין בשוגג בין במזיד ה"נ לר' נחוניא דעושה יה"כ כשבת אם כן בשוגג נמי פוטר ועיין שם בחוס' ולפי מ"ש ניחא דאי הוי שוגג אף ע"ג דפוטר מחשלומין אינו פוטר אלא בדיני אדם ושלא יהיה בית דין עונשין אותו אבל חיובי רמי' עלי' בדיני שמים ואם כן אכתי לא משכחת לא מעל כיון דכל אשמות אין ממשכנין אותו וכמ"ש ולהכי צ"ל דמיירי במזיד ואם כן קשיא להו היכי משכחת לזה כתב רש"י דהי' מזיד בחמץ ושגג בהקדש. אך לישנא דש"ס פ' השוכר את הפועלים דפריך והא אינו לוקה ומשלם ומשני רבא אתנן אסרה תורה משמע דאפילו היכא דלוקה ועבדינן החומרא חייב הוא לצאת ידי שמים ולפי מ"ש בסימן ל"ח דרבא ס"ל חייבי מלקות שוגגין נמי פטור מתשלומין

ועיין שם אם כן מצינו למימר דרבא משני דמיירי בשוגג ומשלם משו' דאתנן אסרה תורה ובש"ך הביא לשון מוהרש"ל ולא ערער ועמ"ש בסימן ע"ה:

סעיף ב

לא יוכל להשביען. עיין ש"ך שהעלה דבשבועת העדים נמי אם אמרו אין אנו מקבלין עלינו שבועה זו לא הוי שבועה אלא דוקא בשתקו דאז הוי כהודאה וקבלו ועיין שם ומדברי הסמ"ע משמע דיכול להשביען בע"כ מושבע ע"י אחרים אלא להשביען שבועת עצמן דהיינו שיאמרו אמן זה אינו יכול ועמ"ש בסימן צ"ו סעיף קטן ב':

סעיף ג

וכן עיקר. קצת דיינין נוהגין כשמקבלין בעל דין עליהם קא"פ לעד אז שואלים את העד בעונש אלי"ע ונותנין טעם לדבריהם כיון דמקבלין עליהם לעד הרי הוא עד וליתי' דאין עליו שם עד וכדאי' בירושלמי עד א' שאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשנים יכול הוא חייב ת"ל והוא עד או ראה כו' וכ"כ הר"ן בפ' שבועת העדות בשם הרמב"ן עיין שם מיהו נראה דאף ע"ג דאינו חייב משום לא יגיד אפילו הכי מצוה איכא להעיד ומשום השבת אבידה:

סעיף ד

אמת העדתי. נראה לי היכא דהוא עד כשר אף על פי דע"א אינו נאמן כשנים מכל מקום עד מיהא הוי ויכול לומר אמת העדתי ומשום הכי פטור מלשלם אבל אם אין עליו שם עד כלל כגון שהוא קא"פ אינו נאמן לומר אמת העדתי והגע בעצמך מי שנטל בזרוע בפני עדים חפץ של חבירו ונחנו לאחר והאחר ליתי' לחזור לאחריו ודאי צריך לשל' מה שהזיק לחבירו ולא מצי אמר אמת של חבירי הוא כיון דלית ליה מגו אינו נאמן וגזלן הוא וצריך לשלם וה"נ בזה שאין עליו שם עד וכגון שהוא קא"פ אינו אלא מסור בעלמא ואינו נאמן לומר אמת כדברי אלא היכא שהוא עד כשר אלא שלא מצאתי בזה מפורש ושיקול הדעת נוטה כמ"ש:

סעיף ה

ע"א. עיין ט"ז שהקשה ת"ל דחשוד א"צ שבועה ולמה לי העד ותי' דמיירי במודה במקצת דלולי העד היה שכנגדו נשבע ונוטל וכבר כתב בבית יוסף קושיא ופירוקא ועיין שם ועיין מה שכתבתי בסימן פ"ז סעיף קטן ט':

סעיף ו

בעדות שבשטר. והנה בזה שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר מצאנו ארבעה שיטות הא' שיטת רש"י ובעל המאור דכיון דאין כותבין השטר אלא מדעת המתחייב לא הוי

מפי כתבם אלא מפי כתבו והיינו מפי כתב מתחייב. שנית הוא שיטת הרמב"ן דלא שייך בעדות שבשטר מפי כתבם דכיון דנכתב בנוסח שטר ה"ל כמו שנחקר' עדותן בבית דין ולא שייך מפי כתבם אלא היכא דאינו בתורת שטר. שלישית הוא שיטת תוספות בשם רבינו תם דלא שייך מפי כתבם אלא במי שאינו ראוי להגיד בפה וכגון שהוא אלם. אבל במי שיכול להגיד בפה והוי ראוי לבילה אין בילה מעכבת בו. רביעי הוא שיטת הרמב"ם דעדות שבשטר אינו אלא מדברי סופרים ומה"ת אינו מועיל משום דהוי מפי כתבן ולכל השיטות שזכרנו לא נתיישב סוגיות הש"ס בפ"ב דכתובות דף כ"ד איבעי להו מהו להעלות משטרות ליוחסין ה"ד אילמא דכתוב בי' אני פ' כהן עד מאן קא מסהיד עלי' לא צריכא דכתיב בי' אני כהן לויתי מפ' מנה וחתימי סהדי מאי אמנה שבשטר. קא מסהדי או דלמא אכולה מלתא קא מסהדי רב הונ' ורב חסדא אמרי מעלין וקשה הא הוי מפי כתבם ואם כן נהי דמסהדי אכולה מלתא והיינו איך שפ' כהן הא הוי מפי כתבם. ולשיטת בעל המאור נמי קשה דגבי כהן לא מהני אלא מפי עצמו ולשיטת הרמב"ן דעדות שבשטר ל"ש בי' מפי כתבם נמי קשה דעדות שבשטר לא שייך אלא בדיני ממונות אבל לענין כהן לא שייך בי' עדות שבשטר ולא לישנא דשטרא ולשיטת הרמב"ם דהוי מד"ם נמי קשה דלא תיקנו אלא בדיני ממונות או בגיטין משום תקנת עגונות אבל בשאר דברים לא תיקנו ואם כן לא נתיישב הסוגיא אלא לפי שיטת ר"ת דמכשיר מפי כתבם בעדים שיכולין להגיד ☜ואפשר דכיון דכל המשפחות בחזקת כשרות ואפילו ע"א נאמן באיסורין לענין יוחסין אי לאו משום דעשו מעלה ביוחסין וכמבואר שם בתוספות ור"ן אם כן אינו אלא מעלה דרבנן ובמידי דרבנן הכשירו מפי כתבם וכמ"ש ברמ"א סימן מ"ו לענין קיום דסגי מפי כתבם ועדיין צריך ישוב ועיין בתוספות שם שהקשו ז"ל וא"ת ואי לאו אכולה מלתא קא מסהדי אם כן עדים חתמי אף על גב דלא ידעי אם כהן אם לאו ואם כן הא דתנן בפרק גט פשוט שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת אם היו משולשין יכתבו כהן ומה מועיל כיון שהעדים חותמין אף על פי שאין יודעין אם הוא כהן עיין שם ואפ"ל דודאי עדים אכולה מלתא קא מסהדי אלא דהכי קא מבעי' לי' מי אמרינן אמנה שבשטר קא מסהדי והיינו שמעידים שאיש פ' אשר הוא כהן לוה מנה מפלוני ואם כן ה"ל מלתא דשטרא ולא שייך בי' מפי כתבם וכמ"ש [הרמב"ן] דבלישנא דשטרא לא שייך מפי כתבם א"ד אכולה מלתא קא מסהדי והיינו שמעידים שזה לוה מנה וגם שהוא כהן ואם כן כיון דלאו אמלת' דשטרא מעידים בעדות כהן הוי לי' מפי כתבם דגבי עדות כהן לא הוי מלתא דשטרא ועמ"ש בסימן ס"ז סק"ה:

סעיף ז

וחוזרין ומגידין. ובתשובת מוהרש"ל סימן י"א כתב דאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו וכתב הטורי זהב שכן מצא בתשובת ן' ל"ב ואין להם יסוד מגמ' ולא מפוסקי' ואדרבה מדברי הרי"ף והעיטור שהעתיק הרמ"א בסעיף כ"א וז"ל אלא סומכין על העדים עצמן ומשמע דמהני אח"כ בפניו ע"ש. והנה מדברי העיטור אות ק' משמע דלא מהני שכתב שם ז"ל והיכא דאתו בי תרי לדינא ואייתי סהדי ואשתכח דקרוב הוא ואיפסל ופסקו ובתר כמה יומי אתרחק דאי הוי מסהיד האי שעתא כשר הוי מסחברא כיון דאפסק האי דינא אפסק ולא סתר דינא דעבד אינש לאחזוקי דיבורא עד כאן לשונו ואם כן ה"נ לא מצי לחזור ולהגיד דעבד אינש לאחזוקי דיבורו אלא דלפ"ז דברי העיטור סתרי אהדדי דהא גבי עדים שהעידו בפני שאינם בקיאים כתב דיחזרו ויעידו בפני בקיאים ולהכי צ"ל דטעמא דעיטור בקרוב ונחרחק הוא משום דכבר איפסק וקם דינא וכמ"ש בסימן ל"ג סק"ב עיין שם ועיין בפ' מרובה (בבא קמא דף ע"ז) דאמרינן שם ע"פ ע"א פשיטא אמרי הא קא משמע לן ע"פ עצמו דומיא דע"פ ע"א מה ע"פ ע"א כי אתי ע"א ומצטרף מחייב ע"פ עצמו נמי כי אתו עדים מחייב ופירש"י כי אתי ע"א ומצטרף דהלכתא כריב"ק דאמר שומעין דבריו של זה היום ושל זה למחר ותוספות כתבו שם אפילו למאן דאמר אין מצטרפין כי אתי ע"א מצטרף היינו כי אתי אח"כ עד הראשון עמו ומעידין שניהם כאחד עד כאן לשונו ואי אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי' כי אתא אח"כ הראשון מה מהני כיון דחשדינן לי' באחזוקי דיבורי'. וכן מוכח בפ' ז"ב דף ל' גמרו את הדבר מכניסין ופריך למאן אי לבעל דין התם קיימי אלא לעדים כמאן דלא כר' נחן ופירש"י משום דבתחלה כשבודקים שמעו דבריו של זה בלא זה עיין שם הרי מבואר דחוזר ומגיד בענין המועיל ולא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי':

סעיף ח

ע"פ החרם. עיין בית יוסף שהביא דין זה בשם הר"ר מנחם שהאריך והביא ראי' מפרק שבועת העדות עיין שם והיינו מדתנן שם דף ל"א השביע עליהם חמשה פעמים חוץ לבית דין ובאו לבית דין והודו פטורין כפרו חייבין על כל אחת ואחת השביע עליהם חמשה פעמים בפר בית דין וכפרו אין חייבין אלא אחת אמר ר' שמעון מה טעם הואיל ויכולין לחזור ולהודו' ומשמע דחוץ לבית דין אפילו במושבעין עפ"י עצמן יכולין לחזור ולהודות ועיין שם והוא תמוה מאוד בעיני כל מעיין דהא כיון שכבר נשבעו אם כן כבר נפסלו והיאך יכולין עוד לחזור ולהעיד. ובר"ן שם במשנה כתב ז"ל ואיכא למידק אריש דמתני' כיון שכבר אמרו אין אנו יודעין לך עדות בהשביען אח"כ ולא הודו מפני מה הן

חייבין כפירת דברים בעלמא היא כיון שכבר אמרו בבית דין אין אנו יודעין שוב אינו חור ומגיד כו' לפיכך קרוב אני לומר דאם לא יגיד דמיני' [ילפינן] דאינו חוזר ומגיד בתר ושמע' קול אלה כתיב וכו' עוד קרוב הדבר לומר דמאין יודעין ליודעין אנו לא מקרי חוזר ומגיד אלא בראשונ' לא הגידו כלום ועכשיו מגידים וכי אמרי' שאין יכולין לחזור ולהודות לא מטע' חוזר ומגיד אלא משום דלא מצי משוי נפשייהו רשיעי שהרי כפרו בתחלה אחר שהשביעין עד כאן לשונו וגם בזה כבר נתקשה בעבודת הגרשוני סימן ג' ובתומי' ומפרשי לה במושבע מפי אחרים ומשו"ה חוץ לבית דין דליכא דין שבועת העדות לא עברו על השבוע' ולא משוי נפשייהו: רשיעי ועיין שם וגם זה ליתי' דמשמע מתני' דמיירי נמי במושבע מפי עצמו עיין שם בתוספות ד"ה משביע אני עליכם ובר"ן נמי משמע דמיירי נמי במושבע מפי עצמו. והנה כתב אלי בזה אחי החכם השלם מוהר"ר יהודא נרו פלפול נעים וקצת מדבריו יבואו אצלינו לקמן. ונראה לענ"ד בזה דהר"ן פ' כל הנשבעין הק' בהא דתנן שכנגדו חשוד על השבועה אחד שבועת העדות והיכי משכחת לה דמאן מוכח דעבר במזיד אפילו איכא עדים קרובים למלוה או ללוה דמתרו בי' דלמא אשתלי ולאו מזיד הוא יאי במודה שהזיד אין אדם משים עצמו רשע וכתב שם דמיירי שקרוב הדבר דהיינו העדות דא"א לתלות בו השכחה ולא אמרינן ביה אשתלי ועיין שם אבל דעת הרשב"א דאין אדם נאמן לומר שוגג או שכחתי והובא בבית יוסף סימן ל"ד וז"ל כתב הרשב"א בתשובה בא' שהעידו עליו שעבר על השבועה וטען שוגג הייתי אינו נאמן להכשיר עצמו למסור לו שבועה שאם כן אין לך חשוד אפילו בשבועת העדות דיכול לטעון שכחתי וסבור שכן היה וכדאמרינן פרק אלו נערוח עדים זוממין ממונא משלם מלקי לא לקי משום דלאו בני התראה נינהו אמר רבא תדע ניתרי בהו מעיקרא אמרי אשתליין עד כאן לשונו ודבריו צריכין ביאור דהא מביא ראיה לסתור דהתם משמע דמצי אמר אשתליין והוא הוכיח מזה דאינו יכול לטעון אשתליין. ובתומים ראיתי בסימן צ"ב כתב להקשות על דעת הרשב"א דאינו יכול לטעון שכחתי מהא דאמרי' פ' אלו נערות אמרי אשתליין וכתב לחלק לענין פסול עדות או שבועה לא מצי אמרי אשתליין אבל למלקות מצי אמרי שכחנו דמספק לא מלקינן ועיין שם ואכתי לשון הרשב"א אינו מובן במ"ש ראיה לסתור וכמ"ש. ובביאור לשון הרשב"א נראה דודאי אנן קיימא לן דאפילו חבר צריך התראה וכמו שכתב הרמב"ם פי"ב מהל' סנהדרין ז"ל אחד תלמיד חכם ואחד ע"ה צריך התראה שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד שמא שוגג היה וכו' ואפילו אמר יודע אני פטור עד שיתיר עצמו למיחה ויאמר ע"מ כן אני עושה ואח"כ יהרג וצריך שיעבור ויעשה תיכף להתראה בתוך כדי דיבור אבל אחר כ"ד צריך התראה אחרת

עיין שם והרי מבואר דאף על גב דהוא בודאי בחזקת שיודע את האיסור והעונש דהא הוא חבר אע"פ כן אינו נהרג עד שיתברר הדבר בודאי שלא יאמר שוגג וכדומה וזה הוא חידוש שחדשה תורה בהתראה והרב המגיד כתב בריש הלכות ביאה מהתראת חבר הוא להודיע לו שזה חלב או שהיום שבת ועיין שם אך לשון הרמב"ם מורה דאין חלוק כלל בין התראת ת"ח להתראת ע"ה ואם כן בשניהם צריך להודיע גוף העונש ולא סגי במה שיודיעו לת"ח שזה חלב דאפשר כסבור שחלב אין בו מיתת בית דין אף על גב דחבר הוא אפשר שכח והוא חידוש שחדשה תורה בהחראה להבחין בבירור בין שוגג למזיד ומשום הכי כל התראה בעינן תכ"ד דלאחר כ"ד תו ליכא הבחנה ואמרינן אשתליין ותדע דחידוש הוא דהא בכל דוכתי היכא שקרוב הדבר ודאי לא תלינן בשכחה וכמו שכתב הר"ן לענין שבועת העדות ואין לך קרוב יותר משיעור אחר כ"ד דאמרי אשתליין ואם כן אינו אלא בהתראה דבעינן הבחנה גמורה בין שוגג למזיד ושיתיר א"ע בודאי למיחה משום הכי אפילו חבר צריך התראה ובעינן דוקא תכ"ד אבל אח"כ אמרי אשתליין אף על גב דחזק' ודאי שלא שכח ברגע זו מכל מקום אינהו מצי אמרי כך והיינו טעמא דאמרי אשתליין דאז כלתה התראה והוי כאלו לא היה שום התראה אף על גב דחזקה ידע מן העונש והאיסור אינו לוקה ואינו נהרג בלא התראה ואם כן היא גופה קשיא היאך משלמין ולוקין מכאשר זמם יאמרו אשחליין ולא ידעו שיש איסור בדבר דהא ודאי אם שוגגין באמת היו ודאי לא היו נהרגין ומ"ש הרמב"ם בפ' ך' מהל' עדות דאין לעדים זוממין שוגג כבר השיגו בראב"ד ועיין שם ועמ"ש בכסף משנה ואם כן כיון דודאי אם היה שוגגין היו פטורין אם כן למה נתחייבו בלא התראה שמא שגגו באיסור ויאמרו אשתליין אע"כ דמדינ' לא מצי אמרו אשתליין אלא בהתראה חידוש הוא דבעי הבחנה גמורה בין שוגג למזיד ואם כן ראיות הרשב"א נכונה מעדים זוממין דלא בעי התראה ונהרגין ולא מצי אמרי אשתליין דאיסור יש בדבר. והנה בע"ש ובסמ"ע סימן צ"ב כתבו שם בחשוד על שבועת העדות דבעינן שיהיה בזמן קרוב דאם לא כן יכולין לומר שכחנו ועיין שם והוא כמו דעת הר"ן דנאמן לומר שכח ובסימן ל"ד שוב פסקו כדעת הרשב"א דאינו נאמן לומר שוגג או אנוס ועש"ך סימן צ"ב שהקשה בזה. אמנם לענ"ד יראה דאפילו לדעת הרשב"א דאין אדם נאמן בעבר על השבועה לומר שכחתי ואונס ומוטעה ומסתמא אמרינן מזיד ורצון הוא וכמו שכתב הרשב"א ראי' מעדים זוממין וכמ"ש בביאורי מיהו היינו בנשבע לשקר דהיינו שנשבע שאכל ולא אכל אינו יכול לומר שוגג וכיוצא דמסתמא ידע אבל נשבע שאינו יודע דבר בזה ל"ש לדון בזה דין נשבע לשקר דהא אמרינן סתמא ידע ואם

כן שבועתו לשקר דהא חזינן מעשה בכל יום כשטוען הנתבע אינו יודע לאו שבוע' שקר ואם כן לפי זה שבוע' שאין יודעין לך עדות זה לאו שבוע' שקר דהא יכול להיות שאינו יודע וצריך לומר דהרשב"א מוקי לה שבועת העדו' לאו בנשבעו שאין יודעין אלא מיירי שנשבעו לא ידענו לך מעולם עדות זו ובזה כיון דנתברר שנשבע לשקר בודאי לא מצי להתנצל עצמו בטענת שכח כיון דאינו נאמן לומר שכחתי אבל נשבע שאינו יודע עתה זה לאו שבועת שקר כיון דיכול להיות שאינו יודע ודומה לזה בסימן פ"ז סעיף ל"ח טען שיש לו אצלו חוב בקנין או בשטר והוא אומר פרעתי ונשבע ואח"כ הוציא השטר ונתקיים הרי זה משלם אחר השבועה שישבע המלוה ואינו חשוד שהרי לא העידו שלא פרע ולא טען הנתבע להד"מ ועיין שם והרי מבואר דאף על גב דלענין ממונא אמרי' סתמא לא פרע דחזקה שטרך בידי מאי בעי אעפ"כ לענין שבועה לא הוי פסול משום זה. כיון דיכול להיות האמת כשבועתו שפרע וכן במסייע בפתיחת תלונות דהוי מחילה מיד ואם נשבע שלא מחל לא נפסל כמ"ש בית יוסף בסימן ל"ד בשם תשובת הרשב"א והיינו כיון דהאמת יכול להיות כשבועתו שלא מחל ואם כן בנשבע שאינו יודע יכול להיות האמת שלא נשבע לשקר ואינו נפסל אבל אם נשבע בודאי לשקר כגון שנשבעו העדים לא ידענו לך העדות דאז ודאי נשבעו לשקר אלא שרוצין לומר אמתלא בטענת שכח בזה אנו דנין כיון דודאי עבר על שבועתו או ודאי אכל חלב אינו נאמן לומר אנוס או שכוח ומשום הכי קשיא ליה לר"ן שבועת העדות נימא דקושטא משתבע ואשתליין ולאו מזיד הוא. ולא קשיא ליה משבועת הפקדון דלמא שכח משום דהיכא דעבר בודאי על השבועה שבועת הפקדון דנשבע שאינו חייב או פרע ונתברר בעדים אך לשקר נשבע ואם כן ודאי עשה איסור אלא שאומר שהי' בשוגג או באונס אינו נאמן אבל שבועת העדות סתמא הוא שבועתן אין אנו יודעין אם כן לאו שבועת שקר הוא כלל כיון דאפשר שהאמת אתם ולא היה שום איסור כלל. ולפי זה יראה לפענ"ד דהיכא דנשבע לשקר בודאי וכגון שהי' שבועתו לעבר שלא אכל ואכל בזה אינו נאמן לומר אבל בנשבע שאינו יודע גם הרשב"א מודה דלא נפסל וכמ"ש ממעשה בכל יום דנשבע שאינו יודע אלא דהרשב"א מוקי שבועת העדות בנשבעו לא ידעתי והר"ן מוקי לה בסתמא ומשמע אפילו נשבעו אין אנו יודעין ומשום הכי ק"ל וצריך לפר' הר"ן בקרוב הדבר דלא הוי שכחה כלל: ובזה ניחא דברי הע"ש והסמ"ע בסימן צ"ב שכתבו בשבועת העדות דבעינן שיהיה קרוב הדבר דמשמע להו שבועת העדות כלישנא דמתני' שם בשבועת העדות שבועה שאין אנו יודעין לך עדות ובזה ודאי ל"א דלשקר נשבע כיון דמסתמא ידע דהא חזינן הלכה מרווחת להורות שבועה שאינו יודע וכמ"ש ובזה גם הרשב"א מודה אבל בסימן

ל"ד שם עבר בודאי על השבועה אלא דעושה התנצלות בטענת שכח בזה אינו נאמן. ועיין ברכת הזבח שהקשה בשם הרב מוהר"ר ליב סינץ בהא דנאמן לומר שכחתי וכמו שכתבו התוספות בפ' אמרו לו ושם אמר אביי ומודה ד"מ לחכמים באמרו לו שנים אתה יודע בעדות פ' והוא אומר לא ידעתי יוהוא פטור מגו דאי בעי אמר לא נתכוונתי תי"ל דבלאו הכי אין בהכחשת עדים ראי' דשמא שכח עיין שם ולפמ"ש באומר לא ידעתי ודאי אינו נאמן לומר שכח אלא הר"ן והתוספות שכתבו בהזיד בשבועת העדות יכולין לומר שכחנו היינו משום דסתמא דשבועת העדות מיירי באין אנו יודעין אבל בכריתות שם אמרו לא ידענו בזה לא מהימן כיון דודאי עבר על השבועה: אמנם דע דאף על גב דלענין שבועה לא איפסל בנשבע שאינו יודע כיון שיכול להיות האמת כדבריו ומיהו כל זה דוקא באיסור שבועה אבל אם הי' בו איסור אחר מצד עצמו וכגון שבועת העדות בפני בית דין ואמרו אין אנו יודעין ויש בו חוץ מאיסור שבועה לאו דלא יגיד ואם כן לפנינו עבר על לאו דלא יגיד אם כן תו לא מצי לפטור עצמו בטענת שכחתי כיון דודאי עבר בלאו דלא יגיד ודוקא לענין שבועה הוא דאמרינן דאף על גב דהוא נגד חזקה אפשר קושטא משתבע דאדם נשבע על דעת עצמו אבל ביש בו איסור אחר לא מהני שום טענה ואמתלאה דהא חזקה מסחמא ידע ואם כן זה שעבר לפנינו בלאו דלא יגיד ה"ל כמו שבועה דלעבר דכיון דודאי עבר לא מהני התנצלות נגד חזקה דמסתמ' ידע ובזה יתפרש המשנה היטיב לפי דרכינו השביע עליהם חמשה פעמים חוץ לבית דין כפרו חייבין על כל אחת ואחת שיכולין לחזור ולהודות ואף על גב דכבר נשבעו לשקר יכולין לחזור ולהגיד דכיון דנשבעו אין אנו יודעין כסתמא דשבועת העדות בזה נאמנין לכולי עלמא לומר האמת אתם שאין יודעין וכמ"ש דהא בכל בחי דינין משביעין שבועה שאינו יודע ולא אמרינן סתמא ידע ומשום הכי יכולין לחזור ולהעיד ולא נפסלו כיון דיכולין להתנצל לענין איסור שבוע' דהאמת לא ידעו אז אבל בהשביען לפני בית דין דאיכא איסור אחר והוא אם לא יגיד ואם כן כבר עברו בלאו דלא יגיד ובזה לא מהני טענה לומר דמשום הכי לא הגידו ולא עברו משום דלא ידעי ושכחו דהא מחזיקין להו בזה דודאי ידעי וכמ"ש דהפרש יש בין איסור שבועה לאיסור אחר ותדע דהא בשטר שאינו מקויים שכתוב בו שנחקדשה לאיש פלוני ומדאורייתא היא בחזקת אשת איש והבא עלי' בחנק ועיין בשלחן ערוך אבן העזר סימן מ"ב ואלו אנן משביעין אותו בשטר שאינו מקויים שהוא מזויף ולא אמרינן ודאי לשקר נשבע אלמא דלענין שבועה שאני. ומשום הכי בהשביען לפני בית דין אין יכולין לחזור ולהגיד מחמת עביר' דכבר עברו בלאו דלא יגיד ובזה לא מהני טענת שכחתי ואף על גב דאין העדים נפסלין מחמת לאו דלא יגיד וכמ"ש הבית

יוסף בסימן כ"ח מכל מקום עבירה עשה ואין אדם עושה עצמו רשע אפילו במה דלא נפסל על ידו לעדות ועיין שם בסימן ל"ה סק"ד. ומשום הכי בהשביעין לפני בית דין אין יכולין להודות דאין אדם משים עצמו רשע והבן כל זה ☜והנה אחי הנ"ל כבר התעורר בזה ליישב קושיות עבודת הגרשוני דהקשה חוץ לבית דין איך יכולין לחזור ולהודות דהא כבר נפסלו וכתב אחי הנ"ל משום דיכולין לומר שכחנו וכמו שכתב הר"ן פ' כל הנשבעין אלא דקשיא לי' דאם כן בבית דין נמי. אמנם כבר כתבנו דרכינו בזה והוא דבבית דין משוי נפשייהו רשיעי משום לא יגיד דבזה לא מהני טענת שכחתי ואמרי' מסתמ' ידע וכמ"ש ואחי הנ"ל דרך ע"פ דרכו לפרש במשנתינו במושבע מפי אחרים אם כן חוץ לבית דין לא עברו כלל במושבע מפי אחרים אלא דקשיא לי' מהא דתנן משביע אני עליכם אם לא תבואו ותעידוני שיש לי ביד פ' פקדון ותשומת יד וגזל ואבידה שבועה שאין אנו יודעין שיש לך ביד פ' הפקדון ותשומת יד וגזל ואבידה חייבין על כל או"א והרי התם מפורש מושבע מפי עצמו ואם כן כיון דתיכף שאמרו שבועה שאין אנו יודעין פקדון שוב אינן ראויין להעיד ומדוע יתחייבו על השאר והאריך בפלפול נאות והוא כיון דתכ"ד היו יכולין לחזור לא נפסלו וכדאמרינן לאביי דאמר למפרע. הוא נפסל נמי לא מיפסל אלא אחר כ"ד וכמה שכתבו תוספות בפ' מרובה. אלא שנסתפק אי מהני חזרה תכ"ד במה דאמרו על לשעבר דאפשר לא מהני חזרה תכ"ד אלא במה דאמר אינש על להבא אבל בשבועה דלשעבר בשעה שנשבע יצאתה מפיו לשקר: ולדידי נראה דמהני לעולם חזרה תכ"ד אפילו במידי דלשעבר דהא אמרו בש"ס תכ"ד כדבור חוץ ממקדש ומגרש ומגדף ועיין בנדרים דף כ"ז ומגדף מידי דאינו להבא הוא והוי מהני חזרה בי' אי לאו משום חומרא דמגדף. עוד כתב אחי להקשות במה דאמרינן בטעמא דחוץ לבית דין יכולין לחזור ולהעיד משום דלא נפסלו משום דיכולין לומר שכחנו והקשה נהי דאנן מכשירין אותו מה"ט מכל מקום כיון דהעד בעצמו יודע שעבר במזיד ופסול הוא אסור לו להעיד אפילו עדות אמת וכמ"ש בחות יאיר בהשמטת ספרו מי שהבית דין אין יודעין מרשעתו אסור לו להעיד כיון שהוא יודע בעצמו דרשע הוא והעלה בזה אחי הנ"ל דאם כן לא בעינן תשוב' מפורסמת אלא לעבירה מפורסמת אבל כל שאין הבית דין יודעין כלל אלא הוא בעצמו יודע נגעי לבבו סגי לי' נמי בלב לעשות תשוב' והיינו לחזור מרשעתו וסגי לי' ומשום הכי יכול לחזור ולהודות ושיקבל על נפשו שלא לעשות עוד כזה אך הגם דשפיר קאמר בזה להך דינא דחות יאיר אבל אכתי מתני' לא מתרצא דכיון דהעד בעצמו שאינו מתחרט ועדיין עומד בכסלתו אם כן איך יכול להעיד ואף ע"ג דיכול לעשות תשובה אינו מחויב בתשובה כדי להעיד וכל פסול עבירה יכול לעשות

תשובה המועיל ואפילו הכי כל זמן שיודע בעצמו שאינו מתחרט אינו מחויב להגיד ואין עליו עונש דאם לא יגיד ונשא עונו כל זמן שלא עשה תשובה והעיקר בזה כמ"ש אחי מוהרי"ל דלא נעשה פסול מחמת זה כיון דאין לוקין על שבועת העדות וכמ"ש הבית שמואל באבן העזר סימן מ"ג דעובר עבירה שיש בה התראות ספק אינו פסול מן התורה ואפילו הזיד בשבועת העדות אין לוקין וכמה שכתבו תוספות ואנן בעינן רשע למות או רשע שחייב מלקות וכדכתיב והי' אם בן הכות הרשע וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ז מהל' עדות אלא דקשיא לי דהא על כל פנים מדרבנן פסול אפילו עבר עבירה שאין בו מלקות ואם כן אין בו משום שבועת העדות כיון דהוא פסול מדרבנן דהא משחק בקוביא נמי אינו ראוי להעיד לרב אחא בר יעקב בפ' שבועת העדות ולהפוסקי' דבעינין בעבירה שאין בו מלקות חימוד ממון ניחא אבל לא קשה מידי דהא פסולי דרבנן בעי הכרזה ואם כן כיון שאין בו מלקות ולא מיפסל אלא מדרבנן אם כן כל זמן שלא הכריזו אין בו שם פסול ואין זה דומה למ"ש הנימוקי בפ' ז"ב דלאותו עדות שיפסל בשבילו לא בעי הכרזה דהיינו התם דעיקר העדות לדידי אוזיף ברוביתא ואם כן הוא נמי פסול ולאותו עדות לא בעי הכרזה אבל הכא אינו לאותו עדות ואם כן ודאי בעי הכרזה אלא דגבי השביע עליהם בפני בית דין לא מצי לחזור ולהודות משום דמשוי נפשייהו רשיעי ואין אדם משים עצמו רשע אפילו בעבירה שאינו נפסל על ידו וכמ"ש לעיל ולהכי כתב הר"ן טעמא דאין אדם משים עצמו רשע ולא כתב טעמא משום דכבר נפסלו אלא משום דעדים לא נפסלו וכמ"ש משום דאין בו מלקות לא נפסלו מיהו כל זה לענין פסול עדות בעינן עבירות שיש בו מלקות דאם אין בו מלקות לאו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד דוקא רשע שהוא למות או למלקות אבל לענין שבועה ודאי פסול אפילו אין בו מלקות דהא חשיד הוא לשבועה: ובזה ניחא דברי הטור דגבי פסולי עדות בסימן ל"ד חשיב העובר על השבועה א' ש"ש וא' שבועת שקר של ממון וביטוי פסולין ולא הזכיר שבועת העדות ואלו בסימן צ"ב גבי חשוד על השבועה חשיב נמי שה"ע בהדייהו והרגיש בזה אחי הנ"ל. ולפמ"ש ניחא דבסימן ל"ד דחשיב פסולי עדות מן התורה ל"ח שבועת העדות דאין לוקין על שה"ע ואנן בעינן עבירה שיש בו מלקות ובסימן צ"ג לענין שבועה ודאי מיפסל דהא הוא חשוד לשבועה אין מוסרין אותו לשבועה ודו"ק. ועם כ"ז לא נתיישב דברי הר"מ הארוך דהוא ס"ל דאפילו הגידו בשבועה כל שהוא חוץ לבית דין חוזרין ומגידין ובזה ודאי קשה למה יכולין לחזור ולהגיד הא כבר נפסלו ובזה שהגידו כבר ל"ש לומר שוגג הייתי דבזה ל"ש לומר כן דאם לא כן בכל עבירה שעבר יאמר שוגג הייתי ולפמ"ש בדברי הר"ן ל"ש לומר שוגג אלא באמרו אין אנו יודעין דבזה

אפילו נשבעו אפשר דקושטא משתבע דהא נשבעין בכל יום איני יודע וכמ"ש אבל אלו שהגידו בשבועה ועתה מגידים בהיפך ודאי כבר נפסלו ואין בזה טענת שוגג דאם לא כן אין לך עבירה שיפסל על ידו דלעולם יכול לומר שוגג הייתי אע"כ אמרי' מסתמא מזיד ורצון הוא וכמש"ל. והנראה לענ"ד בדברי הר"מ הארוך דס"ל בודאי כל שיש עדים שעבר עבירה אינו נאמן לומר שוגג או אנוס הייתי ואמרינן אין בדבריו כלום ומסתמא אין בו משום אונס ושוגג אבל זה שאין עדים אלא שהוא לדבריו אומר שבראשונה שקר העיד ועתה חוזר ומגיד אם כן אינו נפסל ע"י עצמו ואמרינן בשוגג היה דאין אדם עושה עצמו רשע וכה"ג מחלקינן בחשוד על הממון דחשוד אשבועתא ואפילו הכי משביעין אותו משום דשמא מלוה ישינה יש לו עליו כיון דהוא ודאי גזלן וכמה שכתבו תוספות בריש מציעא ואם כן ה"נ היכא דיש עדים שעבר עבירה ל"א שוגג היה אבל היכא דליכא עדים אלא שאנו רוצין לפסלו ע"י עצמו אמרינן שוגג היה ופ"ד ואינו נאמן לומר שמזיד היה אפילו הודה שמזיד הי' משום דאין אדם משים עצמו רשע וכ"מ בתוספות פרק קמא דסנהדרין דפלגי' דיבורי' גבי פ' רבעני לרצוני דאמרינן לאונסו היה ואף ע"ג דאם היה ידוע שנרבע ודאי לא מהימן לומר באונס אלא דכיון דאין עדים שעבר אלא ע"י עצמו אמרינן טענת אונס וכיוצא ואם כן הכי נמי מה שהגידו בראשונה בשבועה ועתה חוזרים ומגידים כיון דאין עדי' שעברו על השבועה אלא ע"פ עצמו אמרי' שוגג היה אע"פ שהעדים בעצמן אומרין שמזידין היו בשבועה הראשונה אין נאמנין על עצמן ואמרינן פלגינן דיבורו ואמרינן בשוגג העידו והר"ן דכתב בטעמא דהשביע עליהם בבית דין אין יכולין לחזור ולהודות משום דאין אדם עושה עצמו רשע ול"א דפלגינן דיבורו ונימא דבשוגג אמרו אין אנו יודעין או שכוח היו משום דס"ל להר"ן כמה שכתבו תוספות פ"ב דכתובות דף י"ח דכל היכא שצריכין להוסיף על דבריו אונס וכיוצא ל"א פלגינן דיבורי' אבל הר"ר מנחם ס"ל דאפילו ע"י אונס וכיוצא נמי אמרינן פלגינן דיבורי' ואף על גב דעובר עבירה אין יכול לומר אונס או שוגג היינו בעובר לפני עדים דבחזקת פסול הוא וכמ"ש והא דל"א פלגינן דיבורי' גבי אנוסין היינו משום דקיום שטרות דרבנן וכמה שכתבו תוספות בתירוצם ואם כן לדברי הר"ר מנחם צ"ל במשנה דהשביעין לפני כו' אין יכולין לחזור ולהעיד לאו משום דמשוי נפשי' רשיעי אלא משום דאינו חוזר ומגיד וכמו שעלה על דעת הר"ן בראשונה ומבואר מכל זה דדברי הר"מ הארוך תליא באשלי רברבי דלחד תירוץ בתוספות כתובות אמרינן אפילו ע"י אונס פלגינן דיבורו והוא כדברי הר"מ ולחד תירוץ ל"א ע"י אונס פלגינן דיבורו כיון דל"ש ואם כן ודאי בדינא דהר"מ בהגידו בראשונ' בשבועה או ע"י חרם שוב אין חוזר ומגיד ודו"ק:

סעיף ט

עדים לפטור. עיין במוהרי"ט חלק ח"מ סימן ל"ב וז"ל ומה שקבלו עדים שלא בפני בעל דין שלא כדין עשו ומה שהובא בח"מ סימן כ"ח בשם הר"ן ז"ל בפ' אלמנה שכ' דל"ש אין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין אלא בתובע שמביא עדים על תביעתו אבל בנתבע שבא לפטור עצמו מקבלין זו ודאי שגגה היא וכו' ועוד אפילו בתביעת ממון איך יעלה על לב אדם שמקבלין עדים על המלוה שלא בפניו להפקיע שעבודו אם כן לא שבקת חיי לכל ברי' כל לוה יביא עדים שלא בפני המלוה שפרעו או מחל לו ונמצא שטרו בטל וזו לא אמרה אדם מעולם דוהועד בבעליו אמר רחמנא ומה לי ממונו ומה לי הפקעת ממונו ודברי הר"ן ז"ל אינם אלא היכא שבאים להוציא מהמלוה שלא בפני המלוה דלפטור עצמו מהתביעה יכול להביא עדים בפני התובע אותו וכו' אבל כשהם באים להוציא מאחרים לאו כל כמינייהו וכו' עיין שם והיינו שלא אמרו מקבלין שלא בפניו לפטור אלא כדי לדחות תביעת החובע והוא הבית דין או האפוטרופוס ומשום דממה נפשך אם הם תובעים אם כן הרי לפניהם העדות ואם אינם במקום בעל דין אין יכולין לתבוע כיון שיש לזה עדים אבל לומר שמקבלין שלא בפני בעל דין לפטור זה ודאי לא אמרינן דוהועד בבעליו דכתיב לא חלקת בין אפוקי ממונא לאחזוקי ממונא ודבריו נכונים מאוד ובסימן ק"י שם כתבנו דברי היש"ש ותרא' דהוא אזיל גם כן בשיט' זו: ובזה נתיישב תמיהת כנה"ג על מוהר"מ טראר וז"ל אפילו לדעת ראב"ן וראבי' ז"ל היינו דוקא שלא בפני הנתבע אבל שלא בפני התובע כגון נתבע שמביא עדים לפטור עצמו משטר חוב אין מקבלין מוהר"ם טראני ח"א סימן רפ"ז אמר המאסף תמי' לי בנתבע שמביא עדים לפטור עצמו מטענת התוב' לכולי עלמא מקבלין עדות שלא בפניו וכמו שכתב הר"ן בפ' אלמנה ניזונת. ולפי מ"ש ניחא דהא היכא דליכא תביעה אין מקבלין אפילו לפטור ולדעת המבי"ט לפטור מגרע גרע דשלא בפני התובע מהני בדיעבד לדעת ראב"ן וראבי' ולפטור אפילו בדיעבד ל"מ ומדברי הש"ך נראה דזה שאין מקבלין שלא בפני בעל דין לפטור הוא משום אטרוחי בי דינא בכדי דאפשר התובע יודה אבל לפי מ"ש הוא מעיקר הדין דאין מקבלין אפילו לפטור ויבואר עוד אי"ה בסימן ק"י ע"ש:

סעיף י

שלשה מומחין. עמ"ש בסימן ע"ט סעיף קטן ד':

סעיף יא

אותה קבלה. עמ"ש בסימן ה' סק"א:

סימן כט

סעיף א

אין אנו יודעין. ז"ל הסמ"ע ה"ה כשאומר תחלה אינו זוכר עתה יכול לחזור ולהעיד ולומר נתתי אל לבי וזכרתי מה שאין כן כשאמר תחל' סתם איני זוכר דאין חוזר ומגיד הרא"ש בחשובה ועמ"ש בסימן ע"ה סעיף ט' ועיין בר"ן פרק שבועת העדות דכתב דקרוב הדבר דמאין אנו יודעין ליודעין אנו לא הוי חוזר ומגיד ע"ש:

סימן ל

סעיף א

שהדין מרומה. עיין בריב"ש שכתב דנהי דבעינן דרישה וחקירה בדיני ממונות בדין מרומה מכל מקום אינו כדיני נפשו' ממש שנפסול עדותן כשיאמרא"י על הדרישה וחקירה וכ"כ רמ"א בסעי' ט"ו אבל בתשובת מוהר"ר בצלאל סימן ה' כתב דדין מרומה בדיני ממונות הוי כד"נ ממש וכל שלא נעשה בדרישה וחקירה היטב עדותן בטילה הובא בכנסת הגדולה וניחא בזה ליישב דברי רש"י בפ"ד אחין דף ל"א מפני מה לא תיקנו זמן בקידישין דהיכי נעבד נינחה גבי דידה מחקה לה אי הכי גירושין נמי נימא הכי ומשני התם להצלה דידה קא אחי וכתב רש"י ואי מחק' קטלינין לה דמוקמינן לה בחזקת אשת איש והקשו בתוספות מסוגיא דפ"ב דגיטין דף י"ז גזיי' לזמן ויהיב נהלי' מאי הועילו חכמים בתקנתן ומשני לרמאי לא חיישינן אלמא כי ליכא. זמן קטלינין לה: ונראה דרש"י כתב שם ז"ל לרמאי לא חיישינן לרמאות כזה ניכר ונגלה לא עבידי אינשי דעבדי ולא חשו רבנן להכי עיין שם ויש לנו לומר דכיון דהוא רמאו' קטלינן לה דהא כתב בנימוקי פ' אד"מ וז"ל אבל היכא דליכא ספק רמאו' לא בעי דרישה וחקירה כדאמרינן הכא כאן בדין שאינו מרומה ואף על גב דמדאורייתא בעינן כד"נ דכתיב משפט א' רבנן הוא דתיקון הכי כדי שלא תנעול דלת בפני לוין וכן גט דמכשרין אפילו אין בו זמן מהאי תקנתא הוא דלא בעי דו"ח משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש וכו' ולהכי א"ש דלרמאי ל"ח דהא בדין מרומה הדרא לד"ת אם כן ממילא קטלינין לה דהא גט שאין בו זמן ליכא דו"ח וכמ"ש בנימוקי בדין מרומה אפילו בד"מ דו"ח ואם כן ממילא קטלינין לה כיון שהיא רמאות והיינו דקאמר בש"ס לרמאי לא חיישינן כיון דודאי רמאות הוא ממילא איפסל אין בו זמן ודו"ק:

סעיף ב

דבר איסור. הנה בעדות גיטין וקידושין מבואר בשלחן ערוך אבן העזר סימן י"ז וסימן מ"ב דא"צ דו"ח אבל מהורש"ל כתב בשם אגודה בתשובה סימן ל"ג דעדי גיטין וקידושין צריך דו"ח ועוד דעת כמה פוסקים דס"ל הכי והובא בכנסת הגדולה וקשה לשטתם הא דאמרינן בפ"ב דגיטין מפני מה תיקנו זמן בגיטין דהא ודאי צריך זמן דאם אין זמן אין דו"ח דהוא באיזה יום ועוד אפילו בגיטין כשר אם כתב בו שבוע ואף על גב דאין בו זמן של חודש ושל יום השבוע דהוא משבע חקירות ועוד דבקידושין ליכא זמן כלל וכדאי' בפ"ד אחין ואמאי הא בעינן דרישה וחקירה ועמ"ש בסק"א בשם הנימוקי וכבר הקשה הפני יהושע בהאי דפ"ב דגיטין בחידושיו שם: ונראה לפי מ"ש הר"ן בחידושיו פרק היו בודקין דהיכא דבאו עדים לפני בית דין והעידו היום לוה פ' מנה מפ' תו לא צריך למיבדק באיזה שבוע ובאיזו שנה ובאיזו חודש כיון שאומרים היום ועיין שם ואם כן כיון דקיימא לן עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין וכאלו העידו אז בפני בית דין בשעה זו גירש פ' את אשתו ואם כן הרי נחקרה כל החקירות כיון דאמרו בשעה זו ואף על גב דהשתא כשבא לפנינו הגט לא ידעינן באיזו יום ובאיזו שנה מכל מקום כיון דאלו היה ידוע שאלו העדים כבר נחקרה עדותן בבית דין באיזו שעה אף על גב דהשתא לא ידעינן כיון דכבר נחקרה עדותן בהכשר עדותן קיימח ואם כן הוא הדין בעדות שבשטר כבר נחקר' עדותן באיזו שעה ובאיזה שנה כיון דאמרו בשעה זו בשעה שחתמו תו לא צריך והנימוקי דהוכיח מגט שאין בו זמן דאין צריך דרישה וחקירה נראה דס"ל כשיטה שהביא שם בר"ן בחידושיו דאפילו אומר היום צ"ל כל החקירות באיזו שנה ובאיזו שבוע ואם כן שפיר מוכח דא"צ דרישה וחקירה ועיין במאור פ' היו בודקין אבל לפי מ"ש הר"ן דאם אומר היום אין צריך דרישה וחקירה ואם כן עדות שבשטר נעשה כאומר בשעה זו וכמ"ש אבל עדות בע"פ צריך דרישה וחקירה ודו"ק ☜והא דפריך בפ' אד"מ ואי ס"ד דלא בעי דרישה וחקירה מאוחרין אמאי כשרין נראה דרש"י כתב שם מאוחרין שהלואה היה בניסן והם איחרו לכותבו עד אייר ועיין שם ואם כן כיון בשעה שחתמו ה"ל כמעידין ראובן לוה משמעון זה ימים רבים ולא העידו באיזו שעה ובאיזו יום והוא ודאי בלא דרישה וחקירה כיון דמעידין על מעשה אשר כבר נעשה אבל גיטין וקידושין העדות שלהם על המעש' אשר נעש' בשעה שחתמו דהא באותו שעה הוא הזמן ואם כן היינו חקירתן דאמרי בשעה זו וכמ"ש ובנימוקי יוסף ר"פ אד"מ נטה מדרך רש"י ופי' מאוחרין אמאי כשרין היינו בכתיבתן אחרו את הזמן ועיין שם ולפי מ"ש דברי רש"י בדקדוק הוא דשטר שנחתם בו ביום אפילו בלא זמן היינו

חקירת באותו שעה וכן באיחרו זמן על אחר כמה ימים מכל מקום כיון דהעידו על שעת חתימתן מה בכך שאחרו הזמן הא חקירתן והגדתן על שעה שחתמו ולכן כתב רש"י מאוחרין שאחר הלואה והוי עדותן בהלואה הקודמת ולא אמרו באיזו יום ובאיזו שעה בזה לא הוי דרישה וחקירה כיון דמעידין על הלואה הקודמת לראי' ודו"ק:

סעיף ג

תובעו שניהם. דאלו לא תבע שניהם היו ע"א מוכחש מפיו ולא תלינן דטעו בבדיקות אלא אם העדים מכחישים זה את זה אבל העד עם בעל דין כשהוכחשו אפילו בבדיקות לא תלינו דטעו. וכתב הסמ"ע ודעת נ"י בא' אומר מנה שחור ואחד אומר מנה לבן א"צ לתבוע שניהן ולפי דעתו נראה פשוט דה"ה בא' אומר מנה וא' אומר מאתים דא"צ לתבוע שניהן לא כמ"ש בע"ש לחלק ביניהם במנה שחור ולבן דא"צ לתבוע שניהם ובמנה ומאתים כתב דצריך לתבוע דזהו דלא כמאן וכו' ע"ש: אמנם נראה ראי' מכרחת דבמנה ומאתים ודאי לא תלינן בטעות כשהוכחשו העד עם בעל דין מהא דאמרינן פ' י"נ דף קכ"ח שלח לי' ר' אבא לרב יוסף ב"ח המוציא שטר חוב על חבירו מלוה אומר לא נפרעתי כלום ולוה אומר פרעתי מחצה והעדי' מעידי' שפרע כולו הרי זה נשבע וגובה מחצה מבני חורין וכן הוא בטור וש"ע סימן פ"ב ואי נימא דתלינן הטעות בבדיקות דמנה מאתים אם כן הרי יש ללוה עדים דפרע מחצה ולמה נשבע אע"כ דבמנה ומאתים ודאי לא תלינן טעותא בין עדים לבעל דין והוכחשו עדים עם הלוה וז"ב: ☜אחר כתבי מצאתי בחידושי הר"ן פ' ז"ב הביא שם ראי' זו לענין מנה ומאתים וכתב זו הוא שיטת הרמב"ן ז"ל שכתב הר' דוד משמו וז"ל שם והראב"ד ז"ל כתב בתשובה שהכחשת העדים עצמן והכחשת התובע עם העדי' כולן שוין הם שבכולן אם הוכחשו בבדיקות שהוא דבר שאינו בקיום הממון ליכא הכחשה וכן כשזה אומר מנה וז"א מאתים בכולן יש בכלל מאתים מנה ע"כ והר"ן כתב עליו ז"ל ודאי א"צ הכחשות התובע והעדי' בבדיקות כגון שתובע מנה שחור והעדים אומרים מנה לבן שאינה הכחשה לענין העדים עצמן לא חלקנו בהכחשת התובע והעדים אלא בדין יש בכלל מאתים מנה מפני שהוא הכחשה שהוא בקיום הממון אלא שהכשירו בעדים מטעם יש בכלל מאתים מנה אבל בהכחשת התובע אין לומר כן מפני שיכול לפסול העדות שהוא לזכותו וכדכתיבנא לעיל מה שאין כן בעד שאינו יכול לפסול דברי חבירו עד כאן לשונו ומבואר כדברי הע"ש לבד הראב"ד דס"ל אפילו במנה ומאתים לא הוי הכחשה אבל כבר הכריע הר"ן דבמנה ומאתים הוי הכחשה וכדמוכח. לה מהאי דפ' י"נ וידוע דרוב דברי נימוקי יוסף הוא בשיטת הר"ן: ועיין בטורי זהב שהקשה בדברי הטור דמצריך תובע שניהן ובסימן קמ"ה גבי שני חזקה

כתב הטור באחד אומר אכל' חטין א' אומר אכלה שעורין דהוי חזקה דהוי בדיקות ולא התנה דיצטרך המחזיק לומר כדברי שניהן ועמ"ש ישוב לקושי' זו בסימן פ"ב סעיף י"ג:

סעיף ד

שבועת התורה. והא דלא משתבע מדר' חייא דהכא כיון דליכא עדי' אלא ע"י צירוף לא שייך הא דר' חייא ועיין סמ"ע וש"ך חולק בזה עיין שם ובט"ז ראיתי שכתב בזה טעם מחודד הא דלא שייך דר' חייא בעדות ע"י צירוף משום דהא דהעדאת עדים מחייב שבועה ילפינן לה בק"ו מפיו וע"א ומה פיו שאינו מחייבו קנס מחייבו שבועה עדים שמחייבין אותו קנס אינו דין שמחייבין שבועה ועדות ע"י צירוף וכן עדות מיוחד' לא מהני בקנס כמו דלא מהני בא' אומר נסתר' שחרי' וא' אומר נסתרה ערבית לענין איסור אישות וכמ"ש בית יוסף וכן קנס אין מחייבין אותו אלא בעדים שראו כאחד כנ"ל ברור ומוכרח עד כאן לשונו הטורי זהב ועיין שם ול"נ דאין ענין קנס לאיסור אישות דבאיסור אישות הטעם דהוא נוגע לד"נ והוי דינו כד"נ ובעינן ראו כאחד ושיגידו כאחד אבל קנס דינו שוה בזה לדיני ממונות וראי' לזה בפ' מרובה (בבא קמא דף ע"ד) עפ"י ע"א פשיטא אמרי הא קא משמע לן עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א מה עפ"י ע"א כי אתי ע"א מצטרף בהדי מחייב עפ"י עצמו נמי כי אתי עדים מחייב ולאפוקי כו' וכתב רש"י ד"ה כי אתי ע"א דהלכה כר"י ב"ק דאמר שומעין דבריו של זה היום וכשיבא חבירו למחר שומעין דבריו ע"כ ובד"נ ודאי בעינן שיגידו שניהם כאחד וכדאי' בסנהדרין דף ו' דמקשינן הגדה לראי' וכיון דבעינן ראי' כאחת ה"נ הגדה כאחת ואי נימא דקנס דינו שלו שוה כדיני נפשות היאך שומעין דבריו של זה היום ושל חבירו למחר והא מקשינן הגדה לראי' וגם בלאו הכי אין לומר דקנס דינו כד"נ לענין ראי' כאחת ולענין הגדה דינו כד"מ דלא בעי הגדה כאחד זה ודאי ליתי' אע"כ דקנס שוה בזה לד"מ ואין קנס חלוק מד"מ כלל לזה ואם כן ממילא קאי הק"ו גם לעדות מיוחדת וזה ברור וגם בתומים ראיתי שכתב כדברי הטורי זהב וליתי' וכמ"ש גם מתוספות מרובה שם משמע דלריב"ק שומעין דבריו היום ושל חבירו למחר וכמ"ש רש"י ע"ש: ועיין בתוספות פרק קמא דמציעא ר"ח כר"מ ס"ל דאמר אם הביאו שנים לידי מיתה תמורה כו' והקשו תוספות אם כן יאמר ר"ח ק"ו דר"מ לענין שבועה אם הביאו שנים לידי מיתה חמורה לא יביאו לידי שבועה הקלה מ"ש בש"ך דעדים שע"י צירוף נמי מחייבי שבועה אם כן טפי עדיף ק"ו מקנס דכל העדאת עדים מחייב שבועה וזה פי' שאינו מחייבו קנס עדים שמחייבין אותו קנס אפילו ע"י צירוף וכמ"ש אבל שנים שמביאין לידי מיתה ודאי אינו ע"י צירוף ואם כן עדיף האי ק"ו דר"ח:

סעיף ה

פ' החזיק בקרקע. וכתב במשרים דאם ע"א אומר בפני ובפני עד שמת נתן לפ' בניסן ועד אחד אומר בפני ובפני עד שמת נתן לפ' בתשרי דהוי כשני שטרי מתנות על ענין א' דאז ביטל שני לראשון ומשני ליכא אלא חד סהדא ועיין בית יוסף שכתב ע"ז ז"ל ודברים תמוהים המה ע"כ ובד"מ כתב ז"ל ואיני יודע למה כי לפי הנראה דינא הכי דהא המקבל מתנה מודה דע"א שקר דא"א להיות ב' העדיות אמת ואם כן אין במתנה אתרונה רק ע"א ודמיא להא דכתב הר"מ דאם המלוה תובעו רק מנה א' כו' עיין שם וראיתי בב"ח שכתב על דבריהם ז"ל ולפע"ד פשוט דהב"י הבין דשני העדיות מעידין שנתן המתנה לראובן והיינו הלואה אחר הלואה דמצטרף אבל אם עדות הראשונה היא שנתן המתנה לראובן והאחרונה היא שנתן המתנה לשמעון זה ודאי דמי לשני שטרי מתנה וכו' והפסיד מקבל מתנה וזה דעת הרב בד"מ ולענין הלכה זה וזה אמת עכ"ל: ושותא דמרן הב"ח לא ידענא דודאי גם בד"מ הבין שהעידו על מתנה שנתן לאיש א' ז"א בניסן וז"א בתשרי אלא כיון דביטל שני את הראשון ליכא אלא מתנ' בע"א וכמבואר בטור וש"ע חו"מ סימן ר"מ דביטל שני את הראשון וכדאי' בפ' נערה דאמרינן אודי לי' שהראשון מזויף ונתרצה לקנות מזמן שני ואם כן ליכא אלא ע"א במתנה השנית וזה פשוט: ובדעת הבית יוסף יראה משום דלא אשכחן בש"ס אלא שני שטרות היוצאין על שדה אחת ביטל שני את הראשון וכרפרם שם דאודויי אודי לי" ובשטרות דוקא שייך אודי לי' דאפשר הוא מזויף וכמ"ש רש"י שם ואף על גב דכת"י יוצא ממ"א אימר ציורי צייר לי' אבל היכא שהעדים קיימים ואמרין עדותן בע"פ ל"ש אודי לי' כיון דלאו. שקר בודאי הוא ול"א אודי לי' שהראשון הוא עד פסו.ל דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזיקינן ועיין שם בש"ס פ' נערה דאמרו שם נ"מ לארועי סהדי ופירש"י החתומים בשטר הראשון וכתבו תוספות שם ז"ל תימא גדול הוא מה שפי' בקונטרס לפסול העדים דאין לפסול העדים בענין זה ונראה לר"י דאם יש לזה מקבל מתנה שום שטר אחר שהעידו העדים שחתומין בראשון מרעין לשטרא הואיל והוא מודה שהן פסולין א"נ לפסול חתימתן קאמר דאימר זיופי זייף הואיל והוא מודה שהשטר הזה מזויף ועיין שם ואם כן לפי תירוץ השני י"ל דל"א ביטל שני את הראשון אלא בעדות שבשטר ומשום דאימור זייף אבל היכא דהעדים קיימים לא פסלו לראשון והרמ"א אפשר דס"ל. כתי' הראשון שבתוספות ונ"מ לארועי סהדי אפילו אומרים בע"פ ומשום דאודי שהס פסולין:

סעיף ו

פרעו מנה. ואם אח"א ק' ואת"א ר' והעידו על זמן א' והלוה אינו אומר שניהן הנה לכאורה יראה דלא מצטרפו וכמו גבי מלוה שתובע ללוה בעינן תובע שניהם ואם אינו תובעו שניהן הוי מוכחש מפיו וכמ"ש בסעי' ב' אבל אחר העיון דע דכיון דהוא אינו אלא בדיקות ואמרינן דטעי כשהיה הכתשה בין העדים ואפילו הכי בין הבעל דין לעד ל"א דטעי ודיינין ליה בהכחשה אמנם אינו הכחשה ודאית אלא הכחשה ולאו הכתשה וראיה מהא דאמרינן פ' י"נ דף קכ"ד גבי לוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרע כולו דנשבע וגובה מחצה וא"נ דהוי ודאי הכחשה אם כן הרי השטר בחזקתו ואיך נאמן לומר על שטר פרוע הוא והעדים שמעידים על הפרעון הרי הוכחשו מבע"ד שהוא הלו' אע"כ כיון דאינו הכחשה אלא בבדיקות הוי הכחשה ולאו הכחשה ומספיקא לא מפקינן ממונא ומשום הכי נפטר הלוה ממחצה וכמ"ש בנימוקי יוסף שם ועמ"ש בסימן פ"ב שם. ואם כן השתא התם דהלוה מכחיש שני העדי' במנה ומאתיים אפילו הכי איבטל שטרא ולא מפקינין ממונא מכיש כשעד אחד אומר מנה והשני אומר מאתיי' ואין הלוה אומר כשניהם דאינו מוכחש אלא מע"א דהוי פרעון מספק ולא מפקינן ממונא מן הלוה וז"ב. ומ"ש בסמ"ע סעיף קטן כ"ז דבעינן שיאמר כדברי שניהם היינו בנדון דידי' דאח"א בניסן וא' אומר בתשרי והוא על זמנים מתחלפים ואם הלוה אינו אומר שפרעו אלא מנה הרי הוא מכחיש בודאי את האומר בתשרי אבל היכא דמעידים על זמן א' אלא שא' אומר מנה וא' אומר מאתים והלוה אומר כאחד מהם לא הוי הכחשה ופרוע ממנה ועמ"ש בסימן פ"ב בסעיף י"ג שם:

סעיף ז

קודם ניסן. אין לו ביאור דהא אם כתוב בשטר שפרע בניסן סתם נמי דינא הכי וכמ"ש הסמ"ע. ואפ"ל לפמ"ש במ"ל בהל' מלוה דתוך זמנו מצי למטען סטראי כיון דלא עביד אינש דפרע גו זימניה אם כן ודאי על מלוה אחרת נתנו ולהכי כתב דאם נעשה קודם ניסן דאלו נעשה בניסן הוי מצי למטען סטראי לדעת הסוברין דתוך ל' הוי כמו חוך זמנו ואף על גב דקיימא לן דעביד אינש דפרע תוך ל' וכמבואר בסימן ע"ח מכל מקום אשכחן בשלחן ערוך הביא לפעמים דיעה זו דתוך ל' הוי כתוך זמנו וכמ"ש בשלחן ערוך סימן נ"ט סעיף ג' ועיין שם בש"ך:

סעיף ח

א"צ העדים. אבל בד"נ צריכין להעיד כאחד אליב' דכ"ע ובעדות גיטין וקידושין למאן דאמר דבעינן שיראו כאחד ה"נ בעינן שיגידו כאחד ומאן דלא בעי' ראי' כאחד ה"נ לא בעינן הגדה כאחד כנה"ג עיין שם והוא פשוט מפ"ק דסנהדרין דמקשינן הגדה לראי':

סעיף ט

פרעתי. וה"ה דמצטרפין ע"א בשטר עם העד שאומר קניתי מידו לגבות ממשעבדי ומי יתננו לדעת ולהבין דין זה דבשלמא עדי צירוף דהיינו א' אומר מנה בניסן וא' אומר בתשרי אם כן כיון דאיכא שני עדים והתורה האמין לשנים דלא משקרי אבל הכא לענין משעבדי נימא דע"א שבשטר הוא אומר אמת והשני משקר ואם כן ע"א בשטר אפילו אמת הוא אינו גובה ממשעבדי ולפמ"ש בסמ"ע בסימן נ"א דקנה גם כן בפני עד החתום ניחא אבל בכסף משנה משמע דאפילו לא קנה בפני עד החתום נמי מצטרפין וכ"כ הש"ך בסימן נ"א אם כן ק' היכי מצטרפין דלמא השני משקר ועוד אפילו בעדות בשטר דא"י לטעון פרעתי וגובה ממשעבדי נמי קשה כיון דחותמין זה שלא בפני זה דהא דוקא בגיטין אמרו דאין חותמין אלא זה בפני זה ואם כן ניחוש דלמא לא חתם בתחלה אלא א' ובע"א יכול לטעון פרעתי ואינו גובה ממשעבדי ואח"כ בא עד השני וחתם שלא מידיעת הלוה ושקר הוא העד השני ☜ונראה לפמ"ש בתשובה המיוחסת להרמב"ן בסימן צ"ד דגם בע"א לא חששו לזיוף ונאמן לשבועה ולפעמים למלתא דממון ולכך נאמן לקיים המחק ול"ח דמשקר ועיי' בשלחן ערוך סימן מ"ד סעי' י"א ואם כן ניחא כיון דע"א נמי אינו חשוד למשקר אלא דהתור' פסלו אפילו קושטא קאמר וכמו שאמרו גבי קרובים דל"מ אפילו קושטא קאמרי כמשה ואהרן ואם כן כיון דלפנינו שני עדים סמכינן עלייהו ומזה ראי' ברורה אל מ"ש הרמב"ן דע"א נאמן לקיים מחקים:

סעיף י

אבל אחרים. כתב הסמ"ע ז"ל פי' אפילו ששמעו שני העדים והעידו בבית דין הא' ושנחקרה עדותן בבית דין מכל מקום לא יעידו בפני בית דין אחר לדון עפ"י עדותן עיין שם אבל לענד"נ ברור דכה"ג לא הוי עד מפי עד כיון דכבר נחקרה עדותן בבית דין וכן מבואר בתוספות להדיא פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) ז"ל שם ל"ש הכא מפיהם ולא מפי כתבם דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בבית דין והוי כאלו אמרי עדים ראינו שנחקרה עדותן בבית דין וכ"כ תוספות בפ"ב דכתובות דף י"ח עיין שם וכ"כ הנימוקי בפ' ג"פ בשם הריטב"א גבי נמחק שטר חוב וז"ל ולא הוי עד מפי עד דלא על מנה שבשטר הן מעידין אלא על כת"י והוי כאלו אמרו ראינו לו שטר מתנה או מכר

עיין שם ואם כן מבואר דעדים ששמעו חקירת עדות בבית דין רשאין להעיד דאם לא כן היאך מעמיד עליו עדים בשטר שנמחק הא הוי עד מפי עד. וכ"מ בפרק קמא דמכות ד"ז שם כל מקום שיבואו שנים ויעידו שנגמר דינו של פ' ופ' ופ' עדיו ה"ז יהרג וכ"כ הרמב"ם בפי"א מהל' סנהדרין ואם כן כיון דאפילו בד"נ לא הוי עד מפ"ע מכ"ש בד"מ ואולי אפ"ל לדעת הסמ"ע דפס"ד עדיפא ומשום הכי יהרג אבל בחקירת עדים לבד הוי עד מפ"ע ואם כן בשטר שנשרף או שנמחק דעדים אחרים מעידים עליו משום דשטר עדיף והוא לכמה דברים כגבוי והוי כאלו אמר ראינו לו שטר מתנה או מכר דהוא כבר נתחייב קצת כמו בפס"ד אבל חקירת עדים בע"פ אין לנו ואפשר דהוי עד מפ"ע: אמנם מצאתי הדבר מפורש בחידושי הרא"ה בכתובות דף כ"ח ז"ל ראוי לספק בעדים שהעידו בבית דין ונחקרה עדותן אם נאמנין קרובים להעיד עליה' כך וכך העידו פ' ופ' בבית דין פ' ע"כ והניח בספק ומבואר להדיא דכשרים ודאי רשאין להעיד ולא הוי עד מפי עד וז"ב ומדברי הרמ"ה נמי נשמע דשטר עדיף מחקיר' עדים בע"פ וכמ"ש דהא בעדות שבשטר ונאבד או נשרף ודאי אפילו קרובים מעידים על השטר וכדתנן זה כת"י של אבא אף על גב דקרוב אינו נאמן בקיום אך מדברי הרא"ש מבואר דכשרים יכולין להעיד אפילו בעדי' שנחקרה עדותן בפה לפני בית דין וכן בטורי זהב חולק בזה על הסמ"ע אלא שלא הביא ראי' ועיין שם ז"ל ועיין בנימוקי יוסף בפשט מחאה תבין דעתי' וזה נלענ"ד ברור כשמש עד כאן לשונו ורמיזותיו אינו מכיר:

סימן לא

סעיף א

וישבע ולא שעבוד קרקעות דמיירי דלית לי' קרקע והילך לא הוי אף על גב דא"י לכפור דהיינו דוקא כשמודה בדבר שא"י לכפור ה"ל הילך אבל זה שכופר הוי מודה במקצת עיין ש"ך:

סימן לב

סעיף א

לא שכרן. עיין ש"ך שהקש' מפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ג) דאף דאין שליח לדבר עבירה מחייב בדיני שמים דמתמה התם בפשיטות מכלל דת"ק סבר אפילו בדיני שמים נמי פטור ומשני בי דינא רבא בי דינא זוטא א"ב ופרש"י עונש גדול ועונש קטן עיין שם ולי נראה דכאן מיירי מחיוב תשלומין בד"ש וכההיא דאמרינן כיוצא א"י אם נתחייבתי

פטור מדיני אדם וחייב לשלם בד"ש וה"נ בשוכרן חייב לשלם בד"ש אבל עונש בדיני שמים ודאי אית ליה אפילו אם אינו שוכרן משום דאף דאין שליח לדבר עבירה ענוש הוא בד"ש והתם בין דינא רבא ובין דינא זוטא אינו כלל מעין הדין שנתחייב בדיני אדם כגון רוצח בסייף ואם עשה שליח עונשין אותו משמי' בעונש מן השמים בדינא רבא או בדיני זוטא אבל הכא בשוכרן היא מידי אחרינ' שהוא חייב לשלם בד"ש וכמה מיני גרמא איכ' שנפטר מתשלומין אפילו בד"ש ואלו עונש ודאי א"ל אפילו בגורם דגורם והוא פשוט:

סעיף ב

חייבים לשלם. והיכא שיש תביעה לא' עם שלשה וא' נעשה בעל דין ושנים עדים אם מודים אח"כ צריכין להחזיר המעות אף שאמרו שבדין לקחו ממנו שהוא חייב להם כן פסק מהרש"ל ביש"ש דב"ק פ"ד סימן י"א הובא בש"ך ולדעתי יש לעיין בזה ולכן נעתיק לשון מוהרש"ל וטעמא דידי' וז"ל ולא דמי לשלש' שנושים בא' אף דאין לך תערומות גדולה מזו שאני התם דמעידין עדות שקר שאומרים הוא חייב כל המנ' לזה ואינו אמת וגם עדותם אינו עדות מאתר שנוגעים בעדותם ואם כן רחמנא הוא דפטרי' לזה בטענותו אינו חייב והם הוציאו ממנו שלא כדין תורה ואם הודו אח"כ בפני בית דין פשיטא דמחויבין להחזיר כל המנה וליכא כאן מגו דמגו במקום עדים לא אמרינן והנראה שהוציאו ממנו מנה שלא כדין כמאה עדים דמי וגם איתרע חזקתי' דלאו קושטא קאמרי עכ"ל: ולענ"ד נראה דאין להוציא ממון מה"ט דאשכחנא מגו כהאי בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ב) ההיא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתי' והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא גחון לחיש לי' לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהא שטרא מעליא ה"ל ואבד ואמינא אינקט האי בידאי כל דהו א"ר מה לי לשקר איבעי א"ל שטרא מעלי' הוא א"ל ר"י אמאי קם סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא וכתב שם נש."ם ז"ל ולא דמי לשאר מה לי לשקר שבגמרא ששני הטענות יכולין להיות אמת אותו שהוא אומר ואותו שהי' יכול לטעון ולא ענין אמרינן מגו אבל הכא מה לי לשקר במקום עדים שהרי כל כחו וחזקתו ע"י שטר זה והאיך נאמר מה לי לשקר בשטר זה איבעי אמר שטרא מעליא הוא והלא מודה בשטר פסול הוא והודאת בעל דין כמאה עדים ואלו באו שני עדים שאמרו פסול ליכ' תו מה לי לשקר עד כאן לשונו והנה הרואה יראה כי דברי מוהרש"ל הוא בדומה ממש לדברי הרשב"ם דהוי מגו במקום עדים כיון דהודאת בעל דין כמאה עדים אמנם דברי הרשב"ם אינו מובן כלל גם לגדולי נבוני' וכבר כתב הרמב"ן בחידושיו פרק חזקת הבתים שדברי רשב"ם אינו מובן דמ"ש

משאר מגו דאלו רצה לשקר לא הי' מודה ועיין שם ותמי' זו קיימת גם על דברי מוהרש"ל ובתוספות שם כתבו בטעמו דר"י דלא הוי מגו משום דהיה מוכרת לשקר תחלה ולומר הא שטרא א"נ משום דהוי טוען וחזר וטוען דמעיקרא טען והא שטרא ועתה חזר בו ומודה דחספא בעלמא הוא אלא שטרא מעליא הוי לי' עד כאן לשונו. וגם להני טעמי' אפשר דכיון מוהרש"ל במ"ש וגם איתרע חזקתי' דלא קושט' קאמרי והיינו שהוכרחו לשקר תחלה לומר עדים אנחנו וגם הוא חוזר וטוען כי מתחלה בא בזכות העדים ועכשיו מודה דהוא שקר בעדים אך לכל הטעמים שנאמרו בדרב יוסף חזינן דרבה פניג וס"ל דאפילו הכי הוי מגו אף על גב דהוכרח לשקר תחלה וגם הוא טוען וחוזר וטוען אפילו הכי הוי מגו ואנן קיימא לן כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי וטעמ' דאיפסק הלכתא כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי פי' רשב"ם דהוא משום ספיקא דדינא כיון דלא אתברר טעמא דרבה ורב יוסף הלכך המוציא מחבירו עליו הראיה ובתוספות הקשו דאם כן נימא אוקי קרקע בחזקת מארי' ולזה פי' טעמא דהלכתא כר"י בזוזי משום דהוי מגו להוציא ואם כן לכל הפירושים בין לפי' רשב"ם בין לפי' תוספות אין להוציא מיד העדים הללו כלום דלפי' רשב"ם דהוי ספיק' דדינא אם כן ודאי אין להוציא ולפי' תוספות אם כן טעמא דהלכתא כרב יוסף בזוזי משום מגו. להוציא ואם כן הכא שכבר הוציאו ה"ל מגו להחזיק אלא דאם עדיין לא הוציאו ובאו לבית דין והודו שהמה נוגעין בזה הוי מגו להוציא אבל אם כבר הוציאו הוי להחזיק ואם כן מכל השיטו' והפרושי' שנאמרו בזה מבואר האי דינא דאין להוציא מיד העדים הללו את הממון. איברא בתוספות פ"ב דכתובות דף כ"ה משמע כדברי מוהרש"ל אבל לא מטעמי' עיין שם באומר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה שבידו להאכילו בתרומה ואין בידו להשיאו אשה ור' חייא דס"ל דאינו נאמן כלל משום דקרוב הוא אצל בנו וז"ל תוספות שם מדנקט בני זה וכהן הוא משמע שאינו ידוע לנו אם הוא בנו והוא בא להעיד שהוא בנו ושהוא כהן ושאינו בן גרושה ותימא אם כן יהי' נאמן לתרומה וליוחסין במגו דאי בעי אמר אינו בני וי"ל אף על גב דאיכא מגו לא מהימן דלדבריו קרוב היא כדאמרינן בהחולץ דף מ"ז לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי ואין אתה נאמן לפסול את בניך אף על גב דרבי קאמר בסמוך אני מאמינו להאכילו בתרומה שהרי בידו להאכילו בתרומה אלמא אף על גב דקרוב הוא לדבריו נאמן במגו התם ודאי מהמנינן לי' משום דאית לי' מגו אף דידעינן שהוא בנו אבל האי מגו אי הוי ידעינן שהוא בנו ליכא מגו עד כאן לשונו ואם כן אמרינן להו לדבריכם נוגעים אתם ואין נוגע נאמן: אמנם יש לחלק דהתם עיקר העדות שבאו להעיד הוא איך זה בני ואם כן אמרי' לי' לדבריך קרוב אתה וכן בההיא דהחולץ

דבא לפסול את בנו משום שהוא נכרי אמרינן לי' נמי לדבריך נכרי אתה ואין אתה נאמן אבל הכא עיקר העדות שזה חייב לזה מנה ואח"כ הודו שהם פסולים ונוגעים אם כן ה"ל כאומר אין שטרא זייפא דהיכא דהוא להחזיק הוא נאמן וגם בלאו הכי איכא עוד תרוצים אחרים בקושיות תוספות עיין שם בשיטה מקובצת ועיין בתשובת הרא"ש כלל נ"ח סימן ה' וז"ל שאלה ראובן תבע מנה משמעון וכפר שמעון והביא ראובן עדים לדבריו ואמר שמעון שהעדים פסולים שהם הודו בפני עדים שיש להם חלק באותו מנה שתבע ראובן לעצמו תשובה אם קודם שהעידו העדים אמרו כבר לפני עדים שהמנה שתבע ראובן לשמעון הם שותפים בו העדות שהעידו אח"כ אינו כלום כיון שכבר אמרו תחלה שהיה להם להסתלק מאותו מנה ורע עשו שהעידו ודמיא לזה שאמרו חכמינו זכרונם לברכה לא יהי' לך עסק עם ג' אנשים שלא יהי' א' בעל דין ושנים עדים אבל אם כבר העידו לאו כל כמיני' לבטל העדות ולומר לעצמינו העדנו כי אנו שותפיסן כיון שראובן מכחישן ואמר שאין להם חלק באותו מנה עד כאן לשונו. ומשמע דאם הי' ראובן מודה שיש להם חלק באותו מנה היה עדותן בטילה ואף על גב דאית לי' מגו דלא הודה משו' דא"ל דברי הרא"ש מיירי דעדיין לא הוציא וה"ל מגו להוציא ומשום הכי אינו נאמן אלו לא הי' מכחישן וכן העדים עצמן לא הי' נאמנין במגו משום דה"ל מגו להוציא אבל היכא שכבר הוציאו נרא' דאין להוציא מיד המוחזקין וזה נראה ברור ודו"ק:

סימן לג

סעיף א

בן בנו פסול. עיין בפ' י"נ דף קכ"ח מר בר רב אשי אכשר באבא דאבא ולית הלכתא כוותיה וע ין פ' י' יוחסין האומר בני זה ממזר אינו נאמן ואפילו שניהם מודים על עובר שבמעי' ממזר הוא אינם נאמרם ר"י אומר נאמנים ותני עלה בברייתא פ' החולץ דמ"ז ר"י אומר נאמן אדם לומר על בנו קטן ואינו נאמן על בנו גדול ואמר ר' חיי' בר אבא לא קטן קטן ממש ולא גדול גדול ממש אלא קטן ויש לו בנים זהו גדול גדול ואין לו בנים זהו קטן ועיין שם משום דאינו נאמן כי אם על בנו ולא על בן בנו וקשה למר בר רב אשי דמכשר באבא דאבא אמאי אינו נאמן כשיש לו בנים דהא טעמא דאינו נאמן על בנו לחכמים כתב רש"י בפ' עשרה יוחסין ז"ל אינו נאמן משו' דקרוב הוא אצלו ואינו כשר להעיד ואם כן לר' יהודא דנאמן על בנו משום דכתיב יכיר אם כן על בן בנו נהי דלא קאי עלי' יכיר הא ממילא כשר הוא כיון דאינו קרוב אלא דבלשון רש"י שם כבר עמדו

בו הראשונים דלמה כתב הטעם משום דקרוב הוא הא תיפוק לי' דהוי ע"א ואין ערעור פחות משנים ואם כן ניחא למר בר רב אשי:

סעיף ב

נפסק הדין. עיין ש"ך שכתב אין טעם לחלק בין נפסק הדין או לא אבל כוונת בעל העיטור כשהעיד מתחלה ולא ידעו מקורבחו ונפסק הדין אינו יכול להעיד אחר שנתרחק שבודאי יאמר כדבריו הראשונים כו' דעביד אינש לאחזוקי דיבורי'. וכבר כתבנו מזה בסימן כ"ת עיין שם ראיות מוכרחיות דלא אמרינן עביד לאחזוקי דיבוריה וגם בעל העיטור גופי' ס"ל במי שהגיד עדותו לפני אנשים שאין בקיאין סומכין על העדים עצמן ועיין שם ולא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורו ועיין שם ועתה באתי להוסיף ראיות ממ"ש הרא"ש בתשובה כלל ה' סימן ה' בשטר שחתום עליו עד פסול ונתבטל כל העדות מדין נמצא א' מהם קא"פ דכל העדות בטל אם העדים כשרים זוכרים עדותן ע"י השטר יכולין לחזור ולהעיד לפני בית דין והובא ברמ"א סימן ל"ו ובשלחן ערוך סימן מ"ה סעי' י"ג ולא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דבורו ותו אינו מועיל הגדתן פעם שנית והש"ך גופי' כתב בסימן ל"ו על דברי הסמ"ע שמחלק בין הגדה שבשטר להגדה בע"פ והש"ך שם סעיף קטן י"ב חולק עליו והעלה דאפילו הגידו בע"פ עם קא"פ יכולין עוד לחזור ולהגיד בלי צירוף הפסול וזה דומה לקרוב ונתרחק אלמא דלא אמרינן עביד איניש לאחזוקי דיבורו ולכן יראה דעיקר טעמא דבענהעיטור הוא משום דכבר נפסק הדין וטעמא דפס"ד נראה לפי מ"ש בתה"ד סימן ש"י והובא להלכה בדברי הרמ"א סימן רס"ח דאם כבר נפסק הדין הוי מעשה השני' לחוד' עיין שם בתה"ד דלמדו מפ' החולץ גבי ספק ויבם דאמר ר' ירמי' קס דינא ואף על גב דהי' יכול לבא בתורת ממה נפשך אפילו הכי כיון דכבר נפסק הדין אין הדין חוזר ועיין שם דאתי עלה מתורת יאוש כיון דכבר איפסק הדין אם כן ה"נ כיון דכבר איפסק הדין כשהי' קרוב ואז כשהי' קרוב הי' הדין כהלכה דאז הי' פסול לכן גם אחר שנתרחק תו אין הדין חוזר ודו"ק ועוד נראה כיון דתחלתו בכשרות וסופו בפסול פסול אם כן תיכף שהגידו ה"ל סופו בפסול ופסול אפילו שנתרחק:

סעיף ג

ויש מי שמכשיר. ז"ל הסמ"ע הואיל דבצוואה לא הי' תועלת לשכ"מ כי אם לבניו והם רחוקים עמו אף בשעה שנמס' להם העדות וכ"כ בטורי זהב משום דהשכ"מ יכול לחזור ואין הנפקותא אלא לבניו ולפי זה אם הי' מתנת שכ"מ במקצת דבעי קנין הוי פסול לכולי עלמא עד כאן לשונו הטורי זהב ולענ"ד נראה דגם במתנה בקנין יכולין להעיד נגדבניו ולא הוי תחלתו בפסול וסופו בכשרות לפי מ"ש הרמב"ן בחידושיו פרק חזקת הבתים

(בבא בתרא דף מ"ג) דהא דפריך ולסלקי בי' תרי מנייהו ולדייני וז"ל וא"ת וכי מסלקי אמאי מכשרי והא בעינן תחלתו וסופו בכשרות וכיון שלא נאמר תחלתו בפסול אלא במי שהי' קרוב ונתרחק או פסול הגוף אחר שהרי זה מעיד למי שהי' קרובו בשעת ראי' אבל כאן שעכשיו נסתלק ממון זה אין זה מעיד לקרובו ולא למי שהיה קרובו בשעת ראי' שהרי ממון אחרים ולא שלו ולאחרים מעיד כללו אין אדם מעיד לאותו שהי' פסול ליה בשעת ראיה אבל אם הי' פסול לזה בשעת ראיה מעיד באותו עדות לאחרים שהרי תחלתו כשר הוא אצלם וזה הטעם למי שהיה עד לקרובו ונסתלק אותו קרוב מאותו ממון שהוא כשר עד כאן לשונו ובנימוקי יוסף פרק חזקת הבתים אחר שהביא לשון הרמב"ן כתב וז"ל ונראה לי שהרב ז"ל [סובר] דלא אזלינן אלא בתר גברא משום דמסהיד לו מסהיד ולצורך האיש ההוא מעיד שהרי אינו מעיד לצורך הממון עצמו אלא כל היכא שלא נסתלק שלו על עצמו מעיד ואם נסתלק ממנו לאחרי' הוא מעיד דלא שייך גבי ממון למימר שיהיה בו פסול עדות שלעולם יש לו לממון בעלים הלכך כשנסתלק מממון לגבי אדם שהממון שלו כשר הוא לו וכן לגבי הממון לא שייך בו פסול ע"כ כ"כ הבית יוסף בשם משרים קרוב שיודע בעדות שדה שנ קרובו ומכרה קרובו או נתנה ומקבל אחריות דמחמתי' לא דמעלמא וערערו על אותה שדה כשר להעיד משרים נ"ב מדבריהם למדנו נדון דידן דכי היכי דאם מכרה לאחר יכול להעיד ה"ה הורישה יכול להעיד אם הוא רחוק ליורש וז"ב לפי שיטת הרמב"ן והנ"י והמשרים אלא לשיטת הראב"ד דטעמא דלא בעינן גבי ממון תחלתו בכשרות הוא משום דגבי נוגע לא שייך תחלתו בפסול כיון דנוגע לעצמו מעולם לא הי' עליו שם עד ואם כן נדון דידן אצל קרובו שפיר הוי תחלתו בפסול וזה נרא' שיטת הרא"ש דפוסל בשכ"מ שהוא קרוב לעדי' ועדים רחוקים לפניו דאף על גב דס"ל דגבי ממון לא שייך תחלתו בפסול וכמו שכתב הרא"ש פ' חזק"ה ופ' ז"ב דלא אמרינן תחילתו בפסול אלא גבי פסול הגוף ולא בפסול ממון היינו דס"ל דוקא אם היה נוגע ולא הי' מעולם עליו שם עד אבל זה שהי' קרובו הי' עליו שם עד פסול וה"ל תחילתו בפסול וכשיטת הראב"ד הנ"ל הובא ברמב"ן בחידושיו פרק חזקת הבתים אבל לפי הני רבוותא שזכרנו הרמב"ן והנ"י ומשרים גם במתנה בקנין כשר לבניו וכמ"ש אח"כ מצאתי במוהרי"ט ח"א סימן ק"ה דהקשה בדברי הרא"ש כיון דאין נפקותא לשכ"מ כי אם לבניו והעדים רחוקים לבניו למה יפסל ואוקמה במתנה שכ"מ במקצת דבעי קנין או במודה על חפץ שהוא של פ' דהנפקותא למצוה ואפילו לדע' הגאון כשרי' לבניו משום דכבר נסתלק המצוה ועיין שם ות"ל שכוונתי לדעתו: אד מ"ש מוהרי"ט במודה יראה לי דבמודה לא מהני לבניו גם לדעת הגאון כיון דבשעת מעשה כשהי' קרובים לו הוי

הודאה ואם כן יכול לטעון השבעה וכיוצא בזה כתב כנה"ג בשם משפט צדק הא דמהני סילוק היינו דוקא בעדי ראי' אבל בעדי הודא' לא מהני סילוק מפני שיכ"ל מפני שראה שם שלא הי' שם מי שיוכל להעיד עליו הודה זה שאינו עד כאן לשונו ואם כן ה"נ ואף על גב דגבי שכ"מ לא שייך השטאה אבל השבעה מיהת יכול לומר וצריך לומר אתם עדי וכדאי' בס"פ גט פשוט ואם כן כיון דאין עדי' לא שייך אתם עדי ואין לומר כיון דטעמ' דהשבעה בשכ"מ הוא שלא להשביע את בניו וכיון דאלו רחוקי' לבניו לא שייך טענה זו דליתי' דהא קיימא לן אפילו אין לו בנים כלל נמי יכול לטעון השבע' ולכן נראה דמיירי בקנין ולא במודה ודעת גאון דאפילו בקנין כשרין לבניו וכמ"ש דכי היכא דאם מכרה לאחר יכול להעיד ה"ה הוריש לאחר יכול להעיד. אבל קשה לפ"ז בשט"ח שחתם עליו קרוב ונפסל מחמת קרוב או שהגיד בע"פ איך שקרובו נתחייב לזה ממון ונפסל עדותו מחמת קורבה יוציאו אח"כ אותו הממון לבניו או מבני בניו שהם רחוקים לעדים מיהו לפי מ"ש הרמ"א סעי' י"ב דאם כבר נפסק הדין קם דינא אם כן ה"נ כיון דכבר נפסק בהיותו קרוב אלא דלפענ"ד נראה בזה דאפילו עדיין לא נפסק הדין ובא הקרוב להעיד אחר מיתת קרובו נגד בניו איך שאביהם נתחייב לזה מנה ובחיי האב לא העידו כלל גם כן אין הבני' חייבים לשלם אף שהם רחוקים לעדים ומשום דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין וכיון דהלוה פטור נכסוהי נמי פטורין וכדאי' פ' יש בכור ובטור ש"ע סימן מ"ט עיין שם וז"ב: ולפי זה הך דינא דגאון אינו אלא כשהעידו על חפץ מבורר או קרקע מבורר כנדון דמשרים דבזה לא שייך נכסוהי דבר אינש אינון ערבים ומשום הכי הבני' שהם רחוקים מוציאין מידם ע"פ עדות זה אבל בחוב דנכסים אינן אלא ערבים וכיון דהלוה פטור ערב נמי פטור. ומעשה בשטר שלם זכר על סך מסויי' כנהוג והעד החתוספות הי' קרוב אל הנותן השטר שלם זכר ורחוק לבניו. והנה לדעת הטורי זהב ודאי פסול כיון דהוא חוב על סך מסויים והחוב הותחל מחיים אלא שהבריר' ביד היורשים לסלק החוב בחלק ירושה הן רב הן מעט אבל על כל פנים חוב דאבוהן היא והותחל החוב בחיי קרוב הוי תחלתו בפסול אלא גם לפי מ"ש דשכהוסבה הנחלה לרחוק לעדים הרי הוא כנסתלק הקרוב ויכול להעיד היינו דוקא בדבר מבורר כגון קרקע או חפץ אבל בחוב לא ואם כן בשטר שלם זכר שבא ליטול בתורת חוב שנתחייב לו חמיו וכיון דהלוה פטור דאין עליו עדים גם בניו פטורין משום דנכסוהי אינון ערבין וכמ"ש:

סימן לד

סעיף א

פסול מדרבנן. ועיין בשלחן ערוך אבן העזר סימן מ"ב בקידש בפני פסולי עדות דרבנן מקודשת מן התורה וצריכה גט ע"ש. ויש לעיין גם בפסולי עדות דאורייתא כיון דעכשיו ליכא מומחין ואם כן אותו העדות שנתקבל האידנא איך מהני כיון דאותה קבלה מן התורה לאו כלום הוא כיון דעכשיו ליכא בית דין ואם כן מנא ידעינן שעשה אותו עבירה שבאנו לפוסלו על ידו כיון דליכא קבלה בפני בית דין ואפילו למאן דאמר מן התור' בחד סגי היינו לדין אבל קבלת עדות מן התורה בעי שלשה ומומחין וכמו שכתבנו בסימן ג' עיין שם וקבלת עדות האידנא אינו אלא מתקנת חכמינו זכרונם לברכה ואם כן מן התורה עדיין כשרים הם ואפשר כיון דאנן עכשיו שליחותי' דקמאי עבדינן ואפילו לקידושי תורה וכמה שכתבו תוספות בפ' החולץ בהא דמקבלין גרים בזמן הזה משום דשליחותי' דקמאי קא עבדינן ואם זה הגר הלך וקידש הוי קידושי תורה דאם בא אחר אח"כ [וקידש'] אין קידושי השני תופסין וצ"ל שדבר גדול כזה דיש כח ביד חכמים לעקור דברי תורה אפילו בקום ועשה ועיין תוספות ר"פ האשה רבה:

סעיף ב

ואף על פי שהחזירו. כתב הטור היינו דוקא שלא שלמו מעצמן אלא בכפי' ואף על פי דבמלוה בריבית לא מהני חזרה לחוד כו' היינו דוקא במי שהרגיל נפשו בכך אבל כשעושה גזילה בפעם אחת והחזירו מעצמו די עיין סמ"ע וזה דעת מור"ם בסעי' כ"ט אלא דהב"ח כתב על דברי הטור ז"ל ומיהו נלפע"ד דאף זה אינו אלא במוחזק לגנב ולגזלן אבל מי שלא גנב או גזל אלא פעם אחת אף על פי שלא היתה השבה אלא על ידי כפיית בית דין מיד כשהחזיר הגניבה או הגזילה הרי הוא כשר לעדות ולשבועה עיין שם וקשה בהא דאמרינן בפרק קמא דמציעא גבי ההוא רעיא דאתו סהדי דאכל תרתי מנייהו וא"ר זירא אי איתי' לדר' חייא משתבע ופריך והא גזלן הוא עיין שם וכיון דהני תרתי דאכל ודאי מחויב להחזיר ואם כן אמאי הוי פסול. ונראה דהב"ח ס"ל דחזרה אפילו ע"י כפי' כיון דהוא מקיים והשיב את הגזילה אפילו ע"י כפי' זהו תשובתו ואף על גב דהוי ע"י כפי' וכמו חייבי מלקות אחר שלקה הוי כאחיך אף על גב דהמלקו' ע"י בית דין הוא אלא דכל זמן שעדיין לא נלקה ולא החזיר עדיין פסול הוא ואם כן כיון דבשעה שהבית דין מחייבין אותו שבועה הוי פסול הוי עלי' דין חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל אף ע"ג דאח"כ חזר בתשובה לא אמרי' דישבע אלא קם דינא ושכנגדו נשבע ונוטל ועמ"ש בסימן ס"ט

ואם כן כיון דע"כ בשעת תביעה עדיין לא החזיר דאם לא כן ה"ל הילך ומשום הכי הוי עלי' דין חשוד ואפילו החזיר אח"כ שכנגדו נשבע ונוטל וקם דינא וכמ"ש בסימן ס"ט בסופו דעיקר טעמ' דחשוד דריע טענתי' דחשוד ומשום הכי משני בשכנגדו קאמינא: אמנם מלשון התוספות מבואר להדיח כדברי הרמ"א עיין שם פרק קמא דמציע' דף ה' ד"ה דחשיד אממונא וז"ל ולא קשה מההיא רעיא דאכל תרתי מינייהו אמאי פסול כו' דמה שהוא משלם ע"י עדים אין זה השבה מעליא דע"כ משלם והיינו טעמא דכופר בפקדון פסול לעדות עד כאן לשונו ומבואר דאפילו פעם אחת כגון עובדא דההיא רעיא או כופר בפקדון נמי לא מהני חזרה ע"י עדי' ולכן העיקר כדברי הרמ"א:

סעיף ג

החולק עם הגנב. בריב"ש כתב בא' שהעידו עליו שחלק עם הגנב שגנב בבית ישראל והי' מוכרח להחזיר מה שגנב עפ"י בית דין וכתב ריב"ש דלא מיפסל לעדות מהא דאומר לשלוחו צא וגנוב דפטור המשלח עיין שם ובתומים ראיתי שהתפלא מאד על דין זה דכיון דבידו ממון חבירו ולוקחו בידו לעכבו הרי הוא רשע דחמם ולא ידעתי הבדל בין כופר בפקדון דבהיתר בא לידו ומ"מ הואיל וכופרו פסול לעדות וזה לקח ממון חבירו באיסור וכופר בו ואינו מחזירו יהי' כשר לעדו' וכו ועיין שם שהעלה בדברי הריב"ש משום שהחזיר ואפילו ע"י כפי' סגי לי' בכך או דשם מיירי לאחר יאוש עיין שם וכל רואה יראה שאין זה משמעות דברי הריב"ש ולא דברי הרמ"א שהביאו להלכה ומשמע דאפילו עדיין לא החזיר ולא הי' יאוש נמי אינו נפסל והנראה לי בזה דמה שמדמה בתומים חולק עם הגנב ומעכב של חבירו בידו לכופר בפקדון אבל אין זה דומה כלל לכופר בפקדון דהא קיימא לן דגונב אחר הגנב. אינו משלם תשלומי כפל ובר"פ הגוזל ומאכיל ס"ל לרמי בר חמא דגזל ולא נתייאשו בעלים ובא אחר ואכלו דאינו גובה אלא מגזלן ועיין שם בתוספות שכתבו בטעמא דרמב"ח דכיון שהוא לא גזלן אינו יכול לתובעו כלל שהרי אינו לגמרי ברשות' דמארי' שהרי אינו יכול להקדישו עיין שם ואם כן ודאי החולק עם הגנב לא הוי גזלן אלא אפילו לרב חסדא דקיימא לן כוותי' דאם בא אחר ואכלו רצה מזה גובה היינו דוקא אם אכלו ומשום מזיק דאכתי דנגזל הוא אבל מחמת גזלן לא מחייב וכגון שבא השני וגזלן ונאבד ממנו אין השני חייב בתשלומין דלאו שמי' גזלן דבעלים כיון דאינו ברשותי' דמארי' ותדע דהא אפילו גזלן ראשון א"ח לשל' אלא כשעת הגזילה ואי גזל חביתא דחמרא מעיקרא שרא זווי ולבסוף שויא ד' תברא או שתי' משלם ד' איתבר ממילא משלם זוזי ולא סגי דלא אגבה לחביתא בתר דשויא ד' ועוד דהא בחצירו הוא וכל שעתא ושעתא גזלי' ואמאי אינו משלם ארבעה אלא ע"כ כיון דכבר

גזלי' ואינו ברשותו דנגזל תו לא מחייב משום גזילה אלא בתורת מזיק והיינו טעמא דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל משום דכתיב וגונב מבית האיש וכדאי' בפ' מרוב' משום דאינו ברשותו עיין שם דף ס"ט ואם כן לא הוי על השני תורת גזלן כלל אלא אי איתי' בעינא כיון דלא קנאו דנגזל הוי כל היכא דאיתי' כיון דלא קנאו אבל על כל פנים השני אינו גזלן ולא גנב דכיון דכבר נגנב מבית הבעלים ואינו ברשותו תו לא עבר השני משום לא תגנוב או משום לא תגזול מה שאין כן כופר בפקדון דפקדון כל היכ' דאיתא ברשותא דמארי' ויכול להקדישו והגונב מבית השומר משלם כפל וכמה שכתבו תוספות בפרק קמא דמציעא דף ו' משום הכי כופר בפקדון הוי עליו תורת גזלן ופסול לעדות והארכתי בפשוטות משום דלכאורה יפלא על דברי הריב"ש והרמ"א כמו שתמה על זה בתומי' אבל באמת דברי הריב"ש והרמ"א נכונים אלא בדברי הריב"ש יש מקום עיון לפי מה דמשמע מדבריו דמעיקר' עשאו שליח לגנוב עליו דידי' נמי אלא דאתי עלה בריב"ש משום דאין שליח לדבר עבירה ולפי מ"ש רש"י בפרק קמא דמציעא דף ח' בכהאי גוונא יש שליח לדבר עבירה עיין שם גבי שותפין שגנבו שכתב רש"י דמגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' ועיין מ"ש בסימן שמ"ח מחלוקת רש"י ותוספות בזה ואם כן כיון דלדעת רש"י יש שליח לדבר עבירה בזה אם כן ודאי הוי עליו גזלן ואף על גב דלדעת תוספות גם בשותפין אמרינן אין שליח לדבר עבירה מידי ספיקא לא נפקא דמי יכריע בין רש"י ותוספות ואם כן הוי לי' ספק וז"ב מיהו דברי הרמ"א יש לומר דלא צוה לו לגנוב אלא אחר כך חלק עמו:

סעיף ד

שכר להעיד. בתשובת מוהרי"ן לב נסתפק אם נוטל שכר להעיד פסול מדרבנן או מן התור' והביאו לספק הזה הספק האחר שנסתפק שם נוגע דפסול אם הוא משום דחשדינן לי' למשקר בשביל הנאתו אם כן נוטל שכר להעיד נמי פסול מן התורה משום דחיישינן לשקר ואי נימא פסול נוגע הוא משום דאדם קרוב אצל עצמו אבל לא חיישינין למשקר אם כן נוטל שכר להעיד כשר מן התורה ועיין שם בדבריו הנחמדים בתשובותיו דף נ' ע"ב ולענ"ד נראה כלשונו האחרון דנוטל שכר כשר להעיד מן התורה וקצת ראי' לדבר מהא דתנן פ' נערה דמ"ו גבי מש"ר ר"י אומר אינו חייב עד שישכור עדים מ"ט דר"י אמר ר"א אתי שימה שימ' כתיב הכא ושם לה וכתיב התם לא תשימון עליו נשך מה להלן ממון אף כאן ממון וכתיב בתריה ואם אמת הי' הדבר והוציאו את הנערה וסקלוה והרי נטלו שכר להעיד דאף על גב דאמת הי' הדבר היינו שלא נתברר ע"י עדי הזמה דכתיב ופירשו את השמל' לברר ע"י הזמה אבל אם אמת הי' הדבר ע"פ העדים דהיינו דליכא הזמה וסקלוה

אלמא אף על גב דכתיב ושם לה עלילות דברים דהיינו ששכרן בממון אפילו הכי עדותן כשר מן התורה וכיון דנוטל שכר כשר מן התורה ולא חשדינן למשקר בשביל הנאת ממון יעיד שקר מעתה צריך ביאור בטעמא דנוגע פסול מן התורה כיון דל"ת למשקר בשביל הנאת ממון יעיד שקר וז"ל התשובה שם במהרי"ן לב דאם נוגע פסול משום קרוב אם כן לחוב אמאי נאמן דהא קרוב פסול בין לזכות בין לחוב והעל' שם דהא דכשר לחוב היינו משום דאתינן עלה מתורת חיוב ומתורת מתנה כיון דיכול אדם לחייב עצמו כשאינו חייב וזה שמודה שחייב הוי כאלו אמר חייב אני לך מנה ויכול לחייב עצמו וכמ"ש בעל התרומות וכו' ע"ש: והנה לכאורה מאי דקשיא לי' בטעמא דקרוב אמאי נאמן לחוב הי' אפ"ל דאתינן עלי' בתורת מגו דאי בעי יהיב ניהלי' במתנה וכדאי' פ' עשרה יוחסין ובפ' י"נ יכיר דנאמן האב לומר זה בני בכורי ופריך יכיר ל"ל הא בעי יהיב ניהלי' במתנה וע"ש. אלא דאם כן אלו הי' עדים כנגדו שאינו חייב דתו לא שייך מגו דהוי מגו במקום עדים וגם גבי בני בכורי אילו היו עדים נגדו לא הוי מגו וכמ"ש רשב"ם והודאת בית דין נאמן אפילו נגד עדים ואם כן ליכא למימר מדין מגו אלא דגם בטעמא דמוהרי"ן לב קשה לי טובא דהא באומר להד"מ ואחר כך באו עדים דאינו נאמן לומר פרעתי אף על גב דעדים מעידי' שפרע משום דהוא נאמן ע"ע יותר [מעדים] וכל האומר לא לויתי כאלו אומר לא פרעתי והתם ליכא למימר דהוא בתורת חיוב חדש דהא אדרבא הוא בא לפטור עצמו בטענת פרעתי ועוד דהא בחיוב חדש ודאי בעי אתם עדי ובלי אתם עדי לאו כלום הוא וכמ"ש בשלחן ערוך סימן מ' ובמודה בחוב ישן אשכחן דאפילו בלא אתם עדי והיכא דלא טען לא טענינן לי' השטאה וחייב לשלם וכדאית' בסנהדרין פ' ז"ב וכן מבואר ברמב"ם וטור וש"ע סימן פ"א. ועוד דאמרינן ברפ"ק דמציעא לא תהא הודאות פיו גדולה מהעדאת עדים ומה פיו שאינו מחייבו ממון מחייבו שבועה ופריך ופיו אינו מחייבו ממון והא הודאת בעל דין כמאה עדים אלא מה לפיו שאינו מחייבו קנס ופריך מה לפיו שאינו בהכחשה ובהזמה תאמר בעדים שישנו בהכחשה ובהזמה ואי נימא טעמא דפיו משום מתנה וחיוב אם כן איך שייך בי' הכחשה והזמה והא ודאי במתנה מצי יהיב ומאי אולמי' דפיו יותר מעדים והא לענין נאמנות אדרבה עדים נאמנין יותר מפיו ועיין בנימוקי יוסף שם בפרק קמא דמציעא וז"ל מהא שמעינן דמי שהודה בבית דין וחזר ואמר נזכרתי אף על פי שעדים מעידי' כדבריו אין משגיחין בו דהא הכא ודאי בכהאי גוונא עסקינן דאי בעומד בדיבורי' מאי אולמי' דפיו מתנה הוא דקא יהיב לי' וכו' עיין שם ואם כן גם אנו נאמר אם הוא בתורת מתנה וחיוב מאי אולמי' דפיו נגד עדים כיון דאינו אלא מטעם מתנה אבל לא בתורת נאמנות ועוד מוכרע הוא הדבר

מדין מודה במקצת דחייב התורה שבועה ואלו הי' כופר בכל בפני בית דין אלא שאומר אעפ"כ אני מחייב עצמי בפניכם בנ' זוז ודאי אין בזה חיוב שבועה ועיקר חיוב שבוע' במב"מ משום דהוד' במקצת התביע' ומשום הכי הטיל' התורה השבועה על שאר אבל א"נ דאינו נאמן כלל אלא מתורת חיוב חדש אין בזה דין מודה במקצת וז"ב. ולכן נר' דהא דנאמן אדם על עצמו אע"פ שהוא קרוב אל עצמו היינו משום דכן גזירת הכתוב שיהא אדם נאמן על עצמו בכל הפסולין שיש בו וכבר האיר ענינו מאור העולם רש"י בקידושין פרק האומר דף ס"ה שם הודאת בעל דין כמאה עדים ז"ל רש"י דכתיב אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאתו ע"כ ואם כן כי היכא דהאמין התורה שני עדים על אחרים כן האמין התורה לכל אדם על עצמו אף על גב דהוא קרוב לעצמו דקרוב לא פסלה התורה אלא על אחרים אבל על עצמו נאמן מה שאין כן לזכות דבא להעיד על אחרים משום הכי אינו נאמן ובש"ך ריש סימן ל"ז נתחבט גם כן בדבר הזה בטעמא דאדם נאמן על עצמו לחוב וז"ל דהיכא דיש לו הנאה ומקרי נוגע חשיב כקרוב אבל היכא דמעיד לחוב לאו נוגע הוא ולא חשיב כקרוב ע"ש. ולא אדע על מה נתחבטו בפסול קרוב יותר משאר פסולי עדות דהא נהי דאינו קרוב לחוב מכל מקום אינו אלא עד א' ותורה אמרה עפ"י שנים עדים יקום דבר ועוד עבד ושפחה וגזלן נמי הודאת בעל דין כמאה עדים אלא עיקר הטעם הוא כמ"ש דהתורה לא פסלה אלו הפסולים אבל על עצמו האמינו תורה ונתן לו נאמנות כמאה עדים וילפינן לה מדכתיב כי הוא זה וכמ"ש רש"י וזה היא ברירא דהך מלתא: ומקצת שכתבו גם בדין שויא אנפשי' חד"א הוא גם כן מתורת נדר אבל ראיתי במהרי"ט ח"ג סימן א' שדחה דבר זה וכתב דאם היה מתורת נדר הוי מהני בי' שאלה עיין שם ולפי דרכינו גם בדין שויא אנפשי' חד"א הוא מדין נאמנות דכיון דהאמין התורה לכל אדם על עצמו אם כן בין בממון בין באיסור לעולם נאמן על עצמו אלא דאכתי איכא למידק מנלן דהודאת בעל דין יותר מעדי' ואי משום דכתיב כי הוא זה היינו דהיכא דליכא עדים דמכחשי' לי' ומשום מגו הוא דנאמן וכמ"ש דאי בעי יהיב לי' במתנה אבל היכא דאיכא עדים דמכחשי לי' דלא שייך מגו דהא מגו במקום עדים לא אמרינן ואם כן מנלן דהוא נאמן ואין לומר דהוא מסברא דהא חזינן מלשון רש"י דיליף לה מקרא דכתיב כי הוא זה ועמ"ש בסימן ל"ז סעיף י' ובסימן רמ"א סעיף א':

סעיף ה

לא מספק. והוא מדברי הריב"ש והיינו כשהעיד בבית דין ואחר כך באו עדים שעבר עבירה ואין אנו יודעין מתי עבר מוקמינן אותו אחזקתו חזקת כשרות ואמרינן השתא

היא דאיתרע. ובקונטרס שב שמעתתא הארכנו בזה להקשות ממקוה שנמדד ונמצא חסר בריש נדה דכל הטהרות שנעשו על גבי' טמאו' משום דאיכא תרתי לריעותא העמד טמא על חזקתו והרי חסר לפניך ואם כן ה"נ נימא אוקי ממון על חזקתו והרי פסול לפניך ועיין בטורי זהב סימן א' בי"ד שהאריך בשוחט שנמצ' ששכח הלכותיו ומטריף כל הכלי' משום העמד בהמה על חזקתו חזקת איסור (והרי חסר לפניך) עיין שם ואם כן מכ"ש חזקת ממון דהוא עדיפא מכל החזקות ואף על גב דבמומר כל העדיות וכל השחיטות כשרים עד שהמיר ולא אמרינן תרתי לריעותא היינו משום דלא ראינו שום עבירה ממנו רק השתא בשעה שהמיר אם כן מהיכי תיתי נאמר מדהשתא עבר אתמול נמי עבר זה לא אמרינן אבל מקוה שנמדד ונמצא חסר הרי אנו מסופקין איסור זה אימתי נעשה ומשום הכי אמרינן דכל הטהרות טמאין ואם כן ה"נ דלא ידעינן עבירה זו מתי נעשה הרי הוא דומה למקוה שנמדד ונמצא חסר אלא מדברי הרי"ף גבי עדי שטר שהוזמו משמע כדברי הריב"ש דכתב דבעינן ראו חתימתן דאם לא כן אמרינן היום הוא שחתמו שקר וכן פסק בשלחן ערוך בסעי' ט' ואם כן מוכח דלא פסלינן מספקא ואמרינן השתא הוא דאיתרע ואפשר דס"ל כדברי תוספות בתירוצם ריש נדה לחלק דוקא גבי מקוה אמרינן תרתי לריעותא משום דחסר ואתי ואם כן איכא למימר דגבי רשעה לא שייך למימר הכי אך מתשובת ב"ח משמע גם לענין שוחט שהוציא טריפה דאמרי' הרשיע ואתי כמו חסר ואתי ועל כל פנים מידי ספיקא לא נפקא דנראה שם מדברי תוספות עוד תירוצים בזה ולומר בכל מקום דהוי תרתי לריעותא אפילו היכא דלא שייך חסר ואתי נמי לא מפקינן מחזקה שלימה נגד חזקה קטיעה שחסר לפרך וכבר הארכנו בזה בקונטרס הנז':

סעיף ו

שנים שהעידו. רבים מקשים משני כתי עדים המכחישים זא"ז דמוקמינן כל כת בחזקת כשרות ולא פסלינן מספיקא ועיין ב"ח שכתב ז"ל וי"ל דבשני כתי עדים המכחישים ליכא מאן דמסהיד עליו דפסול הוא אלא דאנן חזינן לפי דבריהם חד מנייהו מסהיד שקרא ולהכי מוקמינן כל כת בחזקתו אבל הכא קא מסהדי דהאי גברא פסול הוא כה"ג לא מוקמינן אחזקתי' דכל תרי ותרי אף על גב דאית לי' חזקת כשרות ספיקא דרבנן הוא עד כאן לשונו. וחכם צבי תירץ בשני כתי עדים איכא תרתי לטיבותא חדא חזקת כשרות דמעיקרא ועוד דודאי כשרים אבל הכא שהעידו בחד ליכא אלא חזקה דמעיקרא ותרי ותרי על כל פנים ספיקא דרבנן עיין שם ובהגהת הטורי זהב בשם מוהר"י תירץ בשני כתי עדים מעיקרא לא מקבלינן סהדותי' דתרי אתרי אם לא בהזמ' דחידוש הוא לאפוקי בשנים המעידים על אחד דודאי מקבלין לפוסלו אלא שאח"כ באו שנים להכשירו משום

הכי נשאר בספק עכ"ל: ועיין במרובה גבי פלוגתא דאביי ורבא בעד זומס למפרע הוא נפסל ורבא אמר מכאן הוא נפסל משו' דחידוש הוא מאי חזית כו' וא"ד משום פסידא דלקוחות ואמרינן א"ב דאסהידו בי תרי בחד א"נ דפסלינהו בגזלנותא וכתבו תוספות ז"ל וקשה לר"ת מאי קאמר דאסהידו בי תרי בחד ותרי בחד ומשום הכי ליכא חידוש הא תרי כמאה וכו' ונראה לר"ת דגרסינן דאסהידו תרי בחד ותו לא שלא הוזם כי אם אחד וע"ש. ודברי תוספות תמוהים לכאורה דקשה ממה נפשך אי מיירי שראו שניהן מחלון א' כי הוזם רק א' אכתי הוי תרי ותרי דהא חבירו מסייעו שראה המעשה ואי לא ראו מחלון אחד אם כן ליכא קושיא כלל קושיות ר"ת דהא כיון דלא ראו מחלון אחד לא שייך תרי כמאה ועיין שם חידושי רש"ל ורש"א מ"ש בזה: ולפי מ"ש בשם מוהר"י יש ליישב דמיירי שראו מחלון אחד אלא כיון דלא הוזם כי אם אחד אע"פ שראו המעשה יחד מכל מקום כיון דעדי הזמה לא באו לפסול אלא אחד והאחר שאומר שהיה עמו לא נפסל דאין אדם מדקדק מי היה עמו וכמו שכתב בשלחן ערוך סימן כ"ט עד המעיד ואמר פ' היה עמי ואותו פלוני אומר לא הייתי עמך לא הוי הכחשה עיין שם ואם כן כשלא הוזם אלא אחד לא באו הני עדי הזמה לפסול אלא חד והוא עצמו עם השני שעמו מעידין שהוא כשר ואם כן ה"ל דין שנים שאומרים באחד שהוא פסול ושנים אחרים מעידים שהוא כשר דמקבלין עדות. על אחד ומשום הכי נשאר ספק פסול מה שאין כן כשבאו לפסול תרווייהו בעדי הזמה הוי לי' תרי ותרי ומעיקרא לא מקבלינן עדותי' דתרי אתרי ובעיקר הקושיא שהקשו מ"ש משני כתי עדים המכחישים נרא' ליישב והוא דודאי בתרי ותרי לא מהני חזקה דהא ספיקא דתרי ותרי על כל פנים מדרבנן הוי ספיקא וכמבואר בפ"ד אחין עיין שם ויכולין להוציא הדבר מחזקחו אמנם בזה האיש דתרי אמרו עליו שהוא פסול ותרי אומרים דכשר הוא ונשאר פסול מספק ולא מהני לי' חזקה משום ספיקא דתרי ותרי ואם כן אם זה האיש שאנו פוסלין אותו מספק יבא עם עוד א' מן השוק להעיד על אחד שהוא פסול ודאי אין אנו פוסלין אותו ע"י העד הזה שפסול מספק ואדרבה מוקמינן זה האיש שרוצין לפסלו על חזקת כשרות דזה הספק אינו ספיקא דתרי ותרי כיון דהעד גופי' פסול מספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ואם כן אם אנו באנו לומר בתרי ותרי המכחישים זא"ז דכולן הם פסולים מספק ומשום דאלו ב' מעידים על שנים שפסולין ואינך שנים מעידים על אלו שפסולין ומשום זה תאמר דשתי כתי עדים פסולים מספיקא דתרי ותרי נשוב ונאמר אימת הוי ספיקא דתרי ותרי היכי דשנים אלו ודאי כשרים וכן כת האחרת ודאי כשרים אם כן הוי לי' ספיקא דתרי ותרי דתרי יכולין להוציא את הדבר מחזקתו אבל ספק פסול ודאי אינו מעיד על כשר להוציא אותו מחזקתו וא"ת

דשני כתי עדים הם פסולים מספק אם כן היאך עדים הפסולים מספק יכולין להוציא את כת האחרת מחזקת כשרות ומשום הכי הוכרחנו לומר דשניהם כשרים ולא שייך בזה חומרא דרבנן דאחמירו בספיקא דתרי ותרי דהא א"נ בהו חומרא דרבנן ותאמר שהם תרווייהו כתי עדים פסולים מספק אזי פשיטא דאין ספק פסול פוסל ולכן בהכרח לומ' בתרי ותרי המכחישי' זא"ז דכולן כשרים ודו"ק: ולפי זה הא דאמרינן בשנים שהעידו בא' שהוא פסול ובאו שנים והכחישו דנשאר ספק פסול היינו דוקא לדידן דקיימא לן כר"ה דאמר שני כתי עדים המכחישים זה את זה אלו באים ומעידים ואלו מעידים ושניהם כשרים ומשום הכי הוי לי' ספיקא דתרי ותרי אבל לר"ח דס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל ואם כן אם יבואו כת זה לפסול איזה איש לא מקבלין סהדותייהו מינייהו דה"ל ספק פסול וכבר אמרנו דספק פסול אינו פוסל את הכשר וראי' לזה מדברי התוספות בפ' האשה שנתארמלה (כתובות דף כ"ב) ד"ה תרי ותרי וז"ל פי' בקונטריס וכי אמרי לא גזל הוי לי' תרי ותרי ולא מתכשר בהכי וקשה דהכא אליבי' דר"ה קיימי דאית ליה זו באה בפני עצמה ומעידה אית לן למימר אוקי גברא אחזקתי' ועוד דלר"ח דאמר בהדי סהדי שקרי ל"ל מודה הכא דההוא גברא ממילא איתכשר שהרי אם כת א' מאלו מעידה על אדם א' שהוא פסול לר"ח דחשיב להו סהדי שקרי לא היתה נאמנת אף על גב דאין אדם מכחישן ומכ"ש הכא דאיכא סהדי דמכחשי להו דלא מהימני עד כאן לשונו הרי להדיא דלר"ח ודאי לא מהימני ואם כן ממילא ניחא גם לר"ה בשתי כתי עדים דלא מחמירין בהו חומרא דרבנן דהוי ספיקא דתרי ותרי דאם כן פשיטא דכשר כיון דאינהו פסולי ואין הפסול פוסל אבל בשני' מעידים בא' שהוא פסול ושנים מכחישין בזה כיון דאנן קיימא לן דזו באה בפני עצמה ומעיד' ה"ל ספיקא דתרי ותרי ונראה דגם ר"ח דס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל ולא מוקמינן אחזקת כשרות לאו משום דאתי עלה מכח חומרא דתרי ותרי דהוי ספיקא דרבנן דהא אדרבה אי פסלת להו תו לא הוי ספיקא דתרי ותרי כיון דתרי גופי' הוי בכלל ספק פסול אלא הא דס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל היינו משום התערוב' שנתערב כשר בפסול ס"ל דפסלינן לכולהו וראי' מהא דפריך שם בפ' כל הנשבעין (שבועות דף מ"ה) לר"ח מהא דתנן א' אומר גבוה שני מרדעת וא' אומר שלש עדותן קיימת א' אומר ג' וא' אומר ה' עדותן בטלה ומצטרפין לעדות אחרת מאי לאו לעדות ממון ופירש"י ואף על פי שידעו שא' מהם פסול עיין שם ומאי פריך דלמא טעמא דר"ח דלא מוקי להו אחזקת כשרות משום דהוי ליה ספיקא דתרי ותרי והוי על כל פנים ספיקא דרבנן מה שאין כן בהכחשת עד א' נגר ע"א דלא הוי ספיקא תרי ותרי מודה דמוקמינן אחזקת כשרות אע"כ דלא שייך כלל ספיקא דתרי ותרי בזה ומטעמא שכתבנו דכיון דפסלת להו מספיקא תו

לא הוי ספיקא דתרי ותרי אלא טעמא דידי' משום תערובת והיינו דקאמר בהדי סהדי שקרי ל"ל היינו דהתערובות גורם ואם כן בחד נגד חד נמי פסול משום התערובות ודו"ק:

סימן לה

סעיף א

י"ג שנים. ואם בעינן שלימות עיין ש"ך:

סעיף ב

של אבא. אבל אם אביו הוא החתום בשט"ח ודאי אין בנו עד לקיים דקרוב הוא ועמ"ש סמ"ע:

סעיף ג

של אחי. עיין בחידושי הרמ"ה לכתובות דף כ"ח ז"ל. וראוי לספק בעדים שהעידו בבית דין ונחקרה עדותן אם נאמנין קרובים להעיד עליהם כך וכך העידו בבית דין פ' ועיין שם שהניח בספק ועמ"ש בסימן נ' סעיף קטן י"א:

סעיף ד

אחר שנתגייר. עיין ש"ך מדין עדות האנוסים אם שייך בהו תחלתו בפסול כיון שיש בידו לגייר ובמשנה למלך פי"ד כתב בשם מוהרימ"ט בזכרנותיו שנסתפק ברשע ועשה תשובה אי לקטן מדמה או לנכרי ולא הכריע עיין שם ונמצא ברשע ועשה תשובה שני ספיקות דאפשר דאפילו במידי דאורייתא נאמן כיון שיש בידו לגייר ולעשות תשובה וכמ"ש הש"ך או דאפילו במידי דרבנן לא מהימן כיון דלא דייק וכמו שעלה ע"ד מוהרימ"ט: והנה בפסול עבירה דרבנן נראה לומר דלא בעינן תחלתו בכשרו' כיון דבעבירה דרבנן בעינן חימוד ממון דוקא וכמ"ש רמ"א בסימן ל"ד ואם כן אין פסולו אלא משום חשד נגיעת ממון בעדות זו וכמ"ש בסמ"ע ואם כן כיון דבנוגע גופי' לא בעינן תחלתו בכשרות אלא כיון שסילק נפשו רשאי להעיד ה"נ בפסול דרבנן דהוא משום חימוד ממון ואינו פסול הגוף ואינו בגדר עדות כלל לא שייך בי' תחלתו בפסול. ומדברי הרא"ש פ"ב דגיטין משמע דרשע ועשה תשובה דומה לקטן ונעש' גדול שכת' ואם היו פסולי' כשנתמנו שולחן וחזרו בתשובה קודם שמסרו לאשה כתב הר"ר מאיר הלוי דכשרין כו' ולא בעינן תחלתו בכשרות מידי דהוי אפתוח ונסתמ' עיין שם אלמא דברשע ועשה תשובה נמי שייך בי' תחלתו בפסול אלא דבגט כשר כמו פתוח ונסתמ' ואי אמרינן דלא דייק הי' פסול ולאו ראי' הוא מפתוח ונסתמ' כיון דלא דייק וכן משמע דבמידי דאורייתא ודאי פסול ולא אמרינן בידו לעשות תשובה וכן מבואר בתוספתא

פרק ה' דסנהדרין עד שלא נעשה חתנו כו' עד שלא נעשה סוחרי שביעית ומשנעשה סותרי שביעית חזר בו כו' זה הכלל כל שתחלתו וסופו כשר כשר עיין שם ונשמע מיני' דרשע ועשה תשובה נמי שייך בי' תחלתו בפסול ועוד משמע דאפילו בפסול עבירה דרבנן שייך בי' תחלתו בפסול ועיין באבן העזר סימן מ"ב סעי' ה' דאנוסים לא נפסלו אף על גב דעברו על מצות קידוש השם. ואין להקשות מהא דאמרינן פ"ב דכתובות דף י"ט בהא דאמר ר"מ אינם נאמנין לפוסלו קסבר ר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו יהרגו ואל יחתמו שקר ופירש"י והלכך משוי נפשי' רשיעא ומשמע דגם אנוסים כשהי' לו ליהרג ולא קיים קידוש השם רשע הוי משום דאף על גב דאינו נפסל על ידו מכל מקום הוא עצמו אינו נאמן למשוי נפשי' רשיעא אפילו במידי דלא נפסל על ידו ותדע דהא בעדים שאמרו אמנה היו דברינו אינ' נאמנים משום דעולה הוא ולא מצינו שיפסלו לעדות כשחתמו על אמנה אע"כ אין אדם עושה עצמו רשע אפילו במידי דלא נפסל על ידו ובתומים ראיתי בסימן מ"ו שכתב דאם חתמו על אמנה פסולים לעדות עיין שם ואין הדעת נותן כן דהא שם חשיב נמי עולה המשה' שטר פרוע וכן ספר שאינו מוגה ולא יתכן לומר דבזה פסול לעדות ואין לך עולה גדולה יותר משטר שיש בו ריבית ואפילו הכי דעת תוספות דעדים החתומים על השטר שיש בו ריבית כשרים עיין פ' א"נ ולכן נראה דאמנה ואינך שיש בו עולה לא נפסלו ע"י אלא דאפילו הכי הוא אינו נאמן במה שאומר שעשה שלא כהוגן וזה פשוט. ובתומים בסימן זה הקשה מתשובת הרשב"א סימן אלף רל"ז דשם משמע אף דאנסוהו העבודת כוכבים ומזלות לזנות עם אשה ה"ל רשע דמוכרח להרוג ואל יעבור ע"ש. ולפי מ"ש לא קשה דשם כתב באומר אני זניתי עם אשתך דלא פלגינן דיבורי' ואינו נאמן וז"ל ול"ל אפילו באומר אני זניתי עם אשתך פלגינן דיבוריה די"ל באונס דהא אונס לא משכחת דאין קישוי אלא לדעת ובאנסוהו גוים הא יהרג ואל יעבור עיין שם ואם כן כיון דעל כל פנים שלא כהוגן עשה דהא דינא הוא שיהרג ואל יעבור ואין אדם משים עצמו רשע אפילו במה שאינו נפסל על ידו וכדמוכח מש"ס בפ"ב דכתובות שאמרו בטעמא דר"מ משום דיהרג ואל יעבור וזה ברור:

סימן לו

סעיף א

כשראיתם. עיין ש"ך שהעלה דהיכא דהכשרים גם כן לא כוונו להעיד ה"ל תרוייהו שקולין וה"ל נמצא אחד מהם קא"פ ולא מתכשר בנמצ' א' מהם קא"פ אלא כשהכשרים

כוונו והפסולים לא כוונו אבל אם שניהם כוונו או שניהם לא כוונו להעיד ה"ל נמצא א' מהם קא"פ ועדותן בטילה ולכן ראוי ונכון לכל מסדר קידושין לזרז לייחד עדים בשעת קידושין שיהיו אלו עדים המיוחדים מכוונין להעיד דאם לא כן ה"ל נמצא א' מהם קא"פ כיון דבמעמד שם עומדים בערבוביא פסולי' עם כשרים ואף על גב דזה ודאי שהפסולין אין מכוונין להעיד כל שהכשרין גם כן אין מכוונין ה"ל נמצא א' מהם קא"פ ועיין בריטב"א פ' האיש מקדש ז"ל אבל בקידושין לא בעינן אתם עדי מיהו כל היכא שיש באותו מעמד כשרים ופסולין או קרובין צריכים לייחד עדים דאי לא כיון דאיכא עד פסול ביניהם עדות כולן בטילה ואף על גב דאמרינן להו למתזי אתיתין כו' היינו בד"מ ובד"נ שאין העדות מתקיימת עד שבאין לבית דין ושעת ראיה לא חשיב עדות אבל הכא בקידושין אין העדות באה לאמת הדבר בלבד אלא אפילו ידעינן דהכי קושטא דמלתא שקידשה אינה מקודשת בלא עדות וגזה"כ הוא וכיון דאיכא צירוף פסולי עדות עמהם עדות כולן בטילה דומיא דבעלמא כשיש צירוף פסולי כשבאין לבית דין להעיד שעדות כולן בטילה כו' כך הורה רבינו נרו הלכה למעשה אבל אין זה דעת המפרשים ז"ל וראוי להחמיר עד כאן לשונו ואם כן ודאי ראוי לעשות בקידושין באופן שלא יהי' שום חשש בקידושין שלא יהי' ח"ו ביאח זנות ועוד לפעמים שהמסדר ושושבינין פסולי קורבה והעולם עומדין מרחוק במזמוטי תתן וכלה ואין רואין ואין שומעין שום קידושין ואם כן הרי הוא כמקדש בלא עדים וגם השושבינין בלאו הכי איתי' בכנסת הגדולה דפסולים המה משום אוהב עיין בסימן ל"ג שם ולכן ראוי להזמין שני עדים כשרים ושישמעו מפי החתן לשון הקידושין וכבר כתב הסמ"ק האידנא נהגי' מייחדים עדים בשעת קידושין וראוי ליזהר בזה:

סעיף ב

שנתכוונו להעיד. עיין טור שכתב ז"ל והרמ"ה הוסיף לומר דהא דאמרי' כשבא לראות אינו פוסל זהו דוקא שלא העידו יחד בבית דין תכ"ד אבל אם העידו יחד תכ"ד אפילו אומרי' שלא באו לראו' ואפילו לא ראו זה את זה נמצא א' מהם קא"פ עדותן בטילה דהא עיקר קרא בשעת הגדה הוא דכתיב: וקשה דהא במשנה תנן גבי עדים זוממין היו שניהם רואין אותו מחלון זה ושנים מחלון זה ואין מקצתם רואים אלו את אלו הרי אלו שתי עדיות ומתני' תכ"ד מיירי וכדאמר רבא שם בפ"ב דמכות דף ו' והוא שהעידו כולם תכ"ד ואפילו הכי בסיפא הוי שתי עדיות הרי מבואר דכשלא ראו כאחד לא הוי עדיות א' להזמה ואם כן מ"ש קא"פ. ועיין ב"ח שכתב בדעת תוספות והרא"ש כיון שנתכוין להעיד בשעת ראי' ובא לבית דין והעיד אפילו לאחר כ"ד ואפילו לא ראו כאחד פסול

עיין שם וזה יותר תמוה דהא אין כאן צירוף לא בשעת ראי' ולא בשעת הגדה וכבר תמה בש"ך על הב"ח בזה. ולענ"ד נראה דלא בעינן הצטרפור ראי' והגדה אלא דוקא גבי ד"נ משום דגבי ד"נ אין שנים מצטרפין עד שיראו כ"א ויגידו כאחד ומשום הכי כשהוקש שלשה לשרם שיפסול בצירוף קא"פ היינו נמי כשראו והגידו כאחד דאם לא כן אינו יכול להצטרף כלל דהא בכשרים נמי אין מצטרפין כה"ג אבל בדיני ממונות דקיימא לן דאפילו לא ראו כאחד ולא הגידו כאחד מצטרפין ואם כן הוא הדין נמי לצירוף קא"פ נמי עדותן בטילה ואם כן אין ראי' ממשנה פרק קמא דמכות דהתם מיירי בדיני נפשות ומשום הכי בעינן הצטרפות בראי' והגדה. וכן משמע מלשון רש"י פרק קמא דמכות דף ו' אמר רב נחמן עדות מיוחדת כשירה בדיני ממונות ופריך אי הכי תציל בדיני נפשות וכתב רש"י ז"ל כיון דחזינן בד"מ הוי כעדות אחת אפילו אם שנים רואין זה אם כן אמאי קתני במתני' שנים רואין אותו מחלון זה הוא והן נהרגין אפילו אם נמצא אחד מהם פסול נחשבי' כחד עדות ויהי' פסול גם הכשרים אף דלגבי נפשות אין מצטרפין אפילו הכי כיון דלגבי ד"מ פסול נחשבי' כחד עדות ותציל ורחמנ' אמר ושפטו העדה והצילו העדה עד כאן לשונו ומשמע מזה דבדיני ממונות פשיטא דעדו' מיוחדת מצטרפין נמי בצירוף קא"פ לבטל עדות הכשרים אפילו לא ראו והגידו כאחד אלא דפריך דגם בד"נ תציל דאף על גב דבד"נ בעינן ראי' והגדה כאחד מכל מקום ראוי שתציל כיון דבד"מ מצטרפין ראוי גם בד"נ שתציל משום ושפטו העדה ומצאתי את שאהבה נפשי בחידושי הריטב"א פרק קמא דמכות דף ו' בהא דאמר רב נחמן עדות מיוחדת כשירה בד"מ וז"ל והקשו רבותינו מאי קא משמע לן דהא קיימא לן כריב"ק דאמר אפילו הלואה אחר הלואה מצטרפין לחייב מנה והרב ר' אברהם אב בית דין ז"ל תירץ דר"נ ה"ק דעדות מיוחדת כשר בד"מ בשכולם כשרים ולאפוקי אם הי' א' מהם קא"פ עדותן בטילה כיון דהלואה אחת היא עד כאן לשונו והרי מבואר כדברינו אלה ובריטב"א שם כתב על דברי הר"א אב"ד ז"ל ואינו נכון דלמה נחמיר בדיני ממונות יותר מד"נ שאם לא ראו אלו את אלו הם שתי עדיות ואם נמצא אחד מהם קא"פ אין אחת פוסלת חברתה אלא ודאי הא ליתי' כלל ע"כ ול"נ כשיטת הר"א אב"ד משום דקולו חומרו וחומרו קולו והיכא דמצטרפין בכשרותן מצטרפין בפסלותן ומשום הכי בד"נ דבכשרותן אין מצטרפין עד שיראו כא' ויגידו כא' ה"ה נמי בפסלותן בעינן ראי' והגדה כא' אבל בד"מ דאפילו הלואה אחר הלואה מצטרפין וכמ"ש ובזה ניחא הא דאמרינן שם אמר רב זוטרא ב"ט א"ר מנין לעדות מיוחדת שהיא פסולה שנאמר לא יומת עפ"י ע"א. ואינו ענין למשנה שם ועיין שם בתו ד"ה לעדות מיוחדת וז"ל ומלתא באנפי נפש' הוא ולא קאי אמתני' עיין שם ולפמ"ש קאי

אמתני' דבמתני' תני דהיכא דלא ראו כאחד אין מצטרפין והוא מטעמא ששני עדיות נמי הוא בכשרותן ולזה קאמר מנין לעדות מיוחדת שהיא פסול' ואם כן בד"מ דכשר עדות מיוחדת מצטרף נמי בנמצא א' מהם קא"פ אפילו בהלואה אחר הלואה ולפי זה דברי הבית חדש נכונים אף על פי שכתבו לדעת תוספות והרא"ש ודעת תוספות והרא"ש אינו כן מכל מקום דבריו נכונים בד"מ עפ"י שטת הר"א אב"ד. ומהפלא על השלחן ערוך והרמ"א שלא הזכירו בכל הסימן לחלק בין ראו מחלון א' או לא ובין הגידו כאחד או אחר כ"ד ואולי הוא בשטה זו ועיין פ' ז"ב דף כ"ג בפלוגתא דר' מאיר ורבנן דפליגי אם בעל דין יכול לפסול את העדים כי אתי רב דימי אמר ר' יוחנן מחלוקת בשני כתי עדים דר' מאיר סבר צריך לברר ורבנן סברי א"צ לברר אבל בכת אחת ד"ה אין יכול לפוסלן אמרו לפניו ר' אמי ור' אסי אין שם אלא כת אחת מהו כו' אלא נמצאת כת שני' קרובים או פסולי' מהו אמר להן כבר העידו הראשונים: וקשה בשני כתי עדים דצריך לברר לר"מ מכל מקום אם יפסל כת זו ממילא יפסל גם כת השני מדין נמצא א' מהם קא"פ כיון דעל הלואה אחת מעידין אף על גב דלא ראו והגידו כאחת. וצ"ל דמיירי שהכת הזו שרוצה בעל דין לפוסלן לא נתכוונו להעיד ולא נפסלו הכשרין משום נמצא א' מהם קא"פ ואם כן לפ"ז מאי קא מיבעי' לי' תו נמצאת כת שני' קרובי' או פסולי' אם הוי כנוגע בעדות הראשונה וקשה ממה נפשך אם כת שניה כוונו להעיד ממילא נפסלו כת הראשונה משום נמצא א' מהם קא"פ ואם כן לא הוי נוגע כיון דבלאו הכי פסולי' המה לו ואם כת השני' לא כוונו להעיד ואם כן תרוריהו לא כוונו להעיד אכתי ה"ל נמצא א' מהם קא"פ לדעת הש"ך היכא דהכשרים גם כן לא כוונו ה"ל נמצא קא"פ ועדותן בטילה ואם כן מאי קא מבעיא לי' הא כיון דכת שני' קא"פ גם כת הראשונה אינו מועיל:

סעיף ג

עדותן בטילה. כתב הרמב"ם בפ"כ מה' עדות היה עדות שלשה אפילו מאה וכו' אם העיד תכ"ד והוזמו מקצתן אין נענשין עד שיוזמו כולן אבל אם היה הפסק בין זה לזה יותר מכ"ד וכו' הרי נחלקו עדותן והשנים שהוזמו נענשין וכו' והב' אחרים אין נענשין והראב"ד השיג ז"ל מה זה שאמר ואחרים אין נענשין מה עונשין ראוי להם ועוד אדרבה למה תיבטל עדותן יהרג הרוצח ועיין ש"ך שכתב ואין ספק אלו הי' הרמב"ם עצמו קיים הי' מודה לדברי הראב"ד: וראיתי לבעל אמרי צרופה כתב ז"ל ובאותו ענין שם אמרתי לתרץ מ"ש הרמב"ם וכו' והראב"ד צווח ככרוכיא ע"ז מה זה שאמר כו' אבל לענד"נ משום שהוא פסק דצריך שיהיה רואין זא"ז כו' הואיל וכן אם שנים שהוזמו שאמרו במקום פ' עמנו הייתם אם כן האחרת גם כן הוכחשו כיון שהם היו במקום אחר ובודאי

לא היו רואין זא"ז ושפיר ה"א דראוי להיות נענשין קא משמע לן דאין מגיע להם שום עונש על הכחשה רק על הזמה ולכך לא נהרג הרוצח מחמת אלו שלא הוזמו דהא מכל מקום נפסלו ופסולין לעדות עד כאן לשונו. וליחי' דזה לאו הכחשה היא וכמבואר בשלחן ערוך סימן כ"ט סעי' ג' ובסימן ל' סעיף ד' עד שמעיד ראיתי דבר זה ופ' היה עמי ואותו פלוני אומר לא ראיתי ולא הייתי עמך אין זה הכחשה דאין עד מדקדק מי הוא עמו בשעת ראית העדות ועוד דבלאו הכי צ"ל דמיירי באופן שאין שם הכחשה כלל דהריטב"א הקשה וז"ל וא"ת והיאך הוו מקצתן זוממין והלא אם יבואו עדים ויאמרו לאותם שבחלין הא' עמנו הייתם במקום פ' יכח שים העדים שבחלון האחר ובעדות מוכחש אין אלו נעשים זוממין וי"ל דלהכי קתני מקצתן רואין אלו את אלו ולא קתני כולן דסגי בחד שיראו לאלו לעשות צירוף ביניהם א"נ שרואין אלו את אלו קודם מעשה ולא הרגישו בהם בשעת מעשה או שרואין דרך ראיה כללות ולא שהכירום ממש שיוכלו להכחיש את המזימין עד כאן לשונו ואם כן ע"כ צ"ל דמיירי באופן דליכא הכחשה בין המזימין ובין שנים האחרים דאם היה הכחשה גם הניזומין לא היו נענשין דמאי חזית דסמכת אהאי וכקושיות הריטב"א ואם כן נדחין דברי החכם הנ"ל שוב ראיתי בתומים שכתב גם כן ליישב דברי הרמב"ם כדרך החכ' הנ"ל וכבר כתבנו דליתי':

סעיף ד

דתרתי בעינן. נסתפקתי בנמצא א' מהם קא"פ ובשעת ראיה כשר היה אלא בשע' הגדה נפסל מהו ולפי דעת הרמ"ה דאפילו לא נצטרפו כאחת בשעת ראיה אלא בשעת הגדה נמי מתבטל כל העדות דעיקר קרא בשעת הגדה הוא אם כן ה"נ כיון דבשעת הגדה פסול הוא נתבטל כל העדות אבל לפי דעת י"א דתרתי בעינן ראיה והגדה והכא דבשעת ראיה כשר הי' אם כן ליכא אלא הגדה לחודי' ואנן תרתי בעינן ואיפכא לא מספקא לי דהיינו היכא דבשעת ראי' פסול הי' וקודם הגדה נעשה כשר למאן דאמר תרתי בעינן משום דזה נמי חשוב הגד' בפסול דכיון דתחלתו בפסול וסופו בכשרות פסול אם כן הרי עכשיו נמי פסול אבל אם בשעח ראיה כשר היה בזה הספק: אמנם יש להוכיח דאפילו למאן דאמר תרתי בעינן נמי פסול כל העדות בהצטרף קא"פ אפילו הי' כשר בשעת ראי' והוא בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"א) ובסנהדרין דף ל"א אמר רשב"א לא נחלקו ב"ש וב"ה על שתי כתי עדים שאחת אומרת מנה ואחת אומרת מאתי' שיש בכלל מאתים מנה על מה נחלקו על כת א' שא' אומר מנה וא' אומר מאתים שב"ש אומרים נחלקה עדותן והקשו תוספות ז"ל הקש' ריב"א לב"ש דאמרי בכת אחת נילקה עדותי דחשיבי לי' מוכחשין אם כן אפילו בשני כתי עדים נמי תבטל עדותן דה"ל נמצא א' מהם קא"פ

ואפילו הן הודאה ועיין שם שתירצו בזה שלשה תירוצי' ואי נימא דהיכא דהי' כשר בשעת ראי' לא נתבטל העדות אם כן לא מקשי תוספות מידי דהא עד זומס ועד שקר אינו נפסל אלא משעה שהעיד ועד השת' כשר הי' אם כן בשעת ראי' כשר הי' ודעת תוספות במכות דבהגד' לחוד לא מיפסל ומדלא תירצו נמי דכה"ג דבשעת ראי' כשר הי' לא שייך נמצא א' מהם קא"פ אלא מוכח דאפילו היה כשר בשעת ראי' נמי נתבטל כל העדות אף על גב דתרתי בעינן וטעמא דהך מלתא משום דכל שלא ראו כאחד אם כן נתחלק עדותן בשעת ראי' ולא נתבטל עדות הכשרים אף על פי שנצטרפו בשעת הגדה משום דכבר נחלקה בראי' אבל היכא שראו כא' והגידו כאחד אלא שהיה כשר בשעת ראי' אם כן כיון דעל כל פנים בשעת הגדה נעשה פסול ה"ל נמצא קא"פ כיון דנצטרפו עדותן ולא נילקה לא בראי' ולא בהגדה ולכן כיון דבשעת הגדה פסול הוא נתבטל כל העדות וז"ב: ובזה נראה לי לפרש טעמא דנמצא א' מהם קא"פ עדותן בטילה אע"פ שלא הגידו כא' אלא כיון דראו כאחד נמי נתבטל כל העדות לדעת כמה פוסקים ראשונים ואלו גבי עדים זוממין בעינין שיהי' דוקא הגדה כא' ואם לא העידו תכ"ד עדות השאר קיימת אע"פ שראו כא' ובתוספות פרק קמא דמכות מחלקין בזה משום דבקרוב או פסול עדותן אמת ונצטרפו בראי' אבל בעדים זוממין כיון דשקר ענה אם כן מעולם לא הי' ראייתן כאחת. ומזה השיג הש"ך על מוהר"מ אלשקר שרצה לקיי' פסק הרמב"ם דאי העידו לאחר כ"ד דהניזומין נהרגין ועדות השאר בטל משום נמצא א' מהם קא"פ והשיג עליו דגבי עדים זוממין לא שייך ראי' כאחד כיון דלא הי' אצל הראי' מעולם: אמנם מי יתנני לדעת לפרש המשנ' שם היו שנים רואין מחלון זה עדותן קיימת ומה חילוק יש גבי הזמה בין רואין מתלון א' או משני חלונות דהא מחלון א' נמי מעולם לא ראו ועל כרחך צריך לומר גבי עדים זוממין נמי מהני הצטרפות הראי' כאחד ואם כן גם כי העידו לאחר כ"ד נמי נימא דפסול כל העדות משום נמצא קא"פ למאן דאמר בראי' לחוד סגי ולכן נראה דגם בזוממין שייך צירוף ראי' וכמ"ש הב"ח בסימן ל"ח בישוב דברי הרמב"ם הנ"ל וז"ל ואף על גב דאותן שהוזמו אין אומרים אמת ולא נצטרפי בראי' עד שהעודו בבית דין האי טעמא לא מהני אלא לגבי עונש הזמה אבל לענין שיהא עדותן בטילה כיון שאפילו אותן שהוזמו אומרין אמת העדנו אלא שהוזמנו ה"ל שפיר צירוף ראי' ועדותן בטילה כיון דלפי דבריהם נצטרפו בשעת ראי' וה"ל חד עדות ועכשיו שהוזמו ה"ל נמצא בהם פסול ע"כ. אבל לפי מ"ש אף על גב דשייך בהו צירוף ראי' כדמשמע פשטא דמתני' דתנן היו שנים רואין מתלון זה אפילו הכי לא שייך בהו נמצא א' מהם פסול כשלא העידו חכ"ד דאף על גב דנצטרפו בשעת ראי' וראי' לחוד נמי סגי מכל מקום כיון דבשעת ראי'

כשרים היו דהא עדים זוממין אינם נפסלים אלא משעה שהוזמו ואם כן כיון דבשעת ראי' כשרים והגדתן נמי לא היו כאחת אם כן פסול מעולם לא נצטרף לא בשעת ראי' דהא בשעת ראי' כשרים היו ולא בשעת הגדה כיון דבשעת הגדה לא הגידו כא' ולהכי בעינן בעדי הזמה ראי' והגדה כא' דאם הגידו כא' אף על גב דבשעת ראי' כשרין היו מכל מקום נצטרפו ע"י הגדה אפילו למאן דאמר דתרתי בעינן כיון דמעולם לא נילקה עדותן וכמ"ש והוא נכון: אמנם לדעת הרי"ף דבעי שיכיר הכשר בפסולו אם כן אם הי' כשר בשעת ראיה ודאי לא מיבטל משום נמצא א' מהם פסול כיון דלא הכירו בפסולו כיון דבשעת ראיה כשר היה:

סעיף ה

זוכרים העדות. כתב הסמ"ע דוקא בעדים החתומים בשטר דינא הכי אבל לאחר שהעידו הכשרים בע"פ בבית דין עם הפסולים אין הכשרים חוזרים ומגידים והש"ך חולק ומוקי שלא נצטרפו יחד בשע' ראיה אבל אין חילוק בין עדות בשטר לעדות בע"פ. אבל טעמו של הסמ"ע נראה דודאי בע"פ כיון דכבר הגידו לפני בית דין וכבר נצטרפו ונפסלו תו לא מהני לחזור ולהגיד כיון דכבר נפסלו אלא בעדות שבשטר נהי דקיימא לן עדות שבשטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין היינו דוק' שיש עליו תורת שטר ונעשה בכשרו' אז ה"ל כמי שנחקרה עדותן בבית דין אבל אם נעש' בפסול לא הוי עליו תורת שטר כלל וכמו שמבואר בסימן ל"ט סעי' ג' ובסימן מ"ו סעי' י' דשטר שלא נעשה כתיקון אין עליו דין שטר ואם כן כיון דלא נעש' בזה כתיקון דהא חתמוהו עם קרובי' ונתבטל תורת שטר וכיון דליכא תורת שטר ממילא ליכא כאן הגדה ויכולין לחזור ולהגיד ואפילו לכתחלה יכולין בשטר אחר הכשרים לבדם דעדיין לא עשו שליחותן כיון דנעשה בפסול וכמ"ש בשלחן ערוך סימן מ"ט דאם טעו בכתיבתן הראשונה יכולין לכתוב אחר וה"ה הכא כיון דלא מהני השטר בקרובים יכולין לעשות שטר אחר בכשרים לחודי':

סעיף ו

צריך לעדות. כתב בש"ך ז"ל אין לפרש דמיירי שידוע שהפסולים בשעת ראי' נתכוונו להעיד דאם כן לא מסתבר לומר שלא נתבטל עדות הכשרים מטעם שלא היה כוונתו אלא בראוי להעיד דמה לנו בכוונתו סוף סוף נצטרפו יחד כו' אבל אם פירשו הפסולים שכוונו בשעת ראי' להעיד כו' כיון שהפסולים העידו גם כן נתבטל כל העדות לכולי עלמא וזה דלא כנראה מדברי הר"י בי רב שהביא מהר"מ אלשקר שאפילו כוזנו בשעת ראיה להעיד אם לא העידו אלא מצד ההכרזה אינם מבטלים העדות וע"ש. ולא ירדתי לסוף דעתו של הש"ך כי מלשון הרא"ש מבואר להדיא כדברי הר"י בי רב ועיין שם פרק

קמא דמכות וז"ל ויראה שאם הזמין המלוה עדים כשרים ועמדו שם קרובים או פסולים אפילו אם כוונו להעיד ובאו והעידו בבית דין לא נתבטלה עדות הכשרי' דכיון שייחד עדיו לאו כל כמינייהו להפסיד לזה ממונו וכו' וכן כשאדם צריך לעדות ומצוה להכריז כל מי שיודע לו עדות שיבואו ויעידו ובאו בערבוביא והעידו כשרים ופסולים ראיתי רבותי דנין שלא נתבטלה עדות הכשרים שלא היתה כוונתו אלא בראויין להעיד עד כאן לשונו. הרי מבואר הטעם משום דלאו כל כמינייהו להפסיד לזה זכותו ואלו לדעת הש"ך אין זה טעמו כלל ומשום הכי לרא"ש דתרתי בעי אפילו כוונו בשעת ראי' מכל מקום (כיון) דבשעת הגדה מייחד עדיו לאו כל כמינייהו להפסיד לזה אבל לדעת הרמב"ם דבראיה לחוד מיפסל אם כן נהי דצוה לייחד בשעת הגדה כבר נתבטל בראיה מיהו גם לדעת הרמב"ם אם בשעת ראיה הוא מייחד עדיו אם כן לאו כל כמינייהו להפסיד ומש"כ הש"ך דנתבטל העדות לכולי עלמא הוא נגד דברי הרא"ש ואין לשון הרא"ש סובל כלל פירושו ואם כן דברי מוהר"י בי רב נכונים ועיין בדרכי משה דאפילו אם אומר בשעת מעשה כל מי שיודע יצטרך לבא ולהעיד גם כן כוונתו על הכשרים: ובחידושי לאבן העזר סימן מ"ב סעיף ג' שם כתבנו ליישב בהא קושיות ראשונים שהקשו בגיטין וקידושין דבעינן עדים וכיון דעומדין שם קרובים ופסולים אם כן נתבטל עדות הכשרים. וכתבנו שם דקיימא לן המקדש בלא עדים אינה מקודשת ואפילו עדים עומדים אתורי הגדר נמי לא מהני אלא בעינן שיראו המקדש והמתקדשת את העדים ולקדש בפני עדים דאם לא כן הוי מילי דהשטאה ואין בקידושין ממש אפילו שניהם מודים ואפילו עומדים העדים אתורי הגדר ואם כן כיון דהמקדש והמתקדשת צריך לכוין לעדים בשעת קידושין אם כן ה"ל כאומר בשעת מעשה כל מי שיודע יהיה עד דכוונתו לכשרים ולא משכחת נמצא א' מהם קא"פ עדותן בטילה אלא היכא דאין צריך עדים לגוף המעשה וגם לא יחד אין עדיו אבל קידושין וגיטין דצריך לכוין לעדים דאם לא כן אין כאן קידושין וכל שמכוין לקדש בפני עדים ודאי דעתו על הכשרים ואין הפסולים כל כמינייהו להפסיד ועיין שם שהארכנו והוא נכון:

סעיף ז

שהעיד הפסול. ועיין מ"ל פט"ז מהל' עדות שכתב בשם מוהרש"ח דבדיינים נמי אם נמצא א' מהם קא"פ אפילו היו חמשה נמי הדין בטל וכ"כ בכנסת הגדולה ע"ש. ולענ"ד נראה דלא אמרינן הכי גבי דיינים וראיה מרפ"ק דסנהדרין ושם אמרינן דבר תורה בחד סגי ומ"ט בשלשה משום יושבי קרנות אי הכא בתלתא נמי מי לא הוי יושבי קרנות ומשני בתלתא א"א דלית בי' חד דגמיר וא"נ בדיינים נמי נמצא אחד מהם קא"פ כל הדין בטל

אם כן מאי מהני דאית בהו חד דגמיר נהי דחד דגמיר סגי אבל כיון שעתה נצטרף עם הפסולים דהא כל מי שאינו לא גמיר ולא סביר אינו דיין כלל וכמ"ש בעל המאור בסוגיא דשיקול הדעת דכל מי שאינו לא גמיר ולא סביר אין דינו דין כלל בין טעה ובין לא טעה ואשירה הוא דמיקרי. אלא מוכרת דגבי דיינים לא אמרינן נמצא א'מהם קא"פ דנתבטלו הדייני' הכשרי' ועיין דברי המרדכי בהגהת שלהי קידושין וז"ל ומה שהזכיר הרב עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אין שייך להזכיר כאן דודאי אם ארבעה חתומי' בהנפק וא' פסול אין נשאר כי אם שנים ואין הנפק פחות משלשה ועיין שם ומזה משמע דגם בדיינים שייך דין נמצא א' מהם קרוב או פסול: ולענ"ד נראה דהיכא דהדיינים פוסקים איזה דין אפילו אם יש בהם פסול כל שנשאר עם הכשרים בית דין של שלשה לא נתבטל דין הכשרים אבל הנפק דהוי נמי תורת עדים עלייהו שמעידי' שנתקיים השטר וכן כיוצא בזה כגון שקיבלו איזה עדות ונותנים על זה גביות עדות שנתקבל עדות זה בפניהם אם כן יש עלייהו תורת עדים נמי דהא לא ידעינן שנתקבל העדות או שנתקיים השטר כי אם על פי הדיינים אם כן כשיש עמהם פסול נתבטל כל הענין אבל היכא דיושבין על משפט לעשות איזה דין. בזה לא שייך דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול ובזה ניחא הא דרפ"ק דסנה' דשם מיירי מדין ממש דקבלת עדות ודאי צריך שלש' וכמ"ש בסימן ג' ועמ"ש בסימן ג' סק"ב ולפי מ"ש ה"ה היכא דכתבו את הפסק איך שכבר נפסק וחתמו ביניהם קא"פ יכול בעל דין להכחיש ולומר שלא נפסק כך ואין הפסק מועיל לראי' כיון דנמצא ביניהם קא"פ אלא לענין גוף הדין על כל פנים לא נתבטל בצירוף הפסול כן יראה לי:

סימן לז

סעיף א

הנאה בו. בע"ש כתב דלאו משום דחשדינן לי' למשק' אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו וכתב כן משום דקשיא לי' בהא דאמרינן אינו מעיד משום דמעמידו בפני בעל חוב כי היכא דלא למיהוי רשע ולא ישלם ובזה לא שייך למימר דמשקר להעיד משום דלא ליהוי לוה רשע דאין לך רשע גדול יותר מזה.דשקר מעיד ולכן כתב דאין הטעם משום משקר אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו עיין שם ובש"ך כתב להקשות דאם כן לחוב למה נאמן כיון דקרוב פסול בין לזכות בין לחוב והביא דברי הרמב"ן בשם הר"ר יוסף הלוי שכתב בחידושיו פרק חז"ה דה"ק לא ליהוי רשע ולא ישלם משום דמכוין להוציא ידי בריות ועמ"ש בסימן ל"ד סעיף קטן ג' דטעמא דאדם נאמן על עצמו אף על גב דקרוב הוא לעצמו משום דכן נתנה התורה נאמנות לכל אדם על עצמו אפילו יש בו

כל הפסולים שהוא עבד או אשה ושפחה וגם אינו אלא אחד דהתורה לא אמרה ע"פ שנים עדים יקום דבר אלא כשמעיד על אחרים אבל על עצמו נאמן הוא ועיין שם וע"ש ראי' מדברי הרמב"ן בשם ר' יוסף הלוי הנה בספר גט פשוט של הרב ר' יוסף הלוי פרק חזקת הבתים כתב גם כן כדברי הע"ש בטעמא דלא ליהוי רשע ולא ישלם הוי משום דאינו פסול משום משקר אלא משום דקרוב הוא לעצמו ומה שהביא הרמב"ן רק תי' השני של גט פשוט שם דלהוציא ידי בריות היינו משום דהתם לא שייך חידוש דנוגע קרוב הוא ועדיין הדברים סתומים ובסק"ד יבואר ברוחב הענין הזה:

סעיף ב

פסול להעיד. ואי בעינן הנאת ממון דוקא או אפ" שאר הנאה עיין בתשובת מוהרי"ט חלק ח"מ סימן פ' וסימן צ"ז שחקר בזה והעלה דבעינן לענין נוגע הנאת ממון דוקא:

סעיף ג

חלק השותף. כתב הטורי זהב ז"ל מדברי הסמ"ע משמע דאם חלקו והמערע' בא להוציא חלק השותף לחוד שהוא גזילה דאינו מעיד לו שמא יחזור עליו השותף השני ויאמר חלוקחי' הי' בטעות דהא אותו השותף אינו פוסל עדי המערער ממילא יכול לומר כדין טרפו ממני והחלוקה בטילה למפרע כו' ותו יתבאר בדברינו סימן קע"א בהוכחות ברורות דאין לומר בטלה חלוקה אלא באחין דוקא ומשום דהוי כיורשין ואין הטעם משום חלוקה בטעות. וז"ל הטורי זהב בסימן קע"א מדנקט תלמודא וכן הפוסקים הך דינא באחין שחלקו ולא בשני לקוחות אע"כ בזה א"צ ליתן דדוקא באחין הוי הטעם משום דיורשין במקום אביהן קיים וכמו שכתב הרא"ש פרק קמא דב"ק בכל דוכתי 'קיימא לן כשמואל אלא דסברא הכי יש לפסוק בבעל חוב שנטל חלקו של א' כרב דלענין זה הוי כיורשין דיתמי כרעא דאבוהן נינהו לפרוע חובות אביהם בשוה ורש"ל כתב בפ' מרובה בתחלת דיני ברירה דין זה מטעם כרעא דאבוה משמע פשוט דבשאר שותפיסן שקנו ממוכר וחלקו אין לא' על חבירו כלום אלא שהסמ"ע כתב בסימן ל"ד בשותפיסן שקנו הוי הדין כמו באחים לענין בעל חוב דאמרינן החלוקה הי' בטעות וכו' ותמהתי על הרב שיאמר כן דאם כן למה כתב רש"י והרא"ש הטעם דעל שני האחין מוטל עליהן לפרוע חובת אביהן תיפוק לי' מטעם חלוק' בטעות לכן נ"ל ברור דאין השותפיסן דומה לאחין בזה עכ"ל: ואני ראיתי דבריה' ודברי אלו ואלו דברי אלקים חיים והוא דודאי דברי הטורי זהב וראיותיו נכונ' דע"כ מדאמרינן טעמא דיורשי' כרע' דאבוהן משמע ממילא דבשותפיסן דלא שייך ה"ט לא בטלה חלוקה אמנם זה דוקא כשבא בעל חוב ונטלה דבזה בשעת חלוקה כדין היתה ואם כן הי'יכול בעל חוב ליטול מזה כמו מזה ואם כן אי

לאו דיורשין כרעא דאבו' ועליהם מוטל לפרוע חובת אביהן בשוה לא היה צריך להחזיר דכלקוחות שלא באחריות נינהו מה שאין כן בבא נגזל והוציא חלק מאחד מהם ודאי בטלה חלוקה מעיקרא ואין לך טעו' יותר מזה והוי חלוקה בטעו' דהא אפילו בשנים שחלקו ובא אח שלישי קיימא לן דבטלה חלוקה וכדאי' שם פ' בית כור ובטור וש"ע סימן קע"ב ואפילו היו להם שלש' שדות ונטל כל א' א' מן השדות ושדה השלישית חלקו בניהם נמי בטל' כל החלוק' ובדאי כה"ג בבעל חוב אין החלוקה מתבטל אלא מחזיר לו מעות אלא ודאי היכא שיש חיסור בגוף הקרקע כגון שבא אח שלישי בטלה החלוקה ואם כן בגזילה נמי כיון שחלק א' של נגזל הוא אם כן הרי הוא כמו שלא נשאר מאביהם רק חצי השדה וחולקין אותו ביניהם אותו החצי ואם כן הסמ"ע כאן דמיירי מגזולה שפיר קאמר דהוי חלוקה בטעות וראה היאך לשון הסמ"ע הוא בדיקדוק היטב שכתב ז"ל וכדאמרי' בסימן קע"א בבא להם אח שלישי ולא הביא מהאי דאחין שחלקו ובא בעל חוב דהתם טעמא אחריני משום כרעא דאבוהן וכמ"ש רש"י והרא"ש ועיין בנימוקי יוסף פ' בית כור ז"ל בשם הריטב"א שהגזול שא"א לסלק במעו' איגלאי מלתא למפרע שלא חל המכר על הגזול כלל והוי דינו כאלו נמצא חסר ממש וכן דעת רבו הרא"ה ז"ל עד כאן לשונו ואם כן דברי הסמ"ע נכונים וז"ב:

סעיף ד

טובת הנאה. עיין ש"ך שהשיג ע"ז והעלה דע"כ ל"א טובת הנאה אינה ממון אלא לענין תשלומי כפל וקידושי אשה וכה"ג אבל לענין נגיעת עדות לא בעינן נגיעה של ממון ואפילו של שום הנאה נמי פסול דהא חיישינן שמעיד בפני בעל חוב להעמידו אלא דלא ליקרי' לוה רשע ועיין שם וכ"ז לא קשה לפי מה שהעלה בתשובת מוהרי"ט חלק ח"מ סימן פ' דבעינן הנאת ממון דוקא ומ"ש הרמב"ם ואפילו בדרך רחוקה ונפלאה היינו נמי הנאת ממון דוקא ומוהרי"ן לב רצה להוכיח דלא בעינן הנאת ממון מהא דהוי נוגע דלא ליהוי רשע ודחה מוהרי"ט דמשום הכי הוי נוגע משום דכל פעם שיבא לידו דבר זה יצטרך להוציא מפיו וליתן לבעלה דלא ליהוי רשע ולא ישלם ולהכי חשוב גם כן הנאת ממון ועיין שם שהביא ראיה לזה מהא דאבי החתן ואבי הכלה מעידין זה לזה אף על גב דאין לך מקרבא דעתיה גדול מזה ועוד מדכתב המרדכי על הרוצח אף על גב דהוי זכותיה דגואל הדם ועיין שם שהרבה בראיות ואם כן כיון דטובת הנאה אינו ממון לא הוי נוגע דבעינן נגיעת ממון דוקא ולפי זה אפשר דאפילו גזבר גופי' יוכל להעיד כיון דטובת הנאה אינו ממון ושאר הנאות לא הוי נוגע אלא שכתב שם במוהר"מ להקשות על דברי הרא"ש בתשובה כלל נ"ז שכתב דקרובי הנרצח אין יכולין להעיד על הרוצח וקרובי גואל

הדם יכולין להעיד והקשה ממה נפשך אי חשיב זכותי' דג"ה אם כן איך יעידו הקרובים ואי לא חשיב זכותיה דג"ה אם כן קרובי נרצח נמי יעידו וכתב שם דטעמא דהרא"ש כיון דלא הוי הנאת ממון די שיפסול לעדות גואל הדם גופי' אבל קרובי דג"ה שפי' מעידין כיון דלא הוי שום הנאת ממון עיין שם ואם כן הוא הדין בזה גזבר גופי' אינו יכול להעיד אע"פ שאינו הנאה של ממון וקרובי הגזבר יכולין להעיד כיון שאינו הנאת ממון וכ"מ מדברי הרמ"א שכ' קרובי הגזב' אבל גזבר גופי' לא:

סעיף ה

דהשתא אינו נוגע. דבר זה מבואר כמה פעמים בראשוני' גם באחרונים דהיכא דהשתא אינו נוגע אע"פ דאם יתעשר יהי' נוגע מכל מקום כיון דעכשיו אינו נוגע לא חיישינן לשמא יתעשר ולענ"ד נראה דאין למידין מזה הכלל לכל דוכתי והוא דבתוספות פ' מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ב) ד"ה דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי לי' ואין לומר דנ"מ כגון שהעדים המקיימין השטר של בעל חוב קרובים לראובן ואינם קרובים לשמעון ואם לא היה ראובן בעל דין יכולין לקיימו דאפילו משתעי דינא בהדי שמעון לא מצי מקיימו לי' כיון דאי טרף לי' מיני' בתר ראובן אזיל ע"כ והתם משמע דלית לי' ללוה כלום דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים ב"ת ואם כן קרובי ראובן למה לא יעידו כיון שאין נפקותא לראובן דהשתא אין לו ולשמא יתעשר לא חיישת ואפילו ראובן גופי' יעיד. ועוד דאי נימא דלא חיישינן לשמא יתעשר אם כן אם העני הלוה יעידו קרובו שפרע השט"ח והשתא כשרין הם וזה הוא נגד השכל והסברא הישרה. ולכן נראה לפי מאמר האומר דפסול נוגע אינו משום משקר אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו וכמ"ש בריש הסימן וכבר כתבנו בסימן ל"ד סק"ג מה"ט דנוטל שכר להעיד כשר מן התורה כיון דלא חיישינן למשקר בשביל הנאת ממון וכמ"ש מוהרי"ן לב ועיין שם בסימן הנז' דהוכחנו דנוטל שכר להעיד כשר מן התורה ואינו פסול מן התורה אלא נוגע ומשום קרוב לעצמו והוא מעיד לעצמו אבל נוטל שכר להעיד אין העדות נוגע לעצמו אלא לאחרים ואף על גב דיש לו הנאת שכר כשר מן התורה ועיין שם ובין תבין את אשר לפניך דהך מלתא דהשתא אינו נוגע הוא נלמד מפרק חזקת הבתים גבי מוכר שדה שלא באחריות אינו מעיד לו עליו מפני שרצה להעמידו בפני בעל חוב ופריך אי אית לי' ארעא אתריתי מאי נ"מ ואי לית לי' ארעא אחריתי' כו' והקשו תוספות הא נ"מ כשיתעשר והעלו מזה הראשונים דלא חיישינן לזה כיון דהשתא אינו נוגע וכאשר תדקדק תמצא דזה שמעמידו בפני בעל חוב אינו נוגע הפסול מן התורה ואינו אלא כנוטל שכר להעיד דהוא הפסול מדרבנן דהא הוא אינו מעיד לעצמו כלל אלא ללוקח והנאת ממון יוכל לבא לו מזה

שמעמידו בפני בעל חוב ואלו אמ' הלוקח בואו ותעידוני ואני אתן לך שכרך כשיבא בעל חוב שלך אני אפרע עבורך נמי מן התורה כשר הוא דנוטל שכר להעיד כשר מן התורה ואם כן כיון דמה"ת כשר אע"פ שיכול להעמידו בפני בעל חוב כיון דאינו מעיד לעצמו אלא דנוטל שכר להעיד על כל פנים מדרבנן פסול הוא ולהכי היכא דאין לו השתא לא חששו רבנן כיון דאינו רואה שיבא ואפשר לא יבא לו לעולם ומשום הכי גם מדרבנן כשר הוא. אבל היכא דהוא מעיד על שטרו שפרע אף על גב דהשתא אין לו והבע"ח בא לגבות מן הלוקח אין הלוה עצמו מעיד ולא קרובו דזה הוא נוגע הפסול מן התורה כיון דלעצמו הוא מעיד שפרע ואין הטעם משום משקר ומשום הכי אפילו קרובי הלוה אין יכולון להעיד כיון דמעידין על הלוה עצמו שפרע ואע"פ שאין לו עכשיו יהיו לו לאחר זמן וכן אם חתם בשטר עם אחד והנושה בא לקחת דגובה מאיזה שירצה בענין המבואר בסימן ע"ז אין לו להעיד ששטר מזויף או פרוע כיון דאין לו עכשיו דהיכא דהוא מעיד לעצמו והוא נוגע הפסול מן התורה ודאי אינו מעיד דאולי יהיה לו לאח"ז ולעצמו מעיד אבל בנוגע דרבנן וכגון היכא שאינו מעיד לעצמו אלא שיש לו מזה הנאת שכר בזה הוא דאקילו היכא דאין לו השתא כיון דאינו אלא מדרבנן ואינו רואה שכרו לפניו ואם כן א"ש דברי התו': ועיין סמ"ע סימן קכ"ג שכתב היכא דלוה מעיד שזה ערב הוא עבורו והלוה אין לו נכסים דיכול להעיד כיון דהשתא אין לו עיין שם וזה נמי נכון כיון דלעצמו אינו מעיד כלל דהא נהי שיש לו ערב הלוה לא נפטר מחובו והוא חייב כמו כן בין יש לו ערב בין אין לו ערב אלא דיש לו הנאה מזה כשיש לו ערב יוכל המלוה ליפרע מן הערב והוי נוטל שכר בעלמא ומשום נוטל שכר לא פסלו היכא דאין שכרו לפניו ונמצא לפי מ"ש תרי גווני נוגעים הם הא' הוא נוגע אשר מעיד לעצמו ובזה הענין לא פלוג בין יש לו עכשיו ובין אי"ל עכשיו מכל מקום כיון דלעצמו הוא מעיד ופסולו מן התורה לעולם אינו מעיד. והשני היכא דאינו מעיד על עצמו אלא בשביל עצמו שיהי' הנאת שכר מזה וזה פסולו מדרבנן לבד אז אם שכרו קרוב פסלוהו חכמים אבל אם שכרו רחוק לא פסלו ודע והבן זה. ובזה יתיישב קושיות הב"ח סימן ע"ז סעי' ז' גבי ראובן תבע משנים שלוו כא' וכפר א' והודה א' דאין עדותו מחייב חבירו שבוע' לפי שהוא נוגע בעדות והקשה הב"ח כיון דמיירי דאין לו נכסים אם כן אמאי לא יהי' עד בדבר כיון דלא חיישינן שמא יתעשר ועיין שם דהניח הב"ח דין זה שכתבו משום שמא יתעש' לא הוי נוגע ב צריך עיון ועיין ש"ך סימן ע"ז. ולפי מ"ש התם הוא נוגע הפסול מן התורה דהא לעצמו הוא מעיד דהא מעיד שחבירו לקח מחצית ואם כן לא יתחייב הוא אלא במחצית שלו לדעת השלחן ערוך דערבים נינהו עיין שם בסימן ע"ז וכיון דיש לשני נכסים לא נתחייב הוא

אלא במחצית ואם כן לעצמו היא מעיד והוא נוגע דפסול מן התורה וכן לדעת הרא"ש והטור דשנים שלוו הוי ע"ק וגובה מאיזה שירצה היינו משום דכל א' נעשה לוה בכולו וכל א' חוזר ומלוה לשני מחציתו אם כן פשיטא דלעצמו הוא מעיד דהא הלוה אומר שלוה מחציתו לזה וזה ודאי לעצמו הוא מעיד איך שהלוה לזה מחצית מהלואתו ובזה אין חילוק בין יש לו השתא ובין אין לו השתא דאם אין לו השתא יהי' לו לאחר זמן ודו"ק. ולפי מה שבארנו דנוגע שאינו מעיד לעצמו אלא בשביל עצמו הוא כשר מן התורה אלא מדרבנן פסול משום נוטל שכר להעיד והך שמעמידו בפני בע"ת כבר בארנו דהוא מה"ט דנוטל שכר להעיד דכיון דאינו מעיד לעצמו אלא ללוקח וכמ"ש אם כן לפי זה הדרא קושיות הראשונים לדוכתי' בהא דאמרינן ניחא לי' דלא להוי רשע ולא ישלם מאי גמול הוא זה כיון דגמולו ישיב לו בראשו דיהי' רשע להעיד שקר ומה שתירצו בזה כיון דנוגע הוי הרי הוא פסול אף על פי שאינו משקר אמת דנוגע שהוא מעיד לעצמו פסולו משום קרוב הוא ואף על גב דאינו משקר אבל האי שמעמידו בפר בעל חוב דאינו אלא משום הנאת שכר ולעצמו אינו מעיד ומשום הכי כשר. אבל אם אין לו השתא אם כן הנאת שכר ודאי בשביל משקר הוא ולכן צריך לומר בזה עיקר הטעם כמו שכתב הרב ר"י הלוי בתירוץ השני דהנאת שכרו הוא שלא יהי' לוה רשע בפני העולם. ובזה ניחא הא דהרמב"ן בחידושיו לפ' תז"ה אינו מביא אלא זה התירוץ ולא הביא התי' הא' שכתב שם בספרו ג"פ דפסול משום קרוב אע"פ שאינו משקר משום דבזה לא שייך ה"ט כיון דפסולו דמעמיד בפני בעל חוב אינו משום נוגע אלא משום נוטל שכר להעיד וכמ"ש ועמ"ש בסק"א ובסימן ל"ד סעיף קטן ג' ודו"ק בזה:

סעיף ו

ללוקח שני. בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ה) לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית לי' ארעא אחריתי ופי' רשב"ם דחייש לוקח ראשון שמא יבא בעל חוב ויטרפנ' מזה אם יש ללוקח שני ארעא אחריתי מצי אמר הנחתי לך מקום לגבות וה"ה אי אית לי' למוכר ארעא אחריתי דג"כ מצי אמר הנחתי לך מקום לגבות ותוספות דחו פי' זה דאם כן ניחוש לבע"ח גדול ואפילו אית לי' ארעא אחריתי לא יעיד אלא דוקא גבי מוכר שדה שלא באחריות כו' אלא היינו טעמא דאין לוקח ראשון מעיד ללוקח שני אף על גב דלא חייש לבע"ח מיהו חייש שמא קרקע גזולה היא והיום או למחר יבא הנגזל ויטרפנה ולא יהי' לו במה לחזור על המוכר היכא דלית לי' ארעא אחריתי עיין שם והקשו אכתי אמאי יעידו המלוה והערב והלוקח היכא דאית לי' ארעא אחריתי ניתוש שמא גזולה היא וכשיבא נגזל ויקחנה לא יהי' לו ממה לגבות כדחייש לחד נגזל

גבי לוקח כו' וי"ל דבשום מקום אין המלוה והערב והלוקח חוששין כ"ז שאחריות שלו קיים ועיין שם בתוספות וביאור דבריהם דאין הלוק' חושש רק שיהי' אחריות שלו קיים ויהי' לו ממה לגבות את האחריות שלו אם ימצא שדה שלו גזולה דהא אדעתא דהכי לקח מתחלה באחריו' אלמא מסתפיס דלמא גזולה היא וכשיש לו מקום על האחריות שלו תו אינו חושש כלום וכ"כ הרמב"ן בחידושיו ע"ש. ונפקא מיני' בין פי' רשב"ם לפי' תוספות היכא דלוקח ראשון לקח בפירוש שלא באחריות לפי' רשב"ם לא יעיד מחשש בעל חוב וכדי שיוכל לומר הנתתי לך מקום ולפי' תוספות אין הלוקח חושש רק שיהי' אחריות שלו קיים בכדי שיהי' אחריות שלו על מה לחול או אל הלוקח השני או אל המוכר והיכא דלקח בפי' שלא באחריות תו ליכא שום חשש ועיין ברמב"ן שהסכים לפי' תוס':

סעיף ז

שתשאר למוכר שדה. עיין תוספות ז"ל קשה לרשב"א אמאי לא קאמר לוקח מעיד למוכר והוא דאית לי' ארעא אחריתי והניחו בקושיא: ונראה ליישב דלוקח אינו מעיד למוכר אפילו אית לי' ארעא אחריתי דהא ארעא אחריתי הוא בכדי שיהיה לו אחריות שלו על מה לתול לפי' תוספות וכמ"ש לעיל וכיון דכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי ואדכי ואמרינן זביני אילין אינון ועמליהון ושבחיהון ואיקום קדמך וכדאמרינן בפרק קמא דמציעא עיין שם ואם כן אחריות הלוקח על המוכר הוא דבר שאין לו קצבה דאולי יעלה השבח אלפים ואם כן אפילו יש למוכר אלף שדות נפש הלוקח לא תמלא דאולי יעלה שבחו ביותר דהוא דבר שאין לו קצבה ומשום הכי ריבוי שדות כל מה דאפשר ניחא לי' ללוקח ומשו"ה לא משכחת דאית לי' ארעא אחריתי דהא נגד אחריו' שבחו שיש לו על המוכר הוא דבר שאין לו קצבה ולוקח רוצ' בקיום אחריות שלו ומשום הכי אינו מעיד אבל לוקח ראשון ללוקח שני אין לו האחריות נגד לוקח השני רק בכדי קרנו דשבח אינו גובה ממשועבדי' וכדתנן אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעו' כו' ואחריות קרנו הוא דבר שיש לו קצבה ומשום הכי כשיש לו בכדי אחריותו מעיד וזה נכון:

סעיף ח

בטענה שקנאה. עיין סמ"ע שכתב דבזה אפילו טוען שראובן עצמו גזלה לא מחשב נוגע מטעם דלא לקריי' גזלנא דבמטלטלין לא מקרי גזלן מחמת כן. ובט"ז הקשה מהא דאמרינן בפרק קמא דב"מ דף ט"ז גבי חזר הגזלן ולקחה מבעלים הראשונים מה מכר ראשון לשני כל זכית שתבא לידו מ"ט מר זוטרא אמר ניחא לי' דליקו בהימנותי' רב

אשי אמר ניחא לי' דלא ליקרי גזלנא מאי בינייהו עיין שם ולמה לא אמרו איכא בנייהו מטלטלין אע"כ דגם במטלטלין שייך דלא ליקרי' גזלנא ע"ש: ויש ליישב דבמטלטלין לא משכחת להאי מלתא כלל דהא שם אמרו עד אימת ניחא לי' דליקו בהימנותי' עד העמדה בדין וקיימא לן דגזל ולא נתייאשו בעלים שניהם אין יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ומבואר אצלינו בסימן שנ"ד דלאו דוקא גזילה אלא אפילו פקדון כל שצריך העמדה בדין דהיינו שיש לו איזה טענה נמי אין הבעלים יכולין להקדיש ולמכור עד אחר העמד' בדין ודוקא פקדון דלא כפריה יכולין להקדישו משום דכל היכא דאי' ברשותי' דמארי' איתי' והבעלים יכולין ליקחו ממנו כל אימת שירצו אבל היכא דמחוסר העמדה בדין וכגון שיש לו איזה טענה נמי אין יכולין להקדישו ועיין שם והתם דמיירי דהלוקח לא הכיר שהיא גזולה וכמ"ש הנימוקי יוסף בהכי הלוקח לא שייך דליקו בהימנותי' וכיון דלא הכיר בה שהיא גזולה ודאי צריך העמדה בדין לברר שהיא גזולה ואם כן אינו דומה לפקדון דיכול לטלו אימת שירצה אם כן אין הגזלן יכול לקנותו מבעלים הראשונים דהוא דבר שאינו ברשותו וע"כ לא משכחת חזר הגזלן ולקחה מבעלים הראשונים אלא בקרקע דיכולין הבעלים למוכרו ומשום הכי אמרו מאי בינייהו ולא מצי אמרו מטלטלין וק"ל:

סעיף ט

שכיון שהודה. כתב הנימוקי יוסף בפרק חזקת הבתים שמעינין מהא דנוגע בדבר יכול להעיד לחובתו דהכי נמי דמעיד דלאו דיהודא היא ה"ל נוגע בעדות אי אסהיד דלוי הוא עיין שם ובתומים האריך בזה דמשמע מנימוקי יוסף דנוגע יכול להעיד לאחרי' נמי כל שהוא לחובתו וכן משמע מהך דלעיל סעי"ו דשותף שאמר דבר שהוא חובתו וחובת שותפו נאמן להעיד והרא"ש בתשוב' לא כ"כ עיין שם בתשוב' כלל ו' סימן ך' דאם בני העיר העידו שאחד מהם נפטר ממס הואיל ובני העיר הם מפורעי המס אינן יכולין להעיד לא לזכות ולא לחוב וחלקם יכולים לוותר בהודאת' ומבואר דס"ל דאין הנוגע מעיד לתוב ועיין שם שהאריך בפלפול. ולענ"ד נראה עיקר כדברי הרא"ש בתשובה לפי מ"ש בסימן ל"ד סעיף קטן ג' ולעיל סק"ה דנוגע אינו פסול משום משקר אלא משום קרוב ואם כן הוא פסול בין לזכות בין לחוב אלא על עצמו דנאמן הודאת בעל דין הוא משום דהתורה נתנה נאמנות לכל אדם על עצמו אפילו עבד וגזלן ושפחה וכמ"ש בסימן ל"ד שם ואם כן לאחרים אינו מעיד כיון דקרוב הוא והא דאמרינן דהיכא דאסהיד של ראובן הוי עד היינו משום דכל שמודה שהוא של יהודא אם כן אפילו יש לו עדים שהוא שלו הרי הוא פוסל לכל העדים ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים אם כן תו ליכא

דין קרוב כלל דהא אינו שייך לשדה זו כלל ולא גרע מסילק אלא דכל זמן דאסהיד דלאו דיהודא אמרינן דהוי נוגע כיון דיש לו עדים שהוא שלו ויוכל להוציא אבל כי אסהיד דלוי הוא אם כן אינו קרוב כלל דהא אנן אמרי' דלא שייך לשדה זו כלל ועדיו עדים פסולים כיון דנאמן על עצמו יותר מעדים אבל גבי בני העיר כיון דהם מפורעי המס ודאי קרוב הוא לעצמו והוא שייך לזה המס והוא מעיד על עצמו ואף על גב דהוא לחוב אפילו הכי אינו נאמן להיות עד דקרוב פסלה התורה על אחרים אפילו אינו משקר ומ"ש בתומים דכן משמע בשלחן ערוך סעי' ו' התם מיירי שהם שותפים בדבר אחר וכמ"ש סמ"ע שם ע"ש: וכן משמע מהא דכתבו הרי"ף והרמב"ם דאין נאמנות מועיל לגבי לקוחות ומשום קנוניא ועיין טור וש"ע סימן ע"א ולמה לא יהיה הלוה עצמו עד מסייע לפטור משבועה כיון דהוא לחובתו דודאי עד כשר לא חיישינן לקנוניא אע"כ דאינו עד כלל כיון דהוא נוגע ואפילו לחובתו אינו מעיד לאחרים ומשום הכי חיישינן לקנוני' אלא דהרשב"א בחידושיו פרק קמא דגיטין דף י"ד לא כתב כן וז"ל ומיהו אי חרי גינאי נינהו בר מהאי דאשתעבד מהימני דלא גרע מתרי סהדי דעלמא ואי משום נגיעת עדות הגע עצמך דאין כאן נגיעת עדות כלל אלא מיהו נראה דדוקא בדאיכא לאשתלומי מינייהו הא לאו הכי חיישינן לקנוניא כההיא דאומר שטר אמנה הוא זה במקום שחב לאחרי' אינו נאמן דחיישינן לקנוניא עד כאן לשונו עיין שם ומבואר דס"ל דנוגע לחוב הוי עד ומיהו כל דאיכ' למיחש לקנוניא אינו מעיד אבל הרא"ש ודאי חולק בדבר דבע"ד שהוא נוגע אפילו לחוב אינו מעיד לאחרים ועמ"ש בסימן קכ"א:

סעיף י

שנגנב להם. בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ג) גבי שותפין מעידים זה לזה ופריך הא נוגעין בעדותן הבמ"ע דכתב לי' דין ודברים אין לי על שדה זו וכו' ומסיק שקנו מידו ופריך וכי מסלק נפשי' מי מהני והתניא בני העיר שנגנב ס"ת שלהן אין דנין אותו בדייני אותה העיר ואי איתי' לסלקי בי תרי מינייהו ולדייני' וכתב רשב"ם ז"ל יכתבו דין ודברים אין לי על ס"ת זה ויקנו מידם ע"ש. והקשה אחי הנבון מוהר"ר יהודה כהן ש"ן הא קיימא לן גזל ולא נתייאשו הבעלי' שניהן אין יכולין להקדישו וה"ה למכרו כמבואר בסימן שנ"ד ואפילו להפקיר אינו יכול וכמ"ש בסימן שנ"ד עיין שם ואם כן בשלמא גבי שיתפיסן מעידי' זה לזה דמיירי מקרקע וקרקע גזולה יכולין הבעלים להקדישו ולמוכרו כדאמרינן פרק קמא דמציעא אבל ס"ת שנגנב היאך יכולין לסלק מיני' דאף על גב דיקנו מידם לא מהני כיון דאינו ברשותו ע"כ קושייתו: והנה לכאור' גבי קרקע נמי קשה דהא בקרקע נמי בעינן שיכול להוציא בדיינים וזה אין לו עדים דהא הוא עצמו העד ואם כן לדידי'

הוי דבר שאינו ברשותו והיכי מהני הקנין לשותף מיהו לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו פ' מרובה גבי גנב וגזלן דהקדשן הקדש ומעשרותן מעשר משום דהוי יאוש ושינוי רשות והקש' הרשב"א היכי הותחלה ההקדש דהא קודם הקדש לא היה שלו כיון דיאוש כדי לא קני וכתב משום דהקדישו וקנייתו באין כאחד עיין שם ואם כן ה"נ גבי קרקע בשעה שמקניהו לשותפו הרי איכא עדים וראיה ויוכל להוציא בדיינים ובא בבת אחת רשותו וקנייתו אבל גבי מטלטלין אפילו יוכל להוציא בדיינים נמי אינו יכול להקדישו ואם כן היכי מהני סילוקו להקנות ואפשר דקושיות הש"ס וליסלקו היינו שיתנו אותו לגנב ולגנב ודאי מהני הנתינה אף על גב דלאחר אינו יכול ליתן אלא דמפי' רשב"ם לא משמע הכי שכ' ויקנו מידם ואי לגנב לא בעי קנין דזוכה בדיבור כיון שהוא תחת ידו ועוד דהגנב לא ירצה במתנה זו כי היכא דלא ליהוי סהדי עלי' וצריך עיון:

סימן לח

סעיף א

נאמנים לגבי עצמן. והקשו בזה הראשונים מסוגיא דמכות דף ו' ושם אמר רב יהודא אמר רב עד זומם משלם לפי חלקו מאי משלם לפי חלקו אילימא דהאי משלם פלגא והאי משלם פלגא תנינן משלשין בממון אלא כגון דאתזם חד מינייהו דמשלם פלגא דידי' ומי משלם והתניא אין העדים נעשין זוממין עד שיזומו כולן אמר רבא באומר עדות שקר העדתי ופריך כל כמיני' כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד פירש"י בתמי' וכי יכול הוא לחזור בו וליפטר הנידון מלשלם עיין שם אלא באומר כו' ומאי פריך כל כמיני' אדרבה כיון דאינו יכול לחזור הרי הוא צריך לשלם דנאמנים לגבי עצמם. ועיין בטור הביא דעת ר"ח דס"ל דאין משלמין כלל משום דיני דגרמי וכ"כ הבית יוסף ולחם משנה ושארית יוסף לפי דעת ר"ח והרמב"ם אין משלמין העדים משום ד"ג. ובש"ך שפך סוללה וכתב שבחנם הרעישו הגדולים בזה דגם דעת ר"ח והרמב"ן דמשלמין משום ד"ג אלא שהרמב"ם והר"ח מיירי מתשלומי הזמה דקנס הוא עיין שם וכ"כ בט"ז. אבל חזי מאן גברא רבא קא מסהיד והוא הרמב"ן בחידושי' למכות כתב בפירוש שהר"ח חולק וכתב באומר עדות שקר העדנו לא סגיא דאין משלמין אלא עדותן שהעידו נכונה חשבינן לי' וסיים ז"ל והרב ר' משה הספרדי פוטר בהם אע"פ ששלם על ידן והודו עד כאן לשונו ובודאי לא הי' ספר הרמב"ן לפני הש"ך והט"ז ובכנסת הגדולה פי' טעמא דר"ח והרמב"ם דאין משלמין עפ"י עצמן משום ד"ג דס"ל ד"ג קנס ואין משלם קנס עפ"י עצמו. ועמ"ש בסימן שפ"ח דודאי משלם ד"ג עפ"י עצמו וכמו שהוכחנו שם משורף שטר דלא משכחת

לה דחייב אלא במאמינו וכמבואר פ' הגוזל. ועוד דהשתא ליכא בית דין מומחין והמודה לפניהן אינו נפטר וכמ"ש הטור בסימן א' מיהו לפי מ"ש בסימן ח' שם דהיינו דוקא כשבאו עדים אח"כ אבל בלא עדים אינו חייב עפ"י עצמו אפילו בזמן הזה ניחא. ובעיקר הקושיא שהקשו מהא דפריך כל כמיני' נראה ליישב דכיון דגבי עדים זוממין איכא מלקות מלאו דלא תענה ברעך וכל היכא דאיכא ממון ומלקות מילקי לקי ממונא לא משלם אלא דאמרו בפירוש רבתה התור' עדים זוממין לממון ולא למלקות דכתיב כאשר זמם כמבואר ר"פ אלו נערות והיכ' דליכא כאשר זמם כגון בבן גרושה ובן חלוצה רפ"ק דמכות מלקי לקי משום לא תענה ואם כן תינח לענין תשלומי כאשר זמם התורה ריבתה מה שאין כן בשאר בתשלומין וכגון שקרע שיראין של חבירו בשעה שהעיד שקר ודאי בזה לא ריבתה התורה אלא כיון דכבר ריבתה התורה עדים זוממין לתשלומין כבר פטרה התור' אוחן ממלקות במקום דאיכא לקיים בהו תשלומי כאשר זמם ולא גרע מחייבי מלקות שוגגין דקיימא לן דחייב ממון וה"נ תו ליכא מלקות בעדים זוממין כיון דריבתה התורה לתשלומין מכאשר זמם אם כן ממילא משלם נמי עבור היזק שהזיקו משום כיון דליכא מלקות'. ואם כן לריש לקיש דס"ל בפר' א"נ דחייבי מלקות פטורין מהתשלומין אפילו לא התרו בו ומשום דלא חלקת בין שוגג למזיד וכדאי' בכתובות פ' אלו נערות שם אם כן גבי עדים לא משלמי אלא כאשר זמם דבפירוש רבתה התורה אבל תשלומי היזק ד"ג אין לנו כיון דחייבי מלקות נינהו על כל פנים ולא גרע משוגג וכמ"ש כיוצא בזה בחידושי מוהרש"ל דף ל"ה בכתובות לענין חובל עיין שם ורבא נמי ס"ל שם כריש לקיש דאתי מכה מכה מחייבי מיתות ואם כן לרבא דמשני שם באומר עדות שקר העדנו פריך שפיר כל כמיני' דאליבי' דרבא אין העדים צריכין לשלם משום ד"ג ודו"ק: ועיין בפרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"ג) בשטר שיש בו ריבית דסובר ר"מ דאינו גובה לא את הקרן ולא הריבית וחכמי' סברי' דגוב' הקרן והכי קיימא לן כחכמי' ועיין טור וש"ע סימן נ"ב ואי נימ' דחייבי מלקות שוגגין פטורין מלשלם אם כן היכי גובה הקרן דהא הלוה גם כן עובר משום לא חשימון ולא תשיך לאחיך ואם כן הלו' הוא מחייבי מלקות שוגגין ולמ' ישל' הקרן כיון דחייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין ואפילו למאי דאמרינן בר"פ א"נ דמלוה הוא בקום ועשה לענין לא תשימון משום דמצי לקרועי שערא משמע דהיינו דוקא מלוה אבל עדים מלקי לקי דלאו בידייהו לקרוע שטרא וכמו שכתבו הראשוני' דעדים פסולי' מה"ע ואם כן הוא הדין לוה דהוי כמו עדים ואין בידו לקרוע שטרא וכיון דלקי אם כן אפילו לא אתרו בי' נמי פטור מלשלם ואפי' נימא בגנב הבא במחתרת היכא דגזילה בעינא לא קנאו וכדאמרינן בפ' בן סורר ומורה דלית הלכתא כרב עיין שם היינו

דוקא בגזילה בעיני' מחויב להחזיר ולא קנאו בדמים אבל מלוה דלהוצאה ניתנה ואינו אלא חוב תשלומין ואמאי חייב לשלם כיון דחייב מלקות וקושיא זו קשה אפילו לדידן דקיימא לן דחייבי מלקות שוגגין חייבי' לשלם אכתי תיקשי לר"ל היאך מפרש לברייתא דגובה את הקרן. מיהו לפי מה שנסתפק הרא"ש בתשובה סימן קס"ב אם הלוה עובר משום לא תשיך קודם נתינה עיין שם ואי נימא דאינו עובר קודם נתינה א"ש ועיין מל"מ פ"ד ממלוה ועיין שטה מקובצת פ' א"נ דף ס"ב שכתב דלוה ועדים כיון שאין בידם לקרוע השטר וליכא בהו קו"ע דאפילו בשומא גרידתא ולא באה לידי גבי' מחייב עיין שם וצריך ישוב.

סעיף ב

איכא נפקותא. ובב"י כתב נ"מ אי תפס לא מפקינן ויראה לי דה"ה בעדים שהעידו בא' שחייב מנה והוצרך לשלם ואח"כ באו שני עדים והכחישום ואמרו לא לוה אם הלוה תפס מן העדים שחייבו אותו מהני תפיסתו משום חיוב דיני דגרמי שגרמו לו לשלם וכיון דלפי דברי. העדים המכחישים הוא פטור אם כן הוי ליה ספיקא דתרי ותרי ומהני תפיסה בתרי ותרי אפילו שלא ברשות:

כתב הרמב"ם בפ' כ"א מעדות וז"ל העידו על פ' שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא את עינו והוזמו משלמין דמי העבד ודמי עינו וכתב הראב"ד ז"ל והוא כתב בפ' החובל שהאדון אינו משלם אלא אם תפס העבד ואם כן העדים שהוזמו אמאי משלמין עד כאן לשונו והשגתו מבואר דכל זמן שלא הגיע השחרור ליד העבד מבעי' לי' בש"ס מי משלם דמי עינו אלא אם כן תפס העבד ואם כן אמאי משלמין העדי' מכאשר זמם כיון דכ"ז שלא תפס העבד אין הרב משלם ובכ"מ כתב לדעת הרמב"ם משלמין העדים משום דבקל יכול לתפוס וכ"כ שם במגדול עוז ז"ל משום דתלי רחמנא דינם במחשבתן כדכתיב כאשר זמם והרי זממו עליו ואם יתפוס לא מפקינן מיניה ע"ש.

ועיין סוגיא דהזמה בפ' מרובה (בבא קמא דף ע"ג) והמתבאר מתוך הסוגיא דפליגי אביי ורבא בעדים שהוכחשו ולבסוף הוזמו וסובר רבא הכחשה תחלת הזמה ואמר רבא מנא אמינא כו' ועולה משם דהיכא דבאו עדים ואמרו עינו ואח"כ שינו ובאו עדים אחרים והכחישום ואמרי שינו ואח"כ עינו אם הוזמו הראשונים משלמין דמי עין לעבד לכולי עלמא אפילו למאן דאמר הכחשה לאו תחלת הזמה דהא עדיין לא הוכחשו דהא עדותן הראשונ' קיים דיש בכלל מאתים מנה ואם האחרונים הוזמו ודאי פטורין אליבי' דכ"ע אפילו למאן דאמר הכחשה תחלת הזמה דאחרונים לא הפסידו כלום בעדותן במה שאמרו שן והדר עין דהא אנן לא גמרינן הדין על פיהם אלא עפ"י הראשונים המעידים

בפחות ע"ש. וקשה לפי דעת הרמב"ם דעדים משלמין כאשר זמם אפילו ע"י תפיסה אם כן האחרונים נמי גרמו הפסד דהא קיימא לן בתרי ותרי מהני תפיסה וכמבואר בטור וש"ע סימן מ"ו עיין שם וכן היכא דאתו עדים ואמרי שן והדר עינו והדר באו עדים והכחישום ואמרי עין והדר שן והוזמו הראשונים אית' שם לאביי דאמר הכחשה תחלת הזמה דפטורין כיון דכבר הוכחשו ואמאי הא אכתי עדותן קיימת לענין תפיסה דבתרי ותרי מהני תפיסה ובקל יכול לתפוס והנה היכי דבאו עדים ואמרו לוה ובאו תיכף שני עדים ואמרו לא לוה ואם כן לא גמרי הדין כלל ע"פ העדים האומרים לוה אם כן אפילו גרמו תשלומין אם יתפוס מכל מקום אין העדים משלמין עד שיוגמר הדין על פיהם והיכא דבאו תיכף עדי הכחשה לא נגמר הדין עפ"י העדים האומרים לוה ואם כן ניחא באחרונים דלא משלמי דלא גמרו הדין על פיהם אבל היכא דכבר נתקבל העדי' האומרים שן והדר עין וכבר נגה"ד ע"פ ואח"כ באו עדים והכחישום ואמרי עין והדר שן והוזמו הראשונים דפטורין לאביי דס"ל הכחשה לאו תחלת הזמה וכבר נתבטל וכדמוכח שם בסוגיא עיין שם ואמאי נתבטל דהא אכתי עדותן קיימת לענין תפיסה וכעת צריך עיון:

יראה לי דשנים שהעידו באחד שנתנסך יינו והוזמו חייבין העדים לשלם דמי היין ככל תורת עדים זוממים ואף על גב דבקרא כתיב כאשר זמם לעשות לאחיו והני אין מחייבין אותו כלל אלא על היין הוא דמעידין וראיה מפ"ק דסנהדרין פ' רבע שורו של פ' נהרגין ומשלמין דמי שור לבעלי' אלמא אף דמסהדי על השור ולא על בעל השור אפילו הכי משלמין דמי השור אלא שיש לעיין במ"ש הרמב"ם בפ' כ' מהל' עדות ז"ל העידו על שורו שהרג את הנפש והוזמו הרי הן לוקין ואין משלמין את הכופר ומשמע דאין העדים צריכין לשלם במה שרצו להפסיד שורו להורגו ולאוסרו בהנאה דאם היה משלמין בעד השור לא היו לוקין דהא בפירוש ריבתה התורה עדים זוממין לתשלומין ולא למלקות ודין זה דאין עדים זוממין משלמין את הכופר הוא ברייתא בפרק קמא דמכות וליתא שם דלוקין והרמב"ם הוסיף מדעתו דלוקין וצ"ל דהרמב"ם איירי בגוונא דאין השור בסקילה ואפילו הכי משלם את הכופ' וכמו שכתב הרמב"ם בפ"י מנזקי ממון:

עד המעיד לחייב שבועה ולא הי' יכול לישבע משום שהי' חשוד או שטען איני יודע בענין דנתחייב לשלם משום דין משאי"ל והוזם מי שייך בי' כאשר זמם לכאורה משמע מדברי תוספות דשייך בזה כאשר זמם עיין בפרק קמא דמציעא דף ד' בתוספות שם ד"ה ע"א יוכיח ז"ל כי מה שהעד אינו משלם כשהוזם אינו חומרא אלא לפי שבעדותו אינו מחייבו ממון עיין שם ומשמע דהיכא דמחייבו ממון שייך בי' כאשר זמם אלא שלבי מהסס דקרא כי כתיב כאשר זמם בשני עדים היא דכתיב מיהו דיני דגרמי שייך גם בע"א

כגון שהלך בעל דין ואי אפשר למיהדר או שהוא בעצמו הודה ששקר העיד אין לחלק בזה בין ע"א לשנים. אמנם נראה גבי חשוד כיון דאינו התובע נוטל עד שישבע לא הוי גורם דמי יימר דמשתבע וכדאיתא פ' כל הנשבעין ועיין בשלחן ערוך סימן ר"צ סעיף ך' וגם בהשיב איני יודע אין ההיזק בא לו ע"י העד ובשעת מעשה לא ברי היזקא דהא מצי טען ברי ואפילו כבר אמר איני יודע מצי הדר אמר נזכרתי כדאי' בשלחן ערוך סימן ע"ה סעיף ט' ועמ"ש שם:

סימן לט

סעיף א

גובה מן המשועבדים. בענין שעבודא דאורייתא האריך בש"ך ובדעת הרא"ש כתב מהרש"ל דס"ל שעבודא דאורייתא וכדמוכח מדבריו בכמה מקומות ובש"ך העלה בדעת הרא"ש דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מדכתב בפרק קמא דב"ק ז"ל בעל חוב אינו גובה מן היתומים מעבדים שהניח להם אביהם דקיימא לן כרב נחמן בדיני דאמר עבדי כמטלטלין בכל מילי דרבנן ע"כ והיינו כמה שכתבו תוספות והרא"ש דהוי מידי דרבנן דסבר שעבודא לאו דאורייתא ועיין שם שכתב דמוהרש"ל לא שם לבו לדברי הרא"ש הנז' וגם קשה עליו היאך פוסק ביש"ש ב"ק לענין גביות חוב עבדי כמטלטלי משום דהוי מילי דרבנן ע"ש. וקשה לפי שיטת הש"ך דהעלה בדעת הרא"ש שעבודא לאו דאורייתא אבל במלוה הכתובה ודאי שעבודא דאורייתא אם כן מאי פריך בפרק קמא דב"ק בהא דאמרינן שם דף י"ד שוה כסף מלמד שאין בית דין נזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות מאי משמע אמר רבה בר עולא דבר השוה כל כסף ומאי ניהו דבר שאין לו אונאה כו' אלא דבר הנקנה בכסף ופריך עבדים ושטרות נמי נקנה בכסף ועיקר קושיא הוא מעבדים וכמו שכתבו התוספות שם דלא גרסי שטרות דשטרות אין נקנין בכסף ועבדים אין ה"נ דגובין מהם כיון דבנזקין הוי שעבודא דאורייתא והוי עבדי כמקרקע ועיין ברי"ף והרא"ש שהביאו סוגיא הנז' ומשמע דעבדי כמטלטלין אפילו בנזקין ולכן נראה בין למאן דאמר שעבודא דאורייתא ובין למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא עבדי כמטלטלי דחשיב מילי דרבנן ולמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אם כן הא דחלקנו בין מטלטלין למקרקע אינו אלא מדרבנן דמן התורה מקרקע נמי לא משעבדא וכיון דלא חלקנו אלא מדרבנן ובדבריהם עבדי כמטלטלי וכן למאן דאמר שעבודא דאורייתא נמי מן התורה ליכא חילוק בין מקרקע למטלטלי אלא מטלטלי נמי משעבדי מן התורה וכמו שכתב הרשב"א בחידושיו לב"ק פ' הכונס עיין שם ובחידושיו סוף קידושין בענין

שעבודא דר"נ ז"ל והיכא דלא גבי בעל חוב ממטלטלי דיתמי אינו תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתי' אמטלטלי עיין שם ואם כן הא דחלקנו בין מטלטלי למקרקע אינו אלא מדבריהם ובלשון חכמים עבדי בכלל מטלטלי וז"ב וכ"ת דע"כ לא אמרינן בלשון חכמים עבדי בכלל מטלטלין אלא היכא דקרקע גופי' לא משתעבד אלא מדבריהם אם כן הא דתיקנו שעבוד בקרקע אינו בכלל זה עבדים אבל היכא דמן התורה אדרבה מטלטלין ועבדים נמי מהני אלא שחכמים הפקיעו מטלטלין מדין תורה אבל מנא לן שהפקיעו עבדים מדין תורה ליתי' וכד דייקת אשכחת דגם בכהאי גוונא נמי עבדי בכלל מטלטלי וראי' מלשון הרא"ש פרק קמא דב"ק וז"ל ואף על גב דעבדי כמטלטלי אין נקנין אגב קרקע משום דניידי ויש בהם דעת וכו' ואם העבדים עומדין בתוך הקרקע ניקנין עם הקרקע בקנין אגב וגם בקנין חזקה כההיא דשמואל דאמר מכר' עשר שדות וכו' ואף על גב דקיימא לן עבדי כמטלטלין במילי דאורייתא מודה ר"נ וקנין חזקה דאורייתא הוא עיין שם והרי עבדים דנקנין אג"ק אף על גב דמטלטלין נמי אינו אלא מדרבנן ואם כן מהיכי תיתי יהיו עבדים נקנין אג"ק ובשלמא מטלטלי דאינו נקנה אגב עבדים ניחא משום דקנין קל דאפילו אג"ק מדאורייתא לא מהני ובלשון חכמים לא הוי אלא אג"ק ולא אגב עבדים אבל הא דעבדים נקנין אג"ק צ"ל דהי' בלשון חכמים שתקנו מטלטלין נקנין אגב קרקע כוונו נמי לעבדים דהוא בכלל מטלטלי והוא בין לגריעותא בין למעליותא עבדי בכלל מטלטלין בלשון חכמים ואם כן הוא הדין אפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא כיון דחילוק דיש בין מטלטלין לקרקע מתקנת חכמים הוא דמדאורייתא גם מטלטלין משתעבדי ואם כן בלשון חכמים מטלטלי ועבדים דין אחד להם בכל ענין ואדכרנא מה ששגור בפי העולם להקשות בדברי תוספות פרק קמא דמציעא שהקשו למאן דאמר שעבודא דאורייתא מודה במקצת למה ישבע כיון דה"ל שעבוד קרקעות ותירצו שמחל השעבוד או שאין לו קרקע והקשו בזה הא דאמרינן שבועת ד' תהי' בין שניהן ולא בין היורשין היכא משכחת לה אי בדאי' לי' קרקע ה"ל כפירת שעבוד קרקע ואי במחל השעבוד או שאין לו קרקע אם כן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי וכמדומ' לי שראיתי קושיא זו בחידושי הר"ן לשבועות ותירץ כגון ששעבד לו מטלטלי אג"ק מיהו לפי מה שכתבו תוספות והרא"ש דאג"ק אינו תורה אם כן ליכא למימר באג"ק. ולפי מ"ש הרשב"א לק"מ דמן התורה מטלטלי דיתמי נמי משעבדי. ואחי הנבון מוהר"ר יהודא כהן ש"ן הקשה מהא דאמרינן פ' שבועת העדות (שבועות דף ל"ב) אמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב ואמרינן עלה ש"מ משביע עדי קרקע חייב ופירש"י משום דעד מיתה עד קרקע הוא שהכתובה אינו נגבה אלא מן הקרקע ומשני

דתפס' מטלטלי ושם דף ל"א אינה נוהגת אלא בראוי להעיד אמר ר"פ לאפוקי מלך ור"א בר יעקב אמר לאפוקי משחק בקוביא מ"ד מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו עיין שם ואם כן כיון דמן התורה עד מיתה נמי ראוי למטלטלי כיון דכתובה דאורייתא ומטלטלי דיתמי נמי משתעבד מן התורה הרי הוא חייב לר"פ כמו משחק בקוביא כיון דמדאורייתא מהני והשבתי לו לפי מה שכתבו תוספות שם דף ל"א ד"ה ורבנן הוא דפסלוהו וז"ל ואף על גב דאמר לקמן רב פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב משום דרבנן אכשרוהו ואזיל בתר דרבנן בתר תרווייהו אזלינן לחייבו דהתם כיון דמדרבנן מועיל עדותו הרי יש כאן הפסד ממון בזה שלא העיד והכא אף על גב מדרבנן לא מהני עדותו מידי כיון דמדאורייתא מהני מחייב עד כאן לשונו ואם כן ניחא דוודאי דס"ל משביע עדי קרקע חייב כיון דעד מיתה לא מהני אלא מדרבנן אלא דאזיל נמי בתר דרבנן לחייב ואי משביע עדי קרקע פטור אין כאן חיוב לא מדאוריית' דעד מית' דרבנן ולא מדרבנן דהא תיקנו דמטלטלי לא משתעבדי. ואחי הוסיף להקשות דתוספות לשיטתי' דעד מיתה אינו אלא מדרבנן אבל דעת הרשב"א הובא באחרונים דס"ל עד מיתה נאמן מן התורה ואם כן הדרא קושיא לדוכתי'. וגם בזה השבתי דאפילו למאן דאמר עד מיתה נאמן מן התורה היינו להתירה לעלמא ומשום דהוי מלת' דעבידי לגלויי נאמן מן התורה אבל לענין ממון ודאי אינו נאמן וכדתנן אין האחין יורדין לנחלה על פיו ומה שנוטלת כתובתה היינו משום תנאי כתובה דכתב לה כשתנשאי לאחר תטלי כתובתיך וזה הדרש אינו אלא תקנת חכמים כמו שכתב הנימוקי יוסף דזה הדרש מתקנת חכמינו זכרונם לברכה הוא ואינו מן התורה עיין ביבמות שם ואם כן אכתי אינו אלא מדרבנן דעד מיתה ליטול כתובתה דהוי ממון ודאי אינו מן התורה דעד אחד אינו קם לממון ומ"ש הרשב"א דע"א במיתה נאמן מן התורה היינו לעלמא ואף על גב דבשו"ת תשב"ץ סובר דע"א נאמן אפילו בממון היכא דעבידא לגלויי ומה שאמרו אין האחין יורדין לנחלה היינו בעד מפי עד אבל בעד המעיד מפי עצמו נאמן גם לנחלה כבר חלקו עליו בזה ועיין בריב"ש סימן קנ"ה וקפ"א וקפ"ב דהעלה דבממון אין חילוק בין מלתא דעבידי לגלויי לעולם אין ע"א נאמן ועיין רמ"א ס"ס ל': ועיין בתוספות ס"פ גט פשוט למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אפילו שעבדן בפירוש לא מהני וקשה היכי משכחת שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשין הא יורשין לא מחייבי כלל ואפשר דמיירי מפקדון והלואה דפקדון גרידא ה"ל הילך מיהו להראב"ד הלואה ופקדון ומודה לו באחת מהן פטור ועיין סימן פ"ח וכן תובעו חוב אביו וחוב עצמו עיין שם ויכולין אנו לפרש המקרא בפקדון וע"א אלא דלישנא דקרא משמע דכתיב אדסמיך לי'

או בשבועת השומרים או בשבועה דמב"מ ועיין ס"פ גט פשוט משמע דס"ל לרב ושמואל אפילו במלוה הכתובה שעבודא לאו דאורייתא וכמ"ש הש"ך אלא דרב ושמואל בלאו הכי לא סברי דרשא דשבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין דאינהו לא סברי כלל משאי"ל וכדאי' בפ' כל הנשבעין ועיין בתוספות ס"פ שבועת הדיינין דגם לאביי דס"ל ברי ושמ' ברי עדיף נמי לא ס"ל האי דרשא אלא מפרש שבועת ד' בין שניהם שהשבועה חלה בין שניהם ואם כן הוא הדין הנך אמוראי דלא ס"ל שעבוד' דאורייתא אפילו במלוה הכתובה נמי לא סברי האי דרשא בין שניהם ולא בין היורשין תו יש להקשות אליבי' דרב דשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה הכתובה הא דתניא בפרק קמא דקידושין דף ט"ז ואלו מעניקין להם היוצאים בשנים וביובל ובמיתת האדון ואמה העברי' בסימנין והיכי משכתת הענקה במיתת האדון הא אינו גובה מיורשין אפילו כתובה בתורה ובש"ס ס"פ ג"פ פריך לרב ושמואל מחופר בור ומשני כשעמד בדין ובזה ל"ש הך שינויא ואפשר דהך הענקה במיתת אדון אינו חוב אביהם אלא חוב עצמן ומנכסי עצמן צריך ליתן הענקה אפילו אם לא הניח אביהן נכסים דה"ל כאלו קנו יורישין עבד והוציאו לחירות ואף על גב דלא קנו לי' מעולם דהא נפיק במיתת אדון מכל מקום בב"א בא הקנין והחירות. אך דסברא לא מכרעת הכי וצריך עיון. ועיין בהרא"ש פרק קמא דמציעא שכתב בשם הר"ר יונה דאינו גובה משבח ששבחו יתומים ובפרק יש בכור אמרינן ולא הבנות במזונות משום תנאי כתובה ומקולי כתובה משמע דאי לאו מקולי כתובה היה גובה מזון אשה והבנות משבח ששבחו יתומים משום דמזון האשה והבנות הוי עיקר חיובא על היתומים משום הכי אי לאו מקולי כתובה היו גובין מזון האשה והבנות משבח יתומים עיין שם ואם כן הוא הדין נמי הכא בהענקת העבד במיתת אדון דהוי עיקר חיובא על היתומים ודו"ק. ועיין בפ' הניזקין (גיטין דף נ') אמר מר זוטרא ברי' דר"נ משמי' דר"נ שטר חוב היוצא על היתומים אע"פ שכתוב בו שבח אינו גובה אלא מן הזיבורית אמר אביי תדע דבע"ח דינו בבינונית ומיתמי מזיבורי' א"ל רבא הכי השתא בעל חוב דינו מדאורי' בזיבורית שנא' בחוץ תעמוד והאיש כו' מה דרכו של איש להוציא פחות שבכלים ומ"ט אמרו בעל חוב בבינונית כו' וגבי יתמי אוקמה רבנן אדאורייתא אלא הכא כיון דמדאורייתא בעדיות אפילו מיתמי נמי בעדיות ולרבא והתני אברהם חוזאה אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מזיבורית ואפילו הן ניזקין והא ניזקין מדאורייתא בעידיות הבמ"ע כו' וכתבו תוספות ד"ה כיון וז"ל נראה דסבר שיעבודא דאורייתא דאי דרבנן אף על גב דמיניה דידי' דינו מדאורי' בעדיות מיתמי תהא בזיבורית כיון דמדאורייתא לא גבי כלל ומר זוטרא ואביי ס"ל דיתמי בזיבורית צ"ל דקא סברי

שיעבודא לאו דאורייתא וכדמפרש במתני' עד כאן לשונו ומסוגיא זו רצו הראשונים להוכיח דקיי"ל שיעבודא דאורייתא כיון דרבא דהוא בתרא ע"כ סבר שיעבודא דאורייתא ודתם הרשב"א בפרק קמא דקידושין דכ"מ ששיעבדו בפי' אפילו למאן דאמר בעלמא שיעבודא לאו דאורייתא בשיעבוד מפורש מודה. אלא דבתוספות משמע בס"פ ג"פ למאן דאמר שיעבודא לאו דאורייתא אין לחלק ואפילו שיעבוד מפורש לא מהני: אך דבלאו הכי אנן קיי"ל שם דלא כרבא וכמו שכתב הרי"ף בפ' הנזקין דקיי"ל כר"נ ומר זוטרא ואביי דה"ל רבא יחיד לגבייהו ועיין שם וכן מבוחר בטור ובשלחן ערוך בסימן ק"ח אלא איפכא קשה כיון דהרי"ף והרא"ש סברי שיעבודא דאורייתא אם כן היאך פסקו דגבי נזיקין וגבי ב"ח דאפילו פי' לו את השבח אינו גובה כמר זוטרא ואביי כיון דטעמא דידהו הוא משום שיעבודא לאו דאורייתא ואינו אלא מדרבנן ולכך מיתומים אוקמ' אדאורייתא ולפי מה דקיי"ל שיעבודא דאורייתא היה ראוי לפסוק הלכה כרבא. וקושיא זו ראיתי בס' חידושי הגאון פניה"ו עוד הקשה שם מ"ש תוספת דאביי ומר זוטרא דסברי בפי' לו את השבח אינו גובה מיתומים משום דסברי שיעבודא לאו דאורייתא והא כיון דאביי סבירא לי' דלמפרע הוא גובה ע"כ סבירא לי' ש"ד דליכא למימר גם למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא למפרע הוא גובה דאם כן מה מקשה הש"ם ס"פ ג"פ דרבה אדרבה דאמר גבי בכור גבה קרקע יש לו פי שנים אלמא שעבודא דאורייתא ומאי קושיא דילמא סבירא ליה לרבה אף על גב דשיעבודא אינו אלא מדרבנן אפילו הכי סובר דהוי ליה כמאן דאחזוקי בחיי אבוהון דלמפרע הוא גובה אע"כ מאן דסבר שעבודא לאו דאורייתא לא מצי אמר למפרע הוא גובה וע"ש. והנראה לענ"ד ביישוב הקושיות האלו והוא דמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפילו שעבדן בפירוש לא מהני וכמה שכתבו תוספות ס"פ גט פשוט דאף על פי שיכול למוכרן אינו יכול לשעבדן וכ"כ הריטב"א בפרק קמא דקידושין דאפילו שעבדה בפירוש לא מהני ואף שיכול למוכרן לפי שאין הקנאה לחצאין עיין שם ונראה דאפילו מ"ד שעבודא דאורייתא גם כן ס"ל דאין אדם יכול לשעבד נכסיו ומשום דאין הקנאה לחצאין והא דנכסיו משועבדים לאו מחמת הלוה הוא לפי שאין שעבוד הלוה מועיל כלל אלא כיון דשעבודא דאורייתא ממילא נכסיו משועבדים דהא אפילו בנזקין ופדיון הבן דהוא בלי מתחייב כלל ואפילו הכי התורה שעבדם ובזה לא שייך אין קנין לתצאין כיון דלאו מחמת הלוה הוא וכיוצא בזה אמרו בפ' מי שמת המזכה לעובר לא קנה וירושה ממילא קני אלא כיון דדין דבע"ת מן התורה בזיבורית וזה ששעבד לו בפירוש מוסיף על התור' והוא שעבוד שבח לא מהני ולא מידי כיון דאין שום שעבוד מועיל רק מה שמשועבד ממילא מדין תורה ולפי זה אביי נמי ס"ל שעבודא דאורייתא

אבל דוקא שעבוד ממילא וכיון דהשעבוד אינו אלא בזיבורית אין הלוה יכול להוסיף שעבוד מדנפשי' על השבת נגד יתומים משום דאין הקנאה לתצאין ורבא ס"ל דיכול נמי לשעבד את נכסיו מדנפשי' וכמו שיכול למוכרן ופליגי בזה נמי הפוסקים אם מהני שעבוד מפורש אלא דאנן קיימא לן כמר זוטרא ואביי וכמו שכתב הרי"ף דה"ל רבא יחיד לגבייהו ומשום הכי פוסק הרי"ף כמר זוטרא ואביי בפירש לו את השבת אף על גב דס"ל שעבודא דאורייתא משום דהיינו דוקא שעבוד ממילא משום דאין הקנאה לחצאין ומן התורה לא אשתעבד רק זיבורית ולא שבח ובזה ניחא הא דקיימא לן גבי נזקין דגובה מיתומים גדולים מעידיות ולקטנים הוא דעשו תקנה דלא ליגבי אלא מזיבורית וגבי בע"ת אפילו פי' לו את השבת אינו גובה את השבח אפילו מיתומים גדולים וכמו שכתב הרי"ף והרא"ש וטור וש"ע סימן ק"ת וקשה מ"ש בעל חוב מנזקין ואף על גב דברא"ש כתב בהנזקין משום דבע"ח לא אסיק אדעתי' דמיית אבל נזקין מן התורה בעידיות עיין שם ואכתי תיקשי מפי' לו את השבח דהוי נמי מן התורה בעידיות ואף על גב דנזקין הוי מלוה הכתובה בתורה אין לחלק בזה לדעת הרי"ף והרא"ש דס"ל שעבודא דאורייתא ולפי מ"ש ניחא דפי' לו את השבת מן התורה לא מהני משום דאין הודאה לחצאין ואינו אלא מדרבנן אבל נזקיו דינו בעידיות ושעבודו ממילא בעידיות ולכן לא הפקיעו דינו אלא מקטנים ולא מגדולים אבל פי' השבח כיון דדיני' בזיבורית אין הלוה יכול להוסיף על דין תורה בשעבודו ואף על גב דודאי אדם יכול לחייב עצמו אף על פי שאינו חייב היינו לחייב עצמו ואז נמי נכסיו ממילא משועבדין מדאורייתא וכדינן אבל אדם אין יכול לשעבד לפי שאין הקנאה לתצאין ובזה נתיישב כל הקושיות שנתקשה בו פני יהושיע ודו"ק והוא ענין מועיל: אמנם למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משמע דאפילו מיני' דידי' ליכא שעבוד נכסי מדאורייתא מדהקשו תוספות ריש ב"מ למאן דאמר שעבודא דאורייתא מודה במקצת אמאי ישבע כיון דהוי הודאו' שע"ק ותירצו במחל השעבוד והקשו מהא דא"ר יוחנן הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב במלוה שיש עליו שטר פטור משום דה"ל כפירת שע"ק והא כפירת עדים נמי הוי שע"ק ותי' דמיירי שיש לו קרקעות משועבדים ואין לו קרקעות ב"ת עיין שם ומשמע דאף על גב דהשתא אינו גובה ממשעבדי מתקנות חכמים אפילו הכי הוי שע"ק כיון דמיני' שע"ק יש לו וממילא מוכח למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אפילו מיני' דידי אין לו שע"ק וכן מבואר מדברי הטור שכתב בסימן פ"ת למאן דאמר שעבוד' דאורייתא מודה במקצת אינו נשבע אלא במחל השעבוד ואף על גב דהשתא אינו גובה ממשעבדי וע"כ משום שע"ק דמיני' הא למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אפילו מיני' נמי לא והא דכתבו תוספות בס"פ

גט פשוט על דברי רשב"ם שכתב ש"ד משום דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט הקשה תוספות דהתם מיני' מיירי היינו משים דמיני' ודאי שייך תשלומין אבל לא משים שעבוד נכסים וחיוב תשלומין דרמי עלי' כתב בחידושי הרמב"ן ס"פ גט פשוט משום פריעת בעל חוב מצוה וכדאמר ר"פ פריעת בעל חוב מצוה וכן גבי נזקין איכא מצוה דכתיב בעל הבור ישלם ומחויב לקיים המצוה ועיין שם שכתב דלא נתתינן לנכסי אלא מכין אותו עד שתצא נפשו וכדאי' פ' הכותב אמר לא ניחא לי למעבד מצוה מאי מכין אותו עד שתצא נפשו מי לא תניא לולב אינו עושה כו' ואח"כ כתב דנתתינן נמי לנכסימן אבל לא מטעם שעבוד אלא משום כפי' דכיון שכופין אותו לקיים למה יכופו אותו ע"י הנאה טפי עדיף הכפי' בהורדת הנכסים עיין שם וכן נראה דנתתינן לנכסי אפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאירייתא דבפ' שבועת הדיינין שם מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן א"ב מהיפך שבועה ולמר בר רב אשי דאמר בדאורייתא נמי מפכינן א"ב מיתת נכסים ולר"י דאמר בדרבנן נמי נתתינן לנכסימן כו' ומשמע דמיתת נכסימן הוא אליב' דכ"ע דאם לא כן הוי אמר נמי ולמאן דאמר פריעת ב"ח מצוה דכיון דאפילו מודה לא נתתינן לנכסימן מכ"ש כשאינו רוצה לישבע אע"כ דמיחת נכסימן אליב' דכ"ע וכן משמע מסתימת הפוסקים שכתבו כל הפוסקים בשבועה דאורייתא נחתינן לנכסים ואף על גב דכמה פוסקים ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ואפילו הכי במה דנחתינן לנכסים בשבועה דאורייתא אין חולק ע"כ דכ"ע מודו דנתתינן אלא דאינו בתורת שעבודא למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אלא מתורת כפי' וכמ"ש וז"ל הרמב"ם פ"ז מהל' מתנות עניים מי שאינו רוצה ליתן צדקה או שיתן מעט ממה שראו לו בית דין כופין אותו ומכין אותו מכות מרדות עד שיתן מה שאמדוהו ליתן ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן עיין שם ובר"ן פ' נערה הביא דעת הרשב"א גבי צדקה לא נחתינן לנכסים וראי' מהא דאמרי' במי שהלך לדעת דב"ד יורדין לנכסיו וזנין אשתו אבל לא צדקה ועיין שם בר"ן שהעלה דבפניו יורדין לנכסיו וכמו שכתב הרמב"ם ושלא בפניו אין יורדין לנכסיו עיין שם ולכאורה אין לזה טעם דממה נפשך אם צדקה הוי כמו חוב שלא בפניו נמי ניחת לנכסיו ואם אינו חוב בפניו נמי לא ניחת לנכסיו: ולפי מ"ש בשם הרמב"ן ניחא דודאי צדקה אינו אלא מצוה אבל שעבוד ליכא אלא דאפילו הכי נתתינן לנכסימן ומשום כפי' וכמו בפריעת בעל חוב מצוה וכפי' לא שייך אלא בפניו אבל שלא בפניו לא שייך כפי' לקיים המצוה אבל בהלואה אפילו הוא במד"ה יורדין לנכסיו משום שעבוד נכסים לפי מ"ש הפוסקים שעבוד דאורייתא. ואכתי קשה למה בפריעת בע"ת מצוה וכן בצדקה דהוי נמי מצוה יורדין לנכסיו בפניו ומשום

כפי' לקיים המצוה וגבי ריבית קצוצה כתב בשלחן ערוך י"ד סימן קס"א דמכין אותו עד שתצא נפשו להחזיר הריבית אבל לא נחתינן לנכסימן ואמאי ניחות "נמי לנכסים מתורת כפי' וצריך עיון ולפי מ"ש בסימן ר"צ דגבי צדקה נמי איכא שעבוד נכסים דהוי מלוה הכתובה בתורה ומשום הכי כתב הרמב"ן דנחתינן לנכסי ושלא בפניו דאין יורדין לנכסיו היינו כמ"ש הכסף משנה שם משום דיכול לקיים מצות צדקה באשר הוא שם אבל בריבית גלי קרא דליכא שעבוד נכסים מדכתיב וחי אחיך עמך לדידי' אזהר רחמנא לברי' לא אזהר אלמא דליכא שעבוד דאי הוי שעבד ודאי גם היורשין צריכין לשלם וכיון דליכא שעבוד אינו אלא מצוה ומשום הכי לא נחתיק לנכסיו ועיין שם שכתבנו באורך ואם כן הוא הדין בפריעת בעל חוב מצוה לא נחתיק לנכסימן למאן דאמר שעבוד' לאו דאוריית' ואכתי צריך עיון:

סעיף ב

כשמוחל דבר. עמ"ש בזה בסימן פ"א סעי' כ"ט:

סעיף ג

תוך זמנו. עמ"ש בזה בסימן מ"א סעי' ד' ובסימן קנ"ז סעי' ד':

סעיף ד

הודה בקרקעות. וקשה לי נהי דאין שום חוב בהודאות קרקע מכל מקום כיון דלא אמר להם כתבו ה"ל מפי כתבם ולדעת רש"י ובעל המאור כל שלא נעשה מדעת המתחייב הוי מפי כתבם ומצאתי בחידושי הר"ן פ' ז"ב ז"ל אבל בהודאות קרקע כיון שאין שום הקפדה בדבר ואין שום נזק למי שעשה ההודאה אם העדים יכתבו השטר אנן אמדינן לי' לדעתי' דמודה זה דליכתבי שטרא וניחא לי' ומן הסתם כותבין כאלו הי' מדעת המקנה וצוה לעשות שטר עד כאן לשונו וכ"כ הרשב"א בתשובה משום דאמדינן לדעתי' דניחא לי' ואם כן למדין אנו מדבריהם דהיכא דהוא מוחה בפירוש שלא לכותבו להודאתו אין כותבין כיון דלא ניחא לי' והם כתבו מדעתם הוי מפי כתבם ואפילו העדאת עדים ליכא:

סעיף ה

שבאו לדין. עיין טור שכתב בשם התוספות לענין משעבדי בכל ענין גובה דמעשה בית דין יש לו קול ומיהו הני מילי כשידוע שלא פרע או שהלוה מודה אבל כשטוען פרעתי בכל ענין נאמן ועיין ט"ז שהקשה דהיכי גובה עפ"י הודאת הלוה ניחוש לקנוניא ועיין שם שהעלה דהיינו אחר הודאתו הוא שגובה אם נתברר דלא פרע אח"כ וכגון שא"ל אל תפרעני אלא בעדים וגם בש"ך העלה דאחר הודאתו הוא שגובה ממשעבדי וע"ש. וצריך לדעת למה אינו גובה מלקוחות עפ"י הודאת הלוה משום דחיישינן לקנוניא וגבי

ערב אם טוען הלוה פרעתי אינו גובה מן הערב אבל אם הודה הלוה שלא פרע גובה מן הערב וכמבואר בשלחן ערוך סימן קכ"ט והיאך נאמן הלוה לחוב לערב וניחוש לקנוניא: ונראה דהא דגובה מן הערב בהודאת הלוה ול"ח שמא פרע ולקנוני' משום דהוי ערב כמו א"י אם פרעתיך כיון דודאי נתחייב ואפילו לא ה"ל למידע נמי חייב וכמ"ש בסימן ע"ה עיין שם וממשעבדי דאינו גובה היינו משום דטענינן ללוקח וכמו דאמרינן גבי יורש שטען אינו יודע שמא פרע אבינו כמבואר בסימן ע"ה והא דחלקנו בין ערב ללוקח דללוקח טענינן ולערב לא טענינן הייני משום דא"י אם פרעתיך חייב אפילו לא ה"ל למידע ואם כן הערב שנתחייב הוא עצמו ומסופק בפרעון חייב אבל הלוקח והיורש שלא נתחייב מחמת עצמו כלל אלא נכסים הוא הוא דאשתעב' ולוקח ויורש נכנסו בשעבודו ומשום הכי טענינן ליורש וללוקח שמא פרע וכדחזינן לענין משאי"ל דבעל דבר גופי' אפילו לא ה"ל למידע חייב לדעת הרמב"ם ודעימיה ואפילו הכי יורשין פטורי ומשום דהוי כמו טענת ברי דאנן טענינן אלו אבוהון קיים הוי טעין כך וטענתא דידי' כמו ברי הוא ואם כן הוא הדין לטעון שמא פרע הערב דהוי בעל דבר דנתחייב גופו הו"ל א"י אם פרעתיך ויורש ולוקח דאינהו לא נתחייבו אלא נכסים דנשתעבדו טענינן להו טענ' המוריש והמוכר והוי כמו טענת ברי ואפילו המוכר מודה חיישינן לקנוניא ולכן נראה דהיינו דוקא היכא דמצינו למטען דפרע המוכר קודם שלקחו הלוקח ואם כן הלוקח ברשות ירד ואין עליו שום שעבוד מעולם כיון דכבר פרע המוכר קודם שקנה הלוקח לא טענינן ללוקח שפרע המוכר אח"כ כיון שנכנם ודאי בשעבודו של זה ה"ל א"י אם פרעתיך וכה"ג גבי מוכר שדה והחזיק יום אחד והלוקח שלשה שנים טענינן ללוקח שקנה המוכר קודם שלקחו הלוקח אבל אחר שירד הלוקח לא טענינן שלקחו המוכרו ודו"ק. ואם כן לפ"ז אם הודה הלוה שלא פרע והלוקח קנה תיכף אחר הודאתו תו לא חיישינן שמא פרעו אחר שקנה הלוקח ומשום הכי לא כת' הש"ך דבעינן התרא' אל תחזיר אלא בעדים וסגי בהודאת הלוה לחוד כל דנתברר שלא פרע קודם שקנה הלוקח וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ו

פרעתי נאמן. אבל ממשעבדי גבי מכיעמד בדין וכדאמרינן בש"ס עמד בדין גובה ממשעבדי ונסתפקתי מאימתי גבי מי נימא תיכף מכי עמד בדין ה"ל קלא וה"ל ללקוחות ליזהר שלא לקנות שעה אחר זה או נימא דאינו גובה אלא מיום מחרתו כמו בשטר ולכאורה נראה כיון דגבי שטר היכא דכותבין שעות גובה משעות אלא היכא דאין כותבין שעות רק יום אינו גובה אלא ממחרתו וכאן גבי עמד בדין מאי אולמי' דיום משעה וכי

אזלת בתר העמדה בדין ואית ליה קלא אם כן תיכף ה"ל קלא וגובה משעה שאח"כ כמו בשט' במקו' שכותבין שעות: **אמנם** לפמ"ש מוהרי"ן לב בשם הר"ר ישעי' מטארני דהא דהעמדה בדין הוי כשטר היינו דוקא כששואל המלוה לכתוב דאז סתם קנין לכתיבה עומד והוי כאלו נכתב אבל אם אינו שואל לכתוב לא הוי סתמו לכתיבה ועיין ש"ך בסימן ע"ט דבר זה ואם כן כיון דהטעם משום כתיבה כיון דאין כותבין שעות אינו גובה משעות. ועיין בס"פ ג"פ בהא דאמרי רב ושמואל מלוה על פה אינו גובה מיורשין ופריך מהא דתנן החופ' בור ברשות הרבים ונפל עליו שור והרגו פטור ולא עוד אלא שאם מת השור יורשי בעל הבור חייבין לשלם דמי שור לבעליו אמר ר"א אמ"ר כשעמד בדין והא הרגו קתני אמר ר"א ב"א שעשאו טריפה והא אמר ר"נ תני תנא מת וקברו התם דיתבי דייני אפומי' דבירא וחייבוהו ועיין שם בתוספות דלא תיקנו לגבות מיורשין למאן דאמר מלוה על פה אינו גובה מיורשין אלא היכא דגובה מלקוחות עיין שם ואם כן כיון דאינו גובה מלקוחות שקנו בו ביום שהעמידו בדין ה"ה נמי אם מת בו ביום שעמד בדין אינו גובה מיורשין ואח"כ כי עמד בדין מאי הוה כיון דמת תיכף אע"כ מוכח מזה דעמד בדין גובה משעות ונ"ל בזה קושיות תוספות שם ז"ל ותימא אמאי תני ר"נ וקברו מאחר דפרשיק לה הכי כשעמד בדין וס"ל אינו גובה מיורשין ואמר ר"י דקא משמע לן היא גופ' אף על גב דקרב זה החופר למית' כו' ומועיל דין שדנים שם ול"א גברא קטילא דייני עיין שם ולפמ"ש טובא קא משמע לן אף על גב דמת בו ביום וקברו וכה"ג בשטר אינו גובה ממשעבדי אלא מיום מחרתו וממיל' אינו גובה מיורשין שמת המוריש ביום הלואה למאן דאמר אינו גובה מיורשין כיון דאינו גובה מלקוחות אינו גובה מיורשין אפילו הכי עמד בדין עדיפא וגובה מלקוחות משעות ואף על גב דמת בו ביום ממילא גובה מיורשין כיון דגם מלקוחות גובה בו ביום ועיין בפרק קמא דב"ק ד' ת' גבי מכרן לא' כולן נכנסו תחת הבעלים ואכתי צריך עיון:

סעיף ז

שיש בו קנין. כתב הרא"ש בפרק קמא דמציעא גבי שובר בזמנו טריף ואף על גב דלא מטי לידי' והיינו משו' דמחלק הרי"ף בין מכר ומתנה לשעבוד דל"א עבז"ל אלא גבי שעבוד אבל לא במכר ומתנה ולהכי צ"ל דגבי שובר לא בעינן מטא לידי' ע"ש: ודברי הרי"ף תמוה מאד במ"ש ואף על גב דלא מטא לידי' דהא שם בברייתא תני בהדיא אין האשה מודה לא יחזיר ועוד דתנן במשנה להדיא דייתקי מתנ' ושוברין לא יחזי' שמא כחובין היו ונמלך עליהם שלא ליתנם ולדעת הרי"ף גבי שובר כי נמלך מאי הוי וכבר התפלא בזה הש"ך. תו קשה לפי שיטת הרי"ף דבדבר שהוא ת"י לא בעי מטא לידי'

הא דאמרינן בפרק קמא דמציעא דף י"ט גבי מצא שחרור בזמן שהרב מודה יחזיר אין הרב מודה לא יחזיר ופריך וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואזיל עבדא וקנה נכסים מניסן ועד תשרי ואזל הרב וזבנינהו ומפיק לי' לשחרור דכתב בניסן וטריף לקוחות שלא כדין הניחא למאן דאמר זכות הוא לעבד וכאביי דאמר עבז"ל כו' ואם כן אין הרב מודה נמי יחזיר כיון דעבז"ל בדבר שהוא תחת ידו ולא בעי מטי לידיו וא"ל לא מיקרי דבר שהוא תחת ידו וכמו שאמרו בפרק קמא דקידושין ולימא לי' באפי תרי זיל אמר רבא ש"מ עבד עברי גופו קנוי ומכ"ש עבד כנעני ואם כן לא הוי כמחילה אלא כמו מכירה וצריך שיבא לידו השחרור דאם כן הרב מודה נמי לא יחזיר כיון דלשיטת הרי"ף ל"א עבז"ל אלא בשעבוד אבל לא במכר ומתנה ועיין ש"ך שהרגיש בזה גם כן עוד הקשה בש"ך לשיטת הרא"ש דמחלק בין שעבוד למכר אם כן אכתי תיקשי לאביי ניחוש דטריף מלקוחות שקנו מן המוכר שלא מן המלוה שלא כדין וצ"ל דגם הרא"ש מודה בזה ולא קאמר אלא דאם מכר בתחל' ומכר אח"כ לא זכה הקונה הראשון משעת חתימה אבל מלוה כזה אפילו מכר לאחרים וגם זה דוחק דמלוה יהא עדיף מן הקונה ועוד דמ"מ קשה לאביי מסיפא דמתני' כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו וניחוש שמא טריף מלקוחות שקנו בין התתימה למכירה שלא כדין עד כאן לשונו והנה בישוב קושיות אלו נראה במה שהקשה מסיפא דמתני' כותבין שטר למוכר י"ל דס"ל להרי"ף דמסיפ' לא קשה כלל וניחוש וכן דעת הרמב"ם בפ' כ"ד מהל' מלוה דבהלואה אין כותבין אלא בשטר הקנאה ושטר מכר כותבין וכמ"ש שם הרב המגיד בטעמו ועיין בית יוסף סימן רל"ח. ומ"ש הש"ך להקשות דניחוש שמא טריף מלקוחות שקנו מן המוכר שלוה מן המלו' כו' ודוחק דמלוה יהא עדיף מן הקונה למעיין היטב אין זה דוחק אלא עיקר טעמא דלא מהני עבדל במכר ומתנה היינו משום דכיון דמכר לזה ואח"כ קודם שנתן לו השטר חזר ונתן או מכר לאחר הרי חזר מן הראשון ותו לא מהני שטר הראשון אבל בשטר הלואה בין לוה אח"כ מאחר בין מכר אח"כ נכסים אין זה חזרה לשט"ח הראשון שנתן להמלוה וכד.קאי קאי דעדיין יכול הוא לפרוע אח"כ במה שיש לו או במה דיקנה אח"כ וירויח וכיון דאין כאן חזרה לשט"ח ממילא השער הראשון בתוקפו ואמרינן בי' עבז"ל וז"ב. אח"כ מצאתי בחידושי הגאון מוהר"ב אשכנזי שם גבי שובר בזמנו טריף ודל כתוב בתוספות ואע"פ ששטר מכירה נמסר קודם וכו' מה שפי' תוספות כאן יותר מלעיל גבי כותבין שטר ללוה דאמר אביי עלה עבז"ל אפילו קנו לקוחות קודם משום דהכי קשיא טפי דהוי לן למימר אי מכרה קודם אז כבר פקע כחה והוי שובר דילה כמאן דליתי' אבל לעיל אפילו מכר בנתיים מכל מקום השט"ח לא בטל עד כאן לשונו

וזה כוונת הרא"ש בשיטת הרי"ף דמשום הכי לא ס"ל במכר ומתנה עבז"ל משום דכבר פקע כח המכר הראשון במה שחזר ונתן ומכר לאחר ומשום הכי צריך לפרש דבשובר בעי מטא לידי' ולא מהני תו חזרה דידה: ובזה ניחא מה דקשיא מסוגיא דמצא שטר שחרור דכיון דשחרור ע"כ לא הוי דבר שהוא ת"י דאם כן אין הרב מודה נמי יחזיר ועוד דעבד כנעני ודאי גופו קנוי ואין זה דינו כמו מחילה אלא כמו מכר והא דאמרינן עבז"ל כשהרב מודה ולא אמרינן דהוי דינו כמו מכר דלא מהני בי' עבז"ל היינו משום דכד דייקית בלשון הש"ס שם דפריך ודלמא כתב ליתן בניסן וכו' ואזיל עבדא וקנה נכסים ואזל הרב וזבנינהו ולא פריך דלמא בין ניסן לתשרי מכר הרב אותו העבד לאחר וטריף העבד מלקוחות שלא כדין ע"כ משמע דלא חיישינן לזה דלא שכיחא וקלא אית לי' ולהאי חששא דאזל עבדא וקנה נכסים והרב זביננהו מניסן ועד תשרי בזה שפיר שייך עבז"ל דאף על גב דגבי מכר ומתנה לא אמרינן עבז"ל היינו משום דהוי חזרה בנתיים במה שנתן לאחר הוי חזרה לראשון ונתבטל שטר הראשון אבל הרב דזבין נכסים של העבד אין זה מיקרי חזרה לגוף השחרור דבשחרור אינו כותב אלא הרי את בן חורין ואף על גב דודאי ממילא הוי חזרה לשחרור כיון דמוכר את הנכסים של העבד מכל מקום לענין עבז"ל לא נתבטל שטר הראשון אלא כשהי' חזרה בפועל מגוף. שטר הראשון דהא גבי לוה ולוה אמרו בש"ס פ' מי שמת דלשני משתעבד משום דהוי חזרה ובדאקני מהני חזרה וכמו שכתב הרשב"א ועיין בשלחן ערוך סימן קי"ב ואפילו הכי כאן לענין עבז"ל לא חשבינן לי' לחזרה שיתבטל שטר חוב הראשון וע"כ לעולם אמרינן עבז"ל היכא דיכולין להיות על כל פנים שניהם שטר הראשון וגם השני כיון דליכא חזרה בפועל ובעינן מעשה מוכיח לבטל ואם כן הוא הדין בזה שכתב שחרור לעבדו ואח"כ זבין הנכסים של העבד אין זה מכח חזרה מן העבד כיון שלא מכר את העבד וכיון דאמרינן עבז"ל למפרע אם כן ממילא מוציא העבד את הנכסים מיד הלקוחות כיון שלא נתבטל שחרורו ובעיקר הקושיא שהקשה הש"ך משוברין דלא יחזיר נראה לפי מ"ש בשיטה מקובצת גבי שובר בזמנו טריף עבז"ל וז"ל פי' ומיירי כשהשובר הזה כעין שטר מקנה שאומר לו חוב פ' מכור לך בשטר זה אבל בשוברין שלנו שהוא מוחל או מודה לו ואין השטר אלא לראי' בעלמא אפילו רבא מודה דמשעה שמחל והודה נפסד הלה וזה פשוט הריטב"א ז"ל עד כאן לשונו. ומבואר בפ"ב דגיטין דף כ' וכ"א דגבי שטר מקנה בעינן ואקח את ספר המקנה ובעינן שיהי' הנייר משל המקנה ויתן המקנה את הנייר לקונה אבל אם הנייר של הקונה לא זכה עיין שם שהוכיח בש"ס מזקן א' שהלוה בכפר ועיין שם עוד דאם אמר ה"ז גיטיך והנייר שלי אינה מגורשת משום דאותיות פורחו' באויר

ואם כן כיון דמיירי בשובר מקנה ולא לראי' והוא כמו שכתב הריטב"א אם כן ודאי בעינן כל תנאי שער דהיינו שיהיה הנייר משל המקנה ויתן את הנייר אל הקונה ובלאו הכי לא קנה ועמ"ש בסימן ס"ו סעיף קטן כ"ו ולפי זה נהי דבגוף החוב לא בעינן מטא לידי' ומשום דכיון דהיא תחת ידו אמרינן תיכף עבז"ל אמנם בנייר של השובר לא זכה עד דמטי לידי' דבזה לא אמרינן תיכף עבז"ל כיון שאין הנייר תחת יד הלוה ואם בנייר לא זכה ממילא גם בחוב לא זכה דהא אותיות פורחות באויר כיון דהוי כאומר ה"ז גיטיך והנייר שלי דאינה מגורשת וה"ה בשטר מקנה וכמבואר שם בש"ס אלא כיון דבגוף הנייר לא שייך חזרה אמרינן כי מטא לידי' בסוף עבז"ל למפרע דחזרה לא הוי אלא בגוף החוב דנתנה אותו מתחלה לבעל וחזרה ומכרה החוב לאחר אבל בגוף הנייר לא הוי חזרה וכיון דלא הוי חזרה לגוף הנייר אם כן כי מטא ליד הבעל הנייר אמרינן עבז"ל למפרע כאלו הוי הנייר בידו משעת חתימה וכיון דהנייר בידו משעת חתימה ממילא זוכה בחוב שבשובר אף על פי שבחוב הוי חזרה דנתנה לאחר כיון דהחוב ת"י ל"מ חזרה ואם כן כי מטא ליד הבעל הנייר א"ל למפרע את הנייר ובחוב הוא דזוכ' ואף על גב דלא מטא לידי' והיינו שכתב הרי"ף עבז"ל אף על גב דלא מטי לידי' והיינו דהא החוב לא. מעי לידי' דהא. הי' חזרה במכירתה לאחר אבל לקושטא דמלתא בעינן שיבא השובר ליד הבעל משום הנייר דלא הוי תחת ידו ואם זכה בנייר ממילא אינו זכה בחוב שבו כיון דאותיות פורתות באויר ומשום הכי אין האשה מודה לא יחזיר דאין לו בנייר אבל אם האשה מודה יחזיר דהשתא זוכה בנייר דליכא חזרה בנייר ובחוב אף על גב דאיכא חזרה לא מהני כיון שהוא ת"י וה"ט דשוברין לא יחזיר שמא כחובין היו ונמלך וכיון דהנייר לא מעא לידי' ולא זכה בנייר הוי אותיות פורחות באויר והרי"ף דכתב ואף על גב דלא מטי לידי' היינו ליישב גוף החוב היכא זוכה כיון דהוי חזרה ולזה כתב ואף על גב דלא מטא לידי' זוכה בחוב אבל לעולם בעינן מעא כידי' משום הנייר וכמ"ש והוא עצה עמוקה ☜וכל זה כעין שטר מקנ' אבל אם היה שוב' שטר ראי' וכגון שמחל או הוד' זה פשיט' דזוכ' תיכף וכמ"ש בשיט':

סעיף ח

יכול לחזור. ודעת הרמב"ן דאינו יכול לחזור בו דהואיל ונשתעבדו לו נכסי שמעון הרי הוא בחליפי השעבוד נתחייב להלוות לו והרשב"א הביא ראי' דיכול לחזור מהא דאמרינן בפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ז) במלוה ברשות בעלים לחזרה קא מפלגי ואף על גב דכ"ע מודו דנתחייב באונסין תיכף ונשתעבדו נכסי שומר ואפילו הכי יכול לחזור בו דאפילו ליכא שטר נשתעבדו נכסי דשעבודא דאורייתא עוד הביא הש"ך ראי'

מהא דאמר רב הונא השואל קרדום מחבירו בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנה ואף על גב דנתחייב באונסין משעת משיכה ונשתעבדו נכסי שומר ואפילו הכי יכול לחזור בו עיין שם ולכאורה נראה דמי שמכר קרקע והלוקח נתן שטר חוב על הדמים נקנה הקרקע בתורת כסף כמו דאמרינן גבי עבד אלימא דכת' שטר אדמי' היינו כסף ולא פליג הרשב"א אלא דלא הוי משום חליפין במה דנשתעבדו קרקעות דגבי מטלטלין לא מהני כסף אבל שטר חוב לא גרע מכסף ואפילו למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא כיון דנתחייב לשלם. ושוב ראיתי דליתי' דהרשב"א ודאי ס"ל דאפילו בקרקע לא מהני שטר במקום כסף דאמרי' בפרק קמא דקידושין ד' ח' אמר לה התקדשי במנ' והניח לה משכון עלי' אינ' מקודש' מנה אין כאן משכון אין כאן ופי' תוספות והרא"ש משום דהמשכון לא משתעבד אלא אם נתחייב לה תחלה ואז נכסוהי ערבין לי' אבל כל זמן שלא נתחייב אין המשכון משתעבד ואם כן אם נתן לה שטר חוב מהני במקום כסף והרשב"א בחידושיו פי' משום דכיון דלא נתן לה המנה בעין אף על גב דנתחייב לה הרי הוא עדיין גבי' ולא מקרי כסף כיון דאגיד גבי' ומשום הכי לא מהני המשכון כיון דאין המשכון אלא לשעבוד והוא עדיין אגיד בי' ומשום הכי אפילו נותן לה שטר חוב לא מהני במקום כסף כיון דאין הכסף יצא מרשותו ועיין בשלחן ערוך אבן העזר סימן כ"ט וה"ה גבי מכירת קרקע לא הוי כסף וכדאמרינן שם בקידושין גבי זבין אמתא ונתן נסכא ואמרינן פריטי אין כאן נסכא אין כאן והוא נמי מטע' דאגיד גבי' כיון דאינו אלא משכון ואם כן הוא הדין שטר חוב ואם כן לדעת הרשב"א ודאי לא מהני שטר חוב במקום כסף אפילו בקרקע: והא דאמרינן בפרק קמא דקידושין דף ט"ז אלימא דנתן שטר חוב אדמי' היינו כסף ראיתי בתוספות רי"ד ז"ל היינו כסף פי' אדבעית לפרושי מתניחא הכא דאתא לאשמועינן דנפדה בכהאי גוונא ואין האדון יכול לעכב אם כן היינו כסף שבכסף שהוא מקבל עליו יוצא והשטר אינו אלא לראי' בעלמא אלא ודאי אין הדין כן שאין כופין האדון להוציאו עד שיתן לו כסף או שוה כסף עיין שם וכ"כ בריטב"א שם ז"ל מיהו מלוה לאו כסף הוא כלל שהרי קרקע אינו נקנה בו ואינו מחייב מי שפרע במטלטלין וכיון דכן אף אינו מגרע פדיונו במלוה ע"ש: **אמנם** קשה לי טובא במ"ש הרמב"ן שמחויב להלוות לו כיון שזכה בשעבוד ע"י השטר דהא שיטת הרמב"ן גבי נתן לה משכון ואמר לה התקדשי לי בו דאינה מקודשת דהוי משום דאגיד גביה וכשיטת הרשב"א והובא בר"ן פרק קמא דקידושין ואם כן הוא הדין במכר דהא שם גבי אמתא דהניח לה נסכא נמי אמרינן פריטי אין כאן וע"כ הוי נמי משום דאגיד גביה ואם כן אמאי נתחייב המלוה במה שקיבל שטר חוב מה מהני שטר חוב כיון דהלוה אגיד גביה וא"ל דוקא כסף הוא דלא מיקרי אם אגיד

בי' אבל משום חליפין אית בי' אפילו אגיד בי' ומשום הכי כיון דנשתעבדו לו הקרקעות נתחייב בחליפיו את דמיו. להלוות דאם כן בהאי אמתא למה לא קנה האמתא ע"י חליפין נהי דכסף לא הוי הא הוי חליפין ואמה כנענית נקנה בחליפין ועיין בסימן ר"ג בבית יוסף שם דעת הרמב"ן דאפילו פירות נמי עבדי חליפין כשהעריכו זה נגד זה אלא ודאי כמו דכסף לא הוי משום דבעינן שיתן הקונה הכסף ולהוציא מרשותו שלא יהיה אגיד ביה ה"נ חליפין צריך הקונה להוציא החליפין מתחת ידו ושלא יהיה אגיד ביה ואם כן מה מהני שט"ח: ונראה דודאי כסף או חליפין שקונין את הדבר הנקנ' צריך להוציא מרשותו ואם אגיד הקונה בכסף או בחליפין אינו קונה את הדבר הנקנה לו אבל זה שזכה בשעבוד קרקע נתחייב הוא בדמיו והוא אינו משום קנין דהא המחזיק בקרקע שנתחייב בדמיו אינו משום קנין שקונה הכסף ע"י מה שזכה והחזיק בקרקע אלא ממילא נתחייב בדמיו כיון שקנה הקרקע ואם כן הוא הדין הזוכה בשעבוד קרקע נתחייב נמי בדמיו כיון שזכה במקחו דהוא שעבודו והוא אינו משום קנין ואם כן גבי קידושין של אשה וכן גבי אמתא דצריך קנין לגוף האשה והאמתא להוציא הכסף או החליפין מרשותו לקנות על ידו הדבר הנקנה אבל כאן אינו עושה קנין אלא כיון שזכה נתחייב בדמיו ומה לי זכה בגוף הקרקע או בשעבוד סוף סוף מכי זכה במה שזכה נתחייב בדמיו ומשום הכי מחויב להלוות וז"ב: ובזה יתיישב מה שהקשה משואל קרדום דאמרי' בקע בו קנאו לא בקע לא קנאו דהא כבר נשתעבדו נכסי משעת משיכה ולפי מ"ש לא קשה דגבי קרדום צריך קנין לקנות גוף הקרדום ושם ל"ש חיוב כיון דהבטיח קרדום זה ודאי אינו מחויב בקרדום אחרת ודלא כש"ך ואם כן לעשות קנין צריך להוציא הכסף והחליפין מרשותו לגמרי ושט"ח דאגיד בי' אינו עושה קנין לשיטת הרמב"ן וכמ"ש ודו"ק ☜ולפי זה בהאי דמכר צמר שהובא בש"ך בשם המבי"ט לפמ"ש ודאי אין הצמר נקנה אף שנתן שטר חוב דשט"ח אינו עושה קנין כלל וכמ"ש:

סעיף ט

והחזיק במשכון. והוא מתשובת הרשב"א סימן אלף כ"ד הובא בבית יוסף ז"ל האומר כתבו שטר לפ' מחמת שאני ממשכן לו בית בכך וכך וקנו מידו ועד שלא נתן המלוה ללוה את המעות רוצה לחזור בו שהרשות בידו ואע"פ שנכתב השטר מיהו אם זה המלוה ירד למשכונתא וזכה בקרקע לא היה יכול לחזור בו שהרי כבר נתחייב לו במעות עם ירידתו בתוך המשכונתא אבל כשלא זכה עדיין בקרקע לא נתחייב בכלום דאי מחמ' שטר המשכון קרקע אינו נקנ' בשטר לבדו אלא בכסף ושטר עכ"ל: ונראה לענ"ד דהרשב"א לשיטתו דמפרש טעמא דמנה אין כאן משכון אין כאן בפרק קמא דקידושין

משום דהא אגיד גבי' לא הוי כסף אבל להתחייב ע"י משכון מהני ומשום הכי סובר כאן דאם זכה במשכון מחויב להלוות וכמ"ש בסק"ח באורך דאף על גב דלא הוי כסף היכא דאגיד בי' היינו דאינו עושה קנין אבל כאן אינו קנין אלא כיון שזכה בקרקע נתחייב בדמיו להלוות ואינו קונה על ידי המשכון שום דבר אלא שנתחייב הזוכה במה שזכה הן בגוף הקרקע הן במשכון נתחייב הוא בדמיו מה שאין כן גבי אשה דצריך לקנות ע"י הכסף את האשה ואין הכסף עושה קנין כ"ז דאגיד בי' אבל לשיטת התוספות והרא"ש דמפרשי מנה אין כאן משכון אין כאן דאינו מחויב כלל ע"י המשכון אלא אם כן נתחייב תחלה במנה ומבואר בשלחן ערוך סימן ס' סעי' ו' ובסימן ר"ז סעיף ז' ובאבן העזר סימן נ' ולא מהני בטחונות לשידוכין אלא אם כן יאמר זכה בגוף המשכון ואם כן מכיון דלא נתחייב הלוה כלום ע"י המשכון מאי מהני לי' המשכון ואמאי יתחייב להלוות והנה במשכונת קרקע וירד המלוה לאכול בו פירות בנכייתא דאז הוי כמו שכירות בזה שפיר דמי שיתחייב המלוה להלוות כיון שכבר זכה אבל במשכון מטלטלין או משכון קרקע ואינו לפירות אלא משכון על ההלואה בזה ודאי ל"מ לי' המשכון כלל ואם כן לא נתחייב בדמ ו וז"ב ומהתימא שלא התעוררו בזה מפרשי הש"ע:

סימן מ

סעיף א

הוו עלי עדים. בר"פ הנושא אתמר האומר לחבירו חייב אני לך מנה ר"י אמר חייב ור"ל אמר פטור ה"ד אי דא"ל אתם עדי מ"ט דר"ל דפטור אי דלא א"ל אתם עדי מ"ט דר"י דחייב לעולם דלא קאמר אתם עדי והבמ"ע דא"ל חייב אני לך מנה בשטר ר"י אמר חייב אלימא מלתא דשטרא כמאן דא"ל אתם עדי דמי ור"ל אמר פטור לא אלימא מלתא דשטרא ונשנו ונאמרו בזה שלשה שיטות פירש"י שמחייב עתה בשטר שמסרו לו בפני עדים ולא חתם בו רק שכתב בכת"י אני חייב לך מנה בשטר ומיירי בהודאה כו' ור"ת פי' כולה סוגיא בלא הודאה והא דקאמר חייב אני לך מנה בשטר היינו בשטר גמור ורצה להשתעבד ולהתחייב לו מנה בשטר זה בהא פליגי ר"י סובר אלימא מלתא דשטרא לאקנוי בי' בשטר זה כמי שהודה בפני עדים ועיין שם בתוספות שכתבו צ"ל ואין הדמיון טוב אלא איידי דנקט לעיל דא"ל אתם עדי נקט נמי הכא כמאן דא"ל אתם עדי ואין לתמו' היאך משתעבד בשטר זה הא אין מטלטלי נקנין בשטר די"ל הואיל וטרח לכתוב שטר גמר ומשעבד נפשי' וע"ש. והרי"ף והרמב"ם פי' דמיירי דא"ל כן בעל פה חייב אני לך מנה בשטר ואלימא מלתא דשטרא כמאן דא"ל אתם עדי הואיל ואמר תיבת בשטר וחייב

לשלם אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו כמו שמשתעב' הערב וכבר נתקשו בדברי הרמב"ם כל האחרונים דאיך מתחייב בדיבור בעלמ' בלא קנין ובלא שטר ועיין בר"ן הקש' וז"ל דהא בערב נמי בעי קנין או מתן מעות ובההיא הנאה דקא מהימן לי' ובפ' הזהב אמרינן גבי שומר קרקעות בשקנו מידו וכן בפ' השואל גבי מתנה ש"ח להיות כשואל פריך במאי בדברים ואיצטריך לפרוקי בההיא הנאה דקא מהימן ליה אלמא בדברים בעלמא לא נתחייב ונראה לענ"ד דודאי בדברי' בעלמא לא נתחייב וכדמוכח מהני ראיות שהביא הר"ן אבל טעמא דהרמב"ם משום אודיתא הוי דאפילו חפץ יוכל להקנות באודיתא וכמה שכתבו תוספות בפ' מ"ש גבי אודיתא דאיסור גיורא דהוי קנין בין בבריא בין בשכ"מ והוא קנין מעליא אע"פ ששניהם יודעין והעדים יודעין שזה החפץ או הקרקע אינו של פ' קונה הוא אותו באודיתא של הנותן כמו שקונה במשיכה וכסף וקנין אודיתא מבואר אצלינו באורך בסימן קצ"ה עיין שם ולהכי נמי בזה שמודה שחייב לפ' מנה אע"פ שאינו חייב זכה בו חבירו משום אודיתא כאלו נעשה בקנין ובשטר ונחזיק טובה לרבינו הגדול בעל כ"מ שירד לאמיתו של דבר וז"ל כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפ' מנה וכו' זה נלמד מדאמרינן פ' מ"ש דף קמ"ט ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא עד כאן לשונו וכן מצאתי כתוב בנימוקי יוסף פ' מ"ש ז"ל אמר המחבר מהא דלודי איסור כתבו חכמי פורבנצי' והריטב"א בשם רבו ז"ל דכל שמחייב עצמו בלשון הודאה אף על גב דידעינן דלא הוי מחויב ליה מעיקרא הוא מחייב כ"כ בפ'. הנושא הריטב"א ז"ל עד כאן לשונו ואם כן דעת הרמב"ם נמי אינו אלא משום קנין אודיתא וכמ"ש בכסף משנה שם פי"א מהל' מכירה: ובזה יאיר לך נתיבות השלחן ערוך דכאן העלה כדעת הרמב"ם ובסימן ס' כתב בסעי' ו' ז"ל המחייב עצמו בדבר שלא בל"ע חייב אף על גב דאין אדם מקנה דשלבל"ע כו' אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפ' בכך וכך חייב והוא שקנו מידו ע"כ והוא לכאורה תמוה דהא דעת הרמב"ם דבחיוב אין צריך קנין אלא מתחייב בדיבור בעלמא וכבר הניח בש"ך דבר זה שם ב צריך עיון. ולפי מ"ש דודאי חיוב בעי קנין כמו כל המשאות והמתנות דבעי' קנין כל חד כפי קנינו אלא משום דאודיתא הוי קנין בכל הדברי' הנקנין בין בקרקעות בין במטלטלין ולהכי מהני גם בחיוב משום אודיתא ואם כן דוקא כשאומר הוו לי עדים שאני חייב לפ' מנה הרי הודה שהוא חייב ושפיר מתחייב אע"פ ששניהם יודעין שאינו חייב ומשום קנין אודיתא אבל בסימן ס' דאמר הוו לי עדים שאני מתחייב בזה ליכא לשון הודאה אם כן ודאי אינו מתחייב בלא קנין וכה"ג בחפץ נמי אם אמר הוו עלי עדים שזה החפץ של

פ' נקנה הוא לו באודיתא ואם אמר הוו עלי עדים שאני נותן חפץ זה לפ' ודאי לא קנה בלא קנין כיון דאין בזה קנין אודיתא. וניחא בזה הא דמתנה ש"ח להיות כשואל דשם גם כן ליכא לשון הודאה אלא לשון מתחייב כשואל וכן בערב נמי דבעי קנין משום דליכא לשון הודאה אלא לשון מתחייב להבא ונראה דאפילו הערב רוצה לחייב עצמו לאחר מתן מעות בלשון אודיתא וכגון שיאמר הריני מודה בפניכם שאני ערב נמי אפשר דלא מהני כיון דדעת הרמב"ם דערב קודם חיתום שטרות בעי קנין ואף על גב דבשטר ודאי מתחייב אפילו אינו חייב אלא ס"ל להרמב"ם דערב דהוי אסמכתא בעי קנין דוקא ואם כן כי היכא דשטר לא מהני לי' ה"ה אודיתא לא מהני אבל במקום דשטר מהני אודיתא לא גרע. וכל זה ברור והארכנו בזה יען משמע מדברי הש"ך וכל האחרונים טעמא דהרמב"ם דחיוב הוא קל להתחייב בדיבור בעלמא והוא נגד הסברא ונגד כמה סוגיות בש"ס וכן משמע בהא דאמר רב גידל הן הן הדברים הנקנין באמירה ומשמע דשאר דברים אין נקנין אפילו בחיוב ולפי מ"ש הכל ניחא דהרמב"ם לא מיירי אלא מלשון הודאה והוא קנין מעליא כמו שטר דאודיתא הוי קנין: ☜אמנם צריך אתה לדעת דזה הקנין דאודיתא אינו נגמר בלא עדים ואם הודה לו בינו לבינו או אפילו בפני עדים ולא אמר אתם עדי לא מהני כלום ואף על גב דבכל הקנינים לא איברי סהדי אלא לשיקרא היינו משום דהקנין נגמר בפ"ע בלא עדים ולכן לא איברי סהדי אלא לשיקרא אבל קנין אודיתא אף הוא אינו נגמר אלא בפני עדים ולא אמר אתם עדי ובינו לבינו לאו כלום הוא אף על גב דלא טען משטה דלא בעינן טענת השטאה והשבעה אלא בהודה בחוב שחייב אבל אם שניהם יודעים שאינו חייב ואינו זוכה אלא בקנין אודיתא כ"ז שאין האודיתא בפני עדים ובאתם עדי לאו אודיתא ואינו זוכה באודיתא כזו דאודיתא אינו אלא בעדים ואתם עדי וז"ב והארכתי בזה לאפוקי מדברי פני יהושיע בר"פ הנושא דמשמע מיני' דגם בזה לא איברי סהדי אלא לשקרי והוא לשיטתו נמי ס"ל דחיוב הוא קל לחייב עצמו בדיבור בעלמא אמנם לפי מ"ש דהוי משום אודיתא ודאי אינו אודיתא בלא עדים ואתם עדי: ובזה ישבתי קושיות תוספות פ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ו) בהא דתנן היה עומד בגורן ואין בידו מעות אומר לחבירו הרי פירות הללו נתונים לך במתנה וחוזר ואומר הרי הן מחוללין על מעות שיש לי בבית והקשו תוספות דליקני לי' באודיתא המעות כמו שקנה רב מרי מרבא ע"י הודאתו של איסור פ' מי שמת אף על פי שהיינו יודעין שלא היה שלו מתחלה וה"ה בבריא וכו' ולפי מ"ש ניחא דהתוספות כתבו פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ') ד"ה קנין בפני שנים וז"ל אומר ר"ת דלא אתי למעוטי שלא יהא חשוב קנין כשנעשה שלא בפני שנים דהא אמרינן בקידושין לא איברי סהדי אלא לשיקרא

ואמרינן בפ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ו) גבי היה עומד בגורן וכו' ואי אמרת מטבע נקנה בחליפין נקני' ניהלי' אגב סודר ואי לא חשיב קנין בלא עדים לישני דליכא עדים ע"כ ואם כן כיון דאודיתא אינו קנין בלא עדים אם כן לא קשה ליקני באודיתא דמצינו לומר דמיירי דליכא עדים וכמה שכתבו תוספות ועמ"ש עוד מקנין אודיתא בסימן קצ"ה:

סעיף ב

מנה בשטר. עמ"ש בסימן ע"ט סעי' ה' ובסימן פ"א סעיף י"ט:

סעיף ג

למלוה בפני עדים עמ"ש בסימן נ"א סעיף ז':

סימן מא

סעיף א

החוב לזמן. כ"כ הרמב"ם בפ' כ"ג מהל' מלוה והראב"ד השיג וכתב שזהו תימא מאחר שהוא תוך זמנו למה לא יגבה ויכתוב שובר גם בפ' י"ד כתב הראב"ד על דברי הרמב"ם אין זה מחוור ומלובן ובשבועה מיהא יטול והרב המגיד האריך לתמוה על הראב"ד וכתב שכל הסוגיו' פרק קמא דמציעא והמשניות מוכיחות דאפילו תוך זמנו אין מחזירין שטר שנפל כו' עד שאני תמה למה תלה הרמב"ם דין זה בהוראות רבותיו ואין להתעקש ולומר דדון נפילה אינו תוך זמנו שראיות מוכיחות יש בש"ס דאפילו בתוך זמנו הוא ע"ש. ובג"ת שער כ"א כתב דטובא קמשמע לן הוראת רבותי' אפילו תוך זמנו ומשום דבש"ס אינו מוכח תוך זמנו די"ל דנפל לאחר זמנו ועיין שם ובש"ך האריך להשיג והביא הראיות המוכיחות דמיירי אפילו תוך זמנו עיין שם אלא דבכל ראיותיו איני מכיר אלא הראי' שהביא מפ"ק דמציעא בסוגי' דשנים אדוקים בשטר דף ז' דפריך בהא דתני גבי שטר שנפל ר' יוסי אומר הרי הוא בחזקתו ולא חייש ר' יוסי לפרעון והתניא מצא שטר כתובה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה לא יחזיר ר' יוסי אומר עודה תחת בעלה יחזיר ומשמע דלרבנן דחיישי לפרעון ניחא ואפילו בכתובה דהוא תוך זמנו דלא ניתנה כתובה לגבו' מחיים כ"ש בשט"ח וע"כ ל"פ אלא בכתובה דלא ניתנה לגבות כלל מחיים אבל בשטר תוך זמנו לא פליגי ועיין שם בש"ך שהעלה דגם הראב"ד מודה בשטר שנפל אפילו תוך זמנו חיישינן לפרעון ואינו משיג על הרמב"ם אלא במ"ש פי"ד והרי העדים קיימים וכו' ובזה משיג דכיון שהעדי' קיימים אם כן דל שטרא מהכא לא יהא אלא מלוה חבירו בעדים דאינו נאמן לומר פרעתי תוך זמנו וכל הסוגיות דפרק קמא דמציעא לא מיירי אלא דאיתרע שטרע היכא שאין עדים לפנינו שמעידים על ההלואה

ועל הזמן ולא בא לזכות אלא מכח השטר ועיין שם ולא אתברר לנא דברי הש"ך דמה לי אם העדים עומדים לפנינו מגידים בע"פ או שאנו רואים את ההלוואה והזמן מתוך השטר דהא השטר לא נפסל אלא דחיישינן לפרעון ואם כן הרי אנו רואין הלוואה והזמן שודאי אמת ואפילו הכי חששו בו לפרעון מחמת ריעותא דנפילה אם כן אם העדים העידו בע"פ נמי ניחוש ועוד ממקומו הוא מוכרע דהא תני עודה תחת בעלה ואם כן הרי אנן סהדי על הכתובה והזמן שעודה תחת בעלה ואפילו לית לה כתובה כלל גובה משום תנאי בית דין דהטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום ואפילו ממשעבדי אע"כ ריעותא דנפילה מרע לחזקה דתוך זמנו ולמעשה בית דין שהוא לפנינו ואם כן הוא הדין לעדים שבע"פ דלא מהני: אבל לי נראה דמעיקרא לא קשה דמצינו לומר דתוך זמנו לא חיישינן לפרעון. והא דגבי כתובה חיישינן לפרעון אפילו עודה תחת בעלה דהוא ודאי תוך זמנו היינו משום דגבי כתובה לא מהני כלל חזקה דתוך זמנו דהא קיימא לן דתוך זמנו נפרע שלא בשבועה ואפילו מיתומים והקשה באשר"י פרק קמא דבתרא וז"ל וא"ת והא אשכחן גבי אלמנה דחיישינן לצררי אפילו בתוך זמנו דתנן אין האלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה וטעמא משום צררי אף על פי שלא הגיע הזמן דהא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים י"ל דשאני אלמנה כיון דבתנאי בית דין אית לה חיישינן לצררי אפילו בתוך זמן כדאמרינן פ' הנושא בנות כיון דבתנאי בית דין קא אכלי אימר צררי אתפסינהו וכ"כ תוספות שם ובפ' השולח ע"ש. ואם כן לפי זה גבי כתובה לא שייך כלל דין דתוך זמנו כיון דחיישינן לצררי גבי כתובה אבל בשאר מלוה דלא חיישינן לצררי וכמ"ש אשר"י שם דכי היכי דלא פרע אינש גו זימני' ה"נ לא מתפס צררי והא דאשה גובה בכתובתה לאו משום חזקה דתוך זמנו דחזקה ליתי' דחיישין לצררי אלא משום שטרא דנקט או מעשה בית דין דהוי כמאן דנקט שטרא וכיון דאינו אלא משום שטר ונפילה מרע לשטרא להכי אינו גובה אפילו עודה תחת בעלה לרבנן אבל בהלואה דחזקה דתוך זמנו מועיל מצינו לומר דנפילה לא מרע לחזקה דתוך זמנו דאם אמרו בשטר לא אמרו בחזקה דתוך זמנו דאלים טובא דגובה אפילו מיתומים קטנים ומשום הכי דוקא בכתובה פליגי רבנן ור' יוסי אבל בעלמא מודה רבנן דתוך זמנו גובה ואף על גב דמוהרש"ך כתב בח"ג סימן מ"א בכתובה שחתם בה הבעל בלא עדים דגובה מן היורשין כל שהוחזק כת"י ולא טענינן ליתמי פרוע משום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עיין שם אלמא ס"ל גם גבי כתובה דין דתוך זמנו וצריך לומר לדבריו אף על גב דשבועה בעי ובעלמא תוך זמנו א"צ שבועה היינו משום חשש צררי הצריכוה שבועה אבל בשבוע' על כל פנים נסתלק חשש צררי "קאי חזקה דתוך זמנו ואם כן אין האשה

גובה מחמת השטר לחוד אלא גם החזקה דתוך זמנו אית לה אלא דצריכה שבועה אבל אין דברי מוהרש"ך מוכרחין וכבר השיב עליו המשנה למלך פ' י"א מהל' מלוה ז"ל מ"ש מוהרש"ך דכתובה שחתם עלי' הבעל כו' דחזקה לא עביד אינש דפרע גו זימני' והרב גייז לי' כאלו קיבלה מהר סיני ולדעתי יש לדון בדבר הרבה שהרי התוספות הקשו כו' וכיון דלענין שבועה פקעה החזקה דריש לקיש גבי כתובות אשה ה"ה לענין פרעון ונשאר ככת"י דעלמא עד כאן לשונו ועיין שם במ"ל שכ' דסמוך למיתה אתפס לה צררי אבל הוא תליא במחלוקת הפוסקים ובשני תירוצים שבתוספות ודעת כמה פוסקי' דאפילו מת פתאום נמי חיישינן לצררי ואם כן לא קשה מידי מכתובה על דברי הראב"ד וגם הרמב"ם הוכרח להביא דין המחודש הזה בשם רבותיו משום דגבי כתיבת אשה פקעה חזקה דתוך זמנו לגמרי וכן משמע מלשון הש"ס שם דאמרו ר' יוסי לדבריה' דרבנן קאמר כו' אלא לדידכו אודי לי מיהת בעודה תחת בעלה דיחזיר לאשה דלאו בת פרעון ואמרי לי' רבנן אימר צררי אתפסימן ועיין שם ולמה הוצרכו רבנן לצררי הא נהי דעודה תחת בעלה לאו בת פרעון מכל מקום בנפילה מרע לכל החזקות והשטרות ולדברי הראב"ד ניחא דתוך זמנו לא מרע ולכך קאמר ר' יוסי אודי לי מיהת בעודה תחת בעל' דלאו בת פרעון וקאמרי לי' רבנן בכתובה לא שייך חזקה דתוך זמן דאימר צררי אתפסימן אבל בהלוואה דליכא למיחש לצררי וכמ"ש באשר"י גם רבק מודה דיחזיר ויש ליישב לדעת הרמב"ם וק"ל:

סעיף ב

אם טען הלוה פרעתיך. כתב הטור אבד שטרו ותבע את הלוה בבית דין ואמר להד"ם ועדים מעידים שלוה וכתבו שטר למלוה הוחזק כפרן ושוב אינו נאמן לומר פרעתי. והוא מש"ס פרק קמא דמציעא דף ט"ז שבתי ברי' דר' מרינום כתב איצטלא דמלתא לכלתי' בכתובתה וקיבלה עלי' ואירכס כתובתה א"ל להד"מ אתו סהדי אסהידו בי' דכתב לה א"ל ר' חייא זיל הב לה הדר אמר פרעתי א"ל ר' תייא הוחזקת כפרן לאותה איצטלא זיל שלים וכתב הבית יוסף שם ופשוט הוא שדין הכתובה ודין השטרות שוין בדין זה עיין שם ועמ"ש בסימן ס"ה סעי' ו' ולפי מ"ש שם בשם חידושי הגאון מוהר"ב אשכנזי ליכא ראי' מהאי ועיין שם שהעליתי לפי דעת הטור תרי גווני הוחזק כפרן איכא דהוחזק כפרן שנאמן בטענתו אם יש לו עדים כדבריו וכמבואר בסימן ע"ט אם כן בנפל דאיתרע נאמן בדיבורו בלבד אפילו לית לי' עדים והיכא דאפילו באו עדים כדבריו אינו נאמן וכגון לא לויתי וחזר ואמר פרעתי דכבר הודה דלא פרע בזה גם בנפל אינו נאמן ועיין שם ואיני יודע למה השמיט בשלחן ערוך דין הכתוב בטור היכא דאינו נאמן:

סימן מב

סעיף א

שטר אקנייתא כשר. כ"כ תוספות בפ"ב דגיטין בהא דאמרינן לא הכשיר ר"א אלא בגיטין אבל בשאר שטרות לא והקשו מהא דתני כתב לו על הנייר או על החרם שדי מכורה נתונה לך ה"ז מכורה ונתונה כו' וי"ל דהא דקאמר אבל בשטרות לא היינו בשטרות העומדים לראי' עיין שם וכתב הב"ח בסימן קצ"א על דברי הסמ"ע שכתב שם ז"ל אף על גב דחרם ועלה הוי דבר שיכול לזייף דשטר קנין לא בעינין שיהא ראוי לעמוד ימים רבים אלא לפי שעה וכתב שם הב"ח ומדברי מוהרו"ך נראה דאפילו אינו כת"י דמוכר וגם ליכא עדי מסירה אלא ע"ח כשר בשטר קנין כיון דאינו עומד לימים רבים אלא לפי שעה ולא ידעתי מניין לו זה החילוק ומדברי התוספות בשם רבינו תם מבואר היפך פירושו כדאמרן עד כאן לשונו ובש"ך בס"ק ב' השיג עליו ז"ל ומכאן קשה על ל' ב"ח בסימן קצ"א שהשיג על הסמ"ע שמחלק בכך וכו' והרי דברי הסמ"ע שם הן הן דברי הר"ן ודברי הרב אלו וכן משמע בתוספות קידושין דף ט' ומ"ש התוספות שם דאתי כר"א דאמר ע"מ כרתי היינו דלא בעי מוכח מתוכו ונהי דבגיטין וקידושין קיימא לן דבעינן ע"מ היינו משום דאין דבר שבערוה פחות משנים מה שאין כן במכר ומתנה דהודאות הנותן או המוכר כמאה עדים דמי וכמ"ש התוספות פרק קמא דגיטין דף ד' ואם כן אם מודה שמסרו לו נקנה לו השדה בשטר זה בלא ע"מ וז"ב עיין שם גם בטורי זהב סימן קצ"א כתב שם על דברי הסמ"ע שכן מבואר להדיא סימן מ"ב בהגה בשם הר"ן ובתנם תמה עליו מו"ח ז"ל בספ' ב"ח בזה עיין שם ואחר העיון דברי הבית חדש נכונים והוא דודאי לר' מאיר לא מהני ע"ח בשטרות אפילו בשטר קנין וגיטין וקידושין אם הוא בדבר שיכול להזדייף ומשום דאינו מוכח מתוכו ואפילו ידוע שאין בו שום זיוף עפ"י העדאת נותן ועפ"י העדאת עדים מכל מקום כיון דלר"מ ע"ח כרתי וכל שאינו מוכח מתוך ע"ח הרי הוא כמו שטר שאין בו ע"ח דלאו כלום הוא לר"מ אם אין בו ע"ח וגם אינו כת"י הנותן ומשום הכי אוקמא בפ"ב דגיטין דברי חכמי' דמכשירין בשטר שיוכל לזייף כר"א דאמר ע"מ כרתי אלא דגבי שטר העומד לראי' אפילו לר"א מהני שטר שיוכל להזדייף כיון דיכול לזייף אינו מועיל כי אם עפ"י עדי מסירה שיעידו בע"פ שאין בו זיוף ובשטר ראי' בעינן למען יעמדו ימים רבים אבל בשטר קנין דהוא לשעתו מהני דבר שיוכל לזייף עפ"י ע"מ וכ"ז נתבאר שם מתוך הסוגי' ואם כן ממילא נשמע לר"א היכי דליכא ע"מ אלא ע"ח בלבד ידאי לא מהני ומדר"מ נשמע לר"א היכא דליכא ע"מ כיון דאין בו ע"מ אין זה שטר כלל דהא ע"מ לא מהני לי' כיון דיכול לזייף אינו מוכח מתוכו וע"מ לא

הי' שם ואי משום הודאת נותן שיהי' במקום ע"מ זה ודאי ליתי' דאם כן אף אנו נאמ' שטר שכ' בכת"י אחר ואין בו ע"ת ונתנו לו בינו לבינו זה הנייר אע"פ שמוד' שנתנו ודאי ל"מ דמה זו הודאה שנתן לו נייר כתוב כת"י אחר וכיון דזה ודאי אא"ל לר"א דאם נתן נייר וכתוב עליו שטר בכת"י אחר בלי ע"ח וע"מ דמהני בזה וכמבואר בש"ס ופוסקים הרבה פעמים דכה"ג ודאי ל"מ ואם כן הוא הדין זה שחתם עליו ע"ח אם הוא דבר שיכול לזייף הני ע"ח כמאן דליתא ואם כן ודאי ל"מ ומ"ש התוספות בפרק קמא דגיטין דף ד' דהודאות הנותן או המוכר סגי היינו דל"ב ע"מ לר"א אבל ע"ח ודאי בעי וז"ל התוספות וכן שטר מתנת קרקע או שטר מכר שהוא לקנין קרקע ואינו לראי' אינו מועיל כלום לר"א אם ידוע שלא נתנו בפני עדים מיהו יש לחלק דלענין ממון דמהני הודאת בעל דין כמאה עדים סגי בעל חוב במקום הודאת בעל דין אבל בגיטין וקידושין לא מהני הודאת בעל דין משום דמחייב לאחריני עיין שם ומבואר דע"ת הוא במקום הודאת נותן אבל היכא דליכא ע"ח ונתנו לו שטר בכת"י אחר בינו לבינו אפילו מודה לפנינו שנתן לו זה לא מהני ולא כלום וכמו שכתב הרב המגיד בפי"א מהל' מלוה ואם הי' כת"י אחר ונתנו בינו לבינו ודאי לאו כלום הוא עד כאן לשונו ואם כן היכא שיוכל לזייף דע"ח לא מהני גם הודאת נותן ליכא דהודאת נותן ליכא אלא היכא דאיכא ע"ת וכ"כ תוספות פרק קמא דגיטין דף י' ד"ה חספא בעלמא ז"ל ה"נ פסליק בשטרי מתנה ולא תיקנו חכמים להאמינם אלא בשטרי מלוה ומכר שהן לראי' ואין נעשה עפ"י עדותן שום קנין אבל שטר מתנה אין כשר לקנות בו מדאורייתא אלא אם כן יש עדים כשרים בשעת מסירה אפילו אם נאמר שטר מתנה שחתמו בו ישראל כשר לתנות בו בלא ע"מ היינו משום שידוע ע"י ע"ח שהן כשרין מן התורה שבא השטר מיד הנותן ליד המקבל וכן כשר בהודאות נותן שהוא כמאה עדים אבל בשטר שחתומין בו נכרים שאין בו לא ע"ח ולא ע"מ שכשרין להעיד ולא הודאת בעל דין לא חשיב שטר לקנות על ידו עד כאן לשונו ומבואר להדיא דלא שייך הודא' נותן כי אם בעל חוב והיינו משום דגם ר"א מודה דנגמר הדבר בעידי חתימה והא דמצריך בגיטין וקידושין עידי מסיר' היינו משום דאין דבר שבערוה פחות משני' וכמ"ש רש"י בפ"ב דגיטין דף כ"ב ד"ה ר"א היא וז"ל דאמר חתימת הגט אינו מן התורה ולא סגי למיתבי' בלא ע"מ דאינהו הוא דעבדי כריתות דע"כ בעינן עדים דילפינן לקמן דף צ' דבר דבר מממון והלכך לא חיישינן דלמא מזייפא דהא אמרן צריך למיקרי' עד כאן לשונו ומשום הכי גבי קנין מכר ומתנה דסגי בינו לבינו ומשום הודאת נותן ולא איברי סהדי אלא לשקרי גם לר"א סגי בעל חוב אבל היכא דליכא ע"ח או פסולין משום דיכול לזייף ל"ש הודאות נותן דנהי דמודה שנתן לו שטר זה בלא ע"ח ל"מ מידי הודאות

נותן כו' היינו מה דהוי הקנין בינו לבינו דאינו מועיל בגיטין וקידושין משום דאין דבר שבערוה פתות משנים ובממונות סגי בינו לבינו דהודאות נותן הוא במקום עדים וה"ל עפ"י שנים עדים יקום דבר דהנותן עומד במקום עדים כיון דהודאת בעל דין כמאה עדים ומשום הכי סגי בעל חוב כמו דסגי קנין כסף בינו לבינו אבל גיטין וקדושין דלא שייך הודאת נותן צריך ע"מ לר"א משום דאין דבר שבערוה פחות משנים דאף על גב דשטר הוי בעל חוב מכל מקום כסף או ביאה דהוי נמי קנין ואפילו הכי צריך דוקא עדים אבל בממון סגי בינו לבינו ומהני שטר בעל חוב כמו כסף וחזקה בינו לבינו אבל אם ע"ח נמי ליכא מאיזו הודא' שייך ולא עדיף שטר בלא ע"ת משטר שחתומין בו נכרים אף על גב דמיהני לראי' מכל מקום קנין ליכא הארכתי בפשוטות ולפי שראיתי רבים מגמגמים בפי' תוספות שכתבו הודאות ולכן פרשתי ועוד כתבנו מזה בסימן קפ"א עיין שם וממילא יצא הדין כדברי הבית חדש בלי שום ספק דאם יכיל לזייף וליכא ע"מ ודאי לאו כלום הוא ומהתימא על התומים דגם הוא כתב דמדברי תוספות פרק קמא דגיטין דף ד' משמע כדברי הש"ך וליתי' דהתוספות לא כתבו אלא היכא דאיכא ע"ת בדבר שאינו יכול לזייף ולא עדיף לר"א מלר' מאיר אלא היכא דאי' ע"מ דלר"מ ל"מ ולר"א אפילו בדבר שיכול לזייף מהני לי' ע"מ אבל בלא ע"מ לא עדיף מלר"מ דאינו מועיל וכן עיקר: ☜ודע כי הר"ן יש לו שיטה אחרת בהא דסגי במכר ומתנה ע"ח בלא ע"מ והוא דר"א מודה דע"ח נמי כרתי ואפילו בגיטין וקידושין אף על גב דליכא ע"מ והוא שיטת הרי"ף והרמב"ם וז"ל ומיהו מה דמודה ר"א דע"ח מהני היינו משום דס"ל שהמסירה כורתת כל שיש עדי' בדבר בין שהם מעידים על המסירה עצמה או על גוף הדבר ומעתה מה שמודה ר"א דגט החתוספות בעדים כורת אע"פ שלא נתן בע"מ כמו שמוכיחות כלאותן הראיות לאו משום דס"ל דע"ת כרתי אלא שהמסיר' כורתת כיון שיש עדים על עיקר הדבר דה"ל ע"ת כע"מ שהרי הגט יוצא מת"י בעדי' הללו ובידוע שהבעל מסר' לו ונמצא כאלו הן עצמן מעידי'על המסיר' עיין שם בפ' המגרש ואם כן לפ"ז כיון דאתינן עלה מתורת עדי מסירה דאנן סהדי שמסר לו הבעל [כ]דין אם כן אם יוכל לזייף נמי כיון שידוע המסירה אע"פ שאין ידוע לנו מה כתב בו כיוו דיכול לזייף משום זה לא מיפסל דאע"פ שאמר ע"מ צריכי למקריי' היינו לכתחלה אבל בדיעבד אפילו לא קראוהו כשר כל שראו המסירה מידו ליד' וכמבואר בתוספות פרק המביא דף י"ט ד"ה צריכי למקדיי' ועיין שם באשר"י ובר"ן ואם כן ה"נ ביכול להזדייף אם ידוע לנו המסירה אף על פי שאינו ידוע מה כתוב בו כשר אלא דכיון דיכול לזייף גם המסירה אינו ידוע לנו שבא מיד הנותן למקבל דהא אפשר הי' כתוב שם איזה דבר מאיש אחר וזייף וכתב מה דכתוב ואם כן ודאי לא מהני

אלא דאם חתום בחתם יד הנותן דאז ודאי ידוע שבא הדבר מיד הנותן ליד המקבל אלא שאינו ידוע לנו מה כתוב בו מכל מקום כשר בשטר כיון דידוע לנו המסירה וה"ל כמו מסר לה בפני עדים ולא קראוהו דכשר וכמ"ש ואפשר דכיון דכשר לשטר קנין וכמ"ש אם כן אפילו בעל דין מכחישו וטען שהי' כתוב בו דבר אחר וזייף וכתב לא הוי טענה דלא גרע מחתימה חלקה דכתב בסמ"ע סימן מ"ז דגובה בו משום דהאמין ואם כן במסר לו חרס וחתם עליו אפילו הי' שם כתוב דבר אחר האמינו כיון דיכול למוחקו ולעשות שטר עליו אבל לר"מ דס"ל ע"ח כרתי ואם כן לעולם פסול משום דאינו מוכח מתוכו לא שייך האמינו כיון דכל מה שיכתוב אינו מוכח מתוכו אבל לר"א דס"ל ע"מ כרתי ומועיל בו ע"ח משום תורת ע"מ כיון דאנן סהדי שמידו בא לידה ואם כן בכת"י שחתם עליו דידוע המסירה כשר אפילו אין יודעין מה כתוב בו אם כן מהני נמי לראי' ואין הבעל דין נאמן לומר דבר אחר הי' שם כתוב משום דהאמינו וכמ"ש. וניחא בזה ליישב דברי התוספות שכתבו בפ"ב דכתובות דהך שמעתא דליכא למיחש אתספא לא אתי' כר"א ועיין בש"ך שתמהו בזה כל האחרונים הא אפילו לר"א מצי אמר דבר אחר הי' שם וזייף וכתב שטר קנין ולפי מ"ש ניחא דאינו נאמן בכך והמוציא הוא דנאמן ומשום דלא גרע מחתימה חלקה ודו"ק ואולי התוספות בפרק ב' דכתובות ס"ל טעמא דמהני ע"ח משום דאנן במקום ע"מ כיון שידוע שמסר לה וכמו שכתב הר"ן ואם כן כת"י כשר אבל לפי מ"ש תוספות בפרק קמא דגיטין טעמא דמהני ע"ת בשערות לר"א היינו משום הודאת נותן וכבר כתבנו דהודאת נותן לא הוי אלא היכא דיש ע"ח ואם כן ביכול לזייף דליכא ע"ח לא מהני כלל כל שמוסרו בינו לבינו ואפילו חתם ידו נמי ל"מ בינו לבינו כל שיכול לזייף כיון דאינו מוכח מתוכו ליכא ני"ח וליכא הודאת נותן ולא מהני אלא שיכתוב בכתב ידו ממש כל השטר דאז ליכא זיוף והב"ח שכתב בסימן קצ"א דבכת"י כשר אינו חתם ידו אלא כ"י ממש ואפשר דאפילו לפי' תוספות בפרק קמא דגיטין דף ד' נמי חתם ידו כשר בדבר שיכול לזייף ומטעמא שכתבנו דכיון דזה ודאי ידוע שבא השטר מיד הנותן ליד המקבל אם כן האמין לו על כל זה שכתוב בו והמעיין בלשון התוספות פרק קמא דגיטין דף י' ד"ה חספא בעלמא העתקנו דבריהם לעיל משמע דהיכ' דידוע ע"י ע"ת שבא מיד הנותן מהני ובחת"י נמי ידוע שבא מיד הנותן אל המקבל והאמין לו על כל דיכתוב עליו וכמו חתימה חלקה אבל בעל חוב בדבר שיכול לזייף ודאי אינו ידוע כלל שבא מיד הנותן ליד המקבל דאפשר הי' שם איזה כתב מאיש אחר ובזה לא שייך הודאת נותן דאינו מודה כלל כיון דאינו ידוע לט מה היה שם ולהכי אפילו מודה עכשיו שלא היה שם זיוף כיון דאינו מוכח מתוכו וכיון דשטרא ליכא איו זה אלא כמודה

שמסר לו חספא והבן היטב: ועיין פ"י שהק' בהא דכ' הרא"ש דהלכ' כר"א בגיטין אבל לא בשטרות מהא דאמרו לענין הוצאת שבת דיפתרא כדי לכתוב עליו את הגט ומשמע דשטרות פסולי והק' דהא אכתי מצי למימר דיפתרא לכתוב עליו שטרי מקנה ועיין שם ולק"מ דכי היכא דאמרינן דשטרי מקנה נכלל בגיטין וכמה שכתבו תוספות גיטין ודדמי לי' שטרי מקנה אבל שטרי ראיה לא ה"ה בזה שאמרו דיפתרא כדי לכתוב עליו הגט היינו גט ודדמי ליה שטרי מקנה אלא הוכחת הרא"ש מדלא אמר סתמא דיפתר' לכתוב עליו שטרות ומשמע דבעי' לאפוקי על כל פנים שטרי ראי' וז"ב:

סעיף ב

שהשטר בטל. עיין מל"מ פט"ו מטוען שמביא בשם מהראנ"ח דכל מלתא דלחזר' קאי אפילו במטלטלין דמוחזק בהן המחזיק וכל ספק דאיתיילד מוקמינן ליה בחזקת בעלים וזה שכתב על ראובן שהוציא שטר על שמעון בסך מה לפרוע בזמרם ידועים ונפל הספק בלשון השטר אם חיוב הלוה לסוף שלשה חדשי' או שלשה שנים ואסיק דכל שהלשון בעצמו מסופק אי איכא תרי לישני דמספקא לן אי תפוס לשון אחרון דייניגן לזכות המלוה דומיא די"ב דינרין לשנה דינר לתדש נתעברה השנה נתעברה למשכיר דקרקע בחזקת בעלים עומדת וה"נ ממון בחזקת בעלים עומד והלו' בא להחזיק מכח תנאו שהאריך לו הזמן עליו הראיה וכתב הרמב"ם הדין מפורש פי"ג ממלוה אמר המלוה היום הגיע הזמן והלוה אומר עדיין יש לי ה' ימים כו' המלוה נאמן מן הטעם ההוא והרב המ"ל השיג עליו דבהדיא כתבו תוספות נגד דברי הרב בפ' השואל גבי מימרא דרבא דקאמר התם האי מאן דאמר לחברי' אושלן מרא למירפק פרדיסא דאי אמר למירפק פרדסי רפיק ואזיל כל פרדיסא דאי"ל והקשו בתוספות דבפ' המוכר אמרינן ארעתא תרי משמע ותירצו דהתם מוכר מוחזק ויד הלוקח על התחתינה והכא יד המשאיל על התתתונה שהשואל מוחזק וכ"ת לא מקרי שואל מוחזק כיון שסופו להחזיר כדאמרינן לעיל גבי קרקע דאפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר לא דמי דהתם הוא קרקע שאינו יכול לשומטו ואזלינן בתר מרא קמא אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתפס השתא היכא דליכא חזקת קרקע כנגדה הרי בהדיא כתבו תוספות נגד דברי הראנ"ח ע"ש. אמנם אני אומר אם דברי החו' בפ' השואל המה נגדו אכתי יש עמוד וסיוע לדברי הראנ"ת מדברי תוספות פ' המוכר דף ס"א ד"ה ארעתא תרתי וז"ל הא דאמר בהשואל האי מאן דמשאיל מרא לחברי' למירפק בי' פרדיסי רפיק בי' כל פרדיסי דאית לי' ולא אמר פרדיסי תרתי משמע התם דרך הוא כו' ויש מפרשים דהתם יד המשאיל על התתתונ' דשואל מוחזק כו' ואין נראה לר"י דהתם נמי הואיל וסופו לחזור לבעלים הוי משאיל מוחזק כדאמר

ר"נ קרקע בחזקת בעלי' עומדת הואיל וסופו לחזור לבעלים ואין לומר דיש לחלק בין קרקע למטלטלין דאין חזקת השוכר חשובה בקרקע כמו במטלטלין וכו' דאין נראה לחלק דהא מיירי התם ר"נ אפילו בא בסוף החודש שנגמרה חזקתו שדר בה אפילו הכי מוקמינין בחזקת בעלים וכן בהמקבל דף ק"י מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש פירות בחזקת אוכליהן ואמאי לא מוקמינן בחזקת בעלים הראשונים אע"פ שהפירות כבר אכלו המלוה אם כן לא הוי טעמא משום דחז"ק גרוע אלא משום דסופו לחזור עד כאן לשונו והרי לפניך ממש כדברי הראנ"ח מדברי ר"י שרוב תוספות הוא ממנו ודברי התוספות שבפ' השואל הוא מבעל תוספות אחר אמנם בעיקר הדין שהעלה הראנ"ח לבבי לא כן ידמה דהא כמה כרכורים כרכרו בזה הפוסקים בשטר שכתב עד הפסח אם מחויב לשלם בפסח ראשון ברשב"א ובאשר"י באו בטענה דאם כן יתבטל השטר לגמרי ובזה לא אמרינן יד בעה"ש על התחתונה ותיפוק לי' דבעל השטר הוי מוחזק כיון דסופו לחזור. ועוד קשה לדברי הראנ"ח דכיון דסופו לחזור הוי המלוה מוחזק אם כן אפילו במלוה על פה נמי אם מחולקים הלוה והמלוה בזמן הפרעון הלוה אומר אחר עשרה ימים והמלוה אומר היום יהיה המלוה נאמן ומדברי הרמב"ם מבואר פי"ג ממלוה דדוקא מלוה בשטר וכן פסק בשלחן ערוך סימן ע"ג במלוה על פה דמחולקין בזמן הפרעון נשבע הלוה היסת ולדברי הראנ"ח צ"ל טעמא דנאמן הלוה במלוה על פה הוי משום מגו דפרעתי או להד"מ אבל לענ"ד נראה דבמלוה על פה אפילו הלוה בעדים וא"ל אל תחזיר אלא בפני פו"פ והספק בזמן הפרעון נמי ישבע הלוה היסת ואפילו לדעת התוספות דהיכא דלחזרה קאי לא הוי מוחזק היינו דוקא בחפץ שהוא דבר ידוע ואמרינן כיון דזה החפץ ודאי סופו לחזור הרי הוא החפץ בחזקת בעלים הראשונים אבל מלוה להוצאה ניתנה אלא דמוטל על הלוה לפרוע מנכסים ואם כן ודאי הלוה מוחזק בנכסיו ומצי אמר אכתי לא הגיע זמנך ליפרע דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואין המלוה מוחזק בנכסי הלוה ואין לו בהם שום תפיסת יד מה שאין כן בחפץ וקרקע שסופו לחזו' לבעלים בעינא ומשום הכי הוכרחו הראשונים לבא בטענה בשטר שכתוב בו עד הפסח דהוי פסח ראשון דלא הוי המלו' מוחזק בנכסי הלוה אף על גב דיצטריך סוף סוף לפרוע וכמ"ש והא דכתב הרמב"ם במלוה בשטר זה אומר היום וזה אומר עדיין יש לי ה' ימים דהמלו' נאמן היינו משום דהכי דינא דמלוה בשטר כאין מפורש בו זמן פרעון דסתמו משמע היום אבל היכא דאיכא ספק בלה"ש ואין השט' מתבטל בכך וכעובדא דהראנ"ח דהא לסוף ג' שנים ודאי מועיל השטר בזה אמרינן יד בעה"ש על התתתונה אף על גב דסופו לחזרה וכדמוכח מכל הני פוסקים שכתבו הטעם דאם כן יתבטל השטר וכמ"ש

אלמא בענין דאינו מתבטל יד בעה"ש על התחתונה ומשום דהבדל יש בין חפץ דהדרא להלואה דלא הדרא בעינא וכמ"ש וז"ב:

סימן מג

סעיף א

בת"י א"צ. עיין ש"ך דאם יש על הלוה עוד שטרות אין לזה דין קדימה דחיישינן לקנוניא ועמ"ש בזה בסימן ס"ט סק"א:

סעיף ב

ואם טען להד"מ. כתב הסמ"ע דהוחזק כפרן ודעת הש"ך דפסול לגמרי ואפילו טוען להד"מ דהשטר חספא בעלמא הוי ע"ש: אמנם אם העדים לפנינו וזוכרין ההלואה וטוען להד"מ ודאי הוחזק כפרן דאף על גב דהשטר פסול לגמרי כיון דהעדים כשרים ודאי לא מיהמן לומר להד"מ והכא דמיירי באופן שהעדים כשרים דאם הקדימו בכוונה ודאי לכולי עלמא השטר פסול וכיון דהעדים כשרים אם כן ודאי כשטוען להד"מ והעדים זוכרין בע"פ הרי הוא הוחזק כפרן וכן כתב כנה"ג בשם מוהר"א ששון ועיין תוספות פ' א"נ דהקשו מנא ידעי שהוא מוקדם ויש שתירצו כגוי שאין כת"י יוצא ממקום אחר עיין שם ולדעת הרמב"ם באין כת"י יוצא ממקום אחר צריכין לזכור הלואה ועיין סימן מ"ו סעי' י' והיכא דעדי' זוכרין הלואה ודאי לא מצי טעין לא הד"מ וכמ"ש מיהו לפי מ"ש שם בסימן מ"ו דהיכא דזוכרין שחתמו על השטר בציוי הלוה ה"ל כמי שזוכרין הלואה עיין שם אם כן הכא במוקדם אפילו זוכרין שחתמו על השטר בציוי הלוה מצי טעין לא הד"מ כיון דהשטר פסול:

סעיף ג

שהעדים מצויים לטעות. ונראה דהיינו דוקא העדים החתומים על השטר נאמנים במידי דמצויים לטעות אבל עדים אחרים הבאים להעיד בדבר שמצויים לטעות ואין עדי השטר לפנינו בזה הוי תרי ותרי ומהני תפיסה אבל העדים עצמם נאמנים במצויים לטעות ואפילו תפס מלוה מפקינין מיניה:

סעיף ד

לא כתב דאקני. עיין בהרב המגיד שהניח בצריך עיון על הרמב"ם שסתם מאוחרין כשרין ולא התנה דצריך דאקני: ונראה ליישב והוא דהרמ"א כתב בסימן ר"ט בשם י"א דהא דאין מקנה דשלבל"ע היינו בסתם אבל אם פי' לכשיהי' בעולם קני והוא דעת המרדכי בפ' מי שמת ובר"פ י"נ דכיון דאין הקרן אלא לכשיהי' בעולם מהני כיון דאז בשעת

הקנין כבר בא לעולם ובסימן ר"ט שם הוכחנו דלעולם לא מהני קנין בדשלבל"ע אפילו אם התנה לכשיהי' בעול' מהא דפריך פ' מי שמת ואי אמרת אין אדם מקנה דשלבל"ע מאוחרין אמאי כשרין דאקני הוא והא קיימא לן מאוחר עד דמטא זימני' לא טריף ואם כן אין הקנין חל אלא מזמן הכתוב בשטר ואז כבר באו הנכסים לעולם ומוכח דאין לחלק: עיין בתוספות פ' יש בכור (בכורות דף מ"ט) וז"ל וא"ת אי הנך משעבדי דנכסים שקנה מאביו ניחא אבל בנכסים שקנ' הוא היכא משתעבד לפדיונו דהא אימת חל החיוב פדיון עצמו כשהביא שתי שערות שנעשה גדול ותו לא אשתעבד נכסים שקנ' אח"כ דלא כתב לכהן דאקני וכו' וי"ל דנכסים שקנה אח"כ חל עלייהו שעבוד לענין פדיון ואף ע"ג דלא כתב דאקני דכל שעתא ושעתא רכיב עלי' חיובא דפדיון הבן וכיון דחשבת לי' כמלוה בשטר הוי כאלו נכתב אחרי שקנה הקרקעות עד כאן לשונו וביאור הדברים בשאר חוב לא נתחייב רק באותו שעה שקיבל מעות הלואה או בשעה שחתם בשטר היכא דמחייב עצמו בשטר וכמבואר בסימן מ' ומאותו שעה נשתעבדו נכסיו ואחר הלואה או אחר חיוב השט' תו ליכא עלי' חיוב רק לפרוע מה שנתחייב בשעה שנתחייב ואם כן הנכסים שקנה אח"כ הוי לי' דאקני אבל פדיון הבן וכי לא נתחייב רק בשעה שהביא שתי שערות הא כל שעה ושעה רכיב עלי' חיוב משעה שנעשה גדול עד שנותן הפדיון ומשום הכי לא הוי דאקני כיון דקנה נכסים קודם החיוב. ואם כן לכאורה גבי מאוחר נמי רכיב עלי' חיוב מזמן הכתוב בשטר דהא אדם יכול לחייב עצמו אף על פי שאינו חייב ואם כן הרי רכיב עליה חיוב חדש מזמן הכתוב בשטר וכיון דקנה נכסים קודם זמן הכתוב בשטר לא הוי דאקני דה"ל כמו פדיון דאף על גב דנתחייב משעה שנעשה גדול רכיב עלי' חיוב גם אח"כ וכן במאוחר רכיב עלי' חיוב מזמן הכתוב בשטר אלא דשאני פדיון דכיון דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר הוי' לי' כאלו קנה נכסיו אחר החיוב שבשטר אבל הכא גבי מאוחר לפי הס"ד דלא מהני שעבוד דאקני משום דהוי דבר שלבל"ע א"נ נהי דקנה נכסים אחר החיוב שבשטר מכל מקום אם אין כתוב בו אחריות לאו כלום ואינו גובה ממשעבדי אלא אם כן כתוב בו אחריות נכסים או אחריות ט"ס וה"ל כאלו התנו ואי נימא אין אדם משעבד דבר שלבל"ע הרי הוא ככותב לו שדה זו קנוי' לך לכשאקחנה דלא מהני וכיון דהאחריות שבתוכו נכתב או הותנה קודם שבאו הנכסים לעולם לא מהני מידי כיון דדאקני לא משתעבד אבל למסקנא דקיימא לן דאקני משתעבד תו אין צריך דאקני דממילא משתעבד הנכסים שקנה אחר זמן הכתוב בו בשטר דהא רכיב עליו חיובא מזמן הכתוב בו כמו בפדיון כיון דיכול לחייב עצמו בשטר אף על פי שאינו חייב והאחריות שבתוכו מהני לי' לנכסים שקנה אחר זמן הכתוב בו כיון דדאקני משתעבד והוא נכון

ולפי זה אין לאחר השטר שלא מדעת הלוה דאפשר אין הלוה רוצה בחיוב שיתחייב מתוך השטר כמו שאין כותבין דאקני בלא דעת הלוה למאן דאמר דאקני לאו ט"ס:

סעיף ה

כל שטר. הקשו בסמ"ע ובאחרונים על הטור דהא ס"ל עבז"ל. והבית חדש כתב בזה דאפילו עבז"ל היינו דוקא כשהלוה מצוה שיעמוד השטר בידם בשביל המלוה או בסתם אבל באומר בפירוש שיתנו בידו לא שייך עבז"ל והיכא דאיתרע בנפילה חיישינן לכך ובש"ך השיג דאם כן מאי פריך בש"ס לאביי ממתני' דמצא שטר חוב דהא בנפילה חיישינן שאמר שיתנו לידו ולק"מ דודאי אביי דס"ל שם איקרי וכתב לא אמרינן אם כן ליכא למיחש בנפיל' שמא אמר הלוה תנו לידי דאם כן היאך היו עדים רשאין לכתוב וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי אבל הטור אף דפסק כאביי דאמר עבז"ל אבל באיקרי וכתב שפיר ס"ל כרב אשי דנפילה חיישינן לאיקרי וכתב ואם כן חיישינן שמא אמר תנו אותו לידי' וז"ב:

סעיף ו

מקום. עמ"ש בסימן מ"ט סק"ד:

סעיף ז

בה' בניסן. עיין בר"ן פרק מי שהי' נשוי גבי כולם יוצאים בשעה אחת חולקת בשוה וכתב שם הרי"ף לחלק בין הודאות והלואות לשטרי מתנה דס"ל לשמואל שודא וכתב הר"ן בטעמא וז"ל לפי שהשטרות דהלואה אפילו לוה מזה תחלה וכתב ומסר לו ואח"כ כתב ומסר לאחר אפילו הכי חולקין בשוה לפי שאין שעבוד השטר חל אלא משעה שמוכיח מתוכו דהיינו מסוף היום דהא שטר שכתוב בו ניסן סתמא אינו טורף מהמשועבדים אלא מסוף ניסן וכדמוכח בסמוך ואפילו באו עדים שבראש חודש לוה שהרי אינו טורף מהמשועבדים אלא בשביל הקול ואין הקול אלא מזמן שמוכח מתוכו עיין שם ודברי הר"ן לא יכולתי לפרש דהא גבי עובדא דבסמוך מוכח איפכא בהני תרי שטרי דאתו לקמי' דרב יוסף חד הוי כתוב בי' ניסן סתמא וחד הוי כתוב בה' בניסן ואתו לקמי' דרב יוסף ואוקמה להאי דה' בניסן א"ל אידך ואנא אפסוד א"ל את ידך על התחתונה את בר כ"ט בניסן א"ל ונכתוב מר טירפא מאייר ואילך א"ל יכול למימר את בר חד בניסן עיין שם אם כן משמע דאי הוי בר חד בניסן הי' גובה בחד בניסן דאם אינו גובה אלא מסוף ניסן היאך קאמר אימר את בר חד בניסן מאי הוי כיון דאפילו הכי אינו גובה אלא מסוף ניסן כיון דאינו מוכח מתוכו והר"ן מפרש להההיא עובדא בשערי הלואה וכמ"ש בסמוך ואם כן אדרבה מוכח להיפך דאם אתברר דמטא לידי' מחד בניסן גובה מחד

בניסן ואפילו אי נימא דהר"ן מפרש להההיא עובדא בשטרי אקנייתא וכמ"ש ברא"ה שם דאז אם נתברר שהוא בר חד בניסן גובה מחד בניסן ע"י הקנין מכל מקו' קשה היכי כתב כדמוכח בסמוך כיון דהתם לאו משום דאינו גובה אלא מסוף ניסן אלא משום ספיקא הוא דאינו גובה דהא אי הוי אתברר הי' גובה מחד בניסן וצריך עיון ואפשר דאינו מביא ראי' אלא הא דמספקא על כל פנים אינו גובה אלא מסוף ניסן וכיון דאינו גובה אלא מסוף ניסן תו לא הוי מוכח מתוכו ומשום הכי אינו גובה אפילו נתברר שהוא בר חד בניסן כיון דאינו מוכח מתוך השטר בשטרי דלאו אקנייתא ואכתי צריך עיון:

סימן מד

סעיף א

משטה אחרונה. עיין ש"ך מדין למידין משטה אחרונה דבר שאינו חדש ואינו סותר לגמרי מה שלמעלה ממנו:

סעיף ב

כשר. עיין ש"ך שכתב וז"ל וכשתעיין בדברי הרמב"ן שם תראה שטעמו משום דאפילו כתב להדיא פרעון מאחוריו אינו מועיל וז"ל ותדע לך דהא על גבי השטר על כרחך לא מהני ולא מידי דהא אמר ר"י בר אבא סמפון היוצא מתחת יד מלוה פסול ואינו אלא כמשחק ופסול אלא גבי' דקאמר בפנים כלפי הכתב קאמר ולאחר חתום שטרות כו' ואם כן קשה על המחבר כיון דאיהו פסק לקמן סימן ס"ה כדברי הרמב"ם וסייעתו דע"ג השטר מאחוריו מהני האיך הביא כאן דעת המכשירין במקום שנהגו לכתוב פרעון לאחוריו עכ"ל: והנה אם נמצא מחק מתוכו לאחר חיתום שטרות לכאורה גם לדעת הרמב"ן פסול השטר דהא לא הכשיר הרמב"ן מאחוריו אלא לפי שסובר דמאתוריו הסמפון אינו כלום אבל בפנים אחר חיתום שטרות דמהני הסימפון אם כן השטר פסול אם נמצא שם מחק או גרר אך מלשון השלחן ערוך נראה דוקא שטר שיש בו גרר מאחוריו או ביני שיטי פסול אבל אחר חיתום שטר כשר מחק או גרר וטעמא דלא מבעיא לדעת הסמ"ע בסימן ס"ה בסמפון היוצא לאחר חיתום שטרות אם טען המלוה שלא נפרע הוא נאמן במגו דאי גייז לי' אם כן בנמצא מחק או גרר לאחר חיתום שטרות דנאמן במגו אלא אפילו לדעת הש"ך שם דלא אמרינן מגו היינו דוקא היכא דכתוב פרעון בפירוש ל"מ לי' מגו דהוי כמגו במקום חזקה או במקום עדים אבל אם לא נמצא שם כתוב פרעון בפירוש אלא מחק או גרר ואינו אלא מספק שמא היו שם פרעון ומחקו אם כן הרי המלוה נאמן לומר שלא הי' שם פרעון במגו דאי בעי גייז לי' ולהכי כתב בשלחן ערוך מאחוריו או

ביני שיטי בענין דלית לי' מגו הוא דיש פוסלים אבל היכא דאינו אלא מחק או גרר לאחר חיתום שטרות לכולי עלמא כשר במגו דגייז לי':

סעיף ג

ויחתמו שניהם. עמ"ש בסימן ל' סעיף קטן י':

סימן מה

סעיף א

העדים חותמין למטה. ואם העדים חותמין עצמם תחלה על נייר חלק ואח"כ כתבו על חתימתן את השטר פסול משום דבעינן הכתיבה קודם לחתימה וכן מבואר מדברי התוספות פרק קמא דגיטין דף ד' ד"ה מודה רבי אליעזר במזויף מתוכו ז"ל וליכא למימר דאי שרינן בחתמו שלא לשמה יבואו להכשיר זמנין דיחתמו תחלה ויכתבו גט על גבי חתימתן והתם ליכא עדות כלל דאם כן מטעם זה גם בשאר שטרות הוי לנו להצריך חתימה לשמ' עד כאן לשונו. ומבואר דאם קדמו החתימה לכתיבה לאו כלום הוא דבשעה שחתמו על נייר חלק חתמו ואחר שכתבו השטר אין החתימ' חוזר וניעור וכ"כ בתשובת ב"ח סימן ד' וירא' דה"ה בכת"י כה"ג שחתם ואח"כ כתב עליו שדי קנוי' לך ל"מ ולא כלום דאין חתימה גומרת הן חתימת עדים הן חתימת ידו אלא אחר כתיבה והא דאמרו גבי ההיא שטרא דנפק בבי דינא דר"ה דהוי כתוב בי' אני פ' ב"פ לויתי ממך מנה דמהני והתם שמו נחתם תחלה קודם הכתב דהתם מירי שכל השטר הי' בכתיבת ידו של לוה וכיון שכן אפילו לא נחתם שמו תחלה זה הכתב לחודי' סגי לויתי ממך מנה וכמבואר בריש סימן ס"ט דלא בעינן חתימת שמו ומזה ראי' ברורה דלא בעינן חתימת שמו אלא אם כתב בכת"י נמי מהני דיש פוסקים ס"ל דבעינן חתימת שמו דוקא אם כן היכא מהני האי שטרא אני פב"פ לויתי ממך מנה דהא התתימה קדמה לכתיבה ועיין בית יוסף ריש סימן ס"ט מיהו קשה מגט מקושר דהעדי' מאחוריו ועל כל שטה ושטה קודם השני' חותמין העדים מאחוריו והיכא מהני עדים אלו כיון דחתימתן קודם לכתיבת הגט ובשלמא למאן דאמר אין מקיימין אלא מהעדים החתומים למטה ניחא אבל למאן דאמר מקיימין מהעדים שלמעלה ועיין פ' גט פשוט מה מהני עדים אלו כיון שחתמו בשטה ראשונה ושניי' ועדיין לא נכתב כתיבת התורף שמו ושמה וכעת צריך ישוב:

סעיף ב

מקום שנהגו שהסופר. עיין סמ"ע שכתב דה"ה לוה המחייב עצמו בכת"י או בממר"ם שכתב פב"פ תתם במ"ק או שכתב פב"פ ציוה לחתום מהני וכ"כ רשב"א ובש"ך כתב

ובזה נראה דאפילו לא קבלו בר העיר מנהג זה מהני דהא דבעינן קבלו בני העיר היינו דווקא בעד משום דאם לא כן הוי עד מפי עד כדאי' בבית יוסף בשם רשב"ץ מה שאין כן הכא שמתחייב עצמו בכך עיין שם ולענ"ד נראה הא דמשמע מדברי רשב"ץ דבעינן מנהג בני העיר משום דהוי עד מפי עד ומשמע הא כת"י מהני אפילו בלא מנהג היינו דוקא בשטר ראי' כמו גבי כתובה שחתם עליו אחר בשם החתן דהו' אינו אלא לראי' דאפילו לא כתב לה יש לה מתנאי בית דין ומשום הכי מהני לראי' דלא שייך בזה עד מפי עד דהא מפי בעל דין הוא מעיד מה שאין כן היכא שבא להתחייב עצמו בכת"י או בממר"ם אפילו אינו חייב בזה ודאי בעינן חתימתו ממש וכשמצוה לאחר לחתוספות אין בזה לא משום מעיד כיון דעדיין לא נתחייב כלום ואי משום שליחות לא שייך בזה ועיין בהגהת אשרי. פ"ק דגיטין וז"ל השיב רבינו שמתה גט שלא חתמו העדים בכת"י אלא הסופר חתמו כשר אפילו לר' מאיר דאמר ע"ח כרתי כו' כיון דלאו לראי' קאי שאם תעבירנו באש לאחר שקיבלתו לאלתר מגורשת ואין נראה בעיני כלל אלא כל הגט שעדיו אין חתומין בכת"י הרי זה פסול גמור כדמוכח באורך ואם בא מעשה לידי אני פוסלו מא"ז עד כאן לשונו ואם כן כיון דלא שייך שליחות בעל חוב לר"מ אף על גב דאין בו משום עד מפי עד כיון דלאו לראי' צריך אלא לגירושין לאלתר וכמו שכ' רבינו שמחה וצ"ל דהיכא דחותמין העדי' לראי' ומצוין לאחר לחתום פסול משום עד מפי עד והיכא דבאין על גוף הענין להקנא' ל"מ כלום בזה תורת שליחות וכיון דעדיין לא נעשו עדי' ולא חתמו עדיין כלום לא שייך בזה שליחות כלל בכת"י שמצוה לאחר לחתום במקומו היכא דהוי לראי' מהר כיון דלא שייך בזה עד מפי עד והיכא דבא להתחייב עצמו כ"ז שלא חתם בחתימת ידו ל"מ מה שמצווה לאחר לחתום דאין שייך בזה דין שליחות וכמ"ש ודברי רשב"ץ אמורין בשטר ראי' דכתובה אינו אלא לראי' וכמ"ש אבל בחיוב חדש אפילו בבע"ד בעינן חתימתו ממש דוקא ול"מ מצווה לאחר לחתום במ"ק אלא עפ"י מנהג ולשון הסמ"ע שכתב דה"ה לוה המחייב עצמו בכת"י והיינו בחיוב ולא לראי' וכמ"ש וז"ב:

סעיף ג

מתחלה הוא הפסול. עיין ש"ך שהאריך בזה והעלה דוקא אם נמצאו הראשונים קרובים או פסולים כשר דהראשונים לשם מילוי חתמו אבל לא האחרונים ולא אמצעים ואלו ודאי לשום עדות חתמו ועיין מ"ש בגי' הירושלמי שהיא מהופכת ובירר לו דרך לעצמו וז"ל והכי פירושו שטר שחתמו בארבעה עדים ונמצה שנים הראשונים קא"פ כשר דמסתמא רווחא שביק למאן דקשיש ומסתמא למילוי חתמו שלא יפסול בהרחקת שני שיטין אבל שנים האחרונים פסולים דלאיזה צורך חתמו אם לא לשום עדים אמר

ר"י אתיא כמ"ד עדים חותמין זה שלא בפני זה הלכך אמרינן דהראשונים לא ידעו מהאחרונים הפסולים ברם אי אמרינן דאין עדים חותמין אלא זה בפר זה אפילו חתם כותי שהוא פסול להעיד כשר כיון דידעי הכשרים שיחתמו האחרונים הפסולים ודאי ידעי דלאו לעדות חתמי האחרוני' אלא לכבוד או לתנאי דאי לעדות היאך יחתמו עם הפסולים דהא נמצא א' מהם קא"פ עדותן בטיל' עד כאן לשונו ע"ש: וקשה לי בפירושו דכיון דאם הכשרי' יודעים שיחתמו האחרונים הפסולי' אז כשר משום דידעו דהוא לתנאי ולכבוד דאם לא כן לא הוי חתמי כיון דהוי נמצא א' מהם קא"פ ואינו פוסל אלא אם לא ידעו הכשרים שיחתמו הפסולים אח"כ ואם כן כיון דלא ידעי הכשרים שיחתמו הפסולים אח"כ ודאי כשר דלא מבעיא לדעת הרי"ף דאם לא ידע הכשר מפסולו של חבירו דכשר כמבואר בסימן ל"ו וה"נ לא ידעו מפסולו של חבירו אלא אפילו לדעת החולקים על הרי"ף היינו כשנתכוונו להעיד יחד אבל כאן לא נתכוונו כלל להעיד יתד עם אלו הפסולים ואם כן במה נצטרפו לפוסלן כיון שלא הגידו כאחד דהא חתימתן הוא הגדתן והכשרים חתמו קודם הפסולים ולא ידעי שהפסולים יבואו אח"כ ויתתומו ולולי דמסתפינא הייתי אומר דגרסת הירושלמי כאשר הוא לפנינו אמר ר"א אתיא כמ"ד אין העדים חותמין אלא זה בפני זה ברם כמ"ד עדים חותמין זה שלא בפני זה ולא גרסינן כאן אפילו חתם ישראל לבסוף פסול אלא הגירס' היא כמ"ש בש"ך אפילו תתם כותי בסוף כשר והיינו משום דבתוספת' תני שנים הראשונים פסולים ומשמע הא נמצאו אחרונים פסולים פסול משום דל"ש בי' לשום מילוי וע"כ חתמו לשום עדות ולזה קאמר ברם כמ"ד עדים חותמין זה שלא בפני זה אפילו חתם כותי שהוא פסול לבסוף כשר משום דנהי דחתם לשום עד כיון דחתמו זה שלא בפני זה לא נצטרפו יחד בהגדתן שבשטר והוי כאלו הגידו אחר כ"ד ומסתמא תלינן להכשיר וכמו שכתב הרי"ף בתשובה הובא בבית יוסף סימן נ"א דתלינן מסתמא לא ידעי מפסולו של זה וה"נ לדידן דפסלינן אפילו לא ידעי מפסולו תלינן שלא חתמו יחד והוי כמו לא הגידו יחד דתלינן להכשיר. ולפי זה בשאר שטרות דודאי חותמין זה שלא בפני זה כשר אפילו חתם פסול בסוף דתלינן שלא חתמו כאחד והא דתני נמצא הראשונים פסולים היינו משום דמירי מכל השטרות וגיטין נמי בכלל וגבי גט דוקא עדים הראשונים דתחמו לשום מילוי ואחרונים ודאי לשום עדות חתמו וגם חתמו יחד כדין עדי הגט דאין חותמין אלא זה בפני זה אבל בשאר שטרות כשר אפילו חתם פסול בסוף וכמ"ש וכן מבואר מדברי הריב"ש סימן תט"ו בדברי הר"ש בר חנוך שכתב כשהושוו ג' לשנים לבטל עדותן כשחתומים פסולים באמצע או בסוף וזהו ששנינו תתקיים העדות בשאר כשהם חתומים בראשונה לשום כבוד חתמו ולא

לשום עדות וכתב שם הריב"ש ז"ל פי' דהר"ש ב"ח מיירי כשחותמים יחד זה בפני זה אבל שטר שבא לפנינו ואין נודע אם חתמו יחד או זה שלא בפני זה לעולם כשר דתולין שהכשרין לא חתמו עם הפסולים אלא לאחר שנכשר השטר בכשרים וכו' עיין שם והיינו כמ"ש דכיון דלא חתמו כאחד הוי כמו לא הגידו כאחד וראי' לא שייכא בזה דלא ראו כולם רק מה שחתמו היא ראייתן והיא הגדתן וכיון דלא הי' החתימ' כאחד הרי לא הגידו יחד ובש"ך כתב על. דברי הריב"ש דלא מסתבר לחלק בכך עיין שם ודרכי הש"ך שגבו ממני דודאי מסתבר כדברי הריב"ש וכמו שכתבתי:

סעיף ד

האתרונים הם כשרים. וכתב הטור ז"ל לפיכך שטר שעדיו מרובין אין מקיימין אלא מעדי' שלמטה משום דחיישינן דלמא קרובים חתמו ברישא ועיין בטורי זהב שהקשה מה בכך שהקרובים חתמו כיון דסוף סוף השטר כשר ע"י עדים אתרוני' ותכם צבי כתב קושיא זו איני מכיר דאטו ודאי שאתרונים כשרים מי לא מצי המלוה למיכתב שני אנשים ואח"כ בא לו אצל קרובים ומתתימם למילוי עיין שם ולא נהירא דאם נחוש לזה אם כן בשטר שאין בו אלא שני עדים ניחוש שמא קרובים הם כיון דאין אנו מכירים הקרובים ועוד דלמה יעשה המלוה כך לזייף שני אנשים כשרי' ושיחתום ברישא שני קרובים למילוי ולא יקוים השטר אלא מאתרונים ויוכר הזיוף טפי ה"ל למיתתם הנך קרובים ראשונים לבד ויקיים חתימתן ולא. יודע הזיוף: ולכן נראה דכה"ג הקפידו תז"ל אף על גב דאיכא כשרים אפילו הכי אין סומכין על הפסולים דהא ס"פ הזורק גבי גט מקושא א"ר יוחנן לא הכשירו בו אלא ע"א קרוב בלבד אבל תרי לא דלמא אתי לקיומי בתרי קרובים וחד כשר וגם בזה השטר כשר עפ"י הכשרים ואפילו הכי חששו חכמינו זכרונם לברכה דלא למיסמך אקרובים וכן בפרק קמא דגיטין גבי שמות מובהקין אמרינן מודה ר"א במזויף מתוכו דפסול אף על גב דכשר עפ"י מסירה מכל מקום חיישינן דלמא אתי למסמך אקרובים פסולי' ואף על גב דלא הוכר פסולי' דהא שמות שאין מובהקין הוא ואפילו הכי חששו שלא לסמוך על הפסולים ואם כן ה"נ חיישינן להכי שלא לסמוך אקרובים ולהכי אין מקיימין אלא מעדים שלמטה ודאי כשרים וז"ב. ולפי מ"ש הבית יוסף בסימן ס"ח בדברי הרמב"ם דלא פסלינן בשמות שאין מובהקין במזויף מתוכו אלא דוקא גבי גט ומשום חומרא דגיטין אם כן הוא הדין הכא לא הקפידו חכמים שלא לקיים בקרובים אלא דוקא גבי גיטין ובפ' הזורק דחששו דלמא אתי לקיומי בתרי קרובים לענין גט איתמר אבל בשאר שטרות כשר כל דאיכא כשרים על השטר ובזה ניחא דעת הרמב"ם בשלחן ערוך דסוברים דמקיימין מכל העדי' בין שלמעלה בין שלמטה דהא

לדעת הרמב"ם השטר כשר בין שחתמו קרובי' למעלה בין שחתמו למט' ולא חיישינן שמא אתי לקיומי בקרובים כדחששו בפ' הזורק דהתם לענין גט אחמור בכך אבל בדיני ממונות כי היכ' דכשר עפ"י ע"מ אע"פ שחתומין בו שמות שאין מובהקין ולא גזרינן דלמא אתי למיסמך עלייהו ה"נ ל"ח שמא יקיימו בקרובים כיון דעל כל פנים השטר כשר עפ"י הכשרים:

סעיף ה

זוכרין העדות. עש"ך שכתב ז"ל ולפי מה שהעליתי לעיל סימן ל"ו דבנצטרף בראי' לחוד פסול כל העדות אפילו לא העידו אח"כ אם כן אם היו הפסולים בשעת ראי' נתבטל העדות אפילו לא חתמו בשטר עיין שם ולי נראה בשטר הלואה אף על גב דראו הלואת המעות יחד כל שחתמו הכשרים אח"כ עפ"י ציווי הלוה ולא ציוה אל הפסולים לחתוספות והפסולי' ציוה אח"כ לחתום (אח"כ) בזה ודאי השטר כשר עפ"י הכשרים דאף על גב דראו כאחד הלואות המעות מכל מקום דל מהכא הלואת המעות הרי הוא נתחייב עפ"י השטר אף על פי שאינו חייב כמבואר בסימן מ' והרי הוא כאלו ראו הלואה יחד עם הפסולים ואם כן שמעו הכשרי' שהודה לפניהם שחייב בזה ודאי דל הלואה הרי נתחייב עפ"י הודאה אלא אם ציוה לחתום הכשרים עם הפסולים דכיון ששמעו יחד ציווי הלוה לחתום וציווי לחתום היא ראייתן ועיין פ' השולח (גיטין דף ל"ג) ובזה אף על גב דחתמו הכשרים לבד כבר נצטרפו בראי' עם הפסולים דציווי לחתום היא ראייתן וחתימתן הוא הגדתן ואם כן כיון דשמעו יחד ציווי לחתום כבר נצטרפו בראי' ואולי מזה מיירי הש"ך אבל היכא דלא ציוה כי אם אל הכשרים אף על גב דראו יחד הלואת המעות אמרינן סלק הלוא' ונתחייב ע"י השט' שחותמין בו הכשרים וכמ"ש וז"ב:

סימן מו

סעיף א

כתבתי ללות. עיין סמ"ע שכתב ז"ל בטור לא כתב כאן אלא שטר אמנה הוא כו' וכתבתי ללות ולא לויתי כלומר לא מסרתי לידו אלא ממני נפל ומצאו זה ע"ש. וקשה דהא כתב בטור וש"ע אבן העזר סימן קי"ב ז"ל וכן אם מצאה גיטה מתירין אותה לינשא על ידו ואם יבא הבעל ויערער ויאמר לא נתתי לה אלא ממני נפל אינו כיון שמודה שכתבו והרי הוא יוצאה מתחת ידה ערער לומר שנתנו על תנאי ולא נתקיים כו' הרי מבואר דאינו נאמן בטענת נפילה אף על גב דאית לי' מגו דמזויף אף על גב דבתנאי או פקדון נאמן במגו אפילו הכי לטענת נפילה לא חששו אפילו ע"י מגו וכזו קשה גם בסימן נ' גבי

שטר שכתוב בו אני פ' לויתי ממך מנה אם אין. עדים שהוא כת"י מתוך שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר לא לויתי ממך אלא מאחר נפל ומצאתו עיין שם הרי דנאמן לומר נפל במגו אלא דהתם סימן נ' יש לחלק בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד והך דסימן נ' הוי נפילה דרבים והוי חששא טפי והך דאבן העזר הוי נפילה דיחיד ואף על גב דאנן קיימא לן כרבא פ' גט פשוט ל"ש נפילה דיחיד ל"ש נפילה דרבים לנפילה לא חיישינן היינו היכא דלית לי' מגו לא מחלקינן בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים ולעולם לא חיישינן אבל היכא דאית לי' מגו שפיר מחלקינן בין נפילה לנפילה והוא דלנפיל' דיחיד כי האי דאבן העזר סימן קי"ב לא חיישינן אפילו אית לי' מגו ולנפילה דרבי' כי הך דסימן נ' חיישינן היכא דאית לי' מגו אבל הך דהכא כתבתי ללות ולא לויתי דטוען ממנו נפל דהוי גם כן נפילה דיחיד אם כן מ"ש מהך דאה"ע: והנה מצאתי בתומים שעמד בזה והביא בשם הרב המגיד פי"ב מהל' גירושין שאין דין האסורין כדיני ממונות עיין שם אך בדברי הרב המגיד הדברים סתומין ובלחם משנה מפורש יותר דגבי ממון שפיר מהני טענת נפילה במגו ובאיסורין דהוא גט לא חיישינן לטענת נפילה אפילו אית לי' מגו עיין שם וקשה דאם כן היכי פשיט רבא ר"פ כל הגט ממונא מאיסורא עיין שם קטנה הוא דלא מצי מגרש הא גדולה מצי מגרש בי' א"ר זאת אומרת שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת מוציאין שטר חוב על אחרים ופירש"י הא גדולה מצי מגרש וכי מפקא לי' לא חיישינן לאיסור אשת איש לומר שמא לא לזו ניתן אלא לחברתה ונפל מידה ומצאתו זו כו' מוציאין שטר חוב על אחרים ואין הלוה יכול לומר לא ממך לויתי אלא מפ' ששמו כשמך וממנו נפל ועיין שם וכיון דבממון חיישינן יותר לטענת נפילה היכי פשיט רבא ממונא מאיסורא ואדרבה בספ"ק דמציעא אמרינן גבי גיטא דאשתכח בי דינא דר"ה היכי פשיט איסורא מממונא ומשמע דחשו טפי לאיסורין ולכן נראה לענ"ד כמ"ש דהא דכתב הרמב"ם בפי"ב מהל' גירושין דאין הבעל נאמן בטענת נפילה ואפילו במגו היינו משום דלנפילה דיחיד לא חיישינן כלל ואפילו במקום מגו ובסימן נ' דנאמן בטענת נפילה במגו היינו בנפילה דרבים דיותר שכית ונאמן במגו וכמ"ש והכא דנקט כתבתי ללות ואמנה שניהן שלא ע"י טענת נפילה אלא אמנה היינו תחלת השטר נעשה על דרך אמנה ואף על גב דעדים רשעים מכל מקים הבעל דין נאמן במגו וכתבתי ללות היינו דתחלת הכתיב' נעשה להלות ואין העדים רשעים שנעשה השטר להלות תיכף ועדיין לא הלוה דאין העדים צריכין לראות הלואת המעות אבל בטענת נפילה אינו נאמן אפילו אית לי' מגו כיון דהוי נפילה דיחיד ובזה נרא' להלכה כדברי הסמ"ע בסימן ס"ט במה שהביא בשם הרשב"א גבי כת"י שטוען ממני נפל ומצאתו והשיב שאין בטענתו כלום

דלנפילה לא חיישינן עיין שם ובש"ך שם השיגו דכיון דלדידן בכת"י נאמן לומר פרעתי אם כן נאמן לומר נפל במגו דפרעתי וכמו האי דסימן נ' ולפי מ"ש בנפילה דיחיד אינו נאמן במגו:

סעיף ב

יש בו נאמנות. עיין סמ"ע שכתב בטעמא די"א דנאמן במגו והוא משום דלא אלים הנאמנות דלפעמים מניח בידו באיזו סיבה ומכ"ש זה שאינו מקוים יכול לומר הנחתי בידו ע"ד שאם יתבעני אומר מזויף עיין שם ואין זה עיקר הטעם אלא טעמא די"א דאפילו יש בו נאמנו' אפילו הכי נאמן במגו דמגו עדיפא מנאמנות אבל אין לומר כמ"ש הסמ"ע דלא חשש להניח בידו דסמך על טענת מזוייף דודאי הי' יכול לקיים באיזו יום אלא דהשתא אין עדים מצוים לקיימו ואם כן ודאי לא ידע איך יהי' בסופו אלא הטעם הוא משום דמגו מהני במקום נאמנות ואם כן היכא דכתוב בו נאמנות בשני עדים והוא מודה שכתבו אם כן בזו אינו נאמן במגו דמגו לא מהני בנאמנות כשני עדים דהוי כמגו במקום עדים ועיין סמ"ע וש"ך בסימן ע"א מדין מגו במקום נאמנות כשני עדים היכא דיש לו מגו לכפור הנאמנות וה"ה הכא:

סעיף ג

ואם קיימו בשנים. וז"ל הסמ"ע היינו דוקא כשאין הן עצמן מכירין חתימת עדי השטר אבל כשהן עצמן מכירין החתימות ה"ל כאלו מעידין על מנה שבשטר ובש"ך העלה דאפילו כשמכירין החתימות לא היו אצל הלוא' אלא על חתימות ידן הן מעידין ולא על מנה שבשטר והלכך צריך ג' דאם לא כן הוי כעד מפי עד אף על פי שמכירים החתימות וכן מוכח פ"ב דכתובות גבי הא דאמרינן שלשה שישבו לקיים את השטר שנים מהם מכירי' חתימת ידי העדי' וא' אינו מכיר ונתבאר בטור ומחבר לקמן סעי' כ"ד עכ"ל: והנה בריב"ש כתב דיכולין להעיד זו מפי כתבם וכת' הרמ"א בסעי' ט' ואם כן נראה מזה כדברי הסמ"ע דאם שנים מכירים חתימת עדים יכולין לקיים אלא גבי הא דאמרינן שנים מכירין חתימת ידי עדים וא' אינו מכיר מבואר כדברי הש"ך ולכן נראה לבאר דבר זה והוא דודאי מהא דשנים מכירים חתימת ידי העדים פ"ב דכתובות לכאורה קשיא עליו דריב"ש דלמה לי השליש תיסגי בשנים המכירים ואף על גב דהש"ך בסק"ע כתב כמה נפקותא אבל בדרך רחוקה הן ע"ש: ודע דודאי שנים המעידים על חתימת שני עדים ה"ל עד מפי עד וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ח מהל' עדות ז"ל א' הכותב עדותו על השטר או שנמצא כתוב בפנקסו כו' אם זכר מעצמו כו' מעיד ואם לאו אסור להעיד שאין זה דומה אלא למי שאמר לו אדם נאמן פ' יש לו אצל פ' כך וכך והעיד הוא שיש לזה אצל

זה והוא אינו יודע מן הדבר כלום אלא מפי האחר שמע והעיד עד כאן לשונו ואם כן הוא הדין שנים המכירים חתימת עדי השטר לכאורה הוי עד מפי עד כיון דאין מכירין בעצמן עדי השטר אלא אלו מעידין שמכירים וה"ל כמי שאמרו אדם נאמן אמר לנו שיש לזה אצל זה אלא דכיון דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין לא הוי עד מפי עד וכ"כ בנימוקי יוסף פ' גט פשוט גבי מי שנמחק שטרו מעמיד עליו עדים ז"ל בשם הריטב"א ולא הוי עד מפי עד דלא על מנה שבשטר הן מעידין אלא אחתימתן והוי כאלו אמרו ראינו שטר מתנה או מכר וכו' עיין שם והיינו משום דעדי שבשטר ה"ל כמו שנחקרה עדותן בבית דין וכמה שכתבו תוספות פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) עיין שם וכמבואר אצלינו בסימן ל' סק"י דאם שמעו חקירת שני עדים בבית דין יכולין אחרים ששמעו להעיד שמענו עדים שנחקרה עדותן בבית דין וזה לא הוי עד מפי עד וזה יתכן בעדים החתומים על השטר יכולין אחרי' להעיד על חתימתן ולא הוי עד מפי עד כיון דעדים החתומין בשטר נעשה כנחקרה בבית דין אבל שנים החתומים על הקיום אם אין הבית דין מכירין חתימת אלו העדים ויבואו אחרים להעיד על חתימתן של אלו בזה ודאי הוי עד מפי עד דהא אלו שנים הבאים על הקיום אין עליהם תורת שטר כיון שנעשה שלא מדעת המתחייב אלא מפי כתבם ממש ואם הקילו בקיום להעיד מפי כתבם אבל שטר מיהא לא הוי ואם כן כיון דלא הוי כנחקרה בבית דין אם כן אין הבית דין מכירים את החתימות לא מהני עדים לקיים את החתימות דהוי עד מפי עד וכ"כ הריב"ש בשנים המעידי' על הקיום מפי כתבם וצריך בית דין לקבל עדות זו מפי כתבם אלמא דעדיין לא נחקרה בבית דין דאין בזו תורת שטר וז"ל הריב"ש דנתי לפני מורי הר"ן שני עדים כותבין עדותן שמכירים החתימות אלא שנריך עוד בית דין לקבל עדותן מתוך כתבם וחותמין ונתקיים השטר עד כאן לשונו ואם כן בהך דריב"ש לא מהני אלא אם הבית דין עצמן מכירים החתימות דאי מפי אחרים הוי עד מפי עד כיון דאין עליהם תורת שטר וכמ"ש ולהכי ניחא דבעי קיום בפני שלשה משום דלפעמים אין הבית דין בעצמם מכירים החתימות אבל כשחותמין על הקיום בית דין של שלשה אם גם הבית דין לא יכירו החתימות יכול להתקיים ע"י אחרים ובזה הוי עד מפי עד כיון דמפי הבית דין הוא מעיד ואם כן דברי הסמ"ע נמי כשהבית דין מכירים החתימות וכל זה נתבאר מדברי הטורי זהב אלא שהדברים סתומין שם ולכן הרחבנו הדברים: וזה יראה לי בביאור דברי הרמ"א שכתב בסימן ל"ט סעיף ג' ובסימן זה סעי' י' ז"ל וכל שלא אמר כתבו וחתמו אף שכתבו בשטר אינו אלא כפנקס בעלמא מיהו י"א אם נתקיים דנין על פיו וכתב הסמ"ע אם נתקיים דה"ה אם שנים אחרים מעידין על חתימתן מהני וכ"כ

בחלקת מחוקק סימן מ"ב אלא מדברי הלבוש משמע דמפרש נתקיים היינו שיהא כתוב קיום ע"ג השטר ומשום דודאי ידע מן הקיום ואית לי' קלא ועיין שם אך הש"ך השיג על טעמו ודבריו עיין שם בסימן ל"ט. אמנם גם לדבריהם קשה דאי נימא דנתקיים היינו אפילו מפי שנים אחרים אם כן מה קא משמע לן אם נתקיים ודאי בכל השטרות כד נחתו לדינא אמרינן להו זילו וקיימו שטרייכי: ולזאת נראה דכיון דכל שלא אמר כתבו אין עליו דין שטר דאף על גב דמפי כתבם כשר דליהוי העדאת עדים היינו משום דלא מפסל מפי כתבם או כדעת ר"ת דלא מפסל אלא באלם כדברי הגהת מרדכי להכשיר מפי כתבם בדיני ממונות אבל על כל פנים שטר לא הוי וכיון דלא הוי שטר לא הוי כנחקרה בבית דין וצריך עוד בית דין לקבל עדותן וכמו שכתב הריב"ש גבי עדים המעידים לקיים החתימה ולכן לא מהני אלא אם נתקיים כבר בבית דין או שיתקיים עכשיו בבית דין דהיינו שהבית דין בעצמן יכירו החתימות ולאפוקי אם שני עדים מכירים החתימה הוי עד מפי עד ודו"ק ועמ"ש בזה בס"ק י"א:

סעיף ד

קיום שטרות דרבנן. בהגהת מרדכי בקידושין כתב דאם העדים אומרי' לא חתמנו שטר זה או שאין העדים קיימים ובע"ד אומר פסול הוא צריך קיום מן התורה ועיין ש"ך שהאריך בזה להוכיח דגם בהכחשת בעל דין אין צריך קיום מן התורה וז"ל ולפי זה גם דברי הרב באבן העזר סימן מ"ב סעי' ד' צריך עיון שכתב שם וז"ל מצאו כתוב בשטר פ' קידש פ' ועדיו חתומים בו כל זמן שלא נתקיים אין לחוש לקידושין ודלא כיש מי שמחמיר ואם כן מה שמחלק הרב בהג"ה בין שטר מקוים ליתי' דלפענ"ד לדינא אפילו באינו מקוים מקודשת מדאורייתא משום דדבר תורה א"צ קיום דבזה צדקו דברי אותו גדול בתשובת מוהרי"ק שם אך דבנדון של הר"ר אביגדור שם הדין אמת מטעם הרשב"א כיון דכתבו השטר בלי רשות הבעל דין וכמ"ש לעיל סימן ל"ט סק"ח וכן בשטר קידושין דמצאו בשוק נמי צריך קיום דכיון דאין ביד שום אדם לא שייך לומר לא חשיד לזיופי דהא לא ידעינן מי הוא הבעל דין והיינו הך דירושלמי ביבמות במצאו כתוב מת פ' דאף מ"ד דמשיאין אשתו אינו אלא משום עיגונא כמו דמשיאין עד מפי עד אבל בשטר שמוציא הבעל חתום בעדים ונזכר שמה שנכתב ברשות האשה אע"פ שאינו יכול לקיימו והאשה טוענת מזוייף הוי קידושין דמדאורייתא א"צ קיום וע"ש: אולם בדברי הרמ"א באבן העזר י"ל דכיון דמירי במצאו כתוב בשטר אם כן ודאי חיישינן לזיוף מן התורה כיון דל"ש בזה חזקה דלא חציף אינוש לזיופא כיון דכמה חציפי בארעא איכא ואולי זייף איזה אינש דלא מעלי וכמ"ש הש"ך גופי' במצאו כתוב ואולי תלונת הש"ך הוא על הד"מ

באבן העזר ושם תלי טעמא בהכחשת בעל דין אבל דברי רמ"א שקבע להלכה ניחא דמיירי במצאו כתוב והיינו שאינו יוצא מתחת יד שום אדם גם בטורי זהב הניח ב צריך עיון פסק הרמ"א באבה"ע אבל דברי הרמ"א נכונים בנדונו במצאו כתוב בשוק וכמ"ש: ☜אמנם מדברי התוספות פרק מי שהיה נשוי משמע דאפילו באינו יוצא מתחת יד אדם נמי ל"ת לזיוף עיין שם דף צ"ב ד"ה דינא הוא דאזיל ראובן ועיין שם מדין טענינן ליתמי ולקוחות מזויף וז"ל שם מכל מקום תקשי מדאמר שמואל התם המוציא שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעלים ואמאי ניחוש לפסידא דיתמי כיון דאינו מקוים אלא מאי איל"ל כיון דלית' ללוה דלא טעין מזויף להכי לא חיישינן לזיוף עיין שם ומשמע מזה דאפילו מוצא שטר הקנאה בשוק שאינו יוצא מתחת יד שום אדם דהא שטר הקנאה הוי בין ילוה בין לא ילוה ולא מטא כלל ליד המלוה ואם כן ניחוש שמא א' מן השוק זייפו וכיון דבזה בעי קיום מן התורה ודאי אין לחלק בין לוה ליתומים וכן הרמב"ן בחידושיו רפ"ק דגיטין כתב וז"ל ראיתי בתוספות חכמי הצרפתים ז"ל שדקדקו כו' שהמוצא שטר על חברו אע"פ שהוא נפרע שלא בפניו או שבא ליפרע מיתומי' או מלקוחות לא טענינן להו מזוייף מהא דגרסינן במציעא אמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעלים אי משום שמא כתב ללות ולא לוה הא שעבד נפשי' מדקאמר הא שעבד נפשי' אלמא בשאינו מקויים עסקינן שאם נתקיי' היה לו לומר הא כתוב בו הנפק כדאתמר התם בסמוך ואעפ"כ אין חוששין לזיוף וכו' עיין שם גם בנימוקי יוסף פרק קמא דמציעא הביא ראיה זו עיין שם ומשמע מדבריהם דאפילו נמצא כתוב כי האי דמצא שטר הקנאה נמי ל"ח לזיוף מן התורה דאי הוי חשש מן התורה ודאי אפילו שלא בפניו חיישינן דדוקא אם הקיום הוא מדבריהם הוא דכתבו קצת פוסקים לחלק דשלא בפניו או מיתומים ולקוחות לא תיקנו ועוד דאפילו להפוסקים דטענינן ליתמי וללקוחות מזויף מדרבנן דצריך קיום אכתי תיקשי המוציא שטר הקנאה בשוק למה יחזיר שמא יקיימנו בא' מדרכי הקיום שאינו מועיל אלא בקיום שטרות דרבנן וכגון שלא בפני בעל דין דהוי טעמא משום מקולי קיום או ע"י דימוי חתימה לחתימה דהוי נמי מקולי קיום אבל היכא דצריך קיום מן התורה ל"מ דימוי וכמ"ש הש"ך בסימן ס"ט לדעת רב שרירא גאון והכא במצא שטר הקנאה צריך קיום מן התורה כיון דנמצא כתוב וצריך עיון:

סעיף ה

שלא בפני בע"ד. כתב הש"ך דוקא שטר או מטעמא דהרשב"א מפני שהמקיים לא על מנה שבשטר הוא מעיד ובין לטעמא שכתבו תוספות והרא"ש כיון דקיו' שטרות דרבנן דד"ת עדים החתומים על השטר כמי שנחקר' עדותן בבית דין וא"צ קיום אלא מדרבנן

אבל בחתימת יד הלוה לא שייכא הני טעמא ואין מקיימין אלא בפניג וכו' וכ"מ להדיא בסמ"ע סימן ל"ה סק"ט דבכת"י הלוה מדאורייתא צריך קיום וכ"מ בדברי רב שרירא גאון שהביא בעל התרומות וטור לקמן סימן ס"ט וכתבתי שם דבכל הני קולי קיומי משום קיום שטרות דרבנן לא מקילין בכת"י הלוה עד כאן לשונו ע"ש: והנה גם הבית חדש כתב סברא זו בסימן ס"ט אמנם נראה לענ"ד דאין לחלק בכך דמ"ש הש"ך דגבי שטר דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה בבית דין להכי א"צ קיום מן התורה מה שאין כן בחת"י הלוה ליתי' דהא לדברי הרמב"ם מן התורה עדים שבשטר לא הוי כמי שנחקרה בבית דין משום דהוי מפי כתבם ואפילו הכי לחשש זיוף אין חוששין מן התורה ועיין מוהרי"ק ח"א סימן י"ז וז"ל שאל אדוני זו שכתב הרמב"ם פ"ג מהל' עדות דעדות שבשטר מד"ם אנו מקיימין אותו ודברי תורה אין מקבלין עדות אלא בע"פ שיש תימה בזה דבכולה תלמודא מוכח דמדאורייי' עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה בבית דין מההיא דריש גיטין ופ"ב דכתובות ההיא מלתא אחריתי דלענק לחוש למזוייף ודאי לא חיישינן שנעמוד הגט או השטר על חזקתו ונחזיק את האדם בחזקת כשר ולא זייפו דהא חזקה דאורייתא ואחזוקי ריעותא לא מחזקיק ומדרבנן הוא דאצריך הלכך גבי שליח וקטן המנוהו רבנן בדרבנן עד כאן לשונו ואם כן לדברי הרמב"ם מוכרחין אנו דהא דאין תוששין לזיוף מן התורה לאו משום דנחקרה בבית דין הוי דהא לדעת הרמב"ם מן התורה ל"ה כנחקרה בבית דין אלא לענין זיופא אתמר דמה"ת לא חיישינן ואם כן בכת"י הלוה נמי. שייך חזקה זו ועוד דבלאו הכי צ"ל דעיקר הטעם הוא דמה"ת לא חיישינן לזיוף משום חזקה הוא דלא חציף אינש דליכא למימר טעמא משום דנעשה כנחקרה בבית דין דאם כן אכתי תיקשי הא לא שבקת חיי לכל ברי' מן התורה ואם כן כל אדם זייף שטרות בעדי' ואנן לא מצרכי לי' קיום משום דנעשה כנחקרה בבית דין זה ודאי לא יתכן לומר דהתורה לא חשש בכך דהא כתיב דרכיה דרכי נועם אע"כ משום חזקה דלא חציף אינש לזייף מאמין התורה וכמה שכתבו תוספות פ' מי שהי' נשוי ואם כן בכת"י הלוה נמי לא חציף אינש לזיופא דאין לומר דשטר חתום בעדים מירתת מעדים גופייהו מה שאין כן בכת"י הלוה דהא מן התורה אפילו העדים בעצמם אומרי' לא חתמנו לא מיהמני וכמו שיבואר לפנינו אי"ה ועוד דיוכל לזייף עדים שכבר מתו אע"כ דלאו מעדים הוא דמירתת אלא מירתת שמא יתברר זיופו ע"י עדים אחרים ומלתא דעבידי לגלויי הוא ה"ה בכת"י הלוה נמי ומ"ש הש"ך שכן מוכח מדברי הסמ"ע סימן ל"ה סק"ע וכ"כ הש"ך בסימן ס"ט סקי"ג דמשמע הכי מדברי הסמ"ע הנ"ל ואתמהה כי לא נמצא רמז בסמ"ע בזה ז"ל שם נאמן לומר זה כת"י של אבא וכו' ודוקא כשאביו ואינך חתומים על השטר

בעדים דמה"ת ה"ל בנחקרה עדותן בבית דין וכו' אבל כשאביו או אחיו הן בעלי דבר שהתחייבו נפשם בכת"י לשלם לפ' סך ממון אז ודאי אין בנו נאמן לא מבעיא קטן אלא אפילו גדול דה"ל בכלל לא יומתו וכו' ועיין שם ובזה ודאי כיון דקרוב הוא אין מקיימין על פיו אפילו בדבר שהוא מדרבנן וכמ"ש בשלחן ערוך סעי' י"ט. ואדרב' מדברי הסמ"ע מוכח דס"ל אפילו כת"י א"צ קיום מן התורה ועיין דברי הסמ"ע בסימן ק"י סעיף קטן כ"ו ז"ל הא דסיים המחב' וכת"י הרכרת לבית דין היינו דוקא לדעת הרא"ש הנ"ל דלהרמב"ם א"צ שיכירו הבית דין עצמם אלא יקיימי כת"י אביהם על ידי אחרים עיין שם ואי נימא דכת"י הלוה אין מקיימין שלא בפניו אם כן אפילו לדעת הרמב"ם אין מקיימין כת"י אביהן בפני קטני' דקטן בפניו כשלא בפניו אלא ודאי ס"ל להסמ"ע דכת"י הלוה ושטר בעדים שוים הם וכי היכא דמקיימין שטר בפני קטנים לדעת הרמב"ם ה"ה כת"י אביהן הרי בהדיא משמע דמקיימין כת"י שלא בפניו. והיות כי עדיין הדבר צריך הכרע כיון שדעת הב"ח והש"ך לחלק בין כת"י הלו' לשטר בעדים וחפשנו מפני המחלוקת ומצאנו כדברי הסמ"ע בסימן ק"י כת"י הלוה לא גרע משטר בעדים וז"ל הטור בסימן ק"י ודוקא שציוה בשטר שכתב בכת"י תנו מנה לפלוני וניכר שהוא כת"י אבל אם ציווה בעדים אין נזקקין שאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין וקטן כשלא בפרו דמי וז"ל הבית יוסף ומ"מ יש לדקדק איך כתב שאם ניכר שהוא כת"י שנזקקין הא בעינן שיהא מקויים מחיי אביו לפי מ"ש הרא"ש בתשוב' כו' א"נ שהדיינין שרואין כת"י מכירין שהוא כת"י וממילא הוא מתקיים שאין כאן קבלת עדות שלא בפני בעל דין ע"כ ובד"מ כתב ז"ל עיין למטה דיש לחלק בין כת"י לשטר אחר עד כאן לשונו והיינו מ"ש למטה בשם ר' ירוחם הובא בבית יוסף ז"ל שטר צוואה אין מקיימין אותו אלא בפני בעל דין ולא דמי לקיום שטרות דעלמא דאמרינן עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה בבית דין בעדי צוואה אינו אלא לזכרון דברים בעלמא והא דאמרינן אם אמר תנו נזקקק מיירי דאמר תנו בפני בית דין או שכתב בכת"י שטר צוואה תנו לפ' כך וכך כל זה מדברי הראב"ד אבל שאר פוסקים כתבו שדינו כשאר שטרות עיין שם בבית יוסף ומבואר מדברי ר"י וב"י וד"מ דלא מחמרינן גבי כת"י יותר משאר שטר ואדרבה כי מחלקין לקולא הוא דמחלקין בראב"ד דשטר צוואה אין מקיימין שלא בפני בעל דין משום דהוי זכרון דברים וגבי כת"י מקיימין שלא בפני בעל דין ועוד ראי' מדברי השלחן ערוך סימן ק"י שכתב כת"י הניכרת לבית דין והוא לדעת הרא"ש בתשוב' וכמ"ש שם בסמ"ע ואין עד נעשה דיין אלא בקיום שטרות דרבנן אלמא דכת"י נמי מדרבנן הוא ומה שהוכרחו הב"ת והש"ך לחלק בין כת"י לשטר הוא לפרש דברי רב שרירא גאון שמחלק נמי דימוי חתימה בין כת"י

לשטר דעדים אבל יתבאר בסק"ז פירוש נכון בדברי הגאון אחר כתבי מצאתי בשו"ת מוהרח"ש חלק ראשון סימן ל"ב ופסק גם כן דמקיימין כת"י הלוה שלא בפניו ועיין שם קצת מאלו ראיות שזכרנו ונהניתי כי ת"ל כוונתי לדעת הגדול:

סעיף ו

הרביעי. כתב ר"י נ"ב ח"ה יש מחלוקת בתוספתא אם אומרים העדים כ"י הוא זה ואחרים אומרי' אין זה כת"י אם צריך קיום אחר או לא ולא אפסקא הלכתא כמאן עד כאן לשונו ועיין ש"ך שכתב והמחלוקת הזה ראיתי בירושלמי וז"ל הריטב"א כתב גרסינן בירושלמי הם אומרים כ"י הוא זה ואחרים אומרים אין זה כת"י הא תרי ותרי פי' אף על גב דלרבנן אין א' מהעדים מעידים אלא על כת"י בלבד ואלו השנים אחרם מעידים על כל א' וא' לא חשיבי תרי לגבי חד דכיון שהעדים על מנה שבשטר הן מעידין הא חשיב כאידך תרי אבל הם אומרים אין זה כת"י ואחרים אומרים כת"י הוא תני ר"ח לא מעלין עדי השטר ולא מורידין פי' שהעדים האומרים אין זה כת"י מיירי שאין א' מהם מעיד אלא על שלו ואידך דמכחישין מעידים על כל א' וא' והוי לי' תרי לגבי חד אמר ר' יוסי מתני' אמרה כן אם יש עדים שהוא כת"י אין נאמנין ופי' טעמא משום דליכא למימר הפה שאסר הוא הפה שהתיר דאפילו אמרי אינו כת"י לא מהני להו כיון שיש עדים שהוא כת"י כנ"ל פי' הירושלמי ומשמע דאם עדי השט' כל אחד מעיד גם כן על חבירו שאינו כת"י ה"ל תרי ותרי עד כאן לשונו הש"ך ולכאורה קשה בהא דקאמר ר"י מתני' אמרה כן דהא כתבו בתוספות דמגו בשנים ל"א דשמא חבירו לא ירצה לומר כן והא דמיהמני לומר אנוסין וקטנים במגו דאין כת"י היינו משום דאם א' מהם יאמר אין זה כת"י ליכא שטר אלא בע"א ולאו כלום הוא ואם כן היכא דיש עדים שהוא כתב ידו אפילו אחד מהם יאמר אין זה כתב ידו ודאי אינו נאמן דהוי חד לגבי תרי אבל אם שניהם אומרים אין זה כתב ידו אינו מוכח: ונראה דודאי כיון דכל א' מהם אינו אומר אלא אין זה כת"י ועל כתב חבירו אינו אומר כלום ואם כן ודאי הוי חד לגבי תרי כיון דשנים מעידים על כל א' וא' להכחישו ה"ל תרי לגבי חד אלא דחד כיון דאומר אין זה כתב ידו ה"ל כמו תרי כמו באומר זה כת"י דהוי כתרי לזה שפיר קאמר ר"י מתני' אמרה כן דאי הוי כתרי זה שאומר אין זה כת"י אם כן אם א' מהם יאמר אין זה כת"י אף על גב דשנים אחרים אומרים שהוא כת"י ה"ל נמי כתרי ואם כן אית לי' מגו אע"כ דהאומר אין זה כת"י לא הוי אלא כחד ואם כן ממילא נשמע דאפילו אם שניהם אומרים אין זה כת"י כל חד וחד אינו אלא כע"א והוי לי' חד לגבי תרי ועמ"ש בסקי"א דאפילו אם שניהם מעידים כל א' וא' על שאינו כת"י אפילו הכי עדי השטר לא מורידין ושנים מן השוק נאמנין יותר:

סעיף ז

מתוך כתבם. וקשה על הרמ"א דסתם לקמן סעי' ל"ו בנשתתק דחתימתו מתקיימת ע"י אחרים ולא ע"י עצמו וכאן כתב דיכול להעיד עדות זו מפי כתבם ועיין ש"ך שכתב ודוחק לחלק בין נשתחק שאינו ראוי להגיד דהא אנן לא קיימא לן הכי לעיל סימן כ"ח סעי' י"א אלא קיימא לן בין אלם בין אינו אלם פסול מפי כתבם ואם כן הוא הדין דבדרבנן אין לחלק וצריך עיון עד כאן לשון הש"ך ועמ"ש בישוב קושיא זו בס"ק י"ת:

סעיף ח

החמישי. כתב הטור בסימן ס"ט בשם רב שרירא גאון שאין מקיימין כת"י הלוה משני שטרות או משני כתובות דכיון דקיוס שטרות דרבנן היכא דאתמ' אתמ' היכ' דלא אתמ' לא אתמ' ונראה שאין לחלק בין קיוס דהכא לשאר קיומי עכ"ל: ובתב הב"ח בביאור דברי הגאון דדוקא כתב יד עדים הקילו משום דקיום שטרות דרבנן משום דנעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין אבל כת"י הלוה מן התורה בעי קיום ועיין שם שכתב ושארי לי' מארי' לבעל התרומות והטור שהשיגו על הגאון בסברתם בלי ראי' ולא ירדו לסוף דעת הגאון עד כאן לשונו ובש"ך בסימן ס"ט כתב דודאי ירדו לסוף דעת הגאון ואף על פי כן השיגו עליו דכיון דהוי קיום אין חילוק בין שטר לכת"י דקיום מעליא היא ולא משום שהקילו חכמים לקיים משני שטרות ועיין שם שהעלה בעיקר הדין דכת"י מן התורה בעי קיום כדברי הבית חדש ואין מקיימין שלא בפני הלוה ועיין שם והנה מה שכתב דכת"י מן התורה בעי קיום כבר כתבנו בזה דעתינו הקלושה בסק"ה: אך מ"ש הש"ך דקיום זה דעורכין משני שטרות לאו מקולי קיום הוא אלא דקיום מעליא הוא בזה נראה כדברי הב"ת דלא הוי קיום מעליא וראי' ממ"ש המרדכי פ' האשה שנתארמל' ז"ל השיב רבינו תם ז"ל הלכך בעינן משני שטרות דדלמא בתרי זימני מכוונא לחתימות ידייהו ובדין הוא דאפילו הכי לא תסגי לן אלא כי היכא דלא ליתי בעל חוב ומערער ותנעול דלת בפני לוין הלכך ביוצא מתחת ידו אימר זיופי זייף ואפילו יוצא מתח' יד אחר אנו בושין אלא לגלגל עליהם ישינים דאיכא למימר זייף אבל קיים השטר ע"י עדים החתומים בו אפילו יש למלוה אלף שטרות לא אמרינן זייף שהרי העדים מתוך כוונת הלב וטביעות עין הן מכירין ובחוט השערה הן מכירין השינוי אבל להקיף החתימה הוי כמו דברים שאין מקיפין תדע מדבעינן שני שערות ועוד צא ולמד מדאמרינן הי' יודע לו בעדות קרקע ונסתמא כו' אפילו כיון במדת מצרנהא ומדת גמיו בגלימא ומשקל מנסכא לא מהימני להו דכולהו אמוראי איתותבי אלמא דעיקר העדות בט"ע ולא לדמויי מלתא למלתא אלא דתקנה עבדינן בקיום משום פסידא דלקוחות עד כאן לשונו והעתקנו לשון

הקודש של ר"ת כי ממנו זכינו לדברים הרבה ועתה תראה איך זה הקיום של דימוי כמה הוא קלוש עד שכתב עליו ר"ת ואפילו יצא מתתת יד אחר אנו בושים אם כן א"נ דכת"י הלוה מן התורה בעי קיום ודאי אין ראי' משטר לכת"י כיון דזה מדרבנן וזה מן התורה והיכא דאתמר אתמר וכמ"ש הגאון ואם כן דברי הבית חדש נכונים לשטתו: אמנם בדברי ר"ת קשיא לי במה דהביא ראי' דעיקר עדות בט"ע הוא מדאתותבי כולהו אמוראי והוא ראי' לסתור דהתם לא אתותבי אלא משום דבעינן תחלתו וסופו בכשרות ואם הוא סומא אין סופו בכשרות וכדאמרינן התם מיתבי הי' יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו פיתח ונסתמא כו' זה הכלל כל שתחלחו וסופו בכשרות כשר ואם כן אין הפסול אלא משום דהוא סומא וסומא פסול אף על גב דיכול להעיד מפי השמועה ששמע שהודה והכירו בט"ע דקלא ומשמע הא מי שאינו סומא שפיר מעיד ע"פ משקל ומדת גמיו דאם לא כן תיפוק לי' דאינו מעיד משום שלא הגיד בט"ע והתם לא פריך אלא מברייתא דפתח ונסתמא וצריך עיון ועמ"ש בסימן רצ"ז ☜אולם בעיקר הדין לקיים כתב יד הלוה ע"י דימוי נראה כדעת רב שרירא גאון מהא דאמרינן פ' גיד הגשה דף צ"ו אמר רבא מריש הוי אמינא סימנא עדיף מטביעות עינא דהא מהדרינן אבידתא בסימן ולא מהדרינן בט"ע השתא דשמעתינהו להני שמעתא אמינא ט"ע עדיפא מסימני א"ר יצחק ברי' דרב משרשיא תדע דאלו אתי בתרי ואמרי פלני' דהאי סימנ' והאי סימנ' קטל נפשא לא קטלינן לי' ואלו אמרי אית לן ט"ע בגוי' קטלינן לי' ועיין שם ואם כן הוא הדין בזה שבאו להכיר את הלוה ע"י סימנים דהיינו ע"י דימוי ולא ע"י ט"ע לא מחייבינן לי' ואף על גב דמקיימין את השטר ע"י דימוי דאינו אלא סימנין דהיינו צורת האות של פ' דומה לצורת האות שמקיימין מתוכו ויש בו נמי משום הוצאות ממון ע"י סימנין מכל מקום התקינו חכמים מקולי קיום כיון דאין מעידין על גוף הלוה בסימנין אלא על העדים הקילו חכמים בקיום שטרות דרבנן אבל היכא שהס מעידים על הלוה בעצמו ע"י סימנין לא מהני דה"ל כאלו אמרו פלוני דהאי סימנא והאי סימנא לוה מפלוני מנה דאין מוציאין ממון ע"י סימנין אלא בט"ע והיינו. דקאמר רב שרירא גאון דאין מקיימין כת"י הלוה ע"י דימוי דאינו אלא סימנין בצורת האותיות והיכא דאתמר אתמר והיינו בשטר שאין מעידין על הלוה אלא על העדים ועיין שם בתוספות פרק גיד הנשה שהקשו דהיכי מוציאין ממון בשטר שנמצא בשוק על ידי סימני המלוה בכרוכין ותירצו כיון דהשטר נמצא בשוק ואין מוציאין כלום רק שמחזירין את השטר עיין שם וה"נ דוקא בשטר מקיימין ע"י סימן דהסימנין הוא על העדים אבל בגוף הלוה צריכין ט"ע דוקא וכי אמרי ע"י סימנא דהאי הוא הלוה אין מוציאין ממון וזה נכון היטיב. ולכן לדינא נראה

עיקר כדברי רב שרירא גאון שלא לקיים חתימת יד הלוה כי אם ע"י ט"ע ולא ע"י דימוי בצורת האותיות דה"ל פ' דהאי סימנא והאי סימנא לוה מפ' מנה ובט"ז סימן ס"ט כתב על דברי רב שרירא גאון ז"ל ובי"ד סימן רכ"ח משמע דאפילו במידי דאורייתא מהני מה שמכיר החתימה דהא מהני לענין נתינת רשות כמ"ש בתשובת רמב"ן עד כאן לשונו והיינו בנשבע שלא לעשו' דבר פ' בלי רשות פ' כיון שנתן לו אותו פ' רשות הותר לו וכתב שם הרמב"ם שא"צ רשות פא"פ אלא אפילו בכת"י כל שהוא מכיר חותם ידו עד כאן לשונו ואף על גב דא"ל דמ"ש הרמב"ן כל שהוא מכיר חותם ידו היינו בט"ע ולא ע"י דימוי אך לפי שדברי הרמב"ן סתמו משמע דבכל ענין שמכיר החתימ' מהני ואפילו ע"י דימוי: ולכן ישבתי לפמ"ש בטעמא דגאון משום דאין מוציאין ממון ע"י סימנין משום הכי לא מהני דימוי ואם כן התם גבי שבועה דהוי לענין איסור דמהני סימנין ודוקא גבי חומר נפשות או בהוצאו' ממון ל"מ פ' דהאי סימנא והאי סימנא אבל באיסור מועיל כמו דמהני סימנין להתיר אשת איש ע"י סימנין שנהרג אותו פ' וכמה שכתבו תוספות שם פ' ג"ה ועיין שם בתוספות ד"ה אלו אתו תרי:

סעיף ט

ואפילו אם השטרות מקויימין. והיינו דוקא ע"י דימוי הוא דאין מקיימין אם הוא יוצא מתחת ידו וכמ"ש ר"ת בתשובה על הישנות אנו בושין אלא נגלגל עליהם החדשות והעתקנו דבריו בסק"ז עיין שם אבל ע"י ט"ע דהוא קיום מעליא ל"ח כלל אפילו ביוצא מת"י אבל בעל העיטור ס"ל דאפילו בט"ע כל שיוצא מת"י שטר אחר או ספר מכתיבת אותן עדים חיישי' דלמא זיופא זייף ועיין ש"ך שכתב ודעת כל הפוסקים אינו כן והכי נקטינין ע"ש:

סעיף י

שיזכרו עדותן. והוא דעת הרמב"ם וכן דעת בה"ג והראב"ד פ"ח מהל' עדות כתב ז"ל א"א ויש מי שאין מורין כן ויודעין בדינין כמותו שאם אמרו אין לנו זכרון כלל אין זו סתירה ויותר מזה שאפילו אמרו כת"י הוא זה אבל מעולם לא היתה מלוה כי אם אמנה היתה אין נאמנין אבל אם אמרו דומה חתימה זו לכת"י אבל מזוייפת היא כי מעולם לא חתמנו בשטר זה ודאי יכולין לפוסלו עד כאן לשונו ועמ"ש בכסף משנה בישוב השגת הראב"ד ועמ"ש בש"ך בזה ולעד"נ מ"ש הרמב"ם עד שיזכרו עדותן ואם לאו הרי הם כחרשין ל"ב שיזכרו את ההלואה דוקא או שראו הרצאת המעות אלא אפילו שזכרו את חתימתן ושחתמו על ידי צווי הלוה סגי בכך דכיון דנשתעבד בשטר אף על פי שלא לוה וכמבואר בסימן מ' אם כן היינו הלואה ממש ולא אתי הרמב"ם לאפוקי אלא אם אמרו כת"י הוא

זה ולא זכרו שום הלואה וגם לא זכרו כלל ענין השטר איך שחתמו ע"י ציווי הלוה בזה הרי הוא כחרש אבל אי זכרו לצווי הלוה לחתוספות הרי הוא הלואה ממש וכמ"ש ואם כן גבי כת"י הוא זה ואמנה היה דברינו נהי דאמרו בפי' שאין זוכרין הלואת מעות מכל מקום כיון שלא אמרו בפירוש שאין זוכרין מציווי הלוה לחתום אמרינן מסתמא זוכרין החיוב דהיינו שזוכרין את צווי הלוה לחתום דהוי הלוא' וזה יראה לי ברור ומפרשי הרמב"ם וגם מדברי הש"ך משמע דבעינן דוקא שזוכרין הלואה ממש ול"נ כמ"ש דאם לא כן מה יעשו היכא שלא היה הלואת מעות כלל אלא נתחייב בשטר כמבואר בסימן מ' אלא ודאי כשזכרו מציווי הלוה לחתום היינו הלואה ועיין ש"ך מ"ש בסימן ס"ג ועמ"ש שם ואיכא למידק בהא דאמרינן בגיטין דף כ"ז ובמציעא דף י"ת ר' ירמי' אמר כגון דאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט א' של יוסף בן שמעון ועיין שם גרסאו' שונות דאיכא דגרסי דקא אמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט א' של יוסף בן שמעון זה ועיין שם בר"ן והוא שטת רש"י ושטת הרמב"ם ותוספות והרא"ש דאפילו אין מכירין שהוא יוסף בן שמעון זה אפילו הכי כשהבעל אומר שחתמו על שלו נאמן דלא תשדינן אותו למשקר לקלקלה במתכוין אבל כשאין העדי' אומרום כלום חיישינן שמא חתמו על של יוסף בן שמעון אחר וזה הגט של יוסף בן שמעון אחר והוא קסבר שהוא שלו וכ"כ הבית יוסף באבן העזר סימן קל"ב ז"ל וכן נראה מדברי הרמב"ם פ"ג שכתב ז"ל או שאמרו מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד שיש בו שמות כשמו' אלו הרי הוא בחזקתו ותתגרש בו עיין שם וקשה דהתם כיון דאפילו כת"י יוצא ממקום אחר אין הגט מועיל אלא ע"י עדותן שאמרו מעולם לא חתמנו אלא על גט א' וכיון שאין זוכרין את העדות הרי הן כחרשין ובזו ליכא למימר דלא מיהמנו לומר שאין זוכרין דהא כיון דהגט נתקיים ע"י עדותן במה שאמרו מעולם לא חתמנו אם כן מהימנו במגו כמו באין כת"י יוצא ממקום. אחר מיהו לפי מ"ש הש"ך דבסתם אנו אומרים שזוכרין ואין אנו צריכין לשאול את פי העדים בזה ניחא דאין צריכין לשאול אבל לדעת רש"י והר"ן דחיישינן שמא בעל משקר צריכין לשאול אתפיס העדים שיאמרו למי כתבו לזה או לאחר ולפי מ"ש מוהרי"ק בשורש ע"ד דלא כתב הרמב"ן כן אלא בממונא אבל באיסורא כל שאמר העד זה כת"י הרי העיד שראה הדבר ושוב אינו נאמן לומר לא ראיתי עיין שם ואם כן ניחא טפי דגירושין הוי מלתא דאיסור'. ובעיקר הדין העל' הש"ך כדעת הרמב"ם כיון שבה"ג בשם מר רב יהודאי גאון ורבנן בתראי כולהו ס"ל כהרמב"ם. אמנם מצאתי בתוספתא כדברי החולקין עיין שם פ"ת דגיטין כיצד אמרו יתקיים בחותמיו עדים שאמרו כת"י הוא זה כשר אבל אין אנו מכירין לא את האיש ולא את האשה כשר אין כת"י הוא זה אבל אחרים מעידין בהם

שהוא כת"י אושהי' כת"י יוצא ממקום אחר כשר. נמצינו למדין מתוספתא כשאמרו כת"י הוא זה אבל אין אנו זוכרין לא את האיש כו' דאין זוכרין כלל מה שיש בגט אפילו הכי כשר ולפי מ"ש מוהרי"ק לחלק בין איסורא לממונא ניחא אך דלא אתברר החילוק בין איסורא לממונא ולכן עיקר כהחולקי': והנה זכינו לדברים הרבה מדברי התוספתא והוא במה שנסתפק בש"ך אם העדים אומרים לא חתמנו אם צריך קיום מן התורה עיין ש"ך סק"ט ומתוספתא אנו למדין דא"צ קיום מן התורה דהא תני אין כת"י הוא זה אבל אחרים מעידים או שהיה כ"י יוצא ממקום אחר ואלו הוי הקיום מן התורה לא מהני דימוי וכמ"ש הב"ח בסימן ס"ט וכבר כתבנו בסק"ה דדימוי אינו קיום מעליא וכמ"ש בשם רבינו תם בחשובה ועיין בהגהת מרדכי בקדושין אם העדים נאמנין לומר אין זה כתב ידו והביא ראיה מהא דאמרינן פ' אד"מ שטר שכתוב בו בניסן ובאו עדים ואמרו עמנו הייתם במקום פ' השטר כשר ועדים כשרים והתם ע"כ עידי השטר אינם לפנינו מדמסיק חיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו ואם היה לפנינו נשאל להם משמע דאי לאו טעמא דאחרוהו היו העדים פסולין לכל העדות ואם היו נאמנין לומר לא חתמנו למה נפסלין דלמא אם היו כאן היו אומרים לא חתמנו ע"ש. ולפמש"ל סק"ת בפירוש דברי רב שרירא גאון דמשום הכי אין מקיימין כת"י ע"י דימוי משום דהוי כמו פלניא דהאי סימנא והאי סימנא לוה מפ' מנה דאין מוציאין ממון אם כן הוא הדין בעדים שניזומו אם לא הכירו את חתימתן ע"י ט"ע אלא ע"י דימוי שהוא כת"י יוצא ממקום אחר לא מהני דהוי כמו פלניא דהאי סימנא והאי סימנא קטל גברא וכדאמרינן פ' ג"ה וכמ"ש סק"ה עיין שם ואם כן עדים שבשטר שניזומו וכגון שידוע שלא איחרוהו ל"מ כי אם בט"ע דוקא: **עוד** אנו למידין מתוספתא היכא דעדים החתומים בשטר אומרים לא חתמנו אפילו שני העדים שבשטר מעידין כל א' על חבירו שאין כת"י ולא כת"י חבירו אפילו הכי כל ששנים אחרים מעידין שהוא כת"י נאמנין ולא הוי תרי ותרי וכמו שנבאר בטעמו דהא בתוספתא תני ברישא כיצד אמרו יתקיים בחותמיו עדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אין אנו מכירין לא את האיש ולא את האשה ובזה ודאי כשאין זוכרין את הענין על כת"י הן מעידין וצריך להעיד כל א' על כת"י ועל כת"י חבירו ודומיא דרישא סיפא נמי דתני אין זה כת"י נמי בכהאי גוונא מיירי שכל א' מעיד עליו ועל חבירו שאין זה כת"י ואפילו הכי תני אבל אחרים מעידין שהוא כת"י כשר ועעמא דהאי מלתא נראה כיון דמה"ת אפילו עדים שבשטר אומרין אין זה כת"י אין נאמנין וכמ"ש ומשום דמה"ת לא חיישינן לזיופא אין עדים שבשטר נאמנין לגרוע השט"ח אף על גב דעדים אחרים ודאי נאמנין לומר מזויף דליהוי על כל פנים תרי ותרי אפילו הכי אין עדי השטר נאמנין. לפי

דאינו חוזר ומגיד ואף על גב דהם אומרים שלא הגידו כלל מכל מקום כיון [דאנן] דיינין לי' דהוי שטר אין העדים נאמנין כלל כמו שאין נאמנין לומר אנוסין היינו מח"נ אף על גב דעדים אחרי' נאמנין וכל זה לדינ' דאוריי' וחכמי' שתיקנו קיום בשטר לא תקנו אלא משו' דחיישי לזיופ' ואם כן כשמתקיי' ע"י אחרי' הדרינן לדינ' דאוריית' דאין עדי שבשטר נאמנין כלל לפי שאינו חוזר ומגיד ואף על גב דעל חבירו ודאי נאמן לומר שאין זה כת"י לפי שהוא כמו אחר ואין בזה חוזר ומגיד כיון שאינו נאמן להכחיש כת"י ה"ל תרי נגד חד וזה נראה בכוונת הירושלמי הם אומרים אין זה כת"י ואחרים אומרים שהוא כ"י תני ר' תייא לא מעלין עדי השטר ולא מורידין והיינו משום דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכמ"ש ומשום הכי כיון דאינו נאמן להכחיש כת"י אף על גב דנאמן על חבירו ה"ל חד לגבי תרי. והריטב"א מפרש דברי הירושלמי דמיירי דעדי השטר אינם מעידי' רק כל א' על עצמו אבל אם מעיד כל א' על חבירו ה"ל תרי ותרי אך דלשון הירושלמי שאמר עדי השטר לא מעלין לא משמע הכי דהא גם עדי השטר מורידין אם כל א' מעיד עליו ועל חבירו ולפי מ"ש א"ש דכל ששנים אחרים מעידים על הקיום הדרינן לדין תורה דעדי השטר לא מעלין ולא מורידין אף על גב דאחרי' נאמני' ומשום טעמא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וזה יראה ברור. אח"כ מצאתי בתשובת מוהר"מ אלשיך סימן מ' ושם כתב בפשיטות דהיכא דמתקיי' ע"י אחרים אין נאמנין לומר לא חתמנו ועיין שם דמשמע מדבריו אפילו היכי דכל א' מעיד על חבירו ולא הביא שום ראי' לדבריו והוא נגד דברי הריטב"א ולדינ' נראה ברור כמ"ש:

סעיף יא

אלא בע"א. גרסינן פ' האשה שנתארמלה (כתובות דף כ') תנו רבנן כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עלי' אפילו לאחר כמה שנים אמר רב הונא והוא שזכרה מעצמו ר' יוחנן אמר אע"פ שאינו זוכר מעצמו. והקשו תוספות ואמאי לא מצי חזי בכתבא הא תנן בפרק גט פשוט מי שנמחק שטר חוב מעמיד עליו עדים כו' אלמא לא חשבינן לי' מפי כתבם וי"ל דע"א בשטר לא תשיב שטר אלא אותו שיש בו שני עדים דומיא דספר מקנה והא דאמר בפ' גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ה ע"א) בכתב וע"א בע"פ אין מצטרפין דמשמע הא שנים בשטר אפילו בשתי איגרות מצטרפין התם מיירי כו' ומ"מ נהי דע"א לא תשיב שטר לענין שאם יבואו עדים ויאמרו כך ראינו בשטר דחשבינן לי' כעד מפי עד עדות מיהא הוי ויכול לשלוח כת"י לבית דין ולא חשיב מפי כתבם כיון שזוכר העדות עד כאן לשונו ומזה הקשה בש"ך על הרמ"א דכיון דקיימא לן שני איגרות מצטרפין אפילו לא ראה מסירת השטר וכדלקמן סימן נ"א אם כן ע"א הוי כשני עדים ולא קיימא לן כפי'

קמא של הר"י אלא כמו שכתבו התוספות אח"כ וז"ל א"נ אומר ר"י דע"א מועיל בשטר אם יש שני שטרות וכ"ת אם כן בשמעתין יביא כתבם לבית דין אפילו אינו זכור כלל וי"ל דלא תשיב שטרא אלא היכא דעשוי מדעת שניהם אבל הכא שכותב עדותו שלא מדעת הלוה לא חשיב שטרא והרב שכותב בפשיטות דבע"א בעינן שיזכור דבריו צל"ע ע"כ: והנראה לענ"ד בזה דזה ודאי לפי מ"ש הרמ"א בסימן ל"ט וכאן לפנינו דהיכא דאינו עשוי כתיקון שטר העדאת עדים מיהו הוי אם כן תו ל"ל כתי' השני שבתוספות משום דאינו עשוי מדע' המתחייב דמה בכך מכל מקום העדאת עדים הוי אלא נ"ל כתירוץ קמא שבתוספות משום דהוי ע"א וטעמא דע"א בעינן שיזכור עדותו ולא סגי שיביא שטר לבית דין היינו משום דכבר כתבנו בסק"ג דהטעם דנמחק שטרו מעמיד עליו עדי' ולא הוי עד מפי עד היינו משו' דנעש' כנחקר' עדותן בבית דין וה"ל כשמעו שני עדי' שנחקר' עדותן בבית דין דלא הוי עד מפי עד ומשום הכי כל שנעשה שלא מדעת המתחייב אף על גב דהוי עדות מכל מקום כיון דאינו שטר ולא הוי כנחקרה עדותן בבית דין הוי לי' עד מפי עד ולא מהני העדאת עדים אם נעשה שלא מדעת המתחייב אלא אם נתקיים בבית דין היינו שהבית דין עצמו יכירו אבל אם אין הבית דין מכירין אף על גב דעדי השטר מעידין שהוא כת"י או אחרים מעידין על כת"י ה"ל עד מפי עד ודומה כמי שאמר אדם נאמן הגיד לי וכמ"ש בסק"ג בביאור היטב ומשום הכי בעינן שיזכור עדותו ולא סני שיביא שטרו לבית דין משום דהיכא דאין הבית דין בעצמן מכירין את כת"י אלא שהוא בצמו יעיד על כת"י או אחרים ה"ל עד מפי עד כיון דלא נעשה כתיקון שטר ולא שייך בי' כנחקרה עדותן בבית דין ולתי' השני משום דלא נעשה מדעת המתחייב לא הוי שטר וממינא גם העדאת עדים ליכא אם לא נתקיים בבית דין וכמ"ש ולתי' קמא אפילו נעש' מדעת המתחייב כיון דאינו אלא ע"א נמי לא מהני שיביא שטרו לבית דין משום דה"ל עד מפי עד דהא מבואר בסימן ל' סעיף י"א העיד א' בבית דין והעיד השני בבית דין אחר יבא בית דין אצל בית דין ויצטרפו עדותן אבל אחרים ששמעו הענין אינם יכולים להצטרף דהוי עד מפי עד ודעת הסמ"ע דאחרים ששמעו הענין אין מצטרפין אף על גב דשמעו ששנים עדים נחקרה עדותן בבית דין הוי נמי עד מפי עד אמנם כבר כתבנו דעתינו דאם שמעו שני עדים שנחקרה בבית דין לא הוי עד מפי עד ועיין שם מ"ש בזה וכן כתב בטורי זהב שם דאם שמעו שני עדים שנתקרים בבית דין לא הוי עד מפי עד אלא דוקא אם שמעו ע"א שנתקר עדותו בבית דין זה וחקירת עד אחד בבית דין אחר אין אחרים ששמעו הענין יכולין להעיד דה"ל עד מפי עד ועיין שם בט"ז: ולפי זה בע"א בשטר אפילו נעשה כתיקון שטר מדעת מתחייב אפילו הכי אינו יכול להביא שטרו

לבית דין אם הבית דין עצמן לא יכירו אלא שהוא בעצמו יעיד או אחרים על חתימתו דה"ל עד מפי עד כיון דהיכא דשמעו חקירת ע"א ה"ל מפי עד אף על גב דנחקרה עדותו בבית דין ומשום הכי בעינן שיזכור עדותו דאם לא כן ה"ל עד מפי עד דהא אפילו שמעו חקירה משני עדים אפילו הכי כל שלא נחקרה עדותן של שנים בבית דין אחד אלא ע"א בבית דין זה וע"א בבית דין אחר ה"ל עד מפי עד ומכ"ש חקירת ע"א בלבד בבית דין דהוה לי' עד מפי עד ומשום הכי כתב הרמ"א בע"א אם בא להעיד על חתימתו או אחרים כל שלא נתקיים בבית דין דהיינו שהבית דין בעצמם יכירו ה"ל עד מפי עד עד שיזכור עדותו אבל בשתי איגרות מצטרפין דכיון דעד החתום בשטר נעשה כמי שנחקרה עדותו בבית דין ואם כן ע"א החתום בשטר זה וע"א חתום בשטר זה הוה ליה כנחקרה עדותן בבית דין אחד דהא עדים החתומים על השטר דנעשה כמי שנתקרה עדותן בבית דין ודאי נעשה כאלו נחקרה עדותן בכל בית דין שבעולם ומשום הכי לא הוי עד מפי עד דהא היכא דשמעו חקירת שני עדים בבית דין אחד לא הוי עד מפי עד אבל ע"א בשטר לא הוי מועיל עד שיזכור עדותו בבית דין דאם לא כן ה"ל מפי עד כיון דלא נחקרה רק עד אחד ומשום הכי לא מהני שיביא שטרו לבית דין דאם אין הבית דין מכירין ה"ל עד מפי עד והבן היטב והוא ענין נבחר ועמ"ש בס"ק ג'.

סעיף יב

עדים לקיים. וכתב הנימוקי אבל אם העיד ראשון' החי עצמו הוי אידך יתר שהוא כנטול וכתב הש"ך ז"ל ואם כן כ"ש כשהעיד ראשונה החי על עצמו דלא מהני דלכתוב חתימת ידי' אחספא עיין שם ול"נ דבכהאי גוונא שפיר מהני דבשלמא העדאת עדים שאח"כ אינו מעלה כיון דכבר העיד החי על עצמו והוא על עצמו כמו תרי ואם כן כי אתו תרי אח"כ הוי כנטול וכיון דהוי כנטול ליכא עדות האחרונה רק עדות החי והוי נכי ריבעא אפומא דחד אבל אם כותב חת"י בבית דין דאז ניכר לבית דין חתימת התי בזה ל"ש כנטול ואם כן שפיר מתקיים ע"י בית דין ולא הוי נכי ריבעא אפומא דתד מיהו דוקא אם הבית דין בעצמו מכירין וכגון שמחוי לפני בית דין אבל אם כותב. לפני עדים ומשליכו בבית דין דאז הבית דין בעצמו אין מכירין רק ע"י עדים שמעידין לפניהם אם כן תו לא מהני העד את עדים שמעידין אח"כ דהוי כנטול ואם כן לא הוי רק עדות החי דהעדאת עדים שאח"כ הרי הוא כנטול אבל אם כותב לפני בית דין דהב"ד בעצמן מכירין את חתימת החי לא נפיק אפומא דחד כיון דהב"ד בעצמן מכירין ול"ש בזה כנטול דהחוש אינו כנטול כיון דהב"ד בענמן מכירין וזה נראה ברור:

סעיף יג

ודיין א'. ז"ל הר"ן פ' האשה שנתארמלה וכתב הרא"ה ז"ל דמשכחת עד ודיין מצטרפין כגון שיש עד א' מעיד על חתימת ב' עדים ודיין א' שמעיד על חתימתו שהרי יש לנו ע"י מחצית הקיום וע"י העד מתצית הקיום האחר וכן הדין בשאין הדיין מעיד על חתימתו אלא ששנים מן השוק מעידין על העד ועל הדיין דהשתא כולא סהדותא חד הוא ואי תימא אמאי לא נחוש נהי דחתימת הדיין אמת החתימות האחרות מזוייפת ואלו היה מזוייפת אף חתימתו שנ זה אינו כלום שהרי לא היו כאן בית דין בעולם וי"ל דאי כתיב בי' הנפק במותב תלתא כחדא הוינא ליכא למיחש ואפילו לא כתוב בו כן אפילו הכי כיון דקיום שטרות דרבנן ל"ח לאחרות שיהיו מזוייפת לענין שנפסול אף זו שנתקיימה בפנינו דדכוותה אמרינן בירושלמי דע"א בשטר זוקק לשבועה ומקשינן וע"א בכתב כלום הוא ומפרקינן בשהיו שנים ומצאו לקיים כת"י של א' ולא מצאו לקיים כת"י של שני וש"מ דאף על גב דע"א בשטר לאו כלום הוא ואפילו הכי כי חתימו תרי אע"פ שלא מצאו לקיים אלא חתימת א' מהם ל"ח לזיוף השני נמצא שאף זה שנתקיים ה"ל ע"א בשטר ולא מהני אלא לעולם בשטר חתום לפנינו ל"ח לזויפא בכדי שיורע בכך כח העדים האחרים שנתקיימה חתימתן עד כאן לשונו וע"ש. וקשה במה דכתב הטור וש"ע סימן מ"ה סעיף י"ט בשטר שהוא ועדיו בשטה אחת ועוד למטה ממנו בשטה א' שני עדים דחיישינן שמא תתך כל השטר העליון שהי' עדים התחתונים חתומים בו ובשטה שבין שטר לעדים כתב שטר ועדים והעדים שבשטה שני' יאמר כוונתי להרבות בעדים ולפיכך כשיבא לפנינו שטר כזה אין מקיימין אותו מעדים שבשטה שני' אלא מעדים שבשטה ראשונה והוא מש"ס פ' גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ה) והרי הכא האתרוני' מקויימי' ופסלינן את המקיימי' משום תששא דהראשוני' מזוייפת וליכא למימר דהטעם הוא משום דהוי ריעותא לפנינו משום שלא הניתו שטה חלק דאי אפשר לצמצם התתימה סמוך דאם כן בע"א בשטר ומצאו לקיים חתימת השני נימא דודאי זיוף בראשון מדלא הניח שטה חלק אע"כ דזה לאו רעותא ומשום דקיום שטרות דרבנן לא חששו למיפסל את המקויימת לפנינו משום חששא דזיוף אחר ואם כן התם בפ' גט פשוט נמי נימא הכי וניקום ונסמוך אקיום של אחרונים וצריך לחלק:

סעיף יד

ויש מי שמכשיר. והיינו משום דקיום שטרות דרבנן והקשה אחי הנבון מוהר' יהודה ש"ן מהא דאמרינן בפ' מי שמת דף קכ"ט הי' יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו הוא אינו מעיד על כת"י אבל אחרי' מעידים על כת"י אלמא דקרוב אינו

מעיד בקיום שטרות. ולי נראה ליישב לפי מ"ש בכנסת הגדולה בשם תשובת הגאונים דדוקא בא' קרוב וא' רתוק הוא דיש מכשירין אבל שניהם קרובים לא עיין שם וכן נראה מדעת המכשירין וראייתם הובא בש"ג ס"פ האשה שנתארמלה ז"ל הר"ר ברוך שאל לר' קלונמיס ולבנו ר' משולם כיון דקיום שטרות דרבנן אם יכול לקיים בקרובים דמלוה ולוה והשיב להכשיר וק"ו ומה קטן שלא הי' כשר לשום עדות ובכל עדות אמרינן תחלתו בפסול וסופו בכשרות פסול ואעפ"כ מתקיים השטר על פיו קרוב שכשר לכל העדות אינו דין שיתקיים השטר על פיו וכ"כ בא"ז להכשיר מק"ו ועיין שם ואם כן ודאי אמרינן דיו וגבי קטן בעינן שיהי' גדול עמו וה"נ בקרוב בעינן רחוק עמו וכיון דהמעיד על כת"י א"צ שמעיד אחר עמו דהא על מנה שבשטר הוא מעיד וכמ"ש בסעיף י' ומשום הכי חתנו אינו מעיד משום דכולה סהדותא אפומא דקרוב ואנן בעינן כשר עמו וכ"ת יעיד על כל פנים והצטרפות אחר עמו ואמאי קתני אבל אחרים מעידים דמשמע תרי כשרים זה אינו משום דכל שהעד שבשטר בעצמו מעיד ה"ל אחר כנטול ודמי למ"ש הריטב"א גבי שנים החתומים על השטר ומת א' מהם דאין עד החי יוכל להצטרף דהוי נכי ריבעא אפומא דחד אלא אם כן שני עדים אחרים מעידי' על החי וכתב הריטב"א דאם כבר העיד החי על עצמו תו לא מהני עדות המקיימים חתימת החי דאידך יתר כנטול ועיין שם ואם כן הוא הדין הכא. ובזה ניחא נמי דלא תיקשי לדעת המכשירין מהא דאמרינן פרק חזקת הבתים דאין מעידין על חתימת השני א' מן השוק עם אביו או אחיו של הראשין דנפיק נכי ריבעא אפומה דקרובי' ולדעת המכשירין סגי בקרובים וראי' זו הובא במרדכי פ' האשה שנתארמלה לפסול קרובים ולפי מ"ש טחא משום דבעי רחוק עמו ודומיא דקטן שיהי' גדול עמו ונפיק מחצית אפומה דקטן ומחצית אפומה דגדול וה"נ בקרוב ורתוק דיהי' מתצית בכשר ומתצית בפסול מה שאין כן כולה אפומה דקרובים או נכי ריבעא אפומה דקרובים לא מהני ולהלכה כבר נתפשט שלא לקיים בקרובי' אפילו כשר עמו:

סעיף טו

שלשה שישבו. עיין ש"ך סעיף קטן ס"ו ועמ"ש בסימן ל"ד סק"ה:

סעיף טז

וי"א דפסול. ואם ארבעה חתומים בהנפק ונמצא א' מהם קרוב עיין בהגהת מרדכי שלהי קידושין וז"ל ומה שהזכיר הרב עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אין שייך להזכיר כאן דודאי אם ארבעה חתומים בהנפק וא' פסול הי' שייך להזכיר אבל כאן שא' משלשה שבהנפק פסול אין נשאר כי אם שנים אין הנפק פחות משלשה וכו' וע"ש: מיהו נראה דאפילו לפי מה שנסתפק מוהרח"ש בדייני' אם שייך נמצא א' מהם קא"פ דכל הדין

בטל כמו בעדים ועמ"ש בזה בסימן ל"ו שק"ו מכל מקום נראה דכאן בהנפק כשר ולא מבעיא אם כתוב בו במותב תלתא כחדא הוינא דאז ודאי הרביעי לכבוד חתם אלא אפילו בסתמא כיון שלא נודע אם ישבו כולם לחתום תלינן מסתמא להכשיר וכמבואר בסימן מ"ה סעי'י"ב דוקא גבי שלשה י"ל דחתם לדיין אבל בארבעה תלינן שחתם לכבוד:

סעיף יז

זייף ותתם. ועיין בית יוסף מחו' ל' בשם משרים ז"ל וכן הדין בעד זומם וכתבו התוספות יש להסתפק אם נפסל בשאר עבירו' שאינו חמס אם נפסל בכך עד כאן לשונו והיינו משום דרשע דחמס חשוד לאותו דבר וחשדינן למשקר בשביל הנאת ממון ומשום הכי חיישינן שמא עתה זייף וחתם אבל רשע דאינו חמס אף על גב דפסול מצד גזירת הכתוב דכתיב אל תשת רשע עד אינו אלא מצד גזירת הכתוב כמו פסול קרוב דהא חשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר וכיון דאינו אלא מצד גזירת הכתוב אבל לא משום חשוד למשקר אם כן הרי הוא כמו קרוב דלא בעינין הוחזק כת"י קודם שנעשה קרוב וכן נראה דאינו אלא כמו פסול קרוב אם הוא רשע דאינו חמס וכן משמע מדברי הנימוקי פ' ז"ב ז"ל שבועת שוא על עמוד של אבן שהוא של זהב ואף על גב דלאו רשע דחמס הוא ותלמודא פסק כאביי דלא בעינין רשע דתמם ולאביי לא הוי טעמא משום דעבירה קא עביד אלא טעמא דאביי משום דרשע הוא ורחמנא פסלי' לעדות דכתיב אל תשת רשע עד אבל בעלמא בשאר איסורי דלא שייך עדות דאפילו ע"א כשר בהם ואפילו אשה ליכא למיפסלי' עד כאן לשונו ומבואר דאף על גב דהגזלנין וחמסנין פסול בעדות אשה אפילו הכי רשע דאינו חמס כשר בעדות אשה ומשום דאינו חשוד למשקר כמו גזלן וחמסן נאמן ואין פסולו אלא מצד גזירת הכתוב כמו קרוב דפסלה תורה ואם כן רשע דאינו חמס שחתם עד שלא נעשה רשע ואח"כ נעשה רשע דינו כמו חתם עד שלא נעשה חתנו בסעי' שאח"ז ועמ"ש בסימן נ"ב:

סעיף יח

מתחת ידי העדים. ועיין בית יוסף שכתב וז"ל ולפי דעת הרי"ף פ"ד אחין נ"ל דהיינו דוקא כשהשטר יוצא מת"י אחר אבל ביוצא מת"י עדים לא הוי כמי שנחקרה עדותן בבית דין ואם בעת שמוציאין השטר הם קרובים השטר פסול עכ"ל: וז"ל הרי"ף פ"ד אחין במאי דאמרינן נינחה גבי עדים זימנין דחזי בכתבא ומסהדי וה"ל מפי כתבם כו' ה"מ היכי דאיכא לשטרא תחות ידי עדים דאי בעי כבשי לשטרא וכל כמה דלא נפיק מחחת ידם כמה דלא אסהידו כו' אבל שטר דנפיק מתותי ידייהו מעידנא דיהיבי לי' ולא יוכל למיהדר ה"ל כמי שנחקרה עדותן בבית דין ומפיהם קרינן ביה ע"ש: **ובזה** נראה

ליישב קושיות תוספות רפ"ב דגיטין בפני נחתם כולו בפני נחתם חציו פסול אמר ר"ח ואפילו שנים מעידים על חתימת יד שני פסול מ"ט או כולו בקיום הגט או כולו בתקנת חכמים מתקיף לה רבא מי איכא מידי דאלו אמר חד כשר השתא דאיכא תרי פסול כו' אלא אמר רב אשי אפילו אומר אני הוא עד שני פסול מ"ט או כולו בקיום הנט או כולו בתקנת חכמים ועיין פירש"י אני עד שני הוי קיום הגט משום דנאמן אדם לומר זה כת"י והקשו תוספות ומי איכא מידי דאלו אמר בפני נחתם כשר ומשום דאמר אני הוא עד שני פסול. ונראה ליישב והוא דאמרו בש"ס שם ריש פרק קמא דגיטין הא דהמנוהו לשליח לומר בפני נחתם היינו משום דמן. התורה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין ואם כן כיון דשליח הוא עד שני והרי הוא יוצא מתחת יד עדים דלא שייך כמי שנחקרה עדותו בבית דין דאי בעי כבש לי' לשטרא ואם כן מבעי קיום מן התורה דלפי מ"ש הש"ך הא דמן התורה א"צ קיום היינו משו' דהוי כמי שנחקרה עדותן בבית דין משום הכי כתב גבי כתב יד דלא שייך כמי שנחקרה עדותן בבית דין צריך קיום מן התורה הבאתי דבריו בסק"ה עיין שם וכן משמע בדברי ר' ירוחם שהובא בבית יוסף סימן ק"י בשטר צוואה בעי קיום מן התורה משום דלא שייך בי' כמי שנתקרה עדותן בבית דין כיון דאינו אלא לזכרון ואף על גב דכבר כתבנו בסק"ה דלא כדברי הש"ך אלא אפילו במידי דלא שייך בי' כמי שנחקרה עדותן בבית דין נמי א"צ קיום מן התורה מכל מקום מדברי ר' ירותם מבואר להדיא דהיכא דלא שייך כמי שנחקרה בבית דין צריך קיום מן התורה ואם כן הכא דהוא תתות יד סהדי שהוא השליח. דלא הוי כמי שנתקרה עדותן בבית דין אם כן היאך הוא נאמן לקיים חתימת השני ולומר בפני נחתם הא בזה בעי מן התורה קיום אלא לפי טעמא דהרי"ף הא דלא הוי כמי שנחקייה עדותן בבית דין כשהוא תתות יד סהדי היינו משום דמצי כבש לשטרא אבל ביוצא מתחת יד העדים דלא מצי כבש לשטרא אז הוה כמי שנחקרה עדותן בבית דין. ואם כן הכא נמי אם הוא מונח תחות ידו לא הוי כמו שנחקר' עדותו בבית דין דאי בעי כבש לי' לשטרי' אבל השני דאין השטר יוצא מחחח ידו הוי לי' כנחקרה עדותו בבית דין ואם כן שפיר יכול לקיים חתימת יד השני ע"י תקנת חכמים דהמנוהו לשליח כיון דמן התורה הוי כמי שנתקרה עדותו בבית דין וא"צ קיום לזה והא דאמרינן בפ' ד' אחין נינחה גבי סהדי כו' אף על גב דאינו מונח תחת יד שניהם רק תחות יד אחד מהעדים מכל מקום ליכא רק חד סהדא ואם כן שפיר מתקיים השני ע"י תקנו' חכמים לפי שעדותו הוי כמי שנחקרה בבית דין וחתימת השליח שהוא עד השני אין יכול לקיים ע"י תקנות חכמים דהמנוהו לשליח כיון דחתימתו צריך קיום מן התורה דעדיין לא נחקרה בבית דין כיון שהוא תחות ידו

ומתקיים בקיום הגט דהא על כתב ידו נאמן לבדו וע"ז אמרינן דפסול או כולו בקיום הגט או כולו בתקנות חכמים וכאן העד השני שהוא השליח אינו יכול להתקיים ע"י תקנות חכמים לומר בפני נחתם כיון דחתימתן צריך קיום מן התורה ואין מתקיים רק בקיום הגט ואנן בעינן כולו בתקנות חכמים או כולו בקיום הגט ואינו דומה לשנים מעידים על חתימת השני דכשר דהתם אמרינן כיון דאלו אמר השליח בפני נחתם היה מתקיים נמי בתקנות חכמים אלא שאינו יודע ובאו שנים אחרים לקיים ובזה אמרינן מי איכא מידי דאי אמר חד כשר והשתא דאית תרי פסול אבל כאן באומר אני עד שני לא מצי אמר חד כלל דאין מתקיים חתימתו כלל ע"פ חד כיון דחתימתן בעי קיום מן התורה ואין נתקיים רק בקיום הגט ובזה בעינן או כולו בתקנות חכמים או כולו בקיום הגט ודו"ק היטיב. ומזה הוליד הבית יוסף את דינו לגטין אם חתם עד שלא נעשה תתנו דאם יוצא מתחת יד עדים לא. אמנם קשה דהוא נגד דברי הרמב"ן והר"ן דזה לשון הר"ן סוף פד"א ולטעמו ז"ל שחולק בין כד נפיק מתותי ידי' דבע"ד או מתותי ידי' דסהדי הקשו עליו דהכא לידא דאתתא או שליחא מטא ועוד דאם כן אמאי לא קרעינן כמה שטרא שהעדים חתומים ואינם מספיקים ליתנו לבעל דין עד ששוכחין עיקר הדבר ויש לומר דשאני הכא דכיון דלא חזי למיתבי' לבעל דין להיות בידו לראי' לא חשיב שטר לראי' כלל אלא דהוי שטר מקנה בעלמא להתקדש בו וכן תירץ הרמב"ן ז"ל עד כאן לשונו וז"ל הרמב"ן בספר הזכות אמר המחבר כמדומה בעיני שהרב לשון ההלכות הוא מפרש שכן דעת רבינו הגדול בודאי שהרי שטר הקידושין הזהי ע"כ כבר הגיע לידה בשעת קידושין או ליד השליח קבלה ואינו עכשיו ביד עדים הללו אלא כמונח ביד שליש ועוד שטרא גופי' דאיכא תותי סהדי כיון שחתמותו בזמנו כשטר הקנאה ואינו בידם אלא למוסרו לבעלים הרי ידם כיד בעלי' ובעל פקדון הוא אצלס והיאך תעלה על דעתך שיהא אדם פוסל בשטר זה יותר משטר שהגיע ליד בעלים כהוגן אלא ודאי משום שאינו עושה מעשה שטר אלא מעשה פנקס בעלמא מפני שאינו ראוי להיות מונח אלא ביד עדים שקראוהו רבינו ז"ל שטרא דאיתא תותי סהדי כמ"ש בסוף דבריו וההיא דגרסינן בכתובות כותב אדם עדותו על השטר כו' והוא שזוכרה מעצמו ה"נ מתוקמא כגון דאיתא תותי סהדי כלומר שחתמוהו להיות מונח בידם לזכרון דברים בעלמא כמו שפירש רבינו בעצמו ז"ל בהלכות כתובות עד כאן לשונו ולפי שכתב הרמב"ן שהראב"ד ז"ל לשון ההלכות הוא מפרש נעתיק גם כן לשון הראב"ד וזה לשונו מדברי הרב ז"ל עדים שחתמו על השטר ונשתהה בידם זמן ארוך עד ששכחו העדות אותו השטר בטל אע"פ שמסרו אח"כ ליד בעלים דהשתא הוא דקא מסהיד בשעת מסירת השטר וההיא שעתא מפי כתבם הוא וזה תמי' גדולה

וכמה שטרות יהיה נפסלות בכך אלא כל שטר' דאי בעי לממסרא ליד בעלים מצי מסרי לי' אף על גב דאישתהי גבייהו זמן גדול ושכחו את העדות כיון שמסרוהו ליד בעלים שטרא מעליא הוא ואפילו לא מסרוהו עד שעת העמדה בדין ולא עוד אלא שאומרים להם תני את שטרא ויתקיים בבית דין ושאני הכא שאין השטר הזה ראוי למוסרו לידה דלמא מחקה לה לזמן הילכך הוי לי' האי שטרא בעדים ע"פ ומשום הכי בעינן מפיהם ולא מפי כתבם עד כאן לשונו ואם כן כיון דהרמב"ן והר"ן הסכימו לפרש דברי הרי"ף ע"ד הראב"ד דאין החילוק רק בדבר שאין ראוי למוסרו ליד בעלים. וקושיא זו שהקשה הראב"ד וזה תימא גדולה וכמה שטרות יהיה נפסלות בכך קשה גם כן עד היום שהמנהג הוא אצל הסופרים להשהות תנאים ושטרי כתובות וקנינים זמן רב עד ששכחו הדבר ואח"כ מוסרין לבעלים. וגם הרמב"ן נראה שהודה למנהג זה אם כן ע"כ נראה משום דדיינין גם בזה דין שטר אף על גב דאיתא תותי סהדי כיון שראוי למסור ליד בעלים וצריך עיון בדברי הב"י:

סעיף יט

בריא ונשתתק. ז"ל הש"ך ומשמע מדבריו אבל נשתתק אינו יכול לחתום שטר ונראה טעמו על פי שמסיק לעיל סימן כ"ח בשם רבינו תם דמותר לשלות עדות בכתב לבית דין ולא ממעטינן אלא אלם שאינו ראוי להעיד ואם כן לדידיה בין עדות בכתב ובין שטר כשר מעעמא דראוי להגיד הא כל שאינו ראוי להגיד אפילו לחתום על שטר פסול אבל לשאר פוסקים והרב והמחבר לעיל סימן כ"ח דס"ל דאף מי שאינו אלם א"י לשלוח עדות לבית דין ע"פ כתב דהא דקאמר בש"ס אלם פסול להעיד משום מפיהם ולא מפי כתבם לאו דוקא נקט אלם אלא לדוגמא ואפילו הכי שטר כשר דאינו בכלל זה אם כן קשה על המחבר והרב שסתמו כאן כדברי הטור דהא לפי סברתם בשטר לא שייך מפי כתבם ואם כן אפילו חתם כשנשתתק כשר ועיין שם ועוד קשה אמאי הוא אינו יכול להעיד על כת"י הא עדות קיום יכול להיות מפי כתבם וכבר התפלא בש"ך בזה והעתקנו קושיא זו לעיל סק"ח: והנה ראיתי בשו"ת כנסת יחזקאל סימן פ"ב והתשוב' מיוסד ליישב הני תרי תמיהי וז"ל ולענ"ד אין כאן גדר קושיא דכיון שרוצה להעיד על חתימת ידו ואז לכולי עלמא על מנה שבשטר הוא מעיד ולפי זה כיון שהוא אלם א"י להעיד על מנה שבשטר מה שאין כן נדון הריב"ש שהאלם מעיד על חתימת עד החתום וזה קיום גמור ויכול לכתוב. ובקושיא הראשונה כתב וז"ל אמנם לזאת יחרד איש דלא אשתמוע חד מן הפוסקים לאשמעינן דאלם פסול לחתום שטנ כו' גלל כן אני אמר במחילה מעצמו' הקדושים של הש"ך לא כן הדבר כי אם אלם רשאי לחתום בשטר אף לטעם ר"ת מטעמא

רבא כמו שכתב הרי"ף כיון שמסרו ללוה או מאחר שבצווי הלוה חתמו כמ"ש בעל המאור אמנם אם בתחלת חתימת השטר היה אלם ואזי כיון שמסרו ללוה או בצווי חתמו ועשהו הלוה עד והכשיר אותו הוי כנאמן עלי פסול ואז גם עתה כשיבא לקיים חתימתו אף דבמנה שבשטר הוא מעיד יכול להעיד כי כבר קבלוהו הלוה על עצמו להיות נאמן בעדות זו מה שאין כן כשהי' בריא בעת חתימת השטר צריך אחרים להעיד על חתימתו וזה לענ"ד ברור עיין שם סוף דבריו ז"ל סוף דבר הכל נשמע לענ"ד להכשיר שטר שחתם אלם אמנם מי אנכי לומר נואש לדברי הש"ך אשר מימיו צלולין עד כאן לשונו. והנה מ"ש כ"י דכיון דמעיד על חתימתו ומעיד על מנה שבשטר משום הכי א"י להעיד מפי כתבו וכן ראיתי בתומים שמתרץ כן ולא נהירא דבריהם דמה לי שמעיד על חתימת ידו או על מנה שבשטר דהא טעמא דמקיימין שטר מפי כתבם הוי משום דקיום שערות דרבנן דמה"ת א"ל קיום ובדרבנן הקילו ואם כן מה לי שמעיד על כת"י או על מנה שבשטר כיון דסוף סוף מן התורה א"צ לעדותו ואינו אלא מדרבנן והקילו מפי כתבם ואפילו עד החתום בשטר שמעיד על מנה שבשטר נמי יוכל להעיד מפי כתבם כיון דהוא מדרבנן וכמו שהקילו בעדות אשה מצאו כתוב כיון דמשום עגונא הקילו ואף על גב דמעיד על גוף הענין ומשום הכי סתם הרמ"א לעיל דיכולין להעיד עדות זו מפי כתבם ומשמע אפילו אם מעיד העד על כת"י כיון דאינו אלא מדרבנן וכמ"ש וז"ב ופשוט ומ"ש הגאון כ"י בישוב קושיא הראשונה דאלם רשאי לתתוספות בשטר אלא דלהכי נקט הטור חתם כשהי' בריא דאם היה חתם כשהיה אלם הוי נאמן עלי פסול ורשאי לקיים את החתימה. ודברים אלו אין להם ביאור כלל לא שורש ולא ענף דהא אם הלוה טוען מזוייף הוא אם כן מעולם לא האמינו ואי במודה שחתם אין אנו צריכין לקיומו ועוד דהא כמו בחתם כשהיה בריא ונשתתק לא אמרינן דהאמין לפסול כיון דבשעת חתימה הי' בריא. אם כן הוא הדין חתם כשהיה אלם כיון דסבר דאלם כשר לחתום בשטר מטעמא דרי"ף ובעל המאור ואינו פסול אלא על הקיום אם כן מעולם לא האמין לפסול והשתא דבא להעיד על הקיום כיון דהוא פסול לזה וכמ"ש כ"י משום דמעיד על מנה שבשטר אם כן מעולם לא האמין להכשיר הפסול כיון דכשר הוא לחתום על השטר. וגם הדמיון לנאמן עלי פסול הוא רחוק וזר ולכן אחרי נשיקות עפרות זהב להגאון כ"י לא העל' מזור לקושיות הש"ך ☜ומה ששיירתי דרך לעצמי הוא זה דודאי אלם פסול בחתימת השטר וכדמשמע מדברי הטור דכתב תתם כשהוא בריא אלא דאין פסולו משום מפי כתבם אלא הוא פסול הגוף והוא מברייתא פ' מי שאחזו (גיטין דף ע"א) אם לא יגיד פרט לאלם שאינו יכול להגיד ועיין שם והרי הוא פסול כמו סומא וחרש שמדבר ואינו שומע

דפסול וכמו שכתב הרמב"ם ובטור וש"ע סימן ל"ה מתוספתא או ראה פרט לסומא מדבר ואינו שומע דכתיב ושמעה קול אלה והרי סומא או מדבר ואינו שומע דיכולין להעיד סומא ע"פ שמיעת קול בט"ע דקלא שהוד' שחייב לפ' וכן מדבר ואינו שומע יכול להעיד בעדות ראי' ובירושות ומתנות ואפילו הכי פסולי משום דהתורה פסלו דכתיב או ראה ושמעה קול דכל שמחוסר ראי' או שמיעה אינו מעיד וה"ה מי שא"י להגיד פסול משום דמחוסר הגדה ופסול להעיד אפילו במידי דלא בעי הגדה כגון בשטר כיון שהוא מחוסר הגדה ופסול משום פסול הגוף ומה"ט נמי פסול אלם להיות עד בקידושין אף על גב דעידי קידושין א"צ הגדה אלא לגוף הקידושין אפילו הכי כל שהוא פסול הגוף הרי הוא כסומא ומדבר ואינו שומע ומשום הכי פסול לחתוספות בשטר כמו סומא שפסול לחתום בשטר או מדבר ואינו שומע ומה"ט אם ראה בהיותו חרש ונעשה בריא בשעת הגדה פסול משום תחלתו בפסול וכמבואר בסימן ל"ה משו' דהוי תחלתו בפסול אבל אי נימא דאין פסולו אלא משום מפי כתבם אם כן אם היה ברי' בשעת הגדה ומגיד בפיו למה פסול אבל לפי מ"ש דהוי פסול הגוף שפיר ה"ל תחלתו בפסול ומשום הכי פסול נמי בשטרות דלא בעי הגדה כיון דהוא פסול הגוף וז"ב: אמנם סוגיות הש"ס פ' מי שאחזו שם לכאורה משמע דפסול אלם הוא משום מפי כתבם ושם אמר רב כהנא אמר רב חרש שיכול לדבר מתוך הכתב כוחבין ונותנין גט לאשתו כו' אמר ר' זירא אי קשיא לי הא קשיא דתניא אם לא יגיד פרט לאלם שא"י להגיד אמאי הא יכול להגיד מתוך הכתב א"ל אביי עדו' קאמרת שאר עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ומשמע מזה דפסול אלם הוא משום מפי כתבם. אמנם כד דייקת תראה דאדרבה פסול אלם ודאי (משום) לא משום מפי כתבם הוא דאם לא כן למה הביא הברייתא האי קרא דלא יגיד טפי ה"ל להביא קרא מפיהם ולא מפי כתבם דהוא כולל טפי אפילו בריא לדידן דאפילו בבריא אמרינן מפיהם אלא כוונת הש"ס הכי הוא דגבי גט שם תני עד שישמעו קולו ואמר רב כהנא אמר רב דתרש שיכול לדבר מתוך הכתב כותבין ונותנין גט לאשתו ומשום דכתב הוי כדיבור ולזה פריך כיון דאמרת דכתב הוי כדיבור אם כן היכי תני אם לא יגיד פרט לאלם שאינו יכול להגיד ואמאי הא יכול לדבר מתוך הכתב ואינו מתוסר הגדה כלל דבשלמא סומא ממעט מאו ראה דאינו בראי' אבל אלם הרי הוא בהגדה כל שיכול לכתוב היינו דיבורו ואינו אלם כלל ולזה משני עדות קאמרת שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם והיינו אף על גב דבעלמא כתבו הוי דיבורו אבל בעדות לא הוי כתב כדיבור דכתיב מפיהם ולא מפי כתבם וכיון דלא הוי כתבו כדיבור שפיר נתמעט אלם מלא יגיד פרט לאלם שאינו יכול להגיד ומשום הכי אפילו בשטר דלא שייך

מפי כתבם כמ"ש רמב"ן דה"ל כמו שנחקר' בבית דין ולפי טעמ' דרש"י ובעל המאור משום דהוי מפי כתבו אפילו הכי אלם פסול משום פסול הגוף כיון דאינו יכול להגיד בפיו וגבי עדו' ודאי הגדתם בפיהם דוקא אלא גבי שטר כשר משום דלא שייך בי' מפי כתבם אבל הגדה ודאי ליכא בשטר אלא דהכשירו דשטר דנעשה כנחקרה בבית דין או לפי טעמא דרש"י ובעל המאור כמו שזכרנו וכיון דהגד' לא הוי ואק בעינין בעדים אם לא יגיד פרט לאלם שאינו יכול להגיד וגבי עד ודאי הגדה בפה דוקא הוא אלא דשטר לא בעי הגדה מעעמא שכתבו בזה הראשוני' כנזכר ומשום הכי אלם פסול ממילא גבי שטר כיון דהוי פסול הגוף והוא ממועט משום לא יגיד כמו סומא מאו ראה דהוא פסול אפילו בעדות שאינו תלוי בראי' אלא בשמיעה ומשום הכי נקט תנא דברייתא למעט אלם מלא יגיד ולא נקט מפי כתבם משום דזה כולל יותר לפוסלו פסול הגוף אפילו במידי דאין צריך הגדה כגון שטר או כגון עדי קידושין דא"צ אלא לגוף הקידושין וזה מדוקדק בש"ס דאמר עדות קאמרת שאני עדות כו' ומשמע דעיקרא מלא יגיד ילפינן אלא דלא תיקשי הא אינו אלם כלל כיון דיכול להגיד מתוך כתבם ולזה משני עדות קאמרת והיינו דגבי עדות ודאי בעינן הגדה ממש אלא דשטר לא בעי הגדה וה"ל כמו סומא שמעיד מפי השמועה דפסול פסול הגוף. וניחא נמי הא דאלם אינו יכול לקיים החתימה משום דכבר אימעיט מלא יגיד וה"ל פסול הגוף אם כן ה"ל כמו סומא או מדבר ואינו שומע דאינו מעיד אפילו בקיום שטרות דרבנן וז"ב ומקום הניחו לי להתגדר: ☜מיהו בדברי תוספות שכתבו פרק קמא דגיטין דף ה' ד"ה חרש דאלם א"י להעיד מפי כחבם בפ"נ ובפ"נ ולפי מ"ש הריב"ש דמפי כתבם מהני בקיום דרבנן אם כן למה לא באלם ואי משום פסול הגוף הא גבי בפ"נ כל הפסולי' מעידים ואפילו אשה וקרוב וגם בריב"ש כתב דאלם אינו יכול לומר בפ"נ וקשה אמאי ואול.י משום חומר אשת איש הוא. אמנם דעת הר"ן פרק קמא דגיטין דאלם יכול לכתוב עדותו בפ"נ ובפ"נ ע"ש:

סעיף כ

כת"י יוצא ממקום אחר. וכתב הבית יוסף בסימן כ"ט בהא דכתב הרשב"א בתשובה בא' שכתב משכונא ת"ק דינרין על חצירו לשמעון אחיו ומתו ראובן ושמעון אתיו ויורשי ראובן טוענין שלא היתה משכונ' זו אלא לתנאי שיקנה ראובן זה קרקע לאשתו וכבר קיים תנאו ונתבטל כח שטר משכונ' זו ויורשי שמעון אינם מודים בתנאי וליורשי ראובן עדים בתנאי זה והשיב אפילו כת"י יוצא ממקום אחר לפי שאין אלה העדי' מכחישים עדי השטר אלא בירור בעיקר העדות הוא וכתב הבית יוסף ז"ל ואין זה חולק על דברי תשובה הראשונה דשאני הכא שעדים אתרי' הם המעידים על התנאי עיין שם ובגי"ת

שער כ"א הקשה ממה נפשך אם העדי' החתומים על השטר אין נאמנים ע"כ צ"ל דה"ל כאלו מעידים שהי' בלא תנאי ושוב אינו חוזר ומגיד אם כן עדים אחרי' נמי אין נאמנים דה"ל כתרי ותרי ע"ש: ובתומים כתב ליישב דברי הרשב"א דכיון דה"ל תרי ותרי אוקי קרקע בחזקת בעלים כנודע בדין משכנתא פ' המקבל זה אומר לשתים וזה אומר לשלש וכמו שכתב הרשב"א בתשובה סימן תתקע"ב עיין שם והביא ראי' לסתור דמבואר שם ההיפך בסימן תתקע"ב והובא בבית יוסף סימן כ"ט ובסימן זה על ראובן שהוציא שטר על שמעון שמכר לו כרם והלה טוען כי לא מכרו לו אלא על תנאי שאם יפרע לו ש' דינרין שהלוה לו לזמן פ' יחזור לו השטר ויבטל המכר והביא עדים כדבריו ופסקו הברורים שאפילו עדי השטר העידו בפירוש שלא הי' תנאי במכירה אוקי תרי להדי תרי ואוקי נכסי בחזקת מארי' כו' ועיין שם שכתב הרשב"א ואין דמיונם עולה יפה דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד לכרם זה שהמוכר החזיקו בכסף ובשטר ובחזקה אלא שהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן פלוני שתתבטל המכירה וכיון שהחזיק זה כדין אלא שזה טוען שיש לו להסתלק מחמת תנאי ומביא עדים וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת ומביא עדים העמד בחזקת זה שהוא מוחזק עכשיו וכו' ואע"פ שאין הקרקע נתפס כו' וכ"ש שאין דמיונם עולה יפה במה שפסקו שיחזיר השטר דכיון שכת"י יוצא ממקום אחר לא קרעינן לי' ולא מהדרינן לי' עד כאן לשונו ואם כן מבואר להדיא ההיפך דהיכא שהספק הוא בתנאי לא אמרינן קרקע בחזקת בעלים הראשוני' אלא בחזקת לוקח. ואולי יש לחלק בין היכא שירד בתורת מקח גמור ובין היכא שירד אדעתא דמשכון לעולם בחזקת בעלים הראשונים כיון שאין לו אלא משכון וסופו לחזור לבעלים הראשונים ועמ"ש בסימן מ"ב. ובגי"ת שם כתב דאף על גב דעדי השטר אין נאמנים לומר תנאי הי' דברינו אבל עדים אחרים נאמנים לגמרי ולא הוי תרי ותרי עיין שם והן נסתר מדברי הרשב"א הנז' דגם בעדים אחרים היכא שכת"י יוצא ממקו' אחר ה"ל תרי ותרי: עוד ראיתי בתומים הקשה בגיטין דאין כותבין תנאי כמבואר באבן העזר סימן קמ"ז ואומר התנאי בע"פ והיכא יתברר כיון דרוב גיטין כת"י יוצא ממקום אחר. ועדי הגט אין נאמנים ועדים אחרים הוי תרי ותרי והאשה בספיקא קאי ע"ש. ונראה לפי מ"ש הבית יוסף בסימן כ"ט דאם גמר עדותו וקודם שזכר התנאי ערערו עליו בעלי דינין והפסיקו וחזר ואמר שהוא הי' רוצה להשלים דבריו אלא שהפסיקוהו ועכשיו משלימין נאמן עיין שם ואם כן בגט שאין כותבין תנאי ה"ל כהפסיקוהו דמשלימין כיון שאינו סותר דבריו הראשוני':

סעיף כא

מתו העדי. ודעת הרא"ש אפילו עדים קיימים ופיסלין בגזלנותא אין השטר נפסל וז"ל בפ"ב דכתובות ומגבינן בי' תרי ותרי נינהו דעדים החתומים על השטר אע"פ שאלו מעידים עליהם שהיו פסולים ה"ל כאלו עדים אחרים מעידים עליהם שהם כשרים דחזקה דמלוה לא מחתס עדים פסולים על שטרו והך חזקה חשיב כעדים ולא מיירי. דמעידין שהם עתה פסולים דאהא לא הוי פריך תרי ותרי דפסולין לגמרי כו' ולי נראה דאפילו אם אמרו פסולי עדים הם גם עכשיו לא מהימני לפסול השטר שהרי מן הדין אע"פ שכח"י יוצא ממקו' אחר הי' לנו להאמין לאחרוני' שהרי אין באין לזייף חתימתן אלא מגרעין השטר בפסול אחר והאי דלא מהימני היינו טעמא דאנן סהדי דכל שטר שנכתב ונחתם בלא שום פסול נתתם הלכך אי אמרי פסולי עדות הן עכשיו לא מיהמני לפסול השטר כיון דכת"י יוצא ממקו' אחר ע"כ. מיהו גם לדעת הרא"ש על כל פנים תרי ותרי הוי ואם כן בקרקע מוקמינן בחזקת בעלים הראשונים ומשום הכי ניחא הא דאמרינן פ' מרובה גבי למפרע נפסל ורבא אמר מכאן ולהבא ואמרינן משום פסידא דלקוחות דהשטר אינו מועיל כיון דהוי תרי ותרי ואוקי קרקע בחזקת בעלי' הראשונים ובזה נתיישב קושיות הש"ך ע"ש. ובשטת הרא"ש נתיישב קושיות התוספות בפ"ב דכתובות דף כ' ד"ה אמר רב נחמן וז"ל וא"ת לר"נ אמאי לא מגבינן בי' בשטרא הא סבר ר"נ כרב הונא בשני כתי עדים המכחישים זא"ז דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה אף על גב דלפי עדות כל אחת חברתה פסולה לכל עדות ה"נ כיון דאין מכחישין אותן לומר שלא לוה כלום אלא אומרים אינכם נאמנים בדבר זה דפסולים הייחם לתכשרי ואמאי לא מגבינן ביה בשטר וי"ל דהתם באה כ"א בפני עצמה ומעידה משום דמוקמינן כל אחת בחזקת כשרות אבל הכא שאומרי' קטני' היו כו' עיין שם ולפי שטת הרא"ש ניחא דכון דמעידים שהם פסולים עתה לא שייך חזקת כשרות כיון דהעדי' ודאי פסולים דאחרונים נאמנים לפסול גופן של עדים אלא על השטר הוא דאיכא תרי ותרי וגבי שטר לא שייך חזקה וה"ל כשנים אומרי' לוה ושנים אומרים לא לוה ואין מוציאין מספק אבל גבי שני כיתי עדים המכחיכים איכא חזקת כשרות והכא לא שייך חזקת כשרות כיון דעדים ודאי פסולים המה ואין הספק אלא בשטר:

סעיף כב

תפס מטלטלין. ועיין בר"ן פ"ב דכתובות דתפיסה בעדים לא מהני והנפקותא בתופס שלא בעדים ועיין בית יוסף ומה שיש לתמוה בו וישובו עיין בספרי ש"ש פט"ו:

סעיף כג

אלא ע"א. עיין סמ"ע וש"ך ועמ"ש בזה בסימן פ"ב:

סעיף כד

מסר מודעא. עיין ש"ך שהביא דעת כמה פוסקי' דגם במודעא אינו נאמנים משום דקיימא לן כרב נתמן דאמר מודעא היו דברינו אין נאמנין. ובתומים כתב וז"ל תמיהני מש"ך דבריש סימן זה כ' דאם מודה בשטר ואמר אמנה הוא דנאמן וכן הוא לקמן סימן פ"ב ולא פקפק דלדעת הפוסקי' כרב נחמן אף בזה דיש לו מגו דמזוייף מכל מקום אינו נאמן לומר אמנה הוא כמו שכתבו התוספות להדיא בכתובות דף י"ט ע"ב ד"ה אמר רב נחמן ע"ש. ולק"מ דתוספות כתבו שם בטעמא דר"נ דאמר מודעה היה דברינו אין נאמנין אף על גב דאית לי' מגו דמזויף משום דלא אתי בע"כ ומרע לשטרא הואיל ומודי' שהשטר נכתב ונמסר כהלכתו שוב לא אתי ע"פ ומרע לשטרא ולא דמי לאנוסים וקטנים דמתני' שאין מודי' שהיה שטר כלל אלא סותרין ול"ש כאן לומר לא אתי ע"פ ומרע לשטר' שהרי אין מודים שהי' שטר ואמנה נמי נראה דהיינו טעמא דלא מיהמני לר"נ דלא מרע לשטרא הואיל ומודים שהשטר נכתב כדין מדעת הלוה דלא מפרש טעמא דאמנה משום דלא ניתן לכתוב אלא למר בר רב אשי אבל לר"נ טעם אמנה ומודעא שניהן שוין עד כאן לשונו. ואנן דקיימא לן כר"נ במודעה היינו משום דסתימת הסוגי' פרק חזקת הבתי' כוותי' וכמ"ש הפוסקים אבל בזה דס"ל לר"נ טעמא דאמנה אינו נאמנין משום דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא וס"ל דאמנה נמי שטר כשר הוא בזה ודאי לא קיימא לן כותי' כיון דקיימא לן דאמנה עולה היא ולא ניתן לכתוב ואם כן אינו שטר כלל וכיון דלא ניתן לכתוב ל"ש לא אתי ע"פ ומרע לשטרא כיון דאינו שטר ואם כן אינו מודה שהיה שטר כלל ועמ"ש בסימן פ"ב סק"ט ואם כן לדידן דקיימא לן דאמנה עולה היא וכדאי' שם בסוגיא אם אין בידך הרחיקהו זה שטר אמנה והוא הלכה מרווחת אין חולק דשטר אמנה לא ניתן לכתוב ואם כן לא מרע לשטרא כלל דאין כאן שטר כלל וכל שטר שנכתב שלא כתיקון פסול כמ"ש בסימן מ"ב ברמ"א סעיף א' ובסימן זה סעי' י' ומשום הכי בשטר אמנה קיי"ל כטעמא דמר בר רב אשי דאמנה היה דברינו אין נאמנין משום דלא ניתן לכתוב ומשוי נפשי' רשיעי ומשום הכי בעל דבר מיהמן לומר אמנ' אבל ר"נ סובר דגם אמנ' הוי שטר דחד טעמא איתי לי' במודעא ואמנה וכמו שכתבו התוספות ובזה לא קיימא לן כר"נ כיון דכמה סוגיות מלאות דאמנה לא ניתן לכתוב והוי כמו קטנים או פסולי עדות דנאמן אבל במודעא קיימא לן כר"נ דלא אתי ע"פ ומרע לשטר' דה"ל שטר ממש וכסוגי' דחז"ה ודו"ק:

סעיף כה

ע"א החתום בשטר. כתב הרמ"א בתשובה סימן ק"י ז"ל הנה בא לפני שמואל ובידו שובר וכו' ועפי"ז אני רואה שמקוי' השובר מכח ג' פנים הא' שהעד החזן מצטרף עם כמר שמעיה סופר ועד וכמ"ש ר"י נ"ב ח"ה שכתב סופר ועד מצטרף לגבות מב"ח וכו' כ"ש לאחזוקי בזה שת"י והשובר כשר שלא תוכל להוציא כתובה הב' מאחר שהחזן זוכר הק"ס והוי ע"א בע"פ ומצטרף עם עד החתום כדאי' בהדיא פ' ג"פ ואף על גב דכתב הרא"ש דהיינו דווקא לגבות מב"ח כבר נתבאר דלענין שובר עדיף מגביות ב"ח וכו' ובש"ך שפך סוללה לסתור ולהסתיר פני משה וז"ל ובכל אלו הג' פנים לא ראיתי פנים מסבירות הפן א' צירוף כתב סופר ועד כבר כתבתי דליתא לדברי רי"ו וכו' הפן הב' אינו צודק רק לעדות בע"פ ולא לקיום השובר ונפקא מינ' טובא לענין טריפת לקוחות שלא כדין וכדאמרינן בש"ס ספ"ק דמציעא ובכל הפוסקים ונתבאר לקמן סימן ס"ח סעיף י"ח במצא שובר בשוק אע"פ שהאשה מודה לא יחזיר לבעל דחיישינן לקנוניא לטריפת לקוחות שלא כדין ואפשר דהרב לא קאמר אלא לענין שהאשה עצמה אינה יכולה להוציא מן הבעל וכו' ע"ש. ולענ"ד אין כאן תימה כלל דמה שהשיג על פן הא' אני אומר וכי מאן דגמיר שמעתתא משמי' דרי"ו משתקינין ליה והוא לסניף ומה שהשיגו בש"ך על פן הב' לא ידענא מאי קאמר דודאי אם היה ידוע בעדים אפילו בע"פ שנפרע כתובתה בזמן פ' והוא מכרה אח"כ ללקוחות ודאי אין הלוקח גובה כלום דהא מכר דבר שאינו שלו ואי משום דלית ליה קלא אינו דלא בעינן קלא אלא לשעבוד אבל אם גוף הדבר אינו שלו ודאי מוציא מן הלוקח ותקנת השוק לא שייכא במוכר שטר וכמו שכתב הרא"ש והטור סימן ס' דל"ש תקנת השוק בשטרות משום דל"ש מאי דאמרינן בש"ס דאפילו האשה מודה חיישינן לטריפת לקוחות היינו משו' שחיישינן שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואם כן לוקח קדים לשובר אבל אם ידוע בסהדי שפרע קודם המכירה בודאי אין הלוקח גובה כלום אף על גב דלית ליה קלא ומשום דכיון דגוף הדבר אינו שלו ודאי אין ללוקח כלום ולא בעינן קלא אלא לשעבוד דגוף הדבר של לוה הוא ותקנת השוק לא שייך וכמ"ש וז"ב ופשוט. ובתומי' כתב בזה משום דק"ל כשמואל דאמר מוכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול ועיין שם והדבר ברור כמ"ש עד שאני תמה על הש"ך על דעתו הרמה להשיג בזה על הרמ"א ופני משה מאירו'. פן הג' שגבו ממנו וכמ"ש בש"ך:

סימן מז

סעיף א

וכתוב בו נאמנו'. בש"ך האריך להשיג על הסמ"ע דמה מועיל הנאמנות כיון שהודה שנפרע ולכן העלה דלא בעינן נאמנות כלל אלא דוקא במוכר שטר חוב משום מגו דבעי מחיל נאמן מוכר לומר נפרעתי אבל בשעבודא דר"נ כיון דלא מצי מחיל א"נ לומר פרוע דחב לאחרים וחיישינן לקנוניא עיין שם ועמ"ש סימן פ"ו סק"ז ליישב דברי הטור וש"ע וסמ"ע:

סעיף ב

נאמנות. בתומי' כתב דהא דבעינן נאמנות היינו לטענת פרוע אבל באומר אמנ' בלאו הכי ליכא שבוע' כמבואר בסימן פ"ב והיינו באופן דל"ש מגו דפרוע דאם לא כן אף באומר אמנה יש לו מגו דפרוע וכ"מ בשלחן ערוך שם וכ"כ באורים וליתא דפשיטא באמנה לעולם ליכא שבועה אפילו אית לי' מגו דפרוע וכ"מ מלשון ש"ע סימן פ"ב ובאורים עצמו כתב שם סימן פ"ב דאפילו אית לי' מגו דפרוע ליכא שבועה באמנה ומשום חזקה דלא היה ריבית ואמנה עיין שם והוא פשוט:

סעיף ג

והוחזק השטר. וכתב בש"ך דכיון דהוחזק השטר בבית דין קודם שנפלו החילוקים ביניהם תו ל"מ מגו דאי בעי קלתי' דהוי מגו למפרע אבל אם בשעה שמראהו לבית דין מיד אומר שהוא פרוע נאמן במגו דלא היה מראהו לבית דין והשיג על הת"ח ס"פ ז"ב שכתב באתחזק בבי דינא דכיון שהשטר לפני בית דין תו לית לי' מגו ולא אמרינן מגו אלא אם אינו מביא השטר לפני בית דין ואמר שיש לו ת"י שטר והוא פרוע דאז אית ליה מגו דאי בעי שתיק ועיין שם ודברי הש"ך נכונים: אמנם דוקא לפני בית דין הוא דאמרינן מגו דלא היה מראהו אבל אם מראה השטר לפני עדים ואומר שהוא פרוע אינו נאמן במגו דאי בעי קלתי' ואין השליש נאמן לגרוע כח השטר אם הוא בענין שלא האמינו תחלה וכמבואר בש"ך סימן נ"ו סק"א אם כן אינו נאמן מחמת מגו דלא אמרינן מגו אלא בבית דין אבל חוץ לבית דין לא וכמבואר בשלחן ערוך בסימן קל"ג ברמ"א סימן ע"ב ועיין מש"כ בסימן קל"ג מדין מגו לפני עדים:

סעיף ד

ביד שליש. והרמב"ן והרב המגיד ספ"ב מהל' מלוה חולקין וס"ל דאפילו ת"י אינו נאמן בשום מגו דחזק' כל שיש ת"י אדם הרי הוא שלו ואין אומרים מגו במקו' חזק' ועיין שם

לכאורה קשה דאי נימא אפילו בשטר אינו נאמן במגו משום חזקה דהוה שלו ולא נפרע אם כן הא דקיימא לן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו משום מגו דמזויף והא הוי מגו במקום חזקה דהוא שלו. ויש לחלק בין חזקה דאיתברר בעדים ובין חזקה דאינו מבורר כי אם ע"פ הלוה דבזה שפיר אמרינן מגו במקום חזקה כיון דאינו יודע החזקה אלא ע"פ הלוה דהא אינו מקויים ואמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר וכה"ג מחלק הרמב"ן בחידושיו פ' המוכר את הבית ועמ"ש בסימן צ' סעיף קטן י"ב ע"ש: אך אכתי תיקשי משטר פקדון דנאמן לומר החזרתיבמגו דנאנסו דהתם השטר מקויים לפנינו ואפילו הכי נאמן במגו ולא אמרינן דהוי במקום חזקה אפשר דל"ש חזק' אלא בשטר הלואה דאינו בפטור אונסין אמרינן דודאי לא פרע דחזקה כלמה שיש ת"י אדם הרי הוא שלו אבל בשטר פקדון כיון דאיתא בפטור אונסין ל"ש חזקה זו כיון דיכול להיות שנאנסו ועמ"ש בסימן צ"ט ובסימן רנ"ה מענין מגו במקום חזקה זו:

סעיף ה

א"נ. כתב הסמ"ע עיין בתשובת הרא"ש דאם אומר מעות אלו של פ' שהלוה לי אינו כלום דמלוה להוצאה ניתנה אבל אם הי' עיסקא בידו ואומר מעסק פ' הם נאמן במגו שהי' נותנים לו וכו' אבל כשאומר מעות שבידו של פ' הוא שהפקידו אצלי נאמן במגו דאי בעי' הי' נותנים לו דומיא דפרקמטיא עיין שם ועיין ש"ך שהשיג בזה על הסמ"ע ומה שנראה מדברי הש"ך בעיסקא דפלגא פקדון לבד הוא של הנותן עיין שם מבואר אצלינו בסימן צ"ט סק"ב דעיסקא כל העסק אפילו פלגא מלוה שייך לנותן נגד בעל חוב עיין שם ומ"ש הש"ך במעות פקדון כיון דאית לי' רשות להשתמש במעות מותרין ה"ל לוה עלייהו עיין שם כבר השיג עליו הגאון ת"צ בסימן ע"ג דבמעות פקדון כ"ז שלא הוציא אין לו רשות להחזיר אחרים תחתיהן אלא המפקיד שלו הוא נוטל ועיין שם כי דבריו ברורים:

סימן מח

סעיף א

שנמחל שעבודו. בע"ש כתב דאפשר אפילו מב"ח לא גבי ובסמ"ע האריך להשיג מדברי הרא"ש פ"ד דנדרים דמשמע דגובה מב"ח. ובש"ך הביא ראי' מפ' חז"הגבי ההוא ערבא דא"ל ללוה דאינו גובה אפילו מב"ח וגם בטורי זהב מביא ראי' זו וכ"כ הריב"ש בסימן שפ"ב בפשיטות בשטר שנמחל שעבודו לא גבי כלל אפילו מב"ח דכחספא בעלמא הוא כדמשמע בפרק חזקת הבתים גבי ההוא ערבא דא"ל ללוה ועיין שם אך בכתיבה

ומסירה משמע מדברי הרא"ש פ"ד דנדרים דגובה בו וז"ל הרא"ש גבי מי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו ר' יוסי אומר יתן דה"ל אסמכתא וקניא וגובה כל חובו מב"ח אבל ממשעבדי לא שכבר נמחל שעבודו חצי החוב ושטר שלוה בו ופרע אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו וכו' ומב"ח גובה בו דקניא לי' במסירה א"נ גובה ממשעבדי כל החוב שכך התנה מתחלה שאם לא אתן עד זמן פ' שיהא כל המעות מתנה וישאר השטר כבתחלה והאי פירושא ניחא טפי דבקניית אותיות בעי כתיבה ומסירה עד כאן לשונו ומשמע הא כתב ומסר מהני אבל בש"ך סימן נ"ה כתב ז"ל ולפענ"ד נראה דלא נתכוין הרא"ש לומר דמועיל כאן כתיב' ומסירה דהא כיון דנמחל שעבודו היאך יועיל כתיבה ומסירה דהא צריך למכתב קני לך איהו וכל שעבודי' והכא נמחל שעבודו כדי המעות שנתן אלא הכי פי' שיהי' המעות מתנה ניחא טפי דבקניית אותיות בעי כתיבה ומסירה ולא מיקני במסירה לחוד עד שיכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודו דאית בי' וזה לא שייך הכא כיון שנמחל שעבודו ע"ש. וכתב שכן נראה לו ברור עיין שם ולענ"ד אין זה מוכרת להוציא לשון הרא"ש מפשוטו ומ"ש הש"ך דלא שייך בי' קני לך איהו וכל שעבודי' כיון דנמחל שעבודו בזה נ"ל דאינו קושיא דשטר שנמחל שעבודו לא נפקא השעבוד למפרע אלא כשנפרע או נמחל הרי הוא כפודה וכקונה שעבודו ממנו ואם כן שפיר שייך בו קני לך איהו וכל שעבודו כיון דהשעבוד שבחוכו שנעשה מתחלתו לעבוד לאפקע למפרע אלא דהוא עתה של הלוה יכול לחזור ולהקנותו ולא גרע מהא דקיימא לן שטר מכר נקנה בכתיבה ומסירה בפ' ג"פ דף קס"ט והתם שטר קנין הוא דשטר ראי' אינו נקנה בכתיבה ומסירה כמבואר בסימן ס"ו סעיף י"ד כיון דשטר קנין הוא הרי הוא כאלו נמחל שעבודו דהא שטר קנין בתר דעבד דידי' והוא הקנין תו לאו כלום הוא אלא צריך לומר דמקנה איהו וכל שעבודו דאית בי' לעשות ה"נ מקנה איהו וכל שעבודי' דאית בי' לעשות ודו"ק: ואין להקשות לפי מ"ש בדברי הרא"ש דר"ל כתיבה ומסירה מהני אם כן הא דאמרינן גבי ההיא ערבא כו' א"ל לאו פרעתיך א"ל לאו הדר' שקלינהו מנאי שלתה רב אידי בר אבין קמי' דאביי כי ה"ג מאי שלת לי' אביי מה תיבעי' הא איהו דאמר הלכה כרבה בארעא והלכה כר"י בזוי וע"שוכיון דאביי ס"ל דאותיות נקנה במסירה בפ' האשה שלום (יבמות דף קט"ו) עיין שם וכ"כ תוספות פ' הספינ' דף ע"ז דבהא פליגי אביי ורבא דאביי סובר אותיות נקנה במסירה כרבי ורבא סבר דכתיבה נמי בעי' עיין שם ואם כן כיון דמהני בנמחל שעבודו כתיבה ומסירה ממילא לאביי סגי במסירה לחודי' וכיון דהשטר הוא ת"י הרי היא כמסירה ליתי' דמסירה בעי מיד ליד דוקא כמו שכתבו התוספות פ' הספינה דף ע"וסלא הי' מסירה מיד ליד אלא הי' ממילא

ת"י ואפילו לדעת הפוסקים דלא בעי מסירה מיד ליד אלא שיהא דעת אחרת מקנה סגי עיין סימן ס"ו בש"ך סעיף קטן כ"ד נמי לא קשה דלקני במסירה משום דאפילו רבי דסובר נקנה במסירה ולא בעי כתיבה אמירה ודאי בעי לפי מ"ש תוספות פ' הספינה עיין שם אך לפי מה שנראה מדברי התוספות שם דלא ברירא להו האי מלתא ונסתפקו דאפשר דרבי אמירה נמי לא בעי הדרא קושיין לדוכתי' ואפילו לפי דעת הש"ך דלא מהני בנמחל שעבודו כתיבה ומסירה היינו משום דבעי כתיבה בנמחל שעבודו לא שייך כתיבה לפי שטתו וכמו שהעלה פירושו בדברי הרא"ש ומשמע דלמאן דאמר דלא בעי כתיבה גם בנמחל שעבודו מהני מסירה ודו"ק: ולפי מ"ש בדברי הרא"ש דנמחל שעבודו נקנה בכתיבה ומסירה צריך לומר דנקנה גם שעבוד הגוף ולא הוי כשאר שטרות דנקנין בכתיבה ומסירה דאינו נקנה אלא שעבוד נכסי ולא שעבוד הגוף וכאן צ"ל דשעבוד גופו נמי נקנה דאם שעבוד גופו אינה נקנה אם כן ליתי' לשעבוד הגוף כלל וממילא פקע שעבוד נכסי דאינון ערבין דגבי מוכר שטר חוב שעבוד גופו לא פקע ונשאר אצל המוכר אבל כאן אי ליתי' לשעבוד גופו ליכא שעבוד נכסי אלא ודאי צ"ל כיון דהרא"ש סיבר דנקנה שטרשנמחל שעבודו בכתיב' ומסירה דשעבוד גופו נקנה ודוק' במוכר שטר חוב שעבוד גופו נשאר אצל המוכר משום דליתי' במכירה כיון דהוא דבר שאין בו ממש כשטת ר"ת בטעמא דמחילה במוכר שטר חוב אבל הלוה עצמו שישתעבד כמו דמהני לי' כתיבה ומסירה לשעבד נכסי כן נמי מהני לשעבוד גופו ודו"ק: ומ"ש הריב"ש והט"ז והש"ך ראי' דנמחל שעבודו לא מהני לגבות מב"ח מהיא ערבא פרק חזקת הבתים לפי מ"ש בסימן פ"ג סק"ד דלא אמרינן מגו להוציא בשטר אלא דוקא בשטר דאית בי' אחריות נכסים דהוי כגבוי לענין מגו אבל בשטר דאינה גובה ממשעבדי ה"ל מגו להוציא אם כן כיון דההיא ערבא שם אינו גובה בשטר ממשעבדי כיון דנמחל שעבודו אינו נאמן לומר הדרת שקלינהו דהוי מגו להוציא.

סעיף ב

אינו חוזר ולוה. ראוי לספק אם העדים העבירו חתימתן בקולמוס דיו אי חשיב כחתימה חדשה: והנה בפ"ב דגיטין דף ך' אמר רב חסדא כתב גט שלא לשמה והעביר עליו קולמוס באנו למחלוקת ר' יהודה ורבנן דתניא הרי שהי' צריך לכתוב את השם ונתכוין לכתוב יהודה וטעה ולא הטיל בו דלת מעביר עליו קולמוס ומקדשו דברי ר' יהודה וחכמים אימרים אין השם מן המובתר אמר רב אתא בר יעקב דלמא לא היא ע"כ לא קאמרי רבנן התם דבעינין זה אלי ואנוהו וליכא אבל הכא לא. ואם כן נראה דהכא לכולי עלמא מהני העברת קולמוס. מיהו לפי דעת השלחן ערוך בסימן מ"ה בעדים שאין יודעים לחתום

וקרעו להם נייר חלק וחתמו על הרושם דהשטר פסול עיין שם ואם כן ה"נ פסול אבל לדעת הרמ"א שם דכשר בחתמו על הרושם ה"נ נראה דכשר אלא דהרמב"ם כתב פ"ג מגירושין דכל גט שנכתב שלא לשמה אע"פ שהעבירו עליו קולמום אינו גט וכתב שם הרב המגיד דאפילו לר' יהודה דמעביר קולמום הכא גבי גט בעינן כריתות ועיין בטור וש"ע אבן העזר סימן קל"א מחלוקת הראשוני' בזה ואם כן אין ראי' לתתימה מההיא דמעביר קולמוס בשם. אך דגם זה אפשר לחלק בין גט דבעינן כריתות והכא גבי שטר מהני שפיר העברת קולמוס: אמנם לפי מ"ש תוספות שם דף י"ט לחלק מהא דאמרינן לענין שבת אין כתב על גבי כתב דהטעם כיון דכתב הראשון לא הי' מועיל גבי גט וכתב השני עושהו לשמה הוי כתב השני כתב לר' יהודה ולרב אתא אפילו לרבנן ועיין שם והכא בנמחל שעבודו דכתב הראשון כבר הוי כתב קודם שפרע ונשתעבד אף שנמחל שעבודו אין כתב ע"ג כתב ולא אמרי' בתר דנמחל שעבודו ה"ל כנמתק כיון דכבר הי' כתב ועמ"ש בסק"א דנמחל שעבודו נקנה בכתיבה ומסירה ולכן נראה דלא מהני העברת קולמוס.

סעיף ג

נמחל שעבודו. ובכת"י דעת הע"ש והסמ"ע דחוזר ולוה בו ודעת הב"ח דאפילו בכת"י אינו חוזר ולוה בו ובש"ך כתב ז"ל ונ"ל עיקר כהסמ"ע דבשלמא בשטר י"ל כיון שנמחל שעבודו אם כן בטל השטר וצריך עדות חדשה וכו' מה שאין כן בכת"י כיון שהחתום עצמו חוזר ולוה בו ואומר אתחייב לך בכת"י זה הוי כאלו חתם עצמו מחדש ונ"ל ראי' ברורה לזה משטר בע"ח דהיכא דחזר ומסרו לו מהני אע"פ שהעדים לא חתמו מחדש וה"ה הכא ומכ"ש לפי מה שראיתי בס' התרומות בסימן קל"א שכתב דאפילו למאן דאמר ע"מ כרתי מודה אפילו ליכא עדים אם מודה שמסרו לו בינו לבינו משום דהודאת בעל דין כמאה עדים ע"כ: ולענ"ד אין לחלק כלל בין חתימת ידו לחתימת עדים דמה שהביא מדברי ס' ההרומות לאו ראי' דהתם מיירי בעדי' חתומים עלי' ולכן אפילו למאן דאמר עדי מסירה כרתי מהני הודאות נותן וכמו שכתבו התוספות רפ"ק דגיטין דף ד' אבל אם אין בו עדים והוא כת"י אחר ודאי אליבי' דכ"ע פסול וכמ"ש בש"ך גופי' בסימן מ' גם מ"ש הש"ך משטר בעל חוב וחזר ומסרו לו מהני נמי לאו ראי' דהוא משום שמוסר בעדי מסירה אבל כאן שנמחל שעבודו דבטלה החתימה ואם כן הרי הוא כמוסר לו כת"י אחר בלא ע"מ דודאי לא מהני ולא שייך בזה הודאת נותן ועמ"ש בסימן מ"ב סק"א ולכן נראה עיקר כדברי הבית חדש ועיין ש"ך שכתב דגם הב"ת מודה בממרנות וגם בזה לא אדע מאיזה טעם ישתעבד יותר בממרני מכת"י דהא כיון דנמחל שעבודו גם הממרני

בטל ואף על גב שכתב בו לכל מי שמוציאו מה מהני לנמחל שעבודו ועיין בתשובות הרשד"ם חלק ח"מ סימן ל"ח ומשפטי שמואל סימן מ"ה בערב שכתב בכת"י הריני ערב לפ' שידבנו לבו להלוות לפ' עד סך כך וכך אם פרע הלוה והלוה לו שנית אין הערב חייב לפרוע ואפשר דממרני התחייב עצמו מתחלה דכל זמן שיוציאו יגבה בו ואפילו יפרענו יחזור וישתעבד בממרנ"י ודומה להא דנדרים דף ל' דבעי רב אושעיא הנותן שתי פרוטות לאשה ואמר להבאחת התקדשי היום ובאחת התקדשי לי לאחר שאגרשך וה"נ מחייב עצמו בזה דאם יפרענו רחזור וילוה ישתעבד בזה הממרנ"י ואף על גב דשם איבעיא ונשאר בספק היינו משום דאמרינן שם דאשה כפדאוהו אחרים אבל פדאו הוא אמרינן שם במקדיש אילן עד שיקצצו דפדאן חוזרת וקדושות ועיין שם בר"ן ואם כן ה"נ הכא מהני בממרנ"י אבל אכתי צריך עיון דהיכא מוכח בממרני דהי' דעתו לכך שיתזור וישתעבד בו ומדברי הטורי זהב משמע דאפילו בממרני לא מהני נמחל שעבודו:

סעיף ד

לאותו מקצת. עיין סמ"ע שכתב לשטתו דכת"י חוזר ולוה בו דהיינו דוקא בו ביום דאם לא כן הוי מוקדם ועיין ש"ך שכתב דבכת"י אפילו מוקדם לא מהני דחיישינן לקנוניא וכמ"ש בית יוסף ס"ס מ"ז בשם תשובת הרשב"א והשיג על תשובת מוהר"מ לובלין שכתב דה"ל דין קדימה לכל הדברי' ועיין שם ודברי הש"ך נכונים נגד דברי מוהר"מ לובלין דודאי חיישינן לקנוניא. אמנם כדברי סמ"ע נראה דמוקדם פסול אפילו בכת"י אף על גב דאינו גובה בקדימה דחיישינן לקנוניא וראי' מדברי תוספות רפ"ק דגיטין שכתבו שם גבי שלשה גיטין פסולי ן וא' מהם כתב בכת"י וכתבו שם דהוי כאין בו זמן והקשו שם בתוספות דהא לא תוכל האשה להוציא מלקוחות בכת"י ותירצו דחיישינן שמא תתפוס האשה ותאמר שנתגרשה מזמן הכתוב ועיין שם והך תפיסה ודאי בעדים דאי שלא בעדים ודאי קושטא קאמרה כיון דאית לי' מגו ואם כן כיון דפסלו בגט בכת"י משום דין קדימה ומחששא שמא תתפוס אם כן הוא הדין בכת"י פסול מוקדם מתשש שמא יתפוס ויאמר שנכתב הכת"י בזמנו ואף על גב דבמטלטלין ליכא דין קדימה וכי תפיס כדין תפס ובקרקע לא מהני תפיסה אכתי נ"מ היכא דכתב לשני מטלטלין אג"ק דאז הוי דין קדימה ואם יתפוס ויאמר שנכתב הכת"י בזמנו והוא מוקדם דמלוה על פה קודם למלוה בשטר ועיין בשלחן ערוך סימן ק"ד ועמ"ש בסימן ס"ט סק"א:

סעיף ה

לחזור וללות. עיין סמ"ע מדין חתימה תלקה. ובש"ך בסימן ס"ט העלה דחתימה תלקה אינו מועיל וכ"כ הט"ז. וכתב בתומים דאם בא לבית דין וכתב עליו החוב בסך וכך

מהני ומועיל. ולי נראה דאם נתן לו במתנה על דרך שנתבאר בסימן מ' דיכול לחייב עצמו אף על פי שאינו חייב דזה לא מהני בחתימה חלקה אף על פי שכתב עליו הסך קודם בואו לבית דין לא נשתעבד כלל דהא אפילו שטר בעדים אם חתמו תחילה ואח"כ כתב עליו השטר לא מהני כמבואר בתוספות פרק קמא דגיטין וכבר כתבנו בסימן מ"ה סק"א דה"ה בכת"י אם חתם תחלה ואח"כ כתב עליו דאין בו דין שטר. .ואי משום דהאמינו לכתוב עליו והרי הוא עשה שלו וכתב עליו נאמנות גופי' נמי בעי קנין כיון דלא הי' שעת הלואה דהא לא הלוה כלל ועיין בשלחן ערוך סימן עיין ובתומים הביא ראי' לדבריו דאם כתב קודם בואו לבית דין הסך דמהני מחתן שטען א"י מה כתוב דאמרינן דהאמין לכל זה שכתוב שם ואין זה ראי' משום דהתם כבר כתב השטר והחוב שבתוכו והאמין וחתם ונתחייב בחתימת ידו אף על פי שלא הלוה כמבואר בסימן מ' אבל כאן ליכא חיוב כלל בחתימה כיון דלא כתב השטר תחלה וכמ"ש לא נעשה שטר כלל וז"ב: אמנם אם ידוע שהלוה לו איזה סך ונתן לו חתימה חלקה על ההוצאות שיוציא או שאר דברים בזה מהני נאמנות דידי' כיון דהי' שעת הלואה אין צריך קנין אבל אם אינו ידוע לנו משום הלואה רק בא בחתימה חלקה שנתן לו אף על גב דכתב הסך קודם בואו לבית דין לא מהני כלום משום דאין בזה להתחייב כיון דהי' החתימה קודם לכתיבה ונאמנות בלא הלואה לא מהני בלא קנין ואינו מועיל מדינא אלא מתקנות ארצות:

סעיף ו

בפני עדים. כתב הש"ך לשון המרדכי אם הם עדי התתימה יכולין לחזור בו שהרי עיקר שעבודו במסירתו וכו' ומשמע דהיינו דוקא כשחזר ומסר לו בפני ע"ח כו' והטעם נראה משום דהוי כמזוייף מתוכו ולפי זה קיצר הרב בדבר ע"כ עיין שם ולא ידענא חילוק דאם נחוש למזוייף מתוכו אם כן גם בפני ע"ח נמי חיישינן דהא בגט שחתמו שלא לשמה פסול אפילו בפני ע"מ בפרק קמא דגיטין משום מזוייף מתוכו וכ"כ בטור וש"ע סימן קל"א ולא חילקו לומר דבפני ע"ח מהני המסירה. אלא במרדכי שם איכא נוסחא אחריני וגורסין במקום ע"ח עידי מסירה וכ"כ בס' מורה צדק בשם מוהרש"ג דעיקר הנוסחא אם הי' עדי מסירה ובכנסת הגדולה הגיה לשון המרדכי שאם היה ביום החתימה יכול ללות בע"מ עיין שם ואם כן אין על הרמ"א חלונה מה שקיצר ומשום מזוייף מתוכו דלא חששו צ"ל כיון דנמחל שעבודו ה"ל כאלו אין כאן עדים כלל דעדים שבו על הלוואה דמעיקרא חתמו ולא חששו למזוייף מתוכו אלא היכא שיש ע"ח קרובים או פסולים ושלא לשמה שחתמו על הענין אבל בנמחל שעבודו לא חתמו כלל על הלואה חדשה אף

על גב דאיכא למטעי שיסברו לסמוך ולומר שהוא עדים על הלואה כיון דבאמת ליכא עדים כלל לא חיישינן:כ

סימן מט

סעיף א

שם המלוה והיינו משום דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה היכא דליכא קנין משום שמא כתב ללות בניסן וכו' והיכא דאינו מכיר שם המלוה חיישינן שמא העלה כן שם המלוה ולא יתן עד תשרי למלוה האמתי והוי מוקדם. והקשו בזה להרא"ש וטור דס"ל עבז"ל למה צריך להכיר שם המלוה. ויראה לפמ"ש הב"ח בסימן מ"ג דל"א עבז"ל אלא בסתמ' ועמ"ש שם בסק"ו אבל אם אומר תנו אותו לידי ל"א עבז"ל ואם כן זה שבא עם איש אחר שאינו המלוה ואומר תנו אותו לזה הוי כמו שאומר תנו אותו לידי ולכן כשמוסרו אח"כ למלוה האמיתי לא אמרינן עבז"ל:

סעיף ב

אפילו אשה. בטור כתוב משום דהוי מלתא דעבידי לגלויי ולא משקרי אינשי ועיין כנה"ג בשם בני שמואל שדקדק מדברי הטור דס"ל דע"א נאמן במלתא דעבידי לגלויי אפילו בממון וכדברי הר"ר דוראן ולא כריב"ש וכתב שכן נראה מהראב"ד ורא"ש והרשב"א והנימוקי ע"ש. אמנם כבר העלה להלכה הרמ"א בסימן ל' סעיף מ"ד דאין חילק בד"מ בין מלתא דעבידי לגלויי או לא וכדברי הריב"ש. ולכן נראה הא דסומכין כאן על מלתא דעבידי לגלויי דחשש זה דאין כותבין אלא אם כן מכירין אינו חשש אלא מדבריהם דהא קיימא לן גבי גט דבשעת הסכנה כותבין אע"פ שאין מכירין כדאי' פ' המקבל ואי הוי ספיקא דאורייתא בשעת הסכנה היאך עושין נגד חשש תורה אע"כ אינו אלא מדבריהס ובשעת הסכנה הקילו ומשום הכי ראו חכמינו זכרונם לברכה להאמין במלתא דעבידי לגלויי אפילו ע"א והוא פשיט:

סעיף ג

והוא הדין בשאר טעות. כתב הש"ך ונראה דוקא ודאי טעות אבל ספק לא דשמא שטר זה כשר הוא וכבר עשו שליחותן וכמו שנתבאר באבן העזר סימן קכ"ב עד כאן לשונו. מיהו נראה דאפילו בספק טעות נמי לא עשו שליחותן כיון דמ"מ פסול הוא וכמו שנבאר וז"ל הבית יוסף סימן קכ"ב ומשמע דאפילו נמצא בו פסול דרבנן כותבין גט אחר דכיון דפסול אע"פ שאין פסולו אלא מדרבנן מכל מקום חספא בעלמא הוא כיון שאינה יכולה להינשא ע"י וכ"כ הרמב"ם דבין נמצא בטל בין נמצא פסול כותבין גט

אחר והכי דייקי לשון הרא"ש שכתב ומסופקין אם הוא כשר מכמה חומרות שנהגו להחמיר ופסולו דרבנן ודאי אינו בכלל כמה חומרות שנהגו להחמיר ומ"ש ואין להס שורש ועיקר מן התורה פסולי דרבנן תורה קרי להו עד כאן לשונו ע"ש. ואם כן לפ"ז בספיקא הן ספיקא דאורייתא הן ספיקא דרבנן אם מחמת ספיקן אינה יכולה לינשא לא עשו שליחותן וכותבין גט אחר ול"א עשו שליחותן אלא בספיקות הבאים מחומרות שהחמירו בגיטין בדבר שאין להס שורש ועיקר לא בתורה ולא בדרבנן דמידי דרבנן נמי תורה הוי וכמ"ש הבית יוסף ועיין שם בפר"ח ז"ל ואני מוסיף עוד להקל דאפילו לא נמצא בו פסול גמור אלא שלא תנשא לכתחלה חספא בעלמא מיקרי כיון שאין ראוי לגרש בו לכתחלה עיין שם ואם כן ממילא מבואר דבשטרי ממון דליכא חומרות אלא או ספיקות תורה או ספיקות דרבנן אם ע"י ספיקן אינו יכול לגבות בשטרו ודאי כותבין אחר ולהכי השמיטן בשלחן ערוך ורמ"א לחלק בין טעות ודאי לספק כמו שחילקו בגיטין סימן קכ"ב משום דד"מ עיקר יסודם או כדברי תור' או כדבריה' שהוא נמי תורה ואם כן ספיקא כיוצא בו ולא עשו שליחותן וז"ב:

סעיף ד

עדי השטר. לשון הרמב"ם פ' כ"ד ממלוה שנים שהיו בעיר שם כל א' יוסף בן שמעון אין יכולין להוציא שטר חוב זה על זה ולא אחר יכול להוציא עליהן שטר חוב אלא אם כן באו עדי השטר בעצמם ואמרו זהו השטר שהעדנו עליו וזהו שהעדנו לו בהלואה וכתב הרב המגיד ומ"ש רבינו אלא אם כן באו עדי השטר בעצמן יש מן המפרשים אומרים שאפילו באו עדי השטר והעידו כן אין לזה דין מלוה בשטר לפי שאינו מוכיח מתוכו ומדברי רבינו נראה שאם באו עדים אחרים דינו כדין מלוה על פה אבל עדי השטר עצמן דינו כדין שטר והטעם מפני שהרי אלו יכולין לשלש השמות שהרי לא עשו גמר לשליחותן עד כאן לשונו ועיין בית יוסף מ"ש בשם הרשב"א. וקשה לי בדברי הרב המגיד וכי משום דיכולין לשלש שטר אחר הוי מלוה בשטר הא השתא לוה מותה מלכתוב ואיך יעשו שליחותו בע"כ וצריך עיון והא דמלוה על פה מיהא הוי היינו כשהעידו בהלואה ממש וכמ"ש בסק"ט:

סעיף ה

שם העיר. עיין בית יוסף שכתוב בדברי הר"ר ישעיה דנהי דשטר שלא כתוב בו שם העיר כשר מכל מקום אם טען לאו אנא הוא אלא יוסף בן שמעון שבמקום פ' טענתו טענה עיין שם ועמ"ש הרמב"ן בחידושיו פ' לא יתפור גבי ההיא חצבא דחמרא דאשתכח בפרדיסא דערלה ושריא רבינא לימא משום דסבר כר"ת דאמר רוב וקרוב הולכין אחר הרוב ודחי

שאני התם דאי מגנב מיני' אצנועי בגוי' לא הוי מצנעי וה"מ חמרי אבל ענבי מצנעי וכתב שם הרמב"ן אבל ענבי מצנעי פי' ודאי דמצנעי ואפילו לר"ח דאמר רוב וקרוב הלך אחר הרוב אסור דכי הא לאו קרוב בלחוד הוא אלא במקומו ממש וחזקה כאן נמצא כאן היה וה"ל קרוב ומצוי וליכא למאן דאמר רוב עדיף ועיין שם ואם כן ה"נ כיון דבמקומו ממש הוא אמרינן כאן נמצא וכאן היה יוסף בן שמעון בעיר הזאת ולא מעיר אחרת מיהו ברא"ש שם כתב דלדידן עינבי נמי שרי כיון דקיי"ל כר"ח דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב ואם כן משמע דאפילו במקומו ממש נמי אזלינן בת"ר דעלמא והתורת חיים פ' ג"פ כתב על דברי הבית יוסף ז"ל ולפי מה שפרשתי פ' לא יחפור דהא דאמר ר"ח רוב וקרוב הולכין אחר הרוב היינו דוקא בשווין אבל היכא דאיכא קורבה דמוכח והרוב אינו מוכח אזלינן בתר קורבא דמוכח אם כן היכא דליכא בעיר אלא יוסף בן שמעון א' והמלוה תובעו והוא אומר לאו אנא הוי אלא יוסף בן שמעון דעלמא אין בטענתו כלום אף על גב דמסתמא טובא יוסף בן שמעון איכא בעלמא מכל מקום כיון דהאי יוסף בן שמעון דר בעירו קרוב לו אזלינן בתר קורבא דמוכח אבל רובא לאו מוכח הוא דמאן לימא לן דאיתנהי כולי האי יוסף בן שמעון הלכך אזלינן בתר קורבא דמוכח וחייב עכ"ל: אבל אכתי אינו מוכרח דנהי דנימא דקורבה דמוכח עדיף וכן לפמ"ש הרמב"ן כאן נמצא כאן היה היינו דוקא באיסורא אבל בממון כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"ה בתר קרוב והמוציא מחבירו עליו הראיה .

סעיף ו

לא גרע מסימן. והוא דעת עצמו ועיין בתוספות פ"ב דכתובות בהא דאיבעי' מעלין משטרות ליותסין א"ד אין מעלין כגון דכתב אני פ' כהן וחתימי סהדי מי אמרינן אמנה שבשטר קמסהדי א"ד אכולה מלתא קמסהדי והקשו בתוספות ואי לא אכולה מלתא מסהדי עדים תתמי אף על גב דלא ידעי אי כהן הוא אי לאו ואם כן הא דתנן בג"פ שני יוסף בן שמעון הדרין בעיר א' יכתבו כהן מה מועיל כיון שהעדים חותמין אע"פ שאין מכירין אם הוא כהן וכו' וי"ל דהיכא דהוחזקו שני יוסף בן שמעון ודאי אכולה מלתא קא מסהדי דאז צריכין לידע אם הוא כהן והתם ודאי מעלין משטרות ליוחסין והכא מבעי' לי' היכא דלא הוחזקו עד כאן לשונו ואם כן היכא דלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון בעיר אחת אלא הם בשני עיירות ונכתב בשטר שם העיר י"ל דלאו אכולה מלתא קמסהדי כיון דא"צ לכתוב שם העיר ולפמ"ש הרמ"א בתשובה סימן קי"ג דאפשר גם בשטר אם שינה דירת העיר פסול ואם כן ודאי דייקי בשם העיר דהא שינה פסול אבל לא ברירא ליה האי מלתא שכתבו בלשון אפשר ואם כן כיון דשינה נמי כשר אם כן לא דייק כיון

דלא הוחזקו. ובזה נראה לפרש דברי הטור שכתב ז"ל וכתב הר"ר ישעיה דוקא בעיר אחת אין מוציאין אבל בשני עיירות מוציאין אלא שצריך לכתוב פ' מעיר פ' לוה מפ' שאם לא כן אף אם יש יוסף בן שמעון בעיר אחרת יאמר. אותו שלוה ממנו לא אני לויתי ממך אלא אותו שמעיר אחרת לוה ממך לפיכך צריך לכתוב שם העיר של הלוה והמלוה ואין חילוק בין שטרות לגיטין עד כאן לשונו ולכאורה מה זו ראי' דהא אפילו אינו צריך לכתוב שם העיר אם כתבו לא גרע מסימן ועיין בטורי זהב מ"ש בזה. ולפי מ"ש ניחא דאי אין כותבין שם העיר לא הוי סימן כלל דלאו אכולה מלתא קמסהדי ואם כן קשה על רמ"א דס"ל דאין כותבין שם העיר היכא הוי סימן. ונראה דהרמ"א לשטתו דהכריע כשיטת הרשב"א שאינו מחלק בין הוחזקו או לא אלא החילוק הוא בין כתוב בלשון סהדי כגון אמר לנו יוסף בן שמעון כהן ובין כתוב בלשון בעל דבר כגון אני פ' כהן ובענין זה מיירי הש"ס בפ"ב דכתובות ולהכי אמרי' דלאו אכולה מלתא קא מסהדי אבל בלשון סהדי אכולה מילתא קא מסהדי ושטת התוספות הא דתנן שני יוסף בן שמעון הדרין בעיר אחת אין מוציאין ומשמע הא בשני עיירות מוציאין אולי ס"ל לתוספות דכותבין שם העיר בשטרות וכדברי הר"ר ישעיה:

סעיף ז

אני יב"ש. כבר כתבנו שיטת התוספות לחלק בין הוחזקי או לא ושיטת הרשב"א לחלק בין לשון סהדי ובין לשון בע"ד: ונראה דאפילו לשיטת הרשב"א אם כתב בלשון בעל דין אני יוסף בן שמעון כהן ותפס מלוה לא מפקינן מיניה כיון דהרשב"א מפרש לאיבעי' דש"ס מעלין משטרות ליוחסין בלשון בעל דין ואמרינן שם חד אמר מעלין וחד אמר אין מעלין ולא איפסקא הלכתא כמאן ה"ל ספיקא דדינא בלשון בעל דין ואי תפס לא מפקינן מיני' וזהו נ"ל בדברי הרמב"ם פ"ך מא"ב וטור וש"ע אבן העזר דליוחסין אין מעלין ולתרומה מעלין משום דכיון דהוי ספיקא דדינא בתרומה דרבנן הוי ספיקא דרבנן ולקולא אבל ביוחסין החמירו בספיקות וכמבואר ספ"ב דכתובות אמנם כל זה הוא דוקא במלתא דתליא ביה גוף הענין של הלואה וכגון בשמא דלוה וכיוצא אז אמרינן דאפשר אכולה מלתא קמסהדי אבל דברים שאין נוהגים בגוף הלואה ודאי לאו אכולה מלתא קמסהדי כ"כ הר"ן בפ"ב דכתובות ז"ל כי פליגי דוקא היכא דשייך למידק בשמא דילי' לפי שהמלוה תלוי בזה אבל היכא דלא שייך למידק ואידך מילי דמהני בשמא דידי' ודאי לא מסהדי עלה אלא דאיהו אמר להו הכא וכן נראה דעת הרשב"א ז"ל והרשב"א כתב עיקר ראייתו מהא דתנן העורר על השדה והוא חתם עלי' בעד דמשמע מיני' דסהדי לאו אכולה מלתא קמסהדי משום דקניית השדה שבאותו שטר אינו תלוי אם אותו המצר

הוא של פ' או של אחר ומזה למדו כל האחרוני' דכל היכא דאינו תלוי בו גוף הענין אפילו נכתב בלשון סהדי לא מסהדי אכולה מלתא: אבל הריטב"א פ"ב דכתובות כתב בשם רבו במה שהקשו ממתני' דעורר על השדה דמשמע דחתימת עדים לאו אכולה מלתא משום דמדינא ודאי מועיל כיון דאכולה מלתא קמסהדי אבל מטעמא אוחרא אתינו עלה דבדיני ממונות בעינן מפיהם ולא מפי כתבם ולהכי אין למידין ענינא אחריני עד כאן לשונו ודבריו בקיצור הכמות ורב האיכות והיינו דעדים שבשטר דמועיל היינו משום דנעשה מדעת המתחייב והוי מפי כתבו ולא מפי כתבם לפי שטת רש"י ובע"מ והיכא שכתבו בשטר זה מצר פ' אף על גב דאסהידו שהוא מצר פ' לא מהני מידי משום דהוי מפי כתבם כיון דנעשה שלא מדעת המתחייב והוא העורר. וכבר שמתי עיני ולבי לסברא זו בסימן כ"ח סק"ז במ"ש שם להקשות דמאי קא מבעי' אי מעלין משטרות ליוחסין הא אפילו נימא אכולה מלתא קמסהדי אכתי ה"ל מפי כתבם דמה שהעידו שהוא כהן בזה ליכא שטר ועיין שם ות"ל כוולתי לדעת רבו של הריטב"א ולפי מה שנרא' מדבריו דוקא בדיני ממונות בעינין מפיהם דוקא אבל לענין יוחסין אף על גב דהחמירי כשל תורה בכמה דברים אפילו הכי בזה לא בעינין מפיהם דוקא כיון דאינו אלא איסורא.

סעיף ח

אלא בהרשאה בתומים ז"ל והנה במטבע קצר להגאון מוהר"ג נקרא שמו חידושי הגרשוני כתב על הך בהרשאה והא דמהני הרשאה היינו דוקא דליכא רמאי אבל במקום דאיכא רמאי אין נזקקין להם כמה שכתבו תוספות ב"ב דף ל"ה ד"ה אין מוציאין עיין שם ודבריו בלתי מובנים דאמת דתוספות כתבו כן לשטת נהרדעי דס"ל בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי ובא שלישי וחטפה אין מוציאין מידו אבל לפי דקיימא לן כר"א דפי' מלתא דר"ח בגוונא אחריני אבל באמת מוציאין מידו וכמ"ש לקמן סימן קל"ט סעיף ב' אם כן אף כאן הדין דמוציאין ע"י הרשאה ושגגה יצא מלפני השליט עד כאן לשונו. ואני לא מצאתי בזו שגגה דנהרדעי סברי דאם בא אחד מן השוק והחזיק בה אין מוציאין אותו מידו דתני ר' תייא גזלן של רבים לא שמי' גזלן ובזה כתבו תוספות ואפילו כתבו הרשאה זה לזה הואיל ורשעי' הם אין נזקקין להם והיינו משום דקשיא להו יכתבו הרשאה זה לזה ואז יהי' גזלן של יריד ובודאי גזלן יחיד שמי' גזלן לזה כתבו דאין נזקקין להם הואיל ורשעים הן וביאור דבריהם משום דמדינא אין הרשאה מועיל משום דגזילה אינו יכול להקנות דה"ל דבר שאינ' ברשותו ואפילו קרקע כל שאינו יכול להוציאו בדיינין אינו יכול להקנות והרשאה אינו אלא תקנת חכמים וכמה שכתבו תוספות פ' מרובה דף עיין עיין שם ומשום הכי גבי רמאים ורשעים אין נזקקים לתקנתם

ורב אשי סובר דשמי' גזלן ומאי לא שמי' גזלן דתני ר"ח דלא ניתן להשבון ולפי' רשב"ם ותוספות דצריך להחזיר לכל א' וא' כר"ע עד שישלם גזילה לכל א' וא' אם כן לאו מכת הרשאה אתי עלה רב אשי דהא קרי לי' גזלן של רבים ובהרשאה גזלן יחיד הוי אלא דסובר רב אשי גזלן של רבים נמי שמי' גזלן ומהרשאה לא מיירי כלל ואם כן כיון דנהרדעי סברי דהרשאה אינו מועיל גבי רשעים ורב אשי לא מצינו דפליג עלייהו בהא אם כן ודאי אינו מועיל הרשאה ברשעים וגם לדעת רמב"ן שם שפי' אליבי' דרב אשי מחזיר למקום שנטל וא"צ להשיב לכל א' וא' נמי לאו בדין הרשאה קאמר והא דצריך להחזיר למקום שנטל ולא מדחי לכל א' וא' היינו משום דדוקא בחוב מצי מדחי וכמ"ש בנימוקי יוסף ס"פ גט פשוט בשם הריטב"א דוקא בחוב מצי מדחי אבל בנותן מתנה לא מפני שהוא כשותף אם כן מכ"ש גבי גזילה שהוא שלהס לגמרי דלא מצי מדחי וכיון דס"ל גזלן של רבים שמי' גזלן צריך להניח למקום שנטל או מיירי אם רוצה להיות ישר ואינו רוצה לדחות לכל א' וא' בכדי שלא ישאר הגזילה ת"י אבל בדין הרשאה לא פליג רב אשי אנהרדעי וכיון דנהרדעי סברי דאינו מועיל הרשא' ברשעים וליכא דפליג אם כן ודאי בזה הלכתא כטעמא דנהרדעי. מיהו בעיקר הדין נהי דתוספות כתבו דאין כותבין הרשאה ברשעים מכל מקום מסתימת הפוסקים בדוכתי טובא לא משמע הכי:

סעיף ט

נמצא שהערב. וכתב הש"ך ונראה דה"ה יוסף בן שמעון שערב בעד יוסף בן שמעון כשם שאין יכול לתבוע את הלוה כך אינו יכול לתבוע הערב ע"כ. והוא תמוה מאד דל שטרא כיון דהערב אומר שהוא לא לוה וע"כ מודה שיוסף בן שמעון האחר הלוה וכיון דהלוה כופר הערב חייב לשלם כמבואר בסימן קכ"ט סעי' ח' ומ"ש בטור נמצא שהערב לשני יוסף בן שמעון משום דמיירי דהערב אינו ידוע למי הלוה כלל ולהכי כיון דהלוה נפטר הערב נמי פטור אבל אם הערב יודע שזה יוסף בן שמעון הוא הלוה אף על גב דהלוה כופר הערב חייב ועיין ש"ך סימן קכ"ט סקי"ט שכתב דוקא בלוה כותי עיין שם ומשמע מדבריו בלוה ישראל כה"ג פטור אבל אין לחלק בכך דודאי כל שהלוה כופר בין ישראל בין כותי הערב חייב גם מ"ש הש"ך בירש מיב"ש דודו דא"צ לפרוע יותר תימה דודאי אפילו מלוה על פה כל שידוע להיות שהמוריש חייב צריך לפרוע וראיתי גם בתומים התפלא על דברי הש"ך. ונראה ליישב דבפ' יש בכור אמרי' זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שקנה א' שדה מחבירו בעל חוב גובה ממנו ממה נפשך ופריך רבא מכדי נכסי דבר אינש ערבין ולכאורה כיון דשני יוסף בן שמעון אינו מוכח מתוכו ולאו שטרא הוא כלל אפילו ידוע בעדי' שזה הוא יוסף בן שמעון שחתם על השטר נמי לאו שטרא הוא

כלל ואם כן במה נתחייב וכה"ג בשער קנין לאו שטר קנין הוא וכיון דהעדים אין צריכין לראות נתינת המעות דהא יכול לחייב בשטר אע"פ שאינו חייב וכיון דאינו מוכח מתוכו לא נתחייב בשטר זה כלל ואם כן היכי ס"ד דר' ירמי' שם לומר יוסף בן שמעון שקנה א' שדה מחבירו בעל חוב גובה ממנו וצריך לומר דר' ירמי' סבר נהי דאינו מוכח מחוכו גוף הלוה שנתחייב מכל מקים זה השדה שקנה נשתעבד אחר שקנה יוסף בן שמעון כיון דלזה השעבוד מוכח מתוכו וכן בשותפיסן בשדה זה השדה מוכח מתוך השטר לשעבוד ולזה פריך רבא כיון דנכסי דבר אינש אינון ערבין והלוה לא נתחייב כלל דאינו מוכח מתוכו אם כן גם הערב פטור ואם כן הוא הדין בערב ליב"ש נמי לא נתחייב כיון דהלוה לא נתחייב בשטרו כלל משום דאינו מוכח מתוכו גם הערב דמוכח דנשתעבד ממה נפשך מכל מקום כיון דהלוה פטור מדינא משום דלא נתחייב כלל בשטר כיון דאינו מוכח מתוכו גם הערב פטור אבל אם מודה הערב שלוה מעות ממש ודאי הערב חייב לשלם אע"פ שהלוה כופר אלא דכאן מיירי שאינו יודע אם לקח מעות ולא נתחייב רק ע"י השטר ובזה הלוה פטור מדינא כיון דאינו מוכח מתוכו ליכא שטר חיוב וכה"ג בגט או בשטר קנין נמי לאו שטרא הוא ופטור נמי הערב אף על גב דשעבוד הערב מוכח מתוכו ע"י ממה נפשך והא דמשמע בסעיף ז' דמלוה על פה הוי היינו כשהעידו עליו בהלואה ודו"ק:

סימן נ

סעיף א

שטר בעדים. עיין בהגהת הטורי זהב בשם מוהרי"ק וז"ל ומיהו רשב"ם פי' דאיירי בכתב ידו ממש וצ"לדס"ל דאינו נאמן במגו דלא חיישינן כלל לנפילה דכל אינש מזהיר זהיר בשטרא והוי במקום עדים ע"כ. גם בכהאי גוונא הביא בשם מוהר"ש חיון בס' בני שמואל שהוליד מדברי רשב"ם פ' ג"פ שכת' גבי שטר שכתב בו אני פ' לויתי ממך מנה וכגון כתב בכת"י דתנן גובה מנכסים ב"ח דסובר אפילו ליכא עדי' אינו נאמן במגו דפרעתי דהוי מגו במקום עדים ועיין שם בכהאי גוונא דמפרש דברי רשב"ם בנאמנות. ונעלם מעיניהם דעת הרשב"ם דס"ל בכת"י אינו יכול לטעון פרעתי עיין שם גבי כת"י שהוחזק בבית דין ס"פ ג"פ וכן בבית יוסף סימן ס"ט שם הביא תשוב' הרא"ש וכתוב שם דעת הרז"ה והראב"ד והרשב"ם דאינו נאמן לומר פרעתי בכת"י אבל לדידן דנאמן לומר פרעתי נאמן גם כן במגו:

סעיף ב

שובר משום אדם. ז"ל הש"ך הא דמהני שובר היינו דוקא כשידע זה שקנה אח"כ שכתב לו שובר עליו וכו' אבל אם זה שקנה טוען שלא ידע שפרע למלוה ראשון נהי דלא נתחייב אלא במנה א' בלבד מכל מקום ה"ל כאלו נתחייב לו מתחלה וכו' לא מבעיא היכא דאין ידוע בעדים שפרע רק שהמלוה הראשון כתב לו שובר בכת"י דחיישינן לקנוניא וכו' ואפילו הוחזק כת"י בבית דין כיון דכת"י לית לי' קלא יכול המוצא לטעון לא ידעתי מיהו אם עשה לו המלוה שובר בעדים דקלא אית לי' אם כן ה"ל לקונה לידע ואיהו דאפסיד אנפשי' דהא אמרינן ספ"ק דמציעא ונתבאר בפוסקי' בכמה דוכתי דלוה טורף בשובר מלקוחות שקנו השטר מן המלוה ולא אמרינן דלקוחות לא ידעי אלא שובר בעדים קלא אית לי' וה"ה הכא וכו' ותו היכא דלא ידע ה"ל כלוקח חפץ מחבירו ונודע שהוא גניבה בידו דמ"מ צריך להחזיר הדמים משום תקנת השוק וה"ה הכא ואף על גב דכתב הרא"ש והטור בסימן ס' דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיח היינו בשטרות דעלמא אבל בממרנ"י שלנו דשכיחי טוב' שקונין זה מזה יותר ממטלטלין ושייך בי' תקנת השוק ולפי זה הכא בממרני כשמברר זה שפרע למלוה ראשון קודם שקנהו ישבע בנק"ח בכמה קנה ויטול אבל בידע או בשובר בעדים דהוי כידע שהוא גנב מפורסם דא"צ להחזיר הדמים כנ"ל בדינים הללו עכ"ל: וכל דבריו סברות חדשות ולא כן לבי ידמה דמ"ש לחלק בין שובר בעדים ובין עדי ע"פ דשובר מפיק לקלא ולא כן עדי בע"פ לפי מה דאמרינן בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ב) בהא דאמר רב המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים ופריך הא רב ושמואל דאמרי תרוייהו מלו' ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים ומשני מלוה אזביני קא רמית מלוה מאן דיזיף בצנעא יזיף כי היכא דלא ליתזלי נכסי מכר מאן דזבין בפרהסיא זבין ואם כן פרעון נמי י"ל דפרע בפרהסיא. גם מה שכתב הש"ך דבשובר דאית לי' קלא טורף מלקוחות מה שאין כן בעדים כבר כתבנו בס"ס מ"ו דגם בעדים ע"פ אם נתברר שפרע אין הלוה צריך לשלם ללוקח ולא חששו לטריפות לקוחות אלא בשעבוד נכסים דגוף הנכסים של הלוה אבל אם הוא חפץ של פ' ומכרו לאחר הרי זה מוציא מיד הלוקח כיון שמכר דבר שאינו שלו אלא שנותן לו הדמים מפני תקנת השוק וכאן לא שייך תקנת השוק וכמו. שנבאר וע"ש. ומ"ש הש"ך משום תקנת השוק ובשובר בעדים כיון דמפקי לקלא ה"ל כידע אין הקול מכריע שנתוודע לזה שקנה וראי' לזה מתשובת הרא"ש הובא בטור סימן דבשעבוד מטלטלי אג"ק אינו גובה עכש ו מפני תקנת השוק ואף על גב דבשטר שעבדם ואית לי' קלא ע"כ מוכח דתקנת השוק שייך אפילו במידי דאית לי' קלא אם לא שידע בודאי

או בגנב מפורסם דהוא קול מבורר יותר משטר שאינו מפורסם כל כך ואם כן אי נימא תקנת השוק בכהאי גוונא אפילו שטר בעדים אינו מועיל אמנם נראה דלא שייך בזה תקנת השוק כלל דהא כתב בתשובת מוהר"ם אלשיך סימן קכ"ד שאם בא דבר הנגנב ליד הבעלים אין צריך לשלם מעותיו ללוקח משום תקנת השוק עיין שם בשמעון שמכר בית לראובן וקבל עליו לסלקו מכל ערעורים ואחר כך הפקיד שמעון ביד ראובן טבעת זהב וכו' אמנם מטעם אחר יכול ראובן לעכב כו' וק"ו הכא שגוף הפקדון עדיין אצל המוקדם עיין שם ועיין ש"ך בסימן שנ"ו ז"ל עיין מש"ל סימן קכ"ו בשם תשובת מהר"ם אלשיך ותלמוד לכאן שאם בא דבר הגנוב אחר שנמכר ליד בעלים הראשונים אין צריך לשלם ללוקח מעותיו אף שידוע שקנהו מתחלה דלא שייך בי' תקנת השוק כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים ואף ששם חלקתי עליו כאן מודינא עד כאן לשונו ואם כן הכא שהלוה מוחזק בנכסיו וה"ל כאלו בא דבר הגנוב אחרי נמכר לידו דא"צ לשלם מפני תקנת השוק דלא שייך תקנת השוק אלא אם באו הבעלים להוציא מיד הלוקח לא כשבא לידו ואף על גב דבממרנ"י משמע בטורי זהב באבן העזר סימן נ"ב ועיין שם ב"ש דה"ל כגבוי היינו היכא דעומד ליפרע אבל זה שכבר פרע אינו עומד לגבות ואם כן ודאי ה"ל הלוה מוחזק בנכסיו וכל שבאו נכסיו לידו ליכא תקנת השוק ועוד דבט"ז שם אתי עלה בממרני מטעם אחר עיין שם ולא משום דהוי ממרנ"י כגבוי טפי משאר שטר והטור והרא"ש דהוצרכו להפקיע תקנת השוק בשטרות מטעמא אחריני עיין שם בסימן ס' היינו משום דמיירי שם בשעבוד שערות ומכרן הלוה לאחר ושם אין הלוקח מוחזק אבל בזה שהלוה מוחזק בנכסיו שנמכרו ממילא לא שייך תקנת השוק וכמ"ש ומ"ש הש"ך דאם יש לו שובר בכת"י דחיישינן לקנוניא לפי מ"ש בסימן ס"ט סק"א ובסימן מ"ח סק"ג דאפילו בכת"י אם תפס מצי אמר שנכתב בזמן הכתוב והוא מדברי תוספות פרק קמא דגיטין עיין שם אם כן הכא שהלוה מוחזק בנכסיו ותפוס ועומד מצי טעין שנכתב בזמנו אלא דבזה אפשר אמרינן כיון דהפרעון ספק הוי הממרני כגבוי עיין שם באבן העזר סימן נ"ב ב"ש וצריך עיון אבל אתברר בעדים שפרע קודם ודאי הלוה נפטר ואין בזה תקנת השוק וכמ"ש והוא ברור:

סימן נא

סעיף א

אני קניתי. בסמ"ע הוכיח מזה דדין שטר יש לו לגבות ממשעבדי דאם לטענת פרעתי עד שני למה דהא הרמב"ם ס"ל דע"א בשטר מהני שלא יכול לטעון פרעתי ובש"ך דחה

ראיה זו וכתב נ"מ אפילו אם יבא אותו שבכתב ויכחישו שלא פרע או שכתוב בפירוש שידוע לו שלא פרע דאז הי' נשבע להכחיש העד עיין שם ודברי הסמ"ע נראין נכונים דכיון דס"ל להרמב"ם דע"א בשטר דין נסכא דר' אבא אית לי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם ופרעתי מצד עצמו לאו טענה דלא עביד אינש דשביק שטרו בע"א ומגו לית לי' כמו בנסכא דר' אבא ואם כן אפילו העד מעיד גם כן שלא פרע לא גרע דיבורו משתיקתו וגבי נסכא דרבי אבא אפילו העד מעיד שחטף ושחטיף דחברי' והחוטף מודה שחטף וטוען דידי חטפתי נמי צריך לשלם כיון דאינו נאמן לומר דידי חטפתי אלא במגו דלהד"מ ועמ"ש בסימן נ"ח סק"ד איך שדברי הש"ך סותרין בסברא זו דבסימן נ"ח כתב דהוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם אפילו העד מכחישו ועיין שם ועמ"ש בסימן ל' סק"י:

סעיף ב

מתוך שאינו יכול לישבע משלם. הוא דעת הרמב"ם ואפילו מצי טען פרעתי בכת"י דשביק לי' אבל בשטר בע"א לא עביד אינש דשביק בתר דפרע ובמגו דלהד"מ אינו נאמן דהוי לי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם ועיין כ"מ וב"י אבל הרשב"א בתשובה כתב סימן אלף צ' על שטר שיש בו ע"א וטוען פרעתי והשיב דלמאן דאמר דבכת"י נאמן לומר פרעתי ה"ה הכא ולמאן דאמר דאינו נאמן ה"ה הכא דאינו נאמן. והנה מדברי רשב"ם שכתב בפ' ג"פ דף קס"א בהא דאמר אביי לא נצרכה אלא דאפילו ע"א בכתב וע"א בע"פ ופי' רשב"ם וז"ל וגם הלוה יכול לומר פרעתי ולא יכול המלוה לטעון ללוה היה לך לקרוע שטר שבידו מכיון שלא נעשה כתיקון חכמים לא חשבו הלוה ולא נזכר לשאלו למלוה. עד כאן לשונו והרי הרשב"ם מכת הסוברים דבכת"י אינו נאמן לומר פרעתי וכמו שכתב בסוף פ' ג"פ ועיין מ"ש בסימן נ' סק"א ואפילו הכי ס"ל דבע"א בשטר אפילו איכא עוד א' בע"פ נאמן לומר פרעתי ומשמע דע"א בשטר גרע מכת"י והרשב"א מדמי לה וצריך עיון: וראיתי בכנסת הגדולה בסימן ס"ט דכתב על דברי הרשב"א פילפול ארוך עם בנו וסוף דבריו וז"ל וצריך לדעת למה אינו נאמן לומר פרעתי כיון דאיכא מגו ובני נר"ו אומר בתשוב' זו דיש להוכיח הפוך מה שרצה להוכיח למעלה דסבירא לי' להרשב"א מגו משבועה דאורייתא לשבועה דרבנן דמתשובה זו מוכח דאין אומרים מגו משבועה דאורייתא לשבועה דרבנן דאם הי' טוען להד"מ הי' נשבע ש"ד ואלו טוען פרעתי נשבע היסת ונפטר ולפי זה צ"ל דס"ל להרשב"א דאם הפקיד אצלו בשטר וטוען החזרתי נשבע ש"ד כמו אם הי' טוען נאנסו וכו' ע"ש. ונפלאתי דאיך שייך בזה מגו הא הוא ממש דין נסכא דר' אבא והא דלא אמרינן מגו בנסכא דר"א גופי' כבר הקשו התוספות בפ' חזקת ד"ה הוי מתויב שבועה. ותירצו דאף על גב דאית לי' מגו מכל מקום הוי מתוך שאינו

יכול לישבע משלם ועיין שם ואם כן ה"נ דומה ממש לנסכא דר' אבא ותרוצי תוספות שכתבו שם הא' משום דירא שמא יפסלנו ותי' ריב"א משום דהוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם אף על גב דאית לי' מגו ועיין שם ודאי ה"נ שייכי אלא אי נימא דפרעתי הוי טענה מחמת עצמ' נאמן אבל אי נימא דמחמת עצמה לאו טענ' ודאי לא שייך מגו דהיינו ממש נסכא דר"א וכל הפלפול אולי אינו אלא לחדודי והוא פשוט:

סעיף ג

שטר שנמסר. גרסינן פ' הנושא האומר לחבירו חייב אני לך מנה ר' יוחנן אמר חייב ור"ל אמר פטור כו' הבמ"ע דא"ל חייב אני לך מנה בשטר ר' יוחק אמר אלימא מלתא דשטרי ופירש"י בכת"י ומסר לו בפני עדים אמר רבא כתנאי ערב היוצא לאחר חיתום שטרות גובה מנכסים ב"ח ועיין שם בתוספות ד"ה אליבי' דבן ננס לרש"י צ"ל דכתב ואני ערב ומסר בפני עדים ופליגי בן ננס ור' ישמעאל אי הוי הודאה או לאו וא"ת ואמאי לא הוי שעבוד בזה השטר בע"מ וי"ל דלא חשיב האי שטר דאשתעבדי' בי' כיון שאין כתוב שם שם הערב אלא כתיבתו וכיון שאינו מוכיח מכתיבתו שהוא מסרו לא מצי לאשתעבד בי' עד כאן לשונו עיין שם ☜ומזה מוכח דאפילו למאן דאמר ע"מ כרתי ולא בעי מוכח מתוכו אפילו הכי כל שלא כתב שמו ולא מוכח מכתיבתו שהוא מסרו ל"מ אפילו למאן דאמר ע"מ כרתי ובב"י באבן העזר סימן קכ"ט כתב דאם לא כתב בגט שם האיש והאשה פסול אפילו למאן דאמר ע"מ כרתי ולמדו מדברי תוספות בגיטין דף ך' דפסול מן התורה אם לא נכתב שמו כלל והמעיין בתוספות שם יראה דאינו מוכח ועיין שם בחידושי רש"ל ומוהרש"א ומוהר"מ לובלין וב"ש כתב שם דאינו פסול אלא מדרבנן אבל מדברי תוספות פ' הנושא משמע דהוי מדאורייתא דבדיני ממונות משמע דדינא קאמרי:

סימן נב

סעיף א

שטר שיש בו ריבית. והקשו בתוספות הא העדים פסולים שעוברים בלאו דלא תשימון ואע"פ שאין מרויחין יש להם לפסול מידי דהוי אעבריין אוכל נבילות להכעיס דקיימא לן כאביי דפסול. ובמשנה למלך פ"ד מהל' מלוה וז"ל יש לחקור בקושיא זו שהרי אין בלאו זה מלקות מדלא הביאו רבינו בפי"ו מסנהדרין וכ"כ הרב החינוך סימן ע"ד וכתב הטעם משום שהרי אפילו המלוה אינו במלקות שניתן להישבון ואינו בדין דהני דאתי מחמתי' יתחייבו מלקות וכו' וכיון שכן לא מפסלי לעדים שהרי כתב רבינו בפ"י מעדות איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליו מלקות ומשמע דאם אינו חייב מלקות לא

מיפסל וע"ש: אמנם בכנסת הגדולה סימן ל"ד כתב ז"ל אמר המאסף לא נהירא לי טובא דמ"ש הרמב"ם ז"ל בפרק קמא מהלכות עדות איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליו מלקות לאו למימרא שאין בו מעשה שאין בו מלקות דלא פסילי דאם כן כל לאו שניתן לאזהרת מיתת בית דין או שניתן לתשלומין או שניתק לעשה או לאו שבכללות שאין לוקין לא יהי' נפסל לעדות וזה אינו שהרי כתב הרמב"ם גנב או גזל שהוא לאו שניתן לתשלומין או עשה מלאכה בשבת שהוא לאו שניתן לאזהרת מיתת בית דין שפסול לעדות ובשלמא גבי גנב או גזל היינו טעמא משום דהוי רשע דחמם אבל עשה מלאכה בשבת למה יפסל כיון דאינו לוקה וכ"ת דאיירי שהתרו בו למלקות ולא התרו בו למיתה זה דוחק גדול דבהתרו בו למלקות יפסל והתרו בו למיתה לא יפסול עיין שם דלשטתו לא בעינין כלל חייבי מלקות. אבל דברי כנה"ג תמוה דמ"ש שגנב או גזל הא הרמב"ם עצמו ביאר טעמו של דבר בפ"י מעדות ז"ל עוד יש שם רשע שהן פסולין לעדות אף על פי שהם בני תשלומין ולא בני מלקות הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם דחמס פסול שנאמר כי יקום עד חמס באיש וגם מ"ש מעושה מלאכה בשבת מבואר בהדיא ברמב"ם טעמו פ"י שם ז"ל איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליו מלקות זהו רשע ונפסל לעדות שהרי התורה קראה למחויב מלקות רשע שנאמר והי' אם בן הכות הרשע ואצ"ל חייבי מיתות בית דין שהוא פסול שנאמר אשר הוא רשע למות עד כאן לשונו ומבואר להדיא דגם מתויב מיתת בית דין נקרא רשע ותמהני איך נעלם כל זה מהמעיין הגדול כנה"ג. ואם כן קושיות משנה למלך ודאי קשה כיון דבעינין חייבי מלקות דוקא. ועיין שם במשנה למלך הביא בשם ג"ת שער מ"ו דעדים לוקין ודוקא מלוה היא דאינו לוקה דאיתי' בהשבה אבל עדים לית בהו צד תיקין בהשבה כיון שאין לוקחין הריבית ונשאר להם לאו דלא תשימון במקומו גם בס' בני שמואל רצה להוכיח מדברי הנימוקי דעדים הוי בני מלקות אלא דאח"כ כתב דהיאך יתחייבו הערב והעדים מלקות הא הוי לאו שאין בו מעשה והמ"ל כתב שם דכשחתמו בשטר הוי לאו דאית בי' מעשה ועוד שאפילו לא חתמו אפשר דלוקין כיין דאשכחת לאו זה ע"י מעשה אף בדליכא מעשה לוקין וראי' ממ"ש רבינו בפ' י"ג משכירות דאם חסמה בקול לוקה ותמה ה"ה הא לאו שאין בו מעשה הוא ותירץ דשאני חסימה כיון שישנה במעשה גמור אף החסימה בקול הוי כמעשה והקשה עליו לחם משנה דאם כן מאי פריך בש"ס מעדים זוממין לחסימה הא בעדים זוממין לא משכחת מעשה ותי' דלפי מ"ש רבינו בפ"ט מהל' עדות משמע דאדם יכול להעיד בכת"י אם כן עדים זוממין נמי יכול להיות במעשה שיכתב עדותו והוי כמעש' ע"כ ואם כן גבי ריבית נמי כיון דמשכחת לה ע"י מעשה כגון בחחימ' אף שלא חתמו

לוקיו דומי' דעדים זוממין עד כאן לשונו המ"ל. אבל בעיקר דברי לחם משנה. קשה לי דהא דעת הרמב"ם דחותכין עדות שבשטר מד"ם בפ"ג מהל' עדות ואם כן מדאורייתא עיקר עדות בע"פ ולא יתכן ללקות משום דאית בי' מדברי סופרים ואפילו למאן דאמר עדות שבשטר דאורייתא אפילו הכי בהזמ' דעת בעל המאור דבעינין דוקא מפיהם. וזה שהקשו ז"ל נראה כיון דמרבנן על כל פנים פסולי אפילו אין בו מלקות אם כן שפיר הקשו תוספות דעדים פסולים או אפשר דתוספות ס"ל דלא כהרמב"ם אלא אפילו אין בו מלקות פסילי מדאורייתא ועוד דנהי דאם לא עשו מעשה אין לוקין על כל פנים אם חתמו ועשו מעשה לוקין: ובעיקד קושיא שהקשו תוספות וכל הראשונים דעדים פסולים נראה ליישב לפי מה שהקשו תוספ' בפרק קמא דחולין גבי שוחט בשבת שחיטחו כשירה. דהא הוי מומר לחלל שבת ושחיטתו פסולה ותי' בתוספות שם דבפעם אחת לא הוי מומר והר"ן בחידושיו כתב כיון שאין נעשה מומר עד גמר שחיטה אין שם מומר עליו אלא מאותה שחיטה ואילך וראי' לדבר מדאמרינן בפרק אותו ואח בנו דלרבנן דאמרי שחיטה שאינו ראויה שמי' שחיטה שחט ראשון לשולחנו ושני לע"א חייב משום אותו ואת בנו ואם איתי' דשחיטה ראשונה שחיטת מומר הוי אמאי מחייבי רבנן והא אין שחיטה כלל אלא נחירה בעלמא אלא ודאי אין שם מומר עליו אלא מאוחה שחיטה ואילך עיין שם ואם כן נראה דה"ה הכא נמי כיון דבמלוה על פה לא עברו העדים על לא תשימון דכיון דאפשר דלא אתי לידי גבי' לא עברי אלא דווקא בעדות שבשטר עברי וכמו שנסתפקו מהרא"ש סימן קס"ב ועיין שם במשנה למלך הנזכר דהוכיח מדברי המרדכי פ' איזהו נשך דבמלוה על פה לא עברי על לאו דלא תשימון ואם כן כיון דלא עברי אלא בשעת חתימתן לא נעשו פסולין אלא משעת חתימתן ואילך אבל מה שחתם בהכשר הוא והשטר כשר ודו"ק: ☜ומצאתי במוהרי"ט בענין זה באורך ומשיג שם על דברי מוהרש"ך ולענ"ד דברי מוהרש"ך נכוני' ולכן נעתיק כל דברי מורי"ט שם בח"א סימן.קל"ת ז"ל ועל מה שבא בשאלה שיש חרם שלא ימצא שום עד בקידושין אם לא יהי' שם החכם מרביץ תורה בקהל והפרנסים הנה ראיתי מ"ש הרב המובהק כמהור"ר שמואל די מודינא ז"ל שהואיל ועברו על חרם הקהל הם פסולים ונתבטלה עדותן לגמרי. וגם ראיתי להרב סגן הכהנים ז"ל בתחלת ספר שלישי שאף הוא נראה בעיני חכמתו כן אלא שהוקשה בעיניו שמעשים בכל יום נעשין קידושין כאלו בפני הרבנים הקדושים אשר בארץ המה ולא אחד מהם שהורה היתר מטעם זה לכך אמר דאפשר מטעמא דמלתא שאנו מקיימין עדותן לפי שלא נפסלו אלא מכאן ולהבא אחר שנתקדשה אבל בשעת הקידושין כשרין היו ומותיב הרב אנפשיה חיובתא מאותה שאמרו בפרק קמא דחולין השוחט בשבת

וביה"כ שחיטתו כשירה ומוקי לה בגמרא אפילו במזיד והקשו התוספות אי במזיד האיך שחיטתו כשירה והא מומר לחלל שבת אסור לאכול משחיטתו ע"כ אלמא אף על פי שאינו נקרא מומר אלא בשחיטה זו נפסלה שחיטתו ותי' דהתם בשעה שהתחיל לשחוט כדי נטילת נשמה עבר על חילול שבת ושחיטה כשירה לא הוי עד גמר שחיטה אלו דבריו ז"ל. ואיני רואה דבריו בזה במה שדן שהם כשרים לפי שבשעה שנמצאו העדים בשעת הקידושין כשרים היו ולא קדם להם פסול ולאחר הקידושין הוא דנפסלו גדולה מזה אמרו בפלוגתא דר"י ורבנן בשנים שהם מעידים אותו שגנב והם מעידים אותו שטבח בעדות א' בבח אחת תכ"ד והוזמו על הטביח' סברוה דכ"ע תכ"ד כדיבור דמי ורבנן סברי עד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל וכיון דמההיא שעתא דקא מתזמי אתזם אגניב' דלא קא מתזמו לא אתזם ור"י סבר למפרע הוא נפסל וכיון דמיד כי אסהידו הוא דאפסלו כי אתזמי להו אטביחה אתזמי נמי אגניבה דתכ"ד כדיבור אלמא למאי דאפסק כאביי דלמפרע הוא נפסל אפילו מה דאסהיד תחלה תכ"ד לא מיהמן כ"ש בעדו' עצמ' ועוד מוכח מההיא דחז"ה שהבאתי למעלה האי אייתי סהדי וכו' ועוד ראיה וכו' ותו עדיין לא הועיל הרב ז"ל במה שאמרו שבשעת הקידושין כשרים היו ולא נפסלו עד אחר הקידושין שהרי בשעת העדות עכשיו פסולין גמורין הן דתחלתו וסופו בכשרות בעינן וכו' וכיון דהשתא מיהא רשיעי נינהו לא מקבלין סהדותייהו כלל גם בהאי דפרקה לההיא דשוחט בשבת טעמא משום דבשעה שהתחיל לשחוט כו' אין פרוקו נכון דבהחחלת השחיטה אף על פי שעשה חבורה לא מחייב דמקלקל הוא ותנן בהאורג כל המקלקלים פטורים ודווקא בשחיטה חשיב תיקין כדכתבו שם תוספות שמוציאו מידי אמ"ה ומכשירו לאכילה הלכך הכשר שחיטה וחלול שבח באין כא' ומעיקרא דדינא פירכא דנראה לי שיש לפקפק בפסולין של עדים אלו הואיל ואפשר היו שיעידו על הקידושין ולא ימעלו בחרם כגון שלא הוזמנו מתחלה לכך אלא שזרק לה קידושין פחאו' ואף על פי שבנדון זה הדבר מוכיח מתוכו שמזידים ומכוורם היו מכל מקום בהאי מלתא פלגינן דיבורא ונאמין להם שנתקדשה ולא נאמין להם שעברו על חרם דאדם קרוב אצל עצמו ע"ש: אמנם הכינותי לבי ליישב דברי סגן הכהנים שיהיו נכונים וזה יצא ראשונה על ראשון מ"ש להביא ראיה מהא דאמרינן גבי עדי גניבה וטביחה שהוזמו על הטביחה בטלה עדות הגניבה ולא אמרינן דלא נפסלו אלא מכאן ולהבא ומה שהעיד בעת רשעתו כשר הוא דע דיש חילוק בין רשע דחמס ובין רשע דאינו דחמס והוא דרשע דאינו דחמס צריך להיות דווקא מחייבי מלקות לדעת הרמב"ם ורשע דחמס אפילו אין בו מלקוח פסול משום דחשיד למשקר בשביל הנאת ממון ויש חילוק והפרש גדול בין רשע דחמס

לרשע דאינו חמם אף על גב דשניהם פסולין וז"ל הנימוקי יוסף פרק זה בורר שבועת שוא על עמוד של אבן שהוא של זהב ואף על גב דלאו רשע דחמס הוא וחלמודא פסק כאביי דלא בעינן רשע דחמס ולאביי לא הוי טעמא משום דעבירה קא עביד אלא טעמא דאביי משום דרחמנא פסלי' לרשע מעדות והאי רשע הוא וכתיב אל חשח רשע עד אבל בעלמא בשאר איסורים דלא שייך עדות דאפילו ע"א כשר בהם ואפילו אשה ליכא למיפסלה עד כאן לשונו. הרי דרשע דאינו פסולו משו' משקר אלא דגזה"כ הוא אל תשת רשע עד אבל לא משום דעבר עבירה דנימא דחשיד גם כן בעדות שקר דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לד"א אלא פסולו הוא גזה"כ כמו קרוב ואשה ולכן במקום שהכשירו פסולין גם בזה כשר אבל רשע דחמס כגון גזלנין גם בעדות אשה פסול משום דתשיד למשקר משום הנאת ממון ומה"ט נמי כתב במשרים חלק ו' גבי חתם בכתב עד שלא נעשה גזלן ואח"כ נעשה גזלן דבעינן הוחזק כת"י בבית דין קודם שנעשה גזלן משום דחיישינן דלמא עחה אחר שנעשה גזלן חתם וזייף וגבי חתנו לא בעינן הוחזק כת"י בבית דין קודם שנעשה חתנו משום דקרוב אינו משקר אלא פסולו משום גזירת הכתוב וביאר שם במשרים חתם עד שלא נעשה גזלן וכנ"ל והוא שהוחזק כת"י בבית דין וכן הדין בעד זומם וכתב בתוספות דיש להסתפק אם נפסל בשאר עבירות שאינו חמס אם נפסל בכך עד כאן לשונו. והיינו משום דכיון דרשע שאינו חמס אינו חשוד למשקר משום דעבר עבירה דחשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר אלא דגזירת הכתוב אל תשת רשע עד והתורה פסלו אפילו אינו משקר וכמו קרוב ואשה ומשום הכי ברשע לא בעינן הוחזק כת"י בבית דין ועמ"ש בסימן מ"ו סעיף קטן ט"ז דזה נוטה יותר דגבי רשע דאינו דחמס לא בעינן הוחזק כיון דאינו משקר וכמו בחתנו. אבל בעד זומם לא אסחפק' דודאי בעינן הוחזק כת"י קודם דהא חשוד לאותו דבר להעיד שקר. ולפי זה ודאי רשע דאינו דחמס דאין פסולו אלא מצד גזירת הכתוב אינו נפסל אלא מה שהעיד אחר שנעשה רשע אבל מה שהעיד בשעת רשעתו כשר כיון דאינו משקר וכמו שכתב הר"ן גבי שחיטח מומר אבל עד זומם או רשע דחמס דהוא פסול משום משקר אם כן השחא דחשדינן אותו למשקר מה שהעיד אח"כ מכ"ש מה שהעיד בשעה שמשקר דהא חשוד לאותו דבר וההיא דמרובה בעד זומם וכן מה דמייתי מוהרי"ט שם מעדות מוכחשת מדברי תוספות גבי לא נחלקו עיין שם התם עד שקר הוא וחשוד לאותו דבר ואם כן טפי ראוי לפסול מה שהעיד בשעה דידעינן דמשקר אבל ברשע דאינו דחמס ובההיא דעברו על החרם דאינו חשוד למשקר דחשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר ופסולו גזירח הכתוב כמו קרוב אם כן לא מיפסל רק מה שהעיד אחר שנעשה רשע והוא נכון: ☜ומה שהשיב מוהרי"ט

אעיקר דדינא דנימא פלגינן דבורא ונאמין להם שנתקדשה ולא נאמין להם שהוזמנו עיין שם נראה לענ"ד דלא אמרינן פלגינן דיבורא אלא גבי פלוני רבעני לרצוני דאין הרביעה תלוי בזה אם הוא לרצונו או לא וכן בהרגנוהו דבאין להעיד שמת ולא תליא בזה אם הוא הרגו או לא כיון דאנו יכולין לקבל עדותן שהעידו ומה שבאין לפסול עצמן אין נאמנין על עצמן דאדם קרוב אצל עצמו מה שאין כן בקדושין אם העידו שראו קידושין אחורי הגדר לאו כלום ומילי דהשטאה הוי כל שלא ראו המקדש והמתקדשת את העדים וכמבואר באבן העזר סימן מ"ב דקידושין בעי עדים דוקא ואם כן אלו שמעידין שהוזמנו להיות אצל הקידושין הרי העידו שנתקדשה בפני פסולין ואם כן לא הוי קידושין כלל ואינו אלא השטאה ועדים שבאו להעיד על קידושין צריכין להעיד שנתקדשה בפני עדים כשרים וכיון דהם לא העידו כן אלא הם אמרו שאין כאן קידושין מאתר שאמרו שהי' ע"י הזמנה ונעשה הקדושין בפני פסולים ואיך נוסיף על עדותן שנתקדשה בפני עדים כשרים מה שהם לא העידו אלא על מילי דכדי והוא השטא' וכיון דעיקר העדות הוא שנתקדשה בפני עדים כשרים לא שייך פלגינן דבורי' להוסיף בעדותן מה שלא העידו כלל וכמ"ש ולהכי צריך מוהרש"ך לדון בדבר משום דלא היה פסולים בשעת קידושין אלא אח"כ ואם כן הרי העידו על קדושין גמורים שנתקדשה בפני עדים כשרים אפילו הוזמנו לקדושין כשרים היו. ומשום הכי בשעת הגדה הבית דין מקבלין עדותן אף על גב דהשתא פסולים המה דהשתא פלגינן דיבורי' ואמרינן שלא הוזמנו לקידושין כיון דהעידו על קידושין גמורין ה"ל כמו פ' רבעני לרצוני דפלגינן דיבורי' כיון דאין המעשה תליא בזה ודו"ק: ומ"ש מוהרי"ט להשיב במ"ש מוהרש"ך בדברי תוספות שהקשו גבי שוחט בשבת הא הוי מומר לחלל שבת ואף על גב דחילול שבת ושחיטתו באין כאחד ולא'נפסל אלא מכאן ולהבא וכתב משום דחילול שבת קודם גמר שחיטה ובזה השיג מוהרי"ט דהא קודם גמר שחיטה עדיין מקלקל הוי. הנה לא על הסגן תלונתו כי אם על הרמב"ם דכתב בפי' המשניות פרק קמא דחולין ז"ל השוחט בשבת אם הי' שוגג שחיטתו כשירה ושמא תאמר ולמה לא תהא שחיטת מזיד בשבת כשירה הואיל ואינו מחלל שבת ואין שחיטתו פסולה אלא אחר גמר שחיטתו ואם שחט אח"כ שחיט' שנייי' הוא שיהי' אסור דע שמשיתחיל לעשות חבורה בצוואר הבהמה הוא מחלל שבת קודם שישתט שום דבר מן הווושט וגרגרת ואם תרצה לבאר יותר מזה תאמר בשעה שישחוט קצת הסימנין קודם שיגמור השחיט' הוא מחלל שבת ובשעה שיגמור השחיטה הוא פסול עד כאן לשונו. ואם כן אין תימה אם גם התוספות סברי כשטת הרמב"ם דנעשה פסול מתחלת שחיטה ובר"ן בחידושי' כתב דבשבת נמי לא מחייב עד גמר שחיטה

דמקמי הכי מקלקל בחבורה הוי ופטור עיין שם אבל הרמב"ם ותוספות נראה דסברי דחייב מתחלת שתיטה אף על גב דמקלקל הוי משום דהוי מקלקל ע"מ לתקן כיון דדעתו לגמור השחיטה ומקלקל ע"מ לתקן חייב כדאי' בפ' האורג ואם כן התוספות והרמב"ם מודי דלא מיפסל אלא משעת שחיטה ואילך אלא דהרמב"ם ותוספות סברי דנעשה פסול מתחלת שחיטה והר"ן סובר דלא נעשה פסול בתחלת שחיטה ואם כן מבואר להדיא דכ"ע מודי דלא מיפסל אלא משעת שעשה העבירה ואילך אבל לא בשעת עבירה ואחרי דברי הר"ן נמשכו מוהרש"ל וש"ך בי"ד סימן ב' עיין שם והרי שני עדים נאמני' הרמב"ם והר"ן דאינו ראוי לפוסלו אלא מרשעתו ואילך ואפילו התוספות לא פליג אלא משום דסברי דפסול מתחלת שחיטה וכשטת הרמב"ם ואם כן הוא הדין הכא בעדים שחתמו על ריבית לא מיפסל השטר אלא מה שיעידו אח"כ הוא דמיפסל. ועיין בתוספות פרק קמא דסנהדרין דף ט' ד"ה לרצונו רשע שכתבו הא דאמרינן בפרק קמא דמכות נרבע יציל משום דהוי רשע. ולכאורה קשה לפי מ"ש דאותו עדות לא נפסל. משום דשטת תוספות פרק קמא דמכות דקא"פ אינו מציל אלא כשבא לבית דין והעיד ועיין שם ואז בשעת הגדה כבר נפסל ואפילו לפי מה שכתבו תוספות שם דרא' נמי מציל נמי לא קשה לפי מה שכתבו תוספות בסנהדרין שם דאפילו לרבא דבעי רשע דחמס נרבע מיקרי רשע דחמס שעושה עבירה להנאתו וכבר כתבנו דגבי רשע דחמס דחשדינן למשקר פסול באותו דבר שנעשה רשע ודו"ק והוא ענין נבחר. וע"ד אסמכתא נאמר אל תשת רשע עד הקדים רשע לעד וגבי עד חמס כתיב כי יקו' עד חמס באיש ולא בעינן חמסותו קודם לעדותו:

סימן נג

סעיף א

מרצון הלוה. ועיין ש"ך שהקשה דלמא עושה קנוניא כדי שיטול ממלוה לפי ערך השטרות ועיין שם מ"ש בזה:

סימן נד

סעיף א

היסת. ואף עפ"י שאין נייר של שטר שוה פרוטה מכל מקום מחמת ראי' שבו אפילו אחר שכתוב שובר יתן לו הלוה יותר מפרוט' לפיכך כשטוען טענת ברי יש לו למלוה לשבע היסת כ"כ הרב המגיד ובג"ת הקשה למה הוזקק לזה שהרי אם לא ישבע שאבד השטר

לא הי' פורע כלום כיון שהוא ביד המלוה עד שיתן לו שטרו כדלקמן סעי' ג' ואין לך ממון גדול מזה ע"כ ובש"ך כתב דהוזקק הרב המגיד לזה דע"כ לא קאמרינן לקמן סעיף ג' דא"צ לפרוע עד שיתן לו שטרו אלא משום דסוף סוף יהי' המלוה פרוע שהרי לאחר זמן יחזיר לו שטרו והלוה רוצה לפורעו אחר שימזיר לו שטרו ואמרינן למלוה הרי אין לך היזיק בזה אבל שיעכב הלוה המעות בידו ולא יפרע כלל עד שיחזיר לו שטרו זה לא מסתבר כלל וע"ש. אבל המעיין בבעל התרומות מבואר להדיא דהיכא דאיתי' לשטרא בעולם אף על גב דליתי'. בידי' למלוה לאהדורי מפסיד הפרעון לגמרי עד שיחזיר לו שטרו עיין שם בשער נ"א ח"ד גבי מסר ולא כתב לו קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה דלא קנה השעבד אלא הנייר לצור וכו' ואם יאמר הלוה לא אפריעך עד שתחזיר לי שטרי מאתר שידוע שהשטר הוא ביד הלוקח וישנו בעולם אין כופין אותו לפרוע בשובר וכ"כ בשער ל"א ז"ל אבל אי ידיעה מלתא דשטרא איתי' בעולם אף על פי דליתי' בידי' דמלו' כיון דמגליא לן בידי' דמאן איתי' אמרינן לי' למלו' זיל טרח אבתרי' ואהדרי' ניהלי' ואי לא לא פרע לך מאחר שידענו השטר היכן הוא שלא אמרנו לכתוב שובר אלא היכא שאין השטר בעין כדאי' בפ' האש' שנתארמל' אבדה כתובת' הרי הוא כהטמינ' בפנינו ואין כותבין שובר ולא גבי' ואף על גב דלא קיימא לן כוותי' באבדה מכל מקום שמעינין מיני' דמפשט פשיטא לי' דהיכא שהטמינ' בפנינו אין כותבין שובר וודאי כ"ז דידיע' לן שטרא היכא הוי כהטמינה בפנינו דמי עד כאן לשונו ומבואר להדיא דאף על גב דליתי' בידי' למלוה לאהדורי וכהאי דמכרו לאחר בלא כתיבה דקנה הלוקח הנייר לצור הפסיד הפרעון דהא באביד' נמי ליתי' לאהדורי ואפילו הכי ס"ד למימר דכהטמינ' דמי אלא דאנן קיימא לן בנאבד כותבין שובר אבל הטמינ' אפילו ליתי' בידי' דמלו' לאהדורי כיון דאיתי' בעין אין הלוה צריך לפרוע. אמנם מפירש"י יראה שמיישב הא דאמרינן איבדה כהטמינה בפנינו דמשמע דהטמינה בפנינו פשיט' דאין כותבין שובר אבל רש"י פי' כהטמינ' בפנינו כדי להוציא ולגבות פעם שנית עיין שם ואם כן ראיית בעל התרומות לאו ראי' דודאי אם הטמינה כדי להוציא ולגבות פעם שנית אינו גובה עד שיחזיר שטרו אבל הטמינה סתם כותבין שובר וכדמוקי לה בש"ס שם למאן דאמר כותבין שובר אבדה הטמינה גובה עיין שם ואדרבא משמע מלשון דוקא הטמינה כדי לחזור ולגבות הא הטמינה סתם כותבין שובר אפילו איתי' בעינא וכן משמע בתוספות פרק קמא דמציעא דף י"ז ד"ה לא אמר כלום דאפילו אם הוא מודה שהכתובה בידה כותבין שובר גם מתשובת הרשב"א סימן תתק"ל הובא בבית יוסף מבואר דהא דא"צ לפרוע כשהשטר בידו הוא להלכ' לא למעשה ובשיטת הרמב"ם נראה דסובר דהיכאדאי'לשטרא בעינא

ויכול להחזיר מעכבין הפרעון עד שיחזיר לו שטרו כיון דהלוה נותן שכר הסופר ואף על גב דאינו ש"פ לצור מכל מקום אם הגדול' בעין ת"י צריך הוא להחזיר כיון דשוה הוא ללוה שלא יצטרך לשמור השובר ומיהו אם המלוה כופר אין הלוה יכול לעכב הפרעון וכיוצא בזה כתב הר"ן פ' שבוע' הדיינק גבי מלוה על המשכון דנשבע המלו' שאינו ברשותו וגובה חובו ועיין שם שהקשה וניחוש שמא המשכון ת"י ואין הלוה צריך לשלם וכתב דלא מצי למעבד דינא לנפשי' דכל שידוע שהמשכון תחות ידי' מעקלין הפרעון אפילו אין המשכון שוה כדי חובו אבל אם אינו ידוע אין מעקלין ביותר מכדי שווי המשכון עיין שם וה"נ אם ידוע מעקלין ואם אינו ידוע אין מעקלין ואף על גב דאית לי' ללוה מגו דפרעתיך וטוען ברי שישנו לשטרא תחות ידו דאין השטר נכנס בגדר פרעון אלא כפי' הוא מן הבית דין שיחזיר לו שטרו ומעקלין הפרעון אבל כל שאינו ידוע ל"מ לי' המגו:

סעיף ב

שצריך לשלם מה שמודה. כתב הש"ך ובס' אגודת אזוב תמה בזה על הרב ונראה לו כיון שהשטר. בעולם אין לכתוב שובר עיין שם ולענ"ד כיון דבהכחשת המלוה עם הלוה כגון שהלוה טוען ברי שהשטר ישנו בעולם והמלוה טוען שנאבד אין מעקלין הפרעון דהעיקול אינו אלא לבית דין וכשידוע לבית דין אבל הלוה אינו יכול לעקל והמלוה נשבע היסת אלמא דאין מעקלין אלא בבירור גמור לא מספיקא וה"נ כיון שהמלוה טוען שאין לו להחזיר שטרו והלוה טוען שיש לו להחזיר אין מעקלין הפרעון מספיקא והא דאין המלוה נשבע היסת כדבריו היינו משום דעומד להרברר ע"פ עדים ועיין ש"ך סימן כ"ד:

סעיף ג

מבטל כל שטר. הטעם משום דיד בעה"ש על התחתונה ואמרינן דלמא לא ידעי סכום השטר. וכתבו סתם דכל מה דמפיק למרעי' כ"כ הרמב"ן אבל אם תפס לא מפקינין מיני' כ"כ הרשב"א והיינו אם תפס היותר משני דינרין ועיין ש"ך:

סימן נה

סעיף א

שלא יהי' אנוס. כתב הבית יוסף סימן כ"ז ז"ל מצאתי כתוב בשם ספר אגודה בראשונה הי' נטמן ביום אחרון של י"ב חודש כדי שיהי' חלוט לו וכו' מכאן נראה שאדם שנדר לעשות דבר ביום בתוך ל' יום או זמן אחר ולא נאנס תוך הזמן והי' יכול לעשות וביומא דמשלם זמנין נאנס לא קרי אונם מדהוצרך הלל לתקוני דהא הכא נאנס ביום אחרון עד

כאן לשונו. וקשה לי הא אמרו פ' מי שאחזו (גיטין דף ע"ד) אמר רבא מתקנה של הלל נשמע הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ונתנה לו מדעתו מגורשת על כרחו אינה מגורשת מדאיצטריך לי' להלל לתקוני נתינה בע"כ דהוי נתינה מכלל דבעלמא נתינה בע"כ לא הוי נתינה וכו' עיין שם והא אם אינו רוצה לקבל ודאי הוי אונס שרוצה ליתן ואינו רוצה לקבל. ואם כן למה לי' להלל לתיקוני. ☜לכן נראה דבית ערי חומה שנפדה עד י"ב חודש אם ארעו אונם שלא הי' יכול לפדותו כל השנה גם כן אינו חוזר למוכר ומשום דהוי כמו מגרש ע"מ שנתת לי מאתים זוז ואירע אינם שלא היתה יכולה ליתן אפילו הכי כ"ז שלא נתנה אינה מגורשת דהוי אונס רחמנא חייבי' ולא אמרינן אונס כמאן דעבד וכמבואר בסימן כ"א עיין שם וה"נ בית בבתי ערי חומ' תיכף נקנה ללוקח אלא שציוותה התורה על תנאים שיהי' רשות ביד הלוקח לפדותו תוך שנים עשר חודש וכל שלא פדאו אפילו ע"י אונם אין השדה חוזר ללוקח והוי כמו אונס רחמנא חייבי' ולא אמרינן כן וז"ב וכן מוכח מריש פרק קמא דכתובות בהא דפריך מדתנן אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חודש ומת בתוך י"ב חדש אינו גט טעמא דמת אבל חלה לא עיין שם דהוכיחו מזה דאין אונס בגיטין ודלמא חלה לא משום דהי' יכול לבא קודם שחל' אבל מת אינו גט אף על גב דיכול לבא קודם שמת משום דאין גט לאחר מיתה אלא מוכח דכל שנאנס בסוף הזמן הוי אונם והוא ברור ועיין בשלחן ערוך י"ד סימן רל"ב סעי' י"ב:

סעיף ב

השליש פטור. וכתב בתשובת מ"ב סימן פ"ב דוקא כשהחזירו למלוה אבל החזירו ללוה שטר שאינו פרוע הוי כמו שורף שטר וחייב והובא בש"ך והא דכתב הרמ"א סימן שפ"ו בסופר שטע' וכתב מנה במקום מאתיים דפטור ולא הוי כמו שורף משום דשורף שטר כבר הי' לו שטר וזה שורפו הוה ליה מזיק מה שאין כן בסופר שעדיין לא הי' הזכות ואינו אלא כמונע ומתעלם עין מלהחזיר אבידת אחיו דא"צ לשלם וכמו שכתב הרמב"ן בדיני דגרמי ויודע עדות לחבירו ולא רצה להעיד דאינו חייב לשלם וז"ל וה"ה מי שראה חבירו רוצה ליתן מתנה לפ' או הולך להציל ממנו והוא מעכבו אין מן הדין לחייבו שאין זה גורם היזק אלא מונע עיין שם ואם כן הוא הדין סופר שטעה וכתב מנה במקום מאתיים אינו אלא כמו צייר פומא דסהדי דלא יסהדון דהא דשליש שהחזיר שטר למלוה פטור ועדים שחתמו בשקר חייבין משום דיני דגרמי משום דשליש שהחזיר שטר למלוה לא הוי מזיק אלא עדים שחתומים בו וה"ל כמו שוכר עדי שקר בסימן ל"ב דפטור מדיני אדם אבל עדים שחתמו בשקר אינהו דקא מזקי וזה נראה לי דה"ה שליש דנאמן כ"ז ששלישותו בידו להעיד זכות להמלוה והודה ששקר ענה באחיו דצריך לשלם מדיני

דגרמי כמו עדים שהעידו שקר ואפילו העיד זכות למלוה נמי ה"ל גורם ודוקא מחזיר שטר למלוה ולא העיד פטור משום דעיקר ההיזק ע"י השטר וכמ"ש אבל אם העיד זכות למלוה והודה ששקר העיד צריך לשלם מדיני דגרמי וז"ב וראיתי בתומים נתקשה הרבה בדין זה והקשה מסימן שפ"ו בסופר שטעה ומעדים שחתמו שקר ועיין שם ולפי מ"ש ניחא:

סימן נו

סעיף א

שלישׁ. כתב בהגהת מרדכי ספ"ק דמציעא ז"ל ואע"פ שהמלוה כופר מאחר שהשליש אומר ודאי פרע והמלוה אינו יכול לחזור בו עתה מאחר שכבר נעשה המעשה שכבר פרע והוא בעצמו מודה שהאמינו לכך ועיין שם ומשמע מזה דקודם שנעשה מעשה יכול לחזור בו וכן משמע מתשוב' הרשב"א שהובא בבית יוסף מחו' י"ד שכתב שכל שלא אמרו זכה בשביל שנינו יכולין לחזור בהם וע"ש: אמנם נראה דהיינו קודם שאמר השל ש עדותו יכול לחזור בו אבל אחר שאמר השליש עדותו אינו יכול לחזור בו ואף על גב דלא הי' מעשה עדותו הוא המעשה דהא בנאמן עלי אבא אחר שהעיד אינו יכול לחזור בו דהוי גמ"ד. שלו וכמבואר בסימן כ"ב אלא אם האמינו לשליש ועדיין לא אמר השליש אופן שלישיתו בזה אם אמרו זכה בשביל שנינו דהוי כקנו מידו אין יכולין לחזור אפילו קודם שהעיד השליש דהוא גמר דין שלו אבל לאחר שאמר השליש אופן שלישותו ודאי בכל ענין אינו יכול לחזור בו והאחרונים סתמו בזה ☜:

סעיף ב

כשני עדים. ומשו' דהימני' ואפילו לית לי' מגו עכשיו כיון דהי' לו פעם אחת מגו הא הימני' אבל אם לא הי' לו מגו בשום פעם לא הימני' כלל וכר"ש הש"ך באריכות ובכנסת הגדולה נסתפק דאפילו לית לי' מגו מעולם אם נאמן וכתב שכן משמע מהגהת מרדכי ספ"ק דמציעא ועיקר כדברי הש"ך:

סעיף ג

אין יכולים לקיים. והיינו כיון דאין יכולין לקיים תו לית לי' לשליש מגו דאי בעי מהדר לי' ללוה דהא אי נמי מהדר לי' אינו מועיל כיון דאינו יכול לקיימו ועיין ש"ך הביא בשם הנימוקי שחולק וס"ל דאם טוען פרוע כיון שהי' השליש יכול לקיימו בשום פעם אף על גב שאין יכול לקיים עכשיו נאמן השליש ועיין ש"ך בסק"א האריך והעלה בזה דאם אומר מזוייף אם כן לא הימני' מעולם כיון דלפי דבריו לא יוכל לקיימו בשום פעם

אבל כשמודה שכתבו הרי מודה שהי' שליש והי' יכול לקיימו בשום זמן והימני' לשליש ועיין שם ואכתי צריך עיון כיון דע"כ נאמנות דשליש אינו כשני עדים דהא אם באו עדים והכחישו עדים נאמנים יותר וכיון דלא הוי שליש אלא כמו נאמנות סתם נהי שמודה שהוא שליש ניהימני' ללוה לומר פרוע במגו דהי' טוען מזוייף וכ"כ בשלחן ערוך סימן עיין בשטר שיש נאמנות ועיין שם בדברי הסמ"ע והש"ך ולכל הפירושי' בנאמנות סתם ואין עדים על הנאמנות אלא שהלוה מודה נאמן במגו נגד נאמנות וה"נ נהי דשליש נאמנות יש לו כיון דאין עדי' שהאמינו דהא אינו מקויים אם כן ליהמני' במגו דלא האמינו כלל דאומר מזויף אין כאן נאמנות וכ"כ בשלחן ערוך סימן מ"ו בשטר שאינו מקויים ואפילו כתוב בו נאמנות נאמן במגו דמזויף ולכן יראה דהנימוקי ס"ל דלא מהני מגו דמזויף בנאמנת וכדעת בעל התרומות ועיין שם שני דיעות בשלחן ערוך סימן מ"ו סעי' ב' אבל לפי מה דקיימא לן דנאמן לומר פרוע בשטר שאינו מקויים אפילו כתוב בו נאמנות אם כן הוא הדין נגד נאמנות דשליש נאמן במגו:

סעיף ד

אשה הנושאת. עיין ש"ך שהאריך והעלה דאש' הנושאת ונותנת בתוך הבית כיון דכל צרכי הבית הי' נחתכין על פי' והיתה שולטת בכל ממון בעלה ואם כן הימנה ולהכי אף על גב דהשתא לית לה מגו אפילו הכי נאמנת מדין שליש ועיין שם ולפי מ"ש לעיל בסק"א דבעינן גבי שליש שיאמר זכה בשביל שנינו ואם לא אמרו כן יכולין לחזור אם כן הכא נהי דהימנה במה שנתן לה כל אשר לו בידה מכל מקום הא לא אמר זכה בשביל שנינו ואפילו לפי מה שכתבתי שם דאתר שגמר עדותו הוי כגמר דין וא"י לחזור אפילו לא אמר זכה בשביל שנינו כאן כיון דהבעל מת ונכסי קמי יתמי רמי אם כן נתבטל ענין הנאמנות כיון דלא אמר זכה בשביל שנינו והיה יכול לחזור והא דאשכחן נאמנות השליש אפילו אחר מות המשליש היינו באומר זכה בשביל שנינו וכמו שכתב הרשב"א והגהת מרדכי דעיקר דין השליש מיירי בכהאי גוונא אבל אם הי' באופן שיוכל לחזור בו אם כן כיון דמת והי' היורשין יכולין לחזור אף על גב דלא חזרו בפירוש כי מת היינו חזרה וז"ב:

סימן נז

סעיף א

אינו חוזר ולוה. עמ"ש בסימן מ"ח:

סימן נח

סעיף א

וכן מי שהפקיד. וטעמא דכיון שהנפקד יצטרך לשלם לא הוי כתופס מיד הבע"ח אלא כתופס מיד השומר והשומר אינו חייב כלל ולהכי מחלק בין פשע או לא ובמשנ' למלך פ"א משכירו' כתב וז"ל כתב מרן בסימן פ"ג בשם הריטב"א וז"ל והיכא שהשאיל ראובן כליו לשמעון וחזר שמעון והשאילן ללוי ובא לתפוס מעני' ראובן ויש לו מגו וכו' ומיהו אם לא הפקידו שמעון ללוי אלא שבא לתופסו מרשו' שמעון שלא מדעתו נרא' שתפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו ויש לתמוה עליו מה אירי' פשע אפילו לא פשע נמי דהא שואל חייב באונסין עד כאן לשונו בית יוסף ודברי הרב תמיהין דמאי אונסין שייך הכא דמאי דחייב רחמנא באונסין היינו אונסין דעלמא כגון שבורה ומתה אבל הכא לוי טוען שחייב לו ראובן כדי דמיו ויש לו מגו דלהד"מ דנאמן אבל אם באנו לחייב שמעון היינו משום פושע שמסר למי דלא מצי לשתעי דינא בהדי ואלו לא השאיל שמעון ללוי היה ראובן נשבע ונפטר וצריך עיון עד כאן לשונו ולא קשה מידי ואין כאן שום תמי' על הבית יוסף דודאי שואל דחייב באונסין אם כן אפילו תטפו לוי משמעון באונס גם כן שמעון מתוייב לשלם דהא נהי דלוי נאמן במגו היינו משום מגו דלא חטפתי אבל על כל פנים נגד ראובן לית לי' מגו דנימא דודאי אומר אמת שחייב לו שלא יצטרך השואל מה"ט לשלם דהא אפילו אם הי' אומר לא חטפתי הי' השואל צריך לשלם וראובן אית לי' דינא בהדי שואל ואומר אינו חייב לו כלל ואי משום המגו וכי לא יכול להיות שמשקר ולא עדיף עענה זו שמעון חייב לי מאלו טוען לא תטפתי והיית צריך לשלם לי ולא מצי לשואל טעון דילמא אמת שאתה חייב לו דהא אי הוי עדים וראה באופן דלית לי' מגו ללוי ולוי הלך למדינת הים וודאי הי' צריך לשלם ולא מצי טעון דלמא באמת אתה חייב כיון דלית לי' לחוטף מגו אינו אלא כמו גזלן ואנם וכן הוא הדין אפילו אית לי' מגו לא מהני לי' המגו אלא לגבי עצמו שיכול לטעון חוב עליו במגו דלהד"ם אבל השואל לא מצי פטר נפשי' במגו זו.

סעיף ב

אבל אם תפסו מיד המפקיד ואית לי' מגו. ונראה לענ"ד דכל הני תלוקות אם יכול לתפוס ע"י מגו מן השומר במקום שיצטרך השומר לשלם היינו דוקא במקום שטוען שחייב לו המפקיד דכיון דבאמת בע"ת מכאן ולהבא הוא גובה ואין לו זכות בזה החפץ דווקא אמרינן לי' זיל שלים מבע"ח דכיון דהשומר הוא צריך לשלם הרי אינך תופס

מבע"ת אלא משומר אבל אם טוען שגוף הפקדון הוא שלו ויש לו מגו נראה דלכ"ע נאמן במגו כיון שהוא מכיר את שלו ביד אחר ולא איכפת לי' בזה שזה השומר קיבל שמירה ואחריות עליו על חפץ שלו וצריך השומר לשלם והוא אינו צריך להחזיר כנ"ל פשוט ☜:

סעיף ג

אבל בפני ע"א לא אמרינן דאיתרע שטרא. ואינו דומה לנסכא דר"א דשם הוי מחויב שבועה דאורייתא ואיל"מ מה שאין כן זה שאין לו אלא שבועת המשנה בע"א שהוא פרוע לכן ל"א בי' מתוך כ"כ בעל התרומות בשם הרמב"ן שהשיב לו כך. והנה ראיתי כל הגדולים וחשובים יוצאים לקראת משה רבינו והקשו דברי הרמב"ן אהדדי דכאן דעתו דבע"א לא אתרע שטרא ולא אמרינן בי' מתוך ובפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ד) גבי נסכא דר"א כתב להדיא דאבימי קודם שנתקנה שבועת היסת דכיון דאי הוי מכחיש לשליח הי' צריך לישבע להכחיש את השליח לא הוי מגו ואתרע שטרא וכ"כ תוספות בעובדא דאבימי בפ' הכותב והנה בש"ך כתב עצה נכונה ליישב והוא דהתוספות והרמב"ן מיירי בתר פרעון דאם פקח הוא מייתי לידי שבועה דאורייתא ובתר פרעון כיון דהוי לי' ש"ד הוי לי' מחויב שואיל"מ ועיין שם דמותיב אנפשי' מאי הקשו מעובד' דאבימי דילמא מיירי עובדא דאבימי קודם פרעון ועיין שם אלא דסתימת דברי הרמ"א משמע דלעולם לא איתרע שטרא בפני ע"א דאם לא כן ה"ל לפרש דבתר פרעון צריך לחזור משום דהוי לי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם ועוד דאם כן הפוכי מטרתי למה כיון דבתר פרעון יצטרך להחזיר למה יפרע. ולכן נראה דבתר פרעון לא שייך דין מתוך כיון דלדעת הרמ"א אפילו בשני עדים מעידים על הפרעון בסתם דאינו יכול לטעון סטראי אבל אי תפס לא מפקינן מיני' ואם כן ודאי בתר פרעון לא שייך דין מתוך שיצטרך לחזור המעות דהא אפילו שני עדים מעידים על פרעון סתם יכול לומר סטראי ואין צריך המגו כלל רק להוציא אבל להחזיק מה שתפוס ועומד סטראי מחמת עצמה טענה אפילו בשני עדים וז"ב. ואפילו לדעת השלחן ערוך דל"מ תפיסה לטענת סטראי היכא דאי' שני' על הפרעון סתם היינו משום דהאי שטרא איתרע לגמרי ואינו נאמן לתפוס על חוב שבשטר דכבר איתרע אבל תביעת ממון ודאי ליכא דהא מבואר בשלחן ערוך סימן ע"ט אמר לו מנה הלויתיך בפני פ' ופ' וכו' אבל טען אמת שקבלתי מנה אבל בפרעון חובי נאמן והרי משמע להדיא דאין בזה משום תביעת ממון אלא הא דאיתרע שטרו ואינו נאמן בתפיס' היינו משום דהאי שטרא איתרע לגמרי וכנ"ל ואם כן גבי אי פקת הוא דמייתי לידי ש"ד היינו דמוקים לי' לקמאי בהלואה דע"א אינו נאמן לארועי שטרא וכמ"ש בש"ך סימן עיין דאינו אלא משום פלגינן דיבורי' ואמרינן דמוקי'

לה בהלואה. וכיון דהעיד בסתמא ל"מ דעל מנה סתם מצי אמר לפרעון חובו. ואם כן בתר פרעון אפילו לדעת ש"ע לא אמרינן משואיל"מ וכן מוכח מתשובת הרא"ש כלל פ"ו דאם על חוב שבשטר הוא בא בהרשאה ועל הממון שהודה שקיבל הוא בא מכח עצמו דאי בעי מהדר הרשאה למרי' ולא נשאר אצלו אלא תביעת ממון ועל אותו הממון שהודה שקיבל הוא נאמן בשבועה עיין שם ומשמע דתביעת ממון ודאי ליכא ומיהו לפי מ"ש בסימן ע"א סק"ד דגבי אי פקת הוא מייתי לידי ש"ד לאו משום פלגינן דיבורי' אלא משום דע"א נאמן על פרעון השטר דאף על גב דקודם פרעון אינו נאמן היינו משום דהוי ליטול ועוד דה"נ ש"ק אבל בתר פרעון הרי ע"א במקום שנים לשבועה ועיין שם ואם כן לדעת השלחן ערוך דלא מהני תפיסה לטעון סטראי נגד שני עדים ה"ה בעד א' בסתם ה"ל בתר פרעון משואיל"מ אבל לדעת הרמ"א דאפילו בשני עדים נאמן לומר סטראי פשיטא דבעד אחד נאמן לומר סטראי ואפילו בתר פרעון ודו"ק: אמנם היכא דפרעו בפני ע"א ואידכר לי' מהאי שטרא והמלוה מודה דאידכר לי' מהאי שטרא אלא שטוען שחייב לו עוד חוב אחר וקיבל במחשבתו על פרעון חוב האחר ואית לי' מגו בזה ודאי ה"ל בתר פרעון מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם דהא כה"ג דאידכר לי' מהאי שטרא בשני עדים וטוען על חוב אחר קבלתי' לא מהני תפיסה אפילו לדעת הרמ"א כיון דאידכר מהאי שטרא וע"א ה"ל כשנים כל זמן שאינו נשבע ואמרינן משאי"מ אפילו לדעת הרמ"א היכא דתובעו בתר פרעון ובעובד' דאבימי שם הי' המעש' כן אבימי ברי' דר' אבוהו הוי מסקי בי' חוזאי זוזי שדרינהו ביד חמא ברי' דר"א אזל פרעינהו אמר להו הבי לי שטר' אמרי לי' סטראי נינהו אתו לקמי' דר' אבהו א"ל אית לך סהדי דפרעינהו א"ל לא א"ל מגו דיכול למימר להד"מ יכולין למימר סטראי נינהו ואם כן התם דהשליח פרעו בפירוש ע"י האי שטרא אלא דאינהו תפסו על חוב אחר ואם כן בכהאי גוונא אלו הם שני עדים הי' צריך להחזיר אפילו אחר התפיסה ואם כן בתר פרעון הוי כשנים משום נסכא דר"א ואפילו קודם פרעון ה"ל הפוכי מטרתי ועוד נראה אפילו השליח פורעו בסתם אם נתברר שהלוה אמר לשליח זיל פרעי' אהאי שטרא נמי ל"מ תפיסה אפילו לדעת הרמ"א דע"כ לא אמרינן בפרעון סתם מהני תפיסה אלא אם הלוה פרעו בסתמא ומדלא פי' מצי אמר על חוב אחר אבל זה שאמר לשלוחו בפירוש אהאי שטרא והשליח דפרעי' בסתם שליח הוא דעוית ולא מהני בזה תפיסה ועובדא דאבימי כה"ג ואם כן בתר פרעון הוי לי' דין נסכא דר"א ועוד נראה לענ"ד בדע' הרמב"ן בפרק חזקת הבתים דאיתרע שטרא בע"א ומשמע אפילו קודם פרעון ואף על גב דקודם פרעון ליכא שבועת התור' ולא שייך מתוך שאינו יכול לישבע משלם דהוא לפי מ"ש הרמב"ן בפרק חזקת

הבתים בהא דכתב הרב ר' יוסף הלוי דמגו להוציא לא אמרינן ז"ל ואי קשי' לך מהא דאמרינן במס' שבועות מגו דיכול למימר להד"מ יכול לומר סטראי נינהו וגבי לי' אלמא אמרינן מגו לאפוקי ממונא לאו קושיא דאיהו נאמן לומר על מה שתפס סטראי ואין נאמנות על מנה שבשטר אלא על מה שפרעו לו שהוא אומר סטראי נינהו ואף על גב דממילא מהני לי' מגו לגבות מנה שבשטר וכיון דאין המגו מהני על מנה. שבשטר דהוי מגו להוציא ואין המגו אלא על מה שתפוס ואם כן אפילו קודם פרעון הוי לי' משאלי"מ דע"כ לא אמרינן קודם פרעון ה"ל שבועת המשנה אלא אם אנו דנין על מנה שבשטר ואין ע"א נאמן לשבועה בש"ק או בליטול אבל כאן שאנו דנין על ממון שתפוס בלא השטר הוי לי' שבועת תורה ממש ואינו נאמן לומר דידי חטפי כמו בנסכא דר"א ומיהו דוקא כעובדא דאבימי דאידכר לי' מהאי שטרא וכמ"ש אבל אם פרעו סתם ולא אידכר האי שטרא ודאי לא שייך מתוך שאינו יכול לישבע משלם קודם פרעון דעל מנה סתם לא שייך נסכא דר"א כיון דאפילו שנים ראו נתינת מעות מצי טעין על הפרעון חוב וכמ"ש בשלחן ערוך סימן ע"ט ואין לארועי שטרא אם כן קודם פרעון ליכא שבועת התורה. ☜ המתבאר מדברינו אלה דאם פרעו בסתם בפני ע"א לא אתרע שטרא בין קודם פרעון בין בתר פרעון לא שייך בי' דין מתוך לדעת הרמ"א דמהני תפיס' אפילו בשנים אבל היכא דפרעו בפני ע"א ואידכר מהאי שטרא השליח או הלוה בזה ודאי בתר פרעון ה"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם וקודם פרעון נמי לפי מ"ש הרמב"ן בפרק חזקת הבתים דלא הוי מגו להוציא משום דלא על מנה שבשטר אנו דנין אם כן ה"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם ועמ"ש בסימן צ"ב סק"י:

סעיף ד

לא אמרינן אתרע שטרא. וכתב הב"ח ז"ל נרא' דהא דלא אחרע שטרא באפי חד סהדא לאו בדלא אדכר לי' מהאי שטרא פרעי' אלא אפילו אדכר לי' מהאי שטרא פרעי' נמי כיון דליכא אלא חד סהדי נאמן במגו דאי בעי מכחיש לי' ואומר דלא פרעי' כלל ועיין ש"ך שכתב ומ"מ לפי דעת תוספות והר"ן וחידושי רמב"ן שהבאתי בסמוך אף בזה איחרע שטרא אבל אם מכחיש לעד ואומר דלא פרעי' כלל היינו מתני' דע"א מעידו שהוא פרוע דנשבע להכחיש העד: והנה אם העד מכחישו ואומר דאידכר לי' מהאי שטרא נראה מדברי הש"ך בסימן נ"א דבענין זה לא שייך מתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון דיכול לישבע בהכחשת העד וכבר כתבנו שם בסימן נ"א דבנסכא דר"א. אפילו אם העיד שחטף ושיודע בודאי של חבירו הוא נמי לא מגרע בדיבורו ואפשר דתלי בסברת שני תי' שבתוספות במה שהקשו בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ז) דליהמני' במגו

דאומר לא חטף כו' ותי' ר"י דכיון דמחויב שבועה אינו חצוף להעיז ולישבע בדבר שהעד מכחישו וריב"ס תי' דודאי מגו הוי ואפילו הכי חייב דכן הוא הדין או לישבע או לשלם ועיין שם ואם כן לפי תי' ר"י בכהאי גוונא דהעד מכחישו בטענת דידי חטפתי ה"ל מגו דלא חטף דהא השתא נמי מכחישו אבל לפי תי' ריב"ם אם כן אפילו אית לי' מגו לא מהני אם כן לא מגרע במה דעד מכחישו בטענה דידי חטפתי ולא גרע דיבורו משתיקתו. ולפי דברי ר"י דלא הוי מגו להכחיש לעד ולישבע נגדו אם כן אפילו בשבועת המשנה נמי הוי לי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון דאינו נאמן לומר סטראי אלא משום מגו וכיון דצריך על כל פנים לישבע נגד העד אם כן אינו מעיז להכחישו ולישבע ומה לי שישבע שבועת התורה או שבועת המשנה. ובזה ניחא ליישב דברי הרמב"ן אהדדי דבעל התרומות כתב בשם הרמב"ן בע"א לא אתרע שטרא ובחידושיו משמע דסביר' לי' דאיתרע שטרא דהרמב"ן בחידושיו פרק חזקת הבתים הקשה קושיות תוספות בנסכא דר"א ויהי' נאמן במגו וכו ומפרקי רבנן ז"ל דלא אמרי' מגו היכא דקא מכחש סהדא דלא חציף אינש לאכחושי סהדא ואיכא למידק עלה הא דאמרינן בכתובות גבי אבימי ברי' דר"א כו' מגו דיכלי למימר להד"מ ואמאי הא אי אמרי להד"מ מחייבו שבועה אי' למימר בתר דתיקון רבנן שבועת היסת וכו' ויש שפי' טעם הדבר מפני שהתורה האמינו ע"א עד שישבע הלה להכחישו וכל זמן שלא נשבע הרי העד נאמן וכו' ע"ט ומבואר דהאי דמפרקי רבנן הוא תי' ר"י ולהכי קשה לי' מעובדא דאבימי כיון דלא הוי מגו להכחיש העד אם כן מה לי שבועת המשנה או שבועת התורה כיון שישבע להכחישו ומשום הכי כתב ואי' למידק עלה והיינו על האי פירוקא ומוקי לה בתר דתיקון רבנן שבועת היסת ויש מי שפי' והוא תי' ריב"ם ואם כן מגו הוי אלא משום דהוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואם כן בשבועו' המשנה לא שייכא וממילא לא קשה מעובד' דאבימי ואם כן הרמב"ן סובר כתי' ריב"ם דהוא העיקר ומשום הכי כתב בעל התרומות משמו דבע"א לא איתרע שטרא. מיהו בעדו' קרקע מבואר בתוספות פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל') דלא שייך נסכא דר"א כיון שאין בו ש"ד עיין שם ונראה דאפילו לפי דברי ר"י דלא הוי מגו להכחיש העד ולישבע נגדו היינו דוקא היכא שהשבועה הוא נגד העד כגון שבועת התורה או שבועת המשנה דהוא נמי נשבע בנק"ח נגד העד אבל בקרקע דליכ' שבועה נגד העד אלא שבועת היסת נגד הבעל דין בזה אפילו איכא ממילא הכחשה עם העד לא חש לה ואמרינן מגו: והנה לפי מ"ש הרמ"א בסעי' א' דאחר דחייב השליח לשלם אין המלו' יכול לעכב אם אומר שהלוה חייב לו ממקום אחר אלא אם כן טוען שהשליח נותנם גם כן על חוב סטראי והוא מדברי המרדכי פ' הכותב ואם כן עובדא

דאבימי ע"כ מיירי דבני חוזאי אמרי שהשליח נתנם גם כן על חיב אחר אלא דהשליח מכחיש להם ואומר דפרעי' על האי שטרא אם כן תו לא הוי דין נסכא דר"א לפי פי' ר"י דאם העד מכחישו בכל דבריו דהשתא נמי מעיז כנגדו הוי מגו. ואפילו לפי פי' ריב"ם לפי מ"ש בס"ק ג' דבפני ע"א כשמעיד בפרעון סתם לא איתרע שטרא לא קודם פרעון ולא בתר פרעון אלא דוקא כשמעיד העד שפרעו על האי שטרא והמלוה רוצה לעכבו על סטראי דכה"ג בשנים אפילו תפס לא מהני ואם כן הוי בע"א בתר פרעון מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואפילו קודם פרעון לפי מ"ש הרמב"ן ועיין שם וכיון דמה שהשליח מעיד שפרעו על האי שטרא הרי בני חוזאי מכחישו אמרי אדרבה פורעו על חוב סטראי ובזה ודאי נשבעין להכחיש העד כיון דמכחיש את העד ולא נשאר עדותו כשנים אלא במה שמעיד על פרעון סתם דבזה אין מכחיש דמודים שקבלו פרעון וכיון דכבר אמרנו בסק"ג דבפרעון סתם ודאי לא אתרע טטרא בתר פרעון כיון דמהני תפיסה ואם כן אינהו מצי טעון סטראי להכחיש העד דאומר דנתן להם על האי שטרא אלא שנתן להם בפרעון סתם ובפרעון סתם לא אתרע שטרא אפילו בתר פרעון. ונראה דהתוספות סברי כתי' השני שבמרדכי פ' הכותב דעובדא דאבימי מיירי דבני חוזאי מודי דאדכר השליח האי שטרא ואפילו הכי יכולין לטעון סטראי וכגון זה ודאי גבי שנים הי' צריך להחזיר אפילו בתר דתפס וכמ"ש בס"ק הקודם אם כן הוא הדין בעד א' דהוי דין נסכא דר"א על כל פנים בתר פרעון ואפילו קודם פרעון משום הפוכי מטרתי אבל הרמ"א דס"ל דאם השליח אדכר האי שטרא והמלוה מודה לשליח ליכא מגו דחב לשליח וכמו שכתב הרמ"א בסעי' א' משום הכי סתם דלא אתרע שטרא לא קודם פרעון משום דהוי שבועת המשנה ולא בתר פרעון משום תפיסה ואם השליח אדכר האי שטרא כיון דהמלוה צריך להכחיש זה ה"ז נשבע להכחיש העד ובחידושי הרשב"א פ"ב דקידושין כתב בהא דאמרינן גבי קידושין שליח נעשה עד והשתא דתיקון רבנן שבועת היסת וכו' וז"ל ובשאינה מכחישתן איכא למימר דאפילו הכי אינה מקודשת דאף על גב דהשתא לאו נוגעין בעדותן דהא מודה מכל מקום אינס נאמנין מתורת עדות אלא מדין הודאתה וה"ל כשניהם מודים שאינה מקודשת וזה עיקר וי"ל דמקודשת דהשתא לאו נוגעין בעדותן הן ואף על פי שבהכחשה אין נאמנים הא אין פסולם אלא משום נגיעתן ונסתלק הגורם וחזרו להכשירן אלא דקשיא מעשה דאבימי ברי' דר"א כיון שהמלוה מודה שנתן לי ונסתלק הגורם וכי קאמר סטראי נינהו ה"ל משואיל"מ ועיין שם דתי' דעובדא דאבימי טענתייהו לאו אמנה כו' אלא משטרא כו' ומשתבע שבועות המשנה ומפטר ואי פקח אידך יהיב לי' מנה אחריני באפי האי סהדא ומוקי קמאי בהלואה וה"ל משואיל"מ עיין שם והנה מדברי הרשב"א יראה

דאי אמרינן בתר דנסתלק הגורם ה"ל עד אם כן אפילו השתא בתר דתקון רבנן שבועת היסת ה"ל שליח עד בתר פרעון. אמנם נראה גם דבר זה שייכא בשני תי' שבתוספות הנז' דהקשה בנסכא דר"א דיהי' נאמן במגו ולפי דברי ר"י לא הוי מגו להכחיש העד ולישבע נגדו דהוי העזה ואם כן בתר דתיקנו רבנן שבועת היסת תו לא הוי שליח עד דאית לי' מגו להכחישו ושבועה לא יצטרך לישבע נגד העד כיון דהוי נוגע אם מכחישו אבל לפי תי' ריב"ם דאף על גב דהוי מגו אפילו הכי כל שיש עד בדבר כן הדין או לשלם או לישבע וכיון שא"י לישבע משלם ואם כן השתא דמודה לשליח ונסתלק הגורם הוי עד וצריך לשלם אף על גב דאית לי' מגו להכחישו ויהי' נוגע דלפי מ"ש ריב"ם אפילו אית לי' מגו כיון דהשתא הוי עד הוי לי' משואיל"מ ודו"ק:

סימן נט

סעיף א

אומר אינו יודע. בבעל התרומות הביא שני דיעות בזה והכריע דאינו גובה משום דדמי לחשוד דאפיק שטרא משום שא"י לישבע אבל אנן קיימא לן דאינו גובה ולאו מטעמי' כיון דקיימא לן דחשוד גובה בלא שבועה אלא הטעם הוא משום דברי ושמא סברי רב הונא ורב יהודה ברי עדיף אלא דאנן קיימא לן דפטור ומשום דחזקת ממון עדיפא מברי ושמא והכא דמסייע ברי לחזקת ממון דלוה ברי ושמא ברי עדיף והכי מוכח מפ"ק דכתובות דף י"ב גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת משום דברי ושמא ברי עדיף ופריך שם לרב נתמן ממתני' דנאמנת ומשני שאני הכא דקא מסייע לה חזקה דגופא אלמא היכא דהוי חזקה מסייע אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אפילו להוציא ומכ"ש הכא דלוה טוען ברי והמלוה שמא אף על גב דאיכא שטרא כיון דחזקה דממונא מסייע לברי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף לאורועי שטרא ועמ"ש בסימן צ"ב סק"י ונראה ראיה דאין המלוה גובה בטוען שמא מהא דאמרינן פ' הכותב בטעמא דפוגמת צריך שבועה משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק והתם ודאי למשקר במזיד לא חיישינן וכמו שכתבו התוספות שם דלא מהימן במגו דאינו פוגם משום טעמא דלא דייק עיין שם ואם כן מוכח דהיכא דהמלוה הוא מסופק בפירעון חינו גובה דאם גובה בספק נהי דלא דייק ויאמר בפני הבית דין דאינו יודע נמי גובה ושבועה זו מה טיבה וק"ל:

סעיף ב

אינו גובה. ומעשה בא לידינו במלוה שהוציא שטר חוב וטען הלוה יש לי בידך כנגדו ואמר המלוה אינו יודע. ורצו קצתם לומר דהוא הך דינא דלוה טוען ברי ומלוה שמא.

אבל נראה דהוא אינו דומה לזה דכאן טעמא הוא משום דהמלוה גופי' מסופק בפירעון ושטרא עומד לפירעון ואמרינן ברי ושמא ברי עדיף וכמ"ש סק"א אבל טענת יש לי בידך כנגדו מצד עצמו לאו טענה היא כלל ואף על גב דמבואר אצלינו בסימן פ"ב סעי' ד' דצריך לשבע בטענות יש לי בידך היינו משום דהלוה נאמן להשביעו על ידי מגו דפרעתי ואם כן להפקיע כח המלוה לגמרי לא שייך מגו דפרעתי דהא אם יטענו פרעתי יגבה המלוה בשבועה כיון שיודע בברי שלא נפרע דחזקת ממון לא שייך הכא דהא בטענת יש לי בידך לא נפטר מחובו אלא זה גובה וזה גובה כמבואר בסימן פ"ה וכיון דעדיין לא נפטר מחובו חזקת ממון דלוה לא שייך הכא דאכתי חייב הוא אלא שהוא בא לתבוע את המלוה חוב אחר והדרא לכללא דאינו יודע אם נתחייבתי פטור וז"ב:

סימן ס

סעיף א

הי' ללוה שט"ח. ומשמע מדברי השלחן ערוך דס"ל דשטרות משתעבדי אג"ק ואף על גב דלא הקנה השטרות בכתיבה ומסירה דהא לא כתב לי' קני לך איהו וכל שעבודי' ומשום דלא בעינין כתיבה ומסירה אלא במכירה דוקא אבל שעבוד עדיף מקנין דהכי אשכחן דשבל"ע לא מהני במכירה ובשעבוד מועיל כ"כ הרא"ש בתשובה כלנ ע"ה בסימן ג' ועמ"ש בזה סימן ס"ד סק"ה ובסימן ס"ו סק"א ובסימן נ"ט סק"ח:

סעיף ב

אף על פי שקנו מידו. והקשו על הרמב"ם ממשנה ערוכה אין מוציאין לאכילת פירות ולשבת קרקעות מנכסים משועבדי' הא מב"ת גובה הרי דיכול לחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה: ובמשנה למלך פי"א מהל' מכירה הביא בשם מוהרש"ח דע"כ לא קאמר הרמב"ם אלא במתחייב בדבר שאין לו קצבה בלא כסף ומחיר אך אם נתן לו שום דבר כדי שיתחייב בחוב זה אף שהוא בדבר שאינו קצוב ס"ל דחל החיוב דאגב זוזי גמר ומשעבד נפשיה ומעולם לא אמר הרמב"ם אלא במתחייב בכדי וכו' ובזה תקנתי מה שהקשה הרמב"ן להרמב"ם מהא דפרק הנזקין אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות מנכסים משועבדים עיין שם ומוהר"ש הלוי שיבח וקילס דבר זה עיין שם בחלק ח"מ סימן פ': ועדיין לא הועילו חכמים בתקנת' דהרי הרמב"ם כתב פ' כ"א מהל' מלוה גבי מתנה וז"ל ואם קיבל הנותן אחריות המתנה הרי זה בעל חוב גובה את השבת כדרך שגובין מן הלקוחות עיין שם והיינו משום דיש לו על מי לחזור והרי מבואר דאפילו בכדי בלא כסף ומחיר נשתעבד באחריות השבח דהוא דבר שאין לו קצבה ונראה ליישב

דברי הרמב"ם שם דז"ל מתנה ששבחה מחמת הוצאה אין בעל חוב גובה משבחה כלום אלא רואין כמה היתה שוה בשעת המתנה וגובה ואם שיבתה מאליו בעל חוב גובה את כולה ואם קיבל הנותן אחריות המתנה הרי זה בעל חוב גובה ממנו כדרך שגובין מן הלקוחות ע"כ והוא שיטת הרי"ף דאין חילוק בין מכר למתנה אלא לענין הוצאה דהיכא דיש לו על מי לחזור כגון במכירה גובה כל השבח ואין הבע"ח צריך להחזיר הוצאה והיכא דאין לו על מי לחזור כגון במתנה צריך הבע"ח להחזיר לו הוצא' ומשום הכי ניחא דאם קיבל הנותן אחריות מהני דהוצא' ודאי מחויב להחזיר כיון דקבל עליו ואף על גב דאינו יכול לחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה הוצאה ודאי מחויב להחזיר וכמ"ש מוהרי"ט בחלק ח"מ סימן ק"ג וז"ל ומה שטענו עוד מדין אסמכתא ודבר שאינו קצוב אין ענינו בזה כלום דלא נאמר אלא בבא להתחייב בדבר שאין לו קצבה אבל מוכר שכתב לקונה לפרוע כל מה שיוציא בבתים שליחותי' קא עביד בכל מה שבונ' וסותר וסומך על אמונתו שמרשיהו בכך ועיין שם ואם כן הכא שנותן קיבל עליו אחריות נהי דאין צריך להחזיר כל השבח אבל הוצא' ודאי מחויב הנותן להחזיר ואם כן יש לו על מי לחזור ושבח היתר על הוצאה אף על גב דאין לו על מי לחזור בעל חוב גובה לפי שטת הרי"ף והרמב"ם. ועוד נראה כיון דטעמא דהרמב"ם בדבר שאין לו קצבה הוא משום אסמכתא וכיון דאסמכתא דלא קניא היינו משום דלא גמר בלבו להקנות וכיון דקיימא לן אחריות טעות סופר גבי מכר ואפילו לא פי' לו את השבח וכיון דהוא ידוע שבלבו להקנות תו ליכא משום אסמכת' ודברי הרמב"ם גבי מתנה שכתב ואם קיבל הנותן אחריות נתיישב דהוי משום אחריות הוצאה. עוד הקשו על הרמב"ם מהא דאמרינן פרק עשרה יוחסין ובפ' י"נ יכיר למה לי ומשני בנכסים שנפלו לו לאחר מיכן הניחא לרבנן אלא לר' מאיר מא"ל. ומאי פריך לר' מאיר הא אפילו לר' מאיר לא מצי יהיב כל נכסיו שנפלו לאחר מיכן משום דהוי דבר שאין לו קצבה. ובעל התרומות תירץ דלר' מאיר דס"ל אדם מקנה דשבל"ע יכול להקנות נמי דבר שאין לו קצבה ועיין שם וביאור דבריו נראה דכיון דסוף הדבר להתוודע ולהגלות קצבת הדבר ואז יבא לידי הקנאה אלא לשעתו הוא דבר שאין לו קצבה ומשום דלא חל לשעתו גם אח"כ לא חייל ומשום דמי איכא מידי דהשתא לא חייל ולבתר הכי חייל וכדאמרינן בפ' אף על פי וכיון דלר' מאיר חייל כה"ג דהא אומר לאחר שאתגייר לאחר שתתגיירי חיילי קידושין לאחר שנתגיירו ומשום הכי לדידי' בדבר שאין לו קצבה לשעתו חייל לאחר זמן כשיבואו הנכסים לידי קצבה ובתומים הקשה על דברי בעל התרומות דהא גם לרבנן יכול להתחייב בדשבל"ע ואפילו הכי בדבר שאין לו קצבה לא מצי מחייב ואינו קושיא דהא דאדם יכול לחייב עצמו בדשבל"ע היינו משום דהחיוב

חייל על גופו והגוף בעולם אף על גב דהדבר שנתחייב אינו בעולם מה שאין כן בדבר שאין לו קצבה גם על הגוף לא חייל החיוב וגרע מדבר שלבל"ע דשם הגוף בעולם ואינו מחוסר אלא הדבר שנתחייב אבל דבר שאין לו קצבה גם על הגוף לא חייל השתא כיון דהוא דבר שאין לו קצבה וכיון דלשעתו לא חייל גם לאחר זמן שנתוודע קצבת הדבר לא מהני ומשום דמי איכא מידי דהשתא לא חייל וכו' מה שאין כן לר' מאיר דס"ל דלא אזלינן בתר השתא דהא בלאחר שאתגייר ודאי השתא לא חייל ואפילו הכי מהני הקידושין לאחר שנתגייר ומשום הכי בדבר שאין לו קצבה נמי נהי דהשתא לא מצי חל לא על גופו ולא על הנכסים חייל לאחר שיבואו לידי קצבה ומשום הכי מצי מקני לר' מאיר הנכסים שיבואו לו לאחר זמן אף על גב דאין לו קצבה ודו"ק: . עוד ראיתי שם בתומים כתב ליישב הקושיא שהקשו על הרמב"ם מהא דאמרינן לר' מאיר יכיר למה לי דהא הוי דבר שאין לו קצבה וכתב עפ"י מ"ש בג"ת דאם מכר דבר שכבר עלתה מצודתו אלא שלא נודע כמה אין זה דבר שאין לו קצבה דהא קצבתו כבר אלא שמחוסר ידיעה ע"כ ומשום הכי ניחא לר' מאיר דאין הקנין נגמר אלא לאחר שבא לעולם ובשעה שהקנין חל כבר יש לו קצבה דקודם שבא לעולם יכול לחזור לר' מאיר מה שאין כן במתחייב בדבר שאין לו קצבה דחל החיוב עכשיו ואז הוי דבר שאין לו קצבה וע"ש. וליתי' דהא כתב הרמב"ם בערב שנתערב לכל מה שילוה ל"מ דהוי דבר שאין לו קצבה והא לשטתו דאין אדם מחייב עצמו בדשבל"ע ועיין בית יוסף סימן קל"א ובשלחן ערוך שם. וגבי ערב ודאי יכול לחזור קודם שינוה ואין הערב נתחייב אלא לאחר שילוה ואפילו הכי הוי לי' דבר שאין לו קצבה ולא מהני אלא ודאי כיון דלשעתו הוי דבר שאין לו קצבה לא מהני הקנין אף על גב דבגמר הקנין יש לו קצבה וז"ב והעיקר כמ"ש בעל התרומות וכמ"ש ביאור דבריו דלר' מאיר לא אזלינן כלל בתר השתא אלא חייל לדידי' אחר שיבא לידי קנין ולדידן כל דלא חייל השתא אף על גב דבגמר הקנין יכול לחול לא מהני ומשום דמי איכא מידי דהשתא לא חייל וכמ"ש וז"ב:

סעיף ג

לא נשתעבד. וכתב הטור דכשם שאין אדם מחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה כך אין אדם יכול למחול דבר שאינו קצוב ועיין בטור סימן רל"ב. ואיכא למידק בהא דאמרינן פ' אף על פי האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הרי זו מקודשת ותנאו בטל דברי ר"מ ר' יהודא אומר בדבר שבממון תנאו קיים יכתב הרשב"א בחידושין דטעמא דר"י דתנאו קיים משום דודאי הכוונה הי' ע"מ שתמחלי לי שאר כסות דאי באומר ע"מ שאין לך דין שאר כסות ודאי גם ר"י מוד' דלא מהני ועיין

חידושי הרב הגאון מוהר"ר בצלאל אשכנזי פ' אף על פי שם וכיון דשאר כסות ה"ל אינו קצוב היכי מהני המחילה: ונרא' דכי היכא דאגב חיתון גמר ומקני דבר שאינו קצוב בפוסק מזונות לבת אשתו ומחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ה"נ אגב חיתון גמר ומחיל דבר שאינו קצוב. ☜עיין בתומים שהקשה על הרמב"ם מהא דתני השוכר את הפועל כו' דאמר עד שלא יתחילו במלאכ' וכו' שאם אתה עושה סעודת שלמה ומה כל החרדה הא הוי לי' דבר שאין לו קצבה דמזונות אינו קצוב ואין כאן חיוב ועיין שם ול"נ דודאי בפועל צריך ליתן דמים שנתחייב הן בדשבל"ע הן בדבר שאין לו קצבה דשכירות נקנה בדבור ועיין סימן של"ב ובמ"ש שם:

סעיף ד

והכי נקטינן. והיינו לגבות מב"ח אבל ממשעבדי כ"ע מודי דאינו גובה מפני תיקון העולם לפי שאינו קצובין וכן העלה הש"ך וכ"כ בכהאי גוונא בשם הרשד"ס חלק אבן העזר ז"ל ולמדנו שאפילו לדעת החולקין מכל מקום לא מהני אלא לחייבו לדידי' דוקא לא למיגבו ממשעבדי:

סעיף ה

המחייב עצמו. בעל התרומות בשער ס"ד למדו מהא דאשכחן במשעבד לחובו מה שיקנה כהא דקיימא לן דאקני משתעבד ועיין שם ובס' בני שמואל הקשה מהא דאמרינן פ' עשרה יוחסין ובפ' מי שמת יכיר ל"ל הא אי בעי יהיב לי' כולי נכסים ומשני בנכסים שנפלו לאחר מיכן הניחא לרבנן אלא לר"מ דחמר אדם מקנה דשבל"ע מאי איכא למימר ותקשו גם לרבנן דאית לי' מגו דמצי מחייב לי' ובלשון חיוב מהני אפילו בדשבל"ע ועיין שם ויותר תמוה דברי הכסף משנה פי"א מהל' מכירה וז"ל ומראי' זו אין השגה לרבינו שכבר אפשר לו להודות שחייב לו אלף אלפים דינרי זהב ולשעבד לו מטלטלין אג"ק שקנה ושעתיד לקנות ואין לומר שמא בשעת מיתתו יהי' לו נכסים יותר שאם כן אין לדבר סוף אלא כיון דיכול לשעבד עצמו בממון רב אמרינן מגו עד כאן לשונו והוא בא ליישב שם הקושיא שהקשו להרמב"ם בהא דאמרינן לר"מ יכיר ל"ל הא ה"ל דבר שאינו קצוב עיין שם וכיון דקשיות הש"ס לר"מ דיכול לחייב בסך ידוע ולשעבד נכסיו שקנה ושיקנה אם כן גם לרבנן מי ניחא כיון דקיי"ל דאקני משתעבד וכבר התפלא בזה במ"ל ע"ש. ☜אבל נראה דלא קשה מידי דהא דקיימא לן דאקני משתעבד אינו אלא מדברי סופרים ומדין תורה כי היכא דאין אדם מקנה דבר דבר שלא בא לעולם כך אינו משעבד דבר שלא בא לעולם וע"כ מדרבנן הוא וכ"כ הרשב"ם פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) בהא דמיבעי' דאקני מהו שישתעבד וכתב שם דשעבוד עדיף מקנין משו' דאלמוהו רבנן

שעבוד משום נע"ד עיין שם וכ"כ נמ"י שם דשעבוד מהני בדשבל"ע משום נע"ד עבדי תקנתי' לבע"ח עיין שם וכיון דאין אדם משעבד דשבל"ע מן התורה דברי הכ"מ נכוני' דלר"מ יכול לחייב עצמו בסך אלף אלפי' ולשעבד נכסיו שקנה ושיקנה בשעבוד מטלטלי אג"ק דהוי לי' דבר קצוב אבל לרבנן אף שיוכל לחייב עצמו בסך רב אין השעבוד מועיל בנכסים שיקנה דהוי דשבל"ע ומה"ת ל"מ ולאחר מיתה אין היורשין יצטרכו לשלם כיון שאין לו שעבוד בנכסיו ובזה ניחא נמי ליישב מה שהקשה בס' בני שמואל דהא לרבנן נמי יוכל לחייב עצמו בדשבל"ע דנהי דהחיוב על גופו חייל ומשום דהגוף בעולם אבל על כל פנים אם לא ישתעבד נכסיו אם כן לאחר מיתה אין היורשין צריכין לשלם חוב אביהם אלא אם נשתעבדו הנכסים ויחול השעבוד על גוף הנכסים וכיון דהנכסים ליתי' בעולם אם כן כי היכא דליתי' בהקנאה גוף הנכסים כן ליתי' בשעבוד גוף הנכסים מן התורה כיון דהוי דשבל"ע ומשום הכי לרבנן ניחא אבל לר"מ קשיא וזהו ברור ועמ"ש בסימן ער"ט ס"א:

סעיף ו

ואפילו נתן לו משכון. והיינו משום דאמרינן מנה אין כאן משכון אם כן ונראה דאין אדם יכול לשעבד נכסיו אלא אם נתחייב גופו קודם ואז נכסוהי דבר אינש ערבין בי' וכמו שכתב הרא"ש פרק קמא דקידושין עיין שם ויש עוד טעם בזה בנימוקי יוסף פרק קמא דמציעא משום דמשיכה אינו מועיל אלא היכא דקונה אותו לגמרי אבל לשעבוד אינו מועיל משיכה ומשום הכי משכון ל"מ אלא או בשעת הלואה וקונה בכסף הלואתו או שלא בשעת הלואה ובגוביינא דב"ד אבל היכא דליכא כסף ולא גוביינא דב"ד ל"מ משיכ' לקנין המשכון ועמ"ש בסימן פ"ז סק"ב:

סעיף ז

אבל בלשון חיוב. כתוב בכנסת הגדולה ז"ל ועיין מוהר"א ששון סימן קל"ב ז"ל דאפילו בלשון חיוב אם מת הנותן קודם שיבואו הפירות לעולם זכה מקבל מתנה ואפשר שזה תלוי בפלוגתא דפליגי רבוותא בשעבוד דאקני אם קודם שבא לעולם יכול לחזור בו אלא כו' עיין שם ולענ"ד נראה דגבי חיוב לכולי עלמא אינו בחזרה והגע בעצמך תתן שמחייב עצמו במא' ליטרין ואין לו לשעתו היוכל לחזור בו אח"כ ודאי לא ועיין תוספות פ' אע"פ ואם כן הוא הדין מי שמחייב עצמו בכך וכך מדות חטין ואין לו לשעתו או בפירות דקל כיון דחיוב חל על גופו וגופו הא איתי' בעולם ודאי ליתי' בחזרה ומחויב ליתן החטין או הפירות דקל ואם אין לו החטין נשתעבדו נכסיו לשלם דמי החטין או דמי הפירות דקל ולא איפלגי בחזרה אלא בשעבוד הנכסים נגד לקוחות דאינו גובה אלא אם כן נשתעבדו

נכסימן ממש דאין ללוקח לשלם דמי החוב שנתחייב המוכר אם לא שנשתעבדו הנכסים ומשום הכי כיון דהנכסים לא באו לעולם אין השעבוד חל על הנכסים ויכול לחזור כמו לר"מ בדשבל"ע אבל גוף הלוה אם הוא חי נתחייב וגובין מנכסיו אפילו מגלימא דעל כתפיס' לשלם מה שנתחייב ואינו יכול לחזור כיון דהגוף איתי' בעולם ואם מת ולא באו הפירות דקל לידו מחוייבין היורשין לשלם מנכסיו דיורשין לא בעי שעבוד דאקני ועיין בשלחן ערוך סימן ק"ח וכן החתן שמחייב עצמו במאה ליטרין אם מת ולא באו לידו הליטרין חייבין היורשין לשלם משאר נכסיו דמי הליטרין והוא כמו שאר חוב כיון דהגוף איתי' בעולם וז"ב: ושוב ראיתי בתומים שכתב בטעמא דכנה"ג דיש חילוק בין אומר אם לא אתן לך פירות דקל אתן לך כך וכך דמים מתחייב תיכף בדמים דהוי דבר שבא לעולם אלא שתלה תנאו בדשבל"ע ובין אומר סתם סריני מתחייב בפירות דקל אם כן אימת חל חיובו בשעה שבאו הפירות דקל לעולם ואז כבר מת וחיובו ספו תמו מן היורשין ודבר זה נלמד מתשובת מוהר"ם במרדכי פרק קמא דמציעא בא' שאמר אם יגדל בני ולא יקח בתך לאשה הריני מתחייב מעכשיו לתת לך עשרה זקוקים ומת קודם שלקת הבן והבן לא לקח ועלה בדעת מוהר"ם לחייבו ליתומים דאף שתלה בדשבל"ע מכל מקום כיון דהמקבל והמתחייב בעולם אף על גב דתלה תנאו בדשבל"ע קנה והביא ראי' מפ' המפקיד דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמיני הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו דמשמע דקנה ומדטרת להביא ראי' מפ' המפקיד ולא אמר משום דבחיוב אפילו רבנן מודי דמתחייב אפילו בדשבל"ע אלא ודאי דבמת פקע חיובו עד כאן לשונו. והעיקר כמ"ש דכיון דהגוף. בעולם אם כן לא הוי דשבל"ע כלל כיון דהחיוב על גופו וגופו בעולם ומשום הכי אפילו אחר שמת לא פקע חיובו אבל אם תלה תנאו בדשבל"ע אם יגדל בני ולא יקח בתך לאשה הריני מתחייב אי נימא דתנאי בדשבל"ע הוי כמו דשבל"ע אם כן על גופו נמי לא חייל דמה בכך דהגוף בעולם כיון דתלה בדשבל"ע דבשלמא במתחייב בדשבל"ע הגוף עכשיו הוא בעולם אלא שהדבר לא בא לעולם אבל אי נימא דתנאי בדשבל"ע הוי דינא של דבר שלא בא לעולם אם כן גופו נמי לא נתחייב כלל וכמו לאחר שאתגייר דגם על הגוף לא חייל כלל לכן הוכרת להביא ראי' דתנאי בדשבל"ע לא הוי דינא של דבר שבל"ע אבל מתחייב בדשבל"ע החיוב על גופו וגופו הא איתי' וזה ודאי ליתי' בחזר' וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ח

שקנו מידו. כתב הש"ך ז"ל שהמחבר הוציא כן מבעל התרומות אבל לענ"ד נראה דבעל התרומות לטעמי' אזיל דס"ל שם דאי אפשר לאדם להתחייב עצמו בדבר שאינו חייב

אלא בקנין ולא מהני אתם עדי אבל הרמב"ם דפוסק באומר אתם עדי נמי מתחייב אם כן הוא הדין הכא כיון שאמר אתם עדי שאני מתחייב חייב אפילו בלא קנין וכו' ודעת המחבר צל"ע ע"כ וכבר הארכנו בישוב קושיא זו בסימן מ' ושם העליתי דיש חילוק בין אומר הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה והוא מטעם אודיתא דהוי קנין אבל באומר הוו עלי עדים שאני מתחייב שהוא לשון עתיד אינו יכול לחייב עצמו באמירה בלא קנין ועיין שם והוא ברור:

סעיף ט

ראובן הוציא שטר. כתב הש"ך וז"ל דין זה צל"ע דמסתבר כהחולקין בבעל התרומות ונהי דמ"ש החולקין דהך דאיסור גיורא מיירי דוקא בשכ"מ ולא בבריא ליתא וכל הפוסקים חולקין ע"ז מכל מקום כאן יכול להיות דהדין עמהם דכיון שנכתב כבר השטר על שם לר אם כן ממונו של לוי הוא ואע"פ שלוי שלוחו של ראובן הוא מכל מקום כיון דמעות להוצאה ניתנה נעשה שמעון לוה של לוי ולוי לוה של ראובן וההיא שטרא דלוי הוא ולא מהני הודאה דילי' עד שיקנה בכתיבה ומסירה וכו' והיינו דלא מצינו בשום מקום בפוסק הקנאה לשטר רק בכתיבה ומסירה ולא הוזכר שיודה שהמעות שלו ועיין שם שהניח בצריך עיון. והנה מ"ש דכיון שנכתב השטר כבר על שם לוי אם כן ממונו של לוי הוא כיון דמעות להוצאה ניתנה אין זה קושיא דהיכא דאדם עושה שליח להלות מעותיו ואחריותו על המשלח אם כן ממונו של המשלח הוא ולא נפיק כלל מתחות ידי'. אמנם בעיקר הדין שהניח הש"ך ב צריך עיון נראה לענ"ד דאדם יכול להקנות שטר חוב באודיתא דהיינו במה שמודה שזה השטר הי' של פ' והוא לא הי' אלא שליח קנה אותו מדין אודיתא שהוא קנין אע"פ שאותו פ' יודע בעצמו שזה המעות מעולם לא הי' שלו קנה השטר באודיתא ואף על גב דמבואר אצלינו בסימן קכ"ג דחוב אינו נקנה באודיתא היינו דוקא חוב ע"פ משום דליתא בהקנאה והוא דבר שאינו רשותו אבל חוב שבשטר דאי' בהקנאה ע"י כתיבה ומסירה וכיון דאיתא בהקנאה איתא נמי באודיתא כיון דהוא קנין המועיל. מיהו לענין מחילה דצריך להקנותו שיעבוד גופו ושיעבוד הגוף ליתא בקנין ליתא נמי באודיתא. אבל אם שכנגדו טוען אמת הוא שהשטר שלי אם כן אפילו במחילה ליתא כיון דכבר הודה דשל לוי הוא ומזה מיירי בשלחן ערוך כאן שכתב דלא מהני מחילה אך אם שניהם מודים שאינו שלו אלא בא לגבות בתורת קנין אודיתא אם כן כיון דשיעבוד הגוף ליתא בשום קנין ונשאר ת"י מלוה האמיתי אם כן יכול למחול מיהו מהני קנין אודית' אם לא מחל שלא יצטרך כתיבה ומסיר' ועיין באורך בסימן קכ"ג:

סימן סא

סעיף א

טופס השטר עיין ש"ך דמחלק בין היכא שנתחייב הלוה בפני שני עדים בשטר במנה ולא נתחייב שיכתוב הסופר דאז תופס זה שכתבו הסופר בשטר אין לו דין שטר כיון שלא כתבוהו ליתן ליד המלוה שהרי הניחוהו ביד הסופר ובין היכא שנתחייב הלוה שהעדים יכתבו עליו שהוא מחוייב לעשות שטר מהיו' בכל יפוי כח שייפה הסופר וקבל על עצמו בקנין כן בפני עדים וכל שאינו עושה כן כתיבת העדים עומד במקו' כתיבת הסופר כיון שמסרו כתיבת' ליד המלוה ועיין שם דבזה משווה המחלוק' שבין האשר"י והריב"ש: והנה היכא שלא נכתב התופס ליתן ליד המלוה ודאי אין לו דין שטר ואפילו העדא' ליכתב דהוי מפי כתב' וכמו שכתב הרי"ף פ"ד אחר דאמרו שם ליתקן זמן בקידושין ואסיקנא דלא אפשר דהיכא ליעבד לינחה גבי דידה מחקה לה לזמן לינחה גבי דידי' זימני' דזינתה ומחפה לינחה גבי עדים אי דדכירי ליתי ולסהדי אי דלא דכירי וחזיא בכתב' הוי מפי כתבם וכתב שם הרי"ף וז"ל הא מלתא מקשו בה רבנן היכי אמרינן הכי מפיהם ולא מפי כתבם והא תנן נאמן אדם לומר זה כת"י של אבא וכו' ומסתברא לן כי אמרי' מפיהם ולא מפי כתבם דלא ה"ל עדי' שבכתב עדות הני מילי היכ' דאיתי' לשטרא תותי סהדי דכמה דלא נפיק לה סהדותא מתותי ידייהו דסהדי כמה דלא מסהדי עד השתא דמי כו' אבל שטרא דנפיק מתותי ידי' דבע"ד לא אמרינן מפיהם ולא מפי כתבם וכו' וה"ל כמי שנחקר' עדותן בבית דין הלכך מפיהם קרינן בי' עד כאן לשונו ועיין רמב"ן בספר המלחמות ובספר הזכות שעשה פירוש לפירושו וז"ל כיון שאין הזמן הכתוב בשער עושה מעש' שטר אלא ביוצא מתחת יד העדים מפי כתבו הוא ואף על פי שודאי יצא מת"י העדי' כשיקדש בו את האשה ואח"ב הפקידתו אצלם אין זה דומה לשטר ביד שליש כיון דברשות אחרים הוא אינו משמש כלום אלא אהימנותא דעדים סמכינן וברשותן של עדים הוא צריך להיות מונח אינו אלא כשטר משמש שכתבו העדים לדוכרן פתגמ' דהוי באנפייהו וזהו פי' לפי' של רבינו עד כאן לשונו עיין שם וכבר העתקנו כל הדברי' שכתבו בזה הראשוני' לעיל בסימן מ"ו סקי"ז עיין שם ואם כן הוא הדין לתופס שנכתב בשטר הסופר כיון דלא נכתב ליתן ליד המלו' לא הוי עליו דין שטר אלא מזכרת בעלמא הוא כיון דלא תזי למיתבי' ליד בעל דין להיות בידו לראי' לא חשיב שטר ראי' כלל ועיין בנימוקי יוסף שם פ"ד אתין. וראיתי בשו"ת מוהר"י אדרב"י סימן רכ"ה ע"ד השאלה שהמקדש הוציא שטר שקידש לפלונית ועיין שם שדן הגאון הנ"ל מדברי הרי"ף והנימוקי דבשער קידושין אף על גב דנפיק מתותי'

ידי' דבע"ד חשיבי מפי כתבם כיון דלא חזי למיתבי' לי' גם בסימן רכ"ז האריך הגאון הנ"ל בדברי הרי"ף והרמב"ן והנימוקי יוסף והעלה וז"ל הרי שכתבו ששטר קידושין כיון שאינו ראוי למוסרו לבעלים דדלמא מתקה לי' לזמן לא חשיב שטר אלא כפנקס בעלמא שאף על גב דמדעת שניהם נכתב דומי' דשאר שטרי הלוואה ומקח וממכר אלא שההבדל הוא דבשאר שטרות ראוי למסרן לבעלים ושטר קידושין אינו ראוי למסרן לבעלים ולהכי חשיב כפנקס ולא יועיל עד שיעידו בפיהם ממש וכיון שכן אף על גב דכתבו בשטר שציוותה גאמילה לכתוב השטר לא מהני כיון שהשטר הוא כפנקס וסברא זאת מוסכמת מהרי"ף והרמב"ן והראב"ד ע"ש: ונפלאתי בזה איך הגאון הנז' פוסל כל שטרי קידושין מחילי' דהרי"ף והראב"ד והרמב"ן והם לא כתבו סברא זו אלא לענין זמן דמשום הכי לא תיקנו זמן בקידושין משום דאי אפשר לתקוני דהיכי נעבד לינחה גבי דידה מחקה לזמן נינחה גבי דידי' מחפה עלי' נינחה גבי עדים סוי לי' מפי כתבם כיון דלא חזי למיתבי' לבעל דין רק שיותן ליד העדים דוקא אבל לפי האמת דלא תיקנו זמן בקידושין אם כן שטר קידושק חזי למיתבי' לבעל דין כמו שאר שטרות מקח וממכר ושטר שחרור והוי כמי שנתקרה עדותן בבית דין וז"ב:

סעיף ב

שטר שכתוב בו. וצריך לומר דהמלוה הראשון זוכה לחבריו שיוציאו אחר כך דאם לא כן נהי דזה נשתעבד לכל מי שיוציאו כיון דלא מטי לידי' יכול לחזור בו דהא שטר כל זמן שלא בא ליד המלוה יכול הלוה לחזור בו ע"כ מוכח דהמלוה הראשון זוכה לכל מי שיוציאו אחר כך ותו ליתי' בחזרה. ולפי זה אם כותי מוציאו לא מהני כיון דאין שליחות לכותי ובזה ניחא הא דכתב בשלחן ערוך ואפילו כתוב שנתחייב לכל בין יהודי בין כותי והוא אין לו ביאור ועמ"ש בסמ"ע. ולפי מ"ש ניחא דה"א דכיון דלא מהני לכותי דאין שליחות לו לא מהני ליהודי קא משמע לן דמהני על כל פנים ליהודי וגם לכותי אם לא חזר עד שנתנו לכותי תו ליתי' בחזרה כיון דברשות נתנו לו דהא מסרו לכך שימסרנו לכל בין יהודי בין כותי מיהו אם חזר בו קודם שימסרנו לכותי נראה דיכול לחזור:

סעיף ג

שיוכל כל המוציאו. ולפי שהוא שורש כל הממרנ"י לכן ראיתי להאריך בו קצת. וגם בו יבואר עניני ברירה וז"ל הרא"ש בתשובה כלל כ"ח סימן ח' בשטר שלא נכתב שם המלוה אלא שמשעבד עצמו לכל מי שיוציאו והשיב דמשתעבד ואע"פ שהעדים שבשטר שקנו ממנו לא הכירו ולא ידעו עי הוא וכההיא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ואם ישיב המשיב שאני התם שהמלוה מיהת הרי ידוע וניכר בשטר הא לך ראי' ממקום אחר

שאיננו תלוי' בזה דבשילהי בתרא אני פ' בן פ' לויתי ממך מנה אמר רב הונא ממך אפילו מריש גלותא ממך אפילו משבור מלכא וכ"ת שאני התם אף על פי שלא נזכר שם המלוה בשטר מכל מקום הכיר וידע אותו פנים אל פנים משעבד עצמו לו אבל בנידון דידן הלוה לא הכיר מוציא שטר זה שישעבד עצמו לו הרי לך ראי' ראשונה דמשתעבד לך ולכל מאן דאתי מחמתך וכו' ואף למי שאיננו מכיר וכן מצינו בשאול והיה אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול למי שיכה הפלשתי ובא דוד והכהו ונתחייב שאול לדוד באותו ממון ובפ' ב' דסנהדרי' קאמר שקידש דוד את בת שאול באותו ממון עכ"ל: ודאיתי במהרי"ט ח"מ כ"ג האריך בענין זה שם והק' בדברי הרא"ש היכא מתקדשה מירב באותו מלוה נהי דקס"ד דמקדש במלוה מקודשת מכל מקום מי לא בעינן שיאמר האיש שהוא מקדשה באותו ממון ואם לא היה ניכר מי אמר והא בעינן נתן הוא ואמר הוא ולא שתלקח אשה לאיש אע"כ צ"ל דכשבא דוד לפני שאול והלבישו מדיו אזי א"ל התנאי ואמר הוא דתהא מקודשת לי בזה ובאותה שעה ניכר וידוע הי' ולא נשמע מיני' כלום עיין שם ולק"מ דודאי אם הי' התנאי לדוד כשהלבישו מדיו ואז אמר דוד תהא מקודשת לי בזה לא הוי קידושי מלוה אלא שכירות והוי כמי שאומר בשכר שאעשה עמך וע"מ שאדבר עליך לשלטון ולא ה"ל מלוה כלל למאן דאמר אין לשכירות אלא לבסוף וכמבואר בפ' האומר דף ס"ג ובסנהדרין דף י"ט משמע דהוי מלוה לכ"ע. ועוד דלפי מ"ש בחידושי אבן העזר סימן כ"ח דהיכא דיש במכיש אחרון ש"פ מקודשת אפילו לדידן דקיימא לן ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף והוא לפי שיטת הרשב"א עיין שם וגבי דוד שהכה לגליות ודאי הי' בהכאה אחרונה ש"פ אלא שאול אמר זה להתחייב לאיש אשר יכנו עושר גדול קודם שדיבר מעניני קדושין ואחר דקטלי' לגליות נתחייב לדוד עושר גדול ואז בא דוד ואמר תהי' מקדשא לי באותו מלוה ואם כן נשמע מיני' דנתחיי' שאול באותו חוב דאם לא כן ליכא מלוה כלל וזה פשוט: עוד שם ז"ל ועוד צריך להתיישב בדבריו דס"ל בההיא. דממך ואפילו מריש גלותא שיכול לתבוע ממנו אפילו מי שלא הלוהו מעולם והכי מוכח מדברי ר"י נחיב ו' ח"ה משם הרשב"א שכל המוציאו צריך שיהא מכח המלוה כמו משתעבדנ' לך ולכל מאן דאחי מחמתך וכו' בין הכי ובין הכי משמע מדברי הרשב"א שהבא מכחו מיהא מצי תבע אע"פ שלא הלוהו מעול' אמנ' מדברי הטור סימן נ' לא משמע הכי שהו' כתב כל המוציאו גובה בו שיאמר המוציאו ממני לוית ולא הוצרכתי לפר' את שמי ומשמע דאם הוא מוד' שלא הלוה אלא אחר הלוהו ומכתו בא לא יגבה ועוד כתב ודוקא שטר אבל כת"י מתוך שיכול לומר פרעתי יכול לומר לא לויתי ממך כו' ולפי זה יקשה דמה מייתי הרא"ש ראי' מההיא דממך ואפילו מריש גלותא כיון שצריך

לומר ר"ג בא בטענת הלוהו עיין שם אמנם הגאון הנז' השמיט דיבור א' מדברי הטור שם סימן נ' ז"ל אבל אם הוא כת"י בלא עדים מתוך שיכול לומר פרעתי יכול לומר לא לויתי ממך אלא מאחר ונפל ממנו ומצאתו עיין שם וכיון דטוען שנפל מאחר ומצאתו אז ודאי אינו גובה אבל בא מכחו הרי הוא גובה אע"פ שלא הלוהו דהוי כמו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ואם כן ראיית הרא"ש נכונה מההיא דר"ג ועיין בתוספות פ' ג"פ דף קע"ב ד"ה אבל הכא ופירשו שם ממך ואפילו מר"ג אע"פ שאינו רגיל להלוות כלל ואפילו אנו יודעין בבירור שלא הלוהו עיין שם ואין להקשות היכי מצי מחייב עצמו לכל מי שמוציאו הא אין ברירה ואיך הוברר בשעה שמוציאו אח"כ דלזה נשתעבד דכבר כתב הרמב"ן גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דלא מהני מדאורייתא כיון דאין ברירה ומה"ט יכול למחול עיין שם ואם כן ה"נ בממרנ"י מהני על כל פנים מדרבנן והר"ן כתב פרק קמא דגיטין ז"ל ולפי מאי דכתיבנא לא קשיא דכי אמרינן אין ברירה הני מילי במלתא דאי דהאי לאו דהאי אבל הכא אפשר שיהא משועבד לכל העולם בזה אחר זה עיין שם ואם כן טפי ניחא דהוי דאורייתא שעבוד ממרני כיון דיכול להשתעבד לכל העולם בזה אחר זה. ובנימוקי יוסף פ' ג"פ ז"ל אמר המחבר ושטר שכתוב בו שנתחייב לכל מוציא אותו בבית דין כשר וגובה בו המוצאו דהא לנפילה לא חיישינן ואי משום שלא נתברר כשכתבו למי נתחייב וקיימא לן דאין ברירה בדאורייתא שאני הכא כיון דראוי להתחייב בו לכל אדם אין כאן דין ברירה עד כאן לשונו וכיון לדברי הר"ן דלא שייך ברירה אלא במלתא דאי דהאי לאו דהאי אבל זה יכול להתחייב עצמו לכל העולם בזה אחר זה: ומוהדא"ש סימן קע"ת נתקשה בדבריו מהא דפ' כל הגט כתוב לאיזו שתצא בפתח תחלה דאין ברירה והא התם נמי כל אשה ראוי' שתצא בפתת תחלה וכתב לתרץ משום דגבי גט בעינן ברירה מפורשת וכמה שכתבו תוספות שם ע"ש. ועדיין תיקשי משוחט על מי שיעלה ראשון לירושלים ואמרו שם נמי אין ברירה אף על גב דראוי הי' לעלות ראשון. אלא דמוהר"א ששון הבין דברי הנימוקי כפשוטו ומשום הכי קשיא ליה אבל הנימוקי כיון לדברי הר"ן ולא אמרי' אין ברירה אלא במלתא דאי דהאי לאו דהאי ובשוחט על מי שיעלה ראשון או כתוב לאיזו שתצא בפתח תחלה אי דהאי לאו דהאי דהא חדא הוא שתצא בפתח תחלה אבל גבי לכל מי שמוציאו ראוי לכל העולם וכמ"ש. הר"ן וז"ב: ונם הרא"ש דסובר במשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דיכול למחול לאו משום דס"ל כדעת הרמב"ן דאינו אלא מדרבנן דאין ברירה אלא ס"ל הטעם דיכול למחול כמ"ש טעמו ונימוקו בפ' הכותב משום דלא שעבד גופו לכל העולם ועיין שם באורך ובמוהרי"ט שם כתב בזה בדברי הרא"ש מ"ש ודבריו אין לו ביאור ע"ש. ועיין

שם במוהרי"ט דהקשה לפי דעת הרמב"ן דכתב משום אין ברירה לא הוי שעבוד מן התורה אם כן ההיא דשאול דאמר יעשרנו עושר גדול היכי מהני דהא אין ברירה וגם לפי מ"ש הר"ן לא שייך זה בעובדא דשאול דאחד יכנו ועוד הקשה מההיא דהמבשרני במה נפטר רחמה יטול מנה אע"פ שלא הי' מבורר והעלה שם בזה ז"ל דע"כ מלתא דדוד וההיא דהמבשרני טעמא אחריני איכא כו' והיכא משתעבד בלא קנין אלא נראה דההיא דמבשרני ודוד מדין שליחות הוא דקני ושליחות וכל מילי דשליחות לא בעי קנין והאומר לחבירו עשה דבר פ' ואתן לך מנה משעשה שליחותו נתחייב בלא שום קנין הלכך אימת קנה להני זוזי בשעה שעושה שליחותו ובאותו שעה מבורר הוא ובאותו שעה הוא זוכה ואין אנו חוששין למה שלא הי' מבורר באותו שעה שנדר לו כו' ולכך זכה דוד באותו. ממון בשעה שהרג את גליות שנתרצה בו שאול לתת לו אותו ממון שאלו רצה לחזור בו עדיין הי' יכול לחזור ובאותו שעה מבורר הי' עד כאן לשונו ותוכן דבריו לחלק בין. היכא שהחיוב הוא מעכשיו וכיון דעתה לא הוברר בשעת הקנין אף על גב דהוברר את'כ לא מהני לי' אבל אם אין הקנין והחיוב מעכשיו אלא לאחר זמן ואז בשעת גמר הקנין הוברר מהר ומשום הכי בעובד' דשאול וההיא דהמבשרני גמר הקנין אחר שעשה שליחותו ואז הוברר. והיטב אשר דיבר וראוין למי שאומרן וכן מצאתי כדבריו בר"ש פ"ה דמעשר שני ז"ל כל הנלקט מזה מהכא פריך פרק מרובה לר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדיש דהכא חזינן אף על גב דליתי' ברשותי' מצי פריק ולא לאחר שנלקט היו עושין כן דאם כן לא היו עושין תקנה לנאכל בנתיים אלא מנית מעות קודם לקיטה ואומר כרם רבעי זה לכשיהי' נלקט יהא מחולל ולא שייך ברירה בענין זה הואיל ואינו חל החילול עד שיתלקט דדוקא כל המחלקט חשיב התם ברירה דקאמר מעכשיו יהא מחולל מה שילקטו אח"כ ע"ש. ומבואר מזה דוקא היכא דרוצה לחלל מעכשיו אז אין ברירה אבל היכא דאינו חל אלא אח"כ ואז הוברר מהני וכן מבואר מדברי תוספות פ' מרובה (בבא קמא דף ס"ט) ד"ה כל הנלקט מזה ע"ש: אמנם מדברי הרשב"א לא משמע הכי שכתב באשה שמינתה שליח ואמרה כל מי שירצה הבעל ליתנו יהיה שלוחי דאין ברירה והובא בבית יוסף אבן העזר סימן קמ"א עיין שם והתם נמי כל זמן שלא עשה שליחותו יכולה האשה לחזור ולא נגמר אלא בשעה שמקבלו ואפילו הכי אמרינן אין ברירה ומשום דהשתא אינו מבורר ומי איכא מידי דאילו השתא לא חייל ובתר הכי חייל כדאמרינן פ' אע"פ לענין דשבל"ע ולפי מ"ש המרדכי גבי דשבל"ע דמהני באומר לכשיהיה בעולם עיין שם פרק מי שמת אם כן הוא הדין בזה מהני ואולי התוספות והר"ש אזלי בשיטה זו אבל לפי מה דקיימא לן דאפילו אומר לכשיהיה לא מהני בדשבל"ע

אם כן הוא הדין לענין ברירה אף על גב דהקנין כשיוברר לא מהני כיון דהשתא לא מהני. ולפי מ"ש הרמב"ם בפ"ד מהל' אישות באומר ליבמה לאחר שיתלוץ לך יבמיך דמקודשת וכתבו שם בטעמו משום דכיון דאלו קדשה השתא על כל פנים ספק קידושין הוי דיבמה לשוק הוי ספק קידושין משום הכי בקידשה לאחר שיתלוץ לא הוי דשבל"ע ומקודשת ודאי קידושין ואם כן הוא הדין גבי כל הנלקט כיון דקיימא לן דמלתא דברירה ספיקא הוי ועיין יש"ש שם בדיני ברירה ואם כן כשמקנה לאח' שיוברר לא הוי דשבל"ע כיון דגם עכשיו ספקא הוי. אלא דכבר חלקו שם בסברא זו על הרמב"ם עיין שם משנה למלך: ולכן נראה בקושיות שהקשה מוהרי"ט מעובדא דשאול ומההיא דהמבשריני דכד דייקית אשכחן כהאי טובא בפ' המביא אמר לעשרה כתבו גט שנים עדים משום עדים ואינך משום תנאי ואיך הוברר דשנים הראשונים הן עדיו כיון דבערבוביא הזמינם וכן בפרק האומר לעשרה כתבו גט לאשתי א' כותב ע"י כולם וכן שם בדף ס"ו אמר להו בי תרי מנייכי נכתבו גיטא לדביתהו ואיך הוברר הני תרי מגו תלתא למי הוא עושה שליח אלא ודאי דגבי שליחות לא שייך כלל עניני ברירה דהוא עושה לכולי עלמא שלוחין ושליח של אדם כמותו ולכן כל מי שעושה שליחותו הרי הוא כמוהו וכן בעובדא דשאול הוא מרשה לכלם מי האיש אשר יכנו יעשרנו עושר גדול וכמו כן ההיא דהמבשריני וכיון דכולי עלמא שלוחו הוי אם כן כל מי שעושה ע"י ציוי שלו הוא עושה ואין מחוסר כאן ברירה מי הוא שלוחו דהא כולי עלמא הוא עוש' ואינו מחוסר אלא עשיית השליחו' וזה מחוסר גם בממנה למיוחד לשליחות אבל כשגומר שליחותו נתחייב כיון דעל פיו הוא עושה ובזה כולי עלמא עושין ע"פ ציויו ובענין זה נמי כל השומע קולי יכתוב או כל השומע יזון דאין בזה עניני ברירה לומר דזה נעשה שלוחו ולא זה דכיון דהוא עושה לכל אין זה יוצא מכלל והוא כמי שעושה שני שלוחים ואחד מהם עשה לו השליחות ודקא גבי לאיזה שתצא בפתח תחלה שייך עניני ברירה אבל בהני לכולהו עושה שליחותו אבל בתשובת הרשב"א בענין דמיירי מיני' באשה שמנתה שליח ותלתה ברצון בעלה מי שירצה הבעל וכיון דתלתה ברצון בעלה ולא הוברר שעה שמינתה אם הי' אז רצון בעלה בזה ומשום הכי אין ברירה בזה מיושב נמי מה שהקשה מוהרי"ט מההיא דלולב וערבה כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה ואינו מבורר ולפי מ"ש ניחא דהוא נתן לכל העולם אלא דמחוסר זכי' וכל מי שיגיע לולבו בידו הרי הוא זוכה במשיכה מה שאין כן לאיזו שתצא בפתח תחלה דהוא ענין אחר המחוסר בשעת מעשה לגוף הגירושין דלא הוברר מי תצא תחלה. וכל זה משמע להמעיין היטב בלשון הרשב"א הובא בבית יוסף סימן קמ"א באבן העזר ז"ל דעת הרשב"א בתשובה אם עשתה שליח וחזרה ועשתה

שליח ואפילו עשרה זה אחר זה או שעשתה עשרה בבת אחת כל שהגיע הגט ליד א' מהן מגורשת דלא שייך בכי הא ברירה אבל אפשר שאם אמרה כל מי מכם שירצה הבעל ליתנו לו יהא שלוחי לקבלה שנאמר בזה אין ברירה כענין לאיזו שארצה אגרש בו דאין ברירה ע"כ ומבואר כל מה שכתבנו מדברי הרשב"א דבעשרה שלוחין לא שייך ברירה דכולן שלוחין הן אלא בתלתה ברצון בעלה בזה לבד ראוי לומר אין ברירה ומוכח מדברי הרשב"א דאפילו בשעת גמר הענין כבר הוברר אם לא הוברר בשעת מעשה לא מהני וכמ"ש ודו"ק ועיין שם במוהרי"ט ז"ל והנה החכם השלם המורה נרו רצה לחלק בזה חילוק נאה ומתקבל דשאני שעבוד מהקנאה דכי היכא דאמרינן אין אדם מקנה דשלבל"ע מכל מקום משתעבד הוא לדבר שלבל"ע ה"נ יכול הוא להשתעבד ע"י שעבוד למי שאינו בעולם ועיין שם דהשיג עליו דבשלמא כשהדבר אינו בעולם שעבודא חייל על גופו וגופו איתי' בעולם אבל כשהזוכה אינו בעולם או אינו מבורר דכמאן דליתי' דמי מה מהני שגופו של מזכה איתי' בעולם וראי' מהא דפריך בפ' י"נ גבי בנין דכרין יתבין תנן היכי זכי בנין דכרין דליתנהי בעולם אף על פי ששעבוד וחיוב הוא עיין שם ודבריו נכונים דודאי לדבר שבל"ע אינו יכול לשעבד וכן מוכח בהא דפריך פרק קמא דגיטין גבי מעמד שלשתם אלא מעתה הקנה לנולדים עיין שם ומכל מקום אין מזה קושיא על החכם השלם המורה לפי מ"ש תוספות שם בגיטין ובכמה דוכתי דאמרינן אפילו לר' מאיר דאמר אדם מקנה דשלבל"ע אבל לדבר שבל"ע לא והקשו תוספות דהא לאחר שאתגייר לדבר שבל"ע הוא וסובר דמקודשת ותי' דנכרי ועבד איתנהי בעולם אלא שמחוסרין גירות ושחרור ול"ד לנולדי' דליתנהי בעולם כלל עיין שם וכיון דשעבוד לרבנן כמו קנין לר' מאיר ולהכי דשבל"ע משתעבד ולנולדים לא משתעבד דליתנהי כלל אבל לאדם שאין מבורר ה"ל כמו לאחר שאתגייר לאחר ששתתרר דהגוף איתי' בעולם אלא דמחוסר ברירה דכה"ג אינו אלא כמו דשבל"ע דמהני לר' מאיר וה"ה שעבוד לרבנן מהני בכהאי גוונא . מיהו לפי מה שמבואר אצלינו בסימן קי"ב סק"א בטעמא דהך מלתא דשעבוד מועיל בדבר שבל"ע ואינו מועיל לדשבל"ע ולפי הטעם שם אינו מועיל לשעבד עצמו לאדם שאינו מבורר וע"ש: ומתוך דבריהם נראה ליישב קשיות תוספות פ' כל הגט ופרק בכל מערבין דהקשו בהא דאמר ר"מ שני לוגין שאני עתיד להפריש הרי הן תרומ' עשרה מעשר ראשון אלמא קסבר יש ברירה ובפ' יש בכור דף ל"ח גבי נתנו עד שלא חלקו מוקי רבא דר"מ ור"י כרב אסי דאמר האחין מחצה יורשין ומחצה לקוחות אלמא מספקא לי' אם יש ברירה או אין ברירה ע"ש: ולפי מ"ש ניחא דכיון דלר"מ ס"ל אדם מקנה דשלבל"ע וכן גבי תרומה מצי להפריש דשבל"ע כדאי' בפ' האשה רבה (יבמות

דף צ"ג) עיין שם ומשום הכי יכול לומר שאני עתיד להפריש דאף על גב דאינו מבורר השתא לא גרע מדבר שבל"ע דהשתא דשבל"ע יכול להפריש מכ"ש שגי לוגין שבאו לעולם אלא שעתה אינו מבורר ועתיד לברר דמהני והא דמשמע בש"ס בשני לוגין שאני עתיד להפריש צריך ברירה היינו לדידן דקיימא לן אין אדם מקנה דשלבל"ע ומשום הכי שני לוגין שאינו מבורר עכשיו ועתיד להפריש הוי כמו דבר שלא בא לעולם אבל לר' מאיר ודאי מהני וכמ"ש: ובזה ניחא ליישב הא דאמרינן בפ' בכל. מערבין דף ל"ז בהא דסבר ר"ש גבי שני לוגין שאני עתיד להפריש דאסור וקס"ד משום דס"ל אין ברירה ופריך מדר"ש אדר"ש דשמעינן לי' דאית לי' ברירה גבי עירוב משום דבענין ראשית ששירי' ניכרין ואב"ע כדקתני טעמא אמרו לו לר"מ אי אתה מודה שמא יבקע הנוד ופריך למאי דס"ד מעיקרא דבעינן ראשית שיהיו שירי' ניכרין מאי קאמר לי' וכתבו תוספות שם ה"נ הוי מצי למימר לטעמא דברירה עיין שם ולפי מ"ש ניחא דלפי טעמא דברירה לא הוי מצי אמרי לר"מ הך טעמא כיון דר"מ ס"ל אדם מקנה דשלבל"ע אבל האי טעמא דשירי' ניכרין גם לר"מ מצי אמר וק"ל. ועיין בתוספות פ"ג דערובין דף ל"ח ד"ה אי אתה מודה שמא יבקע ז"ל תימא להני דמפרשי טעמייהו משום דאין ברירה או משום ראשית כו' כיון דתני סיפא אי אתה מודה שמא יבקע הנוד מנא להו דלא הוי טעמא משום הכי וע"ש: ונראה לישב לפי מ"ש בתמורה להקשות למאן דאמר יש ברירה אם כן איסור שנתערב בהיתר נשדי חד מנייהו ונימא ברירה שהוא האיסור ותרצו דהיכא דכבר הוכר האיסור לא שייך ברירה ע"ש: ולפי זה הא דר"י ור"ש אוסרין בשני לוגין שאני עתיד להפריש אי נימא טעמא דידהו כדקאמרו משום שמא יבקע הנוד ונמצא שותה טבלי' למפרע הוי להו להתיר ע"י תקנה שיאמר שני לוגין בתוכו תרומה ולא מה שאני עתיד להפריש ונימא כל מה ששותה דהיתר נינהו ומשים ברירה כיון דלא הוכר האיסור בפני עצמו אמרינן ברירה וכדאמרינן ביומא דף נ"ה גבי תטאת שמתו בעלי' עיין שם ואם כן אף אם יבקע הנוד אינו שותה טבלים למפרע כיון דכבר נתקן הטבל ע"י התרומ' שבתוכה ורשאי לשתות על סמך ברירה דמה ששותה חולין הוא וצ"ל דהא דאמרו לו לר"מ שמא יבקע הנוד היינו על תקנתא דר"מ דאומר שני לוגין שאני עתיד להפריש אבל אינהו על כל פנים לאו משום הכי אסרי דאם כן ה"ל לאשמועינן תקנתא שיאמר שני לוגין בתוכו תרומה וכמ"ש ע"כ אסרי מטעמא דאין ברירה והתם בעירובין משני שאני התם דבעינן שירי' ניכרין א"ל אביי אלא מעתה היו לפניו שני רימור' של טבל ואמר אם ירדו גשמים היום כו' יהי' זו תרומה על זו ה"נ דאין בדבריו כלום וכ"ת ה"נ והתנן תרומת הכר' ומעשרותיו בתוכו ר"ש אומר קרא שם שאני התם דאיכא סביביו ואבע"א כדקתני

טעמא א"ל לר"מ אי אתה מודה וכו' ונראה דודאי הלכתא הכי דבעינן ראשית שיהי' שירי' ניכרין ומשום הכי קשיא לי' להרשב"א בחידושיו בדברי ר"מ דאומר שני לוגין שאני עתיד להפרי' הא אין שירי' ניכרין ומתרץ דכיון דר"מ אית לי' בריר' וכשיפרוש יהי שירי' ניכרין עיין שם בח"ר פרק קמא דחולין ולהכי ניחא דמעיקרא קאמרי בטעמא דבעינן שירי' ניכרין ואבע"א דזה הוי שירי' ניכרין כיון דאמרי' ברירה וכשפירש הרי שירי' ניכרין וכמו שכתב הרשב"א אלא התם כדקתני טעמא שמא יבקע הנוד ומשום הכי אוסרין דשאני עתיד להפריש אי אפשר שמא יבקע הנוד ולא יבא לידי הפרשה ושיאמר שני לוגין בתוכו תרומה וכמ"ש א"א דזה ודאי לאו שירי' נכרין כיון שאינו מברר בשעת הפרשה ודו"ק ועיין מעילה דף כ"ה: הדרן לדברי הר"ן דגבי מעמד שלשתם לא שייך ברירה דכי אמרינן אין בריר' ה"מ במלת' דאי דהאי לאו דהאי אבל הכא אפשר שיהיה משועבד לכל העולם בזה אחר זה וקשיא לן בגווה הא דאמרינן במרובה דף ס"ט בהא דתניא ר' יהודא אומר שחרית בעל הבית עומד ואומר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר ר' דוסא אומר לעיתותי ערב אומר כל שלקטו כו' ואמרינן שם דלא סגיא דלא מהפכת דבהא מתני' קתני דאית לי' לר' יהודה ושמעינן לר' יהודה דלית לי' ברירה דתנן הלוקח יין כו' עיין שם והא גבי הפקר דאמר כל שילקטו עניים הפקר לא שייך אי דהאי לאו דהאי דהא אפשר שיהא כולן הפקר אם ילקטו כל הכרם וכעין זה קשה גם בהא דאמרי שם אליבי' דצנועין דמניתין את המעות ואומרים כל הנלקט מזה דלא תימא כל הנלקט אלא אימא כל המחלקט מזה מחולל על המעות ופריך שם אלמא אית לי' ברירה והא אמר ר"י הלכה כסתם משנה עיין שם והא בזה נמי לא אפשר שיתתלל כל הכרם כשילקטו כל הכרם ואין לומר דמשמע להו דלא היו מניתין הצנועין מעות כדי כל הכרם דאם לא כן למה לא היו מחללין כל הכרם בבת אחת דכבר הקשו שם התוספות זה ותרצו דשמא היו רוצים להוליך שאר הפירות לירושלים ולפיכך לא היו רוצים לתלל כל הכר' בבת אחת עיין שם ואם כן שפיר מצי מיירי שמניתין מעות כדי כל הכרם ואומרין כל המחלקט והשאר יוליכו לירושלים אבל אכתי יכול להיות שיתתללו כל המתלקט דהא לא שייך אי דהאי לאו דהאי כיון דיכול להיות שיתלקטו כל הכרם ויתתלל הכל ואפילו א"נ דהצנועין לא היו מניתין מעות כדי כל הכרם מאי הוה דהא הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה גם כן מחולל ואם כן כל מה שיתלקטו יוכל להתתלל ע"ז המעות ובדרבנן וודאי אמרינן ברירה: אמנם כדי להבין דברי הר"ן הנ"ל צריך להעתיק לשון הסוגיא דברירה ומ"ש הראשונים עלי' וממילא יובן דברי הר"ן והוא דבגיטין פ' ב' הוכיחו בש"ס מהא דאמרינן ע"מ שירצה אבא ר"ש אומר דמקודשת והוכיחו מזה דיש

בירה ואנן קיי"ל דאין בירה ואפילו הכי קיי"ל דע"מ שירצה אבא מקודשת והעלה בזה בישׁ"ש בדיני בירה דבזה כיון שהדבר עומד להתברר בודאי או ירצה או לאו וודאי קיימא לן די"ב ודווקא שני לוגין שא"ע להפריש דהוא בירה שאינו עומד להתברר דהא מה שמתנ' אינו אלא לעולם יהא שני לוגין בתוכה תרומה ורק שמתנה איזה שני לוגין שיפריש מתחלה יהא תרומה ומה ששותה יהא תולין והנה התנאה לעולם אשני לוגין הוי ודלמא לא יבוא לידי הפרש' לעולם וכה"ג הוי בירה ממש דפליגא בי' ר' מאיר ור' יוסי וכו' עיין שם שסיים בזה וזו כלל גדול בדין וכה"ג בגיטין כתוב לאיזה שארצה דלמא לא יתרצה אח"כ לשום אחת או כתוב לאיזה שתצא מפתח תחילה דלמא לא תצא שום אחת ואם כן לפ"ז מי שאמר כתוב גט לאשתי ע"מ שירצה אבא הרי זו מגורשת ע"ש. ודבריו מתוקי' מדבש והוא ע"פ מ"ש הר"י גם כן לחלק גבי גט דאתקין שמואל אם מתי יהא גט משום שעומד להתברר הדבר או יתיה או ימות. ולפי זה דברי הר"ן נכונים במ"ש גבי מעמד שלשתם דלא שייך בירה אלא אי דהאי לאו דהאי וכו' היינו משום דאז הוי בירה דהיכא דמתני על דבר א' בין שני דברים ויכול להיות שלא יבא לידי בירה לעולם בזה קיי"ל דאין בירה וכהאי דשני לוגין שאני עתיד להפריש או לאיזה שתצא בפתת תחילה דאי דהאי לאו דהאי ואין הדבר עומד להתברר דנימא בוודאי יתברר בין שני דברים איזה שיחול דדלמא לא יבוא לידי בירה. כלל דאפשר לא יבא לידי הפרשה או לא תצא איזה מהם כלל בפתת ואם כן התנאי שמתנה בין שני דברים לא יבא לידי בירה ובתנאה כזה אין בירה אבל אם מתנה על א' אם תצא בפתת תהי' מגורשת ואם לא תצא בפתת לא תהי' מגורשת זה התנאי א' מהצדדים בודאי יבא לידי בירה או תצא או לא תצא ובזה שפיר אמרינן בירה ומשום הכי במעמד שלשתם שמתנה לכל מאן. דאתי מחמתך אין התנאי באיש מן האנשים ולברר בין האישים כיון שכולם ראוי לכך ואין התנאי רק אם יבא מחמתו וזה הוא בא לידי בירה בודאי או יבא או לא יבא ובזה אמרינן בירה: אמנם ר' יוחנן אהא דתני איו ר' יהודה אומר אין אדם מתנה על שני דברים כא' אלא אם בא חכם למזרח עירובו למזרח למערב עירובו למערב ואלו לכאן ולכאן לא והוינן בה מ"ש לכאן ולכאן דלא דאין בירה מזרח ומערב נמי אין בירה ואמר ר' יוחנן וכבר בא חכם ועיין סוגי' זו בכמה מקומות בש"ס ופירש"י בעירובין דף ל"ו דלעולם אין החכם יכול לבא בשבת רק מרוח אחת ומ"מ צריך בירה דשמא לא יזוז ממקומו דהא קאמר ואם לאו שלא יבא חכם לא לכאן ולא לכאן הריני כבר עירי וכ"כ תוספות בפ' משילין דף ל"ת ד"ה והוינן בה והא דקאמר למזרח ולמערב לאו דוקא דאם כן משמע דצריך למזרח משום מערב ולמערב משום מזרח אלא רצה לומר למזרח או

למערב נמי אין ברירה דשמא לא יזוז ממקומו ע"ש. ואם כן מאי קושיא למזרח נמי אין ברירה דשמא לא יזוז ממקימו הא זה ע"כ יבא לידי בירור או יבא למזרח או לא יבא: והנה הרמב"ן בחידושיו פ' כל הגט נמי מחלק בין מתנה על שני דברים כההיא דשני לוגין שאני עתיד להפריש ובין מתנה על דבר א' וכהאי דע"מ שירצה אבא אבל אינו על דרך הנז' אלא שהוא מחלק דע"מ שירצה אבא דאינו אלא תנאי ותנאי א"צ ברירה אבל במתנה על שני דברים כא' צריך ברירה כיון שמתנה זה או זה וע"ש. ולשטתו לא קשיא דמאי פריך למזרח נמי הא למזרח אינו מתנה אלא על דבר א' אם יבא או לא

וא"ת [וא"כ] ה"ל תנאי וא"צ ברירי'. דאפשר כיון שאומר ואם לאו הריני כבני עירי ושביתתו במקומו וה"ל נמי שני דברים או שביתה במקומו או למזרח כשיבא החכם למזרח אבל לפי מ"ש הישׁ"ש משום דבדבר א' ע"כ יבא הדבר לידי בירור או זה או זה אם כן בהאי דבא החכם למזרח עירובו למזרח ואם לא יזוז ממקומו הריני כבני עירי בודאי עומד הדבר להתברר וכמ"ש בזה אמרינן ברירה ועל כרחך צריך לומר דר"י ס"ל דאפילו היכא דהדבר עומד בוודאי להתברר נמי אין ברירה ומשום הכי אפילו במתנה בדבר א' אין ברירה אלא אם כן כבר בא חכם ואם כן הוא הדין באומר כל שילקוטו יהא הפקר נמי אין ברירה דאף על גב דאפשר שיבא כל הכרם לידי הפקר וכמ"ש כיון דאפילו בדבר א' ס"ל לר"י אין ברירה ומשום דשמ' לא יבא לידי לקיטה כלל והסוגיא שם אליבי' דר' יוחנן דס"ל אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו עיין שם וביש"ש כתב ז"ל ודוקא כגון שני לוגין יין שאני עתיד להפריש דהוא ברירה שאין עומד להתברר דהתנא' לעולם על שני לוגין הוי ודלמא לא יבא לידי הפרשה כלל וכה"ג פליגי ר' מאיר ור' יוסי וכה"ג בפ' בכל מערבין דחשיב מה שמתנה אם יבא חכם למזרח יהא עירובי למזרח ושם אקנה שביתה ואם למערב כו' דתשיב התם ברירה היינו נמי שמתנה על איזה צד שיבא והתנאי והברירה הוא במה שאינו עתיד להתברר דלמא לא יבא החכם לא למזרח ולא למערב ולכן אם הי' מניח לצד א' והי' מתנה אם יבא החכם לצד עירובי הרי זה עירוב ואם לא יבא הרי עירובי בטל והריני כבני עירי כה"ג כ"ע מודי אפילו תנא דבי איו דפליג התם אעירובין שלא יכול להתנות על שני דברים כדפרישית כה"ג לא אשכתן דפליג משום שזהו עומד להתברר שע"כ יבא התכם או לא יבא וכ"כ הרמב"ן דכה"ג לא תשיב ברירה ושרי לכולי עלמא רק שהו' מפרש קצת בפנים אתרות והם דחוקים והנני מפרש העיקר לפי דעת בעלי התוספות עד כאן לשונו וע"ש: והנה לפנינו דעת רש"י ותוספות פרק משילין דאפילו כה"ג דמנית עירובו לצד א' פליג וצ"ל דס"ל לר' יוחנן דפריך מ"ש לכאן ולכאן דאין ברירה וכו' ס"ל דאפילו היכא דמתנה על צד א' ועומד בודאי להתברר נמי אין

ברירה אבל אנן הוא דלא קיימא לן הכי אלא ס"ל היכא דהדבר עומד להתברר יש ברירה ממילא היכא דיכול להיות לכולי עלמא בזה אחר זה ודאי יש ברירה וכמ"ש בטעמו בזה ניחא ליישב דברי הרמב"ם פ"ט מנטע ורבעי ז"ל והצנועים מניתין את המעות בשנות השמיט' ואומרים כל הנלקט מפירות רבעי אלו מחולל על המעות הללו שהרי אי אפשר לפדותו במחובר עד כאן לשונו ומשמע שהוא מפרש כל המתלקט דאלו כל הנלקט הא הוי דבר שאינו ברשותו וע"כ כל המתלקט ואם כן אינו אלא משום ברירה וכיון דהרמב"ם פסק אין בריר' היכ' מהני החילול ועיין בישׁ"ש שכתב על הרמב"ם דהוא כשגגה היוצא מלפני השליט יאתי התכם השלם מוהר"ר יהודה הכהן נרו אמר בישוב דעת הרמב"ם הנז' ע"פ מה שהקשו תוספות במרובה למה לא יהיו יכולי' לחלל נטע רבעי אפילו שאינו שלו כיון דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו ובקידושין דף נ"ו פירשו בשם הר"מ משום דזכי' מטעם שליחות הוא דהוי כמו שליח ובהאי דננועין ליכא למימר הכי שהרי הגזלנין עצמן אינן יכולין לתקן מה שבידם והוי גזל ולא נתייאשו הבעלים וכיון דאינהו לא מצי עבדי שלוחייהו נמי לא מצי עבדי ע"כ והרמב"ם ז"ל כתב שם דהצנועין היו עושין כן בשנת השמיטה עיין שם וכיון דשביעית הפקר הוא זכו בהו המלקטים והי' יכולין לתקן מה שבידם גם הבעלים יכולין לחלל מה שביד המלקטים משום דזכין לאדם שלא בפניו והש"ם דלא משני הכי אליבא דר"י משום דמשמע להו להש"ם דהאי דקתני במתניתין והצנועין הי' מניחין כו' קאי בכל ימות השנה מדלא מפרש דבשביעית עשו כך א"נ משום דר"י אמר דצנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד ע"כ לר"י לא קאי האי דצנועין על שביעי' לחוד דאם כן לאו דבר אחד הוא מטעם האמור. ומה שהשבתי לו אין העת להזכיר פה לפי דרכי ניחא טפי למימר דהרמב"ם כל המחלקט קאמר דהא לדידן דקיימא לן דהיכא שיבא בודאי לידי בירור יש ברירה ודוקא היכא דמתנה על שני דברים אין ברירה משום דזה אינו עומד בודאי להתברר דאפשר שלא יבא לידי לקיטה כלל וגבי צנועין לא הוי מתנה בין שני דברים דהא אפשר שיבא כל הכרם לידי לקיטה ויתחלל כל הכרם כיון דמדאורייתא הקדש שוה מנה שחללו על ש"פ מחולל ה"ל בדרבנן ויש ברירה ודוקא לר"י פרייך וכמ"ש דאיהו ס"ל אפילו בדבר א' שיבא בודאי לידי בירור נמי אין ברירה ואם כן אפילו יוכל להיות כל הכרם לבא לידי חילול לא עדיף ממתנה על דבר א' דס"ל אין ברירה דקאמר וכבר בא חכם וכמ"ש אבל אנן ס"ל בעומד להתברר הוי ברירה והכא שיכול לבא כל הכרם לידי חילול ואין התנאי אלא אם יבא לידי לקיטה וזה יתברר בודאי או יבא או לא. וכמ"ש ויתיישב נמי בזה קושיות תוספות שהקשו דאמרינן בש"ס דר"י ס"ל דאין בריר' אף על גב דמשמע דס"ל ברירה גבי עירוב אפילו הכי

סמכינן אההיא דהלוקח עיין בעירובין שם והקשו בתוספות הא אדרבה אשכחן דס"ל לר"י ברירה גבי מהיו' אם מתי ולכי מיית מגורשת והוא ע"כ משום ברירו' ועוד בברייתא דכל שילקטו עניים יהא הפקר ע"כ משום ברירה הוא ולפמ"ש ניחא דהא בהאי דלכי מיית הרי עומד להתברר או יחיה או לא וכ"כ התוספות. שם וכן בהאי דכל שילקטו יהי' הפקר נמי עומד להתברר כיון שאפשר שיבא כל הכרם לידי חילול ואין התנאה אלא אם יבא לידי לקיטה ודו"ק: אמנם בהא שכתבו שם התוספות דהאי דלכי מיית הוי גיטא הוי משום דיבא הדבר לידי בירור ורב משרשיא מוכיח שם דר' יהודא סובר דיש ברירה מדסובר דלכי מיית הוי גיטא ע"כ לומר דרב משרשיא לא ס"ל לחלק בהכי וס"ל דאפילו היכא שהדבר עומד להתברר אין ברירה זה הוא שטת מוהרש"ל בחידושיו וכ"כ בויש"ש אבל מוהרש"א כתב דתוספות לא כתבו דיוכל להתברר אם יתי' או ימות אלא היכא דמתנה אם ימות יהא גט וכההיא דאתקק שמואל בגיטא דשכ"מ זה בודאי יבא לידי בירור כיון דאין התנאי אלא בדבר א' אבל היכא דאמר שעה א' סמוך למיתה יהא גט בזה כיון דמתנה על שעה א' בין השעות וזה אינו עומד להתברר כיון דמתני אם ימות מחולי זה יחול הגט שעה א' סמוך למיתתו מחולי זה אפשר דלא ימות מחולי זה ולא יבא הדבר לידי בירור כלל ועיין שם והוא תורף דברי מוהרש"א: והנה דברי מוהרש"א נראין נבונים דכיון על שעה א' סמוך למיתתו מחולי זה הרי הוא מתנה ביי שני דברים וכההיא דשני לוגין שאני עתיד להפריש דאין ברירה משום דאין עומד הדבר להתברר כיון דאפשר לא יבא לידי הפרשה כלל וה"נ השע' האחת סמוך למיתתו מחולי זה אינו עומד להתברר דאפשר שלא יבא לידי בירור כלל שאפשר שלא ימות מחולי זה ודברי מוהרש"ל אינן מובנים כלל ועיין בס' גט פשוט אבל היות כי ראינו שמוהרש"ל זה הוא החל לברר כל דרכי ברירה כאשר הניע לפנינו באורך וברוחב כל סעיפי' ושריגי' לא הניח דבר לזאת מוטל עלינו ליישב דברי מוהרש"ל ונרא' לפי מ"ש הר"ש בזרעים גבי כל המתלקט דאין ברירה וכל הנלקט יש ברירה משום דכל המתלקט רוצה שיתחלל תיכף ואז אין ברירה אבל כל הנלקט כיון דאין החילול חל אלא אחר לקיטה ואז כבר הוברר והעתקנו דבריו לעיל והוא נמי שיטת תוספות בפ' מרובה וכמ"ש לעיל ולפי זה דגבי שני לוגין שאני עתיד להפריש רוצה שיחול התרומה עכשיו דאם לא כן הרי הוא שותה טבלים ואין ברירה כיון דאינו עומד להתברר בודאי השני לוגין בין הלוגין דאפשר לא יבא לידי הפרשה כלל אבל באומר שעה א' סמוך למיתה הרי אין הגט חל אלא בשעה הסמוך למיתה וזה השעה הסמוך למיתה בודאי יבא לידי בירור או יתי' או ימות והיכא דהדבר בודאי יבא לידי בירור הרי הוא כמבורר ויש ברירה ואם כן נהי

דעכשיו שאומר שעה א' סמוך למיתה מחולי זה הרי הוא מעורב השעה בין השעות ומתנה על שני דברים אבל בשעה שהגט חל הרי ליכא אלא שעה א' סמוך למיתה ונהי דאינו מבורר אם ימות באותו שעה כיון דאותו השעה בודאי יתברר או יתי' או ימות הרי הוא כמבורר כיון דאותו שעה אינו מעורב בין. השעות ובזה יש ברי' וכיון דאין הגט חל אלא בשעה הסמוכה ואז יש ברירה ודו"ק ורבים גדולים תקרי לב עמדו בזה בהא דכתבו התוספות דגבי גט עומד להתברר והא שעה אחת סמוך למיתה הרי הוא כשני לוגין שאני עתיד להפריש ועיין בספר ג"פ ובחידושי פ"י מ"ש בזה ומ"ש הוא נכון וברור עיין בפ' המפקיד גבי שילם ולא רצה לישבע והא אין אדם מקנה דשבל"ע אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנוב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו מתקיף לה ר"ז א"ה אפילו גיזותי' וולדותי' נמי כו' איכא דאמרי אמר רבא נעשה כאומר לכשתגנוב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנוי' לך סמוך לגניבה עיין שם ולפי מ"ש מוהרש"א בשע' א' סמוך למיתה דאין ברירה השעה בין השעות דאפשר לא יבא לידי בירור כלל אם לא ימות מחולי זה אם כן שעה א' סמוך לגניבה היכא מהני הא אין ברירה ואין הדבר מבורר דאפשר לא יבא הדבר לידי בירור כלל אם לא תגנב כלל ובשלמא למאן דאמר הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו אינו אלא תנאי בדבר א' והוא יבא לידי בירור אבל שעה א' סמוך לגניבה לא יתברר כלל וכמ"ש. מיהו לפי מ"ש מוהרש"א ר"פ המפקיד בהא דכתב רש"י גבי נעשה כאומר לו פרתי קנוי' לך סמוך לגניבה דהוה כאומר לו בשעת מסירה פרתי קנוי' לך סמוך לגניבה ומהרש"א כתב דהאי נעשה כאומר לו הוא סמוך לגניבה עיין שם וכן מצאתי כתוב בשטה מקובצת עיין שם ואם כן כיון דאומר לו סמוך לגניבה אם תגנב באותה שעה הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו ואינו מתנה רק על שעה א' אם תגנוב זה ודאי יבא לידי בירור או תגנוב או לא כיון דאינו מתנה על שעה בין השעות אלא על שעה אחת אם תגנוב ובזה ודאי יש ברירה ובזה יש מקום ליישב קושיית התוספות שם ד"ה א"נ דקיימא באגם עיין שם ודו"ק:

סימן סב

סעיף א

השטרות תתת ידה. ואפילו יש לה מגו אינה נאמנת. ש"ך:

סעיף ב

עלי' להביא ראי'. ואם האשה מחלה החוב ללוה נראה דזכה הלוה דהא אם מתה טוענין ליורשי' שהם שלה ולדידה הוא דאין טוענין דאם היו שלה היתה יכולה להביא ראי' ואם כן השתא דמחלה ללוה טוענין ללוה שהם שלה ואפילו האשה קיימת ועמ"ש בס"ק ד':

סעיף ג

מציאה מצאתי. בש"ך הוכיח מזה דשותף שמצא מציאתו לעצמו ומשום הכי הקשה על הרמ"א דפסק בסימן קע"ו דשותף שגנב או גזל או מצא מציא' לאמצע ע"ש: ובתומים כתב דשם מיירי בסתם דאמרינן מסתמא אדעתא דשותפות זכה בי' והמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו אבל אם אומר להדיא בשעה שמגבי' לעצמו ולא לחבירו אני זוכה פשיטא דהוא שלו כיון דלא נתכוין לזכות לחבירו ובכהאי גוונא מיירי כאן מציאה מצאתי ונתכוונתי לזכות בו לבדו ע"ש. ומאי דפשיטא לי' מספקא לי טובא דנראה לפי דעת הראב"ד והרשב"א דשותפיסן יכולין להקנות זה לזה דשבל"ע וכתבו בטעם הדבר משו' דהוי כמו יקדשו ידיך לעושיהן וכיון דגופן בעולם הרי הם מקנים גופם כמו בעבדים והובא בבית יוסף סימן קע"ו עיין שם ואי נימא דהי' דעת השותפיסן בסתמא שיהי' הכל לאמצע הן מציאה או גניבה או גזילה אם כן הרי מקנים ידם וגופם זה לזה לכל מלאכה אשר יעשה ותו אינו יכול לומר לעצמי זכיתי כיון דהיד הוא לשותפיסן בשוה והך דגנב או גזל לאמצע הוא דעת הג"מ והוא ס"ל דאפילו בלא קנין אין השותפיסן יכולין לחזור אפילו בריוח דלהבא אם כן ודאי אין יכולין לחזור ולומר לעצמי מצאתי וזכיתי לא לזולתי ואולי נאמר דהרמ"א ס"ל להכריע במציאה דוקא בסתמא ולא הי' חזרה אבל אם היה. חזרה לא והעיקר כדברי הש"ך דמשמע מכאן דמציאה אינו לאמצע:

סעיף ד

והניח יתומים. כתב בש"ך ז"ל וה"ה נתן מתנה בחייו ומח וכן באשה כן הוא בתשובת מהר"ל ן' חביב ס"ס נ"ח וכן הוא בתשובת מוהר"מ במרדכי פרק חזקת הבתים המתחלת ראובן נשא לאה והוליד ממנה חנוך וכו' דהבאים מכחה טענינין לי' כמו ליורש ופשוט הוא דהא ק"ל בכל דוכתי טוענין ליורש וללוקח ומקבל מתנה ע"ש. ולא אדע למה כתב נחן מתנה ומת דהא אם חי נמי טוענין ללוקח ואפילו אם המוכר טוען כדברי המערער לא משגיחינ' בי' ואינו נאמן לחוב לאחרים אלא לעצמו הוא דנאמן לחוב וכאן דאיהו אינו נאמן מדלא מייתי ראי' אם כן כיון שנחן לאחר נימא דיש לו ראי' והא דאינו מבי' ראייתו אין זה נאמן לחוב לאחרי' ואפשר דכיון דהא דהניח יתומים טוענין ליורש היינו דוקא בשטרו' אבל במטלטלין אין טוענין וכמ"ש בש"ך אחר זה עיין שם וכיון דהמוכר.שט"ח

לחבירו וחזר ומחלו מחול אם כן אה נתן השטר לאחר והוא חי אין טוענין ללוקח דכיון דשעבוד הגוף נשאר אצלו ויכול למחול הרי נאמן להפסידו וכמ"ש בשלחן ערוך סימן ס"ו סעיף ט"ו במוכר שטר חוב לחבירו ואין המוכר רוצה לישבע דמפסיד הלוקח כיון דיכול למחול ועיין שם בש"ך וה"נ כיון דיש לו כח למחול יכול להפסיד זכות המקבל מחנה ואם אינו מביא ראי' הרי הוא כמודה שאינו שלו כמו מוכר שאינו רוצה לישבע. ולפי זה אם היו שטרות כתובים על שמו בקנין קרקעות וכיוצא דבזה לא שייך מגו דאי בעי מחיל אפילו לא מת נמי טוענין ללוקח ומקבל מתנה והא דאינו מביא ראי' לא גרע מאלו הודה המוכר דאינו שלו דאינו נאמן להפסיד זכות המקבל והלוקח ועמ"ש בסק"ב:

סימן סג

סעיף א

אין גובין בו. וכתב הב"ח דוקא כשלא ראוהו בידו קודם לכן אבל אם ראו אותו בידו קודם הזמן שהי' מחזיר על הזיוף אין השטר נפסל למפרע שהרי באותו זמן הי' בחזקת כשרוח כ"כ הב"ח. ואם באו עדים ואמרו ממנו שאל לזייף ולא ידעו באיזו יום ובאיז' זמן אמר להם נראה לפי מ"ש רמ"א בסימן ל"ד סעיף כ"ג דהיכא שבאו להעיד על עד שעבר עבירה ולא ידעו באיזה זמן אם קודם שהעיד או אח"כ דמוקי אחזקת כשרות ואמרינן השתא הוא דאיתרע אם כן הוא הדין הכא מוקמינן אחזקת כשרות ואמרינן השטרות כשרין והשתא הוא דאיתרע ועמ"ש בסק"ד:

סעיף ב

לעולם. כתב בתשובת מוהר"מ סימן קכ"ה אומר ר"ת שכתב בפי' ר"ח בפ' שבועת הדיינים דכל מרענא לשטרא בתלמוד סתמא היינו שבעל השטר ישבע תחלה קודם שיגבה בו כדמשמע לישנא בש"ס א"נ האי שטרא רעי לא מיגבה גבינין ולא מיקרע קרעינין עד כאן לשונו. ומזה כתב בתומים דדעת ר"ח ור"ת דאם נתקיים גובין בו בשבועה עיין שם וליתי' דודאי האי ריעי דבפ' אלו נערות לא גבינין בי' לעולם אפילו ישבע המלוה וכ"כ בתוספות בשבועות גבי איחרא שטרא בשם פי' ר"ח ור"ת דאיתרע לענין שבועה ודוקא הך ריעותא דפ' אלו נערות אין גובין בו עיין שם הרי מבואר להדיא דהך ריעותא דפ' א"נ אין גובין בו לעולם אפילו בשבועה וכן משמע להדיא שם דף ל"ו בהא דתניא והיוצאת משום שם רע דהיינו שיצא שם רע בילדותה אין לה לא קנס ולא פיתוי אמר רב פפא ש"מ האי שטרא ריעי לא מגבינין ומפרש לה דאתו בי תרי ואמרי לדידהו תבעה באיסורא דכוותה הכא דאתו בי תרי ואמרי לדידהו אמר להו לזייף עיין שם וכיון דתנן

אין לה קנס ולא פיתוי ודאי לשון אין לה לעולם משמע ואפילו בשבוע' ודכוותה באמר זייף לי שטרא וגם לישנא דלא מגבינן בי' לעולם משמע אפילו בשבועה וביאור דברי ר"ח ור"ת היינו דכל מרענא לשטרא בתלמוד סתמא היינו לענין שבועה כדמשמע לישנא בפרק א"נ האי שטרא ריעי לא מגבינן בי' ומשמע דריעי לחודי' היכא דלא נקט גבי' לישנא דלא מגבינן בי' משמע דגובין בו ולא איתרע אלא לענין שבועה דאי לישנא דריעי לחוד אין גובין בו למה נקט בפרק א"נ לא מיבינן בי' אבל זה ודאי האי שטרא ריעי דפ' א"נ לא מגבינן בי' והיינו אפילו בשבועה והוא פשוט וברור:

סימן סד

סעיף א

דאלו לגבוחן. יראה לי דאפילו בממרנ"י שלנו דלא בעי כתיבה נמי לא מהני מחיים תפשחי לגבו' בהם דנהי לממרני לא בעי כחיתה אבל מסירה בעי ומסירה לא מהני אלא מיד ליד והיינו שיהי' דעת אחרת מקנה אותו וכ"כ בש"ך בסימן ט"ו סעיף קטן כ"ה דאפילו נשתעבד לכל מי שמוציאו צריך מסירה ולא מהני בהפקר ע"ש. ואם כן ה"נ שהי' פקדון בידו אלא שהוא תופס מעצמו וכיון דליכא דעת אחרת מקנה לא הוי מסירה ולא זכה לגבות בו ועמ"ש בסימן ק"ד סק"ז ובש"ך סק"ג לא משמע הכי ולענ"ד נראה כמ"ש:

סעיף ב

בלא כתיבה. ואיכא למידק לפי מ"ש הרא"ש כלל ע"ה סימן ג' דשטרות משתעבדי באגב ואף על גב דאין נקנין באגב ומשום דשעבוד עדיף מקנין כדאשכחן לענין שעבוד דאקני ואף על גב דלא כתב לי' קני לך איהו וכל שעבודי' עיין שם ומדברי השלחן ערוך בסימן ס' סעיף א' משמע דס"ל כהרא"ש דשטרות משתעבדי באגב ואף על גב דלא כתב לי' קני לך איהו וכל שעבודי' עיין שם וכיון דשטרות לענין שעבוד שוה לדין מטלטלין דמשחעבדי באגב ואם כן מ"ט אינו מועיל לגבותן אפילו בלא כתיבה כיון דהוא תופס השטרות למשכון והוא לשעבועד ואיט ואינו צריך כתיבה וגם הרא"ש כתב בפ' הכותב דאינו מועיל לגבותם ואמאי לא מהני בתורת שעבוד כיון דשעבוד אין צריך כתיבה ולמה לא יהיה משיכתו כמו אגב קרקע דמשיכה עדיף בכל דוכתי מאגב. ונראה דכיון דתופס מעצמו ושטרות אף על גב דלא בעי כתיבה לשעבוד על כל פנים דעת אחרת מקנה בעינן וכאן שתופס מעצמו ליכא דעת אחרת מקנה וכמ"ש בסק"א. ולפי זה אם נתן לו מיד ליד למשכון מהני לגבות בו כיון דשעבוד א"צ כתיבה ולא גרע מאגב קרקע. ואין להקשות מהא דכתב הרא"ש כלל ק"ה סימן ח' אם טענו היורשים על שטר שמוצאין ברשות

אביהם שאביו הלוה עליו מעות למלוה אע"פ שאינו יכול לגבות מהלוה בלי כתיבה מכל מקום לקחו למשכון טענתי' טענה והוא בשלחן ערוך סימן ס"ה סעיף ד' ולפי מ"ש מהני לגבות כיון דשעבוד א"צ כתיבה משו' דהתם בלאו הכי לא מהני לגבות כיון דאין היורשין יודעין אם בא ליד אביהן בתורת פקדון או בתורת משכון ואין הנאמנות אלא במגו שהי' אביהן יכול לטעון נאנסו או להד"מ או לקוח ובכל הני טענות לא הוי מצי גבי מן הלוה ומשום הכי עכשיו נמי אין גובין בו ולא מהני אלא למשכון שלא יחזירו השטר עד שיפרע להם הלוה אבל היכי דאית עדים שנתן לו בתורת משכון אפשר דמהני והא דכתב בשלחן ערוך סעיף י"ב גבי פשרה בלא קנין ואם היה המשכון שטר חוב אינו כלום והוא מדברי הרשב"א וכתב בטעמו משום דשט"ח אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה הרשב"א לשטתו דס"ל דשטרות אינו משתעבד באגב בלא כתיבה וכמ"ש בתשובה סימן תתקי"ד וש"ע דסובר דשטרות משתעבד בלא כתיבה נמי ניחא לפי מ"ש בסימן י"ב סק"ג דאפילו משכון מטלטלין שנתנו ביד הפשרנים אינו מועיל עד שיאמרו זכו בגוף החפץ דאי למשכון לא מהני להתחייב בכך דמנה אם כן משכון אם כן ומשום הכי לא מהני משכון שטר חוב דממה נפשך לא מהני אי למשכון מנה אם כן משכון אם כן ואי לגוף החפץ עד שיקיים כפי הפשר הרי זה צריך כתיבה דהא לקנין ודאי צריך כתיבה. אבל היכא שהיה חייב לו ונתן לו שטרות למשכון נראה דמהני לגבותן ומשום דמשכון הוא שעבוד ועדיף מקנין ואינו צריך כתיבה ולא גרע משיכת המשכון מקנין אגב דמועיל לשעבוד כן נראה אלא שלא מצאתי לי בזה רב וחבר:

סעיף ג

ומיירי שיש עדים. בפ' הכותב (כתובות דף פ"ה) ההיא אתתא דהוי מפקדי גבה מלוגא דשטרי אתו יורשין קא תבע לה מינה אמרה להו מחיים תפיסנא להו אתי לקמי' דר"נ אמר לה אית לך סהדי דתבעה מינך מחיים ולא יהבית ניהלי'. אמר' לי' לא אם כן הוי תפיסה לאחר מיתה ותפיסה דלאחר מיתה לאו כלום הוא וכתב הרי"ף ז"ל ומסתברא לן דהא דאצרכה ר"נ לאתויי סהדי דמחיים תפסה במלוגא דשטרי בלחוד הוא דיינין הכי ולא גמרינן למידי אחריני משום דמלוגא דשטרי לא יכל' לטעון לקוחין הן בידי דאי אמרה לקוחין הן בידי אמרינן לה אחזי שטרך דקיימא לן אין אותיות נקנין במסירה וכו' אבל מידי אחריני דיכול לומר לקוחין הי בידי ומהימן כי אמר מחיים תפיסנא לי' מהימן כו' ומסתברא לן נמי דההוא מלוגא דשטרי בתורת משכון הוא דתפסה לי' אבל לענין מגבה בהו לא מהני תפיסה ולא כלום בין מחיים בין לאחר מיתה דאין אותיות נקנין במסירה ע"כ ודברי הרי"ף צריכין ביאור שכתב בהך תפיסה למשכון אינו לגבותן

אלא בתורת משכון לכפי' והדרא קושיא לדוכתי' דליהמני' במגו דלקוח ואי משום דאין אותיות נקנין במסירה היינו לקנין אבל אין צריך להחזיר השטר דהנייר יכול לעכב ועמ"ש הר"ן בזה והוא קושיות תוספות שש ובראש מוקי לה בעדים וראה אבל לפי שטת הרי"ף דמוקי לה בלא עדים קשה אכתי ליהמנ' שתעכב הנייר במגו דלקוח. ונראה דס"ל להרי"ף כדעת חכמי פורבנציא דבמסר ולא כתב צריך הלוקח להחזיר הנייר ומשום דנייר של לוה הוא וכן משמע מדברי הרשב"א בפרק קמא דגיטין ז"ל אפשר שקנה הנייר וכן נ"ל להביא ראי' מפ' האיש מקדש גבי שמין הנייר וכו' ומיהו מדברי הרי"ף נראה בהיפך בעובדא דמלוגא דשטרי עד כאן לשונו הרי מבואר דטעמא דהרי"ף דלית לי' מגו דלקוח דיצטרך להחזיר הנייר אלא דקשה לפי זה אפילו אית לה עדים דמחיים תפסה מה מהני לה כיון דאינו אלא לכפי' ומאי זו כפי' הא תצטרך להחזיר ללווים את הנייר כשיפרעו למלוה שלהם כיון דנייר של לוה היא ☜ולכן נראה דכי היכא דמהני תפיסה מחיים במטלטלין של לוה ה"נ כי תפס במטלטלין של לוה דלוה נמי מהני כיון דמחמת שעבודא דר"ן משעבדי לי' נמי מטלטלין של לוה השני משעבודא דר"ן דאף על גב דבמטלטלין לא שייך שעבודא דר"ן וכמבואר בפ' כל שעה ועיין שם בתוספות היינו משום דמטלטלין לאו בני שעבוד נינהו ויכול הלוה למוכרן אבל כי תפס להו מחיים נעשו כקרקע בת שעבוד ומשום הכי מהני תפיסת הנייר מחיים אף על גב דשל לוה הוא כיון דמשועבד לי' מדר"ן אבל אם תטעון לקוח הוא בידי אז צריכה להחזיר הנייר דשל לוה הוא כיון דלא תפס מחיים למשכון דהא בתורת לקוח בא לידו וגבי מטלטלין לא שייך שעבודא דר"ן אם לא תפס מחיים ותצטרך להחזיר הנייר ומשום הכי אין לה מגו דלקוח ועדים שתפסה מחיים מהני וכמ"ש ודו"ק. אבל הרא"ש ס"ל דהיכא דליכא עדים וראה אית לה מגו דנאנסו ולהד"מ וממושכנין הוא אצלי מעיקרא ולדעת הרי"ף מגו דנאנסו לא אמרינן וכמ"ש בש"ך עיין שם ומגו דהיה ממושכן אצלי נראה דס"ל להרי"ף דמשכון לאו טענה הוא בכסף משנה אלא במגו דלקוח וכיון דלקוח לא מצי אמרה ממילא לא מהימנא לומר משכון הוא והרא"ש דסובר דיכולה לומר משכון יתבאר בסק"ה:

סעיף ד

הי' נאמן במגו. והוא שיטת הרא"ש דמוקי לה בעדים וראה דאם לא כן אית לה מגו ועיין בתוספות שהקשו דליהמני' במגו דלקוח והנה מגו דנאנסו דחו דאינו רוצה לטעון נאנסו וכמ"ש בסמ"ע ובש"ך עיין שם אבל מגו דלקוח קשיא ועמ"ש בס"ק ג' בשיטת הרי"ף דהוא כדעת חכמי פורבנציא ע"ש. אבל לדעת החולקים וס"ל דבמסר ולא כתב נמי יכול לעכב הנייר עד שיפרענו נראה ליישב דכיון דאין הנייר שוה כדי כל החוב

ואם כן לכאורה אינו מועיל התפיסה אלא בכדי שווי המשכון אלא הא דמהני התפיסה כדי כל החוב משם דמצי אמר לדידי שוה כל חובי ועיין בשלחן ערוך סימן ע"ב סעי' ך' והפוסקים מחלקין בזה דהיכא דידוע החוב מצי אמר לדידי שוה כל חובי אבל היכא דאינו ידוע החוב ואינו בא אלא בטענת מגו במשכון שבידו לא מצי אמר לדידי שוה כל חובי ואינו נוטל אלא בכדי שווי המשכון ועיין ש"ך שם בסימן ע"ב ומשום הכי אינה נאמנת במגו אלא אם כן יש לה עדים שתפסה מחיים דכיון דיש לה עדים מצי אמרה לדידי שוה כל חובי. ועיין במרדכי פ' המקבל במי שתופס משכון שוה שקל וטען סלע והלוה אינו מודה אלא שקל והמלוה אומר לדידי שוה כל חובו כו' חזרתי על כל הצדדין לדעת טעם הדיין שמאמין את המלוה לטעון על המשכון יותר מכדי שויו מחמת טענה לדידי שוה וכו' ולא דמי לקתא דמגלא דהתס תרווייהו מודי דהלוה עליו אלפי זוזי ודוקא גבי פדיון הבן אמרי' בפרק קמא דקידושין לדידי שוה אבל שיהי' נאמן בטענה לטעון יותר מכדי דמיהן מחמת תפיסתו לא אשכחן ואף על גב דלענק תפיסה בעל חוב גובין ממטלטלי דיתמי היכא דתפס מחיים בפ' הכותב ואזלינן בתר חובות היתומים כמה חביב עליהם וגובה כפליים משוי' כדאיתא בפרק הכותב גבי אתתא דאפקידה גבה מלוגא דשטרי ומשמע התם דאי תפסה מחיים הוי תפיסה מעליא ואף על גב דאין גופן ממון ואין שויו אלא לצור ע"פ צלוחיתו כו' לא דמי להכא דהתם איכא סהדי או היתומים עצמן מודים בחוב אביהם אלא שאין מטלטלין שלהם משועבד לה התם ודאי אזלינן בתר חובת הלוה שיכריח המלוה את היורשין ויוצא מהם בתפיסתו אפילו כפלים יותר מדמי תפיסתו אבל במקום שהלוה כופר שיהא נאמן יותר מכדי תפיסתו מפני שיאמר לדידי שוה כל חובו לא מצינו עד כאן לשונו. ואם כן ממילא מיושב קושיות הרי"ף והרא"ש ותוספות דליהמני' במגו דבמגו לא מהני לה התפיסה רק בכדי שווי הנייר לצור ע"פ צלוחיתו ועיין שם במרדכי שכתב וז"ל ותו בההיא תפיסה נמי מצינו לומר דלא הוי תפיסה אלא בכדי דמיהם של שטרות לפי שומת המוכר שטר חוב לחבירו עד כאן לשונו וקשה דהא בתפיסת השטרות אינו מועיל לגבות החוב רק בנייר ואם כן אין השומא אלא בכדי שווי הנייר וצריך עיון: ומיהו קשה כיון דמוכח מעובדא דמלוגא דעל כל פנים היכא דהחוב ידוע מצי אמר לדידי שוה כל חובי ואלו גבי שמיטה דעת הרמב"ם דאם אין המשכון שוה כדי כל חובו אין המשכון קונה אלא כדי חובו וכיון דשמיטה דין א' להם עם דין מטלטלי דיתמי וכדאמרינן בפרק המקבל למה ממשכנין בכדי שלא יעשו מטלטלין אצל בניו ושלא תהא שביעת משמטתו וכיון דלענין מטלטלי דיתמי משמע כאן דקונה המשכון אפילו בחוב יותר על המשכון אם כן בשמיטה נמי

למה אינו קונה המשכון כנגד כל חובו. ונראה דגם בשמיטה אם המלוה רוצה לעכב המשכון עד שיפרענו כל חובו מצי מעכב משום דאומר לדידי שוה כל חובי וכמו דמצי לעכב הכא לענין מטלטלי דיתמי והא דפליגי תנאי בס"פ הזהב במשכון כנגד כולו קונה היינו היכא שהמלוה אינו רוצה במשכון ותובע ללוה את חובו ולמאן דאמר משכון כנגד כולו קונה צריך הלוה לפרוע כל חובו דלא שייך שמיטה בזה החוב שהי' עליו משכון וכנגד כולו הוא קונה ומ"ד משכון אינו קונה כנגד כולו אין הלוה צריך לפרוע אבל אם המלוה' רוצה לעכב המשכון עד שיחזיר לו כל חובו ואומר לדידי שוה אין ה"נ דמצי מעכב: אמנם על הרא"ש קשיא דאיהו ס"ל בפ' מי שהי' נשוי דאפילו בחוב ידוע לא מצי אמר לדודי שוה וכן דעת הטור בסימן ק"ט והכא מוכח מעובדא דמלוגא דשטרא דעל כל פנים אם החוב ידוע בעדים והתפיסה שתפסה מחיים ידוע בעדים מצי אמרה לדידי שוה כל חובו וכמ"ש במרדכי. ונראה דהרא"ש לשיטתו דס"ל להלכה כרשב"ג גבי שמיטה דמשכון כנגד כולו הוא קונה עיין שם ס"פ הזהב וכן פסק הטור בסימן ס"ז ואם כן כי היכא דקונה מדר' יצחק משכון כנגד כולו לענין שמיטה ה"ה לענין מטלטלי דיתמי שהוא דין א' להם וכמ"ש מה שאין כן התם בפרק מי שהי' נשוי ושם מיירי בקרקע משועבדת לא במשכון ואפילו משכון קרקע לא שייך דר' יצחק וכמו שכתבו התוספות פ' איזהו נשך:

סעיף ה

או להד"מ. ומשום הכי צריך עדים וראה. ואף על גב דראו עתה נמי מסלק מגו דנאנסו ולהד"מ נמי לא מצי לטעון כיון דכתוב בו שם המלוה ולקוח נמי לאו טענה היא לדעת השלחן ערוך בסימן ס"ו במסר ולא כתב דלא קנה הנייר לצור וצריך לומר דאם ראו עתה בידו ולא הי' עדים בשעה שהפקידו הוי מצי טעין למשכון הי' אצלו מעיקרא כ"כ בסמ"ע סעיף קטן ו'. אלא שהדבר תימה דהא בכל דוכתי' אמרי' לטענות משכון מגו דאי בעי אמר לקוח או נאנסו וכדאמרי' בהני עיזי דאכלי חושלי מגו דאי בעי אמר לקוח וכן בפ' המקבל גבי סכינא דאשכבתא דנאמן במגו ומשמע דמשכון אינה טענה בפני עצמה אלא ע"י מגו ומ"ש הכא דנאמן למשכון בטענה מחמת עצמו בלי שום מגו: והנה בספר הזכות להרמב"ן שם כתב הראב"ד בענין מלוגא דשטרי ז"ל ועוד יש שטוען עליו ויאמר בלא מגו תהא נאמנת לומר ממושכן הן בידי ומאי אולמי' דלקוחות טפי ממשכנות והלא היינו מקח היינו משכון וכיון דתפיס נאמן בין במקח בין במשכון וכו' וכתב הראב"ד על זה ודקא טעני עלי' מ"ש משכון ממקח ומאי אולמי' דהאי מהאי ובלא מגו תהא נאמנת לומר ממושכנות הן בידי האי נמי לאו טענה הוא כלל דלא דמי משכן למקח דכיון דקא

מודי לי' בגופי' דידי' הוא בחזקתן מוקמינין לי' כדקא מודי לי' וכי אמר משכון הוא בידי צריך לאתויי ראי' ואי איכא מגו מהימנין לי' ואי לא לא דהא אפילו בבקרא דיתמי דתפסי תורא מיני' א"ל לא הואיל ויכול לומר לקוח הוא בידי הא לאו הכי לא מהימן במשכון עד כאן לשונו. והרי מבואר דמשכון לאו טענה היא בלא מגו ודעת השלחן ערוך נראה דיכול לטעון משכון בלא מגו וכדברי הטוען שהביא הראב"ד וכן הוא דעת הרא"ש דיכול לטעון משכון בלא מגו והוא סותר כמה סוגיות בש"ס דאינו נאמן לומר משכון הוא אצלי אלא במגו דלקוח ועמ"ש בסימן ע"ב סעיף קטן כ' בזה דבר נכון היטיב:

סימן סה

סעיף א

הי' יכול לגבות. עיין סמ"ע שכתב דאינו יכול לגבות בו עד שישבע שבועה חמורה. ובש"ך הקשה כיון דאינו דומה לע"א מעידו שהוא פרוע אמאי צריך שבועה וכו' ודמי למ"ש בעל התרומות בשם הרמב"ן היכא דאיכ' ע"א שפרע והוא טוען סטראי וכו' ואף דהכא מכחיש העד שאומר שנתנו לו לא גרע הכחשתו מאלו הי' מודה לו והיה טוען ברי שחייב לו שלא הי' צריך לישבע וכ"ש עתה שמכחישו וטוען גם כן ברי שחייב ועיין שם שהניח בצריך עיון. וקושיא זו איני מכיר דודאי כיון דיכול הוא לישבע צריך הוא לישבע וז"ל רמב"ן גבי סטראי ואינו דומה לנסכא דר"א וכו' אבל האי כי אתי מעיקרא להעיד על שטרו שהוא פרוע קא אתי וע"א מעידו שהוא פרוע לא מחייב ש"ד אלא שבועת תקנה והיכא דלא מצי לאשתבועי שקול בלא שבועה עיין שם ואם כן טעמא דידי' אינו אלא משום שאינו יכול לישבע אבל כאן דיכול לישבע להכחיש ודאי צ"ש וא"ל ליהמן במגו דאי בעי הוי מודה לי' שנתנו לו אלא שחייב לו דהי' נאמן לפי מ"ש הש"ך דנאמן במגו דלהד"מ דאם כן בע"א המעיד פרוע והוא טוען להד"מ דצריך שבועת המשנה יהי' נאמן במגו דהי' מודה שקיבל הפרעון אלא שחייב לו ממקום אחר וע"א מעידו שהוא פרוע אפילו מעיד על פרעון סתם כל שהוא מכחישו ואומר להד"מ צריך שבועה ומגו אינו נאמן דע"א כ"ז שמכחישו ואינו נשבע נגדו הרי הוא כשנים וכי היכא דמגו במקום עדים לא אמרינן ה"נ מגו נגד ע"א לא אמרינן עד שישבע נגדו וכמ"ש בסימן ע"ה סעיף קטן ט' בשם הר"ן פ' כל הנשבעין עיין שם ולפי דעת השלחן ערוך דאם מודה שנתנו לו צריך להחזירו בלאו הכי ליכא מגו:

סעיף ב

ואם הוא מודה. עיין ש"ך שהקשה דהא אית לי' מגו דלהד"מ והטור והרמ"א העלו בסימן נ"ח גבי סטראי דאם מודה לדברי העד נאמן במגו עיין שם ובכנסת הגדולה כתב ז"ל ואינו נאמן במגו שלעולם לא נתנו לו דהוי כמגו במקום עדים. בני שמואל עד כאן לשונו וביאור דבריו כיון דשטר שביד שליש איתרע והרי הוא כנפל איתרע דאפילו נאמנות ותוך זמנו לא מהני לי' משום הכי מגו נמי לא מהני לי' דשקולין הן מגו וחזקה דתוך זמנו והא דלדידן נאמן במגו בטוען פרעתי תוך זמנו אלמא דמגו עדיפא מתוך זמנו היינו משום דהיא אבעי' בש"ס פרק קמא דב"ב ומספיקא לא מפקינן ממונ' אבל הכא דבא להוציא אין המגו מועיל יותר מחזקה תוך זמנו דלא מהני בנפל ואיתרע:

סעיף ג

וכן יורשי הנפקד. והרשב"א בתשובה סימן אלף ל"ה חולק על זה וז"ל והיינו דאמר ר"נ בפ' ז"ב ההיא אתתא דאפקה שטרא ואמרה פרוע הוא דלא מהימנא בדאתחזק שטרא בבי דינא ואמאי דל נאמנות מהכא ה"ל שטר שנמצא ביד שליש ואינו ידוע מה טיבו ורבא נמי דא"ל והא אי בעי קלתי' למה לי' מגו בלאו הכי נמי איתרע שטרא אלא ודאי ש"מ דלא מרעיק שטר שנמצא ביד אחר ואינו ידוע מה טיבו אלא כשהשטר יוצא מת"י שליש ונאמן משניהם עד כאן לשונו. ובש"ך כתב דלאו ראי' היא דודאי גם בלא מגו לא הוי מועיל השטר כיון דא"י מה טיבו אלא דר"נ לא הימני' לענין להחזירו ללוה שיתקרע השטר לגמרי ולכך פריך רבא והא אי בעי קלתי' ותהא נאמן שהוא פרוע להחזירו ללוה ויקרע השטר ע"ש. ועיין שם בש"ס דהימנה ר"נ א"ל רבא לר"נ כמאן כרבי דאמר אותיות נקנין במסיר' א"ל שאני הכא מגו דאי בעי קלתי' וכיון דלדברי הש"ך בלא מגו נמי אינו גובה אלא דהמגו מהני לאקרועי שטרא ואם כן אפילו לרבנן דבעי כתיבה ומסירה קונה הנייר לצור עפ"י צלוחיתו במסירה גרידא לדעת כמה פוסקי' ועיין ש"ך בסימן ס"ו ואם כן אי הוי אמרה לקוח הוי מצי להחזירו ללוה כיון דקנחה הנייר ואפילו למאן דאמר מסר ולא כתב לא קנה הנייר אינו אלא כשהלוה מפנין יד בשטרו ומשום דנייר דידי' הוא דהלוה נותן שכר הסופר אבל אם הלוה אינו מקפיד בכך אלא שהמוכר רוצה את הנייר יכול לוקח לעכב נגד המוכר וכ"כ הרמ"א בסימן ס"ו סעי' א' ועיין שם בש"ך סק"ג. ונראה משום דלא הוי מגו דלקוח לרבנן דבעי כתיבה ומסירה דאי אמרה לקוח נהי דמצי לחזור הנייר ללוה יוכל המלוה לגבות חובו מן הלוה דע"כ לא אמרינן איתרע שטרא אלא כשאינו ידוע מה טיב' אבל אם תאמר לקוח הרי ידוע מה טיבו אצלה ויגבה וק"ל:

סעיף ד

בלא כתיבה. עמ"ש בסימן ס"ד סעיף קטן ב':

סעיף ה

דחיישינן לפירעון ולקנוניא. בפרק קמא דמציעא דף ט"ז אמר ר' אבוהו א"ר יוחנן המוצא שטר חוב בשוק אף על פי שכתב בו הנפק לא יחזיר דחיישינן לפרעון איתבי' ר' ירמיה לר' אבוהו כל מעשה בית דין הרי זה יחזיר א"ל ירמי' ברי לא כל מעשה בית דין שוין אלא כגון שהוחזק כפרן אמר רבא ומשום דהוחזק כפרן חדא זמנא מי לא פרע כלל אלא אמר רבא מתני' בשטרי חלטאתא ואדרכתא וכ' שם תוספות ואף על גב דאמרינן לקמן הוחזק כפרן לאותו ממון הכא דנפל שאני דמוכח מלתא דמשום הכי לא נזהר לשומרו משום שפרען הלוה ע"ש: ויש להקשות הלא בדף י"ז גבי כלתי' דשבתאי לא משמע הכי ושם אמרו כי הא דשבתאי ברי' דר' מרינוס כתב לה לכלתי' אצטלא דמילתא בכתובתה וקבלה עליו ארכס כתובתה א"ל להד"מ אתו סהדי ואמרי אין כתב לה לסוף א"ל פרעתיך אתו לקמי' דר' חייא א"ל הוחזקת כפרן לאותו איצטלא אלמא אף על גב דנפל ואיתרע אפילו הכי היכא דהוחזק כפרן לאותו ממון תו אינו נאמן לומר פרעתי. שוב מצאתי בשעה מקובצת פרק קמא דמציעא הקשה דבר זה ומתרץ דאירכס כתובתה מיירי שיש לה עדים שנשרפה א"נ התם לא אמר להד"מ רק אאיצטלא ולא על גוף הכתובה ואם כן בנפיל' לא הי' ראי' לטענותיו דעדיין הי' לה לשמור הכתובה בשביל מנה ומאתים ויתר הכתובה עד כאן לשונו ועיין שם אך מדברי הטור לא משמע הכי שכתב בסימן מ"א ז"ל אבד שטרו ותבע את הלוה בבית דין ואמר להד"מ ועדים מעידים שלוה וכתבו שטר למלוה הוחזק כפרן ושוב אינו נאמן לומר פרעתי ועיין שם בבית יוסף שכתב ולמדו מכלתי' דשבתאי ופשוט הוא שדין הכתובה ודין שטרות שוין הן עיין שם ומוכח מדברי הטור דס"ל אפילו באבד דנפל וגם אפילו טוען פרוע כל השטר נמי הוחזק כפרן ואם כן קשה מהא דאמרו ומשום דהוחזק כפרן תו לא פרע ונראה דשני חלוקות יש בהוחזק כפרן חלוקה א' בטוען להד"מ ובאו עדים שלוה ואח"כ טוען פרעתי דזה הוי הוחזק כפרן דאפילו מביא עדים שפרעו אינו נאמן דכיון דאמר להד"מ כאומר לא פרעתי דמי ואפילו עדים לא מהני דהא הודאת בעל דין יותר וכמבואר בסימן ע"ט וכיון דאפילו עדי' לא מהני אם כן ריעותא דנפל לא גרע מעדי' ואזליק בתר הודאתו דהוי כמאה עדים ומשום הכי גבי כלתי' דשבתאי כיון דאמר להד"מ וחזר ואמר פרעתי ואפילו עדים שפרע לא מהני מכ"ש בלא עדים דלא גרע ריעותא דנפל מרעותא דעדים. חלוקה השנית במי שאמרו לו צא תן לו ואמר פרעתי ועדים מעידים שלא פרע דהוי

הוחזק כפרן לאותו ממון ועיין בסימן ע"ט דבזה אם מביא עדים שפרע אח"כ מהני בזה כיון דיכול להיות שפרע דהא עדים מהני ומשום הכי בנפל ואיתרע ולא נזהר לשומרו לא מהני הוחזק כפרן והיינו דאמרו ומשום דהוחזק כפרן תו לא פרע ומשמע להש"ם דמיירי מהוחזק כפרן דמהני עדים על הפרעון משום דמפרש להאי דתנן כל מעשה בית דין ה"ז יחזיר דמיירי בהוחזק כפרן ואיך תלי לה להוחזק כפרן במעשה בית דין וע"כ היינו משו' דאינו מוחזק כפרן אלא אם כן כפר בבית דין וכמבואר בסימן ע"ט סעיף ט' עיין שם אבל אומר להד"מ ואתו עדים שלוה ואמר אח"כ שפרע קודם בזה א"צ בית דין ומדקרי לה מעשה בית דין ע"כ מיירי מהוחזק כפרן דמהני עדים ומשום הכי פריך דהוחזק כפרן תו לא פרע וזה נראה לי פשוט וברור. וברמב"ם וטור וש"ע השמיטו האי דינא דהוחזק כפרן לא אמרינן בנפל ואיתרע וכמו דאמרינן ספ"ק דמציעא וצריך עיון:

סעיף ו

נקב יש בו. והיינו בין שהלוה נותן הסימן ובין המלוה נותן הסימן אין להחזיר דהא הלוה יודע מסימנין שיש בשטר דהי' בידו קודם שמסרו למלוה והמלוה נמי יודע שהי' תחת ידו עד שפרע. ואם כן נראה דהיינו דוקא כשטוען הלוה פרעתי אבל אם טוען כתבתי ללות ולא לויתי בזה מהני סימן דמלוה דאם לא מסרו לו מנא ידע הסימן שבשטר ואפשר דהלוה נאמן במגו דפרעתי אלא דבש"ך סימן רצ"ח העל' דלא מהני מגו נגד סימן וצריך עיון:

סעיף ז

אות פ'. אבל סימן מובהק שאינו בגוף השטר ודאי מהני כדתנן כרוכין וקשורין ובש"ך כתב דהיינו דוקא מבני תרי אבל לגבות ממשעבדי לא מהני כיון דאפילו שניהם מודים לא מהני וחיישינן לקנוניא ה"נ חיישינן דהלוה ידע הסימן והגיד לו ע"ש. אבל כבר הרגיש בזה בשטה מקובצת גבי אגודה של שטרות ומתרץ דאם כן יתן הוא בעצמו הסימן וימסרנו לו בצנעא לקנוניא לכן י"ל דדוקא לעיל דלא ידעינן של מי היא בלא הודאה אין לנו לעשות על פי הודאה כלל דחיישינן לקנוניא אבל הכא דלא. אזלינן בתר הודאה כלל כי אם בתר סימנא ניחא עד כאן לשונו.

סעיף ח

וכתוב בו הנפק. והקשו בזה הראשונים הנפק זה מה טיבו. ולענ"ד נראה לפי מ"ש הרמב"ם בפ"ו מגירושין דאם ביטל הגט ואמר הרי הוא חרס דאינו חוזר ומגרש כיון שכבר ביטל הגט אינו חוזר ומגרש ועיין ר"פ השולח שם דלא הוי הכתיבה מעשה כיון דעדיין לא הי' נתינה ואתי דיבור ומבטל דיבור ואם כן ה"נ מה"ט צריך הנפק דאם אין בו

הנפק חיישינן כיון דנפל איתרע ואמרינן מדהשליכו לאשפה כבר ביטלו ותו לא מהני להחחייב עוד בזה השטר וכיוצא בזה כתב הב"ח דאפילו למאן דאמר עבז"ל אפילו הכי במצאו באשפה כיון דהושלך לאשפה נתבטל השטר: אמנם דברי הבית חדש דחויין מסוגיא דמצא שטר חוב ושם מבואר דאפילו הושלך לאשפה שייך עבז"ל עיין בש"ך סעיף קטן ל"ז אלא דהיינו דוקא למאן דאמר עבז"ל אם כן כי מטא לידי' לבסוף נעשה כאלו מטא לידי' למפרע וכיון דמטא לידי' אין אחר מסירה כלום אבל למאן דאמר דלא אמרינן עבז"ל אם כן לא הוי אלא כתיבה לחוד וקודם נתינה יכול לבטל השטר ותו אינו מהני כלום כמו גבי גט אף על גב דיש לחלק מגט משום דגט בעי לשמור מכל מקום נראה בשטרות נמי יכול לבטל השטר קודם נתינה. ואח"כ מצאתי בריטב"א פרק קמא דמניעא כתב כן ע"ש. ולפי מ"ש תוספות בפרק קמא דמציעא דלא אמרינן עבז"ל אלא מסוף היום שניכר מתוך השטר אבל כתב לזה בו ביום ומסרו לאחר בו ביום זכה השני אף על גב דנתנו אח"כ לראשון עיין שם אם כן ניחא דצריך הנפק אפילו למאן דאמר עבז"ל דבו ביום לא שייך עבז"ל וחיישינן שמא נתבטל השטר ותו לא מהני כלל והא דפריך בש"ס בסוגי' דמצא שטר חוב לשמואל מאי איכא למימר ולא חיישינן שמא נפל בו ביום ותו לא שייך עבז"ל משום דהוא מלתא דלא שכיחי לבו ביום וכמה שכתבו תוספות שם דף ך' דלא חיישינן שתמכר לאחר ביום כתיבתו ה"נ לא חיישינן שיבטל השטר ביום כתיבתו אבל בזה דנמצא בו ביום ואם כן בודאי נפל בו ביום תו לא מהני עבז"ל. ואת"ז בספרו פלפלא תריפתא כ' דבעינן הנפק משום שמא כתב ללות ולא לוה ובש"ך השיג מש"ס דמוכח בדף י"ז דדוקא משום לא לוה עד תשרי דאיכא רווחא דטריפת לקוחות חיישינן אבל זמנו בו ביום ליכא רווחא לא חיישינן עיין שם ולא קשה מידי דודאי בכתוב בו הנפק דודאי לוה אלא דחיישינן לפרעון אם כן אם זמנו בו ביום ליכא רווחא אבל אם אין כתוב בו הנפק ודהחשש שמא כתב ללות ולא לוה איכא רווחא אחריני משום פשיטי דספרא וכן כתבו תוספות להדיא פרק קמא דמציעא דף י"ג ד"ה ונא לוה עד תשרי דהיכא דלא לוה איכא למיחש משום פשיטי דספרא דהיכא דכבר לוה תו לא חיישינן לפשיטי דספרא והוא פשוט: ובתומים הביא דברי הריטב"א הנז' והקשה מהא דפריך לשמואל בדף י"ג מהא דפריך לאביי דאמר עבז"ל גבי שטר שחרור עיין שם ולא אמרינן דכבר נתבטל השטר וכבר כתבנו דלמאן דאמר עבז"ל אם כן כי מטא לידי' עבז"ל למפרע ותו לא מהני ביטול אחר מסירת השטר לידו אבל למאן דאמר לא אמרינן עבז"ל דליכא מסירה לא הוי עדיין מעשה ויכול לבטל וכמו שכתבו התוספות ר"פ השולח גבי גט ע"ש:

סעיף ט

סימן בכלי. וקשה לי מאי מהני הסימן דהא חיישינן כיון דנפל איתרע והיינו כיון דלא נזהר לשומרו מסתמא פרוע הוא ואם כן נהי דנפל מן המלוה אכתי נימא פרוע הוא מדלא נזהר לשומרו וכמו כן קשה בדברי השלחן ערוך בסעיף י' והנה לשון רש"י בפרק קמא דמציעא דף ז'גבי אחר שמצא שטר שנפל ליד דיין ד"ה לא יוציאו מידו וכתב רש"י ז"ל לא לוה ולא מלוה עד שיבא אליהו או עדים שראו מיד מי נפל עד כאן לשונו ומשמע דאם ידוע שנפל מיד המלוה מחזירין. למלוה ואם כן לפי זה צ"ל הא דאמרי' בש"ס כיון דנפל איתרע היינו דאף על גב דהי' ראוי לומר שנפל מיד המלוה כיון דהשטר אינו קרוע אלא כיון דנפל איתרע ואמרינן שמא מיד הלוה נפל אבל ידוע בבירור שנפל מיד המלו' מחזירין למלוה. ולשון רש"י דף י"ב ד"ה הני ריעי ז"ל הואיל ונפל איתרע די"ל אם הי' כשר הי' נזהר בו וכן שם ברש"י דף י"ג ד"ה מוקי מתניתין וחיישינן דלמא איקרי וכתב ולכן הופקר להשליכו ע"כ מזה משמע דעיקר הריעותא מדלא נזהר לשומרו ש"מ חספא הוא ואם כן אפילו ידוע שנפל מיד המלוה ראוי לחוש לפרעון ומסתימ' הפוסקים משמע דלעולם חיישינן לפרעון בנפל איתרע אלא אם כן מצאו המלוה בעצמו קודם שבא ליד אחר והוא מתשובת הרשב"א הנזכר בשלחן ערוך סעיף ב' אבל אם לא מצאו המלוה ודאי חיישינן לפרעון אפילו ראינו שנפל. מידו ממש וכן משמע מג"ת שהקשה בשער כ"ב גבי נאבד בעדים דקיימא לן דכותבין שובר איך יצאנו מחשש שמא פרעו והובא קושי' זו בש"ך סימן מ"א ותירץ הש"ך דנאבד בעדים וידוע לעדים שנאבד באונס כגון שכבשוהו כרכום ומשמע דאי לאו אונס אף על גב דידוע לעדים שנפל מיד המלוה הוי חיישינן לפרעון כן משמעות הפוסקים וכן משמע סימן מ"א סעי' ב' בשלחן ערוך עיין שם ואם כן מאי מהני סימן ואולי י"ל כאן לא שייך כיון דנפל ולא נזהר לשמרו ש"מ פרוע הוא דהא חזינן שנפל ממנו גם הכלי ע"כ אונס הי' באבדה וסברא כזו כתב בחידושי הרב הגאון מהור"ר בצלאל אשכנזי והעתקנו אותו לעיל סעיף קטן ה' גבי אירכסה כתובתה דשבתאי ברי' דר' מרינוס ע"ש. אך מה נענה בסעיף מ' גבי מצא שטרות כרוכים עיין שם ומצאתי באשר"י סוף פרק א' דמציעא שכתב וז"ל תכריך של שטרות או אגודה של שטרות ה"ז יחזיר למי שנותן בו סימן מחברר אי מהמלוה נפל אי מהלוה נפל עד כאן לשונו ואפשר דלא אמרינן כיון דנפל אתרע ומדלא נזהר לשומרו פרוע הוא אלא היכא דאין בו סימן למלוה אבל היכא שיש בו סימן למלוה המלו' סומך על הסימן ולכן לא איתרע בנפילה דמשו' הסימן שיש לו בו לא נזהר בו כ"כ ועדיין צריך עיון:

סעיף י

וא"צ שיאמ' האיך היו כרוכים. והא דבעינן כרוכים עם המנין כתבו באשר"י וז"ל ותכריך ואגודה היינו כדי שיוכל לטעון סימן במנין דאי לא"ה שמא לא נפל אהדדי ומתייאש כי לא יוכל ליתן סימן במנין עד כאן לשונו. וקשה ממתני' דמצא שטר חוב דתני' אם יש בהם אחריו' נכסים לא יחזיר אין בהם אחריו' נכסים יחזיר ממה נפשך אם איירי שהמלוה מגיד הסימן שיש לו בשטר אם כן אפילו יש בהם אחריות נכסים יחזיר דהא סימן מהני אפילו לגבות ממשעבדי וכמ"ש בסק"ז ואם אין בו סימן אפילו אין בהם אחריות נכסים לא יחזיר כיון דכבר נתייאש ועוד דהא בחוב לא מהני יאוש וכמו שהעלה הגאון ח"צ בסימן קס"ג ואם כן כי אינו כרוכין נמי ואי משום דנתייאש הא בחוב לא מהני יאוש ואי משום הנייר דהוי של מוצאו וכדמשמע מתוספות פ' הספינה דף ע"ו עיין שם שכתבו והא דאיצטריך בפ' הזהב למעוטי שטרות מאונאה כיון דליתי' במכירה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעליו עיין שם ועיין בדברי ח"צ בסימן קס"א בהגהת הטורי זהב מאי נפקא מיני' בנייר כיון דגוף החוב של המלוה הוא וממילא מחויב המוצא להראות הראי' לפני בית דין כמו מי שיש לו זכות אצל אחר. וראיתי גם בתומים עמד בכל זה ונראה לפי מ"ש תוספות בפ' גיד הנשה (חולין דף צ"ז) בהא דאמרו שם טביעת עינא עדיף מסימנא דאלו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא קטל נפשא לא קטלינן לי' ואלו אתו בי תרי ואמרי אית לן ט"ע בגוי' קטלינן לי' והקשו תוספות שם ז"ל וא"ת והיאך מחזירין שטר בסימנין והא אי אתו סהדי ואמרו פלניא דהאי סימנא והאי סימנא לוה מפלוני לא מפקי' וי"ל דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שאומר שלי הוא מהדרינן שפיר אבל ממון שביד הבעלי' אין להוציי' ע"י סימנין עיין שם ולפי זה ניחא דהיכא דליכא יאוש מהדרינן השטר בסימנין ליד המלוה כיון דאין שום אדם מוחזק בשטר וכיון שבא ליד המלוה השטר בדין וכמבואר בשלחן ערוך בסימן י"ו עיין שם אבל אם נתייאש ואם כן אין לו בנייר כלום דהוי של מוצאו ותו אין לו בדין להראו' הראי' שבו לפני בית דין דלא מהני מידי כיון דאין לו השטר לא מהני סימן לאפוקי ממונא וכיון דאין לו בנייר הדין הוא שלא לחזור ואפילו אם ירצה לקנות מן המוציאו אסור למוצא להחזיר ואם החזיר הוי שלא כדין ואינו גובה בו משום הכי במתניתין דאין בהם אחריות נכסים יחזיר כיון דהחוב שלו דלא מהני יאוש בחוב ממילא מחויב גם כן להראות לראי' שבו וק"ל ולפי מ"ש בס"ק ט' דהא דלא איתרע בנפילה ואפילו המלוה אומר סימן כיון דלא נזהר לשומרו אלא כיון דע"י הסימן מחברר מיד מי נפל משום הכי לא נזהר כ"כ וסומך על

הסימן ואם כן כי אינן כרוכין אף על גב דאומר סימן מנין כיון דאין המלוה סומך ע"ז דשמא לא נפל אהדדי ואם כן מדלא נזהר לשומרו ש"מ פרוע הוא:

סעיף יא

הכריכה לחוד. עיין בראשונים גם אחרונים שהאריכו בזה דתנא במשנה שני סימנין מנין וכריכה. ולולי דבריהם נראה דבפ"ב דמציעא איבעי' להו סימנין דאוריי' או דרבנן אמר רבא את"ל סימנין לאו דאוריי' היכי מהדרינן אבידתא בסימנין אלא ניחא לי' לבעל אבידה למיהב סימן ולמשקלא וכו' אלא הא דתניא תכריך של שטרות או אגודה של שטרות ה"ז יחזיר ה"נ ניחא לי' ללוה לאהדורי לי' למלוה ופי' רש"י דהא טפי ניחא לי' דתיהוי ביד המוצא לעולם אלא אמר רבא סימנין דאורייתא ולכאור' תיקשי להפוסקים דס"ל סימנין דרבנן ואנן משוינן לי' לספיקא גבי גט אשה וכמבואר בפוסקים. ונראה לפי מה שמבואר מתוך שו"ת הראשונים גם אחרונים דצירוף שני סימנין הוי כמו סימן מובהק וזה ודאי דאורייתא וראייתם מהא דאמרינן בפ' אותו ואת בנו (חולין דף ע"ט א)"ל ר' אבא לשמעי' אי מעיילת לי כודנייתא ברי ספק עיין להו דדמיין להדדי ועייל לי אלמא קסבר אין חוששין לזרע האב וסימנין דאורייתא וכן פסק הרמב"ם בפ"ו מהל' כלאים ואף על גב דאנן קיימא לן סימנין לאו דאורייתא ועל כל פנים מידי ספיקא לא נפקא ולזה העלו דשני סימנין דאוריית' והתם בחולין היו שני סימנין וזה דקאמר ש"מ סימנין דאורייתא לשון רבים היינו שני סימנין דאורייתא. ואם כן אפשר לומר דה"נ קאמר רבא בפ' אלו מציאות בהא דפריך ממתני' תכריך של שטרות לזה קאמר אלא אמר רבא סימנין דאורייתא היינו ב' סימנין והתם בתכריך שני סימנין סימן מנין וסימן כרוכין ומשום הכי ניחא דבעינן בשטרות שני סימנין דליהוי דאורייתא דבאבידה שייך לומר בעל אבידה ניחא לי' אבל בשטרות טפי ניחא שיהי' ביד המוצא משום הכי בעינן שני סימנין דאז הוי דאורייתא וק"ל:

סעיף יב

שטר הקנאה. עמ"ש בזה בסימן מ"ו סק"ד:

סעיף יג

אע"פ. עיין ש"ך בס"ק ס"ו לפרש דברי הטור דעכשיו אינו מקויים אלא כיון דאפשר לקיים נאמן כיון דהימני' ה"ל שליש והוא ע"פ שיעתו בסימן נ"ו סק"א וכמ"ש הנימוקי יוסף ועיין שם וכבר כתבנו בסימן נ"ו סק"ד דדברי השלחן ערוך הם עיקר דנהי דהימני' לא עדיף מנאמנות שנותן לוה למלוה והיכא דאית לי' מגו נאמן נגד נאמנות להכחיש ואם כן הוא הדין אם עכשיו אינו יכול לקיים נאמן להכחיש השליש במגו דמזוייף

ואפשר ליישב דברי הנימוקי יוסף דלא האמין למלוה במגו דמזוייף משום דהוי מגו להוציא ואף על גב דגבי סטראי אמרינן מגו בשטר וכתבו תוספות דבשטר שפיר מהני מגו להוציא מחידושי הרמב"ן אינו נראה כן אלא שכתב בפרק חזקת הבתים בטעמא דסטראי משום דאין דנין על השטר כי אם על הממון שהודה שקיבל וכי אמר סטראי בא להחזיק הממון שאצלו ועיין שם ואם כן הכא ודאי הוי מגו להוציא כיון דאנו באין לדון על השטר ואם כן לפ"ז דוקא בשובר כתב כן הנימוקי יוסף אבל אם השליש הוציא שטר והלוה מודה שכתבו אלא שטוען שאר טענות אף על גב דהימני' לשליש כיון דהי' יכול לקיימו הרי נאמן הלוה להכחיש הנאמנות שלו במגו דמזוייף ובש"ך סימן נ"ו בחדא מדה כיילי' שובר ושטר ולפי מ"ש דברי הנימוקי יוסף אינו אלא בשובר אבל לא בשטר. ואא"ז בספרו על הרא"ש כתב דס"ל להטור דאפילו לא נתקיים נאמן השליש מטעם דקיום שטרות דרבנן ומדאורייתא לא בעי קיום ובשליש אוקמוהו אדאוריית' ועיין שם שכתב שכן מוכח פששא דברייתא ודברי הרא"ש והשיג על הסמ"ע עיין שם וקשה לי הא דאמרינן רפ"ק דגיטין בשליח אומר בפני נכתב ובפני נחתם משום שאין עדים מצויין לקיימו ופריך ליבעי תרי ומשני דבר תורה עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן ומדרבנן אצרכוהו קיום ומשום עגונא הקילו דמעיקרא מידק דייק כיון דנתנו בפני שנים עיין שם עוד דפריך בפני נכתב למה לי ומשני כי היכא דלא ליתי לאחלופי בשאר שטרות ע"ש. והא התם בשליח שאומר בפ"נ ובפ"נ דין שליש יש לו וכמו שכתבו התוספות פ' התקבל (גיטין דף ס"ד) ד"ה בעל נאמן דטעמא דנאמן השליח משום דהימני' וכיון דיש לו דין שליש בשאר שטרות נמי נאמן:

סימן סו

סעיף א

אותיות. כבר נודע מחלוקת הראשוני' במכירת שטרות דאורייתא או דרבנן ועיין בתוספות פרק הספינה דף ע"ו ד"ה קני לך וז"ל והאי דאיטריך בפ' הזהב למעט שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעלים ביוקר וכ"כ הסמ"ג בהל' מקח וממכר דף נ"ח ע"ד ז"ל הא דאיצטריך למעוטי שטרות מאונאה היינו במוצא שטרות לאחר יאוש שזכה בהן המוצאן וחזר ומכרו לבעלים הראשונים דהמכירה הוא דאורייתא ☜וצריך להבין במה זכה המוצא אם בגוף החוב הכתוב בשטר אם כן הא טפי זכה בהן הלוה עצמו ואי נימא דלא מהני יאוש בחובו כמו שהעלה ח"צ בסימן קס"ג אם כן גם המוצא איך זוכה בו הא החוב של המלוה ואי נימא לענין גוף הנייר וכמו שפי' הגאון

ח"צ שם דברי תוספות אבל דברי הסמ"ג לא משמע כפירושו דהא מדכתב ומכרו לבעליו דהמכירה הוא דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שמו עיין שם ואי נימא דבגוף החוב לא שייך יאוש ואין המוצא זוכה אלא בנייר ודאי כשחזר ומכרו לבעליו הוי דאורייתא כיון דהוא שלו רק שחסר לו הראי' והראי' אינו במכירה דממילא שלו הוא ולמה צריך לומר כיון שהשטר נכתב על שמו ועוד קשה דהא הנייר של הלוה הוא לפי דעת כמה פוסקים וכמבואר בסעי' כ"ג ואם כן מה מהני יאוש דמלוה לנייר של לוה. ולכן נראה דהמוצא זוכה בגוף החוב כיון דהבעלים נתייאשו והלוה לא מצי זכה בחוב משום דבאיסורא אתי לידי' וכבר נתחייב בהשבה אבל המוציא בהיתרא אתי לידי' שפיר זוכה בגוף החוב מדין יאוש וחוזר ומוכרו לבעליו הראשונים דהוי מכירה דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שמו. ואין להקשות היכי זוכה בו המוצא בגוף החוב כיון דמכירות שטרות לאו דאורייתא לפי שהשטר נכתב על שם הבעלים אם כן איך זוכה המוצא בגוף החוב אם אינו נכתב על שמו. משום דיאוש עדיף ממכירה דטעמא דמכירת שטרות דרבנן היינו משום דהוי דבר שאינו ברשותו אבל יאוש שפיר מהני אפילו בדבר שאינו ברשותו דהא מהני יאוש בגניבה וגזילה דהוא דבר שאינו ברשותו ומשום דיאוש אינו מתורת הפקר וכמו שכתבו התוספות בפרק מרובה עיין שם ומשום הכי נמי זוכה המוצא בחוב ואף על גב דליכא כתיב' ושטר בעי כתיבה ומסירה והיינו נמי דוקא במכירה אבל יאוש עדיף טפי וכמו שכתב הרא"ש בתשובה בכלל ע"ה סימן ג' לענין שעבוד שטרות דלא בעי כתיבה ומשום דשעבוד עדיף מקנין דחל אפילו בדשבל"ע ואם כן הוא הדין יאוש דעדיף מקנין דחל בדבר שאינו ברשותו ואף על גב דכתבו תוספות והסמ"ג דאינו מועיל קנין משיכה בשטר אלא היכא דאיכא דעת אחרת מקנה אותו ולאפוקי שטר נכסי הגר ולאפוקי הפקר היינו דוקא בהפקר ומשום דההפקר לא מהני בדבר שאינו ברשותו וכמ"ש בסימן שנ"ד ודלא כתשובת ב"ח דס"ל דמפקיר מהני בדבר שאינו ברשותו ומשום נדר דליתי' וכמו שהוכחנו מש"ס פ' מרובה עיין שם אבל יאוש דחל על דבר שאינו ברשותו מהני אפילו ליכא דעת אחרת מקנה ואפילו בלא כתיבה ויאוש עדיף מקנין והפקר ומנכסי הגר ומשום הכי מהני אפילו בדבר שאינו ברשותו וא"צ לא כתיבה ודעת אחרת מקנה והוי יאוש מן התורה אף על גב דמכירת שטרות דרבנן ומשום הכי זוכה המוצא בגוף החוב וחוזר ומוכרו לבעליו הראשונים דהוי דאורייתא לפי שנכתב על שמו כל זה נראה לי בדברי תוספות והסמ"ג. אלא דלפ"ז. קשיא מתני' דמצא שטר חוב יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר אין בהם אחריות נכסים יחזיר ממה נפשך אם המלוה אמר סימן בשטר גובה אפילו יש בו משעבדי וכמ"ש בסימן ס"ה סעיף קטן ז' ואם לא אמר

סימנין אפילו אין בהם אחריות נכסים אמאי יחזיר ליהוי של מוצאו וצריך עיון ועמ"ש בסימן ס"ה סק"י ועיין פ' יש בכור דדרשינן וליבי' דרבי בריבוי ומיעוט דאתמעט שטרות והיינו שטר חוב דאחרי' דאין פודין כמ"ש בשלחן ערוך י"ד סימן ש"ה ואי נימא מכירת שטרות לאו דאורייתא היאך מצי זכי הכהן בשטר חוב דאחרים. ואפשר ליישב לפי מה שכתבתי בסימן ס"ד סעיף קטן ב' דשטרות משתעבד למשכון לגבות החוב והיינו משום דשיעבוד עדיף מקנין ולהכי לא בעי כתיבה ולהכי נמי לשיעבוד די"ל דהוא מדאורייתא כיון דשיעבוד חייל אפילו על דבר שאינו ברשותו וכיון דפידין נמי במשכון אתי קרא למעוטי שלא לפדות בשטרות למשכון ודו"ק:

סעיף ב

בכתיבה ומסירה. ז"ל הש"ך כתב הריטב"א אהא דאמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וז"ל וכן הדין בהקדש לעניים בזמן הזה וכו' ובשטרות הוי ככתיבה ומסירה ובקרקעות הוי כחזקה וכו' ע"ש. ונפלאתי דהא מבואר להלכה ברמ"א בי"ד סימן רנ"ח סעי' ז' וז"ל המקדיש שטר חוב צריך כתיבה ומסירה כמו בהדיוט והוא מתשובת הרשב"א ומשמע מדברי הש"ך דסובר כן ואם כן ע"כ דברי הריטב"א המה חולקין בזו על דברי הרשב"א והוא מחלוקת הקדום אם שייך אמירה לגבוה בהקדש עניים ועיין בית יוסף בסימן רנ"ט והדברים עתיקין ואם כן איך סתם הש"ך להלכה בהיפוך: ☜אמנם גם בכתיבה ומסירה נראה מדברי התוספות בפ' הספינה דלא מהני וז"ל שם בדף ע"ו ד"ה קני לך וא"ת אמאי לא קני גם הקרקעות הכתוב בו מדאורייתא דהא קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה וי"ל דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפ' כל שעה כיון שהקרקעות אינן ברשותו כך אינו יכול להקנותן והא דלא תיקנו רבנן שיוכל להקדישן כמו שיוכל להקנות לפי שאין הקדש כל כך צורך. ומבואר מתוך דבריהם דכיון דמכירת שטרות דרבנן ואינו אלא משום תקנה ולכן בהקדש שאינו כ"כ צורך לא תיקנו ואם כן אפילו כתיבה ומסירה נמי לא מהני ודברי הרשב"א הנ"ל דיקנה להקדיש בכתיבה ומסירה אפשר דסובר מכירת שטרות דאורייתא אולם דברי התוספות לא יכולתי להולמן דמי הזקיקם לכך לחלק בין הקדש למכירה דהא לא מוכח בש"ס בפ' כל שעה אלא שאין יכול להקדיש גוף הנכסים של הלוה אבל אם מקדיש גוף החוב דילמא אה"נ דקדיש בכתיבה ומסירה או אפילו בלא כתיבה ומסירה לפי סברת הריטב"א אלא דשם לא מיירי אלא מהקדש נכסיו דבענין זה גם במכירה לא מהני עד שימכור גוף השט"ח ותדע דהא התם אמרינן אם זבין מלוה ואקדיש מלוה הרי דאיירי נמי במכירה ועל כרחך צריך לומר משום דלא מיירי ממכירות השטר וכן לא מיירי נמי מהקדש השטר אלא מזבין מלוה

ואקדיש מלוה את קרקע הלוה לחוד ועיין שם בפי' רש"י בפ' כל שעה ואם כן דלמא הקדיש ומכר שוין הן דבכתיבה ומסירה נמי מהני כמו במכר וצריך עיון: מיהו בהקדש עניים נראה אפילו לפי סברת התוספות בפ' הספינה נמי מהני בכתיבה ומסירה כיון דהדיוטות אינן לא גרע עניים מעשירים לענין תקנות חכמינו זכרונם לברכה וכדמוכח בפ' שור שנגח דו"ה דמהני מעמד שלשתם בנודר לעניים דהוא נמי מתקנת חכמינו זכרונם לברכה ומכ"ש כתיבה ומסירה שוב ראיתי בתומים שהרגיש נמי בסתירת דברי הש"ך למ"ש בי"ד סימן רנ"ח דבעי כתיבה ומסירה: והנה ראיתי שם בתומים שכתב בדברי הרשב"א בתשובה סימן תקס"ג דהביא ראיה דלא אמרי' בצדקה אמירה לגבוה מהא דאיצטריך בפ' שור שנגח למימר יד עניים אנן וה"ל מעמד שלשתם ולכך לא מצי למיהדר ש"מ דלא אמרינן בצדקה אמירה לגבוה והקשה דהא כבר ישבו הרי"ף דהתם לא הי' ברשותו ואפילו הקדישה אינו קדוש ועיין שם שכתב לפי מ"ש במרדכי ב"ק פ' שור שנגח דאין בהקדש לעניים אסמכתא משום דהוי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ור"ל כאלו מסר באופן המועיל דלא יחול בו אסמכתא וכו' ואם כן מזה נלמד בהקדיש הלוואתו שביד פ' דקנה הקדש דהא יש בו קנין מעמד שלשתם והוי כאלו מסרו במעמד שלשתם וכמו דאמריק בש"מ ולפי זה יפה הקשה דמה בכך דלא הי' ברשותו מכל מקום הא מצי להקדישו במעמד שלשתם כדאמר ר"י באמת יד עניים אנן אם כן אף דאינו יד עניים וליכא מעמד שלשתם מכל מקום כיון שיש באפשרי ה"ל להקנות בצדקה וקושיא גדולה וטענה חזקה הוא ולכך הכריח דלא אמרינן בצדקה אמירה לגבוה ועיין שם ואינו רואה כאן טענה ולא קושיא דמה שהוליד בתומים דאם אמר הלואתי להקדש דקונה הקדש כיון דמהני מסירה במעמד שלשתם אמת דכל הקנינים המועילי' בהדיוט סגי להקדש באמירה בעלמא ומשום הכי כתב בר"ן דאפילו אומר הקדש לאחר שלשים מהני משום דה"ל ככסף עיין בר"ן שם בנדרים דף כ"ט אבל היינו דוקא קנין המועיל מחמת עצמו של הנודר אבל מעמד שלשתם אינו מחמת הנודר אלא מחמת הלוה דהוי כזוכה למקבל ומשום הכי כתבו בנכרי דלא מהני מעמד שלשתם כיון דאין לו זכי' וכמ"ש בשלחן ערוך סימן קכ"ו ואם כן כיון דלא עשו כזוכה את הלוה אלא בפני המקבל אבל שלא בפני המקבל לא שייך זכי' אם כן לא שייך בזה אמירה לגבוה במקום מעמד שלשתם והא דמהני הלואתי לפ' בשכ"מ פריך לה בש"ס פ' מי שמת ומשני הואיל ואיתי' בברי' במעמד שלשתם ואינו אלא מתקנת חכמינו זכרונם לברכה בשכ"מ אלא דלא תקנו שלא תטרוף דעתו כי אם במלתא דאיתי' בבריא ומשום הכי בפירו' דקל לא מהני לזה משני הואיל ואיתי' בבריא במעמד שלשתם משום הכי תיקנו בשכ"מ שלא תטרוף דעתו אבל

אין הטעם בשכ"מ משום דדבריו הוי כמעמד שלשתם דמה ענין דבריו לזה כיון דמעמד שלשתם לאו מחמת הנודר הוא אלא מתורת זכי' שזוכה הלוה למקבל ואם כן באומר הלואתי להקדש ודאי לא קנה וזה פשוט וברור:

סעיף ג

מי שפרע. עיין ש"ך שחולק והעלה כיון דהוי דברים ומעות צריך לקבל מי שפרע אבל דברי הרמ"א נראין מש"ם פרק הזהב בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל במעות קונות ופריך תנן אבל אמרו מי שפרע אא"ב מעות קונות משום הכי קאי באבל אא"א מעות אינו קינ' כו' ומשני משום דברים כו' עיין שם דברי' ומעות קאי באבל דברים וליכא מעות לא קאי באבל ומשמע דלפי מאי דקיימא לן כר' יוחנן דאמר מעות קונות טעמא דקאי באבל משום דדבר תורה מעות קונות ואם כן ממילא נשמע היכא דאין מעות קונה דבר תורה אינו קאי באבל והכא בשט"ח דאינו נקנה בכסף אפילו מן התורה כי אם בכתיבה ומסירה לא קאי באבל ועיין בסימן ר"ד ושם הובא אצלינו המחלוקת שבשטה מקובצת פרק הזהב אם לר"י קאי באבל משום דבר תורה מעות קונות והיכא דלא שייך מעות קונות לא קאי באבל או לר"י נמי למסקנא הטעם משום דברים ומעות והנימוקי יוסף כתב בפ' הזהב וטעמא דדברים ומעות קאי באבל משו' דדבר תורה מעות קונות דקיימא לן כר"י אבל מלוה שאינו קונה אין בה משום מי שפרע ואם כן ממילא מבואר דה"ה בשטרות דמעות אינו קונה דבר תורה גם אין בה משום מי שפרע וכן נראה מדברי הגהות אשרי פ' א"נ אהא דאמרו בירושלמי תני יש דברים שהם כמו ריבית ומותרין כיצד לוקח אדם שטרו של חבירו ומלוה של חבירו בפחות ואין בו משום ריבית וז"ל שאין כאן הלואה אלא מכר גמור שהרי שמעון נסתלק לגמרי מן החוב ויזכה בו לוי בחוב במעמד שלשתם דוקא ואם יש לשמעון שטר על ראובן ימסרנו ללוי ויכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודא ואם הלוה הוא נכרי והוא מלוה על פה ואמר שמעון ללוי הקונה אני מוחל לנכרי וכו' וכן פסק בשלחן ערוך י"ד סימן קס"ט סעיף י"ח ועיין שם בבית יוסף ואי נימא דמסר ולא כתב נמי קאי במי שפרע אם כן למה צריך כתיב' דהא כיון דאית בי' משום מי שפרע תו לית בי' משום ריבית וכמה שכתבו תוספות פ' א"נ דף ס"ה ד"ה אע"פ שאין לזה יש לזה ואף על גב דלא משך החיטין אין זה ריבית כיון שאם היה בא לחזור הוי קאי במי שפרע ולכך חשיבי כנתייקרו ברשות לוקח עיין שם ואם כן מדהצריכו חכמינו זכרונם לברכה לענין ריבית כתיבה ומסירה ע"כ היכא דליכא כתיבה ומסירה ליכא מי שפרע וכמ"ש ובש"ך בי"ד סימן קע"ג כתב דבשט"ח בעינן כתיבה ומסירה עיין שם וכיון דסובר דשייך בי' מי שפרע למה צריך כתיבה ומסירה: ☜אמנם נראה דאם

מסר ולא כתב לית בי' משום מי שפרע ואפילו נתן כסף כיון דלא שייך בי' דבר תורה מעות קונות לא קאי באבל וכמ"ש ואין לומר דבשטרות נמי דבר תורה כסף קונה והא דהצריכו כתיבה ומסירה היינו בתר תקנת חכמים דמשיכה קונה משום שמא יאמר נשרפו חטיך בעלי' דאם כן למה הצריכו כתיבה תיסגי בכסף ומסירה דהא מבואר בש"ס דהיכא דהוא ברשות לוקח לא שייך שמא יאמר נשרפו חטיך וכן מבואר בשלחן ערוך סימן קצ"ח אע"כ דכתיבה דבר תורה בעי למאן דאמר קנין שטרות דאורייתא. אבל אם נתן מעות וכתב לו קני לך איהו וכל שעבודי' ולא מסר בזה נראה דכיון דדבר תור' כסף קונ' הוי לי' מעות במקום משיכה במטלטלין ומה"ת סגי בכסף וכתיבה ואם כן כי נתן מעות וכתב אע"פ דמחוסר מסירה כיון דהוי קנין מן התורה קאי באבל. אך מדברי הגהת אשר"י דהצריך לאיסור ריבית תרוייהו כתיבה ומסירה משמע דאפילו כסף וכתיבה לא סגי לאפקועי ריבית ואם כן ע"כ ליכא מי שפרע וכמ"ש וצ"ל דס"ל להגהו' אשר"י דכסף בשטרות אינו אפילו במקום מסירה וכמ"ש הש"ך סק"י בחליפין דאינו מהני במקום מסירה וצריך עיון. והא דמשמע מדבר השלחן ערוך בסימן ר"ט בדבר שאינו ברשותו דצריך לקבל מי שפרע ואף על גב דלא שייך בי' דבר תורה מעות קונות היינו משום דס"ל להבית יוסף בכסף משנה דדבר שאינו ברשותו ומצוי בשוק לקנותו לא הוי דבר שאינו ברשותו ונקנה שפיר מן התורה אלא שמחוסר משיכה ומן התורה קינה בכסף וכן קונה אג"ק ומשום הכי בדשבל"ע דודאי אינו נקנה מן התורה כלל לא קאי באבל ועמ"ש בסימן ר"ט באורך. ולכן נרא' לדינא דכסף וכתיבה ומחוסר מסירה תליא במחלוקת שנחלקו בחליפין דאי נימא דלא הוי חליפין במקום מסירה אפשר נמי דלא מהני מעות דבר תורה במקום מסירה ואף על גב דחליפין קנין גרוע הוא אפשר דמעות נמי לא הוי במקום מסירה ויוחר נראה דמהני במקום מסירה כמו אג"ק אבל מעות ומסירה ומחוסר כתיבה ודאי ליכא מי שפרע וכמ"ש דכסף בלא כתיבה ע"כ אפילו מן התורה לא מהני ולא קאי באבל ואם יאמר המוכר דאינו רוצה למיקם בספק מי שפרע כיון דלדעת הש"ך קאי במי שפרע יותר נכשל ברברבי והוא איסור ריבית אם השט"ח שוה יותר וכמ"ש הגהת אשרי דבעינן כתיבה ומסירה וכן הש"ך בי"ד סימן קע"ג סעיף ד' ואם כן טפי עדיף החזרה:

סעיף ד

לחזור בו. עיין סמ"ע שכתב הואיל ואין המקח קיים אינו על המעות רק ש"ש ונאמן לומר פרעתי במגו דנאנסו אף על גב דיש לו שטר בשם מוהרי"ו ע"ש. ודבריו מבוארים מדברי תוספות פ' המפקיד (בבא מציעא דף מ"ג) ד"ה מאי ארי' הוציא דלר' יוחנן דסובר מעות קונות דבר תורה לא הפקיעו חכמים כח שיש למוכר במעות שיוכל להשתמש כיון

דקונות דבר תורה והוי שואל ולריש לקיש ודאי כיון דמעות אינו קונה אסור להשתמש במעות ולא הוי שואל עיין שם ואם כן הוא הדין הכא לפי מ"ש בסק"ג דבשטרות לא מהני כסף דבר תורה ואם כן אסור להשתמש במעות והוי כמו מטלטלין לריש לקיש דלא הוי שואל והיכא דאית כסף וכתיבה דכתבנו שם דמהני דבר תורה הכסף במקום מסירה אם כן הוי שואל אבל מחוסר כתיבה ודאי אינו קונה דבר ואם כן לא הוי שואל והש"ך כתב על דברי הסמ"ע ז"ל אבל לפענ"ד זה שגגה כדמוכח להדיא פ' א"נ דף ע"ב בעובדא דפרדיסא ובכל הפוסקים לקמן ס"ס עיין ובנ"י פרק קמא דמציעא גבי הכיר בה שאינו שלו וכן לקמן סימן שע"ג דהמעות הוי הלואה וכ"כ רי"ו נתיב ו' ת"ו כל מקום שהמכר אינו מכר הוי מלוה עיין שם ומביאו בית יוסף לקמן סימן קי"א עד כאן לשונו. אבל לענ"ד דברי הסמ"ע מוכרתים מדברי תוספות שזכרנו עיין שם בתוספות שהכריחו דבר זה מש"ם פ' הזהב ואפילו לר' יוחנן היכא דקונה דבר תורה כסף דהוי שואל אבל לוה לא הוי ובש"ך הגדיש המדה וכתב דה"ל לוה ועל כל פנים במכירת שטרות דאינו קונה בכסף דבר תורה לא הוי אלא ש"ש וכמ"ש. והא דה"ל לוה גבי מכר דבר שאינו שלו כגון עובדא דפרדיס' ושאר מקומות שהזכי' בש"ך היינו דעיקר החילוק הוא כך דהיכא דקנין נתפס בו אלא שהוא מחוסר הקנין השייך לו כגון מטלטלין משיכה ושטרות כתיבה ומסירה בזה אין המוכר רשאי להשתמש במעות דכשם שהלוקח לא זכה במקחו ואין המוכר מקנהו עד שיעש' הקנין השייך לו כן הלוקח אינו מזכהו במעותיו עד שיעשה קנינו בדבר הנמכר ואז הלוקח יזכה במקתו והמוכר בכספו אלא דלר"י היכא דהוא קונה דבר תורה בכסף כגון במטלטלין הוי כשואל וכמו שכתבו התוספות אבל בשטרות דאפילו דבר תורה אינו קונה אין המוכר זוכה בכספו אבל היכא דכבר עשה הקנין השייך אלא שהדבר הנזכר ליתי' במכירה משום שאינו שלו וכיוצא הלוקח תיכף משזכה במקחו בקרן המועיל הרי הוא זוכה במעות תיכף למוכר אלא שהמוכר אינה את הלוקח במה שמכר דבר שאינו שלו וכל היכא דהוי מקח טעות הוי מעות הלואה וכמו שכתב הרמ"א סימן רל"ב עיין שם וכן בהכיר בה שאינו שלו פשיטא הלוקח מזכה למוכר במעותיו אבל היכא דהדבר איתי' במכירה ואינו מקח טעות אלא שמחוסר הקרן השייך בו הדבר תלוי ועומד עד שיוגמר הקנין השייך לו ומשום הכי בשטרות דאיתנהו במכירה אלא שמחוסר הקנין השייך דהיינו כתיבה ומסירה אין הלוקח מקנה למוכר את המעות עד שיזכה בשטרות בקנין השייך וכמו במטלטלין לר"ל ☜ובתומים כתב לחלק מעובדא דפרדיסא בדברים שאין מתיישבין על הלב והדברים ברורים כמ"ש:

סעיף ה

ויש מי שאומר. עיין ש"ך שכתב חפשתי ולא מצאתי מי שאומר כן מיהו מסתבר כן כיון דאין אותיות נקנין אלא בכתיבה אותו שטר דמי לקרקע שנקנית בשטר דבעינן שיגיע השטר לידו ע"ש: ואיכא למידק בהא דכתב בשלחן ערוך סימן רל"ה סעיף א' גבי קטן ואם ירש מאביו שטר חוב דינו כמטלטלין ויכול למוכרו או ליתנו לאחר עיין שם ואיך יכול למוכרו דהא בשטרות בעי כתיבה ולא מהני שטר מקטן וכמ"ש בשלחן ערוך שם סעיף ה' ואין קונין מיד הקטן כלום שהקנין כשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של גדול ואי"נ דכתיבה דשטרות אינו דומה לשטר קנין בקרקע ניחא דכיון דא"צ שיבא הכתיבה ליד המקבל אם כן עיקרו המסירה ואינו דומה לשטר קרקע ומשום הכי מהני הכתיבה מקטן אבל לפי מה דמשמע הכא דכתיבה צריך שיבא ליד המקבל ואם כן הוא דומה ממש לשאר שטר ואם כן האיך הקטן יכול למכור שטרות וצריך עיון:

סעיף ו

שטר העשוי. עמ"ש בסקי"ט:

סעיף ז

של כתב ידו. נסתפקתי בשטר שאין בו עדים ואינו כתוב בכת"י אלא שמסרו בעדי מסירה אם נמכר אותו השטר ה בכתיבה ומסירה כיון דלא שייך בי' וכל שעבודי' דאית בי' כיון דאין השעבוד בשער אלא עיקר השעבוד בעדים שמבתוץ לשטר. מיהו נראה דגם כה"ג הוי שטר עיקר. שעבוד דהא לדעת תוספות והרא"ש ל"מ ע"ח כלל והא דשטר מהני היינו משום דמסתמא נמסר בעדי מסירה כ"כ הרא"ש ואם כן הא דאמרי' בגט לא תגרש אלא לאחר שלשים או בקידשה בשטר לאחר שלשים מאי מהני השטר לאחר שלשים כיון דאז ליכא עדי מסירה אע"כ אפילו לר"א כל שמסרו בפני עדי מסירה אלומי אלמי' לשטרא שיהי' שטר מועיל אף על גב דבשעת גמר הקדושין והגירושין ליכא עידי מסירה רק השטר קיים מהני ואם כן הוא הדין לענין כתיבה ומסירה מהני האי שטרא דנמסר בע"מ דלהוי שטר גמור דאף על גב דליכא אח"כ מסירה בעדים מהני השטר לחודי': ושוב מצאתי בתוספות רי"ד פרק האיש מקדש (קידושין דף מ"ה) גבי שמין את הנייר דמוקי לה לר"א דס"ל עדי מסירה כרתי דהקנה לה בכתיבה ומסירה ומבואר דאפילו למאן דאמר ע"מ כרתי מהני כתיבה ומסירה ועיין שם בתוספות רי"ד:

סעיף ח

צריך הגבהה. והוא שיטת תוספות והרא"ש אבל הרמב"ן בפ' הספינה כתב וז"ל ראיתי מי שפי' דלאו מסירה בלתוד אלא מסירה שיש בו משיכה כו' ואינו כלום שאין המסירה

והמשיכה השנויין במשנתינו משונים זה מזה אבל לפיכך אותיות נקנין במסירה מפני שהמשיכה והמסירה והגבהה שוין בהן שאין גופן מכור וקנוי וראי' שבהן אינה נמשכת ומוגבהת במשיכתן ולפיכך לא הצריכו בהן הגבהה ומשיכה ותקנת חכמים הוא שיקנה משע' שהוציא הלוה ראיותיו מתתת ידו וגמר והקנה לו ע"ש. וראוי לספק בשיט' זו דשטרות נקנה במסירה לחוד אם נקנין בסימטא כיון דקיי"ל דמסירה אינו קונ' אלא ברשות הרבים ובחצר שאינו של שניהם כמבואר בפ' הספינ' ובשלחן ערוך סימן קצ"ת. ולפי מ"ש תוספות בפ' הספינ' ובפרק קמא דקידושין בטעמא דמסיר' אינו קונה אלא ברשות הרבים משום דסימטא כיון דשייך בי' קנין משיכ' והוא עדיף להכי לא קני במסיר' שם ואם כן כאן גבי שטרות דלא שייך משיכה כלל וכמו שכתב הרמב"ן דהראי' שבהן אינה נמשכת ואין בו אלא מסירה שאותז בשטר ואם כן סימטא ורה"ר שוין בהם ונקנה במסירה אפילו בסימטא. אבל לפי מ"ש רבינו חיים כהן בפרק קמא דקידושין דף כ"ה בטעמא דמסירה אינו קינה בסימטא משום דסימט' כל הקודם בו הוא רשותו והוי רשות מוכר ושם לא מהני מסיר' עיין שם ואם כן בשטרות נמי לא מהני מסירה משים דהוי רשות מוכר. ובזה ניחא טפי דבפ' הספי' אביי ורבא דאמרו תרווייהו מסיר' קונה ברשות הרבים ובחצר שאינו של שניהם ומשמע דכל קניני מסיר' אינו אלא ברשות הרבים ולא בסימט' ולא אמרו לשיעורין אבל לפמ"ש רבינו חיים כהן בטעמ' דסימט' ניח' דכל קניני מסיר' אפילו בשטרות דכשהביא המוכר את שטרו לסימטא נעשה כחצירו ומסיר' לא מהני ברשות מוכר. והיינו דקא קשיא לתוספות פ' הספינ' כיון דתני אותיות נקנין במסיר' ומטלטלין במשיכ' ע"כ מיירי בסימטא והיכי קונה שם מסירה ע"כ מסירה דשטרו' בעי משיכ' יע"ש דליכא למימר כמו שכתב הרמב"ן דמשיכ' לא שייכא בשטרות דאכתי תיקשי היכא מהני בסימטא כיון דהוי רשות מוכר. ובש"ך כתב ליישב קושית תוספות כיון דגבי שטרות ליכא משיכה להכי מהני מסירה בסימטא עיין שם ולפי מ"ש אפילו בשטרות נמי אין נקנין במסירה בסימטא. מיהו הרמב"ן בחידושיו נראה דעתו נוטה דמטלטלין נמי נקנה במסיר' אפילו בסימטא עיין שם ואם כן לדידי' לא קשה קושיות תוספות אבל לדידן דקיימא לן דמשיכה אינו קונה בסימטא אם כן ראיית תוספות מוכרחת דשטרות בעי משיכה. ועוד בעיקר הדין נראה כדעת תוספות והוא דנהי דלענין השיעבוד אין לחלק בין משיכה למסירה כיון שאין הראי' נמשכת וכמו שכתב הרמב"ן מכל מקום כיון דגוף הנייר ודאי בעי משיכה דהא גוף הנייר שפיר נמשכת ומוגבהת וכיון דלא קנה הנייר ממילא לא קנה השעבוד דהא כך כותב לו קני לך איהו וכל שעבודי' ואם איהו לא קני השיעבוד נמי אינו קונה וזה נראה בכוונת תוספות

שם פ' הספינ' וז"ל דאי אפשר לומר כן דלא מצינו מסירה אלא בספינה ובע"ת אבל שאר מטלטלין לא תיקני במסירה וכו' אם כן אפילו לקנות הנייר עפ"י צלותיתו לא קנה במסירה כ"ש שיקנה גם השעבוד עד כאן לשונו והיינו דנהי דלענין השעבוד מצינו לחלק כמו שכתב הרמב"ן כיון דמסירה ומשיכה שוק אבל לקנות הנייר עפ"י צלוחיתו ודאי בעי משיכה ואם הנייר לא קנה ממילא לא קני השעבוד דהוא עיקר ומה"ט כתבו הרמב"ן והריטב"א דאם קדמה כתיבתו למסירה לא קני דהמסירה עיקר והוא גורר השעבוד ולא באתי להכריע אלא לפרש דברי רבותינו בעלי תוספות וסרו בזה דברי הש"ך מ"ש על שיטת תו'.

סעיף ט

לפיכך הזוכה. הקשו בזה תיפוק לי' דליכא כתיבה ובתשובת מוהר"מ לובלין סימן כ"ב תירץ דלא הצריכו כתיבה אלא מצד המוכר במקום ששייך לומר שנשאר לו שום זכות לבעל השטר עדיין בשטר אבל המפקיר שטרו שנתרוקן כל זכותו של בעה"ש מהשט"ח לגמרי הוי אמינא שהזוכה בו קונה השעבוד שבו עד כאן לשונו. ובש"ך כתב ולא נהירא ועוד דהא אפילו באומר לו קני לך איהו וכל שעבודי' לא מהני עד שיכתוב ומי גרע אמר מהפקיר עיין שם והנה מ"ש הש"ן ומי גרע אמר מהפקר תמה אני ודאי גרע דהפקר שמפקיר לעניים ולעשירים תיכף יצא מרשותו ואומר אינו כלום ויכול לחזור כ"ז שלא זכה בו המקבל והפקר אינו יכול לחזור וזה פשוט. ומשום הכי ניחא דאומר קני לך איהו וכל שעבודי' לא מהני כלום בלא כתיבה והוא כמו שטר על השעבוד אבל הפקיר שדה תיכף יצא מרשותו וא"י לחזור וה"ה נ"נ גבי הפקיר כל שעבודי' דאית בי' יצא מרשותו דהפקר קונה וא"י לחזור. אלא דאכתי תיקשי דבהפקר נמי נהי דא"י לחזור בו אבל הזוכה אינו זוכה עד שיחזיק בשדה ומטלטלין במשיכה ואם כן במה זכה הזוכה בשעבודי' דאית בי' בשלמא בכתיבה כשבא לידו אותו הכתיבה זוכה בו אבל בהפקר נהי דזכה הזוכה בנייר איך זוכה בשעבודיה לזה כתב מוהר"ם לובלין דלא בעי כתיבה אלא מנד המוכר וכיון דגבי הפקר מצד המיכר סגי דיצא מרשותו ע"י הפקר תו לא בעי כתיבה מצד המקבל מה שאין כן במוכר דזה לא הוי דין הפקר דאינו ליחיד ומשום הכי בעי כתיב' אלא דאכתי לא איתברר דברי מוהר"ם במ"ש דלא בעי כתיבה אלא מצד המוכר. ולכן יותר נראה דס"ל לתוספות דאף על גב דבעי כתיבה אבל לא בעינן שיבא אותו הכתיבה ליד המקבל וכמ"ש בסק"ה דמשמע מש"ע סימן רל"ה דא"צ שיבא הכתיבה לידו וגם בשלחן ערוך כאן לא כתבו אלא בשם יש מי שאומר ומשמע דלאו כ"ע הוא וכיון דלא צריך שיבא ליד המקבל וא"צ רק שיכתוב המוכר ודיו והכא בהפקיר איהו

וכל שעבודי' הרי הוא ככותב דהפקר בדיבור הוי ככתיבה והמחזיק שבא לידו השטר אפילו לא בא לידו הכתיבה סגי ודו"ק ואפילו נימא דצריך שיבא לידו הכתיבה היינו משום דכל שלא בא הכתיבה לידו לא יצא השעבוד מרשות הנותן כיון דלא זכה המקבל אבל בהפקר דודאי יצא מרשותו ע"י הפקר וכמ"ש ומהני בדיבור א"צ כלל כתיב' אלא מכי זכה בנייר זוכה בשעבוד שבתוכו אי לאו משום דליכא דעת אחרת ודו"ק:

סעיף י

בשטר הפקר. כתב הש"ך ז"ל ולפי מה שהעליתי לעיל סעיף קטן כ"ב דשטרות נקנין במסירה ומשיכה והגבהה אם כן הוא הדין בהפקר וגר שמת זכה בהן זה שמשכן אבל אם לא משכן רק אחז בהם לא קנה אותן דמסיר' לא מהני אלא מדעת מוכר ובמצותו עד כאן לשונו וכבר כתבנו דעתינו הקלושה כדברי התוספות והרא"ש וש"ע אמנם גם לדברי הרמב"ן ודאי בעי דעת אחרת אפילו במשיכה דהא טעמא דהרמב"ן דמהני מסירה בשטרות ולא מהני בשאר מטלטלין הוא משום דלא שייכא משיכה בשטרות דאין השעביד שבתוכו נמשך ומוגב' ולהכי תיקנו מסירה וכבר העתקנו דברי הרמב"ן לעיל ואם כן כיון דאין משיכה והגבהה שייך ומסירה גופה אינו אלא משום מסירה וכ"כ הרמב"ן שם פ' הספינה ז"ל. דאותיות לאו ברשויות תליאן דהא תיפוק לי' דברים שדרכן להגביה הן ואפילו הכי במסירה שאין משיכה והגבהה משמשת בהן הלכך מסר בכל מקום קנה עד כאן לשונו. וכיון דאין משיכ' והגבה' משמשת בהם ועיקרו הוא מסיר' ואם כן ודאי בעינן דעת אחרת גם במשיכ' והגבה' וזה ברור: ובן משמע בהא דאמרינן פרק שור שנגח דף מ"ט בעי רב ייבא סבא מר"נ המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעת' דארעא הוא מחזיק ובארעא הא לא אחזיק ושטרא נמי לא קנה א"ד דעתי' נמי אשטרא והתם ע"כ בשמשך דאי אחז בו ודאי לא קנה השטר כיון דליכא דעת אחרת ואם כן מוכח דאפילו משך לא קנה ארעא ואם כן הוא הדין דלא קנה החוב שבתוך השטר:

סעיף יא

שחבירו הפקיר שטרו. עיין ש"ך שהקשה הא הלוה זוכה בו מכי הפקיר כדאי' פ' הפרה. ובש"ך מוקי בשטר נכרי עיין שם וגם בשטר זה זוכה בו הלוה דמ"ש. והנלענ"ד בזה והוא דכבר כתבנו בסק"י הא דמהני גבי הפקר בלי כתיבה היינו משום דהפקר מהני כמו כתיבה ומכי אמר הריני מפקיר איהו וכל שעבודי' דאית בי' הרי יצאה מרשותו וכל הקוד' זכה בו אמנם כיון דהוי שעבוד נכסים דבר שאינו ברשותו ומשום הכי לא סגי להקנות בכתיבה לחוד בלי מסירה דאף על גב דכותב לו קני לך וכל שעבודי' דאית בי'

כיון דמכאן ולהבא הוא גובה לא מהני עד שיכתוב וימסור ועיקר הקנייי הוא הנייר וכיון שזכה בנייר גורר כל שעבודי' דאית בי' ומה"ט כתבו הפוסקים דצריך שיבא מתחלה לידו הנייר ואם הכתיבה קודם למסירה לא מהני וה"נ כי אמר הריני מפקיר איהו וכל שעבודי' דאית בי' הרי מהני הפקירו לשעבוד שבתוכו אגב הנייר וכיון דהנייר יצא מרשותו ע"י הפקר גורר גם השעבוד שיהי' הפקר אבל תוך שלשה ימים להפקר כל זמן שלא בא ליד זוכה לא הוי הפקר וכדאי' ס"פ ארבע' נדרים ובשלחן ערוך סימן ער"ג ואפילו לא חזר ועיין שם בסמ"ע וכיון דבא אחד תוך שלשה וזוכה בנייר זוכה נמי בשעבוד שבתוכו והלוה לא מצי זכי בשעבוד נכסיו כיון דלא בא לידו הנייר אינו זוכה בשעבוד אבל אחר שלשה דאז הנייר נמי הפקר וגורר שעבוד שבתוכו ונעשה השעבוד הפקר וזוכה בו הלוה כיון דנעשה השעבוד הפקר ע"י הנייר וזוכה בו הלוה עצמו אבל תוך שלשה לא נעשה הפקר אלא עד שיזכה בו ואם כן הלוה לא מצי זכי בשעבוד כיון דלא זכה בנייר ולא נעשה הנייר הפקר עדיין וממילא גם בשעבוד לא זכה ומי שזוכה בנייר זוכה גם כן בשעבוד נכסים שבתוכו דהנייר גורר גם השעבוד ואם כן שפיר משכתת לה שיזכה בו אחר ולא הלוה אבל בפ' הפרה שם מיירי בגר שמת ונעשה ממילא הפקר זוכה ממילא בשעבוד נכסים אבל הפקר מדעת תוך שלש' כל הקוד' זכה וכ"ז שלא זכה בו אדם לא הוי הפקר ומשום הכי זכה בו הזוכה בנייר ולא הלוה ודו"ק ועדיין צריך עיון:

סעיף יב

כיון שאין דעת אחרת. והסמ"ג דף קנ"ד כתב לאפוקי שטר דנכסי הגר שאם משכו לא קנה. ונראה דהא דלא כתב כדברי תוספות לאפוקי הפקיר שטרו משום דאפשר דס"ל כדעת רש"י פרק קמא דמציעא דף י"ב ודעת רב יהודאי גאון דהפקר מדעת ה"ל דעת אחרת מקנה וכ"כ נימוקי יוסף פרק קמא דמציע' בסברת רש"י ורב יהודאי גאון מהא שמעינן דהפקר תשיב דעת אחרת מקנה אותו ועיין שם משום הכי כתב הסמ"ג לאפוקי גר שמת אבל תוספות לשיטתו דס"ל בפרק קמא דמציעא שם דהפקר לא תשיב דעת אחרת מקנה משום הכי כתבו בהפקיר: לפי זה אם הזוכה אינו רוצה להחזיר השט"ח לבעליו לא מפקינן מיני' כיון דלדעת רש"י ורב יהודאי גאון לא הוי הפקר כנכסי גר והוי דעת אחרת מקנה. מיהו לדברי הסמ"ג דמפרש לה בנכסי הגר הדרא הקושיא לדוכתי' דיזכה המלוה ולא שייך בזה התי' שכתבו בס"ק י"א ואפשר דהסמ"ג מפרש לה לשטר קנין דנקנה נמי בכתיבה ומסירה וכיון דלא הוי דעת אחרת הזוכה בשטר לא זכה בשדה: והנה לפי מ"ש תוספות פ' הספינ' דבהקדש לא תיקנו כיון דאין בו צורך כל כך כמו במכירה והעתקנו דבריהם בסק"ב אם כן ודאי הפקר לא עדיף מהקדש ואם כן למה צריך

לאפוקי הפקר משום דליכא דעת אחרת תיפוק לי' דאין כח הפקר עדיף מכת הקדש. ואולי כתבו תוספות לאפוקי הפקר בשטת ר"ת דמכירת שטרות דאורייתא:

סעיף יג

מקנה. ובממרנ"י שלנו נהי דכתיבה לא בעי מסירה בעי וכיון דלא הוי דעת אחרת מקנה הזוכה בממרנ"י דהפקר לא מהני:

סעיף יד

אינו נקנה באגב. בפ' הספינה דף ע"ז שם מבואר דשטר דאותו קרקע נקנה באגב ועיין שם אם קדם מוכר וכתב את השטר כאותה ששרנו כותבין שטר למוכר אף על פי שאין לוקח עמו כיון שהחזיק זה בקרקע נקנה השטר בכל מקום שהוא וזו היא ששנינו נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות ונ"ל לענין משעבדי כגון שהחזיק בקרקע שלא בעדים כיון דנקנה לו השטר באגב גובה ממשעבדי כיון דהוי כמטא לידי'. ואיכא למידק תינת אם בא בעל חוב וטרפ' דהוי זביני' זביני בגוף הקרקע דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה אבל אם נמצאת שאינו שלו דאין המכר כלל בקרקע מאי אגב איכא. ואפשר כיון דניתן לכתוב אם חזר ולקתה מבעלים הראשוני' כדאמרינן בפ' איזהו נשך וכדאמרינן בפרק קמא דמציעא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ה"ל קנוי קצת לענין חזר ולקחה דניחא לי' דליקו בהימנות' ואפילו קרקע בשכירות ומטלטלין במתנה נמי מהני:

סעיף טו

באגב. וכתב הרא"ש בתשובה דמכל מקום משתעבד באגב וז"ל הרא"ש בתשובה כלל ע"ה דמצינו במקום אחר חילוק בין שעבוד למכר דיות' בקל אד' משעב' נכסיו ממה שמוכרם דקיימא לן דאקני משתעבד ומועיל וא"י למכור נכסים שעתיד לקנות ומבואר שם דאפילו בלא כתיבה משתעבד עיין שם ובש"ך הביא דעת הרשב"א החולק ודעת הטור וש"פ דמשתעבד באגב ובלא כתיבה ועמ"ש בסימן ס"ד סק"ב:

סעיף טז

נקטינין כסברא הראשונה. עיין ש"ך שהעלה דקנין אגב מועיל במקום מסירה אבל כתיבה צריך. ועמ"ש בסק"ג בקנין כסף מן התורה אם הוא במקום מסירה דאף על גב דחליפין אינו מהני במקום מסירה היינו משום שהוא קנין גרוע כמו דאמרו מה"ט מטבע אינו נקנה בחליפין וכמו שאמרו בפ' הספינה דף ע"ז מה"ט לחלק בין אגב לחליפין וכסף שהוא קנין חשוב מן התורה לא גרע מאגב דעומד במקום מסירה אבל כתיבה מן התורה בעי כמו באגב:

סעיף יז

שטר שעדיין לא נכתב. בתוספות פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"א) ד"ה תנו מנה לפ' ומת יתנו לאחר מיתה ז"ל אומר ר"י דלמאן דמוקי בגמ' הך משנה בשכ"מ והוי סיפא דומיא דרישא והשתא מיירי כולה מתני' בענין אחד ומחלק בין צוואת שכ"מ בשטר לצוואת ממין ואף על פי שלא דמי לגמרי לפי שהשטר שרוצה ליתן לאחד אינו בעולם והמנה בעולם מכל מקום כיון דבשעת מיתה שניהם בעולם דמי אהדדי קצת. וביאור דבריהם דברישא תני תנו מנה לפ' ומת יתנו לאחר מיתה ובסיפא קתני גבי שטר שחרור וגט תנו לאחר מיתה לא אמר כלום וקא משמע לן דאף על גב דברישא במנה נותנין משום דברי שכ"מ ככחובין וכמסורין וקא משמע לן בסיפא בצוואת שטר לא אמרינן כמסורין וקצת קשה מאי קא משמע לן בצוואת שטר דאין נותנין לאחר מיתה הא בצוואת ממון נמי כה"ג דלא בא לעולם כמו השטר שחרור נמי לא אמרינן דברי שכ"מ וכדאי' בפ' יש נוחלין מלתא דאיתי' בברי' איתי' בשכ"מ ועמ"ש בסימן רנ"ג סעי' ב':

סעיף יח

אינו נאמן. והטעם כתב הרמב"ן בספר הזכות וז"ל והטעם לפי שמטלטלין כיון דנקנין במסירה והגבהה ותפיסתו עצמו שהוא תופס הוא קונה לו נאמן הוא לומר לקותין הן בידי ולא מפקינין ממונא מתותי' ידי' דמוחזק אבל בשטר שאין תפיסתו קנין ואינו מוחזק כלל אלא בנייר שלו אם טען בענין כך וכך נמסר לי עליו הראי' שאין שעבוד השטר יוצא מחזקתו של מלוה הכתוב בשמו אלא למאן דאמר אותיות נקנין במסירה קסבר רבא כיון דתפיסתו קנין דהא בכל מסירה הוא קונה עשאוהו כשאר מטלטלין שנאמן ואביי סבר כיון שאין גופו ממון ואין חזקתו אלא בנייר אינו נאמן הא למאן דאמר אין אותיות נקנין במסירה אם טען אגב או המתא' לד"ה אינו נאמן ומעתה נמצינו למידין שאפילו מת מלו' אינו נאמן לומר במתנת שכ"מ נתן לי כשם שאינו נאמן לומר המתני במע"ש וכשם שאינו נאמן לומר אג"ק נתנם לי דמאי שנא עד כאן לשונו וכ"כ הר"ן בפ' הכותב. והב"י באבן העזר סימן פ"ו כתב ז"ל ובתשובה להרמב"ן סימן ל' ולענין שטר חוב שטענו אפטרופם אם טענה שהבעל נתנם לה הדין עם אפטרופם שהשטר אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה עיין שם שכתב הבית יוסף ומיהו אם אומרת נתנם לי במתנת שכ"מ משמע דנאמנת לדברי הרמב"ם והרא"ש שאינו צריך לומר קני לך איהו וכל שעבודי' וכמו שנתבאר בח"מ עד כאן לשונו והנה מדברי הרמב"ן מפורש שאינו נאמן לומר במתנ' שכ"מ אלא דעת הראב"ד שם בהשגו' על הרי"ף ס"ל דיכול לומר במתנת שכ"מ כיון דאינו צריך לשום דבר דאג"ק הי' צריך להביא ראי' על הקרקע ע"ש. אבל מ"ש הבית יוסף דתלי

בפלוגתא אם שכ"מ צריך אמירה ומשמע דאם צריך אמירה ודאי אינו נאמן לא משמע כן מדברי הרמב"ן דהא לרבא דנאמן לומר לקות בשטרות וטעמא דידי' משום דסבר אותיות נקנין במסירה וכמו שכתב הרמב"ן ואף על גב דאמירה ודאי בעי גם לרבי וכמה שכתבו תוספות פ' הספינ' ובפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ז) ומוכח מזה דאמירה אינו מעכב כיון דתפיסתו חשיב קנין וכמו בכל המטלטלין דהוי תפיסתן חזקה אף על גב דצריך אמירה להקנות לו:

סעיף יט

אינו נאמן. הקשה בש"ך דהא ה"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם עיין שם והנה לכאורה לדעת הפוסקים דמכירת שטרות לאו דאורייתא לא שייכא בי' ש"ד וכיוצ' בזה כתב מוהרש"ל ביש"ש פ' הכונס סימן ל' לענין דיני דגרמי לשבועה דאורייתא במודה במקצת והובא דבריו בש"ך בסימן שפ"ו ובסימן שפ"ח ואם כן כיון דליכא ש"ד לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל דעתינו בסימן פ"ז סק"ל דאפילו היכא דהתשלומין מדרבנן כל שהשבועה הוא דאורייתא הוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם ועיין שם בראיות ברורות והכא בלאו הכי לא קשה מידי דהא כיון שהשליש מעיד שזה השטר וכל שעבודו נמכר לזה ה"ל שעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ואפילו בכת"י דאין בו שעבוד קרקעו' נמי לא שייך ש"ד דהא שטרות אימעיט מדין שבועה כיון דאין גופן ממון והכא שמעיד שזה השטר הוא נמכר לזה וזה כופר ליכא ש"ד: ועוד דהא בא' שלוה משנים מאחד ק' ומאחד ר' וכל א' תובע ר' מנית הק' ביניהם ומסתלק ולא הוי חמשין ידענא כיון שיודע בברי שאינו חייב בין שניהם יותר טענת ברי וכמ"ש הנימוקי פ' המפקיד וה"ה פ"ח משאלה בשם הרשב"א עיין שם וה"ה הכא טוען טענת ברי אלא שא"י אם לזה או לזה:

סעיף כ

שהוא עיקר הקרן. ובשט"ח אף על גב שנתחייב משום שהלוהו והשטר אינו אלא לראי' הוצרכו לתקן שיוכל למכרם לפי שאין שייך בו קנין אחר ויונעל דלת מה שאין כן בשטר ראיה לא שייך בו נעילת דלת כ"כ הסמ"ע. ועיין בטור מ"ש בשם הרא"ש והנה הראשונים כמה נתחבטו במכירות שטרות אי דאורייתא או דרבנן וכיון דכל שטר חוב אינו אלא לראי' הרי לא מהני כלום מן התורה רק מתקנת חכמים שלא יונעל דלת. ומדברי הש"ך נראה דמשום הכי מהני בשט"ח כתיבה ומסירה כיון שנכתב לגבות ממשעבדי. וגם בזה לא נתיישב דהא קיימא לן שעבודא דאורייתא ואפילו מלוה על פה מדאורייתא גובה ממשעבדי ואינו אלא לראי' ולכן נראה דשט"ח לעולם קנין הוא ואף על גב דכבר

אישתעבד בזוזי מכל מקום כיון דשט"ח נמי מהני לשעבוד אף על פי שאינו חייב אם כן בשט"ח נמי אשתעבד ושעבוד חל על שעבוד ודומה לזה כתבו תוספות פ' יש בכור (בכורות דף מ"ח) ד"ה ודידי' הוא ואזיל וטריף ממשעבדי ז"ל ועוד י"ל דנכסים שקנה אחרי כן חייל עלייהו שעבוד לענין פדיון הבן ואף על גב דלא כתב לי' דאקני דכל שעתא ושעתא רכיב עלי' חיוב פדיון הבן עיין שם וה"ה בזה אף על גב דכבר נתחייב בזוזי עוד נתחייב בשט"ח דומיא דפדיון הבן דתל חיוב על חיוב מה שאין כן קנין שדה אם כבר נקנה לו השדה שוב אין יכול לחול עוד קנין דאין קנין חל על קנין ודבר שאינו שלו מכר ומשום הכי שטר קנין דנקנה בכסף אין השטר אלא לראי' מה שאין כן בחיוב דאף על גב דכבר נתחייב יכול להתחייב עוד בשט"ח וכיון דיש חיוב גם בשט"ח הרי יכול להקנות איהו וכל שעבוד' דאית בי' וז"ב: ובזה רחא הא דאמרינן פ"ב דגיטין דף כ' בהא דדייק אביי על כותב בכת"י ואחרים חותמין והא בעינן ספר מקנה וליכא והקשו בתוספות דהא התם אינו אלא. לראי' ולקלא אתעביד עיין שם ולפי מ"ש ניחא דזימנין דמקנה את הכת"י לאחרים בכתיבה ומסירה ואם הוא על הספר מקנה ומועיל לחייב עצמו בזה משום הכי יכול להקנותו אבל אם אינו על ספר מקנה אין בו מועיל להתחייב ואם כן אינו אלא לראיה ואינו נקנה בכתיבה ומסירה. אבל קשה הא דכתבו הטור וש"ע סעיף ו' דשטרי ערכאות אם הוא עשוי בענין שהוא כשר בדיננו נקנין בכתיבה ומסירה והוא בספר התרומות והא שטרי ערכאות לא הוי שטר קנין כלל דהא לא אלימא ערכאות לעשות גוף הקנין כמבואר בסימן ס"ת אלא דלא מרעי נפשייהו לאסהודי שקרא ואשתעבד בזוזי ואם כן עדותן אינו אלא לראיה ואם כן היאך נקנין בכתיבה ומסירה ואולי בעל התרומות כתבו בשיטת הרמב"ן דסבירא ליה דאפילו שטר ראיה נקנה בכתיבה ומסירה אבל לפי דעת השלחן ערוך דשטרי ראיה אינן נקנין בכתיבה ומסירה קשה שטרי ערכאות למה נקנין כיון דאינו אלא לראיה וצריך עיון:

סעיף כא

חוזר הלוקח. עיין סמ"ע שפי' מנכסים שירש מאביואבל לא מנכסי עצמו ובש"ך האריך להשיג על הסמ"ע בס"ק ל"ו ובס"ק נ"ד ובסימן פ"ו סעיף קטן י"ח העלה דכל שאינו רוצה לישבע הוי כאלו אומר פרוע ופרוע נאמן במיגו דמחל ולכן אם אין היורשין רוצים לשבע הוי מזיק ממש ומשלם מנכסיהם ע"ש. ובתומי' כתב דהש"ך סותר דעת עצמו דלעיל סימן מ"ז דעתו דאם אין מקום ללוקח לגבות מהמוכר אין המוכר נאמן דפרע ואין עליו חיוב שבועה כלל כי מה טיבו של שבועה זו הא אף במודה לא יועיל דבריו אם כן אי איירי כאן שמת מוכר ולא הניח נכסים אם כן אין כאן חיוב שבוע' כלל דאף דיודה

היורש דפרוע היא ואביו נפרע לא משגחינן בי' עד כאן לשונו ולא דק דהא אפילו יורש מוחל ואית לי' מיגו דמחיל והש"ך בסימן מ"ז מיירי משיעבוד דר"ן דא"י למחול ולפע"ד נראה דלא שייך בזה דינא דגרמי וזה הוא בעינינו דומה לעדים שכבשו עדותן דפטורין מדיני אדם וביאר הרמב"ן בדיני דגרמי לפי שהם אין חייבין להגיד אלא מחמת השבת אבידה ודיני דגרמי לא שייך אלא היכא שעשה היזק במעשה או בדיבור אבל מי שאינו רוצה להשיב אבידת חבירו לית ביה משום מזיק וה"נ אם אינו רוצה לישבע לא שייך דיני דגרמי ומכ"ש בזה שאינו אומר שלא נפרע אלא שמונע עצמו אפילו משבועת אמת לכן נראה דהמוכר או היורש שמשלם אם אינו רוצה לישבע הוא מדק אחריות משום דכל שטר שאין נשבעין עליו לאו כלום וכמלוה על פה הוא ואם כן מתחילה כשקנה הלוקח אדעתא דהכי יורד הלוקח שישבע המלו' עליו ואם כן כשאין רוצה לישבע הרי הוא מקח טעות ומחויב לשלם. מדין אחריות וגם במוכר שטר חוב אמרינן אחריות ט"ם כמבואר בסימן ל"ד ואין זה דומ' למוחל דלא אמרינן ביה דין אחריות משום דהתם אין הריעותא בגוף המקח אלא אח"כ נעש' היזק במה שמחל והוא כמו שורף ואין זה דין אחריות אבל שבוע' על השטר הוי ריעותא בגוף המקח וזה היה עיקר הקנין על השטר שישבע המלוה או באי כוחו השבועה ולהכי כשאינו רוצה לישבע משלם מדין אחריות ואם כן אין כאן תשלומין רק מנכסי אביהן אבל לא מנכסי עצמן שוב מצאתי כדברינו בחידושי הריטב"א בפרק הכותב וז"ל ויש מי שאומר שכל מקום שאמר שהמוכר צריך לישבע כופין את באי כוחו לישבע אפילו בנותן שאין עליו אחריות דכיון שאין לו לזה לגבות אלא בשבועתו אדעתא דהכי זבין ויהיב היא מכלל אחריות דנפשי' הוא עד כאן לשונו ונהניתי. אלא שכתב ע"ז ומדעת רבים בשם רבינו ז"ל מפקפקים שאין זה בכלל אחריות ובכל אחריות אמרי' אתוי טירפך שטרפך בעדים ואשלם ואלו לעורר על השד' ללוקח ואומר לו ישבע לי המוכר שלך שלא גזלי' ממני לא אשכחן דחייב מוכר באחריות דמחייב לאשתבועי לי' ותו קשי' לן שאם זה בכלל אחריות המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומתלו האיך הוא פטור מדין אחריות נימא הרי הוא וודאי אדעתא דהכי לא נחית וזה בכלל אחריות דנפשי' הוא כו' והלא דבריו קל ותומר ומה כשהפסידו במעשי' אינו חייב מדק אחריות מפני שאינו רוצה לישבע והוא חייב לו דבר זה צריך עיון גדול עד כאן לשונו והנה זה שמקשין מעורר על שדה לוקח ואומר ישבע לי מוכר שלך כו' לא הבנתי קושיא זו דבזה כיון שאין על המוכר רק שבועה אין מוציאין השדה מלוקח אפילו המוכר אינו רוצה לישבע ואם כן ליכא היזק ללוקח וליכא אחריות מה שאין כן ע"י שבועת מלוה בשטר הלוקח נפסד אם לא ישבע המוכר הרי הוא בכלל אחריות וכמ"ש ומה

שמקשין ממוחל כבר כתבנו דגבי מוחל נעשה היזק אח"כ ואין זה היזק דמעיקרא מה שאין כן באינו רוצ' לישב' דכיון דכ"ז שלא נשבע הרי אנו דנין אותו לפרוע מעיקרו ואם כן הרי הוא בכלל אחריות דנפשי' ומ"מ נשמע מסברת רבותינו ומדברי החולקין דמחמת דיר דגרמי ודאי ליכא חיוב ומאן דמחייב אינו אלא מדין אחריות וכמ"ש בריטב"א ואם כן העיקר כדברי הסמ"ע דאין היורשק צריכין לשלם רק מנכסי אביהן ושלא כש"ך והוא ברור ובוודאי נעלם מש"ך דברי ריטב"א הנ"ל:

סעיף כב

צריך להחזיר ללוה שטרו. ועיין ברמ"א סעיף כ"ג ושם כתב תחילה סברת האומרים דאין צריך להחזיר שטרו. ונראה מתוך דברי' שמחלק בין פרעון למחילה ובש"ך השיג בזה דאין חילוק בין מחילה לפרעון ועמ"ש בס"ק כ"ו ובספר גי"ת שער כ"ח כתב ולא נחלק הרשב"א אלא בהא דמוכר שטר חוב וחזר ומחלו אבל בשבא לידי פרעון דתו לית לי' גבי' מידי מודה רשב"א דיחזיר ללוה כדמוכח בסוגי' דשנים אוחזין ובש"ך דחה ראיה זו עיין שם אמנם דברי גי"ת נכונים בעיני יותר ועמ"ש בסימן פ"ו סעיף קטן ז' ולעיל בס"ק כ"ח:

סעיף כג

אם תפס הלוקח. עיין ש"ך מה שכת' בזה לחלוק על רמ"א ועמ"ש סימן קכ"ב סק"א: שטרות

סעיף כד

שטרות שהפקדתי אצלך. עיין ש"ך שהניח דין זה ב צריך עיון לפי שהרמב"ן חולק וס"ל דלדברי הראב"ד דשטרות נקנין בחליפין ה"ה אם המתאו קנה אותו דה"ל המחאה כמסירה אלא שאין דעת הראשונים נראה כן עיין שם הרי דהמחאה וחליפין חד דינא הוי וכיון שפסק הטור דשטרות אין נקנין בחליפין למה פסק כאן דהוי כמסירה וע"ש. וכן משמע מדברי תוספות פרק קמא דגיטין דלא שייך מעמד שלשתם בשטרות דתנן שם האומר תנו גט לאשתי שטר שחרור זה לעבדי ומת לא יתנו לאח' מיתה תנו מנה ליאיש פ' ומת יתנו לאחר מיתה וכתבו תוספות שם וז"ל בד"ה תנו מנה למאן דמוקי בבריא ובמעמד שלשתם א"צ לומר דרישא נמי מיירי במעמד שלשתם ומיירי שהגט כבר בידה דאם אינו בעין אפילו בממון לא שייך מעמד שלשתם ואיירי שהאשה רוצה בכך וקא משמע לן דלא תיקנו מעמד שלשתם בשטר אלא בממון וכו' עיין שם ומבואר מדבריה' דלא שייך מעמד שלשתם בשטרות וכן מבואר מדברי תוספות פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"א) תנו מנה לפ' עיין שם לפי שאין גופו ממון. אך מדברי הר"ן פרק

קמא מגיטין נראה דסבירא לי' דמהני במעמד שלשתם בשטר וכו' ז"ל אית דמוקי בברי' ובמעמד שלשתן ומשמע מיני' דוקא במנה הא בגט ושתרור אפילו במעמד שלשתם לא יתנו לאחר מיתה דבכגון הא דתני במנה יתנו תנו בגט ושתרור לא יתנו ובגט פשיטא דמעמד שלשתם לא מהני דלא תיקון מעמד שלשתם אלא במידי דזכו' אבל במידי דחובה לא אבל בשטר שחרור צריך תלמוד אמאי לא מהני מדין מעמד שלשתם אלא מכאן יש ללמוד שלא תקנו חכמים מעמד שלשתם וטעמא דמילתא דבשלמא בדבר שגופו ממון איכא למימר מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' אבל דבר שאין גופו ממון כשטר דלא מצי זכי בי' לא תקנו רבנן דליזכו לתברי' זה נראה לי עד כאן לשונו ואם כן נראה דוקא בשטר שחרור לא שייך מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' דשטר. שחרור אינו שייך אלא לעבד אבל בשטרות דהכא שייך שפיר מיגו דזכי לנפשי' במקום מסירה זכי נמי לתברי' במקום מסירה. מיהו בשטר שנכתב בשם ראובן המלוה ועדיין לא מטי לידי' והי' מופקד ביד אחר ואמר לאותו הנפקד תנהו לראובן נראה דלדעת הר"ן אין זו במקום מסיר' דהא לא שייך מגו דזכי לנפשי' דהא נכתב על שם ראובן ואפילו אם יכתוב לו קני לך איהו וכל שיעבודא דכתיבה ומסירה לא שייך אלא היכי שהמלוה מוכרו ללוקח דלא שייך בזה כתיבה ומסירה. ועיין בתוספות פ' החובל שהקשה בהא דאמרו כל לגבי בעלה ודאי מתלה ותמכור כתובתה במעמד שלשתם דתו לא מצי מחיל עיין שם ולפי מה שהקשו שם תוספות הא בסוף ביאה ד"ה אינו מוחלת ותי' בכותבת לו התקבלתי ועוד דיעשו קנוניא ויגרשה ואח"כ תמחול והתי' השני הוא מוכרח לשטת הרמב"ם בפי"ב מה' אישות דבסוף ביאה אינה מוחלת אפילו בכותבת התקבלתי ואם כן לפ"ז ניחא דלא שייך מעמד שלשתם בכתובה דלא שייך מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' דהא כל זמן שהיא תחת בעלה אי אפשר לבעל לזכות לנפשי' בכתובה ולא מצי זכי לחברי' ע"י מעמ"ש:

סעיף כה

אין לוי חשיב נוגע. עיין בתשובת מהרי"ט ח"א סימן ע"ט דמפרש לה דהיינו דווקא כשראו בידו קודם המכירה שטר זה בעדיו והיו חתום בו לוי ועוד ע"א דאז לא חיישי' לחשדא שהי' חשיד כדי שיקנה אותו אח"כ אבל אם לא ראו בידה קודם לכן אם כן ודאי חיישינן דלמא עתה חתם עצמו לוי והוי נוגע גמור ועיין שם ודבריו מוכרחין:

סעיף כו

נוגע בעדות. ועיין ש"ך דכתב דוקא שכופר הא אם מודה שנתן אף על גב דהוי נוגע מכל מקום שטר קנין כשר כמבואר בסימן קצ"א. ולענ"ד נראה דליתי' דלקמן בסימן קנ"א

מיירי בכתב ידו הא בכתב יד אחר בעינן עידי חתימה או ע"מ וכאן מיירי בכתב יד אחר ואם כן ודאי כיון דליכא עידי מסירה רק ע"ח וחד מינייהו פסול אם כן ליכא שטר כלל ובזה ניחא דליכא חיוב שבועה נגד עד הכשר משום דאף שמודה כל דליכא שני עדים על השטר ליכא שטר קנין ועמ"ש בסימן מ"ב וז"ב. ומן החימא על האורי' שכתב דהסכימו האחרוני' כל דמודה השטר כשר וזה ליחא לפע"ד וכמ"ש:

סעיף כז

ומחלו ללוה מחול. ונאמרו ונשנו בזה שלשה שיטות הא' שיטח הרמב"ם בפ"ו מהל' מכירה לפי שמכירת שטרות הוא מדברי סופרים לפיכך יכול למחלו הב' היא שיטת רבינו תם דמכירת שטרות דאורי' אלא לפי שיש שני שעבודי' על הלוה א' שעבוד הגוף והב' הוא שעבוד נכסים והשעבוד הגוף ליתי' במכירה לפי שהוא דבר שאין בו ממש ואינו נמכר אלא שעבוד נכסים ונכסוהי דבר אינש אינון ערבין ביה ולכן כשמוחל שעבוד הגוף שהו' שלו ממילא נפטר הערב כיון דנפטר הלוה ועוד יש בזו דעת שלישיח והוא סברת הראב"ד בפ"ו מהל' מכירה בהשגות על דברי הרמב"ם שפי' טעמא דיכול למחול משום שהמכירה הוא מדברי סופרים כתב עליו וז"ל א"א לא מן השם הוא זה אלא מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי לפיכך אם כותב לו בשט"ח משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך אינו יכול למחול משמכר שטר חוב עד כאן לשונו. ונראה מתוך דבריו שאינו מחלק בין שעבוד גוף לשעבוד נכסים ומצד המלוה הי' המכירה קיים אלא אחר שהמלוה מוחל אומר הלוה ללוקח לדידך לא משתעבדנא מה לי במכירתו של המלוה וזה נראה שיטת רש"י פ' הכותב (כתובות דף פ"ה) המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ז"ל דאמר לי' לוה ללוקח לאו בעל דברים דידי את עד כאן לשונו והיא שיטת הראב"ד ועיין בעל התרומות שער נ"ד כתב בשם הראב"ד דכל כמה דלא כתב זיל דון ואפיק לנפשיך אע"פ דכתב לי' קני לי' וכל שעבודי' לא מצי לתבוע ללוה וכתב שם ראי' מהא דאמרינן אי פקת הוא מקרקש לי' בזוזי וכתב לי' שטרא בשמי' ש"מ דלא יכול לתובעו ע"ש. והקשה בגי"ת דהא שם טעם אחר כדי שלא יהא המוכר יכול למחול עיין שם שהניח בצריך עיון אך הן הן דברי הראב"ד בשטתו דסבירא לי' בטעם דיכול למחול מפני שהלוה אומר לאו בעל דין דידי את ולא שעבדתי עצמי לך ומשום הכי כיון דלא מצי תבע ללוה אלא מחמת הרשאתו משום הכי יכול למחול דהרשאה אינו אלא שליחות אבל אי נימא דאף על גב דלא כתב לי' זיל דון ואפיק לנפשך רק דכתב לי' קני לך איהו וכל שעבודי' מצי תבע ללוה ע"כ מחמת הקנאה הוא אם כן אינו יכול למחול ולמה לי' לכתוב שטרא בשמי' יכתוב קני לך כו' דהראב"ד בשטתו

ס"ל דאי הוי קנה אינו יכול למחול ועיקר הטעם דהקנין אינו מועיל לגבי לוה דאמר לאו בעל דין דידי את ואינו אלא מחמת הרשאה ומשום הכי יכול למחול ודו"ק: ובר"ן פ' הכותב כתב על דברי ר"ת ז"ל ומיהו כשמת הלוה אע"פ ששעבוד גופו פקע שעבוד נכסים לא פקע לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכ"ז שלא יצא הלוה ידי חובו שירד לנכסיו ויפרע מהם אבל כ"ז שנפקע מחמת המלוה אף שעבודו של נכסים נפקע עד כאן לשונו וביאור דבריו דשעבוד נכסים דין ערב ממש הוא ודין מיני' דערב אלו הלך הלוה למדינת הים או מת הלוה ולא הנית אחריו כלום ודאי הערב חייב לשלם ואילו היה המלוה מוחל ללוה גם הערב נפטר ומשום דהערב נתערב בשביל הלוה אם לא יפרע חובו מן הלוה אזי יהי' קם חחתיו לפרוע חובו ובזה נתחייב מתחילת הערבות בעוד שהיה חל על הלוה שעבודו ובשעה שהי' הלוה קיים אלא דכשהלו' פורע בעצמו או שמחל לו המלוה דהוי כפרעון אם כן ממילא נפטר הערב כיון שכבר קיבל המלוה את חובו ע"י פרעון או ע"י מחילה דהוי כפרעון ממש וה"ה בנכסוהי דבר אינש אינן ערבין בי' בשעה שהיה הלוה חי אם לא יפרע מהלוה יהי' נכסוהי ערבין בי' ושעבוד הזה נעשה בעוד הלוה קיים ולכן כשמת הלוה צריכין הנכסים לשלם כיון שנתערבו עבור זה מתחלה אבל אם היה פרעון או מחילה דהוי כפרעון והוי כאלו קיבל המלוה את חובו ממילא נפטר הערב הארכתי בפשיטות לפי שראיתי בסימן זה בתומים שכתב על דברי הר"ן שאינו מובן לו והקשה מיורש שמשלם אחר מות אביו כיון שכבר פקע שעבודא במיתתו ותירץ דכשירש נכסים גם הוא נשתעבד כמו אביו עיין שם ומה יענה בערב שמשלם אחר שמת הלוה אלא כיון שלא קיבל המלוה את חובו אף שפקע החיוב מעל הלוה במיתתו צריך הערב לשלם אלא בפרעון או במחילה דהוי כפרוע אז נפטר הערב וכמ"ש אלא דצריך ישוב בהענקה במיתת האדון בפרק קמא דקידושין דט"ז ע"ין שם וכיון דבמיתת הלוה פקע שעבוד גופו וגבי הענקה לא שייך לומר דהנכסים נתערבו בעודנו חי וכמו שכתבנו דהא הענקה בא החיוב אחר מיתתו ואולי הענקה דמיתת אדון בא החיוב מחמת היורשין ולא מחמת אביהן המת וכמו שכחבנו בסימן ל"ט סק"א: עוד ראיתי בתומים בסימן זה האריך להקשו' לשטת תוספות דיכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן משום דמדאורייתא אין המכירה חל לפי שבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה. והקשה אם כן לאביי דסובר בעל חוב למפרע הוא גובה המכירה הוא מן התור' ואם כן איך מצי מחיל וכן הקשה לר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אמאי מצי מחיל כיון דלדידי' המכירה הוא מן התורה ע"ש. ונראה דלא קשה מידי דאפילו לאביי דאמר למפרע הוא גובה היינו כשגבאו לבסוף אז למפרע הוא גובה אבל אם לא גבאו לסוף

לא שייך למפרע הוא גובה וכמו שכתבו התוספות שם בסוגיא דפ' כל שעה בפלוגתא דלמפרע הוא גובה עיין שם וכ"כ תוספות בפ' המניח ואם כן כשמוחל המלוה הרי לא בא לידי גבי' וכן אפילו אינו מוחל לא מהני המכירה מדאורייתא ולא זכה הלוקח בשטרו דהא כיון דכל זמן שלא גבאו אינו של המלוה והשעבוד אינו נמכר ולא הוי של המלוה אלא כשגבאו לבסוף והקדישו למפרע חייל ההקדש משום דלמפרע הוא גובה ואם כן כל זמן שלא גבאו אומר הלוה לאו בעל דין דידי את משום דעדיין לא זכית במקחך אלא כשיגבהו המלוה ועדיין לא גבה ואף על גב דהמלוה הוי מצי גובה מחמת שעבודו אבל הלוקח דלא זכה בשעבוד משום דהשעבוד גופי' אינו נמכר לו אלא כשגובהו המלוה לבסוף ואם כן כל זמן שלא גבה המלוה אין הלוקח זוכה בשטרו ושם בפ' כל שעה דאמרינן הקדש מלוה מהני לאביי דאמר למפרע הוא גובה היינו נמי אם גבאו המלוה בעצמו לבסוף חייל ההקדש למפרע אבל כל זמן שלא גבאו אין לגזבר כח לתבוע את הלוה עבור ההקדש וכמ"ש וכן לר' מאיר נמי כיון דהשתא השעבוד אינו נמכר משום דהוי דבר שאינו ברשותו אלא אחר שיבא הדבר לידי גבי' אז יהי' של המלוה ומצי להקנותו מה שיבא לידו לבסוף ואם כן המכירה למפרע לא מהני אלא אחר שיבא לידו של המלוה אבל כל זמן שלא בא לידו אין המכירה חל דהא אפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דשבל"ע נמי אין המכירה חל אלא כשבא הדבר לעולם ואם כן כל זמן שלא גבאו הרי לא נגמר המכירה וזה פשוט:

סעיף כח

מיהו אין הלוקח. והוא דעת הרשב"א והביא ראי' מפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ח) דאמרי' כתנאי התקדשי לי בשט"ח ר"מ אומר אינה מקודשת וחכמי' אומרים שמין את הנייר אם יש בו ש"פ מקודשת ואם לאו אינה מקודשת ה"ד אי נימא שטר חוב דאחרי' קשיא דר"מ אדר"מ וכו' ומדלא פריך אדרבנן אמאי שמין את הנייר אלא ש"מ דכי חזר ומחל אין מוציאין את הלייר מן הלוקח ובחידושי הרשב"א בקידושין שם מדמי לה למלוה על המשכון וחזר ומשכנו ביד אחר דאין השני מחויב להחזי' המשכון אף על גב דהמלוה הראשון מחלו. אבל הר"ן פ' האיש מקדש ס"ל בשט"ח דאחרים אין שמין הנייר דכי חזר ומחלו צריך הלוקח להחזיר הנייר ועיין שם וצריך לומר דס"ל דניירא דשטרא לא הוי כעין משכון כיון דלא נטלו לשם משכון ובע"ח אינו קונה משכון אלא בנוטל לשם משכון וכמ"ש בטור אבן העזר סימן כ"ח בשם הרמ"ה. אבל קשה לפ"ז דבשט"ח דאחרים אין שמין דלא הוו הנייר לשום משכון ומשום הכי לא קני אם כן בשט"ח דידה למה שמין דהא אפילו משכון דידה לא מהני אם לא בא לידו בתורת משכון וכמ"ש

הטור בשם הרמ"ה באבן העזר סימן כ"ח במשכון דידה ע"ש. ודעת הרמב"ם בפ' ה'מהל' אישות דאפילו בשט"ח דידה אין שמין את הנייר ועיין שם והיינו דאף על גב דבש"ס משמע להדי'דבשט"ח דידה שמין את הנייר למסקנא הדרינן מזה וס"ל דבשט"ח דידה נמי אין שמין הנייר והיינו מטעמא שכתבנו כיון דלא מטא לידו בתורת משכון והר"ן בשם יש מי שאומר הוא דמחלק בין שטר חוב דידה לשט"ח דאחרים ואולי לדידי' לא ס"ל לחלק ובש"ך סעיף קטן ע"ו כתב דבשט"ח דאחרים הוי ספק קידושין ובשט"ח דידה הוי ודאי קידושין ולא אדע לחלק בזה דאי הוי משכון אפילו דאחרים נמי מהני ואי לא חשיב משכון משום דלא נקטי' לשום משכון אם כן משכון דידה בכהאי גוונא נמי אינה מקודש' וכמ"ש הטור בשם הרמ"ה בסימן כ"ח באבן העזר וכן מבואר מדברי הרמ"א באבן העזר ושם מבואר לדעת הרמב"ם בשט"ח דידה נמי אינה מקודשת ואפילו מחזיר לה הנייר עיין שם ומסברא אין לחלק כלל בין שטר חוב דידה לשט"ח דאחרים ודברי יש מי שאומר שבר"ן צריך עיון: והנה בש"ך כתב ליישב דלא תיקשי לשיטת הסוברים דצריך להחזיר הנייר מהא דלא פריך אדרבנן וכמו שכתב הרשב"א וז"ל דלא מצי לאקשויי דרבנן אדרבנן דלמא כאידך אבע"א דפליגי במסר ולא כתב כו' הלכך נהי דלא קנתה השטר לגבו' מכל מקום קונה הנייר עיין שם וכן מצאתי ישיב זה בישש"פ' האיש מקדש סימן י"ב וגם בזה אין טעם לחלק דודאי הריטב"א דס"ל במסר ולא כתב דקנה הנייר היינו משום דס"ל דהנייר הוי משכון ומשכון א"צ כתיבה ומסירה אבל מאן דס"ל דצריך להחזיר הנייר אם מחלו המלוה ע"כ ס"ל דאינו משכון דודאי אם מכר משכונו לכולי עלמא אינו יכול למוחלו וע"כ ס"ל כיון דלא בא לידו בתורת משכון לא הוי דין משכון אם כן כל שמסר ולא כתב גם הנייר לא קנה לצור כיון דאין למלוה שים קנין בנייר והריטב"א דס"ל במסר ולא כתב דקנה הנייר לשטתו דס"ל דנייר ה"ל דין משכון וס"ל בשט"ח דאחרים שמין הנייר וכשיטת הרשב"א וז"ב. אמנם נראה דאפילו לשיטת הסוברין דאין הלוקח צריך להחזיר הנייר היינו דוקא שיוכל לעכב הלוקח הנייר בכדי דמי הנייר אבל אם הלוה מסלקו דמי הנייר צריך הלוקח להחזיר ולא מצי אמר לדידי שוה דלא מבעי' לדעת הרא"ש פ' מי שהי' נשוי דהמלוה גופי' לא מצי אמר לדידי שוה כל חובי וכן פסק הטור בסימן ק"ט אם כן הלוקח דאתי מחמתי' פשיטא דלא מצי אמר לדידי שוה אלא אפילו לדעת הראב"ד והרמב"ן דס"ל דמצי אמר לדידי שוה כל חובי כל שאין הלוקח מסלקו כל חובו והובא בבית יוסף סימן קט"ו עיין שם היינו משום דהתם כל החוב בתוקפו על הקרקע וזה הלוקח נכנס בשעבודו מצי המלוה אומר או תן לי כל חובי שמגיע לי או תן לי הקרקע דשוה לדידי כל חובי אבל הכא כל החוב נמחל

דהא המלוה מחלו אלא בכדי הנייר הוא דלא מצי מחיל דהוא משכון שנמכר לאחר ואם כן כי מסלק לו הלוה בכדי שווי המשכון ודאי צריך הלוקח להחזיר את הנייר וכן מוכח מהא דאמרינן שמין את הנייר אם ש"פ מקודש' ואם אין בו ש"פ אינ' מקודש' ואי נימ' דהלוקח מצי לעכב את הנייר עד שיסלק כל החוב אם כן ודאי. לעולם אית בי' ש"פ וכמו שכתב הרב המגיד פ' כ"ג מהל' מלוה בהא דכתב הרמב"ם אם טען המלוה אבד שטרי ישבע היסת ז"ל אע"פ שאין נייר של שטר ש"פ מכל מקום מחמת ראי' שבו אפילו אחר שכתוב שובר נותן לו הלוה יותר מפרוטה עיין שם ואם כן לעולם אית בי' ש"פ דיצטרך הלוה ליתן לו שלא יצטרך לשמור שוברו אע"כ כי מסלק לי' דמי הנייר צריך הוא להחזיר ולא מצי אמר לדידי שוה כל חובי כיון דכבר נמחל כל החוב וכמ"ש ואפילו לדעת החולקים בשמיטה וס"ל דמשכון מחט אינו משמט כל החוב הכא כ"ע מודי דאין לו ללוקח רק בכדי שווי של הנייר: ובזה א"ש דברי הטור שכתב דהלוקח צריך להחזיר הנייר ובסימן כ"ח באבן העזר כתב הטור דשמין את הנייר וכבר עמד בסתיר' זו בש"ך בס"ק נ"ט עיין שם ולפי מ"ש ניחא דהא כתב הטור דהלוקח צריך להחזיר הנייר אלא שהלוה נותן לו דמי הנייר ועיין שם וכיון דהלוקח צריך להחזיר דמי הנייר אם כן שמין את הנייר דהא דמי הנייר לא תפסיד האשה אפילו אם ימחול. ואין להקשות אי משום דמי הנייר הוא דשמין אם כן הא דכ' הטור בסימן כ"ח שם אם יש בו ש"פ מקודשת ואם אין בו ש"פ מקודשת מספק עיין שם והוא משום דינא דשמואל פרק קמא דקידושין דחיישינן שמא ש"פ במדי ומה בכך דש"פ במדי הא הלוקח לא יחזיר רק דמי הנייר לפי מקומו ושעתו ולא יחזיר לה דמים רק פחות מש"פ ובשלמא בשט"ח דידה שפיר אהני לה ש"פ שבמדי כיון דהנייר תחת ידה נשאר אבל בשט"ח דאחרים מאי מהני לה דש"פ במדי כיון דהלוקח לא יתן רק לפי מקומו ושעתו והלוקח אין לו בנייר רק בדמיו והוא פחות מש"פ דהטור לשטתו דס"ל בטעמא דש"פ במדי אינו כמו שיטת הרמב"ם דטעמא דידי' דאם ש"פ במדי הוי ודאי קידושין ומשום ספיקא דש"פ במדי הוי ספק קידושין אבל הטור ס"ל כשטת הרא"ש דאפילו ידוע דש"פ במדי מן התורה לא הוי קידושין כיון דבמקומו אינו ש"פ אלא משום חומרא דשמא יהי' ממדי כאן בשעת קידושין ויראה שאין חוששין לקידושי ש"פ ואם כן לפ"ז הטור לשטתו ושמא יהי' ממדי כאן ויסבור שהנייר ש"פ ואם כן שוה לאשה פרוטה דהלוה יצטרך להחזיר לה דמים ש"פ אבל לשיטת הרמב"ם דאין החשש רק שמא ש"פ במדי והוי לי' קידושין ודאי ואם כן כיון דאין לה לאשה בנייר רק בדמים לא שייך ש"פ במדי כיון דלא תקבל האשה רק דמים פחות מפרוטה עמ"ש בחידושי לאבן העזר סעיף כ"ח: אך בעיקר טעמא דהרשב"א

דסובר דאין הלוקח צריך להחזיר הנייר והוא משום דה"ל דין משכון קשה טובא דהא משכון בשע' הלואה אין המלוה קונה אלא שלא בשעת הלואה וצ"ל דהרשב"א ס"ל דמשכון בשעת ההלואה גם כן בעל חוב קונה אבל הטור דס"ל גם כן דצריך הלוה להחזיר דמי הנייר וע"כ משום משכון הוא וכמ"ש ומאי מהני משכון כיון דבשעת הלואה הוא והטור ס"ל דמשכון בשעת הלואה אינה מקודשת וכמבואר באבן העזר סימן כ"ח עיין שם בטור. ☜ולכן נראה לענ"ד דהא דשמין את הנייר לאו מתורת משכון אחינן עלה כיון דהנייר הוי משכון בשעת הלואה ועוד דודאי לא לשם משכון קבלו אלא לראי' על החוב ולא הוי דין משכון וכמ"ש לעיל אלא הא דאין הלוקח צריך להחזיר הנייר עד שיפרע דמי הנייר היינו משום דכיון דמטא לידי' דלוקח תו ליתי' במחילה ואפילו לא הוי משכון וכמ"ש בשלחן ערוך סעיף ל' דאפילו משכונת קרקע כשמסרו ללוקח אינו יכול למחול והוא דעת הראב"ד וראייתו ממ"ש הרי"ף בפ' הכותב גבי מתנת רכ"מ דאינו יכול למחול כיון דהוי כמאן דמטא לידי' ש"מ שאם יש משכון ביד המלוה ומסרו ללוקח שוב אינו יכול למחול עיין שם ועיין בית יוסף ואף על גב דמשכון קרקע אין בעל חוב קונה דהא שמיטה משמט במשכון קרקע וכמו שכתבו התוספות פ' איזהו נשך דף ע"ז ד"ה ושביעית משמטת ול"ד למלוה על משכון מטלטלין דקני לה מדר' יצחק אבל קרקע לא עיין שם וע"כ נ"ל דאף על גב דאינו קונה משכון בקרקע אפילו הכי כל דמטא לידי' תו ליתי' במחילה ומשום הכי בנייר נמי זכה הלוקח דכיון דמטא לידי' ואפילו לית בי' תורת משכון כיון דהוי בשעת הלואה ועוד דלא נקטי' למשכון אפילו הכי זכה הלוקח במאי דמטא לידי' ולא גרע ממשכון קרקע דזכה הלוקח ואף על גב דלא שייך בי' בעל חוב קונה משכון וזה ברור: ולפי זה הא דשמין את הנייר לאו משום קידושי משכון אתינן עלה דלא שייך בנייר תורת משכון מטעם הנזכר דלא נקטי' למשכון ועוד דהוי בשעת הלואה אלא כיון דזכתה בחוב בכתיבה ומסירה וראוי שתהי' מקודשת בחוב אלא דלא סמכה דעתה דמחיל הבעל ובדמי הנייר סמכה דעתה דלא מהני מחילה כיון דכבר מטא לידי' ולא גרע ממשכון קרקע וכמ"ש. וניחא בזה ליישב קושיות תוספות בפ' האיש מקדש בהא דאמרו שם אילימא בשט"ח דאחרים קשיא דר' מאיר אדר' מאיר וז"ל וא"ת ומאי קושיא לישני דלעיל מיירי דא"ל קני לך איהו וכל שעבודו והכא מיירי דלא א"ל ולפי מ"ש ניחא דאי מיירי דלא א"ל קני לך כו' אם כן חכמים דאמרי אינה מקודשת ושמין את הנייר ע"כ סברי דצריך כתיבה ומסירה דהא בברייתא דלעיל סברי אינה מקודשת וכיון דצריך כתיבה ומסירה אם כן הנייר נמי לא קני כיון דלא הוי משכון וכמ"ש דלא נקטי' למשכון ועל כרחך צריך לומר דמיירי בכתיבה ומסירה ואם כן לענין

מחילה שפיר סמכה דעתה דבמחילה כל דמטא לידי' אפילו שלא בתורת משכון אין מוציאין מיד הלוקח וכמ"ש אבל גבי כתיבה ומסירה לא עדיף הנייר מגוף החוב כיון דלא הוי משכון וגבי משכון קרקע נמי מהני לענין מחילה וכתיב' ומסירה צריך וכמ"ש בטור וש"ע סעיף ח' דמשכונות קרקע בעי כתיבה ומסירה ומשום דלא שייך בי' קנין משכון וה"נ הנייר ודו"ק: ☜ומהאי טעמא הוטב בעיני פסק מוהראנ"ח סימן צ"ב בנוחן שטר חוב ללאה ולאה חייבת ללוה דכי ה"ג לא מהני מחילה דבמוכר שטר חוב וגובה מקבל השט"ח עד שלא מחלו הנותן דמחילה דבתר הכי לא מהני והכא כיון שלאה היתה חייבת לו הרי מתנה שנתנו לה השטרו' חשובה כגבוי ועומד וכמו שמתבאר מתוך סוגיא שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה דזה גובה וזה גובה עד כאן לשונו והיינו דאף על גב דשם בסוגיא מבואר דזה. גובה וזה גובה אלמא דלא הוי כגבוי מכל מקום תפס מיהא הוי וכדמוכח שם בסוגיא לענין נכסי יתומים דהוי תפס וכיון דמבואר שם דהוי תפס אם כן תו לא מהני מחילה כיון דהוי מטא לידי' לא גרע ממשכון קרקע. וה"נ חובו ממושכן אצלו ובש"ך בס"ק ע"ד השיג על מוהראנ"ח והדברים ברורים כמ"ש דהוי על כל פנים מטא לידי' ותו לא מהני מחילה. ובט"ז הקשה לדעת הרשב"א דאין הלוקח צריך להחזי' הנייר אלמא דהנייר הוי משכון אם כן חוב שבשטר היאך משמט הא הוי לי' משכון נייר ואפילו משכון מחט אינו משמט כל החוב עיין שם ולפי מ"ש נייר לא הוי משכון כיון דלא נקטי' למשכון אלא לראי' אלא הא דלא מהני מחילה בכדי הנייר היינו משום דלא גרע ממשכון קרקע אבל לענין שמיטה בעינן תורת משכון גמור אך אכתי תיקשי משטר חוב דידה דשמין את הנייר והתם אי נימא דנייר לאו משכון הוא כיון דלא נקטי בתורת משכון אם כן איך מקודשת בשט"ח דידיה דהא כתב הטור בסימן כ"ח במשכון דידה כי לא נקטי' למשכון אינה מקודשת ובחידושי לאבן העזר כתבתי ישוב לקושיא זו. אך הא קשיא דהא הטור כתב גם במסר ולא כתב דאין הלוקח צריך להחזיר הנייר עד שיפרע לו דמיו אלמא דמהני לי' בתורת משכון גמור דהא במשכון קרקע לא קנה בלא כתיבה ומסירה וכיון דצ"ל דהוי בתורת משכון הדרא קושיא לדוכתי דהא הוי בשעת הלואה וגם קשה קושיות הטורי זהב לענין שמיטה דשט"ח אמאי משמט כיון דאית לי' על כל פנים משכון מחט עיין שם בט"ז: אמנם הדרך ששיירתי לעצמי אחר העיון היטב הוא זה כי עיקר ראיית חכמי פורבונצייא דהנייר של לוה הוא מדנותן שכר הסופר וכמ"ש בראש פ' הכותב והר"ן בפ' האיש מקדש עיין שם וזה הוא עיקר יסודם לדבריה' דנייר של לוה הוא ולענ"ד נראה ודאי הלוה נותן שכר הסופר אבל הלוה צריך להקנות השטר למלוה וכמבואר בפ"ב דגיטין דף כ' משום דבעינן ואקח את ספר המקנה עיין שם דבעי

רמב"ח היו מוחזקים בטבלא שהיא שלה וגט כתוב עליו והרי הוא יוצא מת"י מי אמרינן אקנויי אקני לי' או דלמא אשה לא ידעה לאקנוי אמר אביי ת"ש אף הוא העיד כפר קטן כו' הא בעינן ספר המקנה וליכא אלא משום דאמרינן אקנויי אקני לי' עיין שם ובעינן נמי שהאשה תזכה בנייר ואם אמר הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת ועיק תוספות פרק קמא דקדושין דף ט' ד"ה אע"פ שאין בו ש"פ ז"ל דה"א כיון דכתיב בי' נתינה ואקח את ספר המקנה ס"ל דבעי ש"פ עיין שם ואף על גב דש"פ לא בעי היינו משום דלא גרע מאיסורי הנאה וכתבו על איסורי הנאה כשר ואם כן צריך להיות הנייר של המלוה בהקנאה מן הלוה ואף על גב דבשטרי ראי' א"צ להיות ספר המקנה ועיין תוספות שם בגיטין דף ך' כבר כתבנו דשטרי אין נקנין בכתיבה ומסירה אלא בשטרי הקנאה ולא בשטרי ראי' ואפילו שטר חוב נמי שטר מקנה הוי וכמ"ש בס"ק ך' עיין שם ואי לא הוי שטר מקנה ולא הי' מועיל להקנאה בכתיבה ומסירה נמי לא נקנה וכמ"ש בס"ק ך' והא דצריך המלוה להחזיר השטר ללוה אחר הפרעון היינו משום דהוי כמו מתנה ע"מ להחזיר אחר הפרעון ואם כן שפיר מצי המלוה למכור וליתן את הנייר לאחר כיון דהוי דידי' עד הפרעון ומה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו ומצי הלוקח לעכב הריר עד שיפרענו דאית לי' זכות וכח של המלוה יש לו הוא עד הפרעון ואינו בתורת משכון אלא שלו הוא לגמרי עד הפרעון ותו לא קשה משמיטה דמשמט מלוה בשטר דהנייר לא הוי משכון כלל אלא דידי' הוא לגמרי ולא שייך בי' נגד כולו הוא קונה ונתיישב בזה כל הקושיות מה שכתבנו דהוי בשעת הלואה ועוד דלא בא לידו בתורת משכון אלא לראי' כיון דלא אתינן עלה מתורת משכון כלל ודו"ק. והא דסגי ליה בדמי הנייר ולא מצי לוקח מעכב כיון דשלו הוא לגמרי אפשר דחששו חכמינו זכרונם לברכה לפסידא דלוה שלא יצטרך לשמור שוברו וכופין אותו על מדת סדום אבל גוף הנייר של לוקח הוי וכן נראה לע"ד מוכרח דהנייר של המלוה לגמרי בקנין עד הפרעון וכמ"ש דאמרו בפ' הספינה דהלוקח משתמש בנייר לצור ע"פ צלוחותו ואי הוי משכון מי שרי להשתמש במשכונו של חבירו ועוד ראי' מהא דאמרינן פ' שור שנגח דף מ"ט בעא מיני' רב ייבא סבא מר"נ המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא כו' או דלמא דעתי' נמי אשטרא א"ל עני מרי וכי לצור ע"פ צלוחותו הוא צריך א"ל לצור ולצור ופירש"י דמיירי משטר חוב וכ"כ בהגהת אשר"י ע"ש. ואי נימא דהנייר הוי בתורת משכון אם כן מאי קמבעי לי' הא קיימא לן המחזיק במשכונו של גר אחר מיתת הגר מוציאין אותו מידו וכמבואר שם דף מ"ט עיין שם וכן מבואר בשלחן ערוך סימן ל"ו אף על גב דגוף הנייר קנין גמור הוא וכמ"ש. ועיין ש"ך סימן ער"ה ודעתו שם לבעל התרומות דפירשו בשטר

מכר ומתנה משום דס"ל דגבי שטר חוב ודאי דעתי' אשטר'וזוכ' בנייר ועיין שם ולע"ד נראה דבעל התרומות לא ס"ל דהוי קנין גמור ומשום הכי לא הוי אלא משכון ופקע במית' הגר. וז"ל הבעל התרומות שם לאו במחזיק שטר חוב קא שאיל דהתם פשיטא דפריעי עד כאן לשונו והיינו כמ"ש אבל לשטת רש"י ע"כ צ"ל דהוי קנין גמור: ועיין פ' הכות' דאמרו למאן דלא דאיץ דד"ג מגבי בי' דמי ניירא וכתב הרא"ש שם דעיקרא מלתא דמגבי בי' דמי ניירא קאי אשורף וכ"כ הר"ן שם דקאי אשורף ולא אמוחל דבשורף ודאי צריך לשלם דמי ניירא כי משכונו הוא אצלו הנייר עד דפרע לי' ע"ש. ודבריהם לא אתברר דאם אינו אלא לזכרון ולא למשכון אם כן ה"ל מזיק שעבודו בעלמא ומ"ש החוב ומ"ש הנייר ואם הו' בתור' משכון גמור אם כן ממילא לא מצי מחיל ואין לומר דהוי בתורת שעבודא דר"ן דהא לישנא דר"ן שכתב כי משכונ' הוא אצלו עד דפרע לי' משמע דהחיוב הוא למלוה מחמת עצמו ולא מחמ' שעבודא דר"ן ומצאתי הדבר מבואר היטיב בחידושי הרשב"א פרק הכותב וז"ל לאו במוחל מגבי דהא איתי' לנייר בידי' כדמעיקרא ואפילו אתי ואפיק לי' מיני' מדינא דודאי דינא הוא דמצי לוה למימר למלוה אהדר לי שטרי ולא מצי למימר לי' ניירא דידי הוא לכתוב לך מלוה שובר א"נ נשדי דיותא אמקו' עדים ואתורף כי היכא דלא תיפוק לך מיני' חורבא משום דגופו של נייר של לוה משום דבעי ספר מקנה ואינו אלא משכון ביד המלוה כלומר שהוא שלו עד שלוה יפרענו אבל אחר שנפרע או נמחל זכה הלוה בגופו של שטר וכיון שמחלו לו ע"כ צריך להחזיר לו שטרו והכי מוכח בגיטין פרק המביא תניין בבעיא דרמב"ח היו מוחזקים בטבלא שהי' שלה דוק ותשכח אלא מיהו למאן דלא דאין דד"ג אפילו כשיתחייב לוקח להחזיר שטרו במחילת המוכר גרמא הוא ופטור אלא הכי קאמר למאן דדאין מגבי בהיזק שטרא דמי שטרא מעליא ולמאן דלא דאין מגבי דמי ניירא ולא יותר והיינו חיובא דשורף וטעמא דחיובא משום כיון דלא פרע לי' הרי הפסיד ממונו נייר זה שהוא שלו עד שיפרענו עד כאן לשונו ונראה ביאור דבריו דס"ל דודאי הנייר קנין גמור שלו הוא וכמ"ש דבעי שטר מקנה וגם בעינן שיזכה המלוה בריר וכמ"ש אלא דסביר' לי' להרשב"א כיון דצריך להחזיר אחר הפרעון ועל כן הוה ליה כמו תנאי על מנת להחזיר אחר הפרעון ומחילה ומשום הכי כשמוחל גם ללוקח אין לו אבל בשורף דלא נפרע ולא נמחל אם כן הוי מזיק גמור ושלו הוא עד הפרעון בקנין גמור וכמ"ש אלא דשטת הסוברים דלוקח א"צ להחזיר הנייר היינו משום דס"ל דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ואם כן האי זכותא אית לי' ננוקח וחינו בתור' משכון אלא שלו עד שיפרענו דמי הנייר ודו"ק:

סעיף כט

שטרא. עיין רשב"א ורטב"א בחידושין פרק קמא דקידושין דף ח' ובבעל המאור פרק ב' דפסחים בסוגיא דלמפרע הוא גובה ודו"ק:

סעיף ל

ואפילו היורש. כתב הסמ"ע ז"ל כתב מוהרי"ק בשורש קפ"ט ואם קטן מחל הוי מחיל' בטעות ע"כ ובש"ך השיג ז"ל ולא ה"ל להעתיק דברי מוהרי"ק כאן דמיירי שמחל השטר אף על פי שלא פרע פשיטא דמחילת קטן הוי מחילה וכמבואר בתוספות פ' הכותב (כתובות דף פ"ו) ובפ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) ובירא"ש ספ"ק דמציעא דקטן שהגיע לעונת הפעוטות יכול למחול עיין שם אמנם נראה כיון דודאי איסורא קא עביד המוחל דהא הוי מזיק ואם בר חיובא הוא צריך לשלם אם כן כיון דעשה שלא כהוגן לא תיקנו חכמים בזה שיועיל בפעוטות וכמו שכתב הרמ"א בסימן רל"ה הואיל ואינו אלא מתקנת חכמים אם כן במקום שעשה שלא כהוגן כגון שמכרו בנכסים מועטין שזכו בהן הבנות מכירתן לאו כלום הוא ועיין שם והכא איסורא טפי דהתם נקרא רשע ערום והכא אית לי' דין מזיק והדרא לדינא דאורייתא דאין מכירת קטן כלו' ולא מחילתו מהני דמדאורייתא ה"ל מחיל' בטעות אבל בההיא עובד' דפ' הכותב ע"כ צ"ל דהוי כהוגן לפי שמחל' לעצמה ומגיע לה טובה דאם הי' שלא כהוגן ח"ו לא הי' ר"נ משיא עצה לעבור על תורה ולפני עור לא תתן מכשול וכמה שכתבו תוספות שם פ' מי שמת ובש"ג פ' הכותב ז"ל ומותר להשיאו עצה אם מגיע לו ליורש שום הנאה במחילה זו בלבד שלא יהי' המיעץ הזה מן הדיינים שאין לו לדיין ללמוד תחבולות וטענות לבעל דין עיין שם וכ"כ בתוספות כיון דלקוחות לא מפסדי מדמים שנתן והיא מגיע לה טובא רשאי לעשות כן עיין שם וכיון דהוי כהוגן מהני מחילה בפעוטות אבל קטן שמחל לאחר כיון דהוי שלא כהגן דהא גדול שמחל צריך לשלם ומזיק ממש הוא ובמקום שעש' שלא כהוגן לא עשו תקנה ולכן נראה לדינא העיקר כדברי הסמ"ע וז"ב:

סעיף לא

לעצמו יכול למחול. בטור הובא שני דיעות ובשלחן ערוך אבן העזר כתב בסימן ק"ה בפשיטות ואפילו יורש מוחל לפיכך מכרה כתובתה ומת הבעל ואח"כ מתה בנה יכול למחול והמכר בטל ואפי אין לה יורש אחר אלא זה הבן ונמצא פרעון הכתובה עליו יכול למחול לעצמו כדי לבטל המקח וירש הכתובה עיין שם וכן בטור שם ולא הביאו החולק דאין אדם יכול למרול לנפשי' וכבר נתקשה בב"ח שם בזה. ול"נ דהטור וש"ע ס"ל בזה כדעת בעל התרומות דאין אדם יכול למחול לנפשי' ומשום הכי כאן במוכר שטר

חוב שיש לו על הבן ונשאר שעבוד הגוף שלו אצלו שירש את שעבוד גופו מאביו אינו יכול למחול לעצמו וכמ"ש בעל התרומות דהא לנפשי' אינו יכול למחו' והא דאמרינן פ' הגוזל ולימחל לנפשי' היינו לר"י אבל אנן קיימא לן כר"ע עיין בית יוסף אבל היכא שמכרה כתובתה דנשאר שעבוד הגוף אצלה וכי מתה נשאר אצל בנה והבן מוחל לגבי אבוהו בזה שפיר מצי מחיל דזה לאו מוחל לעצמו אלא לגבי אבוהו ואף על גב דמלשון בעל התרומות שם משמע דאלמנה שמכרה כתובתה ומתה אין בנה שירש נכסי אביו מוחל לעצמו עיין שם אפשר דס"ל בטעמ' דמחילה כטעם הרמב"ם משום דמכירת שטרו' דרבנן אבל לשיטת ר"ת דהטעם הוא משום שעבוד הגוף דנשאר. אצל המוכ' ואם כן אינו מוחל אלא שעבוד גופו לאביו אין זה מוחל לעצמו והטור וש"ע ראו דבריו של בעל התרומות במוחל לעצמו אבל לא במוחל לגבי אבוהו והרא"ש נמי דמפרש גבי קריבתי' דר"נ שמת האב ומוחל' הברתא נמי אפשר דס"ל דאינו מוחל לעצמו אבל לגבי אבוהו שפיר מצי מחיל וכן משמע מלשון תוספות בשם רבינו תם דאמר ר"נ ליכא עצה דתמחול לגבי אבוהו עיין שם ומשמע דוקא לגבי אבוהו וז"ב:

סעיף לב

כותי שמכר. ולדעת גאון שהובא בטור סימן קנ"ד דלא אמרינן כן אלא לגריעותא ולא למעליותא אם כן ה"נ יכול למחול ועיין כנה"ג ולפי זה נראה אפילו לא מחל נמי אין הלוקח גובה כיון דכי מטח זוזי לידי' אסתלק והוי כנכסי הפקר וכמבואר בסימן קצ"ד אם כן ממילא זוכה הלוה בשעבוד גופו כיון דהפקר הוא ולפי דעת הש"ך בגר שמת דנעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך כ"ז שלא תמחול בפי' אם כן כי לא מחל בפי' ל"מ הפקירו דהא אינו אלא כשמוחל בפירוש אלא כיון דהפקירו לא מהני אם כן אפילו מחל בפי' לא מהני דכיון דמכי מטא זוזי לידי' אסתלק ונעשה הפקר תו לא מצי מחיל כיון דכבר יצא מרשותו על ידי הפקר אלא אחר העיון נראה דהפקר ל"מ כלל בשעבוד גוף דכי היכא דאינו נמכר כיון דאין בו ממש הכי נמי אינו יכול להפקיר:

סעיף לג

וישראל שמכר לכותי. עיין בעיר שושן שכתב דקיימא לן מכירת שטרות דאוריית' ומשמע דאי הוי מדרבנן לא הי' זוכה הכותי וכן משמע מתשובת הריטב"א שהובא בבית יוסף ובד"מ עיין שם ובש"ך כתב דאפילו הוי דרבנן זוכה הכותי משום דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון ע"ש. אבל נראה קצת ראי' לדבריהם מהא דאמרינן פ' הגוזל דף נ"ו בעי רבא השביח נכרי מהו א"ל רב אחא מדיפתי לרבינא תקנתא לנכרי ניקו

ונעבד עיין שם ואם כן משמע דלא אמרי' כעין דאורייתא תיקון ולא תקנו חכמים אלא לישראל וע"ש:

סעיף לד

ולכל מאן דאתי מחמתך והוא דעת הראב"ד פ"ו ממכיר' וברא"ש חולק וז"ל ואפילו לדברי המפרשים דבמעמד שלשתם אינו יכול למחול יש לחלק דשאני התם דשלשתן עומדים במעמד א' וכו' אבל במוכר שטר חוב כיון שאין קנין המלוה מועיל שיהי' שעבוד גופו קנוי ללוקח מכח קנין המלוה אלא מחמת שכותב לו הלוה למלוה משתעבדנ' לך ולמאן דאתי מחמתך אנן סהדי דאין הלוה רוצה שיהא גופו משועבד לשניהם למלוה לפי שלא הועיל הקנין להיות גוף הלוה משועבד ללוקח מכח קנין המלוה ונמצא שנשאר עדיין שעבוד גוף הלוה אצל המלוה וגם ללוקח לפי שכתב לכל מאן דאתי מחמתך אלא ודאי על שעבוד נכסים כותב ע"ש. אבל נראה דהראב"ד לשטתו בהא דמוכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול פ"ו ממכירה שתב א"א לא מן השם הוא זה אלא מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי עצמי לך לפיכך אם כותב לו בשט"ח הריני משעבד לך ולכל הבא מכחך אינו יכול למחול משמכר שטר חוב ע"כ ולפי שטתו נראה דהמלוה מצדו יכול למכור הכל אפילו שעבוד גוף אלא מצד הלוה לא מהני המכירה לפי שאומר אני לא שעבדתי את עלמי לך ולפיכך כשכותב לו ולכל אבא מכחך ודאי מועיל דהא מצד המלוה מהני ומצד הלוה נמי מהני כיון שמשעבד עצמו לכל מאן דאתי מחמתך ועמ"ש בס"ק כ"ה. ובר"ן פרק קמא דגיטין כתב ז"ל אבל הרמב"ן ז"ל כתב דבמעמד שלשתם וכן נמי אי כתב בשטרא משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך מצי מחיל ונתן טעם לדבריו משום דאפילו כתב לי' הכי לא מהני לאשתעבודי לי' מדאוריית' דאין בריר' ולמאי דפרישית לא קשיא דכי אמרינן אין ברי' הני מילי במלתא דאי דהאי לאו דהאי אבל הכא אפשר שיהי' משועבד לכל העולם זה אחר זה הלכך לא שייך הכא ברירה כלל עד כאן לשונו ועמ"ש באורך בסימן ס"א בזה:

סעיף לה

ואין לו במה לפרוע. עיין בית יוסף שכתב דמדברי הרא"ש כלל ס"ח סימן ג' איכא למשמע שהמוכר שטר חוב לחבירו אם אין לו נכסים ממה לשלם ללוקח אין יכול למחול ע"ש. ומה מאד תמוה בעיני המעיין דין זה דמה לו ללוה בזה שאין לו לשלם כיון דמצי מחיל אלא שחייב לשלם ואם כן מה עשה הלוה להפסיד לו מחילתו משום דאין לזה לשלם ואפשר לומר דזהו טעמא דהרא"ש דכיון דבשעה שמוחל נתחייב ונשתעבד ללוקח משום דינא דגרמי ולית ליה לשלם אם כן בשעבודא דר"ן לא מהני מחילה ונשתעבד

הלוה משום דר"ן ותו לא מהני המחיל' כיון דבשעה שמחל נשתעבד ללוקח והלוה נשתעבד גם כן משום שעבודא דר"ן אף על גב דקודם שמתל לא נתחייב ללוקח היכא דהמחילה והשעבוד דר"ן באין כאח' נמי לא מהני המחיל' וכל היכא דליתי' בזה אחר זה אפילו בבת אחת ליתא ודומה לזה איתא בר"ן ר"פ המדיר גבי מדיר את אשתו מליהנות לו עד שלשי' ע"ש. וניחא בזה סוגיא דפ' החובל דאמרו כל לגבי בעלה ודאי מחלה אף על גב דלית לה לשלם דכיון דאתינן עלה משום שעבודא דר"ן דבא בשעת המחילה אם כן בכתובה דלא שייך שעבודא דר"ן וכמו שכתב הר"ן בפ"ב דכתובות דשמא לא תבא לידי גבי' אם כן ודאי מהני המחילה וק"ל:

סעיף לו

דאינו נקנה באגב. וראוי לספק בעיסקא דהוי פלג' מלוה ופלגא פקדון אם חלק המלוה נקנה באגב והנה בחלק הפקדון פשיטא שקונה באגב כמו שאר פקדון אלא חלק מלוה מי נימא דהוי כשאר חוב ואינו נקנה באגב אלא בכתיבה ומסירה או אמרינן כיון דאי' פ' המקבל דחלק המלוה נמי אסור למישתי בי' שיכרא ואם מת אינו נעשה מטלטלין אצל בניו הוי כמו פקדון ונקנה באגב ולא הוי דבר שאינו ברשותו כיון דהוא ברשות הנותן לכמה דברים: ☜ומצאתי בנימוקי יוסף ס"פ הגוזל קמא בהא דר"פ הוי מסיק תליסר אלפי זוזי בי' חוזאי ואקנינהו ניהלי' לרב שמואל בר אחא אגב אסיפא דביתא כי אתא נפיק לאפילו עד תווך ז"ל הקשה הרא"ה דהכא ודאי במלוה על פה איירי דאלו במלוה בשטר ליהדרנ' שטרא ותו לא איצטריך למידי ואם כן האיך מצי לאקנויי דהא ל"ל הקנאה כדאמרי' בבא בתרא וכו' ותי' הוא ז"ל בשם רבו ז"ל דמסיק דהכא לא בעי למימר הלואה גמורה אלא לעסוק בהן למחצית שכר וכדאמ' לקמן לעיסק' ולא למישתי בי' שיכרא וכיון דלא ניתנה להוצאה דינם כפקדון דיכול להקנותן עד כאן לשונו ונתבאר דחלק המלוה נמי נקנה באגב כיון דאסור למשתי בי' שיכרא. מיהו בחליפין אינו נקנה משום דמטבע אינו נקנה בחליפין וכיון דנקנה באגב אם כן ממילא תו לא מהני מחילה כיון דגוף הדבר נקנה לו והרי הוא כפקדון לא מהני מחילתו וכ"כ במרדכי פ' הכותב לשיטת הסוברי' דתוב נקנה באגב דלא מהני מחילה עיין שם וממיל' מבואר בחלק המלוה בעיסקא דנקנה באגב דל"מ מחילה וזה פשוט: והנה לכאורה י"ל כיון דחלק המלוה דינו כפקדון דנקנה באגב אם כן תו לא מיקני בכתיב' ומסירה דהא חלק הפקדון ודאי אינו נקנה בכתיבה ומסירה אלא באגב וכמ"ש מוהרי"ק בחלק י"ד סימן כ"א ע"ש. אבל נראה דחלק המלוה נקנה באגב וגם בכתיבה ומסירה דטעמא דפקדון לא שייך בי' כתיבה ומסירה היינו משו' דליכא שעבוד' אלא פקדון כל היכא דאיתי' ברשותא דמרי' אית' ואינו אלא לראי'

דיש לו פקדון ומשום הכי אינו נקנה בכתיבה ומסירה אבל חלק המלוה כיון דנתחייב באונסין ודאי שייך בי' איהו וכל שעבודי' דאית בי' והא דאסור למשתי בי' שיכרא היינו דהוי כמו משכון ועמ"ש בסימן ס"ז סק"ב ואם כן יכול להקנות גוף העיסקא דהוי כמו משכון אפילו בחלק המלוה כיון דאסור למשתי בי' שיכרא ובכתיבה ומסירה נמי נקנה גוף החוב של המלוה אלא היכא דמקנה בכתיבה ומסירה יכול למחול והיכא דמקנה גוף העיסקא אינו יכול למחול וזה ברור לדינא:

סעיף לז

משכונת קרקע ואף על גב דבמשכון קרקע לא שייך בע"ת קונה משכון ולא אמר ר"י בע"ת קונה משכון אלא במטלטלין וכמו שכתבו התוספות פ' א"נ מכל מקום כיון דמטא לידי שוב אינו יכול למחול וכמו שכתב הראב"ד מדברי הרי"ף דכתב במתנ' שכ"מ אינו יכול למחול דעשאוהו כמאן דמטא לידי' אלמא היכא דמטא לידי' א"י למחול והובא בבית יוסף עיין שם מיהו היינו דוקא בכתיבה ומסירה ואהני קרקע דא"י למחול אבל אם מסר המשכנא בלא כתיבה לא מהני כיון דלא שייך בי' דר' יצחק אבל משכון מטלטלין דקונה מדר"י כיון שמסר המשכון קינה ועמ"ש בסימן קכ"ו:

סעיף לח

כשמוחל המוכר. נסתפקתי אם לא מחל כל החוב אלא סילק שעבודו מקרקע א' של הלוה אם צריך לשלם כפי מה שהזיקו. והנה במ"ל פ' שלשים מהל' מכירה הביא שם תשובת הרא"ש כלל ס"ג סימן ה' והוא מותיב והוא מפרק לה ומתבאר מדבריו דכשמוחל כל החוב תיכף נעש' כל ההיזק אבל כשמסלק שעבודו מקרקע אחת עדיין לא נעש' כל ההיזק ועיין שם ודבריו אינו מוכרחין דהא חופר קרקע המשועבד' לחבירו נמי לא נעשה כל ההיזק ואפילו הכי חייב משום דינא דגרמי וכמבואר בסימן שפ"ח עיין שם אמנ' נרא' דלא מהני כלל סילוק המלוה מקרקע א' דהא טעמא דיכול למחול אחרי נמכר היינו משום דנשאר אצלו שעבוד הגוף דאינו נמכר וכמ"ש ר"ת ומוחל את שעבוד הגוף וממילא לא פרע ערב דהוא שעבוד נכסיו ואם כן זה שלא מחל שעבוד הגוף אלא שעבוד קרקע אחת לא מהני מידי דהא שעבוד נכסים כבר נמכר ללוקח וזה ברור ☜אבל מצאתי בריטב"א בחידושיו למכות במשנה דמעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלף זוז וז"ל מכאן דן מורי הרא"ה ז"ל במי שמכר או נתן שטר חוב לחבירו והאריך לו הזמן שזה בכלל מה שאמרו שאם חזר ומתלו מחול וכו' וכן חייב לשלם מה שהפסיד באריכת הזמן שאומדין כמה היה נותן וכן אם מתל לו זכות ערבו' או שעבוד שום קרק' שמין כמה יפחתו דמי החוב אם בא למוכרו מפני כן ומשלם לו עד כאן לשונו ומשמע

דיכול למחול שעבוד קרקע וצ"ל דהרא"ה סובר כשיטת הרמב"ם בטעמא דמחילה משום דמכירת שטרות דרבנן אבל לדידן דקיימא לן כשיטת ר"ת דמכירת שטרות דאורייתא אינו יכול למחיל רק שעבוד הגוף ולא שעבוד קרקע. ומה"ט ניחא דהש"ע בסעיף כ"ד הביא דצריך לשלם אם מאריך לו זמן ולא הביא מחילת שעבוד קרקע אחת והיינו משום דלא מהני וכמ"ש. ואכתי צריך עיון בתשובת הרא"ש כלל ס"ג סימן ה' דמבואר מדבריו דמהני סלוק שעבוד קרקע א' מכתובת' אתרי נמכר והא הרא"ש בכל דוכתי נמשך אחר שיטת ר"ת ואפשר דשם כתב אליבי' דרי"ף ורמב"ם דס"ל טעמא דמכירת שטרות דרבנן ואם כן אין חילוק בין שעבוד גוף לשעבוד קרקע והנה מבואר שם מדברי הרא"ש דחיוב תשלומין ליכא וטעמא נראה דכיון דמוחל שטר חוב צריך לשלם מבואר בדברי הרמב"ן בספר המלתמות בסוגיא דשיקול הדעת משום דדיבור לא הוי מזיק ממש אלא גורם ואם כן היכא דמוחל כל החוב הוי גורם אבל אם מוחל שעבוד קרקע אחת ה"ל גורם דגורם דהא אפילו חופר בידים קרקע המשועבדת לא הוי אלא גורם ואם כן כי מוחל בדיבור דלא הוי מזיק ממש הוי לי' גורם דגורם ועיק ש"ך סימן שפ"ו סעיף קטן ג' וניחא בזה ליישב מה שהקשו הראשונים בהא דאמרו ספ"ק דמציעא מצא שובר בשוק בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל וניחוש שמא זבנה לכתובתה בטובת הנאה ש"מ איתי' לדשמואל דאמר המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול והקשו מה מגו הוא כיון דאם תמחול תצטרך לשלם כל דמי השטר ולפי דבריהם שנפרע' קודם אינו מחזיר אלא דמים שנתן: ונראה דרש"י כתב שם וניחוש דלמא זבנה לכתובת' ז"ל והבעל יחזיק בקרקע המיוחדת לכתובתה שלא כדין עיין שם ונראה שהוצרך לזה דאלו מה שיחזיק בגוף הנכסים שמשועבדין בלאו הכי לא יצטרך הבעל להוציא מת"י כלום כיון דספיקא הוא ולכן פירש"י בקרקע המיוחדת לכתובתה שלא כדין וראוי שנאמר להוציא קרקע המיוחדת לכתובת' ליד שליש עד שיבורר הדבר אימת נעשה השובר ועיין בשו"ת פנ"י סימן ח' ואם כן כיון דעיקר קושיא מקרקע המיוחדת לכתובתה בזה שפיר משני אי' לדשמואל דאי בעי מתלה לשעבוד קרקע המיוחד' לכתובת' ולא תצטרך לשלם דה"ל גורס דגורם כיון דאינו מזקת אלא בדיבור ודיבור אינו אלא גורם וכמ"ש:

סעיף לט

ה"ז מקח טעות. והא דבנמצא שאינו שלו לא הוי מקח טעות ובזה הוי מקח טעות משום דנמצא שאינו שלו ליכא מום בגוף המקח אלא שאינו שלו מה שאין כן בנמצא פרוע או מחול קודם ליכא שטר חוב כלל רק נייר בעלמא וזה לא קנה נייר רק שטר חוב וזה פשוט אלא שראיתי בתומים שכתב בזה משום דניתן לכתוב דטרת לקיי' המקח דליקו'

בהימנותי' מה שאין כן בזה א"א לקיים המקח עיין שם ואין זה טעמו וממשו דהא לא אמרינן פ' א"נ טעמא דניתן לכתוב אלא למשעבדי אבל מבעל חוב משמע התם דף עיין דבלאו הכי גבי אלא הטעם פשוט כמ"ש דמשום הכי הוי כאן מקח טעות דלא קנה אלא שטר חוב וזה אינו אלא נייר אבל נמצא שאינו שלו הקרקע כדקאי קאי וז"ב:

סעיף מ

אינו גובה ממשעבדי. עיין ש"ך שהניח בצריך עיון כיון דנזקין יש לו קול ועמ"ש בסימן קי"ט:

סעיף מא

מלקוחות שקדמו למחילתם. ונראה לפי מה דקיימא לן גבי שעבודא דר"ן דא"י למחול אם כן אם רוצה גובה מן הלוה כיון דנתחייב לו אם ימחול וכיון דאיגלאי מלתא למפרע שנתחייב בכך וכך המלוה ללוקח אם כן הדר הוי ליה שעבודא דר"ן ולא מהני מחילה ואפילו לא נודע בשעת מחיל' החוב שייך שעבודא דר"ן וכמבואר סימן פ"ו בש"ך עיין שם ומכ"ש כאן ידוע החוב אלא דאם רוצה גובה מלקוחות ולא מצי אמרי לקותוספות זיל לגבי ב"ת אצל הלוה דכיון דכבר מתל ללוה גם הלוה ה"ל לוקח וכמ"ש בש"ך בסימן פ"ו וכיון דהלוה נמי הוי לוקח רצה מזה גובה רצה מזה גובה ועיין בסימן קי"ט:

סעיף מב

גר. כ"כ בעל התרומות שער נ"א שכן הסכימו המורים ובש"ך פסק כדברי הריטב"א ע"ש. וז"ל הריטב"א בפ' האיש מקדש וטעמא דשמואל לאו [משום] מכירת שטרות דרבנן וכו' אלא טעמא כדכתב ר"ת דשני שעבודים כו' ואין המלוה יכול למכור שעבוד הגוף דאפילו עבד עברי אין גופו קנוי כו' וכשמוחל שעבוד הגוף מיד נמחל שעבוד נכסים כמוחל ללוה שנמחל הערב וכו' וכ"ת שבכלל הקנאת שעבוד נכסים הרשאה לתבוע ללוה אם כן כשמת המוכר תבטל הרשאה ותבטל המכירה שהרי אינו יכול לתבוע הנכסים שלא יתבע הערב תחלה כדאמרינן התם בדיינא דאתתי' לנכסי הלוה מקמי דליתבע ללוה מסלקין ליה מה"ט ואלו אנן אפילו יורש מוחל הא כל זמן שלא מחלה יורש המכירה קיימת ואיכא למימר שהלוה נעשה בשעת מתן מעות כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך כ"ז שלא תמחול. ולפיכך גר שמת וכו' ע"ש. וקשה לי דהא בפרק קמא דגיטין שרצו לו' בטעמא דמעמד שלשתם משום דנעשה כאומר לך ולכל מאן דאתי מחמתך הקשו אם כן הקנה לנולדים מאי אי"ל והאי קושיא נמי [תיקשי] במוכר שטר חוב הקנה לנולדי' מאי אי"ל ולכן נראה לענ"ד דודאי אינו נמכר אלא שעבוד נכסים אבל שעבוד הגוף אינו נמכר אבל לא פקע ונשאר אצל הלוקח שעבוד נכסים שהוא הערב

דכיון דהלוה חייב כ"ז שלא מחל לו המוכר הערב גם כן חייב ומאי שהקשה הא לא יתבע ערב תחלה לק"מ דהיינו דוקא שהלוה בפנינו ויכול לתבוע הלוה לא יתבע הערב תחלה אבל אם אין הלו' בפנינו באופן שאינו יכול לתבוע אותו תובע הערב תחלה וכמבואר בסימן ק"ו ולגבי לוקח השט"ח ה"ל כמי שאין הלוה בפנינו והוא רחוק ממדינ' דהא לא קנה שעבוד גופו תובע הערב דהוא שעבוד נכסים וז"ב:

סעיף מג

פקע לי'. ונראה דהיינו דוקא במוכר שטר חוב אבל מוכר משכון ומת הגר כיון דאינו יכול למחול משכון הנמכר דבע"ת קונה משכון אם כן גובה הלוקח ולא פקע במיתת הגר דהא זכה הלוקח בגוף המשכון והא דאמרינן ס"פ הפרה משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר ובא אחר והחזיק בה מוציאין אותו מידו התם כיון דהחזיק בה לאחר מיתת הגר והחוב כבר פקע במיתת הגר אין לו במשכון כלום דנעשה כאלו כבר פרע הלוה דנוטל משכונו אבל זה שקנה המשכון בחיי הגר לא פקע שעבודי' וזה פשוט:

סעיף מד

לגבותו. ודוקא לגבוחו אבל לבשם יש בו דין אונאה כמבואר פ' הזהב ומזה נמי ראי' למ"ש לעיל סעיף קטן כ"ח דהנייר הוא בתורת קנין אצל המלוה דאי למשכון היאך מוכרו לבשם הא אין המלוה רשאי להשתמש במשכון:

סעיף מה

אין נשבעין. ואפילו משבועה שאינו ברשותו פטור מן התורה אלא שדעת הראב"ד פ"ה מטוען דאינו נפטר משבועה זו וטעם לסברא זו כתב הש"ך דכיון דשבועה שאינו ברשותו מסברא ראוי לחייב אפילו אי לאו קרא ולכן אמרינן דהתורה לא פטרה שטרות משבועה אלא שבועה שלא פשעתי דאינו מסברא אלא מצד גזרת הכתוב והיינו שכתב הראב"ד ז"ל תימא גדול הוא זה ואולי ברשותו הוא וכופר הוא בו ע"כ. ובמ"ל פ"ה מטוען כתב דהרשב"א בתשובות סימן תתק"פ כ' בפשיטות כדברי הראב"ד דצריך לישבע על שטרות שבועה שאינו ברשותו והוסיף מדילי' גם כן דצריך לישבע גם כן שלא שלח בה יד עיין שם וקשה לי למה ישבע שלא שלח בה יד הא אפילו שלח בה יד נמי ליפטר כיון דשטרות אין נגזלין ואימעט מדין גזילה וגזל קרקע ושטפה נהר פטור כמבואר פ' הגוזל וכן עבדים ושטרות ואפשר דשליחות יד חמירא מגזילה כיון שהיה שומר עליהן וצריך עיון והר"ן בפ' שבועת הדייני' כתב ז"ל וכתב הרשב"א בשם מקצת רבותיו הצרפתים דש"ח פטור אפילו משבועה שאינו ברשותו ושלא שלח בה יד דמכל שבועות פטרו הכתוב עיין שם ואולי הא דידי' הא דרבי':

סעיף מו

ויש מחייבים בפשיעה. ז"ל הראב"ד בפ"ב משכירות א"א ואם אמת הוא ש"ת למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם ואם נפשך לומר הלא מודה מקצת שאם יודה ישלם ואף על פי כן אינו נשבע הרי אמרה תורה כלל ופרט בש"ח וכלל ופרט בש"ש מה ש"ש מיעט את אלו מעיקר תשלומין ולא מן השבועה אף ש"ח שמיעט את אלו אף מעיקר תשלומין מיעטן ולא מן השבועה. ודברי הראב"ד אין להם ביאור כי ראי' הראשונה לכאורה לאו ראי' הוא כלל וכמו שדתה דמודה במקצת יוכית ואם סמך על הכלל ופרט הי' לו להביא רק הכלל ופרט לא הראי' הראשונה ועיין ש"ך שכתב ליישב אליבי' דהרמב"ם ראי' האחרונה מכלל ופרט הוא דהתורה לא מיעט אלא ממה שריבה והוא ש"ת לשבועה ש"ש לתשלומין אבל פשיעה בש"ח לא צריך ריבוי דקרא כי מסברא מחייב בפשיעה ולא קאי המיעוט על זה עיין שם והוא כעין הסברא שכתב אליבי' דהראב"ד במ"ש דשבועה שאינו ברשותו לא פטרו הכתוב כיון דהוא אתי מסברא ולא מקרא לא קאי מיעוטא עלי' ע"ש. ובזה אפשר לפרש לשון הראב"ד דהרב המגיד כתב בפ' ד' משאלה דעיקר שבועה שאינו ברשותו ואינך ע"י גילגול וכ"כ בשלחן ערוך סימן רצ"ד ואם כן אי נימא דמשבוע' שאינו ברשותו לא פטרו הכתוב ע"כ צ"ל דהתורה מיעט בש"ח אפילו מתשלומין דאי משבועה קשיא ממה נפשך אי אי' שבועה שאינו ברשותו אם כן למה לא ישבע שלא פשע וליכא למימר מודה במקצת יוכית דהא לא פטרו הכתוב אלא מעיקר שבועה אבל גילגול שבועה אפילו עבדים ושטרות מקרקעות לא אמעיט ואי איכא עדים דאינו ברשותו אם כן בלאו הכי ליכא שבועת שלא פשע כיון דאינו ברשותו הוא העיקר ולזה קאמר הראב"ד ואם נפשך לומר מודה מקצת יוכיח ע"כ צריך אתה לומר דגם משבוע.ה שאינו ברשותו פטרו הכתוב דאם לא כן הוי מגלגלין וכמ"ש וכיון דאפילו משבועה שאינו ברשותו פטרו הכתוב ע"כ צ"ל דאפילו מה שנראה מסברא לא מריבוי דקרא גם כן קאי המיעוט דהא שבועה שאינו ברשותו מסברא ידעי אם כן הרי אמרה תורה כלל ופרט וכו' ולא מצית תו למימר דפשיעה כיון דהוא מסברא לא קאי המיעוט וכמ"ש דהא כבר אמרת מודה במקצת יוכיח וס"ל דאפילו שאינו ברשותו דהוי מסברא קאי עלי' המיעוט וק"ל:

סעיף מז

אפילו מפשיעה. עיין ש"ך שדחה ראיות התוספות שהביאו מדפריך מהשוכר את הפועל ולא משני כשפשע וכתב דהא תני בברייתא שכרו לימים. אין לו שכר שבת לפיכך אין אחריו' שבת עליו ואי מיירי כשפשע אמאי אין אחריות שבת עליו דהא כשפשע אפילו

ש"ח חייב. ובתומים המציא פשיעה לש"ש ואינה בש"ח והוא לפי מ"ש בשלחן ערוך סימן ש"ג שומר שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם בש"ח בחנם ובש"ש בשכר חייב ואם הי' לו לשכור ולא שכר הרי זה פשיעה וחייב ע"ש. ואחי התכם השלם מוהר"ר יהודה הכהן ש"ן השיב עליו ואמר דאפילו ש"ש שלא קדם בשכר לא מקרי פשיעה אלא כעין גניבה ואבידה הוא ומשום הכי ש"ש חייב וש"ת פטור ומה שהבי' התומים ראי' מלשון השלחן ערוך סימן ש"ג שכתב הואיל והי' לו לשכור ולא שכר ה"ז פושע וחייב לאו ראי' היא דר"ל דלגבי ש"ש גם בכהאי גוונא מיחשב כפשיעה שהרי שם בשלחן ערוך סעיף י"א גבי רועה ש"ש שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת לחברתה ונפלה דחייב כתב גם כן הואיל ופשע בתחילה והעבירן כאחד כו' הרי הוא חייב והתם כתבו התוספות להדיא בפרק הפועלים דלא הוי אלא כעין גניבה ומשום הכי ש"ח פטור עיין שם וכ"כ כל המפרשים שם ונמצא דבכהאי גוונא אפילו ש"ש לא מחייב מתורת פשיעה אלא מתורת גניבה ויפה אמר. ובלעדי זאת יש גם כן לפקפק עליו דאכתי אי אפשר לפרש הברייתא בכהאי גוונא דהא היכי דמצי להציל בחנם גם ש"ח חייב והוי פשיעה ובשכר לא משכתת בשבת דאסור להשכיר פועלים בשבת בשכירות וכמבואר בא"ת סימן ש"ז סעי' ח' ובלבד שלא יזכיר לו שכירות ואם כן אכתי לא משכחת אחריות שבת:

סעיף מח

ואם קנו מידו. ז"ל הבית יוסף ודע דאמרינן בהזהב שאם קנו מיד השומר שיתחייב בדין השומרים חיוב באחריותן וכתבה הרמב"ם בפ' ב' משכירות ונ"ל דלא קאי אלא אש"ש ומשתעבד ע"י קנין להתחייב בתשלומין אבל לש"ח איך ישתעבד לישבע ע"י קנין ע"כ ובד"מ כתב עליו. ולא ידעתי מה חילוק יש בין ש"ח לש"ש בדין זה דהא אף השומר חינם יכול להקנות ולהתנות שישבע או ישלם והש"ך השיג על הד"מ וכתב דודאי אם התנה השומר חינם שיתחייב לשלם חל הקנין על התשלומין אבל אם התנה שישבע על מה יחול הקנין אין זה אלא קנין דברים עיין שם שהאריך דבריו נכוני' אבל עדיין לשון הבית יוסף צריך ביאור דאם התנה שישבע מה הפרש תו בין ש"ש לש"ח דש"ש נמי במתנה שישבע הויא קנין דברים ובתומים כתב דבש"ש מהני הקנין אף לשבועה ודבריו תמוהין דאטו בש"ש מהני קנין דברים וגם בע"ש כתב להדיא דאפילו בש"ש לא מהני קנין לשבועה ונראה דהב"י עלוהי דהרמב"ם קאי שזכר בשמו דכתב להאי דאם קנו מידו ועל זה קאמר הבית יוסף דהרמב"ם לא קאי אלא אש"ש ולתשלומין וכמ"ש ומשתעבד ע"י קנין להתחייב בתשלומין אבל בש"ח לא מצי קאי דלתשלומין לא איצטריך הקרן שאיהו סובר דעל פשיעה לעולם חייב דהוי כמזיק בידים ולשבוע' לא מהני הקנין דהוי

קנין דברים: ובתשובת מוהר"א ן' ששון ז"ל סימן ע"ג למד מדברי הבית יוסף הנז' דה"ה במתנה ש"ת להיות כשואל ואפילו בדברים בלבד ובהאי הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' דהיינו דוקא דאיכא עדים שנאנס מחויב לשל' אבל אי ליכ' עדי' והשומ' אומ' שישבע שלא פשע כדין ש"ח והמפקיד אומ' שישב' שלא נאנס כדין השואל כיון דקנין ל"מ לשבועה ה"נ שעבוד ל"מ לשבועה דבהאי הנאה לא עדיף מקנין וקנין דברים ל"מ ע"ש. ובש"ך סימן רצ"א העתיק דברי מוהרא"ש הנ"ל באופן אחר והמעיין בגוף התשובה יראה שצדדי ספקו של מוהרא"ש הוא כמ"ש משום דלא מהני קנין לשבועה אלא שנסתפק שם דמל' המרדכי משמע דמהני קנין לשביעה עיין שם וכדעת הד"מ ולי נראה דאפילו לדעת הבית יוסף מחויב לישבע שבועת השואל במתנה להיות כשואל דכיון דחל שעבוד או הקנין לענין תשלומין ואלו נאנס מיחייב לשלם גם הוא מחויב לישבע כשטוען שמתה מחמת מלאכה ולא נאנסה אף בלעדי הקנין או השעבוד על השבועה מה שאין כן בהני דברים שאין דין שמירה בהו כמו קרקעות ושטרות שבלעדי הקנין אין אתה יכול להזקיקו לשבועה אפילו אם קיבל קנין על התשלומין דבהני דברים אית בהו תרתי לגריעותא חדא שאין בהו דין שמירה וגם אין נשבעים עליהן אפילו במוד' במקצת וע"א ונמצא דלעולם אי אתה יכול להשביע את השומר אלא ע"י הקנין וקנין לא מהני לשבועה כ"ז דברי אחי מוהרי"ך הנ"ל ודפח"ח: ועיין בתומים שכתב דבהקדש לא משכחת קנו מידו כיון דבעינין כליו של קונה ומי נתן כליו של הקדש ואי בני העיר נתנו הסודר להקדש אם כן ה"ל הקדש והרי מועיל בהקדש ע"ש. ולפי מ"ש בסימן קצ"ה דאפילו נתן אחר כליו שיקנה חבירו ע"י זה מהני כמו דמהני בכסף שנותן עבור חבירו וכדאמרינן בקידושין דף ח' הרי לך מנה ותתקדש לפ' דמקודשת מדין ערב אם כן בהקדש נמי מהני כה"ג ועיין ש"ע סימן ש"א:

סימן סז

סעיף א

טעם למנהג. בתשוב' הרא"ש כתב טעם שהניחן על מנהגן כיון שפשט המנהג שלא להשמיט והכל יודעין זה ה"ל כאילו התנה המלוה ע"מ שלא תשמט בשביעית. ואכתי קשיא לי בשנה השביעית גיפה דאינו משמט אבל מיד כשגיע תחלת השמט' אין בית דין נזקקין לגבות שום חוב וגם המלוה בעצמו אין לו ליגוש מהתחלת שבע אף על גב דאינו משמט אלא בסופה וכמו שכתב הרא"ש פ' השולח עיין שם ובזה לא שייך תנאי

דזה אינו תנאי שבממון אלא מלתא דאיסורא ועיין בטור סימן כ"ו דאם אין זכות חשיב קנין דברים וה"נ כיון דאינו משמט אלא מלתא דאיסורא אית בי' וצריך עיון:

סעיף ב

משמטת פלגא שהוא מלוה. כתב בהגהת מיימוני לס' משפטים סימן י"ב וז"ל האי עיסקא דפלגא מלוה ופלגא פקדון שביעית משמטת חלק המלוה דלכל תשיבא מלוה הפלגא לענין מקדש במלוה אינה מקודשת וכן במכר לא קנה וכו' תדע מההיא טעמא דמפרש רבא להכי קרי לה עיסקא דאם מת לא נעשו מטלטלין וכו' וההיא טעמא לא מצינו למימר דלא חשיבא נמי מלוה לענין קידושין ומכר דהא אפילו פקדון דקיבל עליו אחריות דינו כמלוה לענין קידושין כדמשמע פ' האיש מקדש דפריך האי פקדון ה"ד אי דקיבל עליו אחריות היינו מלוה והכל לענין מכר וכ"ש לענין שמיטה דהא טעמא דרבא דאמר אם מת אינו נעשה מטלטלין אצל בניו היינו כדפירש התם כיון דבעי שיתקיים ולא לכלותו להוציאו הוי אסמכתא עלי' כמו אמקרקע וכו' אבל גבי שמיטה אטו ראובן שהלוה לשמעון ויחד לו שמעון מטלטלין ברשותו דכה"ג גבי מבניו כדאי' פ' אף על פי מי לא משמטת לי' שביעית כו' סוף דבר דשמיטה משמטת פלגא מלוה ואף על גב דהנותן לא בעי שיוציאנה ויכילנה לגמרי כו' מה בכך הוי ממש כראובן שמלוה לשמעון על משכון שהוא ברשות שמעון ויתד לו שמעון אותו משכון דאפילו נטלו ראובן וחזר והפקידו אצלו שיהא ממושכן בעד מעותיו שביעית משמטתו כיון דלא תפס לי' ראובן וקרינין בי' לא יגוש דמה מועיל לו משכון יותר מבלא משכון אטו בלא משכון מי לא מחייב שמעון לפרוע ואי משום לא יגוש בהאי נמי שייך לא יגוש כיון דלא תפס לי' מחוסר נוביינא ושלום מאיר בר' ברוך עד כאן לשונו. ובעניי לא יכולתי לירד לסוף דברי הגאון הנז' דמ"ש ותדע דאפילו פקדון שקיבל עליו אחריות כו' לענין קידושין כדמשמע בפ' האיש מקדש דפריך האי פקדון ה"ד אילימא דקיבל עליו אחריות היינו מלוה. אתמהא דמבואר שם ההיפך ושם בש"ס דף מ"ת אמר רב המקדש במלוה אינה מקודשת מלוה להוצאה ניתנה מיתיבי האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך והלכה ומצאתו שנגנב או שנאבד אם נשתייר היימנו ש"פ מקודשת ואם לאו אינה מקודשת ובמלוה אע"פ שלא נשתייר הימנו ש"פ מקודשת רשב"א אומר משום ר"מ מלוה הרי הוא כפקדון ע"כ לא פליגי כו' אמר רבא ותסברא הא מתרצת הא משבשתא היא האי פקדון ה"ד אי דקבל עלי' אחריות היינו מלוה והיינו משום דסביר' לי' המקדש במלוה מקודשת אלא דלא קיבל עלי' אחריות ואם כן לא נתחייב בגניבה עיין שם ברש"י ופריך אי הכי אדתני סיפא ובמלוה אע"פ שלא נשתייר ש"פ ליפלוג וליתני

בדידי' בד"א שלא קיבל אחריות כו' עיין שם ומוכח כולה סוגיא שם דפקדון דקבל עלי' אחריות מקודשת ולא קרי התם מלוה אלא לחלק פקדון שנגנב וכן מוכח שם דפליגי במלוה בעין אי מקודשת דר' מאיר סובר מלוה ברשות בעלים לחזרה והוי כפקדון אף על גב דבאונסין לא פליגי עיין שם והוי פקדון שקיבל אחריות וצריך עיון. ומ"ש לענין שמיטה דאפילו נטלו ראובן וחזר ויתדו אצלו שביעית משמטתו כיון דמתוסר גוביינא נראה דאזיל לשטתו וכמ"ש במרדכי בשניות סוף ב"מ ז"ל והר"מ בר ברוך חולק על רבינו יצחק שפסק דכי חזר והפקידו אצלו המשכון ונגנב או נאבד מבית לוה שהפסיד המלוה כי אדרבה נראה לי שלא הפסיד ואם מת הלוה נעשה מטלטלין אצל בניו שהרי אין קנין למלוה כדפרישית וראי' מפ' המקבל משכנו ומת שומטו מעל בניו ומסיק וכי מאתר שמחזירין למה ממשכנין וכו' ודוק מיני' טעמא דמשכנו בית דין אז נעשה משכון וקנהו ולא נעשו מטלטלין אצל בניו הא אם משכן מעצמו אפילו התנה להחזיר ומת תוך הזמן נעשה מטלטלין אצל בניו כו' ונראה דעתו דוקא משכנו ע"פ בית דין שלא בשעת הלואתו דאית בי' קנין דר' יצחק אבל משכנו שבשעת הלואתו דלית בי' משום דר' יצחק לא ואם כן למאן דפוסק דאפילו בשעת הלואתו קונה מדר' יצחק אם כן ה"נ בעיסקא הוי משכון אף על גב דהוי ברשותו. וגם בזה קשה לי דבמרדכי כתב בשם הר"מ בר ברוך דנעשה גם כן מטלטלין אצל בניו ואלו מדברי התשובה הנז' משמע דמודה לענין מטלטלין ובכל זה צריך עיון דרך הקודש של הגאון הנזכר: ☜ובעיקר הדין הנה מדברי רש"י נראה דחלק מלוה מהני לענין קידושין ומכר שכתב בפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ח) גבי מקדש במלוה אינה מקודשת דמלוה להוצאה ניתנה וכתב רש"י ז"ל להוצא' ניתר הלו' רשאי להוציאו בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהא מצוי בכל עת שיתבענו ומשמע דהיכא דמחויב להעמידה בעיסקא דינה כפקדון וכן משמע מלשון רמב"ם פ"ה מאישות ז"ל מפני שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים להנות בו מעתה שכבר הוציאה אותה דינר ועבר' הנאתן עד כאן לשונו והיינו דאף על גב דעדיין בעין כבר עברה הנאתה ומשמע גבי עיסקא דאסור למשתי בי' שיכרא אם כן הרי בא לה הנאה מקודשת ע"י קידושין שתוציא אותן לכל מה שתרצה ועמ"ש בסימן ס"ו סעיף קטן ל"ז:

סעיף ג

זמן לעשר שנים. בפרק קמא דמכות אמר רב יהודא אמר שמואל המלוה את חבירו לעשר שנים שביעית משמטת ואף על גב דהשתא לא קרינין בי' לא יגוש סוף דאתי לידי לא יגוש א"ד אמר רב יהודא אמר שמואל אין שביעית משמטתו ואף על גב דאתי לידי

לא יגוש השתא מיהו לא קרינא בי' לא יגוש. ולכאורה קשה תיפוק ליה כשמלוה לעשר שנים הרי התחייב עצמו לפרוע לעשר שנים ולא גרע מתנאי ע"מ שלא תשמיטני שביעית דאין בו משום מתנה עמ"ש בתור' משום דיכול לחייב עצמו בדבר שבממון ואפילו כתב בשטר לשון פקדון מהני שלא ישמט וכמו שכתב הרמ"א סעי' ט' דה"ל כמו תנאי שלא ישמטנו שביעית ומכ"ש זה שחייב עצמו לאחר עשר שנים: ונראה דשמואל לשיטתו דבפ' הזהב (בבא מציעא דף נ"א) קאמר שמואל טעמא דיכול להתנות תנאיה שלא יהי' אונאה ולא הוי מתנה עמ"ש בתורה משום דמי יימר דאית בי' אונאה והקשו בתוספות שם דאם כן מאי פריך במכות משביעית על אונאה הא גבי אונאה לא ידע דעקר ותירצו דבשביעית נמי לא ידע דעקר דשמא יפרע לו קודם שביעית עיין שם ואם כן לפי זה ניחא גבי מלוה לעשר שנים אי לאו דלית בי' משום לא יגוש הוי שמיטה משמטתו ול"מ התנאי כיון דודאי קא עקר כיון שהתנה בפי' לאחר עשר שנים וכ"ז לשמואל אבל רב ס"ל בפ' הזהב שם גבי מתנה ע"מ שלא יהי' אונאה דתנאו בטל ואליבי' אנו מחלקים בין אונאה לשביעית דאונאה לא ידע דמחיל אבל שביעית ידע דשביעית הוא ומחיל וכן פסק הרמב"ם בפי"ג מהל' מכירה ועיין כנה"ג שהקשה על הרמב"ם דפסק דתנאי מהני בשביעית הא בפ' הזהב מדמי שביעית לאונאה וכיון דפסק באונאה דלא מהני תנאה למה מהני בשביעית ותירץ דהא דמי שביעית לאונאה היינו אליביה דשמואל [דמחלק] בין ודאי קא עקר לספק קא עקר אבל לרב דמחלק בין ידע דמחיל שביעית גם כן לא דמי לאונא' אלא לשאר כסות דידע דהשביעית משמטתו ומחיל. עיין שם ואם כן כיון דלרב דקיימא לן כוותי' אפילו ודאי קא עקר כיון דידע ומחיל מהני אם כן מלוה לעשר שנים לא גרע מתנאי שלא ישמיט שביעית וכמ"ש כיון דהתחייב עצמו לפרוע אחר שביעית וידע ומחיל. ובזה ניחא השמטת הרי"ף הך מימרא דשמואל במלוה לעשר שנים והקשו עליו בזה עיין שם בעל המאור ולפי מ"ש דכיון דהרי"ף פסק כרב דמהני תנאי וכבר הביאו בהלכותיו אם כן מלוה לעשר שנים לא גרע מתנאי ודו"ק שוב ראיתי בירושלמי ז"ל ר"י בי ר' בון בשם רב המלוה את חבירו ע"מ שלא תסמיטנו שמיטה אין השביעית משמטתו והא תנינן נותנין מכאן ועד עשר שנים ויש עשר שנים בלא שמיטה ר"ה אומר אתפלגין ר"נ ור"ש חד אמר במלוה על המשכון וחרנה אמר בכותב פרוזבל עיין שם ובש"ס דילן מייתי פרק קמא דמכות סיוע למימרא דשמואל במלוה לעשר שנים כיון דהשתא לא קרינן בי' לא יגוש לא משמט ומייתי לה ממתני' מכאן ועד י' שנים ודחי לה נמי במלוה על המשכון עיין שם אבל הירושלמי נראה דס"ל במלוה לעשר שנים כיון דסוף אתי לידי לא יגוש הוי שמיטה משמטתו אלא הא דמהני לעשר שנים היינו משום

דלא גרע מתנאי וכמ"ש כיון דהתחייב עצמו לאחר עשר שנים לפרוע הרי התנה שלא ישמט שביעית ולזה. פריך מה קא משמע לן רב דתנאי מהני הא ממתני' מכאן ועד עשר שנים מוכח דתנאי מהני משום תנאי וכמ"ש ודחי לה במלוה על המשכון או בפרוזבל ובספר פני משה ראיתיו מפרש למימרא דרב ע"מ שלא תשמיטני שמיטה היינו מלוה לעשר שנים ומשום דהשתא לא קרינן בי' לא יגוש וכדאמרינן פרק קמא דמכות עיין שם ואין לשון הירושלמי משמע כן אלא מימרא דרב הוא דינא דתנאה מהני בשביעית ומכאן ועד עשר שנים נמי מהני מדין תנאי אליבא דרב דקיימא לן כוותי' וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ד

לעשר שנים. עיין ב"ח שכתב דמלוה סתם אף דסתם הלואה ל' יום ושמיטה בתוך ל' אין זה כמלוה לעשר שנים ושביעית משמטתו:

סעיף ה

המלוה על המשכון. כתב בגי"ת דף ר"ו דאם חייב לו ותפס מן הלוה מטלטלין אף על פי שלא נתנו לו בתורת משכון מכל מקום כיון דתפס ואין צריך להחזיר לו עד שישלם לו המעות לא הוי בכלל לא יגוש ואין שביעית משמטתו עיין שם ובתומים ז"ל ותמהני עליו הא בגמ' לא קאי הך סברא דטעמא משום דתפס דפריך בפ' השולח אלא מעתה הלוהו וכו' אלא דקני מדר"י משמע היכא דלא מסרו לידו בתורת משכון אף על פי דתפס כיון דלא שייך בי' דר"י קנה וכו' ולכן אין מקום לדבריו כלל ע"ש. והמעיין בש"ס יראה דלא נאיד הש"ם מהאי סברא דתפס כי מדברי התומים מבואר דנאיד הש"ם מהאי סברא עד דמסיק אלא דקני מדר"י ובאמת לא נזכר בש"ס אלא עיין שם בש"ס מלוה על המשכון מ"ט אמר רבא משום דתפיס לי' א"ל אביי אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו דתפיס לי' ה"נ דלא משמט אמר לי' שאני משכון דקני לי' מדר"י הרי בהדיא דלא נאיד הש"ם מהך סברא דתפיס אלא דפירושי קא מפרש דאביי ס"ד דסגי בתפס לחודי' ומשום הכי הקשה אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו ומשני דהאי תפיס משום דקני מדר"י אבל בקרקע לא שייך דר"י וכ"כ תוספות שם ד"ה דתפיס לי' פי' בתורת משכון ואם כן הוא הדין בתפס מן הלוה מטלטלין אף על פי שלא נתנו הלוה מדעתו המלוה בעצמו תופסו למשכון ובזה נמי שייך דר"י וכמבואר ברמב"ם פ"ו ממלוה א' המשכן את חבירו בזרוע וא' עפ"י דעת הלוה צריך להחזיר הכר בלילה וכן פסק בשלחן ערוך סימן צ"ז עיין שם וכיון דצריך להחזיר הכר בלילה ע"כ קונה משכון מדר"י דאם אינו קונה צדקה מנין וכמבואר אצלינו בסימן ע"ב סק"ב ואם כן דברי הג"ת ברורים. ומ"ש אף על פי שלא נתנו בתורת משכון היינו שהלוה לא נתנו אבל המלוה ודאי תופסו למשכון וכיון דתפיס לי' למשכון קונה

מדר"י אלא היכא דהמלוה אינו תופסו בתורת משכון לא קני משכון וכמבואר באבן העזר בטור סימן כ"ה בשם הרמב"ם דהיכא דלא נקטי' בתורת משכון לא קני אבל היכא דנקטי' למשכון אפילו בזרוע נמי קונה משכון ואינו משמט וז"ב:

סעיף ו

או העדים חותמין. והוא משנ' במס' שביעית ואמרו בפ' השולח ל"ש חתמו בלשון עדי' ל"ש חתמו בלשון דיינים וקשה דהא הוי מפי כתבם כיון דלא נעשה מדעת המתחייב ועיין בתוספות פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ') מחאה בפני שני' מודעא בפני ב' ואצ"ל כתובו דהקשו תוספות דהא הוי שלא מדע' המתחייב והוי מפי כתבם ותי' במחא' הוי תקנת חכמים שיהא חשוב עדים כדי לבטל החזקה ובמודע' נמי תקנת חכמים כדי להציל הנאנס ועיין שם וה"נ קשה דהא הוי מפי כתבם בשלמא כשחותמין דיינים לא שייך מפי כתבם דהוי מעשה בית דין וגבי דיינים לא שייך מפי כתבם אבל בעדים קשה ואין לומר דהוי כאלו נעשה מדעת הלוה דודאי ניחא לי' בפרוזבול כדאשכחן דזבין לו קרקע דהתם כיון דשם זכות הוא לשעתו בקרקע אע"גדנמשך איזה חוב הקילו בפרוזבול וכמו שכתב הר"ן בפ' השולח אבל היכא דליכא שום זכות ודאי אין תבין לו שלא בפניו ונראה דכיון דקיימא לן דנאמן אדם לומר פרוזבל הי' לי ואבד ואם כן חתימת עדים לא בעי לראי' דהא נאמן אלא דבזמן המשנה הוי צריך דוקא שטר ואם מוסר מילי לא מהני להכי צריך עדים או דיינים על השטר ובזה לא שייך מפי כתבם כיון דא"צ לראי' דהא הוא נאמן בכך ואינו אלא להקנא' לשעתו והרי הוא כמו שטר קידושין וגט לר"מ דע"ח כרתי דמועיל לשעתו וכיון דלאו מפי העדים אנו חיין אלא מפיו סגי לי' בחתימת סהדי דאינו אלא להקנאה ובזה ניחא הא דפסקינן דנאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד כר"נ פ' השולח (גיטין דף מ"ז) שם ושם פריך עלה ממתני' וכן בעל חוב שמוציא שטר חוב ומשני תנאי היא וכיון דסתם מתני' דאינו נאמן הי' ראוי לומר הלכה כסתם משנה ומה"ט פסק הרי"ף דלא כר"נ ולפי מ"ש איכא סתמא אחריני דנאמן מדתנן העדים חותמין ואי אינו נחמן הוי מפי כתבם ולא הוי מהני עדים וכמ"ש:

סעיף ז

מוציאן שטר מהמלוה. ז"ל הסמ"ע דודאי דמי הנייר צריך הלוה להחזיר דה"ל השטר משכון בידו בעד דמי הנייר אבל דמי שכר הסופר א"צ ליתן לו דג"כ נשמע בשביעית דהא גוף השטר אינו שוה יותר מדמי הנייר לצור ע"פ צליחותו עד כאן לשונו ובט"ז הקשה דאי נימא דהנייר הוי משכון אם כן כל החוב לא ישמט למאן דאמר דאף היתר על המשכון אינו משמט ועמ"ש שכתב דהנייר לא הוי משכון כיון דלא נקטי' למשכון

אלא לראי' והא דאמרינן שמין את הנייר היינו לפי כשמקדשה בשט"ח ודאי דעתו למשכון דאדם יודע שהמקדש במלו' אינה מקודשת ע"ש. ולא נהירא דהא בטור כתב בשם הרמ"ה באבן העזר סימן כ"ח ז"ל הא דמקדשה במלוה שיש עלי' משכון והיינו דוקא בנקטי' למשכון אבל לא נקטי' למשכון אפילו מצי לתפוסי אזוזי לא מהני עיין שם ונימא אדם יודע שהמקדש במלוה אינה מקודש' דעתו למשכון אבל בקושיות. הטורי זהב כבר הארכנו בזה בסימן ס"ו ע"ש. ובדברי הסמ"ע נראה דמיירי שהמלוה בעצמו נתן שכר הסופר וגם נייר שלו מדכתב והלוה א"צ לשלם שכר הסופר משמע דהמלוה נתן ובזה ודאי אין המלוה צריך להחזיר ואפילו לדעת האומרי' בשטר שנמכר ומחל המוכר דצריך הלוקח להחזיר הנייר היינו היכא שהלוה נותן שכר הסופר כמבואר ברשב"א ובחכמי פרובנציא בשטתם מדתנן הלוה נותן שכר הסופר ואם כן הוי ניירא דלוה אבל היכא דמלוה נתן שכר הסופר ודאי ניירא דידי' הוא דפרע לי' הלוה וכן מבואר בישש"ש בפ' האיש מקדש סימן י"ג דמיישב הסוגיא שם דשמין את הנייר למאן דאמר דהלוקח צרך להחזיר הנייר מוקי לה דמיירי שהי' המלוה נותן דמי הנייר ושכר הסופר דאז ודאי א"צ להחזיר עיין שם ואם כן בכי ה"ג דמיירי הסמ"ע דמלוה נתן דמי הנייר ושכר הסופר ודאי דידי' הוי הנייר עד דפרע לי' דמי הנייר וזה פשוט:

סעיף ח

עוענין ללוקח. בכנסת הגדולה הקשה למה לא כתב בעל הטורים דטוענין ללוקח שתנאי הי' בין לוה ומלוה שלא ישמיטנו שביעית ועיין שם שהניח בצריך עיון. ונראה כיון דאם התנה שלא ישמיטנו שביעית לא מהני דהוי מתנה עמ"ש בתורה כיון דהתנה על השמיטה גופה אלא באומר ע"ז שלא ישמט חוב זה הוא דמהני תנאי דקאי על הלוה וכמו שכתב הרמב"ם וש"ע סעי' ט' שנמצא שחייב עצמו בממון שלא חייבתו התורה שהוא חייב וכיון דתנאיה זה לא נכתב בתוך השטר אלא בע"פ הוי התנאי אם כן אינו אלא כמחחייב ע"פ לפרוע אחר שביעית ולוקח השטר לא זכה בזה דהא חוב על פה אינו נמכר אלא במע"ש והלוקח לא זכה אלא בשטר במה דכתיב לי' קני לך איהו וכל שעבודי' וחוב שבשטר נשמט בשביעית וחוב אחר הוא דנתחייב בתנאי ע"מ שלא ישמט הוא בשביעית וחייב עצמו בממון שאינו חייב אבל בע"פ והלוקח לא זכה בזה משום הכי הוצרך לומר בעל הטורים דטענינן פרוזבול דבזה השטר בחוקפו וק"ל:

סימן סח

סעיף א

חוץ משטרי מקח. פרק קמא דגיטין דף י' כל השטרות העולים בערכאו' של נכרי' אע"פ שחותמיהן נכרים כשרי' ופריך קא פסיק ותני ל"ש מכר ול"ש מתנה בשלמא מכר מכי יהיב זו כו' אלא מתנה במאי קנה לאו בהאי שטרא והאי שטרא חספא בעלמא. וקשה לפי מ"ש במרדכי בשם ספר החכמה בטעמא דערכאו' דכשרין משום דלא מרעי נפשייהו ואלו משה ואהרן פסולי אף על גב דמהימני דהטעם הוא משום דלא בעינן דוקא ישראל לעדות וכל מי שמוחזק בכשרות כשרים להעיד מן התורה עיין שם ואם כן מאי פריך שטר מתנה במאי קנה אמאי לא כיון דלעדות כשרים המה כמו ישראל ונראה דרש"י נמי הכי ס"ל כספר החכמה שכתב רש"י פרק קמא דגיטין דף ט' דגיטי נשים פסולים משום דלאו בני כריתות נינהו אבל על הדינין נצטוו עיין שם ואם כן מאי פריך שטר מתני במאי קני ויראה לפי מה שכתבו תוספות בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף נ"ד) בשם רבינו תם דקרקע דנקנה בשטר היינו משום דכתיב ואקח את ספר המקנהסגבי ירמי' בישראל הוי עיין שם וכ"כ תוספות פרק קמא דקידושין דף י"ד ד"ה הואיל וכל קנינו בכסף דאפילו בקרקעות נכרי אימ קונה בשטר ואם כן ניחא דשטר מתנה ל"מ דכי היכא דפסילי בגיטי נשים משום דלאו בני כריתות נינהו ה"נ פסילי בשטרי משום דלאו בני שטרא נינהו וכל קנינו אינו אלא בכסף וק"ל:

סעיף ב

ושט"ח. עיין ש"ך שפסק כראב"ד דיכול לטעון פרעתי כיון דאינו גובה ממשעבדי ולית לי' קלא לא חשש להניח בידו עיין שם ועייו בתשובות ריב"ש סימן תע"ה שכתב לחלק לדע' הגאונים בין כת"י שאין לו תורת שטר כלל אהני טעמא שאינו גובה ממשעבדי שיכול לטעון פרעתי אבל בשטר גמור אע"פ שאינו גובה ממשעבדי אינו נאמן לומר פרעתי ומביא ראי' משטר העשוי בעש"נ ומשמע דבזה א"י לטעון פרעתי:

סימן סט

סעיף א

מנכסים ב"ח. כתב בתשובת מוהר"מ לובלין סימן ל"ה ז"ל אותו כת"י שטר גמור הוא לכל הדברים ויש לו דין קדימה אפילו בקרקעות וא"צ ראיה ועדות כ"כ שנמסר בזמנו רק זמנו של שטר מוכיח עליו וחזק' שנמסר בזמנו רק גילוי מלתא בעלמא שאין הדבר מרומה ח"ו עיין שם שהאריך אבל מתשובת הרשב"א שהובא בבית יוסף סימן מ"ז

משמע דגבי כת"י אין הזמן ראי' משום דחיישינן לקנוניא. גם בתשובת מוהר"מ אלשיך סימן ס"ב כתב בפשיטות דלא שייך קדימה בכת"י דחיישינן לקנוניא: אמנם נראה דאם תפס לא מפקינן ומצי אמר הכתב בזמנו נכתב וראי' מדברי התוספות רפ"ק דגיטין גבי שלשה גיטין פסולין וא' מהם כתוב בכת"י ואין עליו עדים דפסול משום דהוי כגט שאין בו זמן וז"ל תוספות שם וא"ת בשלמא למאן דאמר משום בת אתותו הכא בכת"י נמי איכא למיחש שמא יחפה אלא למאן דאמר משום פירי קשה לר"י מה חשש יש בכח"י ואם יש לחוש שיקדים זמן לטובת האשה אע"פ שבא לגרשה ולעשות עמה קנוניא שתגבה מן הלקוחות שמכר להם פירות מאותו זמן הכתוב בגט כו' אם כן לא נסמוך לטרוף מן הלקוחות מזמן הכתוב בו וי"ל דודאי אינו נאמן ולכך פסלוהו וכו' ועוד י"ל דחיישינן דאחר הכתיבה מיד תתפוס הפירות ותאמר שכבר נתגרשה מזמן הכתוב בו עד כאן לשונו ומשמע דתפיסה מהני בכת"י אף על גב דבהודאה ע"פ לא מהני כלל לחוב לאחרים אבל בכת"י מהני תפיסה אפילו בעדים שנכתב בזמנו ☜ועיין בתשובת מוהר"ם אלשוך סימן ס"ב בראובן שמכר ביתו לשמעון ודר בו שמעון שנה או יותר ואח"כ יצא שמעון מן הבית וחזר ראובן לביתו. והוצרך שמעון ללות מעות מלוי ומשכן לו שטר המכר וכו' ויהי היום ותבע לוי לראובן שכר הבית או תן לי הבית כי שטר מכר שמכרת לשמעון ממושכן הוא בידי על חוב שיש לי עליו והשיב ואמר הנה בידי כת"י של שמעון איך חזר ומכר לי הבית וכו' ולוי טען הנה שטר המכר שמכרת לו בידי ואין כח בכת"י הזה לשבר כח השטר ההוא ואפילו שמעון מודה לך שכתב ומסר לך קודם החוב שמא קנוניא אתה עוש' להפסיד ממני וכתב שם דלא זכה ראובן בבית אף שכת"י של שמעון מוקדמת לחוב לוי דחיישינן לקנוניא והביא ראי' מתשובת הרשב"א שהובא בבית יוסף סימן מ"ז ע"ש. ולפי מ"ש דמהני בי' תפיס' אם כן אין מוציאין מיד ראובן דהוא ודאי לוקח ושעבודו דלוי הוי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וכההיא דתנן בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) בנפל הבית עליו ועל אביו דאמרי ב"ה דהנכסים בחזקתן ואין ספק שעבוד מוציא מידי ודאי יורש וה"נ אין ספק מוציא מידי ודאי והנכסים בחזקת ראובן דהוי לוקח ועמ"ש בסימן מ"ח. שוב ראיתי בחידושי מוהר"ם לובלין שם בהא דכתבו תוספות שמא תתפוס הפירות ז"ל ורוב התלמידים מפרשים כו' דאחר התפיסה אין כח בידינו להוציא מידה כי היא תאמר שכבר נתגרשה לזמן הכתוב בו והמוציא מחבירו עליו הראיה ופי' זה נראה בעיני דחוק כו' ויש לפרש כוונתם בע"א דחיישינן שקודם שיתן לה הבעל הגט לשום גירושין אלא מיד אחר שכתבו תקח היא הגט ותטרוף בו הפירות מהלקוחות ותאמר שכבר נתגרשה מזמן הכתוב בו אף על פי שלא תטרוף

בפירות אלא מהיום ולא מזמן הקדום היא תטרוף שלא כדין אבל גט החתום בעדים מיד אחר החתימה אין לבעל פירות למאן דאמר משום פירא כדלקמן בפ"ב ולכך ליכא למיחש וכשתטרוף כדין תטרוף עכ"ל: אמנם לתלמיד כמוני נראה כדעת רוב התלמידים דמ"ש אבל גט החתום בעדים מיד אחר החתימה אין לבעל פירות ליתי' דע"כ לא אמרינן אין לבעל פירות משעת חתימה אלא אם נתגרשה לבסוף אבל אם לא נתגרשה אין לה פירות וכמו שכתב הרמב"ן בפ"ב דגיטין בחידושיו עיין שם ובר"ן שם וז"ב ועוד דכיון דכתב בכח"י הוי כמו חתם ידו וכמבואר בסימן זה ובגט כיון שכתוב שם הבעל ודאי הוי כמו חתימת ידו ואם כן הוי לי' שעת חתימה ולא אמרינן יש לבעל פירו' אחר כתיבה אלא בכתוב כת"י אחר גם לפי האמת כת"י פסול אבל אי נימא כתוב בכת"י כשר אם כן ה"ל חתימה ולכן נראה לענ"ד העיקר כדע' רוב התלמידי':

סעיף ב

אם נתקיים. כתב הטור בשם רב שרירא גאון שאין מקיימין אותו משתי שטרות או משתי כתובות דכיון דקיום שטרות דרבנן היכא דאתמ' אתמר היכא דלא אתמ' לא אתמר ונרא' שאין לחלק בין קיום דהכ' לשאר קיומי' ועיין ש"ך וכבר מבואר אצלינו ביאור היטב בזה בסימן מ"ו סק"ח:

סעיף ג

וי"א דא"י לטעון פרעתי. והרשב"א הוכיח דא"י לטעון פרעתי מהא דאמרינן בשטר פקדון דאינו נאמן לטעון החזרתי אלא במגו דנאנסו אף על גב דאינו גובה ממשעבדי ובש"ך דחה ראי' זו דהתם גופי' להכי אינו גובה ממשעבדי אלא משום שיכול לטעון החזרתי במגו דנאנסו ואי לאו מגו הי' נמי גובה ממשעבדי. אבל נראה ראיית הרשב"א מהא דאמרינן שם פרק המוכר דף עיין וכי טעין נאנסו מי לא בעי אשתבע ומסיק מאי נאמן בשבועה ואי נימא דהיכי דאינו גובה ממשעבדי יכול לטעון פרעתי אם כן כיון דודאי נאמן החזרתי במגו דנאנסו על כל פנים בשבועה אם כן תו אינו גובה ממשעבדי דהא טענינן להו החזרתי וכיון דאינו גובה ממשעבדי הדר הוי לי' התזרתי טענה מחמת עצמה כיון דלא חשש להניח בידו וליהמני' בלא שבועה אע"כ אפילו אינו גובה ממשעבדי החזרתי לא הוי טענה מחמת עצמה. ועוד דהא לפי דעת הש"ך בסימן ק"ח טענינן ליתמי נאנסו אף על גב דלא שכיח אם כן אפילו בלא מגו אינו גובה ממשעבדי דהא טענינן להו נאנסו. ועוד שם בש"ך מחלק בין שטר לכת"י דגבי שטר אפילו אינו גובה ממשעבדי אינו מניח ביד חבירו כמו בשטר שאין בו אחריות ובזה דבריו נכונים זכ"כ בריב"ש סימן תע"ח עיין לעיל בסימן ס"ח סק"ב ועיין פוסקי' שהביאו בשם הראב"ד

דבכת"י אינו יכול לטעון פרעתי ובשט' העשוי בעש"נ דעת הראב"ד דיכול לטעון פרעתי ולא גרע שטר מכת"י שאינו גוב' ממשעבדי ואולי תרי ראב"ד נינהו:

סעיף ד

אמנה היתה. עמ"ש בסימן מ"ו סק"א:

סעיף ה

כתוב בו נאמנות. עיין בטור שכתב בשם בעל התרומות דא"צ קנין ומשמע אפילו שלא בשע' הלואה. ובסימן ע"א דעת הטור דהא מהני נאמנות בלא קנין היינו דוקא בשעת הלואה אבל שלא בשעת הלואה ולא קנו מיני' לא משתעבד ובש"ך מיישב ע"פ דברי הב"ת לחלק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי ומסתימת דברי הטור [משמע] דאין לחלק בכך ולעולם בעי קנין שלא בשעת הלואה וכמ"ש בסימן ע"א. אבל העיקר הוא לפי שמשתעבד ע"י שטר כמו בקנין והא דבעי קנין היינו באומר בע"פ:

סעיף ו

הואיל ומודים. ועיין סמ"ע שכתב דאף שציוה ואמר שחייב לו בכת"י אימא שלא להשביע אמר כן עיין שם ובש"ך השיג דאם כן אפילו היורשין מודי שהוא כת"י אביהם נמי נימא שמא פרע אביהם ומה שהודה הי' שלא להשביע. ואין זה קושיא דהיכא שהחוב כתוב ודאי לא אמר שלא להשביע וכמבואר בתוספות פ' ג"פ דף קע"ת ד"ה הא דלא מקוים עיין שם ז"ל אלא נראה לרבי דהיכא דנקט ההיא מלוה שטרא ומקיי' לי' אין הלו' רגיל לומר שלא להשביע שחייב לו מנה כמ"ש בשטר היכ' דפרעו שלא יהא סבורי' העול' שלא פרעו עד כאן לשונו ועיין ש"ך סימן רנ"ה דמוקי לה התם בשטר פקדון ועיין שם ובשטר פקדון נאמן לומר החזרתי ואפילו הכי כל דמקויים אין הנפקד רגיל לומר שלא להשביע כיון דאיכא שטרא ואם כן הוא הדין בכת"י אבל אי קשיא הא קשיא דהא מבואר בסימן מ' בטור וש"ע שהאומר בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר אע"פ שלא אמר אתם עדי הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאומר הוו עלי עדים וחייב לשלם והוא מש"ם פ' הנושא אלימא מלתא דשטרא כמאן דאמר אתם עדי ואם כן מה לי אומר חייב אני מנה. בשטר או חייב אני מנה בכת"י כיון דאלימא מלתא דשטרא. מיהו הטור ס"ל בסימן פ"א דאפילו אומר אתם עדי אם שלא בפניו הודה לאו כלום הוא כיון שהודה שלא בפני המלוה ואם כן כאן נמי מיירי שהודה שלא בפני המלוה ולא אלימא מלתא דשטרא יותר מאתם עדי והב"ת כתב בסימן פ"א דבעל התרומות גם כן סובר דלא מהני שלא בפניו אתם עדי ודינ' דהכי הוא מבעל התרומות והטור וניחא לשטתם ואם כן לדידן דקיימא לן דאתם עדי מהני אפילו שלא בפניו אם כן הוא הדין חייב אני לך מנה בכת"י

דאלימא מלתא דשטרא ולא מצי טעון לא השטאה ולא השבעה ☜ועיין ש"ך סימן פ"א סעיף י"ט שכתב באומר חייב אני לך מנה בשטר דהוי כאתם עדי וכתב שם ז"ל ונראה דאפילו הרמב"ן והרשב"א החולקין גבי חיוב שמחייב עצמו מודים כאן. לענין הודאה ועמ"ש בסימן פ"א סעיף קטן כ"ב ובסימן רנ"ה סעיף ב':

סעיף ז

אפילו בלא שבועה. ואפילו ידוע שלא נשבע אביהן סמ"ע. ונסתפקתי אם הי' פסק לישבע שבועת התורה ולא נשבע ומת אם היורשין מתויבים לשלם דכאן מיירי בשבועת היסת אבל שבועת התורה צריך לישבע או לשלם וכיון שמת ולא נשבע רמי חיובו עלי' לשלם ומהא דאמרינן שבועת ה' תהי' בין שניהן ולא בין היורשין לאו ראיה דהתם הי' החיוב על היורשין דאמרי תמשין ידענא ותמשין לא ידענא ועל אביהם לא היה חיוב שבוע' אבל כאן שהי' כבר פסק על אביהם לישבע כבר נתחייב בתשלומין אם לא ישבע ומחויבין היורשין לשלם מנכסי אביהן ונראה דדבר זה תליא במחלוקת הקודם שבין הראשונים בענין מתוך שאיל"מ היכא דלא הוי ליה למידע ועיין בעל המאור פרק המוכר גבי שטר כיס היוצא על היתומים וז"ל וראיתי בפירוק קושיא זו סברות רבות יש מי שסובר לומר היינו טעמא דלא טענינן ליתמי נאנסו דאם כן ה"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם כו' והר"ר אברהם דחה זו הסברא ואמר דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא בענין היו שניהם חשודין דאיכא גבי לוה ריעותא דחשדא אי נמי גבי תמשין ידענא דריע נמי טענתיה מ"ש דידע בהני ובהני לא ידע אבל הכא דגבי אביהם לא הוי ריעותא דאלו הוי קיים הוי נשבע ופטור נפשי' לא אמרינן הכי והביא ראי' לדבריו מדברי ר' חננאל ז"ל ולא הי' צריך לטעם שאמר ולא לראי' שהביא כי הטעם והראי' מן הכתוב ומן ההלכה דתני אמי שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשין אלמא שאין על היתומים לעולם שבועת התורה בטענת א"י ולא אמרי' בי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם עד כאן לשונו והנה מדברי הר"ר אברהם למדנו בטעמא דפוסקים דהיכא דלא ה"ל למידע לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם והוא משום דלא אמרינן מתוך אלא היכא דריע טענתי' או משום חשדא או משום דלא ידע במקום דה"ל למידע והיינו נמי טעמא דיורשין פטירי משום דלא ה"ל למידע וכמו שכתב הרא"ש פ' הכונס ולא ריע טענתי' ואם כן לפ"ז נראה דה"ה אם נתחייב אביה' שבועת התורה ומת לא אמרינן לשלם כיון דלא ריע טענתי' וה"ה אם נתחייב שבועת התורה ואח"כ נעשה חשוד כיון דבשעת טענה לא ריע לא אמרינן מתוך: אבל לפי שטת הרמב"ם ודעימי' אפילו היכא דלא ריע טענתי' כיון דלא ה"ל למידע נמי אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וטעמא דיורשין

פטירי משום דאינהו לאו בעל דין וטענינן להו טענתא דאביהן וכמ"ש בש"ך סימן ע"ב אבל אם נתחייב שבועה ואח"כ נעשה חשוד אמרינן מתוך וישבע שכנגדו כיון דלא בעי ריע טענתי' וה"ה נתחייב שבועה ומת אפשר דהוה מתוך שאינו יכול לישבע משלם שוב ראיתי במוהרי"ק שורש ק"כ שכתב ז"ל ולא מבעיא היכא שהי' האב רוצה לישבע אלא אף על גב שלא הי' האב רוצה לישבע אפילו הכי פטירי היתומי' מלשלם כדמוכח בפ' המפקיד (בבא מציעא דף ל"ד) אמתני' דשלם ולא רצה לישבע דבעי תלמוד' התם אמר הריני משלם ומת ואמרו בנים אין אנו משלמין מהו מהדר קא הדרי או דלמא כו' משמע בהדיא דמצי בנים למימר אין אנו משלמין ואף על גב דאמר אביהם הריני משלם כ"ש היכא שלא נתרצה האב לשלם ואפילו בשבועת השומרין דהוי דאורייתא ואין צ"ל באינך שבועת דרבנן כגון שבועת השותפיסן והאפוטרופסין וזה פשוט כביעתא בכותחא עד כאן לשונו. ואולי סבור' לי' למוהרי"ק כשטת תוספות והרא"ש דהיכא דלא ה"ל למידע לא אמרינן מתוך אבל לפי שטת הרמב"ם ודעימי' נראה דכיון דמת ואינו יכול לישבע משלם וכמ"ש וראיית מוהרי"ק לענ"ד אינו מוכרח דהא התם בעי נמי בדידי' אמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם מהו מהדר קא הדר וכתבו תוספות והרא"ש שם דודאי אינו יכול לחזור בתר דאמר הריני משלם אלא דאם חזר ואמר איני משלם לא מקני לי' כפילא משום דאטרחי' בי דינא ועיין שם ואם כן הוא הדין גבי יורשין ודאי מחייבי לשלם כיון דכבר אמר אביהם הריני משלם אלא דאיבעי אי נימא מהדר קא הדרי לא מקני כפילא משום טירחא דבי דינא. ועוד דמוכח ע"כ דיורשין לא מצי הדרי דאם נימא דמצי הדרי ופטירי מלשלם אם כן ודאי לא מקני לי' כפילא כיון שאין עליהם חיוב שבוע' וכמ"ש בסימן רצ"ה דהיכא דאי' עדים שנאנסו דא"צ שבוע' לא מקני כפילא ע"ש. אלא פשוט הדבר דיורשין לא מצי הדרי אלא דאיבעי משום טירחא דבי דינא ולכן יראה בנתחייב שבועה ומת הוי ספיקא דדינא וכמ"ש דתליא במחלוקת הקדו' בענין מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולא הוי לי' למידע ויש לחלק וצריך עיון ☜וה"ה נתחייב שבוע' ואח"כ נעשה חשוד וכמ"ש מיהו הי' חשוד בשעת שבועה ואח"כ עשה תשובה לא מבעיא לדעת הר"ר אברהם משום דריע טענתי' דחשוד אם כן ה"נ בשעת הדין כבר ריע טענתי' ואמרינן מתוך אלא אפילו לדעת הרמב"ם ודעימי' דאין חילוק בין ריע טענתי' או לא מכל מקום כיון דהי' כבר חשוד בשעת טענה וה"ל בדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכשנגדו נשבע ונוטל לא הדר דינא אפילו עשה תשובה אח"כ ועמ"ש בסימן ל"ד סק"א:

סימן ע

סעיף א

שצריך לברר. והנה דעת כל הפוסקי' שוין בזה דהיכא דאי אפשר לברר והיינו כגון שהלכו או מתו דלא הפסיד לבד דעת רש"י פ' ז"ב דאפילו היכא דאי אפשר לברר כגון שמתו גם כן הפסיד ועיין בית יוסף וכנה"ג מיהו נראה דאפילו לדע' רש"י דוקא באומר פרעתיך בעדים ולא אמר שמתו או הלכו משום הכי צריך לברר דוקא אבל אומר בפירוש פרעתיך בפני עדים והלכו או מתו ודאי נאמן בדבריו וא"צ לברר וכדאמרינן בשבועות ואם אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למדינת הים נאמן:

סעיף ב

בשעת הלואה. והוא דעת הר"ן גם כן בפ' שבועת הדיינים דאפילו אמר הלוה אין רצוני לפרוע לך בעדים אפילו הכי צריך לפרוע בעדים ודעת הרא"ש והטור דשלא בשע' הלואה בעינן שיקבל עליו הלוה בפירוש ובשתיקה לא סגי ודעת הרמב"ן דשתיקה מהני אבל אם מיחה א"צ לפרוע בעדים:

סעיף ג

לאחר הלואה. עיין ברא"ש וטור דהיכא דהתרה בפני בית דין אל תפרעני אלא בעדים אפילו מיחה הלוה ואמר איני רוצה לקבל תנאי זה אין מחאתו כלום לפי שהוצרך להביאו לפני ב"ד. ובש"ך כתב וגם על זה יש לדחוק דהיאך יכול זה להכריתו לקבל תנאו בע"כ והניח ב צריך עיון. ואפשר דכיון דאם שאל המלוה לפני בית דין לכתוב הפסק כותבין ונותנין לו בע"כ דלוה ותו לא מצי טעין פרעתי כמבואר בטור וש"ע סימן ע"ט דפס"ד אחר שנכתב לא מצי טעין פרעתי אלא כל זמן שלא שאל המלוה לכתוב אין כותבין ולא אמרינן סתמא לכתיבה עומד כמו בקרן וכמ"ש מוהר"ר ישעי' מטראני והובא בש"ך סימן ע"ט עיין שם ואם כן כיון דבבית דין מצי המלוה לעשותו מלוה בשטר ע"י פס"ד ותו לא יוכל הלוה לטעון פרעתי אלא בעדים משום הכי יכול גם כן להטיל עליו התנאים בע"כ דלוה שלא יפרע אלא בעדי' כמו אם הי' שואל לכתוב דהא מלוה בשטר בע"כ ומיהו דוקא שהי' התביעה בבית דין ונתחייב בבית דין דאז מצי לעשותו מלוה בשטר ע"י פסק וכמ"ש אבל אם לא תובעו בבית דין רק שהתרה בפני בית דין אינו יכול להטיל עליו תנאי בע"כ ולעשות מן מלוה על פה מלוה בשטר אלא דוקא נתחייב בבית דין:

סעיף ד

אינו נאמן. כתב הסמ"ע ז"ל מכאן עד סוף הסימן מיירי דא"ל כן בפני עדי' דאם לא כן הוא נאמן במגו דאמר לא התנה עמו כן. ובש"ך כתב עליו וכן כתב הרב המגיד ומביאו בית יוסף ופשוט הוא עיין שם ובאמת מדברי הרב המגיד לאו ראי' למעיין שם. ובכנסת הגדולה כתב על דברי הסמ"ע ז"ל ולי נראה דאם איתי' לדברי הסמ"ע לא הוי הפוסקים שתקי מיני' ולכן אני אומ' דאפילו לא התנה כן בפני עדים כל שהודה הלוה שאמר לו כן שוב אינו נאמן במגו דלהד"מ דהוי כמגו במקום עדים דמה"ט גובה המלוה שלא בשבועה דאנן סהדי דמאחר שהתרה בו לא הי' פורעשלא בעדי' עד כאן לשונו. ועיין בתוספות פ' האשה שנתארמלה (כתובות דף י"ח) בהא דפריך שם וליתני מוד' ר' יהושיע באומר לחבירו מנה לי בידך ופרעתיו לך שהוא נאמן ומשני משום דקא בעי למיתני סיפא אם יש עדים יהא קיימא לן המלוה א. חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדי' והקשו בתוספות אכתי ליתני דאם יש עדי' שא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' אינו נאמן וי"ל דאינו רוצה להאריך בלשונו עיין שם אם כן מבואר מדבריהם דהיכא דליכא עדים על התנאי הוא נאמן במגו דאם לא כן היאך מיתני רישא מודה ר' יהושיע דנאמן במגו. ואכתי אפשר לומר דס"ל לתוספות דאינו נאמן במגו וכמ"ש הכנסת הגדולה דהוי כמגו במקום עדים אלא כיון דאם אמר אל תפרעני [אלא] בפני פ' ופ' לפי גירסא דנאמן אמר לו אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' כי היכא דלא לידחי' לומר פרעתיך בעדים והלכו למדינת הים ובזה אם אומר פרעתיך בפני עדים והלכו בזה לא הוי מגו במקום עדים כיון דעבידי אינשי לפרוע הכי דלא ידע שילכו ובזה שפיר נאמן לומר פרעתי בפני עדים והלכו אבל אם יש עדים דליכא מגו אינו נאמן ובזה ניחא דהקשו תוספות ליתני ואם יש עדים שלוה ממנו וא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ולא הקשו מאל תפרעני אלא בעדים סתמא ולפי מ"ש ניחא דבעדי' סתמא אם כן צריך לומר דמיירי שאומר פרעתי בינו לבינו ובזה ליכא מגו וכמ"ש כנה"ג דהוי מגו במקום עדים דכיון שהתרה לפרוע בפני עדים לא עביד דפרע בינו לבינו אבל כי התנה אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' וטען פרעתי בעדי' והלכו דבזה היכא דאי' מגו נאמן ולא הוי כמגו במקום עדים וכמ"ש והיכא דיש עדים אינו נאמן וק"ל. ועיין סימן קל"ט דנאמן לומר השכרתי בפני פלוני ופ' והלכו במגו:

סעיף ה

פרעתיך בפני אחרים. בפ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"א א)"ל רבא להכי קאמר לי' באפי ראובן ושמעון כי היכא דלא נדחי' ופירש"י וזה אומר עדי שקר הם ובתוספות הקשו ואיך נאמן לומר שמשקרין וי"ל כיון דאמר באפי ראובן ושמעון בעי למימר מיהמנת לי

כל היכא דאמרת לא פרען עד דפרענא באפי ראובן ושמעון כדלקמן ומיהו הא דקאמר כי היכא דלא נדחי' לא אתי שפיר וכו' לכן נראה לר"י דמיירי דקאמר פרעתיך באפי סהדי והלכו למדינת הים עד כאן לשונו. וכדברי ר"י פסק הרמב"ם והרא"ש וטור וש"ע והראב"ד ס"ל כפירש"י ואם אותן פ'. ופ' הלכו למדינת הים נאמן לומר שפרעו בפניהם ואפילו לפי פירש"י שיש בו נאמנות כבי תרי עד שיפרענו באפילו ראובן ושמעון מכל מקום אין הנאמנות נמשך אלא עד שיפרענו באפי ראובן ושמעון אבל כי פרע באפי ראובן ושמעון תיכף כלתה הנאמנות דידי' וזה מדוקדק בדברי תוספות שכתבו מיהמנת לי כו' עד דפרענא באפי ראובן ושמעון ולא כתבו עד שיעידו ראובן ושמעון דאפילו לא העידו לפנינו כיון דעבד דילי' ופרע באפי ראובן ושמעון תו לית לי' נאמנות אבל הרא"ש כתב לפי פירש"י מיהמנת לי כל אימת דאמרת לא פרען עד שיעידו ראובן ושמעון ומזה משמע דבעינן שראובן ושמעון יעידו דוקא ודברי ר' ירוחם נתיב ג' שכתב דאפילו באו עדים אחרים והעידו שפרע בפני ראובן ושמעון שהלכו דאינו נאמן הוא גם כן נמשך לפי שטת הרא"ש דצריך שיעידו ראובן ושמעון דוקא אבל מלשון תוספות נראה דאפילו בלא עדים כל שאומר פרעתי באפי ראובן ושמעון והלכו נאמן:

סעיף ו

לא אפרעך. עי' ט"ז שהקשה דאמאי צריך לפורעו בפני בית דין ולא סגי בעדים כיון דמהני עדים אחרים ותי' משום דצריך ליקח כתוב וחתום והוו מפי כתבם וכ"כ הש"ך ועיין שם ותמהני דהא מבואר בטור וש"ע סימן פ"א דגבי מוחל א"צ לומר כתבו וכ"כ רמ"א בסימן ל"ט סעיף ג' והטעם משום דניחא לי' וכמו שכתב הר"ן בחידושיו פ' ז"ב בהודאת קרקע והעתקנו דבריו לעיל סימן ל"ט סעיף קטן ד' עיין שם וה"ה בפיטור ומחילה ניחא לי' בודאי שיכתבו כיון דליכא הקפדה בדבר ואם כן הדרא קושי' לדוכתי'. ולכן נראה דכל שאומר אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' כ"ז שלא באו פ' ופ' עדיין לא הגיע זמנו והוי תוך זמנו דהא מה"ט כתב הסמ"ע בסק"ח דהמלוה יכול לומר לא אקבל עד שיבואו פ' ופ' וכיון דהמלוה יכול לעכב מכ"ש הלוה יכול לעכב ולומר לא אפרעך עד שיבואו פ' ופ' דעדיין לא הגיע זמנך ומשום הכי פורעו בפני בית דין וכיון דעל בית דין לא התנה והוי הבית דין כמו פ' ופ' והוי זמנו וכמ"ש הטור בסימן ע"א בשם הר"ר ישעי' דנהי שהותנה עליו שלא יהא עדים נאמנים על בית דין לא התנה וזה הוא כוונת הבית יוסף שכתב וז"ל אלא פרעו בבית דין וכותבין לו שפרעו בסימן שאח"ז כתבתי בשם הרשב"א דפריעה בפני בית דין מהני וכ"כ שם רבינו בשם הר"ר ישעיה ונתן טעם לדבר דנהי שהתנה עליו שלא יהא עדים נאמנים על בית דין לא התנה עד כאן לשונו ולפי

דברי הטורי זהב וש"ך מאי צריך ראי' לזה דב"ד מהני הא אפילו עדים מהני אי לא משום מפיהם ובבית דין ודאי לא בעינן מפיהם ולכן נראה כמ"ש דהיה הלוה יכול לעכב משום דעדיין הוי תוך זמנו ולהכי צריך המלוה לומר פרע לי בפני בית דין וכיון דעל בית דין לא התנה תשיב הגיע זמנו וז"ב ודו"ק:

סעיף ז

ודברים שאמר זה. אבל אם המלוה אומר בפירוש שאינו מקבלו בתורת פרעון אלא בתורת פקדון ונאנסו ולא הוי פרעון ואף על גב דקיימא לן פרעון בע"כ שמי' פרעון שאני הכא דיכול המלוה לומר כ"ז שאין העדים לפנינו הרי הוא כאלו לא הגיע זמנו כ"כ הסמ"ע והב"ח וכ"כ בש"ך וקשה דהא גם תוך זמנו מבואר בסימן ע"ד דהיכא דליכא חשש חילוף מטבעות ושאר חששות אין שומעין למלוה אם אינו רוצה לקבל ונרא' דהת' היינו טעמא מפני שקביעת הזמן הי' לטובת הלוה אבל הכא קביעת הזמן לטובת המלוה כי היכא דלא לידחי' ומשום הכי גם עכשיו דכבר אזלא חששא זו דהא פרעי' אין הלוה יכל לכופו תוך זמנו וכה"ג כתב הב"ת בסימן ע"ד דהיכא דהי' בשעת הלואה חשש חילוף מטבעות והי' קביעת הזמן לטובת המלוה יותר מתקנת הלוה הלכך אע"פ שבעת פרעון עברה חששא זו אין הלוה יכול לכופו לקבל תוך זמנו כיון שהיתה מתחלה לתקנת המלו' עיין שם וה"נ דכוותה ואם כן הש"ך שחולק בסימן ע"ד על דברי הבית חדש קשה היכא כתב הש"ך הטעם משום דהוי תוך זמנו הא גם תוך זמן פרעון בע"כ שמי' פרעון ותקנת המלוה עכשיו ליכא כיון דפרעי' עכשיו:

סימן עא

סעיף א

ואפילו הי' ללוה מגו. והא דכתב רמ"א לפני זה דנאמן במגו מחלק בסמ"ע ובש"ך בין היכא דהמגו הי' בנאמנות עצמו דאי בעי כפר הנאמנות מהני המגו והיכא דהנאמנות ידוע ואית לי' מגו אחריתי אינו נאמן עוד מחלקק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי ובתשובת מוהרי"ט ח"א סימן ס"א וס"ב שם סובב הולך על הענין הזה ועם החכם השלם מוהר"ר משה הלוי הוא מתווכ' ודעת מוהר"מ לחלק בין מגו דאי בעי כפר הנאמנוח למגו אחרת ומוהרי"ט ס"ל דאין לחלק בהכי אלא דהחילוק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי ומביא ראי' לדבריו מדברי תוספות שכתבו ברישׁ גיטין דגבי ממון טענינן ליתמי מזויף דאם לא כן לא שבקת חיי לכל ברי' דיחתום עדים בזיוף ודחו ראי' זו דאפילו לא טענינן להו מזויף טענינן להו פרוע ואם כן אכתי לא שבקת חיי דכל אדם יכתוב שטר

בזיוף ויכתוב בתוכו נאמנות כו' ולמדנו לנדון שלפנינו אף על גב דהימני' טפי מנפשי' כי אית לי' טענת מגו נאמן דהא אי ה"ל סהדי מהני להכחישו דבמקו' סהדי לא הימני' כלל וכמו שהוכחהי לעיל ה"נ מגו כעדים דמה לי לשקר עד כאן לשונו. ואין ראי' זו מכרחת דהא גם לשטתו יקשה דיכתוב נאמנות כבי תרי ותו לא מהגי מגו ואדרבה מזה יוחר מוכרח כדברי מוהר"ם דאפילו בנאמנות כבי תרי היכא דיכול לכפור גוף הנאמנות מהני מגו ומשום הכי אפילו יכתוב נאמנות כבי תרי לטעון ליתמי ולקוחות פרוע במגו דמזויף. עוד הביא מוהרי"ט ראי' מהא דכתנו תוספות פרק חזקת הבתים דאפילו מאן דס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר בעדי' אפילו היכא דאיח לי' מגו דנאנסו נאמן ואף על גב דלא הימני' מעיקרא דהא אפקיד לי' בעדים וכ"כ שם הרא"ש באומר אל חחזיר אלא בעדי' ואמר החזרתי שלא בעדי' דנאמן במגו דנאנסו והרי כאן דכי א"ל אל תחזיר אלא בעדי' הא הימני' למלוה כל היכא דאמר לא נפרעתי ע"ש. וגם בזה אין ראייתו מוכרחת דודאי למאן דאמר המפקיד אצל חבירו בעדי' דצריך להחזיר בעדים ליכא שום תורת נאמנות בזה אלא דלא הימני' לנפקד וצריך להחזיר בעדי' וכי אית לי' מגו הוי כמו מביא עדים אבל נאמנות אפילו נאמנות סתם לא מהני מגו דהוי כמגו במקום עדים ואפילו אומר אל תחזיר אלא בעדים נמי אינו נאמנות גמורה אלא התראה בעלמא וכמו שכתב הר"ן פרק שבועת הדיינין לאחר הלואה במה נשתעבד וכתב דאינו אלא התראה ומשום הכי שפיר נאמן במגו אבל נגד נאמנות אפילו בסתם לא מהני מגו נגדו ולכן נראה העיקר כדברי מוהר"מ דהיכא דיכול לכפור גוף הנאמנות אפילו בנאמנות כבי תרי מהני מגו וכן מוכח מדברי בעל התרומות שהובא בטור סימן זה טען המלוה כשהלויחיך החניחי על פה שאהי' נאמן עליך כב' עדים והלוה אומר אין אבל פרעתיך נאמן ע"כ הרי מבואר דאפילו נגד נאמנוח כבי חרי מהני מגו כיון שיכול לכפור גוף הנאמנות וה"ה בשט"ח שאינו מקויים אפילו כתב בו נאמנות כבי תרי מהני לי' טענת פרעתי במגו דמזוייף וכן נראה מדברי בעל התרומות שהובא בבית יוסף סימן מ"ו:

סעיף ב

ולא קנו מיני'. כ"כ הטור בשם הרמ"ה וכתב הב"ח דנאמנו' סחם מהני בכל ענין ועיין ש"ך שכתב דמדברי המחבר כאן משמע דאפילו בנאמנות סחם צריך קנין וכן משמע מדברי המפרשים שהובא בבית יוסף וכתב שכן נראה מפירש"י והמפרשים ע"כ וכיון למה שפירש"י בפ' שבועת הדיינין (שבועות דף מ"ב ע"א) ההוא דא"ל לחברי' בשעת הלואה וכו' ורש"י פי' שם כן בנאמנות סחם ועיין שם בש"ך שכתב ותמהני על הב"ח שכתב ראי' מפירש"י בנאמנו' כבי תרי דאם איתי' דיש ראי' גם בנאמנות סתם יש ראי'

עיין שם אבל נראה דמלשון רש"י אינו מוכרח בנאמנות סתם דשם ההוא דא"ל לחברי' מיהמנת לי כל אימת דאמרת לא פרענא אזיל [פרעי'] באפי סהדי אביי ורבא דאמרי תרווייהו הא הימר' מתקיף לה רב פפא נהי דהימר' טפי מנפשי' טפי מסהדי לא הימני' וכתב שם רש"י ההוא דא"ל לחברי' לוה הוא דא"ל למלוה בשעת הלואה כו' עיין שם והוצרך רש"י לפרש בשעת הלואה דאי לאחר הלואה אם כן לפי סברת אביי ורבא דאמרי תרווייהו הא הימני' יותר מסהדי ה"ל דין נאמנות כבי תרי ואם כן צריך קנין ומשום הכי הוצרך רש"י לפרש דהוי בשעת הלואה אבל לעולם לדידן בנאמנות סתם דלא הימני' טפי מסהדי לא בעי קנין. ועיין שם לשון רש"י ז"ל לוה הוא דא"ל למלוה בפני עדים בשעת הלואה נאמן אתה עלי ומזה ראי' למ"ש הרמ"א בסעי' א' דהיכא דיכול להכחיש גוף הנאמנות נאמן במגו מדהוצרך רש"י לפרש בפני עדים ולפי מ"ש דמיירי רש"י מנאמנות כבי תרי דהא כתב בשעת הלואה א"ה משמע דאפילו נגד נאמנות כבי תרי מהני מגו וכמ"ש סק"א וי"ל. ובעיקר הדין העלה העלה הש"ך דנאמנות סתם לא בעי קנין כדברי הרא"ש ואפילו הרי"ף מודה לו וכן משמע בנימוקי יוסף וטעם הדבר דה"ל קיבל פסול כחד אבל בנאמנות כבי תרי דשעבודא הוא שהרי יש כאן עדים שפרעו ואפילו הכי צריך לפורעו שנית ואין לך שעבוד גדול מזה ועיין שם וכ"כ הב"ח בסימן כ"ב ע"ש: אמנם מדברי הר"ן נראה דאפילו נאמנות סתם חשוב תרתי לריעותא שהקש' בחידושיו פ' ז"ב בדברי הרי"ף דכתב בקיבל עליו תרתי לריעותא בעי קנין וקנין דמהני מייתי ראי' מהא דאמרינן בשבועות מהימנת לי כבי תרי אלמא דמהני קנין וכמו שכתב הר"ן שם דקנין ושעת הלואה תדא הוא יע"ש והקשה דהא אמרינן בפ' י"נ עבדי גנבת שורי אצלך אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה רצונך השבע וטול נשבע וא"י לחזור בו והא הכא שזה המחזיק בעבד הי' נאמן לומר שמכרו לו עד שיביא הלה עדים שלא מכרו וכשאמר לו מחזיק זה השבע וטול הוא מאמינו כשנים ואפילו הכי כשנשבע א"י לחזור בו אף על גב דליכא קנין וכ"ת שאני התם דאינו מאמינו אלא כשישבע הא בעלמא דליכא שבועה לא ליתי' דמה לי אם קיבל בשבועה או בדיבור לחוד הוא י"ל מן הדין זה הטוען צריך לעדים והוא מאמינו כשנים ורבינו אפרים ז"ל פי' טעם רבו דבקיבל עליו כבי תרי גוזמא הוי אבל בההוא שאמר רצונך השבע וטול כיון שאינו מאמינו אלא בשבוע' לא הוי גוזמא ואפילו הכי לא מחוור מדתניא בתוספות מעשה בא' שנתחייב לחבירו שבוע' בבית דין ונדר לו בתיי הקרן וקיבל עליו כלומר שקיבל עליו שתעלה לו שבועה בחיי הקרן כאלו הית' שבועה שלימה וכיון שעשה שבועה זו לא הי' יכול לחזור וודאי שאין לך גוזמא יותר גדולה מזו ואפילו הכי א"י לחזור עד כאן לשונו ומבואר מזה דאפילו נאמנות

סתם נמי הוי כמו תרתי לריעותא דהא בעבדי גנבת השבע וטול ודאי אם באו עדי' אחר השבועה להכחישו צריך להחזיר. וכן מ"ש הש"ך דכן משמע בנימוקי יוסף דנאמנות סתם לא בעי קנין ולא נראה כן מדבריו פ' ז"ב שהקשה גם כן לדברי הרי"ף מעבדי גנבת השבע וטול וכתב שם דלא ה"ל תרתי לריעותא כיון שאינו מאמיצו אלא בשבועה וכן דור לי' בתיי ראשך כיון שאינו פוטרו אלא משבועה גם כן תדא לריעותא מיקרי אלא ההוא דשבועות קשיא גבי ההוא דא"ל לתבר' מהימנת לי כל אימת דאמרת לא פרענא דהתם מאמין לי' כתרי בלא שום שבועה כלל וכו' ונראה דרב אלפס מפרש לה בקנין עד כאן לשונו עיין שם ומבואר מדבריו דאפילו נאמנות סתם כיון דמאמין לו בלא שום שבועה ה"ל תרתי לריעותא כיון דעל עצמו מאמין לו כבי תרי ע"ש. ולכן נראה דאפילו נאמנות סתם בעי קנין ומ"ש הש"ך דהוי חדא לריעותא אכתי הי' יכול לחזור על כל פנים קודם גמר דין והיינו קודם שאמר המלוה לא נפרעתי ועוד הא דעת הש"ך בסימן כ"ב דאפילו לאחר גמר דין יכול לחזור בו כל שלא קיבל עליו בבית דין ומזה קשיא לי נמי בטעמא דפוסקי' דאפילו נאמנות כבי תרי נמי לא בעי קנין ומשום דהוי מחילת ממון מה שיפרענו ועיין ש"ך וכמבואר במרדכי בשם ראבי' והא אפילו אומר מחול לך קיימא לן דיכול לחזור קודם גמר דין וכדאי' פ' ז"ב ואם כן קודם שאמר המלוה נפרעתי ליהדר ביה הלוה מנאמנות שלו ואפילו כבר אמר המלוה לא נפרעתי כל שמכחישו הלוה תכ"ד ה"ל כמו חזר וצריך עיון עוד קשה לי בהא דמבואר מדברי רש"י דנאמנות בעי קנין וכמ"ש המפרשי' בשם רש"י ואפילו לפי מ"ש דהיינו בנאמנות כבי תרי אכתי תיקשי כיון דדעת רש"י דאפילו קיבל עליו קא"פ בתרתי לריעותא נמי אינו יכול לחזור בו וכמבואר ברש"י פרק ז"ב וכן דעת השלחן ערוך ואם כן אחר שאמר המלוה כבר לא נפרעתי להימן כיון דכבר קיבל עליו ומסתימת דברי השלחן ערוך משמע דלעולם בעי קנין ואפילו כבר אמר לא פרען וכיון דש"ע פוסק בסימן כ"ב דאפילו בתרתי לריעותא אינו יכול לחזור אחר גמר דין ולא בעי קנין למה הוצריך כאן קנין ולכן נראה דעיקרא דמלתא דמהני נאמן עלי אבא בלא קנין. ודאי טעמא בעי ובמה נשתעבד שלא יוכל לחזור בו אחר גמר דין בלא קנין. ומצאתי הדבר מבואר בתוספות פ' א"נ דף ע"ד ז"ל ור"ת בעצמו חזר בו והגי' בספר הישר גבי עובדא דשנים שהמרו זו את זה בפ' במה מדליקין שהקנו זה לזה דאי לא הקנו ליהדרו בי' ואף על גב דיש מקומות דקני בלא קנין כדברים בעלמא כגון בסנהדרין נאמן עלי אבא דבאתן לך מחלוקת וכן בדור לי בתיי ראשך דא"י לחזור בו הת' דין הוא שיועיל כיון שיש להם תביעה זה על זה והם קיבלו עליה' כך את הדין ולא דמי להיכא שאין להם שום תביעה עד כאן לשונו. ומשום הכי בנאמנות בעי קנין דכיון דליכא שום תביעה בעי

קנין ולא מהני כלל בלא קנין ומשום הכי בעינין שעת הלואה או קנין ובזה ניחא לישב דלא תיקשי לפי שיטת הסוברים דאפילו נאמנות סתם בעי קנין מהא דעבדי גנבת רצונך השבע וטול דמהני בלא קנין דהתם כיון שיש להם תביעה זה על זה הרי הוא כנאמן עלי אבא אבל נאמנות שנותן הלוה למלוה הוא בלא תביעה וצריך קנין כמו בשנים שהמרו וזה ברור:

סעיף ג

לא משתעבד. והיכא דמלוה נותן ללוה נאמנות על שטר לומר שהוא פרוע והוא לאחר הלואה הניח בסמ"ע ב צריך עיון בסימן ע"ג ובש"ך שם דמחילה א"צ קנין ולפי מ"ש בסק"ב אפילו במחול לך יכול המלוה לחזור בו קודם שאמר הלוה פרעתי כמו בסימן כ"ב בנאמן עלי אבא דקודם גמר דין אפילו במחול יכול לחזור:

סעיף ד

פרעו תחלה בעדים. כתב הב"ח ז"ל וקשיא לי על סברא זו מהא דחנן פ' הכותב ע"א מעידה שהיא פרוע לא תפרע אלא בשבועה ומסיק דשבועה זו מדרבנן ואמר ר"פ אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד וכו' דיהיב לה כתובתה באפי סהדא קמא וסהדא בתרא ומוקים להני קמאי במלוה אלמא אף על פי דמתחלה לשום פרעון מכל מקום יתבענ' פרעון הראשון ויאמר לה מלוה הן אצלך שהרי נפרע חובך שנית וה"נ דכוותה שאתר שפרעו שנית מוקים להני קמאי במלוה ואם תכפור הרי יש עדים ויאמר מלוה הן אצלך שהרי נפרע חובך שנית ואפילו הכי נתן לו מתחלה לשום פרעון מכל מקום למפרע נעשית מלוה אצלו וזה ראי' ברורה לדברי רבינו האי עד כאן לשונו ובש"ך מתרץ לה דמיירי כשטוען סטראי וכשאומרין העדי' שקבלו על חוב זה בפירוש בזה נאמן המלוה יותר אבל היכא דמכחישין לגמרי הוי אפוכי מטרתי עיין שם שכתב ז"ל אבל אין לתרץ דשאני הכא כיון שהאמינו דכך לי התם שלא האמינו לענין ש"ד כמו הכא במאמינו לענין חשלומין דכי נימא דתו לא מצי מסהיד אמעות כיון דאסהיד שהיא פרעון ה"נ לא מצי לחיובי בש"ד כיון דכבר אסהיד דבתורת פרעון יתיב לה וע"ש: והנה לדברי הש"ך דלא מהני נאמנות כי אם בטוען סטראי אבל טוען להד"מ הוי אפוכי מטרתי ואם כן גבי אי פיקח הוא דמייתי לידי ש"ד נמי לא מצי לחיובי ש"ד אלא בטוען להד"מ אבל בטוען סטראי ליכא ש"ד דמאי דאסהיד העד שקיבלו על חוב זה אינו נאמן לפי מ"ש הש"ך אינו נאמן על חוב זה ומש"ס שם מוכח דגם אם אין המלוה טוען להד"מ נמי איכא ש"ד דמתקיף רב אשי אכתי יכולה לומר שתי כתובות הואי ופירש"י והרי העד הראשון מסייע כו' עיין שם הרי דאינו טוען להד"מ ואפילו הכי צריך לישבע דאי

טוען להד"מ היכי שייך לומר שתי כתובות ועוד מדפריך יכולה לומר שתי כתובות ולא פריך על חוב אחר משמע דהעד נאמן לומר שעל פרעון כתובתה קיבלה ואם כן מוכרח דאפילו בטוען סטראי יוכל להשביע ע"י העד וז"ב. ומ"ש הש"ך בטעמא דהך מלתא משום פלגינן דיבוריה יראה דלאו מה"ט אתינן עלה דאם כן היינו צריכין לכל האופנים שצריכין לפלגינן דיבורא ובתוספות פרק קמא דסנהדרין כתבו דבתד גופא לא פלגינן ועיין שם וה"נ חד גופא ועוד לפי מ"ש הראב"ד דלא אמרינן פלגינן דיבוריה אלא במעיד על עצמו כמו פ' רבעני לרצונו דהתם אין עליו שם עד כלל להכי פלגינן דיבורי' אבל היכא דישנו בתורת עד אלא שהוא קא"פ לא שייך פלגינן דיבורי' ואדרבה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה והובא בחידושי הרמב"ן פרק קמא דמכות ואם כן ה"נ היכי מייתי לידי ש"ד לתבוע פרעון הראשון בעד מלוה הא כיון דעד מעיד על פרעון נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולכן נראה דודאי לאו משום פלגינן דיבורא אתינן עלה וראי' שאין עליה תשובה מהא דכתב הרשב"א בתשובה הובא בבית יוסף בסימן ע"ב מחו' כ"ד ז"ל כתב הרשב"א על השואל כלי מחבירו ונאבד הכלי המשאיל אומר סלע הי' שוה והשואל אומר איני יודע וע"א מעידו שאינו שוה אלא שקל אלו לא הי' כאן ע"א הי' המשאיל נוטל בלא שבועה משום דה"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל עכשיו שיש ע"א המכחיש את המשאיל אם רוצ' השואל משביעו שבועת המשנה כעין עד את' מעידה שהוא פרוע ואם רוצה נותן לו סלע בפני עד זה ואח"כ מביאו לידי ש"ד וכההיא דפ' הכותב עד כאן לשונו והתם ודאי לא שייך פלגינן דיבורי' דמאי דמסהיד קודם פרעון מסהיד בתר פרעון אלא פשטא דמלתא דע"א הוא נאמן כשנים לענין שבועה והי' ראוי ע"א לחייב שבועה במעיד פרוע ואף על גב דאי' חזקה דשטרך בידי מה בעי נאמן העד יותר דכ"ז שלא נשבע הרי הוא כשנים ומה"ט סבר רמב"ת למימר שבועה דאורייתא אלא דשתי תשובות עלה חדא דהוא נשבע ונוטל ועוד שהוא שעבוד קרקעות ומשום הכי לבתר פרעון דשוב ליכא טעמא למיפטרי' דתו לא הוי שעבוד קרקע וגם נשבע ונוטל תו לא הוי ואם כן נאמן העד לומר שהשטר הוא פרוע ממש דהא ע"א נאמן כשנים ואפילו נגד חזקה דשטרך בידך מא בעי וכס"ד דרמב"ת אלא דקוד' פרעון לאו בר שבועה ובתר פרעון הוי בר שבועה והיינו נמי טעמא דמשאיל בנדון הרשב"א דקודם פרעון לאו בר שבועה ובתר פרעון נאמן הוא לחייב שבועה בדבריו הראשונים אבל בנאמנות כבי תרי אדרבה אמרינן כיון דכבר פסלן לפרעון לאחר הפרעון גם כן אין נאמנין משום דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וזה ברור ופשוט:

סעיף ה

שבועת היסת. ומי יתנני לדעת שבועה זו מה טיבה כיון שיש לפנינו שני עדים כשרים שמעידים בהיפך היאך נשבע הא אנן פסלינן לי' לשבועה אח"כ ע"פ העדים האלו דהלוה פסלן אבל אנן לדידן כשרים המה והך דינא דשבועת היסת מבואר גם כן בטור אלא דשם לא מיירי בהביא עדים שפרעו עיין שם אבל הכא דעדים לפנינו הרי הוא שבועת שוא לפנינו והא דכתב בשלחן ערוך סימן ל' במנה שחור ולבן ואינו תובע שניהם דכיון דהמלוה הכחיש לא' מן העדים לא הוי אלא כעד א' ומשתבע ועיין שם והא התם נמי לדידן שניהם כשרים דהכחישו בבדיקות כשרים אלא שהמלוה אינו יכול לתובעו ע"פ העדים כיון דהעדים הוכחשו מפיו והוי נמי שבועת שקר דהא ב' עדים מעידים שיש לו מנה דהתם אי' למימר שאינו נשבע רק על המנה שתובעו המלוה ועל המנה אחר א"צ לישבע דהמלו' מחלו כיון שאינו תובעו אבל אכתי תיקשי מא' אומר מנה וא' אומר מאתים ואין המלוה תובע שניהן דהתם הלוה נשבע שאינו חייב כלום ואף על גב דהוכחש משני עדים לפנינו שמעידים שחייב לו מנה על כל פנים דהא לדידן כשרים המה כיון דהכחשה בבדיקות הוא והא דנשבע הלוה בטוען מזויף כמבואר בסימן ס"ט אף על גב דמה"ת כל עדות שבשטר איו חוששין לזיוף ואם נמצא שטר קידושין בלא קיום וזינתה הרי זו בחנק דמה"ת ודאי לאו מזויף הוא ואיך אנו רוצין שישבע מזויף דיש חילוק. בין איסור לשבועה וכה"ג מבואר בסימן פ"ז סעיף ל"א בנשבע שפרע ואח"כ הוציא שטר דלא נעשה חשוד ואע"פ דלענין ממון אמרינן חזקה שטרך בידי מה בעי אלא דלענין שבועה שאני וכמ"ש שם דעל דעתו הוא נשבע ואם כן הוא הדין לענין מזויף לא הוי שבועת שקר אף על גב דמה"ת השטר בחזקת שאינו מזויף ועיין בהרב המגיד פ"ז מטוען דכתב שם הרמב"ם בהוחזק כפרן דהמלוה נוטל בלא שבועה שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וכתב שם הרב המגיד ז"ל ונ"ל ראי' דאם אי' דצריך לישבע היאך מקבלין שבועתו נגד שני עדים א"ו אינו נשבע עד כאן לשונו ואם כן ה"נ גבי נאמנות נימא הכי שוב ראיתי במ"ל שהרגיש בזה ומחלק בין ליטול דאין מקבלין שבועתו נגד העדים וכאן דהוא לפטור מקבלין שבועתו נגד העדים עיין שם ועיין בסימן פ"ב סעי' י"ג ובמה שהקשה בעל התרומות בשער ת' ז"ל ולמה לא נדון דין זה כשאר מפיק שטרא אתברי' וקאמר אידך פרוע דמשתבע מלוה והכא אמר דהלוה משתבע ופרע פלגא אדרבה לישתבע מלוה ולישקל כולה שטרא עיין שם ולפי מ"ש דליטול אין מקבלין שבועתו נגד העדים ואם כן התם דמעידין העדים שפרע כולו אלא שנפסלו ע"י הודאת הלוה וכיון דלדידן העדים כשרי' אין מקבלין שבוע' המלו' נגד העדי' וכיון דלא מצי מלוה אשתבע

הרי הוא מפסיד לדעת הרמב"ם בדין המלוה חשוד נשבע הלוה ונפטר ואם כן הוא הדין התם נשבע הלוה אך בעיקר החילוק שמחלק במ"ל לא אדע ההפרש בין ליטול או ליפטר וצריך עיון:

סעיף ו

הדין עם הלו'. עיין ש"ך שנסתפק לדידן דקיימא לן בסימן נ"ח בטוען סטראי לא קרעינן ולא מגבינן בי' ואם תפס מלוה לא מפקינן מיני' אם גם בכאן נימא הכי או דלמא כת"י עדיפא ולדידי מספקא אפילו בשובר בעדים אפשר דלא מהני תפיס' אלא בפרעו לפני עדים אבל גבי שובר יד בעל השובר על העליונ' וצריך עיון:

סעיף ז

ונראה לי. ודעת השלחן ערוך דסתם משמע דמיירי אפילו אחר הלואה ואף על גב דס"ל לש"ע דשלא בשעת הלואה בעי קרן היינו משום דכיון דכותב הנאמנות בתוך השטר הרי הוא כקנין דהא יכול לחייב עצמו בשטר אע"פ שאינו חייב כמו בקנין אבל בלא שטר אינו יכול לחייב עצמו בדברי' ואפילו לדעת השלחן ערוך בסימן מ' דיכול לחייב עצמו באתם עדי וכדעת הרמב"ם היינו היכא שמחייב עצמו בלא תנאי וכמו שכתב הר"ן בפ' הנושא ד 'ה פריך בש"ס גבי מחנה ש"ח להיות כשואל במאי בדברים לפי שהוא בתנאי אם יאבד ואם כן הוי דרך תנאי אם יאמר לא פרען ובפרט. לפי מ"ש סימן מ' דהיינו דוקא דרך הודאה ועיין שם והכא לא שייך הודאה אבל בשטר ודאי מהני וכמבואר בסימן י"ב גבי פשרנים דאם נתן שטר חוב כפי שיצא מהפשרנים אבל לפי מ"ש הרמב"ן בפרק שבועת הדייני' דאם קנו מידו שלא לחזור ה"ל קנין דברים אלא צריך קנין לעשות כאשר ידון הדיין או יעיד העד ואם כן ה"נ בנאמנות אם כתוב הריני מחויב לפרוע לך אם תאמר לא פרען מהני אבל בנאמנות לא כתב הכי אלא כתב סתם שיהי' נאמן בעה"ש וה"ל כמו קרן דברים ופן גבי פשרנים כתב בסמ"ע סימן י"ב דצריך לכתוב בשטר הריני חייב סך כך וכך כפי אשר ימצאו הפשרנים אבל נאמנות דכתב בשטרא ליכא שעבוד וחיוב וצ"ל דס"ל לש"ע כדברי הנימוקי פ' ז"ב גבי נאמן עלי אבא דקנו מיני' אינו יכול לחזור ואף על גב דהוי קנין דברים אפילו הכי אשכחן בקנין שמחזק הדברים כדאמרינן גבי דינא דבר מצרא וגבי משכנתא באתרא דמסלקי עיין שם וה"נ שטר ולהכי סובר השלחן ערוך בסימן ס"ט וכאן דמהני הנאמנות שבשטר אבל הרמ"א ס"ל דבעינן בקרן חיוב דוקא וכמו שכתב הראב"ן ובשטר שכתוב בו נאמנות לא כתב ולשון חיוב ושעבוד:

סעיף ח

ומיורשיו. והקשו בזה דהא בטור אבן העזר סימן צ"ת פסק דלא מהני פטור נגד יורשין. ולענ"ד נרא' כיון דכבר פסק הטור דנאמנות לאחר הלואה בעי קנין ואם כן לא משכחת נאמנו' אלא או בקנין או שעת הלואה דהוי כקנין וכמו שכתב הר"ן פ' ז"ב ובקנין מהני גם נגד יורשין וכמבואר בטור אבן העזר שם והא דפסק הטור בכתובה דלא מהני פטור נגד יורשין הא כל נאמנות בעי קנין היינו כמו שכתב הריטב"א בתשובה והובא בבית יוסף באבן העזר שם ז"ל והכי פירושא דמלתא הא דאמר אבא שאול דלא מהני פטור גבי יורשין הני מיל' בדלא קנו מיני' על שבועת היורשין דמשום כתיבה בעלמא אף על פי שהוא בשעת נישואין שהדברים ההם נקנין באמירה אפילו הכי לא דחינן תקנתא דרבנן דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה בשבילה דלמא לא גמר ואקני בלא קנין לעקור תקנת חכמים אבל קנו מיני' כבר גמר והקנה ומהני פטורא עד כאן לשונו וניחא דהנאמנות מהני לגבי דידי' משום דהן הן הדברים הנקנין באמירה אבל גבי יורשין לא אמרינן הן הדברים הנקנין באמירה וכמ"ש ריטב"א דלא גמר ואקני בדברים נגד תקנת חכמים ואפילו למ"ש בס"ק ז' בדעת השלחן ערוך דכתיבה הוי כקנין ואבא שאול איירי בכותב דהוי כקנין ואפילו הכי לא מהני פטורי גבי יורשין דכבר כתב במרדכי ז"ל אמר רב נחמן אמר שמואל הלכה כאבא שאול בן מרים פי' ר"ח קבלנו דלא מיירי אבא שאול אלא בכותב שהוא באמירה כמשנתינו דמוקמינן מאי כותב אומר אבל אם קנו מיני' שפוטרה מן השבועה גובה בלא שבועה אפילו מן היתומי' עיין שם ואם כן לדברי השלחן ערוך נמי ניחא דאבא שאול מיירי באומר ולפי זה דברי אבא שאול לא משכחת אלא בשעת נישואין דאם לאחר נישואין ל"מ נאמנות כלום דהא בלא קנין ל"מ וכן משמע מתשובת רב נטרונאי גאון שהובא בבית יוסף אבן העזר שם ז"ל הא דאמר אבא שאול אבל מה אעשה ה"מ דכתב לי' בשעת קידושין דל"מ תנאיה אלא לנפשי' וכו' ואם כן גבי הלואה לא משכחת כלל לחלק בין דידי' ליורשין דהא בלא קנין גם בדידי' לא מהני ובקנין או בשעת הלואה דהוי כמו קנין גם ליורשין מהני והנ"י שכתב בפ' הכותב דשום נאמנות ל"מ נגד יורשין בין גבי כתובה בין במלוה אפשר כתבו לשיטת הסוברין דנאמנות לא בעי קנין ודו"ק:

סעיף ט

שלא בפניו. כתב בסמ"ע העעם די"ל דלא האמינו אלא מפני שידע בו שלא יעיז כנגדו בפניו. ועיין ס"פ מי שאחזו בהא דתנן מעכשיו אם לא באתי מיכן ועד י"ב חודש ומת ה"ז גט ודו"ק:

סעיף י

שחייבין לפרוע. הא דבמת המלוה יכול לטעון פרעתי אף על גב דנאמנות לא מהני נגד יורשין אלא משום דבזה ליכא חזקה דשטרך כיון דסמך אהימנותא דאית לי' עיין שם ברי"ף פ' הכותב ואם כן במת לוה נמי נימא הכי היינו משום דהכא מיירי בתוך זמנו וכמ"ש בע"ש ואם כן אפילו ליכא חזקה דשטרך איכא חזקה דתוך זמנו. ואם כן נראה בתוך זמנו ה"ה במת מלוה דפקע שטרא גובה ע"י חזקה דתוך זמנו כיון דנאמנות ליכא גבי יורשין ועיין ש"ך שכתב על דברי מוהרשד"ם שכתב בתשוב' על דברי הרא"ש נפלאתי וכו' שהרי יש לנו יסוד מוסד דטוענין ליורש וכתב הש"ך דהא דטענינן ליתומים ולקוחות היינו היכא שהי' אביהן נאמן בלא נאמנו' עיין שם ואכתי תיקשי דהא כאן נמי אפילו בלא נאמנות כבר מיעקר חזקה דשטרא וכמו שכתב הרי"ף ולכן נראה כדברי הע"ש דמיירי בתוך זמנו:

סימן עב

סעיף א

אם התנה. עיין בית יוסף שלמדו מהא דאמרו בש"ס במלוה צריך למשכון פליגי ופירש"י להשתמש בו ואיך המלוה רשאי להשתמש ע"כ מיירי במתנה. אלא שכתב בסמ"ע דהתנה לא מהני אלא בשעת הלואה עיין שם אמנם יש ללמוד משם גם שלא בשעת הלואה דהאי ברייתא שם המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון ר"א אומר ישבע ויטול מעותיו ר"ע אומר כלום הלויתני כו' אבד המשכון אבדו מעותיך אבל הלוהו בשטר ד"ה אבד המשכון אבדו מעותיו ופי' תוספות טעמא דהלוהו בשטר דסתם משכון. שבשטר הוי שלא בשעת הלואה וכ"ע מודי כדר"י עיין שם ואם כן כי מוקי פלוגתייהו במלוה צריך למשכון ומיירי ע"כ בהתנה ועלה תני אבל הלוהו בשטר ע"כ מיירי נמי בצריך למשכון דאם אינו צריך למשכון אפילו בשעת הלואה הוי ש"ש ואם כן מיירי הלוהו בשטר נמי בצריך למשכון ומוכח מזה דאפילו שלא בשעת הלואה מהני התנה שוב ראיתי בטורי זהב שפסק דאפילו לאחר הלואה מהני התנה:

סעיף ב

שמשכנו בשעת הלואה. במשנה למלך פ"י משכירות ז"ל עיין בתשובת מוהריט"ץ סימן י"ב ואחר המחילה טעה בזה שהוא סבור דכל משכון שבא אחר הלואה מיקרי משכנו שלא בשעת הלואה להתחייב באונסין לפי אותן הסוברים דשלא בשעת הלואה חייב באונסין וזה אינו אלא במשכנו לבסוף ע"י בית דין ששם הוזהר המלוה להחזיר כסות

יום ביום ושם הוא דאמר ר"י בעל חוב קונה משכון ולדעת רש"י ודעימי' היינו להתחייב באונסין אבל במשכון הבא ליד המלוה ברצונו כך הוא שעת הלואה או אחר ימים לכולי עלמא אין בו אלא ש"ש ואלו דברים ברורים הם וממה שתפסו גדולי המחברים בספריהם משכנו שלא בשעת הלואה בא לכלל טעות שהם תפסו לשון קצרה ופירושו כמ"ש ☜ ונוראות נפלאתי הלא הדבר מבואר להדי' בפ"ו ממלוה דאפילו מדעת הלוה צריך להחזיר כסות יום ביום כל שמשכנו שלא בשעת הלואה ז"ל א' הממשכן את חבירו בבית דין או שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלו' אם איש עני הוא כו' מחזיר לו הכר בלילה ואת המחרישה ביום בד"א שמשכנו שלא בשעת הלואה אבל אם משכנו בשעת הלואה אינו חייב להחזיר לו כלל וכ"כ בשלחן ערוך סימן צ"ז וכיון שמבואר הדבר דצריך להחזיר הרי אית לי' דינא דמשכנו שלא בשעת הלוא' ועליו נאמר ולך תהיה צדקה ודר"י אם אינו קונה משכון צדקה מנין ואם כן לדע' רש"י ודעימי' חייב באונסין ודברי מוהריט"ץ ברור וכן נראה מדברי הש"ך דיכול לומר קים לי כדעת רש"י דחייב באונסין ע"ט שכתב במשכנו שלא בשעת הלוא' ברשות ע"פ בית דין או מדעת הלוה עיין שם וזה ברור. אמנם דעת הר"ר יוסף הלוי נראה דשלא בשעת הלואה נמי לא קנה מדר"י אלא ע"פ בית דין דוקא אבל מדעת הלוה לא והובא דבריו בנימוקי יוסף פרק קמא דמציעא ז"ל ולענין מודה במקצת ורוצה ליתן משכון למלו' באותו מקצת אי מקרי הילך כתב הר"ר יוסף הלוי דלא מיקרי הילך והביא ראי' מדאמר פרק קמא דקידושין התקדשי לי במנה והניח לה משכון עלי' אינה מקודשת מנה אם כן משכון אם כן והרנב"ר ביאר הדברים כנגד החולקים ופי' כיון דקיימא לן דמלוה אינו קונה כו' נמצא שהמשכון הזה אינו נקנה באותו מלוה דכי אמרינן בעל חוב קונה משכון ה"מ במשכנו בשעת הלואה משום דקנו לי' מעותיו כו' וא"נ במשכנו שלא בשעת הלואה קנו לי' משום דאתי לידי' בגובייא דבי דינא וגזירת הכתוב הוא דקני לי' כדר"י כו' אבל כשנותן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואה כיון דמלוה אינו קונה במה קנאו מלוה שמא תאמר אף על פי שמלוה אינה קונה לו קנאו במשיכה שכשם שאלו הקנהו למלוה לגמרי נקנה במשיכה כן כשהקנהו לו בתורת משכון משיכה קונה לו זו היא שלמד הרב רבינו יוסף מההי' דפרק קמא דקידושין שאין המטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא כיון שאין כח במעות הראשונו' לקנות הלכך משכון לאו הילך הוא עד כאן לשונו. ומבואר מדבריו דאינו קונה משכון אלא או בשעת הלואה דמעות קונה או שלא בשעת הלואה וע"י בית דין דכיון דבגובייר דבי דינא אתי לידי' גזירת הכתוספות דהוי כאלו הגבהו בית דין אבל שלא בשעת הלואה דליכ' מעות דמלוה אינו קונה וגובייא דב"ד ליכא אע"פ שנותן לו המשכון מדעתו לא

קני דמשיכה אינו קונה למשכון כיון דגוף החפץ לא קני אלא למשכון ולמשכון לא שייך משיכה. ולכאורה תיקשו מהא דמוקי פלוגתא דנכרי שהלו' לישראל על חמצו דפליגי בדר"י עיין שם פ' כ"שסמשמע בשעת הלואה וכדכתבו הפוסקי' דתנן נכרי שהלו' לישראל על חמצו ואם כן נכרי במה קני למשכון דהא משיכ' למשכון לא קני ומעות אינו קו.נ' בנכרי מדישראל בכסף נכרי במשיכ' וכדאי' בבכורות משו' דהיכא דלא שייך משיכ' קונ' בכסף וכמ"ש בהגהת אשר"י פ' הזהב עיין שם ואם כן במשכון דלא שייכא משיכה קונה בכסף וכ"כ בלוקח עובר כיון שלא שייכא משיכה בעובר קונה בכסף: ועיין פ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ח) קרא ומתנית' מסייע לריש לקיש קרא דכתיב וכיחש בעמיתו בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו תשומת יד אמר רב חסדא כגון שיחד לו כלי להלואתו עושק כגון שיחד כלי לעושקו וכי אהדרי' קרא כתיב והי' כי יחטא ואשם כו' ואלו תשומת יד לא אהדרי' מ"ט לאו משום דמחסרא משיכ' עיין שם ולפי מ"ש דמשכון דלא קני במשיכה נקנה בכסף אם כן גם לריש לקיש ראוי לקנין ככסף וכמו לר' יוחנן במציאה ומתנה דליכא כסף קונה במשי' וכמה שכתבו תוספות בע"ז פ' השוכר ע"ש. וא"ל דלא הוי יחוד כלי אלא אם מקנהו לגמאי דהא מבואר בתוספות פ' נערה דלמשכון נמי מהני יחוד כלי עיין שם ד"ה מאי לאו שהקשו כיון דבעינן יחוד כלי ואחר שגבה כבר והוא כופר פשיט' דממון הוא ותירצו שנתנו בתורת משכון. וכיון דמהני יחוד כלי למשכון ולמשכון לא שייכא משיכ' וקונה גם לר"ל בכסף וכמ"ש ואולי הוא סובר דלא מהני יחוד כלי אלא כשמקנהו לגמרי אבל הא קשיא לי בשיטת הר"ר יוסף הלוי דסובר דלא מהני כלל משיכה למשכון כיון דאינו מקנה לו גוף החפץ אלא למשכון ומשום הכי צריך קנין מאבראי או קנין כסף בשעת הלואה או קנין ע"י בית דין שלא בשע' הלואה אבל אם הלוה נותן מדעתו לאחר הלואה לא מהני כיון דמשיכ' לא מהני וכסף לא מהני דהא ה"ל מלוה אם כן הא דאמרינן בפרק קמא דקידושין דף ח' במשכון דאחרים מקודשת משום דר' יצחק היכי זוכה האשה במשכון שנותן לה המקדש בשלמא המקדש קני לה בשעת הלוא' בכסף או לאחר הלואה בגוביינא דב"ד אבל האש' אין לה במשכון אלא משיכה וכיון דלא מהני קנין משיכה במשכון כיון שאינו זוכה בגוף החפץ היכי קונה האשה ואין לומר כיון דהמקדש נותן לו כל זכותו דהא אכתי לדידה ליכא אלא משיכה ומשיכה לאו קנין הוא במשכון. ועוד קשה דהא תני בפ' אלו מציאות השב תשיב אין לי שמשכנו ברשות שלא ברשות מנין ת"ל השב תשיב וכן פרק קמא דתמורה פריך לרבא דאמר כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והרי משכון דרחמנא אמר לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו ותנן מחזירין את הכר בלילה

ומשני אמר לי' רבא שאני התם דאמר קרא השב תשיב והרי מבואר דקונה משכון אפילו שלא ברשות בית דין ובמה קני לה הא משיכה לא מהני וגובייגא ליכא אע"כ. דמהני משיכה למשכון אפילו שלא ברשות ומכ"ש ברשות הלוה וצריך עיון ☜ולכן מחוורתא כדברי הרמב"ם דבע"ח קונה משכון בין בזרוע בין מדעת הלוה והא דאמרינן הניח לה משכון אינה מקודשת כבר כתבו בתוספות והרא"ש משום דא"י לשעבד נכסיו אלא אם כן נתחייב גופו בתחלה והרמב"ן והרשב"א כתבו משום דאגיד גבי' ומשום הכי ניחא דבמשכון דאחרים מקודשת דלא שייכ' הני טעמי אבל לפי טעמא דהר"י מג"ש אם כן גם במשכין דאחרים מה"ט לא תיהני:

סעיף ג

אחר שהלוהו. ודעת רש"י שלא בשעת הלוואתו חייב באונסים ובספר המלחמות הביא ראי' דלא קני לאונסיס ממה שאמרו פ' שור שנגח דו"ה כגון שתפסו ניזק לגבות ממנו ונעשה ש"ש לנזקין משכנו שלא בשעת הלואה וקאמר דש"ש הוי ולא מחייב באונסין ע"ש. והנה לפי דעת ה"ר יוסף הלוי דלא קני משכון שלא בשעת הלוואה אלא בגובייגא דב"ד לא קשה מידי אלא אפילו לפי מ"ש בסק"ב להוכיח דאפילו בזרוע או מדעת הלוה נמי שייך דר' יצחק שלא בשעת הלואה נראה ליישב דהתם בפ' שור שנגח דו"ה רוצה רבא לומר נעשה כש"ש לנזקין להיות ש"ש על חלק הבעלים ובזה א נו אלא ש"ש דאי משום דר"י נהי דהוי קני לה לאונסין לא הוי מפסיד מחלקו אלא חצי דחס אינו משלם אלא מגופו והוי מפסיד חצי והבעלים חצי כמו בשור של שני שותפיסן וכיון דתנן דמפסיד חלקו לגמרי והיינו לפי שהוא חייב בשמירת חלק הבעלים והוצרך לומר דהוי ש"ש דאי משום דר' יצחק לא קני אלא נגד מעותיו אבל ש"ש הוי נמי על חלק הבעלי' וכמו שפירש"י בההיא הנאה דמשתלם נזקו משור ולא אעריקו לאגמ' ועיין שם תוספות ד"ה כגון שתפסו ניזק דלהכי איצטריך רבא לשנויי אליבי' דר' ישמעאל דלר' עקיבא דאמר שותפיסן נינהו לא נעשו ש"ש אלא מחלקו דעל כל א' מוטל לשמור חלקו עיין שם ואם כן מדר' יצחק נמי לא הוי שומר אלא מחלקו דלא קני מדר"י אלא כדי מעותיו והוא מפסיד חלקו לגמרי להכי קאמר דהוי ש"ש וזה ברור ופשוט. ודעת תוספות דהוי ש"ש משום דר' יצחק לא להתחייב באונסין והקשו בפ' האומנין דאם אינו קנוי לו לגמרי ואין המשכון תמורת החוב למה יתחייב בגניב' ואבידה והעלו בההיא הנאה דיכול לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות עיין שם וקשה לי בשטת תוספות כיון דהא דר' יצחק אינו אלא דקונה משכון לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות לא לדין אחריות דהמשכון אינו תמורת החוב והא דנתחייב באחריות דש"ש היינו בההיא

הנא' דיכול לקדש ואמאי יתחייב מחמת הנאה זו כיון דהא דיכול לעשות בו קנין היינו משום דקונה הוא לענין זה וכדר' יצחק ואם כן הרי הוא כמו לוקח לשלשים יום דאינו מחחייב בגניבה ואבידה אף על גב דיכול לקדש בו האשה כיון דלאו בשל בעלים הוא נהנה אלא משלו הוא נהנה דקנוי לו וכמבואר בתוספות פ' השואל דף צ"ו ובשלחן ערוך סימן שמ"ו ובשלמא לשטח רש"י חיובו הוא משום דהמשכון הוי תמורת החוב ואבד המשכון אבדו מעותיו אבל לפי' תוספות אין החוב תמורת המשכון אלא דחיובו הוא מחמת הנאתו שיוכל לקדש בו האשה מחמת קנינו שלו במשכון ואם כן אינו אלא לוקח לכך ואמאי יתחייב בגניבה ואבידה וצריך עיון ועיין ש"ך שהעלה דהיכא דמשכנו שלא בשעת הלואה שלא ברשות בית דין ודאי חייב באונסין אליבי' דכ"ע דה"ל גזלן ומהאי טעמא אמרו שכנגדו נשבע ונוטל ולפי זה אפילו המשכון שוה יוחר מחובו נתחייב בכולו משום דהוי גזלן וע"ש: ☜ולפענ"ד אפילו שלא ברשות אינו חייב באונסין ביותר מכדי דמי החוב וכן מבואר מדברי הרב המגיד פ"ג מהל' מלוה דהרמב"ם כתב שם עבר בע"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה ואם לא קיים העשה כגון שאבד או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין וכתב הרב המגיד וז"ל וא"ת והא קיימא לן דאינו לוקה ומשלם נראה לי שדעתו ז"ל שהלאו הוא בנטילת המשכון ובאותו שעה לא הי' מתכוין לגוזלו אלא ליטלו במשכון בחובו וכשנאבד נפקע חובו בכדי שויו שהרי לכך נטלו עיין שם עוד ובהשגות א"א שיבוש הוא זה מפני שנתחייב באונסין ואף דעת רבינו שחייב באונסין והר"א ז"ל מדמה לאו זה ללאו דלא תגזול וניתן להשבה אף שאין הגזילה בעין ודעת רבינו שאין לאו זה ניתן לתשלומין שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי בחובו נוטלו ואין זה גנב ולא גזלן אלא גזירת הכתוב הוא שלא לעשות דין לעצמו עד כאן לשונו ועיין שם והרי מבוא' דאין בזה לא משום גנב ולא משום גזלן ומשום שלא הי' מתכוין לגוזלו באותו שעה אלא לחובו והא דחובו מפסיד אינו אלא משום דאנן אמדינן לדעתי' דלכך נטלו דאם יפסיד המשכון אפילו באונס יפסיד חובו וברשות בית דין ואפילו חובו אינו מפסיד כשנאבד באונס ושלא ברשות נמי אינו מפסיד אם נאבד המשכון באונס אלא חובו אבל אם המשכון שוה יותר אין צריך לשלם מביתו וז"ב:

סעיף ד

הרי זה ש"ש. משום דמשתכר בפרוטה דרב יוסף וכתב דמשום הך פרוטה נעשה ש"ש כל ימי היותו אצלו עד שיחזירנו לבעליו אפילו אחר שפרעו וכן מוכח מתשובת רשב"א ובתשובת מוהרשד"ם סימן צ"ח הקשה מהא דתנן פ' האומנין טול את שלך והביא מעות

ש"ח הרי עירנו רואות שאין לחייבו משום ש"ש אלא כשכוונתו לתפוס במשכון הא לאו הכי לא הוי אלא ש"ח ואם כן ק"ו כשפרעו עד כאן לשונו ולק"מ דדוקא התם באומנין דלא הוי אלא משום טעמא דתפיס אאגרי' ואם כן כשאין כוונתו לתפוס המשכון לא הוי אלא ש"ת אבל הכא דהוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף דה"ל כאלו קיבל פרוטה בתחלת השמירה אם כן פשיטא דהוי ש"ש לעולם עד כאן לשונו. ואנא לא חיובתא תזינא ולא פירוקא דמ"ש הש"ך דטעמ' דאומן אינו אלא משו' דתפיס אאגרי' ליתי' דהא לדידן דקיימא לן שוכר כש"ש הוי טעמא דאומן ש"ש דה"ל כאילו קיבל פרוטה דזהו שכרו שמשתכר במה שנותן לו מלאכה וכמבוא' בסוגי' פ' האומנין שם ובשלחן ערוך סימן ש"ו ואם כן מ"ש אומן דאומר טול והבא מעות ש"ת כיון דה"ל ש"ש כאילו קיבל פרוטה. אבל הקושיא מעיקרא ליתי' לענ"ד דבאמת ליכא חילוק כלל בין אומן למשכון ובפ' האומנין שם דף פ' תנן התם אמר לו שואל ושלחה ומתה חייב וכן בשעה שמחזירה אמר רפרם בר פפא אמר רב תסדא ל"ש אלא שהחזירם בתוך ימי שאילתה אבל לאחר ימי שאילתה פטור מת"ב רב נתמן בר פפא וכולן שאמרו טול את שלך והבא מעות ש"ת הא גמרתיו ש"ש ומשני לא הבא מעות וטול את שלך והיינו משום דידעו הבעלים שכלתה ימי האומנות ולא שלחו והביאו פטור אבל הבא מעות וטול את שלך הוי ש"ש כיון דהבעלים אין יכולין לטלו לא כלתה השמירה ועיין שם בסוגיא. וה"נ דינא דמשכון דאם פרעו ואמר לך עתה ובא למתר ואתזיר לך או נגנב קודם הזמן שקבע חייב ואם לאחר הזמן שקבע פטור וכמבואר בסעי' מ"ג ומשו' דכיון דיכולין הבעלים ליטול אחר הזמן שקבע כלתה שמירתו ודברי הרשב"א בתשובה נמי ע"כ מיירי בקביעות זמן באופן שלא היו יכולין הבעלים ליטלו דאם לא כן ודאי כלתה שמירתו וכמבואר בסעי' מ"ג ודהרשב"א ודהרא"ש חדא הוא ואם כן דינא דמשכון ודאומן חדא הוא דהיכא דכלתה שמירתו באופן שהי' הבעלים יכולים ליטלו גם במשכון הוי ש"ח והיכא דאין יכולין ליטלו גם באומן ש"ש וז"ב:

סעיף ה

שומר שכר. כתב מוהרש"ך בסימן קס"ט וז"ל אפילו להסוברין ש"ש מטעם דרב יוסף אפילו הכי לא אמרינן בי' מאי דאמרינן בשאר ש"ש להכי יהבינן לך אגר כי היכא דלנטרי' לי נטירותא יתירא בב"מ גבי פלוגתא דרבה הובא בכנסת הגדולה . אבל נראה דגם משום פרוטה דרב יוסף הוי ש"ש לכל דינו דהא בפ' הכונס (בבא קמא דף נ"ז א)"ל אביי לרב יוסף ואת לא תסבר' דשומר אבידה כש"ח דמי והא אמר ר"ח בר אבא אמר ר' יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל ואי ס"ד ש"ש אמאי משלם תשלומי

כפל קרנא בעי שלומי ומוקי לה בליסטין מזוין והקשו תום אמאי מוקי לה בליסטין מזוין ולומר דגנב הוא לוקמה כגון שטען טענת גניבה באונס שנגנבה ממנו באונס גדול כגון ששמר כספים בחפירת קרקע כו' ולרבה דפטר בסוף הפועלים דף צ"ג על בעידנא דעיילי אינשי משכחת כפל בעידנא דעיילי אינשי ולהנהו אמוראי דפליגי משכחת לה כדפרישית והעלו מזה דכיון שחייב הכתוב ש"ש בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס סברא הוא דבכל ענין שתהי' הגניבה יתחייב אפילו באונס עיין שם וכ"כ הרא"ש שם וכ"כ בשאלתות ונראה מבואר דאפילו על בעידנא דעיילי אינשי חייב גם בשומר אבידה דלא קיבל פרוטה להדיא ועיין שם בחדושי הרשב"א פ' הכונם ז"ל איכא למידק למה לי' לרב יוסף לדחוק נפשי' כולי האי לוקמוה בטוען טענת גנב ובשמירה מעולה בכספים תחת הקרקע וי"ל דש"ש אינו פטור בכל זה שהתורה מחייבתו בגניבה שהיא קרובה לאונס וכו' ונראה נמי דהיינו דלא מקשי רבה גופי' לרב יוסף מהיני דמקשי לי' אביי משום דלרבה אפילו על בעידנא דעיילי אינשי ש"ש פטור ולדידי' לא קשיא לרב יוסף דאפשר לאוקמי בטוען טענת גנב בעידנא דעיילי אינשי ובעידנא דגני עד כאן לשונו מבוא' דגם בשומר אבידה חייב אפילו על בעידנא דעיילי אינשי. אמנם אכתי יש לומר דכיון דהא דעל בעידנא דעיילי אינשו אינו אלא כמו אונס לרבה בפ' השוכר הפועלים ורבה בר רב הונא סובר דאמר להכי יהבי לך אגר לנטורי נטירותא יתירא ואם כן מצינו לומר בשומר אבידה דלא יהבי לי' אגר בפירוש פטור בעייל בעידנא דעיילי אינשי מיהו היינו אם בא זאב ונטלו הוי אור אבל על בעידנ' דעיילי אינשי ונגנב גם רבה מודה דחייב דכיון דכל גניבה הוא קרובה לאונס וחייב הכתוב בגניבה וכמו שאמרו בירושלמי אפילו הקיפוה מתיצה של ברזל ולא עדיף על בעידנא דעיילי אינשי ממתיצה של ברזל והא דרבה פוטר בפ' הפועלים לא מיירי בנגנב עיין שם ואם כן פריך שפיר דהיכי משכחת טוען טענת גנב באבידה כיון דהוי ש"ש גזירת הכתוב שיהי' חייב בגניבה אפילו ע"י אונס ואם כן דברי הרשב"א שכתב דמשום הכי לא מקשי רבה משום דלרבה אפילו על בעידנא דעיילי אינשי פטור הא התם לא מיירי מנגנבה אלא בא זאב ע"ש. אבל הכא בגניבה דכיון דהוא חייב אפילו ע"י אונס אם כן ודאי גם לרבה חייב ודו"ק ובמשנה למלך פ"י משכירו' השיג על. דברי מוהרש"ך מתשובת מוהריק"ו עיין שם ☜אולם יראה לדעת הרמ"א דפוסק כרבה ולא הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף אלא בכדי מעותיו ה"ל כאלו פי' שאם יאבד או יגנב יפסיד מעותיו כיון דבאונס לא מפסיד ומשום דאין דעתו עלאונס אם כן הקיפוהו מתיצה של ברזל כההוא דירושלמי ושאלתות ותוספות ורא"ש ורשב"א ונגנבה אינו מפסיד חובו דכיון דאין דעתו על האונס אם כן מה לי אונס אחר או

אונס גרבה דבשלמא ש"ש דחייבי' קרא הוי גזירת הכתוב אבל זה שתלוי בדעתו ובתנאי אינו מפסיד ע"י אונס וכן עייל בעידנא דעיילי אינשי ובא זאב או נגנבה נוטל כל חובו ואינו מפסיד כלום ואם תפס מלוה בכדי חובו ונגנב ע"י אונס פטור כיון דהוי ספיקא לדעת הרמ"א אם כרבה אם כרב יוסף וז"ב:

סעיף ו

אלא ש"ח. עיין ש"ך שהעלה דשלא בשעת הלואה הוי ש"ש אפילו ביתר מתובו דכיון דקונה משכון מדר' יצחק ויכול לקדש בו את האשה בההיא הנאה הוי ש"ש ועוד דכיון דתפס לי'אזוזי בההיא הנאה הוי ש"ש ועיין שם שכתב ואפשר שזה הוא דעת הרמ"א שכתב וי"א דהמלוה על המשכון הוי ש"ת והיינו בשעת הלואה עיין שם ולי נראה דאין לחלק דמ"ש ש"ך דכיון דקונ' מדר' יצחק ויכול לקדש בו האשה ומשמע מדבריו דיכול לקדש בכולה וליתי' דודאי אינו קונה מדר' יצחק אלא בכדי מעותיו ואם כן אינו יכול לקדש האשה אלא בכדי מעותיו וכן מבואר להדיא בתשובת מיימוני לס' משפטי' סימן נ"א ז"ל ומשכנו שלא בשעת הלוא' נמי לא הוי ש"ש אלא בכדי מעותיו עיין שם ומ"ש הש"ך בההיא הנאה דתפיס אאגרי' והביא ראי' מהא דאמרינן ר"פ שור שנגח כגון שתפסו ניזק ופירש"י בההיא הנאה דתפיס לשור אנזקי' ויש לחלק דהתם בשור תם דאינו משתלם אלא מגופו וכי אעריקו בעלי' לאגמא אין לו כלום התם ודאי תפיס אחובו הנאה גדולה וכן משמע מלשון רש"י שם בההיא הנאה דתפיס לי' ולא אעריקו בעלים לאגמא עיין שם אבל בהלואה כיון דיכול לגבות ממקום אחר לא הוי הנאה ואפילו לפי מ"ש בעל המאור דגם במועד כי תפסו ניזק הוי ש"ש בהאי הנאה דתפיס לי' אכתי יש לחלק דגבי הלואה לא הוי הנאה במה דתפיס לי' אתובו דאם לא הלוה לו לא הי' צריך לתפיסה ומי הכריח אותו להלואה אבל במועד דשלא מדעתו הוזקו גם מ"ש דאפשר שזה גם כן דעת הרמ"א אבל המעיין בד"מ יתבאר להיפך ודל ולי נראה הא דכתב ל"ש משכנו שלא בשעת הלואה לאו מטעמ' דר"י לחוד קאמר אלא מטעם דבשעת הלואה הוי כאלו פי' להדיא שמקבלו בתורת פרעון וכמ"ש בשם ר"י ולפי טעם זו אין לחלק בין בשעת הלואה או שלא בשעת הלוא' ודוק' לענין זה הם שוים דאם הי' המשכון כנגד חובו שיצא זה בזה דאם הוא בשעת הלואה הוא מטעמא דשמואל דהוי כאלו פי' ושלא בשעת הלואה הוא מטעמא דר' יצחק דבע"ח קונה משכון כו' דהא דשמואל לא שייך שלא בשעת הלואה ועיין שם הרי דשוין הן שלא בשעה הלואה עם שעת הלואה ובשניהם אינו ש"ש אלא בכדי מעותיו וכן דעת הטור להדיא בדעת ר"י דל"ש משכנו בשעת הלואה ל"ש שלא בשעת הלואה לעולם אם דמי המשכון יתירים על חובו ואין המלוה נותן ללוה

היתרון. ומ"ש הש"ך ראי' משערי רב אלפס דפסק בשעת הלואה הוי ש"ת הרי דפוסק כר"י ואפילו הכי שלא בשעת הלואה פוסק דהוי ש"ש ועיין שם אבל שערי השערים נעלו ממנו ואין פותח וז"ל בשער ט' הענין הא' הוא במקום שמסר לו משכון בשעת הלואה וטוען המלוה שנגנב או נאבד ודין הוא שישבע שבועת התורה שכך הי' ויפטור מן המשכון ויגבה מעותיו מן הלוה לפי שעשו אותו חכמים כש"ח וכן אמרו המלוה על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו דברי ר' אליעזר והלכה כמותו במקום שמשכנו בשעת הלואה לפי שאין לקיחת המשכון אלא בזכרון אצל המלוה ולא במקום גביות ממון והענין הב' במקום שמשכנו שלא בשעת הלואה ואם נגנב או נאבד חייב לשלם מה ששוה יתר על מה שהלוהו וילמד דין זה ממה שאמרו המלוה על המשכון ש"ש והעמידו בעלי תלמוד אותה משנה במשכנו שלא בשעת הלואה והמשנה אחרת ששנינו המלוה על המשכון ישבע ויטול מעותיו העמידוה במשכנו בשעת הלואה עד כאן לשונו. והוא תמוה מאד דהא ס"ד לאוקמי הכי בש"ס ואקשי עלה והא אידי ואידי הלוהו על המשכון תנן ועוד היאך פסק כר' אליעזר הא הלכה כר"ע מחבירו ומה"ט השמיטו הפוסקים דעת השערים דאפילו בכדי חובו הוא ש"ח משום דדרכי השערים לא נודעו:

סעיף ז

אבד מעותיו עיין ש"ך שהביא בשם מוהרי"ן לב אם נגנב חלק מהמשכון ובמה שנשאר יש בו כדי כל החוב המלוה אינו מפסיד דמידי הוא טעמא דאבד חובו אלא משום דהוי כאלו פי' דאנן סהדי דאדעתא דהכי נתן המשכון שלא יתבע המלוה ממנו כלום וכיון דבמה שנשאר יש כנגד החוב ואין צריך לתבוע הלוה לכן לא מפסיד המלוה מידי עיין שם ויש להסתפק במשכנו שלא בשעת הלואה דלא שייך כאלו פי' וכמ"ש בדרכי משה הובא דבריו בס"ק ו' אין בו אלא משום דר' יצחק אם נאבד חלק מהמשכון מי אמרינן כיון דכדי חובו קנה אם כן השתא שננגב כדי חובו הפסיד חלקו לגמרי או דלמא המלוה אומר ללוה תלקך הוא דנגנב ואיני שומר על תלקך ☜ומסתברא דהמלוה מפסיד לפי ערך דהיינו אם המשכון שוה מנה והתוב עשרה זהובים ונגנב. חלק מהמשכון מפסיד המלוה חלק עשירית והלוה ט' חלקים אבל זה הוא לשיטת רש"י דמשום דר' יצחק קנהו לגמרי אבל לפי שיטת תוספות משום דר"י לא קנה אותו לאחריות אלא לקידושין וחמץ וש"ש הוי משום דאית ליה הנאה בגווי' דיכול לקדש האשה נראה דהוי כאלו קיבל פרוטה ולשמור חלק מהמשכון ששוה בכדי חובו לפי שיכול לקדש בו את האשה אם כן מפסיד כל חובו:

סעיף ח

ומספיק' לא מפקינן. ונרא' דנהי דבכדי חובו מפסימן לכולי עלמא ומשו' דהוי ש"ש בכדי מעותיו מכל מקום איכ' נפקות' גם בכדי מעותיו והוא דלמאן דאמר ש"ש כרב יוסף אם כן זה גובה וזה גובה דהיינו המלוה גובה חובו וכדינו דבע"ת בזוזי אם אית לי' זוזי והלוה גובה חובו בעד משכונו מן מקרקע אף על גב דאי' לי' זוזי וכדין השומרין שהוא מכ"ד נזקין פרק קמא דב"ק וכמבואר בסימן תי"ט אבל למאן דאמר דהוי כאלו פי' שאם יאבד המשכון יאבד מעותיו הלוה פטור מתובו ומנכין דמי החוב כנגד דמי המשכון ואין מוציאין מספיקא. ועוד נ"מ לענין הא דאמרו בפ' הפועלי' על בעידנ' דעיילי אינשי דלמאן דאמר הוי ש"ש משום פרוט' דר"י חייב אפילו בגניבה ע"י אונס וכגון שהקיפוה מחיצה של ברזל ונגנב ולמאן דאמר דהוי כאלו פי' אם כן אין דעתו על האונס וכמ"ש בס"ק ה' ע"ש:

סעיף ט

לא מפקינין. עיין ש"ך שכתב דאם תפס מלוה נגד מעותיו לא מפקינן כיון דלר"י לא ס"ל כאלו פי' ומצי אמר קים לי כוותי' בזה לא קיי"ל כוותי' דהוי ש"ש משום פרוט' דר"י עיין שם ודבריו תמוהין דודאי כי תנן במשנה איזה דין ונאמרו בו טעמים הרב' זה אומר טעמא דמשנה כך וזה אומר טעמא דמשנ' כך וכי מצי התופס לחלוק על דינ' דמשנ' ולומר קים לי כההיא דלא ס"ל טעמא דזה וקיי"ל כאידך דלא ס"ל טעמא דתברי' וה"נ תנן במשנה ערוכה המלוה על המשכון ש"ש ונחלקו בו רבה ור"י דר"י קאמר טעמא דמשנה משום פרוטה דעני והוי ש"ש ורבה קאמר טעמא דמשנה אינו אלא. בכדי מעוחיו ואם כן בכדי מעותיו ודאי ש"ש דהא תנן ש"ש ואם יאמר קים לי דהוי ש"ת הוי נגד דינא דמשנה שוב ראיתי בתומים גם כן נחלק על הש"ך בזה עיין שם ואף על גב דלדעת השערים הוי ש"ח לגמרי בשעת הלואה ומוקי למתני' שלא בשעת הלואה כבר השרישו תז"ל דאין לומר קים לי כיחיד במקום שכל חכמי ישראל חולקין עליו ובפרט כי דרכי השערים ננעלו ממני וכמ"ש בסק"ו ע"ש:

סעיף י

וחזר המלו' והפקידו. נשאלתי בא' שהשאיל ללוה שלו את משכונו על י"ט והלוה הבטיחו עבור זה איזו מחנה אם המלוה רשאי לקבל משום חשש ריבית או כיון דאינו מקבל עבור הלואה אלא עבור שאלת המשכון דלא הי' צריך להחזירו ועבור זה נוחן לו המחנה ☜והשבתי דנראה דהוי ריביח גמור וראי' מדברי התוספות פרק קמא דקידושין דף ח' בהא דאמר ר' יצחק מנין שבע"ח קונה משכון שנאמר ולך תהי' צדקה אם אינו

קונה משכון צדקה מניין וכתבו תוספות ז"ל וא"ח איכא צדקה במה שמחזיר לו לשכוב עליו וי"ל דדייק מדכתיב ושכב בשמלתך וברכך ואי לא הוי קונה לי' אם כן כשמברכו העני ה"ל ריבית דברי' ע"כ מבואר מזה דאי לא הוי קנה משכון ומברכו בעח החזרח המשכון הוי ריבית דברי' ומכ"ש אם נוחן לו ממון וכיון דבמשכון בשע' הלואה מידי ספיקא לא נפקא אם קונה משכון מדר"י וגבי קידושין באבן העזר סימן כ"ח פסק רמ"א דאינה מקודשת וכיון דהוי ספיק' דאורייתא באיסור ריבי' ספקו להחמיר ואינו רשאי לקבל אבל אם הי' משכון שלא בשעח הלואה כנון עפ"י בית דין או מדעת הלוה או בזרוע דבזה ודאי קונה משכון וכמ"ש בסק"ב בזה שפיר דמי לקבל ממנו מתנה עבור חזרת המשכון כיון דהוי דידי':

סעיף יא

כיון דבתורת שאלה. ומה"ט נמי לא נעשו מטלטלין אצל בניו ובהגהת מרדכי בשניות כתב בשם הר"מ ב"ר ברוך דאם חזר והפקידו אצל הלוה ומת הלוה נעשו מטלטלין אצל בניו והא דאמרו בפ' המקבל משכנו ומת שומטו מעל בניו היינו דוקא במשכנו עפ"י בית דין דכבר קנהו מדר' יצחק וכו' עיין שם וחימה דהא מוכח בריש אע"פ דאם יחד לה מטלטלין א"צ שבועה כיון דסמיכת' עליהם אלמא אפילו המטלטלין בביתו לא נעשו מטלטלין אצל בניו וכן מבואר בתשובות מוהר"ל סימן תתקע"ג דמטלטלין ודאי לא נעשו אצל בניו ועמ"ש בסימן ס"ז סק"ב:

סעיף יב

אף בנו נעשה ש"ש. וכתב הנימוקי יוסף בטעמו בהאי הנאה דתפיס לי' אזוזי וכן באומן בכלי אומנתו אבל מוהרש"ל פ' הגוזל בחרא חולק וכתב דלא אמרינן בההיא הנאה אלא גבי אומן ולא בהלואה. ובש"ך העלה דגם בהלואה אמרינן בהאי הנאה ע"ש. ומיהו מדברי תוספות פ' האומנין דף פ"א מבואר דלא מהני כלל תפיס אאגרי' אלא דוקא בעוד שמשתכר באומנתו דתרתי בעינין משתכר ותפיס לי' אאגרי' עיין שם והא דהבא מעות וטול הוי ש"ש היינו משום דלא כלתה שמירתו וכבר קיבל פרוטה בתחלת השמירה וכמבואר אצלינו בסק"ד. ומיהו מלשון רש"י שם מבואר דכל דגלי אדעתי' שתופסו אזוזי מהני אפילו היכא דלא משתכר וז"ל שם הא הבא מעות דגלי אדעתי' דתפיס לי' אאגרי' ש"ש הוא עד כאן לשונו ובדיבור שאת"ז כתב רש"י ז"ל אבל גמרתיו הוי ש"ת דכל כמה דלא גלי אדעתי' לית לן למימר דתפס אאגרי' עיין שם ולכן נראה דבעל המאור שכתב גבי תפסו ניזק דהוי ש"ש דאפילו במועד דמשלם מן העלי' הוי ש"ש בההיא הנאה דתפיס אנזקי' הוא כשטת רש"י דהיכא דגלי אדעתי' דתפיס אחובי' הוי ש"ש אפילו אינו משתכר

אבל לשטת תוספות דבעינן תרתי משתכר וגם תפיס אאגרי' אם כן אפילו גלי אדעתי' לא מהני אלא תפסו ניזק דריש שור שנגח מיירי בשור תם דשם ודאי אית לי' הנאה דלא אעריקו באגמא והוי מפסיד וכמ"ש בסק"ו ואם כן הכא. .בי בנו דליכא גילוי דעת דהא ממילא הוא אצלו אם כן לשיטת רש"י ל"א בההיא הנאה אלא היכא דגלי אדעתי' ולשטת תוספות אפילו גלי אדעתי' נמי לא מהני אלא באומן דאיכא תרתי וכמ"ש: אמנם אם הניח אביהם אחריות נכסים נראה דגובה מנכסי אביו לדעת הפוסקים כר"י דכיון דאביו ש"ש למאן דאמר נכסי שומר אשתעבד משעת משיכה ונתחייבו הנכסים והנימוקי דאתי עלה משום תפיס אזוזי הוא לשטתו דסובר דנכסי שומר אשתעבד משעת פשיעה ולא נתחייבו הנכסים ועיין בש"ך סימן שמ"א שהעלה בדעת הרמב"ם דנכסי שומר אשתעבד משעת שאלה. אבל לפימ"ש בסימן שמ"א סעיף ד' דדוקא גבי שואל נתחייבו הנכסים אבל בש"ח או בש"ש דפטור באונסין וכיון דמת ואינו יכול לשומרו אין לך אונס גדול מזה אם כן אפילו הניח אחריות נכסים לא נתחייבו הנכסים ודו"ק:

סעיף יג

בנו נעשה ש"ש. ולדע' הרמ"א בסעיף ב' דאינו אלא ש"ח אף בנו מפסיד כדי חובו כ"כ סמ"ע וכ"כ מוהרש"ל פ' הגוזל בתרא ולדידי צריך עיון למה יפסיד חובו כיון דכתב בד"מ דלא שייך כאלו פי' אלא הוי ש"ש משום דר"י והובא דבריו בסק"ו עיין שם ואם כן גבי בנו דלא שייך דר"י דכיון דאינו בא אלא מכח אביו ואבוהו לא קני איהי קני וכאלו פי' נמי לא שייך אצל בנו כיון דאצל בנו ל"ה שעת הלואה ואם כן נהי דאביו פי' שאם יאבד המשכון ואבד מעותיו כיון דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיע' אם כן אביהן לא נשתעבד אפילו למאן דאמר נכסי שומר אשתעבד משעת שאלה מכל מקום כיון דאין דעתו על האונס הא כיון שמת אין לך אונס גדול מזה שאינו יכול לשומרו ואפילו לדעת הפוסקים דבגניבה גם ע"י אונס חייב כיון דגזירת הכתוב ועמ"ש בסימן שמ"א סעיף דלית מכל מקום לדעת הרמ"א דאינו ש"ש אלא משום דהוי כאלו פי' וכאלו מתנה ש"ח להיות כשומר שכר לא הוי תנאו על אונס וכמ"ש בסק"ה. ואפשר דכיון דאינו ש"ש כדין השומרין וכמ"ש בסק"ח אלא אומדן דעתי' להפסיד חובו כשיאבד המשכון אמדינן לדעתי' דאפילו יאבד אצל בנו גם כן יפסיד חובו ואכתי צריך עיון:

סעיף יד

ופטור אפילו מפשיטה. והוא במרדכי דלשון איני מקבל אחריו' היינו אפילו פשיע' בכלל ועיין שם תשובת מוהר"מ מהא דתנן הרי עלי קרבן ע"מ שאקריבנו בבית חוניו והקריבו בבית חוניו דפטור ואמרו בגמ' הטעם דה"ל כאומר הרי עלי עולה ע"מ שאיני

חייב באחריותו ומזה משמע דסתם אחריות אפילו פשיעה בכלל ע"ש: ודאיתי בתומים שכתב ז"ל אך יש להבין דמשמע הא בידים אבדו חייב והא התם מקטל קטלי' דה"ל שחוטי חוץ כמבואר בגמרא ומ"מ פטור ש"מ לשון אחריות מוסב אפילו על מזיק בידים וצ"ל דשאני התם דהוא נדר ע"מ כן ואם כן ה"ל כאומר אם אהרגו בידים לא יחול הנדר מעיקרא ותו ליכא נדר מה שאין כן כאן יש לומר אם אפשע לא יחול מעיקר' קבלת השמיר' אבל להזיק בידים דל שמירתו לגמרי וכי יכול להזיק של חבירו והרי זה דומה לאומר קרע כסותי אם לא אמר ע"מ לפטור חייב והכא א"ל ע"מ לפטור ולכך כשהזיק בידים חייב אבל באמר בלשון אחריות אף מזיק בידים בכלל ואם כן יצא לנו מזה הנוחן מחנה וא"ל ע"מ שאיני חייב באחריותו אפילו הזיקו בידים פ.וור דאם הזיקו למפרע בטלה מתנחו ולא עשה לרעהו דבר ובשלו הזיק עד כאן לשונו ☜ויצא לידון בדבר החדש ולא נהירא דמ"ש דזה דומה לאומר קרע כסותי ולא אמר לפטור ליתי' דבזה לא בעינן ע"מ לפטור כדאי' ס"פ החובל לשמור ולא לקרוע ודוקא כי אתי לידי' בתורת שמירה ואח"כ אמר לו קרע כסיתי בעינן ע"מ לפטו' וכן מבואר בטור וש"ע סימן ש"פ ואם כן אי נימ' דל' אחריות היזיק בידים נמי בכלל הי' פטור כאן אפילו היזו' בידי' ולמה כ' מוהר"מ דפטו' מפשיע' אבל נר' דודאי מזי' בידי' אינו בכלל ל' אחריות דמה עינן אחריות למזיק אלא דהתם גבי עולה פטור מזיק וכמו שכתבו התוספות פרק קמא דב"ק דף ו' ד"ה שור רעהו דאפילו אדם המזיק פטור בקדשים אלא דהאומר הרי עלי עולה הרי כי אמר עלי היינו דמוטל על כחפי' כדאי' בש"ס והוא מקבל כל אחריו' אפילו של אונסין ומשום הכי פריך הא מקטל קטלי' והוא נתחייב באחריות ומשר דנעשה כאומר הרי עלי עולה ע"מ שאיר חייב באחריותו ומיהו אם לא הי' בכלל פשיעה ולא הוי אלא כאומר ע"מ שאיני חייב באחריות גניבה ואביד' אם כן עדיין ה"ל חייב בפשיעה מחמת דאמר הרי עלי דהוא אחריות ולא אמר על מנת שאיני מקבל אחריות אלא אחריו' דגניבה אבל אחריות פשיעה מיהא עדיין עליו מחמת לשונו דאמר עלי דהוא לשון אחריות כיון דפשיעה בכלל אחריות הוא בש"ח לזה הוכיח מוהר"מ דלשון ע"מ שאיני חייב באחריותו כולל גם כן אחריות דפשיעה וסגי בזה דכיון שהתנה ע"מ שלא יהא חייב בשום אחריות אם כן אינו חייב מחמת הרי עלי דהא התנה שיהא פטור בכל האחריות ועל ההיזק שעשה בידים זה אינו בכלל אחריות דהא פטור מכל האחריות אלא שיהי' חייב מחורח מזיק ובקדשים מזיק בידים פטור וכשם שאלו הזיקו אחר הי' פטור כן הבעלי' גופי' שהזיקו פטורין כיון דפטור מכל אחריות ואפילו נימא דמדרבנן על כל פנים חייב מזיק קדשים היינו לבעלים וכמ"ש רש"י פ' הנזקין גבי כהנים שפגלו במקדש משום דהפסיד נדרו

אבל הבעלים עצמן שהזיקו פטורין להקדש כיון דמזיק הקדש פטור ואם כן ממילא יצא [הדין] בנותן מחנה ע"מ שלא אחחייב באחריות והזיקו בידים דחייב נהי דפטור מכל אחריות היזיק בידים אינו חייב משום אחריות אלא משום דהשחא מזיק ומה ענין מזיק לאחריות וזה ברור שוב ראיתי במוהרי"ט ת"ד סימן קט"ז שתמה גם כן על המרדכי הנ"ל עיין שם ולפי מ"ש לק"מ:

סעיף טו

שאל משמעון סייף. עמ"ש בזה בסימן רצ"א:

סעיף טז

ישבע המלוה תחלה. והיינו משום דתששו שמא יוציא הלה את הפקדון. ויראה דאם המלוה חשוד יחלוקו וכמבואר בסימן צ"ב בהיו שניהם חשודים יחלוקו ואין הלוה יכול לומר אנא משתבענא ואדע כי לא יוציא את הפקדון דהא בהמפקיד דף ל"ד הוי סברי מעיקרא רבא ושמואל דהא דקתני מי נשבע מי שהפקדון אצלו היינו דקאי אריש ושקלוה לגמרי השבועה מן הלוה מהאי חששא דשמא יוציא ושדינן אמלוה אלא דהדר מסקיק דא"צ מה"ט לשקול השבועה מן הלוה דכיון דהמלוה נשבע תחלה תו ליכא חשש דשמא יוציא ואם כן כיון דהמלוה חשוד ואינו יכול לישבע גם ללוה לא יהבינן שבועה מהאי חששא דיוציא וכיון דשניהן אינן יכולין לישבע ה"ל כהאי דסימן צ"ב בהיו שניהן חשודין שם ברמ"א סעי' ז' דיחלוקו:

סעיף יז

מתוך שאינו יכול לישבע משלם. והראב"ד פ"ה משאלה השיג כיון דבעינן שיודה בדבר שבמדה ושבמנין. ועיין ש"ך וזה תורף דבריו דכי אמר מה שהנחת אתה נוטל נהי דבכלל הודאתו על כל פנים ש"פ מכל מקום כיון שהודה שכל מה שיש בבית הוא שלו ואם יהיו שם מאה פרוטות ויתר הכל שלו עפ"י הודאתו ונמצא בשעה שהוד' אין קצבה להודאתו ואינו ידוע לבית דין כמה יעלה הודאתו עד אחר המדידה בבית ואם כן כיון דבשעת הודאה לא היה הודאה כבר יצאה הודאה בפטור אבל באומר איני יודע כמה היה שוה על כל פנים פרוטה הודה דאין הודאה פתות מפרוטה ויותר לא תעלה כיון דאין אנו מחייבין אותו רק בפרוטה והרי יש קצבה להודאתו בבית דין דלא יתחייב עפ"י הודאתו רק פרוטה ועיין שם והוא נכון מאוד. אבל קשה בהא דפסק בשלחן ערוך סעי' ט"ז גבי מלוה על הטבעת ונאבד עיין שם והא התם כיון שהודה המלוה שהיה שוה כפי אותו הטבעת שביד השולחני ועדיין לא נודע לבית דין שומת הטבעת שביד השולחני דהא כתב שם שילך אחר שומת הבקיאין ואם כן בשעה שהודה אינו ידוע לבית דין כמה

יעלה הודאתו דאפשר יעלה יותר ע"פ שומת הבקיאים הטבעת שביד השולחני ואם כן אפילו אח"כ שנישום הטבעת וידוע הודאתו כבר יצאה הודאה בפטור וכמו הא דקאמר מה שהנתת אתה נוטל דג"כ אח"כ יתוודע קצבת הדבר וכמו שכתב הר"ן פ' שבועת הדיינים לפי שיצאה בפטור עיין שם וצריך לומר דכיון שמודה שהוא שוה כמו זה שביד השולחני הרי הוי הודאה בדבר קצבה שהוא חייב לשלם כפי אותו טבעת ואף על גב דאכתי לא נתברר טבעת זו כמה הי' שוה אפילו הכי ה"ל דבר קצוב שנתחייב כמו שהיא לפנינו ולפי זה אם אין הטבעת שביד השולחני לפני בית דין בשעה שהוא מודה אלא שאומר שהי' שוה כפי אותו הטבעת שביד השולחני בביתו אם כן לפני בית דין ליכא שום דבר קצבה והרי הוא כמו מה שהנחת אתה נוטל דבשע' הודאה בפטור יצאת:

סעיף יח

וגובה חובו מהלוה. עיין כנה"ג דמקהי בזה טובא לפי דמשמע לי' מדברי הרמב"ם פ"י משכירות שכתב נאנס באונס כגון שנלקח בליסטין מזויין ישבע שנאנס ואם נלקח בליסטין מזויין מה צורך לשבועה אלא דס"ל להרמב"ם דלא מהימנין למלוה לומר שנאבד באונס אלא כשבא עליו ליסטים מזויין ושללו נכסיו ויש ספק אם המשכון של הלוה אבד בכלל נכסיו או לא הי' שם דאז מהימנינן לי' שהמשכון הי' שם ונאנס אבל אם אין אנו יודעין שבא עליו ליסטים מזוין אלא שהמלוה טוען כן אינו נאמן כמ"ש. הרמב"ם ואם נאנס המשכון כגון שנלקח בליסטים מזויין וכו' והן הם דברי הר"ן בתשובה סימן י"ח שהובא בבית יוסף בסוף סעיף ד' ומ"ש בטור בסעיף כ"ח דיורש שטען המשכון נאבד מיד מורישו. באונס דנשבע ונפטר הוא כשאין עדים שבא על אביו ליסטים מזויין אלא שהוא טוען כן דאלו יש עדים שבאו על אביו ליסטים מזויין כי היכי דאם אביו הי' טוען שהמשכון נאנס ה"נ הוי טענינן ליורש עד כאן לשונו עיין שם אבל לדעתינו נראה דאפילו ליכא עדים שבאו עליו שוללין גם כן נשבע המלוה שנאנס דכיון דהלוה ה"ל כאומר א"י אם פרעתיך מתויב לשלם ומדר' אליעזר נשמע לר' עקיבא דס"ל דישבע ויטול מעותיו וה"נ לר"ע דהוי ש"ש וטוען שנאנס ישבע שנאנס ואף על גב דכל הטוען א"י אם פרעתיך מחויב לשלם וא"צ התובע לישבע כמבואר בסימן ע"ה הכא ודאי צריך שבועה דהא שומר הוא ושבועת השומרין בעי אשתבועי ולא ליטול צריך שבועה דהא א"י אם פרעתיך חייב לשלם אלא דהוא צריך לישבע שבועת שומרין לפטור עצמו על המשכון וז"ב) (וכל זה כשאינו ידוע שבאו עליו שוללים ונאנס אבל אם ידוע שבאו עליו שוללים ואינו ידוע אם המשכון שללו או לא בזה אפילו שבועה א"צ וכמבואר בסימן רצ"ד מי שטען טענת אונס בפקדון ומבי' עדים שנאנס בידו החפץ ששואל ממנו המפקיד כגון

ששאל גלימא וטוען שנאנס ומביא עדים שראו שנאנס לו אף על גב דלא ידעי אי גלימת המפקיד הוא פטור עיין שם והוא בטור שם בשם הרמ"ה כיון דאלו הוה מכחישו בברי אין זה החפץ שנלקח מידך וזה אומר זהו החפץ שקבלתי מידך ולא הי' כאן ש"ש רק שבועת היסת ובשמא פטור לגמרי עיין שם ואם כן ה"נ כיון דשבועת המלוה לאו ליטול הוא דהא ה"ל א"י אם פרעתיך ואינו אלא ש"ש ואם כן היכא דידוע שבאו עליו שוללים והמלוה אומר זהו החפץ שלקחו א"צ שבועה כלל וזה נראה בכוונת הר"ן בתשובה סימן י"ח ראובן הלוה על המשכון שוה יותר מכדי דמי הלואה ושללו גוים ביתו ואומר שגם אותו משכון שללו והשיב דהמלוה על המשכון פטור מאונסין הלכך חייב הלוה לפרוע לראובן כל מה שהלוהו עד כאן לשונו והובא בבית יוסף ולכאורה תיקשי כיון שאינו ידוע אם שללו אותו המשכון דהא כתב ואומר שנם אותו משכון שללו לא סגי בלא שבועה ולמה לא כתב שישבע המלוה כדבריו ולפי מ"ש ניחא דבכהאי גוונא שידוע שבאו שוללים ושללו ביתו ואומר שזהו הוא ששללו א"צ שבועה וכההיא דסימן רצ"ד ומשמע מזה דאפילו אינו ידוע ששללו כמו זה המשכון נמי ליכא שבועת השומרין וכדמשמע מדברי הבית חדש סימן רצ"ד דהא בעובדא דר"ן בתשוב' לא כתב ששללו כמו זה ודלא כש"ך בסימן רצ"ד ע"ש. ולפי זה צ"ל דהרמב"ם מיירי שאין עדים כלל על האונס אבל אם הי' ידוע שנאנס אפילו שבועה א"צ וכמ"ש וז"ב:

סעיף יט

אלא כזו. נראה מדכתב כזו היינו משום דמיירי שהטבעת שביד השולחני הוא לפנינו ובזה דוקא מחויב שבועה דהוי דבר שבמדה כיון שידוע לבית דין ששוה כזו שהיא לפני בית דין אף על גב דאינו ידוע לבית דין כמה היא שוה ואכתי לא נודע קצבתו שהודה הוא גופה דבר שבמדה הוא מה שמודה ששוה כזו אבל אם אין הטבעת שביד השולתני לפני בית דין ה"ל כמו מה שהנחת אתה נוטל דאינו ידוע הודאתו לפני בית דין בשעת הודאה כמה יעלה ואף ע"ג דאח"כ נודע כבר יצאה הודאה בפטור וכמ"ש בס"ק י"ז עיין שם:) (

סעיף כ

אם הוא בענין. מס"פ המקבל גבי סכינא דאשכבתא אמרו דנאמן במגו דלקוח וכן בהני עיזי דאכלי חושלי אמרו בש"ס דנאמן במיגו דלקות אבל צריך ביאור דמשמע מש"ס ופוסקים דאינו נאמן לומר למשכון אלא במיגו דלקוח ולמה לא יהי' נאמן למשכון מצד עצמו כיון דהוי דברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר כמו בטענת לקוח כיון דבע"ח קונה משכון ובס' הזכות להרמב"ן ראיתי גדולי חקרי לב נתחבטו ונתלבטו בדבר זה

וז"ל הראב"ד פ' הכותב בענין מלוגא דשטרי ועוד יש שטוען עליו ואומר בלא מיגו תהא נאמנת לומר ממושכנת הן בידי האי נמי לאו טענה היא כלל דלא דמי משכון למקח דכיון דקא מודי לי' בגופי' דידי' הוא בחזקתן כדקא מודי ליה וכי אמר משכון הוא בידי צריך לאתויי ראיה ואי איכא מגו מהמנינן ליה ואי לא לא דהא אפילו בבקרא דיתמי דתפסי תורא מיניה א"ל לא הואיל ויכול לומר לקוח היא בידי הא לאו הכי לא הוי מהימן במשכון עד כאן לשונו והנה ודאי דברי הראב"ד נכונים דמוכח בש"ס דלא מהימן למשכון שלא במגו דלקוח וכמ"ש אלא טעמא בעי דהא דעת הרמב"ן היכא שידוע שבא לידו בתורת משכון ואינו ידוע כמה הלוה עליו המלוה נאמן לומר כך אפילו בלא מגו ומשו' דקונ' משכון הוי מוחזק וכ"כ בשלחן ערוך סעיף כ"ג ואם כן כיון דקנין אית לי' בגוי' מדר' יצחק ליהמני' בלא מגו כמו בטענת לקוח וכן הוא טענת הטוען שם ז"ל ומאי אולמי' דלקוחות טפי ממשכונות והלא היינו מקח היינו משכון וכיון דתפיס נאמן בין במקח בין במשכון עיין שם בספר הזכות ונראה דס"ל לטוען דגם במשכון נמי מהימן כטוען על גוף החפץ כיון דקונה משכון מדר' יצחק: ☜והנראה לענ"ד בזה לפי מ"ש הר"ן פרק הכותב שהקשו אמאי לא מהימן לומר על שטר חוב לקוח דהא אמרינן פ' ג"פ אותיות נקנין במסירה רבא אמר אין צריך להביא ראי' על המסירה וכי היכי דלמאן דאמר אותיות נקנין במסירה נאמן לומר לקוח הוא בידי לדידן נמי דקיימא לן אין אותיות נקנין במסירה אמאי לא מהימן לומר אג"ק הקנה לי או שטר כתובה הי' לי ואבד ותי' בזה הרמב"ן ז"ל לפי שהמטלטלין כיון דנקנין במסיר' והגבהה ותפיסתו עצמה שהוא תופס בהן היא קונה לו נאמן הוא לומר לקוח היא בידי ולא מפקינ ממונא מתותי [ידי'] כדין דמוחזק אבל בשטר שאין תפיסתו קנין ואינו מוחזק כלל אלא בנייר שלו אם טען בענין כך וכך נמסר לי עליו הראי' לפי שאין שעבוד השטר יוצא מחזקתו של מלוה הבתוב בשמו אלא למאן דאמר אותיות נקנין במסירה קסבר רבא כיון דתפיסתו קנין דהא בכל מסיר' הוא קונה עשאוהו כשאר מטלטלין שהוא נאמן אבל למאן דאמר אין אותיות נקנין במסיר' אם טען אגב והמחאה אינו נאמן עד כאן לשונו וכיון דמי שנתן לחבירו מנה והניח לו משכון לא קנה המשכון דמנה אין כאן משכון אין כאן וכמבוא' בתוספות ורא"ש בפרק קמא דקידושין דף ח' וכתב הרא"ש שם בטעמ' דכל זמן שלא נתחייב גופו לא נשתעבדו נכסים ועיין בסימן ר"ז ואם כן לא מהני משכון אלא אם כן נתחייב מתחלה גופו דשעבוד נכסי מדין ערב הוא ואם כן אין תפיסתו עושה קנין לומר שנתן לי למשכון דהא מנה אין כאן משכון אין כאן וצריך לטעון שנתחייב לי גוף המלוה בקנין או במעות שהלויתי ונתן לי זה למשכון וכיון דתפיסתו אינו קנין אלא ע"י מה

שטוען טענה אחרת חוץ לתפיסה והרי הוא כטוען על שטר אג"ק או המחאה כיון דאין התפיסה עצמה קנין אינו נאמן וה"נ במשכון אינו נאמן בזה שטוען שנתחייב לו הלוה וגוף המשכון בלי חיוב גוף הלוה לא מהני כלום והוא נכון: ובזה צדקה טענת הטוען מ"ש משכון ומ"ש מקח ותיהוי נאמנת בלא מגו והוא נגד כמה סוגיות בש"ס דמשכון אינו נאמן אלא במגו דלקוח וכמ"ש ועוד שטענת הטוען קם לדינא ברא"ש פ' הכותב דס"ל דנאמנת לומר במלוגא דשטרי למשכון בלא מגו ועמ"ש בסימן ס"ד סק"ה ולפי מ"ש ניחא דודאי היכא דאינו ידוע החוב אם נתחייב כלל אינו נאמן לומר למשכון כיון דתפיסתו אינו עושה קנין דמנה אין כאן משכון אין]כאן[ולומר שנתחייב לו אינו נאמן וכמ"ש וכמו שאינו נאמן לומר על שטר אג"ק או המחאה אבל התם גבי מלוגא דשטרי דידוע החיב ע"פ עדים אלא שאינו ידוע אם תפסה המלוגא דשטרי מחיים למשכון או לא ובזה שפיר נאמנת דמ"ש משכונות מלקוחות וכדברי הטוען כיון דתפיס בהן והחוב ידוע אם כן כיון דהחוב ידוע התפיסה עושה קנין ונאמנת מצד עצמה בלא מגו ודו"ק:

סעיף כא

בשבועה בנק"ח. וכתב הרב המגיד בטעמו לפי שאין אומרים מגו לאפטורי משבועה. ואכתי צריך טעמא דמגו לאפטורי משבוע' לא הוי אלא היכא דבלא המגו הי' נאמן בשבועה וקא אתי המגו לאפטורי בזה לא מהני המגו לאפטורי משבוע'. אבל גבי משכון דאי לאו המגו לא הי' מהימן כלל לגוף הממון אם כן כי קא אתו המגו לממונא קא אתי בזה לא שייך מגו לאפטורי משבועה. וכה"ג כתב בכנסת הגדולה בדיני מגו בשם הג"ת וז"ל הא דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה. היינו דווקא כשאין המגו מעלה ומוריד לענין הממון עצמו דבלא המגו יש לו להוציאו או להחזיקו אלא שאם לא הי' מגו הי' מחייבו שבועה ועתה בא לפוטרו משבועה מכח מגו. בהא אמרינן מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. אבל היכא שהמגו בא על עיקר הממון אף על פי שנמשך גם כן מענין המגו שאינו נשבע אמרינן מגו עד כאן לשונו אמנם לזה פי' בסמ"ע דכאן נמי המגו קא אתי לעיקר השבועה דאלו הי' עדים שבא לידו בתורת משכון הי' המלוה נאמן במגו דהחזרתי והי' צריך שבועה וע"ש. אך דברי הש"ך יותר מבוארי' בפירוש דברי הרב המגיד והיינו לפי שאם הי' עדים שבא לידו בתורת משכון ואינו ידוע כמה הלוה הי' המלוה נאמן בשבועה וכמבואר בסעי' כ"ג ועיין ברמב"ם פ"י ממלוה ובהרב המגיד שם ותראה דבריו מוכרחין ולפי זה נראה ליישב קושיות הרמב"ן והר"ן שהקשו על פסק דמלוה על המשכון צריך שבועה מברייתא דנותן טליתו לאומן. אומן אומר שתים קצצת לי ובעל הבית אומר לא קצצתי אלא אחת כ"ז [שטלית] ביד האומן על בעל הבית להביא

ראי' נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו המוציא מחבירו עליו הראיה . אלמא דברישא היכא דאין לו מגו נוטל בלא שבועה אך לפי מ"ש ניחא דהא גבי אומן מבואר בש"ס שם פ' ח"ה דהיכא דאין עדים דבאו לידו בתורת אומנות בענין דלית לי' מגו על האומן להביא ראי' וכן מבואר בשלחן ערוך סימן פ"ט ובסימן קל"ד ולכן מחלק בתשובות הרשב"א דאומן אינו דומה למשכון דגבי משכון בעל חוב קונה מדר' יצחק אבל אומן אינו קונה משכון וכיון דאומן לא מהימן לעולם בלא מגו אם כן המגו בא לעיקר הממון ואע"פ שנמשך ממנו מענין המגו דא"צ שבועה אמרינן מגו וכמ"ש בג"ת. וכ"ת הא ברייתא דאומן אתי כר' יהודה דבקציצ' נמי לא דכיר ונשבע אומן ואם כן המגו לא. בא לעיקר הממון רק לאפטורי משבוע' ליתי' דהא לר' יהודה בעי מודה מקצת וכל זמן שהטלית ביד אומן ה"ל הילך. אבל קשה הא דפסק הרמב"ם פי"א משכירו' גבי אומן כשטליתו בידו צריך שבוע' בנק"ח וכן פסק בשלחן ערוך סימן פ"ט והתם לא שייך טעמא דהרב המגיד כיון דגבי אומן אם היו עדים בענין דליכ' מגו לא הי' נוטל בשבוע' כיון דאומן אינו קונה משכון וצריך עיון ועמ"ש סקכ"ג וס"ק ל"ח:

סעיף כב

תפס מעות. ובתומים ראיתי שכתב דוקא תפס מעות הלואה או פקדון ומעות מותרין דמותר להשתמש דה"ל כמנה מלוה אבל מעות צרורין דה"ל פקדון ה"ז דומה לשאר תפצים עיין שם והוציא הלשון מפשוטו דודאי משמע בכל ענין דתפס מעות א"צ אלא היסת והטעם כיון דמעות יכול לגבות לעצמו בלי שומת בית דין אין זה דומה לשאר חפצים דצריך שומת בית דין ומשום הכי הוי המלוה כבא ליטול וצריך שבועה או כפי טעמא דרמב"ם דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה או כמו שכתב הרא"ש כיון דבא ליטול אבל מעות דאינו צריך שומא ויכול למיעבד דינא לנפשי' אם כן כשטוען חייב לי ועביד דינא לנפשי' וגבה לעצמו והרי הוא שלו לגמרי והרי הוא כטוען על גוף החפץ לקוח הוא בידי דהא לפי טענתו שלו הוא גוף המעות וזה פשוט ☜ויראה לי דה"ה במוכר שמכר בהקפ' ואותו החפץ שמכר הוא בידו ואומר אמת מכרתי זה החפץ אבל מגיע לי עליו דמי החפץ דנוטל מן החפץ בלא שבועה דמוכר סחורה בהקפה והסחורה בעין דומה לעיסקא שהיא בעין דנוטל בלא שבועה ועיין ב"ח שפסק במוכר סחורה בהקפה והסחורה בעין קודם לכל בעל חוב ועיין שם שדימ' אותו לעסקא בעין ויש לנו ראי' מוכריחות לזה במוכר סחורה בהקפה ומודה שמכר אלא שמגיע לו דמי החפץ בעד המקח דנוטל בלא שבועה לקמן סימן צ"א ס"ק... ע"ש:

סעיף כג

ואם יש ע"א. דעת הרשב"א בתשוב' דנאמן המלו' בשבועה והא דאמרינן באומן פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ו) דאומן אינו נאמן כדי דמיו אלא במגו היינו משום דאומן אינו קונה משכון שלא בא לידו בתורת משכון אבל בעל חוב קונה משכון מדר' יצחק והוי מוחזק ונרא' דהרשב"א לשטתו שכתב בחידושיו פ'האיש מקדש דאומן כיון דלא אתי לידי' בתורת משכון לא קנה והביא ראי' מדתנן פ' כל האומנין ש"ש ואוקמינן בההיא הנאה דתפיס לי' אאגרי' ואלו קני משכון מדר' יצח' הוי ש"ש בודאי אע"כ דאומן אינו קונה מדר' יצחק וכ"כ הריטב"א בחידושיו בפרק האיש מקדש וכ"כ הר"ן בפ' האיש מקדש דוקא בעל חוב קונה משכון מדר' יצחק דבא לידו בתורח משכון אבל אומן מעיקרא לאו בתורת משכון בא לידו ולהכי ניחא דאומן אינו נאמן בלא מגו משום דלא דלא קני משכון מדר' יצחק ולא הוי מוחזק אבל בעל חוב דקנה משכון מדר"י הרי הוא מוחזק בקנינו ונאמן בלא מגו: אמנם קשה לפי זה דהא דעת הרמ"א באבן העזר סימן ק"ח סעיף ט"ו דגם באומן אם קידשה בשכרו לכולי עלמא מקודשת דה"ל כמלוה שיש עלי' משכון ועיין שם ואם כן כיון דס"ל דגם באומן שייך קונה משכון אם כן הדרא קושי' לדוכתא מ"ש אומן מבע"ת והרמ"א בתשובותיו סימן פ"א העלה גם כן בנ"ד דאין להוציא ממון ממלוה וכהך דתשובת רשב"א ולדידי' מ"ש אומן דאינו נאמן בלא מגו כמבואר בפ' תז"ה ועיין בדרכי משה באבן העזר סימן ק"ח וז"ל ואף על גב שכתבנו לעיל דבעינן דוקא שבא לידו בתורת משכון. נראה דכאן כ"ע מודי שכל אומן שמחזיק הכלי בידו הוא במשכון על שכרו עד כאן לשונו ואם כן מ"ש אומן דאינו נאמן בלא מגו ומדברי התוספות יש להוכיח דלא ס"ל כלל לחלק בין בא לידו בתורת משכון או לא ולעולם שייך הך דר' יצחק וז"ל בפרק שבועת הדיינין (שבועות דף מ"ד) ד"ה מאי לאו דבלא שווין פי' בקונטרס דר"א אית לי' דשמואל דמשכון שאינו שוה כל החוב אין אדם מקבלו אלא לזכרון דברים בעלמא אבל אם שוה כל החוב מודה ר"א דאבדו מעותיו וכו' אבל השח' ס"ד דר' יצחק אייריי אפילו בשע' הלוא' הלכך מודה ר"א בדשו' אבל לא שוה הוי זכרון דברים בעלמא ולא שייכא התם דר' יצחק ומיהו תימה כיון דר' יצחק גזירת הכתוב הוא מה לי שוה ומה לי לא שוה אטו משום דלא שוה לא קרי ביה השב תשיב את העבוט ולך תהי' צדקה עד כאן לשונו הרי מבואר מדבריהם דאפילו היכא דלא נקטי' למשכון דהא בלא שוי הרי הוא לזכרון דברים בעלמא אפילו הכי קונה מדר' יצחק. ומן התימא שסתמו באבן העזר סימן ק"ח דהיכא דלא בא לידו בתורת משכון וקידשה דאינו מקודשת. ואלו לדעת תוספות כיון דגם בזה קונה משכון אם כן מידי ספיקא לא נפקא

וראוי לחוש להחמיר. אך קשה לפי דעת תוספות דקונ' מדר' יצחק אפילו היכא דלא נקטי' למשכון הא דאמרינן שם סוף פרק שבועת הדיינין גבי פלוגתא דרשב"ג ור' יהודה הנשיא דר' יהודה הנשיא סבר דכנגדו נמי משמע ודקא אמרת למאי תפס לי' משכון לזכרון דברים בעלמא והכי אמרי' בפ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ח) עיין שם הא טעמא דמשכון אינו משמט אמרינן בפ' השולח דלא הוי טעמא משום דתפיס משום דפריך אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו ה"נ דלא משמט ועיין שם דמסיק משום דקונה מדר' יצחק אם כן מה לי תפסימן למשכון או נקטי' לזכרון כיון דקונה מדר' יצחק אפילו נקט לזכרון. ונראה ליישב דתוספות לשיטתן דהעלו בפ' השולח דאינו קונה משכון מדר' יצחק אלא דוקא שלא בשעת הלואה וכסוגיא דפרק האומנין ודשבועות והא דשמיטה אינו משמט במשכון מטלטלין אפילו בשעת הלואה וכדמשמע מהא דאמרינן דנקטי' לזכרון דמשמע ודאי בשעת הלואה דשלא בשעת הלואה לא שייך לזכרון משום דכיון דאשכתן דקונה אותו מדר"י שלא בשעת הלואה מהני לי' על כל פנים לענין שמיטה בשעת הלואה להיות של אחיך בידיך דאלים שעבודי' עיין שם ולפי זה ניחא דר"י הנשיא דסובר דנקטי' לזכרון אם כן לא הוי של אחיך בידך ולא שייך אלים שעבודיה אבל בתוספו' מקשין שפיר דהא כי ס"ד דר"י קונה אפילו משכון בשעת הלואה אם כן כיון דקונה מדר"י ס"ל לתיס' דקונה מדר"י אפילו לא נקטי' למשכון כיון דהוא גזירת הכתוב ודוק וזה ברור. ולפי זה לשיטת הפוסקים דר"י קונה אפילו בשעת הלואה אם כן הרי צ"ל דאינו קונה היכא דלא נקטי' למשכון דאם לא כן לא מצי לפרש סוגיות הש"ס שם בפ' הזהב ובס"פ שבועת הדיינין בטעמא דר"י הנשיא משום דנקט לזכרון וכמ"ש. ובזה ניחא הא דסתמו באבן העזר דהיכא דלא נקטי' למשכון לא שייך בע"ת קונה משכון דודאי כל משכון שלא בשעת הלואה לעולם למשכון נקט ולא הוצרכו לחילוק זה אלא לדעת הפוסקי' דקונה אפילו בשעת הלואה ואז משכחת דלא נקטי' למשכון ואם כן לשטה זו הרי הדבר מוכרח דאי בעית לתוש לדיעה זו דקונה משכון מדר"י בשעת הלואה הרי מוכרת דכל דלא נקטי' למשכון אינו קונה מדר"י וכדמוכח מהך דס"פ שבועת הדיינין וסוגיא דהזהב דף מ"ח ודו"ק. ועיין שם ברש"י סוף פרק שבועת הדיינין בהא דמיקי פלוגתייהו דר"א ור"ע בדלא שוישיעור זוזי והיא גירסת רש"י בדלא שוי עיין שם משום דרש"י לשיטתו דפי' בהא דתני במלוה בשטר ונתן משכון דמודה ר"א דודאי נקט לגוביינא ולא לזכרון משום הכי מפרש פלוגתייהו בדלא שוי שיעור זוזי ועיין שם דמוקי דלא שוי ופליגי בדר"י ואי"נ דהיכ' דלא נקט למשכון לא שייך דר' יצחק אם כן למה צ"ל דר"א ל"ל דר"י הא בדלא שוי נקט לזכרון ולא שייך דר"י ומוכח דרש"י נמי ס"ל דאפילו היכא דלא נקט למשכון

שייך דר"י ודו"ק: ולפי מ"ש דרש"י ותו"ס"ל דאפילו לא בא לידו בתורת משכון קונה מדר' יצחק אם כן מ"ש אומן. וליישב דברי הרמ"א דס"ל באבן העזר דגם באומן קונה משכון והדרא קושיות הרשב"א לדוכתי' למה צריך באומן מגו. ונראה לפי המתבאר מסוגיא דפ' האיש מקדש דף מ"ת מפירש"י והר"ן אפילו למאן דאמר ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וה"ל כל פרוטה ופרוט' מלוה למפרע אבל כל זמן שהכלי ביד האומן ולא החזיר לבעל הבית אין שם מלוה עליו אלא כשמחזיר הכלי ליד בעל הבית אז נעשית מלוה למפרע כל פרוטה ופרוטה והיינו משום דאמרו שם אלא אותו ממון נמי לא אלא במאי מקדשה והתם ס"ד דר' מאיר ס"ל המקדש במלוה מקודשת וכתבו תוספות פ' הגוזל דאפילו מלוה לא הוי כל זמן שאינו מחזיר הכלי ליד בעל הבית אלא כשמחזיר הכלי נעשה מלוה למפרע ועמ"ש בסימן קכ"ו סעיף קטן י"ד: ולפי זה כיון דכל זמן שאינו מחזיר ליד בעל הבית לא הוי מלוה כלל אלא כשמחזיר נעשה מלוה למפרע ומשום הכי היכא דמחולקי' בקציצה לא הוי האומן מוחזק אצל בעל הבית דאימת קני לה לטליח למשכון כשמחזירו לבעל הבית ואחר שמחזיר לבעל הבית תו ליכא תפיסה וחזקה אל האומן וכל כמה דלא מהדר לא קני משכון כיון דליכא מלו' כלל וניחא בזה ליישב דלא תיקשי לדעת הרמ"א כדברי ר' ירותם דאומן קונה דכיון דאמרו כל האומנין ש"ש משום טעמא דתפיס לי' אאגרי' תיפוק לי' דקונה משכון וכמו שכתב הרשב"א והריטב"א להוכיח מזה דאומן אינו קונה משכון ולפי מ"ש ניחא דהא כתבו תוספות בטעמא דהוי ש"ש משום דר' יצחק דאית לי' הנאה דיכול לקדש בו האשה ובההיא הנאה הוי ש"ש וכיון דאומן כל זמן שאינו מחזיר הכלי ליד בעל הבית לא הוי מלוה כלל ולא משכון דמנה אין כאן משכון אין כאן ואינו יכול לקדש האשה רק באש' שנותנת לו שירים ונזמים דכי מחזיר הכלי נעשית מלוה למפרע וקונה משכון אבל שיקדש אומן בכלי לאשה אחרת לא מצי כיון דכל זמן שהוא בידו ליכא לא מלוה ולא משכון. אמנם קשה מאד הסוגיא דפ' הגוזל ודפ' האיש מקדש דאמרו שם למאן דאמר ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף אינה מקודשת אפילו כשמחזיר לה השירים משום דהוי מלוה וכיון דאומן קונה משכון וכשמחזיר לה נעשה למפרע מלוה ומשכון וכבר הקשה בר"ן קושיא זו ע"ש. והנראה ליישב הנה ז"ל ר' ירותם נתיב כ"ב מורי רבי כתב כי נראה לו לכולי עלמא אם כבר עשה לה שירים ונזמים ואח"כ קידש בשכרו מקודש' דכיון שתופס אשכרו הוי כמקדש במלוה שיש עלי' משכון ולא דמי לעשה לי שירים ונזמים דאינה מקודשת דהתם לא תפיס להו אאגרי' וכן אמרו בשכר שעשיתי עמך אינה מקודש' ופירש"י וכבר החזיר לה השירים עד כאן לשונו. ובב"ש סימן כ"ח סעיף קטן ל"ח נראה דעתו בכוונת ר' ירוחם

דמיירי דוקא כשמגלה דעתו שתופס אשכרו ועשה לי שירים ונזמים מיירי בסתם ולפום הכי הקשה שם על הרמ"א דנראה דעתו דאפילו בסתם תופס אאגרי' וקונה משכון ואם כן קשה מסוגיא דעשה לי שירים דאינה מקודשת ועיין שם ולי נראה כוונתו דודאי כל אומן סתמו תופס אשכרו וכמ"ש בדרכי משה באבן העזר שם וכל זמן שכוונתו לתפוס אשכרו ה"ל דין משכון וקונה מדר' יצחק אבל בעשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך תחלת עשיית השירים עבור הקידושין ואם כן אין דעתו אשכרו וכיון דאין דעתו לתפוס אשכרו לא שייכא דר' יצחק ומשום הכי אינה מקודש' אבל אם כבר עשה לה השירי' שלא לשום קידושין אלא ליטול בהם שכרו הרי הוא כאומן דעלמא דסתמו תופ' אשכרו וקונה משכון ומשום הכי כשמחזיר לה אח"כ מקודשת בתורת משכון ☜והרמ"א שכתב באבן העזר סימן כ"ת וז"ל ואם הכלי עדיין אצלו וקידשה בשכרו לכולי עלמא מקודשת דה"ל כמלוה שיש עלי' משכון לא קאי על דברי השלחן ערוך דלעיל דמיירי שם בעשה לי שירים ואקדש אני לך דבזה לא שייך קונה משכון דהתם לא תפיס אאגרי' וכמ"ש כיון דאינו עושה לשום שכר אלא הוא דין אחר דהיינו אם כבר עשה לה שירים ואח"כ קידש בשכרו דמשמע דכבר עשה לה שירים בתורת שכירות דאם לא כן לא שייך בשכרו ובזה סתמו תופס אאגרי' וקונה משכון ועדיין דברי הרמ"א סתומין דה"ל לבאר דהיינו דוקא כשמחזיר לה השירים דכל זמן שלא החזיר עדיין ליכא מלוה ומנה אין כאן משכון אין כאן ואפשר סתמו כמפורש דמיירי כשמחזיר לה השירים: ועיין בר"ן פ' האיש מקדש גבי עשה לי שירים דאמרו למאן דאמר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף אינה מקודשת דה"ל מקדש במלוה וז"ל ואמאי לא והא איכא משכון גבי' דמצי תפיס לי' אאגרי' והמקדש במלוה שיש עלי' משכון מקודש' ותי' דשאני משכון דעלמא דקני מדר' יצחק אבל האי כיון דמעיקרא לאו בתורת משכון אתי לידי' לא קני לה תדע וכו' ועוד דבפ' המקבל (בבא מציעא דף קי"ב) אמרינן שם למאן דאמר אין אומן קונה בשבח כלי עובר משום בל תלין ואלו הי' קנוי לו בקנין משכון ודאי שלא הי' עובר אלמא לא חשיב משכון דידי' עד דליתבע מיני' ותפיס לי' אאגרי' עד כאן לשונו וראי' זו איני מכיר דהא בהדיא תני כל זמן שהטלי' ביד האומן אינו עובר עליו משום בל תלין נתנה לו בחצי היום כיון ששקעה עליו תמה עובר משום בל תלין וכיון דאינו עובר אלא משנתנה לו תו ליכא משכון ואדרבה לכאורה משמע דאומן קונה משכון מדתני כל זמן שהטלי' ביד האומן אינו עובר ומשמע דהוא מדין משכון ובחידושי הריטב"א פ' האיש מקדש כתב דאין אומן קונה משכון וז"ל וה"נ משמע מדאמרינן התם דשכירות שיש עליו משכון אינו עובר משום בל תלין ואלו אומן למאן דאמר אין אומן קונה בשבח כלי עובר עליו

בעל הבית משום בל תלין כדקיימא לן בפ' המקבל הרמב"ן ז"ל עד כאן לשונו. ואני לא מצאתי בש"ס מפורש דשכירות שיש עלי' משכון אינו עובר משום בל תלין ואי משום דהוי כהמחהו אצל תנוני אם כן אפילו לא קני משכון נמי ליהוי כהמחהו אצל חנוני דהא כהמחהו לא הי' קנין מעמד שלשתם ולכאורה משמע מהך ברייתא דכל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר דהוא מטעמא דמשכון אית לי' אלא דאם כן היא ראי' לסתור דהא רוצה להוכיח דאומן אינו קונה משכון ובאמת עיקר טעמא דטלית ביד אומן אינו עובר לאו משום מלוה שיש עלי' משכון אלא משום דכל זמן שטלית ביד אומן עדיין לא הגיע זמנו דזמן פרעון של שכירות לכולי עלמא אינה אלא לבסוף וסוף שכירו' דאומן היינו כשמתזי' לו הכלי וכדמוכח מסוגיא דפ' האיש מקדש ודפ' הגוזל גבי עשה לי שירים ותדע דע"כ עדיין לא הגיע זמנו דאם לא כן גם אחר שנתנה אינו עובר כמבואר פרק המקבל דהיכא דאינו עובר בבקר ראשון גם אח"כ אינו עובר עיין שם אלא ודאי דעדיין לא הגיע זמנו כלל כל זמן שלא החזיר לו הכלי ומשנתנה לו הוא בקר ראשון ועובר עליו אבל אכתי צריך ביאור לדבריהם במ"ש ראי' דודאי אינו קונה משכון מדעובר עליו דהא לא תנן עובר אלא מנשתנה לו ואז ליכא משכון: ולבן נראה דראייתם הוא זה דכיון למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי אינו ' עובר על בל תלין ואף על גב דלכ"ע אין אומן קונה קנין גמור וקנינו אינו אלא כמו קנין דבע"ח במשכון וכמבואר אצלינו בסימן ש"ו מדברי הר"ן פ' כל הנשבעין שכתב על דברי הרמב"ן מה שכתב לתרץ הא דאומן כ"ז שטליתו בידו א"צ שבועה ואלו טוען על המשכון צריך שבועה וכתב לחלק משום דשאר אומן דקונה בשבח כלי והקשה עליו הר"ן וז"ל ולא נתברר דבריו אצלי דאפילו למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי אמאי עדיף אומן ממלוה על המשכון דאיהו נמי קנה לה מדר"י אפילו במשכנו בשעת הלואה ואדרבה מלוה על המשכון קני לה טפי דהא כל האומנין ש"ש בלבד ואלו מלוה על המשכון קני לה קנין גמור אפילו להתחייב. באונסין לדעת רש"י עד כאן לשונו וע"ש. ובזה א"ש ראיית הר"ן דאומן אינו קונה משכון דאי קונה משכון אם כן כי היכא דלמאן דאמר אומן קונה בשבת כלי אינו עובר ומשום דקני לה לשבחא נגד שכרו ואף על גב דאינו קנין גמור מכל מקום כיון דיש לו קנין נגד שכרו תו ליכא בל תלין אפילו מחזיר לו הכלי אח"כ ותו ל"ל שום קנין בשבתא רק דמים מגיע לו אפילו הכי אינו עובר על בל תלין כיון דכבר קני בכלי נגד שכרו אם כן אפילו מחזיר לו אח"כ ה"ל כמו שפרע לו שכרו כבר ואח"כ חוזר ונותן לו את השכר בהלואה דתו ליכא בל תלין וה"נ אי"נ דאומן קונה משכון וקנין דבע"ח הרי הוא כקנין דאומן קונה בשבת כלי ואפילו עדיפ' מיני' וכמו שכתב הר"ן אם כן אפילו נתנה לו כיון דכבר קנה בטלית

שהיה משכון נגד שכרו ה"ל כמו פרעון ותו אינו עובר אם חזר ונתן לו המשכון אלא מוכח דאומן אינו קונה והריטב"א נמי שכתב דאמרינן התם דשכירות שיש עליו משכון אין עוברין היינו נמי כיון דאמרי באומן קונה בשבת כלי אינו עובר ממיל' נמי מוכח דשכירו' שיש עלי' משכון דעדיפא מקנין שיש לאומן בשבח כלי דתו אינו עובר משום בל תלין ואפילו החזיר לו טליתו כיון דכבר קנה נגד שכרו הוי כמו פרעון אצלו וחוזר ונתנו לו וכמ"ש ☜ומזה יוצא לנו דין מחודש דשכירות שנתן בעל הבית לאומן משכון עליו אף על גב דהחזיר לו המשכון כיון דכבר קנה במשכון נגד שכרו תו ליכא בל תלין ועמ"ש בס"ק כ"ה:

סעיף כד

לפי שהוא שוה בעיני. עמ"ש בסימן ס"ד סק"ה:

סעיף כה

הדין עם ראובן. והרשב"א חולק וס"ל דכיון דבע"ח קור משכון הוי המלוה מוחזק וכן העלה בש"ך לדינא כרשב"א והא דאמרינן בטען הלוה ברי שפרע והמלוה מסופק דצריך להחזיר היינו משום דטוען המלוה שמא אבל כשטוען ברי הוי המלוה מוחזק עיין שם בש"ך. והנה קשה לכאורה דהא בעל חוב אינו קונה משכון אלא בכדי דמיו והיכא דיש עדים שלוה ואין יודעים כמה והרי הוא כאלו אנו מסופקים כמה קנה חלק קטן או חלק גדול וראוי לומר אוקי ממונא בחזקת מרא קמא לדידן דקיימא לן כרבנן דסומכוס וכההיא דמתני' זה אומר קטן וזה אומר גדול בפ' השואל דף ק': אמנם ניחא לפי מה שכתבו תוספות דף ק' פ' השואל ד"ה דמי עבד גדול וא"ת והיכי קאמר סומכוס יחלוקו והא ליכא דרא דממונא וי"ל דמיירי כגון שא"ל המוכר בפני עדים עבד גדול אמכור לך בכ"ה דינרי' ועבד קטן' בעשרים דינרים ולא ידעינין מה קיבל מן הלוקח עיין שם וכיון דהיכא דהדבר ידוע בפני עדים ה"ל דרא דממונא וגבי דרא דממונא מהני תפיסה וכמבואר שם גבי מחליף פרה בחמור דפריך וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה וכתבו שם תוספות משום דבדרא דממונא מהני תפיסה ואם כן ה"נ כיון דידוע בעדי' שלוה ולא ידעו כמה ובע"ת קונה משכון והספק לבית דין עפ"י עדים אם חלק [קטן] או חלק. גדול מהני תפיסת המלוה ומשום הכי בטוען המלו' שמא לא מהני חזקתו דכה"ג שם בדרא דממונא כתבו תוספות דלא מהני תפיסה בדרא דממונ' כי אם בטוען הלוק' ברי אבל טוען שמא לא וה"נ הוי כמו טוען לוקח ספק ומוקמינין בחזקת מרא קמא. ובזה יתיישב קושיות הרשב"א שהקשה מאומן דלא מיהמן אלא במגו. והיינו משום דבפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"ה) פריך אי דאי'

עדים ליחזי עדים מאי קאמרי אלא דליכא עדים וקתני אומן מהימן ועיין שם ומשמע דהיכא דליכא מגו אומן לא מהימן ולפי מ"ש ניחא דלא מהני תפיסת המלוה אלא דוקא היכא דאיכא עדים שלוה ולא ידעי כמה דזה הוי דררא דממונא וכמה שכתבו תוספות גבי דמי עבד גדול וגבי דררא דממונא מהני תפיסה אבל היכא דליכא דררא דממונא כגון דליכא עדים ואין הספק אלא על ידי טענותיהם לא מהני תפיסה ומשום הכי גבי אומן פריך שפיר אי דליכא עדים אלמא אומן מיהמן דאי אינו נאמן במגו אינו נאמן מחמת תפיסה כיון דזה אומר חלק קטן מכרתי וזה אומר חלק גדול מכרת לא הוי דררא דממונ' ובזה יתיישב מה שהקשיתי בס"ק כ"ג לדעת הרמ"א באבן העזר סימן כ"ח דגבי אומן נמי קונה משכון אמאי אומן לא מהימן דכיון דליכא עדים לא הוי דררא דממונא אבל הכא דאיכא עדים הוי דררא דממונא ואפילו ליכא שני עדים אלא עד א' כיון דמודה לדברי העד ה"ל כשנים והוי כמו שני עדים וחשיב דררא דממונא עפ"י ע"א. והיינו דכתב הרמ"א בסעי' י"ח הפלוגתא בע"א משום דרבותא קא משמע לן דאפילו בע"א ס"ל לדעת הרשב"א דהמלוה נאמן ובש"ך הקשה מאי רבותא דעד אחד עיין שם ולפי מ"ש ניחא. ועיין בתוספות פ' תז"ה דף מ"ה ד"ה אי דאיכא עדים ליחזי עדים מאי קאמרי תימא לר"י דעדיפא מיני' ה"ל למיפרך דאי איכא עדים וראה דאכתי לא אסיק אדעתי' לאוקמי בלא ראה אם כן אמאי מהימן אומן עיין שם ולפי מ"ש היכא דאיכא עדים שראו קציצה ולא ידעי כמה נאמן בלא מגו ומחמת תפיסה בדררא דממונא דה"ל ספק לבית דין בלא טענותיהם ומשום דאומן נמי קונה משכון וכמו שכתב הרמ"א באבן העזר ומשום הכי פריך אי דאיכא עדים ליתזי מאי קאמרי משום דמסתמא ידעיה קציצה בכמה אלא דליכא עדים וקתני אומן מהימן אלא דנאמן במגו דהיכא דליכא עדים לא הוי דררא דממונא ול"מ תפיסה וכמ"ש כיון דאין הספק אלא על ידי טענותיהן ולב"ד לא נודע כלל דאפשר ירד לתקן בתנם או הקדים לו שכרו וכיוצא ואם כן אין המלוה מוחזק אלא היכא דאיכא עדים דאז הוי דררא דממונא דהוי תפיסה דל"ל שהוא נאמן לומר שלוה כך וכך משום דבע"ח קונה משכון וה"ל כטוען לקוח בדברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר דאם כן למה אמרו בש"ס בכמה סוגיות דבע"ח נאמן במשכון במגו ליהוי מהימן מחמת עצמו דכיון דקונה משכון הרי הוא כטוען לקית אלא ע"כ דאינו נאמן מחמת עצמו וכמ"ש בס"ק ך' ומשום דאין תפיסתו עושה קנין ואם כן למה נאמן בטוען מגיע עליו כך וכך בלא מגו אלא העיקר כדברינו דהיכא דיש עדים הוי דררא דממונא ומהני תפיסה והיכא דליכא עדים דאז לא הוי דררא דממונא צריך מגו וכל זה נכון היטב ודו"ק:

סעיף כו

שנפחתו דמיו. הקשו בזה הא מחויב לישבע שבועת התורה דהוא ש"ש והגאון ח"צ תירץ כיון דעיקר שבועת השומרין הוא שבועה שאינו ברשותו וכמבואר בשלחן ערוך סימן רצ"ד ואינך ע"י גילגול והכא דאיתי' בעינא לא שייך שאינו ברשותו עיין שם ודבריו נכונים. אך קשה בדברי השלחן ערוך סעיף ל' שכתב וכן הדין אם נפחת המשכון ויש מחלוקת ביניהם ומודה שמעון שנפחת ואינו ידוע אם הוא באונס אם לאו הוי לי' משיאיל"מ וכיון דליכא שבועה שאינו ברשותו ליכא שבועת התורה ועמ"ש בס"ק ל"ג:

סעיף כז

חייב לשלם הפחת. ועמ"ש בס"ק ט' לדעת השלחן ערוך דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י אם כן דין שומרק הוי ומחויב הלוה לסלק בזוזי היכא דאית לי' כדינא דבע"ח והמלוה נותן לו קרקע כדין שומרין. ולפי זה הכא שמחולקים בפחת והלוה מודה שמתחלה לא הי' שוה יותר מחובו והטענה והכפירה בענין הפחת שהמלוה אומר שלא הי' שוה כנגד חובו ומגיע לו עוד חמשה מכיסו והלוה אומר שהי' שוה כנגד חובו ויש לו בידו כנגדו כנגד כל החוב ובזה הציור לא שייך דין מודה במקצת דאינו אלא כמי שתובע מנה ואומר הלוה יש לי בידך כנגדו כסות וכלי' נגד כל המנה והמלוה אומר אין לך בידי כסות וכלים רק נגד חמשי' דבזה ודאי לא שייך דין מודה במקצת דאע"פ דאותן חמשין כסות וכלים אינו אלא דין משכון ומשכון לאו הילך מכל מקום איזה חלק תקרא הודא' ואיזה חלק כפירה דהא בענין החוב עצמו ליכא כפירה דמודה כל החוב ובענין הכסות וכלים אומר שיש לו בידו כנגדו כנגד כל החוב וה"נ כיון דדינא דמלוה לסלקו בעד פתת המשכון בקרקע אם כן זה גובה וזה גובה ליכא הודאה וכפירה וכמ"ש ומשום הכי אף על גב דבעלמא משכון ל"ה הילך היינו משום דדינא דמלוה בזוזי וזה הודה חמשין שחייב לו ונותן לו משכון ולאו כל כמיני' לסלקי במשכון ומשום הכי ה"ל כמודה במקצת ואינו נותן לו חובו שהודה דחייב שבועה על הכפירה אבל הכא ליכא שום כפירה בחובו כיון שהודה חובו אלא שהלוה תובעו מגיע. לי ממך כנגד חובי כולו והמלוה אומר שאינו מגיע לו כנגד כל החוב אלא נגד מקצת החוב אם כן ליכא הודאה במקצת החוב כיון דהודה בחוב ואין הכפירה אלא בפחת ואם כן ליכ' הודאה דכמו שהפחת אינו אלא כמו משכון דהא דינו בקרקע וזה בזוזי כן המשכון הילך על חלק הודאה ודוק:

סעיף כח

נשבע הלוה היסת. היינו משום דאין מחולקי' בסך הלוא' עיין שם ובש"ך האריך בזה להשיגי ור"ל הגע עצמך הרי שהו מחולקים בפרעון שהיה הלוה אומר פרעתי לך כך וכך

ע"ש. אמנם נר' לפי מ"ש בשה"ג בפ' הפרה גבי נזקקין לתובע תחל' וז"ל כיצד הרי שתבע ראובן את שמעון בשטרו שחייב לו ליתן מנה חזר שמעון ותבע שיש לו בידו חפץ פ' או קרקע פ' אומרין בית דין פרע שטרו תחל' שאתה מוד' ואח"כ תחזור ותתבע בבית דין היה הנתבע תובע דבר הראוי לפרעון שטרו כגון שתובעו שאתה חייב לי כך וכך מטבע ממקום אחר ה"ז כאלו טענו שהשטר פרוע והכל תביעה אחת ואם הוא טוענו שישבע לו לא יפרע זה בשטרו עד שישבע כמבואר מז"ה עד כאן לשונו. ואם כן הכא כיון דדינא דלוה לסלק בזוזי ודינא דמלוה לסלק בקרקע בעד הפחת כדין השומרין וכמ"ש בס"ק ט' כשתובעו הפתת הרי הוא כתובעו קרקע שאינו ראוי לפרעון שטרו ונזקקין לתובע תחלה ומתויב לשלם חובו ואח"כ יתבע אותו על הפחת ואין לו אלא היסת ובבעל התרומות הובא מחלוקת דבעל העיטור סובר דנשבע היסת והר"ר יהודא כתב דנשבע בנק"ח ואולי הוא מחלוקת הפוסקים כרבה או כר"י וכמ"ש בסק"ט דלמאן דאמר ש"ש כר"י אין המלוה משלם אלא בקרקע כשאר שימרין ולמאן דאמר כרבה וש"ש כנגד מעותיו משום דה"ל כאלו פי' מנכין זה בזה וכיון דמנכין זה בזה ה"ל תובע דבר הראוי לפרעון וצריך לישבע בנק"ח אבל המלוה שמוחזק במשכון א"צ לישבע אלא היסת כיון דלמאן דאמר שומר שכר כר"י אין עליו שבוע' כי אם היסת:

סעיף כט

והלוה טוען ברי. ז"ל הטור נשבע הלוה היסת ונפטר במגו ועיין ש"ך וסמ"ע היכא דלית ליה מגו אם הוא נאמן. ולענ"ד דבר זה תליא במחלוקת דרבה ור"י וכמ"ש בסק"ז דלמאן דאמר כר"י והוי ש"ש וזה גיבה בזוזי וזה גובה מקרקע כדין שומרין הוי לי' יש לי בידך כנגדו דאינה טענה אלא במגו וכמבואר בסימן כ"ד והיכא דלית ליה מגו נשבע המלוה וגובה חובו אבל לדעת הפוסקים כרבה דהוי ש"ת וכדי חובו ה"ל כאלו פי' שיפסיד חובו והרי הוא מנכה חובו כנגד דמי המשכון וה"ל כמו טענת פרעתי דה"ל טענה מחמת עצמה ואף על גב דמחלת גם כן אינה טענה אלא במגו היינו משום דלפרעון עומד ולא למחילה אבל כאן יודע שמסר לו משכון והי' תנאי שאם יגנב או יאבד יפסיד חובו מצי טען הלוה שלא נתקיים התנאי ויפסיד חובו ואם כן הטור דנקט לישנא דמגו רוצה לומר אליבי' דכ"ע אפילו למאן דאמר ש"ש אבל לדידן דספיק' הוי כרבה או כרב יוסף וכיון דלרבה נאמן הלוה אפילו בלא מיגו וכמ"ש א"מ מן הלוה מיהו בטוען הלוה שמא נאבד והמלוה טוען ברי שנאנס אף על גב דמנכין זה בזה ה"ל אינו יודע אם פרעתיך ואפילו לפי מ"ש מוהרא"ן חיים דהיכא דלא ה"ל למידע אינו יודע אם פרעתיך פטור הכא כיון דאינו אלא משום דאנן סהדי דה"ל כאלו פי' שאם יגנב יפסיד חובו ומסתמא נמי לא התנה

המלוה אלא כשיהי' הדבר ידוע בעדי' או ע"פ טענת הלוה אבל לספיקא לא מעיילינן נפשי' דאם כן אם יאנס נמי יפסיד כיון דהלוה לעולם אינו יודע. ולפי זה אם הלוה מת וטוען המלוה שנאנס והיורשין טוענין שמא נגנב או נאבד אם ידוע המלוה בעדים או בשטר היכא דלוה לא מהימן במגו היורשין גם כן אינו נאמנין דלדעת השלחן ערוך כרב יוסף אם כן זה גובה וזה גובה וצריך מגו וכמ"ש ואפילו לדעת הרמ"א לא מעיילינן אינש [נפשי'] לספיק' ולא התנה שיפסיד חובו כי אם שיטעון הלוה ברי או שיהי' ידוע בעדי' וכמ"ש:

סעיף ל

ואינו יכול לישבע ומשלם. והקשה בסמ"ע הא בדינר הרביעי יכול לישבע ולכן העלה בש"ך דבאמת אינו משלם דינר הרביעי ועיין שם ובתומים כתב דחייב בדינר הרביעי ומשום דשבוע' שאינו ברשותו דאמר רב הונא הוא שבועת התורה לא שבועת המשנה עיין שם שהאריך. וליתי' דאפילו הוי שבועת התורה הא נשבע שאינו ברשותו ואם אולי הוא ביד לוי כיון דאינו יכול להצילו מיד לוי השתא דהא לוי אומר שאינו ברשותו וכי יעלה על הדעת דצריך לשלם יותר משוי' ולא גרע מאלו השליכו בעצמו לים בענין שאינו יכול להוציאו דמשלם דמי שויו וה"נ שנתן ללוי ואינו יכול להוציאו ממנו נשבע שאינו ברשותו וא"י להוציאו ונפט' בדמי שרו וזה פשוט:

סעיף לא

וכן הדין אם נפחת. ועיין ש"ע סימן רצ"ד דעיקר שבועה שאינו ברשותו וכיון שהמשכון בעין ליכא שבועה ז. ועמ"ש בס"ק כ"ו. ולכן נראה דלאו משום חיוב שבועה אתינן עלה אלא משום דה"ל איני יודע אם פרעתיך כיון דטוען אינו יודע אם באונס או בפשיעה ואפילו למאן דאמר דשומר משעת פשיעה אשתעבד אפילו הכי גבי שומר שמסר לשומר כיון דפשע במה שנתן לשומר השני ה"ל איני יודע אם פרעתיך והארכנו בזה בסימן רצ"א עיין שם כי עיקר טעמא הוא אנת מיהמנת לי והשני לא מיהמן דהוי אינו יודע אם פרעתיך כיון דאינו מאמין לשני והראשון מסופק עיין שם ודו"ק ועמ"ש בסימן פ"ז סק"ט:

סעיף לב

ונאנס ממנו נפטר. אבל אין ראובן חייב לשלם מה שלוה עפ"י שבועת לוי או עדים כיון שאין שמעון טוען ברי כ"כ הב"ח. ובש"ך פשיט לי' ביש עדים חייב לשלם ואפילו עפ"י שבועת לוי מספקא לי' והיינו ברגיל להפקיד ובתומים [כ'] דגם בשבועת לוי נוטל חובו כיון דאינו אלא שומר מכי נשבע לוי נוטל ראובן ע"ש. אבל לענ"ד נראה ודאי מדכתב בשלחן ערוך ונפטר שמעון משמע דעל כל פנים אינו נוטל וטעמא דהך מלתא ירא' דלכאור' יקשה גם ברישא דאינו רגיל להפקיד וצריך לשלם שמעון משו' דאמר אנת

מיהמנת נהי דשמעון אינו נוטל משום דא"י לישבע לוי דיכול לישבע ישבע ויטול דכיון דנתן המשכון ללוי או שמשכן אצלו אם כן מעכשיו שייך החוב ללוי דהא משכון יכול למכור כמבוא' בסימן ס"ו סעיף ח' ואם כן ישבע לוי ויטול: ☜אמנם הדבר ברור דע"כ לא אמרינן בנאנס המשכון דנוטל חובו אלא מלוה גופו ומשום דהלוה מעותיו והמשכון נאבד בענין שהוא פטור צריך לשלם חובו אבל הקונה משכון לא קנה חוב אלא המשכון וכי נאנס המשכון אבדו מעותיו וזה ודאי אם הי' לוי קונה החוב במעמד שלשתם הי' נשבע ונוטל אלא דלא קנה החוב רק המשכון ומשום הכי אבדו מעותיו ולפי זה אפילו יש עדים שנאנס אין ראובן נוטל מעותיו כיון דראובן כבר אסתלק דמכר או נתן ללוי והוי כמו חזרה קרן לבעלים וכדאמרינן במרובה גבי הקדישו בעלי' ביד גנב הרי חזרה קרן לבעלים ולוי נמי אינו נוטל כיון דלא קנה החוב רק המשכון אבד המשכון אבדו מעותיו מיהו היינו דוקא בנתן ללוי במתנה אבל השכינו ללוי ונאנס מיד לוי בעדים דנוטל לוי מראובן חובו וראובן גובה חובו משמעון כיון דלא חזרה קרן לבעלים וה"ה בשבועת לוי כשהוא רגיל להפקיד אבל השלחן ערוך דנקט ונפטר שמעון היינו משום דנקט ברישא או נתן במתנה וגבי מתנה אבד המשכון אבד מעותיו אפילו באונס ואינו גובה לא ראובן ולא שמעון וזה ברור.

סעיף לג

ואם הוא מסופק וקשה דנראה דהרא"ש לשטתו דסובר כרבה וכשמואל כאלו פי' ואם כן מנכין חובו לגמרי נגד דמי המשכון וכמ"ש בסק"ז וה"ל כאומר המלוה איני יודע אם פרעתני והלוה גם כן מסופק דבמלוה על פה פטור כמבוא' בסימן ע"ה אבל לדעת השלחן ערוך דהוי ש"ש וזה גובה וזה גובה ואינו אלא כמו יש לי בידך דאם שניהם ספק גובה כנגדו המלוה חובו ועמ"ש בסימן נ"ט סק"א ומשום דיש לי בידך כנגדו אינה טענה אלא במגו וכמבואר בסימן כ"ד וכיון דטוען הלוה ספק ליכא מגו ונראה דמשום הכי אין מוציאין מן הלוה לפי שהוא דומה למתניתין דפ' השואל שכרה תצי יום ושאלה חצי יום והשואל אומר א"י דפטור דהוי א"י אם נתחייבתי מיהו הוי ספק דברא דממונא וכדמוכח ממתניתין דתנן יחלוקו ואוקי כסומכוס וסומכוס לא אמר כי אם בדברא דממונא וגבי דרד"מ מהני תפיס' כמו שכתבו התוספות פ' השואל דף ק' ד"ה וניחזי ברשותא דמאן קיימא דגבי דברא דממונא מהני תפיסה אפילו בטוען שמא היכא דמוכר מוחזק כיון דהוא בחזקתו כבר וה"ה הכא גבי לוה אין מוציאין ממנו משום דמהני תפיסה כיון דהוא מוחזק:

סעיף לד

ראובן תובע ללוי ספרים. וכתב הסמ"ע בס"ק כ"א בשם תשובת הר"ן על ראובן שהשאיל ספר לשמעון ושמעון הניח בידו ספר אחר למשכון ובאו שוללים בבית שניהן ושללו מהן אותן ספרי' לימים החזירו לראובן אותו ספר שהי' ממושכן והשיב שחייב להחזיר לשמעון דאין שמעון חייב באונסו של ספר ראובן שהי' בידו עד כאן לשונו. וכתב הש"ך דהר"ן בתשובה כתב הטעם דשואל ספר מצוה קעביד ואם כן אין כל הנאה שלו דטעמא דשמואל חייב באונסין דכל הנאה שלו מה שאין כן הכא שאף השואל נהנה בפרוטה דרב יוסף והר"ן לטעמו אזל דפסק כרב יוסף ואם כן להפוסקים כרבה הוי שואל גמור וחייב באונסין ואם כן לדידן הוי ספיקא דדינא והמוציא מחבירו עליו הראיה ואין ראובן חייב להחזיר לשמעון אחרי שהוא מוחזק ולא ה"ל לסמ"ע לכתוב דברי הר"ן בפשיטות עד כאן לשונו. אבל אין זה קושיא דאפשר לחלק אף על גב דלרבה לא הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף מודה דהוי הנאה על כל פנים אלא דאינו ש"פ וכמה שכתבו תוספות פ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ט) דגם רבה מודה דבשעה שמתעסק באביד' דפטור מלמיתב ריפתא לעניא אלא דלא ס"ל שיהא ש"ש בעבור זה כיון דלא שכיח שבשעה שמתעסק בה יבא העני עיין שם והיינו משום דש"ש לא הוי כי אם שכרו פרוטה וכמ"ש ש"ך בסימן ש"ג אבל במודר הנאה כיון דהנאה מיהא הוי אפילו פחות משוה פרוטה ומשום הכי אסור מודר להחזיר למודר ומשום דמתהני פרוטה דרב יוסף כדאיתא פ' אין בין המודר (נדרים דף ל"ג) עיין שם בתוספות ואם כן כיון דגבי שואל אפילו אית לי' למשאיל הנאה בפחות משוה פרוטה נמי תו לא הוי כל הנאה של שואל ואם כן בשואל ספר לכולי עלמא לא הוי שואל וצדקו דברי הסמ"ע וז"ב. אך קשה כיון דסובר הר"ן דמצוה קעבד ע"כ משום פרוטה דפטור בשעה שמשאיל ולא כשטת האומר פרוטה דרב יוסף במשכון משום שטוח ונעור ואם כן בהלוא' בלא משכון פשיטא דאיכא מצוה ומשתכר פרוט' לעני אם כן הא דאמרי' פ' האיש מקדש (קידושין ד' מ"ז) ובמלוה אף על פי שנשתייר הימנו ש"פ אינה מקודשת ר"ש בן אלעזר אומר משום ר' מאיר מלו' הרי הוא כפקדון במאי קמפלגי אמר רבא אשכתיתנהו לרבנן דבי רב ויתבי וקאמרי מלו' ברשו' בעלי' לחזר' וה"ה לאונסין קמפלגי דמ"ס מלוה ברשו' לוה קיימ' וה"ה לאונסין ואמינא להו לאונסין כ"ע לא פליגי דברשות לוה קיימא מאי טעמ' לא גרע משאלה מה שאלה דהדרא בעינא חייב באונסין מלוה לא כ"ש אלא הכא מלוה ברשות בעלי' לחזרה איכא בינייהו עיין שם והיכא קאמר לאונסין כ"ע ל"פ דלא גרע משאלה הא בשאלה נמי היכא דאין כל הנאה שלו אינו חייב באונסין ומלוה ודאי מצוה קעביד דהא עיקר פרוטה דר"י

שנאמרה במשכון הוי משום הלואת כספו ולא הוי ש"ש כמו בשואל ספר ובשלמא גבי לוה לא שייך לומר דאין כל הנאה שלו דהא למסקנא קיימא לן מלוה להוצאה ניתנה ואין חיובו מתורת שואל אלא מתורת הלואה אבל למאן דאמר מלו' ברשות בעלים לחזרה ולא ס"ל מלוה להוצאה ניתנה למה יתחייב מתורת שואל כיון דאין כל הנאה שלו. ולפי מ"ש הש"ך דלרבה דלית לי' פרוטה דר' יוסף הוי כל הנאה שלו ניחא דרבה הוא דקאמר לא גרע משאל' ורבה לשיטתו דלית לי' פרוטה דרב יוסף וניחא בזה סברת רבנן דבי רב דהוי סברי דפליגי לאונסין וכי לא ידעי דלא גרע משאלה ומשום דרבנן דבי רב ס"ל פרוטה דרב יוסף ואינו חייב בתורת שואל אבל לפי מ"ש דאפילו לרבה נמי לא הוי כל הנאה שלו הדרא קושי' לדוכתי'. עוד יראה לענ"ד דשואל ספר אינו בדין שואל מטעם אחר והוא משום דכיון דקיימא לן מצות לאו ליהנות ניתנו ומה"ט במודר הנאה מותר ללמדו מקרא ומותר לתקוע תקיעה של מצוה ואם כן שואל ספר לא הוי נהנה אף על גב דכתב בי"ד סימן רכ"א דאם אסר ספרו על חבירו אסור לנאסר ללמוד בו היינו מטעמא שכתב שם בטורי זהב וש"ך דכיון דאין משאילין ספרים מפני שמתקלקלין ויש לו להשכיר ספרו וזה לומד בו בתנם הוי הנאה ע"ש. ולענין שואל נראה דלאו הנאה היא דבפ' השואל דף צ"ו בעי שאלה לראות בה מהו ממונא בעינן והא איכא או דלמא ממונא דאית לי' הנאה מיני' בעינן וליכא והכא נמי כיון דמצות לאו ליהנות ניתנו לית לי' הנאה מיני' וגבי שאלה לראות בה עלה בתיקו ופסקו דפטור וכמבואר בשלחן ערוך סימן שמ"ו ואם כן ה"נ פטור דבעינן שיהי' הנאה מיני' דשאלה עצמו וכיון דמצות לאו ליהנות ניתנו אף על גב דאי"ל הנאה שאינו נותן השכר ה"ל כשאל' לראות בה ודו"ק:

סעיף לה

כיון שלוי הי' יודע. ונראה דוקא אם הי' יודע שהספרים של ראובן ולכן אפילו הרשהו שמעון ללמוד לא הי' לו לשמוע אבל אם לוי לא ידע אנוס הוא ואף על גב דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד מכל מקום אנוס גמור פטור וכמה שכתבו תוספות בפ' כיצד הרגל וא"צ לשלם אלא כפי מה שנהנה אבל לשלם כל מה שנפחתו א"צ אלא כשידע לוי שהספרים הוא של ראובן וכדאמרינן בפרק קמא הניח להם אביהם פרה שאול' וטבחוה ואכלוה אין צריכין לשלם אלא דמי בשר בזול ומה מאוד תמוה בעיני תשובת רש"י הובא בבית יוסף ראובן משכן חפץ לשמעון ושמעון משכנו ללוי וכן א"ל שמעון ללוי שקיבל אותו משכון מראובן על אותו זמן ואם יעבור הזמן שוב לא יפדנו והלך לוי ונתנו במתנה ליודא מעכשיו בא ראובן ותובע משכונו משמעון וכו' עיין שם דכתב דיודא נשבע שאינו ברשותו ועוד כמה הם שוה וכו' כיון דיודא הי' סבור שיש בו מתנה גמורה קים לי' בגוי'

כמה הי' שוה עיין שם ומשמע דיודא צריך לשלם אם נאבד אצלו ואמאי כיון דסבור מתנה היא אין לך אונס גדול ופטור אפילו היזיקו בידים ואולי מיירי דאמר לוי ליודא באיזה אופן בא לידו אלא שטעה יוד' בדין אסמכתא וקסבר דמתנה גמורה היא ובזה לאו אונס גמור חשבינן ואינו אלא כמו טועה בדין והי' לו לשאול ועיין בטורי זהב בי"ד סימן צ"ח גבי מבטל איסור באומר מותר אבל אם לוי לא הגיד ליודא כלום ונתן לו סתם ואבדו או אפילו הזיקו ודאי פטור דלא גרע מהניח להם אביהם פרה שאולה וכמ"ש:

סעיף לו

וטוען היורש. ז"ל הטור ולא אמרינן שישבע היורש שבועת היורשין דכל שטר שמוציא היורש הוא ודאי והפרעון ספק אבל הכא כיון שהגיע ליד המוריש משכון כנגד הלואתו וס' נאבד באונס או בפשיעה לכיכך השטר בטל ע"ש. ולכאורה יראה דהטור לשטתו דס"ל כאלו פי' ומנכין חובו כנגד המשכון ולפיכך כיון שידוע שבא לידו משכון על תנאי אם יאבד יפסיד חובו ואיני ידוע אם נתקיים התנאי או לא מפסיד חובו מספק אבל לדעת השלחן ערוך דס"ל ש"ש כרב יוסף אין מנכין חובו כנגד המשכון אלא זה גובה חובו וזה גובה כדין שומרים וכמ"ש בסק"ז וכיון דהחוב ברור ואינו ידוע אם יש לו בידו כנגדו או לא למה יפסיד חובו ואפשר דכיון דלא טענינן ליחמי נאנסו וכמבואר בסימן ק"ח אם כן גם חוב השמירה ברור ואפילו במותר מן החוב היו צריכין לשלם אלא דכיון דאיכא פוסקים לומר דטענינן ליתמי נאנסו ועיין ש"ע סימן ק"ח סעיף ז' לא פסיקא לחייב את היורשין במותר אבל החוב ודאי נפקע כיון דלא טענינן ליתמי נאנסו וכאן היורשין טוענין שמא וכמ"ש סמ"ע וש"ך עיין שם אבל אם היורש טוען ברי גובה כיון דהחוב הוא ברור ואפילו לדעת הרמ"א דה"ל כאלו פי' כיון דהלוה א"י ה"ל א"י אם פרעתיך:

סעיף לז

משכונו של ישראל. ואם קדם אחד והחזיק במשכון מחיים עד אחר מיתת הגר נרא' דתלוי במחלוק' רש"י ותוספות פרק קמא דקידושין דף כ"ג זה פי' למיתה וזה פי' לחיים דלפי' רש"י גדול הי' העבד ונזהר בו שלא יזכה הוא עצמו מן ההפקר לפיכך קדם לפני המית' וזכה בו והגר פי' למית' ומר זוטרא פי' לחיים תחתיו שלא יהי' עבד בלא אדון רגע א' עיין שם ואם כן ה"נ המשכון שהחזיקו אינו רגע א' בלא בעלים ולפי' תוספות שם לא מהני כשהחזיקו מחיים אלא דעבד זוכה בעצמו וה"נ לא זכה מיהו אפילו לפי' רש"י אפשר לחלק דהתם החזיק בעבד עצמו ואינו רגע בלא אדון אבל הכא החזיק במשכון ולא בחוב והלוה זכה בחוב:

סעיף לח

בשבועת היסת. בסמ"ע כתב אף על גב דטוען על המשכון צריך שבועה בנק"ח שאני קרקע דליכא שבועה חמורה ובש"ך הקשה דהא שבועת המשנה שייך גם בקרקע עיין שם לענ"ד נראה לפי מ"ש בס"ק כ"א דהיכי דהמגו קא אתי לעיקר הממון אף על גב דנמשך ממנו לשבוע' מהני המגו לפוטרו נמי משבוע' וטעמא דמשכון דהוי מגו לפוטרו משבוע' משום דאלו אתי עדים ולא ידעי כמה הי' נשבע ונוטל ומשום הכי הוי מגו לאפטורי משבוע' וכמו שכתב הרב המגיד וטעמא דאי' עדים ולא ידעי כמה נשבע ונוטל מבואר בתשובת רשב"א משום דבע"ח קונה משכון וכיון דגבי קרקע לא קני משכון וכדאמרינן במשכון מטלטלין אינו משמט ובמשכון קרקע משמט אם כן אין המגו לפוטרו משבוע' אלא לעיקר ממון ואף על גב דדעת הרמב"ם גבי אומן נמי כשאומר שתים קצצת דצריך לישבע בנק"ח וגבי אומן דעת הרשב"א היכא דאיכא עדים אינו נשבע משום דאומן לא קני משכון אפשר דס"ל להרמב"ם דגם אומן קונה משכון וכמ"ש בס"ק כ"ג בשם ר' ירוחם והא דאמרי' בפרק חזקת הבתים דאומן אינו נוטל אלא במגו כבר נתיישב אצלנו בס"ק כ"ה ע"ש:

סעיף לט

לך עתה ובא למחר. והיינו דוקא מדחהו עד למחר אבל אם פרעו ולא אמר לוה החזיר לי וגם המלוה שתק ולא א"ל ולא מידי ונגנב או נאבד פטור משום דכבר כלתה שמירתו אפילו למאן דאמר ש"ש משום פרוט' דרב יוסף כיון דהי' יכול ליטלו ועמ"ש בס"ק ד':

סעיף מ

ואם אין עדי'. ואם המשכון נגנב או נאבד ואין המלוה יודע אם נגנב קודם הזמן שקבע או אח"כ לכאורה הוא דומה למ"ש בשלחן ערוך סעיף ל"ב דאין מוציאין המעות מיד לוה וה"נ אין מוציאין מיד הלוה אמנם לפי מ"ש בנימוק"י פ' השואל דשאל' חצי יום ושכרה חצי יום כיון דשאלה והדר שכרה ואינו. יודע אם בשע' שאלה או בשעת שכורה ה"ל א"י אם פרעתיך כיון דכבר נתחייב והא דפריך ממתני' דשאלה חצי יום לרב נחמן דס"ל ברי ושמא פטור משכרה חצי יום ושאלה חצי יום פריך דה"ל א"י אם נתחייבתי ואם כן אינו דומה לסעיף ל"ב דהתם ה"ל כמו שכרה והדר שאלה אבל הכא הוי איפכא שהיה מעיקרא ש"ש והדר ש"ח ה"ל א"י אם פרעתיך וחייב המלו' במותר מיהו לפי מ"ש בסימן שד"מ דאפילו שאלה חצי יום ושכרה חצי יום פטור ה"נ פטור:

סעיף מא

אבל למאן דאמר ש"ח. ז"ל הבית יוסף כיון דלדידי' לא הוי על המשכון ש"ש אלא מטעם שתופסו לגבות ממנו חובו אם כן כל היכא דגבה כבר חובו דליכא תו האי טעמא פשיטא דפטור מגניבה ואבידה ובש"ך כתב דאין לשונו מדוקדק דהא פשיטא דלמאן דאמר ש"ח לא הוי ש"ש כנגד מעותיו מטעם שתופסו לגבות ממנו חובו דאם כן אפילו בשוה המשכון יותר מחובו נמי לחייבי' ועוד דמוכח להדיא פ' האומנין דלא הוי ש"ש מטעם שתפסו לגבות ממנו חובו וכמו שכתבו התוספות שם ע"ש. אמנם יראה לשון הבית יוסף בדקדוק דבהאי עובדא שהובא בטור בשם הרא"ש ודאי ראוי להיות ש"ש משום דתפיס אחובו ועיין שם ראובן שכר חביות משמעון ונתן משכון בשביל השכר אח"כ החזיר לו חבירו ונתן לו שכרו וא"ל תן לי משכוני וכו' ובנדון זה הוי כמו אומן דאמרינן בההיא הנאה דתפיס אאגרי' דתוספות שם הקשו גבי מלוה על המשכון נימא דהוי ש"ש בההיא הנאה ותי' דאם לא הי' מלוהו לא הי' צריך לתפוס אזוזי וגבי אומן יש לו הנאה שמרויח שכירותו ועיין שם שהקשו גם בשוכר נימא דהוי ש"ש בההיא הנאה דתפיס לי' ותי' כיון דכל השוכרין תפוסין לא הוי הנאה עיין שם ואם כן הכא דשכר חביות ולקח משכון בשביל השכירות הרי הוא כאומן כיון דנהנה דמה לי אגר גופי' או אגר כלי ולא שייך בזה אם לא הלוהו לא הי' צריך תפיסה דהא צריך להנאתו כמו אומן ואם כן אפילו ביתר מחובו ראוי להיות ש"ש אלא משום דכבר פרע תו לא שייך תפיס אחובו:

סעיף מב

לא מחייב אלא בפשיע'. ועיין ש"ך דעתו דאפילו למאן דאמר ש"ח מכל מקום כנגד חובו דה"ל כאלו פי' שיאבד מעותיו ה"ל נמי כאלו פי' שיתחייב בתשלומין ואפילו קיבל כבר מעותיו יחזיר ע"ש. ולי נרא' כדברי הבית יוסף והרמ"א דכיון דאפילו נגנב חלק מהמשכון ויש במותר כדי חובו גובה מהמותר וכמ"ש בתשובת ן' לב ספר ג' סימן קט"ו ועיין ש"ך שהביא תשובה זה ואם כן השתא שכבר פרעו לו יהא שהמשכן גדול ונגנב חלק מהמשכון דגובה מן המותר הנשאר וה"נ שנגנב המשכן גובה חובו ממעו' שיש תחת ידו מן הלוה ולא יהא פרעון גרע ממשכון ודו"ק:

סעיף מג

ונשרף המשכון. כתב בתומי' זהו לדעת הרמב"ם וכמו שפסק בסימן צ"ב דחשוד שטען על פקדון נאנס' פטור אבל להרמב"ם ורבינו ישעי' דחייב לשלם אם כן י"ל כאן דכותי צריך לישבע דלא פשעו ודלא שלח יד וכדומה מש"ש וא"י לישבע דהוי חשוד כמ"ש הבית יוסף סימן כ"ח ואם כן הכותי חייב לשלם מדין תורה אלא שאינו יכול להוציא

מחמת משפטיהם ואם כן שמעון דלוה מכותי וחייב לו משועבד לראובן מדר"ן ואם כן ראובן מוציא מעותיו משמעון ע"ש. ולא נהירא דכיון דאבד המשכון אבדו מעותיו דה"ל כאלו פי' לדידן דקיימא לן כרבה ומידי ספיקא לא נפקא וכמו שכתב הרמ"א ואם כן שמעון שלוה מכותי נפטר מדינא ממנו כיון שהוא אבד המשכון וכאלו פי' שיאבד מעותיו אם כן מאיזה טעם יתחייב לראובן ואי משום דמשתרשי לי' מאי איכפת לראובן אם שמעון מרויח וזה ברור ועוד יראה לי דכי היכא דישראל שקיבל שמירה מכותי פטור כמבואר בסימן ש"א ומשום דכתיב רעהו אם כן הוא הדין להיפך פטור כיון דלאו רעהו ואף על גב דגבי נזקין משלם התם אינו אלא משום דראה ויתר הא לאו הכי הוי פטירי כיון דלא רעהו ולא אשכחן האי דרשא אלא לגבי נזקין אבל לענין שומרין אוקמה אדינא ואפילו ודאי פשע פטו' ובזה ניחא ליישב קושיות הבית יוסף בסימן כ"ח הובא דבריו אצלנו שם סעיף קטן ה' דכי היכא דאין נשבעין על טענותן וכמבואר סימן צ"ה והיינו משום דכתיב רעהו הוא הדין להיפך אין נשבעין על טענת ישראל שבועת התורה ודו"ק:

סימן עג

סעיף א

וקבע לו זמן. עיין סמ"ע שנסתפק בקביעת זמן לאחר הלואה אם צריך קרן כמו בנאמנות ובש"ך פשיטא לי' דא"צ קנין דהוי מחילה. ועיין בסימן ע"א סק"ג דאפילו נאמנות שנותן המלוה ללוה במלוה בשטר שיהא נאמן לומר פרעתי נמי יכול לחזור קודם גמר דין דהיינו קודם שיאמר הלוה פרעתי דאפילו במחול לך אמרינן פ' ז"ב דיכול לחזור קודם גמר דין אם לא קנו מידו. אמנם הכא שהמלוה מעצמו ומדעתו מוחל לו ומרויח לו זמן הוי מחילה ממש וא"צ קנין והוא פשוט:

סעיף ב

היום סוף הזמן. ואם הי' ע"א שהיום סוף זמנו הרי זה נשבע שבועת התורה זה הוא דברי הרמב"ם בפי"ג מהל' מלוה ולוה וכתב הרב המגיד שלא מצאו מבורר אלא שהוא דעת הר"ב ז"ל. והנה ראיתי בשו"ת מוהרי"ט חלק ח"מ סימן ק"ה שכתב על זה וז"ל ולי הדבר ברור מאותה ששנינו בפרק קמא דמכו' מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלף זוז וכו' אומדין כמה אדם רוצה ויהי' בידו אלף זוז בין נותנם מכאן עד ל' יום ובין נותנם מכאן ועד עשר שנים אלמא דבר שבממון חשיב דמחייבו עדי' זוממין בהכי וכו' ואם תאמר ובלא עד אחד יתחייב כדין מודה בעצמו אם יש באותו כפירה שוה פרוטה. ונ"ל שהרב ז"ל לא נחת לאשמעינין בהכי ואיהו מיירי בשהודה תחלה בעדים

ואינם מתדיינים עכשיו אלא על הזמן א"נ הא לא מקרי הודאה במקצת וכפירה במקצת אלא בשכבר כפר וכשהודה הודה בכל נהי דאיכא דררא דממונא בהותנה מכל מקום יש לומר אין הודאה ממין הטענה דומיא דדינר זהב יש לי בידך אין לך בידי אלא דינר כסף וע"ש. ונראה מתוך דבריו דהא דחייב שבועה על קביעת הזמן משום דהמתנת הזמן הוי דררא דממונא וכמו שמבי' ראי' מעדים זוממין. אך קשה שיתחייב שבועה בזה דהא גבי שבוע' בעינין דוקא דבר שגופו ממון וכופר שטרות כיון דלאו גופו ממון פטור אפילו מודה במקצת וע"א אם כן מכ"ש קביעת הזמן נהי שהי' יכול ליטול איזה שכר מכאן עד המתנת הזמן לא הוי גופו ממון ואינו אלא גרמא ולא גופו ממון ועוד דהא מבטל כיסו של חבירו אפילו למאן דדאין ד"ג פטור והוא גרע מגרמי ומעדים זוממין לאו ראי' דהתם מעידים שחייב לשלם תיכף ושיוציא המעות קודם הזמן חשיב היזיק טפי אבל כאן שהמעות תחת יד הלוה ורוצה לעכבו זמן מה אינו אלא כמו מבטל כיסו של חבירו דאף על גב דהוא אסור לכתחילה אבל שבועה אינו ראוי להתחייב כיון דאפילו ודאי מבטל כיסו של חבירו ומעכבו זמן מה אינו חייב לשלם. ועוד הא תינח אם התביעה הוא מנה או מאתים יכול להיות המתנת הזמן יום או ימים שוה פרוטה ויותר אבל אם אין התביעה אלא שתי כסף או פרוטה לבד ע"א מחייב שבועה בפרוטה והלוה אומר זמנו אחר עשרה ימים וע"א אומר היום זמנו אם כן ודאי המתנת הזמן של פרוטה אינו שוה פרוטה ולמה ישבע ועוד דהו"ל לפרש דישום המתנת הזמן אם יש בו ש"פ: ☜ולכן נראה דאפילו אינו שוה המתנת הזמן פרוטה וכגון דכל הממון אינו אלא פרוטה נמי צריך לישבע והטעם כיון דהמלוה אומר היום סוף הזמן אם כן לדברי התוב' והעד נתחייב לשלם תיכף והלוה אומר אני אתן לך אחר עשרה ימים לפי שאין לך היזיק בהמתנה ודאי אם אין המלוה רוצה להמתין לו ורוצה מעותיו צריך ליתן והבית דין נזקקין לירד לנכסיו לשלם לו תיכף ולא אמרו אלא המבטל כיסו פטור והיינו בדיעב' אבל לכתחל' ודאי הבית דין יורדין לנכסיו ומשלמין למלוה בכלות הזמן אם יש לו מעות או אחר כלות זמן בית דין ואם הלו' יאמ' אסלק אחר יום או יומים ואין המתנ' זו ש"פ בית דין יורדין לנכסיו כיון דאין המלוה רוצה שזה ישתמש במעותיו ואף על גב דאין בית דין נזקקין לפחות מש"פ כמבואר בסימן ו' אלא דכיון דאין המלוה רוצה ה"ל פרוטה ממש וב"ד נזקקין לסלק למלוה את הפרוט' ואם כן הוא הדין לענין שבועה כיון דאין המלוה רוצה בהמתנה הבית דין נזקקין ואם יש כפירה ביניהם מתויב לישבע ואף על גב דרוצה לסלק אחר זמן המלוה אינו רוצה בכך ואין כופין את המלו' להלוות מעותיו וזה הוי כפירת ממון עכשיו כל הפרוטה ומה שאומר לסלק אחר זמן אין המלוה רוצה ואף על

פי דהמתנה אינו ש"פ וזה ברור. וכן נרא' היכא דאיכא תביעה בחפץ ידוע שטוען התובע מכרתי לי זה החפץ אג"ק או במשיכ' והדמים אתן לך והנתבע אומר לא מכרתי לך דצריך הנתבע שבועת התורה היכא דאי' ע"א שמכר ואף על גב דליכא דררא דממונא ואם הזיק את החפץ לא הי' משלם אלא דמים ואם כן השתא שאין תביעתן שוה ממון דהא אין תביעתם אלא בחפץ אפילו חייב שבועת התורה וכדמוכח מתוספות פרק קמא דמציעא גבי וליחזי זוזי ממאן נקט דאותו שהמוכר מסייעו יצטרך האחר לישבע נגדו שבועה דע"א ואף על גב דהתם אין תביעתם אלא בחפץ דהא מוקי לה בקיבל זוזי מתרווייהו ובנתייקרה לא מיירי עיין שם במוהרש"א אלא כיון דהתובע אומר זה החפץ שלי ואינו רוצה למוכרו לו הבית דין נזקקין לתן לו החפץ וכל היכא דהב"ד נזקקין איכא שבועה דאם לא הי' זה ש"פ היכי הבית דין נזקקין להציל מיד החמסן כיון דנותן דמים של החפץ אלא ודאי כיון שזה אומר כלי אני נוטל וזה רוצה ליתן דמים אין כופין את המוכר למכור וה"ל תביעה בכל הכלי וגם ז"ב ואם כן הוא הדין הכא נהי דבדיעבד ה"ל מבטל כיסו ופטור לכתחיל' כשמעכב ה"ל דררא דממונא כל הפרוטה אף על גב שרוצה לסלקו אחר זמן ואין המתנה ש"פ כמו בכלי שאינו ש"פ בין כלי לדמי הכלי אלא כיון שרוצה כליו צריך שבועת התורה וכמ"ש וה"נ אם רוצה במעותיו תיכף וזה כופר ואומר שיסלק אח"כ מפני שקמצו אח"כ צריך שבועה. והא דאמרינן גבי שבועה שאינו ברשותו דצריך לישבע מדרב הונא וכתבו הפוסקים דאינו שבועת התורה היכא דהוא מסלק מעותיו ולמה לא ישבע מן התורה על החפץ וכמו שכתוב גבי ע"א דאף על גב דנותן לו דמי החפץ משתבע היינו משום דעיקר שבועה שאינו ברשותו לא משכחת בחפץ ידוע דהינו שהמפקיד יאמר ברי לי שזהו כלי ותחזיר לי כמות שהיא והנפקד יאמר כליך נאבד ואשלם לך הדמים ואין זה כליך דבכהאי גוונא לא הוי שבועת השומרין וכמבואר בסימן רל"ד בטור וש"ע דזה הוי תביעה אחרת שאינו מדין שומרים ולא משכחת אלא בחפץ שאינו ידוע אלא שהתור' אמר' שישבע השומר שבועה שאינו ברשותו דשמא החפץ הוא ברשותו ומשום הכי כשרוצה לשלם תו ליכא שבועה דעיקר שבועת התורה הוא כדי שאם לא ירצה לישבע נחחינן לנכסיו כדאמרינן פי' שבועת הדיינין איכא בינייהו אחותי נכסי וכיון דמשלם דמי החפץ לא שייך תו אחותי נכסי ומה יעשו לו עוד וכי ישלם שנים ואין לו לשלם רק דמי החפץ אבל מדרבנן שפיר נשבע שאינו ברשותו וא"ל ירצה לישבע מנדין אותו כדי לישבע ובדאורייתא לא שייך נדוי רק אחותי נכסי וכיון שמשלם דמים תו ליכא אחותי נכסי אבל בחפץ ידוע אם אינו רוצה לישבע נזקקין להוציא החפץ הידוע שמתדיינים עליו ליתן לתובע ודוק: ונראה דעיק' הדין למדו הרמב"ם מהא דאמרי'

גבי מוד' במקצ' והאי בכולי בעי דלודי אלא אשתמוטי קא משתמיט עד דהוי לי זוזי ופרענא ואם כן שבועה זו למה כיון דיסלק אח"כ והיכא דאין התביעה אלא שתי כסף או פרוטה ודאי אין המתנה עולה כגוף הממון אלא מוכח כיון דעכשיו זמנו והמלוה אינו רוצה בהמתנה משתבע. ואף על גב דהריטב"א בחידושיו מפרש עד דהוי לי' זוזי דאם יצא מב"ד יחזיק בטענתו ויכפו' הכל עיין שם הרמב"ם מפרש לה כפשוטו דבזה גופה איכא שבועה כיון דהוא רוצה עכשיו ולפי מ"ש תו לא קשה מה שהקשה במוהרי"ט יתחייב משום מודה במקצת דהא הכפירה על הזמן באמת לא הוי דררא דממונא מה שיוכל ליטול עד הזמן דאינו אלא מבטל כיסו וכמ"ש אלא הא דצריך שבועה משום דחשבינן כפירה בכל הממון כיון דאינו רוצה להמתינו אבל בכלל מודה במקצת לא הוי דזה שאומר לאחר עשרה ימים אינו אלא כמו כופר הכל דכופר כל הממון עכשיו אבל לומר דמה שמודה לאחר עשרה ימים הוי לי' שוה כך וזה שאומר היום ה"ל שוה יותר דבזה ליכא שבועה וכמ"ש אלא משום דהוא כופר עכשיו כל הממון אם אינו רוצה להמתינו ומעדים זוממין לאו ראי' כמ"ש לעיל ודו"ק:

סעיף ג

ראובן נשבע. עיין ש"ך שהעלה כשנשבע סתם שלא לפרוע שום חוב אף על פי שקדם חוב שמעון חלה השבועה דדמי למי שנשבע שלא אוכל מצה או שלא אשב בצל סוכ' וה"ה הכא וכו' דלא דמי למצ' וסוכה דהתם חיוב המצה והסוכה לא חל עדיין בשעת שבועתו מה שאין כן הכי נהי דהז"פ ו לא הגיע עדיין מכל מקום חייב הוא לו כבר ושעבודא אית לי' משעת הלואה לא חלה השבועה וע"ש.והגאון ח"צ השיגו וז"ל אני אומר בחילוק זה חולקים עליו כל חכמי ישראל התוספות בשם ריצב"א ור"י הזקן והרמ"ה והרמב"ן והר"ן והריב"ש והב"י וד"מ ושאר כל הפוסקי' שמדברי כולם נלמד שאפילו בדבר שהוא חייב עכשיו אם כלל בשבועה דברים המותרים עם דברים האסורי' שבועה חלה אף על איסורין מדקא מקשו בשבועות אלא הן היכא משכחת לה מהאי דירושלמי דשבועות שלא אוכל מצה אגמרא דידן דאפילו בכלל כשירות עם טריפות לא משכחת הן ואם אי' לדברי הש"ך שאני הכא דאיסור טריפה כל שעה חל עליו וכו' וכן הבית יוסף והרמ"א הביאו להלכה בי"ד סימן קלס"ט בהנושא אשה זקינה ונשבע לה חלה השבועה שהרי כלל בזה דברים שהשבוע' חלה עליו ואף על פי שמצות פ"ו כל שעה היא מוטלת עליו וכן פסק באבן העזר סימן קי"ח ולא עוד אלא הרא"ש בעצמו כ"כ בפירוש בתשוב' הביאו הטור בסימן קי"ח באבן העזר וכו' וממקומו הוא מוכרע שהרי אמרו דוקא מצה בלילי פסח הוא דלוקה אבל אם אמר סתם מצה אף שהוא עומד בלילי

פסח פשיטא דאסור לאכול ע"ש. ולפי שיראה לענ"ד כדברי הש"ך צריך אני להאריך קצת והנה מצאתי [תנא דמסייע] לש"ך רב קדמון שכתב כן והוא הראב"ד בתמים דעים במס' פסתי' בהשגות על בעל המאור בסימן רמ"ה ומחלק שם בין אם הי' שבועתו קודם חיוב המצה שכבר נכלל האיסור עם ההיתר אבל אם נשבע בפסח עצמו אין זה כולל אלא מתחיל באיסור עד כאן לשונו. והריב"ש שכתב בסימן צ"ח בנושא אשה זקינה ונשבע לה שלא ישא אחרת מגו דחייל השבועה באותן הנשים שאין בהם מצוה חלה נמי על נשים שיש קיום מצוה בהם. כבר נחלק בזה הרב ר' חסדאי ב"ר שלמה ז"ל משום דגם בשבועה שלא אוכל מצה כולל כמה מיני מצה שאין יוצא בהם ידי חובתו כגון דברים שאין באים לידי חימוץ ומצה עשירה ותלוט ואשישה אף על פי שהוא אסור בכולס. אלא שהריב"ש כתב שם שהאומר לא אוכל מצה בלילי פסח לא נתכוין אלא למצה הראוי אבל על כל פנים לשטת ר' חסדאי דנכלל גם מצה שאין אדם יוצא בהם הא דלא חייל ע"י כולל וכי נילק על כולל אלא ודאי ר' חסדאי סובר כיון דליכא רווחא מתחיל באיסור וכמו שטת הראב"ד ומשום הכי נחלק בנשבע שלא ישא אשה דלא מהני כולל ומטעם דלא משכח רווחא ודברי ר' חסדאי עיין בריב"ש סימן שצ"ח. וכן נראה עיקר כדברי הראב"ד ור' חסדאי דכיון דנשבע שלא יאכל מצה בלילי פסח אף על גב דכולל מצה עשירה וכיוצא מכל מקום בשעה שנשבע יצאה תיכף לשוא דהא נשבע שלא יאכל מצה בלילי פסח ומצת מצוה נמי בכללו ואם כן תיכף שבועתו לשוא יצא והוא דומה למי שנשבע שלא אכל ז' ימים ואף על גב דהנשבע שלא יאכל ז' ימים אינו אלא משום דהוי לעבור על דברי תורה שהוא מצווה שלא לחבול בעצמו וכמ"ש בר"ן ולמה אינו חל ע"י כולל שהרי כלל בתוכו יום ויומים אלא ודאי דלא שייך בזה כולל משום דמעולם לא הי' שבועה על דבר היתר בפני עצמו אלא תיכף שבועתו לשוא יצאה כיון דצריך לאכול תוך שבעה ימים ומשום הכי אין השבועה חלה כלל ואם כן הוא הדין בנשבע שלא יאכל מצה בלילי פסח כיון דנשבע שלא לאכול שום מצה וכלל בתוכו גם מצת מצוה והוא צריך למצת מצוה יצאה שבועה לשקר ואין כאן שבועה כלל אבל נשבע שלא יאכל מצה סתם הרי ודאי שבועתו תלה היום ולא יסור ממנו גם בפסח משום כולל ומה"ט נמי כתב הש"ך בס"ק י"ד ז"ל דמיד שנשבע לו לפרוע כיון דע"כ היינו נמי למכור משלו אם לא יהי' לו במה לפרוע אם כן מיד שנשבע הוי שבועת שוא ודמי ממש לנשבע שלא יאכל ככר זה ואח"כ נשבע שיאנלנה ולכאורה אדרבה קישיות הב"ח דלא ליהוי ש"ש ויחול השבועה ע"י כולל כיון שיכול לפרוע במזימנים אלא כיון דנשבע בדעתו לכלול כל מיני פרעון ואפילו למכור תיכף שבועתו לשוא יצאה ואינו בדבר כולל ומה"ט נמי בלילי פסח ובנשבע שלא

לישא אשה מדלא חייל על ידי כולל לדעת ר' חסדאי משום דתיכף לשוא יצאה ואין כאן שבועה על דברים המותרים ודוקא שלא יאכל מצה קודם פסח כיון דמשכח רווחא וחייל השתא קודם פסח גם בפסח לא יסור ממנו שבועתו. אמנם כל זה נשבע סתם שלא יאכל מצה בלילי פסח אף על גב דכולל מצה עשירה הוי לשוא כיון דנשבע לא יאכל שום מצה והוצרך למצת מצוה אין כאן שבועה כלל אבל אם נשבע בפירוש בלילי פסח שלא יאכל מצה עשירה ומצת מצוה בזה לא שייך שבועת שוא ומגו דחייל על מצה עשירה דהא נשבע עליו בפני עצמו חייל נמי על מצת מצוה ומשום הכי הקשו בתוספות שפיר מההיא דירושלמי שלא אוכל מצה דחייל ע"י כולל דאף על גב דחייל איסור טריפות בכל שעה כיון דהתם מיירי במפרש שלא לאכול נבילות ושחוטות ואם כן מאי פריך הן היכי משכחת הא משכחת שיאמר בשבועה לאכול נבילות ושחוטות וכיון דמפרש ההיתר ודאי מהני כולל ומשום הכי הוצרכו תוספות לחלק דבקום ועשה לא מהני שום כולל ואם כן הרמב"ן והר"ן ותוספות בשם ריצב"א לא נחלקו בזה היכא דאינו מפרש אלא אומר סתם בשבוע' שלא אוכל מצה בלילי פסח אף על גב דכולל מצה עשירה כיון דאינו נשבע על מצה עשירה בפירוש אלא כוללו בתוך מצת מצוה ה"ל שבועת שוא כמו שלא אוכל שבעה ימים וכמ"ש והוא שטת הראב"ד בתמים דעים ושטת ר' חסדאי וכמ"ש בביאור דבריהם: ומעתה לא מצינו חולק בזה רק הריב"ש דס"ל דחייל כולל כה"ג בנשבע שלא ישא אשה ונראה דהש"ך לא הסכים לפסק הרמ"א בי"ד סימן רל"ט ועיין שם שכתב תשובת א"ז קטן גבי שבועה שלא לישא אשה דכתב שם דלא חיילא השבועה אפילו קיים כבר פ"ו ומשמע שם דלא הוי כולל כיון דנשבע לבטל המצוה שהוא מצווה לישא אשה והיינו כשיטת הש"ך כאן. ומ"ש ח"ץ דכ"כ הרא"ש בעצמו הובא בטור סימן קי"ט ששאלת אלמנה שהיתה אמוד בממון ופסקה מלדת וזה ידע שמעון ונשבע שלא ישא אחרת תשובה אין יכולין להתיר שבועתו התם לאו מדין כולל אתי עלה דהא התם לא נשבע שלא לישא כלל אלא נשבע שלא לישא אחרת עלי' עיין שם ואם כן לא הוי כלל לבטל המצו' דאפשר לגרשה ולתת לה כתובתה ואח"כ ישא הראוי לו אבל נשבע שלא לישא כלל לא נשמע שם וכן בשלחן ערוך אבן העזר סימן קי"ח סעיף ע"ו שכתב בנשבע שלא ישא אחרת עלי' שלא מרצונ' עיין שם נמי ל"ה נשבע לבטל המצו' דיכול לפייסה בממון וכמו שכתב הרשב"ץ בתשובה עיין שם ב"ש. ועיין מוהרי"ט ח"ב סימן מ"ד הכריח שם דהרא"ש לא ס"לה"ך דריב"ש וז"ל והמסתכל בתשוב' הרא"ש כלל ל"ג יראה דלית לי' להרא"ש הא דריב"ש לפי שכתב על מה שנוהגין לכתוב בכתוב' ע"מ שלא ישא אשה אחרת עלי' דע דלא הוי כמתנה עמ"ש בתור' דאף אם שהתה ולא ילדה

והוא רוצה לישא אחרת צריך לגרש הראשונה ולתת לה כתובתה וכו' משמע שאם נשבע שלא ישא אחרת כלל ה"ל מתנה עמ"ש בתור' ולא חייל ע"י הכולל שכתב הריב"ש עיין שם ולאו ראי' הוא דאין ענין מתנה עמ"ש בתור' לכולל דהא במתנה ע"מ שאין לך שאר כסות ועונה דסובר ר"י בדבר שבממון קיים ובעונה בטל ואף על גב דכולל הוא ואם כן הוצרך הרא"ש לומר דלא הוי כמתנה עמ"ש בתור' משום דצריך לגרש הראשונ' ולתת לה כתובתה אחר כתבי מצאתי בשו"ת שער אפרים שהשיג על מוהרי"ט בזה אך אמנם אחר העיון נראה דברי מוהרי"ט והוא דודאי מתנה עמ"ש בתורה ל"ה אף על גב דהתנה ע"מ שלא ישא אחרת כלל דהא מבואר בפ' המגרש באומר ע"מ שתאכלי בשר חזיר דמהני תנאי דאפשר דאכלה ולקיא ועיין שם וכן פסקו כל הפוסקים עיין שם אלא ודאי דשם לא הי' תנאי כלל דמה ענין תנאי בתוך הכתוב' בשעת קידושין בעי למיעבד תנאי ועוד דהא קיימא לן דבשעת ביא' נמחלו כל התנאין וכדאי' פ' המדיר עיין שם ברא"ש ובטור וש"ע אבן העזר סימן ל"ת אלא דשם לא הי' דרך תנאי אלא הי' כותבין בתוך הכתובה בקיומי' ובשבוע' שלא לישא אחרת עלי' וכתב הרא"ש דע דלא הוי כמתנ' עמ"ש בתור' והיינו שלא יחול השבועה והקיומים והשיב דאינו על דברי תורה ואם כן שפיר מוכח דאם עושה קיומים בשבועה שלא לישא אחרת כלל לא חייל ואף על גב דאי' כולל והוא ברור. ועיין ב"ש באבן העזר סימן קי"ח ז"ל ונשבע שלא ישא אחרת שלא מרצונה בתשובת הרא"ש לית' שנשבע שלא ישא שלא מרצונה רק נשבע סתם ואפשר דהרא"ש לטעמי' אזיל דס"ל דיכול לקיים פ"ו עם פלגש וכמה שכתבו תוספות ריש כתובות וכ"כ בדרישה עיין שם וליתי' דאם כן למה כתב הרא"ש כלל ל"ג בטעמא דצריך לגרש הראשונה הא תיפוק לי' דיכול לקיים בפלגש א"ו עיקר הטעה משום דיכול לגרשה ולפייסה בממון ואם נשבע שלא לישא כלל ל"מ כולל ודו"ק:

סעיף ד

ואם השבוע' קדמה. כתב בכנסת הגדולה בי"ד סימן רל"ו ז"ל והוי יודע דמ"ש הרא"ש בתשובה אם קדמה השבוע' לחוב שמעון כגון שנשבע בסתם שלא ימכור משלו בשביל שום חוב שיתחייב כו' פירושו הוא בין לישראל בין לכותי דהשתא הוי כולל דאי לישראל דוקא קאמר עדיין הוי נשבע לבטל את המצו' כיון דפריעת בעל חוב מצוה דומי' דמ"ש הרמב"ם בפ"ה מהלכות שבועות דאם נשבע שלא אעיד לך עדות הרי זו שבועת שוא מפני שמצוה להעיד והקש' על זה דאם כן אפילו קדם חוב שמעון נמי חייל בכולל חוב כותי עם חוב ישראל ועיין שם דמחלק דאינו דומה למ"ש הרמב"ם גבי שבועה שלא אעיד לך שאין הדבר תלוי בו דאפשר יזדמן לו עדות ולאו אדעתי' אבל הכא בידו שלא ללות

ועיין שם שכתב עוד ואם נרצה לומר דהרא"ש חולק עם הרמב"ם בזה מי מעכב על ידינו עיין שם וזה נראה לי יותר לומר דחולק הרא"ש ממה שנעש' הבדל בין השוים ועוד דהא כתב הרמב"ם בפ"א מהל' שבועות ז"ל שלישית שנשבע לבטל את המצוה כיצד כגון שנשבע שלא יתעטף בציצית וכו' עיין שם ואין הכוונה שלא ילבש בגד של ציצית דזה אינו נשבע לבטל את המצו' דאינו מצווה שילך דוקא בבגד ציצית אלא נשבע שלא ישים ציצית בבגדו אלא ילבישנו בלא ציצית ועיין שם בכסף משנה והתם נמי אפשר שלא יבא לידי מצוה זו דהא בידו לעשו' בלא ד' כנפות ועיין בתשובת הריב"ש סימן קנ"ט גבי נשבע שלא לחלוץ ושלא לייבם וכתב שם דלא הוי כולל דכיון דמצוה עליו לפטור זיקת אחיו ביבום או בחליצה ונשבע שלא יפטור הזיקה לא בחליצה ולא ביבום הרי זה נשבע לבטל את המצוה ממש והוי כנשבע שלא יקדש קידוש היום לא ביין ולא בפת ועוד כתב לפי שהמצוה המוטלת עליו לחלוץ או לייבם הוא חיוב לאשה היא היבמה ואם כן שבועה זו שנשבע הוי היזיק לה לעגנה ואין שבועת ביטוי חלה להרע לאחרים ואע"פ שאמרו שם איזה הרעת אחרים כגון אכה את פ' ואפצע את מוחו לאו דוקא דה"ה אם אמר אגזול או אעשוק אותו ע"ש. ואם כן יש לומר שפיר ע"י כולל וכמ"ש כנה"ג ומה שהקש' אם כן כי קדמה חוב שמעון נמי הוי כולל משום דכולל לא מהני להרע לאחרים דהיינו לעשוק אותו אבל היכא דקדמה שבועה לחוב עדיין לא הוי הרעת אחרים משום הכי חייל ע"י כולל ועדיין צריך עיון:

סעיף ה

הנשבע לפרוע לחבירו. כתב מוהר"מ מטראני ח"א סימן נ"א שטר חוב שיש בו שבועה לפרוע לזמן פ' לא חייל שבועת ביטוי דהא כל זמן שיפרע עביד מצוה. וכתב בכנסת הגדולה בי"ד סימן רל"ז ז"ל אמר המאסף מורי הרב בנו של הרב ז"ל מקהי אקהייתא על סברא זו של הרב אביו ז"ל מההוא תשובה דסוף ס' חזה התנופה הביאה בית יוסף בח"מ סימן צ"ז דהא דמסדרין לבע"ח היינו כשלא נשבע לפרוע אבל נשבע לפרוע ד"ה אין מסדרין ולא יעבור על שבועתו ע"כ ואם אי' דאין שבועה חל על הנשבע לפרוע איך כתב דחייב לקיים השבועה כיון דמעיקרא לא חל עליו חיוב שבועה ע"ש. ואינו קושיא דכיון דאח"כ אין ידו משגת לפרוע ודינו דפריעת בעל חוב מצוה אינו אלא עפ"י סידור ואם כן אין חיובו אלא מכח השבועה ושפיר חייל השבוג.ה דבכהיג אמרינן דאם נשאל על הראשונה חלה שניי' וחזרה משבוע' שוא לשבועת ביטוי. עוד שם בכנסת הגדולה ז"ל ואני אומר שדברי הרב אביו הם דברי הרא"ש בתשובה הביאו הטור בת"מ סימן ע"ג כו' הרי דדברי מהרמ"ט הם דברי הרא"ש בתשובה דאין שבועה חלה על הנשבע

שלא לפרוע שום חוב דהוי נשבע לבטל את המצוה וכיון דדעת הרא"ש דנשבע לפרוע אין השבועה תלה וכדברי מהרמ"ט מה זו תשובת חזה התנופה דהוא חולק על הרא"ש והן אמת שדברי חזה התנופ' קשיא להולמם כפי הפשט דבפ' הכותב אמרינן שם לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה אמר דלא ניחא לי למיעבד מצוה מאי ושמא לא מיירי חזה התנופה אלא כשנשבע לפרוע ביום פ' וס"ל דעל עיקר החוב אין השבועה חלה אלא על קביעת הזמן דוקא ועיין שם פלפול נחמד בדברי הרא"ש דמשמע מיני' דאם קדמה שבועה שלא למכור וכו' דאם הותרה הראשונ' יקיים השניי' דהא הוי נשבע לקיים המצו' עיין שם דמוקילה בכולל חוב א"י וישראל עיין שם שהאריך וקשה לפי דבריו שכתב דבנשבע על הזמן]מיירי[הא דחזה"ת אם כן הא דכתב הרא"ש גבי נשבע לפרוע קודם שיעבור זמן פ' ולא פרעו בזמן פ' אף על פי כן השבועה חלה כי הזמן נעשה לזרז ועיקר השבועה על הפרעון עיין שם ואי רמא דאין השבועה חלה על הפרעון דהוי לקיים המצוה ואינו חל אלא על הזמן וכיון דעבר זמנו תו ליכא שבועה ואפשר כיון דחל' על הזמן ממיל' נמי חייל על הפרעון משום דהוי כולל. אמנם נראה דברי חזה"ת נכונים דודאי חייל שבועה בקיום המצוה ודוקא לבטל המצוה אינו חל אבל חלבקיומו וכ"כ בעל המאור בפ' שבועת שתים ודל והנשבע לקיים מצות עשה השבועה והנדר חלין עליו למלקות אבל לא לקרבן לפי שאינה בלאו והן עיין שם ואף על גב דהרמב"ן שם חולק וס"ל דאינו חל לא לקרבן ולא למלקות הנה מדברי הר"ן משמע דס"ל כדעת בעל המאור עיין שם בנדרים פרק קמא דף ת' גבי נשבעין לקיים המצוה עיין שם שכתב נהי דמיעטה מקרבן מלהרע או להיטיב ממלקות לא מיעטה. ועוד נראה דאפילו להרמב"ן דס"ל דגם ממלקות אימעט משום דאינו בלאו והן מודה דאיסורא מיהא איכא בעובר על השבועה דאי ליכא שום איסור שבועה לקיים המצוה איך אמר דוד נשבעתי ואקיימה ומזה אמרי בש"ס דנשבעין לקיים המצוה כדי לזרוזי נפשי' ומאי זירוז אית בשבועה כיון דהשבועה לא תוסיף כחה כלל ע"כ צ"ל דאיסו' שבוע' מיהא איכא אלא דאימעיט ממלקות לדעת הרמב"ן מלהרע או להיטיב ואינו בלאו והן וכן משמע מדברי הטור י"ד סימן רל"ו ז"ל ויש דברים שאפילו אם שיקר בשבועתו אינו חייב קרבן כגון שנשבע לקיים את המצוה ולא קיים או נשבע להרע לפ' כגון להקותו וכו' וכיוצא וזהו שוא אבל עבירה איתא בכל דבר שישקר בשבועתו עד כאן לשונו וע"ש. הרי מבואר דגם בנשבע לקיים המצוה עבירה אי' כשמשקר ואם כן דברי חזה התנופה ברורין ואין הרא"ש חולק בה דהרא"ש מיירי בביטולה וחזה"ת מיירי בקיומה ואין תימה אם חזה"ת סובר כשטת בעל המאור והר"ן ובפרט דאיסורא אי' לכולי עלמא וכמ"ש. ומן התימה על המאסף הגדול אשר

עירו משוטטת בכל הפוסקים ולא הביא דברי בעל המאור והר"ן ועוד דאיסורא ודאי איכא וז"ב.

סעיף ו

אע"פ שלא תבעו. עיין סמ"ע שכתב דאין חומר השבועה מחייבו לשלם עצמו עד שיתבענו המלוה וכ"כ הש"ך. אבל בטורי זהב חולק ור"ל דחומר השבועה מחייבו לשלם בלא תביעה עיין שם וכן משמע מדברי השלחן ערוך בי"ד סימן רכ"ח סעיף ל"ט הנשבע לפרוע לחבירו לזמן פלוני יכול להתירו שלא עפ"י חכם שיאמר הריני כאלו התקבלתי אבל להאריכו שיעמוד בחיובו לאו כל כמיני' עיין שם ואי נימא דחומר השבועה אינו ומחייבו לשלם מעצמו בלי תביעה אם כן כשמאריכו הרי הוא כאינו תובעו ואם תובעו כבר יוכל למחול את תביעתו והוא יעמוד בחיובו כשיתבענו אח"כ ומזה משמע כדברי הט"ז:

סעיף ז

דכל שפטור. עמ"ש בזה בסימן צ"ז סעיף קטן ט"ז: ביום

סעיף ח

ביום החודש הראשון והיינו משום דשני ימים נקראים ר"ח והוי ספיקא דאורייתא ולחומרא כ"כ הרשב"א: ועיין בטורי זהב בי"ד סימן רכ"ח שהעלה לפי דעת הרמב"ם שהביא בשלחן ערוך סימן ר"ך דאם ידע שהשנה מעוברת דאסור עד ר"ח אדר שני ה"נ אם ידע בשעת נדרו שיהיו שני ימים ר"ח דאינו אסור עד השני וק"ו מהתם דהתם יש פלוגתא בין ר' מאיר לר' יהודא איזהו מקרי אדר סתם אלא שהלכה כר' יהודא דאמר השני מקרי אדר סתם ומשום הכי מפרשינין לשונו על אדר השני אף על פי שהוא נגד לשון בני אדם שקורין אדר סתם לאותו שהוא אחר שבט ק"ו הכא דכ"ע סברי דר"ת השני הוא עיקר ר"ת לכל דבר שנימא דנתכוין עד ר"ח השני ואין כאן ספק עד כאן לשונו. אבל לענ"ד נראה מסתימת דברי השלחן ערוך כאן ובי"ד סימן רכ"ח דאינו מחלק בכך דאם כן הי' לו לפרש כמו בסימן ר"ך לענין אדר ול"נ דהתם דעת הרמב"ם כר' יהודה דאדר שני מיקרי אדר סתם ואדר ראשון נקרא ראשון ולהכי כשאומר עד אדר ולא פי' וידע דמעברא שתא א"כ. ודאי על אדר השני נתכוין דהוא אדר סתם דאם על אדר ראשון הי' אומר בפירוש אדר ראשון כיון דהוא נקרא כן ואם לא ידע דמעברא שתא ודאי כיון לאדר הסמוך לשבט מה שאין כן באלו שני ימים דר"ח דשניהם נקראים בשם אחד ואין לאחד שם מפורש יותר מאחר אם כן מידי ספיקא לא נפקא וזה ברור. ויש ראיה לדברי מפרק קונם יין מהא דתודש זה אסור בכל החודש ור"ח להבא עיין שם בראש ובר"ן:

סעיף ט

לזמן. כתב כנה"ג הקובע זמן לחבירו בזמני' מחולפים ובכו"כ סחורה א"י לסוף הזמנים לומר תפרע לי הכל ואם עברו הזמנים ולא תבעו המלו' הלואתו אינו יכול לכופו ללוה הלואתו בבת אחת אלא לזמנים מחולפי' שיראו בעיני הבית דין הר"ש יונה סימן ל"ד.

סעיף י

בית דין של ג' הדיוטות. עייך ש"ך שהאריך להשיג בזה וראייתו מהא דאמרו גבי אלמנה מוכרת שלא בבית דין מומחין ומשמע דשאר חוב בעי מומחין עיין שם אבל עיקר טעמא דריב"ש מבואר דכיון שהוא מוחזק וקונה משכון והובא בבית יוסף ועיין שם ומה"ט אפילו במשכונת קרקע מחלוקת בין הפוסקים אם יכול למוכרו שלא בבית דין מומחין בטור סימן ק"ב ועיין שם סמ"ע ומשום דמוחזק מיהו בקרקע אינו קונה משכון וכמו שכתבו התוספות פ' א"נ גבי אתרא דמסלקי דשמיט' משמט אבל משכון מטלטלין דקונה מדר' יצחק ודאי אלים טובא ואם כן אין ראי' מאלמנה שמוכרת שלא בבית דין משום חינא אפילו אינו משכון. גם מ"ש הש"ך ראי' מדברי התוספות אלו מציאות דף ל"ב ומתוס' פסחים דף י"ג דלענין שכירת משכין או פקדון צריך בית דין מומחין המעיין בתוספות שם לא הזכירו משכון רק פקדון ומשכון שאני דקני לי' מדר' יצחק כמו שכתב הריב"ש הובא בבית יוסף עיין שם והיינו טעמא דמשכון קרקע צריך בית דין מומחין משום דקרקע לא קני מדר' יצחק ובסמ"ע סימן ק"ג מחלק בין משכון קרקע משום דתשיב' יותר עיין שם ואין זה הטעם אלא כמ"ש וגם מ"ש הש"ך ראי' מתשובת הרשב"א התם מיירי במשכון חנות דהוא קרקע וז"ב. אך דברי הריב"ש אכתי תמוה שכתב אפילו בפקדון נמי מוכרו שלא בבית דין ועיין שם ובזה קשה האי דאלמנה ואולי ס"ל להריב"ש לחלק בין שעבוד לפקדון כיון דהוא מוחזק כפרן אבל בזה התוספות חולקין וס"ל דפקדון נמי צריך בית דין מומחין אמנם פיסקא דש"ע במשכון מטלטלין לא מצינו חולק ומשו' דקונ' משכון:

סעיף יא

קנה מעכשיו. עיין ש"ך שהעלה דבמשכון מטלטלין אפילו לא אמר קנה מעכשיו לית בי' משום אסמכת'. ולכאורה הוא נגד דברי הרי"ף והרמב"ם וטור וש"ע דכתבו גבי נכרי שהלוה לישראל על חמצו או אפכא דבעינן מעכשיו ואם לאו הוי אסמכתא ואף על גב דהרהינו אצלו וגם הראב"ד שם לא נילק אלא משום דאין אסמכתא לנכרי עיין שם ואפשר לומר דכיון דעיקר טעמא משום דבע"ת קונה משכון והתם בנכרי מישראל או אפכא לא קני משכון וכמבואר שם פ' כ"ש אך לפי מ"ש הש"ך שם במה שהקשה הרא"ש

על הרמב"ן דר' יצחק לא אמר אלא שלא בשעת הלואתו וכתב דנהי דלא קנה משכון מכל מקום כיון דשעבודא אית לי' עלי' והוא תחות ידי' לא חשוב אסמכת' וגמר ואקני לי' וכ"כ בית יוסף בשם תלמידי רשב"א עיין שם ואם כן ודאי קשה מכל הני פוסקים דצריכין מעכשיו. גבי חמץ ולכן נראה העיקר משום דבעל חוב קונה משכון וצריך עיון:

סעיף יב

יש מי שאומר. עיין ש"ך שכתב ותמי' לי עמ"ש המחבר דין זה בשם יש מי שאומר והוא ש"ס ערוך פ' א"נ וכו' ואפשר משום דבמרדכי והגהת מיימוני פ"א ממכירה כתבו על דין זה דמשכון ונראה דרש"י בתשובה חולק אבל תימה דאיך אפשר דרש"י חולק על דין זה שהרי הוא ש"ס ערוך ועוד דבסימן ר"ז כשהביא המחבר דין זה דמשכון לא כתבו בשם יש מי שאומר ע"ש. אמנם נראה ודאי הגהת מיימוני ומרדכי נאמנין בעדותן דרש"י חולק בתשובה והאי דפ' איזהו נשך אינו תיובתא דרש"י יש לו פי' אחר שם בסוגיא וכאשר נבאר דבפ' א"נ דף ס"ו פריך על מניומי דאמר אסמכת' לא קנה ממתני' אם אי אתה נותן לי מכאן ועד ג' שנים הרי הוא שלי הרי הוא שלו ומשני דאמר לי' קני מעכשיו וכתב רש"י וז"ל מתניתין דאמר לו מעכשיו קנה אם לא אתן לך עד שלש שנים דלא אסמכתא היא אלא קנין גמור הוא שעל מנת מכר גמור החזיק בה מעכשיו בדמים הללו אוזיל גבי' וזה קיבל עליו שאם יחזיר לו מעותיו עד שלש שנים יקבלם עד כאן לשונו ☜ורש"י בלשונו הקודש מיישב הסוגיא על שטה אחרת והוא על דרך שעושין חכמי ספרד להקנות בקנין אסמכתא וכך היו עושין קונין מה שהוא חייב לחבירו מאה דינרי' ואחר שחייב עצמו קונין מבע"ח שכל זמן שיהי' כך או שיעשה כך הרי חוב זה מחול מעכשיו הובא ברמב"ם פי"א ממכירה וכן הוא שטת רש"י דקנין גמור הי' בסתם וע"מ מכר גמור החזיק בה מעכשיו בדמים הללו אלא שזה קיבל עליו לחזור לו עד שלש שנים והוא שטה נכונה כי תוספות נתקשו הרבה דהא מעכשיו אינו מסלק אסמכת' והוצרכו לחלק בין משכון ועיין שם בתוספות ולפי פי' רש"י לא הוי אסמכתא כלל כי הוא על דרך חכמי ספרד ואף על גב דמדברי חכמי ספרד משמע דעושין שני קנינים ומלשון רש"י משמע דהי' חד קנין אפשר דעושין חכמי ספרד על צד היותר טוב אבל ודאי גם בחד קנין סגי ועיין סמ"ע סימן ר"ז סעיף קטן מ"ו והיינו כיון שאומר שדה זו קנה מעכשיו קנין גמור אלא שהמוכר חוזר ומקבל עליו לחזור לו אחר שלש שנים כשיבא לו מעות ולשון המשנה שם ואם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלי ומשמע מצד הלוקח הי' התנאי דאם לא כן איפכא הוי לי' למתני אם אין אני נותן לך מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלך ואם כן משמע כפרש"י דירד למכור מכר גמור מעכשיו אלא שהלוקח חזר

וקיבל עליו וכמו שפירש"י ומשום הכי בסימן ר"ז לא הביא בשם יש מי שאומר דכ"ע מודי דינא דמתני' אבל הכא דאיכא אסמכתא ואינו על דרך חכמי ספרד משום הכי הביא בשם יש מי שאומר דרש"י חולק בתשובה וכפי מ"ש מוכח מדברי רש"י להדיא פ' א"נ דאסמכתא גם במשכון לא קנה מדהוצרך לפרש דהי' קנין גמור מעכשיו וכו'. ובתומים ראיתי שכתב ליישב הסוגיא אליבי' דתשובת רש"י משום דאין אונאה לקרקעות ועיין שם והדבר ברור כמ"ש ומקום הניחו לי להתגדר:

סימן עד

סעיף א

החששות. כתב הבית יוסף אם מתחלה בשעת הלואה הי' שינוי מטבעו' והלוה לזה על זמן כי אולי בתוך הזמן יעבור הרעש וכן הי' ועתה רוצ' הלוה לפרעו תוך זמן אע"פ שעבר החשש הואיל ומתחלה הי' לטובת המלוה הזמן תו לא מצי הדר בי' תוך זמן לשלם ועיין שם שנסתייע מדברי ש"ג באותן אנשי' המלוי' לבעלי חניות שיהי' להם מלוים לגוים בריבית והם יקחו מהרווחי' כפי התנאי והמות' המעו' יהיה שייך לבעל המעות הואיל וזמן לטובת בעל המעות אין בעלי חניות יכולין לחזור בתוך זמנו ועיין שם בש"ך דגם הוא מודה בעיקר הדין של הש"ג. אלא שראיתי בתומים שדוחה דברי הש"ג מהאי דמקבל עיסקא דיכול לחזור בתוך זמן ומשום דפועל יכול לחזור בחצי יום אף זה כמוהו דמתעסקין בשל המלוה דמקבלין שכר עקב טרחתם למה לא יכולין לחזור ועיין שם שכתב דלכן ברור דדין הש"ג אין לו שורש ועיקר ופשיטא דיכולין בעלי החניות לחזור וע"ש. אמנם לפמ"ש בסימן רצ"ג בהא דכתב השלחן ערוך דאם הפקידו אצלו לזמן ידוע אינו יכול להכריחו לקבל תוך זמנו והוא מדברי הרב המגיד פ"ז משאלה דיכול לומר קבלת עליך שמירתו עד זמן פ' והוא גם כן סברת הראב"ד וקשה נמי מ"ש מפועל דיכול לחזור ועין בריטב"א פרק קמא דקידושין שנתקשה בזה אמנם צ"ל דהראב"ד והרב המגיד ס"ל דשמירה אינו ענין לפועל והוא דוקא פועל יכול לחזור משום דלי בני ישראל עבדים אבל שמירה דהוא חיוב ושעבוד שתחיי' לשלם אם יגנב או יאבד תוך הזמן אם כן גם כשמחזירו כשמחזירו למפקיד ונגנב או נאבד בבית הבעלים נמי חייב השומר לשלם וכמ"ש בשלחן ערוך בסי" ע"ב סעיף ג' במשכון שהחזיר ללוה ואם כן הא נמי דכתב בשלחן ערוך יו"ד סימן קע"ז במקבל עסקא דיכול לאזור בחצי יום דוק' מטורח פעולתו שמחויב מקבל העסק יכול לחזור כדכתיב כי לי בני ישראל עבדים אבל מדין שמיר' שמקבל עליו לשמור חלק הפקדון לא נפיק מחיובו דלא גרע משאר שומרין דאינו

יכול לחזור עד הזמן וכמ"ש בשו"ע בסימן רצ"ג ואם כן הוא הדין בהך דש"ג אין יכולין לחזור מחיוב שמירתן כיון דהיה לתועלת המלוה ואם אירע קלקול נתחייבו בשמירה ודוק ועמ"ש בסימן עיין סק"ח:

סימן עה

סעיף א

ודוקא שהכירו הב"ד עיין סמ"ע וש"ך. והנה ז"ל הרמב"ם בפ"ד מגזילה יש גאונים שהורו דאם אמר על המקצת אין חטפי ודידי חטפי והי' ע"א שחטף ועל הקצת אומר לא חטפתי חייב ש"ד כיון דנתחייב במקצת לשלם ע"פ ב"ד אבל הרמב"ם חולק וס"ל דאינו נשבע אלא היסת וכן פסק בטור וש"ע בסי' שס"ד. ומדברי הר"ן פ' שבועת הדיינין בשם הרמב"ן משמע דסובר כדעת הגאונים ע"ש באומר חמשין א"י אם פרעתיך וחמשין לא לויתי וכן אם תובע נ' דחבלה ונ' דהלוא' ונשבע כבר על חבלתו ונתבע כופר בכל חייב ש"ד על נ' דהלוא' כיון שכבר נשבע ראובן אנן סהדי דנ' אית ליה גבי' ע"ש דאלו לדברי הרמב"ם אינו חשוב מוד' במקצת מה שנתחייב עפ"י ב"ד. אמנם דברי הרמב"ם צריך ביאור דכיון דבכל מקום אלימי ב"ד טפי מעדים וא"כ למה העדאת עדים יחייב שבוע' על השאר וחיוב ב"ד לא יחייב שבוע' ועיין ש"ך ונראה טעמא דהרמב"ם הוא ממה שאמרו ברפ"ק דמציעא בהא דאמרו ותנא תונא שנים אוחזין בטלית והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי וכו' ופריך עלה מי דמי התם למלוה אית לי' סהדי ללוה לית לי' סהדי דלא מסיק לי' ולא מידי דאי הוי ללוה סהדי דלא מסיק לי' ולא מידי לא בעי ר' חייא לאשתבועי הכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי וע"ש וא"כ ה"ה בירור עפ"י ב"ד אינו מחייב דכי תאמר בנ' א"י אם פרעתיך הוי בירור עפ"י ב"ד שחייב לשלם אע"ג דיכול להיות שאינו חייב אלא כיון דהתור' חייבו הוי כמו בירור א"כ כי היכי דהתור' חייבה לזה שאומר א"י אם פרעתיך כן נמי התור' פטרה למקצתו השני שאומר לא לויתי ואלו הוי משכחת פתרי לומר בקצתו איכא פס"ד ובקצתו השני ליכא פס"ד הי' דומה להעדאת עדים דמלוה אית לי' סהדי וללוה לית לי' סהדי אך פס"ד הוא ידוע למלוה וכמו כן ידוע הפס"ד ללוה דפטור במחציתו השני א"כ אין חיוב ב"ד מחייב שבועה כמו העדאת עדים דכמו דיש חיוב ב"ד למלוה בקצתו כן נמי יש פטור עפ"י ב"ד ללוה בקצתו השני וכ"ת כיון דכבר ידוע עפ"י ב"ד בקצתו לחיוב תו אין הב"ד פוטרין לקצתו השני עד שישבע ליתי' דהעדאת עדים הוא הסיב' לחייב שבוע' ולזאת היא קודמת ולכן לא משכחת לה אלא בהעדאת עדים ודאית לי' סהדי למלוה ולית לי' סהדי ללוה אבל דברי ב"ד לא משכחת למלו' בלא

לוה דכי היכא דידוע הפסק לחייב כן ידוע הפסק ללוה בקצתו השני וא"כ דברי הרמב"ם נכונים שלא לחייב עפ"י פסק ב"ד כיון דאינו ידוע בבירור אם הוא חייב ולאו משום דגריעי כח ב"ד מכח עדים אלא משום דלא משכחת ב"ד לזה ולא לאחר וכמ"ש ודו"ק. אמנם כי ס"ד ותנא תונא לדר' חייא קמייתא עד כי פריך עלה מי דמי א"כ הוי ראוי גם פס"ד לחייב שבועה דהא כח ב"ד לא גריעי מכח עדים אלא דלמסקנא מי דמי למלו' א"ל סהדי ממילא הדין שלא לחייב עפ"י חיוב ב"ד ומשום מי דמי דהא גם ללוה איכא פס"ד לפטור ויתיישב בזה קושיות הש"ך שהקש' לדעת הרמב"ם דפס"ד אינו מחייב שבועה כמו העדאת עדים א"כ היכי קאמר ותנא תונא לדר"ח קמייתא הא בשנים אוחזים בטלית ליכא סהדי רק מה שהדין כן נותן וע"ש לפי מ"ש ניחא דבס"ד דלא דחי מי דמי גם פס"ד מחייב ולבתר דדחי מי דמי תו ליכא לחייב עפ"י פס"ד ומטעמא דמי דמי וכמ"ש ועיין בתוס' שם בהא דאמרו אלא כי אתמר ותנא תונא אאידך דר"ח וע"ש שכתבו דהשתא נמי מוכח מכח טעמא דבסמוך אי הילך פטור ל"ה מתקני רבנן שבועה דליכא דכוותה בדאורייתא אבל לר"ח קמייתא כי נמי בהעדאת עדים פטור מתקני רבנן שבועה במתני' דחשיב הודאה במה דתפיס חברי' ודוחק דלפ"ז הא דלא קאמר ותנא תונא אקמייתא משום דמה דתפיס חשיב כהודאה וזה לא היה פרכתו למעלה אלא מטעם כי היכא דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי ע"ש ולפי מ"ש ניחא דכיון דפריך מי דמי תו לא מצינו למימר דפס"ד יחייב שבועה בשום מקום ואינו מחייב רק עדים ממש וא"כ ע"כ טעמא דמתניתין ליכא למימר משום דר' חייא קמייתא ואינו אלא משום הודאה מה דתפיס וא"כ ליכא למימר ותנא תונא רק להילך ודו"ק:

סעיף ב

לפי שאינו נאמן בדיבורו. ז"ל הרשב"א שאין שבועה למודה במקצת אלא דוקא במודה שהוא חייב מקצת ממש אבל לא בכופר הכל אלא שנתחייב מתוך טענתו כגון שתובעו מנה והוא אומר לא לויתי וחזר ואמר לויתי ופרעתי חמשים דהוחזק כפרן לאותו ממון ובתשוב' אחרת כתב שמעון כפר הכל ואין לו עליו אלא היסת זולתי על הריבית שהוצרך ללות בריבית ולפרוע לבע"ח שנכנס לו ערב בשביל ראובן שבזה רואה אני לחייב שמעון שאפי' נתן לו רשות בפי' ללות בריבית ולפרוע החוב אין לשמעון לעשות כן וריבית קצוצה הוא ומכל מקום אעפ"י שיתחייב שמעון באותו סך הריבית אין חיוב זה עושהו כמודה במקצת להתחייב שבועת התורה על מה שכבר שאין המתחייב במקצת מתוך טענת הכפירה כמודה במקצת מפורש בפיו אשר יאמר כי הוא זה כתיב עכ"ל. ובסמ"ע סי' ש"ד מפרש החילוק שבין שני הדינים דברישא נראה מתוך דברי עצמו שנשאר חייב

לו עדיין כך וכך לפי החשבון ובסיפא הטעם לפי שנתחייב מחמת שאין מאמינין אותו או שנתחייב עפ"י ב"ד כגון שטען פרעתיך לפי שנתתי עבורך ריבית כך וכך והב"ד מכירין שאין המלוה חייב לשלם הריבית לפי שהיא ריבית קצוצה ע"ש ובש"ך השיג על דברי הסמ"ע והאריך בזה וע"ש. וזה קיצור דבריו ז"ל ונלפענ"ד דאם נתחייב ע"פ ב"ד חייב שבועת התורה דהיאך יעלה על הדעת דחיוב ע"פ ב"ד יגרע מהעדאת עדים ואף דנתחייב ע"פ ב"ד אינו חייב אלא היסת וכמ"ש הרמב"ם היינו משום שאין הב"ד יודעין בבירור שחייב לו שהרי הוא עדיין ולא נתחייב ע"פ עדים ולא ע"פ הדין רק מכח ע"א משום משאי"ל אבל כשהב"ד יודעין בבירור שחייב לו לפי שאותו פרעון לא חשיב פרעון ע"פ הדין וכה"ג פשיטא דגם הרמב"ם מודה דלא מסתבר לומר דחייב ע"פ ב"ד גרע וכו' הלכך אם ראובן תובע וזה אומר חמשין פרעתיך ונ' נתתי עבורך ריבית והב"ד מכירין שהחמשין ריבית אסור לשמעון ליקח מפני שהוא ריבית קצוצה ונמצא שנתחייב שמעון לשלם נ' ע"פ מה שהכירו הב"ד מתוך הודאתו שהודה שהלוה ק' ולא נפרעו עדיין רק נ' לפי דבריו חייב שבועת התורה שהרי הב"ד עדים במה שהודה שנשאר עליו וכן אם משיב נ' פרעתיך בעצמי ונ' אתה חייב מפני שנעשית לי ערב בעד פ' והב"ד מכירין שהערבות אינו ערבות וכל כה"ג חייב שבועת התורה שהרי נתחייב בבירור ע"פ הדין וא"כ הב"ד עדים במה שנשאר חייב וע"ש שהאריך בזה ואחר העיון היטב נראין דברי הסמ"ע דהא הש"ך נמי מודה דא"ז מודה במקצת ממש דכיון דהוא כופר א"ז מקרי הודאת פיו וכמ"ש הרשב"א אשר יאמר כי הוא זה מפורש בפיו וא"כ ודאי אין זה מודה במקצת האמורה בתורה אלא דהש"ך בא עלה מתורת העדאת עדים דכיון דידוע לב"ד בבירור שנתחייב לו חמשים ואע"ג דאין הב"ד יודעין רק שהפרעון אינו פרעון אבל אין יודעין אם חייב לו נ' ראה הש"ך להרכיב העדאת עדים על הודאת פיו והיינו שהב"ד עדים לפי ששמעו הודאת עצמו שחייב לו ק' אלא סבור שפרע מקצתו והב"ד עדים שאינו פרעון א"כ הוי הודאת עדים ע"י הודאת עצמו אבל זה ליתי' דאם אנו באים להרכיב העדאת עדים על הודאת פיו ולעשות ממנו (הודא') [העדא'] עדים לא מצינו לפרש המשנה דמה שהנחת אתה נוטל פטור ומשום דלא הי' הודאה בדבר שבמדה ומשקל ואע"ג דאח"כ אנו מודדין ויודעין הודאתו בכמה כבר יצאה בפטור ואלו אנו עושין מזה העדא' עדים דהא אנן עדים דמה שבבית הודה אלא שמחוסר מדה והשתא אנן עדים על המדה ויודעין אנו כמה חייב בפחת וגבי העדאת עדים לא שייך לומר כבר יצאה בפטור דהא כל העדאת עדים אח"כ הם באים וכל זה מבואר בר"ן פ' שבועת הדיינין ז"ל ותמהני מה שהנחת אתה נוטל למה פטור והרי כשאנו רואין הפירות הודאתו ידועה ועדיין

עומד בה וע"ש שתי' כיון שהודאתו ראשונה לא חייבו שבועה שוב אינו חייב בה. וע"ש בר"ן לענין חמשין דחבלה וחמשין דהלואה אם עדיין לא נשבע לא הוי מודה במקצת דמי יימר דמשתבע אבל אם נשבע על החבלה היינו דר' חייא קמייתא דה"נ אנן סהדי דחמשין דחבלה אית ליה גבי' כיון שכבר נשבע ואע"פ שבשעת תביעה לא הוי עדים במקצת וחזינן לעיל שכל שיצאה הודאה מפי הנתבע בפטור אע"פ שאח"כ בא לה צד חיוב אינו מתחייב עליה נראה לי שאין למידין ממנו לנידון זה דשאני התם שעל הודאתו אתה מחייבו וכבר יצאה בפטור אבל בדר"ח קמייתא על העדאת עדים אתה מחייבו ומה יעשה זה שבתחלה לא הי' לו עדים ואח"כ באו לו עדים ונחבל נמי כנשבע הרי אנו עדים עכ"ל וא"כ אי נימא לעשות מהודאת פיו העדאת עדים היכי משכחת מה שהנחת אתה נוטל לחייביה שבועה אחר המדידה ומשום העדאת עדים דאנן סהדי שמגיע לו כ"כ ובזה לא שייך יצאה בפטור אלא ודאי כיון דאין אנו יודעים כי אם ע"י הודאת פיו וכבר יצאה בפטור אין עושין ממנו העדאת עדים ואע"ג דזה ודאי אלו הודה חוץ לב"ד בפני שנים שחייב חמשים ודאי הוי העדאת עדים אבל מזה שהודה לפני ב"ד ויצאה בפטור אין עושין דאל"כ בקדמה הודאה לתביע' נמי נימא העדאת עדים ועוד מה שהנחת אתה נוטל מאי איכא למימר וגבי מה שהנחת אתה נוטל אפי' היה ידוע לב"ד כבר כמה הי' שם אפ"ה פטור כיון דהוא לא הודה בפי' בדבר שבמדה וא"כ ה"ה הכא כיון דהוא לא הודה בחיוב מבורר דהא אומר שפרע הכל לא הוי אשר יאמר כי הוא זה מפורש כמ"ש הרשב"א וכיון דפטור בהודא' תו אין עושין על הודאות פיו העדאת עדים וכמ"ש ודו"ק ותשכח שזה ברור. ולפי"ז נרא' בהני גווני שכתב בש"ך כגון באומר נעשית לי ערב וידוע לב"ד שאין זה ערב בדין או פרעתיך בהמחאה וידוע לב"ד שאין זה פרעון לפי שלא הי' מעמ"ש או בריבית בכל הני גווני ודאי פטור כיון דהודא' ליכא גם העדאת עדים ליכא וכן הוא בתשובת הרשב"א ומה שמפרש הש"ך בלשון הרשב"א הנה נראה בעליל מדברי הרשב"א כדברי הסמ"ע ואומר אני דאפי' הגאונים דס"ל דנתחייב בב"ד ה"ל מודה במקצת מודי בהני גווני וס"ל כסברת הרשב"א דבהאי דגאונים באומר אין חטפי ודידי חטפי ובא ע"א שחטף כיון שהב"ד מחייבין אותו הרי הוא העדאת עדים על כפירתו שאמר דידי חטפי וה"ל כאלו באו עדים שדידי' חטף דפס"ד ה"ל כמו עדים וכן מ"ש הר"ן בשם הרמב"ן באומר על מקצתו א"י אם פרעתיך דזה נמי הוי כפירה וכמ"ש תוס' בפ' השואל ד' צ"ח וא"כ כיון דהב"ד מחייבין אותו ה"ל כעדים על כפירתו דמהני כמו בנחבל שנשבע על חבלתו שכתב הר"ן אבל בהנך גווני דרשב"א דהוא לא כפר כלל אלא שמודה בכולו וטעה בדינו א"כ ליכא לא הודאה ולא עדים. אמנם אפי' דברי הר"ן בנחבל

שנשבע על חבלתו או באומר על חמשים א"י אם פרעתיך דחייב ע"פ פס"ד נרא' דס"ל כדעת הגאונים ומזה הקשה בט"ז על הסמ"ע דהביא דברי הר"ן כיון דאנן קי"ל כרשב"א לא קי"ל כר"ן ע"ש בט"ז סי' פ"ז ולפי מ"ש גם להרשב"א יכול להיות דסובר בנ' דחבלה ובחמשין א"י אם פרעתיך דחייב דזה הוי העדאת עדים על מכפיר' וכמ"ש אלא דרשב"א סובר דאפי' נתחייב מתוך טענתו מתוך הכפיר' נמי פטור גבי לא לויתי ובא ע"א שלוה וע"כ ס"ל כדעת הרמב"ם לא כדעת הגאונים אבל הני תרי דינים מיהו לא סתרי דהיינו מ"ש הרשב"א בתשוב' אחרת במודה בכולו אלא שטוען עבור ריבית בזה גם הר"ן מודה דל"ה העדאת עדים על הכפיר' רק על הודאת פיו. ודברי הש"ך שגבו ממני שכת' בסי' פ"ז סקי"ב על דברי הרשב"א דנתחייב מתוך טענתו ל"ה העדאת עדים. וז"ל והיינו כגון דא"ל על נ' אל תפרעני אלא בעדים ותובעו ק' וא"ל פרעתיך וכל כיוצא בזה ואם אמר על נ' איני יודע אם פרעתיך מודה במקצת הוא שאע"פ שלא הוד' כלום בבירור מ"מ מתוך תשובתו חייב במקצת וכן אם תובעו נ' דהלוא' ונ' דחבלה ע"ש ומשמע דס"ל כדברי הרשב"א וכדברי הר"ן והם תרתי דסתרי ולכן נרא' דברי הסמ"ע יותר מדוקדקים שלא הביא בסי' פ"ז רק דברי הר"ן בנ' דחבל' והשמיט דברי הר"ן בא"י אם פרעתיך בחמשין וע"ש גבי חבלה כשנשבע כיון דחכמים האמינו בשבוע' הרי הוא כמו עדים ממש ואינו דומה לנתחייב מתוך טענתו דהתם אין העדים באים להכחישו על טענתו וכמ"ש בסמ"ע סי' פ"ז ס"ק י"ד כיון דאין החיוב חמשין מבורר מפי העדים ע"ש אבל בחמשים דחבל' כיון דנאמן כשנים אחר שבועתו הוא הבע"ד והוא העד ומבורר חיוב חמשין מפי העדים דהוא שבועתו ובנ' א"י אם פרעתיך ל"ה מחויב שבוע' וכמ"ש בסק"א דאי תימא דפס"ד אפי' אינו ידוע גוף המעש' אם פרע או לא חשיבא כעדים כיון דהפס"ד כן א"כ במה שכופר על החמשים נמי פס"ד הוא דפטור ואפי' אינו יודע המעש' דאפשר חייב הוא דהא אמרת דפס"ד הוא עדיו ומש"ה לא הביא רק דברי הר"ן בנ' דחבלה ועולה ממ"ש דהיכא דאין הדבר ידוע בבירור רק ע"פ פס"ד ל"ה מודה במקצת וכמ"ש בסק"א דכי היכא דלמלו' אית ליה סהדי ללו' נמי אית ליה סהדי ע"פ פסק דאינו חייב והיכא דמוד' בכולו אלא שטוע' בדין ואומר שפרע חמשין ובפני ב"ד אין זה פרעון וכגוונו דכתב בש"ך נמי פטור משום דאין זה לא הודא' ולא העדאת עדים וכמ"ש לבד בנ' דחבל' כשנשבע הוא הבע"ד והוא העד וכדברי הסמ"ע ודוק היטב:

סעיף ג

יש לי ודעת בעה"מ דפ"ק דמציע' דאינו נאמן במגו ע"ש וראייתו מהא דאמרי' בשנים אוחזין בטלית שמא מלו' ישנה והקש' דא"כ לימא מלתא כצורת' ונימא מלו' יש לי עליך

ויהא נאמן במגו דכולה שלי ולכן העלה דאינו נאמן במגו ע"ש ועמ"ש בספרי ש"ש ו' פי"ד ישוב לקושיא זו:

סעיף ד

ואם בא לצאת ידי שמים וכתב הריב"ש בסי' שצ"ב דאפי' תפס התובע מפקינן מיני' כיון דאין זכות לתובע בדיני אדם רק לציי"ש ועמ"ש בסי' כ"ח סק"א ואם הלו' פרעו בסתם אחר שאמר איני יודע אם הלויתני ואומר הלו' שטעה דכסבור שהוא חייב בדיני אדם ואלו הי' יודע דפטור בדיני אדם לא הי' נותן לציי"ש עיין בזה בשו"ת בית יעקב סי' ס' דהעלה דהוי מחילה בטעות וראייתו מהא דאי' בסנהדרין דף ע"ב רבא אי גנבי לי' דיכרי במחתרת' אהדרינהו ניהלי' ולא קיבלו הואיל ונפיק מפומי' דרב דבדמים קנינהו והקשו בתוס' דהא אפי' בקי"ל בדרב' מיניה חייב לצאת ידי שמים כדאמרינן בפ' מרוב' ובפ' השוכר וא"כ אמאי לא קיבל ותירצו שהם לא היו מחזירין אלא משום שהיו סבורי' שבדין חייבים להחזיר ולא רצו לציי"ש ולכך לא קבלינהו ע"ש ומשמע דהוי טעות עיין שם) (ולענ"ד נרא' דהיכא דחייב לציי"ש ונתנו בסתם ל"א דהוי מחיל' בטעות וראי' מהא דאמרי' פ' מי שהי' נשוי דף צ"א ההוא גברא דהוי מסקי בי' ק' זוז שכב שבק קטינא דארע' דהוי שויא חמשין זוזי אתא בע"ח וקטריף ליה אזיל יתמי יהבי ליה חמשין זוז הדר קטריף ליה אתי לקמיה דאביי אמר כהן מצוה על היתומים לפרוע הני קמאי מצו' עבידתו השתא בדין קא עדיף ולא אמרן אלא דלא אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי דארע' קטינא אבל אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי דארע' קטינא סלוקי סלקיה וכן פסק הרי"ף והרמב"ם פי"א ממלו' וטור וש"ע סי' ק"ז ומבואר מזה דהיכא דנותן סתמא אע"פ שאינו חייב בדיני אדם אמרינן למצו' קא עביד וא"כ ה"נ אמרינן בסתמ' למצו' קא עביד לציי"ש ולא אמרי' דהוי בטעות ועוד דהא אמרינן בפ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ס"ו) אמר רב השתא דאמרו רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרא פירי למימר' דסבר ר"נ מחיל' בטעות לא הוי מחיל' והא אמר ר"ן המוכר פירות דקל לחבירו לא קנה ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה התם זביני הכא הלוא' ופי' תוס' בשם ר"ת הכא הלוא' דהלוא' לא הקנ' אלא בתורת מכר והמכר אינו כלום דאסמכת' לא קניא והוי מחיל' בטעות והדרא פירי אבל התם גבי פירות דקל לאו מחיל' בטעות היא דנהי דיכול לחזור אין לו לחזור כי היכי דליקו בהימנות' ולכך אית לן למימר דאפי' יודע שהי' יכול לחזור לא הי' חוזר וע"ש וא"כ השתא היכא דאינו אלא דליקו בהימנות' לא הוי מחיל' בטעות דאמרינן דאפי' יודע שיוכל לחזור לא הי' חוזר דליקו בהימנותא כ"ש הכא דליקו בהימנות' קמי שמיא דודאי לא הי' מונע מלפרוע לציי"ש. ועוד לפמ"ש בריב"ש סי' של"ה

התם זביני דבכל ענין הוי מחיל' בטעות מחיל' כל שאין הטעות במחילת הממון אלא הטעות בדין כל כי האי הוי מחיל' וזה ההפרש שבין טעות לטעות הוא דלא ידע רבא ולהכי בעי לאותבי' אונא' וע"ש והבאתי דבריו לעיל סי' י"ז ע"ש וא"כ כיון דכבר פרע וא"ז אלא טעות בדין הוי מחיל' אפי' בטעות. והא דרבא לא קיבל הני דיכרי אפשר דהם אמרו בפירוש בשעת חזר' שאין מחזירין לו אלא אם חייבי' בדיני אדם כן משמע מלשון תו' ולא רצו לציי"ש ע"ש. ועוד דכיון דרב' דאותיב איילוני' אינו מחלק כלל וע"ש דמותיב מאונא' ואיילוני' ס"ל דאפי' בטעות בדין לא הוי מחיל' לפי פי' הריב"ש ולפי ר"ת ס"ל אפי' היכא דשייך דליקו בהימנותא נמי הוי טעות ומש"ה נמי ס"ל דאפי' אם חייב לציי"ש לא הוי מחיל' אבל לדידן דקי"ל כרב נחמן וא"כ ע"כ היכ' דשייך דליקו בהימנותא לא הוי טעות ומכ"ש לצאת ידי שמים דהוא יותר מליקו בהימנותא או כפי דברי ריב"ש א"כ גבי טעות בדין הו' מחיל' וכדמוכח נמי מההיא דאמר אביי מצו' קא עבדיתו מכל זה נרא' לענ"ד דאם כבר פרע בסתם היכא דחייב לצאת ידי שמים לא הוי מחיל' בטעות:

סעיף ה

לשלם כ' הש"ך ואפי' ספק פרעון קודם הלוא' כגון שהי' לו פקדון בידו ואחר שנאבד הלו' לו ונתחייב לשלם לו ק' זהובים והנפקד אומר יודע אני שלא הי' שוה רק נ' והלו' אומר איני יודע ואפשר הי' שוה ק' ונמצא שמעולם לא נתחייבתי לך כלום אפ"ה חייב דמ"מ החיוב ודאי והפטור ספק ובכי האי גווני ברי ושמא ברי עדיף וכן משמע מסתימת הפוסקים ע"ש ומשמע מדבריו הא אם המלו' ג"כ טוען שמא לא הי' נוטל. ולי נרא' דאפי' המלו' ג"כ מסופק חייב הלו' דזה הוי טענ' יש לי בידך כנגדו וזה גוב' וזה גוב' ואינו טענה אלא במגו דפרעתי כמבואר בסי' כ"ד וכיון דהלו' טוען שמא וליכא מיגו צריך לשלם והמלו' שאומר על הפקדון איני יודע כמה הי' שוה ה"ל א"י אם נתחייבתי וא"כ המלו' דהוי א"י אם נתחייבתי פטור אבל הלו' דהוא בחובו א"י אם החזרתי כיון דהמלו' טוען ברי שלא נפרע חייב לשלם וז"ב. ועמ"ש בס"ק ד' דל"מ תפיס' בא"י אם נתחייבתי ועמ"ש בסי' נ"ט סק"א:

סעיף ו

ואין התובע צריך לישבע. ע' בט"ז במי שפרע לחבירו ואחר הפרעון מצא המלו' מטבע מזוייפת ורצה להחזירו ללו' והלו' אומר איני יודע אם הוא משלי דזה לא הוי א"י אם פרעתיך כיון דכבר פרעו וכבר פטרו זה מזה ל"ש בזה אין ספק מוציא מידי ודאי דאדרב' הי' ודאי פרעון ע"ש אבל בתשו' מוהרשד"ם סי' פ' כת' בזה דהוי א"י אם פרעתיך והובא בש"ך סי' רל"ב ומשמע שם דעתו מסכים שכת' עליו ופשוט הוא. אמנם מרשב"א

בחידושיו פ"ק דגטין משמע כדברי ט"ז גבי הני גינאי וז"ל שאם המחהו במעמ"ש ואח"כ הוד' המקבל שיש טעות בחשבון ואין מגיע כלום מן הממח' דא"ל הלו' חושבנא בקושטא הוי ואת דאודית לי' לאו כל כמינך לחיובי לדידי ואפי' אמר לי' נמי אשתליין חושבנא מיפטר דה"ל כמנה לי בידך והלו' אומר איני יודע דפטור ול"ד למנה הלויתיך וא"י אם פרעתי דהכ' א"ל ודאי פרעתיך אלא דאת הוא דאמרת דמשכח בי' טעותא האי טעותא (לא) ידענא ומיהו משתבע דלא ידע ומיפטר עכ"ל ומזה מבואר כדברי הט"ז אח"כ מצאתי בתומים דאי' זו ואכתי יש לחלק הך דהכא מדברי הרשב"א דהתם ודאי פרעון הוי דהא אין הממח' נאמן לומר טעיתי משום דאדם מדקדק היטב בשעת חשבון וכמבואר בסי' קכ"ו וא"כ אנן סהדי דלא טעה ולזה הוי ודאי פרעון אלא דהמקבל מוד' שטעה ונאמן על עצמו אבל נגד הממח' שאינו נאמן הוי ודאי פרעון אבל הכא שנמצא מטבע מזויפת מידי ספיקא לא נפקא ובזה הוי ספק פרעון י"ל דהוי א"י אם פרעתיך. וראיתי בתומים שם שכתב וז"ל וראיתי מי שרוצ' להוכיח מתו' גיטין דף ע"ב ד"ה מחצ' על מחצ' יחלוקו דהקשו אם הוא מחצ' על מחצ' קרוב למלו' וקרוב ללו' נימא הממע"ה ויפטור הלו' וקשה איפכא ה"ל להקשות כיון דבס"ד ס"ל לתו' דהוא ספק כמ"ש שם מוהרש"א א"כ הלו' חייב לשלם הכל דהא ה"ל ספק בפרעון והחוב ברור אלא כיון דכבר נפטר החוב תו ל"ה ספק פרעון ואין משם הוכח' דשם שניהן טוענין ספק המלו' והלו' ולכ"ע פטור ע"ש. וליתי' דודאי התם במחצ' על מחצ' הוי א"י אם פרעתיך ממש דע"כ לא קאמר הט"ז אלא משום דכבר הי' בחזקת פרוע ואח"כ אשתכח טעותא הו"ל א"י אם נתחייבתי אבל במחצ' על מחצ' דהוי ספק לא הי' מעולם בחזקת פרעון ודאי וראוי לומר בזה א"י אם פרעתיך וא"כ מה זה שרוצ' להוכיח מדברי התו' כדברי הט"ז כיון דאינו ענין כלל לדברי הט"ז כיון דבזה גם לט"ז חייב וכמ"ש וזה פשוט אבל נעלם ממנו דברי הרשב"א בחידושיו פ' הזורק ז"ל הקש' הרב אלחנן א"כ הא דתני לענין החוב מחצ' על מחצ' יחלוקו היינו נמי בשתי כתי עדים ואמאי יחלוקו אדרבא ה"ל למימר אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' ותירצו בתו' דהכא לתרווייהו אית להו חזק' למלו' איכא למימר אוקי אחזקת שהי' מחויב לו הלו' קודם שנפל ספק זה וללו' איכא חזק' דאית לן למימר אוקי ממונא בחזקת מארי' הלכך יחלוקו וא"ת אדרב' ה"ל כאומר מנה הלויתני וא"י אם פרעתיך דחייב י"ל דשאני התם דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך והלכך יחלוקו ע"כ הרי מבואר דזה הוי א"י אם פרעתיך כיון דמעולם לא נפטר מחיובו כיון דנפל הספק בשעת פרעון ול"ה כהאי דט"ז דכבר נפטר מחיובו קודם שנפל הספק והא דמשמע מדברי הרשב"א דאפי' בשניהן ספק נמי

חייב באומר א"י אם פרעתיך כת' במשנ' למלך הל' שאל' פ"ג משום דכיון דמלו' לא ה"ל למידע לא מגרעו ספיקו ועמ"ש בסי' שד"מ:

סעיף ז

ואם חזר אח"כ ע' ש"ך שהביא בשם מוהרש"ל דאין ראי' מדברי השערים דאזיל לשיטתי' דס"ל כאומר א"י אם פרעתיך צריך התובע לשבע וכ"ז שלא נשבע התובע ל"ה מחיוב לפטור אבל לדידן דא"צ לישבע הוי חוזר מחיוב לפטור ול"מ חזר ונרא' דיש להוכיח מדברי הרמ"ה שהובא בנימוקי פ' גט פשוט דאם המלו' טוען על שטרו א"י אם נפרעתי דאינו גוב' בו ואם חזר ואומר נזכרתי שאינו פרוע נאמן וכן פסק בש"ע סי' נ"ט והתם כשמלו' טוען א"י אין הלו' צריך לישבע ואפ"ה י"ל אח"כ נזכרתי ומכ"ש הלו' שבא לפטור עצמו דיכול לחזור ולומר נזכרתי אבל קשה לי מ"ש מעדים דאם אמרו איני זוכר סתם א"י לחזור ולו' נזכרתי אא"כ אומר איני זוכר עתה וכמבואר בתשובת הרא"ש כלל נ"ט סי' א' והובא בד"מ ובסמ"ע סי' כ"ט ומכ"ש כשאמרו סתם אין אנו יודעין דודאי אינו חוזר ומגיד וכמבואר בש"ע סי' כ"ט וא"כ למה אמרינן כאן דיכול לחזור ולהגיד כיון דהודאת בעל דין כמאה עדים למה יכול לחזור מאיני יודע ליודע אני וצ"ע מיהו אם אומר איני זוכר עתה נרא' דגם לדעת מוהרש"ל יכול לומר אח"כ נזכרתי דאין זה חזרה וכמו בעדים:

סעיף ח

הזכרתי נסתפקתי היכא דאמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי משאיל"מ אם י"ל אח"כ נזכרתי דנרא' דוקא בא"י אם פרעתיך דחיובו אינו אלא משום ספק גזל כיון דספק לו בפיטורו וא"כ אין הדין מחייבו אלא הוא עצמו מספק ולכן כשחוזר ואומר נזכרתי וטוען ברי יוצא מספק גזל משא"כ גבי חמשין לא ידענא דחיובו אינו מחמת ספיקו אלא משואי"ל והרי הוא נתחייב בדין א"כ אם טוען אח"כ ברי הוי חוזר וטוען ולכאור' מוכח דגם בכה"ג חוזר וטוען ברי מדברי הרמ"ה שזכרנו בס"ק ז' דמלו' על שטרו י"ל אח"כ נזכרתי שלא נפרעתי וטעמא דמלו' אינו גוב' בטוען שמא מבואר בבעה"ת משום דאינו יכול לישבע ודומ' לחשוד דאפיק שטרא והובא בב"י סי' נ"ט אלמא דמחויב שבוע' נמי י"ל אח"כ נזכרתי בברי מיהו לפמ"ש בסי' נ"ט סק"א דטעמא דמלו' אינו גוב' לאו משום שבוע' וע"ש אלא משום דהוי ברי ושמא דהלו' טוען ברי והמלו' שמא וברי ושמא ברי עדיף היכא דמסייע ליה איזה חזק' והכא מסייע לי' חזקת ממון ע"ש וא"כ כיון דמשום ברי ושמא חיובו א"כ שפיר מצי טעין ברי אח"כ דליהוי ברי וברי אבל היכא דלאו משום ברי ושמא הוא אלא משום מתוך שאינו יכול לישבע משלם י"ל דאינו חוזר

וטוען ברי: והנה ראיתי בכנה"ג שכת' ליישב דברי הטור במ"ש היכא דטוען א"י ויש ע"א בין אומר א"י אם נתחייבתי בין אומר א"י אם פרעתיך ה"ל משואיל"מ והקשו עליו בא"י אם פרעתיך בלא העד חייב וכת' שם ז"ל ולכן נרא' דבדין זה בא להשמיענו דאפי' אם יחזור זה ויאמר נזכרתי אינו נאמן בשבוע' כמו שנאמן בשאין שם ע"א דשאני הכא דצריך לישבע להכחיש העד ומשאיל"מ עכ"ל. ודבריו נפלאו שכת' דין מחודש בלי טעם וראי' ואולי הוא מטעמא שכתבנו ויותר נרא' דמש"ה אינו יכול לחזור ולומר ברי משום דכיון דכל דהאמינו התור' עד א' הרי הוא כשנים ואין העד הבא אח"כ נאמן מש"ה איהו נמי אינו נאמן להכחישו בשבוע' אח"כ דכיון דתיכף שאמר אינו יודע הרי הוא כשנים דהכחשת בע"ד הרי הוא כמו אתו בבת אחת אבל כשאין מכחישו ואומר איני יודע כבר נאמן העד כשנים ותו אינו בשבוע' אח"כ וא"כ גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא יכול לומר אח"כ נזכרתי ודוקא גבי עד א' שייך האי טעמא דכ"מ שהאמינ' תור' וכמ"ש בתה"ד כי אתי עד א' לחייב תו אינו נאמן העד השני הבא לסייע ודוק:

סעיף ט

וע"א מעיד שהלוהו ואע"ג דאין העד מעיד שלא פרעו או שהוא בתוך זמנו מ"מ כיון שהתובע תובעו ברי שעדיין חייב לו לשלם והוא משיבו שמא לא לויתני חייב לשלם כ"כ הסמ"ע. וכת' הש"ך ז"ל ואע"ג דאית ליה מגו מ"מ כיון דהשתא טוען א"י ואין נשבעין שבועת התור' בא"י ה"ל משאיל"מ ע"ש ומשמע מדבריו הא טוען ברי לא לויתי לא הי' חייב שבוע' נגד העד כיון דאית ליה מגו דפרעתי והוא נגד דברי הר"ן פרק כל הנשבעין דכת' שם להדיא דע"א מחייב שבוע' בלא לויתי אע"ג דאינו מעיד על הפרעון ואף דאית ליה מגו דהחזרתי משום דע"א לשבוע' כשנים לממון וכי היכא דלא אמרי' מגו נגד עדים כן נמי לא אמרי' נגד עד אחד עד שישבע ע"ש וכן מוכח מטור וש"ע סעיף י"ג שכתבו וכן אם טען תחל' להד"מ ואח"כ הוציא עליו ע"א וחזר ואמר לויתי ופרעתי וכו' ע"ש וכיון דאין העד מעיד על הפרעון אית ליה מגו דפרעתי ואפ"ה צריך שבוע' אלא ודאי דלא אמרי' מגו נגד ע"א דכל זמן שלא נשבע הרי הוא כשנים וה"ל מגו במקום עדים וכמ"ש הר"ן למ"ד אמרי' מגו לאפטורי משבוע' ע"ש ובכנה"ג כת' וז"ל מדברי מוהרשד"ם סי' ד' יש להבין דאין הדבר תלוי כשידוע בבירור שעדיין חייב לו אלא הדבר תלוי אם נתינת הממון הי' בתורת הלוא' או בתורת פקדון או ד"א שאם העדים מעידים שבתורת הלוא' אע"פ שאין יודעין אם עדיין חייב או לא משאיל"מ וכן נרא' לשון רבינו ב"י שכת' וע"א מעיד שהלוהו והכי מסתבר לי שאם טענתו של זה היתי' א"י אם אני חייב לך כל שאין עדים מעידים שעדיין חייב לו אפשר שפרע לו אבל אם טענתו של זה א"י אם הלויתני

הרי זה כאומר שיודע בודאי שלא פרעו אלא שספק אצלו אם הלוהו מעיקר' או לא וכל שעד מעיד שהלוהו א"י לישבע ומשלם עכ"ל. ולי נרא' דגם באומר א"י אם אני חייב לך והעד אינו מעיד על הפרעון נמי צריך לשלם דממ"נ אם הוא מסופק בהלוא' הרי יש נגדו ע"א ומשאיל"מ ואי מסופק בפרעון ה"ל א"י אם פרעתיך והמלו' טוען ברי וחייב לשלם וזה פשוט: ובזה נרא' לפרש לשון הטור וז"ל טענו הלויתיך מנה והלה אומר א"י אם הלויתני או לא וע"א מעיד שחייב לו משאיל"מ ל"ש שטען א"י אם לויתי אם לאו ל"ש טען א"י אם פרעתיך דכיון דע"א מסייע לתובע ברי ושמא ברי עדיף ומשאיל"מ. והוא תמוה דהא בא"י אם פרעתיך אינו צריך אל העד וע' סמ"ע וש"ך. ולפמ"ש יש לפרש דהכי קאמר ל"ש טען א"י אם לויתי וא"כ כיון דאומר א"י אם הלויתני תו אינו מסופק בפרעון וכמ"ש בכה"ג וה"ל משאיל"מ נגד העד שמעיד בהלוא' ל"ש טען א"י אם פרעתיך וקאי נמי אריש' באומר שהוא מסופק בהלוא' וגם בפרעון ובזה ל"ש לחיובי משום מתוך כיון דהעד אינו מעיד רק על החוב אפ"ה חייב לשלם משום ברי ושמא כיון דהעד מעיד על הלוא' אפי' אומר א"י אם אני חייב דאפשר לא הלו' ואם הלו' אפשר פרע אפ"ה חייב לשלם דספק הלוא' לאו ספק מחמת העד וספק פרעון לאו ספק משום ברי ושמא ובט"ז ראיתי שהוא מפרש דברי הטור שזכרנו דלהכי קאמר בטור ברי ושמא ברי עדיף משום דהי' יכול לישבע שאינו יודע אם הלו' כיון דא"י אם הלויתני פטור לזה כת' הטור דכיון דצריך שבוע' ולא נשבע אמרי' ברי ושמא ברי עדיף כמו בספק פרעון והטור הביא ספק פרעון לומר דחד דינא אית ליה דכמו דאמרי' בספק פרעון ברי ושמא ברי עדיף ה"נ במחויב שבוע' ומש"ה לא מצי משתבע שאינו יודע וע"ש מבואר מדבריו דהיכא דטוענו בספק ע"פ העד דל"ש ברי ושמא נשבע הנתבע שאינו יודע אם חייב לו ולא משמע כן מדברי התו' והרשב"א והרמב"ן שהקשו גבי נסכא דר' אבא מעובדא דאבימי דנימא משאיל"מ אע"ג דהתם אין הלו' יודע אם השליח פרע אלמא דאפי' בטענת ספק שייך משאיל"מ. וכן מבואר מדברי התו' והרא"ש והר"ן וכל הראשונים שהקשו בפ' השואל מסוג' דשאל' חצי יום דף צ"ז שהקשו בהא דתני סיפא זה אומר א"י וזה אומר א"י יחלוקו הא צריך לישבע נאנסו וע"י גילגול משתבע דשכורה מתה ומשאיל"מ וע"ש הרי מבואר דאפי' בטוען תובע שמא נמי שייך דין מתוך ומשום דאינו יכול לישבע שאינו יודע דליכא שבועת התור' באיני יודע וצריך לישבע ברי וא"י ומשלם וז"ב:

סעיף י

שהוא תוך זמנו. ע' סמ"ע שפי' שהוא מוד' לדברי העד שהוא תוך זמנו אלא שטוען שפרע תוך זמנו דבזה אינו נאמן במגו כיון שצריך להכחיש העד וע"ש שמשיג על הב"י שדעתו

דלעולם אינו נאמן להכחיש העד דפרעון אלא דוקא במכחישו בגוף הלוא' וע"ש. ונרא' מדברי הסמ"ע לפי פירושו דאם הי' מכחיש העד בזמן והי' אומר שאינו תוך זמנו הי' צריך לישבע להכחיש העד דאם לא הי' צריך בענין זה שבוע' לא הוי שייך ביה דין נסכא דר' אבא. ולא יכולתי להבין שבוע' זו מה טיבה כיון שהוא מוד' בעיקר החוב לדברי העד ואינו מכחישו אלא בזמן אין זה דררא דממונ' לחייב שבוע' ואע"ג דאם הי' מוד' שהוא תוך זמנו הי' ראי' שלא פרע השתא שמכחישו אינו אלא כמו שטוען ראי' יש לי בידך דפטר' התור' משבוע' דאין גופו ממון ומה לי מכחיש ראי' שיש לו על חבירו או ראי' שיש לו על עצמו וכיון דליכא שבועה בהכחש' א"כ כי מוד' נמי ליכא בי' דין משאיל"מ והא דכ' הרמב"ם דבע"א בשטר ה"ל משאיל"מ ומשמע דאם הי' מכחיש את השטר הי' נשבע להכחיש אע"ג דאינו אלא ראי' התם ודאי כשטוען להד"מ על השטר הרי מכחיש גוף הלוא' שהעד מעיד שחייב עצמו בשטר והי' צריך להכחיש גוף החוב שבשטר משא"כ בענין זה דאין הכחש' אלא בזמן אין זה דרר' דממונ' אלא כפיר' ראי' וצ"ע:

סעיף יא

בכל אלו ה"ל משאיל"מ בפ' כל הנשבעין מייתי לה מדכ' שבועת ה' תהי' בין שניהן ולא בין היורשין ע"ש ונרא' שהוא דין תור' ממש ומדברי תשוב' מוהרש"ך ח"א דף קס"ח נרא' מבואר דמה דאמרינן מתוך אינו אלא תקנת' דחכמים ע"ש וצ"ע. מיהו נרא' דוקא חמשין ידענא וחמשין לא ידענא בזה אמרינן מתוך מן התור' אבל בחשוד כיון דיכול לישבע אלא שאין נותנין לו שבוע' לא הוי מן התור' משאיל"מ ואינו אלא תקנת' וכן מוכח מהא דאמרינן פ"ק דמציע' השתא דליתיה לדר' חייא נחייבי' מדרב נחמן ומשני דר"ל תקנת' ותקנתא לתקנתא לא עבדינן וא"נ דחשוד הוי בדין מתוך מה"ת וא"כ אין התקנ' רק שישבע שכנגדו דהא בדאורייתא ליכא שבוע' ליטול וא"כ א"ז תקנת' לתקנתא דהא מה שמשלם החשוד אינו מתקנת' אלא מה שנשבע שכשנגדו א"ו דגבי חשוד עיקר התשלומין אינו משום מתוך אלא משום תקנת' דחכמים שכנגדו ובדאוריית' ל"ש משאיל"מ אלא היכא דטוען א"י דאינו יכול לישבע אבל חשוד יכול לישבע אלא שאין מניחין אותו ודוק ומיהו לפמ"ש תוס' שם גבי ההוא רעי' בתי' הראשון משמע דהא דנשבע שכנגדו אינו אלא לתקנת החשוד ע"ש הדרא קושי' לדוכתי' היכא קאמר תקנת' לתקנת' הא התקנ' הי' לטובת החשוד שיצטרך לישבע התובע אבל התובע דשקיל מיני' לאו בתקנת' שקיל אלא בדין מיהו לפי מה שמבואר אצלינו בסי' צ"ב סק"א דמן התור' חשוד על השבוע' נמי נותנין לו שבוע' ואינו פסול אלא מדבריהם וע"ש א"כ ניחא דהוי חקנת' לתקנת:

סעיף יב

טענו חטפת חפץ בתוס' פ' חז"ה הקשו ולהימניה בשבוע' במאי דאמר דידי חטפי במגו דאומר לא חטפתי כו' דהא אמרינן בהמוכר הבית במפקיד שטר בעדים דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ואע"ג דבנאנסו משתבע ע"ש. ולענ"ד נרא' בזה דכיון דאינו נאמן לחטוף מחבירו ולומר שלי הוא אלא במגו דלא חטפי ואם כן אין המגו אלא לאינו רואים החטיפ' אבל לרואים החטיפ' ליכא מגו והוא אצלם בגזלן ואפי' אם ראו קרוב או פסול את החטיפ' וקנו מן החוטף הנסכא צריכין להחזיר לבעלים ואין להם לעכב כיון דהם ראו החטיפ' הוי כידוע להם שהיא גזילי' דהא חזק' כל מה שיש ת"י אדם הוא שלו ובגזילי' בא לידו וכמ"ש תו' כה"ג בפ' חזקת (בבא בתרא דף ל') ד"ה לאו קא מודית היכא דאיכ' סהדי דדר בי' המוכר חד יומא אע"ג דהמוכר אית ליה מגו לפנינו לומר להד"מ והי' נאמן הלוקח דידע שהי' של המערער אינו יכול לעכבו וצריך להחזירו למערער ע"ש בתו' בשם ר"י וא"כ כיון דלגבי העד שראה החטיפ' ליכא מגו הרי הוא מעיד לפנינו דליכ' מגו ומשום דהוי גזלן אצלו כיון דלדידי' ליכא מגו דהוא ראה ואם כן אנן נמי דלא ראינו סמכינן על העד דאם הי' מכחיש העד הי' נאמן להכחישו והשתא שאינו מכחישו הרי הוא כשנים ולא מהני ליה המגו כיון דהעד ראה ומעיד בודאי דזה החפץ בגזילי' אצלו ה"ל גזלן והרי הוא כמעיד לפנינו דלית ליה מגו ומיושב בזה היטב לשון הש"ס שם לישתבע כו' וכיון דאמר דחטפ' ה"ל כגזלן ולשון כגזלן אינו מתיישב וע' חידושי הרמב"ן מ"ש בזה ולפמ"ש ניחא דאע"ג דלפנינו דלא ראינו הוי מגו כיון דלפני העד ליכא מגו וא"כ לגבי העד ה"ל גזלן ומקבלין אנו דברי העד כיון דאינו מכחישו ומש"ה כי היכא דאם העד הי' קונה ממנו הנסכא הי' צריך להחזירו גם אנחנו דמאמינין לדברי העד כשנים הדין אצלינו גם כן להחזיר הנסכא לבעלים הראשונים דוק והבן:

סעיף יג

אלא בשבוע' דאוריית' ע' בטור שכת' בשם הרמ"ה וז"ל וה"ה גבי שבוע' דע"א היכא שאין השנים מחייבין אותו ממון כי אם ע"י שבועת התובע אי איכא חד סהד' לא מחויב שבוע' דאורייי' הוא דנימא מתוך ע"ש וכ"כ הר"ן פ' כל הנשבעין בשם הרא"ה גבי בעה"ב שאמר לחנוני רצוני ליתן לפועלים סלע וחנוני אומר נתתי ופועלים אומרים לא נטלנו דאם בעה"ב כופר אין משביעין אותו אפי' היסת משום דליכ' כפירת ממון דאפי' כי מוד' ליה שעשאו שליח אין לו עליו אלא בשבוע' וכה"ג לאו כפירת ממון הוא ע"ש וע' בטור בסי' פ"ט כת' בשם הרמ"ה כשיש ע"א ששכרו ובעה"ב אומר שפרעו שצריך לישבע שבוע' דאוריית' והקש' בש"ך דהא כיון דאם היו שנים צריך התובע לישבע וליטול כדין שכיר

דנשבע ונוטל ואם כן למה ישבע בעה"ב וע"ש ונ' דלא ק' מידי דודאי כשיש ע"א ששכרו ובעה"ב כופר הי' צריך לישבע שבועת התור' להכחיש העד דהרי הוא כאומר לא לויתי ויש ע"א שלוה דאע"ג דא"י מפרעון צריך לישבע להכחיש העד וכמ"ש בס"ק ט' דל"א מגו נגד עד ע"ש אם כן ה"ה בטוען בעה"ב פרעתי כיון דאינה טענ' מחמת עצמה דלא האמינו לבעה"ב בטענת פרעתי ואינו נאמן אלא במגו דלא שכרתי ואם הי' טוען לא שכרתי ודאי הי' צריך שבוע' נגד העד דהא אם טוען לא שכרתיך ושני עדים ששכרו נוטל השכיר בלא שבוע' דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ומש"ה גם בטוען פרעתי צריך שבוע' וכההיא דאמרי' גבי מפקיד בשטר אלו טען נאנסו לאו שבוע' בעי משא"כ גבי חנוני עם בעה"ב דאפי' אם בעה"ב כופר שלא ציוה ליתן ובאו שני עדים שציוה ליתן ג"כ צריך החנוני לישבע שנתן דבזה לא שייך כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דהא זה אין הבעה"ב מכחיש דאפשר אכתי לא נתן וא"ל כיון דלעולם צריך לשבע אפי' בעה"ב כופר מש"ה ליכא נמי שבוע' אפי' בע"א ומוד' במקצת כיון דחנוני צריך שבוע' משא"כ בשכיר כיון דאם כופר ואומר לא שכרתיך ובאו שני עדים ששכרו צריך לשלם בלי שום שבוע' דכל האומר לא לויתי כו' ואם כן ה"ה כשיש ע"א ודאי צריך שבוע' מש"ה אפי' בטוען פרעתי דהשת' לא שייך שבוע' כיון דהשכיר צריך לישבע מ"מ לא גרע מהחזרתי בשטר פקדון כיון דאינ' טענ' אלא במגו דנאנסו ולאו שבוע' בעי בהחזרתי נמי בעי אשתבע וע' ש"ך מ"ש בזה ולענ"ד הדברים ברורים ופשוטים כמ"ש. וכן הא שכת' הרמ"א בסעיף י"ג גבי ע"א שבא לידו בתורת משכון דה"ל משואיל"מ לדעת היש חולקין אע"ג דצריך הלו' שבוע'. אבל הוא נמי מה"ט שכתבנו כיון דאינו נאמן על משכון רק במגו דלקוח או להד"מ ואם הי' טוען כך ודאי הי' צריך שבוע' נגד ע"א כמו בשאר טענות שבאים ע"י ע"א א"כ השתא לאו מגו הוא. ובט"ז ראיתי שכ' דהרשב"א הוא החולק על הרמ"ה מדסובר גבי משכון משואיל"מ ושם אפי' הי' שני עדים שבאו לידו בתורת משכון נמי הי' צריך הלו' היסת כיון שלא ידעו הך הלוא' וע"ש ולפמ"ש אזלי' בתר הטענ' שהי' טוען לקוח להכחיש העד ובזה אלו הוי שני עדים לא הי' שום שבוע' כיון דאינו טוען אלא לקוח ובזה שני עדים נגדו וה"ה בע"א מיהו אי אזלינן בתר מעיקר' בטענ' שהי' טוען להכחיש העד או בתר השתא דטעין עכשיו והשת' צריך שבוע' גם בשני עדים א"נ משואיל"מ תליא בשני תירוצים שבתו' פ' חז"ה שהקשו בנסכא דרבי אבא דלהימני' במגו דלא חטפי ותירצו דלא הוי מגו להעיז נגד העד ולישבע נגדו וריב"ם תי' דאע"ג דהוי מגו מ"מ גז"ה דנימא משאיל"מ וא"כ לתי' ראשון אזלינן בתר מעיקר' וכיון דהי' צריך לישבע נגד העד תו לאו מגו היא אבל לפי תי' ריב"ם הוי מגו אלא דהשת' הוי ליה משואיל"מ א"כ כיון

דהשת' מיהא לא הוי בכלל משואיל"מ כיון דאפי' שני עדים ראו שבא לידו בתורת משכון נמי הי' צריך הלו' שבוע' א"כ ל"א ביה משואיל"מ ודוק ועמ"ש בס"ס נ"ח בזה אך גבי משכון בלא"ה לא קשה כיון דהיסת דלו' על החוב אינו ענין למשכון א"כ לא שייך בזה לומר הי' צריך שבוע' וזה פשוט ואפי' אי נימא דאזלינן בתר השתא וכמ"ש לדברי ריב"ם מ"מ נהי דלא נימא ביה משואיל"מ משום דמגו אית ליה אבל אשתבועי בעי דהא קושית תו' פ' חז"ה הכי דלישתבע דידי חטפי כמו בהחזרתי בשטר פקדון דנאמן בשבוע' במגו דנאנסו וא"כ דברי הרמ"ה שכת' בע"א ששכרו בעי שבוע' ודאי נכון דכיון דאם הי' טוען לא שכרתיך הי' צריך שבוע' וכמ"ש דלשבוע' ודאי אזלינן בתר הטענ' שהי' טוען כמו בשטר פקדון. אמנם לפי מ"ש בסי' פ"ז סק"ה דמגו דלא שכרתיך אינו כמו לא לויתי דהא אפי' אם לא שכרו וירד שלא ברשות נמי צריך לשלם מה שההנהו אלא דהכי אמרינן מגו דלא שכרתיך וירד שלא ברשות ופרעתי מה שנהניתי דלא תיקנו לשכיר שישבע ויטול בטענת פרעתי אלא כשהוא שכיר אבל כשאינו שכיר אע"ג דצריך לשלם לו מה שנהנ' אינו אלא כמו שאר חוב ונאמן בעה"ב לומר פרעתי חוב זה וע"ש וא"כ לפי"ז אפי' בשני עדים ששכרו וזה אומר לא שכרתיך אלא מעצמך ירדת ופרעתיך בפני שני עדים ששכרו א"כ השכיר לא הי' נוטל בלא שבוע' כיון דטוען פרעתיך א"כ כי איכ' ע"א לא לחייב שבוע' כיון דצריך התובע שבוע' מיהו מ"ש בסי' פ"ט שם לדחות דבר זה אלא צריך לטעון דוק' לא שכרתיך ואינו מגיע לך כלל א"כ ודאי א"צ שבוע' כיון דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וע"ש בסי' פ"ט סק"ה ולכאור' יש לומר בזה בהא דפסק בש"ך גבי ממרנ"י שלנו כשיש ע"א לקיים בחתימ' וטוען פרעתי דה"ל משואיל"מ. לפי מ"ש הרשב"א דאומר אין זה כת"י אינו כאומר לא לויתי ויכול לומר אח"כ פרעתי וע' בסי' פ"ב סעיף א' וא"כ אכתי אית לי' מגו דאין זה כת"י ולויתי ופרעתי דבזה גם בשני עדים שאומרים שזה כת"י נמי צריך שבוע' כיון דטוען פרעתי ולא כפר אלא בשטר. אלא כיון דממרנ"י שלנו א"צ שבוע' דה"ל כמו כת"י בנאמנות וא"צ אלא היסת אחר הפרעון אין זה בכלל צריך שבוע' וכמ"ש גבי משכון ולפי"ז בשטר כה"ג אם יש ע"א לקיים החתימ' ולוה מוד' בשטר שכתבו וטוען פרעתי שפיר נאמן במגו דמצי אמר אין זה כתב ידם ולויתי ופרעתי בע"פ דבזה גם בשני עדים צריך שבוע' על השטר מדינא והוי צריך שבוע' ולא שייך ביה דין נסכא דר"א. וניחא בזה דברי תוס' בפ' האשה שנתארמל' גבי אלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן זה כת"י ופי' תו' במוד' בשטר שכתבו וע"ש והוא תמוה דא"כ כיון דמיירי שם דיש גדול עמו סגי באחד דה"ל נסכ' דר"א וכבר נתקש' בזה הגאון פני יהושע ולפי מ"ש ניחא ודו"ק מיהו לפי מ"ש בסי' צ"א סק"ו דשבועת

המשנ' נמי אינו בכלל צריך שבוע' כיון דמדינא הי' נוטל בלא שבוע' ע"ש אם כן גם בשטר במוד' בשטר שכתבו ויש ע"א שזה כת"י הוי משאיל"מ הדרא קושיות פני יהושע לדוכתי' ואפשר לפמ"ש תוס' רפ"ק דמציעא דלמ"ד שעבודא דאורייתא לא משכחת מוד' במקצת אלא במחל השעבוד או שאין לו קרקע א"כ משכחת לה לא מחל השעבוד ויש לו קרקע ואפי' למ"ד שעבודא לאו דאוריית' נמי כיון דאיכ' שטר הרי הוא כמאן דאמר שעבודא דאוריית' כיון דלשיטת תוס' אפי' דאינו גוב' מלקוחות כיון דלפי דברי המוד' הי' גוב' אלא שאין לו ראי' נמי מיקרי שעבוד קרקע וא"כ מיירי מתני' דיש לו קרקע ולא מחל השעבוד ויש לחקור היכא דצריך התובע שבוע' כמו בחנוני ובעה"ב וקפץ החנוני ונשבע שנתן לפועלים ובעה"ב כופר והביא החנוני ע"א שציו' לו ליתן לפועלים מי אמרינן כיון שכבר נשבע תו לא שייך מי יימר דמשתבע וממונא מעליא קא כפר ליה ונרא' כיון דאפי' אם הביא החנוני עד המסייע שנתן לפועלים אפ"ה אין הבעל הבית צריך שבוע' בכפירתו וכמי שנרא' מדברי הש"ך לפי גירסתו או איכא חד סהדא וכ"כ הב"ש בא"ה סי' ל"ה לענין עד הצריך שבוע' דאפי' איכ' עד המסייע מ"מ כיון שאינו נאמן בדיבורו אלא כי איכ' עד המסייע או שבוע' לא הוי עד ע"ש. ונרא' דה"ה ה"נ כיון שאין העד מביאו לידי שבוע' אלא עד שישבע התובע או עד דאיכ' עד המסייע לו לא הוי בכלל כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבוע' דלא אמרו זה אלא היכא ששנים מחייבים אותו ממון בלי שום שבוע' ובלי שום עד המסייע. וכן נרא' מוכרח דאי נימא דטעמא דהרמ"ה אינו אלא לענין שבועת הנתבע וכל זמן שלא נשבע התובע דהוי טעמא משום דמי יימר דמשתבע וכמ"ש הר"ן בשם הרא"ה גבי חנווני ובעה"ב אבל אם כבר קפץ התובע ונשבע או דאיכ' חד סהדא המסייע צריך בעה"ב שבוע' אם כן היכא כתוב זה הדין לענין משאיל"מ דהא הרמ"ה כת' דלא אמרו בזה משאיל"מ ותשלומין ודאי לא משכחת עד שישבע התובע דהא אפי' אם שני עדים הי' לו לתובע הי' צריך שבוע' וכיון דבעי אשתבע אם כן כיון דכבר נשבע יהי' הנתבע בכלל משאיל"מ ואפי' אם עדיין לא נשבע אמאי לא דיינין ליה שישבע התובע ואז יהי' הנשבע משאיל"מ ובשלמ' לענין חיוב שבוע' גרידא אין התובע רוצ' לישבע בחנם דאפשר שישבע התובע אח"כ ואז גם הנתבע לא בעי אשתבע כיון דאפשר לא ישמע התובע ולא הוי אלא גרמא בעלמא וכמ"ש הר"ן בשם הרא"ה ב"ב לענין משאיל"מ דאז הנתבע לא מצי אשתבע א"כ ישבע החנוני ואז יהיה בעל הבית משאיל"מ וא"כ מדכ' הרא"ה לענין משאיל"מ מוכרח מזה דאפי' כבר דר אין בזה דין מתוך ולא דין מחויב שבועה וצ"ל כיון דעיקר הדבר הוי גרמא בעלמא שישבע התובע לכן גם אחר שישבע תו לא מהני עדותו. ובעינן דוקא שהעד בעדותו

לבד יחייבו שבועה בלי שום הצטרפות שבועה או עד המסייע כן נראה מוכרח וזה ברור ומדברי הר"ן בשם הרא"ה שכתב בטעמא דמי יימר דמשתבע לכאורה אין מורה כן אך הדברים מוכרחין כמ"ש ודו"ק) (ולפי זה בטוען על א' שהיפך עליו שבועה והנתבע כופר בהיפך ועד אחד מעיד על ההיפך דאין הכופר צריך שבועה על זה וכמ"ש בעל העיטור בדיני חוב ע"פ דכיון דלא אסעיד בממון אלא בהיפך ודבר הגורם לממון לאו כממון דמי והובא דבריו בש"ך סימן כ"ב יע"ש א"כ לפי מ"ש אפי' קפץ ונשבע התובע אפ"ה הנתבע אין צריך שבועה להכחיש העד כיון דעיקר עדותו של העד ל"ה אלא בדבר הגורם לממון ואעפ"י שכבר נשבע דומה לזה שורף שטרות דאף עפ"י שהוא עכשיו ממון גמור מ"מ כיון דעיקרו אינו אלא שטרות לא הוי ממון ממש וכמ"ש הש"ך בסי' שפ"ו בשם בעה"ת יע"ש אלא שמדברי הב"י והש"ך בסימן כ"ב מבואר דאם כבר נשבע התובע צריך הנתבע להכחישו בשבועה על ההיפוך כיון דלא שייך מי יימר דמשתבע ע"ש בש"ך. ולפי מ"ש אפי' כבר נשבע או שהביא עד המסייע לפוטרו משבוע' אפ"ה לא הוי ממון ממש וכמ"ש והנלע"ד כתבתי:

סעיף יד

דל"א בשבועה הבאה ע"י גלגול. וזה למדו הראשונים מהא דאמרינן בפרק השואל דף צ"ז על מתני' דשאלה חצי יום זה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה ישבע השוכר ששכורה מתה זה אומר א"י וזה אומר א"י יחלוקו ואמרי לימא תיהוי תיובתא דר"נ ומשני כגון שיש עסק שבועה ביניהם משכחת לה רישא בב' וסיפא בג'. והקשו בלא"ה עסק שבועה ביניהם ע"י גילגול דכדרכה מתה כדאמרינן שם בגמ' וע"י גילגול צריך לישבע דשכורה מתה וכיון דאומר א"י הוי ליה משאיל"מ ומזה למדו הרא"ש והר"ן ושאר פוסקים דל"א מתוך בשבועה הבאה על ידי גילגול ובסי' שד"ם כתבנו ישיב אחר לקושית הראשונים ז"ל:

סעיף טו

קרינן ביה שפיר כתב בסמ"ע דוקא בסיפא פליגי י"א אלו אבל ברישא כשנתחייב בעיקר שבועה ואי"ל מודה דנשבע על הגילגול היסת מפטר דהא אין כאן ש"ד כלל דהא צריך לשלם ע"ש וכ"כ הב"ח וכ"כ הש"ך ע"ש ופני יהושע בחידושיו כתב בסוגיא דשאלה חצי יום על ההיא ראיה שכתב בנימוקי דגם בגילגול שבועה אמרינן מתוך מסוגיא דהמחליף פרה בחמור דתני שם ז"א גדול וז"א קטן ישבע ז"א גדול וז"א א"י זכה בגדול ואוקמה בס"ס שבועה דעבדים ע"י גילגול אלמא דאפי' בגילגול אמרי' מתוך וכתב פ"י ז"ל ראיה זו איני מכיר דלקמן דעבד בכסותו טוען א"י בין על הכסות שהוא עיקר השבוע' בין על

העבד שהוא הגילגול וכיון שא"י לישבע כלל משלם הגזלן משא"כ הכא יכול לישבע על עיקר השבוע' אלא שעל הגילגול אינו יכול לישבע מצינו לומר דלא אמרינן בגילגול משאיל"מ וע"ש והנה דבריו נגד דברי הסמ"ע וב"ח וש"ך דכולם כתבו בפשיטות דאדרבא היכא דא"י לישבע על העיקר ודאי אינו חייב על הגילגול ולפי דבריהם צריך לומר התם בז"א גדול מיירי שטוען ברי על הכסות ושמא על העבד אך בריטב"א שם מצאתי כדברי פני יהושע אלא שכתב שזה דוחק ולכן העלה שם תירוץ אחר ועיין שם וא"כ הסברא המרווחת כדברי הסמ"ע וכן עיקר:

סעיף טז

ל"ש אמר ובתשובת מוהר"א ן' חיים הוכיח מזה ד"ה בדידי' דלא ה"ל למידע אמר א"י אם פרעתיך נמי פטור ודן מזה בעניני קים לי בספק פלוגתא בחזרה דלא הוי א"י אם פרעתיך דכיון דלא ה"ל למידע ודבריו נכונים לפי שטת תוס' והרא"ש דלמדו לענין משאיל"מ היכא דלא ה"ל למידע מהא דיורשין פטורין בחמשין לא ידענא וחד טעמא הוא יורשין ואיהו גופי' היכא דלא ה"ל למידע אבל לפי שיטת הרמב"ם ודעימי' דאפי' לא ה"ל למידע וטעמא דיורשין פטורין ע"כ משום דהב"ד טוענין ליורש כל מה דאבוהן מצי למטען וא"כ ה"ה לענין א"י אם פרעתיך אין למידין מיורשין וטעמא דיורשין פטורין משום דהב"ד טוענין וה"ל כמו ברי ועמ"ש בסי' ק"ח סק"ה ובסי' רצ"א:

סעיף יז

בין ליורשין. ע' ש"ך שכתב דאם תובעו בברי אתה יודע בודאי שאביך חייב לי מנה והיורש אומר נ' ידענ' ונ' לא ידענא חייב ש"ד כדין מודה במקצת ואין להקשות הא אין נשבעין שבועת התור' באינו יודע היינו דוקא היכא דה"ל למידע וע"ש. ודבריו נראין סותר למ"ש הוא עצמו בס"ק ושם כתב דמיפטר מש"ד היכא שטענו אתה יודע ומשום דאימעט מקר' שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים ע"ש וכן משמע מדברי תוס' דליכא שבוע' דאוריית' באיני יודע שהקשו בפ' השואל דף צ"ז לרב ושמואל דס"ל חמשין ידענא וחמשין לא ידענא לא אמרינן משאיל"מ א"כ כל מב"מ ליהמני' במגו דאי בעי אמרי איני יודע ע"ש אלמא דלא בעי שבוע' כלל ומשום דשבועת התורה אינו אלא בטוען ברי אבל בטוען שמא ליכא שבועה למאן דלית לי' משאיל"מ נפטר בלא שבועה מיהו נרא' היכא שטוען ליורש בפניך נעשה המעשה והיורש אומר ברי שלא נעשה המעש' בפניו בזה כיון דהוי הכחשה בברי צריך שבועת התורה אבל אם טוען בפניך נעשה המעש' והיורש אומר איני יודע ואינו זוכר אם הי' בפני או לא א"צ שבוע' על זה דליכא

שבועת התור' כי אם במשיב טענת ברי ולא במשיב טענת שמא וזה ברור ועמ"ש בסי' צ"ב סק"י ובסי' ל"ז סק"ב:

סעיף יח

אפי' קרוב שלו בתשובת מיימוני לס' קנין סי' כ"א הביא תשובת ר"ת בן המשודך הבא בטענת אביו הדין עמו שמצינו בכל התורה שלוחו של אדם כמותו וכו' ואם יש חולק בדבר יכתוב הבן הרשאה לאביו וישבע וביש"ש פ' מרוב' כ' על תשובה זו וז"ל וה"ה אם הי' אבי החתן מוחזק וזה בא להוצי' ממנו שישבע אבי החתן שכך פסק לבנו ויפטור ומזה נלמד כל כי האי ענינא עכ"ל ולמד הש"ך מזה דמי שהלוה לחבירו על משכון ושכח כמה הלו' וקרוב יודע כמה הלוה יכתוב הרשא' לקרובו וקרובו נשבע ונוטל וע"ש. אך לענ"ד אינו נראה כן דאיך יעלה על הדעת לומר גבי המלו' אינו זוכר כמה הלו' שיכתוב הרשא' לאחר היודע כיון דאין המלוה על המשכון נאמן אלא במגו וכיון דהוא אינו יודע לא שייך מגו והאחר היודע אף שיש לו הרשאה אינו נאמן כיון דלית לי' מגו דהא אין המשכון תחת ידו וכן מבואר מתשובת הרא"ש והובא בטור סי' ע"ב ראובן הי' בידו משכנות של שמעון ומת שמעון ויורשיו תובעין המשכנות וראובן טוען אותן המשכנות אני תופס מפני שאמר לי שותפי ששמעון חייב לו מדמי השותפות ורוצה לישבע לוי על משכנות אלו אין בדברי לוי כלום מאחר שאינם בידם ממש וע"ש שראובן אומר תפיסתי כתפיסתו וידי כידו בכל עסק השותפות ובשליחותו אני תופס ויכול הוא לישבע על תפיסתו כאלו הוא תופס בהן וע"ש דפסק דאין בדברי ראובן ולוי כלום כיון שאין המשכנות ת"י לוי וע"ש משמע דאפי' נותן ראובן הרשא' ללוי היודע ועוד דשותפין לא בעי הרשא' והרי מבואר להדי' דאם המשכנות ת"י השוכח אינו מועיל לכתוב הרשא' אל הזוכר דשוכח אין לו מגו דאינו יודע ולהזוכר אין לו מגו מאחר שאין המשכנות תחת ידו וז"ב. ואם ירצה השוכח ליתן החפץ להזוכר ואז יהי' נאמן במגו צריך לשלם ללוה כל מה שהפסידו במה שנתן החפץ שלו לאחר כדי שיהי' לו מגו כיון שאין להשוכח מגו וכמבואר בסי' צ"ח דאם הנפקד נותן הפקדון ליד איזה איש ואח"כ טוען פ' חייב לי וא"ל מגו צריך הנפקד לשלם וע"ש לפי שהיא פשיעה שנתנו לחבירו אע"ג דאית לי' מגו כיון דאין הנפקד יודע מזה ע"ש ועמ"ש בסק"א אמנם דברי מוהרש"ל בדיקדוק היטב דהיינו היכא דהתפיס' הוא אצל אבי הבן ולכן הבן כותב לו הרשאה ואבי הבן טוען ברי ומוחזק ודאי נשבע ונוטל מדמי משכנות שתחת ידו אבל בענין אחר דהיינו אם הבן מוחזק ואינו יודע שישבע אבי הבן דהרשאה לא מהני וכמ"ש כיון דאין לו מגו ואם נותן המשכנות לאביו צריך לשלם מדין פשיעה וכמבואר בסי' נ"ה וז"ב ובתומים מפקפק

גם על דינא דמוהרש"ל והוא דכיון דאין דרך להקנות מלוה ע"פ אלא במעמ"ש וא"כ הרשאתו אינו אלא שליחות בעלמא וא"כ היכי מצי שליח לישבע עבורו כיון שאין עיקר הממון שלו וע"ש ולכאורה נראה כן מדברי הטור סי' קכ"ג דאם טען שישבע המרשה שהוא רוצה להפכה עליו מוציאין הממון מידו ליד ב"ד עד שיבא המרש' וישבע ויטול ומשמע דמורש' אינו יכול לישבע וע"ש. אמנם נראין דברי מוהרש"ל משום דבזה אינו שליחות אלא קנין ממש דהא טעמא דחוב אינו נקנה משום דהוי דבר שאינו ברשותו הא אם תפס ברשות המלו' מן הלו' ודאי דלא מפקינן מיני' וכמ"ש הרמ"א בסי' ס"ו סעיף י"ז ובסי' קכ"ו סעיף כ"ב דכ"מ דאין הקנין נתפס אם תפס וכבר זכה לא מפקינן מיניה ואפי' הש"ך דחולק על הרמ"א בסי' ס"ו שם מודה בתופס מדעת המוכר דמהני עיין שם וא"כ בנדונו של מוהרש"ל דאבי החתן מוחזק בנכסי נתבע והבן נותן לו הרשא' ומקנה לו חובו ואבי החתן תופס מן הלוה וברשות המוכר שהוא הבן א"כ ודאי קונה אבי החתן את נכסי הנתבע קנין גמור ויכול לישבע וכן בנדונו של הש"ך דיש לו משכון ונותן הרשאה לאחר דזה ג"כ נקנה דהא דוקא חוב אינו נקנה אלא במעמ"ש אבל משכון נקנה שפיר אג"ק ומשכון א"צ כתיבה ומסירה כמבואר בסי' ס"ו סעיף ח' וכיון דכותבין בהרשאה אג"ק כמבואר בסי' קכ"ג א"כ ודאי נקנה לו המשכון קנין גמור אבל דברי הטור בסי' קכ"ג דליכא רק חוב בע"פ ודאי אין דרך להקנות רק במעמ"ש כיון דליכא תפיסה ולא משכון אינו אלא שליחות אבל הכא יכול להקנות קנין גמור אלא דבנדונו של הש"ך כבר כתבנו דאף על גב דהוא קונה המשכון ע"י הרשאה לא מהני כיון שאינו תחת ידו ולית ליה מגו וליתן לו המשכון הוי פשיעה. ואולי הש"ך לשטתו דס"ל בסי' ע"ב דמלוה על המשכון אע"ג דלית ליה מגו נאמן משום דבע"ח קונה משכון והוי מוחזק ע"כ וא"כ כיון דנותן הרשא' להקנות לו המשכון אפי' אינו תחת ידו ואין לו מיגו מהימן אך גם זה ליתיה דע"כ לא קאמר הרשב"א בטוען על המשכון וידוע בעדים ולא ידוע כמה דנאמן אלא משום דקונ' משכון והוי מוחזק והש"ך הוא דפסק שם כהרשב"א אבל אם אינו מוחזק ודאי לא מהימן וכיון שאין המשכון ת"י אינו מוחזק ועוד דהא הרמ"א פסק שם בסי' ע"ב דצריך דוקא מגו ולפי מ"ש שם בסי' ע"ב ס"ק כ"ד בעינן דוקא עדים דליהוי דררא דממונא אבל היכא דליכא צריך מגו דוק' וע"ש ולכן נראה כמ"ש דאינו מועיל הרשאה כשהתפיסה הוא תחת יד השוכח וכמ"ש ודו"ק:

סימן עו

סעיף א

אף מלצאת ידי שמים. עיין סמ"ע וש"ך מ"ש לישב דלא תיקשי מסעיף א' דחייב בבא לצי"ש אף בלא תובעו. ואפשר לפמ"ש בש"ע בסי' ע"ה בטוען א"י אם נתחייבתי ותובעו חייב לצי"ש ואם לא תובעו פטור ע"ש בסעיף י' והיכא שהשיבו אמת הלויתני וא"י כמה כיון שזוכר שלוה אינו יוצא ידי שמים עד שיתפשר עמו אפי' שניהם ספק ע"ש סעיף י"ח ומש"ה בסעיף א' דזוכר שהלו' מכל א' וא"י כמה להכי חייב לכל אחד ואחד לצי"ש ואפי' לא תבעו כיון שזוכר שלוה מכל א' אבל הכא דא"י מהלואה כלל אם מזה אם א"כ לכל חד ה"ל א"י אם הלויתני כלום וכיון דלא תבעו פטור אפילו לצי"ש:

סימן עז

סעיף א

לא יתבע הערב תחלה ודעת הרא"ש וטור דגוב' מאיזה שירצה אפי' יש לזה נכסים ומשום דה"ל לוה בכולה ודעת הרמב"ן דלא הוי רק דין ערב הובא בר"ן פ' שבועת הדיינין וראייתו מפרק השואל דף צ"ו דגרסי' התם שותפין ששאלו ונשאל לא' מהם מהו כולו שואל בעינן וליכא או דלמא להההיא פלגא דשיילי' מיהת מי פטר ואם אי' דכל חד וחד מחייב בכולי' מדין בע"ח אמאי לא מיפטר ואפילו בכל דאי כולה שואל בעי הא איכא וכ"ת כיון דאיכא שואל אחריני בהדי' לאו כולו שואל הוא א"כ בההיא פלגא נמי דשיילי' לאו כולי שואל הוא דמאן פלג לך חד פלגא מאידך פלגא אלא ודאי משמע דמדין ערב בלחוד הוא דמחייב באידך פלגא מש"ה לא מיפטר אלא פלגא דידי' ע"ש ולדעת הרא"ש והטור צריך לישב הסוגיא ונראה לפמ"ש בפ"א משכירות וז"ל עבר השומר ומסר לשומר השני וכו' אף ע"פ ששאל או שכר בבעלים הרי הוא הוציא דבר השומר מידו לשומר אחד ע"כ וכתב שם הה"מ נראה לי טעמו לפי שאע"פ שהשואל בבעלים ופשע בו פטור כמו שנתבאר דוקא כשמתה הבהמה או נאבדה בפשיעתו ברשותו אבל כשמסרה לשני הראשון מתחייב באותה שעה שמתה הבהמ' ברשות השני ואינו שאלה בבעלים פוטר' אלא לשומר ששאל הבעלים אבל לא לשומר שני שלא שאל הבעלים והראשון מתחייב על רשות השני עכ"ל וכן פסק בש"ע סי' רצ"א ע"ש. וכיון דלשטה זו דנעשה לוה בכולו כל חד וחד ע"כ דנעשה נמי כל חד מלוה במחצית השני לחבירו דהא אם פרע כולו חוזר וגובה מחבירו חלקו וע"כ משום דנעשה לוה בכולו ומלוה במחצית לחבירו כיון שעל פיו הלוה לשני וכן השני נעשה לוה בכולו ומלוה במחצית לחבירו וכן בשותפין

ששאלו נעשה כל אחד שואל בכול' ומשאיל במחציתו לחבירו דהא חבירו נמי משתמש בו ומש"ה אם מתה הבהמה ביד אחד לא הוי שאלה בבעלים אלא במחציתו דכיון דבמחצית השני נעשה משאיל לחבירו וחבירו לא שאל הבעלים הרי הראשון מתחייב על רשות השני כיון דלא מהני פטור שאלה בבעלים רק כשמתה ברשותו ולא כשמסר לשני ומחצית דידיה שלא מסר לשני בזה לבד פטור ואי נימא דכולו שואל בעינן יתחייב גם על מחצית דידיה כיון דלא הוי כולו שואל דהא אפי' הוה שואל בכולו כיון דמסר מחצית השני לאחר לא הוי תו שאל' בבעלים ולפי"ז ניחא דשפיר קא מבעי' ליה מי אמרינן כולו שואל בעי' וליכא דהא מסר מחציתו לשני וכמ"ש א"ד להיא פלגא דשיילי' מיהא מיפטר והיינו דבמחצית השני ודאי יתחייב כיון דנעשה שואל בכולו ומתחייב על רשות השני מיהא האי פלגא דשיילי' ולא מסר לשני עכ"פ מיפטר ובזה מדוקדק לשון הש"ס להיא פלגא דשיילי' מיהא מיפטר ולשון מיהא משמע דחייב ודאי אלא ההיא פלגא דשיילי' מיהא מיפטר ולפי מ"ש באידך פלגא ודאי חייב אלא בפלגא דידיה מיהא מיפטר אי לא בעינן כולו שואל וזה נכון ודו"ק:

סעיף ב

שנים שערבו עמ"ש בסימן ק"ז סק"ט:

סעיף ג

מאיזה מהם שירצה. עיין ש"ך סי' קל"ב דהביא דעת החולקים. ולענ"ד נראה דרך הכרעה דהיכא שנעשו ערבים שלא בשעת מתן מעות ובקנין וא"כ לא חל שעבודם אלא נגד המלוה מצד ערבות ובטחון גובה מאיז' מהם שירצ' לפי שאין שעבוד לחצאין וכמ"ש הרשב"א ומוהרי"ק. אבל היכא שנעשו ערבים בשעת מתן מעות דאין השעבוד אלא שנתן על פיו וכיון שהיו שנים הוציא מעותיו ע"י שניהם וצריך לשלם זה מחצ' וזה מחצה ואינו גוב' מן האחד אלא אם אין לשני כנ"ל:

סעיף ד

והוד' א' ונרא' דאם אין המלו' זוכר מחובו והוא בעצמו בא לו אני וחבירי חייבים לאביך מנה דבזה יכול להעיד על חבירו ולא הוי נוגע כיון שאין המלו' תובעו וה"ל כההיא דסי' ק"מ סעיף י"א דאם אין ידוע למערער שדרו בו השוכרים לא הוי נוגעין דמגו דאי בעי אמרו לא דיירנו ואכתי צריך לימוד:

סעיף ה

אין עדותו מחייב הקש' הב"ח אם יש למודה נכסים ישלם הכל ותי' שאין לו נכסים והוי נוגע שמא יתעשר ועמ"ש בזה בסי' ל"ז סק"ה מיהו הכא בלא"ה הוי נוגע אע"ג דלית ליה

נכסי משום דלא ליקרי' לוה רשע והתם בסי' ל"ז דוקא בלוקח באחריות דלא שייך ניחא ליה דלא ליהוי רשע ולא ישלם דאכתי רשע הוא נגד לוקח וע' ש"ך מ"ש בזה:

סעיף ו

שנים שלוו. ראוי לספק לדעת הש"ע דשנים שלוו אינן אלא ערבים זה לזה ואינו גוב' מאחד אלא אם אין לשני מדין ערב אם טוען פרעתי אם ישנו ערב בשטר ויכול נמי לגבות ממשעבדי והרי הוא כמו ערב היוצא לאחר חיתום שטרות בסי' קכ"ט כיון שחתם בשטר או דלמא שאני ערב שבשטר שחתם על הערבות ונתחייב בשטר על הערבות אבל הכא חתימתו שבשטר אינו אלא בגוף הלוא' ולוה אינו אלא במחצ' והערבות ממיל' נעש' לפי שלוו שניהם כאחד וא"כ אינו אלא ערבות בע"פ אבל נרא' כצד האחרון דחיוב הערבות אינו אלא בע"פ כיון דאין החתימ' בשטר רק על גוף הלוא'. וע' כנה"ג בשם הרא"ם ח"א סי' פ"ז דלהכי נקט הרמב"ם גבי שנים שהלוו בשטר דהוי ערבי' דאם הי' בע"פ אם הי' טוען איזה טענה שנפטר בה מהערבות הי' נאמן במגו דפרעתי משא"כ בשטר אבל אם אינו טוען כלום גם במלו' ע"פ נעשו ערבים וע"ש ולפי מ"ש גם במלו' בשטר לא תוסיף תת כחה לענין הערבות והערבות אינו אלא דבר חוץ לשטר וכמלו' ע"פ הוא כן נרא' ועמ"ש בסי' ע"א סק"ל:

סעיף ז

ופטר המלו' את א' כת' בתשובת מבי"ט ח"א סי' כ"ב ראובן ושמעון ולוי קנו סחור' ביחד וכתבו השט"ח על עצמם ליודא לפרוע כל החוב ונעשו ע"ק זה לזה ובהגיע זמן פרעון נמצאו לראובן ושמעון לפרוע חלקם וללוי לא נמצא ומחל יודא לראובן את הערבות שנתחייב בעד חבירו אך שיפרע לו החלק שהי' מגיע לו ממנו ותבע משמעון חלקו וחלק לוי שפרע לו אח"כ בא שמעון לב"ד לתבוע מראובן החצי שפרע בעד לוי כי שניהם היו ערבים בעד לוי כמו שנזכר וראובן טוען כי כבר פטר אותו יודא הבע"ח מהערבות תשובה כיון שהי' יכול ליפרע מא' מהם אם נפרע משמעון אין שמעון יכול לתבוע מראובן חלקו ואע"ג דהביא בטור סי' קל"ב דאם פרע א' מהערבים כל החוב למלו' חוזר ותובע מחבירו חלקו נרא' דקאי אשני ערבים לדעת הרמב"ן שאם יכול ליפרע משניהם לא יפרע מא' מהם אלא מחצ' וכיון שפרע זה כל החוב חייב זה השני לפרוע לו חלקו אבל הכא שהי' יכול ליפרע מכל א' מהם הכל מתחל' כי הכא כשנפרע מא' מהם אינו יכול לחזור זה ולתבוע מחבירו חלקו שלא פרע בעדו שום דבר וכמ"ש בנדון זה שמחל יודא ע"ש והעתיקו בש"ך סי' קל"ב והשיג עליו דהא הטור ס"ל כדעת הרמב"ם דגוב' מאיז' שירצ' ואפ"ה כ' דגוב' אח"כ מחבירו וכן הביא שם תשובת הרא"ש ס"ל נמי כדעת

הרמב"ם גבי שנים שערבו דגוב' מאיזה שירצ' וכתב נמי כשפרע דחוזר ותובע מחבירו חלקו וע"ש שכת' דגם במחל לא' ופרע השני חוזר וגובה מחבירו חלקו וע"ש. אמנם לי נרא' העיקר כדברי המבי"ט. והוא דודאי בשנים שלוו אע"ג דהי' יכול לגבות מכל א' מהם כולו מ"מ הרי הוא כלוה בכולו וכמלו' במחציתו השני לשני וגם כיון דנעשו ערבים קבלנים זה לזה לדעת הרא"ש והטור דס"ל כדעת הרמב"ם א"כ ודאי צריך לפרוע מה שפרע בעדו ע"י ערבות וכן בשני ערבים דגוב' מאיז' מהם שירצ' היינו נמי משום דהוי ע"ק זה לזה וכמו בשנים שלוו לשטת הטור דהא כת' הטור להוכיח מדברי הרמב"ם דכת' גבי שנים שערבו דגוב' מאיז' מהם שירצ' דס"ל נמי גבי שנים שלוו דגוב' מאיז' שירצ' וע"ש אלמא חד טעמא הוא אליבי' דבעל הטורים וא"כ ודאי כמו בשנים שלוו כיון דכל א' נעשה לחבירו ע"ק אם פרע ודאי חוזר וגובה מחבירו חלקו א"כ בשנים שנתערבו נמי דנעשו ע"ק זה לזה דאם פרע א' חוזר וגוב' מחבירו חלקו וכל זה לשטת הרא"ש והטור דשנים שערבו דגוב' מכל א' מהם היינו משום דינא דשנים שלוו דנעשו ע"ק זה לזה ובזה ודאי דנעש' ע"ק בעד חבירו אם פרע ודאי חוזר וגוב' מחלקו ומשום הכי כת' הרא"ש בתשוב' בשנים שערבו דאם פרע חוזר ותובע מחבירו חלקו אבל אנן דקי"ל בשנים שלוו לא הוי ע"ק זה לזה אלא ערב סתם ואפ"ה בשנים שערבו ס"ל דגוב' מאיז' מהם שירצ' ע"כ אינו משום דכל א' וא' נעש' ע"ק לחבירו דהא אנן לא ס"ל הכי בשנים שלוו אלא הוא מטעמ' דכתבו הרשב"א ומוהרי"ק בטעמו של דבר דגבי שנים שלוו כל א' לא נעש' לוה רק במחצ' ועל מחציתו השני הוא ערב סתם אבל שנים שערבו דנעש' כל א' ערב למלו' בעד הלו' ערב בכולו הוא דהוי כמו משכון ובטחון ואין שעבוד לחצאין ומש"ה גוב' מאיז' מהם שירצ' וא"כ מה"ט כיון דלא נעש' שום השתתפות בין אלו הערבים ולא נעש' א' ערב בעד ערב חבירו אלא כל א' נעשה ערב בעד הלו' בכולו למלו' מש"ה אם פרע א' אין לו על השני כלום כי מה שפרע בעד עצמו הוא שפרע ואין לו שום השתתפות עם ערב חבירו וזה ברור. ובזה אין אנו צריכין לדברי המבי"ט שכת' בדברי הטור סי' קל"ב דכתבו אליבי' דרמב"ן. אלא דכתבו שפיר בשטת הרמב"ם וכשטתו דשנים שערבו מדין ע"ק הוא ונעש' כל א' ע"ק בעד ערב חבירו וא"כ ודאי חוזר וגוב' מחבירו חלקו כיון שנתערב בשבילו אבל לשיטת הרשב"א ומוהרי"ק לא נתערב בעד חבירו כלל אלא הא דגוב' מאיז' מהם שירצ' משום דנעש' ערב ובטחון למלו' בעד הלו' בכולו ודו"ק. וכן מוכח כדברי המבי"ט מדברי רב יהוד' גאון שהובא ברא"ש פ"ק דב"ק שני לקוחות שלקחו שתי שדות כאחת ובא בע"ח גוב' מאחת מהן ואין ללוקח על חבירו כלום וכו' ע"ש הרי מבואר דאע"ג דהי' יכול לגבות גם מהלוקח השני אם הי'

רוצ' כשגב' מזה הלוקח אין לו על האחר כלום והיינו כיון דאלו השני' אין להם שום עסק אהדדי אלא כל שדה ושדה בפני עצמו נתערב ונשתעבד למלו' וגבה מלוקח א' מה שנתן הלוקח בעד שעבודו נתן וא"כ ה"ה בשני ערבים דלדידי' הוי כמשכון ושעבוד וכל א' נשתעבד בפני עצמו כשגב' מא' אין לו לשני כלום וכן מוכח מש"ס פ' בית כור גבי שני אחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם דרב אמר בטל' מחלוקת ושמואל אמר ויתר וטעמ' דרב משום דסבר יורשין הן אבל למ"ד לקוחות הן כשפרע זה אינו חוזר וגוב' מהשני ולכאור' אכתי אפשר לומר דשני ערבין דומין ליורשין דהא טעמ' דרב דסבר בטל' מחלוקת משום דיורשין הוי וכפרש"י בפ"ב דב"ק ורשב"ם בפ' ב"כ דכיון דיורשין נינהו הלכך על שניהם מוטל לפרוע ולכן יחזיר מקצת חלקו וע"ש א"כ שנים שערבו דג"כ על שניהם מוטל לפרוע יחזיר נמי חלקו ואין זה דומ' לשני לקוחות דלא הי' חיוב אקרקפתא דלקוחות אלא השעבוד על השדות ולכן אם גבה שדה א' אין לו על שדה שני אבל יורשין אקרקפתא דידהו רמי כשיש להן נכסים מאביהן לפרוע חובות אביהן להכי חוזר וגוב' מחברו חלקו וא"כ ה"נ גבי ערבין דאקרקפתא דערב רמי לפרוע ואזל זה ופרע חוזר וגוב' מחבירו חלקו אך נלע"ד אי דייקינן ליתי' להך מלתא משום דעיקר טעמא דרב משום בטל' מחלוקת והיינו כיון דעל שניהם רמי לפרוע אדעתא דהכי הית' החלוק' שאם יבוא בע"ח ויגב' מא' מהם יחזור ויגב' מזה וכמ"ש הרא"ש פ"ק דב"ק ז"ל והלכת' כרב דאמר בטל' מחלוקת אע"ג דבכל דוכתי' כ' אלא דסבר' מוחלטת היא דיתמי כרעא דאבוהון הוא לפרוע חובות אביהן בשו' בין נטלו שניהם קרקע בין נטל א' קרקע וא' מטלטלין וכו' הלכך בטל' מחלוקת ע"ש אלמא אע"ג דיתמי כרעא דאבוהן לפרוע אפ"ה לאו משום הנאתו דמהני לי' שפרע בעדו חוזר וגוב' ממנו אלא משום בטל' מחלוקת הוא כיון דהי' על שניהם מוטל לפרוע הוי כאלו לא נשאר אלא שדה זו ובטל' מחלוקת וא"כ ה"ה הכא גבי ערבים דלא נשתתפו ולא שייך בהו בטל' מחלוקת אין צריך לפרוע לערב חבירו אע"ג דהוי מוטל עליו ג"כ לפרוע ומה שפרע זה פרע בעצמו בעד עצמו ולישנא דבטל' מחלוקת מוכרח כמ"ש ולאו משום דמהני חוזר על האחר אלא משום בטל' החלוק' ובמחול לערב פשיט' דאין הפורע חוזר וגוב' ממנו דמאיז' כח יבא עליו הא לדידי' לא נעשה ערב וכמ"ש דלדידי' לא נעשה אלא ערב ללוה ואי משום שפטרו מחובו הא כיון דמחול לו כבר המלו' מאי אהני לי' וזה נרא' ברור ודוק:

סעיף ח

איש ואשתו שלוו לא' וה"ה אם לוותה אשה לצורך פרנסת הבית הרשד"ם חלק ח"מ סי' כ"ד הובא בכנה"ג עוד שם בשם הרשד"ם חלק אה"ע סי' קפ"ג שכ' אלמלא דמסתפינא

דנרא' דבר חדש וזר קצת הייתי אומר דשכירות הבית ששכרו הבעל ואשתו יש לו דין איש ואשה שלוו עכ"ל:

סימן עח

סעיף א

אינו נאמן כת' הסמ"ע דוקא שתובעו ברי אבל לא כשטוען שמא מרדכי רב"ק וע' ש"ך דחולק וכ' דלא פסק המרדכי כן אלא בצירוף טעמים אחרים עכ"ל והכי מוכח בתשובת הרא"ש שהביא בטור סי' ע"א וע"ש ודבריו נכונים דודאי טענינן ליורש כל מה דאביהן מצי למיטען ואין זה טענת שמא אלא כמו טענת ברי דהא טענתא דאביהן טענינן להו. אלא בזה ראוי לספק היכא דהוא עצמו טוען ספק מאי מי נימא כיון דמלו' טוען שמא אינו נוטל וכמבואר בסי' נ"ט בשטר או נימא כיון דהחזק' דתוך זמנו עדיפא משטר דהא בשטר צריך שבוע' ותוך זמנו א"צ ומדברי הש"ך נרא' דלא בא לחלוק על הסמ"ע אלא בשמא דיורשין ולפי מ"ש הב"י בסי' נ"ט בשם בעה"ת בטעמ' דמלו' בשטר וטוען שמא אינו נוטל משום דדמי לחשוד דאפיק שטרא ואמר לוה פרוע דפקע שטרא דאינו יכול לישבע וע"ש א"כ תוך זמנו דלא בעי שבוע' נוטל המלו' אפי' טוען שמא מיהו לפמ"ש בסי' נ"ט טעמא דידן דאין המלו' נוטל בטוען שמא לאו משום ה"ט הוא דאנן קי"ל דחשיד דאפיק שטרא נוטל בלא שבוע' אלא הטעם הוא משום ברי ושמא ברי עדיף וע"ש וא"ש אפשר דאמרי' נמי בתוך זמנו ברי ושמא ברי עדיף או אפשר כיון דחזק' בתוך זמנו אלים טובא מהני למלו' אפי' בטוען שמא וצ"ע מיהו בטוענין שניהן שמא המלו' והלו' לא גרע חזקה דתוך זמנו משטר דנוטל המלו' במלו' בשטר בטוענין שניהן שמא כיון דלא שייך ברי ושמא ברי עדיף ועמ"ש בסי' פ"ד סק"ב:

סעיף ב

שאם אין עדים. כת' הש"ך ואם יש ע"א על הזמן והוא אומר פרעתיך ת"ז ה"ל משואיל"מ וכ"כ בסמ"ע סי' ס"ה ועמ"ש בעי' ע"ה סק"י בזה וצ"ע:

סעיף ג

הוחזק כפרן ובש"ך ז"ל צ"ע למה הוחזק כפרן והא יכול לומר ודאי פרעתיך תוך זמני אלא שמאחר שלא הייתי נאמן הוכרחתי לפורעך אחר זמני ומה"ט מספק' ליה לרבינו יקר במרדכי שם בזה מיהו נרא' דהיינו דוק' בטוען כן שפרעו אח"כ ואומר שהוכרח לפרעו שנית לפי שלא הי' נאמן אבל אם מוד' שלא פרעו שנית אלא אומר שפרעו כבר תוך זמנו ועומד בטענתו הראשונ' אינו נאמן במגו דפרעתי אח"כ דנאמן דא"כ הורעת

כחו של מגו דטען פרעתי אח"כ למה פרעו אח"כ ואי משום דהוכרח לפרעו שנית לפי שלא הי' נאמן הא נאמן הוא בטענתו הראשונ' ואם בודאי אינו פורע אחר זמנו תו ליכ' מגו ע"כ צריך אתה לומר דזה ודאי צריך לפורעו שנית ואינו נאמן במגו דפרעתי אח"כ ומשום דלא אמרינן מגו במקום חזק' אלא היכ' דשייך הפה שאסר הוא הפה שהתיר וכמו שיתבאר בסק"ו וא"כ הכא לא אמרינן מגו או משום דאינו טוען ברצון פרעתי אח"כ שלא יאמינו אותו מעולם שפרע שני פעמים דהשת' כיון דאינו נאמן בטענתו הראשונ' במגו דפרעתי אח"כ שפיר מצית אמרת דנאמן לומר פרעתי אח"כ דהא מוכרח לפורעו שנית לפי שאינו נאמן בטענתו הראשונ' ובתומים ראיתי שכת' להוכיח כדברי הרמ"א ממ"ש בעה"מ בסוגי' דשכיר היכא דשכיר שהביא עדים שתובעו בזמנו ואמר פרעתי דשורת הדין שכיר נשבע ונוטל אזי אפי' עבר זמנו לעולם השכיר נשבע ונוטל דלית ליה מגו דלאחר זמנו פרעו דהא אמר בזמנו פרעו וזה מבואר דלא מצי טעין בשביל שפרעתי שאינו נאמן החזרתי ופרעתי לך דאל"כ הא עדיין יש לו מגו ודוחק לומר דאף דאי טעין כן נאמן מכל מקום מגו ליכא דהוא טענ' חלוש' לסתור דבריו דהא לפי הנ"ל אינו טענ' גרוע' עכ"ל ולפי מ"ש ע"כ מגו לא אמרינן דאי נאמן בטענתו הראשונ' תו אינו נאמן לומר פרעתי אח"כ ואם אינו נאמן לומר פרעתי אחר כך איך יהי' נאמן במגו דפרעתי אח"כ אע"כ דמגו ודאי לא אמרינן וגם לדעת הש"ך אינו נאמן אלא כשטוען דוק' פרעתי אח"כ אבל אם עומד בטענתו הראשונ' ודאי אינו נאמן וזה פשוט ובשט' מקובצת הביא בשם הראב"ד דמשיג על הרז"ה וס"ל דשכיר נאמן במגו דפרעו אח"כ וע"ש דאין ראי' מזה דס"ל דלא הוחזק כפרן דכיון דטעמו דשכיר נשבע ונוטל בזמנו הוא משום דטריד בפועליו ואחר זמנו רמי אנפשי' ומדכר כי היכא דלא ליקו באיסור בל תלין א"כ מה"ט נמי לא הוחזק כפרן דזהו אמתלאה שלו שאמר פרעתי בזמנו ואחר זמנו דרמי אנפשיה דכיר ליה שלא פרעו ומש"ה פרעו אחר זמנו אבל בעלמ' דלא שייך מה"ט מצינו לומר דס"ל גם להראב"ד דהוחזק כפרן. וזה ירא' כוונת המרדכי ז"ל ונרא' למורי דהוחזק כפרן ולא דמי להא דאמרינן פ' המקבל גבי בע"הב שנאמן לאחר זמנו אע"ג שאינו נאמן תוך זמנו היכא שתובעו כל זמנו עכ"ל ולא ביאר טעמ' דלא רמי ולפי מ"ש ה"ט דהתם היינו אמתלא' דאחר זמנו רמי אנפשי' משום בל תלין ומדכר לי' שלא פרעו ולכך פרעו אח"כ ומה"ט נמי נאמן אפי' בטענתו הראשונ' במיגו אף ע"ג דבעלמ' ודאי אינו נאמן במגו משום דהכא טענת טוב' לומר שפרעו אח"כ וא"ז נגד העולם כיון שאמתלא' בצדו וגם אינו נגד חזק' ובתומים ראיתי שכת' לעשות מהאי דינא דש"ך ספיק' דדינ' לפי שמחולקים בו הבעה"מ והראב"ד ולפי מ"ש הבעה"מ והראב"ד לא פליגי בזה וכדמוכח מדברי המרדכי

שכת' ולא דמי לשכיר הרי שהמרדכי דסובר הוחזק כפרן מוד' בשכיר כדברי הראב"ד וא"כ אין מדברי הראב"ד ראיה) (מיהו נרא' דהיינו דוקא שתובעו בפני עדים בזה איכא למימר דנאמן לומר פרעתי אח"כ לפי שהוכרח לפרעו שנית וכמ"ש רבינו יקר דבעדים לא הוחזק כפרן לאותו ממון אלא שאינו נאמן לומר שפרעו שנית דלמה פרעו כיון דלפי דבריו דכבר פרע לזה אמר רבינו יקר דהוכרח לפורעו אבל תובעו בב"ד וטען בפני ב"ד פרעתי תוך זמנו הוי הוחזק כפרן לאותו ממון ואינו נאמן עד שיביא עדים שפרע אחר זמנו ועיין ש"ע סימן ע"ט סעיף ט':

סעיף ד

כל קונטריס.) (ונרא' דנהי דלא שייך בי' חזק' דתוך זמנו ומשום דכל קונטריס זמנו הוא אבל עכ"פ בשבועה מיהא נוטל משום תקנתא דשכיר נשבע ונוטל הא אפי' באומן אמרי' תקנתא דשכיר כמבואר בסי' פ"ט ונ"מ דאלו הוי תוך זמנו דלא הוי צריך שבועה וקי"ל דכל קונטריס זמנו אבל בשבוע' מיהא נוטל ובעיר שושן כתב ז"ל כל קונטריס מיד זמנו הוא ויכול לומר על כל קונטריס פרעתי וע"ש. אבל הדין פשוט דאינו נאמן לומר פרעתי ובשבועה נוטל ובמרדכי פ"ק דבבא בתרא דפטר שם לגמרי את הנתבע מה"ט דכל קונטריס זמנו מיד ע"ש דמיירי שהסופר מת ובאו אשה ויורשין לתבוע ובזה לא שייך דינא דשכיר וכמבואר בירושלמי כלום תיקנו אלא לשכיר ולא ליורשיו ועיין בסימן פ"ט אבל כאן מיירי שהסופר בחיים דאלו כבר מת פטרו במרדכי מטעם אחר והוא דתוך זמנו לא נאמר אלא בברי ועיין שם והיכא דסופר חי ודאי בשבוע' נוטל ואע"ג דלאחר זמנו אין השכיר נשבע ונוטל וא"כ אפשר מיירי שתובעו אחר זמן השלמת הקונטריס דאז כבר עבר זמנו ותו ליכא תקנתא דשכיר ונרא' דאפי' אחר זמן השלמת הקונטריס נמי בזמנו מיקרי לענין שכיר כיון דאינו עובר בבל תלין עד אחר השלמת כל הקונטריסים דהא חזינן דאין משלמין לסופר עד אחר השלמת הספר ומשום דכיון דשכרו בבת אחת לא עבר על בל תלין עד אם כלה מלאכתו אע"ג דלענין תוך זמנו כל קונטריס זמנו מכל מקום לאיסור בל תלין אינו עובר עד אחר כלות כל המלאכ' ואם כן לעולם נשבע ונוטל כיון דלא שייך ביה טעמא דאחר זמנו דאין השכיר נשבע ונוטל משום חזקה דאין בעה"ב עובר על בל תלין וכיון דאכתי לא עבר על בל תלין בתוך זמנו הוא לאיסור בל תלין א"כ השכיר נשבע ונוטל וזה ברור:

סעיף ה

בסוף היום. והתו' והרא"ש והראב"ד ס"ל דאינו נאמן במגו משום דהוי מגו דהעזה דיותר נוח לו לומר פרעתיך תוך זמנו דאינו מעיז כ"כ דאפשר שוכח הוא אבל אם יאמר פרעתיך

היום מעיז דאין דרך לשכוח בו ביום וקשה לי טובא דהא בממון קי"ל דאמרינן מגו דהעזה ואפי' מטענה שחבירו אינו מכחישו לטענת שחבירו מכחישו וכמו בהני עיזי דאכלי חושלי ואם נפשך לומר דזה הוי העזה יותר לומר לחבירו היום פרעתיך ואפילו בממון לא אמרינן ליה ובהני עזי דאכלי חושלי יכול למימר לקוח מאתמול דזה לא הוי העזה כל כך דאפשר שכוח היה א"כ הא דהלכה מרווחת בישראל גבי משכון דנאמן במגו דהחזרתי ואם ראו בידו א"נ ובעינן ראו עתה בידו אבל אם ראו שעה קודם נאמן במגו דהחזרתי בשע' זו כמ"ש כל הפוסקים בלשונם ראו עתה בידי וכמבואר בסי' ע"ב ובכמה דוכתי טובא ראו עתה ונימא דאם דאו שעה קודם נמי ליכא מגו דהא אינו יכול לומר החזרתי בשעה זו שיעיז בודאי אלא ע"כ דבממון אמרינן אפי' מאינו מעיז כלל למעיז גדול והתוס' דכתבו משום מגו דהעז' אולי ס"ל דאפי' בממון ל"מ מגו דהעזה ועיין ש"ך בדיני מגו אבל אנן הא קי"ל הלכה מרווחת דבממון אמרי' מגו דהעזה ואפי' לומר הכחשה שנעשה בשעה קודמת נמי אומר וכמ"ש במשכון אמנם הראב"ד הגם דסבירא ליה דאינו נאמן במגו דפרעתיך היום כדעת תו' אבל לא מטעמייהו אלא טעמא אחרינא אית ליה בגוויה וטעמא כתב הראב"ד דאע"ג דאי אמר ליה האידנא פרעתיך נאמן כדקי"ל פ' השואל ל"מ האי מגו במקום חזקה דרובא דאינשי לא פרעי ביומא דמשלם זימניה והיינו דאמר ר"ל ולואי שיפרע בזמנו כלו' שיפרענו היום והוא יום דמשלם זימני' והובא ברמב"ן בחידושיו פ"ק דב"ב בשם מקצת רבותיו ובשם הראב"ד אבל צריך ביאור דמה בכך דרובא דאינשי לא פרעי ביומא דמשלם זימניה כיון דאי טעין הכי נאמן א"כ לית ליה מגו וליכא למימר דס"ל דלא אמרי' מגו דלא שכיח ועיין ש"ך בדיני מגו דהתם היינו משכיח לאינו שכיח אינו אומר אבל הכא תוך זמנו יותר לא שכיח וא"כ ודאי מהני המגו ולכן נראה לפי מ"ש בסי' ק"ח בש"ע סעיף ד' בשטר פקדון דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ויורשין נמי פטורי דטענינן להו החזרתי ותוך זמנו חייבים היורשין לשלם ולא אמרינן טוענין ליורש טענתא דאביהן דהיה נאמן אפי' תוך זמנו החזרתי במגו דנאנסו וע"ש בש"ך וכתבנו שם דלא אמרי' מגו במקום חזקה דתוך זמנו אלא דוקא לאחר זמנו דהוא הפה שאסר הפה שהתיר כיון דאינו יודע החזק' אלא על פיו אבל בעומד תוך זמנו דידוע החזקה אע"פ דאית ליה מגו אינו נאמן במקום חזקה וע"ש בסי' ק"ח מ"ש בס"ק ד' ובסי' צ"ז סקי"ב דהוא מוכרח לחלק בכך בין הפה שאסר בין מגו להיה טוען כך ומש"ה דוקא לאחר זמן דלא הוי לפנינו שום חזקה ידוע דהא כבר הוא לאחר זמנו אלא שאומר שפרעו תוך זמנו ה"ל הפה שאסר הפה שהתיר אבל ביומא דמשלם זמניה לאו מפיו אנו חיין דהא דוקא כי טעין פרעתיך ביומא דמשלים זימני' אבל אם לא טען כגון ליורשים

לא טענינן להו דרובא דאינשי לא פרעו ביומא דמשלם זימני' והוא סברת הראב"ד ופסקו הרמ"א וא"כ החזק' ידוע לפנינו גם ביומא דמשלים זימניה דהא כ"ז דלא טען פרעתיך ביומא דמשלם זימני' גם היום דמשלם בכלל החזק' הוא וא"כ לא שייך הפה שאסר דלאו מפיו אנו חיין ואינו אלא מגו דהוי מצי טעין פרעתיך ביומא דמשלם זימניה והוי נאמן לזה כתב הראב"ד לא מהימן במגו דהוא נגד חזק' דתוך זמנו ולא אמרינן מגו במקום חזקה אלא הפה שאסר ודו"ק:

סעיף ו

אבל ליתמי והוא מדברי הראב"ד דלא שכיח לפרוע ביומא דמשלים זימניה ודוקא כי טען הכי בברי נאמן ועמ"ש בסק"ה ומ"ש בסי' פ"ד סק"ד:

סעיף ז

תבעו אחר זמנו והוא בעי' דלא אפשיטא וקולא לנתבע ואם תפס תובע לא מפקינן מיני' וכ"כ בש"ך ולכאורה ראוי לומר כיון דמהני תפיסה לא ישבע הלוה דאין בדין שישבע הלוה עד שיבטל המלוה את תביעתו דהיום או מחר יתפס ויהיה שבועת הלוה לבטלה דכה"ג כתב הר"ן גבי סטראי דא"צ הלוה לישבע היסת עד שיבטל המלוה את שטרו דאינו בדין שישביע אותו והמלוה נקט שטרו והובא בש"ך בסי' ל"ח. ואפשר דהתם לאו משום חשש תפיסה אלא משום דחיישינן שמא יוציא המלוה שטרו בפני ב"ד אחר שלא ידעו מעדי הפרעון ועוד דאפי' נימא דהיכא דמהני תפיסה אין משביעין הלו' עד שימחול תביעתו הכא ודאי צריך לישבע כיון שאינו נאמן בדין לומר פרעתי תוך זמנו אלא במגו דפרעתי לאחר זמנו וכי היכא דהיה צריך לישבע אחר זמנו ה"נ עכשיו בטענתו פרעתיך תוך זמנו צריך לישבע. ובזה ניחא דקמ"ל הש"ע דצריך לישבע ובסמ"ע הקשה מאי קמ"ל ולפי מ"ש ניחא:

סעיף ח

בקובע זמן כתב הסמ"ע דוקא בקובע זמן דביקש מתחילה זמן מהמלו' גילה דעתו שצריך לו עד הזמן ע"ש. ואין זה עיקר הטעם דהא שכירות ופדיון הבן גבי מת האב תוך שלשים וכותל חצר בכולהו לא גלי אדעתיה ואפ"ה אמרינן בהו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אבל עיקר החזקה הוא מכח מנהג דאין נוהגין לפרוע תוך זמנו וגבי תוך שלשים דסתם הלואה המנהג לפרוע תוך שלשים ומש"ה לא שייך ביה חזקה דלא עביד אינש וכן משמע מדברי נ"י וז"ל ופירשו רב האי גאון והרי"ף בתשובה דהיינו דוקא בקובע זמן בשעת הלואה או לאחר מיכן אבל בסתם הלואה אע"ג דקי"ל בפ"ק דמכות דסתם הלואה שלשים יום היינו דלא ניתן לתבע אבל ודאי עביד אינש דפרע בגוי' כיון דלא קבע זמן

בפי' וע"ש והיינו משום דעבד אינש דפרע בגוי' וחזק' דתוך זמנו תליא במנהג העולם בסדרי הפרעון שיש להם) (ומדברי הנימוקי שכתב בקובע זמן בשעת הלואה או לאחר מיכן מוכח דאפי' קובע זמן לאחר הלואה אמרינן חזקה ומוהרשד"ם בחלק ח"מ סימן ר"ח נסתפק היכא דהגיע הזמן והמלוה נתחסד עם הלוה להאריך עוד הזמן אם שייך ביה חזקה והובא בש"ך ותא שמע מנימוקי יוסף:

סעיף ט

אבל בסתם הלואה והיכא דהיה לו קביעת זמן מב"ד וטוען פרעתי תוך זמן ב"ד כתב הרמב"ן בחידושיו פ' חז"ה דנאמן. והטעם נראה דקביעת זמן שיש לו מן המלוה אפי' אית ליה זוזי בידיה אין צריך לפרוע עד הזמן ומש"ה לא עבידי דפרע תוך זמנו אבל קביעת זמן ב"ד אינו אלא כדי להמציא לו מעות ואם היה יודע שיש לו מעות בביתו לא היו נותנין לו זמן ב"ד ומש"ה כל דאתרמי ליה זוזי אפי' תוך קביעת זמן ב"ד נתחייב לסלק לו ואע"ג דהוי מצי לאשתמוטי ולו' אין לי הרי זה כמלוה ע"פ דמצי כפר ליה ואפ"ה כל שיודע שחייב בודאי פורע והכי נמי כל שיודע דאית ליה זוזי אינו יוצא ידי חובתו עד שישלם לו וכל אימת דאית ליה זוזי היינו יומא דמשלם זימני' לפי זה בפשרנים שקבעו זמן לתועלת הלוה ואפי' אית ליה זוזי א"צ לפרוע עד הזמן שקבעו הפשרנים א"כ ודאי שייך ביה חזקה דקבע זמנו וז"ב:

סימן עט

סעיף א

באו עדים תחלה והוא מדברי הנימוקי רפ"ק דמציעא וע"ש שכתב וז"ל ואפשר שמי שכפר בב"ד כשתובע לו חבירו ואומר לא לויתי מעולם ואח"כ אומר נזכרתי שלויתי ופרעתי והרי עדים שאפ"ה חייב ואע"פ דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וה"ל כטוען שחייב גרע טפי כשטען לא לויתי משהיה טוען שחייב שאע"פ שהכונה אחת מ"מ יש הכחשה בדבריו כשאומר לא לויתי וחוזר ואומר לויתי ופרעתי והלכך לא יחזור בו עכ"ל ותמהני דהא בחוזר אחר שבאו עדים אפי' במודה שחייב אינו יכול לחזור לפי דברי הנימוקי ואם בא לחזור קודם שבאו עדים ודאי יכול לחזור אליבא דכ"ע כיון דהוי מפטור לפטור ואפי' אין לו עדים שפרע וכ"כ כל הפוסקים דמפטור לפטור יכול לחזור ונתבאר בטור וש"ע סי' פ' וצ"ע:

סעיף ב

שקבלתי ממך מנה ר"פ שבועת הדיינין יתיב רב המנונא קמיה דר"י ויתיב ר"י וקא מבעיא ליה מנה מניתיך בפני פ' ופ' ועדים רואין אותו מבחוץ מאי א"ל רב המנונא והלה מה טוען אי להד"מ הוחזק כפרן אי אמר אין שקלי ודידי שקלי כי אתי עדים מאי הוי ע"ש ואיכא למידק מ"ש מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דאי איכא עדים שראו אותו שנתנו לו בסתם ולא ידעו אם בתורת מתנה ולקוח או בתורת שאלה אמרינן דמסתמא בתורת שאלה נתנו א"כ מטבע נמי דעומד להלואה למה לא נימא בתורת הלואה וי"ל דשאני חפץ דהדרא בעיני' להכי בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא אבל הלואה דהוי להוצאה לא שייך לומר בחזקת בעלים הראשונים דהא מחזקת בעלים הראשונים ודאי יצאה אפי' נתנו לו בתורת הלואה אלא דנימא דנתנו בתורת הלוא' ויצטרך הלוה לשלם בזה נאמן המקבל לומר דרך מתנה כיון דלא שייך בזה חזקת בעלים הראשונים:

סעיף ג

ושמעו שנתנם לו דרך הלוא' וקשה דל הודאתו מהכא ונהי דיש לו אמתלא על הודאתו כיון דאם הי' בא לתבוע אותו עבור חוב בע"פ והוא כופר ודאי אין התובע נאמן ואפי' בתפיסה כל שהוא בעדים וצריך להחזיר וא"כ כיון שידוע לעדים שזה לא נתנו בתורת פרעון רק בתורת הלואה היכי נאמן לתופסו עבור חובו כיון שכופר ואומר שאינו חייב. ולכן נראה העיקר כדברי הש"ך דמוקי להך דהכא שהעדים לא ראו כלל נתינת המעות מזה לזה אלא שמעו מבחוץ איך שזה אומר הלואה וזה אומר הלואה ולא ראו גוף הענין וע"ש וא"כ על מה שאומר הלואה מקבלין את אמתלא שלו אבל אם העדים ראו נתינת המעות מידו לידו דרך הלואה והמקבל קיבלם ג"כ דרך הלואה אפי' אומר אמתלא לפי שהוצרך לומר כך מפני שלא היה יכול להוציא ל"מ תפיסתו על חובו כיון שזה אומר להד"מ שאינו חייב לו כלל וז"ב ולפי זה לא קשה קושיות כנה"ג על הטור שכתב ואם הכמין לו עדים מבחוץ ושמעו שנתנם לו דרך הלואה וטוען זה להד"מ הוחזק כפרן למה צריך שישמעו עדים דרך הלואה הא סתם נמי הוחזק כפרן כשטוען להד"מ וע"ש שכתב וכבר הקשה זה לו למוהרש"ף הובא בספר מורה צדק ע"ש. ולפי מ"ש דכאן לא ראו הרצאת המעות דאם ראו הרצאת המעות מידו לידו דרך הלואה ודאי אין המקבל נאמן וכמ"ש וכיון דלא שמעו רק דברים בזה ודאי בעינן שמעו מבחוץ דאם לא ישמעו ליכא שום עדות כלל לא ראיה ולא שמיעה משא"כ בהך דרישא דהוחזק כפרן דשם ראו שמנה לו מעות. וע"ש בכה"ג ז"ל ומ"ש רבינו ואם הכמין לו עדים מבחוץ וכו' ופשוט הוא

מההיא מימרא דרב המנונא דע"כ לא מהימן לומר אין שקלי ודידי שקלי אלא משום שאין העדים יודעין אי הלואה אי מתנה הוה אבל היכא שעדים מעידים דהלוא' תו לא מהימן לומר דידי שקלי עכ"ל הב"י וכתב עליו ז"ל אמר המאסף שותא דמרן לא ידענא שרבינו בעה"ט כתב בפי' שנאמן לומר אין שקלי ודידי שקלי אפי' שמעו שנתנם לו דרך הלואה וגם על רבינו בעה"ט יש לתמוה דבגמרא משמע דכל שיש עדים שנותנם לו בהלואה לא מהימן לומר אין שקלי ודידי שקלי וע"ש שהעלה דאין שקלי ודידי שקלי דגמרא ושבב"י היינו שהוא אומר שהמלוה נותנם לו בפרעון חוב או במתנה ובזה ודאי אם העדים שמעו שדרך הלואה נותנם לו ודאי מוכחש מהעדים ואין שקלי ודידי שקלי שבטור היינו שזה אומר אמת המלו' נותנם לי ע"ד הלוא' אבל אני קבלתי מעצמי על פרעון חובי ובזה נאמן וע"ש שכתב וזה פשוט ומוכרח מסוגיות הגמ' ומבואר בטורים ובבעה"ת ע"ש שהאריך ולפי מ"ש דברי הב"י אינו סותר לדברי הטור דהב"י מיירי שהעדים ראו הרצאת המעות דהא קאי על ההיא מימרא דרב הממונא וראו עדים שמנה לו מעות ולפיכך אם שמעו שנותנם על דרך הלואה ודאי לא הי' המקבל נאמן וכמ"ש דודאי לא מצי תפיס ליה על חובו שאומר כיון שזה מכחישו אבל הטור לא מיירי שראו מעות אלא שמעו מבחוץ סיפור דברים וכמ"ש בש"ך ומש"ה נאמן לומר אמתלאה על הודאתו ונפלאתי על שיטת כנה"ג ומורהרש"ף ומורה צדק דמוקי לה בראו הרצאת מעות דרך הלואה שיוכל המקבל לומר לא חששתי להודות דא"כ לא משכחת שום הלואה שיאמר קבלתי' בחובי והוכרחתי לו' דרך הלואה וזה ודאי ליתי' וכמ"ש. ואולי מיירי היכא דאית ליה מגו דפרעתי ומש"ה נאמן לומר אין שקלי על חובי והוכרחתי להודות אלא דא"כ אפי' לא היה נאמן לומר הוכרחתי להודות היה נאמן לומר יש לי חוב אצלו ויש לי בידו כנגדו במגו דפרעתי אלא משמע דמיירי באופן דלית ליה מגו ועוד דאפי' במגו נראה דאינו נאמן להכחיש גוף הלואה באמתלאה כיון דהוחזק לפני עדים גוף הלואה ולכן נרא' העיקר כדברי הש"ך וכמ"ש דכאן מיירי שלא ראו כלל הרצאת מעות וכמ"ש וכן עיקר:

סעיף ד

אלא בפרעון כתב בכנה"ג דוקא בטוען בפרעון קיבלם אבל אם טוען במתנה קיבלם אינו נאמן:

סעיף ה

הוחזק כפרן. וקשה כי טובא כיון דחזינן דהיכא דהוחזק כפרן לאותו ממון תו לא מהימן בשום טענה הפוטרת אלא א"כ מביא עדים וראיה א"כ מכ"ש גנב וגזלן שגזלו ממון זה

דהוא יותר מכפרן בהלואה אמאי אינו צריך ראיה כשטוען החזרתי ודעת רוב הפוסקים דגוזל בעדים אין צריך להחזיר בעדים ואע"ג דהוחזק גזלן לממון זה ונראה דכיון דכופר בפני עדים אע"פ שאמר אתם עדי לא הוחזק כפרן לאותו ממון אלא דוקא בכופר לפני ב"ד כמבואר בסעיף ט' וגזלן דלא גזל אלא בפני עדים מש"ה לא הוחזק כפרן ולפי זה לדעת רבינו יונה שהובא בטור דגם בכופר לפני עדים הוחזק כפרן וא"כ גזלן לא עדיף מיניה וצריך להחזיר בעדים דהא הוחזק גזלן לאותו ממון. ואולי זו היא שיטת הסוברים דגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים משום דס"ל נמי הוחזק כפרן לאותו ממון אפי' בכופר בעדים וא"כ היינו דוקא בגוזל בפני עדים דשייך עכ"פ הוחזק כפרן בפני עדים אבל בגוזל בינו לבין עצמו דלא שייך הוחזק כפרן א"כ יכול לטעון החזרתי בטענה מחמת עצמו אפי' בלא מגו דלהד"מ וניחא ליישב בזה קושיות הרמ"ה כשיטת האומרים דגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים דא"כ ניתני בפ' האשה שנתארמלה ומודה ר' יהושע באו' לחבירו גזלתיך והחזרתי נאמן ואם יש עדים אינו נאמן עיין בר"ן ר"פ האשה שנתארמלה ולפי מ"ש ניחא דהיכא דליכא עדים על הגזילה ודאי לא שייך הוחזק כפרן וכמ"ש וא"כ לא שייך מודה ר' יהושע דהיכא דליכא עדים הוי טענה מעצמו) (ומזה נראה דהיכא דנדונים על החפץ שתחת יד א' ובא אחר ותובע שלי הוא וחטפ' בפני ב"ד וכההיא דפ"ק דמציעא חטפ' בפנינו אינו נאמן לומר החזרתי דכיון דהוחזק גזלן בפני ב"ד לא עדיף מהוחזק כפרן דאינו נאמן לאותו ממון:

סעיף ו

לא לממון אחר. כתב הרשב"א בתשובה ראובן שמוציא שטרות על שמעון ונתברר דגנב מקצת שטרות שהיו ביד שמעון הוחזק כפרן על כל השטרות שמוציא על שמעון הובא בסמ"ע. והקשה בש"ך דהא לא הוחזק כפרן לממון אחר והרשב"א לשטתו דס"ל דחשוד דאפיק שטרא מפסיד ולפי מה דקי"ל דחשוד אינו מפסיד ליתיה לדין זה וע"ש. ולי נראה דמפסיד גם לדידן והוא דאם הלוה חי וטוען שגנב ממנו עוד שטרות א"כ הלו' נשבע מדין תקנת נגזל דנשבע ונוטל ואם הלוה מת ה"ל חשוד דאפיק שטרא על היורשים דמפסיד כיון שהחמירו בשבועת היתומים כמבואר בסי' צ"ב בש"ע מיהו אם הלוה חי וטוען ברי שנגנב עכ"פ שבועה בנק"ח בעי שגנב ממנו הנך שטרות ונפטר מחובו כדין תקנת נגזל וכמ"ש ואע"ג דהוא מוחזק אפ"ה שבועה בנק"ח בעי כיון דמדינא אין הנגזל נשבע ואינו אלא לתקנת חכמים וכל זמן שאינו נשבע בנק"ח ליית ליה בתקנת חכמים ומש"ה צריך נגזל לישבע בנק"ח ומפסיד ראובן וז"ב:

סעיף ז

כפר בב"ד. ונראה דהיינו ב"ד של שלשה דביחיד מומחה לא הוחזק כפרן כמבואר בסי' ג' ובב"ד של שלשה נמי צריך להיות בהו חד דגמיר וכמבואר שם דכל דליכא חד דגמיר לאו ב"ד הוא וזה פשוט אלא שראיתי בשו"ת מוהרי"ט ח"מ סי' מ"ו שהעלה דלענין הודאה ולענין הוחזק כפרן אפי' שלשתן הדיוטות ולית בהו חד דגמיר מהני והא דאמרינן אי אפשר דלית בהו חד דגמיר היינו שיתקיים הדין דאי כולהו לא גמירי איך ידונו דין תורה ואיך נסמוך עליהם כו' אבל לענין הודאה והוחזק כפרן שאין הדבר תלוי בשיקול דעתם יש להם תורת ב"ד וחשיב הודאה בפניהם כהודא' בפני ב"ד חשוב דלהא מלתא אין אנו יכולים לסתור דינם וכו' ועוד אשכחן כל מילי דלא תלי בשיקול הדעת דאע"ג דלא גמירי מיקרי ב"ד שהרי לענין קיום שטרות כל שלשה מן השוק יש להם תורת ב"ד כיון דלהאי מלתא יודעים מילי דקיום וכן לקבולי סהדותא דעדים ומשהגידו בפניהם שוב אין חוזרין ומגידין וכו' וכן להפרת נדרים נמי דבעינן שלשה דידעין למיפתר נדרא דיו ובחליצה נמי דבעינן שלשה סגי בהדיוטות דיכלי למיקרי ועיין שם באריכות ולע"ד נראה כמ"ש דודאי גם בקיום שטרות ובקבלת עדות בעינן דוקא בית דין הראוין לדון וכ"כ בתשובת הרי"ף ז"ל אם בא לפני בית דין שטר קבלת עדות והעדים באותו העיר רואין אם אותן מקבלי עדות בקיאין כו' והלכתא קבלת עדות צריכין שלשה ומומחין וכו' וכל המקבל עדות ואינו ראוי לדון אין הקבלה כלום ויכולים לחזור ולהגיד וכן פסק בש"ע סימן כ"ח סעיף כ"א וכיון דבעי' שיהיו ראוים לדון ודאי צריך חד דגמיר וא"כ ה"ה לענין הודאה והוחזק כפרן בית דין הראוי לדון בעינן ואם לאו לא הוי בית דין ומ"ש מוהרי"ט וכן להפרת נדרים כו' בהפרת נדרים נמי בעינן גמירי וכמ"ש הרא"ש וטור י"ד סימן רכ"ח וז"ל ואם אין יחיד מומחה ילך אצל שלשה הדיוטות והוא דגמרי להו וסברי וידעו לפתור לו הנדרים סגי עיין שם ומשמע דבעי גמירי וכ"כ בפרישה שם דאי לית בהו חד דגמיר פסול כמו לדין. ואפילו נימא דבהפרת נדרים לא בעינן גמירי כלל וכמ"ש הש"ך בסימן רכ"ח שם היינו משום דסבירא ליה דהפרת נדרים לא מיקרי דין כלל דהא כשר בשבת ובלילה ובקרובים אבל היכא דהוי דין ממש כל דליכא חד דגמיר לאו בית דין הוא וכן מ"ש בחליצה דסגי בהדיוטות דיכלי למיקרי נמי לאו כ"ע הוא דהא דעת כמה פוסקים דבחליצה בעינן גמירי וכמבואר בטור וש"ע הל' חליצה ואפילו כדעת הפוסקים דסגי ביכלי למיקרי היינו משום דרבי קרא דכתיב בישראל משמע דלא בעינן גמירי כלל ועיין בנימוקי יוסף ר"פ מ"ח אבל קבלת עדות ודאי בעינן בית דין הראוי לדון וכמבואר בתשובת הרי"ף ומוהרי"ט שם עיקר דמיונו הודאה והוחזק כפרן לקבלת עדות

ע"ש שכתב וכי היכא דהעד אינו חוזר ומגיד כך בע"ד אינו חוזר ומגיד היפך טענתו הראשונה ע"ש וכיון דקבלת עדות שלא בפני ב"ד הראוי לדין נתברר דיכול העד לחזור ולהגיד א"כ ה"ה בע"ד דחוזר ומגיד היפך טענתו הראשונה והודאה והוחזק כפרן מקבלת עדות ילפינן דהוא ממונא מממונא וזה ברור:

סעיף ח

שבאו שני עדים. עיין סמ"ע ב' דיעות אם אמר לא לויתי ובא ע"א דלוה וחזר ואמר פרעתי אי דנין בו משאיל"מ ובתומים כתב להקשות לשיטת דס"ל מגו לאפטורי משבועה א"כ אין צריך שבועה דאורייתא באומר לא לוה וע"א מעיד שלוה מגו דאי בעי אמר לויתי רק פרעתי והי' נאמן בהיסת ודבר זה לא שמענו בהכחישו עד דלא יתחייב ש"ד וע"ש שהוכיח מזה דטור ס"ל כרמב"ם אלא דמיירי בעבדים ושטרות וקרקעות ע"ש. ולא אדע מה ענין קושי' זו לדעת המ"ד דס"ל דה"ל משאיל"מ בלאה"נ קשה הא אית ליה מגו דאי בעי היה אמר בתחלה פרעתי לדעת הטור דס"ל מגו לאפטורי משבועה אמרינן אבל באמת היא קושיות הראשונים הובא בר"ן פ' כל הנשבעים להוכיח דלא אמרינן מגו לאפטורי משבוע' דאל"כ היאך ע"א קם לשבועה והא אי' מגו דאי בעי אמר החזרתי וע"ש שכתב מע"א ליכא ראי' משום דע"א לשבועה כשנים לממון וכדאמרינן כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה וכי היכא דלא אמרי' מגו במקום עדים לממון ה"נ לאפטורי משבועה עכ"ל לפי"ז גם קושייתו ממילא מתרצא:

סעיף ט

אם לא שהקול מפורסם. והדבר תמוה לענ"ד כיון דעדיין לא נתחייב דהא עפ"י הקול לא יתחייב ולמה לא יוכל לחזור מפטור לפטור ובש"ך ס"ק הנ"ל כתב דמפטור לפטור טענה גרוע הוי ואינו אלא ע"י מגו דאי בעי קאי בטענתו הראשונה וכיון דמשום מגו ניחא דאינו רוצה לעמוד בטענתו הראשונה נגד הקול מפורסם וכדלעיל סי' ע"ב סעיף י"ח. אך לפי מה שיבואר אצלינו בסי' פ' בס"ב דאין הטעם משום מגו אלא דכ"ז שלא נתחייב יכול לחזור וא"כ מה מהני קול מפורסם לענין חיוב כיון דעדיין לא נתחייב לכן נראה דאין להוציא מיד המוחזק וכבר הניח הש"ך זה הדין בצ"ע:

סעיף י

אבל אם אמר פרעתי אח"כ נאמן. בספר התרומה שער מ"ב כתב שזה החילוק יש בין הכופר בב"ד לכופר בעדים באתם עדי דל"א בהם דהוחזק כפרן ואם אמר פרעתי אח"כ נאמן אבל פרעתי קודם אינו נאמן. ובמוהרי"ט חלק ח"מ הקשה לפי דרכו איכא למידק נמי בהא דמייתי בפ"ק דב"ב מנה לי בידך אמר לי' הן למחר א"ל נתתיו לך פטור אין

לך בידי חייב ומפרש דמאי אין לך בידי להד"מ דאמר מר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והתם הי' כפירתו בב"ד וא"כ למה אמרו משום דכל האומר לא לויתי הא תיפוק לי' דהוחזק כפרן והעלה דהתם נמי בפ"ק דב"ב כיון שלא הוכחש מפי עדים אלא מפי עצמו שהודה מעיקרא ואמר הן אם כן ניהו דנתחייב ע"פ הודאתו ולא מצי טעין טעיתי וכיוצא מ"מ לא הוחזק כפרן ע"פ עצמו ע"ש ודבריו ראוין למי שאמרן ואין להקשות דהא הרמב"ם מפרש הא דאמרי' בפ"ק דב"מ בין צא תן לו בין חייב אתה ליתן לו ויצא ואמר פרעתי נאמן היינו באומר הנתבע הן דאם נתחייב ע"פ ב"ד הוי כמלוה בשטר ואינו נאמן לומר פרעתי וכמו שמבואר בש"ך ס"ק כ"ט ואפ"ה אמרינן שם בהכחישו דנעשה הוחזק כפרן אע"ג דע"פ הודאתו נתחייב דהתם טען פרעתי ועל זה הוכחש מעדים שיודעים שלא פרע להכי הוחזק כפרן אע"ג דעיקר החוב הי' ע"פ הודאתו שאמר הן אבל באומר אין לך בידי דלא הוכחש מעדים דהא אינם יודעין אלא מפי עצמו הוכחש שהודה שאמר מעיקרא הן ובזה נהי דנתחייב לשלם אבל כפרן לא הוי ועיין שם במוהרי"ט שהביא ראיה לזה מהא דאין אדם חשוד ע"פ עצמו:

סעיף יא

שהי' השער שלה נראה מבואר דוקא על המותר הוחזק כפרן וכגון שנתחייב לו אלף זהובים וטוען פרעתיך במאה מדות חטין שהיה השער כל מדה עשר' זהובים והביא עדים שהי' השער ששה זהובים צריך לשלם ארבע' מאות זהובים אבל מסך ששה מאות זהובים עכ"פ נפטר דנהי דהוחזק כפרן לא הוחזק כפרן לממון אחר אך מלשון הטור לא משמע הכי שכתב ז"ל אבל אם אמר פרעתיך בסחור' פ' שסכומה כך וכך והביא עדים שלא הי' שוה כל כך ותובע ממנו המותר וחוזר וטוען פרעתיך באותה סחור' או בדבר אחר הוחזק כפרן שבני אדם נותנין דעתן לזכור סכום השער לפיכך אם הודה לו המלו' שנטל ממנו אותה סחורה אלא שלא נפרע ממנו הכל לפי שלא היתה שוה דמי כל החוב אינו נאמן לומר פרעתי לך המותר אחר כך ונוטל ממנו מה שנשאר לו מן החוב בלא שבועה ומשמע דוקא כשהודה לו המלו' הא לא הוד' צריך לפרוע כל החוב ואמאי הא הוחזק כפרן לממון זה לא הוחזק כפרן לממון אחר ובכדי השער לא הוחזק כפרן וגם מלשון הש"ע לא משמע הודה אלא אפי' לא הודה אין הנתבע צריך לשלם אלא המותר ואולי הטור דנקט הודה לו המלו' היינו לענין שיפטור הלוה אפי' בלי שבוע' הא לאו הכי שבוע' עכ"פ בעי:

סעיף יב

ששלחו אחריו. עיין סמ"ע שכתב הא דבעינן שלחו דוקא לענין לכתוב שטר הודא' או פס"ד אבל לענין טריפת לקוחות חשיב כמלוה בשטר אפי' לא שלחו ע"ש שכ' כן כתב הטור בשם התוס' ובש"ך חולק בזה וכרב דלא אמרינן מעשה ב"ד יש לו קול אלא דוקא בשלחו אחריו עיין ש"ך סי' ל"ט. וכן נרא' מדברי תוס' בר"פ השולח בהא דתנן בראשונ' הי' עושה ב"ד ממקום אחר ומבטלו התקין ר"ג הזקן שלא יהיו עושין כן מפני תיקון העולם ואמרו בגמ' מאי מפני תיקון העולם ר"י אמר מפני תקנת ממזרים ר"נ אמר מפני תקנת עגונות ר"י אמר מפני תקנת ממזרים סבר לה כר"נ דאמר בפני שנים ובתרי לית לי' קלא וכו' ור"ל סבר מפני תקנת עגונות סבר לה כרב ששת שאמר בפני שלשה ובי תלתא אית ליה קלא וכתבו תו' שם ז"ל אע"ג דמלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי אפי' הלוהו בפני כמה עדים היינו משום דמאן דיזיף בצנעא יזיף ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו ומאי קשי' להו הא תני בראשונה היו עושין ב"ד ובפני ב"ד ודאי אית ליה קלא דהוי מעשה ב"ד אלא ודאי דאפי' בפני ב"ד של שלשה לא הוי מעשה ב"ד אא"כ שלחו ושם ליכא שלחו ואע"ג דלרב אדא בר אהבה בפ' ז"ב דף כ"ט כנפינהו איהו הוי ב"ד ודלמא ריש לקיש נמי הכי ס"ל ואפשר כיון דאנן לא ס"ל הכי וכמ"ש הרי"ף והרא"ש ואנן קי"ל דלא הוי מעשה ב"ד אלא בשלחו ומש"ה קשי' להו ומזה ראי' לדברי הש"ך:

סעיף יג

כשיתחייב שבועה בב"ד. ונרא' דאפי' אם נתנו לו הב"ד פס"ד שישבע נאמן לו' נשבעתי ואפי' למ"ד דאינו נאמן לומר פרעתי נגד פס"ד היינו דוקא בפס"ד שיש בו חיוב ושעבוד לפרוע והוי לי' כשטר דאינו מניח בידו אבל שטר שיש בו חיוב שבועה אינו מקפיד לפי שאין בו חיוב נכסים דהא אפי' בכת"י דעת כמה פוסקים דנאמן לו' פרעתי לפי שלא חשש להניח כיון שאין גובה ממשעבדים א"כ מכ"ש בזה שכתוב בו חיוב שבוע' דאין גובה בו ממשעבדי ואפשר לו' בכת"י אינו יכול לטעון פרעתי לפי דאין אדם מניח שעבודו ביד חבירו אבל חיוב שבוע' אינו מקפיד וכן מוכח משיטת הרמב"ם דס"ל דאם נתחייב בב"ד אינו נאמן לו' פרעתי אפי' לא נכתב פס"ד והא דיצא ואמר פרעתי נאמן מפרש לה באומר הנתבע הן דלא נתחייב מב"ד וא"כ הא דאמרן בפ"ק דמציעא יצא ואמר נשבעתי נאמן אם באו עדים שלא נשבע הוחזק כפרן דע"כ מפי ב"ד נתחייב השבוע' דאם קיבל עליו לישבע לא הוחזק כפרן דאמרינן שם בפ"ק דמציעא אבל חייב עצמו שבועה לא וכיון דנתחייב השבועה בפס"ד איך נאמן לו' נשבעתי דהא אחד פס"ד אינו נאמן לו' פרעתי אפי' לא נכתב אע"כ דשאני חיוב שבועה כיון דאינו חייב ממון אינו

חושש ומקפיד ואפי' בשטר וכמ"ש וגרע מכת"י שיש בו חיוב ממון וז"ב. ועיין בשו"ת חכם צבי סי' ק"ט בא' שהוציא פס"ד שהברירה בידו לברור לו איזה בית שירצה ואח"כ נפל בית אחר וטוען כבר בררת את הבית הזה ודידך נפל וע"ש שפסק שאינו נאמן כיון שיש בידו פס"ד ואם בירר כבר שטרו בידו מה בעי ע"ש. ולפי מ"ש אינו מוכרח דכיון דאין הפס"ד על חיוב נכסים אלא למלתא דברירה אפשר אינו מקפיד מיהו בלא"ה אפי' אין לו פס"ד הנכתב אלא ידוע שיש לו הברירה עפ"י פסק א"כ זה שטוען שכבר בירר זה הבית עליו הראי' ואם אין לו ראי' מוקמינן הבית בחזקתו הראשונה שהי' יכול לברר זה הבית הקם כן עכשיו נמי הברירה אתו ותפיסה ל"מ בקרקע וא"כ מוקי לה בחזקת בעלים הראשונים כן נ"ל ודו"ק:

סימן פ

סעיף א

מי שטוען בב"ד עיין בתשובת מוהרש"ש הלוי ח"א סי' כ' וסי' כ"א אם יכול לחזור מטענתו הראשונה ע"י אמתלא כמו שאמרו לענין איסור באשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ונותנת אמתלא לדבריה נאמנת וע"ש דעת מוהר"ש הלוי דמהני גבי ממון כמו באיסור דאם הקילו בערוה החמור' כ"ש בממון הקל ושכן פסק מוהרשד"ם: ומוהר"א חסון נחלק עליו וז"ל הגע עצמך שאדם הודה מעצמו הודאה באופן שא"י לו' לא משטה ולא השבעה הנאמר שיוכל לחזור וליתן אמתלא או טענת אנוס וכו' ותא חזי דאפי' במקום איסורא כ' הרא"ה והביאו הר"ן בפ"ב דכתובות ז"ל כתב הרא"ה דאי אמרה מקודשת אני לפ' לא מהימנין לה בשום אמתלא דכיון שהודית שנתקדשה לו לאו כל כמיני' לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו וע"ש דברי מוהר"ש שנתחזק בדבריו וז"ל ונוראות נפלאתי לפי קוצר דעתי ותבונתי מדברי הרב שכתב דבממונא לא מהני אמתלא וכי נעלם מפני כבודו והוד שכלו מ"ש הרמב"ם הל' טוען ספ"ז ז"ל יש לטעון בב"ד לחזור ולטעון טענה אחרת להכחיש' טענה הראשונה וסומכין על טענתו האחרונ' אע"פ שלא נתן אמתלא לטענתו הראשונה וכו' אבל מאחר שיבואו עדים ויכחישו כו' אינו יכול להשיאו לטענ' אחרת אא"כ נתן אמתלא לטענה שסמך ויש במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענה האחרת הרי בפי' דבממונא איירי הרמב"ם וכתב דאמתלא מהני וע"ש עוד בסי' כ"ב מ"ש מוהר"א הלוי ז"ל דהא קיי"ל דנותן אמתלא לדבריו בכל מקום נאמן וכמ"ש הרמב"ם בהרבה מקומות ובפ"ז מטוען פי' הדבר כו' ואין זה צריך לפנים דהא קיי"ל שהמודה לחבירו ק' די"ל שלא להשביע או טענת השטאה ומה אמתלאה גדולה ואפ"ה

נאמן ולא עוד אלא אפי' הרא"ה שכתב גבי אשה שאמרה מקודשת אני לפ' כו' אפ"ל דאולי לחומר איסור א"א כ"כ אבל בממונא יודה דמהני דהרי ההוא עובדא דהוי קרי לי' קב רשו וקאמר התם דנאמן לומר שלא להשביע והרי דהתם יחד בפי' לאנשים שהי' חייב ואמאי לא נאמר התם דאינו נאמן לחוב ולהפקיע מה שכבר הודה ע"ש. ולענד"נ כדברי מוהר"א חסון דלא מהני אמתלא' בממון וכדמוכח מדברי הרא"ה דל"מ אמתלאה כשאמר' מקודשת אני לפ' ומשום דל"מ אמתלא' אלא גבי איסור אבל מה שבין אדם לחבירו ל"מ ומה שהביא מוהר"ש הלוי ראי' מדברי הרמב"ם פ"ז מטוען לאו ראי' דהא התם רוצה לתקן דבריו הראשונים וכמ"ש הרמב"ם ויש במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענ' וכהא דאמרינן גבי זה אומר של אבותי דנאמן אח"כ לומר לקוח והא דאמינא של אבותי דסמכינא עליו כדאבהתי אבל אם חוזר מטענתו הראשונה וטוען טענ' אחרת שאינו במשמעות הראשונה אלא אומר אמתלא' במה שהוצרך לומר כך בראשונה זה לא שמענו מדברי הרמב"ם ומ"ש מוהר"א הלוי מעובדא דקב רשו כו' ומה אמתלאה גדולה ונאמן וצ"ל דהיינו דוקא בטענת השטאה והשבעה נאמן לפי שדרך כל העולם בו לומר על דרך השטאה או השבעה ומש"ה נאמן בכך ותדע דהשבעה עדיפא משאר אמתלאה דהא גבי השבעה דעת כמה פוסקים דאפי' לא טען טענינן ליה ואמתלא אפי' באיסור ל"מ אלא כשאומר בפי' אמתל' שלו ואפי' לדעת הפוסקים דגם השבעה לא טענינן ליה היינו משום דאמרינן מסתמ' אם הי' השבע' הוי טוען כן ומדלא טען כן ש"מ שלא הי' להשביע אבל אם טען כן הרי הוא נאמן כיון דהוא אמתלא' שנוהגין בו רוב העולם ומש"ה היכא דמת טוענין בעד היורשים שלא להשביע אמר כן ואלו אמתלא' ודאי אין הב"ד טוענין עד יאמר כי הוא זה אמתלא' שלו וכ"מ מדברי הש"ע בסי' פ"א שכתב חילוקי דינים השטא' דוקא ע"י תביע' אבל במוד' מעצמו לא השבע' דוק' במוד' מעצמו אבל תובעו לא ולא זכר בש"ע שיש עוד טענ' הפוטרת גם בתובעו ובמוד' מעצמו והוא אמתלא' א"ו בממון אין לנו שום טענ' הפוטרת אלא מה שאמרו בש"ס השטא' או השבע' דבזה רגילי אינשי והיכא דלא שייכי הני לא מצי הדר בשום אמתלא' אא"כ נתן אמתלא' ליישב טענתו הראשונ' וכדברי הרמב"ם פ"ז מטוען ודברי הש"ע כאן וזה נרא' ברור ועמ"ש בסי' פ"א ס"ק כ"ג:

סעיף ב

ונתחייב בה. ז"ל כנה"ג ודוק' כשטוען טענ' שהטוען עצמו יודע שנתחייב בה אבל כשטוען טענ' שהוא סובר שפוטר את עצמו בה אע"פ שהדין לחיוב יכול לחזור ולטעון מוהר"י אדרבי סי' קמ"ט ואין התשוב' לפני ולא אדע מה טעם בה כיון דאמרו סתם

הודאת בע"ד כמא' עדים מה הפרש בין יודע מחיובו ובין אינו יודע. והנה אם נאמר טעמא דהודאה כמ"ש מוהרי"ן לב דהיא מתורת חיוב ומתנ' אם כן א"ל כיון דאינו יודע אם יתחייב לא הוי חיוב אבל לפי מה שמבואר אצלינו בסי' ל"ד סק"ג דהודא' הוי משום נאמנות ומשום דהתור' האמינו על נפשו לכל אדם בין באיסור בין בממון ע"ש וא"כ אין לחלק. וגם בתשובת שב יעקב ראיתי שכתוב כעין זה גבי שויא אנפשיה חד"א דאם לא ידע דהוא איסור לא שייך שויא חד"א אבל לי נרא' דלפי מ"ש בסי' ל"ד דהוא מטעם נאמנות א"כ אין לחלק כיון דדבריו מקבלין כמו מאה עדים וכן מוכח מהא דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דלא ידע דיתחייב ואפ"ה מקבלין הודאתו ממנו דלא פרע ואם נאמר דהטעם דיכול לחזור מפטור לפטור הוי משום מגו דאי בעי עמד בטענתו הראשונ' וכמ"ש הפוסקים א"כ כיון דלא ידע דנתחייב לא הוי מחיוב לפטור ואית ליה מגו דאי בעי עמד בטענתו הראשונ' כיון דאינו יודע שנתחייב מתוכו אלא ודאי בטענתו שחוזר קושטא קאמר אבל לפי מה שיבואר בס"ק ג' דאינו משום מגו א"כ אין לחלק ואפי' לא ידע שנתחייב בה לא מצי חוזר:

סעיף ג

מפטור לפטור מדברי הפוסקים משמע דהא דחוזר וטוען מפטור לפטור הוי משום מגו דאי בעי עמד בטענתו הראשונ' וכ"כ הטור בשם הרב ר' יוסף בן מגש דאי בעי עמד בטענתו הראשונ' וע' ש"ך סי' ע"ט ס"ק כ"ג ע"ש וקשה לי דא"כ כי אתי עדים אח"כ והכחישו טענתו הראשונ' אמאי מהימן בחזרתו דהא תנן פרק האשה שנתארמל' אשה שאמר' אשת איש אני ונתגרש' נאמנת הפה שאסר הוא הפה שהתיר ואם יש עדים שהיא אשת איש אינה נאמנת ואע"ג דאתי עדים לבסוף משמע דליכ' מגו וכן במוד' בשטר שכתבו ופרעתי דנאמן במגו והיכ' דאתי עדים לבסוף לקיים אינו נאמן לומר פרעתי ולא אמרי' כבר הימני' במגו וא"כ ה"נ אי נימא דאין לו לחזור מדבריו הראשונים וטענ' גרוע' היא זו החוזרת אלא שהאמינו במגו דאי בעי עמד בטענתו הראשונ' אם כן כי אתי עדים להכחישו אח"כ בטענתו הא תו ליכא מגו וכמ"ש ולכן נרא' דחוזר מפטור לפטור הוי טענ' מחמת עצמה כיון דעדיין לא נתחייב לא שייך הודאת בע"ד וכמי שלא נחקר' עדותו דמי דיכול לחזור והא דנקטו הפוסקים לישנא דאי בעי עמד בטענתו הראשונ' לאו בתורת מגו קאמרי דליהוי מה לי לשקר אלא כיון דאי בעי עמד בטענתו הראשונ' ועדיין לא נתחייב בה לא שייך בה הודאת בע"ד כמא' עדים ותדע דהא כת' מוהרש"ל ביש"ש פרק הגוזל בתרא סי' נ"ה דאם נתחייב התובע שבוע' ועדיין לא נשבע יכול הנתבע לחזור ולא הוי מחיוב לפטור כיון דעדיין לא נשבע לא הוי חיוב גמור ע"ש ומגו ודאי לא שייך

בזה דהא אם עמד בטענתו הראשונ' יצטרך לשלם ע"י שבועת התובע ועתה רוצ' לפטור עצמו לגמרי א"ו לאו משום מגו הוא והא דאמרינן אי בעי עמד בטענתו הראשונ' היינו דכ"ז שהבריר' בידו לעמוד בטענתו הא' לא הוי הודאת בע"ד ויכול לחזור וז"ב ועמ"ש בסי' ע"ט ס"ק ט':

סעיף ד

מאחר שיבואו עדים ונרא' היכי דטען להד"מ וחזר וטען פרעתי ואח"כ הוציא התובע שטר הוי חזר' מחיוב לפטור ואע"ג דהחזר' הי' קודם שהוצי' השטר כיון דעדים החתומים על השטר כמי שנחקר' עדותן בב"ד ואם העידו עדים בב"ד אחר נמי הוחזק כפרן וכמ"ש הריב"ש והובא בסמ"ע ריש סי' ע"ט וא"כ שטר לא גרע וה"ה אם הוציא כתב ידו הוי כאלו עדים העידו כבר והוחזק כפרן:

סעיף ה

לאחר כ"ד בד"מ הביא תשובת הרשב"א סי' אלף ס' בא' שהוד' לחבירו בב"ד ואמר לו השני אל תפרעני אלא בעדים והשיב הנתבע תכ"ד יש לי בידך משכון והשיב הרשב"א דתוך כ"ד של חבירו לאו כדיבור דמי והובא גם כן בסמ"ע. ובש"ך כת' ז"ל וצ"ל דמיירי שהי' משמעות דבריו הראשונים שאין לו אצלו משכון דאל"כ פשיטא שיוכל לתקן דבריו ולומר כך נתכוונתי שאני חייב לו ממון ואתה תתן לי משכון שלי והכל לפי ראות עיני ב"ד אם משמעות לשונו סובל כן עכ"ל. ולי נרא' דא"צ בזה ראות עינים אלא ודאי אינו נאמן לומר משכון יש לי בידך דהוא אינו אלא טענת יש לי בידך כנגדו דאינו נאמן אלא במגו וכמבואר בסימן כ"ד ואלו הוי אמר לחבירו מנה לי בידך ואמר לו הן ואחר כמה ימים אמר משכון יש לי בידך ודאי אינו נאמן אלא במגו דפרעתי ואם א"ל בשעת הודאה אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' דלית ליה מגו ודאי אינו נאמן ואחר כדי דיבור נמי הוי כמו לאחר ימים ואינו נאמן אלא במגו דלא הודה ולא מהני דהוי מגו דלמפרע וזה פשוט ועיין בש"ע סי' פ"ח סעיף כ"א ועמ"ש בסי' קמ"ו סק"ט:

סימן פא

סעיף א

להד"מ בטור כת' הרמב"ן בחידושיו בשם הר"ר דוד וז"ל ולא עוד אלא אפי' אמר פרעתי אחר ההודא' נאמן ואע"ג דהשת' לא הוי מילי דכדי כיון שאומר שאח"כ פרעו מ"מ הטענ' בעצמה היא מלתא דכדי שלא הי' מתחייב עליו ואינו כדאי שיהי' מוחזק כפרן עליו והיינו דקאמר תלמודא בסתמ' שלא הוחזק כפרן עכ"ל ועמ"ש בסי' ע"ט סק"י:

סעיף ב

דמילי דכדי. ע' ש"ך שכת' דכי טען להד"מ אפי' לא חזר וטען משטה אני בך אחר שבאו העדים פטור וכו' ונ"ל דכל הפוסקים מודים לזה ודלא כבעל גי"ת שכת' לדעת בעה"ת ושאר פוסקים שצריך שיטען אח"כ משט' ע"ש דליתי' וכו' ע"ש אמנם מדברי הרמב"ן מבואר דצריך לטעון משט' אפי' בלהד"מ ע' בחידושיו פ' ז"ב ז"ל כל מלתא דכדי לא דכירי אינשי פירש"י ז"ל וז"ל הואיל ואותו הודא' דברי רוח הי' שהשט' לו לא דכירי אינשי ושכח אותה ההודא' כלומר ולפיכך אינה טענ' שתהא כדאי שיהי' מוחזק כפרן עלי' ויכול לחזור ולומר משטה אני בך וכו' ולפ"ז ההיא דאמרינן לעיל דאי לא טען אין טוענין לו לאו דקאמר להד"מ בלחוד דודאי מהני כמשט' אני בך אלא כגון דא"ל מנה לי בידך והוא אומר להד"מ וזה אומר והלא אמש הודית לי בפני פ' ופ' ושתק ולא טען משט' אני בך בכה"ג אמרינן לי' זיל שלים עכ"ל. ומזה מבואר כדברי גי"ת וע"ש בגי"ת שכת' דרש"י ור"ת ס"ל דצריך לטעון משט' אף בטוען להד"מ. וכן נרא' מרמב"ן בחידושיו דרש"י הכי ס"ל וע"ש:

סעיף ג

לחתנו העשיר. כת' הסמ"ע ז"ל כפול לקמן סי' של"ו ושם לא כת' תיבת העשיר וצריך להגי' שם העשיר וכ"כ במרדכי תיבת העשיר ע"כ ובש"ך כת' העשיר לאו דוקא אלא ר"ל כל שאינו עני שהי' חייב ללמוד עם בנו או לשכור לו מלמד וע"כ לא כת' הרב לקמן סי' של"ו חתנו העשיר עכ"ל. ודברים אלי לשיעורין דאכתי מנא ידע כמות ואיכות העשיר אבל בתשובת מיימון לס' משפטים סי' ס"ד שם מבואר הענין וז"ל תשובת רבי על ראובן שנדר לשמעון חתנו ב' ליטרות כדי שיהי' לומד עם בנו נינו של ראובן זה ועתה רוצ' ראובן לחזור בו כיון שלא הי' קנין בדבר ואינו חפץ ליתן לו אשיב בקצר' למרב' המשרה אם שמעון ירד מנכסיו כ"כ עד שלא היו לו מאתים זוז והי' צריך ליטול מן הצדק' אז כל מה שנדר לו חמיו בדיבור בעלמ' חייב ליתן כדאמר בירוש' פ' הזהב אמר ליתן מנה לחבירו וביקש לחזור בו חוזר הדא דתימ' בעשיר אבל בעני נעשה נדר ומשום דמצוו' שמעון ללמוד עם בנו לא גרע בהכי דאלו אמר לו בדיבור בעלמ' בלא תנאי מנה אני נותן לך נעשה נדר ואם ראובן הי' מוד' בדברים חייב ליתן לו מה שנדר השתא דכפר ואמר להד"ם ישבע היסת שלא נדר לו ויפטור עכ"ל הרי מבואר דאפי' עני המתפרנס מן הצדק' חייב ללמוד את בנו ושננתם לבניך כתיב בין לעני בין לעשיר אלא דמחויב לקיים מטעם נדר אע"ג דאינו מחויב מדין שכירות וא"כ עשיר הכא היינו שיש לו מאתים זוז שאינו מתפרנס מן הצדק' ובסי' של"ו נמי חתנו סתם היינו דלאו עשיר אלא כיון דלאו

עני הנוטל מן הצדק' דהיינו שיש לו מאתים זוז פטור לפי"ז אפי' בעני אם מת הנודר אין היורשין מחוייבין לשלם כיון דלאו שכירות הוא דאפי' עני מחויב ללמוד את בנו ואינו אלא בתורת נדר ומבואר בסי' רנ"ב דנודר ומת אין היורשין מחויבין לקיים את נדרו אמנם לפי מ"ש בס"ק ד' דאם נשבע לשלם מחוייבין היורשין לשלם כיון דלאו להשטא' נתכוין ה"ל שכירות גמור וע"ש א"כ ה"ה בנודר לעני כיון דנתחייב עכ"פ מתורת נדר א"כ לאו לאשטא' נתכוין וכיון דלאו להשטא' הדר הוי ליה שכירות גמור וכמו שיבואר לקמן:

סעיף ד

יכול לומר משטה ז"ל הש"ך וגדול' מזה נרא' לי דהכא ובכל כה"ג אפי' אמר אתם עדי פטור ליתן דאפי' תימא שמתחייב עתה לשלם הא הסכימו רוב הפוסקים שאין אדם מתחייב בלא קנין כדלעי' סי' מ' ואפי' לדעת הרמב"ם היינו כשמחייב עצמו בלי תנאי וכו' ואין לחיוב על מה לחול כיון שלא נשתעבד בקנין עכ"ל וע"ש ולענ"ד נרא' כיון דשכירות לא בעי קנין ומשעש' פעולת חבירו עפ"י שליחותו צריך לשלם כפי מה שהבטיח לו אלא דאם הוא יותר מכדי פעולתו י"ל משט' וכיון דאתם עדי מסלק השטא' א"כ החיוב שלו לאו מדין א"ע אלא מדין שכירות כיון דלאו להשטא' קאמר ואין לומר כיון דמתחייב הוא לאו שכירות הוא כלל ודוק' היכא דאינו מחויב לעשות הפעול' אז הוי שכירות ונקנ' בדיבור אבל היכא דמחויב לעשות הפעול' לאו שכירות הוא וא"כ אפי' בלבו לא הי' להשטות אינו אלא דיבור כיון דליכ' תורת שכירות דליתי' דהרי כת' בתשובת מיימון לס' משפטים וז"ל שם אע"ג דר' סעדי' כת' שצריך לישבע שנתכוין להשטות נ"ל דהני מילי בההי' דהתם דאי לא טען לא טענינן ליה אבל בהא מההי' טעמ' שהוכחתי אפי' לא טען טענינן ליה מה"ט גופי' לא בעי אשתבועי דלהשטא' נתכוין עכ"ל הרי מבואר להדי' דאלו הי' בלבו שלא להשטא' הי' צריך לשלם דהא ס"ד להשביעו על זה אי לאו מטעמ' דאנן טענינן לי' ומסתמ' כוון להשטות הא לאו ה"ט הוי צריך שבוע' ואי נימא דליכ' שכירות בגוי' מאי שבוע' שייכא נהי דלא כוון להשטות במה נתחייב אע"כ אם ידוע לנו שלא הי' כוונ' להשטות אית ביה תורת שכירות והוא עצמו אם יודע שלא כוון להשטות הרי מחויב לשלם ואינו יוצא ידי שמים כיון דקמי שמיא גלי' וכן משמע מלשון רש"י בפ' מצות חליצ' דף ק"ו גבי חלוץ לה ע"מ שתתן מאתים זוז לבתר דחלץ לה אמר לה זיל הב לה וכת' רש"י דהא קבלית עלה ואע"ג דחליצ' בהכי לא מיפסלא מיהא מחייבא לקיומי תנאה כשאר שכירות דעלמ' ע"ש אלא ddחי לה בש"ס משום דמצי אמר משט' הא לאו הכי הוי עלה תורת שכירות ואע"פ שהוא מחויב בדבר וכיון דתורת שכירות ביה אלא דאומר משט' א"כ כיון דאתם עדי מסלק השטא' נתחייב

בדיבור בתורת שכירות ולא משום חיוב דא"ע מיהו גבי חליצ' נרא' ודאי ל"מ א"ע כיון דאפי' בקנין שטר כת' הרשב"א בתשו' סי' אלף ר"מ וקרוב בעיני שאפי' חייב' עצמה בשטר ובקנין אינו מוציא מיד האשה וע"ש בב"י אה"ע סי' קס"ט ונרא' שם הטעם משום דהוא אונס בדבר כדי שיחלוץ לה והוא מחוייב לחלוץ אבל גבי מעבורת והך דהכא דלא שייך אונס ומהני קנין ושטר א"כ מהני ג"כ א"ע לסלק השטא' אמנם אפשר לומר דא"ע לא מסלק' השטא' אבל במוד' בחוב דאמרינן אי להשטא' קאמר למה אומר א"ע אבל בהך דהכ' דרוצ' שילמד עם בנו או בהך דמעוברת כי היכא דיעבירנו א"כ א"ע נמי להשטא' קאמר) (אך אם הוא בעצמו שיודע כוונתו שלא כוון להשטות צריך הוא לשלם לפי שנתחייב בתורת שכירות ואם הי' ידוע לנו שלא הי' כונתו להשטות אנן נמי מחייבין אותו וכדמוכח מתשובת מהר"מ הנז' וכן אם נשבע או נתן ת"כ דבזה ודאי לאו להשטא' עביד נתחייב חיוב גמור בתורת שכירות ונ"מ דאפי' מת צריכין היורשים לשלם אע"ג דיורשין אין מחויבין לקיים נדרו וכמו שמבואר בסי' רנ"ב משום דהכ' כיון דהשבוע' מסלק השטא' החיוב הוא עפ"י שכירות ודו"ק:

סעיף ה

שאין אדם משט' וכת' ב"י דאפי' קם מחליו ותובעו חייב לשלם. ובש"ך השיג ודעתו דוקא ליורשין לא טענינן אבל איהו גופי' אם קם מחליו מצי טעין משט' ע"ש ולכאור' נראין דברי הב"י מוכרחין מדברי הראב"י שבמרדכי פ' ז"ב גבי אלמנ' שצוותה בשעת מית' לתת מנכסי' לפ' שבעה זקוקים והבן שתק ואח"כ אמר שאמו לא נשבע' על כתובתה ושתק שלא להכעיס' והשיב כיון שצוותה בפניו ושתק כאלו הוד' שיש לה שבעה זקוקים וכו' ואצ"ל א"ע דאסקינא בפ' ז"ב דאין אדם משט' בשעת מית' ל"ש אם תבעוהו והוד' ל"ש אם תבע הוא לאחר והוד' ע"ש והתם הבן קיים ואפ"ה לא מצי טען משט' ומשום דכשם שאין אדם משט' בשעת מית' כי אין דרך להשטות אדם בו. מיהו לפי מ"ש לקמן בס"ק כ"ה לאו ראי' היא וע"ש:

סעיף ו

שתקו לצוואתו. והוא במרדכי בשם ראב"י באשה שצוותה לבנה שבע' זקוקים מנכסי' לפ' והבן שתק ואחר מיתתה טוען שלא נשבעה על כתובתה והשיב כיון שציותה בפניו ושתק כאלו הודה שיש לה שבעה זקוקים בידו שאין לו חלק ואיך שבא לידה בין במציא' בין מעיסתה קמצה הוד' ששלה וא"צ א"ע דאין אדם משט' בשעת מית' וכו'. והקש' בט"ז מסי' ז' דהיכ' דשתק מתחל' ועד סוף לא אמרינן שתיק' כהודא' ע"ש ובש"ך הקש' מאה"ע סי' ק"ו במחלק נכסיו ע"ש ובמשנ' למלך פ"י מזכי' הקש' מדברי הרא"ש כלל

מ' סי' ב' על לאה שנתנה במתנ' נכסי מלוג כשחלת' ומתה והי' שם בעלה ולא מיח' והשיב דשתיק' לא הוי מחיל' וע"ש שכתב ונרא' לחלק דשאני התם דהשתיק' הוא בגוף הממון לפיכך אינה מחיל' אבל הכא נכסים בחזקתה אלא דרבנן כמו ענה שבוע' וכיון דשתק אנו אומרים ודאי ידע שלא נפרע ע"ש גם בט"ז באה"ע כתב כעין זה ע"ש סי' ק"ו דשם לא אמרינן שתיק' כהודא' והקש' מכאן דהוי כהודא' וכת' דע"כ לא אמרינן דלא הוי הודא' אלא בדבר ברור שהוא חייב כגון כתוב' דעומד ליפרע עכ"פ בשבוע' ואתה באת להפסיד משעת שתיקתה אבל בנדון דראבי' דנכסים כבר בידה ואין לה עליה רק להכריח' לשבוע' בזה אמרינן שתיק' כהודא' שאינו מבקש ממנה שבוע' כמו שלא ביקש ממנה שבוע' עד עתה ע"ש. ולפי מ"ש הט"ז באה"ע ליכא נמי ליישב מה שהקש' בכאן מסעיף ז'. אמנם נרא' דודאי אם הי' הודא' מן הבן שלא נפרעת הכתוב' לא הי' צריך א"ע אפי' בשניהם בריאים דלא שייך השטא' והשבע' היכי דאיכ' שטר וזה מודה שלא נפרע וכדמוכח מס"פ גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה) שם הא דמקוים הא דלא מקוים והקשו תו' שם אכתי נימ' שמא פרע ויצטרך שבוע' והא דהוד' הוי השטא' או השבע' ותירצו דאין הלו' אומר שלא להשביע ולהשטות כשיש שטר ביד המלו' שלא יהיו העולם סבורים שלא נפרע וא"כ לא הי' צריך הראב"ד לבא עליו משום דאין אדם משט' בשעת מית' כיון דבלא"ה לא שייך משט' דהא איכ' שטר כתוב' בידה ואפי' לית לה כתוב' כמאן דנקיט' כיון דאית לה בתנאי ב"ד אלא דבזה שציותה לבן ליתן שבע' זקוקים והבן שתק אינו כמוד' שלא נפרעת דמלא ידע וכי לא זזה ידו מידה דליהוי ידוע לי' שבעלה לא התפיס צררי וצריך לומר דהודאתו שיש לה אצל הבן מעיסתה שבעה זקוקים וכמ"ש הראב"י וא"כ דבר זה אינו אלא חוב שיש לה על הבן ואינו שייך לכתובת' כלל מש"ה הוי צריך א"ע כיון דלית לה שטר על זה וא"כ תו לית לן לחלק בין כתוב' לשאר שתיקות כמ"ש הט"ז ומ"ל כיון דאין זה ענין כלל הודא' על הכתוב' רק על החוב ופקדון שיש לה אצל הבן ועיין בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' ק"ו וסי' קי"ד:

סעיף ז

תופס ממון הנתבע. והיינו כיון דידע שזה התובע יש לו ממונו תח"י לא הי' מוד' אא"כ חייב לו ובס' גי"ת הקש' על בעה"ת דכת' דמהני תפיס' כדאמרינן בטענו חיטין והוד' לו בשעורים כיון דבעה"ת לא הסכים לפי' הראב"ד דטעמ' דפטור בטענו חיטין והוד' בשעורין הוי משום השטא' אלא דעתו משום דהוי כאלו הוד' שאין לו שעורין וא"כ אינו ענין כלל לטענו חטין ע"ש וקושי' זו קשה גם בדברי הש"ע כיון דס"ל נמי בטענו חטין טעמ' דהודא' ע"ש בסי' פ"ח א"כ מנא ליה דמהני כאן תפס לענין השטא' כיון דהא דמשני

בס"פ המניח כשתפס לאו על דרך השטא' קאמר דמהני תפיס ועיין ש"ך ובסי' פ"ח סק"ו יבואר ע"ש:

סעיף ח

הוד' מעצמו דעת הש"ע דהוד' מעצמו א"י לטעון משט' כיון דל"ש כשם שהשטית בי כך השטיתי בך. וכן נרא' לענ"ד עיקר והיא דבכל מקום כשרוצ' לחזור מדבריו הראשונים צריך ליתן אמתלא' לדבריו הראשונים ולא מצי אמר אמרתי דבר זה דרך שחוק וכמ"ש הרמב"ם בפ"ד מאיסורי ביאה ז"ל האשה שאמרה לבעלה טמאה אני לך וחזר' ואמרה טהור' אני ודרך שחוק אמרתי לך תחל' אינה נאמנת ואם נתנה אמתל' לדברי' נאמנת כיצד תבעה בעלה ואחותו עמו בחצר ואמרה טמאה אני וחזרה ואמר' טהור' אני ולא אמרתי לך טמאה אלא מפני אחותך ואמך שלא יראו אותנו הרי זו נאמנת וכל כיוצ' בזה ע"ש והרי מבואר דאם אמרה הי' דרך שחוק אינה נאמנת אלא באמתל' הנכון' וכגון שלא יראו אמך ואחותך וכ"כ הרמב"ם פ"ט מאישות אמרה מקודשת אני כו' אם נתנה אמתל' לדבריה וראינו בדבריה ממש הרי זו מותרת לשני אם לא נתנה אמתל' או שנתנה ואין בה ממש הרי זו אסור' ע"ש וכיון דאפי' באיסור לא מהני חזר' ולומר דרך שחוק אמרתי בראשונ' אא"כ נתנ' אמתל' שיהי' ממש מכ"ש לממונ' וכמ"ש בסי' פ' דיותר בקל מהני חזר' באיסור מגבי ממון וע"ש סק"א וא"כ מה זו אמתל' שהוד' מעיקר' שחייב ועכשיו חוזר ואומר משט' ודאי אין מקבלין כמו שאין מקבלין באשה שחוזרת ואומרת דרך שחוק ובשלמ' שלא להשביע הוי אמתלא' נכונ' שהי' צ"ל כך שלא יחזיקו אותו בעשיר אבל משט' אינו אמתלא' כלל למה אומר כך דרך השטא' לזה כתב רש"י הטעם דאומר כשם שהשטית בי כך אני השטיתי בך וא"כ זה אמתלא' להשטאתו אבל מודה מעצמו דאין טעם להשטא' ודאי אינו נאמן כמו שאינו נאמן באיסור לומר השטא' ושחוק אמרתי וכ"ש בסה"ת גבי טמאה אני לך דאינה נאמנת לומר דרך שחוק והיתול מש"ה אינו נאמן בממון לומד השטא' אלא היכא דאיכ' אמתלאה להשטאתו והיכ' דתובעו ובש"ך האריך בזה והעלה דאפי' במודה מעצמו יכול לטעון משטה ולענ"ד נראה כדברי הש"ך ועיין ש"ך שהבי' ראייה מסוגי' דר"פ הנושא מהא דאמרו שם אי דלא אמר א"ע מ"ט דר"י והתם מיירי במודה מעצמו דאומר חייב אני לך והשטא' לא שייך והשבע' נמי לא שייך כיון שהי' בפני התובע אלא מוכח דגם במוד' מעצמו שייך השטא' ע"ש מיהו אינו ראי' לפי שטת הרמב"ם וש"ע בסי' מ' דמפרשי להך דר"פ הנוש' לאו במוד' אלא במחייב עצמו חיוב חדש וגבי חיוב חדש ודאי בעינן אתם עדי ואפי' הודא' גמור' ל"מ להתחייב ובעי דוקא א"ע ועמ"ש בס"ק י"ד:

סעיף ט

אינו יכול לטעון משטה ז"ל הש"ך אע"ג דמ"מ יכול לטעון השבעה וכדלקמן סעיף כ"א ואפי' לא טען טענינן ליה מ"מ אי טען משטה חייב א"נ נפקא מיניה אם טען להד"מ דאם היה יכול לטעון משטה לא הי' מוחזק כפרן דמילי דכדי לא דכירי אינשי והשתא הוחזק כפרן אע"ג דהיה יכול לטעון השבעה וכדמוכח להדיא מדברי הרמב"ם פ"ז מטוען וכן מוכח מדברי המחבר לקמן סעיף ח' וסעיף י"ד ע"ש ולענ"ד נראה) (דהשבעה נמי מילי דכדי הוא ולא דכירי אינשי ומי שיאמר דברים שלא להשביע יצטרך להעלות על פנקסו שאמר זה כדי שלא יתבענו אח"כ ויאמר להד"מ ויתחייב זה ודאי לא יתכן וכל שאינו אלא דרך שיחה מה לי השטאה מה לי השבעה לא דכיר לה ודברי הרמב"ם פ"ז מטוען היינו בהודה דרך הודאה גמורה וכמ"ש שם במודה דרך הודאה גמורה ומש"ה אע"ג דמצי טען השבעה גם בהודאה גמורה מ"מ דכיר לה עכ"פ כיון שעשאו בכוונה דהא אמר הריני מודה בפניכם וכה"ג מחלקין בסי' ר' לענין הוחזק כפרן ע"ש באומר פרעתי בעדים ובאו עדים ואומרים שלא פרע בפניהם דאיכא חילוק בין הזמינ' דהוי מלתא דרמא על אינש ודכיר לה ובין לא הזמינם דלא רמיא עליה ולא דכיר ע"ש וא"כ ה"ה הכא בהודאה גמורה דכיר לה שהודה בפני עדים הודא' גמור' ומש"ה כשטוען להד"מ משלם אבל היכא דלא היה הודאה גמורה אלא שיחה בעלמא שלא להשביע ודאי הוי מילי דכרי ולא דכיר וכן מורה לשון הסמ"ע בס"ק כ' ע"ש וא"כ אם טען להד"מ היכא דלא היה הודאה גמורה אז גם במודה מעצמו אמרינן שלא להשביע הודה ולא דכיר לה והא דקאמר אינו יכול לטעון משטה היינו אם טען משטה כן נראה ברור:

סעיף י

אתם עדי ע' ש"ך שהאריך והעלה דא"ע מהני אע"פ שאין התובע עמו ואע"פ שבהודאה גמורה אם אין התובע עמו אכתי יכול לטעון שלא להשביע אבל בא"ע אינו יכול לטעון כלום וגם המרדכי והגהת מיימוני ס"ל דא"ע מהני אפי' שלא בפני התובע ומ"ש המרדכי בשם ר"י דל"מ שלא בפניו משמע במרדכי דפוס קראקא דדברי המרדכי דלמטה הם דברי ר"י ולעיל מיניה שכתב דחתם עדים שלא בפניו לא מהני המה בשם פוסק אחר וכן נראה דכיון דגם הרא"ש והגהת מיימוני סברי דא"ע מהני שלא בפניו א"כ מסתמא שניהם כתבו דברי ר"י בעל תו' וא"כ דברי המרדכי הראשונים נראה שהם פוסק אחר והניח בתימ' דברי הטור שכתב בסימן ל"ב ובסי' זה דא"ע ל"מ שלא בפניו שהם נגד דברי הרא"ש ע"ש שהאריך בזה.) (אמנם דברי ר"י שבמרדכי המה דעת תו' בפ' הגוזל קמא דק"ח תבעוהו בעלים לשומר ונשבע והוכר הגנב תבעו שומר והודה תבעוהו בעלים

וכפר והביא עדים מי נפטר בהודאת שומר או לא נפטר הגנב בהודאת שומר אמר רבא אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר ואם בשקר נשבע לא נפטר הגנב בהודאת שומר וכתבו תו' ז"ל תבעו שומר תבעוהו בעלים והביא עדים משמע דהודאה לאחר שאינו בע"ד דלא הוי הודאה ותימא אמאי לא בעי לענין קרן גופי' כשלא באו עדים אי הוי הודאה או לא ואמאי נקט והביא עדים משמע דלא מבעי' אלא לענין כפל וי"ל משום דאקרן לא הוי מצי למיפשט הא דפשיט אם בשקר נשבע לא נפטר הגנב ע"ש והרי מבואר להדיא מדברי התו' דאפילו הודה בפני בית דין מומחין דכל הודאה ליפטר מכפל ודאי בעי סמוכין ואפ"ה ל"מ הודאה שלא בפני בע"ד להתחייב בקרן א"כ מכ"ש הודה לפני עדים אפי' אמר א"ע לא עדיף מב"ד מומחין וסמוכין וא"כ הא דכתב המרדכי בפ' ז"ב בשם ר"י דלא מהני הודאה שלא בפני התובע המה דברי ר"י בעל תוס' וכמ"ש במרדכי ר"פ הגוזל קמא וז"ל תבעו שומר והודה דקדק הרי"ף מדנקט הודה לבעלים או לאחר שהוא במקום בעלים מכלל דאם הודה לאחר לא הוי הודאה וכ"כ ר"י בעל תוספות בבבא קמא עכ"ל הרי מבואר דדברי המדדכי שבפ' ז"ב המה דבריו שבפ' הגוזל והמה דברי ר"י בעל תו' והוא בתו' שלפנינו וכמ"ש ובלי ספק דבר זה היה בהעלם מן הש"ך וכיון דזה ודאי דר"י בעל תו' הכי ס"ל דל"מ הודאה שלא בפני תובע א"כ גם הגהת מיימוני והרא"ש נמי סברי הכי ודוק. אמנם לשיטת הפוסקים דסוברים דמהני הודאה גם שלא בפני תובע הלא הם כתובים בשמותם בש"ך צ"ל הא דמבואר בש"ס דהודאה שלא בפני התובע ל"מ היינו דוקא בהודאת קנס דאינו נפטר אלא כשהוד' בפני התובע אבל תובעו אחר לא נפטר בהודאתו אבל בהודאת ממון לחיוב מהני אפי' שלא בפני התובע וכדאשכחן דחלוק נמי הודאת קנס דבעי דוקא בפני סמוכין וכמבואר בטור סי' א' והודאת ממון לא בעי סמוכין אבל התוס' סברי דהא בהא תליא דכיון דל"מ לחייב עצמו שלא בפני התובע בקרן מש"ה גבי קנס נמי לאו הודא' והיכי דהוי שומר בע"ד דיכול לחייב עצמו בקרן הוי נמי מרשיע עצמו לענין קנס ומש"ה הקשו תו' דאמאי לא בעי לענין קרן אך קשה מהא דפ' מרובה (בבא קמא דף ע"ד) מעשה בר"ג שסימא את עין טבי עבדו והיה שמח שמחה גדולה מצאו לר"י א"ל אי אתה יודע שטבי עבדי יצא לחירות כו' שסמיתי את עינו א"ל אין בדבריך כלום שכבר אין לך עדים ופריך הא יש לו עדים חייב ש"מ מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב ע"ש דמשני שלא בפני ב"ד מוד' ות"ל דהי' הודאתו שלא ע"י תביעת העבד וגם טבי עבדו משמע דלא היה שם כלל בשעת הודאה דהא קאמר לשון נסתר אי אתה יודע שטבי עבדי יצא לחירות וא"כ לא נפטר משום מודה בקנס ולפי שיטת תו' דתליא זה בזה דמש"ה לא מיפטר בהודאת קנס שלא

בפני התובע משום דאינו מתחייב בהודאה שלא בפני התובע ולא הוי מרשיע עצמו א"ל כיון דהמודה לחבירו קבלתי ממך כך וכך א"צ א"ע וכן בתפס ממון התובע א"צ א"ע כמבואר בסעיף ד' ועבד הוי תפוס בעצמו ולא בעי א"ע ולא תביעת בע"ד אבל לפי שיטת הפוסקים דבחיוב מהני אפי' בלא תביעה מבע"ד וא"כ ע"כ תבעו שומר דלא מיפטר גנב צ"ל דבקנס הוא דל"מ הודאה ליפטר אלא דוקא הודאה ע"י תביעת בע"ד הדרא קושיין לדוכתי וצ"ע בכל זה:

סעיף יא

הודא' בפני ע"א ודעת בעה"מ והראב"ד דהודא' בפני ע"א לא מהני ודעת הראב"ד דהודא' בשנים בזא"ז נמי ל"מ עד שיאמר כל אחד בפני הודה ובפני עוד עד אחר אבל דעת בעה"מ בשני עדים זא"ז אינו מפורש והעלה הש"ך בדבריו דס"ל דכה"ג מהני הודאתו ודוקא בע"א ס"ל למאור דל"מ הודאה אבל בפני עדים אפי' בזא"ז ואפי' אינו אומר בפני ובפני עוד עד אחר נמי הוי הודאה כיון שהודה נמי בפני השני וע"ש וכ"כ במוהרי"ט חלק ח"מ סי' י"ח ע"ש ואתפלא בזה דכיון דהודאה בפני עד א' לאו כלום הוא ואינו אלא מילי דכדי ולא מחשיב הודאה אלא בשביל שהודה עוד בפני אחד וכיון שהודה ב' פעמים מסתמא לאו השטאה היא ואנן מנא ידעינן שהודה זה שני פעמים דשמא לא הודה אלא בראשונה ולהשטאה כיון דהוי בפני א' ואח"כ שוב לא הודה ואי משום דקאמר העד השני שקורי משקר דהא ע"א ל"מ לחיוב ממון ובעלמא דמצטרפין עדות מיוחדת היינו משום דלדברי שניהן חייב מנה ז"א מנה בניסן וז"א מנה בתשרי ומצטרפין עדותן לקבל מתוך השנים מנה אחד אבל כאן אם ע"א שקורי משקר תו ליכא הודא' כלל וא"כ ישבע להכחיש העד השני שלא הוד' אלא בראשונ' להשטא' ויפטור ועוד דכיון דהודא' בפני א' ל"מ א"כ כי אתי עד שני ואמר שהוד' גם בפניו אינו אלא כמו א' אומר אחת בגב' וא' אומר א' בכריס' דהוי חצי עדות וחצי דבר ולכן נרא' העיקר לדעת בעה"מ דס"ל ג"כ כדעת הראב"ד דל"מ אא"כ שאומר בפני הוד' ובפני עוד עד אחר וא"כ הא דהודא' אחר הודא' מצטרפין ודאמר לכל חד וחד כו' וכמ"ש בעה"מ ולכן השגת הרמב"ן היא עצומ' דההיא אוקמת' אידחא ובש"ך כתב על הרמב"ן חוץ מכבוד תורתו של הרמב"ן וכו' ופי' לדברי בעה"מ דהודא' אחר הודא' מצטרפין כשהוד' שני פעמים מ"ש וזה לא יתכן כלל וכמ"ש. ומ"ש הש"ך בהלוא' אחר הודא' דהוי נמי תרין ע"ש לא אתברר דמה מהני הלואת תשרי להודאת ניסן שלא יהי' משט' בניסן ובמוהרי"ט ח"א סימן ע"ב הסכים נמי לדעת בעה"מ הודא' אחר הודא' לא מצטרפי אלא כשהוד' בפניו ובפני עוד אחר וכדעת הראב"ד:

סעיף יב

הויא הודא' עש"ך בשם גי"ת שיש מקום עיון היכא דטוען אמת הודיתי בפני העד ומשט' הייתי בו מה דינו להרמב"ם דנרא' שיהי' נאמן במגו דהכא ל"ש הטעמים שכתבו המפרשים לבטל המגו דנסכא דר"א עיין שם ולא אדע למה לא שייכי הכא הטעמי' שכתבו לבטל המגו בנסכא דר"א דהא בתו' פ' חז"ה כתבו שני תירוצים לבטל המגו האחד משום שאינו רוצ' להכחיש העד ולישבע נגדו בדבר שהעד מכחישו והב' בשם ריב"ש דהכי גז"ה דכ"ז שלא נשבע ישלם ולא יועיל המגו ע"ש וה"נ אם יכחיש העד ויאמר להד"מ יצטרך לישבע נגד העד וכמ"ש הרמב"ם בטוען להד"מ צריך לישבע ותי' ריב"ש נמי שייך הכא וזה פשוט. אמנם נרא' דאפי' הוד' בקרקעות ועבדים ושטרות דלית בי' דין נסכא דד"א דלא שייך בו דין משאיל"מ מ"מ כל שהוד' בפני ע"א שזה הקרקע שלו וכשתובעו אומר אמת הודיתי אבל משט' אני בך לא מהני מגו דידי' דהיכי דאנן סהדי דלאו להשטות נתכוין לא מהני שום מגו ואם מודה בפני ב' עדים באתם עדי נמי יאמר אמת הודיתי ולהשטות נתכוונתי ויהי' נאמן במגו דפרעתי אלא ודאי כיון דמוד' בא"ע דאז מסתמא ודאי לא להשטות נתכוין הוי מגו במקום חזק' ועיין ש"ך בס"ק ח' דאפי' מוד' שהי' הודא' בינו לבינו ע"ש א"כ ה"נ כיון דכל שאומר לעד א"ע לאו להשטות נתכוין זה שאומר אמת הודיתי ולהשטות נתכוונתי אע"ג דאית לי' מיגו אינו נאמן כיון דמסלק השטא' תו אינו נאמן בשום מיגו וא"כ אפי' היכא דלא שייך נסכא דר' אבא כגון בקרקעות נמי צריך לשלם וזה ברור:

סעיף יג

החביא לו עדים. ויש להסתפק אם צריכין לראותו מתוך הכילה בטביעת עינא דאם לא כן שמא אחר הי' או סגי בט"ע דקלא ושמיעת קולו מהני. והנה בפרק גיד הנש' דף צ"ז השתא דשמעינא להני שמעתא אמינא ט"ע עדיפא דאל"כ היאך סומא מותר באשתו ובני אדם מותרים בנשותיהן בליל' אלא בט"ע דקלא אמר ר"נ בר יצחק דאילו אתי בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא והאי סי' קטיל נפשא לא קטלינן לי' ואלו אמרי אית לן ט"ע בגוי' קטלינן וא"כ משמע דאפי' ט"ע דקלא נמי מהני אפי' לר"נ ולא מצי אמר לאו אנא הואי אך בפרק ארבע מיתות (סנהדרין דף ס"ד) גבי הכמנת עדים דמסית תני ושאר כל חייבי מיתות שבתור' אין מכמינן עליהם חוץ מזו כיצד עושין לו מדליקין את הנייר בבית הפנימי ומושיבין לו עדים בבית החיצון כדי שיהיו הן רואין אותו ושומעין קולו והוא אינו רוא' אותן וכתב רש"י הן רואין אותו לאור הנר שעמו דאי לא מצי חזי לי' לא מצי מסהדי עלי' לחיובי' קטלא ואע"ג דשומעין קלי' דמני אמר לאו אלא הואי ע"ש.

ומזה משמע דלא מהני טביעת עינא דקלא לד"נ וא"כ ה"ה לד"מ ל"מ לאפוקי ממונא. וראיתי בפר"ח בהלכות עכו"ם כתב נמי דרש"י ס"ל דלא מדמינן ט"ע דקלא לט"ע דעלמא אלא לענין איסורא שיהא סומא מותר באשתו וכל אדם בליל' ואח"כ כתב א"נ י"ל דהכא לא סמכינן אטביעת עינא דקלא משום דמסתמא המסית מדבר בלחיש' ומשתנ' הקול כו' וזה עיקר עכ"ל אבל לי נרא' העיקר כדבריו הראשונים דלא מהני כלל טביעת עינא דקלא וכן מצאתי בשלטי גבורים פרק זה בורר וז"ל בשם הר"ר מאיר הלוי ז"ל שכתב בפרק ארבע מיתות גבי מסית שמדליקין לו הנר בבית הפנימי ומושיבין לו עדים בבית החיצון כדי שיהיו שומעין את קולו ורואין מהא שמעינן דאין העדים יכולים להעיד על דבריו של אדם אלא א"כ ראו אותו ושומעין קולו ע"כ ע"ש. ואי כדברי הפר"ח האחרונים אינו נשמע ממסית אלא ודאי אין לחלק והעיקר דלא מהני ט"ע דקלא אלא גבי איסור ואפי' על סימנים סמכינן באיסורא אבל להוציא ממון לא מהני סימנין וכמבואר בתוס' שם פ' ג"ה דאלו אתי בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא והאי סימנא לוה לא מהני ה"ה טביעת עינא דקלא לא מהני וכן בד"נ לא מהני ט"ע דקלא ומצי אמר לאו אנא הוא. וע"ש בש"ג שכתב על דברי הרמ"ה הנזכר שזה נוטה לדברי הראב"ד דכתב באחד שהטמין עדים אחורי הגדר וקידש את האשה וקיבל' קידושין ולא ראתה העדים ואח"כ אמר' שלא הי' בלב' להתקדש אלא משט' היתה בו לפי שלא ראת' העדים שאינה מקודשת אע"ג דמלתא דאית בי' מעשה לא בעי א"ע קידושין כיון דבעי עדים והמקרש בלא עדים אעפ"י ששניהם מודים אינה מקודשת וסברה שאין כאן קידושין כלל וקיבלה הקידושין דרך השטא' ע"ש וזה אינו ענין כלל לדברי הרמ"ה דהא טעמא דהראב"ד לאו משום דלא הכירו האשה דהא לענין איסורא עכ"פ מהני דאל"כ סומא היאך מותר באשתו אלא אפי' ראו את האיש והאשה ע"י חור שבכותל לא הוי קידושין כיון שהאשה לא ראתה את העדים ועיין באה"ע סי' מ"ב:

סעיף יד

שלא להשביע בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ט) איבעיא להו שכ"מ שהודה מהו ת"ש דאיסור גיורא ה"ל תליסר אלפי זוזי בי רבא כו' נפק אודית' מבי איסור ופי' שם הרשב"ם דאיבעי' מי אמרי' שלא להשביע הודה או דלמה כיון דאודי אודי ומסיק דהודאתו הודאה ואע"ג דאמרי' אדם עשוי שלא להשביע את בניו ה"ט כיון שעושה עצמו עבד לוה ודאי להחזיק עצמו בעני הוא אבל כאן שהממון בעין והוא מוד' של פ' י"ל שהפקידו אצלו מקודם לזה או הקנהו לו ע"י אחר ע"ש ובתו' הקשה דא"כ איך פשיט מאיסור גיורא דהתם לא שייך שלא להשביע את בניו ע"ש ונרא' לר"י לפרש שכ"מ שהודה מהו מי

שהודה לפ' מנה אע"פ שאנו מוחזקין ביה שאין לו מי אמרי' דקני במתנת שכיב מרע ואם עמד חוזר או דלמא קני לגמרי ואם עמד אינו חוזר ופשיט מההיא דאיסור גיורא דקני לגמרי במתנת בריא ע"י הודאתו דאי במתנת שכיב מרע היכי קני הא כל מאן דאיתא בירושה איתיא במתנ' שכיב מרע כו' עוד יש מפרשים שכיב מרע שהוד' פי' שהוד' שיש לו פקדון בידו מי מהני להקנותו באמיר' בעלמא ופשיט מאיסור דקני באמיר' בעלמא וה"ה בבריא הוי מצי למיבעי' ע"ש וכבר כתבנו בסי' מ' דאע"ג דגבי כל הקנינים לא איברי סהדי אלא לשקרי אבל בקנין אודיתא צריך לגוף הקנין עדים וא"ע והיכא דלא אמר א"ע אע"ג דהוד' בעצמו שלא היה כונתו להשטות מ"מ אודיתא לא מקרי אלא בא"ע וכיון דלא מקרי אודיתא לא קני וע"ש והנה ראיתי בשו"ת מוהר"ש הלוי חלק ח"מ סי' י"ט וז"ל נלענ"ד לדעת התו' דס"ל דזאת הודאה הוי כקנין ומקנה משום דהוי כמתנת ברי' נראה דגם באלה הנכסים קנה אותו פ' וליכא טענת השבעה מהכרח דלא ימנע מב' צדדים דלמאי ניחוש לה אם הוא של שכיב מרע הרי ס"ל לתו' דהוי ליה כמתנת ברי' שרוצה להקנות בהודא' זו לפ' מנכסיו ובמתנ' שאדם נותן מנכסיו ליכא טענת השבעה וא"ת שאינם של השכיב מרע אלא של אותו פ' והפקידם אצל השכ"מ ועתה מצווה שיחזירם לו מה טוב לתת לכל א' חלקו ואין לומר טענת שלא להשביע אותו עשאו ומש"ה הודה אבל מעולם הוא רוצה שיהיה שלו דאפי' יהיה שלו הרי באותה הודאה רוצה להקנותם לאותו פ' ולדעת התו' מהני והריטב"א בחידושיו למס' ב"ב אחר שהביא פירוש רשב"ם ודחהו וכתב הנכון כמו שפירש ר"י דהכא כשמודה הודא' כראוי באתם עדי בדבר שאנו מוחזקים בו ודאי שהו' שלו ואינו אומר אלא דרך מתנה מי הוי כמתנה ואם עמד חוזר או הוי כהודאת בריא עכ"ל נראה דהבין הריטב"א בפי' ר"י דצריך שיאמר א"ע ותימא לי דהרי התו' לא הזכירו בפי' ר"י כן ועוד קשה דאי ס"ל לר"י דהודאה כמו מתנת בריא ובהודאה מקנה לאותו פ' הנכסים למה צריך א"ע דאי כדי לבטל טענת השבעה הא לא צריך וכי בדבר שאדם נותן משלו לחבירו צריך שיאמר א"ע ודברי הריטב"א צל"ע. ולא ידענא מה קאמר דודאי היכא דאמר א"ע דאז ידעינן שלא כיון להשביע אז הדין כן אם באפשר לומר שהאמת אתו שהוא של חבירו כמו הודאתו ודאי אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים והיכא דמוחזקין אנו שאין האמת כהודאתו אז אמרינן דקנה מתורת אודיתא ואם א"ל שהיה בטעות שזה הודה של חבירו הוא מחמת שסבור כך ובאמת אינו כן נמי לא קנה דלא היה קנין כלל רק סבור שהוא של חבירו ונמצא שאינו כן ועיין ש"ך ריש סימן מ' אבל היכא דליכא א"ע דאמרי' שלא להשביע אמר א"כ הודאה אין כאן וקנין אין כאן דהא אנן אמרינן שלא רצה להקנותו כלל והא דאמר היינו שלא להשביע ותדע דהא

גם להרמב"ם גם בחוב יכול לחייב עצמו בא"ע וכמ"ש בסי' מ' והו' ג"כ מטעם אודיתא עמ"ש שם סק"א וא"כ היכי משכחת טענ' שלא להשביע נימא ממ"נ אם חייב ישלם ואם אינו יתחייב בא"ע א"ו כיון שאמר שלא להשביע אין כאן לא הודא' ולא חיוב וכ"כ בב"י סי' רצ"ה ע"ש ז"ל אבל אם הודה נותנין לו דבר פשוט הוא כו' אלא שהו' רוצה ליתן מתנה ומיהו שתהיה הודא' כהלכתא שלא יפול בה טענת שלא להשביע את בניו וכיוצא בזה ע"ש וכ"ז פשוט מיהו באודיתא דאיסור גיורא כיון דלא שייך ביה כלל שלא להשביע את בניו מיקרי אודיתא אפי' בלא א"ע ודוקא היכא דשייכא שלא להשביע אז אפי' היה בלבו להקנות אינו קונה דלא מיקרי אודיתא כיון דשייך ביה שלא להשביע וצריך דוקא א"ע אבל באיסור גיורא דלא שייך שלא להשביע הוי אודיתא דידיה כא"ע ואפ"ה שפיר קא פשיט אודיתא דשכ"מ בא"ע מאודיתא דאיסור בלא א"ע כיון דשניהם קנין ע"י אודיתא ובהגהת אשר"י משמע דהך אודית' דאיסור גיורא מהני לקנין בלא אתם עדי ע"ש ומיהו לאו ראיה היא לאחר וכמ"ש דהיכא דשייך שלא להשביע לאו אודיתא היא אלא דנראה לענ"ד דגם באודיתא דאיסור גיורא כיון דלאו כ"ע ידעי שזה בנו לא מיקרי אודית' בקנין אלא באתם עדי וצ"ע ועיין מ"ש בסקי"ט:

סעיף טו

אפי' אמר א"ע עיין סמ"ע שכ' לדעת הראב"ד היינו דוק' באו' הנתבע א"ע ושתק התובע אבל אמר התובע א"ע ונתבע שותק ליכא למ"ד שיוכל לטעון שלא להשביע והשיג על הב"י שדעתו כדברי הראב"ד דאפי' אומר התובע א"ע יכול לטעון שלא להשביע ע"ש ודעת הש"ך כשטת הב"י בדברי הראב"ד ע"ש ומיהו בתובעו והודה בא"ע ודאי לא מצי טעין שלא להשביע אפי' למאן דס"ל דגם בתובעו והודה שייך שלא להשביע כיון דכאן תובעו וגם הוד' בא"ע ודאי אינו י"ל שלא להשביע ודברי הטור מה שמשיג על הראב"ד אין להם ביאור ויבואר בס"ק כ"ד ע"ש:

סעיף טז

אינו יכול לפטור. עיין ש"ך דלהכי כתב בשם יש מי שאומר דהנ"י ראה שבעה"ת חולק בזה בשער מ"ב וס"ל דאפי' במוד' ע"י תביע' שייך שלא להשביע עמ"ש סקכ"ד:

סעיף יז

כת"י שביד חבירו הרמ"א העלה זה ליישב דברי הרא"ש דלא תיקשי אהדדי ודברי הש"ע בסעיף שאח"ז ועיין עוד שם בסמ"ע דמפ' לה דמיירי בהוד' ע"פ וגם כותב ובכנה"ג הביא כל החלוקים שמחלק בס' דברי ריבות והדרך הראשון הוא דהיכא דהי' י"ל שלא להשביע בע"פ וטרח וכתב כולי האי לא עביד אינש והיא התשוב' בכלל ס"ה אבל התשוב' דכלל

ס"ח והוא בש"ע סעיף י"ח לא היה יכול להשביע עצמו בלא כתיבה ולכן יכול לטעון כן אפי' בכתיבה וע"ש שהאדיך ולענ"ד המחוור הוא הדרך הראשון שכתב והוא דהיכא דהיה יכול לומר שלא להשביע בע"פ וטרח וכ' אז הוא הוא דלא אמרי' שלא להשביע וכו' וכבר הוכרחנו לחלק בכיוצא בזה בסי' קפ"ה ביו"ד באשה שאמרה טמאה וכו' ונתנ' אמתלא לדברי' נאמנת ואם לבשה בגדי סינור אינה נאמנת לחזור באמתלא והוא מדברי הרשב"א דמשום בושה או אונס מקרי ואמר' טמאה אבל לעשות מעשה כולי האי לא עבד'. ובש"ע יו"ד סימן א' בטבח שעש' סי' בראש כבש השחוט שיהי' נראה שהוא טריפה ואחר כך אמר אמתלא' כדי שלא יקחו אחרים ולא ישאר לו נאמן וזה הוי תרתי דסתרי אהדדי לכאור' וכבר עמדו ע"ז הלא המה הד"מ והט"ז וכל האחרונים והוכרחנו לחלק דבסי' א' לא הי' יכול לעשות כפי אמתלאתו כי אם ע"י מעש' אבל בסי' קפ"ה הי' לה לומר בע"פ טמא' אני והיא עשת' מעש' ולהכי אינ' נאמנת וכ"כ בדריש' סי' קפ"ה דכיון שהית' י"ל בע"פ טמא' אני לכן אינה נאמנת כשעשת' מעש' משא"כ בסי' א' הוצרך לעשות המעש' וא"כ ה"נ יש חילוק זה דהא השבע' היא כעין אמתלא' אע"ג דאמתלא לא מהני בממון וכמבואר אצלינו בסי' פ' סק"א אבל טענת השבע' מהני לאמתלא' אפי' גבי ממון וכמ"ש שם ולהכי כשכותב הוי מעש' כיון דבע"פ הי' י"ל. אבל בשטר שחציו לפ' דהוצרך לכתוב על גוף השטר כדי שמי שיהי' רוא' אצלו יסבור שאינו שלו והוי כהך דסי' א' הנ"ל. ולפי"ז ה"ה בכותב על חפץ שלו שהוא של אחר שייך נמי שלא להשביע כיון דהוצרך למעש' כדי שמי שיהי' רוא' החפץ יסבור שאינו שלו וכמ"ש המרדכי פ' ז"ב אבל בכותב עליו שהוא חייב לאחרים לא שייך לומר הכי וא"כ הי' י"ל בע"פ בפני כמה אנשים ובסמ"ע כת' על דברי ריבות שתרוציו רחוקים ולדעתו הדרך הראשון הוא המחוור ובדריש' עצמו מחלק כן בסי' קפ"ה ולפמ"ש דכותב על החפץ שהוא של אחר שייך שלא להשביע וקשה בהא דתנן בפ"ד דמעשר שני מצא כלי וכת' ק' קרבן דהיינו הקדש ד' דימוע מ' מעשר ט' טבל ת' תרומ' שבשעת סכנ' היו כותבין תיו תחת תרומ' ונימא דכת' ק' שהוא של הקדש כדי שלא להשביע כיון דבמוד' להקדש נמי שייך שלא להשביע לפי מ"ש בכנה"ג וע' במוהרי"ק שורש קע"א ועמ"ש בס"ק כ':

סעיף יח

המוסר לחבירו שטר. ז"ל הש"ך ה"ה אם אמר ליה לשון זה אני חייב לך מנה בשטר נרא' כיון דלהרמב"ם והמחבר לעיל סי' מ' יכול לחייב עצמו בכה"ג כ"ש דמהני לענין הודא' וכ"כ רב האי גאון במשפטי שבועות ונרא' דאף הרמב"ן והרשב"א שחולקים על הרמב"ם במחייב עצמו מודים כאן עכ"ל. ולא נרא' כן מדברי הרמב"ן בספר המלחמות ס"פ גט

פשוט על דברי הרי"ף שכ' וז"ל אמר רב הונא שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזק' אין אדם עוש' קנוני' על הקדש ודוק' דאיתי' בידי' שטרא דמקוים אבל אי איתי' בידי' שטרא דלא מקוים אמר תנו קיימא לשטרא לא אמר תנו אין נותנין מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את עצמו וה"ה היכ' דליכ' לשטרא בידי' אי אמר תנו נותנין ושמעינן מהא היכ' דאמר בתורת הודא' אע"ג דלא אמר תנו נותנין עכ"ל הרי"ף וכת' בעה"מ שטעות הוא ואין לסמוך עליו ואפי' אמר בתורת הודא' גמור' כל היכ' דלא אמר תנו ולא קיימי' לשטרא אין נותנין וזה דבר ברור דה"ל כמלו' ע"פ ואין גובין ממשעבדי ותמה על עצמך אף כשאמר תנו אין נותנין לגבות ממשועבדים בלא שטר מקוים ע"ש והרמב"ן כת' ז"ל אבל תמהני שאומר וה"ה היכ' דליכ' שטרא וכו' והא מלו' על פה אינו גוב' ממשועבדי' ונרא' שכך הוא דאע"ג דלא נקט שטרא בידי' אלא שכ"מ הוא שציוה ואמר מנה לפ' עלי בשטר תנו אותו לו נותנין דאיהו ודאי קושטא קאמר ולא משקר והרי הוא כמוצי' לפנינו שטר מקוים עכ"ל וכ"כ הרמב"ן שם בחידושיו לב"ב וא"כ כיון דאומר מנה לפ' עלי בשטר לא אמר תנו למה אין נותנין כיון דלא שייך שלא להשביע דהא חייב אני מנה בשטר הוי כמו אתם עדי. וגם בש"ס שם ס"פ גט פשוט אנו מוכרחין לפרש כן לפי ס"ד שם דלא איירי רב הונא דנקיט שטר מקיים וא"כ היכי גוב' ממשועבדים וצריך לומר דאמר מנה לפ' בשטר עליו ואפ"ה יכול לטעון השבע' וכיון דהרמב"ן סובר דאפי' להודא' לא מהני בשטר כמו אתם עדי אם כן יגיד עליו ריעו דגם הרשב"א דחולק בחיוב דלא מהני כשאומר חייב אני מנה בשטר דה"ה דלא מהני בהודאה) (וכיון דלהרמב"ן והרשב"א לא מהני חייב אני מנה בשטר א"כ מספיקא לא מפקינן ממונא מן המוד' ודוק:

סעיף יט

בחזקת שהוא חייב כת' הסמ"ע דאי לא בחזקת שהוא חייב אע"ג דנתברר שאינו חייב הי' צריך לשלם כשמוד' בהודא' גמור' להרמב"ם ובש"ך כת' דגם להרמב"ם י"ל דוקא באתם עדי והסמ"ע דמשו' לדעתו הודא' גמור' מנא ליה הא דאף דלהרמב"ם דס"ל דהודא' גמור' הוי כא"ע היינו שלא יכול לומר משט' אבל להתחייב בדבר שאינו חייב אפשר דלא מהני רק א"ע ע' שם וכן נרא' לענ"ד דאפי' אי נימ' דהודא' גמור' מסלק השטא' וגם השבע' מ"מ לענין חיוב חדש לא מהני רק א"ע או חייב מנה בשטר דהוי כא"ע וכן משמע מדברי הש"ע סי' מ' שכת' המחייב עצמו בממון לאחר כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפ' מנה ולמה הצריך לאתם עדי הא לדעת הש"ע במוד' מעצמו לא אמרי' משט' ובפני התובע לא אמרי' השבע' והתם הי' בפני התובע אלא ודאי דכל זה דמחלק השטא' והשבע' היינו לענין הודא' אבל לחיוב חדש צריך א"ע דוק' ועמ"ש בסק"ח וא"כ ה"ה

הודא' גמור' לא מהני ומזה ממיל' מוכרח דגם באודיתא דאיסור גיורא אע"ג דלא שייך שם השבע' לענין צריך דוקא א"ע ועמ"ש בס"ק י"ד:

סעיף כ

שלא להשביע כת' הרדב"ז בח"א סי' קע"ג ראובן שקנה בית ואמר שקנה אותו להקדש אינו יכול לטעון שלא להשביע את עצמי אמרתי שהוא של הקדש דירא מן ההקדש ע"ש וכת' בכנה"ג על דבריו ז"ל אמר המאסף אשתמיטתי' למרן ז"ל הא דתני' בפ' ז"ב הרי שראו את אביהן שהטמין מעות בשיד' תיב' ומגדל ואמר של מעשר הם וכו' והטעם משום דאמר כן כדי שלא להשביע כו' שוב בא לידי תשובת הרב מוהר"א די בוטין ז"ל כ"י וראיתי בסי' קל"ו כת' דאפי' בהקדש שייך טענת השבע' והבי' ראיה מהך ברייתי' עכ"ל. ולענ"ד נרא' כדברי הרדב"ז דבהקדש ל"ש שלא להשביע דכיון בפני התובע ל"ש שלא להשביע דירא שלא יתבענו וא"כ בהקדש כ"ע מצי תבעו ירא שלא יתבענו ומהך דמעשר לאו ראיה דמעשר ממון בעלים הוא ואפי' למ"ד ממון גבוה יכולים הבעלים לאוכלו בקדושת מעשר ואין לאחר בהם כלום ועוד דהתם פ' ז"ב הכי אית' הרי שראו את אביהם שהטמין מעות בשיד' תיב' ומגדל ואמר של פ' הם של מעשר שני הם אם כמוסר דבריו קיימים אם כמערים לא אמר כלום ופירש"י שם דאומר לבנו כן כמערים כדי שלא ירבו בהוצאות אומר שהוא של אחר וע"ש ואין זה טענת שלא להשביע אלא אמתלא' אחריתי נגד בניו שלא ירבו בהוצאות ואין למדין השבע' מהשבע' אף ששמותיהן שוין חלוקין הן בענינם ותדע דהא להרשב"א במוד' במנה פקדון לא מהני טענות שלא להשביע וכמבואר בפרק מ"ש ודוק' בחוב הוא דמהני שלא להשביע וכמבואר וא"כ התם באומר של פ' הם אמאי לא אמר כלום דכיון שאומר של פ' משמע דהוי פקדון דגבי חוב ל"ש לומר של פ' דמלו' להוצא' ניתנ' אע"כ דהתם הוא מלת' אחריתי שאומר כן לפני בניו שלא ירבו בהוצאות ומהני אפי' בפקדון וא"כ לאו ראי' הוא להקדש וז"ב ועמ"ש בס"ק י"ז

סעיף כא

שלא להשביע לא שייכ' עמ"ש בסי' פ' סק"ח דל"מ בממון שום אמתלא אלא השטא' והשבע' וע"ש ודלא כתשובת מוהר"ש הלוי אמנם במרדכי פ' מי שמת משמע דמהני אמתלא וז"ל היכ' דאמר ברי שלא בפני בעל הפקדון יש לפלו' בידי והעדים שמעו י"ל שלא להשביע עשיתי או שיאמר שום אמתלא ונאמן הוא בכך הואיל שלא הי' בפני בע"ד אף שהי' אומר א"ע ע"ש ומשמע דאפי' שאר אמתלאות נמי מהני וא"ל דא"כ בפני התובע ואפי' תובעו נמי יועיל אמתלא' דהחילוקים שכתבו בין תובעו או בפני התובע לאין תובע

עמו לענין השבע' נרא' דאין לחלק בכך לענין שאר אמתלא' דהא משיב אמתלא' שהוצרך להודות לו אחר שתובעו דאמתלא בכל דוכתי אפי' לענין איסור ל"מ היכ' דהוי שם איז' תביע' וכמ"ש מוהרי"ט בחלק אה"ע סי' ח' ז"ל ועוד מסתבר' שאין מקבלין אמתלא' אלא כשהו' אומר ומוד' מעצמו אבל היכ' דהי' שם מי שמעיד והוא מוד' לדבריו אי לאו דידע רגלים לדבר לא הי' מוד' ובההיא שאמר' א"א אני אלו הי' שם ע"א שהי' מעיד או שאמר לה ולא א"א את ואמר' הן ל"מ לה אמתלא דאין אדם עשוי להודות בדבר שאינו אלא עשוי הוא להכחישו שכל שיודע שיש מי שמעיד עליו לא יאמנו דברי אמתלא וכן מצינו בממון דכשהאדם מוד' ואין מי שתובעו מצי אמר אמתלא לדבריו שלא להשביע הודיתי אבל כשהלה תובעו ומוד' אין אדם עשוי להודות בשום ענין כשיש תובע ע"ש וא"כ ה"ה לדברי הרמב"ם דס"ל דתובע עמו נמי אינו יכול לטעון השבע' דהוי כתובעו ה"ה אמתלא' מה"ע אינו י"ל דתובע עמו הוי כמו תובעו ולפ"ז הא דאמרו בההיא עובדא דקב רשו אדם עשוי שלא להשביע ה"ה שאר אמתלאות אלא דנקט חד מנהון אך ק' דא"כ ר"י בר"י שדן דל"א שלא להשביע אלא א"ע ולא את בניו למה לא טען בעד היתומים שאר אמתלאות דהא אלו אביהן קיים והוי טוען נאמן ואע"ג דאנן לא ידעינן האמתלאות של אביהם יכולין אנחנו לטעון שאינו חייב ואלו אביהם קיים הוי אמר איזו אמתלא' במה שהוד' שחייב לכן נרא' דגם לדעת המרדכי דוק' כי טען איהו גופי' אמתלא' דידי' וסיב' הניכר' לב"ד וכמ"ש הרמב"ם פ"ט מאישות אבל ליתמי לא טענינן אלא שלא להשביע דהוא אמתלא' הידוע לכל אבל כי שכיב ואנן לא ידעינן אמתלאתו מחזקי' בהודאתו וגם גבי איסור באשה שאמרה טמא' כ"ז שלא אמרה לבעל את האמתלא' אסור הוא לה ואם ידע מן האמתלא כגון שהי' לה קטטה עמו כל שבאת ושוכבת אצלו סגי וכמבואר בי"ד סי' קפ"ה ומה"ט נרא' דת"ל למרדכי דל"מ אפי' א"ע שלה בפני התובע דנהי דמסלק השטא' והשבע' אינו מסלק שאר אמתלאות ובש"ך בס"ק ל"ה כת' בדברי המרדכי או שיאמר שום אמתלא היינו משט' וס"ל דיוכל לטעון משט' אפי' במוד' מעצמו ע"ש ואין משמעות לשונו כך אלא משמע דס"ל דמהני אפי' שאר אמתלאות כל שאין התובע עמו: אמנם מסתימת הפוסקים בטור וש"ע מבואר דליכ' טענ' הפוטרת אלא השטא' והשבע' שהזכירו בש"ס אבל שאר אמתלאות ל"מ בממון וכן עיקר וכמ"ש בסי' פ' סק"א:

סעיף כב

שהוד' מעצמו. כבר הוכחנו בס"ק י' דל"מ הודא' אפי' במוד' לפני ב"ד מומחין היכ' דמוד' מעצמו בלי תביעת התובע והוא מדברי תו' פ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ח) ע"ש. וע' בש"ג רפ"ק דמציע' כת' שנשאל בזה על דברי רב האי גאון שכת' המרדכי בשמו דתבעו והוד'

אינו יכול לחזור בו הוד' מעצמו יכול לומר משט' אני בך שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואלו בפ' ז"ב משמע בתלמוד להיפך דתובעו והוד' יכול לומר משט' אבל לא כשהוד' מעצמו וע"ש שהאריך והעל' דהוד' מעצמו דקאמר רב האי גאון ר"ל שהמלו' אמר מנה לי בידך והלה אומר הן וא"ע והמלו' שותק דאז יכול לחזור בו ולומר משט' ואמרתי הן כששאלת לי מה שלא הייתי חייב ואע"פ שאמרתי א"ע שהפה שאסר הפה שהתיר האיסור מה ניהו א"ע דבההי' לישנ' תלוי כל האיסור והפה של לוה הוא שאסרו הוא הפה שהתיר ואם המלו' אמר א"ע בכה"ג אינו יכול לחזור דפה של מלו' הוא שאסרו וכו' הכל עולה יפה ויתייחדו יחד הפוסקים ולא יתפרדו ע"ש ותמהני דבא לייחד לאחדים הפוסקים וכולם לא יתייחדו עם הש"ס דהא בהדי' אמרו בפ' ז"ב ש"מ הא דאמר ר"י אמר רב צריך שיאמר א"ע ל"ש כי אמר לוה ול"ש כי אמר מלו' ושתק לוה הרי בהדי' מבואר דכי אמר לוה א"ע תו ליתי' כלל בחזר' וליכ' שום חולק בזה דכי תובעו והוד' הלו' בא"ע דא"י לחזור וזה פשוט ול"נ במאי דקשי' לי' דבמוד' מעצמו ל"ש משט' לאו כ"ע הוא דאשכחן כמה מרבוות' דסביר' להו אפי' במוד' מעצמו שייך משט' ה"ה בעה"מ ובעל העיטור ובעה"ת ועדיפ' להו מוד' מעצמו דאפי' לא טען אנן טענינן ליה. ובעיקר הדין של הש"ע דלא כתוספת' דתני בהדי' הודאת בע"ד כמאה עדים אימתי בזמן שתובעו והוד' אבל אם הוד' מפי עצמו יכול לחזור שהפה שאסר הפה שהתיר כבר השיג בזה בש"ך וע"ש דמאסף לכל הפוסקים דס"ל דלא מהני הוד' מעצמו לבד זה השאיר והוא דעת התוס' פרק הגוזל וכמבואר אצלינו בס"ק ה' דסביר' ליה דאפי' הוד' בפני ג' סמיכין ל"מ בלי תביעת התובע וכ"נ דכיון דהודאת בע"ד כמאה עדים אתי מקר' דכתיב כי הוא זה הרי שסמך התור' של מקצת הודאתו וכמ"ש רש"י בפרק האומר דף ס"ה ע"ש והתם ודאי בעינן תובעו וכמ"ש הרמב"ן והר"ן פרק שבועות הדייניין דכל שקדמ' הודאת הנתבע לתביעת התובע לאו מוד' במקצת הטענ' הוא א"כ אין לבו אלא בתובעו והוד' ודו"ק:

סעיף כג

אפי' לא אמר ראובן. גם בזה נראה דהתוס' פרק הגוזל (בבא קמא דף ק"ח) פליגי שם גבי תבעו שומר והוד' תבעוהו בעלים וכפר והבי' עדים מי נפטר גנב בהודאת שומר וכתבו תו' מיהו שמעינן דהוד' לאחר שאינו בע"ד לא הוי הודא' ותימ' אמאי לא בעי לענין קרן גופי' וע"ש וכבר העתקנו דבריה' לעיל בס"ק י' ע"ש אלמ' דהוד' לאחר לא הוי הודא' אע"ג דשם הי' ההודא' לפני ב"ד מומחין וסמוכין דכל הודאות קנס לפני מומחין בעינן וכ"ש כשהוד' לפני עדים בלי א"ע ולדברי תו' צריך דוק' תביע' מבע"ד גופי' וכ"כ המרדכי ס"פ הגוזל ע"ש בסק"י העתקנו דבריו. ולכן נראה דהמוחזק יכול למימר קים לי כדעת

תו' והמרדכי וגם הש"ך מגמגם בפסק זה ע"ש ומהתימ' דנרא' דטור ס"ל כדעת התוס' בפרק הגוזל ומדכתב דל"מ א"ע שלא בפני התובע וכתבנו דהוא משום דס"ל דל"מ שום הודא' שלא ע"י תביע' וע"ש בס"ק נ' וכאן נרא' דלא ס"ל כדעת תו' וצ"ע אמנם הרמ"א בס"ד גבי ב"ד שהכריזו על כל מי שבידו משל יתומי' והוד' ע"י שלוחו דהוי הודא' בזה גם התוס' מודים דכיון דמהני הודא' לשומר אם באמת נשבע וא"כ ה"ה אפוטרפוס של יתומים הוי הודא' שפיר ע"ש בתוס' פרק הגוזל:

סעיף כד

לפני שכ"מ. ז"ל הש"ך הוא ע"פ מ"ש בב"י סי' ל"ב משמע מדברי המרדכי פרק ז"ב שאם הוד' מעצמו לפני שכ"מ א"י לטעון שלא להשביע ובספר בדק הבית שם מסיים ויראו לי דה"ה אם תבעו השכ"מ שחייב לו מנה והוד' לו שא"י לומר משט' הייתי בך שאין דרך להשטות עם הנוטים למות ואני עיינתי במרדכי ואדרב' להיפך שדין זה של משט' כתב שם דכשם שאין אדם משט' בשעת מית' כך אין משטין בו ומדין השבע' לא הזכיר וא"כ י"ל כשם דשכ"מ יכול לומר השבע' כן בהוד' לשכ"מ ודברי המחבר צל"ע עכ"ל. והנ' ז"ל המרדכי פ' ז"ב ונשאל לראב"י על עסק אלמנ' אחת שציות' בשעת מיתה לתת מנכסי' לפלו' ז' זקוקים והבן שתק ועתה אחר מות' אמר שאמו לא נשבעת על כתובת' ומה ששתק מפני שלא רצה להכעיס והשיב כיון שציות' בפניו ושותק הוי כאלו הוד' שיש לה שבע' זקוקים בידה שאין לו חלק בהם ואיך שבאו לידה בין במציא' או שמעיסת' קמץ הודה ששלה היו וא"צ לומר א"ע דמסקינ' ס"פ ז"ב אין אדם משט' בשעת מית' ל"ש אם תבעוהו והוד' ל"ש אם תבע הוא לאחר והודה כיון שתביעתו הוי כמו א"ע הכל א' כדאמר בפ' ז"ב ל"ש אמר מלו' ושתק לוה ל"ש אמר לוה ושתק מלוה אע"פ שלא הי' שם עדים חייב אם הוא מוד' שכך הוא ושלו' אליעזר בר' יואל הלוי עכ"ל הרי מדברי הראב"י דאין הטעם כמ"ש הב"י והסמ"ע והש"ך דאין דרך להשטות עם הנוטים למות כמו שאין אדם משט' בשעת מית' דא"כ מה צריך להבי' מפרק ז"ב ל"ש אמר מלו' ושתק לוה וכו' והא תיפוק ליה כיון דאין המוד' לשכ"מ משט' וגם השכ"מ אינו אומר דרך השטא' ה"ל כאומרים שניהם א"ע המלו' והלו') (ולכן נרא' דהראב"י האיר עינינו בתורתו דבר חידוש והוא דדברי שכ"מ הוי כמו אתם עדי ממש וכמ"ש הראבי' וכיון שתביעתו הוי כמו א"ע הרי דברי שכ"מ הן בתביעתו לאחר הן בהודאתו לאחר הכל הוא כמו א"ע ומש"ה אם תבעו לאחר הוי כמו אמר מלוה ושתק לוה ואם הוד' לאחר הוי אמר לוה ושתק מלו' וא"כ לפ"ז תו לא מצי אמר המוד' לשכ"מ השטא' או השבע' כיון דהוי כמו אמר מלוה א"ע והא דאמרי' בהאי דקב רשו דאמר מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני דאדם

עשוי שלא להשביע את בניו והא דאמרינן דברי שכ"מ הוי כמו א"ע היינו משום דלא הי' בפני התובע וכדאמר מאן מסיק בי פלוני ופלוני משמע דלא הי' התובע עמו ומש"ה יכול לטעון השבע' דאע"ג דהוי כמו א"ע דשלא בפני התובע אפי' אמר א"ע יוכל לטעון השבע' וכמ"ש בטור סי' ל"ב וזה ברור וכן משמע בש"ס ופוסקים בכמה דברים שאין השכ"מ צריך לפרש כל דבריו כמו בריא אלא בשכ"מ אנו הולכין בתר תחלת דבריו אף ע"פ שלא סיים כגון גבי גט דבריא צריך שיאמר כתבו ותנו ושכ"מ סגי באומר כתבו וכן לענין קני איהו וכל שעבוד' אם שכ"מ צ"ל עיין בר"ן פ"ק דגיטין וא"כ ה"ה שכ"מ אעפ"י שאינו מפרש א"ע הוי ליה כאומר א"ע זה הוא שיט' הראבי' שכתב וכיון שתביעתו כמו א"ע וכן נרא' מוכח מלשון הש"ס סוף ב"ב שכ"מ שהוד' צריך שיאמר א"ע או א"צ שיאמר א"ע אדם משט' בשעת מית' או אין אדם משט' בשעת מיתה וכו' בתר דבעי' הדר פשט' אין אדם משטה בשעת מית' ואין צ"ל א"ע והכי גירסת הס"ת שער מ"ב וכן נרא' גירסת הטור ועיין בט"ז ומדאמרינן ואין צ"ל א"ע משמע דדבריו המה כמו א"ע ממש ואם כן מסלק השטא' וגם השבע' והא דקב רשו כמ"ש משום דהוי שלא בפני התובע והיינו דאמרו בש"ס אין אדם משט' בשעת מית' ואין צ"ל א"ע ומה זה בא לרבות דאצ"ל א"ע הא כבר אמרו דאין אדם משט' בשעת מית' אלא רצו לומר דא"צ לומר אתם עדי דהוי דבריו כמו א"ע ומסלק גם השבע' היכ' דא"ע מסלק וכגון בפני התובע. ויתיישב בזה קושיית תו' שהקשו מאי הוי דאין אדם משט' בשעת מית' הא אכתי יכול לטעון השבע' ותירצו דאיירי בתובעו והוד' דלא שייך השבע' ע"ש ואכתי תיקשי לפי דעת בעה"ת שער מ"ב דגם בתובעו והוד' שייך השבע' ולפי מ"ש דברי שכ"מ כמו א"ע ומסלק גם השבע' אלא דעובד' דקב רשו משום דלא הי' בפני התובע לא עדיף מאתם עדי ממש די"ל השבע' וכמ"ש בטור סי' ל"ב וא"כ בהך דסוף ב"ב דמיירי בתובעו והוד' וכיון דהוי כמו א"ע ודאי אינו י"ל השבע' וכמ"ש בסקט"ו. ואכתי צריך לימוד הא דקאמר בש"ס ואצ"ל א"ע אי משום השטא' כבר אמרו אי משום השבע' אי שלא בפני התובע אפי' אתם עדי לא מהני וכמ"ש דהיינו עובד' דקב רשו אי בפני תובע לדעת הרמב"ם לא שייך השבע' אלא ודאי לפי גירס' זו דגרסי אצ"ל א"ע ע"כ לענין השבע' וכמ"ש בפני התובע דשייך השבע' לדעת הטור והרא"ש אבל באתם עדי ודאי מהני כל שהי' בפני התובע וכמ"ש מהרי"ן לב בדעת הטור דכל שהיה בפני התובע אפילו הוד' מעצמו כיון שאמר א"ע לא מצי טעין השבע' ובסי' ל"ב מירי שהוד' שלא בפני התובע עיין מוהרי"ן לב ספר ג' סי' ל"ח וא"כ נפקא דהוי כמו א"ע לענין השבע' והוד' מעצמו בפני התובע דהוי כמו א"ע לסלק השבע' ודוקא הודה מעצמו דאלו תובעו והוד' א"צ אתם עדי לסלק השבע' לדעת

הרא"ש וטור בתובעו והוד' אינו יכול לומר השבע' וא"כ אינו אלא להוד' בפני התובע וכמ"ש דאז מהני כמו א"ע לסלק השבע' ודו"ק. ובזה ניחא דברי הטור שבסי' זה וז"ל כתב הראב"ד אפי' אמר א"ע ושתק יכול לחזור בו ולטעון שלא להשביע הודיתי כיון שמעצמו הוד' ולא נהיר' מהא דאמרינן שכ"מ שהוד' אצ"ל א"ע דמשמע אבל בבריא צריך שיאמר א"ע ומכי אמר מיהא א"י לחזור בו עכ"ל ותמ' הב"י וז"ל ומאי קשיא לרבינו דלמא הכי קאמר אבל בריא צריך שיאמר א"ע ושישיב הלה ולא ישתוק ועוד שכבר כתבתי בשם התו' דשכ"מ שהוד' אייריי בתובעו והוד' וע"ש גם סמ"ע וב"ה ובה"ג כולם נתקשו בדברי הטור. ולפי מ"ש ניחא דהא הא דקאמר ואצ"ל אתם עדי אינו נפקותא אלא להודות בפני התובע וכמ"ש וא"כ מוכח דמהני א"ע בפני התובע אפילו בלא תביע' דאי לתובעו והודה א"צ א"ע לסלק השבעה כיון דבתובעו והודה אפילו בלא ע"א א"י לומר השבעה וא"כ מוכח מזה דלא כדברי הראב"ד דלדעת הראב"ד אפילו בפני התובע יכול לומר השבע' אפילו בא"ע כל שהוד' מעצמו ומהא דאמרו ואצ"ל אתם עדי מוכח דלא כהראב"ד וכמ"ש בסמ"ע דלדעת הראב"ד אפילו א"ע ובפני התובע אינו מסלק השבע' כל שלא תובעו ודו"ק) (וארווחנ' מזה דשכ"מ שהוד' לפני התובע אף על פי שלא תובעו הוי הודאתו כמו א"ע ומסלק השבע' אפילו לדעת הרא"ש והטור דבפני התובע נמי שייך השבע' דדברי שכיב מרע כמו א"ע ממש ועובדא דקב רשו לא הי' בפני התובע ואפי' א"ע לא מהני וכן אם שכיב מרע תובע לאחר א"י לומר משט' דהוי כמו תובע בא"ע והוי אמר מלוה ושתק לוה ותו א"י לומר משט' מיהו לענין השבע' ליכא נפקותא לדידן דאם תובע השכ"מ לאחר והוד' בלא"ה לא שייך השבע' בתובע והוד' ואי באינו תובע אלא הוד' מעצמו לשכ"מ ליכא לא אמר מלו' ולא אמר לוה וכן מי שהוד' לשכ"מ לפי מ"ש הב"י והסמ"ע והש"ך אפילו הודה מעצמו בשכיב מרע א"י לומר משט' למ"ד בהוד' בעצמו נמי יכול לומר משט' ומשום דאין דרך להשטות עם נוטים למות ולפי מ"ש א"ז טעמו של הראבי' אלא משום דתביעת שכ"מ כמו אתם עדי ואם כן הודה מעצמו יכול לומר משט' למ"ד משט' במוד' מעצמו כיון דליכא בזה אמר מלו' ולא אמר לוה וכל זה ברור ואם הוא נוט' מדרך הפוסקים שכתבו בדברי הראבי' שאין דרך להשטות עם השכ"מ כבר נתברר בלשון הראבי' כמ"ש ואולי מקום הניחו לי להתגדר:

סעיף כה

אבל אם כופר. ונרא' דשבוע' צריך שלא נתן ת"כ ואף על גב דבסי' פ"ז אם אמר שנתן לו כפו ליתן מתנ' והוא כופר פטור מן השבוע' היינו משום דהתם לא נתחייב המתנ' אלא בת"כ ואין נותנין שבוע' על שבוע' אבל הכא אין החיוב ע"י השבוע' דהא מוד' שחייב

לו כבר איז' חוב והשבוע' לסלק השטא' והשבע' ומהני כמו א"ע והוי כתובעו הודית לי בא"ע דאפי' א"י החוב צריך שבוע' כמבואר בסי' ע"ה סעיף י"ז וכן אם מת זה שהוד' בשבוע' אם ידוע הדבר לב"ד היורשין צריכין לשלם דהוי כמו הוד' בא"ע ואלו בנותן ת"כ ליתן מתנ' אין היורשין צריכין לקיים את השבוע' וכן לפי מה שמבואר אצלינו בסי' פ"ז ס"ק כ"ט בטעמ' דאין נותנין שבוע' על שבוע' משום דאמרי' מגו דחשיד אהאי שבוע' חשיד נמי אהאי שבוע' שנותנין לו הב"ד נמי לא שייך הכא דהתם נותן ת"כ שיתן לו מתנ' ואם אינו נותן הרי עבר על שבועתו אבל הכא אינו נותן ת"כ שיפרע אלא נותן ת"כ שחייב לו החוב א"כ לא מיפסל בהכי לשבוע' וזה ברור אלא דהסמ"ע והש"ך מרמזי רמוזי לעיין בסי' פ"ז סעיף ל"ד מדין כופר בת"כ ולדעתי אין לזה ענין כלל והכא צריך לישבע אם כופר בת"כ וכמ"ש והוא פשוט:

סעיף כו

המוד' לחבירו. ע' בס"פ גט פשוט גבי הא דנקט שטר' דהיכ' דמוד' הלו' על שטר שביד המלו' שאינו פרוע דאין המלו' צריך לישבע ולא מצי טעין הלו' השטא' או השבע' דכיון דיש שטר ביד חבירו אין עשוי זה להודות ע"ד השטא' או השבע' ע"ש בתו' ונרא' דה"ה אם יש ביד התובע כת"י לוה והלו' מוד' שאינו פרוע אע"ג דמצי טען פרעתי נגד כת"י וכמ"ש בש"ך סי' ל"ט מ"מ הוא ירא להודות בפני העולם שיאמרו כיון דנקט מיהא בידי' לא פרע ולא גרע משטר פקדון דנמי נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ואפ"ה בנקט שטר' והוד' א"י לומר השטא' והשבע' והוא מוכרח מדברי הש"ך דמוקי הא דנקט שטר' בסי' רנ"ה דמיירי משטר פקדון ואפ"ה א"י לומר השבע' כל שיש שטר דמתיירי' מן העולם וא"כ ה"ה כת"י מיהו נרא' אם טען שכחתי את כת"י ביד חבירי ומש"ה הודיתי להשטא' ולהשבע' נאמן דעביד אינש לשכוח כת"י שביד חבירו דמה"ט כתבו הפוסקים בסי' ל"ט דיכול לטעון פרעתי נגד כת"י אבל בשטר פקדון אינו נאמן לומר שכחתי דכיון דשטר הוא אינו שוכח:

סעיף כז

אין צ"ל כתובו. ע' ש"ך שהקש' מספ"ק דמציע' דפריך גבי שובר וניחוש שמא כ' ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי והא אפי' ידעינן שנתנ' לזמן מרוב' כשר ע"ש. וכבר מפורש הדבר בשט"מ גבי שובר בזמנו טריף אביי לטעמי' דאמר עבז"ל וז"ל ופי' דמיירי שהשובר הזה כעין שטר מקנ' שאומר לו חוב פ' מכור לך בשטר זה אבל בשוברי' שלנו שהוא מוחל או מוד' ואין השטר אלא לראי' בעלמ' אפי' רבא מוד' דמשע' שמחל והוד' נפסד הלה וז"פ הריטב"א עכ"ל וכיון דמיירי בשטר מקנ' ודאי צריך שיבא השובר לידו והא דלא משני

דמיירי משוברים שלנו דא"כ אין האש' מוד' נמי יחזיר לבעל כיון דכבר זכה במחיל' או בהודא' וכאן מיירי משוברין שלנו דנפטר תיכף במחיל' או בהודא':

סעיף כח

כתובו. ובתומים הניח דין זה בצ"ע משום דקשי' ליה איך יכתבו שובר בלא צווי המלו' דהא הוי מפי כתבם וכמו שהקשו תו' בפ' חז"ה גבי ממח' וא"כ למ"ד דמפי כתבם אפי' העדאת עדים ליכ' למה לא בעי כתובו ע"ש. ולק"מ דהא בהודאת קרקע כותבין בלי צווי המוד' וכמבואר פרק ז"ב ושם הקש' בר"ן דהא הוי מפי כתבם כיון שנעש' שלא מדעת מתחייב וז"ל אבל בהודאת קרקע כיון שאין הקפד' בדבר ואין שום נזק למי שעש' ההודא' אם העדים יכתבו השטר מזה אם לאו אנן אמרינן ליה לדעתי' דמוד' זה דלכתבו שטר' ניחא ליה ומן הסתם כותבין כאלו הי' מדעת מקנ' וצו' לעשות שטר עכ"ל ואם כן ה"ה ה"נ דאין שום נזק והקפד' למוד' אמדינן ליה לדעתי' דניח' לי' דליכתוב שטרא וזה פשוט. ומיהו לפמ"ש בסי' ל"ט סק"ד בהודאת קרקע אם מוח' מלכתוב אין כותבין ודוק' בסתם אמדינן לדעתיה ע"ש א"כ ה"ה ה"נ אם מוח' אין כותבין אבל בסתם כותבין וכמו בהודאת קרקע:

סעיף כט

בפני עדים. בבעה"ת כת' בשם הראב"ד משום די"ל משט' אני בך. ע' ש"ך שהוכיח מזה דס"ל להראב"ד דיכול לטעון משט' במוד' מעצמו ולפמש"ל בטעמו דא"י לומר משט' במוד' מעצמו דבעי' שיהי' אמתלא' להשטא' ואם אמר דרך שחוק והיתול אפי' באיסור לא מהימן ע"ש בדברינו סק"ח ובתובעו זה אמתלא' משום שזה המשט' בו אומר כשם שהשטית בי כך השטיתי בך והכא אמתלא' ניכר שהוצרך להשטות שיניח מעותיו בידו ובש"ך הרגיש בזה אלא שחשב' לדוחק ולפמ"ש הוא מחוור:

סעיף ל

הדין עם ראובן ע' סמ"ע שהק' דבתשובת הרא"ש כת' כיון שהלו' ראובן לשמעון ולוי בשותפות נעשו אחראין וערבאין זה לזה והי' יכול לתבוע כל החוב משמעון וכו' אבל לדעת הרמב"ם דפסק כוותי' המחבר ומור"ם א"י לגבות החוב מאיז' שירצ' א"כ למה סתם המחבר כאן כתשובת הרא"ש וה"ל לפרש אליב' דהלכת' היינו דוקא כשאין ללוי לפרוע כדי חלקו דאז גוב' משמעון כל החוב ובש"ך כת' דכיון דלוי כופר הרי הוא כאין לו וכ"כ בעל העיטור ע"ש. ודבריו נכונים וכן מבואר בש"ע סי' ע"ז. אמנם קשה כיון דאינו אלא מחמת ערב לדידן לא מהני בריוח שיעל' וכמ"ש הב"י בי"ד סי' ק"ע בשם המרדכי ובעי קנין דוקא וכ"כ בש"ך בי"ד סי' ק"ע סק"ה ע"ש וא"כ בשלמ' הרא"ש לשטתו דס"ל

דכל א' נעש' לוה בכולו וא"כ גם בריוח נתחייב בכולו אבל לדידן דאינו אלא משום ערב ל"מ כי אם על הקרן ולא על הריוח וכמ"ש ולפי מה שנאמר דשנים שליו ביחד בשטר הוי כמו ערב היוצ' קודם חיתום שטר וגוב' ממשועבדים א"כ נתחייב בשטר כמו בקנין ומהני דהא טעמ' דב"י שם אינו אלא משום דהוי ערב שלא בשעת מתן מעות על הריוח ובעי קנין ושטר הוי כמו קנין להתחייב גם שלא בשעת מתן מעות וע' בסי' קל"א אלא לפי מ"ש שם בסי' פ"ז סק"י דשנים שלוו ביחד בשטר אינו אלא ערב בע"פ דהערבות אינו כתוב בשטר אלא דהוי כמו שותפין שחתמו יחד ונעשו ערבים בע"פ והשטר אינו אלא על גוף החוב כל א' במחציתו א"כ קשה אפי' אין לו לשני או שכפר כיון דל"מ ערב על הריוח איברא לפמ"ש בסי' קכ"ט דערב המקבל עיסקא מהני גם על השבח דהוי כשעת מתן מעות ע"ש א"כ א"ש דברי הש"ע ומזה ראי' למ"ש בסימן קכ"ט סק"ב:

סימן פב

סעיף א

כגון אמנה ע' ש"ך שכת' לא מבעי' כשטוען אמנ' או כתבתי ללות ולא לוה והעדים לא ידעו מזה אלא אפי' טען שהעדים ידעו מזה וא"כ לפי דבריו העדים רשעים אפ"ה נאמן כיון דאית ליה מגו וכן מוכח ממ"ש הנ"י בשם האחרונים והרב או שאמר קטן הי' והא בקטן העדים רשעים דצריכים היו לבדקו וכל שלא בדקו רשעים הם וכמ"ש לעיל סי' מ"ו בשם הרשב"א ע"ש ואין דבריו מוכרחין דהתם גבי קטן נמי אין נאמן לומר שהעדים ידעו שהי' קטן אלא נאמן לומר שלא בדקו וסברו שהוא גדול דזה אינו אלא חזק' דאין חותמין אא"כ בדקוהו ואמרינן מגו במקום חזק' זו. וכמבואר מדברי הנ"י שכתב דנאמן לומר קטן הייתי ואע"פ שחזק' אין העדים חותמין אא"כ נעשו בגדול ובדקוהו ומבעי' לן בעלמ' אי אמרינן מגו במקום חזק' אי לא הכא ודאי אמרינן מגו או משום דאין כל החזקות שוות או משום דאוקי ממונ' בחזקת מארי' עכ"ל הרי מבואר דמשום דקול' לי' חזק' דבדקוהו ומשום הכי מהני נגד חזק' זו מגו דידי' אבל אם ידעו שהי' קטן אין זה חזק' אלא רשעי' ממש שחתמו בקטן והוי מגו במקום עדים דודאי לא אמרינן וא"כ ה"ה גבי אמנ' כשאומר שהעדים ידעו מזה אינו נאמן במגו לומר שהעדים רשעים ועשו עול ואפי' ליכא עדים אלא מתוך טענתו נמי לא אמרינן מגו במקום עדים וכדמוכח מעובד' דאורח' דנהר פקוד וכמ"ש בש"ך ריש כללי מגו ע"ש והא דכתב הרשב"א דאם העדים החתומים אומרים שקטן הי' דאינם נאמנים דצריכים הם לבדוק אם הגדיל וכל שלא בדקו משוי נפשייהו רשיעי ואין אדם משים עצמו רשע ע"ש התם כיון דאמרו דקטן הי'

ודאי רשיעי נינהו ועוד דאפי' אמרו שלא ידעו ולא בדקו נמי לגבי נפשייהו הוי משים עצמו רשע כל שעש' שלא כדין אע"ג דלא הוי פסול משום זה וכמ"ש בסי' ל"ה סק"ד ע"ש אבל בע"ד שאומר על העדים שלא בדקוהו אינו אלא נגד חזק' ואמרינן מגו נגד חזק' זו וכמ"ש בנ"י אבל באומר שידעו שהי' קטן או אמנ' דזה משוי נפשייהו רשיעי אחזוקי סהדי דהתור' האמינם לא מחזיקין וה"ל מגו במקום עדים ואם יאמר אמת שזו חתימתן אבל גזלנים המה ודאי אינו נאמן דהא הוא מגו במקום עדים ואולי כיון דאפי' ידעו שהיא אמנ' לא הוי פסולי עדות משום זה וכמ"ש בסי' ל"ה שם סק"ד ואינו אלא עול' לא הוי מגו במקום עדים כיון דכשרים המה אבל ראיתי בתומים דגם הוא כתב בפשיטות כדברי הש"ך דאפי' ידעו שהוא אמנ' מהימן במגו והקש' על הש"ך דהוצי' מדברי הנ"י והוא מוכח מגמ' ע"ש ואין ראייתו מוכרח אלא כיון דבתומים כת' בסי' מ"ו דאם חתמו על אמנה הוי פסולי עדות ע"ש וא"כ ודאי אם יאמר כת"י הוא זה אבל גזלנים המה ודאי הוי מגו במקום עדים ולשטתו גם אמנ' פסולים נינהו א"כ הוי מגו במקום עדים ואפי' אינו ידוע העדים אלא על פיו הוי מגו במקום עדים וכמ"ש בש"ך בכללי מגו אך גם לפי מ"ש בסי' ל"ה דאמנ' לא מיפסלי לעדות נמי לא מהני נגדו כיון דעכ"פ עול' הוא לא מהימן נגד שני עדים ודוק' בחזק' דבדקו הוא דמהימן וכמ"ש בנ"י דאין כל החזקות שוות כן נרא':

סעיף ב

אמנה. ע' ש"ך שכתב והדבר פשוט שדין זה הוא מוכח בש"ס דאמנה שוה לפרוע בזה ואין חולק על זה ועמ"ש בסי' מ"ו ס"ק ע"ד. אך מ"ש בש"ך דאין חולק הנה בתשובת מיימוני לס' משפטים סי' ט' פסק דלו' שאמר אמנה אפי'. אין כת"י יוצא ממקום אחר אינו נאמן וכמו דעדים אין נאמנים ומשום דאעול' לא חתימי מה"ט גם הלו' אינו נאמן וז"ל שם ונ"ל דאע"ג דרב אשי אמר לעולם דקאמרי עדים ה"ה במלו' נמי אי' להאי טעמ' ע"ש הרי אפי' לרב אשי דאתי ע"פ ומרע לשטרא מ"מ כמו דעדים אין נאמנין ה"נ הלו' א"נ ועמ"ש בסק"א:

סעיף ג

כתבתי' ללות. ע' סמ"ע שפי' עדיין לא לויתי ולא מסרתיהו לידו אלא ממני נפל ומצאו ע"ש ועמ"ש בסי' מ"ו:

סעיף ד

הי' המלו' חשוד. מדכתב הרמב"ם שהנתבע נשבע היסת ולא כתב שישבע בנק"ח כמו גבי חשוד דכשנגדו נשבע בנק"ח דאפכוהו אשכנגדו אבל כאן תקנת' לתקנת' לא עבדינן אלא הא דמפסיד המלו' הוא משום שבא ליטול ולהכי היכא דא"י לישבע הפסיד זכותו

לגמרי ושאני אפוקי ממונ' מאוקמי ממונ' ולהכי אין הנתבע צריך לישבע בנק"ח אלא היסת וניחא בזה סוגיות הש"ס פרק שבועת הדיינין דף מ"ח דקאמר התם איכא בינייהו שכנגדו חשוד על השבוע' כו' בדרבנן תקנת' הוא ותקנת' לתקנת' לא עבדינן ומשמע דקאי על כל השבועות דדבריהם ואפי' שבועת הנוטלין וע' ש"ך שהשיג מזה על תשובת מוהרש"ך דכתב די"ל המוחזק קים לי כהרמב"ם ובש"ך הביא מדברי הש"ס הנזכר דלא כרמב"ם ולפי דעת הרמב"ם דנתבע נשבע היסת א"כ גם שבועת הנוטלין חלוק מדין שבועת התור' דגבי שבועת התור' שמו השבוע' אאידך ובשבוע' דדבריהם לא שמו השבוע' אשכנגדו אלא דבשבוע' דדבריהם גופייהו איכא חילוק דבשבועת היסת נפטר המלו' ובשבועת הנוטלין מפסיד המלו' אבל בזה שבוע' דדבריהם דלא עבדינן תקנת' לתקנת' דליהוי שכנגדו נשבע ונוטל וע"ש בש"ך סי' צ"ב דהבי' ראי' מלשון רש"י דלא ס"ל כרמב"ם בפרק הכותב ההיא אתתא דמחייב' שבוע' וחשוד' הוי ופירש"י דנתחייב' שבוע' שהי' אדם תובע' ממון וכופרת ע"ש ומשמע דאתי לאפוקי דלא נימא דאחייב' שבועת כתובת' ע"ש ולפי מ"ש לאו דאי' דהתם אפכ' רבה אשכנגד' ולפי דעת הרמב"ם ליכא היפוך אלא הנתבע נשבע היסת ואין זה היפוך מש"ה הוצרך רש"י לפרש דהי' אדם תובעה. אמנם מדברי הרי"ף בתשוב' הובא באשר"י פ' הכותב מבואר דפוגם שטרו שהוא חשוד שכנגדו נשבע ונפטר וע"ש דמשמע הוי היפוך לגמרי בנק"ח ולדידי' צ"ל דהא דאמרי' בשבוע' דרבנן לא עבדינן תקנת' לתקנת' היינו בשבועת היסת ולא בשבועת הנוטלים אבל לדברי הרמב"ם שפיר מצי קאי על כל השבועות דדבריהם וכמ"ש:

סעיף ה

נוטל בלא שבוע' ע' סמ"ע שהקש' מאה"ע סי' צ"ו דפוסק באלמנ' החשוד' שכנגד' נשבע ונפטר ובש"ך מחלק בין שעבוד כתוב' לשעבוד חוב דשעבוד חוב הוא דאוריית' משא"כ כתוב' דרבנן והם אמרו דצריך לשבע על כתובת' והם אמרו דתפסיד אם לא תשבע ע"ש וכ"כ בט"ז באה"ע שם וע"ש שכת' ויש ראי' לזה ממ"ש הב"י בשם הרשב"א והרמב"ן דאם האלמנ' נשתט' אין היורשין יורשין כתובת' כיון שאינ' יכול' לישבע והובא ברמ"א סעיף א' והא בשאר חובות ל"א דאם נשתט' המלו' שיוכל הלו' לומר בעינ' שבוע' מהמלו' והוא לאו בר שבוע' ואדרב' מצינו הרב' קולות בח"מ סי' פ"ב שישלם בלא שבוע' אלא דהכא שאני מטעם שזכרתי עכ"ל ואע"ג דהכא בח"מ בט"ז אינו רוצ' לחלק בין כתוב' לחוב ע"ש באה"ע שפיר קא ניחא ליה לחלק בין כתוב' לחוב וכמ"ש ש"ך וקשה לדבריהם שיש לחלק בין חוב לכתוב' בהא דכת' הרא"ש פ' כל הנשבעין דחשוד הבא ליטול מיתומים אינו נוטל מהא דרב ושמואל ביתומים מן היתומים דאין אדם מוריש שבוע'

לבניו אלמא דשבועות יתומים חמיר' וה"ה בחשוד ויש מביאים ראי' מהא דאמרי' פרק השולח דרב לא מגבי כתוב' לארמלת' לפי שהית' חשוד' בעיניו ע"כ ומאי ראי' מכתוב' לחוב וכבר תקש' דבר זה בחידושי פ"י והניח בצ"ע על דברי הש"ך. אמנם בעיקר ראיית הט"ז מדברי תשובת הרשב"א מנשחט' לאו ראי' היא דהתם מיירי הרשב"א באלמנ' שיצא' מדעת' ויורשי' תובעין כתובת' מיורשי הבעל ויורשי הבעל אינם רוצים ליתן לה ע"ש שכ' הדין עם יורשי הבעל חדא דאין אלמנ' גוב' כתובת' אלא בשבוע' ע"ש והיכא דבא ליטול מיתומים גם בשאר חוב אינו נוטל אם הוא חשוד וכמ"ש בש"ע סי' צ"ב ע"ש אלא מ"ש הט"ז בפשיטות דבשאר חוב אם נשתט' המלו' א"י הלו' לומר בעינ' שבוע' יש להסתפק בו דאפשר כיון דהלו' טוען ברי פרעתי והמלו' שמא דא"י לטעון ברי א"כ הרי היא כההיא דסי' נ"ט לוה ברי ומלו' שמא המלו' מפסיד אלא לפי מה שאמרו בפ' אלו נערות (כתובות דף ל"ו) גבי חרשת ושוט' דאין להם טענת בתולים ואוקמה כר"ג ופריך אימר דאמר ר"ג היכ' דקא טענ' איהי כו' אין כיון דאמר ר"ג מהימנ' כגון זה פתח פיך לאלם ואכתי צ"ע וע"ש בתוס' ד"ה החרשת והשוט' ויורשי המלו' דנוטלים בשטר היינו משום דבאים בטענת אביהם וטענינן להו טענת' דאביהן אבל לדידי' לא ואפי' שמא גרוע דלא ה"ל למידע לא טענינן עבורו גם מסוגי' דחרשת שם לאו ראי' לפמ"ש תוס' שם ע"ש ואי נימא דנשתט' לאו שמא הוא ומשום דפתח פיך לאלם א"כ נרא' דנוטל אפי' לדעת הרמב"ם דנרא' דרמב"ם לא קאמר משום משואיל"מ דהא מתוך ל"א אלא בשבועת התור' וא"כ ע"כ אינו אלא משום קנס דקנסו לחשוד וכמ"ש תוס' פ' כל הנתבעין דף מ"ז דה"ה משואיל"מ בשניהן חשודין דמפסיד התובע חצי אע"ג דאינו אלא שבוע' דרבנן משום דקנסו לחשוד ע"ש וע"כ טעמ' דרמב"ם נמי משום קנס הוא וא"כ בנשתט' נוטל בלא שבוע' גם להרמב"ם ודברי הרשב"א משום דבא ליטול מיתומים וגבי שבועת יתומים החמירו והט"ז דמדמ' נשתט' לחשוד לדעת הרמב"ם אינו מוכרח וכמ"ש:

סעיף ו

ישלם ואח"כ יטעון ואם טען יש לי בידך כנגדו ומוד' בשטר שלא נפרע יש להסתפק אם צריך המלו' לישבע כיון שאינו טוען פרוע. ומצאתי בש"ג פ' הפר' גבי נזקקין לתובע תחל' וז"ל אין הב"ד נזקקין אלא לדינו של תובע תחל' כיצד הרי שתבע ראובן את שמעון בשטרו שחייב ליתן לו מנה חזר שמעון ותבע שיש לו בידו חפץ פ' או קרקע פ' אומרים ב"ד פרע שטרו תחל' שאתה מוד' ואח"כ חחזור ותתבעהו בב"ד הי' הנתבע תובע דבר הראוי לפרעון שטרו כגון שתובעו אתה חייב לי כך וכך מטבע ממקום אחר ה"ז כאלו טענו שהשטר פרוע והכל תביע' אחת ואם הוא טענו שישבע לו לא יפרע אלא בשבוע'

כמו שיבואר מזה עכ"ל הרי שהוא מחלק בין תובעו חפץ לי בידך כנגדו דכיון דדינו דבע"ח בזוזי לא מצי אשתבועי למלו' אלא נזקקין לתובע תחל' לשלם לו הנתבע ואח"כ ישבע המלו' היסת על החפץ אבל אם תובעו מטבע ממקום אחר כיון דראוי לפרעון צריך המלו' לישבע כשטען השבע כמו בטוען פרעתיך מיהו היינו דוקא במלו' בשטר אבל במלו' ע"פ אפי' טענו חפץ נאמן בכדי דמיו דלא גרע ממשכון דנאמן בכדי דמיו ועיין מ"ש בסי' נ"ט סק"א ובסי' ע"ב ס"ק כ"ט:

סעיף ז

מחלת לי. והיא אינה טענה מצד עצמה אלא משום מגו דפרעתי וא"כ משמע דאמרי' מגו להשביע ועיין ב"ש באה"ע סי' צ"ז סק"ח דל"א מגו להשביע וע"ש ובגי"ת תלי לה בפלוגת' דמגו לאפטורי משבוע' ולמ"ד דל"א מגו לאפטורי משבועה ל"א נמי מגו לחייב שבועה ויתבאר לקמן ואם המלו' טוען שמא והלוה אומר ברי לי שמחלת לי נראה דאמרינן ברי ושמא ברי עדיף ואע"ג דיש שטר למלוה מ"מ ברי ושמא ברי עדיף אפי' להוציא היכא דחזק' מסייע לברי ושמא כדאמרינן בפ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב לא קאמר ר"ג אלא דאיכא חזקה ע"ש וא"כ ה"נ איכא חזקה להדי ברי ושמא והוא חזקת ממון וכמ"ש בסי' נ"ט וכיון דטוען מחלת והוא בטענת פרעון על השטר דהחוב הוא כמו פרוע אינו דומה למ"ש בסי' נ"ט בטענת יש לי בידך כנגדו וברי ושמא ע"ש משום דיש לי בידך אין החוב נפקע אלא זה גובה וזה גובה ודו"ק:

סעיף ח

ואם הודה המלו' עיין ש"ך וז"ל דין זה אינו נראה בעיני אף שגם הטור כתבו ובעה"ת שער כ"א דמה בכך שהודה שנעשה ע"ת סוף סוף לפי דברי המלו' השטר כשר ודמי ממש לטענת סטראי וכה"ג דנאמן אף למ"ד דל"א מגו להוציא דלא יהא אלא טוען אמנה אטו באמנה גופיה אלו טען אמת אמנה היתה ביני ובינך שלא יועיל השטר רק כשהלו' לך והלויתי לך מי לא מהימן המלוה לכ"ע וע"כ ל"א בסי' ס"ג דבאמנה השטר בטל אלא כשמודה שעדיין לא הלוה לו אבל כשטוען שהלוה לו פשיטא שהוא נאמן הרי אין לך תנאי גדול מזה וא"כ כ"ש הכא וע"ש שהאריך והעל' דהדין עם המלו' ע"ש והנה מ"ש בפשיטות באמנה גופיה אם מוד' המלוה באמנה אלא שטוען שהלוה לו על זה השטר אח"כ דנאמן אינו נראה לפי מ"ש בש"ע סי' ע' גבי מודעא דנאמן לומר פרעתי כיון דלא ניתן לכתוב אינו שטר ע"ש ואמנה ודאי לא ניתן לכתוב כמו שאמרו בש"ס פ"ב דכתובות אמנ' לא ניתן לכתוב וא"כ אם היה ידוע בעדים שאמנ' היה וזה ג"כ ידוע בעדים שהלו' לו אח"כ על זה השטר ל"מ דאמנה לא ניתן לכתוב ואינו שטר כלל ויכול

לטעון פרעתי וא"כ היכא דהמלו' מודה באמנה אינו נאמן במגו דכיון דלא הוי שטר הוי מגו להוציא וע"ש בש"ע בס"ע שכתב וה"ה לכל שטר שלא ניתן לכתוב ואמנ' ודאי לא ניתן לכתוב. ועיין מ"ש בסי' פ"ג סק"ה דהא דאמרינן בשטר מגו להוציא היינו דוקא בשטר דגובה ממשעבדי דהוי כגבוי אבל שטר דאינו גוב' ממשעבדי הוי מגו להוציא ע"ש וא"כ ודאי כל שטר שלא ניתן לכתוב אינו גובה ממשועבדים וא"כ אפילו לפי מה דמספקא לי' לש"ך במודע' ס"ס ע' דאפשר אינו יכול לו' פרעתי ע"ש. מ"מ כיון דאינו גובה ממשעבדי דהא לא ניתן לכתוב והוי מגו להוציא וזה ברור. אך בתנאי ודאי אם נתקיים התנאי גוב' אפי' ממשעבדי דניתן לכתוב ועיין בר"ן פ"ב דכתובות החילוק שבין אמנ' לתנאי וא"כ ודאי קשה קושית הש"ך אמאי הוי מגו להוציא והיא ג"כ קושיות מוהרש"ך וכמ"ש בש"ך ולכן בעיקר הקושיא כד מעיינ' לק"מ דע"כ לא אמרינן בשטר מגו להוציא אלא היכא שהוא ודאי שטר גם לדברי הלוה וכגון שטוען פרוע והמלו' אומר סטראי ומעמיד השטר בחזקתו והוי כגבוי לענין זה דלא ליהוי מיגו להוציא אבל היכא דלפי דברי הלוה אין כאן שטר דהמלו' אומר דיש לו שטר אפי' אית ליה מגו הוי להוציא כיון דלטענת הלוה לא נתחייב כלל בשטר זה וכיון דהספק אם יש כאן שטר או לא הוי מגו להוציא ודוק' בטענת פרעון גם לדברי הלוה על הפרעון הוי שטר מעלי' והוא מוכרח מדברי ס' הכריתות והמרדכי שכתבנו דמצינו מגו להוציא וכגון ברי ושמא וכדמוכח גבי משארסתני נאנסתי וע"ש וקשה תיפוק ליה דגבי שטר הא אמרינן מגו להוציא אלא צ"ל כיון דבזה גופא הספק דהבעל אומר אמת שכתבתי לה כתובה אבל על מנת שתהיה בתולה אם היא בעולה אדעתא דהכי לא נתתי לה הכתוב' והאשה אומרת שעדיין השטר בחזקתו לפי שנסתחפה שדהו הוי מגו להוציא כיון דלטענת הבעל אין כאן שטר ומעולם לא היה חיוב ושיעבוד הוי מגו להוציא וכ"כ בש"ך כללי מגו ס"ק ט"ו ע"ש וא"כ ה"נ הלוה שאומר לא נתקיים התנאי וא"כ ליכא כאן שטר כלל וזה דברי בעה"ת שטר כ"א ח"ג ז"ל והאי שטרא נמי דקא מודה לי' דעל תנאי נעשה ואי מקיים תנאי הא לא חייל שעבודי' ולוה טען דקיים תנאו הא לא חייל כלל ע"ש והיינו דלא מהני מגו בשטר אלא לענין טענת פרעון דגם הלו' מודה דחייל השעבוד והוי כגבוי וזה ברור:

סעיף ט

מגו להוציא. וקשה לי בהא דכתב הרמ"א בסי' קל"ח סעיף ח' דאם אמר שכרתיהו בפני פ' ופ' והלכו למד"ה דנאמן במגו דחטפה ממנו והוא הוי מגו להוציא וע"ש שדין זה כתבן הה"מ בשם רמב"ן והרשב"א ואינהו לשטתייהו דסברי דאמרי' מגו להוציא וכמבואר בחידושי הרמב"ן ומפרשי להא דאמרינן הלכתא כרבא בארעא וכר"י בזוזי בפ' חז"ה

היינו בשטר שאינו מקויים ע"ש אבל על הרמ"א דכתב שם להלכה דנאמן במגו דחטפה וע"ש דכתב וכן עיקר ואמאי הא הוי מגו להוציא ולא ראיתי מי שירגיש בזה. ול"נ דהא דל"מ מגו להוציא היינו משום דחזקת ממון אלים טובא ול"מ מגו נגד חזקת ממון והתם בסי' קל"ח דכבר היה לפני ב"ד ואמרו להם צאו וחלקו המים ועכשיו היא ביד א' מהם וטוען הודה לי ונסתלק ע"ש (בעבור זה) אע"ג דזה הוא עכשיו מוחזק ל"מ חזקתו ומוקמי' לה בחזק' קמייתא שהוא של שניהם ומהני מגו ועמ"ש בס"ק י"א עוד א"ל כיון דכבר היה פסק מב"ד שיחלוקו הוי ליה דין שטר דכל מעשה ב"ד כמאן דנקיט שטרא ומהני מגו להוציא וכמ"ש בס"ק ה' לענין כתובה דאע"ג דלית לה שטר כתובה מעשה ב"ד כמאן דנקיט שטרא ע"כ:

סעיף י

והיכא דאיכא שטרא אמרינן מגו להוציא וכמ"ש תו' בפ' חז"ה ומוכתי לה מההיא דסטראי פ' הכותב (כתובות דף פ"ה) דהיכא דאית ליה מגו נאמן וכל הפוסקים משמע דמודו בזה גם בש"ך כללי מגו סקט"ו שהקשה על דברי ס' הכריתות והמרדכי שכתבו דאמרינן מגו להוציא בברי ושמא מדאמרינן משארסתני נאנסתי ות"ל דהוי במקום שטר ואין לו' דס"ל דאף בשטר מעלי' ל"א מגו להוציא דהא מוכח בהכותב גבי סטראי דאמרינן בשטר' מעלי' מגו להוציא ע"ש ומזה הק' בס' נתיבות משפט על מ"ש תלמידי ר"י על הקושיא דפוגמת למה צריכה שבועה ותהי' נאמנת במגו דכופר הכל ותי' דהוי מגו להוציא דהא במקום שטר מעלי' אמרינן מגו להוציא. אבל נראה דאינו מוכרח גם במקום שטר לפמ"ש הרמב"ן בחידושיו פ' חז"ה ז"ל ואי קשיא לך הא דאמרינן בשבועות מגו דיכול למימר להד"מ י"ל סטראי נינהו ולא איתרע שטרא וגבי ליה אלמא אמרינן מגו לאפוקי ממונ' לאו קושיא היא דאיהו נאמן לו' על מה שהוא תפוס סטראי נינהו ואין נאמנות על מנה שבשטר אלא על מה שפרעו לו שהוא אומר סטראי נינהו ואף ע"ג דממילא מהני ליה מגו לגבות בו מנה שבשטר עכ"ל. וא"כ לפ"ז איכא למימר דאפי' בשטר ל"מ להוציא כיון דקי"ל העומד לגבות לאו כגבוי אלא טעמא דסטראי משום דהנאמנות על מה שפרעו וא"כ אין ראיה מסטראי ומש"ה גבי פוגמת דנאמנת על מנה שבשטר ס"ל לתלמידי רבינו יונה דל"מ דהוי מגו להוציא מיהו הפוסקים דהעלו דאמרינן מגו להוציא בשטר וע"כ הוא משום מעליותא דשטר ומשום דהוי כגבוי לזה וכמ"ש בתשובה המיוחסת לרמב"ן סי' ק' ועמ"ש בסי' פ"ג סק"ה דל"מ מגו להוציא בשטר אלא בשטר שגובה ממשעבדי ועיין סמ"ע סי' נ"ה דשטר שנפרע חציו אפי' חצי שלא נפרע אינו גובה ממשעבדי ונתיישב קושיות נתיבות משפט וק"ל. ועיין ש"ך בס"ק כ"ט דמי

שחייב לחבירו בע"פ בענין דא"י לטעון פרעתי כגון שא"ל אל תפרעני אלא בעדים וכה"ג א"י לטעון סטראי אף שפרע לו סתם ולא הזכיר לשון פרעון והיה י"ל מתנה נתן לי לסברת המחבר לעיל סי' נ"ח סעיף ב' עכ"ל ולפי מ"ש הרמב"ן בחידושיו גם במלוה ע"פ נאמן דאינו מגו להוציא דהחוב הראשון כדקאי קאי ונאמנות שלו על אותו מנה שקיבל וציור הש"ך לסברת המחבר לא אדע דהא הוא לכ"ע וכגון שמודה שפרעו בינו לבינו אלא שטוען סטראי והוא ההוא דפ' הכותב:

סעיף יא

כתב בתומים ז"ל אם תפס א' משל חבירו בטענה שחבירו מחזיק בפקדונו וחבירו מכחישו אע"פ שיש לחבירו מגו דנאנסו ואלו היה טען נאנסו לא היה התופס יכול לתפוס מספק כי אולי באמת נאנסו מ"מ השתא דלא טען כן לא מועיל טענתו נגד התופס דה"ל מגו להוציא כה"ג בשם מוהרי"ט אלא שהוא לא ביאר הדברים כ"כ אבל זהו מ"ש הוא הנרצה וכוונת דבריו וכן נכון עכ"ל: ואין זה נראה לענ"ד דודאי אם זה תפיס בעדים ל"א מגו להוציא דטעמא דמגו להוציא לא אמרינן היינו משום דאלימי חזקת ממון טובא וזה שתופס בעדים אין זה חזקת ממון דגזלן הוא וזה הנפקד נאמן במגו דהוו' להחזיק ול"מ תפיסה בעדים אלא בספיקא דדינא וכיוצא אבל הכא שהדין ברור דאמרינן מגו להחזיק מה יועיל תפיסתו כיון שהוא בעדים וכן הא דקי"ל המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לו' החזרתי במגו דנאנסו ואפי' המפקיד תופס בעדים ל"מ תפיסתו וכ"ז פשוט אך גם הדבר מבואר מדברי הש"ך סי' צ' סקכ"ב דכיון דתפס בעדים ל"ה מגו להוציא וע"ש ותמצא הדבר כמ"ש. מיהו נראה דאם המפקיד תפס שלא בעדים אפי' למ"ד אמרינן מגו להוציא לא מפקינן מיד המפקיד דאע"ג דאית לי' מגו לנפקד לומר נאנסו ואלו היה טען כן לא היה המפקיד יכול לתפוס והיה צריך להחזיר מ"מ השתא דטען להד"מ והמפקיד טוען ברי ואית ליה נמי מגו דלהד"מ כיון דתפס שלא בעדים אית ליה מגו ולהאי מגו ולא מפקינן מיד המפקיד שתפס שלא בעדים:

סעיף יב

מגו להוציא גוף החפץ ונותן הדמים. עיין ש"ך סי' קצ"ב שכתב דהתוס' ס"ל דלא הוי מגו להוציא כיון שנותן הדמים משום תקנת השוק והתו' בשם מ' דוד ס"ל דזה ג"כ הוי בכלל מגו להוציא וע"ש שכתב דהטור ג"כ ס"ל כדברי תוס' דלא הוי מגו להוציא כיון שנותן הדמים ועיין בתוס' רפ"ק דמציעא שהקשו בהא דתנן זה אומר כולה שלי וז"א חצי שלי זה ישבע שאין לו בה פחות מרביע והקשו דיהא נאמן חצי שלי במגו דאומר כולי שלי ותירצו כיון דבחצי השני מוחזק זה כמו זה הוי מגו להוציא ע"ש והתם ז"א כולה

שלי מוקמינן לה במקח וממכר ונקיט זוזי מתרווייהו ולא ידוע למי נתרצה המוכר והוי מגו להוציא אע"ג שאינו אלא בגוף החפץ דהא הדמי' אינו מפסיד ולכן נראה דהא דס"ל לתוס' במכיר כליו וספריו ביד אחר דנאמן לומר גנובים היכא דהוי מדברי' העשוים להשאיל ולהשכיר במגו דהשאלתים לך היינו משום דס"ל דאמרינן מגו להוציא גבי ברי ושמא וכמ"ש בס' הכריתות והמרדכי מההיא דפ"ב דכתובות משארסתני נאנסתי והתם נמי המוכר טוען ברי והלוקח שמא ואע"ג דלא ה"ל למידע ובכל מקום היכי דלא ה"ל למידע לא חשיב שמא אפ"ה אמרי' מגו להוציא דהא גבי משארסתני נאנסתי נמי הבעל לא ה"ל למידע ואפי' הכי כיון שזה טוען ברי מהני מגו להוציא ואע"ג דטענינן ליורש ולוקח התוס' לשיטתיה דסברי טעמא דיורש ולוקח בחמשין ידענא וחמשין לא ידענ' דפטירי אינו אלא משום דלא ה"ל למידע איהו נמי פטור וכמ"ש תוס' והרא"ש וא"כ לא עדיף הלוקח בשמא דידיה אלא משום דלא ה"ל למידע וגבי ברי ושמא דאמרינן מגו להוציא הוא אפי' בשמא גרוע דלא ה"ל למידע וכמ"ש ועמ"ש בסי' קל"ג סק"ז:

סעיף יג

מגו להעמיד הקרקע בחזקת המחזיק. אע"ג שלא החזיק שליש אמרינן מגו כ"כ כנה"ג בכללי מגו והוא ממה דאמרינן בפ' חז"ה הלכתא כרבה בארעא ע"ש בתוספות וראיתי בתומים דה"ה למערער אם יש לו מגו נמי לא הוי להוציא אע"ג דאינו מוחזק בקרקע ומשום דאית ליה חזקת מרא קמא ע"ש ואני מוסיף דאע"ג דהמערער שבא להוציא אינו מוחזק בקרקע וגם אין לו חזקת מרא קמא וכההיא דשטרא זייפי דהלכה כרבה בארעא אע"ג דאינו דר בקרקע אלא בעדים הראשונים מוחזק בה נמי אמרינן מגו וראיה מהא דכתבו תוס' סוף כתובות גבי עשאה סי' לאחר דאמרינן עלה דאי טען ואמר חזרתי ולקחתי נאמן ופי' תוס' באין כת"י יוצא ממקום אחר דאית ליה מגו דאי בעי אמר מזויף וכ"כ הרא"ש שם ע"ש וכן כתב הרמ"א בסי' קמ"ז וכן בטור שם ואע"ג דאינו מוחזק כלל בקרקע וחזקת מרא קמא לא שייך התם דהא טוען חזרתי ולקחתי א"כ כבר יצאה מחזקת מרא קמא דידיה בהודאתו שעשאה סי' לאחר ואע"ג דהרי"ף מפרש שם דאיתי' לקרקע תותי ידי' היינו משום דהוא מפרש בכת"י יוצא ממקום אחר אלא שהוחזק שלש שנים ע"ש וא"כ ודאי בעי תח"י אבל לפי מה דמפרש תו' והרא"ש והטור באין כת"י יוצא ממקום אחר אפי' אינו מוחזק כלל ע"ש בר"ן ולכן נראה דע"כ ל"מ מגו להוציא אלא נגד חזקת ממון דתותי ידי דההיא אלימי טובא אבל קרקע לעולם אינו ת"י בעלים ואינו שייך ביה אלא חזקת מרא קמא ומש"ה מהני ביה מגו להוציא מחזקת מרא קמא וכמבואר אצלינו בש"ש ס"ו דקרקע לעולם אין לה חזקת ממון כיון שאינו ת"י ממש אלא חזקת

מרא קמא ומש"ה המערער כל היכא דאית ליה מגו יכול להוציא מיד היושב בה אפי' בטענ' לקוח אם אית ליה מגו. ומזה נראה דה"ה במטלטלין היכא דהוא עומד ברה"ר דאין שום א' מהם מוחזק אע"ג דאית ליה חזקת מרא קמא מהני מגו נגד חזקת מרא קמא ודוקא בממון דאיתא תחות ידי' ממש דהוא אלים טובא בזה הוא דל"מ מגו להוציא:

סעיף יד

מגו דהעזה ל"א אמנם דוקא לענין שבועה וכדרבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת ישבע חזק' אין אדם מעיז אבל גבי ממון אמרינן מגו דהעזה וכמו שהוכיחו התוס' מהא דתנן שדה זו של אביך ולקחתיה ממנו דנאמן והוא במגו דלהד"מ אע"ג דהשתא אינו מעיז ואם יאמר להד"מ הבן יכיר בשקרו: עוד הוכיחו הפוסקים מהא דאמרינן בהני עיזי דאכלי חושלי דנאמן במגו דלקוח ואע"ג דהוי מגו דהעז'. והנה בר"ן פ' כל הנשבעין הטעם משום דטפי אמרי' מגו לממון ומש"ה אפי' מגו דהעזה אבל לשבוע' מחמירין ול"א מגו דהעזה ע"ש בסוגיא דשכיר נשבע ונוטל אבל קשיא לפי מ"ש הרא"ש על הרמב"ם שסובר דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה וטען הרא"ש מ"ש שבועה מממון דהא גם שבועה אתי לכלל ממון עיין ברא"ש פ' כל הנשבעין וא"כ ה"נ לענין מגו דהעזה למה נחלק בין ממון לשבועה הא גם שבועה אתי לכלל ממון ונראה לפי מ"ש הרשב"א בתשוב' ח"ב סי' רפ"ג וז"ל ואע"פ שיש לבעל דין לחלוק על טעם זה ולומר דא"כ מגו משום דטענ' זו יפה לו יותר דא"כ מי שיכחישנו עלי' ויכול להעיז פניו משא"כ בטוען מינך זבינתי' דאין אדם מעיז פניו בפני מי שיודע האמת כמוהו וכו' מ"מ כל שבא להחזיק בדבר הידוע לחבירו אם אתם חושדו דשלא כדין בא להחזיק בו כל שמעיז פניו בכך יעיז ויעיז בכל טענה ואף בטענה מינך זבינתיה ע"ש שהביא ראיה מהני עיזי דאכלי חושלי וע"ש ולפ"ז ניחא דגבי ממון לעולם אמרינן מגו דהעז' דאם אתה חושדו בכך לגזול אף לא ישוב מפני כל אם חשוד הוא להחזיק שלא כדין וכמ"ש הרשב"א משא"כ גבי שבועה דאנן קי"ל מגו דחשיד אממונא חשוד אשבועת' וכמ"ש בש"ע ובסי' צ"ב ואינו אלא משום ספק מלוה ישינה או אשתמוטי וא"כ אינו חשוד להחזיק שלא כדין אלא שצריך לכפור לו השתא או משום אשתמוטי או משום ספק מלוה ישינה עד שיזכור ואם לא יזכור שהוא בודאי חייב לו מלו' ישינה לא יחזיק מספק. וכמ"ש תוס' בפ"ק דמציעא ע"ש א"כ כיון דהוא בחזקת כשר גם הוא אינו יכול להעיז אבל לממון אם אתה חושדו דשלא כדין בא להחזיק ולגזול חבירו גם הוא לא ישיב מפני כל ומצחו נחושה להעיז. ועיין בתוס' פרק הגוזל עצים (בבא קמא דף ק"ז) ד"ה עירוב פרשיות שכתבו ז"ל ונראה כפירוש ריב"א דמפרש כי כתיב כי הוא זה אמלוה הוא דכתיב והלכך בפקדון נמי

לא מוקמי' לה אלא בטענה דשייכי במלוה דהיינו בכפירה והודאה אבל טענת נאנסו לא וה"ק מאי שלא טענת דשייכי במלו' מטענת נאנסו ומסיק כדרבה וגבי מלוה הוא דאיכא למימר הכי כלומר בטענה השייכ' במלו' כגון כפירה והודאה דאין אדם מעיז פניו לכפור במידי דידע ביה חברי' אבל בפקדון כלומר טענ' השייכ' בפקדון כגון נאנסו דלא ידע ביה חבירו מעיז ומעיז ומחייב בלא הודאה דאם כופר הכל היה פטור מודה מקצת נמי יפטור במיגו דאי בעי כפר הכל כו'. והשתא ניחא האי דכל הנשבעין דקאמר מתוך שיכול לו' להד"מ כו' י"ל מ"מ מדמה לי למגו דלעיל דההוא נמי לאו מגו הוא דניחא ליה למימר טפי שכרתיך ונתתי לך שכרך דחושבו טועה משום דטרוד בפועלים וכו' והאי דח"ה גבי הני עיזי דאכלי חושלי וכו' ובפרק ב' דכתובות גבי שדה זו של אביך היה ולקחתיה ממנו כי' אע"ג דבהאי ידע ובודאי לא ידע לא דמי למידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע ביה חברי' והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו עכ"ל ודבריהם סתומין מאוד במ"ש דהני דהתם לאו מידי דכפירה נינהו ואין לדבריהם אלו ביאור כלל וכבר נתחבטו בדבריהם כל האחרונים ז"ל ופירשו בהו פירושים מתחלפים עיין מ"ש ש"ך בכללי מגו בביאור דבריהם ובפ"י בחדושיו שם וגם בתומים מאריך בזה ואפשר להעמיס דברינו הנ"ל בכוונת דבריהם ומפי אחי החכם השלם מוה' יהוד' כהן ש"ן שמעתי שאמר שכולם לא ירדו בזה לאמיתת כוונתם וה"פ דהתו' אין מחלקין בין ממון לשבוע' בענין מגו דהעז' אבל הם מחלקים דהיכ' שיצטרך לכפור יותר ממה שהוא כופר עתה וגם יצטרך להעיז ככל מוד' מקצת דמלו' דאינו נאמן במגו דכופר הכל משום שיצטרך לכפור יותר וגם יצטרך להעיז דכופר הכל חשיב מעיז בכה"ג לא חשיב מגו וזו שכתבו דאין אדם מעיז פניו לכפור במידי דידע בי' חברי' אבל בהעדר אחת מהן כלומר אפי' יצטרך לכפור יותר אלא שלא יצטרך להעיז כמו בפקדון אלו כופר הכל הי' פטור גם מוד' מקצת יפטור במגו דאי בעי אמר הכל נאנס. ואף שהי' צריך לכפור יותר כיון דאינו מעיז באות' כפיר' שפיר הוי מגו וכן היכא דבטענ' אחרת הי' מעיז אלא שלא הי' כופר יותר ממה שהוא כופר עכשיו ג"כ הויא מגו להני דכל הנשבעין ועיזי דאכלו חושלי ושדה זו של אביך הי' דאע"ג דיצטרך להעיז בטענ' האחרת כיון דלא יצטרך לכפור יותר וז"ש דהני דהתם לא דמי למידי דכפיר' דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע ביה חברי' והנהו דהתם לא מידי דכפיר' נינהו כלו' שלא יצטרך לכפור יותר ממה שכופר עתה ובכה"ג מעיז ושפיר הוי מגו. וכן מצינו בחידושי הרשב"א בפרק כל הנשבעין שעמד שם על האי דשכרו שלא בעדים דמהימן במגו דלא שכרתיך מעולם והרי טענה זו חשוב' לי' טפי שאינו מעיז משום דתלינן בטירדא דפועלים. וכתב ז"ל ודבר זה נשאלתי למורי

הר"ר יונה ז"ל והשיב דכולן דאפי' בטענת פרעתיך יש בו העז' שלא פרע ואומר שפרעו אם רצה לשקר גם הוא הי' טוען שלא שכרן אע"פ שיש בטענת טוען זו העזה יותר מזו וכן מצאתי אח"כ בתוס' דבין כך ובין כך כופר בכל שיש בו העז' עכ"ל וקרוב שהרשב"א נתכוין לדברי התוס' הנ"ל. ובזה ניחא מה שכתבו התוס' שם בסה"ד למאן דסובר דבעי שלש פרות ז"ל ואין להקשות יהא נאמן במגו דאי בעי אמר להד"מ נמי אההיא דנאנסו דכל הנשבעין משני לה דאפקיד לי' בשטר והקש' מוהרש"א דהא הוי מגו דהעזה ולפ"ז לק"מ משום דכל דאינו כופר יותר ממה שכופר עתה אפי' אי הי' מעיז הוי מגו וזה ברור עכ"ל אחי מוהרי"ך נר"ו ודבריו ברורים ואמתיים:

סעיף טו

כתב הרא"ש בתשוב' כלל ס"ו ס"ח דאפי' במקום עדים פסולים ל"א מגו ע"ש בשטר שנעש' בקנין בפני עדים קרובים זה לזה שנתחייב ליתן לחבירו סך מה ועכשיו טוען המתחייב כי הוא ממעו' שחוק ע"ש דפסק דאינו נאמן בכך ואין לו מגו דלהד"מ דניחא לו לומר טענ' שאין עדים יכולים להכחישו אע"פ שהעדים פסולים כדאמרי' בחז"ה בעובדא דרב' בר שרשום לקוחה בידי כו' דלאו מגו טוב הוא דלא ניחא לי' למימר לקוח הואיל ונפק קלא שהשד' שייך לאבי היתומים ע"ש. וראיתי בתומים שהקש' דא"כ מהני עדות קרובים להוציא ממון בעדותן א"כ הא דתנן שבועת העדות אינו נוהג בקרובים ובפסולים והטעם דאינם ראוי להעיד כמ"ש רש"י ור"ן והא יש תועלת ומוציאין ממון בעדותם וכמו בע"א בנסכא דר"א דאמרי' דחייב שבוע' וא"כ ה"ה בחטף בפני קרובים ואמר אין חטפי ודידי חטפי דלית לי' מגו דלהד"מ דיצטרך להכחיש קרובים וכן במודה בשטר שכתבו דאית לי' מגו דמזוייף ואם עדים קרובים ראו שחתמו והעידו כן בב"ד תו לית לי' מגו וע"ש ואין זה קושיא דאע"ג דיש תועלת בעדותן מ"מ כל שאינו עד אינו חייב שבוע' וכההיא דאמרי' בירושלמי אמר לע"א הרי את מקובל עלינו כשנים יכול יהא חייב להעיד ת"ל והוא עד או ראה או ידע את שהוא כשר לעדות התור' וע' בר"ן פ' שה"ע שכ' בקרובים דאפי' קבלו עליהם מ"מ בשבועת העדות כיון שאינו עד כשר לעדות תור' ועמ"ש בסימן כ"ח סק"ה וא"כ ה"ה הכא אע"ג דיש תועלת בעדותן מיהו אינו עד אלא שבאמירתן לא יהי' לזה מגו ומשום דלא גרע מקלא כמ"ש הרא"ש דאינו רוצ' לומר נגד הקול ה"נ אינו רוצ' לומר נגד הפסולים אבל אינו בגדר עד דאינו חייב שבוע' דהא כשקבלו עליהם את הפסול ודאי יש תועלת בהגד' אפ"ה אינו עד ומש"ה ליתי' בשבועת העדות אבל ע"א בנסכא דר"א כיון דע"א כשר מן התור' ועד הוא ומש"ה למאן דסובר גורם לממון כממון הוי עד כשר מה"ת לגורם ממון אם לא ישבע כדאמרי' פ' שבועת העדות ולמ"ד דבר

הגורם לממון לאו כממון פטור דאע"ג דעד הוא מ"מ אינו נאמן לממון דשמא ישבע ודבר הגורם לאו כממון ובנסכא דר' אבא כיון דצריך לשלם ואינו יכול לישבע א"כ עד הכשר מן התור' דכיון דמגו לית לי' וכמ"ש תוס' או משום דאינו רוצ' להכחיש את העד ולישבע נגדו ובין לפי' ריב"ם דגזירת הכתוב דלא מהני מגו וכמ"ש תוס' בפרק חז"ה עכ"פ כל דחייב לשלם הרי העד עד הכשר לעדות התור' כל שאינו נשבע העד הוא במקום שנים אבל פסולים אינו עד כלל ומשום הכי אפי' יש תועלת בעדותן אינו בשבועת העדות ולא עדיף מקיבל עליו פסול וכמ"ש בשם הר"ן אפ"ה אינו בשבועת העדות וזה ברור. עוד ראיתי בתומים שהקש' דמאי פריך בגמ' פרק חזקת הבתים באומן אומר שתים קצצת לי אי דליכא עדים ליחזי מאי קאמרי דילמא יש עדים פסולי' ואומרים כמו שכיר דקצץ לו שתים ולכך בזמנו נשבע וא"כ הממע"ה דמה נ"מ באמירתן הא פסולים הם אבל מ"מ אין לאומן מגו דירא להכחיש העדי' אף שהם פסולי' ויש ליישב בדוחק ע"ש ואיני רואה בכאן קושיא דצריכא ליישב דהתם פריך למאן דאמר אומן אין לו חזק' מהא דתני כל זמן שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראי' היכי דמי אי דאיכא עדים ליחזי מאי קאמרי אלא לאו דליכא עדים והוא דראה אלמא מהימן ומשני דלא ראה וא"כ צריכין לומר בגוונא דאית לי' מגו לאומן והוא מצייר לה בגווני דלית לי' מגו. ויותר תיקשי אמאי אומן מהימן יע"ש בתוס' שהקשו בהא דאמרינן אי דאיכא עדים ליחזי מאי קאמרי הא איכא עדים פשיטא קשה אמאי אומן מהימן ותירצו דאי מיירי דאיכא עדים מצינו לפרש בלא ראה וקמ"ל דאף על גב דאיכא עדים אומן מהימן אבל אי ליכא עדים ולא ראה מה קא משמע לן והיינו משום דאי מיירי דאיכא עדים מצינו לומר בלא ראה וקא משמע לן המפקיד אצל חבירו אין צריך להחזיר בעדים ועיין שם בסוגיא דף מ"ה אבל אי ליכא עדים ולא ראה מאי קא משמע לן ואי איכא עדים פסולין ולא ראה נמי מאי קמ"ל דלא שייך ביה המפקיד אצלו בעדים כיון דעדים פסולים הוי ע"כ הימני' והנה נראה בעליל מדברי התומים דאגב ריהטא רצ"ל דקושיות הש"ס להוכיח דאומן לית ליה מגו ולפיכך מצייר לה בגוונ' דלית ליה מגו וכגון בדאיכ' עדים ופסולים אבל באמת שם בהיפך רצ"ל דאומן מהימן במגו וע' בתומים דמפרש לדברי הרא"ש דהי' עד כשר דלא ישבו לחתום ולית ליה מגו דהו' נסכא דר"א כיון דע"א כשר וע"ש וכל מה שהוכרח לפרשו על דרך זה הוא מחמת הקושיות הנ"ל אבל אין דברי הרא"ש סובל פירושו כי בודאי נסכא דר"א היא גמר' ערוכ' וא"צ ראי' מעובד' דרב' בר שרשום והקושיות לא קשה מידי וכמ"ש. עוד ראיתי בתומים שם שחזר והביא ראי' דאין אומרים מגו להכחיש פסולים מהא דתנן בעדיות פ"ח גבי תינוקת שהורהנ' באשקלון וריחקוה בני משפחת' ואמרו חכמים אם

אתם מאמינים לעדים תאמינו שלא נטמאה וכו' ומפרש הראב"ד בעדים פסולים דעדים כשרים ודאי נאמנים ע"ש וכיון דעדים פסולים איך עלה על דעת להאמין לפסולים אלא שהיא בעצמ' מור' שהורהנ' אמר' נשביתי וטהור' וה"ל מגו להכחיש פסולים וע"ש אבל אין זה ראי' דודאי דברי תינוקת מידי משש' אית בי' אלא בני משפחת' ראו להאמין לפסולים והיכ' שהוא מאמין שויא אנפשי' חד"א ואפי' לפסול וכמבואר בסי' קכ"ו בי"ד ע"ש ואמרו להם חכמים אם אתם מאמינים לעדים ומהימן לכם תאמינו שלא נטמא' וזה פשוט:

סעיף טז

כ' בגי"ת דמגו לחייב שבוע' ל"א ע"ש שהקש' על מ"ש הרי"ף בתשוב' אשה שתבע' כתוב' מבעל' אחר גירושין והוא טען שפרע לה קודם גירושין והאש' נאמנת בכתובת' שלא נפרעת מבעל' ואפי' שבוע' אינה צריכה דאין אדם פורע תוך זמנו והק' בגי"ת הא יש לבעל מגו דאחר גירושין פרעתיך והי' חייבת לישבע ותי' דכי היכא דל"א מגו לפטור משבוע' ה"נ אפשר דל"א מגו לחייב שבוע' ובתומים כתב וז"ל ובאמת אין כאן קושי' דפרעון ודאי והשבוע' ספק דאיבעי' דלא איפשט' בש"ס אי אמרינן מגו דפרעתיך אחר זמנו דהוי במקום חזק' ואיך נשביע אותה מספק דהתשלומין ודאי והשבוע' ספק ומספק' אין להשביע' ע"ש וליתי' דודאי היכא דבא להוצי' ואיכא ספק שבוע' עליו א"י להוצי' עד שישבע וכמ"ש הרי"ף והרא"ש בפ' הכותב גבי פוגמת כתובתה בעדים דעלה בתיקו וכתבו הלכך מספיק' לא תפרע אלא בשבוע' וכן בזה באומר פרעתיך תוך זמנו ואית ליה מגו דפרעתיך מספיק' לא תפרע אלא בשבוע' ועמ"ש בש"ש ש"ו פי"ז:

סעיף יז

מגו במקום מנהג ל"א. והוא מדברי נימוקי פ' המקבל דל"א מנהג לבטל מנהג המדינ' יעיין ש"ך שהביא ראי' לזה מדברי התוס' והגהת אשר"י ריש ב"ב דאע"ג דשהו אבנים ברשותו ואית ליה מגו דלקוח לא מהימן שעש' הכותל לבדו כיון שהמנהג על שניהם לבנותו וחייבים שניהם לבנות הוי כמגו במקום עדים ונתבאר לקמן סי' קנ"ו ע"ש וראי' זו איני מכיר דודאי התם בר"פ השותפין דכיון דהמנהג בגויל וגזית מחוייבים שניהם לבנות וכופין אותו וזה ודאי במקום חזק' לומר שהוא עשה לבדו אבל מנהג דהכא אין כופין אותו:

סעיף יח

ואם עד אחד. בטור הביא דעת הרמ"ה דס"ל דעד האומר לא הי' תנאי הרי הוא כשנים וצריך לישבע ש"ד אם על המטלטלין הוא מעיד והר"ר מתתי' גאון ס"ל דנשבע שבועת

היסת ונפטר וכתב הב"י טעם מחלוקתן דהרמ"ה ס"ל עד המסייע אינו פוטר משבוע' והר"ר מתתי' ס"ל דעד המסייע פוטר משבוע' ואיכא למידק בזה דעד המסייע פוטר דהא אם לא הי' בשטר רק ע"א בלבד והי' טוען הלו' כת"י הוא זה אבל תנאי הי' ודאי מחוייב לשלם מדין נסכא דר"א כאומר אין חטפי ודידי חטפי כיון דאינו נאמן אלא במגו להכחיש העד וכיון דהוא בדין משאיל"מ איך יכול העד האומר תנאי לפוטרו מממון דהא כבר כתב הרא"ש רפ"ק דמציע' דהיכ' דהוי משאיל"מ אין העד המסייעו פוטרו דאינו קם אלא לשבוע' אבל לא לממון. ולכן ירא' לי מזה ראי' ברור' למ"ש סק"ט דעד המסייע פוטר מדין משאיל"מ כיון דחיובו בממון אינו אלא מכח השבוע' שא"י לישבע ועד המסייע קם לשבוע' ועמ"ש בדברי הרא"ש פ"ק דמציע' ועיין פ"ב דכתובות בעד אומר תנאי ועד אומר לא הי' תנאי ר"פ אמר תרוייהו בשטרא מעלי' קא מסהדי והאי דקאמר תנאי ה"ל חד ואין דבריו של א' במקום שנים מתקיף לה רב הונא א"ה אפי' תרוייהו נמי אלא אמרינן למיעקר סהדותי' קא אתי האי נמי למיעקר סהדותי' קא אתי. ובזה א"ל דר"פ דס"ל דאין דבריו של א' במקום שנים היינו משום דס"ל דכיון דזה האומר לא הי' תנאי ה"ל כשנים דכיון דהבע"ד מוד' לדברי העד אלא שאומר תנאי א"כ ה"ל כשנים דכל שאינו מכחישו הרי כשנים ומחייבו ממון כדר"א באין חטפי וזה האומר תנאי ה"ל חד ואין דבריו של א' במקום שנים דאינו קם אלא לשבוע' ולא לממון ורב הונא בריה דר"י ס"ל דקם הוא לשבוע' וכיון דפוטר משבוע' פוטר נמי מדין מתוך אמנם אכתי תיקשי בדברי הרמ"ה שבטור שכ' דנשבע ש"ד אם על המטלטלין הוא מעיד כיון דלא ס"ל עד המסייע פטור א"כ מחייב לשלם מדין נסכא דר"א אלו הי' שנים ועד אומר תנאי צריך לשלם והשת' דאיכ' ע"א על השטר ובע"ד מוד' לדברי העד בין דמיירי בכת"י יוצא ממקום אחר בין דמיירי באין כת"י יוצא ממקום אחר כל דמוד' לדברי העד ואומר תנאי ה"ל דין נסכא דר"א וחייב לשלם וכיון דלא ס"ל עד המסייע פוטר ה"ל למימר דחייב לשלם וצ"ע ועמ"ש בסי' נ"ח סק"ד. ועמ"ש ש"ך דזה שאומר לא הי' תנאי אינו מכחיש אלא אומר א"י מתנאי:

סעיף יט

ועדים מעידים כתב הר"ן פ' שבועת הדיינין ואיכ' למידק כיון דאיכ' עדים שמעידים שפרעו כולו הם מעידים דבריו דיש בכלל מאתים מנה ולמה צריך לישבע וי"ל דשאני הכא שהוא פסלם שמכחיש דבריהם ואומר שלא פרע מחצ' ולגבי עצמו נאמן ומיהו לאו למימר' דפסלינהו לגמרי דא"כ אפי' בשבוע' לא מהימן דהא איכא שטרא אלא לאו הכחש' היא לגמרי דאפשר שהוא אינו זוכר אלא מן המקצת והעדים זוכרים יותר וכיון

דהכחש' ולאו הכחש' אין סומכין על עדותן לגמרי ולא על השטר אלא עדותן מהני לבטולי שטרא בלחוד וה"ל תביעתו של מלוה כתביעת בע"פ שאין עליה עדים דכל שנתבע מוד' במקצת ישבע עכ"ל ובש"ך הוציא מזה דדוקא בשטר איכ' למימר הכי כיון דאיכא שטרא אבל בע"פ פשיטא דלא הוכחש' העדים לגמרי ואינו נשבע כלל ודוקא שטר חזק' דשטר' בידו מה בעי מהני להכחיש עדים ע"ש ולא נרא' כן מתוך דברי הר"ן בחידושיו פ' ז"ב בשני עדים ז"א מנה וז"א מאתים דצריך שיהא תובע שניהם דאל"כ הוי הכחש' מפי התובע דאומר מאתים ועיין שם שהביא ראי' מהא דאמרינן פ' י"נ נשבע וגוב' מחצ' והא העדים מסייעים אותו על מנה דיש בכלל מאתים מנה ואינו הכחש' אלא בבדיקות א"ו דהכחשת התובע עם העדים אפי' בבדיקות הוי הכחש' ועיין שם והובא דברי הר"ן אצלינו בסי' ל' ולפי מ"ש הש"ך דהכא משום חזק' דשטרא בידי מאי בעי מהני לאכחושי סהדי אם כן תו ליכא ראי' מההיא דנשבע וגוב' מחצ' להיכא דליכ' שטרא כההוא נדון של הר"ן שם דצריך שיהי' תובע שניהם ואין לומר דהתם נמי כיון שהלו' מוחזק הוי חזק' לארועי סהדי דבשלמא חזק' דשטרא דהיא מכח סברא שייך למימר דסבר' דשטרא בידי מה בעי מהני לארועי סהדי אבל חזקת ממון אינו תלוי בסבר' ודאי אינו מועיל לאכחושי סהדי ועוד בעיקר דברי הש"ך דחזק' דשטרא מהני לארועי סהדי איך יתכן דחזק' יכחיש עדים ואפי' אלפים חזקות לאין המה נגד שני עדים ואי משום דעדים קלישי דהוי קצת הכחש' עם הבע"ד א"כ בלא שטר נמי ליהוי הכחש' אבל חזק' לא תוסיף תת כחה נגד עדים) (ולכן נרא' דהכא הטעם דנשבע וגוב' מחצ' משום דכל הכחש' שהוא בבדיקות לאו הכחש' ומש"ה א' אומר מנה ואחד אומר מאתים מצטרפים ולא הוי הכחש' בין העדים אלא היכא דהוי הכחש' עם הבע"ד הוי הכחש' אפי' בבדיקות ומש"ה צריך התובע לתובעו שניהן בז"א מנה שחור וז"א מנה לבן וכמבואר בסי' ל' אלא דגם הכחשת התובע עם העדים נמי לאו ודאי הכחש' אלא ספק הכחש' ומש"ה אם אינו תובע שניהם אינו גוב' משום דהוי ספק הכחש' אבל הכא שהלו' מוחזק אע"ג דהוא מוכחש מן העדים שהעדים אומרים פרע כולו והוא אומר מחצ' אין המלו' גוב' דכיון דאינו הכחש' ודאית אלא ספק ואין מוציאין מיד הלו' מספק אבל שבוע' צריך דכיון דליכא לפנינו עדים ברורים עדיין לא יצאנו מידי ספיקו דהא עיקר שבוע' לברר שאינו חייב ולכן כשמביא עד המסייע או שני עדים המסייעים נפטר משבוע' דהא נתברר לנו אבל כשיש ספק בעדים אין הדבר יוצא מידי ספיקו וצריך לישבע וכ"מ מדברי הש"ך לחלק בין ממון לשבוע' דספיק' דתרי ותרי אין מוציאין מידו ואלו גבי שבוע' דמוד' במקצת או ש"ש ותרי ותרי מכחשי אהדדי צריך שבוע' כמ"ש הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"א

א"ו כמ"ש דמספיק' אין מוציאין ממון אבל מי שנתחייב שבוע' כ"ז שאין לפנינו עדים המסייעים אותו בודאי עדיין לא יצא הדבר מידי ספיקו וז"ב. ועמ"ש בסי' פ"ז סק"ט וכן מבואר להדי' מדברי נימוקי פ' י"נ וז"ל וא"ת מ"מ כיון שמעידין שפרע לפחות חצי' אמאי ישבע הא איכא עדים בדבר וי"ל משום שהוכחשו העדים מפיו שהרי הוד' במקצת והם העידו שפרע הכל ומ"מ לא חשבינן להו כמאן דליתנהו כדי שלא נאמינהו אפי' בשבוע' כדין כל חוב שהוא בשטר שהרי א"ל שהם זכורים מן הענין יותר ממנו וכיון דהכחש' ולאו הכחש' אין סומכין לא על עדות לגמרי ולא על השטר לגמרי אלא מספיק' נדון כאלו לא היו עדים ולא שטר ומוד' מקצת הטענ' ישבע עכ"ל והיינו כמ"ש דהוי מילתא בספיק' ונפטר מממון דספק ממונא לקולא אבל לענין שבוע' כיון דאיכא מוד' במקצת ואיכא ספיקא בעדים אין פוטרין אותו משבוע' עד שיבורר הדבר על פי עדים וכל שהדבר עדיין בספיקו מחוייב לישבע וכמ"ש ולפ"ז גם במלו' על פה אין העדים פוטרים השבוע' כיון דהוי ספק וכמ"ש ראי' מדברי הש"ך סי' פ"ז והיינו נמי ראיית הר"ן בחדושיו פרק ז"ב דאם אינו תובע שניהם אינו גוב' מדחזינן דנשבע א"כ מוכח דאינו ודאי עדים אלא ספק הכחש' וא"כ ממילא אין התובע יכול להוציא כשמוכחש מפי העדים ועמ"ש בסי' ל' סק"ו ואם הלו' אומר על שטר שהוא פרוע והביא שני עדים א' מעיד שפרע מנה וא' אומר שפרע מאתים דהוא פרוע ממנה אע"ג דהלו' אינו אומר כדברי שניהן כיון דזה שהוכחש הבע"ד עם העדים לאו הכחש' ודאית ומספיקא לא מפקינן ממונא ואפי' שבועת היסת א"צ דהכא עכ"פ העד שאומר מנה הוא כדבריו ועד המסייע פוטר) (ובזה נרא' ליישב קושית הט"ז בסי' ל' בדברי הטור שכתב בזה אומר מנה שחור וזה אומר מנה לבן דמצטרפי והוא שיהי' תובע שניהם ובסי' קמ"ה בא' אומר אכלה חטין וא' אומר אכלה שעורין דהוי חזק' דבין חיטי לשערי טעי אינשי ואינו אלא הכחש' בבדיקות ולמה לא הצריך הטור שיאמר המחזיק כדברי שניהם וע"ש דהעל' דגם התם צריך המחזיק לומר כדברי שניהם אלא דהטור מיירי שהמחזיק אינו יודע וע"ש וסתימת הטור לא משמע הכי דא"כ ה"ל לפרש דוקא שיאמר א"י או שיאמר כדברי שניהם כאשר ביאר הדבר בסי' ל' במנה שחור ומנה לבן ולפמ"ש ניחא דכיון דהכחשת בע"ד עם העדים אינו הכחש' ודאית כיון דאינו אלא בבדיקות אלא ספק הכחש' הוא דהוי ולהכי גבי תובע בסי' ל' דבא להוציא צריך שיאמר כדברי שניהם דאם אינו אומר כדברי הב' והוי הכחש' עם העד הכחשת ספק ואין מוציאין מספיק' והתם בסי' קמ"ה דהמחזיק מוחזק בקרקע נמי אין מוציאין מיד המחזיק מספיקא ואע"ג דבשאר ספיקות ל"מ תפיס' בקרקע ומוקמינן בחזקת בעלים הראשונים מ"מ אשכחן ספיקו דאין מוציאין מיד המוחזק אפי'

בקרקע וכגון מילתא דעבידי לגלויי גבי ספיק' דשנים ושלש פרק המקבל (בבא מציעא דף ק"י) ועיין בנ"י רפ"ק דמציע' בכלל' דספק ממונ' וה"נ דכוותה וע' ש"ך סי' פ"ג ודוק:

סעיף כ

נשבע הלו' ע' ש"ך מה שהבי' בשם בעה"ת קושי' ופירוק' וע' מ"ש בסי' ע"א סק"ה:

סימן פג

סעיף א

הדין עם המלו' ואם החוב שיש עליו ערב כבר עבר זמנו והחוב שאין עליו ערב עדיין לא הגיע זמנו אין המלו' יכול לומר מחוב שאין עליו ערב קבלתי כיון דעדיין לא הגיע זמנו ובע"כ צריך לקבלם על החוב שעבר זמנו וכן כתוב בטור וש"ע ושתיהם עבר זמנו. ובכנה"ג כתב ז"ל מלשון רבינו בעל הטורים יש להוכיח דוקא כששתי הלואות עבר זמנם וה"ה אם שתיהם לא עבר זמנם אבל אם חוב א' הגיע זמנו וחוב האחר לא הגיע זמנו פשיטא שאין המלו' יכול לו' מחוב שלא הגיע זמנו קבלתי דלא שביק אינש מלו' שהגיע זמנה ופורע מלו' שלא הגיע זמנה וכן מצאתי להרדב"ז בתשו' ח"א סי' קכ"א ולי נרא' מדנקט הטור ושתיהם עבר זמנו משמע דוקא שתיהם עבר זמנם אבל אם שתיהם לא עבר זמנם לא אלא דיש חילוק בין בבא דרישא ובין בבא דסיפ' והוא דאם הלו' פרע בסתם אע"ג דשתיהם לא עבר זמנם מצי המלו' לו' אח"כ מחוב אחר קבלתים כיון דהלו' נתנו בסתם ולא פי' אלא אם חוב א' תוך זמנו וחוב אחר הוא אחר זמנו אפי' בסתם אמרינן לא שביק אינש מלו' שהגיע זמנה וכמ"ש בכנה"ג אבל בבא דסיפא שהלו' או' בפי' על חוב זה והמלו' או' לא אקבלם אלא על חוב אחר בזה הדין עם הלו' דכיון דשתיהם תוך זמנו אין המלו' יכול להכריחו לפרעון כיון דעדיין לא הגיע זמנו אבל הלו' יכול להכריחו לפרעון על החוב שאומר אפי' תוך זמנו ומשום דפרעון בע"כ שמי' פרעון אפי' תוך זמנו כמבואר בסי' ע"ד אמנם אם פרעו בקרקע דיש בו דין קדימ' נרא' כיון דמבואר בש"ע סי' ק"ד גבי מוקדם ומאוחר דאם הגיע זמן המאוחר קודם שהגיע זמנו של המוקדם גובין למאוחר ואחר שיגיע זמנו של מוקדם טורף מן המאוחר וא"כ ה"נ אם החוב שיש עליו ערב הוא מאוחר והגיע זמנו והחוב שאין עליו ערב הוא מוקד' ועדיין לא הגיע זמנו א"כ נהי דהוכרח לקבלו על החוב שיש עליו ערב שהגיע זמנו מ"מ השתא שהגיע זמן החוב שאין עליו ערב גוב' הקרקע שנתן לו הלו' מתחל' הרי הוא גוב' על החוב המוקדם והחוב שיש עליו ערב נשאר בחובו כיון דבעל חוב מאוחר מה שגבה לא גבה א"כ הרי הוא טורף מעצמו מה שגבה בראשון על חוב המאוחר ויוכל לגבות חובו מן הערב וע'

בערכין דף ז' אמר רב אדא בר אהבה היו בידו חמש סלעים ואמר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי ונתן ד' סלעים לשניה וא' לראשונ' יצא ידי שתיהם מ"ט בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה בעידנ' דיהיב לשני' משעבד לראשונ' בעידנ' דיהיב לראשונ' תו לית לי' והקשו בתוס' ר"פ מי שהי' נשוי דהא מסקינן בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה ותי' דגבי ערכין כיון דהכל להקדש ודאי מה שגבה גבה וע"ש וא"כ ה"ה הכא כיון דהכל לעצמו מה שגבה גבה וא"כ החוב שיש עליו ערב כבר נפרע מיהו לפי תירוצי' שתי' שם בתו' דהך דערכין מיירי במטלטלין או במלו' ע"פ א"כ אין לחלק בין היכא דהכל לעצמו או לא. וז"ל דהרמב"ם פ"ג מערכין נתן ד' לשני' וא' לראשונ' יצא ידי שתיהן שהערכין לאו כחובות נינהו והקדש מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ע"כ ע"ש ונרא' מלשונו דמיירי מדברים שיש בהם דין קדימ' דאי מיירי במטלטלין למה כתב שהערכין לאו כחובות הא בכל חובות נמי מה שגבה גבה אלא ודאי מיירי שיש בהם דין קדימ' ובשאר חובות מה שגבה לא גבה והערכין לאו כחובות וע"כ צ"ל משום דהכל להקדש וכמ"ש תוספות ובלחם משנ' שם הקש' דהא בגמ' אמרו מ"ט בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ומשמע דבכולהו חובות דינא הכי וע"ש ואין זו קושיא על הרמב"ם אלא גם על פי' תוס' שפי' כיון דהכל להקדש אע"כ דמה שאמרו בגמ' מ"ט בע"ח מאוחר היינו בע"ח דהקדש והיכא דהכל להקדש: אמנם לענ"ד נרא' כוונ' אחרת בדברי הרמב"ם שכתב והקדש מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה והוא דהרמב"ם לשטתו פ"ז מערכין דהקדש דמים נמי מפקיע מידי שעבוד אלא דבע"ח גוב' מן הפוד' והא למה זה דומ' ללוקח שכתב לו המלו' דין ודברים אין לי עמך וחזר ומכר לאחר טורף מהשני ע"ש וא"כ הכא דתנן ד' לשני' יצא ידי שני' אע"ג דחייב לראשונ' כיון דהקדש מפקיע מידי שעבוד ומש"ה אפי' מן הפוד' לא מצי הגזבר ליטול בעד ערך הראשון כיון דבשע' שנתן ד' לשני' וא' לראשונ' עדיין לא נפד' השד' וא"כ נתן לראשונ' כפי אשר תשיג ידו דהא מהקדש לא גבי דהקדש מפקיע מידי שעבוד ותו אינו צריך ליתן אפי' העשיר כיון דכבר נתן כאשר תשיג ידו ומש"ה מן הפוד' אינו גובה כיון דכבר יצא וזה שכתב הרמב"ם שהערכין אינו כחובות והקדש מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה כיון דהקדש מפקיע מידי שעבוד אלא דבשאר חובות גובה מן הפוד' והערכין אינו כחובות דכיון דכבר יצא אפי' יש לו אח"כ א"צ ליתן וכמ"ש והוא נכון ולפי מ"ש בדברי הרמב"ם אין הטעם משום דהכל להקדש וגם מדברי תי' שני שבתו' ר"פ מי שהיו נשוי דערכין מיירי במטלטלין א"נ בחוב ע"פ א"כ אפי' הולך אל מקום אחר נמי מה שגבה לא גבה והכא בשני חובות נמי אם יש

בהם דין קדימ' כגון בשטר ובקרקע מה שגבה לא גבה וצריך הערב לפרוע דחוזר וגוב' מה שיגבה על המאוחר בתחל' עתה חוזר וגוב' על המוקדם וכמ"ש:

סעיף ב

אקבלם לעצמי. ע' ש"ך שכתב דאפי' מסרו בעדים וא"ל הילך לפ' או תן לפ' ואע"ג דבסי' קכ"ה משמע דבכה"ג לא מצי השליח לעכבו לעצמו דשאני התם דמיירי שאומר השליח אמת קבלתים מתחל' להוליכו לפ' אבל לא אעשה כן אלא אעכבם לעצמי וכיון שמתחל' זכה לפ' שוב א"י לעכב לעצמו אבל הכא מיירי שאומר מתחל' כוונתי לזכות לעצמי ומעולם לא כוונתי לזכות לפ' וכן משמע מהרשב"א כו' גם מהראי' שהביא הרשב"א שם מפ"ק דמציעא בדאמר תחל' משמע כן עכ"ל ובתומים השיג עליו בזה כיון דקי"ל הולך כזכי והלה קיבלם בשתיק' היאך נאמן לומר אני זכיתי בה תחל' וילפינן לה מהך דראה את המציא' ומבואר בטור וש"ע סי' רס"ט דאם אמר זכה לי במציא' ונטל' בשתיק' ואמר אני זכיתי בה אינו נאמן דשתיק' כהודא' כו' ובפרט שהרשב"א למד כל דינו מהך דאני זכיתי בו תחל' ושם מבואר דבאומר זכה לי אינו נאמן עכ"ל ונעלם ממנו דברי הש"ך בסי' רס"ט סק"ד בהא דכתב בש"ע דאם אמר זכה לי אין המגבי' נאמן לומר לצורכי הגבהתי וז"ל הש"ך שם ואע"ג דמעיקר' בש"ס הוי ס"ל דתנה כזכי והוי ס"ל דבתנה נאמן מ"מ לענין נאמנות אף מעיקרא ס"ל לש"ס דזכה עדיף דאינו נאמן לומר כוונתי לעצמי דמסתמ' עשה כדעת חבירו רק היכא שכוון באמת לצורך חבירו הם שווים עכ"ל והרי מבואר להדיא מש"ס שם לפי ס"ד דתנה כזכי ואפ"ה בתנה נאמן לומר לצורכי הגבהתי וזה הוא נמי ראיית הרשב"א מש"ס ומוכח לפי הס"ד דתנ' הוי כזכי ולענין נאמנות נאמן לו' לעצמי כוונתי כיון דלא אמר זכה בפי' וא"כ ה"נ אע"ג דהולך כזכי לענין נאמנות אינו כן רק היכ' שכוון באמת לצורך חבירו הוי כזכי אבל לענין נאמנות לעולם בכל הלשונות דהוי כזכי נאמן לו' לעצמי זכיתי אלא דוקא באומר זכה אינו נאמן וז"ב ודוק:

סעיף ג

ואינם יודעים מאיז' שטר וקשה מ"ש מהא דאמרינן סוף ב"ב האומר לחבירו שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע אלמא כיון דאתחזיק שטרא דפרוע ולא ידוע אם קטן הגדול פרוע ולמה יהי' הכא המלו' נאמן ואפשר דכיון דאם קיבלם בסתם הרשות ביד המלו' לקבל על איזו חוב שירצה והלו' שטוען שהמלו' קיבלו בפי' על חוב זה עליו להביא ראי' ואכתי צריך ישוב:

סעיף ד

אבל שטר כשר עיין מ"ש בסי' קמ"ו ס"ק ט"ו:

סעיף ה

נשבע הלוה היסת כתב הרמב"ם בפי' המשניות סוף שבועות וז"ל וצריך לדעת שראובן כשיטעון על שמעון שיש לו אצלו ממון והוציא שטר בסך הממון אשר זכר ואמר שמעון שלהד"מ ואמר שאין לו אצלי כלום והשטר ההוא היה בידו בנאמנות והודה ראובן ששטר מוקדם הוא על הדרך שזכרנו יהיה דין שישבע שמעון שבועת היסת שאין לראובן אצלו כלום ולא נאמר כאן מגו דיכול לו' שטר מאוחר הוא ואמר מוקדם ויש לו אצלו החוב שאין לו' מגו אלא לפטור האדם מחוב לא שיגבה מאחרי' בטענתו כשיזדמן לטעון מגו כמו שיזדמן בזה הדין אשר זכרנו וזה עיקר אמת ומועיל עכ"ל ועייך ש"ך שהקש' דכיון דהרמב"ם סובר דמוקדם כשר למיגבי מב"ח תו לא הוי מגו להוציא כיון דאיכא שטרא ובכנה"ג כ' קושיא זו בשם מוהר"ש יפה דצ"ל דהרמב"ם סבר דמוקדם פסול לגבות מב"ח ואלו בפ"ה ממלו' פסק הוא ז"ל דלא פסיל אלא למיגבי ממשעבדי וכתב שם ז"ל אמר המאסף מתפלא אני מהרב ז"ל איך שפט שדעת הרמב"ם בפי' המשנה דמוקדם פסול אפי' לב"ח ודברי הרמב"ם מחייבים ההיפך שאם דעת הרמב"ם שפסול מכל וכל היכי קאמר ולא אמרינן ניהמני' במגו דאי בעי אמר שטר כשר והלא אין זה מגו דלא אמרינן מגו אלא היכא שאם מהימנין ליה בטענ' שאומר עכשיו זוכ' באותו טענה אבל אם אפי' מהימנין ליה במ"ש מוקדם מה בכך שטר מוקדם פסול ואינו זוכה באותו טענה וכמו שמוסכם מכל בעלי הוראה וכו' ע"ש ואני איני מבין פליאה זו דודאי גם במוקדם אם היה הלוא' אמת דל שטרא מהכא ואפי' אומר בע"פ חייב לי אם יש לו מגו דאי בעי אמר שטר כשר אי לאו משום מגו להוציא מהימן וזה פשוט ובעיקר קושיא שהקשו מוהר"ש יפה והש"ך הנה לפי מ"ש בסי' פ"ב סק"י בדעת תלמידי ר"י דאפילו במקום דאיכא שטרא ל"א מגו להוציא וההיא דסטראי אינו מוכח ע"ש א"כ אפשר דגם הרמב"ם סובר הכי ועוד דע"כ ל"מ מגו להוציא היכא דאיכא שטרא אלא היכי דגם לדברי הלוה איכא שטרא מעליא וכגון בטוען פרוע דגם הלוה מודה דהוי שטרא מעליא ואמרינן מגו להוציא דהוי כגבוי לענין מגו להוציא אבל היכא דלפי דברי הלו' א"כ שטר אע"ג דלפי המלוה יש כאן שטר כיון דבזה הם נדונים אם יש לו שטר או לא תו ל"מ המגו להוציא וה"נ כיון דאומר הלוה אמנה דלא ניתן לכתוב ואפי' מב"ח לא גבי כשטוען פרעתי וכמ"ש בסי' פ"ב סק"א מזה ע"ש) (ועוד נראה לענ"ד דלא מהני מגו להוציא בשטר אלא בשטרא דגבי ממשעבדי דאית ביה אחריות נכסים דזה הוי כגבוי ואע"ג דאנן קי"ל כב"ה דלאו כגבוי מ"מ כ' הרמב"ן בתשובה סי' ק' דלענין זה הוי מגו להחזיק כיון דהוי כגבוי עיין כנה"ג בכללי מגו ס"ק נ"ז מה שמחלק ג"כ בזה דאע"ג דקי"ל כב"ה אפ"ה היכא דאיכא

מגו הוי כגבוי אבל בשטר שאין גוב' בו ממשעבדי אפי' לב"ש דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי אפ"ה בשטר שאין בו אחריות נכסים לא הוי כגבוי כדמוכח פ' השולח (גיטין דף ל"ז) דשטר בין יש בו אחריות בין אין בו אחריות משמט והתניא שטר חוב משמט ואם יש בו אחריות נכסים אינו משמט ההיא ב"ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי ע"ש הרי מבואר דגם לב"ש דאית ליה כגבוי אינו אלא בשטר שיש בו אחריות וא"כ ה"ה לענין מגו להוציא אינו אלא בשטר שיש בו אחריות דהוי כגבוי וכיון דמוקדם ממשעבדי אינו גובה ה"ל כשטר שאין בו אחריות והוי מגו להוציא והוא נכון. אבל קשה בהא דאמרינן פ' מי שמת בהא דתנן נפל הבית עליו ועל אביו והיתה עליו כתובת אשה ובע"ח יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ואח"כ מת האב ובע"ח אומרים האב מת ראשון ואחר כך מת הבן ב"ש אומרים יחלוקו וב"ה אומרים נכסים בחזקתן ובש"ס דף קנ"ז בעי למיפשט מיני' דאקני משתעבד דאי ס"ד לא משתעבד נהי דאב מיית ברישא דאקני הוא אמר להו ר"נ זעירא חברין תרגומא מצו' על היתומים לפרוע חובת אביהם מתקיף לה ר"א מע"פ הוא ורב ושמואל דאמרי תרווייהו מע"פ אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות ותיפוק ליה דאם אינו אלא מלוה ע"פ ולא גבי מלקוחות דהוי דאקני היכי קאמרי ב"ש יחלוקו דהא טעמא דב"ש אינו אלא משום דסברי שטר העומד לגבות כגבוי כדאמרינן פ' החולץ (יבמות דף ל"ח) ע"ש וכיון דדאקני לא משתעבד תו לא הוי כגבוי דכי נמי מיית אב ברישא דאקני הוא ואפשר דאתקפתא דרב אשי אלימא דהוא גם לב"ה ובזה יש ליישב קושיית תוס' פ' החולץ (יבמות דף ל"ח) ד"ה בית שמאי אומרים נוטלת כתובת' ולא שותת וז"ל והא דתנן בריש פרק ארוסה (סוטה דף כ"ד) ארוסה ושומרת יבם לא שותת ולא נוטלת כתובתה ולא פליגי ב"ש ע"ש. ולפי מ"ש דבשטר שאין בו אחריות נכסים גם לב"ש ל"ה כגבוי והרמב"ם כתב בפ"י מאישות המארס את האשה וכתב לה כתובה ומת או גירשה גובה עיקר מבני חרי ועיין בראש פרק נערה שכתב שכן דעת רב שרירא גאון דאם כ' לה כתובה מן האירוסין ונתארמלה או נתגרשה מן האירוסין דלא טרפה ממשעבדי ומש"ה לא פליגי ב"ש שם דבארוס' גם לב"ש ל"ה כגבוי כיון דאין בו אחריות נכסים למיגבי ממשעבדי ואכתי דברי הרמב"ם בפירוש המשנה צריכין ביאור דנהי דמגו ל"מ ביה דהוי להוציא למה לא יהא בעל השטר נאמן בלא מגו כיון דאית ליה שטרא ואע"ג דמוקדם הוא מ"מ כיון דמוקדם כשר למיגבי בי' ע"כ לא מצי טעין על מוקדם שהוא אמנה דא"כ גם פרעתי יהי' נאמן במגו דאמנה וע"כ כיון דשטר כשר הוא למיגבי מב"ח אין הלוה נאמן. לומר שהוא אמנה ולמה יהיה כאן הלוה נאמן לומר אמנה ולכן נראה דודאי שטר דלית ביה ריעותא כלל וכגון שטר שהוא למשעבדי ואין

בו ריעותא למשעבדי או שטר שעומד לב"ח ולית ביה ריעותא לב"ח לא מצי לוה אמר אמנה לארועי שטר שהוא בחזקת כשר לפנינו ומש"ה שטר מוקדם שידוע בעדים שהוא מוקדם כיון דכשר למיגבי מב"ח אע"ג דאית ביה ריעותא דהא נכתב גם למשעבדי והוא פסול למשעבדי משום ריעותא זו אינו יכול להוסיף עוד ריעותא ולומר שהוא אמנ' ג"כ נוסף על ריעותא דמוקדם אבל הכא דשטר יצא לפנינו בחזקת כשרות אפי' למשעבדי והמלו' בעצמו מודה שהוא מוקדם ומרע כחו למשעבדי עכ"פ והלוה אומר אינו מוקדם אלא פעולה אחרת והוא אמנה בזה אמרינן כיון דהשטר לדברי המלו' נמי יצא מחזקתו חיישינן לטענתי' דלו' דאפשר אינו מוקדם אבל אמנה ובמגו אינו נאמן דהוי להוציא אבל אם ידוע שהוא מוקדם אין הלוה יכול להוסיף עוד ריעותא ולומר שהוא אמנה ג"כ ודו"ק ובכנה"ג ראיתי שכ' ז"ל אמנם צריך לדעת מה הוא דעתו של הרמב"ם בשטר מוקדם אם נאמן הלוה לומר פרעתי ולכאור' נראה דנאמן במגו דאמנ' וליתי' דלא דמי אמנה לפרעתי דפרעתי איכא למימר שטרך בידי מה בעי ע"ש ודבריו תמוה דהכא אנן קי"ל דאמרי' מגו נגד חזקה דשטרך בידי מה בעי כדאמרי' במפקיד אצל חבירו בשטר דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכן במוד' בשטר שכתבו דצריך לקיימו גם בעיקר החקיר' אם נאמן לומר פרעתי במוקדם הוא מבואר בש"ע סי' מ"ג דבמוקדם א"י לטעון פרעתי אלא נראה כמ"ש דהיכא דידוע שהוא מוקדם ויטעון הלוה שהוא אמנה גם כן ולהוסיף על פסול מוקדם אין אנו חוששין לו דכי משום שנפסל למשעבדי תוסיף עליו עוד פסול אחר ולומר שהוא נמי אמנה והרי הוא ככת"י דכשר לב"ח דא"י לומר אמנה למ"ד דאינו נאמן לומר פרעתי בכת"י אלא היכא שאין הדבר ידוע אם מוקדם כדברי המלוה או אמנה ולא מוקדם כדברי הלוה בזה אנו חוששין כיון דהריעותא לפנינו שהוא נגד חזקתו למשעבדי דאפשר הוא פסול לגמרי וכדברי הלוה וכמ"ש וז"ב:

סימן פד

סעיף א

תוך זמנו והרב המגיד פ"ד ממלוה מגמגם בזה לומר דכיון דפרע מקצת הרי איתרע חזק' דתוך זמנו ע"ש וע"ש במ"ל דגם הרב המגיד אינו מפקפק אלא לשבוע' אבל חזק' דתוך זמנו לא איתרע במלוה ע"פ והביא עדים שפרע מקצת תוך זמנו ל"א מדפרע תוך זמנו קצתו איתרע חזקתו דליתי' דהא בשטר נמי אפי' ידוע שפרע מקצתו ל"א דישבע הלוה ויפטור כיון דכבר איתרע חזק' דשטרך בידי מה בעי דהא פרע קצתו אלא מה

דאיתרע איתרע ומה דלא איתרע החזק' בחזקתו ולשבוע' הוא מפקפק ע"ש ועמ"ש בסי' ע"ח סק"א:

סעיף ב

הרי מודה ובמגו אינו נאמן דהוי מגו להוציא כ"כ תוס' והרא"ש ועי' ש"ך שכתב ולדעת הרמב"ן והרשב"א דאמרי' מגו להוציא נאמן כאן המלוה ודלא כבעל גי"ת שרצה לומר לדעתם שכיון שאינו טוען שטר אחר הי' לי גם הם מודים דאינו נאמן ולא דק ע"ש וכן מוכח כדברי הש"ך פ' חז"ה דף נ"ב גבי ההיא ערבא כו' א"ל פרעתיך א"ל לאו הדרת שקליתינהו מנאי שלחה רב אידי בר אבין לקמי' דאביי כה"ג מאי שלח לי' לאביי מה תיבעי לי' הא איהו דאמר הלכתא כוותי' דרבה בארעא והלכתא כוותי' דר"י בזוזי והתם לא טען שטר אחר ואפ"ה תלי לה בפלוגתא דרבה ור"י וא"כ לרבה דס"ל מגו להוציא נאמן וכיון דלהרמב"ן והרשב"א אמרי' מגו להוציא נאמן אפי' לא אמר שטר אחר ולפי דברי גי"ת אפשר דהיינו ספיקא דשלח רב אידי כה"ג מאי משום דלא טען שטר אחר אפשר גם לרבה ל"א מגו אחר ואהדרי' אביי מה תיבעי לי' הא איהו דאמר הנכת' כוותי' דר"י בזוזי וא"כ בזוזי אפי' טען שטר אחר נמי אינו נאמן וק"ל:

סעיף ג

עד אחד. בפ' הכותב (כתובות דף פ"ח) אמר ר"פ אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד יהיב לה כתובתה באפי חד סהדא וסמוך סהדא קמא אסהדא בתרא ומוקים להני קמאי במלוה מתקיף לה רב שישא ברי' דרב אידי היכי סמוך סהדא קמא אסהדא בתרא אלא יהיב כתובתה באפי סהדא קמא וסהדא בתרא ומוקי להני קמאי במלוה ולכאורה תיקשי לפי ס"ד דיהיב לה כתובתה באפי חד סהדא וסמיך סהדא קמא אסהדא בתרא למה אמר ומוקים להנך קמאי במלוה טפי מזוזי בתראי דהא כיון דיש לו ב' עדים ע"י צירוף דפרע לה שני פעמים א"כ תובע חד פרעון במלוה ה"ל למימר ומוקים לחד במלוה דלמסקנא דיהב לה באפי תרי לא מצי כפר בפרעון באפי תרי ומוקים להני קמאי אבל לפי הס"ד אין הכרח לתבוע קמאי במלוה טפי מהני זוזי בתראי דהוי נמי באפי חד. ונראה לפמ"ש תוס' שם מאי נ"מ בש"ד כיון דאידי ואידי בנק"ח ותירצו דנ"מ בחשודה דבשבועת המשנה שקל' בלא שבועה ולכי מייתי לה לידי ש"ד שכנגדו נשבע ונוטל וע"ש והראב"ד כתב דל"א בחשוד שכנגדו נשבע אלא אם לא ידע בשעת העסק עמו דהוא חשוד אבל ידע שהוא חשוד לא דכל א' ישא ויתן עם החשוד ולהיות נשבע ונוטל הובא בשטה מקובצת פ"ק דמציעא גבי ההיא רעיא ובסי' ל"ב ברמ"א ע"ש וע"ש ש"ך שכ' דגם דעת תוס' כן ומש"ה ניחא דלא מצי לתבוע פרעון בתרא במלוה כיון דכבר ידע שהיא חשודה דהא

מש"ה יהיב לה פעם אחרת דליהוי בדין חשוד אבל פרעון הראשון שפיר משכחת דלא ידע שהיא חשודה ולפ"ז יש לתרץ שם קושיות התוס' מה שהקשו שם מאי פריך היכי סמיך כו' הא הלואה אחר הלואה מצטרפין ודו"ק:

סעיף ד

תוך זמנו ואיכא למידק כיון דקיי"ל כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון א' מחייבו שבועה וכיון דשנים יכול לומר על שטר שהוא תוך זמנו שהוא פרוע למה לא יוכל ע"א להעיד תוך זמנו שהוא פרוע ומה ענין חזקה לעדים וה"ה ע"א לשבועה ואע"ג דבאיסורין קי"ל דאין ע"א נאמן באתחזק איסורא או היתרא היינו דוקא באיסורין אבל בממון נגד חזקה נמי מעיד דהא אפי' מעיד על חפץ כבחזקת חבירו כמה שנים שהיא גזולה מחייבו שבועה דאפי' הוא נגד חזקה דכל מה שיש ת"י הרי הוא שלו ומשום דע"א לשבועה הוא כשנים ונראה דכיון דמדינא ל"ש שבועה דע"א גבי שטר דה"ל שעבוד קרקע ועוד ליטול אלא שהוא כדי להפיס דעתו ומש"ה בתוך זמנו הקילו וכיוצא בזה כ' בהג"מ בפי"א מהל' שבועות בשבוע' דע"א לא בעי נק"ח כגון דאינו אלא להפיס דעתו של בעל וע"ש) (וירא' לי דהיכא דהוא פקח ומייתי לה לידי ש"ד כגון דיהיב ליה באפי סהדא קמא ובתרא גם בתוך זמנו איכא ש"ד דמה מהני חזק' נגד העד כיון דהוי כשנים לשבוע' ואע"ג דבאשר"י רפ"ק דמציעא דהוכיח דעד המסייע פוטר משבוע' הביא ראי' מהא דאמרי' גבי סלעין דינרין מלו' אומר חמש ולוה אמר שתים דפטור אפי' למ"ד הילך חייב משום דמסייע ליה שטרא אלמא מסייע פוטר ע"ש וא"כ ה"נ חזק' דתוך זמנו מסייע פוטר ליתי' דהיינו דוקא בשבועת מוד' מקצת כל המסייע פוטר אבל בשבוע' דע"א לא מצי פטר אלא דוקא עד המסייע דהוא נמי כשנים לפטור וגבי מלו' אומר חמש ולוה אומר שתים נמי נרא' אם יש ע"א המעיד חמש צריך לישבע שבועת התור' כיון דהוא כמו שנים ושנים ודאי מעידים בחמש אע"ג דשטרא מסייע ללוה ול"א שטרא מסייע אלא בשבועת מוד' במקצת אבל בשבוע' דע"א דהוי עד ממש כשנים לממון ע"א לשבוע' וקושיות הראשונים שהקשו בהא דרב פפא אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד דמאי נ"מ כיון דאידי ואידי בנק"ח ולפמ"ש נ"מ תוך זמנו משום דרב פפא ס"ל בפ"ק דבתרא עביד אינש דפרע גו זימניה מש"ה הוכרחו לפרש נפקותא אחריתי ודו"ק:

סימן פה

סעיף א

נותן מעות ואח"כ כותבין שטר כתב באורים ז"ל ואם הוא באתר' דקנו בכסף לבד בלי שטר ג"כ לא הפסיד שטרו דטוען תיכף כשלקחתי ממך כסף השד' נקנ' לך השד' ולא הי' אפשר להחזיר מהמכיר' כלל אבל באתרא דלא נגמר המקח רק בשטר א"כ הי' בידו לחזור כשהגיע הכסף לידו טרם גמר השטר ולהחזיק המעות על חובו וע' הגהת אשר"י ומרדכי מ"ש בשם רב האי גאון ותרא' כדברי עכ"ל והמעיין שם אינו רוא' כדבריו וז"ל פ' ב' דייני מכאן משמע דראובן שהי' חייב לשמעון מנה ואחר שהגיע זמן הפרעון אמר שמעון לראובן חפץ אמכור לך במנ' ונתרצ' ראובן לקנות ונתן לו מנה יכול שמעון לומר אותו מנה אני גוב' בחובי והחפץ לא אתן לך ואינו במי שפרע אבל אם אמר לו ראובן הא לך עוד מנה ותן לי החפץ צריך ליתן לו או לקבל מי שפרע אבל אם אמר לו שמעון לראובן קרקע פ' אמכור לך במנה ונתרצ' ראובן ונתן לו המנ' והוא אתרא דקני בכספא לא מצי שמעון לומר אותו מנה אני גובה בחובי אלא אותו קרקע קנוי ויחזיר ויגבה חובו וראי' מדברי חכמים שאמר זה הי' פקח שמכר לו השד' שיכול למשכנו מדברי רב האי גאון עכ"ל ומ"ש וראי' מדברי חכמים היינו לענין זה דחוזר וגובה חובו דלא נימ' כיון שהוא בעצמו מכר לו תו לא גבי חובו מיניה לזה כתב וראי' מדברי חכמים דחוזר וגוב' חובו אבל באמת אפי' הוא אתרא דקני בכספא לחודי' נמי אמרי' ליה לא הי' לך ליתן שטר מכיר' דהא צריך לאמלוכי בי' ואם מוחה אין כותבין א"כ נהי דקנ' השד' הי' לך לעכב השטר עד שיפרע חובך וכן משמע לשון המרדכי שכתב מכאן משמע דראובן שחייב לשמעון מנה והיינו דכי היכא דאינו צריך ליתן שטר המכיר' עד שגובה חובו כן נמי במטלטלין אין צריך ליתן החפץ עד שיתן לו חובו ואח"כ כתב דבקרקע תיכף קנוי הוא לו אבל חוזר וגובה חובו ומצי לעכב שטר ראי' דהא אם מוחה מלכתוב אין כותבין וכמבואר בסי' ל"ט ומשמעות הפוסקים באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי לעולם מפסיד חובו ומשמע אפי' אתרא דקני בכספ':

סעיף ב

ממה לגבות חובי. והוא משנ' סוף כתובות ופירש"י לפי שהי' זה מבריח מטלטלין ולא הי' לו מהיכן ימשכן ועכשיו יטול את הקרקע ובט"ז הקש' מה הרויח בזה דגם היום אם ימכר הקרקע הזאת לא יוכל לטרפה אם אין לו דאקני וא"כ ה"ל לבאר דוק' בכתב לו דאקני וכמו שרגילים הפוסקים בכל מקום להזכיר דאקני וע"ש שהעלה דבזה א"צ

דאקני לכ"ע כיון שזה הי' יכול ליפרע ממנו ולא הי' צריך למכור הקרקע שלו אלא משום שיהי' בטוח בחובו מש"ה מכרו לו ה"ל כאלו התנ' עמו בהדיא על תנאי שישאר שעבוד עליה ומש"ה שפיר טורף אם מוכרו או נתנו לאחר ואנן סהדי בכך ע"ש גם בסעיף ו' כתב זה ע"ש ותמהני שהוא נגד גמר' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) בעי שמואל דאקני מהו שישתעבד ופשיט לה מיניה דתני מפני שיכול למשכנו ודחי מיניה אפי' מגלימ' דעל כתפי' ואי נימא דנעש' כאלו התנ' בעת המכיר' לא הוי דאקני כלל דהא באותו שעה שקנא' הוי השעבוד ובעי' דשמואל בדאקני אינו אלא משום דהוי דשלבל"ע ואי נימא דהוי כמו תנאי בשעת מכיר' שיהי' שעבודו עליה תו ל"ה דאקני אלא מוכח דל"א הברח' אלא במטלטלין שיוכל לכסותו מן העין ולא כן בקרקע ולמכיר' ל"ח אפי' אי דאקני לא משתעבד וכדמוכח מש"ס דלא שכיח בו מכיר' שוב ראיתי בתומים שהשיג ג"כ מדברי הגמרא הנז' אלא שכתב שם דא"כ מוכח דדאקני משתעבד דאי לא משתעבד לא עדיף סתמו ממפורש ע"ש וזה אינו דודאי אי הוי כמו תנאי בשעת מכיר' ודאי ליכא דאקני כלל דהא אינו דשלבל"ע אלא בשע' שבא לידו הוא משעבד אבל הא קשי' וכמ"ש דאיך פשיט מיניה דאקני כיון דהוי השעבוד בשעת מכיר':

סעיף ג

ראובן הוצי' שטר. בס"פ בתרא דכתובות פליגי אדמון ורבנן ופריך ה"ד אילימ' דמטא זימני' מ"ט דרבנן ואי דלא מטא זימני' מ"ט דאדמון ומוקי לה ביומא דמשלם זימניה. וע' בעה"מ דכ' מדפריך הקושי' בש"ס אליב' דרב ששת דסבר הפוכי מטרתי למה לי ומשמע דלר"נ ניחא והיינו משום דעביד לה כדי שיהי' זה גובה וזה גובה והרמב"ן בס' המלחמות פי' דלר"נ מצי לאוקמי פלוגת' דאדמון ורבנן בכתבי והדר יהבי והא דאפלגי תרתי זימנא היינו משום דבעי לאשמועינן היא גופה דזה גובה וזה גובה אבל לרב ששת קשי' דל"ל בכתבי והדר יהבי דא"כ תרתי למה לי עד דצריך לאוקמי לרב ששת ביהבי והדר כתבי ביומא דמשלם זימני' וע"ש ולכאור' תיקשי כיון דלגבי שט"ח נמי איכ' חילוק בין כתבי והדר יהבי או איפכא וכמו ברישא במכר דל"א הי' לך לתובעו בכתבי והדר יהבי אלא דוקא ביהבי והדר כתבי אמרינן הי' לך לעכבו אזוזי שחייב לך וא"כ כיון דיומ' דמשלם זימני' אין לו כח לתובעו עד סוף היום כמבואר בשיט' מקובצת פ' השואל וכן מוכח כדבריו מסוגי' דההיא דאיפלגי ביומ' דמשלם זימני' מ"ס עביד אינש דיזיף ליומא דאם בידו לעכבו בתחילת היום לא הי' לו לכתוב שט"ח והי' לו לעכבו אע"כ דלא מצי מעכבו כיון דזמנו אינו אלא סוף היום וכיון דלא מצי מעכבו בתחלת היום למה הוצרכו לומר בטעמ' דרבנן משום דעביד אינש דיזיף ליומ' הא גם א"נ דלא עביד אינש דיזיף

ליומא מה יעשה זה שהי' צריך למעות על כמה ימים ולעכבו לא הי' יכול כיון דזמנו סוף היום ולהמתין עד סוף היום ולתובעו הא רבנן (לא) סברי הי' לו לתובעו וא"כ יומא דמשלם זימני' אפי' נימא דלא עביד אינש דיזיף ליומ' לא גרע מכתבי והדר יהבי כיון דלא הי' לו לעכבו ולכן נרא' דהא דמוקי פלוגת' דאדמון ורבנן ביומ' דמשלם זימני' היינו בכתבי והדר יהבי ולאדמון אפי' כתבי והדר יהבי הי' לו למסור מודעא וכמו במכר ואי משום דצריך למעות לא עביד אינש דיזיף ליומ' ולרבנן עביד אינש דיזיף ליומא ולא מצי למימר לרבנן כשטתייהו במכר דא"כ תרתי למה לי לרב ששת וכמ"ש הרמב"ן למה קאמר הכא טעמא אחריני לרבנן ומשום דעביד אינש דיזיף ליומא וא"כ השתא תרווייהו צריכי דברישׁ' רבותא דאע"ג דמטא זימני' וזה לא שמעינן מסיפא דבסיפא איכא למימר משום דעביד אינש דיזיף ליומא וסיפא רבותא דאדמון אפי' ביומא דמשלם זימנ'. ובזה ניחא ליישב הא דהקשו על הרי"ף דלא הביא הך דינא ביומא דמשלם זימני' וכמו שהרגיש נמי בזה הרמב"ן ע"ש. ולפי מ"ש יומא דמשלם אפי' יהבי והדר כתבי לא גרע מכתבי והדר יהבי כיון דלא שייך הי' לעכבו כיון דאין זמנו אלא סוף היום ולתובעו לא אמרינן וכיון דהי' צריך להלוא' על כמה ימים נמי הי' צריך לכתוב שט"ח וכמ"ש. וע' ש"ך שדח' פי' הרמב"ן דכתב דלר"נ מוקמינן לה בכתבי והדר יהבי דהא קתני מפני שיכול למשכנו דאלמא אי לאו הך טעמא הי' לו ליפרע מחובו וא"כ הכא ליכא האי טעמא ע"ש ולא אדע למה לא שייך גם בסיפא והא דלא תני לה בסיפא כמו ברישׁ' היינו משום דסיפא גופה לא צריכי כלל דשמעית מרישא אלא לאשמועינן דזה גובה וזה גובה וכמ"ש רמב"ן וזה נרא' לי בדברי הש"ע דהשמיענו הך דינא דיומא דמשלם זימני' כאן בשט"ח ולא כתבו גבי מכר בסעיף א' משום דברישא גבי מכר ודאי בעינן לכ"ע יהבי והדר כתבי דהי' לו לעכבו ויומא דמשלם זימניה אפי' יהבי והדר כתבי ל"ש הי' לו לעכבו ולא גרע מכתבי והדר יהבי אבל הכא בשט"ח השמיענו דאפי' למ"ד בהלוא' גם בכתבי והדר יהבי הי' לו לתובעו משום שלא יהי' בכדי עבד לוה אבל ביומא דמשלם זימני' ודאי לא דעביד אינש דיזיף ליומא:

סעיף ד

שתפס בחיי אביהם והוא מדברי הרמב"ן דקשיא ליה בהא דפריך סוף כתובות וליגבינהו ארעא ליתמי והדר ליגבי מנייהו כדר"נ ולוקמה ביתומים קטנים דמגבי גבי ואגבויי לא מגבינן מינייהו אפי' קרקע דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים לזה העלה דהוי כמו תפס מחיים והוב' בר"ן סוף כתובות והקש' בט"ז דא"כ אמאי הוי מטלטלין דיתמי היכ' דמגבי להו מטלטלין הא במטלטלין נמי מהני תפיס' מחיים וע"ש שכתב דצריך נגר

ובר נגר דליפרקי'. וח"צ כתב לחלק בין תקנה דאין נזקקים ליתומים קטנים ובין תקנ' דמטלטלין דיתמי דזה דאין נזקקים ליתומים קטנים הוא תקנ' קלה ע"ש ומי שקל בפלס איז' קלה ואיז' חמור'. ובחידושי מוהרי"ט שם כתב בעיקר הקושי' של הרמב"ן שהקשה לוקי ביתומים קטנים וכו' דטעמ' מאי אין נזקקים ליתומים קטנים דחיישינן אימר צררי אתפסינהו כיון דיש לו תחת ידו ממה ליפרע שחייב לו כנגדו א"כ צררי אחריני לא מתפס וכדאמרי' ייחד לו ארעא בארבע מצרנה' בלא שבוע' ופרש"י דהיינו צררי דאתפס' ולא חיישי' לצררי אחריני ע"ש. ואכתי תיקשי תינח אם הלו' השני מת כגון ראובן הלו' לשמעון ואח"כ הלו' שמעון לראובן וא"כ אם ראובן מת לא חיישי' דראובן אתפס צררי לשמעון כיון דכבר הי' חייב לו לשמעון כנגדו והיינו צררי אבל אכתי תיקשי דלוקי דלוה ראשון מת ובזה ניחוש לצררי דאתפסי' קודם שהלו' למלו' שלו ואכתי משכחת לה ביתומים קטנים: ונרא' כיון דאוקמינן פלוגת' דאדמון ורבנן ביומ' דמשלם זימני' א"כ אימת ניחוש לצרדי שתתפוס אי קודם שהלו' שמעון לראובן א"כ הוי תוך זמנו וקי"ל נזקקים ליתומים קטנים כל שהוא תוך זמנו כמבואר בטור וש"ע סי' ע"ח ואי ניחוש שמא אתפוס צררי ביומ' דמשלם זימני בבקד קודם שהלו' שמעון לראובן דהוא הלו' אח"כ בו ביום כבר כתב הראב"ד והוב' ברמ"א סי' ע"ח דביומ' דמשלם זימני' לא מצי טעין פרעתי אלא איהו דטעין ברי אבל ליתומים לא חיישינן ואחר הלוא' תו ליכ' חשש צררי כיון דכבר היו חייבין זה לזה אם כן כל חד וחד אית ליה צררי אחריני ובעיקר הקושי' שהקשה בט"ז על הרמב"ן עיין סק"ה:

סעיף ה

חוזר וגוב' ממנו ע' סמ"ע שהעל' דהיינו דוק' במכר המלוה המוקדם את השטר כגון ראובן הלו' לשמעון בניסן ושמעון לראובן בתשרי וכשמכר ראובן השט"ח חוזר שמעון וגוב' מהלוקח דשדה זו כבר משועבדת לראובן מניסן ואחר כך כשלו' משמעון בתשרי נשתעבד אותה שדה לשמעון ומש"ה חוזר וגוב' אותה ממנו אבל אם שמעון מכר את השט"ח וגובה הלוקח מראובן קרקע תו לא מצי ראובן גבי מהלוקח מכח שעבודו שיש לו על הקרקע אא"כ כתב שמעון לראובן דאקני וכן הא דכתב בש"ע אם שעבד מטלטלי אג"ק היינו כששעבד המוכר אז חוזר וגוב' מהלוקח אע"פ שגבה מטלטלי אבל אם לא שעבד המוכר מטלטלי אג"ק אינו גובה מלוקח דמטלטלי לא משתעבדי ע"ש וכן הסכים בט"ז אלא שדעתו דא"צ דאקני דאנן סהדי דלא נשתעבד אלא כדי שישתעבד לו מלוה זו על חובו ועיין מ"ש בסק"ב אבל הש"ך העל' דכאן א"צ דאקני אפי' כשמכר המאוחר דכיון דמשתעבד מדר"נ א"צ דאקני ע"ש והוא הדרך אשר בירר לו הב"ח והביא ראי'

לזה מפ' כ"ש והגאון ח"צ השיב על הב"ח והש"ך וז"ל מ"ש הש"ך והסכים לדברי הב"ח נרא' בעיני דמה דמייתי ראי' מיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגוב' לענ"ד ל"ד כעוכל' לדנא דבשלמ' התם ה"ל כאלו האב גובה אותו מחיים והורישׁ לבניו דבע"ח גוב' מהם לאפוקי הכא אף אם המאוחר גבה בעצמו קרקע בחובו וחזר ומכר' לאיש אחר ודאי דאין המוקדם חוזר וגוב' מן הלוקח ולמה יגרע זה הלוקח את השטר שזכ' בשדה קודם שגבא' ומ"ש בש"ך תדע וכו' אין זה ראי' כלל דודאי קודם שקנא' הלוקח הרי שעבודו עליו וכן בכל השדות שאדם קונ' משועבדים לבע"ח קודם שימכרם ואע"פ כשמכרם פקע שעבודו וע"ש אמנם לענ"ד שיטת הב"ח והש"ך נכון ע"פ יסוד מוסד מדברי תוס' פ' כ"ש דפריך א"א מכאן ולהב' הוא גובה אמאי חוזר וגוב' הא הוי כמאן דזבין נכסי דמי ואלו קני יתמי נכסי מי קא משתעבד לבע"ח שאני התם דא"ל כי היכ' דמשתעבד' לאביכן משעבד' לדידי מדר"ן ע"ש דף ל"א וז"ל תוס' שם וא"ת גבי מטלטלין נמי נימא הכי ונרא' לר"י דדוק' גבי קרקע שייך למימר הכי דבת שעבוד הוא דכשהקרקע זו משועבד לראובן חשבינן ליה כאלו היא בידו דהא אם מכר' או משכנ' חוזר ראובן וגוב' אותו ולכך משועבדת נמי לבע"ח אבל מטלטלים אין להחשיבם כאלו הם ביד ראובן כיון דאלו מכרם או משכנם אינו גובה מהם עכ"ל. והנ' משיטת הסמ"ע והט"ז וח"צ נרא' דס"ל דשעבוד' דר"ן היינו דחוב שיש לו ללוה משועבד הוא למלו' שלו והיכ' דגבי מטלטלי או שגבה קרקע אלא שהחוב שהי' לו ללוה נעש' אחר הלוא' והוי דאקני לא משתעבד כיון דאפי' זכה בשדה ומכר' לאחר לא משתעבד וכן במטלטלין על דרך זה לא משתעבד ולפי שיטתם ליכא התחל' לקושיות תוס' דגבי מטלטלין נמי נימא הכי דהא כיון דשעבוד' דר"ן אינו אלא דחוב הלו' משועבד וכל שגבה מטלטלין אפי' זכה הלו' במטלטלין מחיים והניח לבניו לא משעבדי לבע"ח אמנם שעבוד' דר"ן נרא' דאינו כמו שעבוד נכסים דגוף הנכסים של הלו' ולמלו' אין לו אלא שעבוד אבל שעבוד' דר"ן רוצ' לומר דגוף החוב שהי' ללוה שייך למלו' שלו כאלו הוא הלוהו ממש ולא בתורת שעבוד דאי בתורת שעבוד קרא בעי ודאי כל אשר יש לו משועבד למלו' ואי משום דחובות לא משתעבדי וכמ"ש הרשב"א סוף קדושין והר"ן סוף כתובות אכתי צ"ל דאינו בתורת שעבוד כיון דאמר' דחובות מילי נינהו ולא משעבדי ואמאי גובה מדר"ן ע"כ משום דהתור' אמר' ונתן לאשר אשם לו דגוף החוב של המלו' ראשון הוא ויבואר בסי' פ"ו סק"א ע"ש ולזה הקשו תוס' במטלטלין נמי נימא הכי דאע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי היינו היכא דגוף הנכסים של הלוה המטלטלין אינם בתורת שעבוד אבל שעבוד' דר"ן דגוף החוב של מלוה ראשון הוא א"כ לא הוריש מידי לבניו כיון דשלו

הוא וא"ז מטלטלי דיתמי אלא מטלטלים של הלוה וזה תירצו דלא אמרינן שעבוד' דר"ן אלא היכא דגבה קרקע דבת שעבוד היא ונעש' כאלו בא ליד הלו' דאז דוק' בזה היא דאמר' תורה ונתן לאשר אשם אבל מטלטלין דלאו בני שעבוד דיכול למוכרן ולא הוו כאלו בא ביד הלו' לא מצי לאשתעבודי מדר"ן מכחו כיון דכחו קלוש ואין למלו' ראשון בא מכח שעבוד' דר"ן זה הוא ביאור דברי תוספות ממיל' נשמע דמידי דכח הלוה אלים כגון בקרקע דלא הוי אצלו דאקני וחשיב כאלו בא לידו בזה אמר' תור' שאותו כח של הלוה קם למלו' ואע"ג דמלו' הוי דאקני דלא אמרינן אלא דאקני לא משתעבד אבל זה אינו בתורת שעבוד אלא של המלו' הראשון הוא לגמרי ואין לו כח למכור דבר שאינו שלו והיכ' שהקרקע שגב' הלוקח הוא דאקני דבזה נמי לא אלים כח הלו' כיון שהי' יכול למוכרו לא אמרינן בזה שעבוד' דר"ן דהוי כמו מטלטלין דכל ששעבודו אינו אלים ל"א ביה שעבוד' דר"ן וא"כ הכל תלוי בכח של הלו' שיש לו על השעבוד אם כחו אלים משועבד מדר"ן ואי לא לא וזו היא שיטת הש"ך והיא נכונ' ועיין עוד מ"ש בס"ק ו':

סעיף ו

אם שעבד לו מטלטלי אג"ק. ופי' הסמ"ע דהמוכר שעבד מטלטלי אג"ק ובש"ך דחה פי' זה ופי' דמיירי שהו' שעבוד מטלטלי אג"ק להמוכר וכיון שהי' שעבוד מטלטלי אג"ק להמוכר נעשה המטלטלין כקרקע ע"ש והוא נכון עפ"י שיטתו וכמ"ש בסק"ה דהכל תלוי בשיעבוד שיש לו על הלוה דאם שיעבודו אלים וחזק אז כחו שייך למלו' מכח שעבוד' דר"ן ושייך כל החוב למלו' וכמ"ש שם. אמנם אכתי א"א לפרש בדברי הש"ע כפי' הש"ך דהא בזה"ז אפי' שעבד מטלטלי אג"ק אין גובין מהלוקח משום תקנת השוק וכמבואר בסי' ס' וא"כ האידנ' אין לו כח חזק במטלטלין אפי' שיעבד מטלטלין אג"ק שלא יוכל למכרן דהא עכשיו יוכל למכרן ותו לא הוי כמו קרקע אלא כמו מטלטלין ולכן צריך לפרש כפי' הסמ"ע דהמוכר שיעבד מטלטלי אג"ק ובזה לא שייך תקנת השוק דהשעבוד על השטר ובשטר לא תיקנו כמבואר ברא"ש וטור סי' ס' אלא דקשה לפי' הסמ"ע דא"כ דאקני למה כיון דגוף השטר נשתעבד ומ"ש הסמ"ע כיון דאכתי לא אתי לידי' ע"ש אינו מובן גם בסי' קי"א כתב להיפך ע"ש ועמ"ש בס"ק ז' שם) (ולפי מ"ש הש"ך בשיטתו נראה דאם היה ללוה מלוה ע"פ ומכרו לאחר במעמד שלשתן אע"פ שגבה הלוקח קרקע ולא הי' לשני שעבוד מטלטלי אג"ק על המוכר דאינו חוזר וגובה ממנו דכיון דאינו אלא מלוה ע"פ א"כ הקרקע כמטלטלין נינהו כיון שיוכל למכרן דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות ואין בו שעבודא דר"ן כמו במטלטלין אף ע"ג דהמלוה יש לו על הלוה מלוה בשטר דהא הכל תלי' בשעבוד שיש ללוה על לוה שלו וכמבואר. ווה נראה

במ"ש רש"י בפ' כ"ש ובפ' מי שהיה נשוי בראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליה במלו' ופירש"י שלא נתן לו שמעון דמי השדה וכתב שט"ח עליהם ע"ש ולכאור' למה כתב רש"י דמיירי בשט"ח וכי בע"פ לא הוי חוב ולפמ"ש ניחא דהא התם אמרי' עלה דמגבי לי' ארע' וחוזר וגובה מהם ומשעבוד' דר"ן ואי בע"פ לא הוי שעבוד חזק והוי כמו מטלטלי ולא שייך שעבוד' דר"ן וכיון דלא שייך שעבוד' דר"ן הו"ל כמו יתומים שקנו קרקע בחובת אביהן דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ומש"ה פירש"י דמיירי בשט"ח דאז הוי בת שעבוד ושייך דר"ן ובזה נמי מיושב לישנא דזקפן עליו במלוה והתו' פ' מי שהי' נשוי דף צ"ד נתקשו בזה ע"ש ולפמ"ש דצ"ל דכתב שט"ח דאי לא הי' שט"ח ל"ה שייך דר"ן וכיון דכתב שט"ח היינו זקיפה ודוק. וארווחנא מזה ליישב קו' הט"ז שהקש' על הרמב"ם שכתב בשנים שיש להם שט"ח זה על זה ומת א' מהם והניח יתומים קטנים דהוי כמו תפס מחיים ואם גבו מטלטלין מבואר בש"ס סוף כתובות דאינו חוזר וגובה משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי והא כיון דהוי כמו תפס מחיים א"כ מטלטלי דיתמי נמי משעבדי והעתקנו קושיא זו בסק"ד ע"ש. ולפמ"ש ניחא דודאי כיון דזה גובה וזה גובה לא הוי תפס מחיים אלא כיון דמכח שעבוד' דר"ן כל כח הלוה שייך למלו' שלו וא"כ כבר זכה במה שתחת ידו מחיים מכח שעבודא דר"ן מיהו הני מילי בקרקע דשייך בי' שעבוד' דר"ן וזכה בו מחיים מש"ה אפי' מיתומים קטנים גובה כיון דכבר זכה מחיים ע"י שעבוד' דר"נ אבל במטלטלים דלא שייך שיעבוד' דר"ן וכמ"ש תוס' פרק כל שעה ואינו בא אלא לגבות בתורת שעבוד וכיון שמת מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משעבדי כיון דלא זכה מחיים דאע"ג דהי' חייב לו ג"כ לא הוי תפיס' כיון דזה גובה וזה גובה אלא בקרקע דמכח דר"ן זכה בחובו ממש וה"ה לענין בינונית וזיבורית דחשיב ליה תפיסה מחיים משום דבקרקע שייך דר"נ וזכה בו מחיים ע"י שעבודא דר"ן דכל החוב שייך למלוה והוא נכון ודו"ק:

סימן פו

סעיף א

ראובן שנושה מנה והוא מדר' נתן ויליף לה מדכתיב ונתן לאשר אשם לו לאשר גזלו לאשר הלוה לא נאמר אלא לאשר אשם לו והיינו למי שהקרן שלו וצריך לדעת קרא למה וכי לא ידעינן דכל אשר יש ללוה הן בבית הן בשדה הכל משועבד למלוה וא"כ כשיגיע זמן פרעון ודאי טורף המלוה וכבר האריך בזה הרשב"א בחידושיו סוף קידושין והעלה בזה דשטרות לאו בני גוביינא דמילי נינהו ומילי לא משתעבדא וכ"כ הר"ן סוף כתובות

וז"ל ואי תימא בלא ר' נתן נמי כשיתבענו המלוה בב"ד למה לא יגבו לו חוב זה כשם שמגבין שאר נכסיו י"ל דשטרות לאו בני גוביינא נינהו שאין גופן ממון וכל שאין גופן ממון אין ב"ד מגבין לו ומהכא שמעינן לה ע"ש אבל הרשב"א והר"ן לשטתייהו דסברי שטרות לאו בני גוביינא אך דעת הרא"ש והטור וש"ע בסי' ס' דסברי דשטרות משתעבדי באגב אלמא דבני שעבוד נינהו הדרא קושיא לדוכתי' ובש"ך סי' ק"א כתב דנהי דב"ד מגבין שטרות לא עדיף ממכירת שטרות בע"ד גופי' וא"כ אי לאו דר"ן כי היכא דמוכר שט"ח נאמן לומר אמנה או פרוע במגו דמחיל ה"ה בגוביינא דב"ד אבל השתא מדר"ן ה"ל מלוה ראשון בע"ד דשני וכדאיתא פ' האשה שנפלו ואין צריך לבא בכח הלוה שלו הלכך לאו כל כמיניה לומר אמנה ע"ש. אמנם דברי הש"ך יתכן האידנא דמטלטלי לא משתעבדי ואם מכר או נתן אינו טורף מן הלוקח וא"כ אם יאמר אמנה או ימחול אינו יכול לטרוף מן הלוה כיון דכבר מחל לו וחובות אינו אלא מטלטלי וכדאמרינן פרק כ"ש דליהוי כיתומים שקנו קרקע בחובת אביהם אבל לדינא דאורייתא דאין חילוק בין קרקע למטלטלין ולמ"ד שעבודא דאורייתא טורף נמי מטלטלי שמכר וכמ"ש הרשב"א סוף קידושין ועמ"ש בסי' ל"ט סק"א וא"כ כיון דהחוב נשתעבד למלוה אי אזיל לוה ומחיל הרי זה טורף כמו שטורף מן המטלטלין המשועבדים וממילא לא מצי טעין אמנה כיון דחב לאחריני וא"כ אכתי תקשה קרא למה כיון דמה"ת טורף מן המטלטלין שמכר. ולכאורה אפשר ליישב דאי לאו קרא והיה המלוה בא בתורת שעבוד לא היה לו שעבוד אלא בשעבוד נכסיו ולא בשעבוד גופו כמו דאינו נמכר לשיטת ר"ת וכן למ"ד מכירת שטרות לאו דאורייתא גם השעבוד שטרות לאו דאורייתא וא"כ ודאי קרא בעי ואפי' לשיטת ר"ת כיון דשעבוד גופו אינו משועבד היה יכול למחול כמו במכירה וליתי' דע"כ ל"א מכירת שטרות לאו דאורייתא אלא משום דהוא אינו ברשותו ואין לו כח למכור אבל להשתעבד גם דבר שאינו ברשותו משועבד וכמ"ש הרא"ש בתשוב' כלל ע"ה סי' ג' וז"ל דשטרות משתעבדי באגב דמצינו במקום אחר חילוק בין מכירה לשעבוד דיותר בקל אדם משעבד ממה שמוכרם דקי"ל דאקני מועיל ומשתעבד נכסים שעתיד לקנות ואינו יכול למכור נכסים שעתיד לקנות ע"ש וא"כ למ"ד שטרות משתעבדי מה"ת משתעבדי אפי' למ"ד מכירת שטרות לאו דאורייתא היינו משום דהוי דבר שאינו ברשותו אבל שעבוד חל אפי' בדבר שאינו ברשותו ואפי' לפי מ"ש בסי' ס' דהא דדאקני משתעבד היינו מדרבנן אבל מדאורייתא אין לחלק בין מכירה לשעבוד ע"ש ס"ק ה' היינו היכא דבא בתורת שעבודא דנכסים שקנ' אחר הלואה מה"ת לא משתעבדי וכמ"ש בסי' קי"ב סק"א ואינו אלא מכח שעבודו ששעבדם בפי' ומה"ת כשם שאין יכול למכור נכסים

שיקנה כן א"י לשעבד נכסים שיקנה אבל היכא שאינו בא בשעבודו אלא בשעבוד ששעבדו לו תורה דהא שעבודא דאורייתא וא"כ חל השעבוד על דבר שאינו ברשותו כמו בדבר שברשותו בין דשלו הוא וכמו דיורש יורשה בירושה דממילא כן משתעבדי למ"ד שעבודא דאוריי' אפי' דבר שאינו ברשותו כל שהוא שלו. וא"כ שעבוד גופו שיש לו נמי משתעבד למלוה אפי' לשיטת ר"ת דאינו נמכר משום דהוי דבר שאין בו ממש היינו הוא אינו יכול למוכרו אבל שעבוד דממילא דאינו בא מכחו הרי הוא משתעבד כמו שיכול לשעבד עצמו בשעבוד מגוף אע"ג דאין בו ממש כן ה"נ משועבד לזה לזה כיון דשעבודא דאורייתא וזה ברור ודו"ק. לכן נראה דקרא בעי היכא שהחוב נעשה אחר הלואה מה"ת לא משתעבד אלא נכסי' שהי' לו בשעת הלוא' וכמ"ש בסי' קי"ב סע"א דל"א נכסוהי דבר אינש אינון ערבין אלא באותם נכסים שהיו בעת הלוא' ואפי' כתב לו דאקני ל"מ מה"ת שעבוד וקנין שוין מה"ת דל"מ וכמ"ש בסי' ס' סק"ה וא"כ מתורת שעבוד ל"ה מהני אבל בשעבודא דר"ן מהני אפי' החוב אחר הלוא' וכמ"ש בסי' פ"ה סק"ה ועמ"ש לקמן סק"ט. ועוד נרא' והוא העיקר אצלינו דאלו הוי בתורת שעבוד לא הוי אלא כמו שאר נכסים המשועבדים דמצי הלו' לסלוקי בזוזי ומכאן ולהבא הוא נגבה אבל בתורת שעבוד' דר"ן הרי הוא כאלו המלו' של הלו' הוא הלו' לו והמלו' הראשון יכול למכור דשלו ממש ואע"ג דזבין מלו' לא מהני כדאמרינן פ' כ"ש דמכאן ולהבא הוא גובה היינו היכ' דבא בתורת שעבוד אבל בשעבודא דר"ן התור' אמרה ונתן לאשר אשם לו והוא המלו' האמיתי ואפי' רוצ' הלו' לסלוקי בזוזי אינו יכול דהוא המלו' האמיתי וכמ"ש בסי' פ"ה סק"ה וסעד לדברינו מדברי הש"ך ס"ק י"ח ע"ש וא"כ ודאי איכ' נפקותא טובא דאם הי' בתורת שעבוד הוי מצי לסלוקי בזוזי ולא הי' יכול למוכרו ובדר"ן שלו ממש ואיתי' במכיר' ואינו יכול לסלקו בזוזי) (ונרא' דהא דכתב' התור' בפ' נשא והשיב את אשמו בראשו וחמישתו יוסף עליו ונתן לאשר אשם לו דהיינו אם כחש בפקדון או בתשומת יד והשיב את אשמו בראשו וגם חמישתו יוסף ונתן הקרן והחומש למי שהקרן שלו דכפירתו אל המלו' האמיתי וא"כ החומש יתן לו וזה שתובעו אינו אלא כמו בא בהרשא' וכההיא דאמרינן בפ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ז) תבעו שומר והודה דשומר במקום בעלים אם באמת נשבע ע"ש ומזה מוכח דגוף החוב שייך לו דאי אינו אלא שעבוד ומכאן ולהבא הוא גובה א"כ אם חובו אינו אלא מנה וזה כופר במנה ומוסיף חומש מה לו לחומש דחברי' אלא משום דהתור' אמרה דכל החוב למלו' וא"כ כפירת ממון דידי' הוא ומש"ה חמישתו יוסף ונתן לאשר אשם לו ולא תימ' דהחוב עלה כמו הקרן והחומש אלא החוב לא הי' רק כנגד הקרן ואפ"ה החומש יתן לו דהחוב דידי'

ולדידי' הוא דכפר ע"י תביעתו של זה וזה ירא' לי בדברי רש"י פ"ב דכתובות דף ל"ו ז"ל ונתן לאשר אשם לו ולא כתב לאשר הלוהו אלא לאשר האשם שלו ואשם היינו קרן כדאמרינן בהגוזל דף ק"י למי שהקרן שלו עכ"ל והיינו למי שהקרן יתן החומש דהכי כתב קרא והשיב את אשמו בראשו וחמישתו יוסף עליו ונתן לאשר אשם לו היינו שיתן הקרן גם החומש למי שהקרן שלו אפי' אינו עולה כנגד קרן וחומש וא"כ מוכח דחובו של לוה דידיה דמלו' הוא לגמרי דאי בתורת שעבוד אין לו אלא מכאן ולהבא אין לו בחומש ומש"ה ניחא דכתב' התור' דינא דשעבודא דר"נ גבי כחש בעמיתו וכמ"ש והוא נכון ודו"ק:

סעיף ב

בד"א שאין לשמעון נכסים. והוא דעת הרב' פוסקים אבל מוהרש"ל פ"ק דב"ק סי' י"ט כתב דשעבודא דר"ן אפי' אית לי' נכסי וז"ל וכ"נ מאחר דעיקר דינא דר"ן לאו מסברא קאתי אלא מקרא ושעבודא דאוריי' אית ליה גביה א"כ אין חילוק בין אית לי' נכסי בין לית ליה נכסי אבל מ"מ אין הב"ד מחוייבים להזדקק לו לעשות דין עם לוי מאחר שיש לשמעון נכסים וכו' אבל מ"מ אם תפס לוי בעבור חוב שיש לו על שמעון אפי' אית ליה נכסי לא מפקינן מיניה ונפקא מיניה שאם אותו החוב הוא בשטר אף שיש לשמעון נכסי' לא יוכל למחול ללוי שכל נכסיו משועבדים לבע"ח עד שישלם לו עכ"ל ועיין ש"ך שהאריך בזה ודעתו כדעת מוהרש"ל דשעבודא דר"ן אפי' אית לי' נכסי אלא דאם מוחל תו אין המלו' מפיק מיניה משום דכל דאיכ' פסידא ללוה כגון ששמעון הרויח לו הזמן או מחל לו דאז אין נפרעי' מנכסי' משועבדי' במקום שיש נכסי' ב"ח אפי' הן זיבורית מפני תיקון העולם אבל היכא דליכ' פסידא לשמעון אז צריך לשלם לראובן אפי' אית לי' לשמעון נכסי ונפקא מיניה דאם יש לשמעון זיבורית וללוי בינונית ולוי רוצה לשלם גובה ראובן הבינונית א"נ היכ' דלית לי' לשמעון אלא קרקע וללוי יש לו מטלטלין או מעות ורוצה לשלם דגובה ראובן המטלטלין דל"א כיון שראובן הלו' לשמעון יהי' הוא בע"ד של שמעון ולא יגבה אלא קרקע זיבורית אלא כי היכי דמשתעבד לוי לשמעון ה"נ משתעבד לראובן מדר"נ ולא מצי למימר לאו בע"ד דידי את ע"ש באורך לענ"ד נרא' כדברי מוהרש"ל דמ"ש בש"ך דהיכ' דאיכ' פסידא יכול הוא למחול משום דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים ב"ח הנה לפמ"ש בס"ק א' ובסי' פ"ה סק"ה דשעבודא דר"ן אינו כמו שאר שעבוד נכסי דגוף של הלו' הוא ואין למלו' בהם אלא שעבוד אבל דר"ן אינו כן אלא גוף החוב הוא של המלו' ואפי' בזוזי לא מצי סלוקי ע"ש א"כ אין זה דומה להא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים

ב"ח דהתם גוף הנכסים של הלוה אבל אם מכר דבר שאינו שלו ודאי אין במכיר' זו כלום ואפי' רוצה הגזלן או הלוקח לסלקו בזוזי מצי אמר אנא דידי בעינא וא"כ ה"נ כיון דגוף החוב אינו שלו אלא של המלו' אין לו כח למחול וכאחר הוא לגבי חוב זה. אמנם מדברי הרמב"ם פ"ב מהל' מלוה שכתב גבי אמנה או פרוע דאם אין לשמעון נכסים והודה לו שמעון אין משגיחין על הודאתו ומשמע דאם אית לי' נכסי שפיר מצי מחיל כבר כתב בל"מ שם דמחיל' ל"מ אפי' אית ליה נכסי אלא באמנה נאמן הוא כיון דלא חב לאחריני ומ"ש הש"ך שאם יש לשמעון זיבורית וללוי בינונית גובה ראובן הבינונית מלוי ולא מצי אמר לאו בע"ד דידי את לא נהירא לפענ"ד דודאי בכה"ג לא גבי ראובן הבינונית וראי' מהא דאמרינן סוף כתובות גבי שנים שהוציאו שט"ח זע"ז דר"נ סבר זה גובה וזה גובה ור"ש ס"ל הפוכי מטרתי למה ומוקמינן פלוגתייהו היכא דלחד אית לי' עידית ובינונית ולחד זיבורית דר"נ סבר בשלו הן שמין ור"ש ס"ל בשל עולם הן שמין ואי נימא דראובן גובה הבינונית א"כ לר"נ אמאי זה גובה וזה גובה יאמר אלו הי' חייב לך אחר והי' לו בינונית הייתי גובה ממנו מכח דר"ן ואני בעל דבר לא (את) השתא דאני הוא החייב משתעבדנא לדידי מדר"נ דמה לי אני מה לי אחר) (אלא ודאי דכה"ג ל"ש שעבודא דר"ן ומשום דשעבודא דר"ן אינו אלא כמו השעבוד שנשתעבד שמעון לראובן כן נמי כפי שעבודו נשתעבד חוב לוי לראובן אבל אם שמעון לא נשתעבד כל כך לראובן וכגון ששמעון נתחייב לראובן מטבע כסף ולוי נתחייב לשמעון מטבע זהב דהוא חשוב יותר הרי שמעון מסלק לראובן במטבע כסף ואין לו לראובן יותר מחובו דאלו שמעון נתחייב לראובן מאה זהובים ולוי לשמעון מאה ועשר דאין לו לראובן ביתר מחובו ומטבע של זהב דחשוב הרי הוא כיתר וה"נ מה"ט בבינונית כיון דשמעון לא נשתעבד לראובן ויש לו שעבוד על לוי בבינונית אין לו לראובן ביתר משעבודו ול"א שעבוד' דר"ן אלא בכדי חובו ושעבודו וכיון דאם הי' לשמעון בידו הבינונית והזיבורית לא הי' גובה אלא הזיבורית א"כ אין לו ביתר משעבודו והוי כמו יתר על דמי חובו וכמ"ש וכל ז"ב: אמנם היכא דיש לשמעון עידית וזיבורית וללוי בינונית בזה נרא' דשייך שעבוד' דר"ן וגובה מלוי הבינונית כיון דאלו הי' הבינונית ביד שמעון נמי הי' גובה הבינונית כיון דיש לו עידית וזיבורית אבל אינו מוכרח דשייך בזה שעבודא דר"ן די"ל כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה הרי הוא השתא כאין לו בינונית וכל שאין לו בינונית רק עידית וזיבורית אין לו אלא זיבורית וא"כ אכתי מצי אמר לוי מה לך אצלי כלך אצל שעבודך דאין שעבודך אלא זבורית כ"ז שלא נגבין בינונית שלי וא"כ אין לך ביתר מחובך וכמ"ש וכן מוכח מדברי הה"מ פכ"ד ממלו' דכתב זה גובה וזה גובה וכר"נ סוף כתובות והק'

דנרא' דהרמב"ם סובר בשל עולם הן שמין הוי כתרתי דסתרי וע"ש בהה"מ שכתב דר"נ נמי סובר בשל עולם הן שמין אלא דפליגי בזה דר"נ סבר דמגבין מבעל זיבורית תחל' והדר גבי בעל זיבורית מבעל עידית ובינונית את הבינונית ורב ששת סבר דמגבין מבעל בינונית תחלה אם הבינונית לבעל זיבורית והדר גבי לה מינייהו ע"ש וא"כ מוכח דגם בזה לא שייך שעבודא דר"ן דאי נימא כיון דאם הי' הבינונית בידו ממש הי' גובה שייך בי' שעבודא דר"ן א"כ לרב נחמן אפי' סביר' לי' דמגבין מבעל זיבורית תחלה אכתי יאמר בעל הבינונית כי היכא דמשתעבדנא לדידך משתעבדנ' לדידי ומה לי אני מה לי אחר אלא מוכרח לומר דכיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה הוי לי' השתא כאין לו בינונית וא"כ מחמת שעבודו דר"ן אינו משתעבד ביתר משעבודו ואין לו בשעבוד אלא זיבורית וכן משמע מלשון רש"י סוף כתובות ומר סבר בשל עולם הם שמין וכיון דבהדדי אתי למיגבי יהבי ב"ד בינונית לבעל זיבורית תחל' והדר גבי לה מנייהו הלכך אפוכי מטרתי וכו' ומשמע דשעבוד דר"ן לא שייך בי' וכמ"ש דאם לא כן גבייי' זו למה ודו"ק: וראוי לספק בהא דכת' בטור וש"ע סי' ו' דהלוקח גובה מהלו' וחוזר הלו' וגובה מהמוכר אם אית לי' נכסים ואם אין למוכר נכסים וגבה הלוקח קרקע חוזר וגובה ממנו ע"ש ולפי מה שפסק מוהרש"ל דאפי' אית ליה נכסים נמי שייך שעבוד' דר"ן וא"כ אפי' היכא דאית ליה נכסים להמוכר יחזור הלו' ויגבה מן הלוקח והטור וש"ע לשיטתייהו דסברי דל"ש שעבוד' דר"ן היכא דאית לי' נכסי מיהו נרא' מסתימת הפוסקים דליכא חולק בהאי דסי' פ"ה ולכן נרא' דכיון דדינא דבע"ח בזוזי ואין הלו' יכול לסלק בקרקע אלא משום דאית ליה פסיד' וכמ"ש תוס' פ' מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ב) ומש"ה ביש נכסים למוכר אפי' זיבורית אין הלו' חוזר וגובה מלוקח דהא צריך לסלוקי בזוזי ופסידא לית ליה כיון דיכול לחזור ולגבות מהמוכר ולא חשיב פסידא אלא אם אין נכסים למוכר ודו"ק:

סעיף ג

אין ב"ד נזקקין. כת' הרמב"ם הענקת עבד עברי לעצמו ואין בע"ח גובה הימנו. ועיין פ"ק דקידושין דף ט"ו ולו ולא לבע"ח ואידך לית לי' דר"ן והקשו על הרמב"ם דס"ל דר"ן א"כ איצטריך לו ולא לבע"ח ומנא ליה לו ולא למוכר עצמו ועיין בתוספות שכתבו ואידך לית ליה דר"ן גבי שכירות אבל מהפוסקים משמע אפי' בשכירות לזה כת' בש"ך ואידך לית ליה דר"ן גבי צדק' וה"נ הענק' ע"ש והוא על דרך פי' תו' בשם ר' נתנאל דלית ליה דר"ן גבי שכירות ובתומים הקש' כיון דבתלמוד' השוה להדדי ותליא בדר"ן אי איתי' או ליתי' איך נחדש סברא מה דלא ס"ל לגמ' כלל ומה נדע אשר לא ידעו ע"ש וא"כ קושי' דהא אנן אמרינן דהיינו דאמרי גמ' ואידך לית ליה דר"ן גבי צדקה ועל דרך ר' נתנאל גבי

שכירות אבל הא קשיא דמשמע מלשון הרמב"ם דאין בע"ח גובה הימנו ומשמע אפי' כבר גבה וכן משמע מפי' המשניות להרמב"ם וכ"כ מוהרי"ט בחידושיו לקדושין וא"כ אכתי איצטריך לו ולא לבע"ח היכא דכבר גבה ונרא' לפי מ"ש במרדכי פ"ק דב"ב באחד שהי' נושין לו מנה ונצטרך לבריות ושט אחר פרנסתו עד שהביא ר' זוז ותובעו הנושה ולוה משיב לו לא רחמי עלי אלא כדי לפרנס בני ביתי ולא לפרוע חובי ושאלו לרבי אבי העזרי ופטרו דתניא בתו' דפיאה מעשר עני אין פורעין ממנו מלו' כו' אלא שרבינו שמחה מחייבו משום דאפי' התנה שאין לבע"ח רשות בו ל"מ ודמי לאין קנין לאשה בלא בעלה ע"ש אבל כבר כת' הרא"ש בתשו' כלל ע"ד דמהני ע"מ שאין לבע"ח רשות ועמ"ש בס"ק ח' ומש"ה ניחא דאפי' כבר גבה הענקה אין בע"ח גובה דמסתמא אין אדון נותן אלא כדי לפרנס עצמו ולא לפרוע לבע"ח דהענק' דין צדקה יש לה מיהו מאן דאית ליה דר"ן אפי' בצדק' ל"מ תנאי דאיך יוכל להתנות שלא יהא לבע"ח רשות בו דהא מחויב לפרוע לבע"ח הענקה דמשתעבד הוא לבע"ח אבל מאן דלית ליה דר"ן גבי צדק' וה"ה הענק' א"כ כ"ז שלא גבה אינו מחויב לבע"ח מדר"ן ומה שנתן ודאי אדעת' שלא יהא לבע"ח רשות נתן ודו"ק:

סעיף ד

הם מעות בפקדון. והוא מתשובת הרשב"א סי' אלף קנ"ב והנה כת' ביש"ש פ' שור שנגח סי' י"ט דאפי' חוב ראובן היא הלוא' ושמעון בלוי פקדון נמי שייך ביה שעבודו דר"ן וכן מוכח מש"ס פ' שור שנגח (בבא קמא דף מ') דהשור הוא פקדון וקרינן לה שעבוד' דר"ן וכן כת' בש"ך ע"ש. ותמי' לי טובא דאי נימא שעבודא דר"ן גבי פקדון א"כ כי היכא דאינו יכול למחול בשעבוד' דר"ן כן נמי לא יכול ליתן את הפקדון לנפקד ובאמת כ"כ בש"ך בסק"י דמה"ט אין המשאיל יכול להרויח זמן לשואל וע"ש והוא תמוה דנרא' דפקדון לא גרע משאר מטלטלין ויכול ליתנו לאחר ואין הבע"ח טורף מן מטלטלין המשועבדים:) (ולענ"ד נרא' דגבי פקדון לא שייך כלל שעבודא דר"ן דכיון דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיע' ללישנא בתרא בפ' אלו נערות וכן פסקו רוב הפוסקים וכ"כ בש"ע סי' שמ"א ע"ש. וא"כ לא שייך שעבוד' דר"ן כיון דעדיין לא נשתעבד כלל ואין לומר דאע"ג דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיע' אבל חיובא מיהא רמי עליה להחזיר הפקדון לבעלים ואותו החיוב נתחייב למלו' של המפקיד דליתיה דהא התם בפ' אלו נערות גבי שואל שטבח הפר' בשבת פטור ללישנא בתרא משום דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיע' ובאותה שעה קי"ל בדרבה מיניה ואמאי הא חיוב הוי עליה משעת שאל' אע"כ דליכא שום חיוב ושעבוד אלא משעת פשיע' וכ"ז שהוא בעין

ממון בעלים הוא וכ"ז שיתבענו לוקחים ממון שלהם וא"כ גם שעבודא דר"ן לא שייך בי' ויכול ליתנו לנפקד כמו שאר מטלטלין וזה ברור והא דאמרי' פרק שור שנגח גבי שאלו בחזקת תם כי היכי דמשתעבדנא לדידך משתעבדנא לדידיה מדר"ן היינו משום דהתם הוי שקיל ניזק מן הפקדון בתורת טירפא וגובייגא וכמו שיבואר דודאי גם מן הפקדון שקיל דלא גרע משאר חפצים של החייב אלא דשם פריך בש"ס ולימא לי' אלו הוה בידי הוי מעריקנ' לי' לאגמא והיינו משום דכיון דאתה שומר שלי לא הי' לך לגרום לי היזק דהייתי מתפשר עמו כשהייתי מעריקו וכמ"ש תו' שם לזה שפיר קאמר כי היכא דמשתעבדנא לדידך דהא בשעת פשיע' ודאי יש שעבוד אותו שעבוד משתעבדנא לדידיה והוא הניזק ודו"ק ולפ"ז מש"כ בש"ך סק"ח דמ"ש הרשב"א דהך דר"נ דוקא בלית לי' נכסי אבל אית ליה נכסי לא היינו דוקא במקום דאיכא פסידא אבל היכא דליכא פסידא אפי' אית ליה נכסי שייך דר"ן דאל"כ מ"ש דגבי מפקדון וע"ש ולפי מ"ש אין ענין דר"נ כלל גבי פקדון והא דגבי מפקדון היינו משום דכתב הרשב"א בחידושיו סוף קידושין דלמה לי הך דר"נ תיפוק ליה דיש לגבות מנכסי הלו' בכל מקום שיש לו והעלה משום דחובות מילי נינהו ולא משתעבדי וע"ש ואם כן ודאי פקדון דכל היכ' דאיתי' ברשותו דמארי' איתי' ויכול להקדישו ולמוכרו ודאי הוא משועבד וגובה בתורת טירפא דמה לי מעות ברשותו או מופקדין ואפי' מותרין כל היכ' דאי' ברשותא דמארי' אי' כל זמן שלא הוציאן וכמ"ש הגאון ח"צ בסי' ע"ג ומ"ש הרשב"א משום דר"ן אין זה עיקר טעמו אלא לאלומי מלתא הוא דכתבו אבל גבי חוב אפי' לית ליה פסידא לא שייך דר"ן באית ליה נכסי לדעת הרשב"א וכדמוכח מראיית הרשב"א מדלא משני פ' שור שנגח שם כי היכ' דמשתעבדנ' גם בקושי' הראשונ' דס"ד דמיירי באית ליה נכסי והתם לא הוי פסידא לשומר וקושית הש"ס פ' שור שנגח לימא ליה הוי מעריקנ' לאגמ' אע"ג דראוי ליתן לניזק בתורת גובייני' מ"מ כ"ז דלא מסיק מדר"נ הוי ליה פשיע' דהי' לו להציל וכמ"ש תו' דהי' מתפשר עמו ולזה היא דמשני כי היכ' דמשתעבדנא והיינו משום דעל פשיעתי איני חייב לך וכמ"ש אבל כל זמן שהוא בעין לא שייך גבי פקדון דר"ן ומשום דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיע' וא"כ ליכ' שעבוד כלל כל זמן שהוא בעין ולא צריכנ' ביה לדר"נ ובלא"ה שקיל מתורת טירפא כיון דלאו מילי נינהו כמו חובות וממילא יוכל המפקיד ליתנו לנפקד וכמ"ש דלא שייך ביה שעבודא דר"ן והגהת אשר"י דכתב פרק שור שנגח דינא דר"ן גבי פקדון אפשר דסבירא לי' דשומר נמי משעת משיכ' אשתעבד וכלישנא קמא דפ' א"נ אבל להפוסקים כלישנא בתרא דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיע' ה"ה והרא"ש והמרדכי והרשב"א והרמב"ן נרא' דכיון דכל זמן שהוא בעין

למשאיל לא אשתעבד לאחריני משתעבד ומוהרש"ל ביש"ש פ' הגוזל סי' ג' דפסק ג"כ כלישנא בתרא איך כתב דר"ן גבי פקדון גם הש"ך שכ' בסק"י דא"י להרויח זמן לשואל משום דר"ן ובסי' שמ"א ג"כ פסק כלישנא בתרא וא"כ איזה שעבוד לשמעון לומר דזה השעבוד נשתעבד לראובן ולפי"ז נרא' דאפי' לפי מ"ש בסק"א דגבי שעבודא דר"ן אינו יכול לסלקו בזוזי ומשום דגוף החוב שייך לנושה הכא גבי פקדון דלא שייך בי' שעבודא דד"ן ודאי מצי לסלוקי בזוזי ואפי' למ"ד שעבוד' דר"ן גבי פקדון מ"מ כל דהפקדון הוא כלי אז ודאי יכול לסלוקי בזוזי דכלי חשובה היא והוי כיתר מחובו ומצי אמר לדידי שוה יותר ולא נשתעבד אלא כדי חובו וכמ"ש בסק"ב גבי עידית ובינונית ע"ש ועמ"ש בסק"ז עוד מזה:

סעיף ה

אין שמעון יכול למחול ללוי. ומבואר בפוסקים דגבי שט"ח דיכול למחול משום דמכירת שטרות לאו דאוריי' או משום דשעבוד הגוף ליתי' במכיר' לשטת ר"ת אבל בשעבוד' דר"ן הוי דאוריי' מדכתב ונתן לאשר אשם לו וגם שעבוד הגוף שיש לזה נשתעבד הכל לראובן ומש"ה אין שמעון יכול למחול ללוי וקשה דהא מבואר בש"ס פ' כל שעה דגבי מטלטלי לא שייך דינא דר"ן וכן מבואר בסי' פ"ה סעיף ו' דאם מכר שטר חוב ללוקח וגבה הלוקח מטלטלין אין הלו' חוזר וגובה משעבודא דר"ן וכן גבי שנים שיש להם שטר חוב זע"ז ומת א' מהם וגבי יתמי מטלטלין מן החי אין החי חוזר וגובה אלא אי פקח מגבהו קרקע וא"כ מ"ש הכא דגבי מן המלו' ולמה יגרע כחו מלוקח ומקבל מתנ' דלא שייך שעבוד' דר"ן אלא בגבה קרקע אבל במטלטלין לא שייך שעבוד' דר"ן וכמ"ש תו' פ' כל שעה (פסחים דף ל"א) ד"ה משתעבדנ' לאבוכן ואע"ג דמיני' שייך דר"ן גם במטלטלין וכמ"ש בש"ך סי' פ"ה אבל היינו דוקא מיניה והכא שכבר נתנו ומחלו ללוה מה לי נתנו לאחר או נתנו ללוה גופי' וא"כ מצי אמר הלו' אנא מסלק במטלטלין ולא שייך שעבודא דר"ן במטלטלין ודבר זה צריך ביאור ואחר העיון נרא' דלא קשה דודאי אם יש לו קרקע המלו' נושה חובו מן הקרקע דאע"ג דשעבודא דר"ן לא שייך במטלטלין היינו משום דקליש שעבודא וכמ"ש תו' פ' כ"ש שם וא"כ נהי דאין לו שעבוד מטלטלין אבל שעבוד קרקע מיהא יש לו דכי היכ' דאם מחל לו שעבוד קרקע אפ"ה גובה עכ"פ משעבוד מטלטלין וכדמוכח מתו' פ"ק דמציע' דף ד' בהא דהקשו מודה במקצת למה ישבע למ"ד שעבוד' דאוריי' ותירצו במחל לו שעבוד קרקע ע"ש וא"כ ה"נ נהי דעל שעבוד מטלטלין אין לו כח מדר"ן ומשום דשעבוד מטלטלין קלוש אבל שעבוד קרקע מיהא יש לו מדר"ן ולא שייך בזה לומר אנא מסלק במטלטלין וכבר נמחל לי המטלטלין כמו דלא מצי

אמר כן במחל לו שעבוד קרקע דגובה מן מטלטלין אלא אפי' אין לו קרקע ובא לגבות מן המטלטלין שבידו נמי מצי גבי דאע"ג דגבי שעבוד מטלטלין לא שייך שעבוד דר"ן ומשום דשעבוד קליש הוא כיון דיכול למוכרן וכ"כ תו' פ' כל שעה ועמ"ש בסי' פ"ה סק"ו אבל שעבוד הגוף כיון דלא פקע דשעבוד הגוף שעבוד אלים הוא דאינו יכול למוכרו דהא אינו נמכר וכיון דשעבוד הגוף יש לו ממילא גובה דהא אפי' לית לי' שום שעבוד וכגון שסילק נפשו משעבודו מ"מ גובה כיון דחייב הוא צריך לפרוע וכמו שכ' מוהרי"ט ח"א סי' מ"ה דאפי' סילק שעבודו מכל נכסיו לא מהני סילוק אלא לענין מכיר' לאחר דאינו טורף מן הלוקח דהוא מדין שעבוד וכבר סילק שעבודו אבל אם לא מכרה ועדיין הוא אצלו גובה אותו המלו' בחובו שאין גבי' מטעם שעבוד דאפי' למ"ד שעבוד' לאו דאוריי' גובה חובו וע"ש וא"כ ה"נ נהי דהלו' מחלו ללו' שלו יכול המלו' לגבות כיון דהמלו' לא מחלו ושעבוד הגוף יש לו עליו מחמת שעבודא דר"ן אלא דשעבוד מטלטלין אין לו עליו כיון דשעבוד מטלטלין שעבוד קלוש הוא ולא שייך ביה שעבוד' דר"ן לא גרע מאלו לא הי' לו שעבוד דהי' גובה חובו כיון דלוה חייב הוא דשעבוד הגוף יש לו הרי הוא צריך לפרוע דזה ודאי אם המלוה מוחל ללוה שלו שעבוד מטלטלין דאז אינו גובה אפי' מיניה דדוק' גבי סילוק דליכ' מחילה אמרי' דפריעת בע"ח א"צ שעבוד אבל אם מחל בפי' ודאי אינו גובה אפי' מיניה מיהו בנדון דידן אין המלו' האמיתי מוחל כלל אלא שהלו' מוחל ותו אין לו למלוה שעבוד ובזה כיון דעכ"פ שעבוד גופו יש לו וכמ"ש הרי גובה חובו בלא שעבוד נכסי דמיניה גובה אפי' בלא שעבוד וכמו למ"ד שעבודא לאו דאוריי' דצריך לפרוע כיון דחייב הוא אבל במכרו לאחר הרי הוא קנה שעבוד מטלטלין ואע"ג דלא קנה שעבוד גופו אפ"ה גובה ע"י מכירה דהא לא פקע וכההיא דסי' ס"ו סעיף כ"ג בראובן שהלוה לבנו בשטר ומכרו לשמעון ע"ש ולהכי גובה במטלטלין מיניה והוא לא מצי גבי מיניה דלוקח דהא אין לו על הלוקח שעבוד גוף כיון דלוקח לא נתחייב אבל הכא אם יש לו קרקע ודאי שעבוד' דר"ן עליה קאי ולא מצי אמר אנא מסלק במטלטלין וכבר נמחל לי דהא כי היכ' במחל שעבוד קרקע גובה מן המטלטלין וכמ"ש תו' פ"ק דמציע' ה"נ בנמחל שעבוד מטלטלין גובה מקרקע ואם אין לו קרקע נמי גובה מן המטלטלין שבידו דאע"ג דאין לו שעבוד מטלטלין כיון דהוא לא מחל כמ"ש אלא דתו לית ליה שעבוד מטלטלין דשעבודא דר"ן לא שייך בשעבוד מטלטלין אבל שעבוד הגוף מיהא יש לו וכל דגופו נתחייב צריך לפרוע ואע"ג דלית לי' שעבוד דפריעת בע"ח אינו תלוי בשעבוד דאפי' למ"ד שעבוד לאו דאוריי' נמי צריך לפרוע וכמ"ש מדברי מוהרי"ט וזה נכון שוב ראיתי בתומי' שעמד ג"כ בקושי' זו דלמה לא יוכל למחול כיון דבמטלטלין לא

שייך שעבוד' דר"ן והגע עצמך אלו פרע לוי במטלטלין וחזר שמעון ונתנם לו מי יוכל ראובן לערער ואף זו כמוהו וע"ש מה שכתב בזה והדברי' ברורים כמ"ש ודו"ק:

סעיף ו

למחול ללוי והקשו בזה הא דאמרי' פ' החובל גבי עבד ואשה פניעתן רעה ותזבין כתובתה לנחבל ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה והיאך תוכל למחול כיון דמדר"ן משעבדי ליה וקושיא זו הקשו הרמב"ן והרשב"א והר"ן ובזה תירץ הש"ך דאם תזבין לנחבל הרי יקבל הנחבל את דמי חבלתו בדמי כתובת' שנרשום לו ואינו עכשיו אלא כמו לוקח ויוכל למחול ותו אין כאן דינא דר"ן כיון דכבר נפרע מדמי כתובתה את נזקו ע"ש ודבריו נכונים מאוד אלא שראיתי בתומים שכתב עליו דאין זה כדאי לדחות דברי הרמב"ן והר"ן חדא ודאי אלו ברצון מכרה כתובתה לפרוע חבלתה פשיטא דצדקו דברי הש"ך אבל כאן הב"ד הגבו בטובת הנאה כי כך היה השומא וכי בשביל כך נפרע השעבוד והגע בעצמך בע"ח שהגבו לו טובת הנא' לפרעון קרקע ואח"כ נמצא שאינו שלו וכי פקע שעבוד ראשון וכי אינו טורף מזמן הראשון דהא הב"ד הגבו בטעות זהו חדא ע"ש וליתי' דאין בזה גבי' בטעות כי המכיר' היה כראוי אלא שהזיקה אח"כ במחל' וכאלו מוכר שדהו ואח"כ שטף עליו נהר דהוי מזיק אבל מקח טעות לא הוי והוא פשוט ועיין עוד שם שכתב אבל שנית יותר נראה כו' וא"כ במי שיש לו על לוה שעבוד הגוף מכח דר"ן והוא הוסיף למוכרו וכי בשביל כך פקע שעבוד הגוף שהי' לו אדרב' הוא הוסיף אומץ שנתן לו עוד מכירה ואמת כדברי הש"ך דע"י מכירה פקע שעבוד דמלוה השני ואינו משועבד עוד לראשון אבל שעבוד הגוף של לוה האחרון במה נפקע ושגגה במ"כ של הש"ך שדימה הפקעת שעבוד של מלוה שני ללוה שני ובאמת לא דמי כי שעבוד של מלוה (שני) נפקע במכירה אבל במה נפקע נפקע של לוה שני מן מקדם ע"ש. וגם זה ליתי' דהא כיון דנפקע שעבוד של מלוה השני ואינו משועבד עוד לראשון ממילא פקע שעבוד הגוף של לוה האחרון כיון דכבר פקע שעבוד של מלוה השני תו ליכא שעבודא דר"ן וכל זה פשוט ודברי הש"ך ברורים בלי שום גימגום:

סעיף ז

להרויח לו זמן. עיין ש"ך סק"י דגם בפקדון כל דהשאיל לאחרים א"י להרויח לו זמן משום שעבודא דר"ן ע"ש וגם בזה לכאור' קשה דהא במטלטלין ל"ש שעבודא דר"ן כמ"ש תו' פ' כ"ש דף ל"א ועמ"ש בסק"ה ונראה דכיון דטעמא דל"ש שעבודא דר"ן היינו משום דשעבוד קלוש הוא דיכול למוכרן וכמ"ש תו' פ' כ"ש וא"כ כיון דהשואל א"י למכור דבר שאינו שלו ומש"ה הוי כמו קרקע וכשיטת הש"ך בסי' פ"ה ולפ"ז ה"ה דא"י ליתנו לאחר

כיון דשייך ביה שעבודא דר"ן. ועיין ש"ך סוף סי' קכ"ו מ"ש בשם תשובת מוהר"ם אלשיך ולשיטת הש"ך כאן ודאי הוי מצי ראובן לטרוף הטבעת מחמת שעבוד' דר"ן ומצי אמר כי היכא דמשתעבדנ' לדידך משתעבדנ' לדידי כיון דפקדון הרי הוא כמו קרקע לענין שעבוד' דר"ן אבל קשה ממתני' דפ' הכותב (כתובות דף פ"ז) בהא דתנן מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשים והי' לו פקדון או מלוה ביד אחרים ר"ט אומר ינתנו לכושל שבהם ר"ע אומר אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשים שכולן צריכין שבועה וא"נ דפקדון דין קרקע יש לו לענין שעבוד' דר"ן א"כ למה לא יתנו לבע"ח כיון דשייך בי' שעבוד' דר"ן והנה מכתובת אשה ל"ק דכיון דאפי' מיניה דידיה לא משעבד' מטלטלי לכתוב' א"כ ל"ש ביה שעבודא דר"ן אבל מבע"ח קשיא דכיון דשייך ביה שעבודא דר"ן מחיים גם לאחר מיתה לא פקע כיון דהוי כקרקע שלא יוכל למוכרו וכמ"ש ואפשר דלצדדין קתני וכמ"ש הרמב"ן כה"ג בפ' י"נ בדף קכ"ד בשיטת הסוברים דכתוב' אינה נגבית ממלוה דהא דתנן פקדון או מלוה וקאמר ר"ט ינתנו לכושל ואי' מ"ד לכתובת אשה משום דלצדדין קתני מלוה לבע"ח ופקדון לכתובת אשה ע"ש. וא"כ גם אנו נאמר לשיטת הסוברים דמלוה משתעבד לכתובת אשה לצדדין קתני פקדון לכתובת אשה ומלוה לבע"ח. אמנם לפעד"נ העיקר כמ"ש בסק"ד דגבי פקדון ל"ש כלל שעבודא דר"ן ויכול ליתן הפקדון לאחר וה"ה דיכול ליתנו לנפקד או לשואל ע"ש ועמ"ש בש"ך בסי' קכ"ו ס"ק ק"ה במ"ש להשיג על תשובת מוהר"ם אלשיך ולפי שיטתו כאן דשייך שעבודא דר"ן לא היה לו להשיג וכמ"ש אבל העיקר כמ"ש דגבי פקדון ל"ש שום שעבוד דנכסי שומר לא אשתעבד כלל אלא משעת פשיעה וכ"ז שהוא בעין ליכא שום שעבוד והאי דטורף מפקדון אינו אלא בתורת גובייגא וטירפא והדברים מבוארים בסק"ד ע"ש:

סעיף ח

ונשתעבד לראובן. וז"ל כנה"ג הא דא"י למחול דוקא בלוה שנשתעבד למלוה אבל אם בשעה שנשתעבד התנה עמו שהשעבוד לא יחול אלא לו לבדו ולא להתחייב לאדם אחר פשיטא דיכול למחול הרש"ך ח"א סי' י"ב: אמנם לענ"ד נראה דאם חוב ראובן קדמה לחוב שמעון לא מהני תנאי דהוי מתנה עמ"ש בתור' ואע"פ דקי"ל דיכול ליתן ע"מ שאין לבע"ח רשות בו היינו מטעמ' שכתב הרא"ש בתשובה כלל ע"ד וז"ל אבל אני אומר שאין לדמות נדון זה לקנין עבד בלא רבו וקנין אשה בלא בעלה דהתם יד העבד כיד רבו כו' והוי כנותן מתנה לחבירו ואמר ע"מ שלא יהיה שלך קנה לך דקנה דכל תנאי שסותר המעשה לא הוי תנאי אבל בנ"ד אין יד המקבל מתנה כיד הבע"ח וכתובת אשה שנא' שזכה מיד בקבלת המתנ' לפי שאין להם בגוף הקרקע כלום שאין להם בנכסי הלוה

אלא שעבוד בעלמא ומחוסר גובייני' ושמא לעולם לא יבא לידי גובייא דשמא יפרע לוה מעותיו דקי"ל כרבא דאמר בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה דכיון דאלו ה"ל זוזי הוי מסלק לי' בזוזי אשתכח דהשתא דקני אבל קודם טירפא אין בגוף הקרקע כלום שנאמר יד המקבל מתנה כיד בע"ח וזכה מיד כשאמר לו קני ולא מהני תנאי בתר הכי אלא ודאי יכול הנותן להטיל תנאי במתנה וכו' ואפי' בחוב שנתחייב לו כבר וכו' ע"ש שהאריך וא"כ לפי מ"ש בסק"א דמשום שעבודא דר"ן הרי החוב שלו תיכף ואין זה כמו שאר שעבוד נכסים דמכאן ולהבא הוא גובה ואינו יכול לסלקו בזוזי וכדמשמע מדברי הש"ך ס"ק י"ז יד שמעון כיד ראובן ממש והוי כמו אין קנין לעבד בלא רבו ועוד נראה דלא מהני תנאי אלא בשטר שהתחייב עצמו דרך מתנה וכההיא דסי' מ' אבל אם הלוה לו מעות לא מהני תנאי דאפי' במתנה שלא יחול עליו שעבוד נמי אינו אלא בנותן מתנה אבל במכר שלקח מעות לא מהני תנאי וכמ"ש בטור וש"ע סי' קי"א ע"ש:

סעיף ט

שטר אמנה. ז"ל הטור בסי' מ"ז בד"א כשיש נאמנות בשטר אבל אם אין בו נאמנות כיון שהמלוה הראשון לא היה יכול לגבות אלא בשבועה גם מלוה השני לא יגבה עד שישבע מלוה הראשון והרי הוא אומר שהוא פרוע וכ"כ בש"ע סי' מ"ז ועיין בט"ז שתמה על זה דמה מהני נאמנות דידי' כיון שהוא מודה שפרוע ולא האמינו אלא כשיאמר אינו פרוע ועש"ך בסי' מ"ז שהשיג על האי דינא והעלה דכיון דשעבודא דר"ן אינו יכול למחול ולית ליה מגו דאי בעי מחיל אע"ג דאין בו נאמנות ואין רוצה לישבע הרי זה גובה ונראה ליישב דברי בעה"ת והטור והוא דכבר כתבנו בסי' פ"ה סק"ז דשעבוד דר"ן העיקר תליא שיהי' השעבוד שיש לשמעון על לוי חזק ואמיץ שלא יוכל להבריחו ואז הוי כאילו הוא ביד שמעון וממילא כיון שהוא כאילו ביד שמעון נמשך השעבוד לראובן מדר"נ אבל במטלטלין שאין השעבוד חזק דיכול למוכרו ולא הוי כאלו הוא ביד שמעון ממילא אינו יכול להשתעבד לראובן והוא עפ"י שיטת הב"ח והש"ך בדברי תוס' פ' כ"ש ע"ש ומש"ה היכא דאית ליה לשמעון בלוי שעבוד מטלטלין אג"ק אע"ג דראובן לית ליה בשמעון שעבוד מטלטלי אג"ק כיון דהשעבוד חזק אצל שמעון ממילא נמשך לראובן וע"ש ולהכי עיקר נאמנות בעי לאלומי שעבוד' דכל שאין בו נאמנות ולא הוי שעבוד חזק אצל שמעון לא מצי ראובן אמר אנא לא צריך שבועה דכיון דשמעון עכ"פ לא היה לו שעבוד בלוי עד שישבע א"כ כל זמן שלא נשבע שמעון לא משתעבד לוי לראובן כיון דעיקר תליא בשעבוד שיש לשמעון בלוי אבל היכא דיש בו נאמנות דאז הוי שעבוד שמעון בלוי שעבוד חזק ויכול לגבות בלא שבועה והוי כאלו הוא בידו אע"ג דלא ישבע וכיון דהוי

כאלו הוא בידו הרי נשתעבד לראובן מדר"ן ומש"ה אפי' אומר שהוא פרוע כיון דכבר נשתעבד לראובן אינו נאמן במקום שחב לאחרים וזה נכון:

סעיף י

הממון שהחזיר למסרב. בתשובת הרא"ש כלל ע"ג סי' א' נתן טעם דה"ל מזיק שעבודו של חבירו ע"ש והיינו אפי' נימא דשעבודא דר"ן נמי יכול למחול דאי ליתיה במחילה ודאי צריך הוא לפרוע שנית. וזה נראה טעמא די"א בסי' ס"ו סעיף ט"ו במוכר שט"ח לחבירו דאם פרע הלוה למלוה לא נפטר בזה מלוקח והוא תמוה לכאורה דלמה יגרע פרעון ממחילה ע"ש בש"ך והוא לפמ"ש הרא"ש בכאן דכיון דהלוה פרע ה"ל מזיק שעבודו של לוקח אבל במוחל לו המלוה אין הלוה עושה כלום רק המלוה שמוחל ומש"ה המלוה הוא דמזיק וצריך המלוה לשלם אבל בפרעון שפורע הלוה כיון דקיי"ל פרעון בע"כ שמיה פרעון א"כ הלוה עשה ההיזק דמזיק שעבודו של לוקח בפרעון שפורע ועיין בתומים בסי' ס"ו שם מחלק בין מוחל והוא לטובתו אינו קרוי מזיק אבל בפורע דאין לו הנאה הוי בגדר מזיק כיון דלית ליה הנאה. ואין זה טעם לשבח אלא נראה כמ"ש דבמוחל אין הלוה עושה כלום דהמלוה הוא דמוחל וגבי פרעון הלוה הוא עושה ההיזק דפרעון בע"כ שמיה פרעון ובעה"ת הביא ראיה דאם פרע הלוה לא נפטר מלוקח מהא דאמרי' פ"ק דמציע' גבי ניחוש שמא כתבה ליתן בניסן ע"ש גבי מצא שובר בשוק דל"ח דלמא אחר מכירה אזל ופרע לה וכתבה לו שובר דא"כ טען לוקח לבעל אתה תשוב ותפרע לי אחר שידעת והיה קול מכירה עיין שם ונראה דהראיה אינו אלא דלא נימא דהלוה אע"ג דמזיק שעבודו הוא יאמר לא ידעתי שאתה לקחת שטר לזה הביא ראיה דלא מצי אמר הכי ומשום דיש קול למכירה וגוף הסברא דחייב לשלם לא הוצרך ראיה דפשיטא דחייב דהוי מזיק שעבודו וכמ"ש ובזה נתיישב תמיהת הש"ך על ראית בעה"ת ע"ש בסי' ס"ו:

סעיף יא

אם יש להם נכסים עש"ך ועמ"ש בסימן ס"ו ס"ק כ"א וא"כ ה"נ בעינן דוקא מנכסים שהניח להם אביהם:

סעיף יב

אם אין תנאי. ז"ל הרא"ש בתשובה אם תנאי זה מפורש בשטר שלא יוכל לכופו אלא כשירצה אינו משועבד לראובן יותר מלשמעון אחיו כי שמעון אחיו היה יכול ליתן מטלטליו למי שירצה וכ"ש שיכול ליתן מעות הלואה שבידו למי שירצה בתורת מתנה לגמרי או בתורת הלואה ולא לנוגשו אבל אם אין תנאי זה מפורש בשטר וכו' ואף ע"ג

דא"י להרויח שמעון הזמן ללוי היינו אם כבר נשתעבד אבל זה בתחלתו לא נשתעבד ואינו אלא כנותן לו מתנה וכי יהיב ליה כל מטלטלין לא משתעבד ממקבל מתנה ועיין ש"ך סק"י גבי שואל חפץ דאם שעבד שמעון לראובן מטלטלין אג"ק יכול להוציא משואל קודם הזמן מדינא דש"ס וגבי הלואה א"י להוציא קודם הזמן ולפי שמטבע אין לו סי' ול"ש ביה שעבוד מטלטלי אג"ק וע"ש ואכתי משכחת לה מדינא דש"ס בשעבוד דאקני וגם אג"ק דאז אפי' באו לו אח"כ משתעבד. ונראה דכיון דהלוה שקיבל מעות הלואה כבר הוציא את מעותיו והחליפו וקנה בעדו סחורה וכיוצא ה"ל דין מכר קרקע המשועבדת דדעת הרא"ש דפטור עיין בטור סימן ק"ז ועיין מ"ש בסי' הנ"ל ס"ק ז' אכל היכא דהמטבע שהלוה הוא בעין ויש לו שעבוד דאקני ומטלטלי אג"ק גובה מדינא דש"ס אפי' קודם הזמן:

סימן פז

סעיף א

מודה במקצת ראובן תבע לשמעון שתי פרות שאולות מסרתי לך ושמעון מודה אחת שאולה ועל א' אומר שהיא שכורה ואח"כ מתו שניהן באונסין ונסתפקתי אם הוי דין מודה במקצת בזה או נימא כיון דבשעת תביעה לא הוי כפירת ממון כיון שהיו שתיהן קיימות ואח"כ כשמתו הוא דנעש' הודאה וכפירה וא"כ כבר יצאה בפטור וכמ"ש הר"ן בפרק שבועות הדיינין דכל מודה במקצת בעי' שיהיה דוקא בשעה שיוצאה מפיו ומש"ה אם קדמה הודאה לתביעה ל"ה מודה במקצת אף שחזר ותבעו כיון שיצאה כבר בפטור והובא דברי הר"ן אצלינו בסי' ע"ה סק"ב אמנם בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ה) אמר רבא הרי אמרו גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר הרי שלך לפניך נשבע עליו מהו מי אמרינן כיון דאלו מיגנב בעי שלומי ממונא כפר א"ד השמא מיהא מונח ועפרא בעלמא ולא כפר ממונא כו' פשיטא ליה לרבה דאמר רבה שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מה טיבו אצלך ש"ח אני עליו חייב שהרי פטר נפשי' מגניבה ואבידה וכו' אלמא אע"ג דהא קאי כיון דאי מיגנב ממונא קא כפר ליה ה"נ דאע"ג דעפרא בעלמא הוא כיון דאי מיגנב בעי שלומי הוי ממונא וכ"פ הרמב"ם בפ"ח משבועות וכיון דמבואר בפ' שבועת הדיינין דשבועת העדות ושבועת הדיינין ושבועת הפקדון בכולהו בעינן כפירת ממון וכיון דהוי כפירת ממון לענין שבועת הפקדון ה"נ לענין שבועת הדיינין ומיהו כ"ז שהפרות קיימות א"כ שבועה מידי דהוי בזה אומר עשרה ימים עד הזמן וזה אומר ה' ימים דאומרים למלוה המתן עד הזמן ואח"כ ישבע ואפי' מודה במקצת ע"ש בט"ז בסי' ע"ג ה"נ כ"ז שלא

מתו באונסין לא הגיע זמנו אבל כשמתו באונסין חייב שבוע' והוי כתובע לחבירו חייב אתה לי כשיתקיים תנאי פ' והלוה מודה בנ' כשיתקיים תנאי פ' דהוי הודא' וכפירה והשבועה כשיתקיים התנאי דהוי זמנו אמנם לפמ"ש בש"ע בסי' שמ"א סעיף ד' דנכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיעה אפשר לחלק דגנב ודאי משתעבד משעת גניבה והוי תיכף חייב עליו כשיאנס והוי כפירת ממון תיכף אבל נכסי שומר לא אשתעבד אלא משעת פשיעה וא"כ השתא ליכא שום חיוב ושעבוד ועיין פרק השואל דף ל"ח גבי שתי פרות מסרתי לך ועמ"ש בסק"ד:

סעיף ב

מוכן בידו. וכ' הש"ך דהיינו דוקא במלוה אבל בפקדון אפי' איתי' בביתי' של נפקד ה"ל הילך דכל היכי דאיתי' ברשותא דמארי' איתי' וע"ש:) (ואם א' תובע לחבירו מכרת או נתת לי מאוצר זה שני סאים חטין וזה אומר סאה א' הוי מודה במקצת ואע"ג דה"ל כמו פקדון כיון דקנה מאוצר זה מ"מ כיון דאינו מסויים ל"ה הילך ולמדנו אותו מדברי נ"י פה"ש גבי מחליף פרה בחמור וז"ל וכגון שטענו עבד גדול בכסותו וא"ל מוכר חד עבד וחד כסות ידענא אבל א"י אם גדול או קטן כו' הא דמוקי לה בגמרא בדלייפי כו' ומ"מ לאו הילך הוא כיון שאין הבגד שתובע לו מסויים אלא יתן לו ג' אמות מהבגד ממקום שירצה א"כ הרי הוא מחויב שבועה על הבגד ע"ש וא"כ ה"נ כיון דאין הפקדון מסויים דיכול ליתן איזה שירצה מתוך האוצר ולא הוי הילך אלא בפקדון המסויים אלא דאיכא למידק בהא דאמרי' רפ"ק דמציעא ותנא תונא לאידך דר' חייא כו' ע"ש והתם אין הודאה כבר מסויים דהא אמרי' מאי חזית דפלגת הכא פלוג הכא וא"כ אמאי ה"ל הילך ואפשר לחלק דהתם כיון דאין הבחירה ביד המוד' ליתן לו איזה חלק שירצ' אלא הב"ד הוא דחולקין ה"ל הילך אבל היכי דמודה אית ליה הבחיר' ליתן לו איזו שירצ' לא הוי הילך:

סעיף ג

משכון לא חשיב הילך. ז"ל הריטב"א ריש מציעא אי יהיב ליה משכון על מקצת לאו הילך הוא ואפי' אם ירצ' ליתן המשכון בפרעון גמור דלאו כל כמיניה למיפרעי' ע"כ אלא בזוזי ואפי' אם תמצא לומר דאי לית ליה זוזי יוכל למיפרעי' ע"כ בדבר אחר מ"מ כיון דמחוסר שומא לאו הילך הוא ע"ש. ומזה נרא' דאפי' הי' שלשה תנאים במשכון שנתן אותו בפרעון גמור ודמיו קצובין וידוע דלית ליה זוזי מ"מ לאו הילך הוא דהא משמע מלשון ריטב"א דאינו אלא את"ל דאי לית ליה זוזי יכול למיפרע בע"כ אבל לפי מה דקיימא לן דאפי' לית ליה זוזי אינו יכול למיפרע בע"כ בדבר אחר ויכול המלו' לומר אמתין עד שיהי' לך מעות א"כ לא הוי פרעון ואע"ג דהשתא אינו חייב בפרעון בזוזי

כיון דלית ליה לא גרע מהוד' בחמשין שחייב לפרוע אחר עשרה ימים וכמ"ש בט"ז סי' ע"ג ע"ש ומדברי הש"ך משמע דבכה"ג ה"ל הילך ול"נ מדברי הריטב"א דלדידן דא"י למיפרעי' בדבר אחר בע"כ לעולם לא הוי הילך ועיין בנ"י ריש מציעא ובר"ן פ' שבועת הדיינים מ"ש הר"ר יהוסף הלוי בטעמא דמשכון לאו הילך וע"ש בסי' ע"ב סק"ב:

סעיף ד

דמשכון חשיב הילך. עש"ך סק"ה שהעל' דמשכון לא חשיב הילך ואפי' בשעת הלוא' ואע"ג דבכת"י בנאמנות כיון שא"י לכפור ה"ל הילך וכהרמב"ם וסייעתו היינו משום דא"י לכפור במעות עצמו שתובעו כו' ועוד דאם יאבד המשכון באונס יגבה מעותיו על פי הודאתו ועוד דאף אם יגבה מהמשכון מ"מ צריך לישבע בנק"ח ע"ש ומ"ש הש"ך דמהני הודאתו משום שלא יצטרך שבוע' לא משמע הכי ממ"ש הפוסקים לדעת הרמב"ם דשטר הוי הילך משום דאינו יכול לכפור וכ"כ הש"ך דשטר הוי א"י לכפור והוי הילך אפי' אין לו קרקע ואע"ג דשטר צריך שבוע' ואין לחלק דשטר צ"ל השבע דסוף סוף שבוע' מיהא צריך ומ"ש הש"ך דחשיב מודה דאם יגנב או יאבד ישלם מעותיו קצת ראי' למ"ש בסק"א:

סעיף ה

והוא בענין שא"י לכפור. כת' בדק הבית וז"ל ויש גמגום בזה לפי מה שפסקתי כדברי האומרים דלא מיקרי הילך אלא לשנותנו בב"ד מיד אבל אם אומר לו הרי הוא בביתי ואתננו לך אין זה הילך מכ"ש דבנדון זה לא ה"ל הילך אבל מטעם אחד יש לקיים דין זה דלא מיקרי מודה במקצת אלא כשמוד' בדבר שיכול לכפור אבל בדבר שא"י לכפור לא מיקרי מודה וכמ"ש הרי"ף פ"ק דמציעא והרמב"ם פ"ז מטוען והסוגיא דרפ"ק דמציעא דף ד' א"א לפרשה דהא שם אמרינן הא שתים פטור והאי שטר דקא מודי בי' הילך הוא וש"מ הילך פטור ולפמ"ש בדק הבית אין הטעם משום הילך אלא משום דלא מיקרי מודה וא"כ מאי ענין הילך להא דשתים פטור. ונרא' דשיטת הב"י דהילך לא הוי אלא כשנותנו בב"ד היינו דפטור משום דמוד' במקצת לא הוי אלא היכא דהוא נתחייב ע"פ הודאתו וכדכתיב אשר יאמר כי הוא זה וכדכתב רש"י פרק האומר דף ס"ה הודאת בעל דין כמאה עדים כדכתיב כי הוא זה הרי שסמך תורה על מקצת הודאתו ע"ש אבל אם אינו מודה אלא שנותן לו מתנה בב"ד בחמשים ודאי אין זה מודה במקצת ומש"ה הילך פטור כיון שנותנו בב"ד א"צ להודאתו דהא נותנו לו ואין זה הודא' לחייבו שבוע' אלא היכא שצריך להודא' שלו וזה היא מכוון בלישנא דש"ס רפ"ק דמציעא בטעמא דהילך פטור דכיון דאמר ליה הילך הני זוזי דקא מודה בגווייהו כמאן דנקיט להו מלוה דמי

ע"ש. והיינו דכיון דנקט להו מלוה א"צ להודאתו ומש"ה פטור ומ"ד הילך חייב ע"כ ס"ל דאע"ג דא"צ להודאתו דהא נותן לו בב"ד וקני לה במשיכ' ואפ"ה כל שמודה חייב וא"כ ממילא במודה בדבר שא"י לכפור נמי חייב. ולזה הוא דקמסיים שתים פטור ש"מ הילך פטור דהיינו דא"צ להודאתו דבלא"ה יש לו שטר זה נרא' לענ"ד ליישב סוגית הש"ס אליבי' דב"י. אך אכתי תיקשי לפי דברי הב"י דלאו הילך הוא אלא דלא חשיב מודה כיון דא"י לכפור א"צ להודאתו א"כ דל הודאתו מהכא ויתחייב ע"פ העדאת עדים מדר' חייא ונרא' דכיון דהודאת פיו אינו מחייבו בדבר שא"י לכפור אזי ממילא גם העדאת עדים מדר"ח אין לחייב דאינו אלא משום דלא תהא הודאת פיו גדול' מהעדאת עדים מק"ו וכל דפיו אינו מחייבו בדבר שחיובו ברור גם העדאת עדים אינו מחייבו בדבר שחיובו ברור והא דהודאת עדים מחייבו היינו כמ"ש הריטב"א פ"ק דמציעא גבי תני ר"ח דהיינו באומר להד"מ ועדים מעידים שלוה חמשים דא"ז חיוב ברור דאפשר פרע ודו"ק. אבל לפ"ז הדרא קושית הכ"מ לדוכתיה מה שהקש' בפ"ב מהל' עדות במ"ש הרמב"ם במלו' שיש לו על לוה שני שטרות אחד גדול וא' קטן וכפר הלו' בשניהם וכת א' מאלו חתומה בשטר זה וכת א' בשטר זה לא ישלם אלא מנה וישבע על השאר בנק"ח והקש' בכ"מ הא אינו יכול לכפור וע"ש שהניח בצ"ע ובש"ך בסי' ל"א כתב דלק"מ דדוקא במודה פטור ומשום דה"נ הילך משא"כ כשאינו מודה ע"ש וזה יתכן לשיטת ש"ך בסי' פ"ח בטעמא דרמב"ם דמודה בדבר שא"י לכפור דה"ל הילך וע"ש דמשמע דמדין הילך גמור אתי עלה וא"כ בכופר ל"ש הילך אבל לפי שיטת הב"י דלא הוי מדין הילך דכיון דבעי שיתננו בב"ד ואינו אלא משום דלא הוי הודאה וע"כ דגם העדאת עדים ליתי' גביה דא"כ דל הודאתו מהכא ע"כ כמ"ש דהיכא דאית חיוב ברור גם העדאת עדים ליכא וכמ"ש וא"כ אפי' כופר נמי פטור והכ"מ שפיר קא קשיא לי' וע"ש דכתב דלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים אבל לא אמרו שתהא העדאת עדים גדול' וזה כמ"ש ודוק:

סעיף ו

שנתחלף לו. כ' בטור על דברי הרמב"ם וז"ל ואפשר שהוא סובר דמשכון לא חשיב הילך ע"ש ולשון ואפשר אינו מובן דהא הרמב"ם כתב בהדיא פ"ד מטוען דמשכון לא חשיב הילך וכ' הב"ח דמדברי הרמב"ם אין הכרע אלא במשכון דלא נקט לגוביינא אבל זה דנקט לגוביינא אינו מבואר מדבריו דלא יהא הילך לכך כת' בלשון ואפשר ע"ש ולפי דבריו צ"ל דהכלי שנותן לו עתה אין דמיו קצובין דאם הי' דמיו קצובין ונקיט לגוביינא אין זה נקרא משכון אלא פרעון גמור ואפי' לפמ"ש בס"ק ג' דאפי' נותן בפרעון גמור לא ה"ל הילך היינו בבע"ח דדינו בזוזי אבל שומרין דהוא מכ"ד נזקין אפי' אית לי' זוזי

דינו במיטב ומטלטלי כל מילי מיטב ועיין בסי' תי"ט ול"נ בלשון ואפשר משום דמלשון הרמב"ם פ"ד מטוען אין הכרע אלא במשכון בשעת הלואתו דאין זה משכון כלל דלא קני לה מדר"י אבל כאן דהוי שלא בשעת הלוא' וכל שלא בשעת הלואה אפי' נותן הלוה מדעתו קונה מדר"י וכמ"ש בסי' ע"ב סק"ב ומש"ה כ' דאפשר סובר הרמב"ם דמשכון היינו משכון הקנוי מדר"י ל"ה הילך ובסמ"ע סי' ע"ב דעתו לחלק דבשעת הלוא' יותר מיקרי משכון הילך ולענ"ד דיותר ראוי משכון שלא בשעת הלואה להיות הילך ומשום דקני לה ובש"ך סק"ה העלה דמשכון שלא בשעת הלואה על פי ב"ד דקונה מדר"י ודאי הוי הילך ע"ש אבל מדברי הרמב"ם כאן דמיירי שלא בשעת הלואה ואפ"ה לא ה"ל הילך וכבר כתבנו בסימן ע"ב סק"ב דעפ"י ב"ד ומדע' הלוה שוין ובשניהם כל שלא בשעת הלואה קונה ע"ש:

סעיף ז

המתחייב במקצת עיין ש"ך שהביא דברי הר"ן פרק שבועת הדיינים שכת' דאם אומר נ' לית לך גבאי ונ' איני יודע אם פרעתיך מודה במקצת הוא אע"פ שלא הודה כלום בבירור מ"מ מתוך תשובתו חייב במקצת וכן אם תובעו נ' דהלוא' ונ' דחבלה ונשבע כבר על חבלתו ונתבע כופר בכל חייב ש"ד על נ' דהלואה כיון דכבר נשבע אנן סהדי דנ' אית לי' גבי' וה"ל כעדים מעידים אותו שיש לו חמשים אבל לא נשבע לא אפי' ירצה לישבע עכשיו כדין נחבל כ"כ הר"ן שם וכו' ונלמד מזה דכל היכא שנתחייב נ' על שבועתו של תובע שנשבע כבר חייב ש"ד על השאר ע"ש בש"ך והמעיין בר"ן יראה דאפי' רוצה לישבע עכשיו או שנשבע לאחר כמה ימים נמי מתחייב ש"ד אלא דכל זמן שלא נשבע ואמרינן מי יימר דמשתבע ויתחייב הנתבע בנ' א"צ שבוע' מודה במקצת אבל כל שנשבע התובע אפי' לאחר כך הרי זה נשבע ש"ד וז"ל הר"ן שם אע"פ שבשעת תביעתו לא היה כאן עדים במקצת וחזינן לעיל שכל שיצאה הודאה מפי הנתבע בפטור אע"ג שאח"כ בא לה צד חיוב אינו מתחייב עליה נראה שאין למידין כו' אבל בדר"ח קמייתא על העדאת עדים אתה מחייבו ומה יעשה זה שבתחלה לא היה לו עדים ואח"כ באו עדים ונחבל נמי כשנשבע הרי אנו עדים עכ"ל ומבואר מזה דאפי' נשבע עכשיו נמי דינא הכי ולפ"ז א"צ לדוחק שכ' בש"ך לפי שטתו דנשבע כבר דמיירי שכופר שלא חבלו ומודה שנשבע ע"ש ולפמ"ש מיירי שנשבע עתה לפנינו וז"ב ועמ"ש בסי' ע"ה סק"ב:

סעיף ח

והעיקר כסברא הראשונה. כתב בתרומת הדשן סי' של"ד דע"א מסייע פוטר משבועה אפי' במקצת ושבועת שומרין וע"א מכחישו והובא בש"ך והשיגו וז"ל וכל דבריו לא

נתחוורו אצלי אלא נראה דאוקי חד להדי חד וסלק עדותן כמאן דליתי' וחייב ש"ש או מודה במקצת ועוד נראה דגם בשתי כתי עדים המכחישים זא"ז אמרי' סלק עדותן דתרווייהו כמאן דליתי' ואי הוי חייב ש"ד בלא עדותן כגון שבועת שומרין או מבמ"ק או היסת השתא נמי משתבע הך שבועה והיכא דנתחייב תחלה ש"ד משום ע"א לחוד אפי' בא עד המסייע אחר שפסקו הב"ד ש"ד נראה דמ"מ עד המסייע פוטרו וכן לדידן דקיי"ל דעד המסייע פוטר משום ק"ו א"כ עד המסייע נמי נאמן מדאורייתא וה"ל כתרי לגבי תרי אלא בכל ענין אוקי סהדי להדי סהדי וסלק עדותן דתרווייהו כמאן דליתי' ונראה דה"ה איפכא וע"ש. והנה מ"ש הש"ך דהיכא דאתי ע"א לחייב ש"ד ואח"כ בא עד השני לסייעו אע"ג דכבר נעשה מעשה ופסקו הב"ד שבועה לא אמרינן בזה כל מקום שהאמינה תורה כיון דגם השני הוא כתרי אבל בסברא זו כבר נפל מחלוקת בראשונים והוא בחתיכה ספק חלב ספק שומן דע"א נאמן בי' לומר ודאי חלב או ודאי שומן היכא דבא ע"א מתחלה ואומר שהוא חלב ואח"כ בא עד שני ואומר שומן או איפכא אי אמרי' ביה כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים ותו אין השני נאמן ועיין בנימוקי יוסף פ' האשה רבה ובש"ך בי"ד סי' קכ"ז שם הכריע דגם בזה כל מקום שהאמינה התורה ע"א הרי הוא כשנים ואע"ג דגם השני נאמן מה"ת בחתיכה ס' חלב ס' שומן ע"ש והוא סותר משנתו כאן למה ששנה לנו בי"ד ע"ש. וכ"נ מדברי מוהר"מ רוטנברג שהבי' האשר"י פ"ק דמציעא בראיה דע"א מסייע פוטר משבועה מהא דילפינן העדאת עדים לחייב שבועה מק"ו מפיו וע"א ואי אית' דאינו פוטר הוי מצי למיפרך מה לפיו וע"א שאין כיוצא בהן פוטרין משבועה משא"כ בהעדאת עדים דכיוצא נמי פוטר ע"ש וא"נ דהפירכא יהי' מה לפיו וע"א שאין כיוצא בהן פוטרין משבועה כי אתי בבת אחת א"כ אפי' עד המסייע אינו פוטר הכחשה מיהא איכא וע"א בהכחשה לאו כלום הוא אפי' היכא דע"א נאמן כגון גבי סוטה ובע"א במיתה ע"כ צ"ל דהפירכא הוא שאין כיוצא פוטר כי אתי בזה אחר זה א"כ מוכח דכי אמרינן עד המסייע פוטר אפי' בזה אחר זה פוטר וע"כ צ"ל דהיכא דעד השני נמי נאמן מן התורה לא אמרי' כל מקום שהאמינה תורה כו' ודוקא גבי טומא' וסוטה דאינו נאמן רק הראשון אבל לא השני וכמ"ש הש"ך כאן ודלא כמ"ש בי"ד סי' קכ"ז ואחי החכם השלם מוהר"ר יהודה כהן כ' בזה דאפי' נימא בחתיכה ס' חלב ס' שומן כל מקום שהאמינה תורה כו' ואין השני נאמן היינו משום דהתורה לא האמינה אלא בחתיכה ס' חלב ס' שומן אבל כי אתא ע"א תחלה ואמר חלב ונעשה ודאי חלב ולוקין האוכלה וכמ"ש הרמב"ם בפ"ו משגגו' תו אין השני נאמן לומר על חזקת ודאי חלב שהוא שומן אבל כאן גבי ע"א כי אתי לשבועה אתי ולא לממון וא"כ

סוף סוף אינו אלא חיוב שבועה וכל שאינו אלא שבועה עד המסייע פוטרו דעד המסייע הוי כנשבע ואי משכחת פטרו בשנים שלא יחייבו אותו כי אם שבועה נמי ע"א פוטרו ודבריו ברורים ועמ"ש בש"ש ש"ז פי"ב בזה באורך והיכא דאי' תרי ותרי והוה חייב ש"ד שדעת הש"ך דאמרינן סלק הוא תמוה לכאורה דודאי בתרי ותרי לא אמרינן סלק והש"ך כתב בסימן ע"א דהיכא דתרי מעידים על השטר שפרוע ושנים אומרים לא פרע דהשטר פרוע מספק וע"ש ואי אמרינן סלק והוי כמאן דליתנהו א"כ היה חייב לשלם את השטר ע"כ צ"ל דבתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי וא"כ המוחזק פטור משבועה דהא בתרי ותרי מהני אפי' תפיסה בממון ומכ"ש לענין שבועה שוב ראיתי בתומים שתמה ג"כ על הש"ך בזה במ"ש דבתרי ותרי סלק עדותן ומשתבע הך שבועה דהוי משתבע בלא העדאת עדים הללו ואחי החכם השלם מוהר"ר יהודה כהן האריך בענין זה והעלה כדברי הש"ך דהיכא דהי' חייב ש"ד מש"ש או מודה במקצת דגם בשתי כתי עדים המכחישין זה את זה חייב לישבע ש"ד ואע"ג דלענין ממון ודאי לא מפקינן מן התופס בספיק' דתרי ותרי אבל משבועה לא פטרי וטעמא משום דגבי ממון היכא דתרי אומרים שלוה ותרי אומרים לא לוה דספיקא הוי בעיקר הממון ודאי לא מפקינן מספיקא דמאי חזית דסמכת אהאי סמוך אהאי אבל היכא דהיה חייב ש"ד משום ש"ש או מודה במקצת ותרי אומרים שהוא ודאי חייב בממון ותרי אומרים שהוא ודאי פטור בממון א"כ כיון דלא נפיק מספיקא הרי הוא נשאר בחיובו שהוטל עליו והוא השבועה דהספק הוא בממון ונשאר בחיובו על השבועה דאע"ג דספק שבועה נמי לקולא היינו אם הספק הוא בשבועה לחוד אם חייב שבועה א"כ מספיקא לא בעי שבועה אבל הכא גבי תרי ותרי הספק הוא בממון ולא בשבועה ומש"ה אע"ג דתרי אומרים שהוא ודאי פטור מממון תרי נמי אומרים שהוא ודאי חייב בממון ונשאר בספיקא לענין שבועה ודקאי קאי וחייב ש"ד דמקודם ביאת העדים וראיה גדולה לזה מהא דתנן בהמחליף פרה בחמור זה אומר גדול וזה אומר קטן ישבע ע"ש פ' השואל דף ק' והתם הוי דררא דממונא וכמ"ש תוס' שם בהא דפריך וליחזי ברשותא דמאן קיימא ע"ש דמש"ה מהני תפיסה דהוי ספק דררא דממונא ואפ"ה בעי אשתבע היכא דהוא מודה במקצת כדתנן ישבע ולא אמרינן כיון דמהני ספיקא של דררא דממונא שלא להוציא מיד המוחזק והתופס כן נמי לא ישבע מספק ע"כ כיון דאין הספק לענין השבועה אלא לענין הממון א"כ לשבועה בחיוב קאי וא"כ ה"ה בספיקא דתרי ותרי דלא עדיף מס' דררא דממונא ומהני תפיסה לענין הממון אפ"ה במודה במקצת או ש"ש שבועה בעי כמו בספק דררא דממונא דמהני תפיסה לספיקו ושבועה בעי אבל בע"א נגד ע"א בנידון דהת"ה שפיר קאמר הת"ה דראוי שיפטור ולא אמרינן סלק עד נגד עד וישאר

עליו השבועה שהי' נשבע בלתי עדותן כיון דהתם אינו נופל הספק על ממון שהרי אפי' עד המחייב אינו מחייבו אלא שבועה וכיון דשני מכחישו והוי ספק דינו כספק בשבועה דקי"ל קולא לנתבע אלא שיש לשדות נרגא על הת"ה ז"ל מצד אחר והוא שהרי קי"ל דעד אחד בהכחשה לאו כלום וא"כ אין עד המסייע פוטרו כל שיש אחד המכחישו דנהי דיהבה תורה נאמנות לע"א לפוטרו משבועה היינו דוקא היכא דאין אחד מכחישו כמו בכל מקום שע"א מהימן דאם אחד מכחישו אין בסהדותי' כלום ודבריו כראי מוצקי':

סעיף ט

וכן ראוי להורות. כתב הש"ך מיהו היכא דהוי משואיל"מ אין עד מסייע פוטרו ע"ש ומקור הדין הוא מהרא"ש פ"ק דמציעא ז"ל ויש מקשי' הבל אהא דאמר לקמן שומר שמסר לשומר חייב דא"ל את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן ואמאי חייב יפטרנו שומר השני משבועתו שהוא חייב ולא קשה מידי דחיובי' דראשון בשביל שאינו יכול לישבע והוא אינו רוצה להאמין לשבועת השני ונתחייב לו ראשון ממון ואין ע"א פוטר ממון עכ"ל ומזה דן הש"ך דאין עד מסייע פוטר היכא דהוא משאיל"מ ולענ"ד נראה דזה לא הוי ממון דהא היכא דטען אינו יודע וע"א מעיד דצריך לשלם משום משאיל"מ ל"א היכי קם ע"א לממון וכן בחשוד דצריך לשלם עפ"י העד ע"כ צ"ל דע"א כי אתי לשבועה קאתי אלא דהוא ממילא חייב משום דא"י לישבע וא"כ ה"ה להיפך כי אתי עד מסייע לפוטרו משבועה וכי נפטר משבועה ממילא תו ליכא חיוב ממון עלי' ועוד דהא עד מסייע יליף לה מוהר"מ בק"ו אם זוקק את המוחזק לחייב שבועה אינו דין שיפטר את המוחזק משבועה הובא באשר"י וזה נמי מצינן למילף מהאי ק"ו אם זוקק את המוחזק לחייבו ממון בדין משאיל"מ אינו דין שיפטור אותו מדין משאיל"מ. ולכן נראה לענ"ד דכי היכא דעד מחייבו מדין מתוך ה"נ יכול לפוטרו מדין מתוך וכדמשמע מדברי הב"י סי' כ"ח הובא אצלינו שם סק"ה ע"ש: ומשום דחיובו לא הי' אלא משום שאינו יכול לישבע וכי אתי עד המסייע הרי הוא כנשבע אלא חיובא דשומר שמסר לשומר מלבד שאינו יכול לישבע ומתוך שאיל"מ עוד נוסף עליו חיוב ממון משום דהוי לי' איני יודע אם פרעתיך וכמ"ש בנימוקי יוסף בה"ש דלמ"ד נכסי שומר משעת משיכה אשתעבד ה"ל איני יודע אם פרעתיך וכן הכריע בש"ך סי' רצ"א ע"ש שהארכנו בזה שם בראיות מוכרחות דאפי' מאן דלית ליה משאיל"מ נמי סובר שומר שמסר לשומר חייב דהא רב ושמואל לית להו דין מתוך כמבואר בפ' כל הנשבעין ואפ"ה אשכחן דרב גופי' סובר בפ' המפקיד דשומר שמסר לשומר חייב אלא משום דאף מאן דל"ל משאיל"מ חייב בשומר שמסר לשומר משום דה"ל א"י אם פרעתיך ואפי' למ"ד נכסי שומר משעת פשיע'

אשתעבד אפ"ה ה"ל א"י אם פרעתיך וכדמוכח מדברי נימוקי פ' הגוזל וז"ל שואל חמור לרכוב עלי' שלוחו ומתה בדרך וא"י אם מתה מחמת מלאכה פטור דשומר לא נתחייב אלא מעידן פשיע' והוי א"י אם נתחייבתי אבל אם שאל לרכוב עליו הוא ונתנו לשלוחו כיון דאין השואל רשאי להשאיל הוי פשיע' ונתחייב תיכף והוי א"י אם פרעתיך עכ"ל ע"ש הרי מבואר דשומר שמסר לשומר ודאי ה"ל א"י אם פרעתיך כיון דאינו רשאי בכך הוי לי' פשיע' לענין זה והוי א"י אם פרעתיך והדברים בביאור בסי' רצ"א עמ"ש שם וא"כ לכ"ע חייב שומר שמסר לשומר אפי' מאן דלית לי' מתוך ובזה ודאי אין ע"א פוטרו דהא ודאי האומר איני יודע אם פרעתיך דנתחייב לשלם והביא עד מסייע שפרע אין ע"א פוטרו ודוקא היכא דחיובו משום שאינו יכול לישבע א"כ ע"א קם לשבוע' והוי כנשבע אבל בחיוב שנתחייב משום שאינו יודע אם פרעו בזה ודאי אין ע"א קם דהא לממון הוא ממש כיון דאין החיוב משום לתא דשבוע' כלל: ובזה שפיר כתב אשר"י דאין ע"א קם לממון אבל היכא דחיובו משום לתא דשבוע' וא"י לישבע א"כ כי היכא דע"א מביאו לידי מתוך ה"נ ע"א פוטרו מדין מתוך והוא נכון ומה שהביא בש"ך ראי' מדברי תשובת הרשב"א עיין מ"ל פ"ה מהל' שכירות דהרשב"א סובר דל"מ עד ע"פ ספק ע"ש ומסתימת דברי הטור וש"ע דלא הביאו הך דינא דאין עד מסייע פוטר מדין מתוך משמע דלא ס"ל א"ו פוטר ודברי אשר"י כבר כתבנו דהוא מדין א"י אם פרעתיך מיהו בנסכא דר"א היכא דיש לו עד מסייע דדידי' חטף יש להסתפק דאפשר כיון דהעד שמעיד שחטף ה"ל כשנים וא"כ תו לא מצי אמר דידי' חטף וממון גמור חייב הוא לשלם א"כ אין ע"א קם לממון אמנם בשטה מקובצת פ"ק כתב להדיא דגם בדין נסכא דר"א עד המסייע פוטר אם מעיד דשלו חטף ע"ש וא"כ מכ"ש היכא דהוא חשוד או שטוען א"י דעד מסייע פוטר כיון דאינו אלא משום לתא דשבוע' וז"ב:

סעיף י

נוטל בלא שבועה. נסתפקתי בזוקקין נכסים שאין להם אחריות את הנכסים שיש להם אחריות לישבע ובא עד המסייע על הקרקעות מי מהני לאפטורי מן גילגול שבועה כיון דאין ע"א קם לשבועה בקרקעות וכדאי' פ' הכותב א"כ תו ליכא ק"ו של מוהר"מ אם זוקק את המוחזק לישבע כיון דבקרקע אינו זוקק אע"ג דגם ע"א זוקק בקרקע ע"י גילגול היינו משום דמעיד על המטלטלין והם זוקקין את הקרקע אבל הכא שאינו מעיד כי אם על הקרקע אפשר דאינו קם לקרקע רע"א בקרקע לא מהימן:

סעיף יא

והפכה על שכנגדו והא דיכול להפכה כיון שיש לו ע"א כתב הסמ"ע דמיירי שאחר שהיפך נודע שיש לו עד המסייע ולא מצי אמר אדעתא דהכי לא הפכתי כו' ובש"ך השיג דכל שלא נשבע יכול לחזור ודוחק לומר דשאני הכא כיון שיש לו עד מסייע דמה בכך לענין חזר' ע"ש. אמנם נרא' כיון שיש לו עד מסייע ה"ל כמו גמר דין וכמ"ש הרמב"ם בחידושיו פ' י"נ וז"ל ואין דבריו של ר"ת ז"ל נוחין בזה דכיון שהוא אומר הריני משלם הרי הוא כגמ"ד ומ"ש מנאמן עלי אבא וגמרו דינו וא"ל שלם ואפי' למי שגורס כאן ונשבע י"ל מפני שמחוסר שבועה ושמא לא ישבע ע"ש וא"כ היכא שיש לו עד המסייע דתו אינו מחוסר שבוע' ה"ל כמו גמ"ד גם בש"ך סי' כ"ב הסכים לדברי הרמב"ן ועיין בתשובת מוהר"מ מרוטנבורג סי' תי"ח דכל דבר שאין אחרי' כלום היינו גמ"ד אלא דמ"ש הסמ"ע דלא מצי אמר אדעתא דהכי לא הפכתי משום דנאמר לו כיון דלא הי' דעתך לישבע אפי' היסת לא הבינותי דהא דלא הי' רוצה לישבע אפי' היסת היינו משום דסמך על שבועת התובע ולכן נרא' כיון דסמך עצמו על שבועת התובע והימני' בשבועתו ואם הי' נשבע ע"כ הי' צריך לשלם השתא כי אתי עד המסייע ה"ל כנשבע:

סעיף יב

ואין יורדין לנכסיו. כ' בפסקי מוהר"ם רקנטי סי' רמ"ט וז"ל מחויב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והתובע תפס משלו מספקא לי וצ"ע. ולי יראה בזה כיון שאין הב"ד יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע גם הוא אין לו כח למיעבד דינא לנפשי' בנכסיו וצריך להחזיר ואם אינו רוצה לישבע אין לו רק נידוי מפי ב"ד והא דאמרי' במלוה בשטר אם אין המלוה רוצ' לישבע דאין הלוה צריך לפרוע ומעכב נכסיו אע"ג דאינו אלא שבועה דדבריהם התם התקנ' כן הי' שלא יטול המלוה כי אם בשבוע' אבל גבי שבועת היסת והמלו' תופס צריך להחזיר וכמ"ש עוד כתב מוהר"ם בחשוד שאי"ל היסת אם התובע תפס דרפיא בידי' ע"ש וכבר הכריע ש"ך דאין תפיסתו כלום בחשוד ע"ש. וכן נראה מהא דקי"ל הי' המלוה חשוד נוטל בלא שבוע' ואע"ג דהלוה מוחזק ותפוס:

סעיף יג

אם קדם ותפס כ"כ הרי"ף בהא דאמרינן בפ' הכותב אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד דנ"מ לענין קדמה ותפס' דשבועת המשנ' אם לא רצתה לישבע לא מפקינן ובשבוע' דאורייתא נחתינן לנכסי'. וראיתי בס' פני יהושע שהקש' דא"כ כל הטורח הזה לפרוע לה כתובת' באפי סהדי תיפוק לי' כיון דכבר תפס' מטלטלין הרי יכול לתובע' עפ"י העד שתחזור את המטלטלין או הפרעון הראשון דתו אינו שבועת הנוטלין אלא נשבעין

ולא משלמין וע"ש שהניח בצ"ע. ונעל"ד דכיון דאינו תופס את המטלטלין אלא למשכון עדיין אין הכתוב' כפרוע וה"ל עדיין שעבוד קרקעות ואין נשבעין ואע"ג דהבעל תובע מן האשה את המטלטלין שתחזור ויש לו ע"א לזה שכפר פרע את הכתוב' וא"כ היא צריכ' להחזיר את המטלטלין אינו נאמן בכך להשביע ש"ד כיון דההיא אומרת שהכתוב' עדיין לא נפרעת ובא להעיד על כפירת שעבוד קרקעות דכי היכא דשטר הוי שעבוד קרקעות אע"ג דאית בי' נמי שעבוד מטלטלין אפ"ה הוי עיקרו קרקע ה"ה בתופס למשכון מטלטלין השטר בתוקפו והוי עיקרו קרקע ואין ע"א קם לקרקע ואין ה"נ אם רוצ' מסלק לה בפרעון בגוף המטלטלין ונתבטל השטר דמה לי אם נותן מטלטלין אלו לפרעון או מטלטלין אחרים אבל כ"ז שאינו מסלק' ואינו אלא למשכון הוי עדיין שעבוד קרקעות ונהי דנשבע ונוטל תו לא הוי דהוא תובע' להחזיר את המטלטלין אבל מידי שעבוד קרקעות לא נפקא כיון דמעיד על הכתוב' שהיא שעבוד קרקעות שנפרע' ודו"ק) (וראי' ברורה לזה מהא דאמר ר"י בפ' שבועת העדות הכופר במלוה שיש עליו עדים חייב במלוה שיש עליו שטר פטור משום דהוי כפירת שע"ק ובפ' הזהב אמרינן בת"י דחייב רחמנא כגון שיחד כלי להלואתו ע"ש דלא חייבי' רחמנא קרבן אלא דוקא דומיא דפקדון שיהיו בעין ע"ש וא"כ מוכח דאפי' ייחד כלי דהוי כמו משכון אפ"ה הוי שעבוד קרקעות ודו"ק. ואין להקשות מהא דאמרינן בפ' שבועת העדות (שבועות דף ל"ב) הכל מודים בע"א במיתה שהוא חייב ש"מ משביע עדי קרקע חייב ומסיק דתפס מטלטלין ע"ש ומשמע דכל דתפסה מטלטלין תו לא הוי שע"ק. דיש לומר דקושיי' הש"ס ש"מ משביע עדי קרקע חייב דליכא למימר דמיירי דלית לי' קרקע וכמ"ש תוס' פ"ק דמציעא במודה מקצת דנשבע למ"ד שעבוד' דאורייתא ותי' דלית לי' קרקע דא"כ מאי גביא כיון דמטלטלין לא משתעבדא לכתוב' ומשני דתפסה מטלטלין ומצינו למימר בלית לי' קרקע ותו לא הוי שע"ק. ולפי"ז צ"ל דהרי"ף ותו' דמפרשי לענין קדמ' ותפסה דאפי' תפס מטלטלין למשכון נמי לא מפקינן היכא דאינו רוצה לישבע דאלו לדעת הרמב"ן דלא מהני תפיסה היכא דאינו רוצה לישבע אלא דוקא תפס מעות ודאי קשה למה לי' לפרוע הא כבר נתבטל הכתוב' בפרעון שתחת ידה וכן נראה מסתימת דברי הרי"ף בפ' הכותב ודברי תוס' שם דלא מיירי מתפס מעות וגם בעיקר דברי הרמב"ן לא ירדתי לסוף דעתו הרמה דמה חילוק בכתוב' בין תפס מעות לתפס מטלטלין דבשלמא בע"ח דדיני' לזוזי א"כ כשתופס מעות עביד דינא לנפשי' ונפרע בע"כ של לוה אבל תופס מטלטלין דצריך שומא ומאן שם לי' ל"מ תפיסתו אבל בכתוב' דמטלטלין לא משעבדי כלל אלא דכי תפס' מטלטלין מחיים מהני לה לשעבוד ואם תפס' מעות מחיים נמי אינה יכול' לעכב

המעות בפרעון כתוב' דכתוב' אינו דין למפרע בזוזי אפי' אית לי' זוזי ויכול למיפרעי' בזבורית בקרקע וא"כ המעות נמי אינן אלא למשכון ושעבוד ומעתה תו אין לחלק בין תפס מעות לתפס מטלטלין וצ"ע. אבל נראה דהרי"ף ותוספת סברי דמהני נמי תפיסה למשכון וא"כ לא נפקע משע"ק וכמ"ש והרמב"ן דמפרש לה בתופס מעות יפרש הא דאמרו אי פקח הוא בדרכים אחרים שפי' בתוספת שם ועמ"ש בסימן צ"ה סקי"ד:

סעיף יד

וכן הנשבעין ונוטלין. עיין ש"ך שהעלה דאם תפס זה שנתחייב שבועת המשנ' ליטול אף דתפס בעדים מצי אמר קים לי כרש"י ותוס' וסייעתם ולא אחזיר לך עד שתשבע אותה שבועה ואע"ג דאם תפס ואינו רוצה לישבע מנדין היינו היכא שאינו רוצ' לישבע כלל ולא להפך ג"כ משא"כ הכא שרוצ' להפך ע"ש עוד כתב ולענין מ"ש הרי"ף והרא"ש פ' הכותב דיאמר הנתבע אי בעית לישקול אשתבע ואי לא תשבע לא תשקול ואנא לא אשבע דלית לך גבאי ולא מידי י"ל דא"כ גם בהיסת יאמר כן אלא ודאי משמתינן ליה וה"נ אם לא ירצ' לקבל ההיפוך ולישבע נהי דלא נחתינן לנכסי' מ"מ משמתינן לי' ע"ש עוד שכת' דאפי' בנגזל ונחבל דמן הדין אפי' בשבוע' לא שקלי אפ"ה מצי להפכה לדעת רש"י ותו' וסייעתם זה כללות דבריו וע"ש: אמנם לענ"ד נרא' בזה דמ"ש הש"כ בשטת רש"י ותוס' גבי נשבעין ונוטלין אם מהפכה על שכנגדו ונתבע אינו רוצה לישבע דמנדין אותו ולי נרא' דנחתינן לנכסיו אם אינו מקבל ההיפוך דכיון דמדינא נוטל המלו' בלי שבועה אלא דחז"ל הטילו עליו שבוע' ויכול להפכה על הלו' וא"כ אין הלו' זוכה רק בשבוע' דהא מדינא הי' צריך לשלם בלי שבועת מלוה וכשאינו רוצה לישבע נחתינן לנכסי דה"ל כמו נגזל ונחבל דמדינא אין לו ליטול אלא בשבוע' וכשתפס ואינו רוצ' לישבע הוא צריך להחזיר ונחתינן לנכסיה וה"ה ללוה כשאינו רוצ' לישבע ההיפוך מיהו בנגזל ונחבל כשמהפך המלו' והלו' אינו רוצה לישבע בזה כיון דמדינא אין כאן דין שבוע' כלל ואינו אלא מתקנת חכמים ומדינא אפי' לא ישבע אינו חייב לא נחתינן לנכסי אלא משמתינן לי' אם לא ירצ' לישבע לדעת רש"י ותוס' דיכול להפך שבועת הנוטלים וז"ב ולענין קים לי כשתופס התובע נרא' דאם הוא משבועת הנוטלין שדיניהם מן התור' ליטול בלא שבוע' וכגון מלוה בשטר המלו' תופס ואומר קים לי כרש"י ותוס' דיכול אני להפך ואינו רוצ' להחזיר עד שישבע הלו' בזה שפיר מהני תפיסתו כיון דאם אין הלו' רוצה לישבע אנן נחתינן לנכסיה וכמ"ש ולזאת מצי תפס לנכסי' אבל בנשבעין ונוטלין שאין דינם כי אם בשבוע' וכגון גבי נגזל ונחבל ובזה אפי' לדעת רש"י ותו' דיכולין להפך אבל אם אין הנתבע רוצה לישבע לא נחתינן לנכסי' אלא מנדין אותו שישבע וא"כ מספיקא אין

אנו מנדין אותו ותפיסתו לא מהני דהא כבר אסתפקא למוהר"ם רקנטי במחויב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והתובע תפס משלו והניח בצ"ע וכל דאיכ' ספק בתפיס' עצמה אי מהני או לא אינו יכול לומר קים לי ועיין מוהרי"ט ח"א סי' קנ"א ומ"ש בש"ש ש"ו פ"ה וע' בתשו' מוהרי"ן ל"ב סי' א' סעי' ע"ד דכת' דכל היכ' דאי' ספק בתפיס' עצמה אי מהני או לא אינו יכול לומר קים לי ובפרט שהסברא מכרעת דלא מהני תפיס' וכמ"ש בס"ק י"ב דאין לו כח יותר מב"ד וכיון דהב"ד אין לו לירד לנכסיו אם אינו רוצה לישבע גם הוא אין כח בנכסיו וא"כ הכא דספיקא הוא אין הבית דין מנדין אותו ותפיסת התובע לא מהני ועוד דאיכא ספק ספיקא ס' אם תפיסה מהני בשבוע' דרבנן והוא ספק שהניח מוהר"ם רקנטי וספק אם חייב שבועה דאפשר א"י להפוך וכל דאי' ספק ספיקא מסייע לנתבע לא מהני תפיס' ואע"ג דכתבו בזה בתשובותיהם האחרונים דלא מהני ס"ס בממון דאינו אלא משום רוב ואין הולכין בממון אחר הרוב כבר כתבנו בש"ש ש"ו פ"ד דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו היכ' דהוא מוחזק בעיקר ובהיתר אתי לידי' אבל התופס דבאיסורא אתי לידי' ל"מ תפיסתו נגד רוב וא"כ נרא' דבשבועת הנוטלין כמו נגזל ונחבל שאין דינן כי אם בשבוע' ואין על ההיפוך גם לדעת רש"י ותו' כי אם נידוי כשאינו רוצה לישבע וכיון דמספקא לא מנדין לא מהני תפיס' וכמ"ש וז"ב:

סעיף טו

שבאות על הספק. עיין ש"ך שהעלה דנשבעין ונפטרין גם בשבועת המשנ' מתהפך כיון דמדרבנן הוא אלא דנוטלין בלבד אינו מתהפך מדכתב דשבועת השותפין א"א שתתהפך ומוכח דהיכ' דאפשר גם שבועת המשנ' בהיפוך וכגון בטוען בשאר פקדון החזרתי דצריך לישבע כעין תורה או בבעה"ב שמחולק עם השכיר בקציצה לדעת הרא"ש והרמב"ם אי בטוען לשכיר פרעתיך ויש ע"א ששכרו לדעת הרמ"ה וי"א בסי' פ"ט ע"ש וכ"כ בט"ז אלא דל' הרמב"ן אינו משמע כן וז"ל בפ"א מטוען ואין לך שתהפך אלא שבועת היסת בלבד אבל שבועת התור' או של דבריהם שהוא כעין של תורה אין הופכין שבועתו ע"ש ואלו לדברי הש"ך וט"ז הא איכ' של דבריהם כעין של תורה שהופכין שבועתו וכבר הרגיש בזה בש"ך וכ' דהרמב"ם לא בא לאפוקי אלא בשבועת הנוטלין ושבועת השותפין ע"ש ומדברי הרמב"ם נרא' משלילת לשונו דליכ' שבועה כעין של תורה כלל שתתהפך. ולכן ירא' במ"ש הש"ך בטוען בשטר פקדון החזרתי דמהפכין היא לשיטתו בסי' רצ"ו דאינו אלא שבועה דדבריהם אבל לפי דעת הסמ"ע הוי מה"ת ממש כיון דאינו נאמן אלא במגו דנאנסו צריך לישבע כמו בטענת נאנסו ואינו בדין היפך וכבר כת' בש"ך בסי' רצ"ו דנ"מ לשיטתו ולשיטת הסמ"ע דלשיטתו הוי כדין היפוך ע"ש אמנם מחלוקת קדומה בזה בין

קמאי דקמאי הובא בתמים דעים סי' רי"א אם יכול להפך שבועת החזרתי בשטר פקדון:)
(ולענ"ד נראה דודאי יכול להפך ואפי' נימא דשבועת החזרתי בשטר פקדון הוי דבר תורה וכדברי הסמ"ע והוא דכיון דקי"ל דאפי' בשטר מלוה אם טוען פרעתי ואומר השבע לי צריך המלו' לישבע בנק"ח א"כ שטר פקדון לא גרע ואם אומר למפקיד שישבע שלא החזיר לו צריך לישבע ודוק' לפטור עצמו בהחזרתי צריך למגו דנאנסו וכיון דע"י מגו נאמן צריך לישבע כמו בנאנסו שבועת התור' ממש לדעת סמ"ע אבל להשביע למפקיד אין צריך לשום מגו דלא גרע משטר מלוה וכשאומר השבע לי צריך לישבע ואם לא ישבע לא יטול וז"ב ועמ"ש בסי' רצ"ו דהעיקר כדברי הסמ"ע דהחזרתי צריך לישבע שבועת התור' ממש ומה"ט נמי נרא' דה"ה אם טוען הבעה"ב לשכיר פרעתיך ויש ע"א ששכרו דצריך שבועה דדבריהם כעין של תורה כיון דאינו נאמן אלא במגו דלא שכרתיך וזה נמי לפטור עצמו צריך המגו אבל להשביע לשכיר אינו צריך למגו דהא אפי' אי' ב' עדים ששכרו וטוען בעה"ב פרעתי צריך השכיר לישבע וכן היכ' דמחולק בקציצ' דצריך בעה"ב שבוע' דדבריהם כעין תורה נמי אינו אלא לפטור ומשום דאפשר טרוד קצת גם בקציצ' והטילו עליו שבוע' כשבא לפטור עצמו אבל להשביע לשכיר ודאי יכול ולא על ידי היפוך שבועתו אלא משום דלא גרע קציצ' מטענת פרעתי דודאי טרוד בפועליו ואפ"ה צריך השכיר שבוע' וא"כ מכ"ש בקציצ' שלא יטול השכיר אלא בשבוע'. ולפי"ז שפיר כת' הרמב"ם דאין לך שבוע' שתהפך אלא שבועת היסת בלבד דשבועת הנוטלין אינו בהיפך וכמ"ש הרי"ף והרא"ש ושבועת השותפין ע"י ספק הוא וליתי' בהיפך והני גווני שמצייר הש"ך אינו בתורת היפוך דהיפוך היינו אותה שבוע' שמוטל עליו מהפכה על שכנגדו ובהיסת אי לאו דיכול להפכה הי' צריך לשלם אם לא ירצ' לישבע והנך גווני שכ' הש"ך אינו בתורת היפך דבשטר פקדון שטוען החזרתי יכול לומר השבע לי דלא גרע משטר מלוה ושכיר כשיש ע"א ששכרו נמי יכול להטיל על השכיר שבועת השכיר עצמו דמחויב לישבע גם ביש שני עדים ששכרו וכן כשמחולקי' בקציצ' יכול להטיל על השכיר שבועת השכיר עצמו שמחויב לישבע גם בטוען פרעתי וכמ"ש ואין זה מתורת היפוך ולפי"ז בדקדוק כת' דאין לך שבוע' שתהפך דהיינו שבועתו להפך על שכנגדו אינו אלא שבועת היסת וזה נכון ודו"ק:

סעיף טז

אם יאמר התובע. כ' מוהרא"י וז"ל ואשר כתבת מרבותיו של הרמב"ם דסברי דתובע מצי למימר השבע אתה ותפטור אשר"י פ' הכותב גבי הא דקאמר אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד לא כת' הכי ומוכח התם דאפי' אי הוי טען הריני כשאר תובעין שמשביעין

היסת אפ"ה א"י להפך על חבירו דאל"כ אכתי היא נפקותא לענין זה בין ש"ד דהתם לא מצי לאפוכי שבועה במידי אבל דרבנן מהפכין בכה"ג ע"ש. ובש"ך כת' שלשה דברי' לדחות בהך דברי מוהרא"י והשלישי הכי נכבד דלמאי דקי"ל עד מסייע פוטר א"כ בין לרמב"ם דהוי ש"ד ובין למה דמסיק רבא דהוי שבוע' דרבנן לא תוכל לומר הריני כשאר תובעים בע"פ דא"כ יהיה לו עד מסייע ויפטור לגמרי ולמאי דבעי הרי"ף והרא"ש למימר מעיקרא דל"מ לענין היפוך לא הוי עד מסייע דכיון דהעד יועיל לחייב שבועה לא יוכל לפטור שהרי כבר העיד לחייב שבועה אבל אם יאמר הריני כשאר תובע בע"פ פשיטא דיהי' עד מסייע לפטור וע"ש וכ"כ בש"ך בס"ק ל"ה ובסי' צ"ב ע"ש ובעניותי לא מצאתי בראשונים סברא זו ועיקר דין עד המסייע הוליד להצמיח מוהר"ם רוטנברק ומדבריו משמע להדיא דגם בכה"ג פוטר וז"ל בתשו' מיימוני לס' משפטים סי' ס"ז ע"ש שכ' מוהר"מ ברוך בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי משאיל"מ דצריך התובע שבועה ליטול ובנסכא דר"א דצריך לשלם בלא שבוע' שכנגדו וז"ל היינו טעמא דפטור בנסכא דר"א מפני שהעד מסייע לתובע וכו' ע"ש שהאריך וא"ת לעיל דפריך אי נימ' דחשיד לוה עד מי יימר דמשתבע בשבועות דף ל"א ומאי פריך הא כיון שהעד מסייע הי' נוטל בלא שבוע' וכדפרישית וי"ל ה"מ בעלמ' אבל בחשוד על השבוע' אי הוי אמינא שכנגדו יטול בלא שבוע' היכא שיש עד מסייע א"כ הוי נפיק ממונא כל שעתא אפומא דחד סהדא דבשלמא בנסכא דר"א אי הוי בעי טען לא חטפתי והוי נשבע ולא משלם כו' וכן מי שנתחייב שבועה והפכה על שכנגדו ושכנגדו אית לית חד סהדא כדבריו יטול בלא שבוע' דההוא סהדא לא בעי עיקרו על ממון בעי דאי הוי משתבע אבל בחשוד אי שכנגדו שקיל בלא שבוע' נמצא דכל שעתא יטול ע"י אח' ונמצא שהי' קם עיקרו לממון ע"ש הרי מבואר בהיפוך דאפי' אותו שבוע' שחייבו העד יוכל לפטרו מלבד בחשוד דלא יטול כל שעתא ע"י א' והיינו נמי לתשובת הרא"מ כלל י"א בע"א מכחישו והוא חשוד דשכנגדו נשבע ונוטל והוא משום טעמא דמוהר"מ בר"ב ובש"ך סי' צ"ב כת' לשיטתו כאן משום דכבר חייבו העד והיא סברא מחודשת והעיקר כמ"ש דגם בזה עד מסייעו פוטרו וז"ב) (ובהג"מ פי"א מהל' שבועות כתב דמש"ה לא פירש"י גבי אי פקח דנ"מ לענין היפוך משום דעד המסייע פוטרו וע"ש וא"כ הרי"ף והרא"ש שרצו לסתור דברי המ"ד דמפרש נפקא מיני' לענין היפוך וסתרי לה משום דשבוע' הנוטלין אינו בהיפוך לא רצו לסתור משום עד המסייע פוטר דאפשר סובר כמ"ד דעד מסייע אינו פוטר ולהכי הוכרח הרי"ף לסתור דבריו משום טעמא דידי' דשבועות הנוטלין אינו בהיפוך וא"כ דברי מוהרא"י נכונים דא"כ אכתי אי' נפקותא אם יאמר אי אפשי בתקנת חכמים כיון

דסברי השתא דעד מסייע אינו פוטר ומ"ש הש"ך בדרכים הראשונים אינו מוכרח דע"כ לא אמרו במודה במקצת דישבע היסת אחר הפרעון אלא משום דכי פרע תו ליכא דין מודה במקצת וא"כ תובע אותו וצריך לישבע היסת אבל היכא שנתחייב ש"ד ע"פ עד ולא רצה לישבע ושילם נרא' דגם אחר פרעון ליכא היסת אפי' למ"ד אין עד המסייע פוטר דכיון דזה העד עדיין הוא מעיד א"כ כ"ז שלא נשבע להכחיש העד מחוייב לשלם ולא יוכל להשביע היסת למלו' דהא כלל אמרו כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה וא"כ כי היכא דע"י שנים צריך לשלם ואין התובע צריך לישבע אפי' אחר הפרעון כן ע"פ ע"א הדין כן או לישבע או לשלם ואם אינו נשבע צריך לשלם והוא כמו שנים ואין התובע צריך לישבע כלל אפי' אחר הפרעון ודו"ק. שוב ראיתי בחידושי הרשב"א פ' הכותב וכת' בשם רש"י דנ"מ לענין היפוך ודחה דשבועת הנוטלין אין מהפכין וכו' עוד י"ל דנ"מ דאי בעי אתתא למימר לא בעי למידן בשטרא חשבוהו לשטרא כמאן דליתי מחייב היסת והכי אהדר רבינו הגאון וא"כ מהפך לה עלה היסת והשתא מייתי לה לידי שבוע' דאורייתא דע"א וע"כ נשבעת עכ"ל ועליו אין להשיב ולכן נרא' כמ"ש דגבי ע"א אפי' למ"ד עד מסייע אינו פוטר כן הדין כ"ז שלא נשבע הוי כשנים וכמ"ש:

סעיף יז

טעה בדבר משנה. עיין ש"ך שהביא כמה פוסקים דס"ל דגם שבועת היסת בנק"ח וז"ל ונ"ל ראי' מהא דגרסי' גבי ההוא רעיא דהוי מסרו לי' כל יומא חיותא בסהדי יומא חד מסרו לי' בלא סהדי לסוף אמר להד"מ אתו סהדי דאכל תרתי מינייהו א"ר זירא אי איתי' לדר"ח קמיית' משתבע אשארא א"ל אביי אי אי' משתבע והא גזלן הוא א"ל שכנגדו קאמינא השתא נמי דליתי' לדר"ח נחייבי' מדר"נ ומשני דר"נ תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדי' ואם אי' מאי פריך השתא נמי נחייבי' מדר"נ הא נ"מ בדר' חייא שחייב שכנגדו בנק"ח וכו'. שוב מצאתי בבעל העיטור ראי' זו ע"ש. וראי' זה איני מכיר דודאי לפי ס"ד דמקשה דבשבועת היסת כמי שכנגדו נשבע היסת ונוטל א"כ ודאי לא גרע מאי דאית ליה סהדי דאכיל תרתי מינייהו דלא יטול התובע אלא בנק"ח דוקא דהא מצי אמר הריני כשאר התובעין וכמבואר בסעיף י"ב ושכנגדו מצי אמר לא בעינא ממך רק שבועת היסת בלי נק"ח והוא חשוד וישבע שכנגדו שבועה זו בלי נק"ח וזה ברור ואפשר דראיית בעל העיטור אינו אלא מלישנא דש"ס דאמר השתא נמי נחייביה מדר"נ ומשמע דר"נ ודר"ח חדא תכסיס' ובגוף השבוע' אין חילוק ותרווייהו בנק"ח אמנם לקושטא דמלתא אין כאן קושיא לשטת הסוברים דהיסת א"צ נק"ח וכמ"ש:

סעיף יח

בדבר משנה וחוזר. עיין ש"ך שהעלה בעבר הדיין ופסק שבועת היסת בנק"ח ושילם מפני כך ולא רצה לישבע קם דינא ואינו חוזר וכן אם תפס התובע בעדים יכול לומר קים לי כהני פוסקים דצריך בהיסת נק"ח ולא אחזיר עד שתשבע בנק"ח ע"ש וכבר כתבנו בס"ק י"ד דכה"ג לא מצי אמר קים לי כיון דבהיסת לא נחתינן לנכסי רק מנדין אותו א"כ אין לו על הנכסים כלום לתופסו עבור שבועתו וכיון דמספקא אין הב"ד מנדין אותו צריך התובע להחזיר מה שתפס ע"ש וכן היכא שאירע שפסק הדיין נק"ח ושילם ולא רצה לישבע דהוי נמי פשר בטעות דאע"ג דבשיקול הדעת קם דינא היינו היכא דכבר שילם וכבר הוצי' וכמ"ש הרא"ש פ' אד"מ אבל זה שפסק נק"ח כיון דכל זמן שלא שילם הי' הדין חוזר א"כ ודאי לא שרי אינש זוזי בכדי דאע"ג דעדיין הדין בספק דאפשר צריך נק"ח מ"מ אלו הוי ידע שאין בידינו להכריחו לידי נק"ח לא הי' מפזר מעותיו על התשלומין:

סעיף יט

ולא בכינוי. ז"ל הסמ"ע עיין במשרים נ"א ח"ה דבשבועת היסת אינו אלא חרם סתם וקשה בהא דאמרי' גבי ההוא רעיא השתא נמי דלית' לדר"ח נשתבעי' מדר"נ ומשני דר"נ תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן הא טעמא דשכנגדו נשבע ונוטל בחשוד משום דאין נותנין שבועה לחשוד ואלו חרם סתם אפי' לחשוד רמינן וכמבואר בטור וש"ע סי' צ"ב ואפי' חרם לנוכח וכמ"ש בסמ"ע סי' צ"ב ע"ש אלא דשבועה אין נותנין משום שבועת שוא וכ"כ בט"ז שם דאפי' חרם לנוכח רמיא על החשוד וא"כ אפי' למ"ש הש"ך דשבועת היסת היינו חרם לנוכח נמי קשה א"כ מאי פריך כשתבעי' מדר"נ כיון דאינו אלא חרם וגם החשוד יכול לקבל עליו החרם וא"כ למה ישבע שכנגדו: ונראה דודאי כיון דקי"ל תקנתא לתקנתא לא עבדינן וא"כ שכנגדו ודאי לא מצי לישבע ליטול ולהטיל על החשוד שבועה ודאי אי אפשר כיון דהוי ש"ש אבל ק"ח מטילין עליו דאולי יפרוש וגם אם יעבור הוא עונו ישא ואין בו חומרא דשבועה אבל לפי מה דס"ד דעבדינן תקנתא לתקנתא א"כ ודאי גם אם ירצה חשוד לקבל בחרם לא מהימן לן כיון דחשוד הוא לעבור שבועה וחרם ונשבע התובע ונוטל דהתובע אומר לא מהימן לי כיון דהוא חשוד וכן נמי צריך לתרץ לפ"ד הרשב"ט הובא במרדכי דאפי' שבועה יכולין ליתן לחשוד א"כ הא דפריך ונשתבעי' מדר"נ היינו כיון דחשוד הוא מצי תובע אומר אנא אשבע דאיני מקבל שבועתו כיון דחשוד הוא ואע"ג דליכא איסור ליתן שבועה לחשוד תובע אומר לא מהימן וק"ל:

סעיף כ

בין של דבריהם. בשו"ת שבות יעקב סי' קנ"א נסתפק כשיצא מב"ד שזה חייב ש"ד וזה שבועה דרבנן מי נשבע קודם זה שצריך לישבע שבועה דאורייתא וע"ש ועמ"ש בזה בסי' ט"ו סק"ב דנזקקין תחלה להשביע שבועת התורה ע"ש:

סעיף כא

אומרת ליתן. כתב הש"ך נראה דאם הוא עני כיון דאין יכול לחזור בו משביעין אותו היסת ע"ש ולכאורה לפ"מ שכ' מוהרי"ט ח"א סי' ל"ט וסי' כ"ב דכיון דאמירה לעני אינו עושה קנין כמסירה ויכול לשנותו מה"ט עד שלא בא ליד הגבאי ומה"ט נמי נראה שם דיכול נמי לשנותו מעני לעני וע"ש וא"כ לא הוי ממון שיש לו תובעין דהא יכול לומר אתן לעני אחר כיון דיכול לשנותו אך נרא' עיקר כמ"ש בסי' רי"ב דהא דיכול לשנותו עד שלא בא ליד גבאי היינו אותו המטבע אבל מעני לעני לא וע"ש בתומים כתב דהיינו דוק' למ"ד דאמיר' לעני עושה קנין והוי כמו מסיר' להדיוט וכמו אמיר' לגבוה אבל למ"ד דאמיר' לעני אינו אלא מטעם נדר א"כ הוי כמו דאין נותנין שבוע' על ת"כ וגם למ"ד דהוי כמו מסיר' להדיוט היינו דוקא בחפץ מיוחד אבל באומר אתן לך מנה איך שייך בי' מסיר' להדיוט וכן בהקדש לא קדשו מטלטלין ע"ש וליתי' דודאי בהקדש אם אומר הרי עלי מנה לגבוה נתחייבו נכסיו כמו בנותן שט"ח להדיוט כמבואר פ"ק דב"ק דף ד' באומר הרי עלי מנה לבדק הבית דהוי כמו בע"ח וכן באומר הרי עלי עולה דנתחייבו נכסים ושעבוד' דאורייי' וכמבואר פ"ק דקידושין דף י"ב ע"ש וה"ה באומר הרי עלי מנה לעניים למ"ד אמירה לעני כמו אמירה לגבוה ועושה קנין ונתחייבו נכסים כמו בנק"ח או בקנין וזה פשוט וכן מבואר מתשובת מיימוני לס' משפטים סי' ס"ד ז"ל תשובת רבי על ראובן שנדר לשמעון חתנו ב' ליטרין כדי שילמוד עם בנו (נינו) של ראובן זה ועתה ראובן רוצה לחזור בו כיון שלא הי' קנין בדבר ואינו חפץ ליתן השיב בקצר' אם שמעון ירד מנכסיו כ"כ עד שלא היו לו מאתים זהובים והי' צריך ליטול מן הצדק' בדיבור בעלמ' חייב ליתן כו' אבל בעני נעשה נדר ואם ראובן הי' מודה בדבר חייב ליתן לו מה שנדר השתא דקא כפר ואמר להד"מ ישבע היסת שלא נדר לו ויפטור ע"ש ומשמע שם אפי' נדר ליתן דבר שאינו מיוחד אלא חוב נמי כי כפר צריך לישבע ומיהו לפי מ"ש בסי' פ"א דכי נדר לעני הוי כקנין משום שכירות כיון שלא נתכוין להשטות ע"ש לאו ראי' הוא מיהו לקושטא דמלתא אפי' למ"ד דאמירה לעני אינו אלא משום נדר נמי צריך שבוע' והא דאין נותנין בכופר בת"כ שבועה היינו מטעמא שכתבו בס"ק כ"ח ע"ש והכא לא שייך ה"ט ומש"ה צריך שבוע' ודו"ק:

סעיף כב

שאף אם הודה. כתב בכנה"ג ז"ל אמר המאסף יש להסתפק בדבר שאם הודה לא יתחייב ממון אבל צריך לקבל מי שפרע כגון אם מכר לו מטלטלין ולא משך שאם הי' מודה הי' צריך לקבל מי שפרע ואי אפשר לו להשתמט ממנו אלא באיסור אם הוי בכלל אם יודה לא יתחייב ממון לא ישבע או דלמ' כיון דאינו יכול להשתמט ממנו אלא באיסור צריך לישבע והניחו בספק ובש"ך בסי' ר"ד פשיטא לי' דא"צ שבוע' ולענ"ד נרא' כיון דלדעת הש"ע בסי' ר"ד במי שפרע אין הב"ד אוררין אותו לנוכח לומר הוא יפרע ממך אלא הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו וא"כ כשכופר נמי הב"ד אומרין כך דאם האמת אתו א"כ קלל' ואינו אלא כמו חרם סתם ואפי' לדעת הרמ"א בסי' ר"ד דהכא אוררין לנוכח אבל בזה שהוא כופר סגי בלשון שפסק בש"ע דהב"ד אומרין בלשון נסתר) (ובזה יצאנו מידי ספק:

סעיף כג

באתננה. עש"ך שכ' דאם נדר לאשת איש דבר באתננה א"כ שבועה דהא קים לי' בדרב' מיני'. אמנם יראה דאם תובעת חמשין אתנן וחמשין דהלוא' אם מודה בחמשין דאתנן חייב לישבע על חמשין דהלוא' ואע"ג דחמשין דאתננה א"צ לשלם דהא קים לי' בדרב' מיני' מ"מ כיון דחייב הוא לשלם וכמו שפירש"י פ' הפועלים דף צ"א דחיוב גמור הוי עלי' אלא דהב"ד אין בידם כח לעונשו בממון כיון דנתחייב מיתה אבל אי תפס לא מפקינן מיני' ע"ש וא"כ הוי כמודה בחיוב גמור אלא דהוי כמו אלם שאין כח ביד ב"ד לעונשו אבל מודה במקצת הוי ואין זה כמו מודה בשאר חיוב' דחייב לצי"ש דודאי אין בו משום מב"מ כיון דאינו חייב בדיני אדם משום דקים ליה בדרבה מיניה חיוב גמור חייב אפי' בדיני אדם ומש"ה מהני תפיס' בזה אע"ג דהיכא דחייב לצי"ש לא מהני תפיס' וכמ"ש מוהרש"ל בישש הבאתיו בסי' כ"ח סק"א ע"ש ועמ"ש בסי' פ"ח:

סעיף כד

אלא קנס. נסתפקתי טענו דבר שהוא ממון אלא שאין דנין אותו בזמן הזה משום דלא שכיח אבל מנדין אותו עד שישלם וכמבואר בסי' א' אם משביעין אותו על כפירתו כיון שאם יודה הב"ד מנדין אותו שישלם או כיון דאין יורדין לנכסיו גם אם יודה אין משביעין אותו על כפירתו. והנה מלשון הסמ"ג עשין דף צ"ה ז"ל הטוען לחבירו אתה ביישתני במקום שדנין דיני קנסות והוא כופר צריך לישבע היסת ע"ש ומשמע הא במקום שאין דנין אילו צריך שבועה וכן מל' הטור שכתב אתה ביישתני אם הוא במקום שגובין קנס נשבע היסת שהרי אינו הודה הי' חייב לו הבושת ומשמע דוק' במקום שגובין הקנס:

אמנם נרא' כיון דעכשיו מנדין אותו עד שישלם הרי הוא כמקום שגובין ואע"ג דאין יורדין לנכסיו דאפי' היכ' דיודה אין יורדין לנכסיו מ"מ כיון דאיכא כפי' ע"י נידוי נמי צריך שבועה בכפירתו וכמבואר במשרים נתיב א' חלק ה' מי שחייב שבועה משום דבר מדבריהם כגון מציאת חש"ו דיש בה גזל מפני דרכי שלום ואינו רוצה לישבע אין מוציאין בדייני' ואין יורדין לנכסיו אלא מנדין אותו שלשים יום ומלקין אותו אחר שלשים ע"כ ובנתיב ך' שם כת' דמציאת חש"ו יש בהם גזל מפני דרכי שלום לפיכך אם עבר וגזל אין מוציאין אותו בדיינים ע"ש וכמבואר פ' שבועת הדיינים והרי מבואר דאע"ג דהיכא דיודה נמי לא יתחייב אלא ע"פ נידוי ואפ"ה אם כופר חייב לישבע ואין לחלק ולומר דשאני מציאת חש"ו דהנידוי הוא מדינא דגמרא אבל במלת' דלא שכיחי דאין דנין בזמן הזה אין הנידוי מדינא דגמר' אלא מתקנת שתי ישיבות כמבואר בטור סי' א' דמ"ש וכן משמע בתשובת מיימון בהלכות אישות סי' ל"ה לענין תקנת ר"ת בנדוניא וז"ל וגם החמשה ליטרין שנתן כבר יחזיר מכח התקנ' אם הוא מודה שקיבלם ואם הוא כופר ישבע שלא נתן לו ואע"ג דלא מחייבא אלא מכח תקנה נרא' דלא פלוג בשבועת היסת ע"ש וא"כ ה"ה הכא אע"ג דמכח תקנ' הוא לא פלוג ואולי הסמ"ג והטור שכתבו במקום שדנין קנסות היינו במקום שמנדין אותו דתקנת שתי ישיבות לא נתפשט' בכל מקום ונמי חשיב כמקום שדנין כיון דמנדין אותו ולא גרע ממציאת חרש שוטה וקטן וכמ"ש והא דכת' הטור בטוען אתה קללתני אתה הוצאת עלי שם רע וזה כופר דסובר הרמב"ם דאין מחרימין על זה והטור כת' דמחרימין שהרי אם יתברר שהוא אמת קונסין אותו ע"ש ומשמע דשבועה ודאי ליכ' היינו משום דהתם בהוצאת שם רע אינו אלא בושת דברים ואפי' בזמן מומחין פטור כדאי' פ' החובל (בבא קמא דף צ"א) ואינו אלא קנס מה שקנסו ב"ד בכל דור ודור על בושת דברים כפי הנרא' ולאו ממונא קא כפר אבל בושת ממש ואינך דחייב ממון ממש בזמן מומחין אלא כיון דלא שכיח אין דנין בזמן הזה אבל מנדין אותו שישלם כפי שיעור הראוי ממונא ממש כפר לי' וצריך לישבע כמו במציאת חש"ו) (ומצאתי הדבר מפורש בראב"ד פ"א מטוען ז"ל ואם מפני שאין דנין חבלות בבבל גם שבת ורפוי ובושת אין דנין ועוד שהרי ב"ד מנדין עד שיפייס בעל דינו עכ"ל הרי מבואר דכיון דמנדין אותו צריך שבוע' וע"ש במגדול עוז שכ' דהראב"ד אינו חולק אלא מוסיף:

סעיף כה

נשבעתי נאמן. עיין שכ' בשם רבינו האי דוק' בשבועה דרבנן נאמן ומשום דתקנת' לתקנתא לא עבדינן אבל בשבוע' דאוריי' כדאומר נשבעתי צריך לישבע היסת ועש"ך

שכת' דהלכ' כדברי רבינו האי וכן דעת הפוסקים ולפ"ז נרא' בתובע לשומר והשיב לא נעשיתי שומר אלא אמרתי הנח לפני דצריך שבועת היסת ולא אמרינן בזה אין נותנין שבוע' על שבוע' דכיון דאלו הוד' שהי' שומר הי' צריך שבועת התור' והוא טוען טענה שנפטר בה משבועת התור' צריך היסת כמו אם טוען נשבעתי וע' ש"ע סי' רצ"ו סעיף ז' ועמ"ש בסי' צ"א סק"ז בטעמ' דרבינו האי והוא משום דחיוב שבועה הוי דבר הגורם לממון דשמא לא ישבע וכדאמרינן בשבועת העדות דמשביע ע"א חייב למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי ע"ש וכיון דחיוב שבוע' דבר הגורם לממון הוא מש"ה אין נשבעין עליו שבועת התור' דהא בעינן גופו ממון לשבוע' אבל שבועת היסת אפי' על שטרות נשבעין וה"ה דנשבעין על דבר הגורם לממון ע"ש:

סעיף כו

עד שיביא ראי'. וכת' הש"ך דאינו נאמן לומר מחלת לי השבוע' כיון דמחילה טענה גרוע' ואפי' בשבוע' אינו נאמן לומר מחלת לי כיון דלית ליה מגו ובתומים משיג דבשבוע' ודאי נאמן לומר מחלת לי במגו דנשבע על גוף התביע' ומה בכך דא"י לטעון נשבעתי הואיל והוא אתני השמש מ"מ יכול לומר אני נשבע בגוף הענין כטענתך ואם לא ירצה לישבע לשקר אף טענת מחילה לא ישקר בשבועתו וע"ש. ולענ"ד נרא' כדברי הש"ך והוא משום דשבועת מחלת לי השבוע' אינה שבועת ממון אלא כמו שבועת ביטוי וכאלו נשבע שלא אכל ואכל א"כ אם נשבע שמחל לו השבוע' והוא לשקר נשבע אינו שבועת ממון אלא שבועת ביטוי ואנן בשבועת הדיינין שבועת ממון הוא צריך לישבע ודוק' בשבועת אלמנ' תקנו שתהי' נודרת ליתומים אבל בעלמא אפי' נשבע שלא יאכל ככר זה אם חייב לזה ואכל הככר לפנינו אינו יוצא ידי שבועתו ומשום דשבועת ממון חמירא משבועת ביטוי ואינו יוצא ידי שבועתו בכך ומש"ה אם נשבע שמחל לו אינו יוצא ידי שבועתו דשבועת הדיינים שהוא שבועת ממון חמיר לאינשי משבועת ביטוי וז"ב:

סעיף כז

אינו נפסל לשבוע' וז"ל הטור ואם שלא ע"ד תשוב' הודה נשבע על השאר שאינו נפסל כו' וכתב הסמ"ע וז"ל וכתבתי בפריש' ור"ל דחוזר ונשבע על השאר שהרי הוד' דשבועתו הראשונ' הית' לשקר ע"כ. ולענ"ד נרא' דא"צ שבוע' אחרת וראי' מהא דאית' פרק הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ז) אמר רבי אבין אמר רבי אלעאי אמר ר' יוחנן הטוען טענת אביד' בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גניב' ונשבע ובאו עדים פטור הואיל ויצא ידי בעלים בשבועתו הראשונ' וכתבו תוס' דאע"ג דהוד' שלשקר נשבע אין חייב מן הדין לישבע פעם שנית אלא נאמן שלא בשבוע' לומר שנגנב במגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי והי'

פטור ע"ש ומוכח מזה דאפי' הודה דשבועתו הראשונ' לשקר א"צ לישבע פעם אחרת) (ונרא' מזה דה"ה בטוען לא לויתי ונשבע לא לויתי ואח"כ הודה דלוה ופרע נמי א"צ שבוע' אחרת ולכן נרא' דהא דהכא צריך לישבע פעם אחרת היינו משום דבפעם הראשון לא נשבע אלא היסת ועכשיו שהוא מודה במקצת צריך לחזור ולישבע ש"ד בנקיטת חפץ וגבי מודה לא שייך מגו כדאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע כו' וזה ברור: שוב ראיתי במוהרי"ט חלק ח"מ סי' ל"ו וז"ל איברא שהרב מוהרי"ק נתקשה בדברי רב שרירא וכת' ולשון נשבע על השאר אינו נוח לו ולא ידעתי מה קשי' לי' לרב ז"ל אם ישבע על השאר אי משום שכבר נשבע מתחל' הרי לא נשבע אלא היסת ועתה הוא מחויב שבועת התור' כדין מודה במקצת וכו' ועוד תימא דלא יהא אלא דאמר הילך דהוי לי' השתא כופר בכל היאך יפטור במה שכבר נשבע דניח' ליה לרב ז"ל לתקן הלשון דהכי קאמר ומועיל לו שבועתו שנשבע קודם לכן על השאר אמאי סמכת אהאי שבוע' הרי יצאתה שבוע' לשקר כפי מה שהוא מודה עכשיו שחייב לו מחצה וכיון שהלה טענו ברי אומרין לו ממ"נ או השבע כו' ונעלם ממנו דברי תו' הנז' דאפי' היכ' שיצאתה שבועתו לשקר יצא בשבוע' הראשונ' וא"כ כשאומר הילך א"צ לישבע פעם שנית וז"ב:

סעיף כח

ואינו חשוד וקשה דהא קי"ל סוקלין ושורפין על החזקות וכיון דחזק' דשטרא בידי מה בעי ע"כ חזק' טוב' היא דמהני לאפקועי ממונא למה לא יועיל לעשותו חשוד בשבועתו שנשבע שפרע וחזקה ודאי דלא פרע וצריך לומר דבשבוע' שאני דעל דעתו הוא נשבע ועמ"ש בסי' כ"ח סק"ח ובסי' ע"א סק"ה ובסי' צ"ב סק"ה:

סעיף כט

התוקע כפו. עש"ך שהעלה בטעמו של מוהר"מ ב"ר ברוך משום דת"כ הוי בלא נק"ח ומוהר"מ ב"ב י"ל דס"ל דגם בשבועת היסת צריך נק"ח וע"ש שהבי' ראי' לזה מהג"מ פי"א משבועות שכ' וז"ל האי דיינא דאשבע בלא נק"ח נעשה כטועה בדבר משנה וחוזר מכאן פסק רבינו מאיר על א' שתקע כפו לחבירו לפורעו מה שהי' חייב לו ואח"כ אמר שפרעו דצריך לישבע אפי' הלה מודה שתקע לו כפו מ"מ ה"ל כהאי דיינא דאשבע כו' הרי דדינא משום דבעי נק"ח וא"כ לדידן דלא בעי נק"ח בהיסת נפטר בת"כ ע"ש ולא נהירא דודאי ת"כ הוי כשבוע' לענין איסור וכופין אותו לקיים ואם עובר על ת"כ נעשה חשוד אבל לא עדיף מחרם דהוי נמי כשבוע' לענין איסור והעובר על חרם נעשה חשוד ואפ"ה אם קיבל בחרם לא נפטר משבוע' וצריך לישבע דוק' ומשום דשבוע' חמירא ואע"ג דבמשרים כת' דשבועת היסת היינו חרם לא נרא' כן דעת הש"ע בסי' צ"ב דכת'

שם דאם רוצה התובע שישבע החשוד אין שומעין לו ואלו לק"ח שומעין לו וכמ"ש הט"ז שם דאפי' לחרם לנוכח שומעין וכיון דשבועת היסת לא נפטר בחרם ה"ה דלא נפטר בת"כ ואע"ג דחרם וגם ת"כ הוי כשבוע' מ"מ כיון דשבוע' חמירא לאינשי ה"ל איום אע"ג דנק"ח לא בעי אבל איום דגוף השבוע' בעי והיינו היקשא דרבינו מאיר דכי היכא דאמרי' האי דיינא דאשבע בלא נק"ח נעשה כטועה בדבר משנה וחוזר ואע"ג דאינו אלא משום איום אבל שבוע' הוי אפי' בלא נק"ח ואפ"ה כל ששינ' ממטבע שטבעו חכמים באיום חוזר ה"ה ת"כ אע"ג דהוי כמו שבועה מ"מ כיון דצריך שבועה דוק' דהוי איום יותר ולא עשה כן חוזר וז"ב. וע' בתשו' מיימוני לס' הפלאה אחר כל החומרות שהחמיר בת"כ בשם ר"ח דכת' שהיא כריתות ברית אפ"ה כת' שלא נהגו בה הדורות להחמיר יותר משבוע' אלא להקל שלא רצו לקבל עליהם אלא ת"כ כי יראו עונש השבוע' דומיא דתקנת אלמנה הנודרת ע"ש וכיון דחמירא לאינשי שבועה מת"כ ודאי אינו יוצא ידי שבועה בת"כ דלא הוי איום כל כך וכמ"ש ומרגלא בפומא דאינשי דחרם חמירא טובא ואפ"ה אינו יוצא ידי שבועת היסת בחרם וכ"ש בת"כ. ובכנה"ג כת' בשם תשובת החכם השלם כמוהר"ר כלב קאלפו ז"ל דבת"כ לא נפטר אפי' משבועת היסת ע"ש אמר המאסף דעתו ז"ל שכל שצריך לישבע בשבועת המשנ' בנק"ח או אפי' היסת ותקע לו כפו לא נפטר בכך והבי' ראי' מדברי הגהה שהבי' כאן המחבר ובמחיל' לכ"ת לא דקדק יפה דטעם הגהה אינו משום קילותא דת"כ אלא משום כשנשבע בת"כ לא יצאה שבועת שקר מפיו ושבועה אחרונ' יצאה לשקר וחמירא טובא וכן מוכרחין דברי המחבר ז"ל בסעיף כ"ד שכ' על דברי הגהה ע' בתשובת הרשב"א שאכתוב בסמוך ולפי"ז בנדון החכם השלם שנשבע' האשה בת"כ שלא נפרעה הרי הוא שבועת ביטוי דשעבר וא"צ שישבע עוד עכ"ל אבל המעיין בהגהת מיימוני יראה מבואר דאין הטעם כלל משום לשעבר ולהבא אלא משום קילותא דת"כ וכמו שהביא ראי' מהאי דיינא כו' ומשמע דאלו נשבע מתחל' בנקיטת חפץ הי' נפטר ולזה כת' הב"י וע' בתשו' הרשב"א היינו דס"ל דשבוע' דלשעבר חמורה וא"כ אפי' נשבע בנק"ח נמי אינו נפטר ואותו החכם יפה דק) (ולדעתי נרא' דאפילו לדעת ר"ת שהחמיר טובא בת"כ דהוי כשבועה דהא לדעת כמה פוסקים אינו כשבועה אלא משום שארית ישראל לא יעשו עולה וכמבואר בתשו' מיימון בס' הפלאה אלא אפי' לדעת ר"ת נמי לא הוי ת"כ כשבוע' אלא דוקא בהבטחת דלהבא ומשום דהוי כמו כריתות ברית וכמ"ש שם בתשו' מיימון בשם ר"ת שנותן לו דיבורו ואמונתו לקיים לו הבטחתו ולא שייך כריתות ברית אלא בהבטח' דלהבא אבל בת"כ על שלעבר לא שייך בי' כריתות ברית והאי דהחכם השלם שנתנה ת"כ שלא נפרעה אינו כמו שבוע'

וכן לדעת הפוסקים משום שארית ישראל לא יעשו עולה פשיטא דלא שייך במלתא דלשעבר ומה שנהגו עתה בת"כ גם במלת' דלשעבר אולי אינו אלא חומרא שהחמירו בו הדורות מעצמם ולענ"ד אין זו ענין לדינא דר"ת שכ' דת"כ הוי כשבועה דזה לא מסתבר אלא בהבטחה דלהבא כנ"ל:

סעיף ל

אם אמר שנתן לו כפו והוא בתשו' מוהר"מ בר ברוך סי' תתקצ"ו ובש"ך כ' טעמו של דבר לפי שהשבוע' אינו עושה קניין להתחייב רק שמחויב לקיים השבוע' ואין שייך להשביע על זה ע"ש ואמת שכן מצאתי בריב"ש סי' שד"מ וז"ל ואף אם נאמר שגם בזה נכלל הכל בשבועתו עדיין אפשר לומר שאין כאן תביעת ממון שגם אם יודה שנשבע אין מחייבין אותו לשלם ע"כ וקשה לי דהא בריבית קצוצה נמי אין אנו יורדין לנכסיו וכמבואר בסי' קס"א בי"ד ואפ"ה נשבעין עליו כשתובעו לקחת ממנו ריבית וכמבואר בי"ד סי' קע"ז ועוד דהא אפי' על מציאת חש"ו נמי נשבעין אע"ג דאין יורדין לנכסיו רק מנדין אותו וכמ"ש במשרים נתיב א' חלק ה' הבאתי בס"ק כ"ד ואפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא דאינו אלא מצוה וכדאי' בפ' הכותב ופירש"י משום דכתי' כו' הן צדק ואפ"ה נשבעין שבועת התור' ולכן ירא' דהטעם הוא משום דאמרינן האי דיינא דאשבע בלי נק"ח חוזר ואע"ג דחשוד הוי אפי' בלי נק"ח ול"א מאי נ"מ בשבוע' אחרת בנק"ח נימא מגו דחשוד אשבוע' בלי נק"ח חשוד נמי אשבוע' בנק"ח אלא משום דכיון דתחלת דינא שישבע בנקיטת חפץ חוזר הוא לתחלת דין דנעשה כטוע' בדבר משנה ותחלת דין דוקא בנקיטת חפץ דהוא איום יותר ומ"ש כל שלא נתחייב רק ע"י שבועה א"כ מעולם לא רמי עליו שבועה בנק"ח דאמרי' מגו דחשיד וכו' ולפי"ז מוהר"מ בר ברוך לשיטתו דס"ל דנעשה חשוד בשבוע' דלהבא אבל למ"ד דלא נעשה חשוד בשבוע' דלהבא א"כ צריך לישבע פעם אחרת ומה"ט נרא' דהשמיט בש"ע האי דינא וסתם וכ' הנותן ת"כ לא נפטר משבועה ומשמע אפי' לא נתחייב רק ע"י ת"כ דלשיטתו דס"ל דלא נעש' חשוד בלהבא כמבואר בסעיף ט"ז אבל הרמ"א לשטתו דס"ל שם דנעשה חשוד בשבוע' דלהבא ולהכי פסק דלא נתחייב שבוע' היכא דלא הי' חיוב רק ע"י ת"כ וטעמא שכתבנו דמגו דחשיד כו' וכן משמע מל' הרא"ש בתשו' כלל י' סי' ב' וז"ל והכא לא שייך לחייבו שבועה שהרי כבר נשבע שלא יצא כי אם ברשותו והוא אומר שפטרה ואם הוא משקר הרי הוא עובר על שבועתו שאין שבוע' חלה על שבועה עכ"ל. שוב מצאתי בתומים שכ' ג"כ מטעמא שכתבנו דמגו דחשיד וכו' ע"ש אבל קשי' לי גם בטעמא שכתבנו דהא אנן קי"ל מגו דחשיד אממונא חשיד אשבוע' וכמבואר בסי' צ"ב ואמרי' פ"ב דמציעא שמא ספק מלוה

ישינה ופרשו אינשי מספק שבועה ולא פרשו מספק ממונא ופי' תוס' דס' גזל וס' שבועה שוין הן אלא דכיון דמספקא לי' אינו מחזיר תיכף דאומר אולי יתברר לי שודאי חייב לי אבל כשיעמוד בספיקו יחזור וע"ש וא"כ אפי' נתן לו ת"כ ליתן לו מתנה כיון דלא קבע זמן אולי משום ספק מלוה ישנה מחזיקו עד שיתברר לו שודאי חייב לו אבל כשנשבע לפנינו ודאי פריש מספק כיון דלית ליה תקנתא בחזרה וצ"ע:

סעיף לא

פטור מהאחרים עי' סמ"ע שכ' דבארור או בנדוי מהני אמן ואם נשבע בשם שאינו חייב לו לא מהני אמן וכ' הש"ך מיהו נראה דכשיאמר אף אני כמוהו מהני עכ"ל ולי נראה) (דלא מהני בשבועה אף אני כמוהו וכדאמרי' בפרק שבועות שתים דמתפיס בשבוע' לאו כשבוע' וכ"כ הרי"ף וז"ל וקיי"ל כרבא והיכי דמי דמתפיס בשבועה כגון דמשתבע דלא ליכול הדין בישרא ובתר הכי אמר הרי זו הפת עלי כהדין בשרא א"נ כגון דשמע חברא דאשתבע דלא ליכול הדין בשרא ואמר איהו ואנא נמי דכוותך לאו כמוציא שבועה מפיו דמי אבל מתפיס בנדר חייל כדתנן הריני נזיר ושמע חבירו ואמר ואני הרי כולן נזירין וכ"כ הרמב"ם פ"ג משבועות וטעמא כתב הר"ן דמתפיס בנדר הוי כנדר דבנדר האיסור חל על החפץ אבל שבועה אקרקפתא דגברי מנח והתפיס דגברא אגבר' אין לו ענין אלא בדבר שתואר חל עליו כגון קדושה או איסור והנשבע שלא לאכול דבר פ' אין שם תואר חל עליו כדי שיוכל חבירו להתפיס בו ולומר ואני כמוך ע"ש וא"כ ה"נ לא מהני לומר ואני כמוהו ואפי' לדעת הרמב"ם פ"ג משבועות דאיסורא מיהא איכא אפי' במתפיס גברא אגבד' בשבועה אלא דקרבן ומלקות ליכא נמי לא מהני לשבועת הדיינים כיון דליכ' ביה מלקות לא חמיר' וגם לדעת הטור שכתב בי"ד סי' רל"ט דמהני בשבועה מתפיס גברא אגבר' טעמא דידיה מבואר שם בטור ז"ל ומטעם זה נמי מתפיס בנדר נתפס שהרי האיסור הוא על החפץ וכשאומר על ככר אחר יהא כמוהו הרי הוא כמוהו אבל שבועה שנשבע על ככר שלא יאכלנו אין שום איסור על הככר לפיכך אם אמר על האחר יהא כמוהו לא אמר כלום וכו' ולפ"ז אם שמע חבירו שנשבע ואמר אני כמותך היא שבועה גמורה עכ"ל והכא ל"ש טעם זה דבשלמא מתפיס גברא אגברא כיון דחבירו אסור בזה גם הוא אסור כמו חברי' ועיין שם בב"י וגם זה לא שייך אלא בשבועה דלהבא דשפיר מתפיס בחברי' כמו שחבירו אסור בזה על להבא כן הוא יאסור אבל בשבועת הדיינים דהוי לשעבר לא שייך בזה מתפיס גברא בגברא לכולי עלמא וכי תימא משום שאומר תכ"ד אף כמוהו הוי כמו שדיבר הוא את השבועה דהא בנזיר נמי ואמר ואני תכ"ד וכדאיתא בנזיר ואפ"ה דווקא בנזיר דהוא מתפיס בנדר אבל בשבועה ואפי' תכ"ד

לא מהני ואני כמוהו לדעת הרי"ף והרמב"ם ואפי' לדעת הטור לא מהני כי אם בשבועה דלהבא וכמ"ש:

סעיף לב

דינו כשאר תביעת ממון. והיכא דתובעו בנזקי דיני דגרמי נמי דינו כמו שאר נזקי ממון וכ"כ בעה"ת בשער כ"ט אם בעל השטר אמר מנה הי' בו והשורף אומר לא כי אלא נ' ישבע כדין מודה במקצת ואי מב"מ ועל השאר אומר איני יודע משאיל"מ. אלא שהיש"ש בפ' הכונס סי' ל' כ' דלמ"ד דיני דגרמי דרבנן לא שייך שבוע' דאוריית' כלל ע"ש והסכים לזה בש"ך סי' שפ"ו ובסי' רפ"ח ע"ש) (ויען הדבר בדור דאפי' בממון דנתחייב מדבריהם נמי שייך ש"ד צריך אני להאריך קצת והוא דהא כ' הרמב"ם פ' ט"ז מהל' אישות היא אומרת בתולה נשאתני ועיקר כתובתי מאתים זוז והבעל או יורשין אומרים בעולה נשאת ואין לה אלא מנה ואם יש עדים שראו שעשו לה מנהג כו' ואם היה הבעל קיים יש לה להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת הטענה ואע"ג דדעת הרמב"ם בפ"י מאישות דכתובה דרבנן. עוד ראיה מהלכה מורווחת אם התובע ליורשין מלוה ע"פ והיורשין מודים במקצת חייבין לישבע ש"ד וכדאי' פ' כל הנשבעין מה לי הן מה לי אביהן והוא מבואר בטור וש"ע סי' ע"ה. וכמה פוסקים דס"ל שעבודא לאו דאוריית' וא"כ אין לו על היורשין רק מדבריהם ואפ"ה נשבעין שבועת התורה גם בש"ך בסי' צ"ט לא הכריע אי שעבודא דאורייי' או לאו ובסי' ע"ה סתם דיורש נשבע שבועת התורה וכ"מ מדברי הר"ן בפ' שבועת הדיינין בא' שתבע לחבירו חמשין דהלוא' וחמשין דחבלה וזה כופר בכל כו' אבל אם נשבע כבר על חבלתו והוא כופר בכל מיקרי מודה במקצת דאנן סהדי שחייב לו כיון שנשבע ע"ש והובא בסמ"ע וש"ך סימן פ"ז ואע"ג דחיוב דנחבל אינו אלא חיוב מדבריהם ואי מתקנת נחבל נשבע ונוטל ואפ"ה נתחייב על ידו שבועת התורה וכ"מ מדברי הרמב"ם בפ"ב מה' מכירה הרי שטען על חבירו מכרת לי והוא אומר לא מכרתי או מכרתי ולא נתת לי הדמים כו' בכל אילו הטענות וכיוצא בהם הממע"ה לא הי' שם ראי' נשבע היסת ואם הודה במקצת הטענה ישבע או שיש עליו ע"א נשבע שבועת התורה כשאר הטענות כולן וע"ש ומשמע דאפי' טוען מכרת לי ע"י הקנינים שהם מדברי סופרים וכגון משיכה או הגבהה ומסירה דאינו אלא מד"ס דהא דבר תורה מעות קונות ועיין ש"ע סימן רכ"ב סעיף ד' ואפ"ה יש בו שבועת התור' ע"י מודה במקצת ועד א' ול"נ לענ"ד ברור דאפ"ה אין החיוב אלא מדרבנן נמי נשבע ש"ד והטעם כיון דכבר תיקנו חכמים שיהי' הממון שייך לזה א"כ הפקר ב"ד הפקר אית בי' זכיה דאוריית' וכן בירושת הבעל דרבנן נמי נשבעין שבועת התור' והא דכ' בישש"

בדיני דגרמי למ"ד דרבנן אין נשבעין שבועת התורה היינו משום דמוהרש"ל לשיטתו שכ' ביש"ש פ' הגוזל בתרא סימן צ' דאם הודה המוסר מעצמו פטור למ"ד דיני דגרמי קנס ומשום דמודה בקנס פטור וא"כ ודאי אין בו ש"ד למ"ד דיני דגרמי דרבנן כיון דקנס הוא ובקנס ליכא שבועה וכמ"ש בטור וש"ע סי' כ' כיון דגם אם יודה יפטר אבל הש"ך שהשיג על הש"ש בזה בסי' שפ"ח דאפי' למ"ד דיני דגרמי דרבנן ומשום קנס ל"ש מודה בקנס פטור וכמ"ש במרדכי פ' הגוזל דל"ש מודה בקנס פטור אלא בקנס דאוריית' ע"ש א"כ לא הי' לו להסכים עם הש"ש במ"ש דלמ"ד דיני דגרמי דרבנן ליכא ש"ד כיון דכבר הוכחנו דאפי' בחיוב דרבנן נמי איכא ש"ד ודין מתוך והוא ברור והנה בתשו' מיימוני להלכות אישות סי' ל"ה לכאורה משמע דליכא ש"ד בחיוב דרבנן וז"ל וגם הה' ליטרין שנתן לו כבר יחזיר מכח התקנה אם הוא מודה שקיבלם ואם הוא כופר ישבע שלא נתן לו ואע"ג דלא מחייבא אלא מכח תקנה נרא' דלא פלוג בשבועת היסת עכ"ל ומשמע הא שבוע' דאוריית' ליכא היכא דאינו מכח תקנתא אבל אינו מוכח דרצה לומר אע"ג דלא מחייבא אלא מכח תקנה וא"כ הוי תקנתא לתקנתא לא פלוג בשבועת היסת ומכ"ש בשבועת התורה דלא שייך ביה תקנתא לתקנתא וכ"נ דאפי' בחיוב מדבריהם או בחיוב תקנה שתיקנו חכמי דור הוי חיוב תורה כיון שיש להם כח מה"ת לעשות תקנה והפקר ב"ד הפקר יש בכפירתו ש"ד ודין מתוך ודוקא היכא דגוף השבועה אינו אלא מדבריהם כגון שהוא כופר בכל בזה ליכא דין מתוך וז"ב:

סימן פח

סעיף א

שתי מעין ואם הוא שתי מעין בפחות מש"פ. משמע מדברי תוס' ר"פ שבועת הדיינין (שבועות דף מ') ד"ה בטוענו בדינר דפחות מש"פ לא מגרע שיעורא דשתי מעין כיון שאין ש"פ באותו חסרון ה"ל שתי מעין ע"ש ולא ידענא טעמא מאי דודאי כל השיעורין לא ליגרעון ניתנה וכגון חמשת שקלים דפדיון הבן ושיעורא דחטאת ואשם אם נחסר פחות מש"פ לאו שלם בשיעורא הוי וצ"ע. ועי' שם דף ל"ט בפלוגתא דרב ושמואל דרב סבר דבעינן כפירת טענה שתי כסף ופריך לאו ממילא שמעת מיניה דכתי' כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים ומה כלים שנים אף כסף שנים וכתיב כי הוא זה הרי חסרה לה טענה והרי משכחת לה בטוענו שתי כסף וזה מודה במחט שהוא פחות מש"פ דהודאה הוי לדעת הרמב"ם וש"ע ושיעורא דשתי כסף לא חסר כיון דלא חסר ש"פ והנה לשטת תוס' כלי נמי בעי ש"פ אך נ' דלא כ' תו' דכלי בעי ש"פ אלא לשמואל דסובר כסף כי

אתי לדבר חשוב לאורוי דכלים נמי בעי דבר חשיב והיינו לש"פ אבל לרב דכסף כי אתי לכפיר' הוא דאתי א"כ דבר חשוב בכלים מנלן:

סעיף ב

שני כלים ר"פ שבועת הדיינין לפיכך יצאו כלים למה שהן ופירש"י דה"ל למכתב כי יתן איש אל רעהו כספים לשמור ואנא אמינא מה כספים שנים ודבר חשוב אף כל שנים ודבר חשוב והקשו בתוס' דאי מכספים לא הוי משמע אלא שני פרוטות כמו קידושי אשה דמתקדשת בפרוטה אע"ג דכתי' ביה כסף. ונראה לפי מה דאמרו פ"ק דקידושין דף י"א דכל כסף קצוב האמור בתורה כסף צורי ופירש"י כסף קצוב שנאמר בו כמה כגון חמשים של קנס ושלשים של עבד ומאה של מוציא ש"ר שנא' בהם שקלים ונאמר בהם חשבונו ע"ש וא"כ אלו הוי ב' כספים כיון דמיעוט כספים שנים הוי כאלו כתוב חשבונו וה"ל כסף קצוב ואינו אלא צורי ובצורי ליכא פרוטה וכמ"ש רש"י בקידושין דף י"א דסוף מטבע הוא מעה משא"כ כסף קידושין כיון דכתב כסף סתם לא הוי קצוב:

סעיף ג

י' מחטין בפרוטה. והוא דעת הרמב"ם דבכלי אפי' בפחות מש"פ נזקקין להוציאו בדיינין וגם לענין שבוע' הוי כמו ש"פ ובחידושי הרשב"א פ' כל הנשבעין נסתפק בקידושי אשה בכלי פחות משוה פרוטה אי מקודשת כיון דהוי כמו ש"פ וע"ש ולענ"ד נרא' דודאי לא מהני בקידושי אשה דהא ברפ"ק דקידושין מנינא למעוטי חליפין ואימא ה"נ חליפין איתנהו בפחות מש"פ ואשה בפחות מש"פ לא מקניא נפשה. וחליפין כלי בעי דפירי לא עבדי חליפין וכמבואר פ' הזהב אלמא דכלי נמי פחות מש"פ לא מהני לקידושי אשה וכן פ"ק דקידושין דף י"ג א"ר אסי א"ר תני כשם שאין האשה נקנית בפחות מש"פ כך אין הקרקע נקנית בפחות מש"פ והא תני' אע"פ שאין האשה נקנית בפחות מש"פ הקרקע נקנית בפחות מש"פ א"ל כי תניא האי לענין חליפין דתניא קונין בכלי אע"פ שאין בו ש"פ והרי מבואר דאפי' כלי לא מהני אלא בש"פ בתורת כסף ודוקא גבי קנין חליפין מהני אפי' פחות מש"פ ודוקא לענין שבועה איתרבי וכן להוציאו בדיינים אבל לשאר דוכתי לא. ועיין בתו' פ' הזהב דכתבו דמטבע מיקרי כלי לפי שראוי לתלותו בצואר וראוי למשקל ולפ"ז קשה למה בעי שתי מעין דהא מעה א' נמי סגי כיון דכלי הוא ואפי' לדעת הרא"ש דבעי בכלי ש"פ אבל שתי מעין ודאי לא צריך ואולי יש לחלק וצ"ע:

סעיף ד

והודה לו באחד וקשה אם הוא בעין ה"ל הילך וכמבואר בסעיף כ"ד דפקדון כל היכא דאי' ברשותו דמארי' איתי' ואי ליתי' בעינא וכגון שנאבד ומחויב לשלומי א"כ תו לא

הוה ש"פ דהא א"צ להחזיר רק דמים ולא הכלי ואין נזקקין לפחות מש"פ ודוחק לומר דמיירי מהלואת מחטין ולא מפקדון דלישנא דקרא כי יתן איש אל רעהו כלים לשמור משמע פקדון וכיון דנאבד ואינו צריך לשלם אלא דמים היאך הוי הודאה כיון דהדמים הוא פחות מש"פ ואע"ג דגבי קרקע אזלינן בתר מעיקרא ואע"ג דחפר בה בורות ועיין בסי' צ"ה מ"מ כיון דהשתא הוא פחות מש"פ הלא אין הב"ד נזקקין על פחות מש"פ כיון דכלי ליתי' בעינא) (ולכן נראה דאם גזל כלי שהוא פחות מש"פ ונאבדה דהב"ד נזקקין על הדמים אפי' בפחות מש"פ דהא אמרי' בפ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ה) אמר רבא גזל שלש אגודות בשלש פרוטות והוזלו ועמדו על שתים אם החזיר לו שתים חייב להחזיר לו אחרת ותנא תונא גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך טעמא דאיתי' בעינא הא ליתי' בעינא אע"ג דהשתא לאו ממונא כיון דמעיקר' ממונא הוא בעי שלומי וע"ש בתוס' שכתבו דה"ה באחת שגזלה והוזלה שמחזיר לו אגודה או דמים ועיין ש"ע סי' ש"ס וא"כ כי היכא דאמרינן בגזל ש"פ והוזלה על פחות מש"פ דצריך להחזיר בעינא או דמים משו' דצריך לקיים והשיב את הגזילו' ה"ה ה"נ בכלי כיון דאית בי' דין ש"פ כשהיא בעיניה דצריך נמי להחזיר הדמים אע"ג דלית בי' ש"פ השתא בדמים כדי להשיב את הגזילה. אמנם בשומרין אכתי צ"ע דנרא' כיון דלא אשתעבד נכסי שומר אלא משעת פשיעה א"כ מטעם זה לא נתחייב בדמים וצ"ע ומיהו לפי מ"ש בסי' פ"ז סקכ"ג דהיכא דמודה במקצת בדבר שאין הב"ד נזקקין להוציא אלא שהוא בעצמו חייב לשלם לצאת ידי שמים כל שהוא חיוב גמור ע"ש הוי מודה במקצת דאע"ג דאין הב"ד נזקקין לא הוי אלא כמו אלם ותקיף שהודה דאע"ג דאין הב"ד יכולין לירד לנכסיו מ"מ מודה הוא כיון דמודה בחיוב וא"כ ה"ה בכלי פחות מש"פ אזלינן בתר מעיקרא בהודאת' כיון דמעיקרא כלי הוי חשיב הודאה וחיובא רמי עליה אפי' בפחות מש"פ לצי"ש אלא שאין הב"ד נזקקין להוציא ועמ"ש בס"ק י':

סעיף ה

שבוע' היסת עיין טור שהביא בשם הר"ר ישעיה דגם בשבועת היסת בעינן שתי מעין וכן דעת הר"ן והמרשים ועיין בירושלמי פ' האומר גבי אמר לשנים צאו וקדשו לי את האשה הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכו' הדא דתימא בשטר אבל בכסף לא והובא בתו' פ' האומר דף מ"ג והיינו בתר דתיקון רבנן שבועת היסת הוי נוגעין ע"ש ואי נימא דשבועת היסת בעי שתי כסף משכחת לה גם בקידושי כסף ובפרוטה ועיין בתוס' פ' האומר שהקשו דאית להו מגו דנאנסו ותירצו דנאנסו שבועה בעי והוי עד הצריך שבועה וא"כ למ"ד דשומרין צריכין שתי כסף אכתי משכחת בכסף ובפרוטה ואית להו מגו דנאנסו. ובש"ע

אה"ע סי' ל"ה בטור שם כתבו דבקידושי כסף הוי נוגעין וכן פסק הרמ"א שם וכתב או שטר שאין בו ש"פ והא הרמ"א פסק דשבועת השומרין בעי שתי כסף א"כ כי הוי נמי ש"פ אית ליה מגו דנאנסו וכן ש"ע בסי' רנ"ד ס"ל דשבועת שומרין בעי שתי כסף וא"כ איך סתם בש"ע אה"ע דבקידושי כסף הוי נוגעין הא משכחת לה בפרוטה. ומיהו לפמ"ש בש"ך בסוף סימן ס"ו דשבועת היסת כל שמכחישו בברי אע"ג דאית ליה מגו לטעין טענה שלא היה שכנגדו יכול להכחישו בברי אפ"ה צריך לישבע היסת א"כ לא מהני מגו דנאנסו כיון דהשתא טוען ברי ושבועת היסת לא בעי ש"פ:

סעיף ו

מדבר מסויים. והוא מדברי הר"ן פ' שבועת הדיינים וז"ל והיכא דטענו דוקא והלה מודה שוה אינה ההודא' ממין הטענה פטור ובריית דדינר זהוב והמודה משיב שוה דאמר אין לך בידי אלא דינר כסף ולרב שוה קאמר וקתני פטור ומיהו היכא דקא טעין שוה והלה מוד' דדוקא חייב דיש בכלל תביעה הודא' וסיפ' (דתו') [דמתני'] הכי מוכח דתני כור פירות יש לי בידך אין לך בידי אלא לתך קטניות חייב וטענה דפירות דומיא דשוה ואיהו בדוק' ותני חייב עכ"ל ובש"ך סק"ח כתב וז"ל אבל אם תובעו מנה מדבר מסוים והודה לו בשוה חצי מנה דבר מסויים אחר לא חשיב וכו' ולפי המתבאר מדברי הר"ן כיון דתובעו דבר מסויים אע"ג דמודה השיב שוה נמי לא הוי ממין הטענה:) (אבל קשה לפי מ"ש הר"ן דאם תובע דוקא וזה מודה שוה ל"ה ממין הטענה מהא דאי' בפרק האומר דף ס"ה שנים שבאו ממד"ה ואשה עמהם וחבילה עמהם זה אומר זו אשתי וזה עבדי וזה חבילתי ואשה אומרת אלו שני עבדי וחבילה שלי החבילה מונחת עד שיבא אליהו אא"כ נתנו שניהם גט והגט מביא לידי כתובה ע"ש ולמה תיגבה הכתוב' בתורת ממ"נ הא היא טוענת דוקא והוא החבילה והם השיבו שוה דאע"ג דאמרו זו אשתי חוב הכתובה שוה הוא וכיון דלא הוי ממין הטענה פטור אפי' משעורין וכמבואר בסעיף י"ב והנ' לפי מה שכתבו טעמא מטענו חטין והוד' בשעורין פטור אף משעורין משום דמחל לו השעורין כיון דלא תבעו וכיון דגבי כתובה ל"מ מחיל' דבסוף ביאה ד"ה אינה מוחלת וכדאי' ר"פ אעפ"י מש"ה לא שייך ביה טענו חיטין כו' וצריכין לסלק לה הכתובה מדמי החבילה ממ"נ אבל לפי טעמא דהודא' קשיא ויבואר הטעמים לקמן. ובריטב"א פרק האומר כתב דודאי כל היכא דאתי למיגבי בתורת כתובה לית לה כלל דכל כה"ג בתר הודא' דידה אזלינן כו' ולא עוד אלא כיון דהודית השתא שאחד מהן בעל' דקא תבעה כתובה הרי הוא כאלו הודית שאין לה בחבילה זכות אחר אלא מדין כתובה ונמצאת קרחת מכאן ומכאן אלא הבמ"ע דקא אתיא עלייהו ממ"נ שתאמר לדברי חבילה זו כולה שלי ולדבריכם הרי

יש לי בה לכל הפחות שיעור כתובה אחת וגוב' ממ"נ ע"ש: ואכתי תיקשי מה מהני ממ"נ כיון דהוי טענו חטין והוד' בשעורין דכבר נפטר משעורין והיכא מהני ממ"נ הא גבי חטין נמי אומר לדברי חטין מגיע לי ולדברך תן לי חטין שיעור שעורין אלא דכבר נפטר מטעמא דהודא' או מחילה וא"כ התם נמי הוי דוקא ושוה דאינו ממין הטענה ובש"ע סעיף י"ג מבואר דאפי' טוענו שוה והודה בדוקא שאינו חייב באחריותו לא הוי ממין הטענה ומכ"ש איפכא דוקא שאינו חייב באחריותו וזה משיב שוה דפטור לגמרי ואפשר דהתם גבי חבילה אותו הממון דאומרת לאו בשעת גבי' אלא בשעת התביע' אומרת חבילה שלי ולדבריכם נמי יש לי שיעור כתובה לכשאתגרש ובזה תו ליכא טעמא דמחילה כיון דבשעת תביע' אומרת בפירוש שאינה מוחלת אך אכתי תקשי לפי טעמא דהודא' דכיון דאומר בפירוש חטין מה מהני שאומר לדבריך תן שעורין כיון דהודה שאין השעורין מגיע לו וכעת צ"ע:

סעיף ז

ויש מי שחולק בתומי' כתב וז"ל ותמהני שהביא דעת הר"ן לחולק שהוא יחיד וכו' וכן נרא' דעת היש גורסין בפ"ק דגיטין דף י"ג אית ספרים דמפרשי הא דאמר רב מנה סתם חוששין למנה קבור היינו בפקדון וא"כ ע"כ מוכח דאף בפקדון האומר סתם לאו שוה קאמר דאל"כ איך ס"ד למנה קבור הא לא מיחד לי' מנה כמ"ש הרשב"א והר"ן גופא דמהך חיישי' למנה קבור מוכח דבמתנה דוקא קאמר וא"כ אף פקדון מוכח מהך גירסא והוא גירסת ר"י וכמ"ש הרשב"א בחידושיו ומבואר דלא כר"ן ע"ש. וא"כ קושיא כלל דודאי לפי גירסת הספרים שלנו דמיירי רב במתנ' בזה הוא דהוקש' לראשונים כיון דשוה קאמר תו ליכא חשש למנה קבור כיון דציוה שיתנו לו שוה מנה וכמבואר קושיא זו בר"ן ומש"ה הוצרך לחלק בין תובע משוה קאמר כדי שיתחייב הנתבע ש"ד אבל בנותן דוקא קאמר אבל לפי גירסת הספרים דמיירי רב בפקדון מעיקרא לא קשה מידי דהא אפי' נימא דשוה קאמר הרי הוא כאומר הופקד אצלי פקדון ששוה מנה ופקדון כל היכא דאי' ברשותא דמאריה איתא א"כ חיישי' שמא אותו פקדון ששוה מנה קבור הוא ודוקא לענין מודה במקצת אמרינן כיון דלא יחד הדבר וזה תובע הפקדתי אנלך דבר ששוה מנה וזה משיב דבר שוה חמשים הוי ממין הטענ' אבל לענין אחריות הפקדון גם במודה שוה ודאי אם הוא קבור א"צ ליתן דמיו וז"ב אפשר דמש"ה גרס ר"י דהא דאמר רב חיישי' למנה קבור היינו בפקדון משום דקשיא קושיות הר"ן כיון דרב שוה קאמר לזה פי' בפקדון ובפקדון אפי' שוה מ"מ כל היכא דאיתי' הפקדון ששוה מנה נמי הוא ברשות בעלים ואם הוא קבור א"צ לשלם דמיו כיון דמונח בעין ועמ"ש בסי' רנ"ב:

סעיף ח

פטור אף מן השעורים שטת הרמ"ה דמש"ה פטור דמצי טעין משטה אני בך כיון שלא תובעו השעורין לא הוי הודא' כלום והשיג עליו הרא"ש מסוגיא דפריך הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק לימא תיהוי תיובתא דרבה בר נתן דאמר טענו חטין וכו' ומתני' ע"כ מיירי דאיכא עדים שראו את הנגיח' דאי ליכא עדים הוי מודה בקנס וא"כ כיון דאיכא עדים שראו את הנגיח' ולא ידעי אם קטן אם גדול עכ"פ צריך לשלם את הקטן כדאמרי עדים וע"ש באשר"י שכתב דמש"ה פטור משעורין דהוי כאלו הודה התובע שאין לו בידו שעורין וכ"כ תוס' פ"ק דסנהדרין דף ה' משום הודאת התובע וזה נרא' דעת הש"ע אבל מדברי הרמ"א נרא' דס"ל הטעם משום דמחל לו השעורין וע' בה"ה פ"ט מנזקי ממון דעתו דכי אית עדים שא' מהם הזיק או גדול או קטן צריך לשלם הקטן כדאמרי עדים וסוגיא דפ' המניח מיירי בלא עדים ואזלא למ"ד פלגא נזקא ממונא וע"ש. והש"ך ברוחב בינתו העמיק הרחיב והעלה כשטת הרמ"ה דפטור בשעורין משום השטא' וסוגיא דהמניח בלא עדים וכמ"ד פ"נ ממונא כמ"ש הה"מ עוד שם וז"ל ועוד אומר שלחנם דחקו הה"מ והנ"י אלא שיש לומר דאזלא למ"ד פ"נ קנסא ומשכחת לה כשעמד בדין וזה טוען העמדתיך ונתחייבת בדין על הגדול וזה משיב הקטן הזיק והעמדתני בדין ונתחייבתי בקטן וכו' ומשום דסיפא דומיא דרישא דתני בזה אומר שורך הזיק וז"א לא כי אלא בסלע לקה דע"כ מיירי בלא עדים דאל"כ נחזי עדים מאי קאמרי ע"ש אמנם לפענד"נ דע"כ הסוגיא מיירי דאיכא עדים וגם הרישא והסיפא בעדים מיירי דהא אמרו שם בסוגיא זאת אומרת חלוקין עליו חביריו על סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין וסומכוס לא אמר אלא בדררא דממונא ופי' תו' דהיינו שהס' בלא טענותיהם ואי בליכא עדים כלל אין זה ספק דררא דממונא אלא ספק שעל ידי טענותיהם וע' בתו' פ' השואל דף ק' ד"ה דמי עבד גדול וז"ל וא"ת והיכי קאמר סומכוס יחלוקו והא ליכא דררא דממונא ואמרי' בפ"ק דלא פליג סומכוס וי"ל דמיירי כגון שאמר לו המוכר בפני עדים עבד גדול אמכור לך בכ"ה דינרין ועבד קטן בעשרים דינרין ולא ידעינן מה קיבל הלוקח ע"ש והרי מבואר דסומכוס לא קאמר אלא היכא דאי' עדים דהספק לב"ד בלא טענותיהם ע"י העדים וע"כ גם הרישא מיירי דעדים ראו המעש' ולא ידעי אם בסלע לקה או שורו הזיק וכן בסיפא העדים ראו המעש' ולא ידעי אם גדול אם קטן וא"כ מוכח דאפי' איכא עדים פטור. גם מ"ש הש"ך שלחנם דחקו הה"מ והנ"י אלא דיש לומר כשעמד בדין מלבד שיתעורר הקושיא דא"כ אין זה דררא דממונא וכמ"ש אבל יותר תמה אני על עצמי דרואה אני דהש"ך בחר בשטת הרמ"ה מכח הקושיות שנפלו בסוגיא והוא מה שהקשו להרמב"ם

דס"ל זה אומר חטין וזה משיב א"י אם חטין אם שעורין חייב בשעורין וסוגיא שם משמע דגם בזה פטור ועוד דמה פריך מהיו הנזקין שנים והמזיקין שנים וע' ש"ך שהעלה מזה דגבי נזקין איכא למימר ביה יותר טעמא דהשטא' ומשום דהמזיק לא הי' צריך להשיב על טענתו כלל כיון שהניזק עצמו יודע שהמזיק לא הי' אצל ההיזק ע' ש"ך שסובב הולך על סברא זו כמה פעמים בסי' זה וגם בסי' ת' ואי מיירי בעמד בדין וזה טוען העמדתיך בדין על הגדול ונתחייבת על הגדול הרי המזיק הי' שם דאין גומרין דינו אלא בפניו ובע"כ צריך לפרש הסוגיא דלא כהלכתא וכמ"ד פלגא נזקא ממונא: אמנם העיקר כדברי הש"ע דאפי' איכא עדים פטור ומה שהקש' בש"ך בסוגיא יבואר לפנינו וזה יצא ראשון ליישב מה שהקש' הש"ך דמאי פריך מבבא דמועדין ז"א מועד הזיק את הגדול וז"א מועד הזיק את הקטן ומ"ש מדמי עבד גדול ודמי עבד קטן גם בסי' ת' הק' קושיא זו ע"ש. אבל דברי הרמב"ם וש"ע נכונים לפמ"ש הנימוקי בפ' המניח גבי מזיקין שנים ונזקין שנים הק' הא זה טענו שניהם הגדול והקטן וכשזה מודה לו בקטן ובמקצת מן הגדול הרי הודה ממין הטענ' וז"ל ולא מצית אמרת דבכה"ג כמודה במקצת הוא וכטוענו בדמי חטין והודה לו בשעורין דלא אזלינן בתר עיקר הדבר דאתי הטענה מחמתי' אלא בתר הממון דאית ליה גביה בשעת התביע' וחייב דמודה במקצת הוא וחייב דבכלל מאתים מנה ומתני' נמי בין לטענתו דניזק בין לטענתו דמזיק אית ליה לניזק לאשתלומי מהני השורים המזיקין ואין החילוק אלא אם הזכות הוא דמי גדול או דמי קטן וכל כי האי דחלוקין בין פחות ויתר הוא מודה במקצת דהא ליתי' דאפי' בדמי חטין בכה"ג דמתני' הוי כטענו חטין משום דאזלינן בתר עיקר הדבר דאתי' מחמתי' ובמתני' נמי כי טעין ליה נזק שור גדול ומודה ליה בניזק שור קטן בתר עיקר הדבר דאתי מחמתי' דהיינו דתבעו לו גוף גדול והוד' לו בקטן אזלינן והיינו דאקשינן ואמאי טענו חטין וכי אמרינן בעלמא דטענו דמי חטין והודה לו דמי שעורין חייב היינו דוקא שעשאו דמים מקמי תביע' כגון דתבעו דמי דזבין ליה או דגזליה ואזקי' ונתחייב כבר בב"ד בדמים ומתני' דהכי שמעי' וה"נ גבי אחד אומר חבית של יין וא"א חבית של שמן מצטרפין כגון דשויא תובע להההיא משחא או חמרא דמים מקודם לכן כדאי' פרק ד"מ בתרא עכ"ל ובדבריו ניחא כמו גבי מועדין כיון שזה אומר גדול מן המועד הרי הודה ומחל נזק הקטן מן המועד כמו דאמרי' בשניהם תמין דהוי חטין ושעורין אע"ג דלא מחל כלום שהרי תובע גם נזק הקטן אלא כיון שאומר גדול את הגדול אינו תובע אלא גדול מן הגדול ומחל קטן מן הגדול א"כ ה"ה במועדין כיון דאזלינן בתר עיקר ובש"ך הביא דברי הנימוקי להוכיח דמועד הזיק את הגדול הוי דמי עבד גדול ודמי עבד קטן אבל המעיין בנימוקי ירא' דכתבו בשם

הרמ"ה ואח"כ כת' הדברים הנז' ואפי' דמי עבד גדול היינו דוקא שעשאו דמים ומשמע דחולק על הרמ"ה וכבר איפלגו בזה קמאי אי אזלינן בתר עיקר הדבר או בתר השתא הובא בב"י וז"ל אבל האומר לחבירו שדה גדול' הזקתני והוא אומר לא הזקתיך אלא שדה קטנה פטור כיון שלא נתברר הנזק ולא נתחייב בה ועל השד' הם דנין שדה גדול' וקטנ' חטין ושעורין נינהו זו היא שיטת רבינו נ"ר בזה והוא דעת הרמב"ן וראיית כל סברא וסברא כת' שם באורך עכ"ל וא"כ אפשר דהרמ"ה מכת הסוברים דאזלינן בתר השתא אבל אנן ס"ל דאזלינן בתר מעיקר' וכ"מ מלשון הרמב"ם פ"ה משאל' מעשה בחד בר נש דאפקיד גבי' חברי' שק ונאנס הדין אומר מטקסין הוי בי' והוא אומר חלי זהב ומרגליות הוי בי' ואמרו חכמים שישבע המפקיד ויטול ולמה לא יטול בלא שבוע' דהוי משאיל"מ משום דאף אם הי' הנפקד טוען ברי הו' טענו חטין והוד' לו בשעורין והי' נשבע היסת ונפטר עכ"ל ואע"ג דהשתא כבר נאנס ודמים איכא בנייהו לא אזלינן בתר השתא אלא בתר מעיקר' והוי שני מינין וע"ש בדברי הראב"ד ובאשר"י ס"פ הכונס ובר"ן פ' שבועת הדיינים בשם גדולי המורים וברשב"א ונימוקי פ' הכונס כולם כאחד כתבו על ההיא מעשה והוא בירושלמי דהוו טענו חטין והודה בשעורין א"כ מוכח דאזלינן בתר מעיקר' וכן עיקר: ואחי החכם השלם מוהר"ר יהודה כהן ש"ן הק' מדברי הרמב"ם פ"ג מטוען שכ' וז"ל מנה לי אצלך הלוא' להד"מ אבל חמשין פקדון או משום נזק וכיוצא בו הורו רבותי שזה מודה במקצת כו' ומה לי נתחייב משום הלוא' או משום פקדון או משום נזק עכ"ל ואי נימא דאזלינן בנזק בתר מעיקר' כ"ז שלא עשאו דמים לא הוי ממין הטענ' ולק"מ דכיון דהרמב"ם ס"ל דאפי' מועד ותם לא הוי טענו חטין והוד' בשעורין כיון דתבעו מועד דמשלם מעליי' כל נכסיו בכלל ועוד נרא' דכיון דאינו אומר נזק של חפץ פ' אלא נזק סתם הרי הוא כמו עשאו דמים וכאלו מודה שחייב לו דמים של הנזק ודו"ק. ועתה ידעתי שלא לחנם העלו הה"מ והנ"י הסוגי' אליבי' דהרמ"ה דלא כהלכת' אלא כמ"ד פ"נ ממונא ולא מפרשי לה בעמד בדין וכמ"ש הש"ך מדפריך מהיו מזיקין שנים והוי כמו דמי עבד גדול ודמי עבד קטן אלא משום דאזלינן בתר עיקר הדבר דאתי' מחמתי' וכמ"ש נ"י אבל אי מיירי בעמד בדין אם כן כבר עשאו דמים וכמ"ש הנימוקי או דאזקי' ונתחייב כבר בב"ד וא"כ ודאי הוי דמי עבד גדול ולא הוי פריך מידי להכי מפרשי לה קודם שעמד בדין ודלא כהלכתא אלא כמ"ד פ"נ ממונא וז"ב. ומ"ש הש"ך בדעת הרמב"ם דהוא נמי סובר טעמא דהשטא' וכשיטת הרמ"ה המעיין בל' הרמב"ם פ"ג מטוען ירא' דאין טעמו משום השטא' וז"ל כור חטין יש לי בידך וז"א אין לך בידי אלא כור שעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומר א"ל בידי שעורין תמצ' זה דומה

למי שאומר לחבירו בב"ד מנה לך בידי וא"ל האחר אין לי בידך שאין ב"ד מחייבין אותו ליתן כלום עכ"ל הרי מבואר דטעמו משום הודאה או מחיל' גם מ"ש בש"ך דעת רש"י ותו' כשיטת הרמ"ה המעיין ברש"י ס"פ המניח כת' בהדיא כיון שלא תבעו הודה ומחל לו השעורין גם בתו' פ"ק דסנהדרין דף ה' רצו מתחל' לומר משום מחיל' ולהוכיח דמחיל' א"צ קנין והדר מפרשי משום הודא' ע"ש וטעמא דהשטא' ודאי לא ס"ל. וע' בתוס' ס"פ הכותב דאמרו שם היכא דליכא עדי גירושין נאמן לומר פרעתי במגו דלא גרשתיך והקש' מה מגו היא זו דאם יאמר לא גרשתיך יתחייב בשאר וכסות ותי' דפטור לגמרי משום דהוי טענו חטין והודה בשעורין ע"ש ומזה מוכח דתו' ס"ל דאפי' איכא עדים אם חטין אם שעורין נמי פטור דהתם נמי ידוע שזו אשתו והבעל חייב לה או כתובה אם גירשה או שאר וכסות אם לא גירשה ע"כ צ"ל דתו' ס"ל דאפי' איכ' עדים פטור ומשום מחיל' או הודא' ולפי שיטת הרמ"ה דטעמא משום השטאה יתעורר קושיות התו' לדוכתי'. אמנם קשה לי בדברי תו' דאמאי הוי חטין ושעורין דהא תובע שוה והודה בדוקא שהוא באחריותו הוי ממין הטענ' וכמ"ש בש"ך ס"ק כ"ה וא"כ זו שתובעת כתוב' הוי כמו שוה ונהי דשאר וכסות הוי כמו דבר מסויים מ"מ הא הוא באחריותו והי ממין הטענ' ואפשר דכ"ז שלא עשאה דמים הרי הוא כמו שתובעת עיקר כתוב' דכ"ז שלא זקפה עליו במלו' הוי עלה תורת כתוב' וכדאי' בפ' השולח לענין שמיטה ולא הוי כתובעת שוה מנה אלא עיקר כתוב' וזה משיב שאר כסות וכופר בעיקר כתוב' ואזלינן בתר עיקר הדבר דאתי מחמתי' וכמ"ש ואכתי צ"ע:

סעיף ט

כאלו הודה התובע. ע' ש"ך שהק' לפי טעמא דהודאה מה מהני תפס כיון דכבר הודה שאינו חייב לו שעורין ונ"ל דודאי כיון דקי"ל הודאת בע"ד כמאה עדים א"כ ראוי הי' לחייב את הנתבע בשעורין כיון דהוד' אלא כיון דהתובע נמי הודה שאין חייב לו שעורין לא מפקינן מיניה השעורין ובחטין הא כפר ליה אבל אם תפס התובע לא מפקינן מיניה כפי דמי השעורין דאע"ג דהתובע הוד' שאין לו שעורין והודאתו כמאה עדים מ"מ כיון דזה נמי הוד' שחייב לו שעורין מאי חזית דאזלת בתר הודאת תובע זיל בתר הודאת נתבע ולא מפקינן מיניה והוי כמו תרי ותרי והיכא דקיימא ליקום וז"ב. אחר כתבי מצאתי שהרמב"ן בספר המלחמות כתבו והבליע אותו בנעימות לשונו ע"ש ר"פ הפרה בויכוח שיש לו עם בעה"מ ומתוך דבריו לקטתי הנוגע לדברינו וז"ל ולא דמי להההיא דאמרינן בשלהי המניח דניזק אומר שמא דמחייב אידך ולא מצי אידך לומר גלית אדעתך דאיהו אזקך דהתם כיון דמזיק אומר ברי ומודה ליה הוי הודא' גמור' שהוא חייב לו ומ"מ

בשניהן ברי הואיל וזה אומר חייב אני לך וז"א אינך חייב לי אוקי ממונא בחזקת מאן דתפיס ולא מזדקינין להו והכי אית' בפ' השולח גבי נתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא נתן לי עכ"ל וע' בתוס' בפ"ה שם גבי נתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא נתן לי דהודאת בע"ד כמאה עדים והקשה ומה חזית למיזיל בתר הודאת המקבל ולא בתר הודאת נותן ותירצו דהנותן פעמים טועה אחר שדעתו הי' ליתן למקבל סבר שכבר נתן והרשב"א בחידושיו תירץ כיון שהמקבל הוד' שלא נתן מוקמינן השדה בחזקת בעלים הראשונים וע"ש ולזה כוון הרמב"ן והיינו כדברינו אלה דכיון דתפס לא מזדקק ב"ד להוציא כיון שזה הוד' שחייב הוי כענין ספיקא דתרי ותרי וכמ"ש ובזה מיושב מה דקשה בדברי הש"ע בסי' פ"א סעי' ד' שאם התובע תפס ממון הנתבע בשעת הודאתו כנגד המנה שהודה א"י לטעון השטאה והוא מדברי בעה"ת שער מ"ב ז"ל ואי תפיס הוי הודאה גמורה כדאמרינן בטענו חטין והודה לו בשעורין וזה יתכן לטעמא דהשטאה שפיר מוכח דתפיסה מסלק השטאה אבל לשטת הש"ע דאית ליה טעמא דהודאה וכן בעה"ת נמי ס"ל טעמא דהודא' א"כ היכי מוכח דתפיס' מסלק השטאה וקושיא זו הקשה בגי"ת שער מ"ב ובש"ך סי' פ"א ע"ש. ולפי מ"ש ניחא דרי"ו נתיב ב' ח"ב כתב דגם הרא"ש סובר טעמא דהשטאה והיינו אם טענו בשעה שאינו ידוע דכה"ג לא שייכי טעמי דמחיל' והודא' יכול לחזור מהודאתו היכא דליכא עדים משום טעמא דמשטה ועיין ש"ך סי' פ"א סעיף קטן נ"ו ואם כן לכ"ע מוכח דתפיס' מסלק השטא' דאי נימא דמצי טעין השטא' היכא מהני תפס לדמי שעורין בס"פ המניח גבי גדול וקטן הא התובע הודה שאין לו בקטן והודאת בע"ד ודאי יותר מעדים ואם כן אפי' עדים לא מהני נגד הודאת בע"ד ואי משום דהנתבע נמי הודה ואיכא נמי הודאת בעל דין הא הנתבע מצי אמר משטה אני בך ואם כן הודאת נתבע לאו כלום הוא אלא על כרחך דתפיס' מסלק טענת השטא' ואם כן איכא נמי הודאת נתבע דהוי נמי כמאה עדים והוי ספיקא אבל אי לאו הודאת נתבע ליכא ספיקא כלל דהודאת בע"ד יותר ממאה עדים וא"ש דברי בעה"ת וש"ע ולפי מ"ש דלא מהני התפיס' אלא מכח הודאת הנתבע דהוי נמי כמאה עדים והשטא' לא מצי אמר דתפיס' מסלק טענת השטא' א"כ ממילא צריך להיות התפיס' דוקא קודם שחזר מהודאתו וכמ"ש הסמ"ע אבל אם תפס אחר שחזר מהודאתו א"כ הודאת נתבע ליכא דהא מצי אמר משטה כיון דליכא תפיסה קודם שחזר מהודאתו א"כ תפיסת התובע לא מהני כיון דכבר הודה שאין לו שעורין והודאת בע"ד יותר מעדים וכמ"ש ובש"ך השיג על הסמ"ע שהעתיק דברי הנימוקי דבעינן תפס קודם שחוזר מהודאתו משום דנימוקי לא כתבו אלא לשטת הרמ"ה אבל לטעמ' דהודא' מה לי תפס קודם שחוזר מהודאתו

או אח"כ ולפי מ"ש דברי הסמ"ע נכונים וכ"ז ברור ועמ"ש בסי' פ"א: והנה אחי החכם השלם מוהר"ר יהודה הקשה במ"ש הרשב"א גבי נתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא נתן לי דמש"ה אמרינן הודאת בע"ד אע"ג דגם הנותן הודה לא מפקינן מחזקת בעלים הראשונים. דהא שם אתמר נמי הך מלתא באומר לעבדו כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי דהודאת בע"ד כמאה עדים ע"ש דף מ' והא עבד מוחזק ותפוס בעצמו וכמ"ש הראב"ד והרמב"ן להוכיח מטבי עבדי דלא מהני בקנס בלא עדים אפי' תפס ע"ש ועמ"ש בסי' א' סק"ה וא"כ כיון שהעבד מוחזק ותפוס נימא איפכא הודאת נותן כמאה עדים. ולי נראה דלא שייך תפיס' בעבד אלא היכא דליכא ספיקא במלתא וכמו האי דראב"ד ורמב"ן משא"כ היכא דאיכא ספיק' אין העבד נקרא מוחזק ותפיס כיון דעבד גופו קנוי לבעלים והוי ספק בזה גופא אם התפיסה תפיסה או לא שזה ל"מ תפיסה מספ' וכמ"ש מהר"ש בחלק ח"מ סי' ל"ז ובמוהרי"ט ח"א סי' קנ"א ועמ"ש בספרי ש"ש פ"ה ובזה ניחא דברי הרמב"ם פ"ח מעבדים שכ' מכרו לישראל מומר הרי זה ספק לפיכך אם תפס כדי דמיו מרבו ראשון כדי לצאת בהן מיד המומר אין מוציאין מידו ואח"כ כתב בן בבל שנשא אשה בארץ ישראל ודעתו לחזור והכניס' לו אשתו עבדים ושפחות הרי אלו ספק אם הם כמי שמוכרם אותם לחוץ לארץ ע"ש וקשה אמאי לא כתב דיצאו לחירות כיון דספק הוא והוא מוחזק בעצמו וכבר הרגיש בקושיא זו בלחם משנה עוד הקשה דלמה לא כתב הרמב"ם גבי מומר לענין אם ברח אם יכולים בעלים הראשונים להשתעבד כיון שהעבד הוא תפוס. והביא ראי' משם הרמב"ן דעבד מיקרי תפוס ולפי מ"ש ניחא דעבד לא הוי תפוס אלא היכא דליכא ספיקא והוי כמו גיטו וידו באין כאח' משא"כ היכא דאיכא ספק אם ראוי להיות בן חורין לא מהני תפס כיון דבזה הוא הספק אם הוא תפיס דאם עבד הרי גופו קנוי לבעלים ואין זה תפוס להכי לא כתב הרמב"ם אלא אם תפס כדי דמיו מרבו ראשון כדי שיצא מתחת יד המומר ודו"ק ויש עוד בזה להאריך אבל אין כאן מקומו:

סעיף י

שאיני חייב לו שעורים והנה דעת הש"ע נראה שהוא משום הודאה דהודה התובע שאינו חייב לו שעורים ואיכא למידק אם לא מחל במה יפטר משעורין אם יודע בעצמו שחייב לו אמנם מדברי רבינו ירוחם נראה דאם יודע בעצמו שחייב שעורין צריך לשלם ע"ש שכ' בנתיב ג' ח"ב דלהרא"ש אם הנתבע מחזיק בטענתו ואומר שעורין חייב בשעורין ע"ש והא דפריך בש"ס הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק ולא משני כשהנתבע מחזיק בטענתו דכיון דקי"ל פ"נ קנסא א"כ כיון דיכול לחזור מהודאתו אפי' איכא עדים

כיון שהנתבע נמי מודה וכמ"ש בס"ק ט' א"כ הוי מרשיע עצמו ופטור בקנס וכן אם חזר הנתבע מהודאתו ויודע בעצמו שחייב לו שעורין אינו יוצא ידי שמים עד שישלם לו כיון דלא מחל לו לפי טעמא דהודא' ועיין בתוס' ס"פ הכותב גבי מגו דלא גרשתיך דהקשו דיתחייב בשאר כסות ותי' דהוי טענו חטין והודה בשעורין קשה לפי טעמא דהודא' א"כ אם מחזיק בטענ' שעורין יתחייב לשלם ואם יכחיש הבעל הכל לא יוכל דממ"נ חייב או כתובה או שאר כסות דבשלמא בחטין ושעורין ואיכא עדים שלוה או חטין או שעורין ותובע אומר חטין א"כ הנתבע אומר חטין איני חייב ובזה אינו מכחיש העדים דלא ידעי מחטין בבירור ושעורים אינו חייב אע"ג דעדים ידעי שחייב עכ"פ שעורין כבר הוכחשו מן התובע דאומר שאינו חייב שעורין אבל באשה שידוע שזה בעלה היאך יוכל להכחיש שאינו בעלה כלל שהוא דבר הידוע וגם לב"ד ידוע ועיין בתוס' פרק מרובה שכתבו גבי בא הרוג ברגליו דלא שייך תרי כמאה בדבר הידוע לכל העולם ואפשר דגם התם אע"ג דידוע שזה בעל' ואין הספק אלא אם גירש' או לא וא"כ ממ"נ יש לה כתובת' או שאר כסות כיון דלא מחלה מ"מ נהי דהבעל אינו יכול להכחיש ולומר אין זו אשתי שהוא דבר הידוע יוכל לומר פרעתי שאר וכסות וכיוצא בטענ' הפוטרות אע"ג דבעלמא אינו נאמן בשאר וכסות לומר פרעתי הכא כיון שהאש' כבר הודית שאין לה שאר כסות גם הבעל יוכל לומר איזו טענ' הפוטרת ובזה ניחא ליישב דברי התוס' ס"פ הכותב בסברתם שכתבו דהוי טענו חטין וכו' והקש' מהא דאמרינן פ' בתרא דכתובות האש' שהלכ' היא ובעל' למד"ה ובאה ואמר' גרשני בעלי מתפרנסת והולכת עד כדי כתובת' ואמאי דלמא הוי טעין בעלה לא גרשתיך והוי פטור גם ממזונות ותירצו דשמא אם היה בעלה היה מודה לדברי' עכ"ל ומה אעשה שלא הבנתי דבריהם דממ"נ אם היה מודה גם כתובתה יותן לה תיכף ע"כ לאו מפיה אנו חיין ואמרינן דהבעל היה מכחיש' לומר לא גרשתיך א"כ מזונות מאין יבא לה. והנה לדעת הרמב"ם דאם הנתבע משיב א"י אם חטין אם שעורין חייב בשעורין א"כ ניחא דהב"ד פטורין מלמיתב לה כתוב' כיון דהם מסופקים שמא לא גירשה אבל מזונות מחויבים הב"ד ליתן לה אבל לדעת הראב"ד ודעימי' אפי' תובע ברי ונתבע שמא נמי פטור משעורין קשה. ולפי מ"ש ניחא דהיכא דהבעל טוען לא גרשתיך ועל השאר כסות פרעתי או נמחל לי פטור דאע"ג דאינו נאמן מ"מ כיון שהאש' הודית שאין לה מזונות אין הבית דין נזקקין לה והבעל אינו מחוייב לשלם כיון שטוען טענה הפוטרת בשאר כסות אבל היכא דאין הבעל לפנינו הוי הב"ד על השאר כסות כמחזיקין בטענתן דלא גרשתיך אבל שאר כסות מגיע לה ומש"ה יהבי לה מזונות ודו"ק. מיהו כ"ז לפי טעמא דהודא' אבל לפי טעמא דמחיל' אעפ"י שמחזיק בטענתו

ויודע בעצמו שחייב הוא לו פטור אפי' לצי"ש כיון דכבר מחל לו ומ"ש תוס' ס"פ המניח דאפי' לרבה בר נתן דס"ל טענו חטין והודה בשעורין פטור משעורין אפ"ה חייב שבוע' לר"ג דלא בעי ממין הטענ' ע"כ לאו משום טעמא דמחל ס"ל (דא"כ) א"כ מודה כלל אבל לפי טעמא דהודא' כיון דמוד' לפנינו בחיובו מקרי כי הוא זה כגון דחייב הוא לצי"ש וכמ"ש בסי' פ"ז ס"ק כ"ג ודו"ק היטיב ועמ"ש בסק"ד:

סעיף יא

כאלו מחל. קשה לפי זה מאי פריך הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק מבבא דגדול וקטן הא בירושלמי אמרו בפ' אלו נערות דקנס אינו יכול למחול קודם העמדה בדין אפי' לש"ס דילן דקנס יכול למחול וכמ"ש תוס' ר"פ אלו נערות כבר כת' הרמב"ן לפי שבשעת ביא' הוא מתחייב וכיון דמרצונ' נעשה הוי כאומר קרע שיראין שלי והפטר וע' בר"ן פ' א"נ אבל הכא לא שייך טעם זה כיון דהנזק כבר נעשה. ונרא' דאע"ג דשאר קנס ליתי' במחיל' הכא שפיר מצי מחיל דבפ' המניח (בבא קמא דף ל"ג) אמרינן בין ר"ע לר"י איכא בינייהו הקדישו ניזק והקשו תוס' לר"ע היאך יכול להקדישו הא קנס לא זכה עד העמד' בדין כו' וי"ל דהיינו טעמא דזוכ' משעת נגיח' משום דגלי לן קרא דמשמע לר"ע ומכרו את השור החי אמזיק וניזק קאי ע"ש הרי דלר"ע דקי"ל כוותי' גלי קרא דיכול למכרו קודם העמד' בדין א"כ ה"ה שיוכל למוכרו או למוחלו למזיק אמנם לפי מה שמבואר אצלינו בסי' ת"ז בשטת הרמב"ם וש"ע דקודם העמד' בדין גם לר"ע אינו יכול למוכרו ולהקדישו והא דאמרו הקדישו ניזק איכא בינייהו היינו לאחר העמד' בדין וע"ש א"כ הדרא קושיא לדוכתי' מיהו הר"ן כת' בר"פ א"נ עוד טעם אחד בהא דס"ל לש"ס דילן ביתומ' ומפות' והוא משום דזה דומ' לכותב לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסייך דאם מתה אינה יורשה דנחל' הבא לו לאדם ממקום אחד מתנה עלי' שלא ירשנה ע"ש וא"כ ה"נ כיון דלא תבעו סילק נפשו וסילוק מהני בקנס קודם העמד' בדין:

סעיף יב

ואם תפס. בס"פ המניח הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק ומשני ראוי לטול ואין לו והא תניא הרי זה משתלם לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן ומשני כשתפס וקשה דהא מבואר בתוס' פה"ש דף ק' דהיכא דאיכא דרא דממונא מהני תפיס' אפי' בעדים ע"ש וא"כ כיון דזה אומר גדול וז"א קטן ע"כ הוי דרא דממונא מדאמר סומכוס חולקין וסומכוס לא אמר אלא בדרא דממונא וכמ"ש בס"ק ח' א"כ כיון דתפס ישתלם כדאמר ניזק וצ"ע. שוב מצאתי בתומים בקונטרס תפיס' שעמד בזה וכבר העמיק הרחיב בזה אחי החכם השלם מוהר"י ש"ן בקונטרס הספיקות ע"ש:

סעיף יג

דמי השעורין. בתומים כת' בטוען הפקדתי בידך חטין וזה משיב פקדון שעורין דלא שייך טעמא דמחיל כיון דידוע שהשעורין בעין וכל היכ' דאיתי' ברשותא דמארי' איתי' א"כ ל"מ לשון מחיל' רק דוק' לשון מתנ' וזה אינו בלשון שיהי' כאומר אני נותן לך ע"ש וליתי' דהא אשכחן בפ' חזקת גבי חזק' דשלש שני' עד תלת שנין לא קפיד טפי קפיד ומדשתק מחיל אע"ג דבקרקע ודאי לא מהני אלא לשון מתנ' אלא ודאי כל ששתק בדעתו ליתנו לו והיכ' דהוא חוב מוחל לו והיכ' דהוא דבר מסוים נותנו לו ודוק' אומר בפי' לשון מחיל' בדבר המסויי' לא מהני אבל סתמ' מה דמוכח משתיקתו נעש' כלשון מתנ' ונמי כלשון מחיל' היכא דשייך וז"ב ופשוט. מיהו אם הפקדון עומד ברשות אחר לא מיפטר כיון דלא זכה בו כל שעומד ברשות אחר ואין להקשות דא"כ למה משני בש"ס גבי תמין כשתפס הא אפי' עומדת באגם נמי לא מהני מחיל' כיון דקי"ל כר' עקיבא דאמר יוחלט משום דקודם העמד' בדין עדיין לא הוי דניזק ומהני סילוק קודם העמד' בדין וכמ"ש בס"ק י"א ואפי' לפי דעת התוס' פ' המניח דרבי עקיבא ס"ל דיכול למוכרו קודם העמד' בדין היינו אם עמד בדין איגלאי מלת' למפרע דשל הניזק הוי אבל זה שאינו תובע הקטן וקודם העמד' בדין יכול למוחלו דעדיין אינו שלו וכיון דכבר מחל לו לא מהני העמד' בדין דכבר סילק נפשו וכמ"ש הר"ן בר"פ א"נ דנחל' הבאה לו לאדם מתנה עליו שלא ירשנה ודו"ק:

סעיף יד

אין מוציאין מידו. כבר כתבנו לפי טעמא דהודא' הא דמהני תפיס' היינו משום דגם הנתבע הוד' שחייב לו שעורין ומש"ה כשתפס התובע אין מוציאין מידו דהוי כעין ספיק' דתרי ותרי ע' ס"ק ט' אך אכתי תיקשי תינח בממונא אבל בתמין דהוי קנסא ואינו מתחייב אלא עפ"י עדים וא"כ כיון דהתובע הוד' שאינו מגיע לו הקטן הודאתו יותר מעדים אלא דאיכ' נמי הודאת הנתבע ובקנס מה מהני הודאת נתבע כיון דעפ"י עדים אינו מתחייב לכן נרא' מזה ראי' למ"ש הראב"ד גם הרב המגיד בפ"ט מנזקי ממון דגבי פלגא נזקא מהני תפיס' בתר הודאת המזיק ואע"ג דבשאר קנסות לא מהני תפיס' פ"נ קנסא שאני ע"ש וא"כ א"ש דמהני תפס גם בתמין:

סעיף טו

שנתת אותם דמים. ואע"ג דלעיל בסעיף ח' כת' בטוען שוה והוד' בדוק' הוי ממין הטענ' היינו התם שהוא תובע חוב שוה וכגון פירו' וזה הוד' בדבר מסויים קטניות וגם הקטניות חוב הוא ובאחריותו לשלם אבל כאן הדוק' שהוד' אינו חוב אלא הוא דבר מיוחד לתובע

לא הוי ממין הטענ' וכ"כ בש"ך ס"ק כ"ה וקשה דהא בסעיף י"ט שכ' תובע מנה הלוא' ומודה בחמשים פקדון דהוי ממין הטענ' אע"ג דזה שוה וזה דוק' וליכ' למימר משום דפקדון נמי באחריותו הוא דנרא' דשוה ודוקא לא הוי ממין הטענ' אלא היכ' דשניהם חוב ממש וכגונ' דכ' הר"ן בתובעו פירות ומודה קטניות דזה וזה חוב ועל אחריותו לשלם חובו אבל פקדון אינו חוב אלא אחריות גניב' ואביד' רמי עלי' וכל היכ' דאי' ברשותא דמארי' איתי'. מיהו באשר"י פרק השואל ז"ל וכדברי הרמב"ם דבין חטין ושעורין לא טעו אינשי וכו' אבל בין מלו' לפקדון טעי אינשי דפעמים יש לו מעות ביד חבירו ימים רבים ושכח אם בתורת הלוא' או בתורת פקדון עכ"ל ע"ש ומשמע דהטעם הוא דהוי מלוה ופקדון ממין הטענ' משום דטעי אינשי וצ"ל דכאן באומר נתת דמים בחפץ פ' לא טעי אינשי בהכי וכן באומר ע"מ לשלם מגופו לא טעי בהכי וצ"ע:

סעיף טז

שא"י אם חטין. והוא דעת הרמב"ם דחייב בשעורין אבל הראב"ד השיג עליו מסוגי' דס"פ המניח שם אלא דאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי תיהוי תיובתי' דרבה בר נתן וכן פסק הרמ"א דפטור משעורין ואע"ג דשטת הרמ"א נרא' טעמ' דפטור משעורין משום דמחל לו השעורין וע' בסעיף י"ב לא הוי כאינו יודע אם פרעתיך דהא כיון דהתובע אומר חטין א"כ שעורין ודאי מחל לו ובחטין אומר איני יודע אם נתחייבתי ופטור ושטת הרמב"ם דחייב נרא' דסבירא לי' משום טעמא דהודא' וכבר כתבנו בס"ק י' דאם הנתבע מחזיק בהודאתו צריך לשלם כיון דהתובע לא מחל לו ומש"ה דוק' היכ' דנתבע משיב ברי שעורין א"כ יוכל לחזור אח"כ מהודאתו ולומר שאינו חייב כלל ל"ח ול"ש דהא התובע הוד' שאינו חייב לו שעורין והודאתו נמי כמאה עדים א"כ יוכל הנתבע לחזור מהודאתו אבל אם משיב הנתבע א"י אם חטין אם שעורין הוי כמאה עדים ואינו יכול לחזור מהודאתו ואי משום דהוכחש הודאת הנתבע מפי הודאת התובע דהא במשיב שמא לא הוכחש מפי התובע וכיון דאינו יכול לחזור מהודאתו ממילא צריך לשלם כיון דלא מחל לו לשטת הרמב"ם וש"ע דהוי משום הודא' ודו"ק. ומה שהקש' הראב"ד מסוגי' דס"פ המניח הרב' דרכים ראיתי בזה ליישב דרך פלפול אבל קרוב לאמת הוא מה שכ' בזה אחי החכם השלם מוהר"ר מרדכי כהן ש"ן דהרמב"ם מפרש לסוגי' כפי' הר"ש הובא בשט' מקובצת למס' ב"ק וז"ל ונרא' דקאמר שמא קטן הזיק והשתא קאמר שפיר נימ' תיהוי תיובתי' דרבה בר נתן מקל וחומר וא"ש דלא תיקשי מה שהקש' הר"י אמאי לא מחייב מדר' יהודה דאמר ברי ושמא ברי עדיף דהתם משיב שמא על אותה הטענ' שטענו אבל השת' במה שטען על הגדול בזה משיב ברי משא"כ שמא על הקטן דהיינו אפשר הקטן הזיק

או לא הזיק כלל אבל הגדול ודאי לא הזיק ע"ש בשטה וזה נמי שטת רש"י דכ' שם כ"ש דקשה לרבה בר נתן והוא נמי שטת הרמב"ם עכ"ד ועמ"ש בסי' ת':

סעיף יז

שאלה ושכירות ודעת הראב"ד דשאל' ושכיר' הוי שני מינים ואפי' תבעו תרווייהו והוד' באח' פטור ואע"ג דאם תובעו חטין ושעורין והוד' באח' חייב בחטין ושעורין המינין חלוקין והתביע' אינו חלוק' אבל שאלה ושכירות התביע' חלוק' אע"פ שבמנין אחת הן פטור והרמב"ן הקש' מהא דאמרי' פ' השואל דף נ"ח דתנן זה אומר שאול' וזה אומר שכור' ישבע ופריך אמאי מה שטענו לא הוד' אמר עולא ע"י גילגול דא"ל אשתבע לי מיהת דכדרכ' מתה ומגו דאשתבע דכדרכ' מתה משתבע נמי דשכור' מתה וכיון דשאל' ושכור' שתי טענות הן א"כ כשאומר שאול' מתה והלה אומר שכור' מתה יפטור לגמרי ולא ליבעי אשתבועי דכדרכ' מתה דהוי טענו חטין והוד' בשעורין דפטור אף מן השעורין וע' באשר"י פ' השואל ולפי מ"ש בס"ק ו' דהיכ' דאומר התובע בשעת התביע' אני אומר חטין ואם כדבריך תן לי לכל הפחות שעורין חייב בשעורין כיון דלא מחל לו השעורין דהא אומר ותובע גם השעורין וא"כ י"ל דהמשאיל אומר בשעת תביע' שאול' מתה ואם כדבריך אשתבע לי מיהת דכדרכה מחה והיינו שבא עליו משני צדדין וכמ"ש שם וניחא בזה לשון הש"ס דאמר לי' אשתבע לי מיהת דכדרכ' מתה והא שבועת השומרין אפי' לא טען אשתבע לי נמי חייב לישבע אלא משום דהוי טענו חטין והוד' בשעורין פטור אף מן השעורין ושאל' ושכור' שתי טענות לזה מוקי לה דאמר לי' אשתבע כו' דהיינו בשעת התביע' א"ל וכמ"ש וע' פרק הגוזל (בבא קמא דף ק"ה) אמר רבא הרי אמרו גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך בעי רבא נשבע עליו מהו מי אמרי' כיין דאלו מיגנב ממונא בעי שלומי או דלמא הא מנח ועפר' בעלמ' ואמרו עלה מלת' דאבעי' לרבא פשיט' לי' לרבה דא"ר שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מה טיבו אצלך ש"ח אני עליו חייב שהרי פטר עצמו מגניב' ואביד' ש"ש אני עליו חייב שהרי פטר עצמו משבור' כו' ואע"ג דהא קאים כיון דאי מגנב ממונא קא כפר ה"נ אע"ג דעפר' בעלמ' וכו' ואי נימא דשאל' ושכור' שתי טענות דלמא טעמ' דרבה משום דכפר לי' לגמרי דהוי טענו חטין והוד' בשעורין דפטור גם משעורין וכיון דזה תובע גניב' וזה משיב שומר חנם הוי שתי טענות דגנב חייב בגניב' ואביד' ושומר חנם פטור וכן בש"ש ובאינך כולהו הוי שתי טענות כיון דגנב חייב יותר וכמו שאל' ושכור' דהוי שתי טענות משום דשואל חייב באונסין ושוכר פטור מאונסין. אמנם לפמ"ש בשטה מקובצת ליישב קושיות הרמב"ן הנז' בשם הרשב"א דהיינו דוקא בתובע מנה סתם וז"א הלוא' וז"א פקדון פטור לגמרי

כדין חטין ושעורין אבל תובעו מנה מסויים ז"א זו מנה הלואה וז"א זו מנה פקדון א"כ כיון שהוד' לו עכ"פ בזו המנ' מסויים שתובעו חייב להחזירו ע"ש א"כ התם נמי כיון שמוד' לו בשור זה חייב להחזירו וע' בריו נתיב ל' ח"ב שכ' בשם הפוסקים שמחלקין בין מנה סתם למנה מסויים:

סעיף יח

דהא הילך הוא. ועמ"ש בסי' פ"ז סק"ד דצריך ג' תנאים למשכון דליהוי הילך הא' שיתן לו בפרעון גמור אבל למשכון לאו הילך השני שיהי' דמיו קצובין ולא יהי' מחוסר שומא השלישי שיהי' ידוע דלית לי' זוזי למיפרע דאל"ה לא מצי פרעי' בע"כ במטלטלין כיון דאית לי' זוזי וא"כ הכא שהראשון תבע מעות והוד' לו בדינר והשני תבע חטין והוד' במקצת חטין אמאי הוי הילך כיון דזה דינו בזוזי וזה צריך למיפרע בחטין דוק' ולא הוי המעות שביד הראשון אלא כמשכון על החטין ולא לפרעון גמור. ואפשר דהכא מיירי נמי דלית לי' חטין ועמ"ש שם בסי' פ"ז סק"ד:

סעיף יט

שבמדה ושבמשקל. כ' הר"ן פרק שבועת הדיינים ז"א עד הזיז כו' ותמהני מה שהנחת אתה נוטל למה פטור והרי בשאנו רואים הפירות הודאתו ידועה ועדיין הוא עומד בה ונ"ל דהיינו טעמא משום שבשע' שהודא' יוצא' בעינן שתהא בדבר שבמד' ואע"פ שאח"כ מודה בדבר שבמד' כיון שהודא' ראשונ' לא חייבו שבוע' שוב אינו חייב כמו דאמרי' בקדמ' הודא' לתביע' דאינו חייב שבוע' כיון דיצא' הודא' בפטור ע"כ ועמ"ש בסי' ע"ה סק"ב:

סעיף כ

ויודה לו דבד שבמד'. וקשה לי בדברי הרמב"ם פ"ב מהל' נערה שכ' ז"ל אמרה לו אנסת אותי והוא אומר לא כי אלא פתיתי ה"ז נשבע שבועת התור' על דמי הצער ומשלם בושת ופגם שהרי הודה במקצת הטענה ע"כ והא מה שהוד' לאו דבר שבמד' הוא דבושת ופגם לא קיץ כדאי' בר"פ נערה ובשבועות גם בפלוגתא דר"ש באנסת ופתית את בתי ר"פ נערה ובפרק שבועת הפקדון דר"ש פוטר ורבנן מחייבי קרבן שבוע' משום דבושת ופגם קא תבע והא אימעט מכפל דבר שאינו במד' וכמ"ש תו' ר"פ מרובי מדכ' שמלה למעוטי דבר שאינו מסויים וע"ש בתוס' דאפי' נשבע ע"י גילגול ליכא כפל וא"כ כ"ש דפטור מקרבן שבוע' בדבר שאינו במדה וכיון דבושת ופגם לא קיץ הוי דבר שאינו מסוים וצ"ע. ובדברי הרמב"ם נראה לפמ"ש הר"ן פרק שבועת הדיינין גבי גפנים ז"א עשרה וז"א חמשה דחייב ש"ד ואע"ג דאינו תובעו בדבר ידוע דאינו יודע כמה היה שוה הגפנים

כיון שאומר מנין עשרה וז"א חמשה סגי והבי ראיה לזה מזה אומר כור פירו' וזה משיב חצי כור קטניות אע"ג דלא תובעו בדבר ידוע אלא כיון שמזכיר מדה כור וזה משיב חצי כור סגי וה"ה בגפנים ע"ש וא"כ ה"ה כשז"א חבלת בי שתים וז"א אחת וה"ה זה תובעו שלש חבלות בושת ופגם וצער וז"א שתים בושת ופגם וכופר בצער ה"ל דבר שבמד' ואכתי צ"ע כיון דאינו מזכיר מנין ואגב אזכיר מה שראיתי במ"ל שם ואינו נ"ל ע"ש שכ' בדברי השגות הראב"ד שכ' אין כאן שבוע' שהצער לדידה ובושת ופגם לאביה ואי מיירי ביתומ' אין כאן מודה במקצת כיון דמפות' ויתומ' מחלה ובכ"מ שם כתב ז"ל איני יודע איך כתב כן שהרי היא תובעתו בושת ופגם וצער והוא מודה בבושת ופגם וכופר בצער והוא פליא' ותמה עליו המ"ל איך כ' מוהרי"ק כן שהרי כל שבושת' ופגמ' לעצמ' אם פתה אותה פטור מכלום שהרי מדעת' עבד' ומחל' כו' וא"ל דסבר הרב דקטנ' שנתפתית לא מחלה דקטן לאו בר מחיל' ומפני שהראב"ד סתם דבריו ואי מיירי ביתומים משמע בין בגדול' בין בקטנ' כ' עליו כן ע"ש וליתא דהא אין נשבעין על טענות קטן ואם הנתינ' היה בקטנות אפילו הגדיל אין נשבעין דכתי' כי יתן איש ובעינן נתינ' ותביע' בגדלות וכמבואר בטור וש"ע סי' צ"ו וזה נמי החיוב בא לה בקטנות. עוד ראיתי שם במ"ל וז"ל וגם לענין דינא גבי פיתוי קטנ' במקום שהיא שלה צריכים אנו למודעי ע"ש והדבר מפורש בתוס' בשבועות דף ל"ג ד"ה שאנס איש פ' את בתי ע"ש דמיירי בפיתוי קטנ' דאינ' יכול' למחול וכ"כ הרמב"ן במלחמות פרק נערה גבי מוצי' ש"ר על היתומ' דמיירי ביתומ' קטנה שפיתוי' אונס הוא שאין לה דעת למחול קנסה. ונרא' דאפי' הגיע' לעונת הפעוטות דיכול' למחול וכמ"ש תוספות והר"ן פרק הכותב אינו אלא מדרבנן וכדתנן הפעוטת מקחן מקח והוא משום כדי חייו ואפילו במתנ' שייך כדי חייו אבל בכה"ג לענין פיתוי קטנ' לא שייך תקנה זו ובעיקר דברי הכסף משנה נרא' דכוונתו דהי' האונס או הפיתוי בחיי האב ועכשיו נתייתמ' דכה"ג לעצמה כל שלא עמד האב בדין וכדתנן ר"פ נערה ואפילו מפות' לעצמ' כיון שבשעת פיתוי הי' לה אב:

סעיף כא

בשל ה'. ע' מ"ש בסימן פ"ח סק"ב:

סעיף כב

כהודא' ע"פ. והוא דעת הרמב"ן למטה דלא הוי כפירת שע"ק אלא היכא דגובה ממשעבדי ע"פ הודאתו אבל היכא דלא גבי ממשעבדי כגון הודא' בע"פ אע"ג דשעבודא דאורייתא כיון דמלקוחות לא גבי ע"פ הודאתו ל"ה שע"ק עיין פ' כל הנשבעין שבועת שומרין דחייב רחמנא היכא משכחת לה ומוקי דאפקיד בשטר וכתבו שם תוס' בשם

ריב"א אע"ג דאשכחן דרבא ס"ל בפ' המוכר בית דנאמן לומר בשטר החזרתי במגו דנאנסו היינו דוקא בעיסקא דעביד דזייר על פשיטי דספרא אבל בשטר פקדון לא ע"ש וא"כ לכאור' שבועת שומרין ה"ל שע"ק דהא אם יודה השומר יגבה ממשעבדי דנאנסו לא טענינן בעד יתומים ולקוחות וכמ"ש תו' פ' המוכר והחזרתי לא מהימן בשטר פקדון וליתי' כיון דעכשיו הוא טוען נאנסו ותו לא גבי ממשעבדי כיון דכבר טען נאנסו תו לא הוי שע"ק ועיין פ' הכותב גבי פוגמת כתובת' סבר רמב"ח למימר שבוע' דאורייתא משום מודה במקצת אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא וכו' ועוד אין נשבעין על כפירת שע"ק ולפי מ"ש בסמ"ע סי' ל"ה בשטר שנפרע מקצתו אינו גובה ממשעבדי דגזירה שמא יגבה כולו כמו במוקדם ואין לומר דמיירי דכתב הפרעון ע"ג השטר דבא בהכשר לב"ד דבכה"ג גם במוקדם כשר וכמ"ש בש"ך בסי' מ"ג דא"כ ליתי ליה דין פוגמת וכמ"ש בש"ע סי' פ"ד סעיף ג' ולפי מ"ש הש"ך בסי' פ"ד דבעינן שיהי' ניכר שהוא כתב הלוה ואי לא חיישי' שמא עתה כתב הפרעון ע"ג שטר ניחא ועיין ש"ך בסי' נ"ח דחולק והעלה דשטר שפרוע מקצתו גובה מקצתו השני ממשעבדי:

סעיף כג

כת"י ומדין אינו יכול לכפור עמ"ש בסי' פ"ז סק"ה:

סעיף כד

ופרעתיו מחצה. בפ"ב דכתובות דף י"ט וליתני מודה ר"י באומר לחבירו מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס שהוא נאמן אליבי' דמאן אי אליב' דרבנן הא אמרי משיב אביד' הוי וכ' תו' ז"ל משיב אביד' כדמסיק בבנו מעיז וא"כ לא מצי למיתני ואם יש עדים אינו נאמן דלעולם נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתי הכל דבבנו מעיז ע"כ וקשה מי לא משכחת דעדים מעידים שלא פרע כגון שלא זזה ידם מתוך ידו או בתוך זמנו ועיין חידושי הרא"ה ונרא' לפמ"ש הרמב"ם דמוד' בדבר שאינו יכול לכפור ה"ל הילך א"כ ממ"נ אי ליכא עדים על הפרעון ה"ל משיב אביד' כמ"ש תו' דבבנו מעיז ואי מיירי באופן שאין יכול לומר פרעתי ה"ל הילך:

סימן פט

סעיף א

ואלו נשבעין ונוטלין. כתב הש"ך בספרו תקפו כהן דכל הנשבעין ונוטלין כגון השכיר והנגזל והנחבל אם הנתבע אינו רוצה לשלם אין יורדין לנכסיו משום דה"ל כמו גזל דדבריהם וגזל מציאת חש"ו ואין מנדין אותו אלא מותר לקרותו עבריין ע"ש ולא נהירא

דהא גבי מציאת חש"ו גוף הגזיל' אינו אלא מדרבנן אבל הכא גוף הגזיל' מדאורייתא אלו הוי יודע שנחבל וכיון דחז"ל ראו להאמין הנוטל בשבוע' כעין דאורייתא תיקון ויורדין לנכסיו וכמה תקנות מדבריהם ויורדין לנכסיו וכגון משיכה והגבהה ואם קנה בא' מרדכי הקנין שהוא מדבריהם יורדין לנכסיו וה"ה הכא דהפקר ב"ד הפקר ודוקא שבוע' שתיקנו חז"ל בזה אין יורדין לנכסיו וכגון שבועת היסת אבל בתקנת ממון הפקר ב"ד הפקר וכן משמע מדברי הר"ן פ' שבועת הדיינין בתובע לחבירו חמשין דהלוא' וחמשין דחבל' וכבר נשבע על חבלתו דהוי כמו העדאת עדים ונשבע על השאר כדין מודה במקצת ע"ש ואי נימא דאין יורדין לנכסיו אם הנחבל נשבע לא הוי ראוי לחייב שבוע' על השאר כיון דאינו כמו הודאת עדים דיורדין לנכסיו ובזה אין יורדין לנכסיו ועוד דכיון דכתב הר"ן דנשבע שבוע' דאורייתא ע"כ מיחת לנכסיו וכדין שבועת התורה וכיון דנחבל גופיה אינו יורד לנכסיו איך יתכן לירד לנכסיו על החמשין דהלוא' לכן נראה דודאי יורדין בכל הני נשבעין ונוטלין לנכסיו וזה פשוט:

סעיף ב

אין יורשי השכיר. בירושלמי פ' כל הנשבעין פשיטא מת בע"הב השכיר נשבע ליורשיו ואפי' מת השכיר נשבעין ליורשי בעה"ב כלום תיקנו אלא לשכיר שמא ליורשיו ופי' הרשב"א פשיטא מת בעה"ב השכיר נשבע ונוטל מיורשיו פי' נשבע ונוטל מיורשיו ואפי' מת השכיר נשבעין ליורשי בעה"ב שזה קא מבעיא ליה אם יורשי השכיר נשבעין שלא פקדנו אבא ונוטלין מיורשי בעה"ב ופשוט כלום תיקנו אלא להשכיר והיינו משום כדי חייו אבל ליורשיו לא תיקנו תקנה זו. וקשה דהא בפרק השואל דף ק"ב גבי איבעי' דיומא דמשלם זימני' מהו ופשיט לי' ממתני' דשכיר נשבע ונוטל בזמנו טעמו משום דטריד בפועליו אבל בעלמא לא ע"ש וא"כ כיון דהוי יומא דמשלם זימני' אמאי אינם נוטלין מיורשי בעה"ב נהי דתקנת שכיר ליכא תיפוק ליה דיומא דמשלם זימני' לא טענינן פרעתי ליורשים וכמבואר ברמ"א סימן ע"ח והוא מדברי הראב"ד משום דהוי מילתא דלא שכיחא ואין לומר כיון דגם יורשי השכיר טוענין שמא דמ"ש כיון דהוי מילתא דלא שכיחא ולא טענינן בעד היתומים א"כ מסתמא לא פרע בזמנו ועוד דקאמר פשיטא מת בעה"ב השכיר נשבע ליורשיו למה ישבע כיון דהשכיר חי וטוען ברי ואנן לא טענינן בעד היורשין מלתא דלא שכיחא א"כ כיון דזמנו הוי יומא דמשלם זימני' מסתמא לא פרע ויגבה בלא שבוע' והרמ"א פסק כדברי הירושלמי וקשה בתרתי מת בעה"ב יטול השכיר בלא שבוע' והיכא דמת השכיר יטלו היורשים מיורשי בעה"ב כיון דהוי מלתא דלא שכיחא ואפשר דהירושלמי מיירי שטוענין היורשי בעה"ב ברי שפרע אביהן ואי משום

תקנה דשכיר דנשבע ונוטל היה נשבע אפי' יורשי בעה"ב טוענין ברי אלא משום דלא תיקנו אלא לשכיר ולא ליורשיו. אך הרמ"א דסתם משמע אפי' יורשי בעה"ב טוענין שמא וקשה הא הוי מלתא דלא שכיחא ויותר נראה לפמ"ש בשיטה מקובצת בפ' השואל שם בהא דפשיט ממתני' דשכיר נשבע ונוטל בזמנו אלמא עביד אינש דפרע ביומא דמישלם זימני' וכי ס"ד שלא לפרוע בזמנו א"כ יעבור בבל תלין והיכא מוכח משם בשאר חוב דל"ש בל תלין וע"ש שכתב שהראו לו משמים דסתמא תני בזמנו נשבע ונוטל משמע כל זמנו אפי' תובעו סמוך לשקיעת החמה שאין שהות לפרוע אא"כ פרעו מבעוד יום ומ"מ כי טען כן צריך השכיר לישבע ש"מ דעביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמניה ע"ש וא"כ אפשר דהירושלמי מיירי בזמנו סוף הזמן דבזה שכיח דפרע במישלם זימני' כי היכא דלא לעבור על בל תלין) (וא"כ לפ"ז אם מת בעה"ב באמצע היום דהוי משלם זימני' ובל תלין עדיין לא יעבור א"כ יורשי השכיר גובין מיורשי בעה"ב דהוי מילתא דלא שכיחא וכמו שכתב הרמ"א בסי' ע"א ואפי' השכיר חי או מת אין בו שבוע' ליטול כיון דהוי יומא דמשלם זימני' ול"ח לפרעון אלא כי טעין פרעתי ודו"ק:

סעיף ג

נשבעין ונוטלין. ונרא' דאפי' יורשי שכיר טוענין ברי שלא נפרע אביהן אין נשבעין ונוטלין דכלום תיקנו אלא לשכיר ולא ליורשיו כדאיתא בירושלמי וכיון דלא תיקנו ליורשיו אם כן אפי' טוענין ברי וב"ש באה"ע סי' פ"ט כתב דאם יורשי השכיר טוענין ברי נשבעין ונוטלין ודוקא בשמא אין נשבעין משום דאין אדם מוריש שבוע' לבניו ע"ש אמנם בשמא לא היה צריך הירושלמי לומר כלום תיקנו אלא לשכיר דודאי אין אדם מוריש שבוע' בדבר שהוא עצמו לא היה לו ליטול מדינא כי אם בשבוע' א"ו אפילו טוענין ברי וזה פשוט:

סעיף ד

ושעש' עמו מלאכ'. בס' פ"י תמה ע"ז דלמה צריך עדים ששכרו דהא כיון שעש' עמו מלאכ' צריך לשלם כדין היורד לתוך שדה חבירו העשוי ליטע ע"ש ונרא' דנהי דצריך לשלם אע"פ שלא שכרו אבל תקנת שכיר ליתא גבי' כיון דלא שכרו וא"כ נאמן לומר פרעתיך במגו דלא שכרתיך ופרעתיך דבזה כ"ש תקנת שכיר ליתא גבי' כיון ירד ל"ש כדי חייו אלא דקשיא דאם יאמר לא שכרתיך שוב לא יהיה נאמן לומר פרעתיך כמבואר בטור וש"ע סי' שע"ה דמי יימר דמחייבי ליה רבנן כיון דלא שכרו וצ"ע שוב ראיתי בתומים וכתב ג"כ דיהי נאמן לומר פרעתיך כיון דליתי' גבי' תקנת שכיר ע"ש אבל ק' מסי' שע"ה וכמ"ש:

סעיף ה

ישבע ש"ד עמ"ש בסי' ע"ה ס"ק י"ג):

סעיף ו

נשבע בנקיטת חפץ. בפרק כל הנשבעין ובפרק חזקת הבתים תניא הנותן טליתו לאומן כ"ז שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראי' נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו הממע"ה ומזה הקשו בעה"מ והרמב"ן על דברי הגאונים דס"ל בטוען על החפץ צריך לישבע בנק"ח כיון שאינו תובע גוף החפץ אלא טענת דמים והכא בברייתא כ"ז שהטלית ביד האומן לא הצריך בברייתא שבוע'. והר"ן כת' בשם הרמב"ן ז"ל דלא דמי משכון דשכירות לשאר טענות ולא מיבעיא למ"ד אומן קונה בשבח כלי דכטוען על גופו של משכון אלא אפי' למ"ד אין אומן קונה כיון דודאי אית ליה אגרא ואאגריה תפיס לית כטוען על גופו של משכון דמי דמקני קני ליה כלי עד דיהיב ליה אגריה כו' וכת' עליו הר"ן דלא נתבררו דבריו דאפי' למ"ד אומן קונ' בשבח כלי אמאי עדיף אומן ממלו' על המשכון דאיהו נמי קני לי' מדר"י ואפי' במשכנו בשעת הלוואתו ואדרב' מלו' על המשכון קני ליה טפי וכו' ובש"ך כת' דלק"מ דודאי למ"ד אומן קונ' בשבח כלי היינו דקני לי' קנין גמור ויכול לקדש בו את האשה ולקנות בו מה שירצ' ואית לי' בגופ' של כלי ולא נוטל הוא ותמיה לי על הר"ן בזה וא"כ לפ"ז שפיר נתיישבו דברי הגאונים ע"ש: אמנם בסי' ש"ו יתבאר דקנין דאומן בשבח כלי לאו קנין גמור הוא ואינו אלא כמו קנין דמלו' במשכון ומש"ה יכול לקדש בו האשה משום דגם מלו' במשכון יכול לקדש האשה ועמ"ש בסי' ע"ב ס"ק כ"ג. אמנם בלא זה קשה לפמ"ש הרמב"ן דברייתא אומן קונה בשבח כלי א"כ אינו עובר בבל תלין דהכי אמרי' פרק המקבל דאי נימא אומן קונ' אינו עובר בבל תלין והא דתנן הנותן טליתו לאומן עובר בבל תלין מוקי לה בשכרו לביטשא ביטשא (במעה) דליכא שבחא ע"ש דף קי"ג והכא דתני עבר זמנו הממע"ה מוכח דאיכא איסור בל תלין דהא טעמא דעבר זמנו אינו אלא משום דרמי אנפשי' וכיון דהרמב"ן מוקי לה כמ"ד אומן קונ' וע"כ מיירי בדאיכא שבחא דאי ליכא שבחא אינו קונ' וכיון דקונ' ליכא בל תלין וא"כ עבר זמנו נמי ועמ"ש ישוב לקושיא זו בסי' ש"ו. ובש"ך העלה דכל היכי דבלא המגו ג"כ הי' נשבע ונוטל אז מהני המגו שיטול בלא שבוע' ולהכי גבי אומן דאתא כר"י וא"כ בלא המגו נמי הוא נשבע ונוטל מהני מגו לאפטורי משבוע' אבל בשאר משכון דאי לאו מגו לא הי' נוטל ל"מ מגו לאפטורי משבוע' וע"ש שהעלה דה"ה בכל הנשבעין ונוטלין דאית לי' משכון נוטלין בלא שבוע'. והנה ראיתי בחידושי הרשב"א פ' כל הנשבעין כת' ממש כדברי הש"ך ע"ש. אמנם מ"ש הש"ך ליישב בזה קושיות הראב"ד

מרבה בר שרשם וכת' לפי דמיירי שם שהי' לו שטר וא"כ בלא"ה הי' נשבע ונוטל ומהני המגו שיטול בלא שבוע' ע"ש לא נהירא דהתם השטר לא מהני ליה ליטול כיון דקטנים היו ואין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דאימור צררי אתפסי' ולא בא ליטול אלא בכח מגו וכעין זה כת' הש"ך גופי' סי' ק"ן ע"ש במה שהקשו על רבינו יונה ס"ל דלא אמרינן מגו בטוען דמים על הקרקע. והר"ן תירץ וז"ל שאפי' בא אומן לגבות א"צ שבוע' דהא אמרי' וליתיב בלא שבוע' ופרקינן כדי להפיס דעתו של בעה"ב אלמא אי לאו משום פיוס הי' נוטל בלא שבוע' ואם כן כשתפס משכון א"צ פיוס דכיון דלא מהימן ביה שהרי הן חולקין בקציצ' כבר הוא מפוייס כשהאומן מחזיר לו טליתו שמתיירא שלא יאמר החזרתי ולפיכך איני רוא' קושיא מזו לדעת הגאונים ע"כ. ובש"ך כת' על דברי הר"ן שהוא תמוה בעיניו דע"כ לא אמרינן גבי פועל וליתיב ליה בלא שבוע' אלא גבי פרעתיך ומטעמא דבעה"ב טרוד בפועליו הא אמרי' התם להדיא דקציצ' מדכר דכיר ואף בשבוע' לא שקיל ע"ש ושותא דמרן לא ידענא דהא ברייתא אתיא כר' יהוד' דאית ליה קציצ' נמי לא דכיר. עוד שם בש"ך וז"ל ובין לפי מה שתי' הרמב"ן דשאני אומן דאומן קונ' ובין לפי מה שתירץ הר"ן דשאני אומן מ"מ מוכח מדברי כולם כפשטא דברייתא דאומן א"צ לישבע בנק"ח ותימ' שלא התעוררו הר"ן או הה"מ על הרמב"ם והוא תימה ע"ש וא"כ תימה דהא לדברי הרמב"ן מוקי הברייתא כמ"ד אומן קונ' בשבח כלי והרמב"ם פוסק כמ"ד אין אומן קונ' ויתבאר בסי' ש"ו ולהר"ן טעמא משום דמדינא שקיל בלא שבוע' אי לאו משום פיוס וזה מפויס ועומד אין זה אלא לר' יהודה דהברייתא כוותי' דקציצ' נמי לא דכיר אבל לדידן הוי ליה כשאר טוען על המשכון דצריך שבוע' בנק"ח:)
(אמנם נרא' דאם האומן מחולק עם בעה"ב בפרעון וטליתו בידו נוטל בלא שבוע' כיון דבפרעון לא דכיר ונוטל בלא שבוע' אי לאו משום פיוס וזה מפויס וכמ"ש הר"ן וכן לפמ"ש הש"ך והוא שיטת הרשב"א בחידושיו דהיכא דהי' נוטל בשבוע' מהני לי' מגו לאפטורי משבוע' ואכתי איכ' למידק לפי' הרשב"א בחידושיו והמה דברי הש"ך וכן לפי תי' הר"ן דבלא"ה מפויס תינח בזמנו אבל עבר זמנו דאז אין האומן נאמן אפי' לר"י א"כ ישבע האומן וברישא תני כ"ז שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראי' ומשמע אפי' עבר זמנו ואפשר דכ"ז שהטלית ביד האומן לעולם זמנו הוא דהא טעמא דעבר זמנו היינו משום דאין בעה"ב עובר בבל תלין וכ"ז שהטלית ביד האומן אינו עובר כדאי' פרק המקבל ובטור וש"ע סי' שנ"ט ע"ש ויש ליישב קושית תוס' בזה מה שהקש' בפ' חזקת (בבא בתרא דף מ"ה) ד"ה אי דאיכא עדים לפי שנוייא דאביי דלא ראוהו אמאי נקט בסיפא נתנ' לו ה"ל למיתני ראוהו בידו אע"פ שהטלית ביד האומן ע"ש ולפמ"ש ניחא

דרוצ' להשמיענו החילוק בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו הממע"ה וכר"י דבקציצ' נמי לא דכיר ואם הטלית ביד האומן לעולם זמנו הוא ולפמ"ש הר"ן נרא' ליישב דברי הרי"ף דס"ל בפ' חז"ה דאומן לא מהימן אפי' אית ליה מגו ואפי' לא ראוהו בידו אינו נאמן בשום מגו וכת' הרמב"ן בחידושיו וז"ל ורב יוסף הלוי תלמידו השיב עליו ואמר דכד מעיינת בהא מילתא קא חזית דאיכא למירמא עלי' קושיא דלית נגר ובר נגר דמפרקני' דכיון דקאמר דאי דחי לי' מגו דרבה וכו' א"כ הא דתניא כ"ז שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראי' דשמעת מיני' דאומן מהימן במגו וכו'. ולפמ"ש הר"ן דבלא ראה דנאמן לאו משום מגו אתינן עלה אלא דכי לא ראה הרי הוא מפוייס במה דלא טעון החזרתיו וא"כ הרי הוא נוטל מדינא כיון דאתי' כר"י דקציצ' נמי לא דכיר ואפי' שבוע' נמי לא צריך כיון דהוא מפוייס וכמ"ש הר"ן והא דהוצרך אביי לומר דמיירי בלא ראה דאי בראה א"כ פיוס לבעה"ב כיון דל"ה מצי לאכחושי גוף הטלית כיון דלאביי אין האומן נאמן לומר לקוח ובע"כ מפיק מיני' ולהכי מוקי ליה בלא ראה והרי הוא מפויס ואינו מטעם מגו כלל ודו"ק:

סימן צ

סעיף א

הנגזל כיצד. כת' כנה"ג וז"ל נ"ב לא הספיק הנגזל להעמיד בדין לגזלן עד שמת הנגזל ובאים יורשי הנגזל לתבוע גזילת אביהם מנה שכך פקדנו אבא ועדים מעידים שגזלו אבל אינם יודעים כמה אע"ג דגבי שכיר שמת לא תיקנו ליורשיו כלום כדאי' בירושלמי הכא גבי נגזל נשבעין יורשיו ונוטלין ואם אין היורש טוען ודאי יחרימו סתם הרדב"ז ח"א סי' קע"ט עכ"ל ותמהני דהא אפי' אביהן חי לא הי' נוטל כי אם בשבוע' ואפי' טוען ברי אינו נאמן כי אם בשבוע' ומן הדין אין לו ליטול רק בשבוע' איך יטלו יורשין כיון שאביהן לא נשבע וכ"כ טור וש"ע להדיא בסי' ק"ח דשכיר ונגזל אין היורשין נשבעין ונוטלין ע"ש:) (אמנם נרא' דאם בן הנגזל טוען ברי שראה גזילת אביו בכמה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל ואע"ג דגבי שכיר אין היורש נוטל אפי' טען ברי וכמ"ש בסי' פ"ט סק"ג הכא בנגזל כיון דאפי' הי' נגזל חי אם אינו אצל הגזיל' והי' שם בן הנגזל נשבע בן הנגזל א"כ מכ"ש השתא שמת דשייך לגמרי לבן נאמן בשבוע' וכמ"ש הרמב"ן בתשו' סי' פ"ט וזוכה אביו בקבר והוא יורש כחו משא"כ בשכיר לא האמינו חכמים לבן מש"ה אין הבן נשבע ונוטל אפי' טוען ברי שלא נפרע אביו ואם לא הניח בן אלא שאר יורשין אח או אחות כיון דאלו אביהן קיים לא היו אלו נשבעין במקום הנגזל גם אחר שמת אין נשבעין:

סעיף ב

בעה"ב נשבע בנק"ח ואיכא למידק בהא דאמרינן פ"ק דמציעא גבי ההוא רעיא כו' אתו סהדי דאכל תרתי מינייהו א"ר זירא אם איתי' לדר"ח קמייתא משתבע אשארא כו' שכנגדו קאמינא ותיפוק ליה מתקנת נגזל דנשבע ונוטל ולא גרע ממדליק אש בשל חבירו דעשו תקנת נגזל. ולכן יראה דע"כ לא אמרינן נגזל נשבע ונוטל אלא במה שנעש' ספק לפני העדים שראו בשעת מעש' הוציא כלים ולא ידעו כמה דזה הוי ספק דררא דממונא בלא טענותיהם בזה תיקנו דנגזל נשבע ונוטל אבל אם בשעת מעשה ראו מה גזל ובעל הבית אומר שגזל עוד ממנו קודם זה או אח"כ זה לא הוי ספק דררא דממונא אל העדים אלא ספק שעל פי טענותיהם בזה לא תיקנו ומשום הכי בההיא רעיא דראו דאכל תרתי מינייהו ותו לא אלא שזה אומר דאח"כ או קודם אכל עוד בזה לא שייך תקנת נגזל והיינו שכת' בש"ע ואפי' העדים מכירים קצת הכלים וכו' וה"א כיון דראו והכירו תו לא אמרי' שמא גזל עוד חוץ ממה שראו קא משמע לן דאפי' הכי ה"ל ספק לפני העדים דבשעת מעש' מה שראו ראו ואפשר הטמין יותר כיון דבשעת מעש' ספק אבל הספק שמא קודם שראו העדים או אח"כ זה לאו ספק הוא וכמו שכתבתי. וזה נרא' לי ביאור דברי התוס' בשבועות ר"י אומר כל זמן שהם חובטים זה בזה נשבע ונוטל לאחר זמן זה אומר חבלת וזה אומר לא חבלת ה"ה כשאר טענות ע"ש והיינו משום דר"י עד שתהי' שם מקצת הטענ' וא"כ כשאומר שחבל בו שתים בזמן שהיו חובטין זה בזה וזה אומר לא חבלתי אז אלא אחת הנחבל נשבע ונוטל אבל אם הנחבל טוען אח"כ חבלת בי עוד אחת הוי כמו שאר טענות. ולדידן דלא בעינן מוד' במקצת אלא שראוהו שלם ויצא חבול נשבע ונוטל א"כ לעולם כך הדין כל זמן שראוהו שלם ויצא חבול נשבע ונוטל ומש"ה לא הביאו הפוסקים לדינא האי דתוס' ודו"ק:

סעיף ג

שהוא אמוד ע' ברא"ש פ' הכותב שהקש' מעובדא דאריסא ב"ז דמסיק ר"ח דנותנין לבניו אע"ג שלא הי' אמוד ומסלק דשאני אחזוקי ממונא ביד המפקיד מאפוקי ממונא ע"ש ובש"ך מחלק דהכא כיון דאפי' באמוד מדינא לא שקיל אלא תקנת חכמים והיכא דלא אמוד לא תיקנו דהבו דלא לוסיף ואפשר שגם הרא"ש כוון לזה עכ"ל ולא נרא' כן מדברי הש"ע לעיל סי' ע"ה סעיף י"ט גבי משאיל"מ דאינו משלם אלא מה שהוא אמוד ודין מתוך הוא דין ממש ולא תקנ' וכמ"ש בסי' ע"ה ס"ק י"א אם כן צ"ל דההחילוק בין אפוקא ממונא:

סעיף ד

ישבע בעל הפקדון. ע' בהרב המגיד פ"ה משאל' שהרי"ן מג"ש הקש' למה נשבע ונוטל הא ה"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור ותי' דהתם ליכא דררא דממונא אבל הכא דמוד' בדררא דממונא אלא שאינו יודע מה הוא נשבע התובע ונוטל וע"ש שכת' שכן הוא דעת הרמב"ם והראב"ד בהשגות שם השיג מהא דאמרינן גבי שוורים דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי היינו דרבה בר נתן ותו לא מידי עכ"ל והכ"מ שם האריך והוד' שהוא קושיא גדול' על הרי"ן מיג"ש והרמב"ם. וביאור השג' דהתם ס"פ המניח פריך הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק לימא תיהוי תיובת' דרבה בר נתן ואלא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי תיהוי תיובתי' דרבה ב"נ ואי נימא דהיכא דאיכ' דררא דממונא נשבע התובע ונוטל א"כ בלא"ה לא מצי מיירי דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא דא"כ ישבע הניזק ויטול ולמה תנן הממע"ה וזה פשוט אלא שראיתי בש"ך לתרץ הקושיא בשני דרכים ע"ש ונרא' מדבריו שהבין השגת הראב"ד דפטור משעורין ע"ש בש"ך דמתרץ דמצי טעין משט' ע"ש אבל אין זה השגתו דבשעורין כבר השיג הראב"ד פ"ח מטוען וכאן השיג על הדין שישבע התובע ויטול כדבריו ומס"פ המניח לא משמע הכי דא"כ מאי קאמר אכתי תיהוי תיובתא דרבה ב"נ בלא רבה ב"נ תיקשי יטול כדברי הניזק וכמ"ש אמנם העיקר כמ"ש הש"ך דלא כת' הרמב"ם דישבע המפקיד ויטול אלא משום תקנת נגזל בפקדון וכמ"ש הרא"ש פ' הכונס בשם הגאונים כדי שיהי' כל אחד נזהר בשמירת הפקדון ע' שם ולא קשה משוורים ס"פ המניח דלא שייך שם תקנת נגזל:

סעיף ה

טוען גנובין. עמ"ש בסי' קל"ג סק"ז:

סעיף ו

וראו אותם ע' סמ"ע שהוכיח דס"ל לטור דגוזל את חבירו בעדים א"צ להחזיר בעדים וה"ה דנאמן לומר לקוח במגו דהחזרתי וכ"כ בש"ך ובכנה"ג כת' וז"ל וראיתי בתו' פ' הכותב גבי עובדא דבקרא דיתמי כתבו אית לך סהדי דתפסי' לא גרסינן דלאחר מית' אלא כיון דאית ליה סהדי דתפסי' ובע"כ גזלן תו לא מצי טעין לקוח הוא בידי ע"כ ומדבריהם יש להוכיח דס"ל דהגוזל חבירו בעדים צ"ל בעדים דאי א"צ למה לא יהא נאמן לומר לקוח הוא בידי במגו דהחזרתי כו' אלא שאם באנו למדה הזאת צ"ל שגם הרא"ש שכ' כדברי התו' סובר דצריך להחזיר בעדים וכן ראיתי למוהרח"ש ז"ל בביאורו לח"מ הכריח מדברי הרא"ש אלו דס"ל דצריך להחזיר בעדים ולפי"ז יש לתמוה על הסמ"ע שכ' דהטור ס"ל דא"צ להחזיר בעדים וע"ש ולי הדבר פשוט דס"ל לתו' ורא"ש דגוזל חבירו בעדים

א"צ להחזיר בעדים וגם הוא נאמן לומר לקוח במגו דהחזרתי ועובד' דבתרא ע"כ מיירי שראו אותו בידו וע"ש פ' הכותב (כתובות דף פ"ד) ההוא בקרא דיתמי דתפסו תורא מיני' בע"ח אמר מחיים תפיסנא לי' ובקרא אמר לאחר מית' תפסי' אתא לקמי' דר"נ א"ל אית לך סהדי דתפסי' א"ל לאו א"ל מגו דיכול לומר לקוח הוא בידי יכול למימר מחיים תפיסנא ופריך והא אמר ריש לקיש הגודרות אין להם חזק' שאני תורא דמסיר' לרוע' ומדפריך מדר"ל ע"כ בראו אותו מיירי דאי לא ראו גם בגודרות נאמן במגו דהחזרתי וכיון דמיירי ע"כ בדאיכ' עדי ראי' א"כ א"ש דברי תוס' והרא"ש דלא גרסי אית לך סהדי דתפסי' לאחר מית' אלא כיון דאית לי' סהדי דתפסי' ובע"כ גזלה תו לית לי' מגו כיון דבתורת גזיל' וראו אותו עתה בידו אבל אי לאו עדים דתפסי' הי' נאמן לומר לקוח כיון דמסיר' לרועה וז"פ. עוד כ' שם כנה"ג ז"ל אך קשה לי על הרא"ש היאך כת' כיון דבע"כ גזלי' תו לא מצי למימר לקוח הוא בידו הרי כ' הרא"ש בתשוב' הביאו בס' תומת ישרים סי' קע"ז מי שחוטף חפץ חבירו בשביל שחייב לו ומעכב בידו לא מיקרי גזלן ונאמן לומר החזרתי ע"כ ולפי מ"ש דמיירי בראו עתה בידו לא קשה מידי ועמ"ש בסי' ע"ט סק"ד:

סעיף ז

ואם יש הוכחה. ע' בית שמואל באה"ע סי' מ"ב שכ' אם טבעת בידו ואמר הרי את מקודשת לי בטבעת זה ולא ראו עדים נתינ' רק כמעט רגע הטבעת בידה ולא סגי אם לא שנתן לה למ"ד עידי קידושין א"צ דרישה וחקירה דלדיני ממונות דמי א"כ כמו כאן בחבלה מוציאין ממון ה"ה שם דמתקדשת ע"ש ובתומים השיב דבדיני ממונות לא איברי סהדי אלא לשקרי א"כ פשיטא בידיעה כזה אנן סהדי שהוא אמת משא"כ בקידושין גזירת המלך המקדש בלי עדים שאין קידושין חלין כלל וא"כ מה בכך דהוא ידיעה אמת דנתקדשה אבל התורה הצריכה עדים ע"ש. ואין זו תשובה דהא הר"ן בפ' המגרש כ' לשיטת הרי"ף והראב"ד דס"ל דלר"א עדי מסירה כרתי ועידי חתימה נמי כרתי וז"ל שם אבל מה שנראה לי בזה דר"א ס"ל ע"מ כרתי לחוד ולא ע"ח ומיהו מה דמוד' ר"א דע"ח מהני היינו משום דס"ל שהמסירה כורתת כל שיש עדים בדבר בין שהם מעידים על המסירה עצמו או על גוף הדבר ומעתה מה שמוד' ר"א דגט החתום בע"ח כורת לאו משום דס"ל ע"ח כרתי אלא שהמסירה כורתת כיון שיש עדים על עיקר הדבר דה"ל ע"ח כע"מ שהרי הגט יוצא מתחת ידה בעדים הללו ובידוע שהבעל מסר' לה ונמצא כאלו הן עצמן מעידין על המסירה וע"ש וא"כ ה"נ כיון שידוע לעדים הללו שבודאי מסרה לה ע"פ ידיע' ה"ל עדים ממש אמנם דברי ב"ש אינו מוכרח לענ"ד דכיון דבשעה שמסר לה את הטבעת לא ראו עדים וא"כ ה"ל דין מקדש ועדים אחורי הגדר דאפי' ראו עדים את

המעשה כיון שהם לא ראו א"כ לא נתכוונו לקידושין גמורים וכמבואר בסי' מ"ב וה"נ אע"ג שראו כמעט רגע כיון שבשעת קידושין לא ידעו המקדש והמתקדשת שידעו עדים מזה ה"ל מקדש בלי עדים אבל בהך דעידי חתימה כיון שידע הבעל שיתוודע הדבר עפ"י השטר שתחת ידה א"כ ה"ל כמו נתנו בפני עדים ועמ"ש בחידושי לאה"ע סי' מ"ב:

סימן צא

סעיף א

שניהם נשבעין. וכתב הש"ך דאפי' החנוני הוא נכרי אם מכחיש לפועל או בעה"ב ישראל צריך הישראל לישבע כן מבואר מתשו' הרשב"א שהביא ב"י סי' ע"ב ונראה אפי' לפמ"ש סי' קמ"ט דלכאורה משמע מדברי הה"מ פי"ד מטוען דאין נשבעין היסת ע"פ ברי של כותי מ"מ הבא ליטול אפשר דכ"ע מודי דאינו נוטל אלא בשבועה ע"ש: ולענ"ד הך ברי דא"י לא מעלה ולא מוריד הכא בדין חנוני ופועלים והוא דנראה אם החנוני א"י והפועל ישראל נוטל הפועל בלא שבועה דהא היכא דאינו משלם אלא תשלום א' כגון שמת החנוני והפועלים לבדן תובעין נוטלין הפועלים בלא שבועה ואפילו הכחישן החנוני בעודו חי וא"כ ה"נ אינו משלם אלא תשלום א' דהא חנוני חשוד דינו לילך בפחי נפש ואינו נוטל כלום וכמ"ש הרמב"ן וכן הוא דעת הרמ"א והסמ"ע ואפי' לדעת בעה"מ דחנוני חשוד נוטל בלא שבוע' היינו מטעמא שכ' בעה"ת שער כ"ש בשם תשובת הרב ר' יוסף אבן פלאט דלא דמי למנ' לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי דפטור דהכא איכא גבי חנוני חזקה בהדי ברי ושמא והיינו דחזקה שליח עושה שליחתו ע"ש וא"כ הך חזקה ל"ש כי אם בישראל דחזקתו אינו משנ' ואם הפועל א"י וחנוני ישראל בזה ודאי צריך החנוני שבועה אע"ג דנימא דלא הוי טענת ברי דכיון דדינא דחנוני אין לו אלא בשבועה וא"כ אפי' אם מתו הפועלים אין החנוני נוטל אלא בשבועה ומשמע דאפי' לא הכחישו כלל את החנוני בברי מ"מ צריך הוא לישבע דאין דינו כ"א בשבועה על פי תקנת חכמים לפי דעת הרמב"ן ונמשכין אחריו הרמ"א והסמ"ע ודוק:

סעיף ב

חנוני בפני פועלים. כתב הש"ך מהל' משמע דחנוני ישבע תחלה וכ"נ דהא כששניהם אין נשבעין בע"כ צריך לשלם לפועלים ולא לחנוני א"כ הפועלי' יאמרו דלמא החנוני לא ישבע ע"כ: ונראה דזה ראוי לפי שיטת הרמב"ן והנמשכין אחריו דדינו דפועל מדינא ודינו דחנוני מתקנה דה"ל א"י אם נתחייבתי ולכן הפועל נוטל כשאין החנוני לפנינו והחנוני אינו נוטל אלא בשבועה אפי' אין הפועל לפנינו ומש"ה צריך החנוני לישבע

תחלה דאם לא ישבע דינו דפועל ליטול שהוא יותר בריא אבל לדעת בעה"מ וש"ע וגם הש"ך הסכים לדבריהם א"כ דינו דחנוני מן התורה כמו דינו דפועל א"כ נראה דיטילו גורל מי ישבע תחלה:

סעיף ג

או שמתו הפועלים ע' ש"ך מיירי בפועלים שאין להם יורשין או שאין יורשים יודעין שאביהם הי' פועל שלו ע"ש והוא תמוה שאין לך אדם מישראל שאין לו יורשין וכן מ"ש שאין היורשין יודעין נמי תמוה דכיון דבעה"ב יודע הרי אינו יוצא ידי חובתו עד שיחזיר ליורשי הפועל ואפשר דכיון דטעמא דפועל דינו ליטול משום דהוי בעה"ב א"י אם פרעתיך וכבר כתבו הט"ז והש"ך בסי' ע"ה דהיכא דלא תבעו ואמר חייב אני לך מנה ואיני יודע אם החזרתי דפטור אפי' הלה משיב ברי לי שלא פרעת כיון שאינו יודע מהלוא' פטור ע"ש וא"כ הכי נמי פטור בעה"ב מלשלם ליורשי הפועלים דנהי דבעל הבית הוי ליה איני יודע אם פרעתי ויורשי הפועל ה"ל כטוען ברי דאנן טענינן ליה אבל אם אין יודעין שהיה פועל שלו א"י טענת ברי מהלואה והוי כמו לא תבעו דפטור אפי' אומר איני יודע אם פרעתי:

סעיף ד

שהרי אינו משלם. הוצרך לטעם זה אפי' החנוני והפועלים היו טוענין ברי בפני ב"ד והיו מכחישים זא"ז בחייהם דאל"כ אפי' הי' משלם שנים לא היו צריכים לישבע כ"כ הש"ך בדבריו הראשונים וזה עיקר. מיהו נראה דשבועת היסת צריך ועמ"ש בס"ק ט':

סעיף ה

מתו הפועלים. והיינו אפי' לא היה הפועל מכחיש לחנוני בעודו חי אפ"ה צריך שבוע' לדעת הרמב"ן דאין דינו אלא בשבוע' מתקנת חכמים אבל מדין תורה אין לו כלום:

סעיף ו

דלמא לא נתן כלום והוא דעת הרמב"ן דאין לו לחנוני ליטול כ"א בתורת תקנה דהוי א"י אם נתחייבתי וז"ל הרמב"ן טעה בחנוני על פנקסו שדינו מה"ת לילך בפחי נפש כו' וההיא טעמא דפרישו סבוראי משום דלא אמר ליה בסהדי הב ליה טעמא דתקנה הוא ולאו דינא דמ"מ פטור דאע"ג דלא אמר בסהדי הב לי' ה"ל לתיקוני ולא לעותי ואם תמצא לומר נמי פשע בהא אפ"ה פטור עכ"ל ובש"ך בסי' צ"ב כ' שם וז"ל לא ירדתי לסוף דעתו דהא משמע בפ' הכותב גבי עובדא דאבימי דדוקא כשהזכיר לו שקול שטרא הא לאו הכי לא מתחייב למיתיב לי' באפי סהדי וכ"כ הרי"ף והרא"ש שם ודוחק לומר דכל הפוסקים הנ"ל מיירי מתקנ' וס"ל דכי היכא דתיקנו בחנוני תקנו בשאר שלוחים דפשט

דבריהם לא משמע הכי כלל ע"ש. ואין כאן קושי' דהתם בעובדא דאבימי אין דעתו לחזור ולתבוע לא הוי פשיע' אם לא הזכיר לו שטרא במה שלא נתן לו בסהדי אבל חנוני דדעתו לחזור ולתבוע היה צריך למיתיב בסהדי דוקא וכיוצא בזה מחלק הש"ך בסי' ק"ל סקי"ב במ"ש הש"ע דאם פרע הערב ולא לקח השטר דה"ל פשיעה וע"ש שכ' דאע"ג דכ' בעה"ת ומביאו ב"י בסי' נ"ח דאע"ג דהזכיר שטרא כל שלא אמר קח את השטר פטור משום דערב שאני כיון שהוא נותן מעות ע"ד לחזור ולתבוע הלוה לא היה לו ליתן בלא שטר ע"ש וא"כ ה"נ דכוותיה ולשיטת בעה"מ דס"ל דחנוני נוטל מדינא וכן דעת הש"ע ולא הוי פשיע' מה שנתן בלא סהדי אפילו לחזור ולתבוע והתם בערב ס"ל לש"ע דהוי פשיע' מה שלא לקח השטר כיון דדעתו לחזור ולתבוע צ"ל דס"ל לש"ע דהיכא דאיכא שטרא הוא דאמרינן כיון דדעתו לחזור ולתבוע לא היה ליתן עד שיקח השטר אבל היכא דליכ' שטרא אפי' דעתו לחזור ולתבוע אין דרך למיסב בסהדי כל דליכא שטרא ואכתי צ"ע ולכן מסתבר כדברי הרמב"ן וכמ"ש ועמ"ש בסי' ק"ל סק"ד:

סעיף ז

נשבע בעה"ב כ"כ הטור והוא מדברי בעה"ת. אבל הר"ן כ' בשם הרא"ה דא"צ לישבע אפי' היסת הואיל ואף אם מודה בעה"ב שאמר לו ליתן אין החנוני יכול להוציא מידו כי אם בשבוע' לא הוי כפירת ממון דמי יימר דמשתבע ע"ש והנה ז"ל בעה"ת שער כ"ט ח"ב ואם אמר נ' וכו' והשאר איני יודע משאיל"מ דקיי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי ודבר הגורם לממון כממון דמי כי היכא דאי טעין בעה"ש על השורף שטרו דהוי בי' מאה וא"ל אידך אינו אלא נ' משתבע כדין מודה במקצת ואי לא מודה ששרפו משתבע היסת ואי מודה ליה במקצת ועל השאר אומר א"י משואיל"מ ה"נ גבי חנוני כיון דחזקן שליח עושה שליחותו ודבר הגורם לממון כממון הכי דייניגן דכמאן דטען עלי' בגוף הממון דמי עכ"ל. והוא תמוה בעיני כל מעיין דאיזו דמיון דבר הגורם לממון לדין חנוני על פנקסו ומדברי הש"ך נראה שהבין דמה שהחנוני ניטל הוא ע"פ דינא דגרמי לפי שנתן ע"פ צווי בעה"ב אבל כבר דחה הוא עצמו דודאי אין זה דינא דגרמי ע"ש. אמנם נראה ביאור דברי בעה"ת דהוא לשיטתו דפוסק כר"ש דאית ליה דבר הגורם לממון כממון ולפי שסובר דדינא דגרמי ודבר הגורם לממון תרווייהו כחדא הוי וחד טעמא וכמ"ש בעה"ת בשער נ"א ח"ד ז"ל גם הראב"ד כתב בתשובותיו הריני מוסר לך מה שנרא' לי לענין פס"ד והלכ' למעש' פלוגתא דר"ש ורבנן הוי יודע שדעתי נוטה לקבוע מסמורות כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי ודינא דדבר הגורם שייך בדינא דגרמי עכ"ל וזה הוא שרצה בעה"ת לומר כאן דקי"ל כר"מ דדאין ד"ג ודבר הגורם לממון כממון דמי וכי היכא דשורף

שטר ומודה במקצת בעי שבוע' ומשום דדבר הגורם לממון כממון דמי בודאי למ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון ליכא שבועה בשורף שטר כיון דאין גופו ממון אפי' למאן דדאין דינא דגרמי אלא משום דהוי דבר הגורם לממון כממון הוי גופו ממון וכיון דהוי דבר גורם לממון כממון א"כ ה"ה כאן בחנוני בעי שבוע' דאע"ג דמי יימר דמשתבע גורם לממון הוי וכדמשמע מלשון רש"י בשבועות פ' שבועת העדות דאמרינן שם הכל מודים בע"א שכנגדו חשוד על השבוע' ופריך דחשיד מאן אלימא דחשיד לוה דא"ל מלוה כו' מי יימר דמשתבע ופי' רש"י ז"ל ואכתי גורם לממון הוא דהוי ולרבנן פטור ע"ש וכיון דלר"ש כה"ג הוי כפירת ממון א"כ ה"ה הכא בעי בעה"ב שבוע' דחנוני תובע גורם לממון וכממון דמי וז"ב) (גם מדברי בעל העיטור משמע דתליא בדבר הגורם לממון ע"ש דף ס"ב תשוב' ראובן שהוציא שט"ח על שמעון בענין שנתרצ' בהיפוך שבוע' ומתו העדים ונתקיים אחד מן העדים ושמעון אומר לא נתרציתי ישבע שמעון שבועת היסת שאין לראובן כלום עליו ומיפטר ושבוע' דע"א ליכא דלא אסהיד בממון אלא בהיפוך ודבר הגורם לממון לאו כממון דמי עכ"ל ומבואר דלמ"ד דבר הגורם לממון כממון בעי שבוע' כה"ג והוא כמ"ש ולפ"ז קשה על הטור שפסק כבעה"ת דנשבע היסת דהא כיון דבעה"ת לשיטתו דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי וכמ"ש ואנן לא סבירא דבר הגורם לממון אלא דיני דגרמי אבל לא הוי כממון דהא כ' בטור וש"ע סי' צ"ה דאין נשבעין על שטרות ולמ"ד כממון דמי א"כ שטרות לא אימעט כלל וכ"כ בסי' רכ"ז דאין לשטרות אונא' וצ"ע ואפשר ס"ל להטור בשאר דוכתי כר"ש דבר הגורם לממון כממון אבל בשטרות לא הוי כממון וכדאמרי' בב"ק דף צ"ח דע"כ לא קאמר ר"ש אלא בדבר שעיקרו ממון אבל שטר לא הוי עיקרו ממון אבל הבעה"ת ס"ל דהא דאמרי' דמוד' ר"ש בשטרות היינו לרבנן דלא ס"ל דיני דגרמי אבל לדידן דקי"ל כר"מ דדאין דיני דגרמי גם שטרות הוי גופן ממון: אמנם קשה לפי דעת בעה"ת דגורם לממון כממון ובעי שבוע' אם כופר בו א"כ הא דכתבו כל הפוסקים דאין נותנין שבועה על שבוע' וכמבואר בסי' צ"ג כשהתובע אומר לא חלקנו ונתבע אומר כבר חלקנו דאין משביעין ע"ז ומשום דלא הוי כפירת ממון ולא מצינו שום חולק בו ולפי מ"ש בעה"ת דגורם הוי כממון א"כ למה אין נותנין שבוע' על שבוע' הא בש"ס משמע דלמ"ד דבר הגורם לממון כממון משביע עד א' חייב כדאי' פ' שבועת העדות משביע ע"א פטור ור"א בר"ש מחייב ומוקי פלוגתייהו בדר"ש דאמר דבר הגורם לממון וכ' רש"י וע"א גורם לממון הוא שאלו הוא העיד הי' מחייבו שבועה ורוב ב"א אין נשבעין לשקר והי' משלם ע"ש הרי דכפירת שבוע' נמי הוי גופו ממון למ"ד דבר הגורם לממון ולא מצינו לחד מן הפוסקים שיאמר כן להשביע שבוע' על שבוע' ואלו

למ"ד דבר הגורם לממון הי' ראוי להשביע וכמ"ש ולכאור' תיקשי גם לדידן דלא ס"ל דבר הגורם לממון כיון דעכ"פ דינא דגרמי ס"ל ועכ"פ שבועת היסת נשבעין אפי' בדבר שאין גופו ממון דהא אפי' על שטרות נשבעין א"כ לישתבע שבועת היסת על כפירת שבועת השותפין כיון דמידי גרמי לא נפק וכדמוכח בש"ס דלמ"ד דבר הגורם לממון הוי ממון ממש ולדידן ישבע היסת אלא כיון דהא דאין נותנין שבוע' על שבוע' היינו דוקא בשבוע' דדבריהם וכמ"ש רבינו האי והובא בטור סי' פ"ז ומשום תקנתא לתקנתא לא עבדינן א"כ ניחא דהא בכפירת שבוע' דאורייתא באמת צריך היסת ובשבוע' דדבריהם הוי תקנתא לתקנתא ואולי טעמא דרבינו האי דבכפירת שבוע' התור' צריך היסת הוא מטעמא דידן כיון דעכ"פ גורם לממון הוא ואפי' לאו כממון היסת מיהא נשבעין עליו כמו בשטרות אך לדעת בעה"ת דאפי' שבוע' דאורייתא נשבעין על כפירת דבר הגורם לממון א"כ בכפירת שבועת התור' ישבע שבועת התור' כגון היכא דאי' ע"א דחייב שבועת התור' כבר וזה כופר ישבע להכחיש העד וכמ"ש וצ"ע ואולי לא אמרי' משביע ע"א הוי גורם לממון היינו כמ"ש רש"י שם דף ל"ב שאלו העיז היה מחייבו שבוע' ורוב ב"א אין נשבעין לשקר והי' משלם ע"ש ומשמע היכא דא"י אם לשקר נשבע ל"ה גורם לממון דדוקא לשקר אין נשבעין והתם כיון דהעד יודע האמת א"כ הוי גורם לממון דרוב ב"א אין נשבעין לשקר אבל בכפירת שבוע' דאינו יודע אם לשקר ישבע לא הוי כפירת ממון דנתבע אומר האמת אתו וא"כ ליכא גורם לממון גם בהך דסי' צ"ג א"י דלשקר נשבע ודו"ק:

סעיף ח

משאיל"מ. וקשה דהכא פסק דצריך לישבע ואע"ג דהתובע צריך שבוע' ובסי' צ' פסק דא"צ לישבע נגד העד כיון דהתובע צריך שבוע' ע"ש בסעיף ג' ובסמ"ע שם ס"ק י"ג. ונרא' דהכא כיון דמדינא החנוני נוטל בלא שבוע' לדעת הש"ע והשבוע' אינו אלא מתקנת חכמים והיכא דאינו יכול לישבע נוטל בלא שבוע' כגון שהי' החנוני חשוד ומש"ה בזה נמי הוי כמו אינו יכול לישבע דהא זה כופר ולא פקע זכותו מש"ה חייב בעה"ב לישבע דהוי כופר ממון ממש אף דעדיין לא נשבע דה"ל כמו א"י לישבע כיון שכופר והיכ' דאומר בעה"ב אינו יודע ה"ל משאיל"מ והחנוני ישבע כיון דמשלם יכול לישבע ואע"ג דהרמב"ם ס"ל הי' מלוה חשוד אינו נוטל וכמ"ש בש"ע סי' פ"ב כבר כתבנו שם דאינו אלא משום קנס שקנסו לחשוד אבל מתוך אינו שייך בשבוע' דדבריהם ומש"ה אם בעה"ב כופר ה"ל כמו שאינו יכול לישבע ולא מפסיד זכותו אבל בסי' צ' דמדינא אינו נוטל אלא בשבועה מתקנת חכמים ומש"ה כל זמן שלא נשבע אין לו זכות ולא הוי כפירת ממון ומה"ט נמי ניחא פסק הרמב"ם בפי"ד מהל' מלוה כשטען שפרע השטר

ואמר ישבע לי המלו' ויטול אומרין לו הבא מעותיו ואח"כ ישבע ויטול ואם טוען הלוה שאין לו מה לפרוע ישבע הלוה שאין לו וכ"כ בטור וש"ע סי' פ"ב ואע"ג דעדיין לא נשבע המלו' על שטרו ומי יימר דמשתבע ואפ"ה צריך הלוה לישבע משום דכיון דלא מצי המלו' לישבע כיון שזה טוען אין לי מפסיד זכותו והוי כנשבע והר"ן בשם הרא"ה נראה דס"ל כמו שטת הרמב"ן דדינא דחנוני אינו אלא בשבוע' ומש"ה כ"ז שלא נשבע אין לו זכות כלל והא דאמרי' בשבועת מי יימר דמשתבע משום דהתם מן התקנה בלבד הוא שכנגדו נשבע ונוטל עמ"ש בסי' צ"ב סק"י ע"ש ועוד דהתם הכפיר' בעד דהיינו דהעד כופר ושפיר קאמר מי יימר דמשתבע גם אם יעיד אבל הכא בין התובע והנתבע: הוא הכפיר' והתובע אינו מפסיד זכותו כלל נגד הנתבע היכא דאינו יכול לישבע אך קשה בדברי הטור דנרא' מדבריו דסבירא ליה כשטת הרמב"ם דדינא דחנוני אינו אלא מתקנ' מדכ' דחנוני צריך שבוע' אע"פ שאין הפועלים לפנינו וכאן פסק דבעה"ב צריך שבוע' ולפי מ"ש היכא דאין לו ליטול כי אם בשבוע' א"כ כל זמן שלא נשבע אין לו זכות ולמה ישבע על כפירתו ואפשר דגם הטור ס"ל כדעת בעה"מ דדינא דחנוני דאורייתא הוא ואפ"ה הצריך שבוע' לחנוני אפי' אין הפועלים לפנינו משום דהכי תקנת חכמים במוציא הוצאות על חבירו דצריך לישבע וכמו מוציא הוצאות על נכסי אשתו דצריך שבוע' אע"ג דליכא אלא תשלום א' ודו"ק) (ובזה הוטב בעיני פסק הב"י בסוף סי' כ"ב וז"ל מי שנתחייב לחבירו ש"ד ואמר לחבירו השבע וטול וקפץ התובע ונשבע בלא נק"ח לא יוכל לחזור בו וחוזר ונשבע בנק"ח וכתב שם הב"י דאם כופר ואומר לא האמנתיו ישבע שלא א"ל כן ואח"כ ישבע ש"ד ע"ש ודבריו תמוהין לכאור' כיון דאכתי צריך התובע לחזור ולישבע בנק"ח א"כ אין כאן כפירת ממון דמי יימר דמשתבע וכבר הקשה עליו בש"ך בזה בס"ס כ"ב מדברי העיטור ע"ש ולפמ"ש דהיכא דמדינא א"צ התובע שבוע' רק מתקנת חכמים ה"ל כפירת ממון והתם נמי כיון דכבר נשבע ושוב אינו יכול לחזור בו אפי' לא נשבע בנק"ח אלא דצריך לחזור ולישבע בנק"ח משום איום ואינו אלא מדבריהם ומש"ה צריך לישבע בכפירתו ודו"ק וע"ש בסי' ע"ה סקי"ג:

סעיף ט

ולהרמב"ם הפועלים כו'. וקשה דהא כיון דלהרמב"ם אין הקטן צריך לשלם לחנוני כיון שלא נהנה וא"כ אינו משלם אלא תשלום אחד ולא יצטרכו פועלים לישבע כמו שמבואר בסעיף ב' ואפשר דשבוע' זו אינה בנק"ח אלא היסת עכ"פ מחויב לישבע נגד החנוני שיודו לדבריו שקיבלו ממנו בכדי שיוכל ליטול מן הקטן וצ"ע:

סעיף י

אמר לחנוני משנה פ' כל הנשבעין אמר לחנוני תן לי בדינר פירו' ונתן לו א"ל תן לי אותו דינר א"ל נתתיו ונתתו באונפלי שלך ישבע בעה"ב א"ל תן לי הפירות א"ל נתתים לך והולכתם לתוך ביתך ישבע חנוני ר"י אומר כל שהפירות בידו ידו על העליונ' אמר לשולחני תן לי בדינר מעות כו' ופי' הרמב"ם שהם דברי הש"ע דמיירי שהפירות מונחים ברה"ר והחנוני תובע הדינר והלוקח אומר נתתים לך ישבע בעה"ב כיון שהחנוני מודה שכבר מכר הפירות לבעה"ב ובשבילו הונח הפירות ברה"ר אלא שעדיין לא נתן המעות והרי החנוני כאלו בא להוציא מיד בעה"ב ולכן נשבע בעה"ב כיון שעדיין מונחין ברה"ר ואלו הי' כבר הפירות ביד בעה"ב הי' נפטר בשבועת היסת וכן אלו מונחין ביד החנוני הי' החנוני נפטר בשבועת היסת משא"כ כשמונחין ברה"ר נוטל בעה"ב בשבועת המשנ' ובסיפא כשבעה"ב אומר תן לי הפירות איירי ג"כ שהפירות מונחין ברה"ר אלא שהחנוני אינו מוד' שמכר אלו הפירות לבעה"ב ואומר הפירות שלקחת ממני בעד הדינר כבר נתתי לך ואלו הפירות שלי הם כיון דאומר שלא מכר לו אלו הפירות הוי החנוני מוחזק ונוטל הפירות שברה"ר בשבוע' והובא בר"ן ע"ש ועוד שיטות בזה מגאוני קמאי והובא בש"ך ומותיב להו וישר לו פירושו שהעל' במשנ' ע"ש. והגאון ח"צ מפרש כל שטה ושטה על מכונו וע"ש ועל שטת הש"ך כת' וז"ל אבל עיקר דרכו נסתרה פליאה נשגבה לא אוכל לה דהאיך אפשר לומר דמתני' איירי בטענת שמא וכו' דא"כ תיקשי לרב הונא ור"י דסברי ברי ושמא ברי עדיף ומוכח בכתובות דנוטל בלא שבוע' מדבעי לאוקמי כר' גמליאל דאמר נאמנת וכו' ועוד בלא"ה מוכח שפיר מדאמרינן סתם חייב דברי עדיף משמע בלא שבוע' כלל חייב שבש"ס כשלא הוזכר שבוע' אצלו וא"כ תיקשי להו הך מתני' דחנוני ובעה"ב וכו' וזה ודאי קושיא גדול' שאין עליו תשוב' ע"ש ואנא גברא חזינא תיובתא לא חזינא דמ"ש דמוכח בכתובות דנוטל בל"ש מדבעי לאוקמי כר"נ דאמר נאמנת ומאי זו קושיא דיש לומר נאמנת ובשבוע' וכן הוא באמת דעת הרמב"ן הובא בבעה"ת שער כ"ו דמשארסתני נאמנת היינו בשבוע' בנק"ח וע"ש וא"כ אף לדידן דנאמנת בלי שבוע' אין זה תימ' לפי הס"ד דבעי לאוקמי כרב הונא ורב יהוד' יהי' פי' נאמנת בשבוע' וכן מ"ש מדאמרינן סתם חייב משמע בלא שבוע' גם זה אינו מוכרח דהא דעת השערי' באיני יודע אם החזרתיו דצריך התובע שבוע' בנק"ח ואע"ג דתני חייב סתם ואדרב' נרא' מוכרח דלר' הונא ורב יהוד' דברי ושמא ברי עדיף ודאי שבוע' בעי דהא בכתובות דף י"ב וכן בבבא בתרא גבי זה אחי ס"ד דרב הונא ור"י סברי ברי עדיף אפי' בשמא דלא ה"ל למידע וכמ"ש תו' שם וא"כ הא דתנן בפ' האשה שנפלו (כתובות דף

ע"ט) המוציא הוצאות על נכסי אשתו ישבע כמה הוציא ויטול וכן תנן נמי בפ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ד) המכיר כליו וספריו ביד אחר אם יצא לו שם גניב' בעיר ישבע כמה נתן ויטול ושבוע' זו למה כיון דברי ושמא ברי עדיף אפי' לא ה"ל למידע ע"כ צ"ל דרב הונא ור"י דאמרי חייב היינו חייב ובשבוע' ולכן איני רואה מזו קושיא על פי' הש"ך אמנם בעיקר דבריהם ופירושם במשנ' לא נוסיף על דבריהם והלואי נעמוד בפירושיהם. אך ראיתי בש"ך אחר שסתר את דברי הראשונים בלשון המשנ' והגמ' והתו' עוד בחן וזיקק וצירף הדינים היוצאים מפירושם אם הם ראוים עפ"י הסברא ואם לא נאמרו ונשנו במשנ' ובזה נתתי גם אל לבי לעיין אחר דבריהם וליישב את דברי הראשונים אשר דבריהם אמת ויציב וז"ל הש"ך לענין דינו של הרי"ף והרמב"ם בפירות צבורין ומונחין. ברה"ר וכל א' מהם טוען ברי וכו' א"כ כיון שנתבאר שאין פי' המשנ' כן א"כ נמצא דינם צ"ע כיון שלא מצינו בש"ס לחלק בכך בין שהחנוני מוד' במכיר' או לא א"כ אין חילוק והי' נרא' לכאור' כל דאלים גבר וכו' אבל באמת זה אינו דלא אמרינן כל דאלים גבר אלא היכא שאין חזקה לזה יותר מזה כגון בההיא ארבא שזה אומר של אבותי וז"א שא"ב אבל בדבר ששייך לומר חזק' מ"ק מוקמינן לה אחזקת מרא קמא וכו' ולפי"ז נרא' דאפי' חנוני טוען שמא ובעה"ב ברי נשבע החנוני היסת שאינו יודע ולוקח הפירות מרה"ר וכדקי"ל במחליף פרה בחמור דאפי' הלוקח ברי והמוכר שמא מוקמינן לה בחזקת מרא קמא זה העול' ע"ד הש"ך בענין דינו של הרי"ף והרמב"ם ולענ"ד דברי הרי"ף והרמב"ם ברורים לדינא דחזקת מרא קמא לא שייכא אלא היכא דהספק אם מכר או לא וכההיא דהמחליף פרה בחמור דהולד בחזקת מרא קמא כיון דהספק אם יצא במכיר' או לא אבל החנוני שמוד' שמכרה לבעה"ב בא' מדרכי הקנייי' דהא היכא דאינו מוד' תני בסיפ' כשאינו מוד' שמכר אלו הפירות דנשבע החנוני וכיון דמוד' שמכרם בא' מדרכי הקנא' וכמ"ש הרב המגיד שם ע"ש הרי כבר יצאו הפירות מרשות מרא קמא ונכנסו לרשות בעה"ב ואינו תובע אלא הדמים א"כ איך שייך בזה חזקת מרא ואדרב' בעה"ב הוא המוחזק בדינר וז"ב אלא דאכתי תיקשי כיון דאינו ידוע שמכרם אלא עפ"י החנוני המוד' וכן משמע מלשון הרמב"ם שכת' גבי שולחני אם הוד' השולחני ומשמע דליכא עדים וא"כ ליהוי החנוני נאמן בדמים שתובע בעד הפירות במגו דלא מכרתים ואז הי' החנוני נאמן. אמנם ניחא לפי מ"ש הטור בשם הר"ר יונה בסי' ק"ן ז"ל ראובן שירד לתוך שדה שמעון בתורת משכונא והי' לראובן אצלו עוד תביע' אחרת על פה ואם אינו ידוע המשכונא נאמן על תביעתו האחרת במגו דלקוח ודוקא שאכל כבר הפירות כדי התביע' שטוען עליו אבל אם בא לתובעו קודם שאכל הפירות אינו נאמן לעכב

הקרקע בידו שלא מצינו מגו אלא במי שבא לזכות בממון וכו' ע"ש ומבואר בסמ"ע ובט"ז שם הטעם משום דהוי מגו להוציא וכ"כ שם בסי' ק"ן ס"ק ז' דל"מ מגו אלא במשכון מטלטלים דהחפץ תחת ידו ממשהוי מגו להחזיק אבל אם תובע דמים על הקרקע כיון שהקרקע אינו תחת ידו ממש תיכף שהוד' שהקרקע אינו שלו ואין לו אלא דמים הוי מגו להוציא כיון שהדמים שרוצה אינו תחת ידו וגם הקרקע שהוא במשכון נמי אינו ברשותו וכן פסק בש"ע בסי' ק"ן כדעת הר"ר יונה וא"כ ה"ה הכא כיון שהפירות אינו ת"י החנוני אלא מונח ברה"ר תיכף משהוד' שהפירות כבר מכר בא' מדרכי הקנא' לבעה"ב ואינו תובע אלא הדמי' נעשו הפירות כמו קרקע כיון שאינו תחת ידו ממש והוי מגו להוציא וז"ב ועמ"ש בש"ש ש"ו פי"ד:) (ופסק הש"ך בענין דינו של הרי"ף והרמב"ם הוא תמוה דמ"ש חזקת מרא קמא כבר כתבנו דליתי' כיון שמוד' שמכרם ואפשר דאתי עלה מתורת מגו וכי היכ' דאם הי' טוען שלא מכרם והי' מוקי בחזקתו השתא נמי נאמן במגו וע"ש בסי' ק"ן בש"ך דחולק על דברי הטור והש"ע. אך מ"ש הש"ך דאפי' טוען החנוני שמא ובעה"ב ברי מוקמינן בחזקת מרא קמא וכמו במחליף פרה בחמור זה ודאי תמוה דאחר שמוד' שמכרם לבעה"ב ודאי תו ליכא מרא קמא ומגו ליכא כיון שהוא עצמו אינו יודע. אולם מ"ש הרמב"ם ואילו הי' החנוני מוחזק הי' נשבע היסת לכאור' נרא' כיון שמוד' שמכר בא' מדרכי הקנא' וכמ"ש הרב המגיד וכיון דאינו תובע אלא דמים נק"ח בעי לדעת הגאונים והרמב"ם דפסק כוותייהו בתובע מעות על חפץ שתחת ידו אע"ג דאית ליה מגו צריך לישבע בנק"ח וכמ"ש בש"ע סי' ע"ב סעיף י"ז ולכן נרא' דס"ל להרמב"ם דכיון דהסחור' שלקח הוא בעין אע"ג דכבר קנה אותו בא' מדרכי הקני' מ"מ כשתופס גוף הסחור' שלו הוי מוחזק בזה דלא ליבעי שבוע' ומשום דהוא דומ' לעיסקא דנוטל בלא שבוע' וכמ"ש הרמב"ם בפ"ז משותפין ובטור וש"ע סי' ק"ח וכבר ראה הב"ח להשוות הסחור' שקנ' בהקפ' אם הוא בעין בעיסקא דאין לשאר בע"ח חלק בו וכמ"ש בסי' צ"ו ע"ש בב"ח וא"כ ה"ה לזה נמי דומ' לעיסקא שלא יצטרך שבוע' בנק"ח וכבר כתבנו בסי' ע"ב דהיכא דתופס גוף הסחור' שמכר לו ותובע דמי המקח דא"צ שבוע' בנק"ח ומהכא שמעי' לה מדכת' הרמב"ם ואלו הי' החנוני מוחזק הי' נשבע היסת ודו"ק) (ולפ"ז דברי הרי"ף והרמב"ם ברורים לדינא מהנך טעמי שכתבנו דהיכא דמונחין הפירות ברה"ר כיון שהוד' שמכרם בא' מדרכי הקנין ואינו תובע אלא דמים ה"ל מגו להוציא וכמו בקרקע בסי' ק"ן דהוי מגו להוציא וכמ"ש הסמ"ע והט"ז שם ומש"ה נשבע בעה"ב ונוטל והיכא דהחנוני מוחזק ממש בפירות נאמן במגו ואינו נשבע אלא היסת ולא בנק"ח כיון דתפס גוף הסחור' ובענין דינו של תו' והרא"ש במדד החנוני הפירות בכלים של בעה"ב

ועודן ברשות החנוני העל' הש"ך דכיון דקי"ל דכליו של לוקח ברשות מוכר הוי ספיקא דדינא וכמ"ש בסי' ר' הוי החנוני מוחזק אא"כ אומר לו קני בכליך כמבואר בסי' ר' והיכ' דמספקא לן אם א"ל קני או לא הוי ספק ספיקא דלמא כליו של לוקח קני ברשות מוכר ואת"ל לא קני דלמא א"ל קני ואף דספק ספיקא ל"מ בממון דלא אזלינן בתר רובא בממון היינו דוקא היכא דאיכא חזקת ממון ל"מ רובא או ספק ספיקא אבל היכא דליכ' שום א' מהם מוחזק אזלי' שפיר בתר רובא וס"ס וע"ש שהעל' דה"נ גבי חנוני דאיכ' חזקת מרא קמא ל"מ רובא וס"ס ע"ש אמנם בספרי ש"ש ש"ו פ"ז העליתי דהא דלא מהני רובא וס"ס נגד חזקת ממון היינו דוקא נגד חזקת ממון שהוא עכשיו מוחזק דהוי חזק' טוב' חזקת ממון והוא עדיפא מכל החזקות אבל היכא דאין א' מהם מוחזק עכשיו אלא חזקת מ"ק בזה שפיר מהני רובא וס"ס נגד חזקת מ"ק דהא קי"ל בכל דוכתי רובא וחזק' רובא עדיף וחזקת מ"ק לא עדיף מחזקת איסור שהי' עד עכשיו שנולד הספק ואפ"ה רובא עדיף אלא נגד חזקת ממון שהוא עכשיו מוחזק בזה הוא דלא אזלינן בתר רובא וא"כ הכא דליכ' מוחזק עכשיו לפנינו דהא מדד בתוך כליו של בעה"ב ברשות חנוני ומספקא לן אם א"ל קני א"כ אין החנוני מוחזק עכשיו ונגד חזקת מ"ק מהני ס"ס כמו נגד חזקת איסור דמעיקר' ובענין דינו של הסמ"ג היכא דשניהם אדוקים בדינר או מונח ברה"ר כתב הש"ך וז"ל מיהו מ"ש הסמ"ג דהחנוני ישבע ויטול ודאי לא מסתבר דלמה יהי' כח חנוני יפה מכח בעה"ב ע"ש וגם הגאון ח"צ הוד' בזה וע"ש שכת' ז"ל אמנם פי' הסמ"ג תמוה מאוד שפי' דסיפא מיירי בשניהם אדוקין בדינר ושפיר קא מותיב הש"ך למה יהי' כח חנוני יפה יותר משל בעה"ב ולהוציא לאור משפט צדק של הסמ"ג נעתיק לשון הסמ"ג ז"ל בהל' מקח וממכר עשין פ"ב שנינו בפ' כל הנשבעין אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ונתן לו והוציאה החנוני מתחת ידו והרי הפירות מונחין ברה"ר כדתניא בש"ס אמר ר"י אימתי בזמן שהפירות צבורין ומונחין ברה"ר ושניהם עוררין עליהם והחנוני תובע את הדינר ובעה"ב אומר נתתיו לך הרי זה הלוקח נשבע בנק"ח ונוטל הפירות הואיל וכבר יצאו מרשות מוכר ואלו הי' ברשות החנוני עדיין הי' נשבע שבועת היסת וישארו הפירות שלו אצלו ואלו הי' ברשות לוקח הי' נשבע שבועת היסת ונפטר נתן הלוקח את הדינר ואומר לו תן לי הפירות ושניהם אדוקים בדינר או הוא מונח ברה"ר אמר לו החנוני כבר נתתי לך הפירות והולכתם לתוך ביתך ישבע החנוני פי' ישבע שנתן לו הפירות ויטול את הדינר כך פי' ר' חננאל עכ"ל. והנה נרא' דהסמ"ג פי' הרישא כשטת הרי"ף והרמב"ם. דהיינו דחנוני מודה שכבר מכרן לבעה"ב בא' מדרכי הקני' אלא שתובע הדינר ומ"ה ישבע בעה"ב ויטול וכבר כתבנו בטעמ' דהך מלתא ומ"ש ואלו היה

הפירות ברשות חנוני הי' נשבע שבועת היסת וישארו הפירות שלו אצלו. היינו דלא תיקשי דהא טוען דמים על חפץ צריך נק"ח אע"ג דהוא מוחזק ממש כדברי הגאונים לזה כתב וישארו הפירות שלו אצלו והיינו משום דהפירות היו שלו ועבור דמי מקחו תופס והוי כמו עסקא דא"צ שבוע' וכמ"ש בשיטת הרי"ף והרמב"ם ובזה הענין מפרש הסמ"ג גם הסיפא נתן לו את הדינר אמר לו תן לי הפירות והיינו נמי שהוד' בעה"ב שנתן לו הדינר וכבר זכה בו החנוני בא' מדרכי הקנא' אלא שתובע הפירות ועתה מונח הדינר ברה"ר או שניהם אדוקים בו לכן נשבע החנוני כמו ברישא דכיון דבעה"ב מוד' שהוציא הדינר ליתן לחנוני וכבר זכה בו בא' מדרכי הקנין לכן ישבע החנוני דהשתא הסיפא הוי דינא דרישא כמו ברישא שמוד' החנוני שבעה"ב זכה בפירות ולא טען אלא בדינר לכן ישבע בעה"ב ומגו ל"מ ליה דה"ל מגו להוציא וכמ"ש בשיטת הרי"ף והרמב"ם ה"נ בסיפא דמוד' בעה"ב שזכ' החנוני בדינר בא' מדרכי הקנין ולא טען אלא בפירות לכן נשבע החנוני אבל אם הי' הדינר ברשות בעה"ב הי' נשבע היסת כיון דהוי מוחזק ממש הוי מגו להחזיק ונק"ח לא צריך דהוו כמו דמי סחורתו וכמ"ש לעיל: אך קשה הניחא ברישא שפיר משכחת לה שהוד' החנוני שכבר זכה בעה"ב בפירות בא' מדרכי הקנא' וא"כ כבר יצאו פירות מרשותו ואינו תובע אלא דמיו אבל בסיפא נהי שמוד' בעה"ב שכבר זכה החנוני בדינר אכתי לא נפיק מרשות בעה"ב כיון שטוען שלא נתן לו הפירות עדיין א"כ מעות אינו קונה עד דמשך בפירות ושניהן יכולין לחזור כ"ז שלא משך הפירות ונרא' דמטעם זה לא פירשו הרי"ף והרמב"ם הסיפא על דרך שפי' הרישא ומשום דמעות לא יצאו מרשות בעה"ב כ"ז שלא משך בפירות. מיהו נרא' לפי מ"ש תו' בפ' המפקיד (בבא מציעא דף מ"ג) בד"ה מאי ארי' דאעפ"י דמעות אינו קונ' מ"מ זכה המוכר במעות ואינו צריך להחזיר אותן המעות דוקא אלא מחזיר אחרים תחתיהם ע"כ וא"כ תו ליכא חזקת מ"ק בדינר דכיון שהוד' בעה"ב שכבר זכה החנוני בדינר א"כ כבר יצא הדינר מרשותו ואינו תובע אלא דינר אחר או הפירות ובזה החנוני מוחזק ונשבע החנוני ומגו לא מהני לבעה"ב דכיון דמונח ברה"ר או שניהן אדוקין ואינו מוחזק ממש הוי ליה מגו להוציא וכמ"ש לעיל ודו"ק) (והש"ך כתב ז"ל ולענין דינו של הסמ"ג כששניהם אדוקים בדינר או שמונח ברה"ר כו' צ"ע אי נימא בזה אוקמ' אחזקת מ"ק חדא דלא מצינו כן אלא בעומדת באגם שהוא מקום הראוי לקנות לשניהן אבל לא בחצר של שניהן ומ"ש ששניהם אדוקים ואף במונח הדינר ברה"ר צ"ע דיש לומר דודאי בפרה ושפח' וכה"ג י"ל חזקת מרא קמא משום דכל היכא דאי' ברשותא דמרא איתי' אבל דינר כיון דמעות להוצא' ניתנה א"כ לא שייך לומר אוקי אחזקת מרא קמא וכו' ונרא' דאם שניהם אדוקים

בדינד יחלוקו כדין שנים אוחזין בטלית וכו' ואם הדינר מונח ברה"ר כל דאלים גבר עכ"ל. והנה מ"ש הש"ך דבדינר לא שייך חזקת מרא קמא וכן מ"ש בחצר של שניהם לא שייך חזקת מרא קמא מבואר אצלינו בספרי שב שמעתא ש"ו פי"ג וי"ד דגבי דינר נמי שייך חזקת מ"ק וגם בחצר של שניהם שייך חזקת מ"ק ע"ש באורך:

סימן צב

סעיף א

החשוד על השבוע'. בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ח) בעי רב פפא תרי חומשי או תרי כפילי בחד גברא מהו ה"ד כו' אי נמי כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים מי אמרינן תרי גווני ממונא וכו' וכתבו תו' שם ז"ל ד"ה תרי כפילי מחמת שנעשה פסול בשבועה שניי' משעה שנמצא שקרן בראשונה אין לפוטרו משום דחשיד על השבוע' מדרבנן הוא דמיפסל כדמוכח בשבועות דף מ"ה דקתני וכשנגדו חשוד על השבועה ומשמע התם דמדרבנן הוא וכיון דמדאורייתא שבועתו שבועה מחייב כפל עכ"ל) (וקשה הא דאמרי' בפ"ק דמציעא לא אמרי' מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא דאי לא תימא הכי הא דאמר רחמנא מודה במקצת ישבע נימא מגו דחשיד ומאי זו קושיא כיון דמדאורייתא אפי' חשוד על השבוע' לא מיפסל וא"כ היכי מוכח מהא דאמר רחמנא ונראה דהא דכתבו דחשוד על השבועה לא מיפסל היינו שעבר כבר על השבועה וכיוצא בזה שנפסל על ידו ולא מיפסל לשבועה אחרת דאפשר השתא חזר לכשרותו ודוקא גבי עדות הוא דחדית רחמנא אל תשת רשע עד אלא מכי אתברר שעשה תשובה אבל לשבועה לא כתיב ורשע נמי משביעין אותו דאפשר עשה תשובה אבל התם אי נימא מגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבוע' א"כ שבוע' זו למה אם רוצה לגזול עכשיו הרי ישבע נמי לשקר עכשיו ובזה אפי' מה"ת שבועתו שבועת חנם ודו"ק. ובזה ניחא דברי רש"י פ"ק דמציעא דף ו' בהא דאמרו שם ותו הא דאמר רב ששת שלש שבועות משביעין אותו שבועה שלא פשעתי שלא שלחתי בה יד שאינו ברשותו נימא מגו דחשיד כו' וז"ל רש"י נימא גבי שבועה שאינו ברשותו מגו דחשיד אממונא שמא ברשותו הוא וכופר בה חשוד נמי אשבוע' ע"ש והנה משבוע' שלא פשעתי לא מצי לאקשויי דכבר תמרו אשתמוטי וכמו שאמרו לענין מודה במקצת אבל משבוע' שלא שלחתי ודאי הוי מצי לפרש דהא הוי חשוד אממונא ממש וכן פי' תו' דפ"ק דמציעא ד"ה ובכולי בעי דלודי ע"ש ולפי מ"ש ניחא דמשבועה שלא שלחתי דחשדינן ליה בגזלן כבר לא נעש' חשוד לשבועה מה"ת וכ"ת השתא למה משביעין אותו

כיון דחשוד על השבועה פסול מדרבנן דכבר כתבו תו' למסקנא דאמרו לא אמרינן מגו דחשיד אממונא חשוד אשבועתא והקשו דא"כ גזלן אמאי פסול לשבועה ותירצו מדרבנן והקשה בשטה מקובצת א"כ נימא חשוד אממונא מדרבנן ותי' כיון דפסול מדרבנן חכמים אחמירו עליו וקנסוהו שכנגדו ישבע ויטול אבל במקום שאין שייך לומר שכנגדו כמו במתני' דכל א' תוקף בטלית או בעלמא דא' תובע חבירו דכמו שזה חשוד לכפור כן זה חשוד לתבוע שלא כדין לכך לא אמרינן שכנגדו נשבע וגם אין לפוטרו בלא שבועה דא"כ חוט' נשכר עכ"ל ע"ש וא"כ משבוע' שלא שלחתי כיון דמדאורייתא לא מיפסל דחשיד על השבועה אינו אלא מדרבנן וכמ"ש דשמא חזר לכשרותו וכיון דאינו אלא מדרבנן א"כ היכא דליכא קנס דהא שכנגדו לא ישבע צריך הוא לישבע אבל משבועה שאינו ברשותו דהוא עכשיו חשוד אממונא א"כ שבועתו חנם וכמ"ש דזה אפי' מה"ת שבועתו לבטלה ודו"ק אך קשה בדברי תו' פ"ק דמציעא דף ו' דמשמע שם מדברי ר"י חסיד דגזלן מיפסל לשבוע' מה"ת וכיון דאפי' חשוד על השבועה כשר מה"ת לשבועה כ"ש גזלן דהוא חשוד לדבר אחר וצ"ע:

סעיף ב

ואם אמר התובע במרדכי פ' שבועת הדיינין ז"ל ופסק ראב"י וכן המיימוני דאם אמר התובע לחשוד אשתבע לא משבעינן ליה מפני חילול השם וכן נראה לרבינו אבי העזרי ולרבינו ברוך אבל (רשב"י) [רשב"ט] פלי"ג וראי' מחנוני על פנקסו דהלכתא כת"ק דבן ננס ואע"ג דאיכא שבועת שוא ודאי ע"ש והרב המגיד פ"ב מטוען כתב ז"ל ומפורש בפ' שבועת הדיינין בגמרא שאין חשוד נשבע אפי' היסת ושם נראה אפי' רצה התובע אינו נשבע שהרי בהיסת אין שכנגדו נשבע וז"ב עכ"ל ולא נדע מקומו אי' דהתם בפ' שבועות הדיינין לא קאמרי אלא מאי איכא בין ש"ד לשבוע' דרבנן א"ב שכנגדו חשוד על השבועה ובדרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן והיינו דל"א שכנגדו ישבע ויטול בדרבנן אבל אם אומר שישבע החשוד אינו מבואר שם אבל נראה מוכרח מהא דאמרינן פ' שבועת העדות גבי הכל מודים בע"א ושכנגדו חשוד על השבועה ופריך ולימא מי יימר דמשתבע ומסיק כגון ששניהן חשודין דאמר מר חזרה שבועה למחויב לה והתם בשניהן חשודין למה יפטור התובע בלא שבוע' כיון שהנתבע צריך לשלם יאמר לו אשתבע לי וכיון דצריך שבועה א"כ מי יימר דמשתבע ולפמ"ש בשטה מקובצת דטעמא דחשוד אינו נשבע אלא משום קנס כדי שכנגדו ישבע ויטול וכמ"ש דבריו בסק"א נמי ק' יאמר הנתבע לתובע אשתבע לי מיהו בשטה מקובצת לא כתבו אלא בחשוד אממונא אבל

לפמ"ש תוס' אפי' חשוד על השבועה אינו אלא מדרבנן ואפ"ה צ"ל דאינו נשבע משום חילול השם ודו"ק:

סעיף ג

דשמא ס' מלוה ישינה. מזה משמע דס"ל מגו דחשיד אממונא חשוד אשבועתא ולמ"ד לא אמרי' מגו דחשוד אין אנו צריכין להך טעמא וכתב הר"ן דנ"מ כגון שמחל לחבירו כל תביעות וכל מלוה שיש לו עליו דהשתא פטור משבוע' למ"ד מגו דחשיד אממונא כו') (ולפי"ז צריך הדיין לדקדק היכא שנתנו פטורים זה לזה עד היום המבוא' בכתבי הפטורים ולמחר או ליומא אוחרא נתהוה איזה טענה ותביעה במקום דל"ש אשתמוטי כגון בנשבע ונוטל בשטר או על משכון או בחפץ ידוע דאין בו שבועה כיון דלא שייך מלו' ישנה ביום או יומים ואורך הזמן שיש לחוש למלוה ישינה א"א לפרוש והכל תלוי באומדנא של הדיין ובימים מועטים ודאי אין לחוש לס' מלוה ישינה ולא ראיתי נזהר בזה והוא מלתא דשכיחי טובא וצריך ליזהר בזה. ובשטה מקובצת כתב וז"ל ותו נ"מ דלדעת מורי הרא"ה אם טענו שנטל ממנו מנה ריבית קצוצ' והלה כופר דלר"י משתבע אבל לאביי אינו נשבע דאם היה חשוד על הממון לא משבעינן ליה מספיק' ואינו דומה לטוען גזלת ממנ' מנה שהוא נשבע לד"ה. דהתם כי פריש משום שבועה מתקן לאוי' בחזרה אבל רבית לא מתקן לאוין בחזר' דברי רבינו הגדול עכ"ל והא דכ' בש"ע סי' פ"ב שבוע' גם על ריבית וכן בי"ד ס"ס קס"ט היינו משום דהב"י בסי' ע"ה מחו' י"ב הביא בשם תלמידי הרשב"א שכתבו ז"ל ומיהו כי אמרי' דלא משמע לאינשי דריבית לא מתקן לאוי' בחזר' ה"ל ריבית כגזל גמורה ונשבע עליו עכ"ל ואפשר דסובר בש"ע דלא משמע לאינשי דריבית לא מתקן בחזרה:

סעיף ד

התובע לחבירו מלוה ובשערי שבועות כ' דגבי מלוה אפי' נשבע לא נעשה חשוד והביא ראיה מדלא תני לה במתני' גבי שכנגדו חשוד על השבועה וחשיב שם במשנה שבועת העדות ושבועות הפקדון ומדלא תני שבועת מלוה משמע דלא מיפסל במלוה אפי' נשבע ע"כ וכ"כ במרדכי פ' כל הנשבעי' וכן דעת ריב"א הובא בב"י סי' ל"ז וסי' ע"ה ובתשובת מוהר"ם הלוי חלק ח"מ סי' ט"ו האריך בזה והקשה על הרב אלפס הובא בטור סי' פ"ז ז"ל כתב רב אלפס בתשובה נשבע היסת ואח"כ הודה במקצת הוי ליה חשוד ופרע מה דאודי ושכנגדו נשבע על השאר ונוטל ולפי' דברי הרי"ף בשערי שבועות דאפי' נשבע במלוה כשר מטעם דאשתמוטי קא משתמיט ואמאי ה"ל חשוד ותו קשה לי מהא דאמרינן בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ד) אהא דאמר רב ששת הכופר בפקדון נעש'

עליו גזלן ופריך עלה ממתני' דתנן חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל א' שבועת הפקדון כו' ודוקא נשבע אבל לא נשבע לא ומתרץ דמתני' מיירי בעומדת באגם וליכא סהדי שראו הפקדון בידו בשעה שכפר ובהא שייך טענה דאשתמוטי ולהכי לא מיפסל עד שנשבע ור"ש מיירי כגון דאתו סהדי ואמרי ההיא שעתא הוי בידי' אלמא דאפי' לא הוי בידי' ושייך אשתמוטי אפ"ה כשנשבע מיפסל וא"כ אמאי לא יפסול בשבועת מלוה ע"ש שהאריך. אמנם נראה דאין הטעם כלל משום אשתמוטי דודאי כשנשבע אין שייך אשתמוטי וכי מותר לו לישבע לאשתמוטי ולכן בפקדון אפי' היכא דשייך אשתמוטי כל שנשבע פסול וטעמא דשעורים במלוה כמ"ש הב"י בסי' ל"ז וז"ל ונ"ל טעם ריב"א דלגבי מלוה דרך להשביע אם חייב לו ושמא היה חייב לו ממ"א ונשבע באמת אבל גבי פקדון דרך להשביע אם הפקיד אצלו וכיון שאלו מעידים שהפקיד אצלו הרי מעידים שנשבע לשקר עכ"ל. אך קשה הא תינח בשבועה דמלו' בין שבוע' דפקדון שפיר יש לחלק כמ"ש הב"י אבל בכופר בפקדון דפסול לעדות ולשבועה היכא דאיכא עדים שראו אותו תח"י נימא שמא חייב לו ממ"א ומשום לא תחמוד לא נפסל כדאיתא פ"ק דמציעא וע"כ צ"ל כמ"ש תוס' פ"ק דמציעא דף ו' טעמא דכופר בפקדון פסול לעדות ול"ח שמא מלוה ישינה דהיכא דאיכא עדים שגזלו תו ל"ח למלוה ישינה דאין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ גבי מלוה כשנשבע שא"ח לו ואיכא עדים שחייב לו למה ניחוש למלוה ישינה' נימא אין ספק מוציא מידי ודאי: אמנם נראה דברי הרי"ף והריב"א נכונים והוא דכבר כ' בש"ע בסי' פ"ז סעיף ל"א טען שיש לו חוב אצלו בקנין או בשטר והוא טוען פרעתי או איני חייב לך כלום ונשבע ואח"כ באו עדי קנין או שהוציא שטר ונתקיים ה"ז משלם אחר השבועה שישבע המלו' ואינו חשוד שהרי לא העידו שלא פרע ולא טען להד"מ. והוא מדברי הרמב"ם הרי מבואר דאע"ג דלענין תשלומין בחזקה שלא פרע ומשום חזקת דשטרא בידו מה בעי וחייב לשלם אפ"ה לשבועה לא מיפסל עד שיודע לך בבירור שנשבע לשקר וכמ"ש שם דשבועה שאני שעל דעתו הוא נשבע וה"ה הכא לענין מלוה ישינה ודאי הכופר בפקדון שיש עליו עדים אע"ג דטוען בפי' מלוה יש לי עליו א"נ כל שאין לו מגו ובחזקת פסול לעדות הוא כיון דצריך להחזיר והוא בחזקת גזלן וגזלן פסול לעדות אבל אם נשבע שחייב לו אף ע"ג דאין אנו מאמינין אותו דהא הב"ד נזקקין להוציא מתחת ידו הגזילה ואין מאמינין לו שחייב לו אבל לא נפסל משום זה לשבוע' כיון דיכול להיות האמת אתו שחייב לו וא"כ ה"נ במלוה כיון דכופר במלו' לא נפסל אלא משום שבועתו שנשבע לשקר ומנא ידעינן דנשבע לשקר שמא אמת אתו שאינו חייב לו ומשום דהי' לו מלוה ישינה ואע"ג דאין מאמינין לו שהי' לו מלוה ישינה

אבל לשבועה לא נפסל כמו דאינו נפסל בטוען על שטר פרעתי או אם נשבע בפי' שחייב לו כיון דיכול להיות שחייב לו אבל בפקדון אפי' ליתיה תח"י באופן דשייך אשתמוטי אפי' הכי נפסל בשבועתו כיון דנשבע בפי' שלא הופקד בידו וזה נגד העדי' ממש וא"כ דברי הרי"ף והריב"א נכונים לדינא דדוקא בכופר בפקדון לא חיישינן למלוה ישינה כיון דאינו נאמן וגזלן הוא וגזלן פסול לעדות אבל בכופר במלוה דלא מיפסל בכפירתו דאפשר לומר שיחזיר אחר כך ואשתמוטי קא אשתמיט ומשום שבועה לא מפסל דמנא ידעינן דנשבע לשקר דלמא באמת יש לו כנגדו כיון דנשבע סתם שאינו חייב ואלו היה נשבע בפירוש שחייב לו אף על גב דאינו נאמן לא מיפסל. וכההיא דסי' פ"ז ודו"ק) (:

סעיף ה

בודאי שיש לו עדים והוא מתשובת הרשב"א ועיין ב"י שהביא בשם הרשב"א מ"ש אחר כך ז"ל כל שהתובע טוען ברי שהוא חשוד אם לא מצא עדים יש לדקדק אם הפסיד תביעת לפי שיש לומר לפי דבריו אי אפשר למסור לו שבועה וגם בתובע אינו נוטל בשבוע' כיון שאין עדים ושזה חשוד וכ' שם שאין פוטרים לנתבע מפני שחושדו בעל דינו שאין אנו פוסלין אותו לחצאין שיהא פסול לגבי זה וכשר לגבי עלמא וכן כשהעיד עליו ע"א אין אומרים שהוא פסול לגבי עד זה וכשר לגבי אחרים וכ"נ מדברי הראב"ד וקצת חכמי פורבנציא בפ' הכותב ע"ש והא דכ' הרשב"א בטענו לקחת ממני ריבית דאין משביעין אותו לפי שלדברי התובע חשוד הוא והובא בב"י סי' ע"ה ע"ב משום דהתם אם אתה מאמינו שלקח ממנו ריבית כבר חשוד הוא ואם אי אתה מאמינו שלקח ממנו ריבית שבועה זו למה אבל הכא השבוע' על ענין אחר הוא ואין אנו מאמינין לזה דאינו נפסל לחצאין:

סעיף ו

יעסוק עם עם החשוד והוא מדברי הראב"ד פ"ק דמציעא דפריך ותיפוק לי' דה"ל רועה ודעת הי"ח הוא דעת הרא"ש בתשוב' דל"א דהם הפסידו שעסקו עם החשוד אלא אדרב' החשוד הפסיד על נפשו ובתומים כתב דא"כ מחלוקת אלא דהראב"ד מיירי מפקדון דאז סבר וקיבל דהאמין לחשוד דהא א"י החשוד יטעון נאנסו ויפטר כיון דאין החשוד יכול לישבע והרא"ש מיירי במלו' דליכא טענת נאנסו וע"ש שכ' שכן מצא בשטה מקובצת בשם הרמב"ם גבי ותיפוק לי' דה"ל רועה דמעיקרא כי הפקיד גבי' אדעתי' דספק פסידא אפקיד דאי אמר נגנבו לא היו נשבע ולא שכנגדו יכול לישבע הילכך השתא נימא מגו ומפסיד עכ"ל וע"ש אמנם עדיין לא יצאנו מידי מחלוקת דבמלו' נמי נהי דטענת נאנסו ליכא מי ישום אלם שיאמר להד"מ או פרעתיו הכל ולא יהיה מב"מ ואי משום דאינו

מעיז לכפור הכל הא בממון אמרינן מגו דהעזה וכבר כתבנו בסי' פ"ב בדיני מגו בשם הרשב"א בתשוב' דכל שרוצ' לגזול ממון גם הוא מעיז לכפור או שיקדים הודאה לתביע' באופן דלא יתחייב משום מב"מ והא דכ' הראב"ד טענת נאנסו הוא לדוגמ' אבל ה"ה טענת להד"מ וכופר הכל ואפי' אתרמי שהלו' לו בעדים והתנה עמו שלא יחזיר אלא בעדים באופן דלא מצי לאשתמוטי מ"מ כיון דרוב פעמים יכול החשוד לאשתמוטי ע"י כופר הכל ובאופן שלא יתחייב משום מב"מ א"כ העוסק עמו איהו דאפסי' אנפשי' כיון דיכול לעשות באופן שלא יהי' מב"מ ולומר הילך וכיוצא וא"כ גם במלו' שייך טעמא דראב"ד וזה פשוט:

סעיף ז

הי' החשוד שומר. והרמ"ה והר"ר ישעיה ס"ל דכיון דאין השומר יכול לישבע משלם ומזה ראי' למ"ש בסימן ע"ה ס"ק ט' דאפי' היכא דאין התובע טוען ברי שייך בנתבע משאיל"מ אם טען איני יודע ודלא כט"ז ופני יהושע ע"ש ואפילו החולקים על הרמ"ה והר"ר ישעי' היינו משום דהתובע אי"ל אבל היכא דהתובע אינו צריך שבועה וכגון שטען הנתבע איני יודע צריך לשלם:

סעיף ח

או פשע מלשון הש"ע משמע דטוען ברי דהא כתב בפני שלח יד או פשע וכיון דלדעת הש"ע עיקר שבועת השומרין הוא שאינו ברשותו כמבואר בסי' רצ"ד ע"ש וכיון דטוען ברי שפרע הרי מודה שאינו ברשותו ותו ליכא עיקר שבוע' וממילא ליכא אינך שבועות כיון דע"י גילגול המה ואפשר דלשטת האומרים עיקר שבועת השומרים הוא שבועה שאינו ברשותו כתב בפני שלח יד דיכול להיות דהוא ברשותו עדיין ולשטת הסוברים דעיקר שבוע' שלא פשעתי והוא שטת תוס' והרא"ש כתב אי פשע ועכ"פ מוכח מזה דאפי' היכא דטוען המפקיד ברי נמי איכא שבועת שומרין ובש"ך כת' ליישב דבריו שבסי' ע"ב דלא שייכא שבועת שומרים היכא דטוען המפקיד ברי וכ' דלפיכך אריש קאי שאינו טוען ודאי שאכלו והלכך נהי דאין השומר חייב ש"ד שלא שלח בו יד או פשע כיון שהבע"ד טוען ברי מ"מ חייב לישבע ש"ד שלא אכלו ואי"ל שהוא חשוד לפיכך ישבע שכנגדו ששלח בו יד או פשע אבל אם טוען ג"כ שאכלו ודאי אין על השומר ש"ד ולפי"ז לא תמצא ששומר פטור משבוע' כשטוען בעל הפקדון ברי אלא כשמאמינו על שליחות יד וכו' דאי לאו הכי כיון שצריך לישבע על שליחות יד משתבע נמי אידך שבוע' מצד גילגול עכ"ל ותמהני דהא אליבא דכ"ע שליחות יד אינו אלא מצד גילגול ולדעת הרב המגיד וש"ע בסי' רצ"ד עיקר שבוע' שאינו ברשותו היא ואינך על ידי גילגול ולדעת

תו' והרא"ש והרמ"א בסי' רצ"ד גם שלא פשע עיקר אבל שליחות יד ע"י גילגול ע"ש בסי' רנ"ד וכיון דעיקר שבוע' ליכא כשטוען ברי שליחות יד מנלן:

סעיף ט

ששטר מקוים בידו עמ"ש בסימן פ"ב סק"ו:

סעיף י

החשוד שבועת היסת והוא מבואר ממה שאמרו בש"ס תקנתא לתקנתא לא עבדינן בפ"ק דמציעא גבי ההיא רעיא בפ' שבועת הדיינים ע"ש. וע' בתו' גבי ההיא רעיא ד"ה ותקנתא לתקנתא ז"ל ומתוך שאי"ל משלם לא שייך הכא כדפרשנו עכ"ל ובתשו' מוהרש"ך ח"א דף קס"ח הקש' על דברי תו' ז"ל ולמה כיונו תו' אי כיונו להקשות ולומר דאע"ג דתקנתא לתקנתא לא עבדינן מ"מ נימא משאיל"מ ואמאי פטרינן לי' מתשלומין וכו' קשה דהיכי מצי למימר הכא מתוך כיון דהא דר"נ תקנתא ומאי דאמרינן מתוך הוי תקנתא לתקנתא כמ"ש תו' לעיל ד"ה בכולי בעי דלודי א"כ כי היכא דל"א שכנגדו נשבע ונוטל משום תקנתא לתקנתא ה"נ ל"א מתוך מה"ט עכ"ל. ובשו"ת מוהר"ש הלוי חלק ח"מ כת' על זה וז"ל ואני שואל מחיל' מעצמותיו הקדושים ואומר דזה עצמו כיונו תו' במ"ש ומתוך לא שייך הכא כדפרשנו פי' כמו שפרשנו לעיל בד"ה ובכולי בעי דלודי והוי מטעמא דהוה תקנתא לתקנתא ולא קאי כדפרשנו לעיל מ"ש בד"ה שכנגדו קאמינא בעובדא דרעי' כמו שחשב הרב זלה"ה עכ"ל ומדבריהם למדנו דהא דאמרינן מתוך אינו תור' אלא תקנת חכמים וכבר כתבנו בסי' ע"ה ס"ק י"א דהוי דאוריי' דיליף לה פ' כל הנשבעין משבועת ד' תהי' בין שניהן ולא בין היורשין וע"ש דפריך ור"ש האי שבועת ד' מה דרשי בי' אלמא דהוא דרשה גמור' מה"ת. וצריך להבין טעמא מאי ל"א מתוך בשבוע' דרבנן דהא חזינן דגם תקנת חשוד ס"ד למימר בשבוע' דרבנן אלא משום דהוי תקנתא לתקנתא והיינו משום דמה"ת חשוד לא מיפסל לשבוע' וכמ"ש תו' בפרק הגוזל קמא הובא בסק"א ע"ש ואפי' את"ל דחשוד מיפסל מדאוריי' מ"מ כיון שרוצה לישבע אינו בדין שישלם וכיון שאינו אלא תקנ' לא עבדי תקנתא לתקנתא אבל מתוך דהוי דאוריי' ולא תקנה למה ל"א דין מתוך בשבוע' דרבנן ועוד דכל הפוסקים כתבו דל"א מתוך גבי שבוע' דרבנן וזה תימא דלא זכרו בש"ס אלא מחשוד וכבר הקש' מוהר"ש הלוי בהא דאמרינן פ' שבועת הדיינין מאי איכ' בין שבוע' דאוריי' לשבוע' דרבנן ולמה ל"א נ"מ לענין מתוך לכ"נ דין מתוך כיון שאינו מתקנ' אלא מדינא ראוי לומר גם בשבוע' דרבנן אלא משום דדין מתוך בשני פנים או חשוד או שטוען א"י וכיוצא דא"י לישבע ומחשוד כבר אמרו בש"ס דהוי תקנתא לתקנתא וכמ"ש או משום דחשוד לא מיפסל מה"ת או משום דרוצ' לישבע ואם טוען

איני יודע בשבועת היסת נרא' דלא שייך בי' כלל מתוך דבשלמא גבי שבועת התור' ליכא שבועת איני יודע רק שבועת ברי ולהכי ?לרו"ש דלא סברי מתוך אית להו בחמשין ידענא חמשין לא ידענא דנפטר משבועת התור' כיון דליכא בדאורייי' שבוע' שאיני יודע וכמ"ש בסי' ע"ה סקי"ז ע"ש ומש"ה למאן דס"ל מתוך צריך לשלם בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא כיון דליכא שבוע' בא"י אבל בשבועת היסת אם טוען להד"מ בברי נשבע בברי ואם טוען איני יודע אם נתחייבתי נשבע שאינו יודע דבשבוע' דרבנן איכ' נמי שבועת איני יודע ולא שייך משאיל"מ כיון דיכול לישבע שא"י וכן דין נסכ' דר"א נמי לא שייכא בשבוע' דרבנן דאם העד מעיד בעבדים ושטרות וקרקעות אין השבוע' ע"י העד כיון דאין ע"א יכול לחייב שבוע' בקרקעות ואינו נשבע אלא על טענת התובע ברי וכי משיב דידי הוא הרי נשבע על טענתו דחטף דידיה ולפי"ז לא קשה למה לא קאמר בש"ס נמי לענין מתוך דהא משכחת דין מתוך בשבוע' דרבנן דבשמא יכול לישבע בשמא ונסכא דר"א לא משכחת בשבוע' דרבנן ודו"ק ומזה נרא' דהיכא דמשכחת דין מתוך בשבוע' דרבנן אמרינן מתוך וניחא דברי הרמ"א שפסק בסי' נ"ח סעיף ב' בטוען סטראי ואי' ע"א דהוי דין נסכא דר"א והקשו בזה האחרונים הא בשבוע' דרבנן ל"א מתוך וכמ"ש וכן הא דכת' בש"ע סי' נ"ט בטוען המלו' על השטר איני יודע דמפסיד המלו' והוא מבעה"ת ולמדו שם מחשוד דאפיק שטרא והקשיתי שם בסי' נ"ט כיון דאנן קי"ל חשוד דאפיק שטרא נוטל בלא שבוע' למה יפסיד המלו' בטוען איני יודע ולפי מ"ש ניחא דבשבועת המשנ' נמי ליכא באינו יודע וא"כ ה"ל משאיל"מ והא דחשוד נוטל היינו משום דחשיד ודאי אינו אלא תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן אפי' בשבועת המשנ' כיון דמדרבנן הוא) (אבל מתוך אמרי' אפי' בדבריהם היכא דשייכא וכמ"ש ודו"ק:

סימן צג

סעיף א

מגו לפטור משבוע. בסמ"ע הקש' על הרמ"א שכ' לקמן סי' רצ"ו ג"כ דעת הרא"ש וי"א דאמרי' מגו לאפטורי משבוע' אלא שאין זה מגו טוב כיון דהוא מעיז ונ"מ היכא דאינו שבועת התור' אלא מדרבנן מהני מגו דהעזה וכמו דאמרי' גבי שכיר ע"ש ועש"ך מ"ש בזה ול"נ דלק"מ דודאי ליכא שום נ"מ בין הני טעמי דרא"ש והרמב"ם דהא התם בפ' כל הנשבעין פריך בהא דאמר רמב"ח ל"ש אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מגו די"ל לא שכרתיך ופריך עלה א"כ שבועת השומרין דחייב רחמנא היכא משכחת לה וכת' שם בר"ן מאי פריך הא בשכיר הוי לענין ממון ואמרי' מגו דהעז' לגבי ממון

ושבועת השומרין ל"מ מגו דהעזה לאפטורי משבוע' וע"ש שכ' כיון דשכיר נאמן במגו אפי' לאפטורי משבוע' מש"ה פריך א"כ שבועת השומרין דחייב רחמנא דחייב לדידן ע"ש שכת' והא דאנן קי"ל דשכיר נאמן במגו אפי' לאפטורי משבוע' במגו דלא שכרתיך ושבועת השומרין דחייב לדידן אפי' בלא שטר היינו משום מגו דהעזה אלא בשכיר כיון דאינו אלא תקנת חכמים הקילו אפי' במגו דהעזה ע"ש וא"כ לפי שיטת הרמב"ם דל"א מגו לאפטורי משבוע' נמי צריך לחלק הא דשכיר נאמן במגו לפוטרו משבוע' הוי נמי משום דבתקנ' הקילו ואפ"ה פסק כאן בשותפין דל"מ מגו הא בתקנת חכמים הקילו במגו לאפטורי משבוע' כמו גבי שכיר דמהני מגו לאפטורי משבוע' אלא דכבר כ' הר"ן וז"ל דאפי' מגו גרוע מהני לעקור תקנתא ומ"מ הבו דלא נוסיף עלה לומר דשבועת השותפין דוק' ביש לו עדים שנשתתף כו' שאע"פ שמצינו דבעה"ב מיפטר מיניה דשכיר במגו ומפני שאין אלא תקנ' ושבועת השותפין נמי תקנ' אפ"ה אין לך אלא מה שמנו חכמים ושבועת השותפין כעין של תור' תיקנו עכ"ל וא"כ לק"מ דבין להרמב"ם בין להרא"ש בשכיר מהני מגו לאפטורי משבוע' ואפי' מגו דהעזה והבו דלא לוסיף ואפי' היכא דאינו אלא תקנ' כעין תורה תיקנו וז"ב. ומ"ש הטור דהרא"ש חולק כ"כ הב"ח דחולק על הטעם דהרמב"ם ס"ל הטעם משום מגו לאפטורי משבוע' והרא"ש ס"ל הטעם משום מגו דהעזה ע"ש אבל לדינא ליכא נפקותא וכמ"ש וז"ב:

סעיף ב

זא"ז. ע' מוהרש"ל פ"ח דב"ק סי' כ"ח דאם אשת השותף היא נושאת ונותנת אף היא צריכ' לישבע:

סעיף ג

שאפי' הודה. עמ"ש בסי' צ"א סק"ז:

סעיף ד

אינו נשבע עליו ונרא' דה"ה אם טוען תנאי הי' בינינו שאפטור משבועת השותפות נמי נאמן ואין עליו שבוע' שפטרו כיון דאם יודה לא יתחייב ממון ואע"ג דאומר מחלתי אינו נאמן אלא במגו ה"נ נאמן במגו דלא נשתתפתי ואפי' לדעת הרמב"ם דל"א מגו לאפטורי משבוע' הכא לא דמי למחלה דדוקא למחול אינו עשוי אבל זה דרך השותפין בשעת שותפות לפטור זא"ז משבועת השותפין וא"כ הוי טענ' מחמת עצמה ולא צריך למגו וע' ש"ע סי' רצ"ו ס"ח וע' ט"ז בס' פ"ז דכת' דמחל' לי השבועה נאמן אפי' היכא דל"ל מגו ע"ש אלא דהכא כשטוען תנאי בשעת שותפות נרא' דאפי' לדעת הש"ך נאמן ומטעמא שכתבנו:

סעיף ה
הוחזק כפרן לשבוע' כת' הסמ"ע טעמו דכל האומר לא נשתתפנו כאלו אומר לא חלקנו והרי יש עדים שהי' שותפו וה"ל כאלו מעידין שהן שותפין ולכן צריך לישבע ע"ש ולענ"ד נראה דאפי' היכא דל"ש הודא' וכגון שאמר מתחל' חלקנו ואח"כ הביא עדים שעדיין לא נתחלקו וטען אח"כ תנאי היה שאפטור משבועת השותפין וכמ"ש בס"ק ד' דבזה ליכא הודא' אפ"ה כל שהוחזק כפרן בטענתו לפני ב"ד תו אינו נאמן לטעון טענה אחרת וכמבואר בש"ע בסימן ע"ט סעיף י"ג אא"כ מביא עדים על טענתם השניי':

סעיף ו
כדי שישבע ויטול עיין בתשובת רדב"ז ח"א סימן ק"ב שכ' דאם מודה שנעש' היזק בשותפות או שידוע בעדים אלא שטוען שמא הרווחת ממקום אחר שיתמלא בזה מעות השותפות נשבע השותף שלא היה לו ריוח ממקום אחר והפחת שידוע או מודה ישלם:

סימן צד

סעיף א
לגלגל עליו. נסתפקתי אם מגלגלין שבועת התור' וכגון מלוה בשטר וטען הלוה פרעתי ועוד חזר ותבע הלוה למלו' בע"פ ובע"א בענין שמחויב המלו' לישבע שבועת התור' אם מגלגלין עליו שבועת התור' שלא נפרע מי אמרינן כיון דעבדים ושטרות וקרקעות אימעט מדין שבוע' ואפ"ה גילגול שבוע' נשבעין עליהם וה"ה בנשבעין ונוטלין על ידי גילגול נשבעין או דלמא כיון דכתי' ולקח בעליו ולא ישלם וילפינן מינה דאין שבועה בנוטלין א"כ אפי' ע"י גילגול שבועה ליכא וכעת צ"ע:

סעיף ב
כשהנתבע טוען ודאי. ועיין בט"ז שכתב דהיינו דאין מגלגלין לומר משאיל"מ על הגילגול אבל צריך הוא לישבע על הגילגול שא"י ומש"ה ניחא מ"ש בש"ע בסימן צ"ג סעיף י"ג ויגלגל עליו שאיני יודע בודאי סכום הפחת וכ"כ הט"ז בסימן ע"ה וכ"נ מדברי הש"ע סימן שד"מ ס"ד שכ' וע"י הגילגול ישבע השוכר ששכורה מתה או שאינו יודע וזה דלא כהש"ך שכתב דאין מגלגלין כל שבועת א"י והדברים מוכרחין בש"ע כדברי הט"ז ואע"ג דליכא שבועת התור' בטוען איני יודע וכמ"ש בסימן ע"ה סי' י"ז ע"י גילגול שאני דכי היכי דנשבעין על עבדים ושטרות וקרקעות אע"ג דלאו בני שבועה ע"י גילגול נשבעין עליהן וה"נ טענות א"י אע"ג דלאו בר שבועה הוא (מה"ת) ע"י גילגול צריך לישבע שכדבריו כן הוא שא"י אלא דמשאיל"מ ל"א בשבועה הבאה ע"י גילגול ובזה נ"ל לשון

רש"י פ' השואל דף ק' תנן ז"א גדול וז"א קטן ישבע המוכר שהקטן מכר כו' בשלמא לרבא דאמר כי אמר סומכוס בשמא ושמא כו' אלא לרבה בר ר"ה דאמר אין אמר סומכוס אפי' ברי וברי אמאי ישבע יחלוקו מבעי ליה ומשני מודה סומכוס היכא דאיכא ש"ד כדאמרינן למימר לקמן וכתב רש"י ז"ל מודה סומכוס היכא דאיכא ש"ד דלקמן מוקמינן לה בדקטע לידי' דלאו הילך הוא האי דקא מודי ליה בגוי' ואית נשבעין על עבדים וא"ל טענו חטין והודה בשעורין חייב עכ"ל והוא נגד המסקנא דמסיק שם ע"ש בטוענו עבד בכסותו וע"י זוקקין ע"ש וכבר הניח מוהר"ם לובלין דברי רש"י בצ"ע. ולפי מ"ש נראה דהרמב"ן כת' בס' המלחמות ריש מציעא בהא דאמרי' מודה סומכוס היכא דאית ש"ד דכיון דע"כ צריך הוא לישבע דאם לא ישבע ישלם הכל כיון דמחוייב ש"ד וכיון שנשבע ניתן לו נאמנות בשבועתו שנשבע ושיפטור ומש"ה מודה סומכוס היכא דאיכא ש"ד וע"ש. וא"כ א"נ ע"י זוקקין אינו מחויב לשבע ש"ד שודאי קטן מכר אלא אם נשבע שאינו ודאי אצלו שמכר לו הגדול נמי סגי ואפי' כבר טען ברי יכול לתקן קודם השבועה ולהקל לו בשבועתו כמבואר בסי' ע"ה ס"ח וכיון דעל טענתו טענת ברי ליכא שבועת התורה לא היה מודה סומכוס לזה הוכרח רש"י לפרש בעיקר שבועה וא"כ צריך לישבע ש"ד בטענת ברי וא"כ כבר נאמן בשבועתו וק"ל:

סעיף ג

מי שנתחייב שבועה. בש"ך הק' הא בלא"ה מחויב לישבע היסת כשטוען ברי ותי' דנ"מ כטוען פרוזבול היה לי ואבד או כשטוען ריבית לקחת דבזה ליכא היסת ועל ידי גילגול נשבעין עיין שם והיינו דאף על גב דדוחה החזקה את שבועת היסת ואינו דוחה את הגילגול דהכי נמי אשכחן בהחזיק שלשה שנים דעת הרשב"א דאין מוסרין אותו לשבועת היסת עיין בסימן ק"מ ואלו על ידי גילגול תנן נכסים שאין להם אחריות זוקקין את הנכסים שיש להם אחריות לישבע עליהם ותנן סתמא ומשמע אפי' החזיק בהם שלש שנים וא"כ הכי נמי אף ע"ג דהיסת אין נשבעין ומשום חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא גילגול אינו דוחה וזה פשוט אלא שראיתי בתומים שמפקפק על דברי הש"ך וכ' דאם דוחה היסת למה לא ידחה גילגול ולק"מ:

סעיף ד

ועל השאר טען א"י עיין סמ"ע שכתב דבזה שטוען בעיקר הטענה א"י והוי משאיל"מ תו ליכא גילגול ע"ש ועמ"ש בסימן ע"ה:

סעיף ה

ועל הגילגולים תשבע ובש"ך העלה דגם גילגול א"י להפך ובתומים כתב וז"ל ולא הבנתי איך לא יוכל להפך בשלמא בגוף השבועה אמרי' ליה זיל השבע ואם אין רצונך או שאינך יודע שלם אבל כאן הוא אומר אין רצוני לישבע כי לבי נוקפי ואני מסופק בו ומה נימא ליה אם אינו ברי לך שלם הא באומר להדיא א"י לא דנין ביה משאיל"מ וא"כ כשאומר אין רצוני לישבע שלבי נוקפי נכריח אותו לתשלומין דבר זה הוא מהנמנע וכ"כ לעיל דמאן דס"ל דל"א משאיל"מ ס"ל ודאי בדאורייתא מפכינין וז"פ ולכן דברי הש"ך אינן מובנים עכ"ל ואיני רואה בזו קושיא דודאי לרב ושמואל דלא סברי מתוך ואם טוען חמשין ידענא וחמשין לא ידענא נפטר בלא שבועה וכמ"ש בסי' ע"ה ס"ק י"ז ולדידהו מודה במקצת אינו נשבע אלא בטוען ברי שאם טוען שמא פטור בלא שבועה ואינו צריך להפכה דמה לו לצרה זאת להפך על שכנגדו כיון דנפטר לגמרי בלא שבועה אלא הא דמודה במקצת נשבע כבר הקשו תו' בפ' השואל דליהמן במגו דאי בעי אמר חמשין לא ידענא ותירצו דאין אדם עושה ברצון מסופק עיין שם כשאינו עושה מסופק הוא דצריך לישבע ובגילגול נמי כשאינו עושה מסופק צריך לשבע ומגו לית ליה לעשות נפשו מסופק דאינו רוצה וכמ"ש תו' אבל אם עושה עצמו מסופק באמת אינו נשבע וגם להפך אינו צריך וכמ"ש וזה פשוט ודברי התומים בזה אין להם העמדה. ובעיקר דבריו שכתב דיוכל לומר לבי נוקפי כו' נראה לדעת הש"ך דס"ל בטוען על הגילגול א"י לא משתבע שא"י א"כ לא יוכל לחזור כלל מטענת ברי לטענת שמא דאע"ג דבסימן ע"ה סעיף ט' מבואר דיכול להקל עצמו בשבועתו מטענת ברי לטענת שמא היינו משום דנשבע כדבריו שא"י אבל בגילגול כשיאמר א"י יפטור משבוע' ה"ל חוזר מחיוב לפטור ועיין ש"ך סימן פ' סק"ה דאפי' לא היה חייב רק שבוע' אינו יכול לחזור ולטעון להפטר עצמו משבוע' וע"ש שכ"כ בהגהת מיימוני ספ"ז מטוען:

סימן צה

סעיף א

נכסי א"י. והוא מדברי הרמב"ם הרב המגיד ממכילתא ומדכתיב רעהו ועיין שם ומה"ט נראה דה"ה איפכא נמי לא שייך דין שומרין ושבוע' מישראל א"י ועמ"ש בזה בסי' ע"ב ס"ק מ"ג

סעיף ב

ואם התנ' לשלם. והיינו בקנין ועמ"ש בסי' ש"א:

סעיף ג

שאל בית. בטור כת' בשם בעל העיטור דכותל בנין וצנור שקבעו וכוורת דבורים קי"ל כחכמים ומש"ה כת' הרמ"א די"א דתלוש ולבסוף חיברו בקרקע לא הוי כקרקע ובש"ך כת' וז"ל אבל לפענ"ד דבעל העיטור לא קאמר אלא כותל בנין אבל בית ה"ל קרקע ואע"ג דבש"ס פ"ק דחולין משמע דבית ה"ל ככותל בנין היינו לענין איסורא אבל בממונא ה"ל כקרקע תדע דהא משמע בכל דוכתי דבית נקנ' בכסף ובשטר ובחזק' כמו קרקע וגם מיקרי נכסים שיש להם אחריות לענין שעבוד וקדימ' ועישור נכסי ושאר כל מילי דממונא וה"ה לענין שומרין ושבוע' והיינו דכת' בעל העיטור כחכמים וחכמים לא איירי כלל בבית ועוד שכת' בעל העיטור שם ז"ל אבל ר' חננאל וגם רשב"ם בפ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס"ז) ע"ש מביא דברי ר"ח אלו ע"ש אמר מדשלח ר' נחמי' לאגבויי עישור נכסי מאיצטרובלי דאינון מטלטלין קבועין בקרקע ש"מ דסוגיא דשמעתא כר"א סלקא דאמר כל המחובר לקרקע כקרקע ולא אתברר לן שפיר עכ"ל משמע דרוצ' לומר דלא אתברר כן דברי ר"ת שפי' דהא משמע התם בפ' המוכר את הבית דגם חכמים מודי דאיצטרובלי מכורים עם הבית ולא פליגי אלא בשאר מטלטלין ע"ש. אמנם דברי הש"ך אינם מוכרחים לפי המתבאר שם מדברי הרשב"ם דבעי רב יוסף שם אי גשמים שחישב עליהם להדיח את האיצטרובלי מהו לזרעים אליבי' דר"א דאמר כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע לא תיבעי לך כי תבעי לך אליבי' דרבנן וז"ל רשב"ם דע"כ טעמייהו דרבנן גבי איצטרובלי דאמרי מכור לא משום דחשיב כמחובר וכו' אלא היינו טעמייהו משום דעיקר עשייתו קביעות בקרקע טפי ממכתשת חשיב כבית לענין מכירת הבית דומיא דכותלי הבית דחשיבי תלוש לענין הכשר זרעים ולגבי מכר הרי הן בכלל בית ע"ש וא"כ טעמייהו דרבנן באיצטרובלי משום דהוי בכלל בית ואין מזה ראי' שיהי' דינו כקרקע לענין שומרין ושבוע' ועוד מ"ש הש"ך דחכמים מודי דאיצטרובלי הוי כקרקע א"כ היכא כת' בעל העיטור דכותל בנין הוי מטלטלין כחכמים הא כותל בנין חשיב יותר מחובר מאיצטרובלי וכמ"ש תוס' שם ד"ה בעי רב יוסף וז"ל ובאיצטרובלי דוקא מיבעי אי בטל לגמרי כמו כותל וחשיב נמי מחובר לענין הכשר זרעים או דלמא לענין הכשר זרעים לאו מחובר הוא כמו כותל ע"ש ולכן נרא' דאפשר לחלק דין שעבוד משאר דברים לפ"מ שאמרו בש"ס שם גבי צנור שחקקו ולבסוף קבעו דאיתא כרבנן ושאני שאיבה דרבנן ע"ש בסוגי' וכיון דלמ"ד שעבודא דאורייתא מטלטלין נמי משעבדא מן התור' וכמ"ש הרשב"א אלא דמדרבנן מטלטלין לא משעבדא הובא אצלינו בסי' ל"ט סק"א ע"ש וא"כ במידי דרבנן מודו חכמים דהוי כמו קרקע אבל שומרין ושבוע' דהוי מה"ת לא

אמרינן דהוי כקרקע אפי' בית וכדמשמע בש"ס דגם בית הוי בכלל תלוש ולבסוף חברו ע' פ"ק דחולין תלוש ולבסוף חברו לענין ע"א הוי כתלוש מדאמרי המשתחו' לבית אסרו והא דסברי חכמים גבי כוורת לענין פרוזבל ושבת וטומא' דהוי כתלוש אע"ג דפרוזבל דרבנן היינו משום דכוורת אינו מחובר לקרקע כלל אלא דר"א סובר דהוקש ליער והא דבית נקנה בכסף ובשטר ובחזק' כבר כת' במגן אברהם בסי' תתל"ז דהוי משום אגב ע"ש ואע"ג דלא א"ל אגב כיון דמונחין על הקרקע א"צ לומר אגב לדעת הרמב"ם וש"ע בסי' ר"ב עוד י"ל דהוי מתורת חצר דכיון דקונ' הקרקע קונ' הבית שעליו בתורת חצר: אמנם לדינא כבר כת' בש"ך דמשמע מפוסקים דבית הוי כמו קרקע וכ"נ מתוס' ר"פ א"נ שכתבו דריבית בקרקע שרי והקשו מהא דאמרי' בערכין דבית בבתי ערי חומ' ריבית הוא והתור' התיר' ע"ש ואי נימא דבית הוי מטלטלי' לא מקשי מידי:

סעיף ד

ענבים העומדות ליבצר ודברי הרמב"ם פ"ב משכירות תמוה שכתב המוסר לחבירו דבר המחובר לקרקע לשמור אפי' הענבים העומדים לבצר הרי הן כקרקע בדין השומרין וכ"כ בש"ע סי' ש"א ומשמע דאפי' אין צריכין לקרקע וע' סמ"ע סי' קצ"ג וגם בש"ע האריך בזה ול"נ דהרמב"ם לשטתו דסובר דשומרין בעין משיכה וכמ"ש בפ"ב משכירות א"כ בענבים העומדים ליבצר אי אפשר במשיכה כיון דמחובר הוא וקנין חזקה שבסי' קי"ג לא מהני בי' כיון דהוי כמטלטלין לא מיקני בחזק' וע"כ לא משכחת אלא בתורת אגב וכמ"ש הרמב"ם בפ' כ"ג מהל' מכיר' דאם הפשתן עומד בקרקע ויבשים הם דא"צ לקרקע כלל דנקנין אג"ק כשאר מטלטלין ע"ש במגיד משנ' וכיון דבקרקע לא נתחייב בשמיר' גם במטלטלין שעליה לא נתחייב וכדאי' פ' הגוזל (בבא קמא דף קי"ז) כגון שהי' פרה רבוצה בשדה חבירו דלרבנן דאמרו קרקע אינה נגזלת גם בפרה אינו מחויב ע"ש ברש"י לפי שלא משך הפרה אלא אג"ק קנה לפרה וא"כ ה"נ לא נתחייב במטלטלין שעליה כיון דאינו אלא אג"ק ודו"ק:

סעיף ה

בשכירות שהוא מטלטלין עיין תו' ס"פ המוכר את הבית כתב דאמרו שם דגובין עישור נכסי מעמלי דבתי והקשו הא שכרה ה"ל מטלטלין ותירצו כיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ה"ל שכירות שעלה כמו פירות המחוברים לקרקע הצריכים לקרקע וכ"כ שם במרדכי ואע"ג דקי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וא"כ ה"ל כל פרוטה ופרוטה מלוה אלא שהזמן פרעון אינה אלא לבסוף וא"כ לא הוי צריכי לקרקע משום דכבר כתבו תו' פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ט) דאע"ג דישנ' לשכירות מתחלה ועד סוף היינו כי

נגמרה לבסוף נעשית למפרע מלו' כל פרוטה ופרוטה אבל כל זמן שלא נגמרה השכירו' לא נעשית מלוה וא"כ השכירות שעלה צריכי לקרקע עדיין דכל זמן שלא יושלם משך השכירות עדיין לא יעשה מלוה ולא יגיע לו כלום ועמ"ש בסי' קכ"ו ס"ק ט"ז וז"ב ובש"ך הוליד מזה דה"ה אם המשכיר אומר שכרה ממני מהיום עד ב' חדשים דור בה ותתן לי לסוף ב' חדשים שכירות של ב' חדשים וז"א לא שכרתי ממך רק עד חודש א' אדור בה חודש א' ואח"כ אשלם לך בעד חודש א' נמי לא הוי מודה במקצת כיון דעדיין לא הגיע זמן פרעון והשוכר אינו נשבע אלא היסת ע"ש ולענ"ד נראה דמ"ש תו' דשכירות הוי דבר הצריך לקרקע אינו אלא גבי משכיר דלשתלם מיניה כמו מן קרקע אבל זה שתובע לשוכר את שכירתו והחוב של השוכר הוא תיכף בתנאי אם ישלים השכירות והרי הוא כתובע מנה בתנאי שיתקיים כך וכך דפוסקין לו שבועה אמר שיתקיים כמו בתובעו מנה זמן פרעון אחר עשרה ימים בסי' ע"ג ועמ"ש בסי' פ"ח סק"א ותדע דאל"כ א"כ אפי' הגיע זמן פרעון אמאי ה"ל דין מטלטלין הא הש"ע ס"ל דמי קרקע והפרוטות הראשונות בעת שנעשית מלוה היו קרקע א"כ אע"ג דעכשיו אינן צריכין לקרקע ליהוי דמי קרקע א"ו דל"א דהוי כמו צריכי לקרקע אלא גבי משכיר ושיפרע בע"ח מאותו שכירות אבל לגבי שוכר דחייב דמים מאי איכפת לי' אם הוא צריך לקרקע או לא סוף סוף נתחייב בדמי השכירות מתחלה כשיתקיים התנאי ה"ל למפרע חוב גמור כן נראה:

סעיף ו

הואיל ואין חלוקים בקרקע עיין ס"ך מ"ש בזה ועמ"ש בס"ק ז':

סעיף ז

טענו כלים וקרקעות נסתפקתי היכא שתובעו קרקע שיושב בה כמה שנים ובא עליו בטענ' שיושב בה בגזלנות ותובע הקרקע וגם הפירות שאכל כמה שנים והביא עד אחד כדבריו וזה משיב להד"מ מי אמרינן כיון דהעד מעיד על הקרקע ועל הפירות א"כ צריך לישבע שבועת התור' על הפירות וזוקקין את הקרקע לישבע או נימא כיון דאין הכחשה בפירות דהא זה מודה שאכלם אלא הכחש' בגוף הקרקע למי הוא וכיון דע"א בקרקע לאו כלום הוא לית בי' שבועת התור' ואחר העיון נראה דאין בזה שבועת התור' ואפי' לדעת הראב"ד דס"ל דמי קרקע לא הוי כקרקע היינו היכא שתביעתם על נזק הקרקע זה אומר שתים חפרת וז"א אחת אבל היכא שתביעתם אינו בפירות אלא בגוף הקרקע אעפ"י שיצאו מקרקע פירות אינו אלא תביעת קרקע וכ"נ ממ"ש תוס' פ' חז"ה דף ל"ה ד"ה לאו קא מודית ז"ל ובעובדא דידן אי הוי מייתי מחזיק סהדי דדר בי' חד יומא נראה לרשב"א כו' ואע"ג דהאי לוקח ידע שהית' שלו והוי כחד סהדא מ"מ הוי מגו כדמשמע

לקמן גבי נסכא דר"א אי ל"ה משאיל"מ הוי נאמן לומר דידי חטפי והכא ל"ה מחויב שבוע' דאין נשבעין על הקרקעות ע"ש ואע"ג דהמוכר דר ביה חד יומא וכמ"ש כי הביא עדים דדר ביה שנה נמי טענינן ללוקח ול"ה חד סהדי משום דאין נשבעין על הקרקעות ואי אמרינן דנשבע על הקרקע ע"י גילגול דפירות היה לוקח כחד סהדא גם על הקרקע ע"י גילגול למ"ד גם בג"ש אמרינן משאיל"מ וכן משמע דהא קי"ל מחאה בשני עדים כדאי' פ' חז"ה דף מ' אבל בפני ע"א לא וכן בטור וש"ע סימן קמ"ו ומי לא עסקינן דיש בקרקע פירות וע"י המחאה יתבע גם הפירות ויגלגל עליו בקרקע אלא ודאי אינו אלא תביעת קרקע וכמ"ש וכן מוכח מתוס' פ' חז"ה דף ל"א ע"ש גבי חד סהדא דאסהיד דאכל תלת שנין ע"ש תמצא מבואר כדברינו דאפי' לפירות אינו עד ומשום דעיקר קרקע כמ"ש והא דאמרינן פ' השואל דף ק' בתובע עבד בכסותו ושדה בעומרי' משום דהתם הוא תובע אתה מכרת לי עבד עם כסותו ושדה גדולה עם עומרים דהעומרים והכסות הוי תביע' שלא מחמת השדה ואע"ג דמכר לו בבת אחת מ"מ תביעתו אינו תלוי בשדה ובעבד אבל היכא דתובע פירות מחמת שהקרקע שלו אין זו רק מחמת הקרקע יש לו דין קרקע) (וזה נראה בראובן שבא לערער על בית שמעון שהוא שלו ותובע נמי שכר דירה או אם שמעון השכירו לאחרים ונטל שכר דירה ותובעו שיחזיר לו שכירות הבית ויש לו ע"א כדבריו שהבית הוא שלו אינו אלא קרקע כיון שעיקר התביע' בקרקע וכן בתובעו על הקרקע שמכר ונטל הדמים ועתה בא ראובן עם ע"א שהקרקע שלו היתה וא"כ דמי הקרקע שלקח מן הלוקח שייך לו נמי תביעת קרקע הוא ולא הוי פירות תביעת מטלטלין אלא אם זה אומר אכלת שני שנים וזה אומר אחת אכלתי זה ודאי הוי תביעת מטלטלין ממש וכל זה ברור. ולפי זה מ"ש בש"ך ס"ק ט"ו לפרש דמי עבד גדול ודמי עבד קטן כגון שקנה ממנו עבד או שדה בדינר ואי אפשר שהמוכר יעמידו לידו כגון שטרפו אותן בע"ח דמוכר או שהמוכר עצמו נתן לאחרים או שורפם והזיקם ע"ש ודעתו שזה הוי תביעת ממון ולפי מ"ש כיון שאין תביעתם אלא אם הקרקע או העבד הוא שלו או לא א"כ לא הוי אלא תביעת קרקע ואפי' לדעת הראב"ד דדמי קרקע הוי ממון היינו היכא שתביעתם על הנזק ז"א חפרת שתים וז"א אחת אבל היכא שאין התביעה בנזק אלא שמוד' שהזיקו אלא שאומר שזה שלי היתה וז"א שלי אע"ג דאי' עד א' כדברי התובע הוי תביעת קרקע כמ"ש ועיין בהרב המגיד פ"ה מטוען ע"ש ויש לפרש בדרך אחרת וכו' ויש לדחות דתי' ראשון מיירי כגון שאין תובעו כלל מן החפירות ע"ש ואינו מובן. ולפי מ"ש נראה דהוא נמי כוונת הרב המגיד דהיינו דהוא תובעו שתי שדות והוא מודה שדה אחת ובשדה שמוד' חפר חפירות בלאו הילך ואפ"ה הוי קרקע כיון שאין

טענתם וכפירתם בהכחשת החפירות שיאמר זה אחת תפרתי וזה אמר שתים אלא בגוף השדות זה אומר שדה אחת שלך וזה אומר שתי שדות וא"כ השדה שמוד' וכופר אפי' הוא חפיר' דלאו הילך אינו אלא קרקע וז"ב וזה נמי דברי הרמ"א ולשון הה"מ הואיל ואין חלוקין על הקרקע ובש"ך התפלא על זה ע"ש ולפמ"ש היינו דוקא אם אין חלוקים על הקרקע אבל אם חלוקים על הקרקע אע"ג דחפרה הוי קרקע ממש וכמ"ש ומקום הניחו לי להתגדר ובזה יתיישב מה שאמרו בפ' הכותב (כתובות דף פ"ה) אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד יהיב לה באפי חד סהדי כו' ומוקים להנך קמאי במלו' וכתב הרי"ף דנ"מ בין ש"ד לשבועת המשנ' אם קדמה ותפס' ובש"ד נחתינן לנכסי' והקש' פ"י א"כ טורח זו למה דיהיב לה באפי סהדי הא תיפוק לי' כיון דתפס' העד יחייב' שבוע' על מה שתפס' דהוא תביעת מטלטלין להחזיר כיון דמעיד העד שכבר פרע לה ועמ"ש בזה בסי' פ"ז סקי"ד ולפמ"ש אינו יכול לתובעו המטלטלין שתפסה ע"פ העד שמעיד שכבר פרע כתובתה דכיון דאין הכחש' במטלטלין שתפסה אלא בשטר אם נפרע והשטר הוא שע"ק כדאי' בש"ס שם ולדברי העד שנפרע כתובתה ממילא צריכה להחזיר מה שתפסה ולדבריו דמכחשת העד באומר' שכתובתה לא נפרעת אינה צריכה להחזיר ואין העד מעיד אלא בקרקע דהוא השטר שהוא שע"ק והוי קרקע ממש וכמ"ש דאפי' מכר הקרקע ולקח ממנו דמים כיון שאין התביע' אלא בקרקע ומש"ה צריך לסלקה באפי סהדי והדר מוקים להני קמאי במלו' ואין ה"נ דיכול לסלקה במטלטלין שתפסה דהיינו סילוק אלא דכ"ז שאין מסלקה לא מצי תבע לה להחזיר כיון שלפי דבריה השטר כתובתה לא נפרע ותופס' קרקע שטר' וזה מעיד שטר' נפרע הוי תביעתם בקרקע ודו"ק: ומדוקדק בזה דקאמרי' בש"ס ומוקי להני קמאי במלוה ולכאור' יכול למוקים בתראי במלו' דהא מביא עד א' שכבר פרע לה א"כ יתבע פרעון השני ועמ"ש בזה בסי' פ"ד סק"ג ולפי מ"ש פרעון השני אינו יכול לתבוע דאין מקבלין עדות העד במה שאומר שפרע לה כתובה דהוא קרקע וכמ"ש ולהכי מוקים לקמאי במלוה ותובע פרעון הראשון ודו"ק. אמנם לכאור' סתיר' למ"ש מדרברי הרמב"ן בחידושיו פ' חז"ה גבי מחאה בפני שנים דאם מיחה בפניו ובפני ע"א שאינו כלום מתוך שנאמן לומר לא מחית בי נאמן לומר לקוח הוא בידי אבל אם טענתן בפירות אין לומר בהם מגו זה ואע"פ כן הדעת נוטה שאין מחאתו מחאה עכ"ל ומזה משמע דכי איכא פירי בארעא הוי תביעת ממון אמנם נרא' דודאי גם הרמב"ם מודה דכל תביעתן על הקרקע אפי' איכא פירא בארעא אינו אלא קרקע דאל"כ כל חזק' דשלש שנים ע"כ איכא פירי בארעא דחזק' שאוכל שלש שנים פירות ואם כן לעולם ישבע גם על הקרקע על ידי גילגול אלא כוונת הרמב"ן אבל אם טענתן בפירות היינו

שאין טענתן אלא בפירות וכגון דמוד' המחזיק שלא קנה הקרקע אלא טען לפירות ירדתי דנאמן אפי' בלא שני חזקה וכדאמר רב זביד פ' חז"ה דף נ"ג כל שלא מיחו והי' ע"א שמיחה ובזה ה"ל משאיל"מ דכיון דמוד' דלית ליה בארעא אפי' בשני חזקה וטענתו בפירות ה"ל משאיל"מ ואע"ג דאית ליה מגו דהי' יכול לומר הקרקע שלי ולא הי' עד נאמן בקרקע אפ"ה כיון דעכשיו מודה שאין הקרקע שלו וטענתו בפירות ה"ל משאיל"מ דהא בנסכא דר"א נמי אית ליה מגו ואפ"ה אינו נאמן וכמ"ש תו' בשם ריב"א דאפי' אית ליה מגו אפ"ה הדין כן או לישבע או לשלם ודו"ק:

סעיף ח

החופר וזה הוא שטת הרמב"ם דדמי קרקע הרי הוא כקרקע והיינו דכל זמן שלא נתחייב בב"ד ולא עמד בדין הוי כמו שמתדיינים על היזק הקרקע ולהכי אינו בדין שבוע' והראב"ד השיג וז"ל נראין הדברים שתובעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות אבל תבעו לשלם פיחתו הרי הוא כשאר תביעות וכמי שאומר חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת עכ"ל והיינו דס"ל לראב"ד דכל אדם הוקש לקרקע וכן הוא שיטת רש"י פ"ק דקידושין דף ו' אבל שיטת התוס' שם דלא הוקש לקרקע אלא עבדים דכתי' והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם אבל שאר אדם לא וכן היא שיטת הר"ן. מיהו אפי' נימא כשיטת רש"י והראב"ד דכל אדם הוקש לקרקע אפ"ה אינו קושיא מר"י דאמר בפ' כל הנשבעין נחבל עד שתהא שם מקצת הטענ' לפי מה שכתב הר"ן בכ' כל הנשבעין דלר' יהודא אפי' אומר הילך נמי חייב דלא בעי מודה במקצת ממש רק שיהא כעין מודה במקצת וא"כ אפי' הוי כמו דמי קרקע מודה במקצת הוי לענין תקנת נחבל. אך אי קשיא ה"ק מהא דתנן פ' שבועת הפקדון אנסת ופתית את בתי ע"ש בגמ' דסברי רבנן כי תבע אינש בושת ופגם קא תבע והא פגם הוי נזק אדם וא"כ הוי דמי קרקע ולכן צריך לומר דס"ל להרמב"ם כשטת תוס' דלא איתקש לקרקע אלא עבד כנעני וע' בתוס' פ"ק דקידושין דף ו' דבן חורין לא איתקש לקרקע אלא דוקא בדמי עלי לפי ששמין אותו כעבד כדאי' פ"ק דסנהדרין ע"ש וכיון דפגם נמי שמין אותה כשפחה' הנמכרת א"כ אפי' נימא דכל אדם לא איתקש לקרקע בזה דשמין אותה כשפחה' הנמכרת ליהוי דמי עבד דהא באומר דמי עלי אמרי' להדיא דאיתקש לקרקע וע"ש בתוס' פ"ק דקידושין וגם גבי נזק אדם אמרי' בפ' החובל דשמין אותו כעבד ושטת רש"י דהיינו כעבד עברי וכ"כ נימוקי שם אבל שטת הרא"ש דשמין אותו כעבד כנעני ועסמ"ע בסי' ת"ך ס"ק ט"ז וא"כ גם מחבלת בי שתים קשה מיהו נרא' דוקא לענין דמי עלי דצריך עשרה וכהן שפיר אמרי' כיון דשמין אותו כעבד מש"ה צריך שומת אנשים הראוים לקרקע אבל כאן לענין שבועה אע"ג דשמין

אותו כעבד כנעני אפ"ה הוא עצמו מטלטלין. וע' בתו' ר"פ נערה בהא דתניא שם ר"ש אומר יכול האומר לחבירו אנסת ופתית כו' או שאמר לו עבדו הפלת את שיני וסמית את עיני והוא אומר לא הפלתי דנשבע והודה יכול יהא חייב ת"ל וכיחש בעמיתו כו' מה אלו מיוחדין שהן ממון והקשו פשיטא דלא מחייב קרבן שבועה על העבד דאפי' ר"א דדריש ריבוי ומיעוט ומרבה קרקעות לשבוע' לענין קרבן שבוע' פוטר וה"ה בעבדים. והנה יראה דאין זה כפירת עבד אלא כפירת בן חורין דהא העבד תובע את אדונו סמית את עיני וראוי אני לצאת לחירות והרב כופר ואומר שעדיין לא יצא לחירות וא"כ אין זה כפירת עבד ואפי' למ"ד יוצא בשן ועין צריך גט שיחרור מ"מ תו אין לו דין עבד כנעני שיהא באחוזת נחל' לבניהם וע' בפ' השולח ואי נימא דכל אדם איתקש לקרקע שפיר אבל משטת תוס' פ"ק דקידושין מבואר דכל אדם לא איתקש לקרקע אלא דוקא עבד כנעני וא"כ מאי מקשי תוס' וזה נרא' לי בדברי הרמב"ם שכת' בפ"ז משבועות ז"ל אומר לו עבדו הפלת את שיני כו' והאדון אומר לא עשיתי זה פטור שאם יודה מעצמו אינו חייב להוציא בלא עדים שהמוד' בקנס פטור ולכאור' תיקשי על הרמב"ם למה הוצרך לומר משום קנס תיפוק ליה דאין נשבעין על עבדים דתוס' תירצו שם דאית ליה לר"ש כר"מ דנשבעין על עבדים א"כ על הרמב"ם קשה דאיהו פסק דאין נשבעים על עבדים ולפי ע"ש ניחא דזה הוי תביעת אדם לא תביעת עבד ולזה כת' דאם יודה מעצמו אינו חייב להוציא בלא עדים ודו"ק:

סימן צו

סעיף א

שהנתינ' הי' כשהוא קטן. עמ"ש בסי' פ"ח ס"ק ל"א:

סעיף ב

אע"פ שמודה. ע' במוהרי"ק שורש פ"א שכת' דאין הודאת קטן כלום ול"מ בי' הודאת בע"ד כדפריך תלמודא בכל דוכתי קטן מידי מששא אית ביה ומכ"ש לענין קבלת עדות לא חשוב בפניו כבפני בע"ד כדמוכח ר"פ הגוזל בתרא כ"ש שאין להחשיב הודאתו כהודאת בע"ד אלא דוקא היכא דאית ליה הנא' לקטן נחשב הודאתו הודא' וכ"כ ר"מ בפ"ה מטוען ע"ש וקשה דהא דאמרינן בפ' ז"ב דף ל"א ההוא ינוקא דתבעה לדינא קמי דר"נ אמר ליה אית לך סהדי א"ל לא אית לך ראי' א"ל לא חייביה ר"נ הוי קא בכי ואזיל שמעוה הנך אינשי א"ל אנן ידעינן במילי דאביך אמר ר"נ בהא אפי' רבנן מודי דינוקא במילי דאבוהו לא ידע ומשמע הא אי הוי ידע הוי הודאתו הודא' מה שמוד' שאין לו

עדים ואין לו ראי' ואי נימ' דקטן מידי משא אית ביה א"כ אפי' ידע במילוי דאבוה נמי יחזור הקטן ויאמר אית ליה עדים וראי' ודעת הרא"ש שם דמיירי מקטן ממש ואפי' לדעת הרמב"ם וש"ע דקטן והגדיל נמי לא ידע במילי דאבוהו מ"מ עיקר עובד' דר"נ הוי קטן ממש בשעה שבא לפניו ע"ש באשר"י וצ"ע ומדברי הרמב"ם דהכא לאו ראי' הוא וכמ"ש במ"ל פ"ו מטוען דהא דרבינו אפי' שהי' מתברר בעדים שהזיק או שחבל הי' פטור דחש"ו פגיעתן רעה ולא נקט דינו במודה אלא ללמדינו דבדבר שיש לו הנא' מיניה חייב משום הודא' אבל בדבר שאם הי' עדים הי' חייב הקטן שלא יועיל הודאת הקטן זה לא למדנו ע"ש:

סעיף ג

החרש. ובאלם דהוא כפקח לכל דבריו אלא דאשתקל מילולי' היאך נשבע ודעת שבות יעקב ח"א סי' קנ"א דכות' אני נשבע באלה ושבוע' שכך וכך הוא וכתיב' הוי כאמיר' ודיבור ובתשובת שב יעקב חלק י"ד סי' מ"ט העלה דכתיב' לא הוי כדיבור ולזאת העלה בתומי' דכיון דבשבועת פקדון מושבע מפי אחרים והוא כופר נמי חייב אעפ"י שלא אמר אמן א"כ ה"נ אחר משביעו שבוע' שאין לך משל חבירך פקדון או שבוע' שמעות שיש לך משל פלוני שתחזור והוא כות' שאין לו וזה הוא כפיר' כיון דיכול להודות בכתבו והוא אינו מודה וכופר ודאי חייב וזה ברור לדינא ע"כ תורף דברי תומים וע"ש. וע' בתשו' הרשב"א שהובא בב"י אה"ע סי' צ"ו וז"ל כת' הרשב"א אלמנ' שנשתתק' ובאת לגבות כתובתה וצריכ' שבוע' והיא רומזת ומכירין ברמיזותי' שלא נטלה כלום משל בעלה מהו לסמוך על דבר זה תשובה אם שומעת אעפ"י שאינה מדברת דכפקחת היא לכל דבריה וכו' ולא שנלך אחר רמיזותי' אלא הרכנת הראש דהרכנת הראש כדיבור וכדאמרי' בירושלמי עד שישמעו את קולו א"ר מונא היא שמיעת הקול הרי הרכנת הראש ומ"מ כל שצריכ' שבוע' ואינה מדברת איך תשבע שאפי' בדקנוה ושאלנוה אם נטלה כלום והרכינה בראשה שלא נטלה והשביעוהו מפי אחרי' שמא לא נתכוין בהרכנת הראש לאמת אלא להפכו כל שאינה מוציאה מפיה לא שבועה ולא אמן ואפי' בשבועת האלה כן בין בסוטה בין בשמיעת קול אלה כתי' ואפ"ה בעינן דאמר אמן אלא שקרוב בעיני דשבועה הבאה ליפרע מנכסי יתומים שאיננה תורה אלא משום תקנת היתומים אם היא מושבעת מפי אחרים בשבועת האלה כל שאינה יכולה לישבע לענות אמן כזו משביעין אותה ונוטלת ע"ש. ומשמע מדברי הרשב"א דוקא בשבוע' שאינה של תור' סגי במושבע מפי אחרים אבל לא בשבועת התור' אמנם נרא' דהתם משום דחיישינן שמא בהרכנתו נתכוין להפכו וכמ"ש הרשב"א ותדע דהא כת' בין בסוטה בין בשמיעת קול אלה כתי'

ואפ"ה בעינן דאמר אמן והא בשמיעת קול ודאי סגי מושבע מפי אחרים אלא משום דגם במושבע מפי אחרים בעינן שיקבל עליו שבועת אחרים אבל המשביע עדים שיעידו והם אומרים אין אנו מקבלים אינו יכול להשביען בע"כ וכמ"ש בש"ך סימן כ"ח ומש"ה כל זמן שלא אמרה אמן אלא הרכנה בראשה שמא נתכוונה להפכ' וא"כ בנ"ד שמשיב בכתב ידו שאינו חייב וראי הוי מושבע מפי אחרים וחייב: אמנם מ"ש בתומים שיהא אחר משביעו שבוע' שאין לך משל חבירך פקדון והוא כות' שאין לו דהיינו כפירה יראה לי דזה לא הוי מושבע מפי אחרים ולא מהני מושבע מפי אחרים בעדות אלא שיאמר משביע אני עליכם שתבואו ותעידוני וכן בפקדון משביע עליך שתחזיר לי פקדוני ובזה אם הם כופרים חייבין קרבן שבוע' ומשום דכיון דהעד חייב להעיד והנפקד חייב להחזיר חל עליו השבוע' שמשביעין אותו לעשות כדינ' וע' בלשון רש"י והר"ן גבי מושבע מפי אחרים בעדות או בפקדון כתבו בלשון הזה שבועה שתבואו ותעידוני שבוע' שתחזיר לי פקדוני דעיקר שבוע' מפי אחרים האמור בעדים היינו מדכתי' ושמעה קול אלה אם לא יגיד וכו' דהיינו שהשביעם שיעידו ואם לא יגיד ונשא עונו וכעין זה מושבע מפי אחרים בפקדון דיליף תחטא תחטא משבועת העדות נמי בהאי לישנא דוקא שבועה שתחזיר לי פקדוני אבל להשביע לעדים שבוע' שאין אתם יודעים לי זה העדות אין לו כח להשביעם על זה וא"כ כה"ג נמי בשבועת הפקדון אינו יכול להשביע בע"כ שבוע' שאין לי בידך והוא אינו אלא במושבע מפי עצמו שיאמר שבוע' שאין לך בידי אלא דילפינן מושבע מפי עצמו בעדות מפקדון והוא נמי באומרים שבוע' שאין אנו יודעין לך עדות ומושבע מפי אחרים בפקדון היינו שבוע' שתחזיר לי פקדון כמו בעדות שבוע' שתבאו ותעידוני וז"ב ובזה נרא' ליישב קושיות תו' והר"ן בפ' שבועת העדות (שבועות דף ל"א) במשנ' שבועת העדות כיצד אמר לשנים בואו והעידוני שבוע' שאין אנו יודעין לך עדות או שאמרו לו אין אנו יודעין לך עדות משביע אני עליכם ואמרו אמן הרי אלו חייבין והקשו בזה אמן זה למה כיון דמושבע מפי אחרים נמי חייב וע"ש. אמנם רש"י בלשונו הקדוש מיישב קו' זו וז"ל ואמר להם תובע משביע אני עליכם שזה אמת מה שאמרתם ואמרו אמן חייבין ע"כ ע"ש וא"כ בזה אינו יכול להשביע לומר להם משביע אני עליכם שזה אמת שאין אתם יודעים העדות ולזה צריך שבועה מפי עצמו להכי נקט ואמר אמן דאמן כמושבע מפי עצמו אבל להשביע שתבואו ותעידוני כיון שחייבין הם להעיד יכול להשביען על זה אפי' מפי אחרים וכה"ג נמי בפקדון שבועה שתחזיר לי פקדוני דוקא ודו"ק:) (ובעיקר הדין שהעלה בתומים להשביעו שבוע' מפי אחרים נרא' דודאי שבועת הפקדון חל מפי אחרים דצריך כפרה קרבן וחומש אבל מ"מ אינו נפטר בזה משבועת

הדיינים דשבועת הדיינים בעינן דוקא מושבע מפי עצמו דודאי עובר על חרם או נדר נמי איסורא קא עבד ואפ"ה בשבועת הדיינים אינו נפטר בחרם ונדר עד שישבע דוקא וה"ה דאינו יוצא בשבועת הפקדון שע"י אחרים ועוד דהא דעת הראב"ד הובא בר"ן פ' שבועת העדות דשבועת הפקדון ושבועת העדות צריך דוקא בשם או בכינוי ע"ש וא"כ עכשיו דבטל' לשבוע' בשם וכינוי מפני חומר הדבר א"כ ממילא תו ליכא שבועת הפקדון רק שבוע' מפי עצמו ועוד דהא בשבועת הפקדון בעינן דוקא יחד כלי להלואתו וכדאי' פ' הזהב והיכא דליכא יחד כלי לא מחייב משום שבועת הפקדון ואע"ג דהרמב"ם השמיט בדיני דשבועת הפקדון יחד כלי להלואתו כבר הקשו עליו בזה ודעת תו' בכמה דוכתי דבעי דוקא יחד כלי ועוד קשה דאי נ"מ דיוצאין שבועת הדיינין במושבע מפי אחרים א"כ הא דאמרינן חמשין ידענא וחמשין לא ידענא משאיל"מ ומשום דליכא שבועת התור' באיני יודע וכמ"ש בסי' ע"ה סק"ז ומש"ה צריך לשלם נהי דליכא שבועת התור' שישבע שאינו יודע יכולין אנו להשביע מפי אחרים שבועה שתחזיר וכשישיב אין אני יודע מפקדונך סגי לי' דאיני יודע זה הוי כפירתו כמו שבוע' שתבואו ותעידוני ואמרו אין אנו יודעין וכן בהא דאמרו מה איכא בין ש"ך לש"ד א"ב מיחת לנכסי' בדרבנן לא נחתינן לנכסי' אלא מנדין אותו וכמבואר בכל הפוסקי' ולמה צריך נידוי ישביע אותו בע"כ מפי אחרים ומלשון הסמ"ע סי' כ"ח משמע דשבועת העדות חל מפי אחרים אפי' בע"כ וכן לשון הש"ע סי' פ"ז סעיף י"ז כיצד מפי הדיינים משביעין אנו אותך בשם אלקי ישראל או במי ששמו חנון שאין לזה בידך כלום והוא עונה אמן ומשמע דבעי אמן דוקא ולא סגי מפי אחרים כלל ומכל זה נרא' דאע"ג דודאי שבועת הפקדון חל אפי' מפי אחרים אבל שבועת הדיינים בעינן דוקא מפי עצמו וגם לשון הרשב"א בתשו' באמת מורה דוקא בשבועת התקנ' סגי במושבע מפי אחרים אבל לא בשבועת התור' וכל זה ברור:

סעיף ד

משביעין אותה. והב"ח כת' דוקא שבוע' דרבנן אבל לא שבוע' דאורייי' כמבואר מדברי הרא"ש שכת' וגם האשה תשבע שאינו ברשות' דשבוע' זו תקנת חכמים ובש"ך כת' עליו ז"ל וזו תמוה דדוקא כשרוצה לשלם היא תקנת חכמים אבל כשאינו משלם היא שבוע' דאורייי' כמ"ש הרא"ש בפ' המפקיד והטור בסי' רצ"ד ע"ש ואין כאן תימא דודאי כשטוען נאנסו ואינו רוצה לשלם צריך לישבע מן התור' שבוע' שאינה ברשותו אבל אם מודה שפשע ורוצה לשלם אלא שטוען אין לו או שידוע שאין לו לשלם בזה ליכא שבועת התור' ואין חילוק בין עני לעשיר אלא אפי' עני כשמוד' שפשע ואומר הריני משלם אלא

שעכשיו אין לי תו ליכא שבועת התור' ותשובת הרא"ש שם ששאלה האשה והיא מודה אלא שאומר' אין לי לשלם א"כ שבוע' שאינו ברשותה אינו אלא מתקנה) (וז"ב:

סעיף ה

אין בעלה חייב. וכת' ב"י בשם סה"ת אם יש עדים שמעות עצמן של הלוא' או מה דאתי מחמתי' קיים בודאי שנפרע מהם המלו' וע' ב"ח שלמד מזה היכא דחייב לוה לנושים הרב' ומאחד מהם לקח סחור' בהקפ' אם הסחור' הוא בעין או מה דאתי' מחמתי' אין לו חלק בהן ועמ"ש בסי' ק"ד סקי"ד:

סימן צז

סעיף א

מצות עשה בתשו' הרשב"א סי' י"ח הביא בשם תשו' הרב ר' יוסף ן' פלט ששאל להראב"ד ז"ל מפני מה אין מברכין על כמה מצות כגון מתנות עניים והלואה וצדקה והענקה וכיוצא בהם מפני שאין המצוה תלויה כולה ביד העושה שאפשר שלא יתרצה בה חבירו ומנ"ל דכל מצוה שאפשר למיעקרי' אע"ג דהשתא לא מיעקרא כמאן דמיעקרא דמי מדאמרינן באלו נערות כו' עד אי אמר' לא בעינא מי איתיה לעשה כלל אע"ג דאכתי לא עקרה לה כמאן דליתיה דהא לא קביעא וכו' וגמרי מיניה למורא וכיבוד אב ועמידה בפני רבו הואיל ואפשר למיעקר שהאב שמחל על כבודו כבודו מחול וזה הטעם בהלואה וצדקה ע"כ. ויש להקשות בהא דתניא פ' אלו מציאות (בבא מציעא דף ל"ב) יכול אמר לו אביו היטמא או שאמר לו אל תחזור יכול ישמע לו ת"ל איש אמו ואביו תיראו ואת שבתותי כו' כולכם חייבין בכבודי ולמה לי קרא תיפוק ליה דאין עשה דכיבוד אב דחו ל"ת כיון דמצי מעיקרא וכמו דאמרינן באלו נערות דף מ' דהתם תנן גבי אונס שותה בעציצו נמצא בה דבר ערוה אסור לקיימה ופריך וליתי עשה ולידחי ל"ת ומשני הכא אי אמרה לא בעינא מי אית לעשה ולפי פי' הרשב"א היינו כיון דמצי מעיקרא לא חשיב לעשה לדחות לא תעשה וא"כ כיבוד אב נמי לא דחי ואפשר לומר דשאני כיבוד אב דהוקש כבודם לכבוד מקום ומה"ט כתבו תוספות ביבמות בהא דס"ד דדחי עשה דכיבוד אב ל"ת דטומא' והשבת אבידה ואף ע"ג דטומאה והשבת אבידה הוה עשה ול"ת אלא מפני שהוקש' כבודם לכבוד המקום חמירא ומה"ט נמי ס"ד דדחי אע"ג דאפשר למיעקרא ואין להקשות דכיון דעשה דכיבוד אב אע"ג דמיעקרא לא חשיבא כמאן דמיעקרא ומשום דהוקש לכבוד המקום חשיבא עשה א"כ ליברך עליה כיון דהוי כמאן דאיתיה משום חומר המצוה דהוקש לכבוד המקום וכבר כתבו תו' ביבמות דף ו'

דכיון דגלי לן קרא דלא אלימא לן טעמא דהוקש כבודם דלידחי א"כ אפי' לאו גרידא נמי לא דחי' דמכלאים לא מצי גמר דכיבוד הוי הכשר מצוה וע"ש וא"כ ניחא דאי לאו קרא את שבתותי תשמורו הוי ס"ד דעשה דכיבוד אב לידחי ל"ת דטומאה והשבת אבידה אע"ג דהוי עשה ול"ת וכן אע"ג דמעיקרא משום חומר המצוה דהוקש לכבוד המקום הוי ס"ד כמאן דאיתי' דמי ולבתר דגלי לן קרא דלא אלים טעמא דהוקש' כבודם למקום מדלא דחי ל"ת דאבידה וטומאה הוי כמו שאר מצות עשה ותו לא חשיבא עשה כלל כיון דכמאן דמיעקרא:

סעיף ב

לא ימשכננו. עמ"ש בסי' ד' דלאו שפיר עבדי אותן המערימין על דברי תורה וקודם בואם לדין ותופסין מיד הבע"ד איזה חפץ בכדי שיהיה לו מגו להאמינו והוא לאו דלא תבא אל ביתו ואפי' ניתוח בשוק משמע מדברי הרמב"ם פ"ג ממלו' דהוא מן התור' ע"ש בלחם משנה) (מיהו היכא דנקטו לגובייא נראה דליכא איסור וכמבואר בש"ע וכ"כ בנימוקי ס"פ המקבל בשם ר"ת בהא דאמרו לא ימשכנו הוא בעצמו וא"ת והא אמרינן בפ' המניח (בבא קמא דף כ"ז) דעביד אינש דינא לנפשי' ותי' דהיינו בכלי של עצמו א"כ כשבא בתורת גבי' אבל הכא מיירי שבא בתורת משכון ע"ש ומשמע דבתורת גבי' שרי אמנם לענ"ד לא יכולתי להבין דהיכי שייך תורת גבי' בלא ב"ד ומאן שם ליה וא"כ אינו אלא למשכון וצ"ע. וע' בטור שכתב וז"ל כי אזהר רחמנא שליח ב"ד שלא לכנס לביתו היכא דאפשר ליה לבע"ח לאשתלומי מיני' באנפי אחריני וכו' ע"ש וכן הוא בתשו' הרי"ף שאם הלו' אלם ורוע מעללים ומעיז פניו מלפרוע חובו מותר ליכנס לביתו ולדעת מצפוניו אפי' ע"י שליח גוי ע"ש וא"כ לפי זה אפשר דה"ה ה"נ היכא דמתיירי' שלא יכפור הלו' הוי כמו דלא אפשר לאשתלומי מיניה באנפי אחריני דשרי למשכונו אך קשה לסמוך ע"ז דכבר כתב הטור בשם בעה"ת דחולק ע"ז וכתב שאין אנו עושין זה אלא בדוחק גדול כו' ואין בנו כח לעקור מצוה זו אלא בקושי גדול ושיהיה כוונת ב"ד לשמים וכדאמרינן ב"ד מכין ועונשין שלא כדין ולא לעקור על דבר תורה אלא לעשות סייג לתורה ע"ש וא"כ לדבריו אין אנו סומכין ע"ז ואפי' לדעת הרי"ף והרמ"ה שמתירין היינו דוקא לב"ד ושיהיה כוונת ב"ד לשמים והן רשאין ולא אתה ומשום הפסד ממון לא שרי לעבור על דבר תורה והמקום ימלא חסרון כיס במקום מצוה ויד לא ישלח לעבור על דבר תורה

סעיף ג

ואם חבל מחזיר. כתב הרמב"ם פ"ב מהל' מלוה המלוה את חבירו א' עני וא' עשיר לא ימשכנו אלא בב"ד ואפי' שליח ב"ד שבא למשכן לא יכנס לביתו וימשכנו אלא יעמוד

בחוץ והלוה נכנס לביתו ומוציא לו המשכון שנאמר בחוץ תעמוד כו' עבר בע"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף בזרוע המשכון מידו אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבא השמש ואם לא קיים העשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין. וקשה נהי דבעני איכא עשה אבל בעשיר דליכא עשה וכמבואר בסעיף י"ב והלאו כולל גם לעשיר וא"כ למה סתם הרמב"ם דאינו לוקה הא בעשיר אינו ניתק לעשה ובט"ז כתב כיון דהלאו כולל בין עני בין עשיר וגבי עני ניתק לעשה גם בעשיר ליכא מלקות ע"ש והנה מצינו סברא כזו בתוס' פרק אותו ואת בנו (חולין דף פ"ב) ד"ה הזורע כלאים לוקה וז"ל ותימה דמשמע הכא דבחד כלאים לא לקי אלא חדא ואמאי לא לקי נמי משום לא תשיג גבול רעיך דלענין איסור כלאים דריש לה בשבת פ' ר"ע דף פ"ה וי"ל כיון דאתא נמי באזהר' דמשיג גבול אין לוקין כמו שאין לוקין על השגת גבול רעיך דניתן להישבון עכ"ל: אמנם נראה דהכא לא שייך סברא זו דכיון דכתב הרמב"ם דבעני גופי' לקי היכא דלא ניתן להישבון כגון שאבד או נשרף הרי דלאו זה ניתן למלקות וא"כ בעשיר דלא מצי קיים לעשה ליל‍קי דלא גרע עני מעשיר דהיכא דלא קיים העשה שבו לקי. מיהו גם בלאו דלא תסיג תיקשי כזו דהא גזל קרקע ושטפה נהר אינו חייב תשלומי קרקע דקרקע אינה נגזלת וכמבואר בפרק הגוזל (בבא קמא דף קי"ח) וא"כ על לאו דלא תשיג נמי איכא מלקות היכא דלא מקיים העשה שבה וממילא בכלים דליכא עשה ליל‍קי וצ"ע:

סעיף ד

מה שעש' עשוי. בפ"ק דתמורה פריך לרבא דאמר כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והרי משכון וכו' ומשני שא"ה דכתיב תשב תשיב ועשה זו דהשב ששיב קאי נמי על בגד אלמנה וכלי אוכל נפש וכמ"ש סמ"ע ולכן בהו נמי אמרי' אי עביד מהני אלא בעשיר כיון דעליה לא כתיב השב תשיב נימא אי עביד לא מהני ואפשר דנהי דאי עביד לא מהני היינו דלא קנה המשכון לענין שמיט' והש"ך פריך והרי משכון היינו מדתנן במשכנו שלא ברשות דקנה משכון וכמ"ש תוס' שם דתני אם מחזיר למה ממשכנין כדי שלא ישמיטנו שביעית וע"ש אבל להחזיר מה שתפס א"צ אפי' נימא אי עביד לא מהני כיון דאינו אלא לתפיס' עד שיפרע חובו ואולי לזה כוון הרשב"א במ"ש מ"מ מה שעשוי עשוי וא"צ להחזיר דהיינו נהי דלא כתיב עלה השב תשיב והיה ראוי לו' אי עביד לא מהני עכ"פ נהי דלא קנה המשכון א"צ להחזיר מיהו מתוס' פרק המקבל ד"ה וחייב משום שני כלים משמע דהיכא דאי עביד לא מהני אפילו לתפיסה לחובו לא מהני אלא צריך להחזיר מיד ונראה דכיון דכבר ריבתה התורה בלאו דלא תבא אל ביתו

דאי עביד מהני וקונה למשכון גבי עני דכתיב השב תשיב א"כ ממילא גם גבי עשיר קונה משכון ואי עביד מהני:

סעיף ה

נשרף לוקה וכתב הרמב"ם לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין ובראב"ד השיג משום דאינו לוקה ומשלם והרב המגיד כתב ז"ל והר"א מדמה לאו זה ללאו דלא תגזול דכתיב ביה והשיב את הגזילו' אשר גזל ואפי' אין הגזילה בעין כיון שהוא חייב באונסין הרי זה לאו שניתן לתשלומין כו' ודעת רבינו הוא שאין זה לאו שניתן לתשלומין שהרי לא אסרה זה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נוטלו בחובו ואין זה לא גנב ולא גזלן אלא גזירת הכתוב היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו ואין זה לאו שניתן לתשלומין כו' וא"ת והאיך לוקה ומשלם וכו' נ"ל שדעתו ז"ל שהלאו בשעת נטילת המשכון ובאותו שעה לא היה מתכוין לגוזלו אלא ליטלו במשכון בחובו וכשנאבד נפקע חובו בכדי שוין שהרי לכך נטלו ע"ש. ומבואר מדבריו דמשכנו שלא ברשות אינו לא גנב ולא גזלן והא דחייב באונסין היינו משום דמסתמא לכך נטלו בכדי שיאבד מעותיו אם יאנס המשכון וא"כ ממילא נשמע דהיתר מכדי חובו אינו חייב לשלם וזה דלא כש"ך שכתב בסי' ע"ב דמשכנו שלא ברשות חייב באונסין ומשום דהוי גזלן וליתיה וכמ"ש שם בסק"ב ע"ש ותדע דהא משכן שלא ברשות קונה משכון ורבינו לה מקרא דכתיב השב תשיב וכדאי' בפ"ק דתמורה וקונה משכון לשמיטה ואינו מחזיר אלא כסות יום ביום ואם היה עליו דין גזלן מאי בעי גביה הרי צריך להחזיר ולקיים והשיב את הגזילה וכיון דרבי קרא שיהא קונה משכון אפי' שלא ברשות ממילא תו ליכא עלה תורת גזילה והא דאבד מעותיו היינו כמ"ש הרב המגיד דסתמא לכך נטלו וז"ב:

סעיף ו

לוקה עסמ"ע ז"ל גם שם כתבתי בדרישה טעם למה נלקה כשנאבד או נשרף הא קי"ל דכל לאו הניתק לעשה אפי' לא נתקיים העשה אינו לוקה ואין דרישׁ' לפנינו וקושייתו איני מכיר דהא אדרבה כתב הרמב"ם להדיא בפ' י"ח מסנהדרין ז"ל וכל לאו שניתק לעשה כגון לא תקח האם על בנים לא תכלה פאת שדך אין לוקין עליו אלא אם לא קיים העשה שבהם ע"כ והוא כמ"ד קיימו ולא קיימו ואפילו באונס לא נתקיים העשה נמי לוקין והוא כגירסת הרי"ף והרמב"ן והריטב"א בפרק אלו הן הלוקין ע"ש וכ"כ הב"י באה"ע סי' קע"ז דגירסת הרמב"ם כר' יוחנן קיימו ולא קיימו:

סעיף ז

מדעת הלוה ע' מ"ש בסי' ע"ב סק"ב:

סעיף ח

הכר בלילה. עש"ך סי' ע"ב ושם האריך בישוב השגת הרמב"ן על דעת רש"י ובעה"מ דס"ל דבע"ח קונה משכון להתחייב באונסין והקשה הא שואל כל הנאה שלו וזה המלו' אסור להשתמש ואם נשתמש מעלה שכר ללוה וכתב שם וז"ל ולפענ"ד אין מכל זה ראיה חדא מאן לימא לן שאין המלו' יכול להשתמש בשעה שהוא בידו כגון בכר ביום ובמחרישה בלילה כיון שהוא שלו לפרעון חובו אלא דרחמנא חייבי' לאהדורי ליה משום צדקה אבל כשהוא בידו יכול להשתמש וכו' א"כ אפי' תימא דאינו רשאי להשתמש אפ"ה חייב באונסין כיון דבע"ח קונה משכון הרי היא שלו לגמרי והא דאינו רשאי להשתמש בו היינו משום דכיון דרחמנא חייביה לעשות צדקה ולהחזירו בשעת תשמישו א"כ כשזה ישתמש יפחות מצדקה המוטלת עליו שיתקלקל ולא יוכל העני להשתמש בו זמן שהיה משתמש בו מקודם אבל מ"מ גוף המשכון שלו עכ"ל ע"ש וקשה בהא דאמרינן ס"פ המקבל תנו רבנן ואם איש עני הוא לא תשכב בעבוטו הא עשיר שכיב ופריך מאי קאמר רב ששת הכי קאמר ואם איש עני לא תשכב ועבוטו אצלך ופירש"י מאי קאמר וכי בשביל שהוא עשיר התירו לשכוב על טליתו והרי הוא כרבית אצלו שישתמש במשכנו חנם ע"כ ולפמ"ש הש"ך לא הוי פריך מידי דכיון דקונה משכון ושלו הוא והא דאינו רשאי להשתמש רק לקיים מצות צדק' להשיב אל העני בשלימות בלי קילקול וכיון דלעשיר ליכא מצות השבת העבוט ממילא יכול לשכוב על עבוטו א"ו כיון דגם בעשיר אינו רשאי להשתמש ע"כ מוכח דלא קנה כלל להשתמש בו:

סעיף ט

שמתן שכר' בצדה והוא מתשובת הרמב"ן וק"ל דהא התוס' כתבו בפ"ק דבתרא דף ח' הא דכופין על מצות צדקה אע"פ שמתן שכר' בצדה משום דכתיב ביה נמי לאו דלא תאמץ ולא תקפוץ וע' ב"י בי"ד סי' רמ"ח שכתב כן בשם פוסקים ומכללם הרמב"ן וא"כ ה"נ איכא לאו דכתיב לא תשכב ועבוטו אצלך וכ"כ הרמב"ם פ"ג ממלוה עבר ולא השיב עובר בל"ת שנאמר לא תשכב בעבוטו ע"ש ואע"ג דאין לוקין על לאו זה דה"ל לאו שאין בו מעשה וכמ"ש הה"מ שם הא בצדקה נמי הוי לאו שאין בו מעשה ואפשר דהך תשוב' דהרשב"א הוא והרשב"א אפשר דס"ל דבצדקה נמי אין כופין אע"ג דאית ביה לאו וכנראה מדברי הב"י סי' רמ"ח שכתב בשם הרשב"א להקל בצדקה בכפי' וא"כ לדידן דכופין בצדקה כמבואר בש"ע סי' רמ"ח א"כ ה"ה בהשבת העבוט ונראה לענ"ד דהיכא דעבר ומשכנו שלא ברשות דאם לא קיים העשה שבה הרי הוא לוק' בזה ודאי ראוי לכל ב"ד מישראל אם יש לאל ידם לכוף כאגמון ראשו להחזיר ולקיים העשה שבה

ואף ע"ג דמדברי הסמ"ע סקט"ו משמע דאפי' בכה"ג אין כופין מ"מ העיקר כמ"ש ורבים המתפרצים בזה מתקיפים לשלוח שלוחא בלי רשות ב"ד למשכן עבור חוב ואין מחזירין את הכר בלילה ולפמ"ש ראוי לכל ב"ד להשגיח על זה:

סעיף י

פרעתי במגו והא דצריך מגו לפרעתי אע"ג דבמלוה ע"פ פרעתי הוי טענה מחמת עצמה וכבר הרגישו בזה בסמ"ע ובט"ז נראה משום דכיון דבע"ח קונה משכון הוי המשכון בחזקת המלו' וקנוי הוא לו וכן כתב הרמב"ן באם הדבר ידוע שבא לידו בתורת משכון ואינו ידוע במה דהוי בע"ח מוחזק דקונה משכון ועיין בש"ע סי' ע"ב סכ"ג ואפי' לדעת הרשב"א החולק שם נרא' דהיינו משום דכיון דאינו קונה אלא בכדי מעותיו וכיון דאינו ידוע כמה קנה מוקי לה בחזקת מרא קמא והוא הלוה ועמ"ש בסי' ע"ב ס"ק כ"ד וכיון דהוי בכדי מעותיו קנוי למלוה א"כ כי חזר ופרעו הלוה הוי לי' כחוזר וקונהו מאתו ומהאי טעמא עלה על דעתי לומר בישראל שהשכין אצל עכו"ם וחזר ופדאו דצריך טבילה אלא משום דלא קנה משכון מישראל וע' בי"ד סי' ק"ך וכיון דטענת הלוה ה"ל טענה לקוח מהמלו' אינו נאמן אלא במגו דהחזרתי וכשמתרה אותו וא"ל אל תחזור אלא בעדים דאז ליכא מגו דהחזרתי אינו נאמן לומר פרעתי ואולי גם בסמ"ע כוון לזה והוא נכון:

סעיף יא

תוך זמנו והקשו בזה דהא מבואר בסי' ע"ח דאפי' תוך זמנו נאמן היכא דאית ליה מגו ובכה"ג כתב וז"ל שוב דקדקתי בדבר וראיתי במחילה מכ"ת איני רואה דיש קושיא דכשאנו מאמיני' אותו במגו היינו היכא דאם הי' אומר טענותו המגו הי' נפטר מהתביע' בפרעתיך תוך זמנו אבל הכא היאך נאמנין לזה שפרע במגו דהחזרתי כיון שאף אם הי' טוען החזרתי לא הי' נפטר מהתביע' שעדיין הוא חייב לפרוע חובו דמסתמא הכא מיירי שידוע החוב והוא תוך זמנו דאי לאו הכי נאמן לומר שהחוב הי' אחר זמן ופרעו בלי שום טענ' וכיון דהכא מיירי בידוע שהי' חייב לו והוא תוך זמנו אף אם הי' טוען החזרתי לא הי' נפטר מחובו וצריך לפרוע למלו' ואין לו טענ' כ"א לומר לא אפרע לך עד שתחזיר לי משכוני וכיון שכן הוא תרי המלו' כמוחזק בהלואתו ונאמן לומר שלא החזיר לו משכונו עכ"ל וביאור דבריו דאפי' אם החזיר לו המשכון עדיין לא נפטר מחובו והלו' חייב לפרוע ואינו אלא כמו טענת יש לי בידך כנגדו והיינו המשכון ומבואר לעיל סי' כ"ד דאינו נאמן לומר יש לי בידך כנגדו אלא במגו ובתוך זמנו נאמן המלו' לומר אין לך בידי כנגדו אמנם בעיקר הסברא לבי לא כן ידמה והוא דזה אינו טענת יש לי בידך כנגדו דכיון דבע"ח

קונה משכון א"כ כל שעבודו הכל מתצמצם על המשכון ואין הלו' חייב כלל עד שיחזיר לו משכונו וא"כ אין זה דומה לטענת יש לי בידך דהתם זה גובה וזה גובה ומש"ה אינו נאמן אלא במגו אבל הכא אין הלו' חייב כלום עד שיחזיר לו משכונו ומה"ט אפי' נאנס המשכון דעת רש"י ובעה"מ שאין המלו' גובה ואפי' לדידן דגובה כשנאנס היינו משום דמלו' לא קבל עליו שמירת אונסין אבל כל זמן דאיתי' תחות יד המלו' אין הלו' חייב לפרוע משאר נכסיו וא"כ הכא שידוע שיש לו משכון א"כ ודאי ראוי לומר שנאמן הלו' לומר אותו המשכון שקנוי לך בעד חובך החזרתי לך ואיני חייב לפרוע לך עד שתחזיר לי משכוני ותדע דהא כ' בעה"ת פרעתי במגו דהחזרתי ומשמע דפרעתי אינה טענה מחמת עצמה אלא במגו דהחזרתי ואי נימ' דהחזרתי אינו נאמן אלא במגו דפרעתי אם כן לא משכחת פתרי לפרעתי במגו דהחזרתי ובעיקר קושי' מסי' ע"ה נרא' דהחילוק הוא בין הפה שאסר הוא הפה שהתיר למגו דמגו לא אמרינן והפה שאסר כו' אמרינן במקום חזק' וכן מוכרח מש"ע סי' ק"ח ס"ד שכ' דגובין בעיסקא תוך זמנו ואע"ג דאית ליה מגו דנאנסו אלא ודאי דלא מהני מגו אלא בעומד לאחר זמנו ואומר פרעתי תוך זמנו דאינו ידוע החזק' כי אם ע"פ הודאתו והפה שאסר הפה שהתיר מהני אפי' במקום חזק' אבל בההיא דסי' ק"ח דעומד תוך זמנו דהחזק' ידוע אלא דאית ליה מגו בזה לא מהני מגו כיון דהוא נגד חזק' וכה"ג כת' הרמב"ן בפ' המוכר הבית במאי דסליק אדעתין מעיקרא למימר דאינו נאמן בשטר פקדון לטעון החזרתי במגו דנאנסו וז"ל ואע"ג דלמ"ד מוד' בשטר שכתבו צריך לקיימו ואי לא מקיים ליה מהימן לומר פרעתי במגו דמזויף ולא אמרי' ליה שטרא בידך מאי בעי דשאני התם דכל אימת דלא מקיים ליה לאו שטרא הוא כלל והפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל הכא שטר הוא ע"כ ודלמ' לא מהני מגו לבטולי דא"ל שטרא בידי' מה בעי עכ"ל וכבר הית' סברא זו לפני הש"ך ושלחה ומשום דס"ל דאין לחלק בין הפה שאסר למגו אבל כבר כתבו הרמב"ן ודעת הטור וש"ע נמי קאי בשט' זו וא"כ ה"ה הכא כיון דהחזק' דתוך זמנו ידוע לא אמרי' מגו במקום חזק' דתוך זמנו אלא דוקא הפה שאסר ועמ"ש בסי' ע"ח סק"ה והא דנתנו המשכון בתוך זמנו מפרש לה בסמ"ע שרואין שמבזבז נכסיו ומצינו לומר דמיירי מדעת הלו' דנמי קונ' המשכון וצריך להחזיר כסות יום ביום כל שהי' שלא בשעת הלוא' וכמבואר בסעיף ט"ז:

סעיף יב

הלואת המזונות. הטעם כתבו משום דמזונות דרבנן ושעבודו דמלו' מן התור' ועש"ך שכת' וצ"ע מפוסקים שפסקו שעבודא דרבנן וכמ"ש לעיל דיש סי' ל"ט ע"ש ולק"מ דאפי'

למ"ד שעבודא לאו דאורייתא היינו לגבי לקוחות ויתומים אבל מיניה דאורייתא ומחויב לשלם מן התור' וכתוב' דרבנן אפי' מיניה:

סעיף יג

מכסות אשתו. ויען כי דאינו בזה שיטות חלוקות בין הפוסקים צריך אני להאריך קצת דיש שמחלקים דוקא לענין מקדיש ומעריך אמרו דאין לו ממנעלים חדשים ולא מבגדים שצבען לשמן אבל בע"ח שפיר גובה וכת' בענין בגדי שבת בסעיף שאח"ז וכן לענין מוכר כסות אשתו וצרך לברר השיטות בזה צריכין אנו להעתיק לפנינו לשון הש"ס פ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ב) ויבואר שורש הדברים מחכו עלה במערבא לר' יוחנן אליביה דר' יהודה וכי מי הודיעו לבעל החטין שיקנה חטין לבעל המעות וכו' אמר ר' אבהו שאני חטין וחטין דשליחותי' קא עבידי וכבעה"ב דמי תדע דתנן א' המקדיש וא' המעריך את עצמו אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחתן ואמאי נימא ה"נ מי הודיעו לצבע שיקנ' צבעו לאשה אלא לאו משום דאמרינן שליחותיה קא עביד וכיד אשתו דמי ה"נ שליחותי' קא עביד וכבעה"ב דמי א"ר אבא לא כל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו ובניו ופריך עלה וכו' אלא אמר רבי אבא כל המקדיש נעשה כמי שהקנ' להם כסות אשתו ובניו מעיקרא וכת' בהגהת אשר"י וז"ל וכדמסיק נעש' כמי שהקנ' לאשתו ובניו כסותו מכאן נרא' לי שאין אדם יכול למכור בגדי אשתו שקנה לה ואפי' לא בא לידה ק"ו מהקדש ואפי' אין לו במה להתפרנס א"י למוכרם מא"ז ומוהרי"ח אומר דהאי דמסיק דכל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנ' דמשמע דוקא מקדיש ומעריך א"ל הכי אבל גבי בע"ח לא ונרא' דדיחוי בעלמ' הוא אלא ה"ה דב"ח נמי לא גבי מכסות אשתו ובניו ומכל הני דחשב במתני' וטעמא משום דבלקיחתן לשמן זכו בהו דשליחותיה קא עביד כדמשני מעיקרא וה"ה מכר נכסיו לא מכר כסותו עכ"ל וביאור הדברים דר"א דאמר נעשה כמי שהקנ' א"כ קנין ממש ליכא אצל האשה כיון דבלקיחתן לשמן לא זכה לאשתו ובניו ומשום דמי הודיעו לצבע שיקנ' צבעו לאשה וא"כ ע"כ הבעל זכה תחל' לעצמו ומדידה לדידיה קא אתי במה זכתה האשה כיון שלא משכה בהן ואינו אלא נעשה והיינו שעשו שאינו זוכה כזוכה ונעשה כמי שהקנ' להן בקנין גמור וא"כ ראוי לומר דלא אמרו נעשה אלא במקדיש ומעריך אבל גבי בע"ח לא כיון דלא זכתה בהן ומאן דסובר אפי' גבי בע"ח היינו משום דסובר דתי' דר"א אינו אלא דיחוי אבל קושטא דמלתא משום דהבעל זכה לצורך אשתו ומשום דלא הודיע לצבע לא איכפת לן וכיון דזכה בלקיחתן לשמן א"כ הבעל מעולם לא זכה אין בע"ח יכול לגבות ושורש הדבר אי קי"ל כתירוצא דרבי אבא ומשום דנעשה או

משום דשליחותיה עביד יבואר לפנינו אי"ה בסי' קפ"ח באורך ומדברי הרמב"ן שהובא בב"י בסי' זה נרא' דסובר כתירוצ' דר' אבא מדכת' שם דאם כת' לו דאקנ' והקנ' מטלטלי אג"ק גובה מכסות אשתו ובניו וע"ש ואי נימא דטעמא משום דשליחותי' קא עביד א"כ מעולם לא זכה הבעל בכסות אשתו רק האשה זכת' בהם וא"כ ודאי בע"ח לא גבה מהם כמו שאין בע"ח של המצרן גובה מהלוקח משום דשליחותיה קא עביד וכן בנימוקי פרק המקבל משמע משום דס"ל דקי"ל כתירוצא דר' אבא ולכן כשהקנ' אג"ק ודאקנ' הרי זה גובה מכסות אשתו ובניו כיון דהם מבעל קא אתי וז"ב ומזה יראה לי דמה"ט השמיט בש"ע האי דינא דרמב"ן דאם כת' לו דאקנ' ואגב בע"ח גוב' והרגיש בזה הסמ"ע ס"ק נ"ט משום דלא ברירא ליה האי מלתא אי נימא כתירוצא דר' אבא ואי נימא דשליחותיה קא עביד לא גבי אפי' בדאקנה ואגב כמ"ש) (ובראש פ' הגוזל מבואר דקי"ל כר' אבא ואע"ג דלא קי"ל כבני מערבא וכן מבואר מדברי הרמב"ן שכת' בעה"ת בשמו והובא לשונו בב"י אלא שדבריו תמוהין מאד שכת' כיון דקי"ל כר' יוחנן א"כ קי"ל כר' אבא והוא כלפי לייא דהא כיון דקי"ל כר' יוחנן וליתיה לחוכא דבני מערבא וא"כ אפי' לא הודיעו למוכר קנה הלוקח בשביל משלח א"כ אין אנו צריכין לדברי רבי אבא ויבואר דברי הרמב"ן לקמן סי' קפ"ג ע"ש ואין כאן מקומו והנה מדברי מוהרי"ח שכת' דוקא מקדיש ומעריך אבל בע"ח לא נרא' דאם מוכר כסותו פשיט' שהלוקח זכה בכסות אשתו ובניו כיון דמכר בפי' כסות אשתו ובניו ומכ"ש דבע"ח כיון דנעשה אינו אלא למקדיש ומעריך וקשה לכאור' הא דאמרי' ס"פ נערה דף נ"א אלמנה רב אמר שמין מה שעלי' ושמואל אמר אין שמין מה שעליה ואמרינן שם אע"ג דמתני' כוותיה דשמואל מסתברא דתנן המקדיש והמעריך אין לו בכסות אשתו ובניו כו' הלכתא כוותי' דרב ופריך עלה דרב ממתני' ומשני כי אקני לה מעיקר' אדעתא למיקם קמי' אבל למישקל ולאפוקי לא ע"ש ואי נימא דוקא מקדיש ומעריך אבל בע"ח לא וה"ה מוכר כסות אשתו מצי למכור א"כ ודאי ה"ה הורישן לבניו דזוכין בניו בכסות אשתו וא"כ מאי פריך לרב ממתני' כיון דאינו אלא למקדיש ומעריך ולכן נרא' דגם מהרי"ח לא קאמר דבע"ח גובה מכסות אשתו ובניו אלא היכי שעדיין לא עשו בהם משיכ' אלא שקנ' בשבילן וכיון דס"ל כתירוצא דרבי אבא ולא אמרינן דזכה הבעל לצורכן ומשום דמי הודיעו א"כ נעשה לא אמרי' אלא במקדיש אבל אם כבר לבשו בהם וזכו במשיכ' ודאי אין אחר מתנה כלום דהא הבעל רוצ' להקנותן דאלו לא רצה להקנותן גם גבי מקדיש ומעריך לא הוי אמרינן נעשה דהיינו שאינו זוכה כזוכה כיון דאינו רוצה לזכותן כלל אלא ודאי דרוצ' לזכותן אלא הם מחוסרין זכי' ואמרינן נעשה וגבי בע"ח לא אמרינן נעשה אבל אם כבר זכו בהן גם בע"ח לא גבי

וכן אפי' מוכרן והורישן לא מהני ולהכי פריך שפיר ממתניתין דמקדיש ומעריך מוכח דהבעל רוצ' להקנותן וכמ"ש וא"כ היאך שמין מה שעליה הא כבר זכת' בהן במשיכ' והגבהה ואיצטריך לשנויי כי אקני לה כו' ודו"ק. ונרא' דברי מוהרי"ח לפי מה דאמר רבי אבא נעשה מכאן נרא' כו' לא אמרינן אלא גבי מקדיש ומעריך אבל מדברי הרמב"ן והרא"ש מבואר דפסקו כתירוצא דר' אבא ואמרינן נעשה אלא דאפ"ה גם בע"ח לא גבי מכסות אשתו ובניו היינו משום דהך נעשה גם לענין בע"ח אמרינן כיון דמעריך נמי בע"ח הוא: אמנם לענין מוכר כסות אשתו שלקח (לשון) נרא' דלפי מאי דא"ר אבא כל המקדיש ומעריך נעשה כמי שהקנ' להם כסות אשתו ובניו מעיקרא א"כ דוקא מקדיש ומעריך בע"ח נעשה כמי שהקנ' להן מעיקרא ומשמע דוקא למקדיש ומעריך וכיוצא דהיינו לבע"ח אבל לגבי דידיה לא אמרינן נעשה וא"כ שפיר יש לו רשות למכור כסות אשתו דאי נימא דאפי' לגבי דידיה נמי אמרינן נעשה כמי שהקנ' להם מעיקרא א"כ מאי האי דאר"א כל המקדיש ומעריך נעשה וכו' הא אפי' לא הי' מקדיש ומעריך נעשה כמו שהקנ' להם מעיקרא וע"כ דקודם שהקדיש והעריך דידיה הוא אלא דלענין מקדיש ומעריך ובע"ח דהוי לאחריני נעש' כמי שהקנ' אבל לגבי דידי' לא וא"כ יכול למכור כסות אשתו אבל לפי מה דאמרינן שליחותי' קא עביד אפי' למכור אינו יכול דהא לא זכה בהם מעולם וכבר כתבנו דהרא"ש והרמב"ן העלו כרבי אבא וא"כ יכול למכור כסות אשתו מיהו אם כבר זכו בהן כגון שלבש' אפי' למכור אינו יכול וכמ"ש לעיל בשיטת מוהרי"ח וזה ברור. וכך נרא' לפענ"ד מתוך מה שאמרו בפ' נערה דף כ"א כי אקני ליה אדעתי' למיקם קמי' אבל למישקל ולמיפק לא דקי"ל כרבי אבא דאי נימא דטעמא דמקדיש ומעריך משום דשליחותיה קעביד א"כ כיון שכבר זכו בהן לצורך אשתו ובניו ולא זכה בהן הבעל מעולם א"כ איך יזכה בהן אח"כ אחר מותו ואם משום דבשעת משיכ' שמשך בהן הבעל לצורך אשתו ובניו לא משך בהן לצורך אשתו אלא כל זמן דתיקום קמיה ואח"כ יהי' שלו א"כ כבר כלתה משיכ' קמי' והרי זו דומה למשוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום אלא משמע דהקנין בא לה מיד הבעל ומעיקרא זכה בהן הבעל ואח"כ חוזר ומקנה לאשתו ולא הקנ' לאשתו אלא אדעתא למיקם קמיה וא"כ כיון דקי"ל כר' אבא א"כ נרא' דלגבי דידיה לא אמרינן נעשה וכמ"ש ושפיר יכול למכור כסות אשתו שעדיין לא לבשו אלא שלקח לשמן. ובזה ניחא הא דאמר שמואל אלמנה אין שמין מה שעליה ומשמע דוקא מה שעליה אין שמין אבל בגדים שלקח לשמה שמין וכמו שמדייק הרב המגיד בפ"א מהל' מלוה לענין אחים ממה שאמרו שעל בנותיהן ובניהן אין שמין משמע אבל מה שצבע לשמן שמין וא"כ קשה הא דפריך הש"ס ממתני' דמקדיש ומעריך דתנא

ולא ממנעלים שלקחן לשמן א"כ קשיא לרב דהא לשמואל נמי תיקשי דס"ל דוקא מה שעליה אין שמין אבל מבגדים שלקח לשמה שמין ואלו במתני' אפי' מבגדים שלקח לשמן נמי לא גבי וקושיא זו הקש' בלחם משנה פ"א מה' מלוה גם בספר נתיבות משפט נתיב ב' ח"ט להקש' בזה ולפי מ"ש ניחא דאלו מבגדים שלקח לשמה לאו קושיא דהא נעשה כמי שהקנ' ולא אמרינן אלא דוקא גבי מקדיש ומעריך ובע"ח אבל אם רוצ' למכור יכול וא"כ ה"ה להוריש ודאי יכול אלא לדרב קשה דס"ל אפי' מה שעליה שמין ואמאי הא כיון דהבעל רוצ' להקנות לאשתו מדאמרינן נעשה א"כ נהי דלגבי דידיה לא אמרינן נעשה כמי שהקנה במקום שאינו זוכה אבל אם כבר זכתה בהן ודאי תו לא יכול לחזור בו וכמ"ש בשיטת מוהרי"ח והוא נכון ודו"ק. וע' בתשו' צמח צדק סי' ג' באשה שיש לה שטר כתוב' ומבואר בתוכה שתקח כל מלבושים השייך לגופה יתר על סך כתובתה וכשמת בעלה נמצא בעזבון עשרה אמות משי שקנה מתחל' כדי לעשות לאשתו מלבוש והוא ידוע בעדים ודעת השואל דאין לאשה זכות בזה דהזמנ' לאו מילתא הוא וזכות שיש לה בשטר ליקח מלבושין היינו דוקא אותן המלבושין שהי' לה בעת כתיבת השטר אבל לא באלו שנעשו אח"כ דאין אדם מקנה דשלב"ל ע"כ דעת השואל ובעל צמח צדק השיב שזכת' האשה והביא ראי' מהא דבע"ח והקדש אין נוטלין ממה שקנה לאשתו וכיון שכת' לה בכתובתה שתטול כל מלבושין נוטלת אלו עשרה אמות משי אע"פ דלא נעשה עדיין המלבוש כיון שקנה לשמה ומה שכתבת היאך יכול בעלה להקנות לה דשלב"ל הא לאו מילתא הוא דכל אשה ראוי' ליקח כל המלבושים כיון שעשה לה הבעל קנתה אלא שאמרו חז"ל דאומד דעתו הוא דאדעת' למישקל ולמפיק לא אקני לה וזה שכת' לה שתיקח לה כל מלבושי' הרי גילה דעתו דאקני לה אפי' למישקל ולמיפק וע"ש וזה שכתבנו הוא תורף דבריו ע"ש: ולפי דרכינו הא דצריכין לומר האומדנ' דמשקל ולמיפק לא אקני לה היינו דוק' היכ' דכבר לבשה וזכתה בהן אבל אם עדיין לא לבשה אלא שקנה לשמה בלא"ה לא שקלה וכדמוכח מש"ס דלא פריך אלא לרב אבל לשמואל אע"ג דס"ל דדוק' מה שעלי' אין שמין אבל בגדים שנעש' לשמה שמין ובמתני' דמקדיש ומעריך קנתה בגדים שקנה לשמה והוא משום דלא אהני בגדים שקנה לשמן אלא משום דר' אבא דאמר נעשה כו' ונעשה לא מהני אלא למקדיש ומעריך ובע"ח אבל לא למוכר ולא לענין ירושה אלא אדרב' יכול להוריש ולמכור משום דדידיה הוה וכמ"ש ולגבי דידיה לא אמרינן נעשה אלא היכא דכבר לבשה ודאי מהני דהא זכתה בהן וכמ"ש ובזה נכון סברת צ"צ דלא הוי דשלב"ל כיון דכ' לה בכתוב'. מוכח מלתא דהך הקנא' רוצ' להקנות לה קנין עולמית אפי' למישקל ולמיפק אבל היכא דעדיין לא לבשה א"כ לא התחיל שום

קנין לאשה כיון דקי"ל כרבי אבא לא אמרינן שליחותיה קא עביד ולגבי דידי' לא אמרינן נעשה) (וזה ברור ואע"ג דאמרינן פ"ק דמציעא גבי חזר ולקח' מבעלים הראשונים דניחא ליה דליקו בהימנותי' וכ"כ הרמ"א בסי' ר"ט לענין דשלב"ל היינו דוקא אם חזר ולקח אותו דבר שמכר לו תחל' אמרינן דקנה אותו אדעתא דלוקח כי היכא דליקו בהימנותא אבל זה שנתן לה בגדים השייכים לגופה וקנה עשרה אמות דמשי א"כ אין זה אותו דבר שנתן לה דכל זמן שלא לבשה אין זה בגד דשייך לגופה ולא שייך בזה ניחא דליקו בהימנותא ולכן נרא' העיקר דלא זכתה האשה באותן עשרה אמות דמשי ודו"ק:

סעיף יד

שצבען לשמן. כ' הסמ"ע ז"ל פי' אפי' לא קנאן לשמן אלא ארגן או קנאן' לעצמן ואח"כ נמלך לייחדן לאשתו וצבען לשמן זכו בהן בהשינוי ואין גובין מהם ע"ש וכן משמע ל' רש"י בפ' נערה לא בצבע שצבען לשמן ומהבגדים צבועין בצבען לשמן ואפי' לא לבשה בהן ע"ש. ונפלאתי בזה דהא במשנ' דתני אין לו בכסות אשתו ובניו ולא בצבע שצבען לשמן לא תני מבגדים צבועין ומשמע דהבגדים כבר הי' שלה אלא שהוא צבען לשמן זכו בצבע אבל אם הבגדים היו שלו והלך וצבען לשמן שיזכו בשינוי זה לא שמענו וע' בתוספות ד"ה מי הודיעו לצבע תימא מאי פריך תינח אם יש שבח סימנין ע"ג צמר אבל אם אין שבח סימנין ע"ג צמר מה לנו לחוש אם אין הצבע מקנ' צבעו לאשה וי"ל דהכי פריך כיון דאין הצבע מקנ' צבעו לאשה כו' א"כ מעות שקיבל מבעל האשה הן הקדש וע"ש ומקושיות תוס' ותירוצם מבואר דלא מיירי אלא מצבע והיינו שהבגדים כבר היו שלה אלא שזכו בצבע שצבען לשמן ועוד דהא בפ' הגוזל שם אמרו חטין וחטין שליחותי' קא עביד תדע דתנן א' המקדיש וא' המעריך כו' וכי מי הודיע לצבע שיקנ' צבעו לאשה אלא שליחותיה קא עביד כו' וא"כ אם הבגדים של הבעל והאשה בעצמה הלכה וצבען וכי קנת' בזה הבגדים הא שינוי אינו קונ' אלא בגנב וגזלן. וממילא דאפי' לתירוצא דר' אבא דנעש' כאלו הקנ' נמי לא מיירי מבגדים של הבעל דכי היכא דלטעמ' דמשום שליחותה ודאי לא שייך שינוי דלא עדיף מה ששליח עושה מיד המשלח גופה ואשה גופה לא קנה בשינוי בגדים אחרים וכמ"ש וע"כ מיירי מבגדים שלה אלא שהצבע דבעל וכמ"ש וה"נ לטעמא דר' אבא דלא אשכחן דפליגי בזה ר' אבא ור' אבהו. וכן נרא' מוכח מלשון הטור וז"ל בד"א שאין נותנין לאשתו ובניו כסות בזמן שלא היו להם בגדים שעשה להם הוא אבל אם הי' להם בגדים שעשה להם אין בע"ח גוב' חובו מהם אפי' אם הם חדשים שלא לבשו מעולם כיון שקנאן לשמן אין בע"ח גובה מהם מכסות אשתו ובניו ומדהשמיט הך דינא דצבע שצבען מוכח דהיינו כמ"ש דמיירי מבגדים של האשה

אלא דצבע דבעל וא"כ הוא בכלל בגדים שקנאן לשמן אבל אי מיירי שהבגדים של הבעל והלך וצבען דקנאתן בשינוי של מחשבתו לשמן א"כ שינוי זו ודאי הי' לו לבעל הטורים להשמיענו אלא ודאי דלא קנה כלל בשינוי וכמ"ש דשינוי לא שייך אלא בגנב וגזלן ואי נימא אין שבח סימנין ע"ג צמר אפי' גנב וגזלן לא קנה בשינוי צבע וכמבואר פ' הגוזל וע' בש"ע סי' ש"ס וגם בלשון רש"י והרמב"ם שכתבו בגדים צבועין שצבען לשמן יראי' דבגדים צבועין קרויין צבע ומכי צוה לאומן שיעש' בגדים צבועין לשמן זכתה בהם ולפי זה לא תיקשי קושיות תוס' הא אין שבח סימנים ע"ג צמר ובתשובת צ"צ סי' ג' כת' ג"כ בפשיטות צבע שצבען לשמן היינו בגדים של הבעל אלא שצבע לשמן זכו בשינוי וע"ש ולענ"ד מוכרח מלשון הטור דלא זכו בשינוי וכמ"ש) (ולפ"ז נרא' דאם הי' הבגד של הבעל וחתכו ותפרו לשום האשה או לשום בניו לא זכו בשינוי דלא שייך שינוי אלא בגנב וגזלן וכמו שכת' וזה נרא' לי ברור:

סעיף טו

נשבע לפרוע והא דמצינו לעיל בסי' ע"ג סעיף ז' גבי שמיטה דפטור מחויב השבוע' דכיון שפטור מדין פטור נמי מחויב שבועתו משום דהתם לא נשבע אלא לפרוע חוב ולא ליתן מתנ' ואחר שהגיע שמיט' הרי נמחל חובו ומתנ' אין צריך ליתן לו אבל בזה שאין לו חובו לא נמחל ואם יתעשר יצטרך לפרוע וכיון דאכתי חובו עליו צריך לקיים שבועתו שנשבע לפרוע חובו ועמ"ש בסי' ע"ג סק"ה:

סימן צח

סעיף א

שנתייאש מחובו. עמ"ש באורך בסי' קס"ג מדין יאוש בחוב:

סעיף ב

השטר על פקדון. והטעם כיון דפקדון הדרא בעיני' א"צ זמן דיחזור הפקדון כמות שהוא וכת' הר"ן בפ' הגוזל ומאכיל הני מילי דכפר ביה אבל אם מוד' בי' שפשע והרי הוא חייב עליו דינו כדין מלו' בעלמא ע"כ וראיתי בש"ג שכת' על זה וז"ל וצ"ע דהא קי"ל דלא נשתנה המעש' חילופי דברים כדאית' במרדכי פ' החובל ע"כ. והיינו דשם במרדכי כת' ראובן שהלו' יוד לטרין לשמעון לזמן קצוב ואחר הזמן אמר ראובן כשמעון אותם י' לטרין שאתה חייב לי יהי' למחצית שכר וכבר נתעסק בהם שמעון ונאנסו נראה דשמעון חייב באונסין כאשר בתחל' כי אין המעש' נשתנה בחלופי דבריו וראי' מפ' החובל האומר קרע כסותי חייב ורמינהי לשמור ולא לקרוע ואמר רבא לא קשיא הא דאתי לידי' בתורת

שמיר' וכו' ה"נ בתורת מלו' קאי ולא משתנ' לעיסקא ע"ש אמנם לא ידענ' מאי קושיא דהכא כיון דפשע ע"כ משתנ' דינו מפקדון למלו' כיון דליתי' בעינ' וצריך מעות לשלם בודאי בעי זמן שנותנין להלוא':

סעיף ג

אוכל הטורף פירות ע' בשטה מקובצת פ' המפקיד מכי מטא אדרכתא לידי' פי' אדרכתא דחליט' דאלו באדרכת' קמיית' לא זכיה בפירי דהא לא ידע מאי ניהו קרקע דגבי וליכ' לא שומא ולא שום זכי' ע"כ וע' בש"ע סי' ק"ג סעיף ו' ואם נשתהה זמן שלא הורידהו דאי אייקר או זילי ברשות' דלוה קאי וזה משמע כדברי ש"מ דאינו זוכה המלו' אלא אחר הורד' והחלט':

סימן צט

סעיף א

ואם נראה לו ממון. כתב הש"ך כגון חפצים ומטלטלים דאלו מעות אפי' ראי' לא מהני לענין שיהא של אותו פ' לבדו אלא הוי כשאר בע"ח אם לא שיביא ראי' שנתנם לו בתורת עיסקא לענין הפלגא פקדון אבל ראי' שהפקידן אצלו לא מהני דכיון דיש לו רשות להשתמש ה"ל לוה עלי' ע"כ ע"ש והנה מה דמשמע מדברי הש"ך דבעיסקא אפי' ידוע אינו נוטל אלא הפלגא פקדון לבד הנה בש"ס פ' המקבל מבואר דלהכי קרי לי' עיסקא כו' ואם מת אינו נעשה מטלטלין אצל בניו אפי' אפלגא מלוה וע"ש בסי' ע' שכתב דאי איכא עלי' בע"ח וכתובת אשה הוא קודם אם העיסקא בעין דלא נתן רק על העיסקא וכ"כ כל הפוסקים בלי שום חולק וכן הוא בש"ע י"ד סי' קצ"ז דהוא קודם לעיסק' שלו מכל הבע"ח אפי' לפלגא מלוה ומ"ש הש"ך בענין מעות שהפקידו דכיון דיש לו רשות להשתמש ה"ל לוה עלי' כבר השיג עליו הגאון ח"צ בזה בסי' ע"ג והוכיח דפקדון כל זמן שלא הוציאו והוא בעין ה"ל דין פקדון ואינו אלא ש"ח עלי' וע"ש וא"כ ממיל' הוא קודם ליטול פקדונו ואין לבע"ח רשות בו ובפרט לפי מה שנהגו עכשיו עפ"י תקנת המדינ' דאפי' לקח סחור' בהקפ' אם הסחור' שלו בעין הוא קודם מכ"ש במעות שלו שהוא בעין ואפי' הלוא' בעינא נמי קודם לכל הבע"ח ועמ"ש בסי' ק"ך סק"י:

סעיף ב

של אחרים הוא. עיין ש"ך שכ' דאפי' בדברים שאין בהם דין קדימ' אינו נאמן בהודאתו שחב לאחרים כדי שיטול חלק במטלטלין משום דחב למלו' ע"ש ובתומים כתב בדברים שאין בהם דין קדימ' כגון מטלטלין כיון דאלו נתן עכשיו שט"ח בעדים הוה נוטל חלק

בשוה א"כ מכ"ש המוד' בפני ב"ד דמשעת הודא' הוי חיוב גמור ויחלוקו ע"ש. וליתי' דודאי הודא' הוי קנין ויכול לחייב עצמו בהודא' אעפ"י שאינו חייב וכמ"ש בסי' מ' ע"ש מיהו כל זמן שאינו חב לאחרים בהודאתו הוי הודא' ואודיתא הוי קנין אבל אם חב לאחרים הוי לי' כמו אחר ואינו נאמן ותו לא הוי הודא' שלו הודא' וכל שאינו נאמן בהודאתו לא הוי אודיתא שלו קנין כלל וכמ"ש בסי' קצ"ד עוד כתב בש"ך דאפי' אם אמר שחייב לאחרים בשעה שהיינו מוחזקין בו שאין לו ודלא כב"ח דס"ל דאם אמר שחייב לאחרים בשעה שאין לו נכסים ליכא חשש קנוני' ע"ש ובתומים דחה דברי הש"ך וכתב דודאי אם אין לו נכסים מה קנוניא שייכ' בי' ע"ש ולא נהירא דודאי כל שחב לאחרים אפי' במקום דלא שייך קנוניא נמי אינו נאמן וכדמוכח פ' האומר דף ס"ח בקידושין אעפ"י ששניהם מודים אין חוששין לקידושין ואמרו שם משום דחב לאחרים ע"ש והתם ליכא חשש קנוני' א"ו אדם אינו נאמן בהודאתו אלא היכא דליכא חוב לאחריני אבל היכא דאיכא חוב לאחריני אינו נאמן אלא ע"פ שנים עדים יקום דבר וע"א אינו נאמן אפי' הוא כמשה ואהרן וז"פ:

סעיף ג

ואעפ"י שיש לו מגו. טעמא דלא אמרי' מגו שהי' יכול להחזירם או לומר להד"מ משום דחזק' כל מה שיש תחת יד אדם הרי הוא שלו והוי מגו במקום חזקה ואע"ג דאיבעי' לן בפ"ק דבתרא אי אמרינן מגו במקום חזקה דתוך זמנו הך חזקה אלימ' טפי ועיין ש"ך וקשה לפמ"ש הר"ן בקדושין פרק האומר גבי זה בני נאמן אפי' היכא דמוחזק לן באחיו וז"ל ולענין הלכ' כרבי דאינו נאמן לאיסור אם כבר אמר יש לי בנים דמה לי לשקר כעדים דמי דהלכ' כרבי מחבירו ואע"ג דבפ"ק דבתר' וביבמות פרק האשה שלום איבעי' לן אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא התם הוא מגו שהי' יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו הוא שהי' יכול לומר כתבו גט לאשתי סמוך למית' ע"ש והרי מבואר דמגו דהי' יכול לעשות מעש' מהני אפי' במקום חזק' וה"נ הא יכול ליתנו. ונרא' דזה ודאי אינו רוצה ליתן מתנת חנם דאז לא יוחזר לו ולכן אומר שהוא של חבירו וכיון שכנגדו יודע האמת שאינו שלו לא יתבענו אלא דהמגו הוא דאי בעי הוי נתן לחבירו בתורת פקדון קודם שהראהו לב"ד או שהי' אומר להד"מ וכמ"ש הש"ך בשם התוס' והרא"ש ע"ש סק"ח וא"כ אינו אלא מגו דערמומית ושקר מגו כהאי לא מהני במקום חזקה אלא דוקא כהאי דר"ן דיכול ליתן גט והוא מעשה המתיר באמת ודו"ק ועמ"ש בסי' רנ"ה ובתוס' פ"ב דכתובות גבי אומר שטר אמנה אינו נאמן בשחב לאחרים הקשו תו' דליהוי נאמן במגו דאי בעי מחיל ותירצו שאינו רוצה למחול ע"ש ומזה הוכיח

מוהראנ"ח בתשו' סי' קנ"ב דהתוס' ס"ל דמהני מגו במקום חזקה דכל מה שיש ת"י אדם הוא שלו. ולפי מ"ש לאו ראי' הוא דתוס' בקושיית' שהקשו דאי בעי מחיל באמת אם כן ודאי מהני אפי' במקום חזק' כיון דיכול לעשות מעש' אבל לפי תירוצם שאינו רוצ' למחול שלא יפסיד בחנם וא"כ באומר סחור' אלו של פ' נמי לא הוי מגו דבידו ליתנ' במתנ' גמור' דאינו רוצה ליתן מתנת חנם ואין לו מגו אלא לעשות ערמה וליתן לו בתורת פקדון או לומר להד"מ ובזה לא מהני מגו במקום חזק':

סעיף ד

ידוע שיש לו עיסק' נרא' דאם הנותן עצמו אינו מכיר שזה ודאי מעיסק' שלו אינו נאמן אפי' אית ליה מגו השתא דתקינו תקנת בורח כל שקיבל תוך רבע שנה דצריך להחזיר ואם כן לא הוי מגו וכמ"ש תו' פ' האומנין דף ס"ד ד"ה שליש דלא חשיב מגו שמא לא תרצה האשה לקבל וא"כ ה"נ כיון דתקנת בורח עפ"י חרם לא ירצה לקבל גם אם היה נתנם לו:) (

סעיף ה

שני עדים וע"א לא מהני ועיין סמ"ע מ"ש בטעמא דלא ה"ל משאיל"מ ועיין ש"ך שהשיג עליו מיהו נראה דכאן לא שייך משאיל"מ דכי היכא דמימעט יורשין מדין מתוך מדכתיב שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין ה"נ ממעט שאר באי כחו דבין שניהן דוקא כתיב ועמ"ש בסי' קנ"ג:

סעיף ו

ונתן כל אשר לו כ' הש"ך עיין בב"ח ממתנה בכולה או במקצתה ושייר שום דבר וצריך לימוד ואחר העיון למדנו דבר זה מדברי הרא"ש בתשו' כלל ע"ח סי' ג' וז"ל ויען אשר ראיתי מקצת אנשים אשר כותבין נכסיהם ואח"כ לוין מעות וכו' כמו דין זה שבא לפני ראובן נתחייב בשטר באלף זהו' לשמעון ותבעו לדין וכשרצה הדיין להוריד שמעון בנכסי ראובן בא לוי להוציא שטר שלפני כמה שנים נכתוב ששמעון זה נתן לאחד מבניו כל נכסיו ושייר לעצמו זהב אחד שירשנו מי שראוי ליורשו והאמין ע"ע את בנו כו' שטר מוחזק אחר ע"ע שנתחייב לו באלף כפולו' וכו' ובאתי לשבור מתלעות עול וכו' ולהודיע ולברר שאין במתנה זו ממש לפי שידוע וניכר באומדנא דמוכח שלא גמר בלבו להקנות אלא להבריח נכסיו מבע"ח כו' דאנן סהדי שאין לך אדם שיתן ממונו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים כו' דכוותה אמרי' פ' האשה שנפלו ההוא אתתא דבעי דתברחינהי לנכסי ובכל דוכתי אזלינן בתר אומדנא כההוא דתנן שכ"מ שנתן כל נכסיו שייר קרקע כל שהוא מתנתו מתנה לא שייר קרקע כל שהוא אין מתנתו קיימת ומפרש טעמא משום

דאזלינן בחר אומדנא דאנן סהדי אם הוא סבור שיעמוד מחליו לא הי' נותן כל נכסיו לאחר וכו' ואע"פ שבנדון זה לא נתן כל נכסיו שהרי שייר לו זהב א' בפ' האשה שנפלו (כתובות דף ע"ט) על ההוא עובד' דמברחת שקרע ר"נ השטר מיתבי הרוצ' שתבריח נכסים מבעלה כיצד היא עושה כותבת שטר פסים לאחר דברי רשב"ג וחכ"א רצה משחק בה עד שתכתוב לו מהיום ולכשארצה טעמא דכתב' ליה הא לא"ה קנינהו לוקח אמר ר"ז לא קשיא הא בכולהו הא במקצתה אלמא במקצת קנה מקבל מתנה אומר אני דמה ששייר לעצמו זהב אחד לא הוי שיור דבעינן כדי פרנסתו דהא דמפלגינן בין בכולה בין במקצתה היינו משום דאמרינן דשטר מברחת לא קנה משום דלא שביק אינש ויהיב נכסיו לאחרינא וכששייר נכסיו לעצמו בטלה האומדנא הילכך הויא המתנה מתנה ואם לא שייר בכדי פרנסתו לא בטלה האומדנא ודמיא להא דאמרינן פרק מי שמת על מתני' דשכ"מ שנתן כל נכסיו לאחר ושייר קרקע כ"ש מתנתו קיימת וכמה כ"ש רב יהודא אמר קרקע כדי פרנסתו רב ירמיה בר רבה אמר מטלטלי כדי פרנסתו וכו' ואומד דמברחת כמו אומד דשכ"מ דלא שביק אינש נפשי' ויהיב נכסיו לאחרינא הילכך לא חשיב שיור אלא בכדי פרנסתו וע"פ שכתב ריי"ף דליתא לרב יהודא מדרבא אמר ר"נ חמשה עד שיכתבו כו' נכסיהן ואלו הן כו' שכ"מ עבדו ואשתו ומברחת דשמעת מיניה דשיור מידי בכולהן הוי שיור אין נראין דבריו בזה דלא אשכחן מאן דפליג אדרב יהודה ורב ירמי' וכו' וכיון כאומד דשכ"מ הוי משום דלא יהיב אינש כל מה דאית ליה וימות ברעב האי האומדנ' לא בטל אלא א"כ שייר כדי פרנסתו וכו' ובנידון זה אפי' שייר כולהו לא הוי שהרי יתר על המתנה נתחייב לו באלף כפולות וזכה לטרוף זהב של השיור מיד בחובו עכ"ל ונמצינו למדין גם מברחת קנה בשיור וכההיא דש"מ חד אומדנא ובכמה דהוי שיעור בשכ"מ ה"נ דמברחת ולריי"ף ולרמב"ם בכל שהוא סגי ולרא"ש כדי פרנסתו בעינן אלא דהכא גבי מבריח לא שייך שיור כלל דהא הבע"ח יטלם בחובו והוא ימות ברעב. ולפ"ז נראה דאם שטר המתנה נכתב קודם שלוה מאחרי' ושייר כדי פרנסתו אז מתנתו קיימת דהא הרא"ש לא ביטל המתנ' הנ"ל שיעש' קודם שלו' מאחרים ושייר מידי אלא דכיון דכבר נתחייב באלף כפולות וזכה לטרוף את השיור אבל אם נותן שטר מתנ' קודם שלוה ונתחייב לאחרים בזה שפיר מהני ליה השיור ששייר אבל אם נכתב שטר מתנ' אחר שלו' מאחרים בזה לא מהני השיור דהא יצטרך השיור ליתן לבעל חוב ולדידיה לא שביק מידי ואם שייר בכדי החוב וגם לדידיה שביק מידי אז ודאי תבוא עליו ברכ'. ואין כאן הברח' כלל. מיהו לדעת הריי"ף והרמב"ם דס"ל דסגי בשיור כל שהוא א"כ מהני השיור אפי' אחר שנתחייב לאחרים ואי משום דיצטרך ליתן כל אשר לו לבע"ח

ולא שביק לדידיה מידי דהא יצטרך ב"ד להניח לו את השיור ועוד כדי סידור מזונו ל' יום כסות י"ב חודש אמנם אנן דגרירן אחר פסק הרמ"א בסי' ר"ן דבעינן שיור כדי פרנס' וא"כ אם נתן המתנ' אחר שנתחייב לאחרים לא שביק כדי פרנסתו דהא הב"ד יתנו לבע"ח ולא שבקו ליה אלא סידור מזונו וכסות יב"ח והרי לא שייר לנפשו כדי פרנסתו כל זה מבואר מתוך דברי הרא"ש בתשו' ודו"ק ובב"ח ראיתי שכת' דאף לדעת האלפסי כיון שנתחייב לו באלף כפולות נמצא שזוכ' אף בזהב של שיור לטורפו מיד בחובו וא"כ לא הוי כאן שיור כלל ע"ש ולפי מ"ש אדרבא לדעת הרי"ף הוי שיור כיון דקי"ל מסדרין לבע"ח והרא"ש בתשו' לא כתבו אלא לשיטתו דבעינן כדי פרנסתו לא הוי שיור אפי' שייר כולהו וכמ"ש עוד ראיתי בב"ח שם שכת' דאפי' לדעת ר"ת דשטר מברחת קנה לוקח היינו דוקא בהחזי' מקבל בנכסיו אבל בכותב נכסיו לאחר בסתם ואין הנכסים זזין מתחת ידו כנדון שנשאל עליו הרא"ש אף לר"ת גוב' ממנו בע"ח ע"ש עוד שכת' דאפי' שיור גמור אם אין הנכסים זזין מתחת יד הנותן לא הוי מתנ' דתלמוד' לא איירי אלא בהחזי' המקבל בנכסים ע"ש ולא מצינו חילוק בין החזיק בנכסים אלא היכא דלא כת' בתוך השטר כתבו בשוק ומשום מתנתא טמירתא ועכשיו אפי' לא כתוב כתבו בשוק נמי כשר וכמבואר בסי' רמ"ב וגם מדברי הרא"ש לא משמע כן דא"כ למה נחית הרא"ש למחלוקת האלפסי בענין שיור כיון דבנדונו לא החזיק המקבל בנכסים לכן אין לחלק בזה:

סעיף ז

דאפי' מקרקע ז"ל הש"ך ולא ידענא מה ענין זה לזה דהתם המתנ' הוא כדין משא"כ הכא שלא הית' המתנ' מתנ' מעיקרא כלל ובטיל' היא למפרע הלכך אם הוא בענין אם הפירות הי' שייך להנותן צריך המקבל מתנ' ליתנו לבעל חוב ומוציאין ממנו מדר"נ וע"ש שהניח בצ"ע: ולענ"ד נרא' כיון דידוע כוונת הנותן עכ"פ הי' להבריח מבע"ח ולזה נתן הכל לקרובו כי הוא נאמן אצלו והלו' לא הי' מתעסק בהם אלא קרובו והוא נותן לו הכל מה שצריך הן מריוח הן מקרן כדמפורש ברא"ש כלל ע"ח סי' ב' וכיון דכוונת המתעסק נמי שלא יטול בע"ח כלום אין לבע"ח כלום דהוי כמו מגביה מציאה לחבירו ע"מ שלא יהי' רשות לבע"ח בו וה"ה בזה העסק שעוסק הקרוב אדעתא דנותן ושלא יהא לבע"ח בו וכיון דהנותן גופי' אין לו חלק בריוח שעוסק בהם הקרוב דהא כל הגזלנין משלמין כשעת הגזיל' אלא שהוא מתעסק בהם אדעתא דנותן שייך לנותן אבל לבע"ח אין לו כיון דמתעסק אדעתא דהכי שלא יהי' לבע"ח רשות בו:

סעיף ח

רק למתנ' גמור' ונרא' ביאור הדבר דהיכא דיותן כל אשר לו לאחר אין המתנ' רק להערמ' והברח' ושישאר ביד הנותן בזה לא יצאה מרשותו כלל ואפי' מלו' ע"פ גוב' ממנו כיון דעדיין ברשות הנותן הוא אבל היכא דנותן לקרובו מתנ' גמור' ולא משום דארצי קמי' המקבל אלא נותן לו מתנ' זו כדי שלא יקח בע"ח מש"ה נתנו לקרובו או לבנו אבל מתנ' גמור' היא לבנו או לקרובו ובזה אין הב"ח גוב' כיון דהוא מתכוין למתנ' גמור' אע"ג שכוונתו להבריח ולא משום דארצי קמי' המקבל אפ"ה מתנ' הוא למקבל ויצאה מרשות נותן ואין הבע"ח גוב' אלא היכא דהוא שעבד מטלטלי אג"ק אע"ג דבתר תקנת השוק אינו גוב' מן מטלטלין שנתן היינו משום דמתנ' כמכר ואי לאו דארצי קמי' לא הוי יהיב ליה וזה אינו אלא בכדי להבריח מבע"ח אע"ג דלמתנ' גמור' נתכוין כיון דאינו אלא להברח' אוקמה אדינ' ולא שייך ביה תקנת השוק והיינו דכת' בש"ע בסי' ס' ע"ש תקנת השוק ואפי' למנהג היכא דנתן כל נכסיו לאחר ולא שייר לעצמו כלום אומדנ' דמוכח שלהבריח עשה ולא שייך ביה תקנת השוק והוא מתשובת הרא"ש וע"ש ולכאור' כיון דלהבריח עשה א"כ אפי' לא כת' אג"ק נמי גובה כיון דאין מתנתו מתנ' אלא משום דלפעמים מתנתו מתנ' ממש אלא שאינו עושה המתנ' רק כדי שלא יטול הבע"ח וכמ"ש הרמ"א כאן בזה היכא דליכא שעבוד אג"ק אינו גוב' כיון דהוי מתנ' וכמ"ש הרמ"א אבל אם כתוב אג"ק ה"ז גובה וז"ב ועסמ"ע סי' ס' סק"ו ובתומים לא ירד לזה ע"ש:

סימן ק

סעיף א

שאלו הי'. כת' המרדכי בפרק הגוזל בתרא ז"ל נשאל רבינו מאיר על ראובן שהפקיד פקדון לשמעון ובא לוי ותפס את הפקדון מיד שמעון עבור החוב ששמעון חייב לו וראובן אומר מה לך אצל ממוני וכו' נרא' דבר פשוט דלוי חייב להחזיר הממון לראובן וכן פי' ריב"א פ' א"נ וכו' ומה שנסתפקת משום דכיון דשמעון חייב באחריות בפשיע' שפשע שהי' לו ליזהר דלוי לא הי' תופסו יכול לומר של שמעון אני תופס דהא ליתיה דהא קי"ל גנב ופרע בחובו כו' אף כי בנדון זה הי' לנו לחייב את שמעון כדאמר קדשים שחייב באחריותן שהזיקו חייבין אע"פ דשל הקדש הם מכל מקום אם תפס ניזק נפרע מהם למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי עכ"ל ונפלאתי בזה דאיך ס"ד לומר לר"ש דסבירא ליה גורם לממון כממון דמי שיטול הבע"ח של הנפקד פקדונו של המפקיד שאינו חייב לו כלום ולא מצינו לר"ש אלא בהדיוט שהזיק קדשים שחייב באחריות דחייב לשלם

לבעלים משום גורם לממון אבל איפכא קדשים שחייב באחריות שהזיקו להדיוט שיטול הניזק את הקדשים זה לא שמענו לרבי שמעון ע' שם פרק מרובה אם לא לרבי יוסי הגלילי דאית ליה קדשים קלים ממון בעלים אבל מדין גורם לממון לא אשכחן ואפי' לרבי יוסי נמי אינו אלא דאוכל הניזק את בשר הקודש ומשום דגוף ההקדש אינו יוצא לחולין ואם כן הקדש אינו מפסיד כלום אבל זה שיטול את הפקדון של המפקיד לא שמענו וצ"ע:

סימן קא

סעיף א

מופקדים ביד אחר עמ"ש בסי' פ"ו סק"ו:

סעיף ב

ללוה שט"ח והרשב"א בתשו' סי' תתקכ"ט חולק וס"ל שטרות לאו בני גוביינא והביא ראי' מאשה שחבלה באחרים והיינו דפריך ותזבין כתובתה להאי דחבלה ביה ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי ואי שטרות בני גוביינא ליגבי ליה ב"ד האי שטרא ותו ליתיה במחיל' דהא גוביינא דבי דינא מדאורייתא הוא ותו ליתיה במחיל' והובא בר"ן פ' שני דייני גזירות ע"ש וכן הוא נמי דעת הרמב"ן וירא' לי טעמא דידהו דלא משתעבדי משום דס"ל דחובות לאו כסף מיקרי ולא שוה כסף דהא אשכחן דהמקדש במלו' אינה מקודשת ומשמע דלא הוי כסף ולא שוה כסף והא דמקדש בשטר חוב דאחרים מקודשת כמבואר בש"ס פ' האיש מקדש כבר כת' הר"ן פרק האיש מקדש שם דהיכא דהוא מקדש במלו' דאחרים אין דעתה להתקדש בזוזי אלא בהנא' דאית ביה וע"ש ומשמע להדיא דלא הוי כסף כלל וא"כ ראוי לומר דחובות לא משתעבדי כיון דאינו כסף אלא הנא' אית בה ולבע"ח לא משתעבד אלא כסף או שוה כסף אבל שיטת תוס' שם טעמא דבמקדש במלו' דידה אינה מקודשת משום דאין נותן לה הנא' מחודשת דכבר אית לה הנא' זו אבל במלו' דאחרים הנא' מחודשת אצלה א"כ משמע דבתורת כסף מיקדשה וא"כ כיון דהוי כסף לבע"ח נמי משתעבד ועמ"ש בחידושי לא"ה סי' כ"ח סעיף י"ג ולפ"ז לאו ראי' מהא דחלוקין שטרות וכמ"ש הש"ך דהכא טעמ' אחרינ' משום דחובות לא הוי כסף כלל ודו"ק: אמנם שיטת הפוסקים בטעמ' דמקדש במלו' דידה אינה מקודשת היינו משום דכסף מלו' כבר הוא שלה וכן הוא שיטת הרמב"ם פ"ה מאישות וא"כ כיון דהוי כסף או שוה כסף לבע"ח נמי משתעבד ומה שהקש' הרשב"א מאשה שחבל' באחרים דאי שטרות בני גוביינ' ליגבו לי' ב"ד נרא' דאפי' לשיט' זו דשטרות בני

גובייני' היינו דוקא שעבוד נכסי דהוא מילי דמזבני בדינרי וכדפריך בפ' החובל אלמא לא מילי דמזבני בדינרי הוא ע"ש וא"כ כיון דשעבוד הגוף לא מזבין בדינרי דשעבוד הגוף אינו נמכר וכמ"ש ר"ת בטעמ' דמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול ומשום דהוא דבר שאין בו ממש וא"כ ה"ה לענין שעבוד אינו משועבד רק שעבוד נכסים ולא שעבוד גופו ואינו בר גובייני' שעבוד הגוף א"כ איתי' נמי במחיל' ודו"ק וע' בש"ך שכ' דלשיט' זו דשטרות בני גובייני' א"צ כתיב' ומסיר' וע"ש ותמהני דהא קרקע ודאי גובייני' אפ"ה צריך אדרכתא וגם הורד' ואז אוכל הפירות ואם נתייקר קודם הורד' ואדרכת' שייך ללו' ועמ"ש בסי' צ"ט סק"ג וא"כ בשטרות כל זמן שלא נמסר לידו השטרות אין כאן הודא' ואפי' נמסר לו נמי כל שלא הי' כתיב' לאו כלום הוא דשעבוד שבתוך השטר אינו זוכה אלא ע"י כתיב' ומסיר'.) (ולכן נרא' דאפי' למ"ד אין צריך כתיב' ומסיר' היינו מן הלו' אבל מן הב"ד צריך כתיב' ומסיר' והיינו שהב"ד יכתבו לו קני לך איהו וכל שעבודו וימסרו לו השטרות בע"כ דלו' והיינו הורדה דיליה ולפ"ז במלו' ע"פ היכא דלא שייך מעמ"ש כגון בהלואת כותים וכן למ"ד דאין מעמ"ש בע"כ דלו' והלו' אינו רוצה לא שייך שומא כיון דליכ' הורד' וע' ש"ע סי' ק"ד סעיף ד' דלא מיקרי גביה אלא אם נתנו בידו כן ירא' לי:

סעיף ג

דבמוכר סחורה. ואע"ג דלא התנ' תנאי מפורש אמדינן לדעתי' דכל מוכר סחור' לזוזי קא מכוין והרי כאלו התנ' וז"ל הריטב"א שצריך לשלם לו במעות דוקא וכדין פועל כמו שהתנ' וכן הדין וע' ש"ך שכת' וכן כת' לקמן בשם התוס' בסי' של"ו ופוסקים ע"ש ולא מצאתי לתוס' אלא בפועל דצריך ליתן מעות דוקא ובמוכר סחור' לא כתבו ומה זו ראי' מפועל למוכר סחור' ואדרב' מדברי תוס' משמע דאפי' במוכר סחור' מורידו לשומ' שהקש' בפ"ק דמציע' דף י"ז בהא דאמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו והקשו לימא ליה שקול ארעך בזוזך לפי' המפרשים דאפי' אית ליה זוזי מצי לסלק לבע"ח בשאר דברים וכדגרסינן בהמוכר דף צ"ב אי ליתנהו להני זוזי ע"ש הרי דאפי' במוכר סחור' מורידו לשומא מיהו לפמ"ש בסק"ה דבאותו סחור' ודאי מצי לסלק ליה וכמו בפועל דמצי מסלק ליה במה שעשה עמו ולומר לו טול מה שעשית עמי בשכרך וכמ"ש מוהר"מ מרוטנבורג ואע"ג דאינו יכול לסלק לפועל במה שעשה עמו אלא במידי דאכיל' היינו דוקא בפועל לפי שאליו הוא נושא נפשו ולהחיות נפשו הוא דקעביד מש"ה דוקא במידי דאכיל' אבל במוכר סחור' אין לחלק בזה אלא כיון שמסלק בסחור' דיליה יכול לסלקו וא"כ הקשו תוס' שפיר:

סעיף ד

אינו מורידו לשומא. ע' סמ"ע שכתב בשם הע"ש שהוליד מזה בשטר הלוא' שכתוב בו במחצית שכר כיון שהנותן כוונתו להנאתו צריך ליתן מעות דוקא ע"ש ולא ידענא מנ"ל לחלק בין להנאתו או לא דהא עיקר הטעם בריטב"א משום דמוכר סחורה הוי כאלו התנ' מעות דוקא והיינו משום דאין מוכר סחור' שיקח בעדו סחור' ושומא אחרת ודעתו לזוזי אבל מעות אדרב' על סחור' ניתנה וגבי מוכר לחבירו ונמצא מקח טעות דהוי נמי דינו כבע"ח וכמבואר בתוס' ר"פ המוכר פירות והתם להנאתו נתכוין להקנות ולא לגמילות חסדים אפ"ה דינא דבע"ח אית ליה וכ"כ הרמ"א ס"ס רל"ב ואין לומר כיון דעכשיו נהגו להתפשר הלו' עם המלו' בעד העיסקא ליתן כך וכך ריוח לשבוע ה"ל מוכר סחור' ממש דא"כ לא הוי מוכר סחור' אלא בפלגא העיסקא דהוא פלגא פקדון ולא במחצית הלוא' אמנם גם בפלג' פקדון נרא' דלא הוי כמוכר סחור' כיון דעיקרו אינו אלא לאפקועי איסור' דריבית ולא למכור סחור' נתכוין וגם בהיתר זקוקים אינו כמוכר סחור' אלא לאפקועי איסור ריבית קא מכוין וא"כ דינו כמו שאר בע"ח וגם במוכר סחור' גופיה מפקפק ביה הט"ז וא"כ הבו דלא נוסיף עלה:

סעיף ה

אם יש ללוה מעות. ע' בטור שכת' וז"ל ומיהו היכ' דאיכ' פסיד' ללו' אם יפרע מעות יכול לדחותו ליתן לו קרקע כיצד כו' והוא מדברי תוס' והרא"ש פ' מי שהי' נשוי וראוי לספק היכא דהתנ' ליתן לו מעות דוקא ואית ליה פסידא מי נימא דצריך ליתן לו דוקא מעות כיון דהתנ' וכל תנאי שבממון קיים אפי' אית ליה פסידא אמנם מהא דאמרינן שם פ' מי שהי' נשוי גבי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלו' ומת ראובן ובא בע"ח כו' ואי פקח שמעון מגבה להו קרקע והדר גבי ליה מיניה ומזה הוכיחו בתוס' דבמקום פסיד' מסלק ליה במה דבעי וכיון דמוכר סחור' הוי כאלו התנ' במזומנים דוקא וכמ"ש הריטב"א וכמ"ש בסק"ג א"כ ממילא נשמע דאפי' בהתנ' נמי מצי מסלק ליה במה דבעי היכא דאית ליה פסיד') (ויותר נרא' דודאי כל תנאי שבממון קיים אפי' במקום פסידא אלא דבמוכר סחור' נמי מצי מסלק ליה בסחור' גופה שקנה ועל זה לא הי' התנאי דהא הריטב"א מדמה לה לפועל ובפועל גופיה נמי מצי אמר טול מה שעשית עמי בשכרך וכמ"ש מוהר"מ מרוטנבורג וע' בסי של"ו ואע"ג דהיינו דוקא בחיטין ושעורין דהוי מידי דאכיל' היינו משום דפועל להחיות נפשו קא עביד מש"ה צריך ליתן לו מידי דאכיל' אבל במוכר סחור' לא קאי התנאי אלא דלא יסלק לו במידי אחריני אבל בסחור' גופ' מצי לסלק ליה ואם כן התם נמי מסלק בהך קרקע גופה שקנה וכן משמע מלשון

הרמב"ם פי"א ממלו' שכ' ז"ל לפיכך אם הי' שמעון פקח נותן להם הקרקע שלקח משמעון וע"ש. ובזה מיושב מה דקשיא ליה להב"ח בדברי הרמב"ם דמשמע דוקא בהך קרקע גופ' שקנה ואילו בפרק שני דייני גזירות (כתובות דף ק"י) אמרינן ליגבינהו ארעא ליתמי וליהדר וליגבו מיניה משמע דאפי' קרקע אחרת במקום פסידא מצי מסלק ע"ש ולפמ"ש ניחא דודאי במקום פסיד' דינו דבע"ח בכל מילי אלא במוכר סחור' דהוה כאלו התנה ותנאי שבממון קיים אפי' במקום פסיד' לזה צריך לסלק בסחור' גופה מש"ה כ' הרמב"ם דמסלק ליה בקרקע שלקח וע' לשון הטור שכת' לפיכך אם פקח הוא יתן להם הקרקע ולשון הקרקע משמע הידוע דהיינו מה שלקח וכדברי הרמב"ם ודו"ק וממה שכתבו במקום פסידא יכול לסלקו בכל מה דבעי נרא' דהא דדינו דבע"ח בזוזי לאו דינא דאורייתא הוא אלא חכמים תיקנוהו ומש"ה במקום פסידא הם אמרו והם אמרו ודינא דאורייתא בע"ח בזיבורית אפי' היכא דאית ליה זוזי (דאי) דלא הוי דינא שישלם בע"ח בזוזי היכא דאית ליה זוזי מנא לן לחלק במקום פסידא וכן הא דאמרינן בע"ח מסלק במטבע שהלוה אם כסף כסף אם זהב זהב נמי אינו אלא מדבריהם:

סעיף ו

ודלא כי"א פשוט ומבואר בפוסקים דכל היכא דמסלק ליה בקרקע תו ליכא שבוע' אין לי מעות אלא מדברי הרא"ש בתשובה כלל ל"ט סי' ה' נרא' שחולק בזה ועיין ש"ך שכת' דכל הפוסקים מודים להרא"ש והג"מ ומרדכי מיירי מדינ' דש"ס וגם מדברי הטור וש"ע מיירי מדינא דש"ס אבל בתר תקנת הגאונים אפי' יהיב קרקע צריך לישבע שאין לו מעות ע"ש ולענ"ד דאין צריך לישבע דכיון דאפי' אית ליה זוזי יכול לסלקו בקרקע היכא דאית ליה פסידא וכמ"ש בסק"ה בשם התוס' והרא"ש וכיון דזה טוען אין לי ואינו רוצה לישבע אפי' באמת וכמה פעמים דאין אדם כשר רוצה לישבע אפי' שבועת אמת וכל אשר יש לו יתן ולא ישבע אם כן הוי כמו פסידא דאפשר ימכור נכסי בחצי שויו ובמקום פסידא אינו צריך לסלק בזוזי ואע"ג דאנן חשדינן ליה ביש לו מעות וא"כ לית ליה פסידא מ"מ בעילה מועטת רצו חכמים להפקיע דין מעות מבע"ח וכמ"ש בסק"ה וא"כ אינו צריך ליתן מעות אלא במקום שידוע שיש לו מעות אבל מספיקא לא משבעינן:

סימן קב

סעיף א

בשעה שלוה ומכרה עיין פ"ק דב"ק ח' דבעולא קא מפלגי דאמר דבר תורה בע"ח בזיבורית שנא' והאיש אשר אתם נושה כו' מר אית ליה דעולא ומר לית ליה דעולא

ופירש"י מר לית ליה דעולא אלא ס"ל דגם מדרבנן דיניה בזיבורית ועיין בנימוקי שמפרש בשם הרמ"ה דמיירי שהי' לו עדיות ומכרה ומר אית ליה דעולא ומש"ה כיון דמן התור' דינו בזיבורית אזלינן בתר שעת גביי' ועתה הבינונית במקום עדיות כיון לו עדיות וגובה מזיבורית ומר לית ליה אלא ס"ל כר"ש דאמר פרק הנזקין דבר תורה בעדיות ומפני מה אמרה בבינונית אלא כדי שלא יאמר אדם אקפוץ ואלונו ומשום הכי כיון דבשעת הלוא' היתי' בינונית גובה ממנו אע"ג דעכשיו הוי עדיות וע"ש שכת' בשם הרמ"ה דלא ק"ל כעולא מיהו מלשון הפוסקים משמע דקי"ל דבר תורה דינו בזיבורית והנה בירוש' איכ' מ"ד בע"ח דינו מן התור' בבינונית ויליף לה מקרא דעולא דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט ודרשינן והאיש זה שליח ב"ד שאם אתה או' שהמלו' יכנס למשכנו יקח עדית ואם אתה או' שהלו' יוציא א"כ יוציא זיבורית אבל השליח נכנס ומוציא בינונית ע"ש ונרא' לפרש במה דפליגי ש"ס דילן עם הירו' דבש"ס דילן מפיק מהאי קרא זיבורית ובירו' מפיק מהאי קרא בינונית דבס"פ המקבל (בבא מציעא דף קי"ג) אמר שמואל שליח בית דין מינתח נתוחי אין אבל משכנו לא ואסיקנא בפלוגתא דתנאים שליח בית דין שבא למשכנו לא יכנס לביתו למשכנו אלא עומד בחוץ (והמלוה) מוצי' לו משכונו שנא' בחוץ תעמוד והאיש תניא אידך בע"ח שבא למשכן לא יכנס לביתו למשכן אלא עומד בחוץ כו' ושליח ב"ד שבא למשכן הרי זה נכנס לביתו וממשכנו ע"ש וא"כ בירו' דיליף מהאי קרא בינונית סבר דהאיש כלוה ורשאי להוצי' מביתו והוא מפיק בינונית ועולא דמפיק זיבורית מהאי קרא ס"ל דשליח בית דין נמי מנתח ניתוחי אין אבל אינו רשאי ליכנס לביתו והאיש כמלו' דמי וגם הוא מיזהר ואינו מוצי' אלא לוה והיא מוצי' זיבורית וא"ל כיון דקי"ל כשמואל דשליח ב"ר נמי אינו רשאי ליכנס לביתו של לוה וכן פסק הרי"ף ורמב"ם פ"ב ממלוה ובטור וש"ע סי' צ"ז ואין חולק א"כ תו לא מצינו למילף מהאי קרא בינונית וכמ"ש וז"ב אלא שראיתי בחידושי פני יהושע שכת' בפ' הנזקין לפרש לשון הרי"ף והרא"ש שהעתיקו הבריית' דר"ש מפני מה אמרה תורה בע"ח בבינונית ולשון אמרה תורה משמע דמן התור' ור"ש טעמ' דקרא דריש וכמ"ד בירוש' דינו בבינונית ובזה תמה על הב"י דכתב דהרי"ף סובר כעול' ע"ש ומדברינו יתבאר דליתי' דכיון דאנן קי"ל כשמואל ממיל' ליכ' למילף מקר' רק זיבורית וכמ"ש ומה שכתבו בלשון מפני מה אמרה תורה אין זה ראי' דהוי מן התור' דאשכחן טובא בש"ס דנקט לשון תור' על דברי חכמים וכמ"ש בספר המצו' להרמב"ן שורש אחר ע"ש וא"כ אפשר דגם ר"ש סובר כדעול' דמן התור' בזיבורית אלא דהחכמים תיקנו ועל זה אמר מפני מה אמרה תור' וכן כת' הרשב"א בחידושיו פרק הנזקין ז"ל מפני מה אמרו בע"ח

בבינונית כלומר כיון שתיקנו משום נעילת דלת מפני מה לא תיקנו שיהא אף בעדיות כנזקין ודו"ק:

סימן קג

סעיף א

ואם אין המלו' רוצה לקנות ע' ש"ך סק"א וז"ל א"כ כשאומר המלו' מכור לי מהנשאר או פרע לי היינו גוד או אגוד וכשאין המלו' רוצה לקנות לעצמו ורוצה למכור הכל היינו נמי בכלל גוד או אגוד דמה לי אם קונה אותו לעצמו או מוכרו שהרי הרשות בידו לקנותו ולחזור למכרו ע"ש וכן כתב הש"ך בסק"ז העולה מזה ביד המלו' רשות להוציא את הלו' מביתו וליקח הכל לעצמו או למכור או להשכין הכל כדי שיפרע חובו מיד שהרי אומר לו גוד או אגוד: והנה מ"ש דרוצה למכור הוא בכלל גוד או אגוד כו' שהרי הרשות בידו ליקח ולחזור ולמכרו הוא נגד דברי הרא"ש דכתב דהיכ' דאינו רוצה לקנותו לעצמו אלא למכרו לית ביה דינ' דגוד או אגוד והובא בש"ע בסי' קע"א וכן פסק הרמ"א שם בסעיף ו' וגם הש"ך הסכים שם כן מיהו אפשר לחלק דהתם כבר נשתתפו יחד ולהכי דינא דגוד או אגוד הוא דוק' היכא ששיתף עצמו ורוצה לקנותו ולא למוכרו לאחרים דהא לא נשתתף עם האחר אלא עם השותף אבל בע"ח דעלמ' לא נשתתף עמו אלא שיש לו חוב עליו ואילו רוצה מוכר את חובו לאחר ולהכי גם כשירצה למכור שייך דינ' דגוד או אגוד ואכתי צריך ישוב:

סעיף ב

יכול לכופו שיקחנו ממנו במעות עמ"ש בסי' קט"ו סק"ט:

סעיף ג

וי"א שאם עבר הזמן יכול למוכרו עמ"ש בזה בסי' ע"ג ס"ק י"א:

סעיף ד

מקום שנהגו לכתוב בשטרות שיוכל לירד לנכסי הלו' ולמכור בלא שומ' והכרז' ומשמע דהיכא דליכ' מנהג רשות לו לירד ע"פ השטר בלי רשות ב"ד ובטור סי' ס"א הבי' בשם תשובת הרא"ש אע"פ שכותבין בשטרות שיש רשות למלו' לירד לנכסי הלו' מ"מ אין לעבור על דברי תור' דתנן אין המלו' רשאי למשכנו אלא בב"ד וע"ש וע' בסמ"ע וט"ז מ"ש בזה ולענ"ד נרא' דכיון דהא דתנן לא ימשכנו אלא בב"ד דוק' למשכון אבל לגובייני' שרי וכמ"ש הנ"י בפ' המקבל בשם ר"ת והכא מיירי בלגובייני' דהא התנה לירד בנכסי הלו' ולמכור וא"כ היינו לגובייני' ולא בתורת משכון ואע"ג דבסי' צ"ד ס"ק ב' רצונו לומר דלא

שייך לגובייני' אלא ע"פ בית דין אבל מעצמו לא שייך לגובייני' דמאן שם לי' ואינו אלא למשכון דהא כיון דהתנ' בשטר כן שיהא לו רשות למכור בלא שומ' והכרז' לא שייך לומר מאן שם לך דהוא עצמו יש לו רשות בזה וכיון דלגובייני' ליכ' איסור דמשכנו שלא ברשות וא"כ ודאי תנאי שבממון קיים ומ"ש הרא"ש בתשו' דשייך איסור משכנו שלא ברשות אולי לא ס"ל הא דר"ת דלגובייני' שרי או אפשר דמיירי בהתנה לירד לנכסי הלו' למשכון אבל כאן מיירי בלגובייני' וגם אנו קי"ל כר"ת דלגובייני' שרי אפי' כלי אוכל נפש א"כ ודאי מהני השטר לירד בעצמו בלא רשות כלל וכן משמע בהנ"י בשם ר"ת דרשאי למעבד דינ' לנפשי' לגובייני' והבאתי דבריו בסי' צ"ז סק"ב וא"כ מכ"ש הכא דניתן לו רשות ודאי רשאי לירד לגובייני' מיהו היכא דלא ניתן לו רשות לירד ולמכור אלא ניתן לו רשות סתם לירד בנכסי הלו' והיינו למשכן בזה נרא' דאין איסור למשכן שלא ברשות ולא מהני תנאי:

סעיף ה

ב"ד ששמו קרקע לבע"ח כו' מסלקין אותו מאותה קרקע כת' הרשב"א היכא ששמו ארע' לקטן לא הדרא עד שיגדיל עד דידע לאקנויי' והיינו משום דסובר דכשהדר' שייך הקנא' ממלוה ללוה וכ"כ רמב"ן הובא בכסף משנה בפ"ב מה' מלוה:

סעיף ו

אינו נוטל הוצאתו. בטור כתוב דיש פלוגת' בין הגאונים בזה ובית יוסף כ' דמספיק' דיינין ביה קולא לנתבע ולהכי פוסק ראינו נוטל הוצאתו דס"ל לוה שבידו לסלק למלוה במעות מיקרי מוחזק בקרקע מש"ה קולא לנתבע והוא הלוה. והסמ"ע כתב להיפך דהמלו' שקיבלוהו בשומת ב"ד והחליטוהו לא מיקרי מוחזק אלא שחז"ל תיקנו דאם השיגה ידו דחוזר ומכרה לו ולכן הלו' מיקרי תובע ובט"ז כת' וז"ל נלע"ד כפסק המחבר ויש ראיי' ברור' מתלמוד ערוך אם העיר קודם קוצץ ואין נותן דמים ואי האילן קדם קוצץ ונותן דמים ספק זה קדם כו' קוצץ ואינו נותן דמים ופריך שם מאילן הסמוך לבור דמספק לא יקצוץ ומשני הכא ודאי לקוץ קאי ואי משום דמים אמרינן זיל אייתי ראי' דאילן קדים ושקול וא"כ ה"נ כיון דשומא הדרה אלא שיש ספק בתשלומין אמרינן זיל אייתי ראיי' ושקיל ועמ"ש ע"ז הגאון ח"צ ולענ"ד דודאי בדין הוא שיהא הלו' מוחזק כיון דסוף סוף למיהדר קאי ואין הספק אלא בדמים. אלא שכדברי הסמ"ע מבואר מדברי הרא"ש בפ' המקבל שכת' וז"ל זבין במאה ושוה מאתן חזינן אי לכ"ע מוזיל מזבין יהיב ליה מאה ושקול כו' וכיוצ' בזה אם הרויח זמן פרעון אי כל אינש הוי עביד הכי כגון שמכר מפני רעתה גם המצרן לא יתן עד אותו הזמן כו' ועל המצרן להבי' ראיי' דלכ"ע

אוזיל ומזבין בארע' דלוקח הוא ואין למצרן זכות בהן אלא משום ועשית הישר והטוב לא אמרינן סוף סוף ארע' למיקם קיימ' בידו דמצרן ועל הלוקח להבי' ראיי' כדאמרינן לקמן גבי יתומים אומרים אנו השבחנו ובע"ח או' אביכם השביח על היתומים להבי' ראי' משום דארע' כיון דלגובייני' קיימ' כמאן דגבי' דמי ויתומים לייתי ראייה ולשקלו' דלקמן מיירי כשעשה אביהן אפותיקי והני יתומים כיורד שלא ברשות. אבל הכא דודאי ברשות לוקח קיימי אלא שתקנת חכמים הוא משום ועשית הישר והתקנ' אינו שלא משום כשנתחזק כבר הלוקח ובאתה לרשותו ומספיק' לא מפקינן מיניה עכ"ל וכן פסק בש"ע בסי' קע"ח סעיף ז' על המצרן להבי' ראי' והוא מדברי תשובת הרא"ש הנ"ל וא"כ ה"ה הכא בשומ' הדרה דהוא ג"כ אינו אלא משום ועשית הישר והטוב א"כ המלו' הוי מוחזק אף ע"פ דלמיהדר קיימ' וכמ"ש ומתוך דברי הרא"ש נסתר מחמתו את דברי הגאון ח"צ שכת' לחלק מפ' המקבל ביתומים אומרים אנו השבחנו משום דהתם באפותיקי וע"כ הבע"ח גוב' תחל' הכל ארע' ושבחה והדר מסלקהו בדמי שיעור שבחא ולהכי נקר' מוחזק לאפוקי הכא אינו מסתלק מן הקרקע עד שיתן לו דמיו תחל' וגבי אילן נמי קוצץ תחל' ואח"כ נותן דמיו ע"ש דא"כ למה כת' הרא"ש לחלק דין מצרן מיתומים אנו השבחנו משום דהתם מיירי באפותיקי ומצרן אינו אלא מתקנת חכמים הלא במצרן נמי אינו מסלק מן הקרקע אלא כשנתן לו הלוקח את הדמים אע"כ שאין לחלק בהכי. ומן התימ' על הש"ע שהוא פסק בסי' קע"ה סעיף ז' בספק' דמצרן דלוקח הוי מצרן וכדברי הרא"ש וכאן פסק דהלו' הוי מוחזק הא בשניהן אינו אלא משום ועשית הישר והטוב ואולי יש לחלק בין ספיק' דגוף המעש' וא"ל דחכמים כשתיקנו ועשית הישר והטוב לא תקנו כשיבא המצרן בספק נגד הלוקח אבל בזה שהו' מחלוקת בין הפוסקים הוי ספק דפוסקים וא"כ לזה הפוסק דסובר דאינו נוטל הוצאתו א"כ שומ' הדר' בודאי בלי הוצא' וא"כ כיון דלמיהדר קאי מצי לוה טעין קים לי כאותו פוסק דהדרה בלי הוצאה:

סעיף ז

אבל אם היו כאן הרב' יורשים וחלקו ונפל לא' בחלקו שוב אינה חוזרת היינו משום דקי"ל האחין שחלקו לקוחות הן וע' בש"ך שחולק ע"ז ורא"ש מהא דאמרינן ריש פ' הגוזל ומאכיל דאמרו מת והוריש לבניו לא הוי שינוי רשות והתם מיירי מיורשים הרבה דהגוזל ומאכיל את בניו תנן ואפ"ה לא מחשבינן להו ללוקח נגד הגזלן ול"נ דהא דלא הוי שינוי רשות גבי גזלן באחין שחלקו דקי"ל האחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם בטלה מחלוקת וכרב בפ"ק דב"ק דף ח' וכן פסק בש"ע בסי' קע"ה וע"ש וכיון דאם יבא הנגזל ויטול יחזיר על האחר לא הוי שינוי רשות דהיכ' דהמוכר קיבל עליו

אחריות לא הוי שינוי רשות וכמ"ש הרמ"א בסי' שס"א ע"ש אבל הכא דאפי' באחריות הוי שנוי רשות והוי לוקח להכי גבי אחין שחלקו נמי דהוי כמו לקוחות אחר שחלקו שוב אינה חוזרת וק"ל ועמ"ש בסי' ק"ח ס"א:

סעיף ח

בעל בנכסי אשתו לוקח הוי בפ' המפקיד (בבא מציעא דף ל"ה) שמו לה לאשה ואינסב' או שמו מינה דאשה ואינסיב' ומתה בעל בנכסי אשתו לוקח הוי לא מיהדר ולא מהדרינן ליה דאמר ר"י בר חנינא באושא התקינו האשה שמכר' בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מן הלקוחות וכתבו שם תוס' ד"ה לוקח הוי וז"ל אפי' אי הוי יורש לא מהדר כדאמר זבנה אורתא כו' אלא משום לא מהדרינן נקטי' דאי הוי יורש מהדרינן שהבן פודה קרקע של אביו ואע"ג דבפ' י"נ מסיק דטבא ליה עבדי ליה או יורש או לוקח הא אמרינן התם היכא דאיכא פסידא דלקוחות לא עבדי טבא ולכך הכא לא הוי כיורש משום פסידא דמלו' ולא מהדר ממ"נ דאפי' יורש הוי לא מהדר ודר"י בר חנינא מפרש התם דלקוחות אפסדו אנפשייהו עכ"ל תו'. והנה לשיטת הפוסקים דגם יורש מהדר וזבנה אורתא היינו ירושה דמחיים א"כ נ"ל בעל לוקח הוי גם בטעמא דלא מהדר וכ"כ בסמ"ע ובש"ך כתב וז"ל אבל הכא אי עביד לזה יורש כו' הוי פסידא כו' אמת שהתוספות כתב שם כן אבל אין זה נראה בעיני ואף ע"פ שאין אני כדאי לחלוק על דברי תו' מ"מ אומר אני מה שהורוני מן השמים דלא אמר התם בפ' י"נ אלא היכא דאיכא פסידא לאחריני לא שויה לוקח. אבל הניחוהו להיות יורש כדין תורה. אבל לומר במקום פסידא להיות לוקח ולא יורש לעקור דברי תורה דהא קי"ל הבעל יורש את אשתו דבר תורה זה לא יתכן והא ראיה דהא גבי יובל אמרינן התם דהוי כיורש משום פסידא דידיה ואין מחזיר ירושת אשתו ביובל אע"ג דהוי פסידא למוכרים. אלא ודאי משום פסידא דידהו לא עקרי דבר תורה דהוי כיורש וע"ש ולכן העלה כפי' המרדכי דשאני הכא כיון ששמו מינה קודם שנשאת אפי' אי הוי יורש לא מהדרינן ליה משום דהוי ראוי וע"ש שהאריך. ולענ"ד נראה ליישב דברי תוס' והוא דגבי יובל אמרו שם דהוי כיורש משום פסידא דידיה. אבל אי לא הוי פסידא דידיה הוי עקרו לדין תורה והוי שויה כלוקח משום פסידא דאחריני כמו שעקרו לדין תורה ושוי לוקח משום פסידא דידיה ה"נ הוי דינו כלוקח במקום דליכא פסידא דידיה ואיכא פסידא לאחרינ'. אלא משום דגבי יובל איכא פסידא דידיה נמי להכי אוקמי' אדיני' להיות כיורש א"כ הכא מה דלא מהדרי' ליה דלא נקרא פסידא דידיה וכמ"ש תוס' בפ' י"נ שהקשו בהא דאמרי' בפ' המפקיד שמו לאש' ואינסב' או שמו מינה דאשה ואינסבה לא מהדר ולא מהדרינן משום דבעל לוקח הוי

דהא איכא פסידא לאחרינא דהיינו ללוה דלא מהדר ליה וי"ל כיון דבדין לא הדר אלא משום ועשית הישר והטוב לא חשיבה כ"כ פסידא ע"ש וא"כ כיון דזה לא הוי פסידא מה דלא מהדרינן משום ועשית הישר והטוב א"כ ניחא הא דלא מהדרינן לבעל ועשאוהו כלוקח ומשום פסידא דאחרינא והא דלא אוקמוהו אדין תורה כמו גבי יובל וגבי יובל נמי לא הניחוהו על דין תורה אלא משום פסידא דידיה וכמו שאמרו שם בפי' בש"ס גבי יובל כיורש משום פסידא דידיה וא"כ היכא דליכא פסידא דידיה כיון דאינו אלא משום ועשית וכמ"ש א"כ לא קרוי פסידא ולא ק' כלל מיובל דהתם אית פסידא דידיה והכא ליכא פסידא עקרוה משום פסידא דאחריני שויה כלוקח וכו' וע"ש בתוס' ס"פ י"נ שכתבו דהך לישנא דשויה רבנן כיורש הניחוהו על דין תורה ולא עקרוהו ומהיכא תיתי יעקרוהו ועוד למה לי טעמא דמפרש בש"ס משום פסידא דידיה ע"כ דה"א דלעקרוהו משום פסידא דמוכרים אלא משום פסידא דידיה הניחוהו ולא עקרוהו וא"כ הכא דלא נקרא פסידא מה דלא מהדרינן ליה ולמלוה ודאי פסידא איכא מש"ה עקרוהו וז"ב והב"ש באה"ע סי' צ"א סק"ח כ' וז"ל אין מחזירין לו השומא דדינ' כלוקח אבל אם היה דינו כיורש היו מחזירין לו בין בחייו בין לאחר מיתה דקי"ל דמחזירין יורש הלוה והא דלא אמרינן משום פסידא דידיה הוי כיורש כתבו תו' בפ' המפקיד משום דחיישינן לפסידא דמלוה אע"ג דכתב בס"פ י"נ דלא הוי פסידא כ"כ כמ"ש בסמוך היינו להוציא מבעל אבל להוציא מן המלו' חיישינן לפסידא וכ"כ הב"ח עכ"ל ואין לדבריו אלו ביאור אלא הפי' הוא דהא לא מהדרינן ליה משום ועשית הישר זה לא מיקרי פסידא כיון דבלא"ה לא הדרא שומא מדינא. אבל פסידא דמלוה ודאי הוי אם יצטרך להחזיר כיון דאדרבא מדינא א"צ להחזיר וא"כ ודאי הוי לדידיה פסידא:

סעיף ט

דוקא כשמתה האשה עיין ש"ך שכתב ז"ל והב"ח כתב כאן ובאה"ע סי' צ"א דגם להרא"ש והטור ל"ד מתה האשה וכן נ"ל עיקר דהא הרא"ש והטור ס"ל באה"ע סימן צ' דאפי' גוף הקרקע מוציא הבעל מיד הלקוחות אפי' בנ"מ בחיים וכן דעת הרשב"א והר"ן פרק נערה ואע"ג דמחיים לית ליה אלא פירי וקי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי מ"מ כיון דלבתר תקנת אוש' הבעל מוציא מיד הלקוחות אלמא דכשמתה הוי לוקח למפרע והוי כלוקח מקיים וכ"מ בהחובל דף ע"ח מ"ש גם הב"ש באה"ע סי' צ"א כ' וז"ל מ"ש הרמ"א ומתה למד זאת מדברי הב"י דמפרש כן דברי הטור ואינו מוכרח וכמ"ש הב"ח וכן נ"ל דהא דין זה נובע מתקנת אושא ושם מבואר אפי' בחיים דינו כלוקח עכ"ל: אמנם אחר העיון נראה דלא קשה מתקנת אושא דלא התקינו באושא שיהיה הבעל כלוקח הגוף מחיים דהגוף

של האשה ולבעל אין לו אלא פירות והא דמוציא מיד הלוקח כבר כתב רש"י בפרק החובל (בבא קמא דף פ"ח) באושא התקינו דאע"ג דבעלמא לאו כקנין הגוף דמי בעל בנכסי אשתו אלמוה רבנן לשעבודא משום איבה ע"ש והיינו כמו לר"י דאי"ל קנין פירות כקנין הגוף הבן שמכר בנכסי אביו ומת הבן דהמכיר' בטל משום דקנין פירות שיש לאב מעכב את הגוף למכור ה"ה לדידן נמי נהי דקי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף באושא התקינו שיהיה אלים קנין פירות דבעל לעכב מכירת הגוף וכן מוכח בפרק החובל שם לימא תקנת אושא תנאי הוא דתני חדא עבדי מלוג יוצאין בשן ועין לאשה אבל לא לאיש ותניא אידך לא לאיש ולא לאשה סברוה דכ"ע קנין פירות לאו כקנין הגוף מאי לאו בהא קמפלגי מ"ד לאשה ל"ל תקנת אושא ומ"ד לא לאיש ולא לאשה אית ליה תקנת אושא וכתב רש"י ז"ל סברוה בעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף והכא ה"ט דמ"ד לא לאיש ולא לאשה דאי"ל תקנת אושא הלכך משום איש לא נפיק דלא קלי לגופא ממש משום אשה נמי לא נפיק דאלים שעבודי' למיהוי כקנין הגוף עכ"ל וכ"כ רש"י לקמן אבע"א כאן קודם תקנה כאן לאחר תקנה ז"ל קודם התקנה הוי שעבודי' קיל כשאר קנין פירות דקים לן דלא כקנין הגוף דמי ע"ש וכן מוכח דאין לו לבעל גם אחר תקנת אושא אלא פירות דאי נימא דאחר תקנת אושא הוי לוקח הגוף מחיים א"כ מאן דאית ליה תקנת אושא למה אין יוצאין לאיש אע"כ דגם לאחר תקנת אושא אין לו לבעל אלא פירות אלא דתקנת אושא אלים לשעבודי' דפירות שיהיה כקנין אע"ג דשאר קנין פירות אינו כקנין הגוף: ולפ"ז ניחא דסברי הרא"ש והטור דהבעל מוציא בחיים הגוף והיינו משום דאלמוה רבנן קנין פירותיו דליהוי כמו קנין הגוף ובטל מכירתה אבל לעולם הגוף של האשה וע' מ"ש נפקותא בזה האחרונים כגון לענין פרוזבל אם הלוקח יכול לכתוב והוא אינו מעכב את המכיר' משום הגוף אלא משום דקנין פירותיו מעכב וכמ"ש אבל הכא לענין שומא הדרא היכא דשמו מינה ואינסב' והי' בחיי' השומא הדרא לה כיון דהגוף שלה ואין לבעל אלא פירות וז"פ דהך מלתא. אמנם מדברי התוס' לא נראה כן עיין לדבריהם פרק נערה ד"נ ד"ה הבעל מוציא מיד הלקוחות וז"ל אליביה דר"י דאמר קנין פירות כקנין הגוף לא צריכא לתקנת אושא אלא לר"ל ואליביה דר"ל מסיק לה בפרק החובל א"נ דכתב לה דין ודברים אין לי בפירות נכסייך אבל אם כ' דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן אין לומר דהא תנן פרק הכותב דאם מכרה ונתנה קיים עכ"ל ומשמע מזה דתקנת אושא היה על הגוף שהוא דבעל דאי לאלומי קנין פירותיו כקנין הגוף הא מיירי שאין לו פירות מיהו אפשר דגם התו' לא כתבו אלא לר"י אבל לדידן דקי"ל כר"ל לא אתי תקנת אושא אלא במקום פירותיו ומשום דעשו פירותיו כקנין הגוף ואפי' כתב לה דין ודברים אין

לי בפירות נכסייך אפ"ה מכרה בטל כיון דאם לא סילק נפשו מפירות היה מכרה בטל השתא נמי דסליק היה דעתו רק מפירות ולא מזכות שיש לו בגוף השדה על ידי פירותיו ומש"ה מכרה בטל וצ"ע: אבל ק' לפמ"ש בשיטת רש"י דתקנת אושא אינו אלא לאלומי קנין פירותיו דבעל כקנין הגוף ולבטל בזה מכירת האשה א"כ הא דלאחר מיתה הוי לוקח מנלן דהא כ"ע מודו דלאחר מיתה ודאי לוקח הוי כדאמרינן פרק המפקיד בעל לוקח הוי מדר"י ב"ח ולשיטת הרמ"א מיירי לאחר מיתה וכן הא דאמרי' בפ' יש נוחלין גבי אלמנתו ניזונית מנכסיו ומייתי מדר"י ב"ח דבעל לוקח הוי ומנלן דהוי לוקח לאחר מיתה שמא אינו אלא יורש ואפ"ה מעכב המכירה משום קנין פירות שלו וכמו לרבי יוחנן דמעכב האב מכירת הבן ונהי דבפירות דהוי מחיים לוקח שוב לא פקע גם לאחר מיתה וכמ"ש תוס' בפ' י"נ ע"ש אבל על הגוף דלא הוי לוקח מחיים דלמא לאחר מיתה אינו אלא יורש וצ"ע: ואפשר דאי נימא מדר' יוסי ב"ח דקנין פירות של הבעל הוי כקנין הגוף לא הוי מצי ירית לה כיון דאין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק וכדאמרינן כה"ג בס"פ השולח אמר רבא קרא ומתנית' מסייע לריש לקיש מתניתא דתני' בכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל ופירש"י דאי כקנין הגוף ה"ל ראוי ע"ש וא"כ ה"נ אין הנכסים מוחזקין לאשה כיון שיש לבעל פירות כקנין הגוף ואפי' גבי בכור אמרי' במלוה שעמו פלגי ואינו נוטל כולו והכא דירית כולה ע"כ צ"ל דמתחילת נשואין תיכף נעשה לוקח על הפירו' מחיים ועל הגוף לאחר מיתה וככותב נכסיו בפי' פירי מחיים וגוף לאחר מותו ומוכח דהוי לוקח לאחר מיתה אבל מחיים לא הוי לוקח על הגוף ומ"ש ראיה מב"ח והש"ך והב"ש מתקנת אושא דהוי לוקח מחיים על הגוף כבר כתבנו מדברי רש"י דאינו אלא אלמוה לקנין פירות כקנין הגוף ודו"ק ועמ"ש בסי' קל"ב ועיין פ' מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ה) נכסי לך ואחריך לפ' עמדה וניסת בעל לוקח הוי ואין לאחריך במקום בעל כמאן כהאי תנא דתני' נכסי לך ואחריך לפ' ירד הראשון ומכר רשב"ג אומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון וכן פסק הרמב"ם פי"ב מה' זכי' ובטור וש"ע לקמן סי' רמ"ח ובטור וש"ע אה"ע סימן צ"א ולפמ"ש דבעל לא קנה לגוף אלא לאחר מיתה אמאי אין לאחריך במקום בעל הא אמרי' בפ' י"נ דף קל"ז ומודה שאם נתנה במתנת שכ"מ לא עשה כלום מ"ט אמר אביי מתנת שכ"מ לא קנה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך ע"כ ומשום דאחריך עם גמר מיתה שאין הראשון צריך לה קונה ואם כן קשה ה"נ כבר קדמו אחריך דהא לבעל אין לו קנין בגוף הנכסים אלא לאחר מיתה: ונרא' דכיון דכבר עשו מתקנת אושא לקנין פירות דבעל דמחיים שיהי' כקנין הגוף ולבטל מכירת האשה ה"נ לא מצי קני אחריך עם גמר מיתה לקנות גוף הנכסים כיון דכבר קדמו הבעל בקנין פירות מחיים

א"כ אין לאחריך בפירות כיון דכבר קדמו הבעל ואין לשני אלא מה ששייר ראשון ובגוף הנכסים נמי לא מצי זכי כיון דקנין פירות של הבעל כקנין הגוף ומעכב מלזכות בקנין הגוף של הנכסים ודו"ק: אמנם נראה דהא דנקט הטור דוקא כשמתה האשה לא קאי אלא היכא דשמו מינה ואינסב' דבזה אי הוי מחיים שומא הדרא לה כיון דהגוף שלה אבל היכא דשמו לה ואינסב' בזה אפי' מחיים נמי לא הדרא ללוה דכיון דבעל לוקח הוי לפירות מחיים וקנין פירות שלו כקנין הגוף לא מצי הדר ללוה הגוף ולפמ"ש בסק"ה דשומא הדרא צריך קנין מחדש ממלוה ללוה והיא לא תוכל למכור כיון שהבעל מעכב ובזה מיושב נמי מה שמדקדק הש"ך בלשון הש"ס דנקט שמו לה לאשה ואינסב' שמו מינה דאשה ואינסב' ומתה בעל בנכסי אשתו לוקח מדרבי יוסי ב"ח ולמה לא נקטי ברישא ומתה וע"ש ולפמ"ש ניחא דברישא אפי' מחיים לא מהדר ללוה כיון דצריך קנין חדש והבעל מעכב. ועש"ך במ"ש לפי' המרדכי דמשום לא מהדרינן ליה לא צ"ל לוקח אלא אפי' אי יורש הוי לא מהדרי' ליה כשמתה כיון דהוי ראוי וע"ש ואע"ג דבכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל וכדאי' ס"פ השולח מ"מ הכא כיון דהמלוה יכול למוכרו לאחר ודאי הוי ראוי וכמו שאמרו בפ' י"נ דף קכ"ה גבי עובדא דסבתא דהוי ראוי ואמר רבא מסתברא טעמא דבני מערבא דאי קדם סבתא וזבנה זבינ' זביני וא"כ ה"נ כיון דאי קדם וזבנה זבינ' זביני דהא מלוקח לא הדרא. ולשיטת התוס' דיורש נמי לא מהדר וכי נקטי' משום לא מהדרינן ליה א"כ צ"ל דבעל לוקח הוי מחיים דהא לאחר מיתה בלא"ה לא מהדרי' ליה כיון דה"ל ראוי ולהרא"ש דסובר דיורש נמי מהדר א"כ איכ' למימר איפכא דמשום לא מהדר נקטי' דהוי לוקח דאי הוי יורש היה צריך להחזיר אבל משום לא מהדרי' ליה לא צ"ל לוקח דהא מחיים אינו לוקח ולאחר מיתה ה"ל ראוי. ולפמ"ש ניחא הא דכ' הרמ"א דוקא כשמתה ובס' קי"ג משמע דאפי' מחיים הוי לוקח דהרמ"א לא קאמר אלא לענין לא מהדרינן ליה דאי הוי מחיים הוי מהדרינן ליה כיון דהגוף שוה בחיים וכמ"ש אבל איהו לא מהדר אפי' בחיים וכמו שכ' דקנין פירות דיש לבעל מבטל מכירת האשה ללוה ולהכי בסי' קי"ב נמי לא מצי בע"ח גבי מגוף הנכסים כיון דבעל לוקח הוי והיא היא תקנת אושא שיהיה קנין פירות של הבעל מבטל זכיית האחר בגוף הנכסי' והבעל מוציא מיד הלקוחות אפי' מחיים וכמ"ש וע' תוס' ס"פ יש נוחלין שכתבו ולרשב"א נראה דכיון דתיקנו רבנן דבעל מוציא מיד הלקוחות לטובתו היכא דליכא פסידא לאחרינא לא פלוג ותקנו בכ"מ שהאש' מכרה הבעל מוציא אפי' במקום שחבלו באחרים לא פלוג רבנן בתקנתא וכן כ' רמב"ן בחידושיו וא"כ בע"ח ודאי לא מצי גבי גוף הנכסים וכמ"ש וע' סמ"ע שהקשה בסי' קי"ב ומפרש בסימן קי"ב מיירי

בנכסי צאן ברזל וכאן מיירי בנכסי מלוג. ותמהני דאיך נימא דב"ח גבי מנכסי מלוג בחייה הא בפ' החובל מייתי ראיה לתקנת אושא מדתנן העבד והאשה פגיעתן רעה ואי איתא תזבין נכסי מלוג ותיתיב ליה וע"ש ומבואר דאי אי' לתקנת אושא אין הב"ח גובה מנכסי מלוג ואפי' בחייה וכן מבואר בטור וש"ע בסי' תכ"ד באשה שחבלה תזבין נכסי מלוג בטובת הנאה ע"ש אבל שיטול הנחבל מחיים לא מצינו שום חולק וא"כ ה"ה דבע"ח אינו נוטל מנכסי מלוג מחיים מטעמא שכתבנו וע"ש בסי' קי"ב סק"ז ובסי' קל"ב סק"א:

סימן קד

סעיף א

קודם הוא לגבות. עיין סמ"ע דכתב להכריח מדברי הש"ע דאין דין קדימה במטלטלין אפילו מיניה ודלא כתשו' רמב"ן הובא בב"י ע"ש גם הב"ח כתב שכן מבואר באלפסי וברא"ש פרק הכותב וכן באה"ע סימן ק"ב ולא שבקינן כל הני פוסקים המפורסמים ולתפוס תשובת הרמב"ן דלאו הרמב"ן חתים עליה וכך היא הלכה רווחת בישראל ע"ש: אמנם מדברי תוס' משמע דס"ל דין קדימה במטלטלין עיין בדבריהם ר"פ מי שהיה נשוי שהקשו בהא דמסקי' בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה ובפ"ק דערכין דף ז' אמרי' היו בידו ה' סלעים ואמר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי ונתן ד' לשנייה ואחת לראשונה יצא ידי שתיהן מ"ש בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה פי' דכשנתן ד' לשני' היינו כפי אשר תשיג יד הנודר שלא יכול ליתן החמישי לערך שניה לפי שהוא משועבד לראשונ' וכשנתן א' לראשונה נמי יצא משום דהיינו נמי כפי אשר תשיג ידו שלא היה לו יותר שכבר נתן לשניה ומה שגבה גבה וה"ה אחת לשניה וארבעה לראשונה ומ"מ חזינן דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ותירצו דהתם מיירי במטלטלין לפיכך מה שגבה גבה ע"ש ובערכין שם הכי איתא אמר רב אדא בר אהבה היו בידיו חמש סלעים כו' נתן ארבע' לראשונה ואחד לשניה ידי שניה יצא ידי ראשונ' לא יצא כולהו משעבדי לראשונה ע"ש ואי מיירי במטלטלין כמ"ש תוס' ע"כ מוכח דבמטלטלין איכא דין קדימ' דאל"כ מ"ש לא יצא ידי ראשונה אלא ודאי דין קדימה במטלטלין ומ"ש אם נתן תחלה לשניה יצא ידי שתיהן דמה שגבה גבה ותו לא יכול ליתן לשניה דגם מה דיהיב לאו דידיה דמשעבדי לראשונ' ולשיטת הסוברים דבמטלטלין ליכא דין קדימה ע"כ צ"ל דהך דערכין דמיירי במקרקע ומשום הכי יש בו דין קדימה והא דמה שגבה גבה היינו כתי' תוס' שם לפי שהכל להקדש ועמ"ש בסי' פ"ג סק"א. עוד כתבו תוספות שם ר"פ מי שהיה נשוי ז"ל ועוד י"ל דבערכין מלוה ע"פ הלכך מה שגבה גבה וקסבר

מלוה הכתוב' בתור' לאו ככתובה בשטר ולפ"ז נמי צריך לומר דבמלוה ע"פ נמי איכא דין קדימה מדמחלק בין נתן תחלה לשני' ובין נתן תחלה לראשונה וכמ"ש והר"ן כתב ר"פ מי שהיה נשוי דבמלוה ע"פ ליכא דין קדימה וצ"ע מהך דערכין דהא אנן קי"ל מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר וא"כ אין שייך דין קדימה בערכין אע"ג דנימא דמיירי במקרקע כיון דמלוה ע"פ הוי. ודברי הסמ"ע שכתב במטלטלין ליכא דין קדימה אפשר ליישב הא דמשמע בערכין דשייך דין קדימה אע"ג דמיירי מן מטלטלין לפי מ"ש התוס' פ' מי שהיה נשוי והוא דודאי מה"ת גם במטלטלין איכא דין קדימה כיון דלמ"ד שעבודא דאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין וכמ"ש הרשב"א ועמ"ש בריש סי' ל"ט אלא דחכמים עקרוה לשעבוד מטלטלין וא"כ ראוי לו' גבי הקדש דהכל למקום א' לא עקרו והעמידו על דין תורה ועוד דכיון דהקדש הוא אין להם כח לעקור שיעבוד הקדש ועיין בערכין שם דבעי רב אדא בר אהבה היו בידו חמש סלעים ואמר שני ערכי עלי בבת אחת מהו כיון דבבת אחת נדר כי הדדי תפסן יהיב תרתי ופלגא להאי ותרתי ופלגא להאי או דלמא כולה חזיא להאי וכולה חזיא להאי תיקו וכתבו שם תוס' ז"ל וצ"ל דמעריכי' על שתיהן ביחד דאי בזה אחר זה לא גרע מנתן לשנייי' וחזר ונתן לראשונה דהא ודאי בע"ח שוים הם וגם מה שגבה לא גרע מאלו היו מאוחר ע"ש. ולענ"ד נראה דודאי מה שגבה לא גרע ממאוחר אלא איפכא קא מיבעיא אם נתן חציה לזה וחצי לזה אפשר דלא יצא דבשעה שנתן חציה לזה היה לו למיהב כו' וכמו ההיא דנתן לראשונה לא יצא כיון דכולי' חזי' ליה וה"נ כולי' חזי' ליה או דלמא כיון דהדין הוא שיחלוקו ולהכי כי יהיב תחלה חציה לזה ה"ל כאשר תשיג ידו כיון דצריך למיהב חצי לאחרת:

סעיף ב

אבל כשבא לגבות מטלטלין. ז"ל הב"י כתב בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' מ"א על מי שיש עליו חובות ואין לו כדי לפרוע לכולם נרא' לי דאין הדיין יכול לכופו לפרוע לא' מהם מטלטלין ודיינ' דמזדקיק לא' מנייהו ומפיק מלוה לאו שפיר עבד ודאי אי תפיס איהו גופיה לא מפקי' מיניה במטלטלין אבל אנן לא מזדקקי' לאתפוסי לחוב לאחרים עכ"ל. ותמיהני על דבריו שאם א' מבע"ח במדינת הים יפסידו האחרים ולא יכופו אותו ב"ד שיפרעם עד שיבא אותו האחר ולקתה מדת הדין ועוד דא"כ לא לשתמיט א' מהפוסקי' לכתוב כן הלכך נראה דליתיה להאי תשובה אלא אם אין תובעו אלא אחד כופין אותו לפורעו עכ"ל ב"י ועיין ב"ח שחולק על הב"י וז"ל ותימא גדולה וכי משום שבע"ח במדינת הים מפסיד חובו אלא כך הדין במי שיש עליו חובות הרבה ואין דין קדימה במטלטלין וחולקין יחד ואלו שהן לפנינו נוטלין כל אחד חלקו וחלק האחר יהא

מונח בב"ד עד שיבא ממד"ה וע"ש וראיתי בשו"ת צמח צדק סי' קי"ח עמד בזה השאלה והשיב כדעת מורו הב"ח וז"ל וכן מצאתי בהדי' בספר פסקי הרב מהראקנטי סי' תקכ"ד שכתב וז"ל ראובן שיש לו תובעין הרבה ובא א' ותובעו והודה שהוא חייב לו ולשאר התובעין ואומר שהוא רוצה לחלק נכסיו בין שאר התובעים חזינן אם היה מטלטלין שאין בהן קדימה יחלוקו הכל בשוה ואע"פ שאין כל החובות שוין ל"א דיחלוקו לפי מעותיו כמו שכתב הרב אלפסי בפרק מי שהיה נשוי ואין לחלק בין היכא דאתי התובעין קמן למתבעי חלקיהו ובין היכא דלא את' אלא חד מינייהו עכ"ל הרי דכתוב בהדיא דאין לחלק בין דאותן האחרים לפנינו ותובעין חלקם ובין שאינם לפנינו ותובעין חלקם והב"י כתב ותימה דאי אית להך דינא לא לישתמיט חד מהפוסקים לכתוב כן הרי הרב מהראקנטי הוא חד מהפוסקים שכתב כן ותו אין להסתפק בדין זה וכן הסכימו עמדי הב"ד ופסקנא כך הלכה למעשה עכ"ל ע"ש: הנה דברי הב"י בתמיהתו לכאורה אינו מובן וכמ"ש הב"ח וכי מפני שהוא במד"ה יפסיד חלקו ונראה דכיון דבמטלטלין ליכא דין קדימה וע"כ ליתי ביה משום שיעבוד ואינו אלא מצוה לפרוע וכמו שאמרו בפ' הכותב למ"ד לאו שיעבודא דאורייתא וא"כ כיון דאם אין המלוה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו וכמבואר בסי' ע"ג דאפי' נשבע לפרוע אינו עובר אלא כשתובעו ואינו חייב ליתן ליד ב"ד או להוליכו למד"ה אלא בגזל ונשבע עליו לשקר וא"כ ה"ז מוטל עליו היום לקיים מצות פריעת בע"ח לזה שתובעו ולזה שבמד"ה עדיין לא הגיע זמן מצותו ולכן המצוה המוטל עליו עכשיו אינ' נדחית מפני המצוה שיבא לו אחר כך וראיה מפ' התכלת (מנחות דף מ"ט) צבור שאין להם תמידין ומוספין איזה מהם קודם והיינו במוספין דהאידנא ותמידין דלמחר תדיר עדיף או מקודש עדיף ופי' רש"י בל"א ומוספין הוי מקודש קודם תמידין דמוספין יקרבו היום ותמידין לא יקרבו עד למחר וכך פירשו תוספות אותו שזמנו עכשיו מיקרי מקודש וע"ש וא"כ ה"נ אותו שזמנו עדיף וצריך לקיים קודם מצותו אף ע"פ שלא יהיה לו לצאת ידי חובתו במצוה שיבא לו לאחר זמן כשיתבענו השני. ולפ"ז נראה דאם כבר תבעו אותו שארי הבע"ח וכבר רמיא עלייהו מצותו אלא באו לב"ד לתבוע חלקם בזה מודה הב"י דאינו מפסיד אותן שאיננו כאן והב"י לא אמר אלא כשאינו תובעו וכמ"ש אלא אינו תובעו אלא א' כופין אותו לפורעו ובזה אפשר לומר דהמהר"מ מראקנטי אינו חולק בזה אלא דוקא היכא שכבר תבעו אותו וכמו שהיה בנדונו שם דאמר הלוה שהוא רוצה לחלק נכסיו בין התובעין ובזה אפי' אינו לפניו אם כבר תבעו אינו מפסיד חלקו וכמ"ש וע' בהרדב"ז כיוצא בזה שפסק במי שהיה חבוש בבית האסורין ונתנו לו רשות פעם אחת בשנה לצאת אין לחשוש למצוה קלה או לחמורה אלא כיון דקי"ל אין

מעבירין על המצו' המצוה ראשונה שתבא לידו וא"א לעשותה בבית האסורין יעשנה וראיתי בתשובת הגאון חכם צבי שם סימן ק"ו שהקשה על הרדב"ז מהך דפ' התכלת (מנחות דף מ"ט) תדיר עדיף או מקודש עדיף ואי כסברת הרב ז"ל אף אי תדיר קודם אין מעבירין על המצות ומצות מוספין קדמו אלא ודאי דלא אמרינן אין מעבירין אלא בשתיהן שוות אבל לא בחד מנייהו עדיף וע"ש ולא קשה מידי לפירש"י בלשון אחר ופי' תוספות דמקודש היינו אותן שזמנו מוקדם וא"כ היא היא איבעיא דש"ס תדיר עדיף או מקודש עדיף והיינו או ?שזמנו עכשיו נקרא מקודש עדיף אע"ג דמצוה שיזדמן אח"כ היא עדיפא וע"ש דמתקינן דשניהם שווים וא"כ ה"ה דרדב"ז אין חוששין למצוה קלה או החמורה דהמצוה הראשונה היא נקרא מקודש לפי שזמנו עכשיו ומקודש שוה למצו' החמור' שיבא אח"כ:

סעיף ג

אבל מלוה ע"פ אם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה. והוא מדברי הר"ן ריש פ' מי שהיה נשוי אך נראה מדברי הר"ן אין ראיה לפי דהוא לשיטתו דסובר דבמלו' ע"פ ליכא דין קדימה כלל ולהכי סובר נמי מה שגבה גבה אבל לדעת הטור דסובר דבמלוה ע"פ נמי איכא דין קדימה וכן דעת הש"ע בסעיף י"ב דאפי' מלוה ע"פ קודם למלוה בשטר מאוחר וכ"ש בששניהן בע"פ א"כ הרי זה בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה וסתם אמר בש"ס בע"ח מאוחר שקדם וגבה באיזה מקום דאין בר קדימה מה שגבה לא גבה ואע"ג דלדעת הרמב"ן במטלטלין מיהא איכא דין קדימה ואפ"ה אם קדם וגבה מה שגבה גבה מ"מ מטלטלין קרובים טפי לדין תפיסה מקרקע דלא שייך ביה תפיסה וכן משמע מדברי הרי"ף שהביא בשם רב שרירא גאון בהאי דערכין דאמרו שם מה שגבה גבה לפי שהוא הקדש וכן ברמב"ם פ"ג דערכין שכתב והקדש מאוחר מה שגב' גבה א"כ משמע דבהדיוט מה שגבה לא גבה ואע"ג דערכין מלוה ע"פ דהא הרמב"ם פסק פי"א מהלכות בכורים דמלו' הכתובה בתורה לאו ככתוב' בשטר דמי וכן פסק בש"ע י"ד סי' ש"ה סעיף ט"ז ע"ש וא"כ כיון דערכין מלו' ע"פ ואפ"ה לא אתי' עליה רב שרירא גאון והרי"ף והרמב"ם אלא מטעם הקדש ומשמע דאי לאו הקדש מה שגב' לא גבה ואע"ג דכתבו תוס' ריש פרק מי שהי' נשוי לחד תי' דבמלו' ע"פ מה שגב' גבה מ"מ מדברי הרי"ף והרמב"ם לא משמע כן וכמ"ש וכן נרא' מדברי הרב המגיד פ"ק מה' מלו' במ"ש הרמב"ם אבל הקרקעות שקנ' אח"כ כולן שוין וכל שקדם וגבה זכה אע"פ שהוא אחרון וז"ל הרב המגיד זה אינו מבואר בגמ' בביאור אבל נרא' הוא בטעמו שלא אמרו אלא בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגב' לא גבה אבל בשוין כגון ששיעבוד' שוה דברי הכל

מה שגבה גבה וכן הסכים הרשב"א ז"ל לדברי רבינו מהטעם שהזכרתי עכ"ל הרי דאפי' בשניהן שווין לא הוזכר בהדיא דמה שגב' גבה והוצרך הרב המגיד ללמדו מדיקדוק הש"ס דלא אמרו אלא בע"ח מאוחר ולא בשניהן שוים וא"כ במלוה ע"פ כיון דאיכא דין קדימ' הרי הוא בע"ח מאוחר מה שגב' לא גבה וא"כ נרא' דמספיק' לא נפקא דלפי הנרא' להרי"ף והרמב"ם והרב המגיד לא מהני תפיס' במלו' ע"פ וכיון דספיקא תו לא מהני תפיסת בע"ח מספק כיון דבקרקע לא שייך תפיס':

סעיף ד

והניח זיבורית דאז מה שגב' גבה והוא מוכח מתוך סוגית הש"ס ר"פ הנזקין דף ע"ב כן כתב הרשב"א בחידושיו שם ע"ש ונרא' דאין להוכיח מזה דבע"ח מאוחר דין לוקח יש לו דאפי' יורש בכה"ג נמי אמרי' כל ששייר מידי אינו גובה אלא מהאחין וכמ"ש בסי' קי"א ע"ש ואם בע"ח מאוחר יוכל לסלק בדמים למוקדם ע' מ"ש בסי' ק"מ סק"א:

סעיף ה

י"א דבדבר שאין עתה בעולם כו' ונשבע עמ"ש בזה בסי' צ"ט:

סעיף ו

וה"ה אם היו הבע"ח וכו' וציוו להשכין או לעיקול כו' והשוטר מעיד כדברי הא' ז"ל התשוב' שהובא בב"י בשם חזה התנופ' ראובן ושמעון הי' לכ"א חוב על גוי א' וכל א' מהם שלח האינטרגא גדור לבית הגוי הזה ומשכן אותו ואין אנו יודעין מי הי' מוקדם באותו אינטריגא זולתי ע"פ הגוי הממושכן ולא הי' באותו משכון כדי לפרוע לכולם וא' מהם טוען שזה המשכון הוא תחל' וכן טוען כל א' והמשכון אינו תחת יד אחד מהם כל מי שיאמר הגוי שהוא ראשון שמשכן תחל' בעדו זכה במשכון ההוא כי גם סופרי הגוים שהולכים עמו ממונים על זה מפי המלך ודינא דמלכותא דינא ולכך הוא נאמן בכל מה שיאמר בנדון זה אחר שאין לנו מקום לדעת אמיתות דברים בעידי ישראל עכ"ל ובענייי לא יכולתי להבין תשוב' זו דמאי מהני שהשכין המשכון תחל' בעד זה הא אין שליחות לעכו"ם וא"כ מה מהני לי' לישראל ועוד שאפי' ישראל בכה"ג לא זכה דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים וא"כ מה מהני תפיסתו תחל' בשביל זה או זה ואין לומר דמדינא לא מהני תפיסתו למשכון בשביל ישראל זה אלא דהא גופא ע"פ דינא דמלכותא שיהא קודם אותו שהשכין הממונ' עבורו תחל' דמשמע דלא בא תשובת חזה התנופ' אלא לענין נאמנות ובזה הוא דאמרי' דינא דמלכות' דינא וכמבואר לעיל סי' ס"ח כמו בשטרי ראי' ולא בשטרי מתנה ובפרט שישראל דנין ע"פ דין תורה שנצטוו עליהם מהר סיני אין לשנות ישראל בישראל וכמ"ש השך בסי' ע"ג סקל"ט לכן נרא' כמ"ש

הע"ש דוקא בלוה עכו"ם אבל בלוה ישראל לא ובסמ"ע השיג עליו דמ"ש לוה ישראל או עכו"ם ולפמ"ש בלוה ישראל אין לשנות את הדין תורה דלא מהני מידי מה שהשכין תחל' בעדו הממונ' אלא בלוה עכו"ם וישראל המלו' אותו דמעיקרא אדעתא דהכי נתרצ' שיהא עמו דין הנהוג ע"פ דתיהם. וכן נרא' מלשון הרמ"א שכ' וציוו להשכין או לעקל ובעיקול מה זכי' יש בזו הא אפי' ב"ד שסגרו חנות א"ז גבי' ע"פ דין תור' לכן נרא' עיקר כדעת הע"ש הנ"ל וז"ב:

סעיף ז

מיהו אם תפס שטרות כו' לא הוי כתפס ממון ויחלוקו הטעם מבואר לפי שאינו זוכה בתפיסתו דהא צריך כתיב' ומסיר' לכך אינו זוכה בשיעבוד שבתוכו וגם דיש כח למחול אבל אם נתן הלו' עצמו לבע"ח בכתיב' ומסיר' מהני וכמבואר מתשובת הרשב"א סי' תתק"ד ואע"פ דעדיין יש לו כח למחול מ"מ כיון דכבר זכה בו בכתיב' ומסיר'. א"כ הרי כאלו מכר לו ושוב אין הבע"ח אפי' המוקדם מצי מפיק מיני' דאם מכר מטלטלין אין הבע"ח טורף ושטרות הוי מטלטלין אא"כ שיעבד מטלטלי אג"ק אז טורף אפי' מכר שטרותיו דבשטרות ליכא תקנת השוק וא"כ בממרנ"י שלנו נרא' דמהני תפיס' דהא אינו צריך כתיב' ומסיר' וגם לא מהני מחילה אבל אם תפס הבע"ח בעצמו לא מהני תפיסתו כיון דכבר כתבנו בסי' ס"ד סק"א דממרנ"י שלנו נהי דכתיב' לא בעי הא מסיר' בעי כיון דאין גופן ממון ובמסיר' בעינן דעת אחרת מקנה אותו וכמבואר בסי' ס"ו סעיף ט' וא"כ כשתפס המלוה מעצמו לא מהני לי' תפיסתו כיון דליכא דעת אחרת מקנה אותו אא"כ מסר לו הלוה בעצמו אז מהני לי' בלא כתיבה בממרנ"י שלנו זה נרא' ברור:

סעיף ח

לא מקרי גבייי' אא"כ שמו בית דין המטלטלין כתב הב"ח וז"ל משמע להדיא מדבריו דאם נתנו המטלטלין ביד לוי בלא שומא לא מיקרי גבייי' דלא הוי בב"ד אלא כשעשו שומא בתחל' ואח"כ החליטוהו והחזיקוהו בהם אבל שומא בלא נתינ' ונתינ' בלא שומא לא מהני דאין זה נכון ע"כ ובסעיף י' כתב שם הב"ח דמפירות תלושין דפליגי ר' טרפון ור"ע בפ' הכותב ליכא למשמע מידי דכיון דפירות מסתמא דמיהן קצובין אין צריך לשום אותן ולענ"ד נרא' דבמטלטלין לא צריכא שומא והוא דאע"ג דגבי' בב"ד לא הוי אלא עפ"י שומא והחלט' אבל בזה לענין קדימה ותפיסה (אין) צריך שומא דבשלמא בקרקע אם לא נשום לאו כלום הוא אבל במטלטלין כיון דקי"ל בע"ח קונה משכון ומבואר בדברי הרמב"ם וש"ע סי' צ"ז סעיף ט"ז הממשכן את חבירו בב"ד או בזרוע או מדעת הלוה אין צריך להחזיר אלא כסות יום ביום ואינו נעשה מטלטלין אצל בניו ואין שביעית

משמטתו וא"כ בעל חוב קונה משכון אפי' תפס בידוע ולהכי מכי תפס למטלטלין הרי הוא קונה אותו למשכון ודידי' הוי כיון דקני לי' שיהא לו שיעבוד גמור כמו על קרקע דהא לשני הוי כמו מטלטלי ולזה הוי כמו קרקע וא"כ ודאי זוכה זה שתפס למשכון דשעבודו עלי' והרי הוא דומה למלוה ע"פ ומלוה בשטר דזכה בו מלוה בשטר לדעת הרי"ף כיון דמלוה ע"פ ליכא שעבוד ולמלוה בשטר נשתעבדו נכסין וה"נ נשתעבד המשכון לזה שתפס ואפי' לדעת הש"ע בסעיף י"ג דמלוה ע"פ קודם היינו היכא דאי' קדימה כגון בקרקעות ומשום שיעבודא דאורייתא ובמטלטלין דאין בו דין קדימה אם כן זה שתופס דקנה שעבודו והשני לא קנה שעבודו אלא מטעם מצות פריעת בע"ח ומיני' אבל זה שנשתעבד כבר לבע"ח הקונה משכון לא מצי מפיק מיניה ובהכי ניחא דברי הרא"ש שכתב בטור משמו על דברי הר"ר יונה שכתב ומיהו דוקא שגבה בבית דין כגון שהגבוהו ב"ד קודם שידעו שהי' שם חוב אחר אבל אם מעצמו גבה אפי' ע"י שומא דליכ' למימר מאן שם לך מה שגבה לא גבה וכת' א"א הרא"ש ז"ל נראין דבריו בקרקעי אבל במטלטלי מה שגבה גבה אפי' גבה מעצמו עכ"ל והיינו משום דמטלטלין אפי' בלא שומא ובלא נתינ' מב"ד הרי הוא קונה לאותו משכון עכ"פ להקדים שיעבודו עליו וכמ"ש אבל בקרקע דלא שייך בע"ח קונה משכון וכמ"ש תוס' בפ' איזהו נשך גבי האי משכנת' באתרא דמסלקי שביעית משמטתו וכתבו תוס' שם דלא שייך בע"ח קונה משכון אלא במטלטלין משום דולך תהי' צדק' דמיני' ילפינן בע"ח קונה משכון מיירי במטלטלין ולהכי כיון דבקרקע לא שייך תפס למשכון מש"ה בעינן גבי' ממש וגבי' לא הוי אלא ע"פ ב"ד אבל מעצמו לא מיקרי גבי' דמאן שם לך ומאן מגבה לך אבל במטלטלין אפי' לא הוי גבי' זוכה בתפיסתו למשכון ואחר שקנ' משכון ממילא שעבודו אלים נגד השני שאינו תופס בו למשכון וזה נכון וברור. ועמ"ש בסי' ק"ן סעיף ד'. ולפי"ז היכא דנשתעבד לשניהן שעבוד מטלטלין אג"ק בזה נרא' דהיכ' דשניהן שוין בזמנן דלא הוי תפיס' אלא אם כן הגבהו על פי ב"ד ובשומ' והחלט' דתפיס' למשכון לא תוסיף כחה לשעבוד טפי משעבודו של זה השני שיש לו נמי שעבוד עליה במטלטלי אג"ק אע"ג דאכתי משכון עדיף ושעבוד לענין קדושין שיכול לקדש במשכון ובשעבוד' אינו יכול לקדש מכל מקום כיון דמטלטלי דיתמי שניהם שוה וכבר נשתעבד לזה כמו לזה אם כן לא מצי קני לי' למשכון במטלטלין שנשתעבדו לזה וא"כ צריך גביות ב"ד דוקא ואפשר כיון דמשכון עדיפא לשביעית דאינו משמטתן וא"כ שעבוד של זה אלים וקנה לי' לגמרי נגד השני וצ"ע:

סעיף ט

הא דבמקרקעי שייך קדימ' כו' אבל אם קנאם ע' סמ"ע שהעלה דאם קנה ביני וביני לשני משתעבד לראשון לא משתעבד דלראשון הוי דאקני ולשני לא הוי דאקני ואם כתב לראשון דאקני משתעבד לראשון וע"ש. ובש"ך האריך בזה דכל מיניה אפי' לא כתב דאקני לתרוייהו משתעבד וחולקין אפי' כתב לא' דאקני ולשני לא כתב דאקני דמיני' א"צ דאקני אא"כ יצאו מרשותו כגון שמכרו לאחר דאז זוכ' בו לבדו מי שיש לו דאקני וע"ש ולענ"ד נרא' כסברת הסמ"ע דכיון דמי שיש לו דאקני הרי יש לו שעבוד בגוף הנכסים וזה שאין לו דאקני אין לו שעבוד על הנכסים אלא מיניה הוא דגבי' משום פריעת בע"ח מצו' ומתורת מלו' ע"פ וכמ"ש בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) דאי נימא דאקני לא משתעבד קשה ממתני' דנפל הבית עליו ועל מורישיו ומשני מצו' על היתומים לפרוע חובות אביהם ופריך מלוה ע"פ היא ורב ושמואל דאמרי תרוייהו מלו' ע"פ אינו גובי' מיורשין וא"כ מוכח דהיכ' דלית ליה דאקני אינו אלא מלו' ע"פ וא"כ לא מיבעי' למ"ד מלו' ע"פ מוקדם ומלו' בשטר מאוחר מלו' בשטר מאוחר גובי' כולו והוא דעת הרי"ף ודעימי' א"כ ה"נ וודאי גובי' זה שיש לו דאקני דהוי כמו מלו' בשטר נגד זה שאין לו דאקני אלא אפי' לדעת הש"ע בסעיף י"ג דמלו' ע"פ קודמת למלו' בשטר מאוחר היינו למ"ד שיעבודא דאורייתא ומלקוחות הוא דלא גביא משום פסידא ולגבי לוה בשטר אוקמוהו אדינ' של תורה דמלו' ע"פ קודם כיון דשיעבוד' דאוריית' ונשתעבדו הנכסים למלו' ע"פ קודם למלו' בשטר אבל דאקני מן התור' לא נשתעבדו כלל דלא אמרי' נכסוהי דבר אינש אינן ערבין בי' אלא אותן הנכסים שהיו בשע' הלווא' ולא אותן שקנ' אח"כ ואינו אלא מד"ס וזה כשכתב לו דאקני וזה דאין לו דאקני ומיניה לא בתורת שיעבודא דאוריית' שקיל אלא חיובא הוא דרמיא משום מצו' כמו למ"ד שיעבוד' לאו דאוריית' דמיני' גבי' בע"כ משום מצו' וכיון דלזה נשתעבדו הנכסים שקנ' אח"כ איך מצי למעבד מצו' בממונו של אחרים. וא"כ דברי הסמ"ע נכונים וכן העלה הבדק הבית דמי שיש לו שעבוד דאקני הוא קודם לשני שאין לו דאקני וה"ה היכא דקנה ביני וביני ולשניהן אין להם דאקני השני קדים דלשני נשתעבדו הנכסים דלא הוי דאקני ואפי' במלו' ע"פ דשיעבוד' דאורייתא להש"ע בסעיף י"ג דבמלו' ע"פ נמי אין דין קדימ' ולראשון דהוי דאקני אין לו דין שעבוד כלל לא מדאורייתא ולא מדרבנן וכמ"ש ואינו אלא משום מצו' כדאיתא בפ' הכותב למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ואין כופין לזה שיקיים מצותו בשעבודו של חבירו ובתומים כתב דכיון דשעבודא דאורייתא א"כ אפי' קנה אח"כ בעת הקנין חל השיעבוד והביא ראי' מדברי תוס' בכורות פ' יש בכור בשמעת' בנו לפדות כתבו להדיא אם קנה אחר

שחל פדיונו מ"מ לא שייך דאקני דתיכף כשקנה חל שעבוד פדיון בן דכמלו' בשטר דמי וכו' וש"ד תיכף חל בעת שקנ' ודברים הללו הם דברי התוס' הנ"ל ע"ש. ואין זה ענין דומה לדברי תו' שם והוא דשם כתבו לענין פדיון הבן דכל שעתא ושעתא רכיב עליה חיובא ומעת שנעש' בן י"ג חל עליו החיוב לפדותו וכן לעולם חל עליו החיוב לפדותו והוי כהלו' וחזר והלו' וא"כ גם אחר שקנ' חזר והלו' משא"כ בחוב לא נתחייב אלא בשע' שלקח המעות או בשע' שחתם על השט"ח ואח"כ מחויב לפרוע מה שנתחייב אז בשע' שנתחייב ומה שקנה אחר שעה שנתחייב הוי דאקני ואינו משועבד כלל מן התור' וכמ"ש בסי' קי"ב ס"ק א' ועמ"ש בסי' מ"ג סק"ד ובסי' ס"ו ס"ב:

סעיף י

וכל הקודם וגבה זכה אפילו הוא אחרון. ע' בטור שכת' בשם הר"ר יונה דוקא כשגב' ע"פ ב"ד אבל אי מעצמו גבה אפי' ע"י שומא דליכא למימר מאן שם לך מה שגבה לא גבה וכתב א"א הרא"ש ז"ל נראין הדברים במקרקע אבל במטלטלין מה שגבה גבה אפי' במטלטלין וע' ב"י שכתב דרבינו ירוחם כתב בשם הרמ"ה דבכל ענין מה שגבה גבה ומלשון זה שהעתקתי יתבאר דאפי' שלא בב"ד נמי וכן נרא' פשוט דברי הרמב"ם והרי"ף שסתמו ולא חילקו וכתב הה"מ שהרשב"א הסכים לדברי הרמב"ם והשתא כיון דכל הני רבוותא קיימא בחדא שיטה קי"ל כוותייהו ודלא כמ"ש הנ"י בר"פ י"נ בשם קצת מפרשים דאי תפס טפי מפלגא מפקינן מיניה עכ"ל ובש"ך כתב דהנימוקי מיירי כשתפס שלא מדעת הלו' וכל הפוסקים מודו לזה דלשון מה שגבה גבה משמע או שהגבהו ב"ד או שהגבהו הלו' עצמו והכי קי"ל בכל דוכתי דתפיס' לא מהני בקרקע ותדע דאל"כ איך יתרצו הפוסקים הא דאמרי' בש"ס דבע"ח גובה חצי שבח מהלוקח וראי' זה הביא הרא"ש פרק הכותב בשם הר"ר יונה אלא ודאי שאני התם שהלוקח מוחזק בשבח שלא ע"פ ב"ד ולא ע"פ מוכר שהרי המוכר לא שם ליה השבח עכ"ל. ואכתי תיקשי כיון דמדעת הלו' מהני א"כ הלוקח נמי הוי מוחזק ע"פ המוכר דהוא קנה הקרקע עם כל השבח שישביח מן המוכר והבע"ח שיש לו חלק בשבח אינו אלא משום שעשו אותו כאלו חזר וקנה השבח מן הלוקח וחזר ומכרו לו וכמ"ש הטור בסי' קט"ו וא"כ הרי הוא בא לו מן המוכר גם מ"ש הש"ך דע"פ הלו' מהני לא ראינו זה מפורש בפוסקים ומדברי הר"ר יונה מבואר דוקא ע"פ ב"ד וכ"כ הרא"ש פ' הכותב בשם הר"ר יונה אע"פ שהלוקח מוחזק בשבחו כיון שבא לידו שלא בכח ב"ד ע"ש ונהי דבמטלטלין ודאי מהני ע"פ הלו' היינו דוקא במטלטלין אבל בקרקע לעולם לא מהני אלא ע"פ ב"ד ואלו הי' מהני ע"פ הלו' הוי הטור כתב ע"פ ב"ד או ע"פ הלו' ובעיקר הקושיא לדעת הרמ"ה דס"ל בכל

ענין מה שגבה גבה וא"כ היכא בע"ח גובה חצי שבח נרא' דלוקח לא חשיב מוחזק כלל דהא דעת הראב"ד והרמב"ן דאם אין הקרקע שוה כל חובו אין הלוקח יכול לסלקו בזוזי כפי שיעור דהב"ח מצי אמר לדידי שוה כל חובי וכן הוא בש"ע סי' קט"ו ע"ש וא"כ הלוקח לא מצי שקיל בגוף הקרקע שיעור שבח אלא הב"ח נוטל כל הקרקע ויהיב ליה דמי שיעור שבח וכדאמרי' פ' הגוזל קמא ג' שמין להם את השבח בע"ח ולקוחות ע"ש ואע"ג דמוקי לה התם בעשאו אפותקי היינו היכא דחובו כשיעור ארע' לחוד מצי הלוקח לסלקו בזוזי וכדאי' התם אבל כי מסיק שיעור ארעא ושבח' אין הלוקח מצי סלוקי ליה בזוזי דאומר לדידי שוה כל חובי וא"כ כיון דנוטל הב"ח כל הקרקע ויהיב ליה ללוקח דמי' כפי שיעור שבחא תו לא הוי הלוקח מוחזק דהא ארעא לגובייני' קאי וכמ"ש בפ' המקבל גבי יתומים אומרים אנו השבחנו ולא אמרו מה שגבה גבה אלא היכא דיש לו זכות בגוף הקרקע אבל בשבח שביד הלוקח אין הלוקח מוחזק דהא צריך להחזירו ליד בע"ח ואין לו אלא דמים אלא כיון דעכשיו אכתי אין המלו' מוחזק ואין זה מחמת ספק דנימ' ביה ארעא לגובייני' קיימ' כההי' דיתומים אומרים אנו השבחנו דהוי המלו' מוחזק משום דהוי מלתא דספיק' אבל זה לאו מלת' דספיק' מש"ה אין המלו' נוטל רק חצי שבח כיון דלאו תפיס הוא והלוקח נוטל חצי ולא מצי תפיס לכולה שבח דכיון דצריך לחזור הקרקע ואינו נוטל אלא דמי חצי שבח ודו"ק. וע' בנ"י שכת' בפ' מי שמת במלו' ולוה דאמרינן יחלוקו ואם קדם ותפס אפי' הראשון טפי מפלג' מפקינן מיניה ע"כ וקשה דאי משום ספיק' א"כ בע"ח יטול כל השבח כיון דארעא לגובייני' קאי וכמ"ש והוי דינ' דיתומים אמרו אנו השבחנו דהוי המלו' מוחזק ועוד ק' דאי משום ספיק' דקמא לחוד הוא א"כ אמאי יחלוקו בשוה יטול קמא ג' חלקים והאחרון רביע כיון דאין הספק אלא במחציתו והוי כדינ' דזה אומר כולה שלי וז"א חצי שלי וצ"ע. ולכן יראי' דהך חלוקה לאו מחמת ספיקא אלא דינא הכי הוי דדאקני לתרווייהו משתעבד ומ"ה לא הוי המלו' מוחזק כיון דלאו מחמת ספיק' הוא והא דמהני תפיס' כיון דלתרווייהו משתעבד בשוה בשלמא במטלטלין לאו בני שעבוד וחזיי' כולה להאי וכולה להאי מש"ה מהני תפיס' אבל בקרקע דבת שעבוד ולתרווייהו משתעבד היכי תופס שעבודו של חבירו היינו כמ"ש הה"מ פ"ב ממלו' אבל הקרקעות שקנה אח"כ כולן שוין וכל שקדם וזכה זכה וכת' הה"מ ז"ל ז"א מבואר בגמ' בביאור אבל נרא' בטעמו שלא אמרו אלא בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה אבל בשוין כיון ששעבוד שניהן שוה דברי הכל מה שגבה גבה:

סעיף יא

וכתב לו מה שאני עתיד ואם לוה ולוה ולאחד כתב דאקני ולאחד לא כתב ואח"כ קנה והם ביד הלו' בני חורין דעת הב"י והב"ח דלאותו שיש דאקני הוא משתעבד והש"ך השיג ודעתו דיחלוקו וע"ש שכתב בהא דמלו' כל השבח גובה היכא דכתב דאקני וללוקח לא כתב משום דכיון דמכרו ללוקח הרי הוא משועבדים ומש"ה אין ללוקח רק למלו' ובתומים מיאן בדברי הש"ך וכתב דאין הדעת נותן שאם הי' ביד הלו' היה הלוקח נוטלו ועכשיו שהוא בידו לא יטול וע"ש שכתב דהחוב אינו חל על המוכר כי אם מיום הטריפ' ואילך לא מקודם רק שעבוד נכסיו מניסן שיהי' משועבדים למה שיתחייב לזמן טריפה בתשרי ודבר זה יכול לעשות לשעבד היום נכסיו למה שיהי' חייב לאחר זמן ע"ש מ"ש בזה ולא צהיר ולא נהיר דודאי כל שלא נתחייב גופו נכסיו נמי לא משתעבדי וכמ"ש הרא"ש פ"ק דקידושין גבי מנה אין כאן משכון אין כאן דאין אדם יכול לשעבד נכסים אם גופו לא נתחייב וא"כ השת' ודאי לא מצי משעבד לחוב שיתחייב אח"כ כיון דהשת' גופ' לא נתחייב א"כ נכסיו נמי לא מצי משעבד רגע אחד בלי חיוב גופו ומ"ש רש"י בכתובות דף י"ט וזה שעבד נכסיו מעכשיו אפי' ילוה לאחר זמן דלא מוקדם הוא לטרוף שלא כדין ע"ש התם הוי חיוב הגוף נמי במעכשיו אם ילוה לו אח"כ ישתעבד גופו ונכסיו מעכשיו אבל להשתעבד נכסיו למה שיתחייב גופו אח"כ והחיוב גופו לא יחול עכשיו רק שיעבוד נכסיו זה א"א דמנה אין כאן משכון אין כאן וכמ"ש הרא"ש פ"ק דקידושין ואפי' אם ירצ' לשעבד נכסיו היום לכשיתחייב נמי לא מהני דהוי דשבל"ע וכמו שהקשו תוס' ר"פ נערה דהיכי מהני יחוד כלי בקנס הא הוי דשבל"ע ועמ"ש בסי' קי"ב סק"א אלא ודאי כיון שמשתעבד נכסיו לאחריות הלוקח צריך הוא נמי לחייב עצמו באחריות הלוקח מעכשיו וז"ב ולא יחלוק על זה כל הישר הולך:

סעיף יב

הקודם לגבות זכה ע' בתשובת מוהרשד"ם חלק אה"ע סי' קמ"ג באחד שהי' חייב לבנו והי' עליו ג"כ בע"ח אחרים ומת ונפלו הנכסים לפני בנו שהוא יורשו דפסק שם שהיורשים יש להם דין בע"ח שקדם וגבה אפי' בקרקעות כיון שהנכסים בחזקתן ואפי' אינו עושה שום תפיסה בפועל אלא מכח היותו יורש מוציא מנכסי מורישו ודוחה הבע"ח ותופס לעצמו ע"ש ובמוהרי"ט חלק ח"מ סי' י' שם סותר דברי מוהרשד"ם ע"ש וכן נרא' לענ"ד כדברי מוהרי"ט מדברי הר"ר יונה שכ' דתפיס' לא מהני בקרקע אלא דוקא מה שגבה ע"פ ב"ד מהא דבע"ח גובה חצי שבח ואע"ג דהלוקח מוחזק ותפוס

בשבח והוא ברא"ש פ' הכותב והא הלוקח נמי הנכסים בחזקתו שקנה אותן ולא גרע מיורש ואפ"ה לא הוי מוחזק ואפי' הלוקח שהוא תפוס א"כ ה"ה יורש וז"ב:

סעיף יג

זכה בין מקרקע ע' ש"ך שהקש' בדברי הש"ע שכ' בשטרות שזמנם ביום אחד ליכא דין קדימ' דהא הר"ן כתבו למאי דס"ל מלוה ע"פ ליכא דין קדימ' והש"ע שכ' בסעיף י"ג דאפי' במלוה ע"פ איכא דין קדימה א"כ איך פסק כאן דחולקין והניח בצ"ע ואין כאן קושיא דהא הך דינא דש"ע היא משנה ערוכ' פ' מי שהי' נשוי דף צ"ג היו כולם יוצאות בשעה אחת ואין שם אלא מנה אחת חולקת בשוה. אלא דהר"ן שם כתב על דברי הרי"ף שכתב לחלק בין שטרי הודאות והלואות לשטרי מתנה דסובר שמואל שודא ובשטרי הלוא' ודאי מודה שמואל דיחלוקו וכדינא דמתני' וכתב בטעמו לפי דשטרי הלוא' אפי' לוה מזה תחל' אין שעבוד השטר חל אלא משעה שמוכח מתוכו וכו' וכ"כ תו' דף צ"ד שם ד"ה שני שטרות לחלק בין שעבוד למתנה דשעבוד אינו חל אלא מאותו שעה שמוכח מתוכו ויד כולם שוה אבל נרא' דזה הוא מר"י שם ע"ש אבל תוספות בשם ר"ת כתבו בענין אחר והוא דהיכא דאיכא למימר דאתרמי לאותו שזכה קודם אמרינן שודא ושני בע"ח ביום אחד או שתי כתובות ביום א' כ"ע מודי דיחלוקו דחשו רבנן להפסד בע"ח משום נעילת דלת ולכתובות אשה משום חינא אבל בלקוחות או במתנ' עביד שודא היכא דאיכא למימר חד מנייהו קדים והאחר שקר עכ"ל ומדברי ר"ת נלמד דגם בשטרי הלואות יכול להיות דחד מנייהו קדים ומשום דס"ל נמי דאפי' במלוה ע"פ שייך דין קדימה או אפשר דס"ל לא מוכח מתוך השטר לא גרע משטר שאין בו זמן דגובה אם ידוע מאימתי מטא לידי' וכמבואר בסי' מ"ג ואפ"ה לא אמרינן שודא משום נעילת דלת שלא יפסיד הכל וגבי כתוב' משום חינא והיינו נמי טעמא דש"ע וא"כ ל"ק. עוד נלפמ"ש בר"ן פ' הכותב גבי נכסי לטובי' דבתוספתא תני האומר תנו מאתים זוז ליוסף בן שמעון אין דורשין לשון הדיוט לזה אוהב יותר אלא שניהם חולקים דמיירי בחוב ובפקדון ולפיכך אין מקום לאומדנא שלזה אוהב יותר שאדם מצוי לקבל פקדון או אפי' הלואה גם ממי שאינו אוהב ע"ש א"כ ה"נ לא שייך שודא כיון דליכא אומדנא מיהו ר"ת לשיטתי דסובר דשודא תלי ברצון הדיין ולא באומדנא א"כ הוצרך לחלק משום נעילת דלת. ועש"ך בסי' רנ"ג שהק' על הרמ"א במ"ש באומר שחייב לטובי' דחולקין משום דליכא אומדנא והקש' לדעת ר"ת שאומר דשוד' תלי ברצון הדיין א"כ אין לחלק וע"ש שהעלה דגם באומר שחייב לפ' אמרינן שודא ע"ש ולק"מ דהא לר"ת נמי דינא שיחלוקו באומר שחייב לטובי' ואינו יודע איזו ומשום נעילת דלת יהי' פסידא לבע"ח וכמ"ש ר"ת

במתני' דהיו ביום א' דחולקין. ואין לחלק בין שיטת ר"ת לשיטת רש"י אלא בפקדון באומר שיש לו פקדון מטובי' דלשיטת רש"י דתליא באומדנ' אם כן בפקדון דלא שייך אומדנא אמרינן חולקין ולשיטת ר"ת דאינו תלי באומדנא גם בפקדון אמרינן שודא מיהו הרמ"א בסי' רנ"ג סעיף כ"ט לא כתב אלא באומר שחייב ובזה לכ"ע לא אמרינן שודא לשיטת רש"י והר"ן משום דליכא אומדנא ולשטת ר"ת דלא יהי' פסיד' לבע"ח ואולי מה"ט השמיט הרמ"א בסי' רנ"ג דין פקדון וכתבו באומר שחייב אע"ג דהר"ן כתבו גם בפקדון משום דבפקדון לא אמרינן שודא לדעת ר"ת והרמ"א רוצה להשמיענו אליבי' דכ"ע וז"ב ודו"ק:

סעיף יד

נוטלין מאה מאה. וע' ב"ח בסי' צ"ו שכ' במוכר סחורה בהקפה והסחור' בעין דהוא קודם לגבות מסחור' שלו מכל הבע"ח וע"ש והבאתי דבריו לעיל בסי' צ"ו ע"ש ולכאורה קשה מהא דאמרינן בע"ח גובה חצי שבח וכתב שם בנימוקי פ"ק דמציעא ופ' מי שמת דקיי"ל בע"ח גובה חצי שבח משום דה"ל לוה ולוה וקנה ומכר דיחלוקו וה"ל כקנה ומכר אע"פ שלא קנה המוכר מעולם את השבח אלא דבשביל כתיבת אחריות שכותב לו אנא איקום ואשפי אינון ועמליהון ושבחיהן ה"ל כאלו חזר הלוקח ומכרו להמוכר והמוכר חזר ומכרו ללוקח וכ"כ הטור בסי' קט"ו ע"ש וכיון דהך שבחא דלוקח אלא דאנן דיינינן לי' כאלו קנה המוכר אחר שמכר לו את השדה הוי כאלו קנה את השבח א"כ הסחור' של הלוקח עדיין בעין דהא שבחא דלוקח אלא דהוי כאלו מכרו ולו יהא דמכרו הוא קודם וכ"נ כדברי הנימוקי בטור וברשב"ם ובאחרונים וא"כ משמע מדבריהם דאפי' בסחור' בעין חולקין. ואפשר ליישב דברי הב"ח לפי שיטתו בריש סי' קט"ו דהא דהלוקח נוטל חצי שבח לאו בשביל אחריות שבחו דכיון דאין השבח גובה מנכסים משועבדים אין מוציאין לשבח קרקעות מנכסים משועבדים ואינו גוב' אלא המלו' אלא בשביל אחריות קרנו ע"ש ואם כן באחריות קרנו השבח הוא סחור' אחרת ומש"ה שניהם חולקין ודו"ק:

סעיף טו

אין בע"ח נוטל בראוי ועוד טעם אחר אמרו בש"ס פ"ק מי שמת משום דמצי אמר אנא מאבוה דאבא קא אתינ' ובש"ך כתב אי לאו דמסתפינ' הייתי מכריע דבע"ח נוטל בראוי כיון דבפ' י"נ דף קכ"ג מוכח כולה סוגי' דשבח הוי ראוי וקיי"ל דבע"ח גוב' את השבח כו' ואף שיש לדחוק ולחלק בין שבח לראוי מה לנו להמצי' סברות קלושות לחלק וע"ש אבל ההבדל שבין שבח לראוי מבואר דהא שבח שהשביח בחיי מוכר אין זה ראוי ושבח שהשביח לאחר מיתת המוכר באמת דעת הנימוקי דאינו גוב' וכמ"ש הרמ"א בסי' קט"ו

ועיין בנ"י פ' מי שמת ז"ל גרסינן בגמ' שלחו מתם בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת הבן בחיי האב ואח"כ מת האב הבן מוצי' מיד הלקוחות וזו היא שק' בדיני ממונות דאבוהון מזבין ואיהו מפיק הבן מוציא מיד הלקוחות משום דמצי למימר אנא מכח אבוה דאבא קא אתינ' דאלו אבא מעולם לא זכה בנכסים אלו ואין אדם מקנה מה שלא בא לעולם לידו ומ"מ ק' הא בדיני ממונות שיוציא מידם בלא דמים שהרי אלו הי' אביו קיים ורוצ' לחזור בו הי' צריך לחזור הדמים וזה שבא במקומו וקם תחתיו הי' נרא' שיהי' חייב לעשות כן אלא שכ"פ במערב' שמכח אבא דאבא קא אתי והכי הלכת' עכ"ל ודבריו צריכין ביאור כי נרא' דהרכיב שני טעמים יחד דמאחר שכתב טעמא דאתי מאבא דאבא תו לא הי' צריך למימר דהוי דשלב"ל ואין אדם מקנה מה שלא בא לעולם לידו. והנרא' לי בזה והוא דטעמ' דמכח אבוהו דאבא קא אתי לכאור' תיקשי דודאי הבן מצי לירש אבוה דאב' וכדמייתי קרא דתחת אבותיך יהיו בניך אך מ"מ הבן קודם בירושת אביו מבן הבן וא"כ יאמר הבע"ח אלא מכח אביך קא אתי דכיון שאביך קודם בירוש' והוא יורש ואנא בא מכחו שחייב לי דמי' ובודאי יורש אביו בקבר ואנ' מיני' קא אתינ'. ולכן נרא' דמדינ' אין הבע"ח נוטל בראוי ומשום דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר' מאיר ולר' מאיר נמי אפי' נכסי' שנפלו כשהוא גוסס אין אדם מקנ' כיון דלא באו לידו וכדאי' פ' עשר' יוחסין דפריך לר' מאיר יכיר ל"ל ומשני בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס וע"ש ברש"י כיון דלא בר הנאה הוא כשהוא גוסס ע"ש ומכ"ש בנכסים שנפלו לאחר מיתה אלא טעמא דבע"ח נוטל בראוי נרא' משום דס"ל דקנה והוריש לא בעי דאקני וכדאמרי' פ' מי שמת דאפי' נימא דאקני לא משתעבד מצו' על היתומים לפרוע חובת אביהם וכן הוא בש"ע סי' ק"ז דקנה והוריש לא בעי דאקני ע"ש ומש"ה כיון דאינו אלא משום מצו' לפרוע חובת אביהם א"כ מצי אמר אנא מכח אבוה דאבא קא אתינ' ואין עלי מוטל לפרוע חובות אבא כיון דמצינ' לזכות בלא אבי אלא מכח אבוה דאב' ולא אמרינן מצו' על היתומים לפרוע חובת מורישיהן אלא היכ' דאינו בא אלא מכח מורישו החייב אבל זה אומר מאבא דאב' קא אתינ' ודו"ק ומש"ה הוצרך להרכיב שני הטעמים יחד. ובזה יתישב גם דברי הטור שכתב כאן טעמ' דאין בע"ח נוטל בראוי ובסי' רי"א גבי בן שמכר בנכסי אביו כ' טעמ' דמצי אמר מכח אבוה דאב' קא אתי ולפי מ"ש ניח' דשני טעמים יחד צריכין לפי דבע"ח אינו נוטל בראוי היינו דלא משעבד ליה וכמ"ש כיון דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר' מאיר דמה"ט כתבו הפוסקים דיכול לחזור קודם שבא לעולם וכדאי' בסי' קי"ב אלא דמצו' הוי לפרוע וכמ"ש לזה כתב מכח אבוה דאבא ואין עליו מכח מצוה ודו"ק) (אמנם היכ' דנפל הבית עליו ועל אביו ותפס מלו' מפקינין מיניה

דהא משנה ערוכה שנינו נפל הבית עליו ועל אביו בפ' מי שמת ומשמע דאינו גובה וע"כ הטעם או משום דאין בע"ח נוטל בראוי או משום דתחת אבותיך יהיו בניך דא"כ לא מצי מלו' לומר קים לי דבע"ח נוטל בראוי וקים לי דלא אמרינן תחת אבותיך יהיו בניך דא"כ הרי הוא חולק על המשנ' וזה פשוט וברור אלא שראיתי במשנ' למלך פ"ה מנחלות שהבי' בשם מוהר"מ ח"א סי' צ"ט דיכול בע"ח לומר תרי קים לי דבע"ח נוטל בראוי וגם קים לי דלא אמרינן תחת אבותיך יהיו בניך ע"ש והוא דבר בלתי אפשר בדין המפורש במשנ' אלא שנאמרו בו שני טעמים ולומר קים לי להאי טעמי ליתיה דאם כן המשנ' איך תפרנס וע"ש במשנ' למלך דהבא בספק תקנ' לא מהני תפיס' ועליו להבי' ראי' ודו"ק:

סימן קה

סעיף א

ואפי' עשאו שליח וז"ל רש"י בפ"ק דמציע' הו' תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים כאדם הבא מאליו ותופס ממון חבירו בשביל חוב שיש לאחר עליו ובא לקדם עד שלא יתפסנו בע"ח אחר ונמצ' תופס זה לא קנה כדאמ' בכתובות דלאו כל כמיני' להיות קופץ וחב לאלו מאחר שלא עשאו אותו הנוש' שליח לתפוס ע"כ אבל כבר הקשו תו' והמפרשים מפ' הכותב גבי עובד' דיימר בר חשו וע' בתוס' פ"ק דף י"א וז"ל התופס לבע"ח אפי' עשאו שליח כו' דלא כפירש"י דפי' בפ"ק ב"מ דבעשאו שליח לכ"ע קנה דאין חילוק דאפי' לא עשאו שליח שלוחו הוא דזכי' מטעם שליחות הוא כדמוכח בפ"ק דמציע' ובפ' אין בין המודר עכ"ל. אמנם התוס' לשיטתם דסברי דזכי' מדין שליחות וכ"כ בפ"ק דכתובות דף י"א וז"ל דזכי' מדין שליחות הוא דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דעביד ליה שליח וכ"כ ברא"ש פ"ק דגיטין: אמנם כבר נתקשיתי בזה דאיך נימא זכי' מדין שליחות דהא בפ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ב) בפלוגת' דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת דרבא סבר כיון דכי ידע מיאש השת' נמי הוי יאוש ואביי סבר השת' מיהו לא ידע ואמרינן עלה ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומ' הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם שלא ברשות אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומ' ואם לאו תרומתו תרומ' ומנין הוא יודע אם חושש משום גזל ואם לאו הרי שבא בעה"ב ומצאו ואמר לו כלך אצל יפות אם נמצ' יפות מהן תרומתו תרומ' ואם לאו אין תרומתו תרומ' וכי נמצאו יפות מהן תרומתו תרומ' אמאי בעידנ' דתרם הא לא הוי ידע תרגמ' רבא אליב' דאביי בעשאו שליח ומוכח דלאביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש שליחות

שלא מדעת נמי לא הוי שליח אע"ג דלכי ידע ניח' ליה מ"מ השת' מיהו לא ידע ולכן נרא' דאפשר דזה דעת כמה ראשונים שאמרו דזכי' מתורת יד אמרו ולא מתורת שליחות ואפי' למ"ד דזכי' מתורת שליחות לאו משום אנן סהדי דעשאו שליח אלא דגזירת הכתוב שיהא הזוכ' לאחר מהני כדיליף מאיש זוכה אבל הך זכיה לא הוי כיד ממש אלא כמו שליחות אבל לא משום אנן סהדי דעשאו שליח ונפק' מינה לענין נכרי דלא יהי' בתורת זכי' כיון דזכי' אינו אלא מתורת שליחות אבל לעולם לאו מתורת אנן סהדי הוי כמו השליח המקבל אלא דכן גזירת הכתוב דאע"ג דלא עשאו מקבל שליח דהא לא ידע מהני מדין זכיה וכבר הארכנו בזה בסי' רמ"ב סעיף י"ח ע"ש ולפי"ז ניח' דהיכא דלא עשאו שליח דלא הוי שליח המקבל דהא לא ידע אלא מצד גזירת הכתוב בזכי' דמהני כמו עשאו שליח וא"כ היכ' דחב לאחרים אין זה נקר' זכי' ממש דזוכה לזה וחב לזה לכן לא מקני מדין זכי' ומדין שליחות ליכ' דלא ידע אבל עשאו שליח בפירוש נהי דלא מהני מצד זכי' מהני עכ"פ מתורת שליחות ושליח של אדם כמותו אע"ג דחב לדידי' וכ"ש בחב לאחרים ודו"ק. ובזה יש מקום לתרץ מה שהקש' הרא"ש בפ"ק דב"מ על דעת רש"י וק"ל ובחדושי פ"י בפ' הכותב כת' בטעמ' דלא מהני שליח היכ' דחב לאחרים משום דאין שליח לדבר עביר' וכיון דחב לאחרים עבירה הוי לגבי' ע"ש וסברתו לא נהיר' וגם אפי' אם הי' עושה שליח עביר' בשליחותו כיון דלמשלח אינו עביר' אינו ענין שליח לדבר עביר' דלא אמרי' אין שליח לדבר עביר' אלא בכהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה דעביר' הוא למשלח וראי' לזה מדברי התוס' בפ"ק דגיטין דף י"ב גבי פלוגת' דר"א ורבנן במי שליקט את הפיאה ואמר זו לפ' עני דר"א אמר זכה וחכ"א יתננה לעני הנמצ' ראשון ואמרי' שם בטעמי' דרבנן משום דכתיב לא תלקט לעני לא תלקוט לעני והקשו בתוס' למ"ד בפ"ק דתמור' כל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני א"כ ליקני העני וע"ש. ואע"ג דהשליח עבר אמימרא דרחמנ' וא"כ נימא אשלד"ע אלא ודאי היכא דאין העביר' למשלח אלא לשליח בענין כזה הוי שליחות וז"ב:

סעיף ב

מיגו דזכי לנפשיה ע' ב"י וסמ"ע וש"ך היכ' שתופס יותר מכדי חובו ולענ"ד נרא' כדברי הב"י דאפי' בתופס יותר מכדי חובו אמרי' מיגו דזכי לנפשי' דהא בשליח לדבר עביר' דודאי לא הוי שליח ואפ"ה בשותפין שגנבו היכ' דגנב אדעתיה דידי' ואדעתי' דחברי' מהני משום מגו דזכה לנפשי' בחציו זכה נמי לחברי' אפי' במקום דליכ' שליחות כגון בגניב' דהוי דבר עביר' וכמבואר להדיא בפ"ק דמציע' דף ד' וע"ש ברש"י וא"כ כיון דאי הוי תפיס אדעתי' דידיה ואדעתי' דחברי' הוי מועיל אפי' ביתר מכדי חובו משום מגו

דזכי לנפשי' זכה נמי לחברי' דמהני אפי' בדבר עביר' וכ"ש בזה א"כ אפי' תופס כולו אדעתי' דחברי' אמרינן תרי מגו ודו"ק ועמ"ש בסי' שמ"ח סעיף ח' מיהו היכא דתופס כולו אדעתי' דחברי' אפשר דלא אמרינן תרי מגו דהא קי"ל כרבנן גבי מי שליקט את הפיאה ואמר הרי זו לפ' עני דסברי רבנן דיתננה לעני הנמצא ראשון וא"כ מעשר לעני הוא דהא מעני לעני אמרי' מגו דזכי לנפשי' ואם כן ע"כ תרי מגו לא אמרי' מיהו הב"י מיירי דזוכ' אדעתי' ואדעתי' דחברי' וצ"ע:

סעיף ג

אם הלו' אמר לאדם א' זכה כו' והוא מדברי הרמב"ם בפ"ק ממלו' וז"ל הרב המגיד שם כבר נתבאר בפ' י"ז שאם הי' ראובן חייב לשמעון מנה ואמר ללוי הילך לשמעון מנה זה שאני חייב לו שאם בא ראובן לחזור אינו חוזר אלמ' זכה לו וכיון שהוא אינו יכול לחזור בו ודאי אין שאר בע"ח יכולין לגבות ממנו וכן מבואר בפ"ק דגיטין דף י"א גבי הא דתופס לבע"ח דכל היכא דלו' אמר תנו נותנין עכ"ל והנה בראי' ראשונ' לא נודע כלל דהתם לא חב לאחריני וכבר הרגיש בו הלחם משנה וכת' דראי' אחרונ' היא הנכונ' דהתם הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים והיכא דאמר תנו מהני ועיקר ראייתו מן השנייה וראשונ' עשה סניף לה עכ"ל. ובעניותי גם ראי' אחרונ' איני מכיר וז"ל הש"ס בפ"ק דגיטין דף י"א ש"מ מדרבנן התופס לבע"ח קנה ואפי' במקום דחב לאחרים ופירש"י דתופס השטר וחב לבעלים אמר ר' יוחנן התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה וא"ת משנתינו כל האומר תנו כאומר זכי דמי והתם ודאי כיון שאינו חב אלא לבעלים והבעלים בעצמם אומרים זכה ורצו בדבר ודאי אין זה חב וגם בתופס לבע"ח אם הבע"ח אומרים זכה בשביל זה ודאי זכה אבל היכא דהלו' אומר זכה וחב לבע"ח זה לא שמענו. וגם בב"ח ראיתי שכ' על דברי הטור שכ' ואם הלוה אומר זכה בחפץ זה וז"ל מימרא דר"י בפ"ק דגיטין עכ"ל ומן התימ' שלא ביאר הראי' ואנו בעניותינו אין לנו לפרש. וגם בעיקר טעמ' דהך מילתא צריך ביאור מה בכך שהלוה אומר זכה הא מ"מ חב לבע"ח. ונראה דהרמב"ם מסברא אומר כן דהיכ' דאינו זוכה אלא בשביל חובו אז אמרינן כיון דאיכא עוד בע"ח וחב לאחריני הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים אבל הלוה בעצמו דיכול ליתן את המטלטלין לכל מי שרוצה דמטלטלין לאו בני שיעבוד נינהו ולכן בדידי' קיימא שהוא יכול ליתן את שלו במתנה למי שרוצ' ואפי' ע"י זכי' ואין זה חב לאחרים דרשאי לעשות בשלו מה שרוצה וראי' לזה נראה מסוף פ' כל הגט המלו' מעות את הכהן ואת הלוי להיות מפריש עליהן מחלקן ופריך הש"ס אע"ג דלא אתי לידי' אמר רב במכירי כהונה ושמואל אמר במזכה להן ע"י אחר וכ"כ הרמב"ם בפ"ז מה' מעשר והתם ג"כ חב

לאחריני דהא טובת הנאה אינו ממון ואם תפס כהן מכהני עלמא לא מפקינן מיני' אע"כ כיון דהתור' נתנה רשות לבעלים כזה שיתנו לכל כהן שירצ' לכן בדידהו קיימא לזכות שירצה אפי' ע"י אחר וא"כ ה"ה בלוה דהתור' נתנה לו רשות ליתן את חפציו לכל מי שרוצ' לכן מזכה נמי ע"י אחר ואפי' למי שאינו חייב לו כלל ומכ"ש לבעל חוב שלו ודו"ק ולולי דמסתפינ' הייתי אומר דגם רש"י שכ' גבי תופס לבע"ח כיון שלא עשאו הנוש' שליח לאו על המלו' קאמר אלא על הלוה הוא דאמר דמלת נושה הוא שם משותף ללוה ולמלוה וע' בטעמי המצות להרב מו' מנחם הבבלי מצוה מ' בהג"ה וז"ל נושה נקרא לוה ומלו' כמו סוחר מוכר וקונה עכ"ל. וע' בתשו' הרא"ש שהובא בטור סי' ס"ה מדין שטר שנאבד ושם ג"כ הרא"ש מכנה להלו' בשם נושה ע' שם ובזה ודאי אם הלו' עשאו שליח מהני וכמ"ש אבל אם המלו' עשאו שליח גם רש"י מודה דלא מהני ולהכי ניחא דרש"י לא כ' הך דינא דעשאו שליח במגבי' מציאה לחבירו דאם עשאו שליח דמהני וגם דברי רש"י בפרק מרוב' מודה בפי' דלא מהני אם המלו' עשאו שליח גבי לא כתבינן אורכת' אמטלטלין דכפרי ע"ש ברש"י אלא הכא כיון רש"י דהנושה לא עשאו שליח היינו הלוה וראיתי במהרש"א פרק הכותב גבי יימר בר חשו דהוכיחו תוס' דאפי' שליח לא מהני ורצה ליישב דברי רש"י דגבי בע"ת כיון דלא שייך מגו דזכה לנפשי' לא מהני שליח אבל במגבי' מציא' כיון דשייך מגו דזכה לנפשי' מהני שליח ע"ש ודבריו תמוהין דהא רש"י כתבו גבי תופס לבע"ח כמ"ש רש"י מאחר שלא עשאו הנוש' שליח גם במגיני שלמה פ' הכותב כת' ליישב דברי רש"י וכת' שם דרש"י לא כת' כ"א גבי מציא' דשייך ביה מגו דזכי לנפשיה מש"ה מהני ביה נמי שליח אבל לתופס לבע"ח והרי לפנינו לשון רש"י גבי תופס לבע"ח וכמ"ש:

סעיף ד

התופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים ונרא' לי דהיינו דוק' בתפס מעות או בתפס משכון ובמקום דליכ' איסור למשכנו אבל במקום דאיכ' איסור למשכנו וכגון בהלוא' וכמבואר בסי' צ"ז לא מהני כיון דזכי' מדין שליחות הוא לדעת תוס' וכל הפוסקים א"כ אין שליח לדבר עביר' ודו"ק:

סעיף ה

נפקד שתפס בפקדון ז"ל הסמ"ע כת' ריו"ו נתיב כ"ב ראובן ששלח שלוחו ליקח יין מנכרי בחובו וכן עשה ומשכנו והגביהו על העגלה וכשהביאו לעיר נתנו לשמעון שהי' חייב לו ג"כ שזכה שמעון וע"ש שנתן טעם לדבריו ד"מ ס"ס זה ע"כ ותוכן הטעם לא ידענו כי אין הספר לפנינו ולכאור' נרא' דכיון דכי אמר הלו' זכה מהני אפי' במקום שחב לאחרים

וכאן משמע דהנכרי בעצמו נתן בשביל ראובן א"כ אמאי זכה שמעון הא כבר זכה ראובן ואולי רי"ו מיירי שהי' משכנו בלא ידיעת הלו' אך נרא' דכיון דאין שליחות וזכי' לעכו"ם וכמבואר בפ' איזהו נשך א"כ לא מצי להיות שלוחו של הלו' עכו"ם אלא שלוחו של ישראל והוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים משא"כ בסעיף ג' דמיירי בלו' ישראל דהוי שלוחו של ישראל ודו"ק ועמ"ש בסי' קס"ג מדין זכיות עכו"ם בדברי הגאון חכם צבי שם ועוד נרא' דרי"ו מיירי דעגל' ששלח ראובן הית' של שלוחו דאילו הית' של ראובן הי' העגל' שהיא חצירו זוכה לו דבחצר לא שייך תופס לבע"ח דהא במציא' קי"ל דחצירו של אדם קונה לו ואפי' שהוא חב לאחרים ולא שייך ביה מיגו דזכי לנפשיה וצ"ל כיון דבחצר בע"כ קא מותיב בה קנה אפי' חב לאחריני וכה"ג אמרינן בפ"ק דמציעא לענין שליחות לדבר עביר' דגבי חצר דכיון דבע"כ קא מותיב בה אפי' לד"ע הוי שליחות והנ"י בפ' דמציע' כת' בשם הר"ן דחצר דהמציא' מדין יד היא ולא מדין שליחות כיון דלא שייך ביה מיגו דזכי לנפשיה וע"כ מועיל אפי' דחב לאחרים וא"כ ע"כ מיירי בחצר שאינו שלו והיינו דהעגל' לא הי' שלו אלא של שלוחו או שהי' עגלה שאינו משתמר בתוכה ואע"ג שהשליח עומד בצידו לא מהני דבעינן שיהא הוא עצמו עומד בצידו ושלוחו לא מהני דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ודו"ק. שוב מצאתי בתומים שכת' בשם הרי"ו הך טעמא דאין שליחות לגוי ועוד ה"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ואפי' בשליח לא מהני ועוד דילמ' אין הלכ' כר"ש דלישראל בכסף וא"כ גוי במשיכ' לא מהני עכ"ל הרי שכוונתי להני ב' טעמים הראשונים וע"ש מ"ש בתומים לקשר הני שני טעמים יחד וע' שם בתומים שכתב ז"ל אני תמה מ"ש זה מהא דקי"ל נכסי גוי כמדבר דכיון דמטי שטר לידיה זוזי יסתלק וישראל לא קנה עד דמטי שטר לידיה וא"כ הרי הוא הפקר וא"כ כאן הגוי דנתן היין לישראל בפרעון חובו וא"כ לו יהי' כדברי מהר"ם דישראל המשלח לא זכה בו מ"מ הגוי נסתלק וא"כ הרי הוא הפקר וא"כ זכה השליח למשלחו דבהפקר קי"ל המגביה מציא' לחבירו קנה חבירו ואף כאן נגד המשלח לא גרע מהפקר דהא הגוי איסתלק ע"ש שהניח בצ"ע. אבל נרא' דלא קשה מידי דב"ח זוכה ממה שהפקיר הלו' שנו וכמ"ש הרב המגיד בפ"ח מהלכות זכיה דאפי' מטלטלין שהפקיר גובה ומשום דלא עדיף הפקר מהקדש דמים ועמ"ש בזה בסי' רמ"ה סעיף י' דבע"ח גובה ממה שהפקיר הלו' אפי' במלו' ע"פ ואפי' מן מטלטלין וע' בש"ע סי' ער"ה סעיף ל"א וא"כ כיון שהי' חייב לשמעון זכה שמעון בחובו וז"ב. שוב כת' בתומים וז"ל ועכ"פ יפה עשה המחבר שהשמיטו אף שהביאו בב"י לפי דקי"ל דמשיכ' קונ' מגוי ליתא לדין זה. ולא ידעתי אנה מצא דין זה להכריע דגוי קונ' במשיכ' במקום דלא הכריעו גדולי ראשונים וגדולי

אחרונים: ומ"ש כיון דפסק המחבר בפשיטות לקמן סי' קצ"ח דישראל מישראל קונין מכסף א"כ לנכרי במשיכ' א"ז הכרע דאנן קי"ל נמי בפשיטות דישראל מישראל בכסף דבר תור' ואפ"ה לגבי נכרי איסתפקא לן לענין בכור ולענין חמץ וא"כ כיון שתפס שמעון אין מוציאין מידו א"כ דברי רי"ו ברירין לדינא אם הי' העגל' של ראובן או שראובן שכר העגלה א"כ ה"ל חצירו וקונ' לו אפי' במקום שחב לאחרים וכמ"ש ודו"ק:

סימן קו

סעיף א

דאין גובין שלא בפניו רק מלו' עצמו ולא מיורשין ע' סמ"ע שהבי' לשון הרא"ש דוקא מנכסי הלו' עצמו אבל אם מת הלו' ומצא נכסי יורשין במקומו ואע"ג דהיורשין חייבין לפרוע חוב אביהן מחמת שירשו ממנו ממון אחר מ"מ אין שיעבודו על נכסים אלו שהן של יתומים ואינו גובה שלא בפניהן ע"ש ויש לדקדק דמשמע דוק' שלא בפני יורשו אינו גובה הא בפני יורשין מיהא גבי ואמאי לימרו היורשין הא הני נכסים לא נשתעבדו לך דלאו מאביהן נינהו ואי משום שירשו ממון אחר ממ"נ אי איתנהו בעיניה כאן או במקום אחר יגבה אותן מנכסים ששעבודו עליהן ואי ליתנהו בעיני' וכגון שהיורש מכרן וכיוצ' אי לימא דמזיק שעבודו פטור א"כ מה שעשה: עשה ופטור מלשלם ואי נימא דמזיק שעבודו חייב א"כ הרי היורשים חייבים בחוב גמור מנכסי עצמן לפי שהזיקו ומחמת דינא דגרמי א"כ אפי' שלא בפניו נמי כיון דחוב עצמן הוא וע' משנה למלך פי"ג ממלו':

סעיף ב

ראי' הראשונ' לקיים בשטר שבידו ע' ש"ך שהביא בשם תשובת מבי"ט בשני שטרות והמוקדם בלתי מקוים אלא הלו' מודה שכתבו ושעומד ליפרע אין בע"ח המאוחר ומקוים יכול לטעון מזויף משום קנוניא שבין הלו' והמלו' דכל שמודה שכתבו הוי כמקוים ואפי' לדעת המפרשים שחולקין על ר"ש היינו דוקא היכא דליתי' לבעל דבר אבל הכא דאיכא לבע"ד קמן והוא מודה שכתבו שאינו מזויף פשיטא דלקוחות לא מצי טענ כלל ועיין בש"ך שהשיג עליו והנה מל' רש"י בפ"ק דמציעא משמע כדברי המבי"ט גבי שנים אדוקין בשטר מלוה אומר ממני נפל כו' יתקיים השטר בחותמיו רשב"ג אומר יחלוקו אמר ר' אלעזר כששניהם אדוקין בטופס או בתורף אבל זה אדוק בתורף וזה אדוק בטופס זה נוטל תורף וזה נוטל טופס וכי לצור עפ"י צלוחיתו הוא צריך א"נ לדמי דאמר הכי שטר דאית ביה זמן כמה שוה ודלית ביה זמן כמה שוה בשטרא דאית ביה זמן גבי ממשעבדי ואידך לא גבי ממשעבדי יהיב ליה היאך דביני וביני וכתב

רש"י וז"ל דתורף עדיף מטופס דאית ביה מקום הזמן דאלו שם המלוה והלו' והמעות כתובין אף בטופס שצריך לחזור מענינו של שטר בשיטה אחרונ' כו' ואי משום חתימת עדים דהוי תחת הטופס הא אית לרשב"ג הודה בשטר שכתבו א"צ לקיים והאי מורה שכתבו הוא עכ"ל רש"י ומשמע דמודה בשטר שכתבו מהני אפי' למשעבדי דהא האי דתורף גובה ממשעבדי מיהו בדברי רש"י שם לא ירדנו לסוף דעתו וכבר הקשו שם בתוס' דמה זה ענין למוד' בשטר שכתבו ופי' בענין אחר ע"ש ואם כן נראה דלא מהני מודה בשטר שכתבו למשעבדי ובפרט דקי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וא"כ למשעבדי נמי צריך לקיימו וכן מוכח מדברי הרמב"ן שהובא בטור סי' פ"ח וז"ל והרמב"ן כתב בד"א כשהעדים לפנינו אבל אם אין שם עדי קנין אע"פ שהודה הלוה שהיה בקנין הרי הוא כשאר תביעה ע"פ ונשבע כשאר מודה במקצת וכן נמי בשטר אם אינו יכול לקיימה או משאר שטרות או מעידים המכירים החתימות אף ע"פ שמודה הלו' כיון דקי"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו הרי הוא כהודאה על פה ונשבע על הכפיר' שעמה ופסקו בש"ע סי' פ"ח סעיף כ"ח ועיין בשטה מקובצת בפ"ק דמציעא מה שהביא בשם הרב רבינו יוסף הלוי וא"כ מוכח דמודה בשטר שכתבו אינו גובה ממשעבדי דאם גובה ממשעבדי א"כ אמאי נשבע כדין מודה במקצת הא ע"י הודאתו שמודה הוא גובה ממשעבדי וא"כ הרי הוא הודאת שיעבוד קרקע דהא היכא שגוב' ממשעבדי ה"ל שיעבוד קרקעות לשיטת הרמב"ן אלא מוכח מדבריהם דאפי' מודה שכתבו אינו אלא כמלו' ע"פ אמנם יש להסתפק היכא דהלקוחות בעצמן מכירין חתימתן ויודעין שאינו מזויף ומודים בדבר שאינו מזוייף אם גובה ע"פ הודאת לקוחות דגבי לוה שמודה שכתבו וטוען פרוע הוא נאמן במגו אבל לקוחות דלית להו מגו דהא אין יודעין אם הוא פרוע א"כ גובין מהם ואפי' הלוה בפנינו וטוען שכתבו ופרוע ואית ליה מגו דלא הודה שכתבו מ"מ אפשר דלא מהני הך מגו ללקוחות כיון דאפי' אם יטעון הלוה מזויף הלקוחות בעצמם יאמרו שאינו מזויף ועיין בתו' פ' חז"ה דף ל' ע"א ד"ה לאו קא מודית דהאי ארעא דידי הוא דרשב"א כתב שם דטענינן ללוקח כל מה שהמוכר היה יכול לטעון והוא זבינתיה במגו דלא היה שלך מעולם ואע"ג דהלוקח בעצמו ידע שהוא של המערער ודברי ר"י שם דכיון דאם היה המוכר רוצה לזכות בטענה שהוא שלו ולא היה שלך מעולם לא היה מעכבה הלוקח שהרי יודע שהוא של המערער לכן לא הוי מגו ע"ש ואפשר דכאן אפי' לר"י הוי מגו ולא שייך בזה דאם יטעון הלוה מזויף לא יעכב הלוקח דכיון דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין וכיון דהלוה פטור גם הערב פטור ועמ"ש בסי' מ"ט סק"ח:

סימן קז

סעיף א

אבל לא הניח אלא מטלטלין אין כופין אותם לפרוע חובת אביהן ע' סמ"ע מ"ש לחלק מההיא דסי' צ"ו שם כתב במצות עשה שמתן שכרה כתוב בצידה אין ב"ד כופין אותו ואם רצו כופין משום דבזה יש פלוגתא וכאן הוי להוציא ע"ש והש"ך העלה דגם כאן אם רצו כופין משום דאין חולק בזה על הרמב"ן וע' ברמב"ם שכתב וז"ל ובמערב כותבין בשט"ח שיש לו לגבות מהמטלטלין ומהקרקע בחייו ובמותו ונמצא גובה בשביל תנאי זה יותר מהתקנה וסייג גדול הוא בדבר שמא לא ידע הלוה בהתקנה ונמצא גובין ממון של יתומים שלא כדין שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בהן יתומים עכ"ל וכ"כ הטור בשמו ואי נימא דאם רצו ב"ד כופין לפרוע ממטלטלין א"כ למה לא יהא כח בתקנת אחרונים לתקן על בתי דינין שיהיה בכך כיון דאם רצו כופין וכיון דמשמע מדברי הרמב"ם ומטור שהביאו דאפילו רצו ב"ד אין כופין א"כ עכ"פ מידי ספיקא לא נפקא וא"כ דברי הסמ"ע נכונים:

סעיף ב

וכן חייבים לפרוע כו'. ממלוה של אביהם עיין ברמב"ם בחידושיו לב"ב דף קכ"ד שם האריך מאוד בענינים הללו בפלפול נורא ועצום ונעתיק לפנינו קצת מדבריו ז"ל ונמצינו למידין שבע"ח וכתובת אשה שווין בדין זה וגובין אפי' מעות בזה"ז והרב הלוי ג"כ או' שהאשה גובין כתובתה מן המלוה אפי' גבו מעות בזה"ז והביא ראיה ממה ששנינו בכתובות מי שמת והיו עליו כתובת אשה ובע"ח והיה לו מלוה ופקדון ביד אחרים ינתנו לכושל שבהן והיינו לכתובת אשה משום חינא ואפי' ר"ע לא פליג אלא משום דמטלטלי לא משתעבדי לב"ח אע"פ שהן ברשות אחרים מפני שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה אבל ודאי לא ראויה היא לגבי כתובת אשה והשתא דתקון רבנן דגובין ממטלטלי דיתמי גבי נמי ממלוה וזו אינה ראיה לפי דעתי שאם יש חילוק בין כתובת אשה לבע"ח איכא למימר מתני' לצדדין קתני פקדון לכתובת אשה ושניהם לבע"ח וכו' ע"ש וראיה אחת הבי' מדתני' בכתובות הרי שהיה נושה באחיו מנה ומת והניח שומרת יבם לא יאמר יבם הואיל ואני יבם החזקתי אלא מוציאין אותו מידו ויקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ואוקימנ' בר"מ דאמר מטלטלין משתעבדי לכתובה וכר' נתן דאמר מוציאין מזה ונותנין לזה לדידן נמי דתקינו רבנן בתראי דגבי' ממטלטלין גובה מן המלו' וזו הראיה אע"פ שהרב בעצמו מפקפק בה יותר נכונה על דעתי ואעפ"כ

יכולין לדחותה לו' דלמא ר' הוא דאמר מלוה מוחזקת היא וא"ת א"כ הוי תלת חומרי והתם בגמ' דלא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרא בכתוב' אלא או ר"מ או ר' נתן והוי לן למדחי' משום חומרי דר' י"ל דהאי לא מסיימי דהא איתא בשמעתין אמוראי דסברי מלוה כמאן דגבי דמי אפילו לרבנן ומוחזקת היא אפילו לגבי בכור ואביי נמי דהוא מרא דשמעתא דההיא סוגיא הכי ס"ל כדאיתא בפסחים וע"ש שהאריך בפ' כל שעה (פסחים דף ל"א) דאמרי' שם גבי יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה אותו מהן ואמרי' שם בשלמא לאביי דאמר למפרע הוא גובה ניחא אלא לרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה ליהוי כיתומי' שקנו קרקע בחובת אביהן ושנינן משום דר"נ ע"ש ומזה הבי' רמב"ן דמלו' מוחזקת היא לאביי משום דס"ל למפרע הוא גובה ה"ל כאלו בא ליד אביהם מחיים ע"ש וקשה לפ"ז איך אמרינן עלה בפ' האשה שנפלו (כתובות דף פ"א) לא אשכח' תנא דמחמיר תרי חומרי בכתוב' אלא או ר"מ או ר"ן דהא לאביי דהוא מרא (קמא) דשמעת' שם אמר לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרא ואביי דס"ל למפרע הוא גובה א"צ לדר"נ כלל דהא בפ' כ"ש לא הוצרכנו לדר"נ אלא לרבא ולכן נראה דאפי' לאביי דס"ל למפרע הוא גובה היינו דוקא כשגבאו לבסוף נעשה כאלו מטא לידי' למפרע וכמ"ש תוס' בפ' המניח (בבא קמא דף ל"ג) ד"ה הקדישו ניזק א"ב וכ"כ תוס' בפ' כ"ש ע"ש ולהכי ביתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דכבר גבו נעשה כאלו למפרע היו ביד אביהן ולהכי בעל חוב חוזר וגובה אפי' בלא דר"נ אבל התם פרק האשה שנפלו במי שהי' נושה באחיו ואי לאו דר"נ מצי אמר לאו בע"ד דידי את וכדאיתא שם א"כ גם לאביי נמי מצי אמר הכי אי לאו דר"ן דכיון דעדיין לא גבה דאומר לאו בע"ד דידי את והואיל ואני יורש החזקתי וכ"ז שלא גבה לא שייך למפרע היא גובה וזה ברור וא"כ דוק מיני' שפיר דכתובה גובה בראוי דאי נימא רבי הוא הוי לי' תלתא חומרי ואי משום דאביי לשטתו דס"ל למפרע הוא גובה הא כל זמן שלא גבה לא שייך למפרע הוא גובה ובזה יש ליישב קושיית תוס' שם פרק האשה שנפלו ד"ה לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה הא תנן בהכותב מי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין והי' לו מלוה או פקדון ביד אחרים ר' טרפון אומר יתננו לכושל שבהם ומפרש בגמ' לכתובת אשה משום חינא אלמא סבר ר' טרפון תרי חומרי בכתובה ולפי מ"ש ניחא דאביי לשטתי' דס"ל למפרע הוא גובה וא"כ בהך דר' טרפון לא צריך לדר' נתן כיון דיש לו מלוה ביד אחרים וצריך הלוה לפרוע ליורשים וכיון שבא לידי גבי' למפרע הוא גובה ונעשה כאלו בא ליד אביהם מחיים וא"כ אין צריך לדר"נ אבל במי שהי' נושה באחיו הוי תרי חומרא משום דאי לאו דר"נ לא יבא לידי גבי' כלל וכמ"ש וניחא בזה דברי הרי"ף פ' האשה שנפלו

דהביא הברייתא הרי שהי' נושה באחיו מנה כהלכתו והשיגו עליו הראב"ד דהא משמע בש"ס דהך ברייתא אידחי' ואמרו זו אינה משנה ומשום דלא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה וע' בס' הזכות להרמב"ן מ"ש בזה ולפמ"ש א"כ דוקא אביי הוא דקאמר לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה אבל לדידן דקי"ל מכאן ולהבא הוא גובה א"כ שפיר שמעינן ממתני' דפ' הכותב מי שמת והניח אשה ובע"ח וכקושיות תוספות דמחמיר תרי חומרי בכתובה דהא אפי' אתי לידי גבי' נמי צריך לדר"נ והיינו דאמר רבא שם היינו דשמעני' לי' לאביי דאמר זו אינה משנה והיינו לאביי שמעני' אבל לדידן אשכחן לה בתרי חומרא כקושיות תוס' ודו"ק ויען הרמב"ן טרח מאוד ליישב שיטת האומר דכתובה אינו גובה ממלוה דהוא נגד סוגי' דש"ס במי שהי' נושה באחיו מנה דמשמע מיניה דגובה למאן דמחמיר תרי חומרי בכתובה ואי נימא שאין כתובה גובה ממלוה היכא גובה וע"ש ולפי ענד"נ ליישב והוא דשם פירש"י הואיל ואני יורש החזקתי לפי שאני יבם לכשאכנסנה אני יורש ע"ש ולכאור' קשה דהא היבם אינו נופל בראוי וע' באה"ע סי' קס"ג שם כת' הב"ש דאפי' יבם בנכסי אחיו אינו נוטל בראוי ע"ש ומלוה נמי ראוי הוא אלא צ"ל דלא קאמר אלא לפלגא דקי"ל ובמלוה שעמו פלגא וכמבואר פ' י"נ דף קכ"ו וכ"כ הגאון פני יהושע ע"ש וע"ש ברשב"ם ובמלוה שעמו פלגא ז"ל חלק בכורה יחלוקו ביניהם איהו מעכב פלגא ונותן לאחיו פלג' דהוי לי' ממון המוטל בספק דאינו יודע אי חשיב מוחזק לאביו שהרי הבכור רוצה הוא לשעבד נכסים לאביו לגמרי ובעין יפה גמר ומקני נכסי לאביו כדי שיהי' אביו מוחזק בהך מלוה יטול בה אותן פי שנים או דילמא ל"ש משאר מלוה עכ"ל והוכיח לפרש דבעין יפה מקני דהא בעינן שיהא מוחזק לאביו מחיים ואם הוא בעצמו מוחזק במלוה שעמו כיון שלא הי' לאביו מוחזק אינו נוטל פי שנים אלא דמספיק' הוי משום דגמר ומקני שיהא אביו מוחזק בכדי שיטול פי שנים ומהני לו פלגא משום ממון המוטל בספק וא"כ א"ש דהיבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי דאם יאמר כך ע"כ צ"ל דמקנה באופן שיהא לאחיו מוחזק כדי שיטול הוא בירושה ואם אחיו מוחזק בה מחיים א"כ משעבדא לי' לאותו מלוה לאשה בכתובתה כיון דלאו ראוי הוא דהא כבר עשאו אותה מוחזק לאחיו מחיים ולכן כשרוצ' להיות יורש בפלגא מלוה שעמו מוציאין מידו הלכך זבין קרקע והוא אוכל הפירות וק"ל:

סעיף ג

ואין מפורש בשטר שיגבה מן המטלטלין וכו' והיורשים רוצים לגבות לבע"ח קרקע כו' הדין עם היורשים וטעמא דכיון דמדינא מטלטלי לא משתעבד אלא מתקנות הגאונים כן כ' הסמ"ע ולפ"ז משמע דאם כ' בשטר בשיעבוד מטלטלין אגב קרקע דאז מדינא גובה

במטלטלין אז אין היורשין יכולין להגבות לו קרקע אבל קשה דהא קי"ל אין נפרעין מן היתומים אלא מן הזיבורית ואפי' אית לי' בינונית כדאיתא בריש פרק הניזקין ויבואר בטור ש"ע סי' ק"ח ואין לומר התם גבי זיבורית כיון דדינא דבע"ח מדאורייתא בזיבורית ומשום נעילת דלת בבינונית ומשום דלא מסיק אדעת' דנפלה נכסי קמי' יתמי וכמבואר ריש פ' הניזקין אוקמוהו אדאורי' אבל היכא דאי' שיעבוד מטלטלין ויש לו מטלטלין צריך ליתן מן התורה מטלטלין דאית לי' דקרובי לזוזי טפי דלית' דהא דינא דבע"ח בזוזא היכא דאית ליה נמי לאו דאורי' וכמ"ש בס"ק ו' ע"ש וא"כ ודאי ביורשין ה"ל לאוקמי על דין תורה ושיגבה בזיבורית והוא בקרקע ומכ"ש כשנותנין קרקע עידיות לכן נראה דהש"ע לא אתי לאפוקי אלא היכא דכתוב בשטר מפורש שיגבה מטלטלין בין בחיי ובין במותי דאז ודאי הי' גובה אפי' מיתמי דהא אפי' בעדיות מהני תנאי אם כתוב מפורש שיגבה מעדיות ואפי' מיתמי וכן דייקא נמי מלישנא דש"ע שכ' ואין מפורש בשטר שיגבה ממטלטלין בין בחיי ובין במותי ומשמע הא אלו כ' בשטר שיגבה ממטלטלין אע"ג דשיעבוד אג"ק אינו גובה ומשום דלעולם אין נפרעין מיתומים אלא מן הזיבורית אא"כ התנו בין בחייו בין במותו וכמבואר בסי' ק"ח סכ"ח ע"ש ובכתובו' אשה ג"כ מבואר בסי' ק"מ באה"ע דאם היורשין רוצין לסלק בקרקע הרשות בידן ושם נראה בודאי יותר פשוט דהיכא דשיעבד לה מטלטלי אג"ק בכתובה וכמו שנוהגין עכשיו דכותב בכתובה אג"ק מ"מ היורשין יכולין לסלק בקרקע דהא לא שמעינן דינא דכתובה מעולם שיהי' דוקא בזוזי או במטלטלין ואדרבה מדינא דש"ס לא משתעבד כלל וכי אתו גאונים ותיקנו שיעבוד מטלטלין אפי' בכתובה היינו אם לית ליה קרקע שתגבה ממטלטלין אבל היכא דנותן לה כדינה בקרקע למה תהא כחה וזכותה עדיף ממה ששיעבד לה מטלטלין אג"ק שתהי' הגבייה מטלטלין דוקא דהא בשום דוכתא לא נזכר שיהי' כתובת' נפרע מזה או מזה אלא אדרבא דינא רק בזיבורית ומה ענין לה לפרוע ממטלטלין השעבוד שיש בתוך הכתוב' מטלטלין אג"ק אינו ענין לגבייה דהשעבוד הוא אם לא יפרע גם בקרקע. והמעיין בשלטי הגבורי' בפ' הכות' דף ק"ח ג"כ לא כ' אלא כלישנא דש"ע דאם אינו מפורש בשטר שיגבה המטלטלין בין בחייו בין במותו והיורשין רוצים להגבות קרקע וכו' והיינו נמי דאם כת' שיגבה לאחר מותו ודאי מהני תנאה וז"פ אלא לפי שראיתי מי שהבין מתוך דברי בית שמואל באה"ע סי' קמ"ד וז"ל מיהא רשות ביד היורשים היינו היכא דלא כתוב בפירוש מן המטלטלין שם בשלטי הגבורים ע"כ ומזה ר"ל דהיינו שיהא נכתב שיעבוד מטלטלין ולפמ"ש שיעבוד מטלטלין אינו מועיל דמה בכך שנשתעבד לה מ"מ הגבייה שלה אינו אלא בזיבורית ומה שהבעל או היורשין רוצים דהא כל הקרקעות

נמי משתעבד לה ואפ"ה דינא דאשה בגביות שלה אינו אלא בזיבורית אלא דהיינו היכא שיהי' מפורש בחייו ובמותו אז הוא דאין היורשין יכולין לסלקה בקרקע ואע"ג דבש"ך ריש סי' ק"א כ' דגם בכתובות אשה אם יש ליורשין מעות צריכים ליתן מעות מ"מ נראה לפענ"ד כמו שכתבתי משום דלעולם אין גובין מנכסי יתומי' אלא מן הזיבורית גם בתומי' שם מפקפק על דינא דש"ך בכתובה אלא היכא דכ' מפורש מטלטלין ומקרקע דמדינא גובה צריך ליתן מעות אבל לפי מ"ש אפי' כת' מטלטלי אג"ק נמי אינה אלא משיעבוד ואינו מועיל אלא היכא דכ' בפי' שיגבה ממטלטלין בין בחייו בין במותו:

סעיף ד

ואפי' של אביו זיבורית ויש לו עדיות אין יכול לסלקו בעדיות שלו ובעה"ת כת' בטעמא משום דחיישינן דלמא ארעא גזולה האי דיתמא וע' סמ"ע שכ' דלאו דוקא מעות אלא ה"ה כשרוצה לסלקו במטלטלין יכולין לסלקו כיון שיכול להוליכן ולמוכרן באיזה מקום שירצה עכ"ל ותמהני מנ"ל לסמ"ע לו' דה"ה במטלטלין ולחלוק על הב"י שהרי כ' שפירוש בסי' ק"ב מחודש ב' ז"ל יורשים שלא הניח מורישם אלא קרקעות והם רוצים לסלק הבע"ח במטלטלין שלהם נראה שהדין עם הבע"ח דהנך מטלטלין לא הי' שיעבוד עליהם כיון שלא הי' של הלוה וכן נראה ממ"ש רבינו בסי' ק"ד אבל יורש שמכר כל הנכסים ודאי בע"ח טורף מלקוחות וכו' מיהו אם רוצים לסלקו במעות אעפ"י שלא הניחם מורישם מעות משמע דמסלקי ליה שהרי אין דינו אלא מעות אם הניח הלוה מעות וכיון דמטבע אין בו סי' לא הניח כהניח דמי ועוד שאם רצו היורשין למכור הקרקע וליתן מעות רשאים הם הלכך שפיר מצי לסלקו לי' במעות עכ"ל. הרי כת' בהדיא דבמטלטלי' שלהם אינו יכול לסלקו אלא דוקא במעות. ואע"ג דמדברי הטור בסי' ק"ז משמע לכאורה דה"ה במטלטלין דז"ל ואם היורש רוצה לסלקו במעות יכול לסלקו אעפ"י שלא ירש מאביו מעות וכו' אבל אם אין ליורש משל עצמו לא מטלטלין ולא מעות אלא קרקע ורוצה ליתן למלוה כדי לסלקו מלקוחות יכול המלוה לו' איני רוצה אלא בנכסי' שהניח אביך ע"ש ומשמע הא אם יש ליורש משל עצמו מטלטלין יכול לסלקו אמנם נ"ל דדיוקא רישא שבטור הוא דוקא דברישא כ' ואם היורש רצה לסלקו במעות יכול לסלקו ומשמע דוקא מעות ולא מטלטלין. אולם דברי הב"י שכ' בטעמא דיכול לסלקו במעות הוא משום דלא הניח כהניח דמי כיון דמטבע אין בו סי' והוי כאלו הניח אביהם המעות נראה לענ"ד דבלאו האי טעמא נמי יכול לסלקו במעות דלא גרע יותר מלוקח ולוקח גופי' נמי מבואר להדי' בש"ס בפ' מי שהי' נשוי דיכול לסלק במעות לבע"ח ואע"ג דגבי לוקח לא שייך האי טעמא דלא הניח כהניח דמי:

סעיף ה

אבל אם רוצה לסלק שלא יטרוף מהלקוחות ונותן לו מעות נסתפקתי בע"ח מאוחר שקדם וגבה קרקע ובא המוקדם להוציא ממנו אם יכול לסלק המוקדם במעות. ולכאור' לא גרע מלוקח ויורש אבל נראה דלוקח דמצי לסלק בזוזי מדין שומא הדר' נגעו בי' ומדינא אין יכול לסלקו אפי' במעות כיון שאין שעבודו דבע"ח יכול הבע"ח לו' דשעבודי אני רוצה ובע"ח מאוחר נגד בע"ח מוקדם לא שייך שום' הדרי דכמו שזה אינו אלא בע"ח כן זה נמי אינו אלא בע"ח וא"כ יכול לו' א"א אלא בשעבודי:

סעיף ו

יורש שמכר כל נכסי אביו יש מי שאו' שגוב' מהדמי' ויש מי שאו' שאינו גוב' מ"ד שהוא גוב' משום דהוי מזיק שעבודו של חבירו ומ"ד שאינו גוב' ס"ל דלא אמרו מזיק שעבודו של חבירו אלא היכי הזיק את גוף הקרקע אבל כאן לא קלקל גוף הקרקע והיא סברת הרא"ש בתשו' כלל ע"ט סי' י' ובגדולי תרומ' הקשה אדברי הרא"ש מהא דאמרי' בפ' השולח בפלוגת' דרבנן ורשב"ג בעבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו דפליגי במזיק שעבודו של חבירו דמ"ס חייב ומ"ס פטור אלמ' דפליגי אי מזיק שעבודו חייב או פטור ואטו התם עושה איזה קילקול בגופו של עבד וע' בכה"ג שהאריך בענין זה בפלפול נפלא וע"ש שרצה ליישב דלא ס"ל לרא"ש דמכר אינו גוב' אלא דוק' במלו' בשטר שמכר קרקע לכותי דמדינא יכול להוצי' ממנו כיון שהוא מלו' בשטר אלא שאינו יכול להוצי' מן העכו"ם מחמת אלמותו בזה דוק' ס"ל לרא"ש דפטור דהא מדינא לא היזיק שעבודו כלל אבל במלו' ע"פ שמכר לכותי ס"ל לרא"ש דהוי מזיק שעבודו כיון דמדינ' לא גבי אלא דשוי' אנפשי' הדרנ' מדברי הטור שכ' בפי' אליבי' דהרא"ש אפי' במלו' ע"פ שמכרו קרקע דפטורין מדין מזיק שעבודו וע"ש אבל לא הי' צריך להבי' מדברי הטור אלא דברא"ש גופי' כת' פ' מי שמת במלו' ע"פ שמכרה אינו גוב' מהדמים. ונרא' דהא דעשאו עבד אפותיקי ושחררו דהוי מזיק שעבודו היינו נמי קלקול בגוף עבד והיינו דמעיקר' הי' עבדו משועבד למלו' ועכשיו ששחררו הרי אין כאן עבד כלל אלא בן חורין הוא דאיכ' אבל את העבדות היזק ע"י ששחררו משא"כ גבי קרקע שמכרו דאין כאן היזק כלל דהקרקע כדקאי קאי בשלימות' הראשון אלא שהכניס לרשות אחר מה דלא מצי אשתעי דינא בהדי' ובזה אין בו תורת מזיק שעבודו וגבי שחרור דעבד הוי קילקול בגוף העבד כאלו חופר בורות בקרקע המשועבד כן זה שחרר עבדו המשועבד לו הרי הוא כאלו הזיק לגמרי את העבד דהא תו ליכ' עבד כלל אלא בן חורין וכאחר דמי ודו"ק: וב"ח הקש' על דברי הטור שכתב כאן דברי הרא"ש בתשוב' דאם מכרו קרקע אין חייבין

לשלם שאפי' מזיק שעבודו ליכא כיון שלא קלקלו גוף הקרקע וכת' עליו הטור וז"ל אע"פ שנרא' לחלק איני משיב על דבריו ע"כ ובס"ס ק"ד הביא מ"ש הראב"ד בראובן שלוה ע"פ ומת והניח קרקע חנוך בנו וכו' ואין לך תשוב' גדול' מזו שפסק שלא כמותו וע' שם וכבר נתחבטו ונתלבטו בזה הקושי' בפריש' ודריש' בכה"ג ע' בדבריהם. ולפענ"ד נרא' בהקדים לשון הטור ס"ס ק"ד וז"ל כת' הראב"ד ראובן שלו' על פה מנה משמעון בעדים ומת תוך זמן הלוא' והניח קרקע לחנוך בנו ששוה מנה וחנוך בשטר אחר מיתת אביו מנה מלוי והגיע זמן השטר ליפרע ובא לוי לגבות קרקע שירש חנוך מראובן אביו וטוען שמעון אני קודם שכבר הי' משתעבד לי בחיי אביו ומלו' ע"פ גובה מיורשין הדין עם לוי אע"פ שלא הגיע זמנו של שמעון וליכ' למיחש לפרעון לא מן האב ולא מן הבן אפ"ה לוי קודם משמעון שהרי מלו' בשטר מאוחרת קודמת למלו' ע"פ מוקדמת וכותבין ב"ד שט"ח לשמעון על חנוך בנו שהרי המזיק שעבודו של חבירו חייב מדינ' דגרמי וכ"ש זה שפרע חובו משעבודו של חבירו עכ"ל אמנם נרא' דהא דפוסק הש"ע בס"ס ק"ד כההו' תשוב' היינו משום דקא משתרשי דפרע חובו בשעבודו של חבירו ובזה ודאי חייב והא דמכרו אינו גובה מהדמים אע"ג דאין לך משתרשי גדולים מזה. והש"ך שכת' דאם נטל דמים בלא"ה חייב משום דקא משתרשי ליה אלא שהפוסקים מיירי היכ' דלא נטל דמים תמהני דהא בהדי' כת' הטור דאינו גובה מהדמים ומשמע דנטל דמים ואפ"ה פוטר גם ברא"ש ריש פ' מי שמת מבואר ג"כ להדי' דאפי' נטל דמים אינו גובה מהדמים ואע"ג דקא משתרשי ליה. איברא דהאי סבר' דמשתרשי מבואר בש"ס פ' הזרוע (חולין דף קל"א) אמר רב חסדא המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור מ"ט אבע"א מדכתב וכו' ואבע"א דה"ל ממון שאין לו תובעין תנן הרי שנאנסו בית המלך את גרנו אם בחובו חייב לעשר אם באנפרות פטור מלעשר ומשני שאני התם דקא משתרשי ליה הרי היכא דאפי' פטור מדין מזיק אבל משתרשי ליה ודאי חייב אלא דהתוס' שם הקש' דהא כי אכלי' נמי מישתרשי לי' ותירצו שם דאפשר יתענה ע"ש אבל בר"ן כת' וז"ל ואני אומר לא כי אלא אפי' לא הי' אפשר לו להתענות פטור דהא תנן בפרקין בסמוך לא הספיק ליתנו עד שצבעו פטור משום דקני בשינוי וה"ל כמזיק מתנות כהונה או שאכלן והתם ודאי קא משתרשי ליה אנא הכי תרצת' דמילת' שכל שנתכוין ליקח מתנות כהונה לעצמו ושינה אותן בצביע' או אכלן שוב אינו משלם אע"ג דקא משתרשי ליה שהרי הפקיע מצותו וחיוב ממון אין בהן אבל אנסו בית המלך את גרנו בחובו וכיון שלא הפקיע הוא מצותו ומשתרשי ליה עדיין מצוותו עליו דמה לי הן מה לי דמיהם וזה ברור עכ"ל ע"ש ונרא' דמה"ט כתב גי"ד סי' ס"ב המזיק מתנות כהונה או שאכל' או מכרה פטור ומשמע דאפי'

נטל דמים ומשתרשי ליה אלא כיון שמכרה והפקיע מצוות' חוב ממון אי' בהן כמ"ש בר"ן וא"כ ה"נ תרצת' דמילת' כדברי הר"ן דאם מכרו אינו גובה מדמים דכיון שהפקיע הוא עצמו שעבודו וחיוב ממונו אין בו להכי פטור משא"כ בההוא דס"ס ק"ד שבא לוי ונטל בחובו דלא הפקיע היורש מצותו דמצו' לפרוע חובת אביהן לכן עדיין מצותו עלי' והוי דומי' דמלך נטל בחובו דאמרינן מה לי הן מה לי דמיהם ודו"ק היטב:

סעיף ז

ויש מי שאומר שאינו גובה ע' בטור שכת' במטלטלין שמכרו ודאי פטור כיון דאינו אלא מכח תקנות הגאונים והנה בכנה"ג חקר בענין שעבוד מטלטלין אג"ק במכרו מטלטלין אם חייבים לשלם מדינ' דגרמי כיון דהשיעבוד הוא מדינא הוי כמו קרקע והעלה דאפ"ה פטורין היורשין אם מכרו וז"ל והטעם כיון דמדאו' אין שעבוד בע"ח חל על מטלטלין אפי' אם שעבדם באגב נאמר דלא שעבדם אלא בעודם בידו אבל אם מכרם לא ע"ש ומהתימ' שכת' בפשיטות בלי שום ראי' דמדינ' דאור' אין שעבוד חל על המטלטלים כששעבדם באגב והא אג"ק קנין תורה הוא ואף דדעת תוס' בפ"ק דב"ק דף י"א דאגב לאו דאורייתא הוא דילפי' לה מדכתיב ויתן מתנות עם ערי' בצורות אינו אלא אסמכת' מ"מ דעת שאר פוסקי' נראה דהוי דאוריי' ובפרט לפמ"ש בריש סי' ל"ט דמה"ת מטלטלין ג"כ משתעבדי כמו קרקע למ"ד שעבוד' דאו' אלא דחכמי' הפקיעו שעבוד מטלטלין וא"כ כששעבדן באגב נשתעבדו גם מדרבנן מדאו'. וע' בתשו' הרא"ש כלל ע"ט סי' י"ב שאלה למדתנו רבינו עבדים אין נקנין באגב מי משתעבדי באגב ואפי' אין צרורין בתוכו כו'. תשובה יקבל החכם את תשובתו דע כי עבדי' משתעבדי באגב אע"ג דאין נקנין אג"ק כי שעבוד וקנין תרי עניני' הם קנין מטלטלי אג"ק בפי' מקרא בפ"ק דקידושין דכתיב ויתן להם אביהם מתנות רבות לכסף ולזהב עם ערים בצורות ועבדים לא הוי בכלל מטלטלין לענין קנין והא דמטלטלי משתעבדי אג"ק אינו מטעם זה אלא כיון דשיעבדנהו אג"ק אית להו קלא כמו לקרקע וכל טריפת לקוחות בקלא תליא מלתא דה"ל ללקוחות ליזהר וכו' עבדים דשעבדן באגב כו' ע"ש הרי משמע דשעבוד מטלטלי אג"ק לא ילפינן מקנין מטלטלי אג"ק דלא ילפינן שעבוד מקנין כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואינו אלא משום קלא וא"כ כיון דבשביל קלא בלבד הוא משמע דאינו מדאור' דאי מדאור' אין לחלק בין אית ליה קלא או לא אלא מד"ס הוא כיון דאית ליה קלא ה"ל ללקוחות לאיזדהר ואינהו דאפסדי אנפשייהו וע' מ"ש בריש סי' ל"ט ושם תראה דס"ל להר"ן דשעבוד מטלטלי אג"ק דאו' וס"ל אגב מה"ת וילפי' שעבוד מקנין וצ"ע:

סעיף ח

אלא קרקע שוה חמשים כו' וכן אין הבעל חוב מאוחר יכול לטורפה ז"ל הסמ"ע וה"ה בהניח להן אביהן מטלטלין ואמרו בפי' שנתנו המעות בעדם שאין הבעל חוב מאוחר יכול לגבות מטעם זה וכן מבואר שם בר"ן ובהה"מ ע"ש ד"מ ובעניותי לא יכולתי להבין דאי מיירי קודם תקנת הגאונים דמטלטלי לא משתעבדי א"כ אפי' לא אמרו בפי' שנתנו המעות בעדם נמי אין המאוחר יכול לגבות ממטלטלין דהא לא משתעבדי ואפי' תפיסה לא מהני אם תפס לאחר מיתה ולקמ' נמי לא הוצרכו לתת מעות אם לא משום מצוה וא"כ למאוחר בודאי א"צ ליתן משום מצוה כיון דמדינ' דש"ס אין כופין כשהניח מטלטלין והיורש כשיודע בעצמו שכבר פרע בעדם המטלטלין א"כ קמי שמי' גלי ובודאי א"צ ליתן למאוחר אפי' לא אמרו בפי' שפרע בעד המטלטלין ואי מיירי בתר תקנות הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי א"כ ע"כ צ"ל דלא הניח יותר מאלו מטלטלי שפרע בעדם למוקדם דאם יש עוד מטלטלין ליגבי המאוחר מטלטלין האחרונים וא"כ כיון שלא הניח יותר מטלטלין רק אלו שפרעו בעדם למוקדם א"כ היאך יאמר המאוחר מה שפרעת למוקדם משום מצוה עבדת דהא לא הניח כלום אפי' מצוה ליכא א"כ ודאי מה שפרעו בעד המטלטלין פרעו ובר"ן ובהה"מ פי"ח ממלוה לא הוזכר כלום באם הניח מטלטלין ופרעו בעד המטלטלין אלא להיפוך שהניח קרקע וגם מטלטלין והם סלקוהו בעד הקרקע אין המאוחר יכול לגבות את הקרקע כיון שאמרו בפי' שסילקו בעד הקרקע ולא יכול המאוחר לומר מה שפרעתי למוקדם היו בעד מטלטלין ומשום מצוה ואע"ג דלא נשתעבדו מדינ' דש"ס מצוה עכ"פ איכא ועבד' משום מצוה דכיון שאמרו בפירוש שסלקוהו בעד הקרקע לרשב"א שם דכופין מדינא כשהניח מטלטלין מפרש להאי עובדא דקטינא בלא הניח מטלטלין ואפ"ה כי לא אמרו בפירוש שסילקו בעד הקרקע מצי המאוחר לומר מה שפרעת למוקדם לאו משום הקרקע אלא משום מצוה דמצוה איכא אפי' הניח כלום ע"ש בר"ן וא"כ לפ"ז לדידן השתא בתר תקנות הגאונים ליכ' חילוק בין אמרו בפירוש או לא בין במקרקעי בין במטלטלי דאם לא הניח אלא קרקע א"כ לפי מאי דקיי"ל דהיכ' דלא הניח כלום אפי' מצוה ליכ' וכמבואר בסעיף א' אם כן אפי' לא אמרו בפירוש שסילקו בעד הקרקע ע"כ בעד הקרקע סילקו כיון דליכ' מצו' בלא הניח כלום ואי כשהניח קרקע ומטלטלין א"כ אפי' אמרו בפירוש שסילקו בעד הקרקע ליכא נפקות' דהא המאוחר גוב' עכשיו ממטלטלין דיתמי משום תקנת הגאונים ואי לא הניח אלא מטלטלין ופרעו למוקדם בעד המטלטלין א"כ אם תו ליכ' מטלטלין אפי' לא אמרו בפירוש ע"כ בעד המטלטלין פרע דבלא הניח הא קיי"ל דאפי' מצו' ליכ' ואם יש עוד

מטלטלין א"כ גבה המאוחר מאלו א"כ מה דמשמע מדברי הסמ"ע גבי מטלטלין נמי שפרע המעות בעדם דיש חילוק בין אמר בפירוש ולפמ"ש לא משכחת פתרי כלל לענין מטלטלין אלא דוק' בקרקע לדינ' דש"ס ועכשיו בתר תקנת הגאונים ואפי' לענין קרקע דלא משכחת לה וכמ"ש ודו"ק ואולי לזה כיון בש"ך אמנם לפענ"ד דגבי מטלטלים אפי' לא הניח אלא בעד נ' זוז מטלטלין פרעו למוקדם ואמרו בפירוש שבעד המטלטלים פרעו לו נרא' דאפ"ה המאוחר אם תפס אח"כ לא מפקינן מיניה דהא כיון דמטלטלין לית ביה דין קדימה ואם כן מעולם לא הי' של מוקדם דבשלמ' גבי קרקע כיון דיש דין קדימ' וא"כ הי' הקרקע משועבד למוקדם בלבד ואם כן מה שפרעו בעד הקרקע למוקדם ה"ל כאילו קנו מן המוקדם ותו אין למאוחר בו כלום אבל מטלטלים דלית ביה דין קדימה וכל כמה דלא מטא ליד המוקדם מצי המאוחר לזכות בו ע"י תפיס' ומה שקנו מן המוקדם אלו המטלטלי' בעד המעות לאו כלום היא וראי' מסוף פ' כל הגט בהא דתנן המלו' מעות את הכהן ואת הלוי להיות מפריש עליהם ופריך עלה והא לא מטא ליד כהן וע' בבכורות דף י"ח דאיפליגו ר' יוסי ורבנן כל שחליפים ביד כהן אי אמרינן עשו את שאינו זוכה כזוכה וסברי רבנן דלא עשו שאינו זוכה כזוכה ואפי' לר"י אינו אלא משום תקנת חכמים לו' עשו שאינו זוכה כזוכה אבל הכא נראה כל שחליפיו ביד מוקדם לא עשו שאינו זוכה כזוכה ועוד דהא הרא"ש והטור בי"ד סי' שי"ח דקי"ל כר' מאיר ודלא כר' יוסי ולא אמרי' כל שחליפיו ביד כהן עשו את שאינו זוכה כזוכה וא"כ ה"נ כל זמן דלא מטו ליד המוקדם אפי' חליפיו ביד המוקדם והיינו שזכה המוקדם במעות היורשים לא הוי כזוכה ויכול המאוחר אח"כ לתפוס ואי תפס לא מפקינן מיניה כן נראה לפענ"ד ברור לדינא:

סעיף ט

אבל אם ירשו וכ"כ בש"ע סי' קי"א ובסי' קע"ה בלי שום חולק ועיין בחידושי הרמב"ן בפ' בית כור וז"ל שלשה אחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהן ויש שואלין למה נטל חלקו של זה יותר משל אחיו וי"ל דבשהי' לזה בינונית דשיעבוד' דבע"ח עליו ואיכא למידק לימרו לי' להכי שקלת בינונית דאי מיטרפ' דלא גבאת מיניה כדאמרי' גבי נטל א' קרקע וא' נטל כספים ולא היא דשאני התם דא"ל האי דשקלי כספים דקיימי באפי' גנב משום דלא משתלים מינאי אבל הכא כ"ש שדעתו לפרוע מאחיו דלאו שופטני שיפרע לבדו חובותיו של אביו אי נמי משכחת לה דטריף לה בשויא ניהליה אפותיקי והאי לא ידע ומשמע שאם נטל בינונית ויש לאחיו בינונית דכוותיה ואתא עליה בע"ח רצה מזה גובה רצה מזה גובה דל"ל הכא הנחתי לך מקום לגבות ממנו כדאמרינן בב"ק פ"ק דהתם טעמא משום דא"ל לבע"ח מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכי היכא דאיהו

יכול להגבותך איזה מהן שירצה אנא נמי אבל הכא ליכא למימר הכי אבל ודאי שקיל עדיות וזיבורית א"ל להכי שקלי ארעא דלא חזיא לך. ובירושלמי מס' כתובות פ' מי שהי' נשוי מצאתי כן שמואל אמר שודא דדייני בשתי שטרות היוצאין על שדה אחת איזה מהן שירצו. ב"ד להחליט מחליטין והא תני יורשין שירשו שט"ח הבכור נוטל פי שנים יצא עליהן שט"ח הבכור נותן פי שנים ועוד הוא שוד' דדייני ר' אבין בשם ר' שמואל לא שנא דהן שני שטרות שיצאו על שדה אחת בין שטר א' שיצא על שתי שדות איזה מהן שירצו ב"ד להחליט מחליטין ומסתבר תבע הוא את שתיהן שודא דדייני תבע הוא אחד מהם גובה הימנו רצה מזה שאין ב"ד תובעין את השני מעצמן לעשות בו שודא עכ"ל. ונמצא לפי פסק הרמב"ן שאם יש לשניהן בינונית רצה מזה גובה רצה מזה גובה ואעפ"י שיש לכל אחד שיעור שדה והא דמקשה מעיקרא אמאי נוטל חלקו של אחד מהן יותר משל חבירו. ואע"ג דרצה מזה גובה דקושייתו על רצון המלוה למה גבה יותר מזה ולא גבה מחציתו מזה ומחציתו מזה לזה תירץ בשהי' לזה בינונית ולהכי גבה יותר מזה דניחא לי' טפי בבינונית אבל תוס' והרא"ש כשהקשו למה גבה מאחד הכל ולא תירצו כשהי' לזה בינונית וחירצו בעשאו אפותיקי לחודי' משום דהתוס' והרא"ש סברי דלא אמרינן כלל רצה מזה גובה וא"כ הקושי' דדינ' לאו הכי שיגבה מאחד הכל א"כ תו לא מצינן ליישב שהי' לזה בינונית ולזה זיבורית ולהכי גובה מאחד הכל דהא כיון דקי"ל אין נפרעין מיתומים אלא בזיבורית אפי' יש להם בינונית א"כ הי' לו לגבות משני אפי' זיבורית והרמב"ן דס"ל דיכול לגבות מאחד הכל אלא דקושייתו על רצון המלוה להכי שפיר מוקי כשהי' לו בינונית ולהכי רצונו הי' בבינונית טפי משיגבה מחצה השני בזיבורית ובההה"מ פ' נ"ה ממלוה כתב ויש שדחקו והעמידו זו בשאין לשאר אחין בינונית ע"ש וקשה דהא הה"מ שם סובר דאין יכול לגבות מאחד הכל א"כ מה בכך שאין לשאר אחין בינונית הא קיימ' לן אין נפרעים מיתומים אלא בזיבורית אפי' הן גדולי' ומה"ט נראה שלא הזכירו תוספות והרא"ש תירוץ זה והיכא דתובע לשניהן אמרי' שוד' דדייני והב"ד מחליטין מאיזה מהם שירצה הכל כן העלה הרמב"ן עפ"י הירושלמי: אמנם נראה לפענ"ד לפי מאי דקי"ל בשני שטרי הלואה שיוצאין ביום אחד לא אמרינן שודא וכמו שהעלו הרי"ף והרא"ש והתוס' בפ' מי שהיה נשוי והוא דלא אמרי' שוד' אלא בשני שטרי מתנה דאיכא למימר חד מינייהו קדים וכולם דחד אבל שני שטרי הלוא' דשעבודא חיילי אהדדי בסוף היום וליכא למימר חד מנייהו קדים ודאי יחלוקו ע"ש ומה"ט נמי בלוה ולוה וקנה דקי"ל יחלוקו בפ' מי שמת ולא אמרינן שודא משום דליכא חד מנייהו קדים לא שייך שודא וא"כ בנדון זה נמי כיון דשטר אחד יצא על שני שדות דלא שייך בזה לומר

דאיתרמי שיהיה שדה זו בשעבודו ולא האחרת דהא תרווייהו שקולין והי מנייהו מפקת א"כ לא שייך שודא והירושלמי לשיטתו דס"ל נמי אפי' היכא דליכא למימר חד מנייהו קדים נמי אמרינן שודא דאמר שם בירושלמי דשמואל פליג על מתני' דהי' כולן יוצאין בשעה אחת יחלוקו אלמא דסבירא ליה להירושלמי דאפי' בכה"ג דלא שייך הי מינייהו קדים נמי אמרינן שודא אבל ש"ס דילן דפליג בהא כמו שכ' הרי"ף ורא"ש בפ' מי שהי' נשוי דשמואל מודה בשטרי הלואות כיון דליכא למימר חד מינייהו קדים א"כ כי היכא דבשטרי הלואה אם יוצאין שני שטרות על שדה אחת לא אמרי, שודא אלא חולקין כיון דלא איתרמי שיהיה דחד כולי' כן ה"נ בשטר הלואה אחד שיצא על שתי שדות חולקים מזה מחצה ומזה מחצה ולא אמרינ' שודא דדייני ובירושלמי נמי מדמה שטר אחד שיצא על שתי שדות לשני שטרות שיצאו על שדה אחת וא"כ לדידן נמי בשטרי הלואה ל"ש שודא וכמ"ש ונראה דגם הרמב"ן שהעל' להלכ' עפ"י הירושלמי לומר שודא בשטר א' שיצא על שתי שדות היינו דלשטתו אזיל דס"ל רצה מזה גובה רצה מזה גובה וחייל שעבודיה על כל שדה ושדה א"כ בשתובע שניהן הברירה ביד הב"ד להחליט איזו שדה שירצו כיון שכולה משועבדת לחובו אבל לדעת הש"ע דאינו משועבד כי אם מחציתו א"כ ל"ש שודא כלל כיון שלא איתרמי שיהי' לחד כולי שעבודי' ולש"ס דילן בכה"ג לא אמרינן שודא ודו"ק: ובעיקר הדין שהעלה בש"ע דצריך לגבות מזה חצי ומזה חצי בלי שום חולק צ"ע שהרי הה"מ בפ"י מהל' נחלות כתב ז"ל וכתבו הרמב"ן והרשב"א ז"ל שאם נטלו שניהם קרקע ויש ביד כל אחד בינונית בע"ח הבא לגבות מהם רצה מזה גובה וכו' ואין מכריחין אותו לגבות מכל אחד מן האחין וכן עיקר עכ"ל גם בהה"מ פ' כ"ה ממלוה כתב ז"ל שנים שערבו לאחד כשיבא המלוה ליפרע מן הערב יפרע מאיזה מהן שירצה יש לדין זה ראיה ממה שאמרו בפ' בית כור שלשה אחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהן ואע"פ דקי"ל נכסוהי דבר אינש אינון ערבין בי' אלמא המלוה ע"י ערבים שנים יפרע מאיז' מהן שירצה ויש שדחקו והעמידו זו בשאין לשאר אחין בינונית אי נמי שהיה חלקו של זה אפותיקי מפורש וע"ש שהעל' דבערבין אינו לחצאין אלא גובה מאחד הכל וע"ש וכן העלה בש"ע לעיל סימן ע"ז וכן סתמו רוב הפוסקים וא"כ כיון דבשניהם ערבין יפרע מאיזה שירצה א"כ מ"ש הכא דאינו גובה בשני שדות מאיזה שירצה כיון דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין ועיקר ראייתם גבי שני ערבי' הוא מבית כור אלמא דשני שדות דומה לשני ערבין וכבר הנחנו דבר זה בש"ע סי' ק"ט ס"ק ג' בצ"ע. וגם בדברי הה"מ פ' כ"ה במ"ש ויש שדחקו להעמידן באין לשאר אחין בינונית צ"ע דהא קי"ל אין נפרעין מנכסי יתומים אלא בזיבורית ואפי' הן גדולים ומבואר כן בש"ס ר"פ

הנזקין וע' בטור וש"ע סי' ק"ח ואין לומר כיון דאידך שקיל זיבורית מצי אמר להכי שקלי ארעא דלא חזי לך וכן נראה מדברי הרמב"ן בחידושיו פרק בית כור שהבאתי דבריו לעיל אבל הוא גופי' קשיא אמאי הוי ארעא דלא חזי ליה כיון דדינא עיקר בזיבורית מיתומים וכל זה צריך נגר להולמו:

סעיף י

טורף חצי חוב מהלוקח שקנה מהיורש וכו' ז"ל הטור ירשו קרקעות וחלקום ומכר אחד מהם חלקו או נתנו במתנה ובא בע"ח אביהם לטרוף מהלוקח שקנה מהיורש ואו' הנחתי לך בני חורין ביד היורש האחר לגבות מהם כתב א"א הרב רבינו אשר ז"ל בתשו' שהדין עם הבעל חוב דלא אמרי' אין גובין מנכסי' משועבדים במקום שיש בני חורין אלא כששעבד הלוה נכסיו אבל גבי יורש או לוקח ששעבדו לא אמרי' הכי הלכך יטול חצי החוב מהלוקח וחצי החוב מהיורש עכ"ל. וע' בסמ"ע שכתב ביאור דבריו דכיון דהחוב של אביהן מוטל על שניהן בשוה לאו כל כמיני' דהיורש למכור את שלו ולהניח כל החוב על השני ע"ש. ולענ"ד לא יתכן דברי הרא"ש לפרש בזה הטעם דהרא"ש או' דברים שאינן מענין ומטעם זה: ולענ"ד פשוט דבא הרא"ש לו' דלא אמרינן אין גובין מנכסים משועבדי' במקום שיש ב"ח אלא היכא ששעבד הלוה דכיון דהלוה בעצמו לוה והניח מקום לגבות אצלו אין טורפין מנכסים משועבדי' משא"כ בהלוקח שהניח נכסים ביד לוקח או ביד יורש דגם הם לא נתחייבו אלא עבור הנכסים א"כ לא עדיף לוקח שני מלוקח ראשון או מיורש וכן אמרו בפ' מי שהי' נשוי דף צ"ב אמר רבה ראובן שמכר כל שדותיו לשמעון וחזר שמעון ומכר שדה אחת ללוי ואתא בע"ח דראובן רצה מזה גובה רצה מזה גובה וז"ל רש"י שם ואע"ג דאלו לקחה לוי לבינונית זו מראובן והניח אצלו זיבורית לא הי' יכול בע"ח דראובן לחזור על לוי כדתנן אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח ואפי' הן זיבורית התם הוא דראובן בע"ח הוא ואמרו רבנן מפני תיקון העולם כ"ז שיש אצל בעל חובו כדי חובו לא יטרוף לקוחות אבל כאן שמעון לאו בעל חובו ואף עליה מכח טירפא הוא בא עכ"ל רש"י ע"ש וא"כ ה"ה ה"נ ביורש שמכר לא שייך אין גובין מנכסי' משועבדי' במקום שיש בני חורין כיון דהיורש נמי לאו ב"ח הוא ולא בא עליה ג"כ רק מחמת טירפא משום דנכסוהי אשתעבדו לי' וכ"נ מדברי הרא"ש דהוא כולל יחד יורש או לוקח ששעבדו וכמו דגבי לוקח ששעבד לא אמרי' אין נפרעין מנכסים משועבדי' במקום שיש בני חורין אפי' הניח אצלו וכמבואר מהך דפ' מי שהי' נשוי כן נמי ביורש אפי' הי' מניח נכסים אצל היורש לא שייך האי דאין נפרעין מנכסי' משועבדי' כיון דגם על היורש לא בא אלא מחמת טירפא אלא קשי' הא דכתב הש"ע בסי'

קי"א סעיף י' יורשים שמכרו נכסי אביהם יש להם דין נכסים משועבדי' ואין הב"ח טורח מהם כיון שיש ב"ח דאביהם והא לפי"ז דין יורש כדין לוקח שמכר דאין בו הך תקנה דאין נפרעין מנכסי' משועבדי' כיון שגם על היורש והלוקח מכח טירפא הוא בא ואמר בני מוהר"ר דוד ש"ן דהך דסי' קי"א לאו מחמת התקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדי' במקום שיש ב"ח אלא כיון דיורש מכח טירפ' הוכרחנו לבוא עליו הרי הוא כדין לוקח שמכר אלא דגבי לוקח שמכר שדה אחת ללוי דאמרינן שם בפרק מי שהי' נשוי רצה מזה גובה רצה מזה גובה ולא אמרן אלא דזבין בינונית וכו' בינונית נמי לא אמרן אלא דלא שבק בינונית דכוותה אבל שבק דכוותה מצי אמר הנחתי לך מקום לגבות ופי' תוס' לאו דוקא קאמר האי לישנא דלא שייך למימר הכי אלא גבי בעלים ולא גבי הלוקח ועיקר טעמו לא הוי אלא משום מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו והוא הי' יכול לדחותו אצל בינונית אחרת דכוותה אבל לא שביק בינונית דכוותה לא מצי לדחותו אצל זיבורית דראשון נמי לא הי' יכול לדחותו אצל זיבורית וכו' ע"ש וא"כ הך דסי' קי"א שאני דלהכי אינו טורח מנכסי' משועבדי' כשיש ביד היורש ב"ח דאביהם דהא אפי' גבי לוקח נמי אע"ג דלא שייך הנחתי לך מקום לגבות מ"מ מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו לא מצי טריף משני וא"כ התקנה דאין נפרעין מנכסי' משועבדים במקום שיש ב"ח לא איצטרך מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ולא שייך התקנה דאין נפרעין אלא כשיש בנ"ח זיבורית ובזה לא שייך מה מכר ראשון לשני דהא גם ראשון לא הי' יכול לדחות א"כ גבי יתומים דקי"ל דלעולם אין נפרעין מנכסי יתומים אלא בזיבורית ואפי' הן גדולים כמבואר בסי' ק"ח א"כ דין שאין טורפי' מנכסים משועבדים כשיש ב"ח בידו דאם שייר לוקח בינונית דכוותה א"כ מה מכר ראשון לשני אפי' דלוקח שקנה מלוקח דינא הכי ואי לא שייר בינונית דכוותה אלא זיבורית ג"כ אמרי' מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו כיון שהראשון הי' יכול לדחותה אצל זיבורית ע"כ וק"ל. אמנם קשה מהא דכתב בטור וש"ע בסי' ער"ה דמחזיק בנכסי הגר ובזבז ישראל נכסים הי' עליו בעל חוב האחרון אחרון נפסד ע"ש והא התם אינהו לאו בעל חוב נינהו דמדין טירפא בא עליהם א"כ מ"ש ראשון משני והתם לא שייך תירץ זה וק"ל וצ"ע:

סעיף יא

הניח להם אביהם מטלטלים וקדם ופרעו לבע"ח מאוחר כתב הסמ"ע משום דאין קדימה במטלטלין וכבר כחבו המחבר לעיל בסי' ק"ד ובכמה דוכתי' ונראה דקי"ל כאן דגם היורשין פטורין ולא מיקרי מזיק שיעבודו של חבירו מטעם שכתבתי בסעיף ד' וכ"כ בד"מ בהדי' אההוא דינא בס"ד עכ"ל והיינו דשם בסעיף ד' כתב דאף במטלטלין שמכרו

אינו גובה מהדמים כיון דאינו משועבד אלא מתקנת הגאונים דלא תיקנו אלא בעודן בידו ולענ"ד נראה דהיכא דעמדו ופרעו לבעל חוב מאוחר א"ז מזיק שעבודו של חבירו דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דמאן דאמר קנה חבירו מי נימא דחייב התופס לשלם לבעל חוב משום מזיק שעבודו דהא אם לא הי' תופס לחבירו היו חולקין והתם איכא שעבוד תורה דהא מיני' ודאי גובה ועל תפיסתו הבריח שעבודו וכן היכא דחייב גם לתופס זכה לבעל חוב משום מגו דזכי לנפשיה וכמבואר בסי' ק"ה דלא נתחייבו לתופס משום דינא דגרמי שהבריח שעבודו שאלו לא הי' תופס בעל חוב הי' נוטל מדינא ולא מחמת התקנה אלא ע"כ דלא שייך מזיק שעבודו אלא היכא שמכר לאחר אבל בשני בע"ח שאין בהן דין קדימה ופרע לאחד בכולי' לא הוי מזיק שעבודו של חבירו דהא שעבודו של חבירו נמי הוא והוא נתן לחבירו וע' במוהר"ש הלוי בתשובותיו חלק ח"מ סי' י"א וז"ל אם כוונת האלמנה לתבוע את חמיה לפי שהזיק שעבוד כתובתה במה שפרע לבעל חוב ולא נשאר בנכסים שיעור כתובתה ע"ש ובמה שהביא מדין מזיק שעבודו ובמה שכתב שם לחלק. ולפמ"ש היכא דנותן לבעל חוב לא הוי מזיק שעבודו של חבירו אע"ג דלחבירו נמי משועבד מיהו אפשר לחלק דהתם גבי תופס לבעל חוב כי אמרי' קנה חבירו הרי זה התופס כשלוחו של בעל חוב והוה לי' כאלו הבעל חוב בעצמו תופסו וא"כ ודאי לא שייך מזיק שעבודו כיון דהוי כאלו הבעל חוב בעצמו תופסו והבעל חוב רשאי לתפוס בכולו אבל לפי מאי דקי"ל התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה א"כ התופס לבע"ח ונתנו לבע"ת דאז ודאי קנה הבע"ח דהא הגיע לידו אלא דהתופס ונתנו לו חייב משום מזיק שיעבודו של חבירו כיון שבשעת תפיסה לא הוי כאלו הבעל חוב עצמו תפסו ועכשיו שנותנו לידו הרי הוא מזיק שעבודו של חבירו דאי לא הי' נותנו לחבירו הי' נוטל חבירו ג"כ מחציתו מדינא דהא מיני' ואפי' מגלימא דעל כתפיה עוד אפשר לומר דהתופס לבעל חוב כיון דמיירי במטלטלין שאין בהם דין קדימה ועיקר שעבוד פריעת בעל חוב מצוה וכיון דהנכסים לא נשתעבד לא הוי מזיק שעבודו אבל היכא דיש לו שעבוד מטלטלי אגב קרקע שעבוד שניהן שוה כגון שיצאו בשעה אחת או לוה ולוה וקנה אם קדם אחר ותפס לבעל חוב ונתנו לידו חייב משום מזיק שעבודו וצ"ע מיהו לענ"ד נראה דהיכא דנותן לבעל חוב כיון דהוא לדירי' ג"כ משתעבד אין זה בכלל מזיק שעבודו דדינא הכי הוא דמאן דתפס הוברר הדבר דשעבודו דזה הוא ואין לשני בו כלום:

סימן קח

סעיף א

מלוה ע"פ אינה נגבית מהיורשין אלא באחד משלש' דרכים וע' בבכורות פ' יש בכור דף מ"ה במשנ' שם מת האב והבנים קיימים ר' מאיר אומר אם נתנו עד שלא חלקו נתנו ואם לאו פטורין ר' יהודה אומר נתחייבו הנכסים ואמרינן שם בגמר' דפליגי במת האב אחר שלשים ואי דאיכ' נכסי טוב' ה"נ דשקיל אלא הבמ"ע דליכ' אלא חמש סלעים ודכ"ע אית להו דרב אסי האחין שחלקו מחצה יורשין ומחצ' לקוחות ודכ"ע מלו' הכתוב' בתור' לאו ככתוב' בשטר דמיא ודכ"ע אית להו דר"פ דאמר ר"פ מלו' ע"פ גובה מיורשין ואינו גוב' מלקוחות והכא בחמש ולא חצי חמש קמיפלגי דר"מ סבר חמש ולא חצי חמש ור"י סבר חמש ואפי' חצי חמש וע"ש בסוגי' והמתבאר משם דאי נימא האחין שחלקו לקוחות הן ומלו' ע"פ אינו גוב' מלקוחות אין מלו' ע"פ נגבית מיורשין אחר חלוק' וא"כ קשה לדידן דקי"ל האחין שחלקו לקוחות הן ומלו' ע"פ אינו גוב' מלקוחות איך גובין מיורשין אחר חלוק' וכבר האריך בקושי' זו יש"ש בדיני ברירי' וע' במעדני מלך ובתוי"ט במשנ' זו וע"ש שתירצו לפי ששיעבוד' דאוריית' ומלו' הכתוב' בתור' ככתוב' בשטר דמיא ומדינ' אפי' מלקוחות גבי אלא משום פסיד' דלקוחות אינו גובה ולגבי יורשין דלא שייך פסיד' אוקמה אדינ' וע"ש. אמנם אכתי תיקשי דהא תינח במלו' הכתוב' בתור' די"ל שעבוד' דאוריית' אבל שאר הלואות שאין כתוב בתור' דהוא דעת התוס' דלא אמרינן שעבוד' דאוריית' והוא דעת כמה גדולי פוסקים הראשונים וכאשר הובא בסי' ל"ט ע"ש והאחרונים לא הכריעו בזה א"כ היאך מגבין מאחין שחלקו דהוי כלקוחות כיון דלמ"ד שעבוד' לאו דאוריית' מדינ' לא גבי תו לא שייך דבריהם שאמרו כיון דאינו אלא משום פסיד' דלקוחות ובאחין שחלקו אוקמה אדינ' דהא למ"ד שעבוד' לאו דאוריית' מדינ' לא גבי. ונרא' לפ"מ שנתבאר בסי' קי"ד דיורש שמכר כל נכסים בענין שלא יכול לגבות כגון מלו' בשטר ומכרו לכותי או מלו' ע"פ ומכרו לישראל חייב היורש מדינ' דגרמי וכן נוטה דעת האחרונים וא"כ א"ש דגובין מאחין שחלקו דממ"נ אם יורשין הן בדין הוא דליגבי מינייהו דהא מלו' ע"פ ניגבית מיורשין ואי נימא אין ברירי' וכלקוחות הן וה"ל כאלו מכרו זה לזה חלקו א"כ נמי חייבין משום דינא דגרמי כיון דקודם חלוק' היו משועבד לבע"ח ובחלוקתן דהוא במכיר' הפקיעו שעבודו ואע"ג דלא נתכוין להזיק נמי שייך דינא דגרמי אלא דגבי חמש סלעים דבן דאמרי' למ"ד לקוחות הן דאינו גוב' ולא אמרינן דליגבו מדין מזיק שעבודו דהתם גבי מתנות כהונה קי"ל בפ' הזרוע דהמזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור משום דהוי ממון דאין לו תובעין וכמבואר בי"ד סי' ס"א ע"ש וא"כ דין

מזיק לא שייך גבי מתנות כהונה ודוק' כשהו' בעין צריך ליתן לכהן אבל כשאינו בעין אינו חייב מדין מזיק ולהכי גבי חמש סלעים דבן א"צ דאחי' שחלקו לקוחות הן וכבר הופקעו שעבוד שהי' על הנכסים ואינו אלא משום מזיק וגבי מתנות כהונה אם הזיקן פטור ואף על גב דמשתרשי ליה ומשמע בש"ס פרק הזרוע דחייב נמי במתנות כהונה והכא משתרשי' ליה דהא החליף חלקו בחלק חבירו דלפי מ"ש בסימן ק"ט ס"ק ו' בשם הר"ן אפי' היכ' דמשתרשי ליה נמי פטור במזיק מתנות כהונה דהא אכלה נמי משתרשי ליה אלא היכא דהפקיע הוא מצותו לעולם פטור ע"ש ובהכי ניחא דלפי אוקימת' דש"ס בפרק יש בכור דפליגי ר' מאיר ור' יהודה בדרב פפא ובדרב אסי א"כ הוי מצי לאפלוגי גם בשאר חוב ואמאי פליגי דווק' בחמש סלעים דבן ולפי מ"ש ניח' דבשאר חוב אף על גב דלקוחות נינהו חייבים היורשים מדינא דגרמי אבל גבי חמש סלעים דבן לא שייך דין מזיק דמזיק מתנות כהונה פטור וק"ל:

סעיף ב

יש מי שאומר שמי שנתחייב ממון בב"ד עבור מלשינות ומת גובה מהיורשין. עיין ש"ך שתמה ע"ז דלמה כ' בשם יש מי שאומר דהא לא אשכחן מאן דפליג ע"ז וע"ש והיינו דאע"ג דאשכחן בסי' שפ"ח במסוד דלא קנסו בנו אחריו אבל כשעמד בדין ודאי נעשה ממון ממש וכאן שכ' מי שנתחייב ממון בבית דין הרי עמד בדין:

סעיף ג

אין נפרעין מיורשין קטנים עמ"ש בסי' ק"י:

סעיף ד

כגון שמת אביהם תוך זמנו עיין ש"ך שהאריך בזה להקשות דהא אביהן היה נאמן לטעון החזרתי אפילו בתוך זמנו משום מגו דנאנסו דאפילו בתוך זמנו נאמן במגו וכמבואר בסי' ע"ח ולענ"ד נראה דהבדל והפרש גדול בין הפה שאסר הוא הפה שהתיר והיינו דאין החזקה ידוע כי אם על פיו ובהאי דסי' ע"ח דקאי אחר זמנו או שאין עדים על הזמן משא"כ היכא דהחזקה ידוע לנו שלא על פיו בזה לא מהני ליה מגו במקום חזקה ואע"ג שהש"ך דחה סברא זו כבר החזקנו אותה סבר' בסי' צ"ג ס"ק י"ב ע"ש ועמ"ש בסי' ע"ח ס"ק ד':

סעיף ה

אין טוענין להם שנאנסו. הטעם כתבו הפוסקים משום דמילתא דל"ש לא טענינן ליתמי ועיין בתשובת הרא"ש כלל פ"ו סי' א' שהאריך בזה בענין מילתא דל"ש לא טענינן ליתמי ועיין בתשובת הרא"ש כלל פ"ו סי' א' שהאריך בזה בענין מילתא דל"ש וז"ל

וגם האפוטרופוס של היתומים אסור לטעון ליתומים דבר שנראה לו שהוא שקר משום שנאמר מדבר שקר תרחק ועוד שנראה שיש חילוק בדבר דל"ש כולי האי ואינו ניכר כל כך שהוא שקר שאם טען אפוטרופס טענתו טענה ואם לא טען האפוטרופס לדיין אין לנו לטעון בשביל היתומים וראיה מפ' בתרא דכתובות דף ק"ט ההיא שעשאה סימן לאחר שכיב ואוקי אפוטרפ' ליתמי כו' אמר אביי האי דמוקי אפוטרופוס נוקי כי האי דידע לאפוכי בזכות' ואביי אמאי אמר מעיקרא זיל הבו ליה ואבד את זכותו למה לא טען הוא ליתומים אלא כדפרישית לעיל ע"ש וכן פסק הרמ"א בסי' ר"צ סעיף י"ב לחלק בין דבר שהוא שכיח ללא שכיח דהב"ד אין טוענין ואפוטרופוס מצי טען ובין היכא דל"ש כלל דאפילו אפוטרופוס אינו טוען. והך טענה דנאנסו נראה דאפוטרופוס מצי למטען דנאנסו לא הוי דבר דל"ש כלל אלא שכיח ולא שכיח וכ"מ קצת בריש המפקיד והא דב"ד אין טוענין ואפוטרפוס מצי טעין היינו משום דכיון דל"ש אין לב הב"ד נוקף בספק זה והוי לדידיה כברי לי וכהאי דפירש"י בפ"ב דכתובות גבי אומרות ברי לי היינו שאין לבי נוקפת אבל האפוטרופוס אם לבו נקפו בספק זה מצי טעין וסמכינן אטענתו דברי מדטעין הכי ע"כ לבו נקפו בספק זה ולהכי גם אפוטרופוס אסור לו לטעון דבר שקר שמא היה כך עד שיהא לו קצת רגלים לדבר ואיזה סיבה שיגרום לו בספיקו עיין במוהרי"ט ח"א סימן ק"ב שכתב קרוב לענין זה בענין אפוטרופוס דמצי טען יותר מב"ד ע"ש. ולפ"ז אם היתומים גדולים וטוענין בעצמם שמא נאנסו נמי טענתן טענה דלא גריעי מאפוטרופס ואיכא למידק הא דאמרי' פ' הגוזל בתרא הגוזל ומאכיל את בניו פטורים מלשלם הניח לשניהם גדולים חייבים קטנים פטורים ואם אמרו גדולים אין אנו יודעין חשבונות שחשב אבינו עמך פטורין ופריך ומשום דאמרי אין אנו יודעים פטורים וצ"ל דקושיות הש"ס כמ"ש הרא"ש בפסקיו משום דהוי מלתא דל"ש לומר שאביהן חזרו ולקחו ממנו ומלתא דל"ש לא טענינן ליתמי וכ"כ בעל המאור ס"פ הגוזל בתרא וכיון דמבואר ברא"ש דאפוטרופוס מצי טעין בדבר דל"ש א"כ מכ"ש יתומים עצמן והתם הרי אמרו גדולים אין אנו יודעין חשבונות שחשב אבינו עמך וא"כ נהי דאין הב"ד טוענין עבורן הא הם בעצמן טענו כך וא"ל דהתם הוי מלתא דל"ש כלל דאפילו אפוטרופוס לא מצי טעין דמ"מ נראה דהיתומים מצי טענו אפילו מלתא דלא שכיח כלל דמ"ש אינהו מאבוהון כיון דהם בעלי דבר בעצמן:

סעיף ו

או חליפיו והיינו דכיון דיש עדים שהו' מאותו עסק או חליפיו תו ליכא שום חשש שבועה כיון דאין עדים שזה הוא עסקא שלו ובתומים ראיתי שכתב ז"ל דין זה צ"ע כי

ברי"ף ורמב"ם והרא"ש לא נזכרו רק אם העסק דאתו מחמתו והיינו שנתן מעות ובמעות הללו קנה סחורה ומטלטלין בזה לכ"ע בחזקת הנותן וגובה בלא שבועה אבל אם החליף אולי החזירן ומשלו החליף וכן כתב הר"מ בתשובת מיימוני לספר קנין דין י"א ע"ש להדיא דאם נשתנית הפרקמטיא ונתחלפה באחר דטענינין ליתמי החזרתי במגו דנאנסו והטור כתב בי"ד סימן קע"ו הך דחליפין ומזה לקחו רבינו המחבר וצ"ע כי במחלוקת נישנית עכ"ל ולי נראה דאין כאן מחלוקת דודאי היכא דאין עדים שזה חליפי סחורתו דהיינו דראו עדים שנטל בעד העיסקא זה הסחורה וא"כ הסחורה הוא חליפי עיסקא וידוע זאת ע"פ עדים א"כ מה זה מיגו דנאנסו כיון דראהו עתה החליפין של עיסקא בעין ומה לי שראה עדים שלקח מן המעות סחורה או מן העסק החליף סחורה בסחור' שלו שידוע על פי עדים והכירו החליפין ודאי לא מצי טעין נאנסו ואי ליכא עדים אם כן אפי' היה בידו המעות נמי מצי טעין נאנסו כיון דאין מכיר את העיסקא ומ"ה בתשובת מיימוני היינו משום דלא היה עדים שראו החליפין רק ראו העסק הראשון ומש"ה כל שנשתנה מצי טעין החזרתי במגו דנאנסו אבל הרי"ף והרמב"ם וטור וש"ע שכתבו דאין עדי' שהוא מאותו עסק או חליפיו א"כ ודאי לא מצי טעין נאנסו וזה פשוט וא"צ לפנים ואין כאן מחלוקת:

סעיף ז

מתו היורשין שהיה להם לישבע שבועת היורשין עיין טור שהביא בשם הראב"ד היכא שמת מלוה בחיי לוה שהיה להם לישבע שבועת היורשין וליטול ומת א' מהם קודם שנשבע אין האחין גובין בשבועתו שמא להם לא צוה ולו צוה והם אין יכולין לישבע שלא נפקד אחיהן המת מאביו לפיכך נשבעין וגובין חלקם ומפסידים חלקו ועיין שם ולפי מה שנראה לומר בסק"ז דהיכא דכתוב לכל מי שמוציאו דאין צריך לבא מכח המוריש לא אמרינן אין אדם מוריש א"כ ה"ה הכא כיון דאחין א"צ כתיבה ומסירה ויכול אחד לגבות כלו אפי' אין לו כתיבה מהאחין וכמ"ש בתשובת הרמ"א סי' כ"ב ותשובות צמח צדק סימן צ"ב דמהאי טעמא באחין שחלקו בשטרות לא מצי מחיל משום דאין צריך לבא מכחו ע"ש אם כן היה מקום לומר דלא שייך בזה אין אדם מוריש אע"כ דאפי' היכא דא"צ לבא מכח ירושה נמי אין אדם מוריש:

סעיף ח

אבל מת לוה בחיי מלוה יש להסתפק בממרנ"י שלנו שכתוב לכל מי שמוציאו ואין כתב בו שם המלוה אי נימא ביה דין דאין אדם מוריש שבועה ונראה דודאי הא דמת לוה בחיי מלוה אין היורשין גובין לפי שאין יכולין לישבע אין הטעם משום ספק דלמא נפרע

אביהן והם אין יודעים לישבע שלא נפרע דאם כן אפי' הלו' עצמו קיים איך גובין בו יורשי המלוה ניחוש שמא פרע ואינהו לא ידעו לישבע בברי שלא נפרע אע"כ דמוקמי' השטר בחזקתו והא דמת לוה בחיי מלוה אין גובי' היינו מטעם אחרינא דאין אדם מוריש ממון שיש בו שבוע' לבניו וא"ר בממרנ"י שלנו דאין היורש צריך לבא מכח ירושה אלא לדידי' נמי אשתעבד ולחשש ספק פרעון לא חיישינן וא"כ הכי ליורש גופ' נמי משתעבד כיון דהוא המוציא עכשיו ובד"מ בסי' זה כתוב וז"ל ובתשו' הרשב"א סי' תתקע"ט האריך בזה וכתב דאפי' כתוב בשטר שיהא הלוה משועבד לכל המוציא מ"מ אם מת הלוה בחיי המלוה והי' אז השטר בידו ומכרו או נתנו אח"כ לאחר אין גובה בו ולא אמרינן הרי משתעבד לכל המוציא ואינו בא מכח המלוה זה לא אמרינן וע"ש וצ"ע מיהו בממרנ"י שלנו דתיקון הארצות היו שיהי' בדין נאמנות ואפי' לא נכתב כנכתב דמי א"כ בלא"ה לא שייך ביה דין יתומים מיתומים כיון שהוא כמו כת"י בנאמנות:

סעיף ט

זה שאמרנו בדין כו' עמש"ש בסי' פ"ב טעמא דהחמירו דוקא דאין אדם מוריש דוקא בבא לגבות מהיתומים וכן בדין חשוד הבא ליפרע מיתומים בסי' צ"ב החמירו ג"כ שלא ליטול ולא בבא ליטול מני' משום דיתומים מדינא לא גבי לרב ושמואל דאמרי תרווייהו שעבודא לאו דאו' ואינו אלא משום דברי סופרים ולהכי כשאינו יכול לישבע מפסיד אבל מני' ודאי מדינא גובה דהא מוטל עליו לפרוע ולהכי אפי' פוגם וע"א כשבא ליטול מניה לא אמרי' אין אדם מוריש וע"ש שכתבנו דרב ושמואל לשיטתן דאמרו בפ' כל הנשבעין אין אדם מוריש ולפ"ז א"כ ה"ה בבא לטול מלקוחות בדין הוא דנימא ג"כ אין אדם מוריש כיון דמדינא לא גבי מלקוחות וכשאינו יכול לשבע כתקנות חכמים בדין הוא שיפסיד אלא בלקוחות טעמא אחרינא אשכחנא ביה לטובת המלוה שיטול כמ"ש הרא"ש בתשוב' כיון דיש מקום לגבות מני' דלוה כי איתרמי ליה זוזי לא החמירו בדין אין אדם מוריש ואפשר דמה"ט כתב רי"ו נתיב כ"ו ח"ג בשם הרמב"ן גבי שבועה דלקוחות לחלק בין עמד בדין ובין לא עמד בדין וכשעמד בדין ונתחייב שבועה ללקוחות אין אדם מוריש והובא בסמ"ע ע"ש ונרא' דהיינו דוק' בשבוע' דלקוחות דמדינ' הוי שייך ביה חומרא דרב ושמואל כיון דלקוחות לא גבי מדינא דאורי' כמ"ש אלא דס"ל להרמב"ן דכ"ז דלא עמד בדין לא נתברר חיוב שבועה דשמא ימצא מקום לגבות מן הלוה עצמו אבל כשעמד בדין וכבר נתחייב שבועה ללקוחות א"כ אמרינן בהו חומרא דרב ושמואל אבל באינך שבועה כגון פוגם וע"א דהוא מני' דלוה יש לומר דמודה הרמב"ן דיורשין גובין מניה וכמו שמבואר בש"ס פ' כל הנשבעין דאין לחלק בין עמד בדין או לא:

סעיף י

וכן שבועת היסת שנהפכ' לתובע ומת. ע' ב"ח שכת' בשם מהרש"ל שאם חוזרים היורשים ותובעין לזה שהי' מהפך השבוע' על אביהם עכשיו שאביהן מת ולא יכול לישבע נשבע הנתבע היסת וכמ"ש למעלה בסי' פ"ב בשם הרמב"ם דכל הנשבעין ונוטלין אם היו חשודין הנתבע נשבע היסת ונפטר אפי' מאן דפליג בחשוד התם דוק' אבל במת מודה דמשלם או נשבע עכ"ל ולענ"ד נ' דוק' בחשוד שתובע היסת אז כיון דלא מצי להפך על החשוד צריך הנתבע בעצמו לישבע היסת אבל בזה שכבר הפך השבוע' בעודנו בחיים וכבר נפטר הנתבע משבועת היסת ע"י היפוך על התובע וא"כ אם מת ולא נשבע תו אין על הנתבע היסת ואם הי' התובע בחיים ורוצה להפך על הנתבע הי' עליו חרם כמנהג בתי דינין א"כ עכשיו שמת ותובעי' היורשין נמי אין לו על הנתבע רק חרם זה נרא' לענ"ד עוד הביא הב"ח שם בשם מוהרש"ל שאם חזרו יורשי שכיר ותובעין להשוכר צריך היסת והב"ח פסק דבעה"ב נשבע כדין של תור' כמ"ש הר"ן גבי שכיר שהי' עבד ע"ש ובזה נרא' לי דברי מוהרש"ל נכונים דאפי' לדעת הר"ן גבי שכיר שהי' עבד דצריך בעה"ב שבוע' בנק"ח היינו משום דס"ל דעיקר השבוע' הי' מעיקרא על בעה"ב אלא שתקנו לטובת השכיר על השכיר ולהכי כשהשכיר עבד ואינו יכול לישבע אינו מפסיד תקנתו שצריך בעה"ב לישבע בנק"ח אך זה דוק' לשכיר תקנו משום כדי חייו דצריך בעה"ב נק"ח אבל כשמת דאמרו עלה בירושל' כלום תקנו אלא לשכיר לא ליורשיו א"כ שבועת בעה"ב נמי לית להו ליורשין דלא תקנו נק"ח על בעה"ב אלא משום כדי חייו דשכיר ולא כשמת ודוקא בשכיר חי אלא שאינו יכול לישבע שהי' קטן או עבד בזה ודאי צריך בעה"ב לישבע בנק"ח לדעת הר"ן וזה פשוט:

סעיף יא

אפי' יש עדים שמעידים שזוכרין הפרעון אין עדותן עדות לפי שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד והקש' ב"ה הא קי"ל דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד ע"ש ועש"ך ולענ"ד דכיון דהדין הזה הוא מתשו' הרשב"א והרשב"א לשיטתו דפי' הא דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד משום דהמקיימין לא על מנה שבשטר הן מעידין אלא על החתימ' הובא דברי הרשב"א בטעמ' בסי' מ"ו אצלינו בסק"ה ולהכי א"ש דשובר שיצא אחר מיתת אביו א"י להתקיים בשום אופן דהא שיבואו עדים לקיים החתימ' שיאמרו זהו חתימתן לא מהני גבי שובר שיצא לאחר מיתת אביהן משום דאמרינן זיופי זייף מדלא הוציאו בחיי אביו ואפי' עדים עצמן החתומים אומרין שמכירין שהיא חתימתן נמי אמרינן ציורי צייריה וא"כ אינו מועיל אלא שיעידו על הפרעון ובזה אין מקבלין שלא בפני בע"ד כיון

דעל מנה שבשטר הן מעידין ואפי' היכא שעדיו החתומים אמרו בבירור אנו חתמנוהו ונקב יש בצד אות פלוני' ג"כ הוי כמו שמעידין על מנה שבשטר דמה שמעידין שזכרו שנתנו שובר הרי הוא כפרעון דמה לי פרעון או שובר שובר נמי פרעון וכאלו העידו שמחל לו דזה נמי הוי על מנה שבשטר וכמ"ש בסי' מ"ו ס"ק ע"ש ומיהו מספיק' לא מפקינן השטר מיד היתומים דהא לפי פי' תוס' דהכא דמקיימי' שלא בפני בע"ד משום דקיום דרבנן הוא בדין שיועיל עדותן הכא אפי' הם מעידין על גוף הפרעון אלא דכיון דלהרשב"א אינו מועיל הקיום וכמ"ש אין מוציאין מיתומים את השטר נגד דעת הרשב"א והוא פשוט. והב"י סי' ק"י כת' דהרשב"א סובר כהרא"ש בתשוב' דאין מקיימין שטר בפני יורש קטן מדכת' כן גבי שובר וכו' ע"ש ולענ"ד נרא' פשוט כמ"ש דכיון דהוצרכו להעיד על גוף הפרעון וזה אינו מועיל שלא בפני בע"ד לשיטת הרשב"א:

סעיף יב

אם הניזק בא לגבות כו' ואם הם גדולים גוב' כדינו מהעדיות זה הוא דעת הרא"ש וטור ועמ"ש בריש סי' ל"ט:

סימן קט

סעיף א

שומעין ליורש כת' הסמ"ע לא מיבעיא אם יש ליורש עתה מעות ורוצ' לפדותם דשומעין לו אלא אפי' אין לו מעות שומעין לו שישומו שאם יהי' לו מעות לא יתן רק כפי שויו וכו' ובמלו' שבא לגבות מהלוקח ובא לקבל שדה בלא שומא בדמי כל חובו שומעין להמלו' ע"ש כמ"ש הטור והמחבר לקמן ס"ס קמ"ד ע"ש בסמ"ע וכת' הש"ך ז"ל מיהו כל זה לדעת הטור והרא"ש אבל כבר העליתי לקמן בסי' קט"ו סק"א דלא כוותיהו אלא כהרמב"ם והראב"ד ובעל התרומות שער ב' וכן פסק הריב"ש בתשו' סי' תפ"ג דבכל ענין אין היתומים או הלוקח יכולין לסלק לבע"ח עד שיתנו לו כל שיעור חובו הא לאו הכי יכול למימר הקרקע שוה לי כל חובי וכן עיקר עכ"ל. ונרא' להביא ראי' דאין הלוקח יכול לסלקו בזוזי אם אינו מסלק לו כפי כל חובו דבפ' מי שהי' נשוי דף צ"א ההוא גברא דהוי מסקי' ביה אלפא זוזי ה"ל תרי אפדנא זבינהו חדא בחמש מאה זוזי וחדא בחמש מאה זוזי אתא בע"ח טרפה לחדא מנייהו הדר קא טריף לאידך שקל אלפא זוזי וקא אתי לגביה א"ל אי שויא לך אלפא זוזי לחיי ואי לא שקול אלפא זוזי ואיסתליק סבר רמי בר חמא למימר היינו מתני' אם אמרו יתומים הרי אנו מעלין על נכסי אבינו יפה דינר א"ל רבא מי דמי התם אית להו פסיד' ליתמי הכי מי אית ליה פסיד' אלפא יהיב

ואלפא שקיל וכתבו תוס' בד"ה מאי פסיד' אית ליה וז"ל מכאן רגילין לומר דהא מסקי בהמקבל הניח' למ"ד אי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי מסלקי בזוזי אלא למ"ד לסלוקי כו' היינו פלוגתא דרמי בר חמי ורבא דרמב"ח סובר הכא דלא מצי לסלוקי בזוזי ורבא סובר דמצי מיהו לרמב"ח ניחא אלא לרבא מנא לן דלמא הא דהוי הכי מצי לסלוקי משום שלא הי' רוצ' ליקח האפדנ' אלא בה' מאות והלוקח רוצה לתת אלפא ולכן סילקו אבל היכא דרוצ' הבע"ח ליקח הקרקע באותן דמים שרוצ' הלוקח לסלקו מצי למימר דמודה רבא דלא מצי מסלק וי"ל דמ"מ כל שעה יסלקנו שיושם לו הקרקע כפלים על שוי' עכ"ל נמצא דטעמא דלוקח מצי מסלק בזוזי לבע"ח הוא רק משום דמעלה אותו בשויו כפלים על חובו אבל אם אינו מעלה יותר מחובו אין הלוקח יכול לסלק משעבודו של בע"ח דרמב"ח דסובר דאין הלוקח יכול להעלות בדמים סובר מה"ט דלא מצי מסלק בזוזי ואם כן היכא דהלוקח מסלק לבע"ח בכדי חובו ניחא דיכול הלוקח לומר לדידי שוה הקרקע יותר מחובך ואני קניתי את הקרקע ושלי הוא ולדידך אינו מגיע יותר מחובך כיון דלית ליה פסידא מצי הלוקח לומר הרי אני מעל' על הקרקע זו אבל כ"ז שאינו מסלק לבע"ח כפי חובו אין הבע"ח צ"ל לדידי שוה כל חובי אלא כיון דאין הלוקח מצי אמר אני מעל' יותר מחובך דאם יעלה בכדי חובו הרי צריך לסלקו בכדי חובו עכ"פ וא"כ ממילא לא מצי לוקח מסלק בזוזי לבע"ח משעבודו עד שיאמר הלוקח אני מעל' על הקרקע יותר מחובך וא"כ מה שכת' בעה"ת בשער ג' חלק ששי וז"ל אם הלוקח או היתומים רוצים לסלקו בדמים ואינו שוה אלא פלגא חובו והוא טוען לדידי שוה כל חובי י"א שא"י לומר כן והראב"ד כת' שיכול לומר כן והובא בב"י סי' קט"ו ע"ש אין אנו צריכין להאי שיאמר הבע"ח לדידי שוה כל חובי אלא כיון דאם אינו שוה אלא בכדי חובו והרי צריך לסלקו כל חובו נמי אין הלוקח יכול לסלקו אלא משום שהלוקח אומר לדידי שוה יותר מחובך וא"כ צריך עכ"פ לפרוע בכדי חובו וז"ב ודו"ק. אלא דנרא' דהיינו דוק' בלוקח דגבי לוקח ליכא טעם שיוכל לסלקו בזוזי אלא מטעמא דרבא שיאמר לדידי שוה יותר מחובך וכ"ז שאינו אומר כן אינו יכול לסלקו בחובו וכמו שסובר רמב"ח דאין הלוקח יכול לסלקו בזוזי כיון דלא ס"ל שיאמר לדידי שוה יותר מחובך אבל גבי יורש בדלאו ה"ט נרא' דיכול לסלקו בזוזי אפי' אינו מעל' יותר מחובו ומשום דשומ' הדר' ליורש אפי' אחר שומא והכרז' ומכ"ש שומא והכרז' ובודאי גם רמב"ח אע"פ דלא ס"ל שיכול להעלות הלוקח ביותר משויו אפ"ה מוד' ביורש דיכול לסלקו ומשום דינא דשומ' הדרא וכמ"ש הרא"ש בפ' מי שהי' נשוי להוכיח מפלוגתא דרמב"ח ורבא דגבי לוקח לא שייך דין שומא הדרא דאי הוי ביה דין שומא הדרא אין סובר רמב"ח דאינו יכול לסלקו הא אפי' אחר גביה

יכול לסלקו משום ועשית הישר כו' ע"ש וכיון דגבי יורש לא צריכין להאי מילתא שיאמר הרי אני מעלה אפי' בכדי שויו יכול לסלק וכמו לרמב"ח דס"ל דיורש ודאי מסלק משום שומא הדרא אם כן היכא דאינו שוה אלא פלג חוב מצינו למימר דיכול לסלק דבעל חוב לא מצי אמר לדידי שוה כל חובי והיורש אע"ג דאינו מעלה ביותר משויו יכול לסלקו משום שומא הדרא ולפי"ז ?לתברר לפנינו טעמא רבה לחלק דין יורש מדין לוקח דבטור כתוב כאן דהיורש מצי לסלק בכדי שומתו ובסי' קל"ד גבי לוקח כת' דאינו יכול לסלק משומתו והסמ"ע כת' משום טובת הלו' הוא ולפי מה שכת' אפי' מת הלו' נמי אין הלוקח יכול לסלק לבעל חוב כ"ז שאינו נותן לו בכדי כל חובו דאע"ג דאין הבע"ח יכול לומר לדידי שוה כל חובי מ"מ כ"ז שאין הלוקח מעלה ביותר מחובו א"י לסלקו משיעבודו שיש לו על הקרקע אבל יורש אפי' אינו מעלה ביותר מחובו יכול לסלקו משום דינא דשומא הדרא ודו"ק:

סימן קי

סעיף א

שאין גובין מיורשים קטנים מעשה בא לידינו להזדקק לבע"ח בנכסי עובר ונרא' לפי דעת הרי"ף ביבמות פ' אלמנה דעובר לית ליה ירושה אפי' דממיל' וכן דעת הש"ך סי' ר"י ע"ש והוא ממה שאמרו במתני' בפלוגתא דחכמים ור"י העובר פוסל ואינו מאכיל וא"כ כיון דעובר לאו בר ירוש' הוא א"כ הוי נכסי גדול ולא נכסי קטן ודאחיו דמת או דשאר מורישיו הוא אמנם לפי דעת הפוסקים שחולקים על הרי"ף בזה וס"ל דעובר איתיה בירוש' דממילא והובא דעתם אצלינו בסי' ר"י ע"ש א"כ הוי נכסי קטן ואין נזקקין לנכסי קטן. אמנם נרא' כיון דקי"ל כחכמים דעובר אינו פוסל ואע"ג דעובר בר ירוש' ואמרו בש"ס שם פ' אלמנה דף ס' הטעם לרבנן משום דסמוך מיעוטא דמפילות למחצ' דנקיבות וה"ל זכרים מעוטא וכן פסק הרמב"ם פ' ח' מה' תרומות דאם יש לו אחין דאינו פוסל משום סמוך מעוטא דמפילות למחצ' נקבות וא"כ ה"ה הכא נמי אם יש לעובר אחין גדולים נרא' דנזקקים לבע"ח אפי' נגד חלק העובר משום דסמוך מיעוטא דמפילות למחצ' דנקבות וה"ל זכרים מיעוט' ודאחין הגדולים הוא ודומה לזה כתב הר"ן הא דאין נזקקים לנכסי קטנים היינו שהוא בודאי של קטנים וכמ"ש הרמ"א א"כ אם אין לעובר אחין אלא אחיות אז אין נזקקים נגד חלק העובר דליכ' אלא מיעוט דמפילות והמעש' שבא לידינו הוא בעובר שאין לו אחין ולא רציתי לסמוך מנפשאי ע"ד הרי"ף לזקוק לבע"ח עד שהוצרך הבע"ח לוותר קצת מחובו אבל אם יש לו אחין גדולים נרא'

דאין חוששין לעובר ונזקקים לבע"ח כן נרא' לענ"ד ואפי' לפמ"ש הרשב"א הובא בב"י בסי' רפ"ט בהניח בנים גדולים ואשתו מעוברת דמעמידין אפטרופס על חלק העובר עד שנדע אם זכר אם נקבה מ"מ כאן כיון דהא דאין נזקקין לנכסי קטנים היינו שיהא ידוע בודאי שהוא של קטנים וכמו שכתב' הר"ן א"כ כיון דביש לו אחין אדרב' הנכסים בחזקת גדולים ומשום דה"ל הגדול ודאי וכמ"ש א"כ יש לסמוך בזה להזדקק נגד בע"ח כמו שכתוב ועמ"ש בסי' רפ"ט:

סעיף ב

לפיכך אם תפס משלהן אפי' אחר מות אביהם. עמש"ל פ' כ"א בתשוב' שכ' לרבני אינדרני וז"ל מ"ש מעכ"ת בשם מוהר"מ מינץ דאית ליה דתפיס' לאחר מית' לא מהני אפי' היכא דאית ליה מגו ידוע להוי ידוע למר שספר זה אינו נמצא אצלי ולא ידעתי מאיזה טעם כת' דין זה שלא נמצא לא' מגדולי המורים ז"ל שיאמרו כן ואדרב' סברת כל הפוסקים דמהני תפיס' לאח"מ ואם כוונת מעכ"ת ורבים אשר אתו הוא על סברת מוהרי"ק ומהרש"ל שכתבו דתפיס' דלאחר מית' לא מהני משום דלא עדיף מגו מעדים ובעדים קי"ל דאין מגבין עדות שלא בפניו וכו' הנה על סברא זו כל ימינו צווחנו עלי' ככרוכיא והרב הגדול מר דודי זלה"ה מקהי בה מקהייתא דלא שייך כאן אין מקבלין עדות כו' דהתם הוא להוציא אבל להחזיק מקבלין כמ"ש הר"ן בפ' א"נ כו' להוי ידוע למר שהרב מר דודי הי' מלמדינו שקבל מרבותיו דסברא הלזו דמהרש"ל לא הזכירו בבהמ"ד ולא היו עושין אותה אפי' סניף לפי שהיא דחויה עד מאוד וכל גדולי המורים ראשונים ואחרונים חולקים עליו ופוק חזי להרב הגדול מארי דאתרן מוהר"ח בנבשת זלה"ה שדרכו להביא כל הסברות אפי' היכא דבאותה סברא רבים לוחמים עליו ומ"מ כת' בסי' קנ"ד בפשיטות וז"ל אם התפיס' הית' שלא בעדים בכל כי האי אין לנו עסק אם תפס אחר שנולד הספק דמדין מגו אפי' הית' מלוה ע"פ עכ"ד ונ"ד הית' התפיס' מיתומים קטנים ואפ"ה כת' בפשיטות דמהני ליה תפיסתו ולא הביא שום חולק ע"ז הכלל העול' דמצד היותו תפיס' דלא"מ ולא הי' החוב מבורר לא הורע' התפיס' כלל ובעומדה תעמוד עכ"ל. והנה מפני עשה דכבוד התור' ראוי לכל מעיין להפך בזכות הגאונים המפורסמים בהורא' ה"ה מוהר"ם מינץ ומוהרש"ל ומהרש"ך ולדעתי דבריהם נכונים דודאי לא עדיף מגו מעידי' וכיון שאין מקבלין עדות בפני קטנים א"כ מכ"ש מגו דלא עדיף מעדים ומה שטען ע"ז המערער דהא להחזיק מקבלין עדות כמ"ש הר"ן בפ' א"נ דע שכ' מהרי"ט בחלק ח"מ סימן ל"ב מה שקבלו עדות שלא בפני המערער שלא כדין עשו ומה שהבי' ראיה ממה שהביא בח"מ סי' כ"ח בשם הר"ן ז"ל פרק אלמנה שכ'

דלא שייך אמ"ק עדות שלא בפני בע"ד אלא בתובע שמביא עדים על תביעתו אבל בנתבע שבא לפטור עצמו מקבלין זו ודאי שגגה הוא איך יעלה על לב אדם שמקבלין עדות על המלוה שלא בפניו להפקיע שעבודו א"כ לא שבקת חיי לכל בריה שכל לוה יביא עדים שלא בפני המלו' שפרעו או אמנה וריבית ונמצא שטרו של זה בטל וזו לא אמרה אדם מעולם והועד בבעליו אמר רחמנא ומה לי ממונו או אפקעת ממונו ודברי הר"ן ז"ל אינן אלא היכא שבאין להוציא מהלוה שלא בפני המלוה דלפטור עצמו מהתביע' יכול להביא עדים בפני התובע אותו ולהגן שאני ע"ש שהאריך ודבריו נכונים מאוד דהיכן כתוב' באורי' לחלק בין תובע לנתבע ולעולם אין מקבלין עדות שלא בפניו אלא היכא דמלוה ליכא כאן והב"ד רוצים לתבוע עבורו להלוה ואז בא הלוה בעדיו להגן ולהסתיר בעדו באלו העדי' שעמו והעדים הללו יבואו ויעידו גם כשיבא המלו' בפניו ולזאת אין בנו כח לתבוע את הלוה שלא בפני המלוה כיון שיש לו עדים כדבריו ואח"כ כשיבא המלוה באמת יצטרכו להחזיר עדותן ולהעיד בפניו למ"ד דעדות שלא בפניו אפי' בדיעבד פסול וכן למדנו מדברי מוהרש"ל ביש"ש לב"ק פ' עשירי סי' ל"ז הביא שם דברי ריב"א דדוקא טרוק גלי שהחזיק התינוק בעצמו ולא הניחו להחזיקו בבית אז אינו יכול א"י להוציא מידו אלא בעידי חזקה ואין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אבל אם הי' ר"י כבר דר בבית וזה הי' תובעו בב"ד שיצאו מביתו לא היינו מוציאין ר"י ע"י תביעתו של זה אע"ג שמעולם הי' הבית בחזקת אבוה משום דר"י אינו צריך להביא עדים שהרי הוא אינו מערער אלא מחזיק בבית וזה התינוק המערער עליו כשיהי' גדול ויתבענו בדין אז יביא ר"י עדותו שהחזיק בחיי חמיו מחיבור ה"ר אפרים מצאתי וכן נמצא מוגה בס' ר"ת ואף שמצאתי שר"י חולק עליו מ"מ נראה לי דברי ריב"א דברים של טעם הם ממ"נ אי חשבת לי' לטענת הקטן ולהוציאו מן הבית תקבל נמי עדותו שהחזיק בו ואם אי אתה רוצה לקבל וחשבת ליה להאי קטן כמאן דליתי' א"כ תביעתו אינה תביעה כי למה יחשב תביעתו תביעה ותשובתו נגד תביעה לא יחשב ומ"מ נראה שצריך זה להביא עדותו בפנינו שהוא מוחזק בה זולת מה שיצטרך להביא עדים פעם אחרת כשיגדל הקטן ויתבענו בדין דלא אמרן אין מקבלין עדים שלא בפניהם אלא לחובתם אבל לתועלת היתומים בפרט כה"ג שזה רוצה להחזיק בבית ודלמא ל"ל מידי חזקה כלל כו' ע"ש סוף דבריו לדינא ז"ל ואם הי' המערער מכח חזקת הידוע ואותו שהחזיק בנכסיו מחמת שטוען לקוח אומר יש לי עידי חזקה מקבלין עדותיו אם כדבריו אין מוציאין אותו עד שיגדל ויביא עדותו פ"א ויטען זה כנגדה ואין לו עדות המספיק לדבריו מוציאין אותו מנכסיהם עכ"ל ע"ש וזה הוא כפי דברי מוהרי"ט הנ"ל דהא דמקבלין עדות לפטור שלא

בפני בע"ד היינו לפי שעתו להציל עצמו מתביעת התובעים אותו אבל בפניו כשיבא בע"ד יצטרכו העדי' לחזור ולהגיד בפניו ואם לא יביאו עתה עדים לפנינו מוציאין אותו מנכסיהן כיון שאין לו עדים שיוכל לברר עדותן כשיבא הבע"ד ולכן בעדים כה"ג שפיר מקבלין לפטור דהא יש לו עדות לפנינו ואותן העדים יעידו בפני התובע או בפני היתומי' כשיגדלו אבל מגו נהי דהוי ראיה אצלינו כמו עדים מ"מ כיון שלא נפטר עתה בראיית המגו דהא העדות אינו מועיל אלא להציל עצמו מתביעת התובע במה שמראה לפנינו זכותו שיש לו נגד הבע"ד כשיגדל וא"כ לענין מגו אדרבה כשיגדל הקטן יצטרך להחזיר ולא יועיל לו המגו שהי' לו אז שלא בפניו ואח"כ הרי אין לו מגו דהא כבר הוד' לפני ב"ד שיש לו מנכסי קטן והא למה זה דומה להא דכתב הרא"ש בתשוב' דאם ראו העדים החפץ ביד המחזיק קודם שתבעו המערער לדין אפי' אמר לפניהם קודם שהראהו דעו שהוא ממושכן בידי בכדי דמיו קרינן בי' עדים וראה לפי שהכל תלוי בב"ד שפוסקים לו השבועה עד כדי דמיו והובא ברמ"א סי' ע"ב סעיף י"ח ע"ש ובטור וא"כ ודאי כשיגדל תו לא מהני המגו דלמפרע כיון דלשעתו לא הי' המגו אפי' הי' בפני ב"ד כיון שהי' מגו נגד קטנים ואינו מועיל המגו יותר מעדים ושיגדל תו לא שייך מגו כיון דכבר הודה וכיון דלא יועיל לו זו המגו כשיגדל הקטן א"כ הרי לית לי' עדות שיוכל לברר בעדים כשיגדל הקטן א"כ מוציאין אותו תיכף ממנו דהא טעמא שאין מוציאין ממנו כשמביא עדים אע"ג דלאו כלום הוא שלא בפני בע"ד אלא כיון שיש לו עדים שיוכל להביאן כשיגדל וכשיבואו בפניו ומוכנים להעיד כן בפניו אזי מועילים העדים להן ולמחסה לשעתו אבל אם אין לו ראי' ברורה שיוכל לברר כשיגדל א"כ מוציאין תיכף ממנו וא"כ העדות והראי' שיש לו מתוך המגו הרי אינו מועיל כשיגדל להכי מוציאין אותו תיכף ממנו דכיון שאין הב"ד פוסקים מתוך המגו הוי המגו כאלו הראהו לפני עדים והודה לפניהם ואמר שהוא ממושכן בכדי דמיו דמוציאין אותו תיכף מידו כן זה המגו שהוא בפני קטנים דאין הב"ד פוסקין מתוכו כיון שהוא שלא בפני בע"ד ולא עדיף מעדים ולפטור לא מהני אלא לשעתו וזה כיון דאחר זמן לא מהני א"כ לשעתו נמי לא מהני א"כ דברי מוהר"מ מינץ ומוהרש"ל ומוהרש"ך שכתבו דלא מהני מגו נגד קטנים דבריהם נכונים בלא שום גימגום ומהתימ' על המשנה למלך שדוחה סברא זו לבר כיון שהש"ך הכניסו להלכה בסק"ה דאם תפס לאחר מיתת אביהן אף דאית ליה מגו דהחזרתי אינו מועיל רק רשאי להעלי' תפיסתו ע"ש ומ"ש פוק חזי להרב הגדול מאריה דאתרן מוהר"ח בנבשת שדרכו להביא כל הסברות וכו' באמת הביאו כדרכו בסי' ק"ז בהגהת ב"י אות כ"ו וז"ל הא דמהני מגו להתופס לאחר מיתה היינו דוקא ביתומים גדולים ומחשש פרעון אבל ביתומים

קטנים לא מהני לי' מגו לתפיסה דאחר מיתה דלא עדיף לי' מגו מעדי' מוהרש"ך ח"א ס"ה וח"ב סי' ק"ה וכ"כ מוהר"ש הלוי בחלק ח"מ סי' ל"ד בשם יש מי שכתב ואח"כ הביא שם דעת החולקים וא"כ הרי לא פלטה קולמסו סברא זו ואם לענין דינא כתב בכה"ג מ"ש בסי' קצ"ד עכ"פ כיון שהביא דברי מוהרש"ך בסברתו אינה נדחת ומה אני כי אכריע ולענ"ד נראה עיקר כסברת מוהרש"ך ורש"ל ומוהר"מ מינץ וכהכרעת הש"ך כיון דמסתבר טעמייהו ודו"ק אמנם לפי זה נראה אפי'. תפס מחיים דאבוה אם טוען טענתו שהוא ממושכן בכדי דמיו לאחר מיתת אביהן נגד הקטנים נמי אינו מועיל המגו דלא עדיף מעדים כיון דהמגו הוא עתה שלא בפניו אך דלא נראה כן ממשמעות כל הפוסקים הנ"ל וצ"ל כיון שתפס בחיי אביהן והי' יכול לזכות בחיי אביהן במגו שלו חשבי' לי' כאלו כבר זכה וכמו שאמרו בש"ס לענין מטלטלי דיתמי דלא משתעבדי מדינא דש"ס ותפס בחיי אביהן מהני ותו לא מפקי' מניה אמנם לפי טעמא שכתבנו דמגו לא יועיל לכשיגדל כיון שכבר הודה בפני ב"ד והמגו שהי' לו אז בפני ב"ד הי' כאלו אמר כן לפני עדים כיון שאין הב"ד פוסקין מתוך המגו א"כ נראה כיון דעיקר תלי בב"ד שפוסקין לו שבועה בנק"ח ולכן כשטוען בפני עדים לקוח בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר כיון שאין צריך שבועה בלק"ח בזה מהני המגו אפי' שלא בפני ב"ד וכמ"ש בש"ך בסי' ע"ב ס"ק צ"א ובסי' קל"ג סק"א וכן משמע מתוך דברי הט"ז בסי' קנ"ג דעיקר טעמא דהרא"ש משום השבועה אבל היכא דאומר לויתי ופרעתי שלא בפני ב"ד כיון דא"צ שבועה מהני המגו אפי' שלא בפני ב"ד וא"כ היכא דתפס מעות אחר מות אביהן מהני לי' המגו אפי' שלא בפניו ונגד קטנים דהא מקבלין עדות לפטור ואותו המגו יהיה לו לחומה נשגבה גם כשיגדל הקטן דהא היה לו מגו אז כשאמר לפני ב"ד אע"ג דהב"ד לא היה פוסקין אז בשעת המגו מ"מ היכא דא"צ שבועה לא צריך ב"ד ולא גרע מאלו אמר כן לפני עדים דג"כ היה מועיל המגו היכא דא"צ ב"ד לפסק השבועה ובזה נכון להשוות דעת ר' ירוחם לדעת בעה"ת וע' ש"ך דגם הוא כתב לחלק דבתפס מעות מהני המגו אפי' אחר מות אביהן נגד יתומים קטנים ובמטלטלין לא מהני אלא שלא פי' וביאר טעמו ולפמ"ש הכל נכון ע"פ טעמים נכונים וברורים וממילא מתרווחת שמעתתא דרבא בר שרשום דהקשו הראשונים בהא דאמר בחז"ה דף ל"ג אכבשי' לשטר משכנתא אוכלה שיעור זוזי דמגו דאי בעינא אמינא לקוח הוא בידי והקשו לימא מלתא כצורתה אביכן חייב לי כך וכך כיון דיש לו מגו ויהא נאמן על המשכון במגו דלקוח כמו טוען על חפץ ולפמ"ש ניחא דלא יקבלו ב"ד נגד הקטנים וגם אח"כ כשיגדילו לא יועיל כיון דכבר הודה ואפי' על

משכון קרקע צריך שבועה לדעת הראב"ד משא"כ כשאוכל כשיעור זוזי אז הוא כתפס מעות ובכה"ג מהני המגו אפי' נגד קטנים כמ"ש ודו"ק:

סעיף ג

מהני ליה תפיסתו ע' ש"ך שכתב בתפס מעות אפי' בעדים ויש לו שטר לא מפקי' מיניה והוא בשם רבינו ירוחם ע"ש שכתב דגם הטור מודה לזה וצ"ע בטור וש"ע סי' פ"ה שכתבו גבי זה גובה וזה גובה אפי' היתומים קטנים אין אומרים שהם יגבו מיד ולא יגבו מהם עד שיגדילו כיון שתפס בחיי אביהן ע"ש משמע דאחר מות אביהן לא מהני אע"ג דהוי תופס מעות דהא חוב היתומים בידו אפי' הכי לא מהני אלא מטעמא דהוי תפס מחיי אביהן וגם בעובדא דרבא בר שרשום דאמר אמינא אכלה שיעור זוזי דמגו דאי בעינא אמינא לקוחה היא בידי וכו' אמר ליה לקוח לא מצית אמרת דאית קלא בארעי דיתמי הוא אלא זיל אהדריה ניהליה וכי גדלי יתמי אשתעי דינא בהדייהו והתם משמע דהיה לו לרבא בר שרשום שטר וכמו שכתב שם הרשב"א מדאמר אכלה שיעור זוזי משמע דכבר אכל וכמ"ש הרשב"ם והרמב"ן וכן נראה מדברי הראב"ד פ"ט מטוען וא"כ למה יצטרך מלהמתין עד שיגדל הא כיון דכבר אכל הרי הוא כתפס מעות ואפי' לית ליה מגו נמי לא מפקינן כיון דלא אמרו אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אלא להוציא מקטנים ולא להוציא מיד המוחזק ותפוס וא"כ זה הדין שהיה לו לרבא בר שרשום כשיגדילו היינו שישבע על שטרו ישבע עכשיו על שטרו וצ"ל כדעת ר' ירוחם דמפרש לעובדא דרבא בר שרשום לענין פירות דלהבא וא"כ לפי דעת רוב המפורשים דעובדא דרבא בר שרשום לענין פירות שכבר אכל מבואר דאפי' תפס מעות היכא דלית מגו מפקי' מיניה:

סעיף ד

או שכ' הוא עצמו בכ"י הניכרת לב"ד ז"ל הסמ"ע הא דמסיים המחבר וכ"י הניכרת לב"ד היינו דוקא לדעת הרא"ש הנ"ל דלדעת הרמב"ם א"צ שיכירו הב"ד עצמן אלא יקיימו כ"י אביהן ע"י אחרים ונ"ל דקאי גם אשלפניו אעדים שחתמו הצוואה בחיי אביהן דגם חתימתן צריך שיכירו ב"ד והנה לדעת הש"ך שהעלה בסי' מ"ו סק"י דכ"י הלוה אין מקיימין שלא בפני בע"ד לפי שכ"י הלוה צריך קיום מן התורה א"כ ניחא הא דכתב הש"ע בכתב יד הניכרת לב"ד דאפי' למאן דאמר מקיימין בפני קטנים היינו משום דקיימא לן דמקיימין שלא בפני בע"ד וכיון דכתב יד אין מקיימין שלא בפני בע"ד אם כן ודאי אין מקיימין בפני קטנים וגבי עדים לא בעינן כתב הניכר לב"ד משום לשטתו מקיימים שטר בפני קטנים כיון שהוא מדרבנן ודו"ק אמנם כבר כתבנו בסימן מ"ו סק"ה דאין לחלק

בין שטר לכ"י וכמו שמובן כאן מדברי הסמ"ע דאין לחלק בזה וא"כ צ"ל דהא לדברי הרא"ש וא"כ קאי גם על מ"ש לפניו וכמ"ש הסמ"ע דה"ה שטר:

סימן קיא

סעיף א

אבל אינו טורף לא מהלקוחות עב"י שכתב בשם בעה"ת דאם נתן במתנת שכיב מרע חזר המקבל כיורש ואפי' אם המתנה מטלטלין גובה מהן וכ"כ ן' מגא"ש בפרק מי שמת גבי ההוא דסבר רב אחא למימר אם ראוי ליורשו אלמנתו נזונת מנכסיו אבל הראב"ד חולק בזה מדתניא אחריו לפ' ואחריו לפ' גובה מהאחרון ומפרשי ליה בהניזקין משום דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום ב"ח וי"ל דההוא במתנת שכ"מ במקצת הוא וה"ה לבריא וכי קתני שכ"מ אורחא דמלתא נקט עכ"ל בעה"ת והרמב"ן כתב סברות א"ו בפ' י"נ עלה קל"ו וע' בר"ן ריש פרק הניזקין בהא דאמרו שם שכ"מ שאמר תנו מאתיים זוז לפ' ואחריו לפ' וכו' וז"ל הר"ן וא"ת והיכי קרי למתנות שכ"מ משעבדי דאי הכי מלוה ע"פ גו זימניה ומזון אשה והבנות לא יגבה מהן וליתיה מדאמרינן בפ' י"נ השתא ירושה דאורי' אלמנותו נזונית מנכסיו מתנת שכ"מ לא כ"ש י"ל דהכא במתנת שכ"מ במקצת ובקנין דמתנת בריא היא אבל במתנת שכ"מ בכולה או קמא בינונית ובתרא זיבורית מבינונית דקמא גבי וכן דעת הרי"ף והרמב"ן ז"ל עכ"ל ולולי דבריהם נראה לענ"ד דלא קשה דאפי' נימא דמתנת שכ"מ הוי כירושה מ"מ גם בירושה היכא דמשכחת לה קמא ובתרא אז גובה מקמא ואומר הנחתי לך מקום לגבות וראיה ברורה מתוספת פ' מי שהיה נשוי גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ויצאו עליו כתובת אשה ובע"ח גובין מהאחרון אין בהם גובין משלפניו הובא בהה"מ פ"ג מהלכות זכיה וכתב שם בשם בעל העיטור דמחזיק בנכסי גר הרי הוא כיורש ואפי' מלוה ע"פ גובה וכ"כ הרשב"א וע"ש דאפי' מטלטלי גובה בע"ח משום דמחזיק בנכסי גר לא גרע מיורש וכן פסק בטור ובש"ע סימן ער"ה דגר שבזבזו ישראל נכסיו והיה עליו חובות כל מלוה שנגבת מן היורשין ומן הלקוחות נגבת גם מאלו שזכו בהן היו רבים שהחזיקו בהן אחרון אחרון נפסד אין לו גובה משלפניו ע"ש הרי מבואר דחכמים לא חלקו בזה בתקנתם בין יורש או מקבל מתנ' ויורש נמי מבתרא גבי מקמא לא גבי א"כ לפי זה גבי מתנת שכ"מ נהי דדינו כיורש לא גרע ממחזיק בנכסי הגר דמבתרא גבי ומקמא לא גבי והתימא לפענ"ד על הגאונים שנתחבטו ונתלבטו בזה הלא הדבר מוכרח מהתוספתא דאפי' בדין יורש נמי לא גבי מקמא אלא מבתרא ואחרון אחרון נפסד ועמ"ש בסי' קי"ד סק"ג:

סעיף ב

הקדשות הרי הם כמשועבדים. עמ"ש בסי' קי"ד באריכות דמלוה ע"פ גוב' מהקדש דמים ומשום דלא עדיף מהפקיר נכסיו ע"ש אלא דאפי' הכי נראה דאינו גובה מהקדש כל שיש בנ"ח דאפי' גבי יורש כל היכא דאיכא יורש קמא ויורש בתרא אחרון אחרון נפסד וכמ"ש בס"ק הקודם ואפי' בנ"ח זיבורית דכיון דתני בתוספתא גבי מחזיק הגר דדינו כירושה דאחרון אחרון נפסד אלמא דאיתא לתקנתא דאין נפרעין וכו' במקום שיש בנ"ח אם כן אפי' לא הניח אלא זיבורית נמי מצי אמר הנחתי לך מקום לגבות וכ"מ נמי מהתוספתא שהבאתי בס"ק הקודם גבי מוחזק בנכסי הגר אחרון אחרון נפסד אין לו גובה משלפניו ומשמע דאפי' אין לו לבתרא בינונית אלא זיבורית ולקמא יש לו בינונית נמי איתא לתקנתא דאין נפרעין במקום שיש ב"ח ואע"ג דמשמע בש"ס ר"פ הנזקין דדוקא גבי מתנה אמרינן הך תקנתא דאין נפרעין משום דאי לאו דקבל מניה הנאה לא יהיב ליה וה"ל כלוקח אבל ביורש לא שייך זה מ"מ כיון דמוכח מתוספתא ומטור וש"ע ס"ס ער"ה שפסקו כן אפי' במחזיק בנכסי הגר דדינו כירושה ולא שייך הך טעמא דאי לאו דמקבל הנאה מניה צ"ל דלא פלוג חכמים בתקנת' ובכל ענין אין נפרעין וכו' במקום בנ"ח ומסתברא גובה ומקמא לא אלא דבעל האיבעיא דקא מבעיא ליה במתנה האיך מי נימא דמקבל מתנה כלקוחות דמי אבל הש"ס דפשיט ליה משכ"מ ש"מ דבמתנה נמי עבדי רבנן תקנתא לאו מטעמא דעלה על דעת בעל האיבעיא משום דדומה ללוקח אלא אפי' גבי ירושה נמי עבדי רבנן תקנתא ושכ"מ נמי דין ירושה הוא וכמ"ש בס"ק הקודם כן נראה לפענ"ד מוכרח:

סעיף ג

ואין לו בן אחר ע' בתשובת מהר"א ששון דמחלק באומר על תנאי דגובה בע"ח מן הבן כיון דאם יתבטל התנאי הרי הוא של הבן בתורת ירושה אבל באומר חוץ מבע"ח שלא יגבה הרי קי"ל חוץ שיורא הוא דהוי והרי אב שייר לעצמו זכות זה שלא יחול בו חוב וזה לא נפקע כלל וראיתי בתומים שהשיג על זה דמה בכך דשייר לעצמו וכי במותו פרח השיור א"כ אכתי לאחר מיתת הבן זוכה באותו השיור ע"ש ולענ"ד א"ז קושיא דכיון דכתב מוהרי"ק שורש קמ"א דאין היורשין יורשין דברים שאין בהם ממש או טובת הנאה בעלמא שאין ממון הובא ברמ"א סי' ער"ו ע"ש וטובת הנאה נמי הכי הוא דהתורה זכת' בו בתרומותיו ליתנם לאיזה כהן שירצה ואפ"ה כשמת אין היורשין יורשין זכות זה שיהיו המה זוכין בו ליתן למי שירצה אלא כיון דגוף הדבר אינו שלו רק טובת הנאה ליתן לאחרים אינו בירושה א"כ אף אם נאמר כיון וכבר הוא בהמתנה לבן שיהיה שלו

לגמרי לכל דבר רק חוץ לפ' לא יכול ליתנו וזה השיור נשאר לאב וגם אחר מיתתו לא מצי יורש זכות זה ליתנו לזה דה"ל טובת הנאה ואינה ממון ודו"ק מיהו לפמ"ש הש"ך בסי' ער"ו דאם טובת הנאה ביד יורשים זוכים בו ודוקא כשהוא אצל אחרים אין זוכין בו א"כ ה"כ הרי זוכין בו יורשין כיון דשיור האב נפקע במיתתו א"כ זוכין בו מעצמן לא בתורת ירושה אלא בתורת הפקר ואפשר בתורת הפקר לא ניחא ליה דליזכיה כדי שלא יגבה ב"ח ודין ירושה אף שהוא בע"כ לא שייך בזה כיון דאינו ממון ודו"ק ולפמ"ש בסימן ער"ו בשם השל"ה שטובת הנאה כשם שאין אדם יכול להקנותו כך אין אדם זוכה בו שום הקנאה אפי' בידו ממש א"כ ה"נ אין הבן זוכה בשיור ההוא ליתן לפ' אפי' הוא בידו ממש ודו"ק:

סעיף ד

יורשין שמכרו נכסי אביהן כיון שיש בני חורין דאביהן עמ"ש בסי' ק"ז סק"ח:

סעיף ה

אבל אם היו כאן שדות ויכול לגבות שדה מכל אחד עמ"ש בסי' ק"ד סק"ט:

סעיף ו

אם יש בשטר שיש למלוה וכן בשטר שיש לבע"ח שעבודא דמטלטלין אג"ק. עש"ך בס"ק י"ח שהעלה דאם אין למלו' שני רק קרקע אז א"צ שעבוד אג"ק דכיון דגוב' בשטר קרקע א"כ מפיק משעבוד' דר"ן ויש להוכיח כן מסוגי' הש"ס דפ' כ"ש וה"ה כשלוה השני שעבד מטלטלי אג"ק אז א"צ מלו' הראשון שיעבוד מטלטלין אג"ק נגד הלוקח וע"ש שכתב וז"ל וק"ק על הטור והמחבר כאן שסתמו הדברים דהא מיירי שיש ללו' השני מטלטלין לשלם ולא שעבד אותן מטלטלין אג"ק וזה הי' להם לבאר ודו"ק כי דין זה חידוש הוא וברור עכ"ל והנה מ"ש דאם יש למלו' השני שעבוד מטלטלי אג"ק אז א"צ למלו' הראשון שעבוד מטלטלי אג"ק וככר כתב כן בסי' פ"ה והוא נכון ע"פ דברי התוס' דפ' כ"ש וז"ל הש"ס שם ומי אמר רבא הכי והא אמר רמב"ח ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה ומת ראובן ואתא ב"ח דראובן וטריף לה משמעון ואתא שמעון ופייסו בזוזי דינא הוא דאתו בני ראובן ואמרי לי' לשמעון אנן מטלטלין שביק אבונן גבך ומטלטלי דיתמי לא משתעבד לבע"ח ואמר רבא אי פיקח הוא מגבי להו ארעא והדר גבי לי' מינייהו דאמר רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בע"ח חוזר וגוב' אותו מהן אי אמרת בשלמא למפרע הוא גוב' אמטו להכי חוזר וגוב' אותו מהם דכמאן דגבי מחיים דאביהן דמי אא"א מכאן ולהבא הוא גוב' אמאי חוזר וגוב' הא כמאן דזבין יתמי נכסי דמי וכו' שאני התם דאמר להו כי היכא דמשתעבדנא

לאביכן משתעבד נמי לבע"ח דאביכן מדר"ן וכתבו תוספות שם וז"ל ואם תאמר גבי מטלטלין נמי נימא הכי ונרא' לר"י דדוקא גבי קרקע שייך למימר הכי דבת שעבוד היא דכשהקרקע זו משועבדת לראובן חשבינן לי' כאלו הוא בידו דהא אם מכרה או משכנ' חוזר ראובן וגוב' אותה לכן משועבדת נמי לבע"ח אבל מטלטלין אין להחשיבם כאלו הם ביד ראובן כיון שאלו מכרם או משכנם אין גוב' מהם עכ"ל ולפ"ז אם המלו' השני יש לו שעבוד מטלטלין אג"ק דאז הוי כאלו הוא בידו כיון שאלו מכרם או משכנם המלו' חוזר וגוב' א"כ משתעבד נמי לבע"ח אפי' שלא שעבד מלו' השני למלו' הראשון אג"ק ועדיין הדברים סתומים וכבר הרחבנו בזה בסי' פ"ה ס"ק דו"ה והעליתי שם דהאידנ' דאין תקנת השוק דאפי' שעבוד מטלטלי אג"ק אינו טורף ממטלטלין שמכר וא"כ אפי' שעבד מטלטלי אג"ק למלו' השני אכתי אינו בידו עדיין דהא הלו' יכול למכור וכיון דאינו בידו לא שייך ביה שעבודא דר"ן שישתעבד לראשון ולפ"ז אתי שפיר דסתמו הטור והש"ע בזה ולא ביארו דאם יש לשני שעבוד מטלטלי אגב קרקע דגוב' הראשון אע"ג דלראשון לית לי' אג"ק דהאידנא בתר תקנת השוק לא מהני אג"ק להחשיב' כאלו הן בידו וכמ"ש דהא הלו' יכול למכור ולהכי בתר תקנת השוק העיקר תלוי שיהי' למלו' הראשון שעבוד מטלטלי אג"ק דאז ודאי חוזר וגוב' אפי' לית לי' לשני אג"ק משום דגוף השטר נשתעבד לו באגב קרקע כיון דאנן קי"ל דשטרות משתעבדי באג"ק וע' באורך מזה בסי' פ"ה שם ודו"ק ולפ"ז אין תימה שסתמו הדברים דהא השתא בתר תקנת השוק אם המלו' השני יש לו שעבוד אג"ק לא חשיב כאלו הן בידו וא"כ אם גבה הלוקח אין המלו' הראשון חוזר וגוב' משום שעבוד' דר"ן משום דלא הוי כאלו הוא בידו אינו חוזר ומשתעבד לבע"ח שלו מדר"ן ואם גבה הלוקח קרקע ודאי בע"ח חוזר וגובה וכבר כתבו הטור להדיא בסי' ק"ז גבי יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בע"ח חוזר וגובה וא"כ ה"ה הכא אם גבה הלוקח קרקע בע"ח חוזר וגוב' משני משעבודא דר"ן אלא דהטור והש"ע מיירי היכא שהלוקח גבה מעות וכדינו דבע"ח בזוזי ובזה לא מהני שעבוד אג"ק למלו' השני וכמ"ש. ונראה פשוט דאי אית לי' ללוה השני זוזי למיפרעי ודאי צריך כדינו דבע"ח בזוזי ואע"ג דאמרי' אי פקח הוא מגבי לי' ארעא התם היינו משום פסיד' וכמ"ש התוס' בפ' מי שהי' נשוי דאם מגבי להו זוזי מפסיד ואם מגבה להו ארעא חוזר וגובה ובמקום פסידא יכול לסלק בקרקע אבל הכא דהלוה השני ע"כ צריך לשלם חובו לראשון או לשני א"כ לדידן לית לי' פסידא וא"כ ודאי צריך למפרע כדינו בזוזי ואפי' איתרמי דלית לי' ללוה השני זוזי למיפרע אם פקח הלוקח יכול לומר איני רוצה עתה למיפרע אלא אמתין לך עד שיהא לך מעות שתפרע כדינך בזוזי וכמבואר בש"ע סימן ק"א דאם

יגבה קרקע יבא המלו' הראשון ויחזור ויגבה ממנו ומעות לא יכול לגבות ממנו וזה דינו בזוזי דוקא משא"כ לעיל בסי' פ"ה דבמקום פסידא דינו דבע"ח בקרקע ובאמת אם אירע שגבה הלוקח קרקע ודאי המלוה הראשון חוזר וגובה וכמו יתומים שגבו קרקע דבע"ח חוזר וגובה מהן וזה נ"ל ברור בדינים הללו ודו"ק:

סעיף ז

שעבודא דמטלטלי אג"ק עסמ"ע ס"ק ל"ט דמבואר מדבריו דאי הי' בידו השטרות קודם שלוה כ"א מהמלו' שלו אין צריך דאקני כיון דכתב לו אגב הרי דין קרקע יש לשטרות והוא נגד דברי עצמו בסי' פ"ה ס"ק כ"ב דאפי' במכר המוקדם שט"ח צריך דאקנ' ע"ש בסמ"ע:

סעיף ח

וכתב לראשון אגב כתב הש"ך ונרא' שאם בע"ח של לוה שעבד מטלטלי אג"ק שאין דינם כקרקע ומלו' ראשון שלו יש לו דין קדימה כמו בקרקע ואפי' לא כ' הראשון אגב יש לו דין קדימה מדר"ן ע"ש וכבר כתבנו בסק"ז דלבתר תקנת השוק ליתיה להאי דינא ועמ"ש בסי' פ"ה סק"ה:

סימן קיב

סעיף א

ואם שעבד נכסיו שקנה ושיקנה והוא מסקנת הש"ס בס"פ מ"ש דאקני משתעבד וצריך ביאור מאיזה טעם שעבוד עדיף מקנין דכיון דקי"ל אין אדם מקנה דבשבל"ע למה יוכל לשעבד דשבל"ע ואדרבה מצינו שהשעבוד קל מהקנין דלמ"ד שעבודא לא"ד לא מהני אפי' שעבדן בפירוש וכמ"ש תוס' סוף ב"ב אע"פ שיכול למכרן ומשום דאין הקנאה לחצאין והרי שעבוד גרע מקנין ולכאורה נראה כיון דקנין בעי דעת נותן ומקבל וכיון דהוא דבר שלבל"ע לא מצי להקנותו אבל שעבוד דממילא חייל למאן דאמר שעבודא דאורייתא אפי' לא שעבדן בפי' ולכן חל נמי שעבוד בדשלבל"ע אבל כיון דסוגיא דש"ס פרק מ"ש הוא אליביה דשמואל ואיהו סבר שעבודא לא"ד ועוד נראה דאפי' מ"ד שעבודא דאורייי' אין הנכסים שבאו לאחר הלואה נשתעבדו למלוה אלא דוקא נכסים שהיו בשעת הלואה דאינון ערבין ליה אבל נכסין שבאו לאחר הלואה לא נתערבו כלל וכן משמע מל' הרמב"ם בפי"ח מה' מלוה המלו' את חבירו סתם הרי כל נכסיו אחראין וערבאין לחוב זה לפיכך כשיבא לגבות כו' אע"פ שהן עתה מכורין לאחר או נתונים במתנה הואיל ומכר הלוה או נתן אחר שנשתעבדו בחוב זה הרי הוא מוציא מיד הלקוחו' או מיד בעלי

המתנות וזה הנקרא טורף בד"א בקרקעות שהיה לו בעת שלוה אבל נכסיו הבאין לו לאחר שלוה לא נשתעבדו לב"ח ואם התנה עליו שכל נכסיו שיקנה יהי' משועבדים כו' הרי בע"ח טורף וע"ש ומשמע מלשון זה דלא נשתעבדו כלל אותן הנכסים שבאו אחר הלואה דהא הרמב"ם סובר ש"ד וע' בפי"א ממלו' ומשמע דגם מן התורה לא נשתעבדו אותן הנכסים שבאו לאחר הלואה וכמ"ש דלא אמרי' נכסוהי דבר אינש אינון ערבין אלא אותן שהיו בעת הלואה ואפי' למ"ד ש"ד ולא טריף מדאקנה וזה נראה לי ברור וא"כ כיון דאינו אנא מחמת השעבוד ששעבדו בפי' קשה לא יהא עדיף מקנין דלא מהני בדשבל"ע ואי נימא דשעבוד עדיף מקנין מאיזה טעם שיהי' לחז"ל אכתי תיקשי למה פשיטא להו בכל דוכתי דאין אדם משעבד עצמו לדשלב"ל כדאיתא בפ"ק דגיטין גבי מעמד שלשתן דפריך אלא מעתה הקנ' לנולדים וכן בפ' י"נ גבי כתובת בנין דכרין דפריך בין למ"ד יסבין תנן או ירתין תנן ע"ש ובמאי פשיטא להו לש"ס דלא מהני שעבוד אפי' לדשבל"ע כיון דעדיף מקנין ולדעת האומרים דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר"מ ניחא דר"מ נמי מודה דאין אדם מקנה לדשבל"ע אבל להאומרים דעדיפא מקנין לר"מ דלמא א"כ נמי שעבוד מהני אפי' לדשבל"ע וראיתי בשו"ת מוהרי"ט ח"מ סי' כ"ג שהבדיל לשלבל"ע מדבר שבל"ע לענין שעבוד וז"ל דלא דמי דבשלמא כשהדבר אינו בעולם שא"א להקנותו בקנין יכול להשתעבד עליו דלכשיבא לעולם יתחייב ליתן לו ושעבודא הא חייל אגופו וגופו איתיה בעולם אבל כשהזוכה אינו בעולם דליזכה מאי מהני שגופו של זוכה אין בעולם עכ"ל ומדבריו נראה דשעבוד דאקנה הוא מטעם חיוב וזה ליתא לפענ"ד דחיוב דחל על גופו במתחייב ליתן לו אפי' מאה ליטרין ואין לו בשעת החיוב אמרינן דהחיוב חל על גופו וכיון דגופו איתיה בעולם מצי להתחייב אפי' בדבר שאינו בעולם וכיון דגופו נתחייב בחיוב זה ממילא צריך אח"כ לשלם כיון דכבר נתחייב ומני' אפי' מגלימ' דעל כתפאי אבל שעבוד צריך שיחול על גוף הנכסי' דאם החיוב תחול על גופו משום זה לא היה טורף מנכסים שמכר כיון שהלוקח לא נתחייב כלל אלא לענין שעבוד צריך שיהא השעבוד חייל על גוף הנכסים ותדע דאי נימא דחיוב ושעבוד דאקנה שוים הם אם כן נימא דכמו דגבי שעבוד דאקנה יכול לחזור קודם שבא לעולם לדעת כמה פוסקים כן בחיוב היכא שמחייב א"ע בדשלבל"ע יכול לחזור מחיוב קודם שבא לעולם וזה ודאי ליתי' דא"כ בחתן שמחייב א"ע במא' ליטרין אע"ג שאין לו וכמ"ש תוספות ר"פ אע"פ ה"נ נימא שיכול לחזור קודם שיבא הסך לידו או בלוה שמחייב עצמו באלף זוז אע"פ שאינו חייב וכמבואר בסי' מ' אם אין לו יכול לחזור קודם שבאו לידו ודאי אלא ודאי דחיוב שמחייב עצמו בדשבל"ע כיון דגופו איתיה בעולם יכול להתחייב א"ע וכיון שנתחייב

כבר לכן אפי' לא יבואו לידו לעולם מחויב לסלק בשוה כסף כיון דכבר נתחייב משא"כ בשיעבוד שרוצה לטרוף מהלקוחות דאז צריך שיחול על גוף הנכסים שיקנה דאל"כ איך יטרוף מהלקוחות כיון שהם לא נתחייבו לכן צריך שיחול גוף השעבוד על הנכסים ולזה איתיה בחזרה קודם שיבואו לעולם וכבר כתבנו מזה בסי' ס' סק"ה ע"ש והוא ברור וא"כ תו ליכא למימר כדברי מהרי"ט דלהכי משתעבד דאקני משום שעבוד דחייל על גופו דהא השעבוד צריך שיחול על גוף הנכסים וכמ"ש וא"כ הדרא הקושיא לדוכתא כיון דשעבודא מהכי בדשלבל"ע א"כ מנ"ל להש"ס דאמרינן בפשיטות דלדבר שלבל"ע ודאי לא חייל אמנם דע דהאי שעבודא דאקני באמת לאו דבר תורה דמדאורייתא אין לנו לחלק בין קנין לשעבוד אלא הא דשעבוד דאקנה מהני היינו מדברי סופרים שלא תנעול דלת בשני לוין וכ"כ רשב"ם להדיא שם דף קכ"ז בטעמן של דברי דדאקני מהני משום דאלמוה רבנן שעבודי' כדי שלא תנעול דלת בפני לוין וע"ש וכ"כ בנ"י שם דתקנת' עבדי רבנן דלא תנעול דלת בפני לוין הרי שלא מצאו טעם לחלק אלא מפני תקנה שלא תנעול דלת בפני לוין אך דהאי תקנתא שלא תנעול וכו' היינו דוקא היכא שהלוה כבר נתחייב לפרוע אלא דלית ליה נכסי' הוצרכו חז"ל לתקן שיטרוף מלקוחות אפי' מנכסים שקנו אח"כ כדי שיוכל המלוה לטרוף ושלא תנעול דלת וכמו שאמרו למ"ד שלא"ד ואפי' שעבדן בפי' והוא דמלוה בשטר טורף לדי שלא תנעל כו' אבל היכא דהלוה גופא לא נתחייב כלל לא שייכא הך תקנתא כיון דליכא לוה כלל ולהכי היכי דמחייב עצמו לדשלבל"ע דאפי' לוה גופו לא נשתעבד ונתחייב כיון דהוי דשלב"ע לא שייך כדי שלא תנעול וכו' כיון דליכא לוה כלל בדינא א"כ בכדי לא יתקנו שיתחייב בדבר שלא חייב וזה ברור ודו"ק ועמ"ש בס"ס סק"ג:

סעיף ב

אבל אם לא כ' דאקני לא עש"ך סי' קט"ו ס"א דאם לא כתב ללוקח דאקני אז גובה בע"ח כולה שבח' ועיין בלחם משנה פכ"א מה' מלוה שהקשה דא"כ אמאי מוקי בפ' מ"ש הא' ברייתא דתני גובה את השבח היינו חצי שבח נימא דשבח כולי' גובה וכגון שכ' לבע"ח דאקני וללוקח לא כ' דאקני ונראה דלא קשה לפמ"ש תו' פמ"ש שהקשו בהא דתנא ברייתא כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים משועבדים ואת השבח מנכסים בנ"ח כיון דאית נכסים המאוחרים ללוקח א"כ איך גובה מלוקח יאמר הלוקח הנחתי לך מקום לגבות ותירצו דמיירי שקנה הנכסים אחר שגבה הבע"ח ובשעת גביה לא היה לו נכסים כלל כן פי' מהרש"א כוונת דבריהם ומוהרש"ל פי' דמיירי דבעת שקנה לוקח לא היה אלו הנכסים ואח"כ קנה ומכר דהא לא מצי הלוקח לאמר הנחתי מקום כיון דבעת שקנה

לא היה לו וע' בסי' קט"ו סק"ה שם הבאתי הדברים בביאור וא"כ ע"כ צ"ל דאית ליה ללוקח דאקני דאל"כ איך גובה הקרן מנכסי משועבדים שבאו אחר קנייתו ודאקני הוא ולהכי צ"ל מאי שבח חצי שבח:

סעיף ג

יש אומרים דאף אם כת' לו דאקני יכול לחזור. וזה הוא דעת הרשב"א והיינו משום דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר"מ והביא ראיה מדאמרינן בפרק מ"ש לוה ולוה וקנה יחלוקו ואם אינו יכול לחזור ה"ל למימר לקמא משתעבד לבתרא לא משתעבד ועש"ך שהכריע כדעת החולקין דא"י לחזור וע"ש שאין ראייתו מכרעת דמה שהביא ראיה מש"ס דפשיט דדאקנה משתעבד מדתנן שט"ח המוקדמין כו' המאוחרין כשירין ואם אית' דיכול לחזור בו קשיא הא אפי' משתעבד ניחוש שמא חזר בו בפני עדים ולא משתעבד דאקנ' ואת' למטרוף לקוחות שלא כדין וא"ל דלא חיישינן להכי דהא בכל דוכתי חיישינן לטריפת לקוחות בכל חששות שאפשר ע"ש אמנם קושטא דמלתא דלחזר' לא חיישינן והוא מוכח מהא דאמרינן בפ"ק דמציע' כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלו' עמו וניחוש שמא כת' ללות ולא לוה כו' אמר אביי עדים בחתומיו זכין ליה ואע"ג דשיטת הרי"ף והרא"ש גם לאביי דסבר עבחז"ל אם חזר בו בפי' אע"פ שנתנו לו אח"כ לא אמרינן עבחז"ל ע"ש וא"כ ניחוש שמא יחזור בו בנתיים אע"כ דמוקמינן לי' אחזקתה וכמו שרוצ' עתה כן לא ישתנה דעתו אחר כן ומ"ש מסבר' דכיון דאינו יכול לחזור מגוף ההלוא' עד שיפרע לו דמיו א"י לחזור ג"כ משעבוד' אינו מוכרח ג"כ דכיון דלא קנה השעבוד עדיין ויכול לחזור בו אין המעות מעכבו מחזרה ואם אין לו מעות יהי' חוב עליו ובגוף השעבוד יכול יחזור וכיוצ' בזה אמרינן בפועל דיכול לחזור בחצי היום ואע"פ שכבר קבל המעות ואין לו מה לפרוע הפועל יחזור כדינו והמעות חוב עליו וכמ"ש בש"ע סי' של"ג ס"ג גם מ"ש הש"ך בענין לוה ולוה וקנה דטעמ' לאו משום חזרה אלא משום דמסתמ' הנכסים שקנ' אח"כ קונ' טפי ממעות אחרון וראשון גופי' ניח' ליה שיחלוקו ע"ש לא נתחוור ומסתבר טעמ' דרשב"א משום חזר' הוא איבר' דקשי' בטעמ' דרשב"א בלו' ולוה וקנה דיחלוקו משום חזר' הוא הא מבואר בנ"י בשם הרשב"א דכ"ז שלא חזר בו חייל שעבוד' משע' ראשונ' וז"ל בפ' חזקת גבי וניחוש דילמ' אקני מטלטלי אג"ק ומשני דלא ה"ל ארע' מעולם וז"ל שמעינן מהכא מדאיצטריך מעולם ולא אמר שלא הי' לו קרקעות בשע' שקנ' מטלטלין אלו דשעבוד' קמא חייל אמטלטלי שיקנ' אפי' לאחר שמכר הקרקע ודעת הרמב"ן ז"ל לומר הטעם לפי שכת' דאקני שוב א"י לחזור אפי' קודם שקנ' אלמ' משע' ראשונ' חל שעבוד' אף ע"ג דבפירות דקל יכול לחזור

כל שלא בא לעולם ומיהו הרשב"א ז"ל חולק בדין זה שהו' סובר שאף הכותב דאקנ' קודם שקנ' יכול לחזור ולאו מוד' הוא ז"ל דכל שלא חזר בו משעה ראשונ' חייל שעבוד' כדשמעי' מהכא דאיצטריך למימר מעולם עכ"ל וא"כ אכתי תיקשי לוה ולוה וקנה אמאי יחלוקו נימא לקמא משתעבד כיון דכל זמן שלא חזר חייל שעבוד' משע' ראשונ' וליכ' למימר דמה שלו' משני הוי כמו חזר' דהא בפ"ק דמציע' מוכח מדברי הרי"ף והרא"ש דגבי שטרי הלוא' לא שייך חזר' וע"ש ברא"ש ספ"ק דמניע' גבי כותבין שטר ללו' אע"פ שאין מלו' עמו משום דעדים בחז"ל ותו ליכ' למימר שמא כ' ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ואת' למטרף לקוחות שלא כדין דכדין טריף וכתב שם הרא"ש דגבי מכר אח"כ לשני ואח"כ חזר ונתן השטר מכיר' לראשון תו לא אמרינן עבחז"ל דכבר נתבטל שטר הראשון בחזרת השני עכ"ל ונ"ל דגבי שני שטרי הלוא' או שטר הלוא' ומכר אח"כ לשני בזה לא אמרי' חזרה נגד שעבוד' של ראשון וכמ"ש לעי' בסי' ל"ט וא"כ הכא נמי גבי לוה ולוה וקנה ישתעבד כולי' לקמא דהא כ"ז דלא חזר חייל שעבוד' משע' ראשונ' וצ"ע וע"ש בש"ך דנסתייע מדברי תוס' דשעבוד עדיף מקנין מדף קנ"ז דאפי' לר"מ עדיף שעבוד מקנין לענין דיכול להשתעבד אע"ג דלא עבידי דאתי' ע"ש אמנם התוס' כתבו כן לפי שהקשו בד"ה קנה ומכר וז"ל אליביה דר"נ לא תיבעי כדמפרש בסמוך וא"ת אימר דאמר ר"מ כגון פירות דקל דעבידי דאתי הני לא עבידי דאתי שיקנ' וימכר וע"ש שתרצו בזה דאלים השעבוד לר"מ דאע"ג דלא עבידי דאתי' אבל קושיי' לא הבנתי לענ"ד דהא שדה זו לכשאקחנה תהא מכור' לך מבואר בכמה דוכתי דמהני לר"מ וע"כ הוי עבידי דאתי' שיקנ' או משום דהקרקע איתיה אלא שהו' מחוסר קנין לא בעי עבידי דאתי' וכמ"ש התו' סבר' זו כמה פעמים ליישב דלא תקשה מהא אמקדש אשה לכשתשחררי או לאחר שימות בעלך דלא עבידי דאתי' ואפ"ה סבר ר"מ דמקודשת אלא לפי שהו' בעולם לא בעינן עבידי דאתי' אך פירות דקל דליתנהו בעולם כלל בעי עבידי דאתי' וע' בתוס' פרק האשה רבה ופרק אע"פ גבי המקדיש מעשה ידי אשתו וא"כ לכאור' לא מקשה תוס' ואין לומר דזה הוי עבידי דאתי' שיקנ' וכמו שמוכח בש"ס דמהני לר"מ באומר שדה זו לכשאקחנה תהא קנויה לך אלא שיקנ' ויחזור וימכור זה לא עבידי דאתי' וכן משמע לכאור' מדברי התוס' שהקש' הני לא עבידי דאתי' שיקנ' וימכר משמע שיקנ' עבידי דאתי' אבל שיקנ' וימכור לא עבידי דאתי אמנם כיון דשיקנ' עבידי דאתי א"כ באומר מה שאקנ' ישתעבד לך תיכף משקנ' חל השעבוד על השדה דלא גרע מאומר שדה שאקחנה תהא קנוי לך דקנוי לר"מ וכיון שכבר נשתעבד למלו' א"כ ממיל' כשמכר אח"כ ללוקח חוזר המלו' וטורף דהא כבר נשתעבד לו ואין המכיר' שמוכר ללוקח הוא סיבת השעבוד

אלא סיבת השעבוד הוא מה שקנה אח"כ השדה ובא לידו ואז תיכף משתעבד למלו' וממיל' כשמכרו אח"כ טורף המלו' ממשועבדים שלו וצ"ע ועמ"ש בסי' קט"ו סק"ז:

סעיף ד

י"א שחולקין החצי שחלוקין עליו ולכאור' קשה דהא נימ' אין ספק מוצי' מידי ודאי כמו גבי ספק ויבם דהא אי לאו השני הרי הראשון חשיב ודאי בכולה. אח"כ מצאתי בתוך תשובת מהרי"ט חלק א' עמד בחקיר' זו וז"ל ועל כל האמירות וכל הצווים שהרב ז"ל מזהירנו עדיין איני יכול לקבל האיך נדון סתמא בלוה ולוה ואח"כ קנה (סוף) שזה יטול מחצה וזה מחצה חדא דלגבי שעבוד נכסים אלו ראשון שעבודו ודאי ושני ספק ואין ספק מוצי' מידי ודאי כדאמרינן גבי ספק ויבם וע"ש ולא קשה מידי לפי מה שהוכיחו תוס' בפ' החולץ דנ"ח ד"ה הוי יבם ודאי וספק ספק דהא דקרי יבם ודאי נגד הספק היינו משום שהיבם הוא ודאי יורשו של סבא אבל ספק הוא ספק אם הוא יורשו כלל אבל התם בנפל עליו ועל אמו לא הוי בנימין ודאי יורש בכל חצי האחר דאם מתה רחל קודם יוסף הוי ראובן נמי יורשו וע"ש וא"כ ה"ה נ"ל דאע"ג שיש לו במקצת הנכסים אינו ודאי בכולן ואם לוה ולוה וקנה משתעבד נמי לשני:

סעיף ה

שחולקין עליו. ע' סמ"ע דאם הי' טוען המאוחר שקנאו ביני וביני הי' שלו לבדו אלא דלא רצה הטור לכתוב כן משום דלא שכיח שיקנ' ביני וביני ע"ש מיהו אם טען המאוחר כן טענתי' טענה. וע' ב"ח שהקש' דיהא נאמן המאוחר ליטול חציה במגו דאי בעי טען שקנה ביני וביני וכולה שלו וע"ש מ"ש ולק"מ דהא הך דינא הוא דין המפורש במשנ' שנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי זה ישבע שאין לו פחות מג' חלקים כו' והא דאינו נאמן במגו דאי בעי אומר כולה שלי כבר הקשו הראשונים וכל התירוצים הנאמרים שם שייכין נמי כאן. וע' במרדכי פ"ק דמציע' שהקש' אמאי נוטל רביע מ"ש מספק ויבם דאין ספק מוצי' מידי ודאי ותירץ דלהכי נוטל רביע משום דאית ליה מגו דכולה שלי וע"ש ולפ"ז לא קשה נמי מ"ש בסי' ג' דלא יטול המאוחר כלום משום דאין ספק מוצי' מידי ודאי דרביע נוטל משום דאית ליה מגו דקנאה ביני וביני וכולה שלי:

סעיף ו

שחולקין עליו ע"ש במוהרי"ט בתשוב' ח' חלק ח"מ שהקש' על ב"י דנימ' העמד נכסים אלו בחזקת מה שהן עכשיו תחת ידו של זה כן היו קודם שלו' מן המלו' השני דהיכ' דליכ' חזקה דמעיקר' אזלינ' בתר חזק' דהשת' כדאמרינן בפרק מי שמת גבי ההי' מתנת' דהוי

כתוב בה כדקציר ורמי בערסי ומוקי לה בפלוגת' דר' יעקב ור' נתן דתני' מי מוצי' מיד מי רבי נתן אומר אם בריא הוא עליו להביא ראי' שהי' שכיב מרע לא מבעי' לרבוות' דפסקו כרבה דאמר הרי מת והרי קברו מוכיח עליו משום דאזל' מילת' כר' נתן דדיינ' הוא ונחית; לעומק' דדינ' דאזלינן בתר חזק' דהשת' אלא אפי' לאביי ולרבוות' דפסקו כאביי דאיכ' למימר הכי ואיכ' למימר הכי אוקי ממונ' בחזקת מאריה היינו משום דחזקת ממון עדיפ' מחזקת הגוף אבל היכ' דליכ' חזקת ממון כי האי דמספק' לן אי משעבדי להאי או להאי אית לן לאוקמי נכסים כשעת מציאתן וע"ש שהאריך וכבר הארכנו בזה בקונטרס הכללים להוכיח דלעולם לא מהני חזק' דהשת' אפי' היכ' דליכ' חזק' דמעיקר' דטעמ' דר' נתן הוא משום דכ"ע בחזקת בריאין קיימי וכמבואר בפרק עשרה יוחסין גבי קדשה אביה בדרך ונתקדשה היא עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חוששין לקידושי שניהם לימ' כתנאי מי מוצי' מיד מי וכו' לימ' רב דאמר כר' נתן ושמואל דאמר כר' יעקב אמר לך שמואל אנא דאמרי אפי' כר' נתן התם דכ"ע בחזקת בריאין קיימי והאי דמפיק נפשי' מחזקת בריאים עליו הראי' וע"ש בתוס' פרק עשרה יוחסין שכתבו דטעמ' דרב דאמר הרי היא בוגרת לפנינו נמי לאו טעמ' משום חזק' דהשת' אלא משום דרגילות להבי' השערות מצפר' ע"ש וכבר כתבו תוס' בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ג) דסוגיא דקידושין פ' עשרה יוחסין סותר כל הסוגי' דפ' מי שמת כיון דטעמ' דר' נתן אינו אלא משום דרוב' בחזקת בריאים קיימ' וכ"כ תוס' בריש נדה הא דאמרינן בקידושין פרק עשרה יוחסין לימא רב דאמר כר' נתן אע"ג דרב דווקא בשערות קאמר משום דרגילות להביאן מצפר התם נמי רוב העולם בריאים הם אלמ' דלמסקנ' לא אזלינן וכההי' דקדשה אביה בדרך דביומ' דמשלם שית ליכ' חזק' ואפ"ה לא אמר רב דהרי היא בוגרת לפנינו אלא משום דרוב רגילין להביא שערות צפר' וטעמא דרבי נתן משום דרוב העולם בחזקת בריאים הא בספק שקול לא אזלינן בתר חזקה דשעת מציאתן וא"כ פסק הב"י הוא נכון ושם בקונטרס הכללי הארכנו ודו"ק:

סעיף ז

דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי עש"ך שהאריך והעלה דהוי ספיקא דדינא ותורף דבריו דכיון דאתינן עלה מלותה ואכלה וגבי לותה ואכלה גופה ספיקא הוי אלא משום דבעל מוחזק הוא לא מפקינן מיני' וע"ש שכתב וז"ל אך זה נראה לי ברור להלכ' ולמעשה בלא כתב דאקני לא מיבעי' כשלוה בשטר סתם דהוי ספיקא דדינא ואי תפס מלוה לא מפקינן מיני' דהא י"א דאפי' לא כתב אמרינן אחריות טעות סופר אלא אפי' כ' בשטר שכל מה שיקנה לא יהא משועבד לבע"ח אפ"ה אי תפס מלוה מנכסים של בעלה לא מפקינן

מיני' מהנך טעמא דאמרן ע"ש. ונפלאתי בזה דאיך שייך כאן דין תפיס' הא שעבודו דבע"ח אינו אלא בקרקע וגבי קרקע לא שייך דין תפיסה ואפי' בספקא דדינא וכמ"ש תוס' בפ' חז"ה דף ל"ב ע"ב ואם נפרש דברי הש"ך במטלטלין וכגון ששעבדן אג"ק א"כ איך כתב לא מבעי' כשלוה בשטר סתם דהא י"א דאפי' לא כתב אמרינן אחריות ט"ס ואי מיירי משעבוד מטלטלין אג"ק לכ"ע צריך דאקני מפורש דמצי אמר לא שעבדתי מטלטלין אג"ק אלא אותן שיש ת"י וכמ"ש הסמ"ע בסי' פ"ה סקכ"א ומיהו בעיקר הדין עדיין יש מקום לתפיסה האידנא בתר תקנת הגאונים דמטלטלין דיתמי משתעבד א"כ אם תפס מטלטלין מהני דיאמר בעל יורש הוא. אך דגם בזה יש לפקפק לפי מה שהרשינו הה"מ פ"ד מהל' גזילה דהבא בספק תקנה לא מהני תפיס' נגד דינא דאורייתא וא"כ ה"נ במטלטלין ולא שעבדן באגב הוי תפיס' לספק תקנה דהא מדינא מטלטלין לא משתעבדי:

סעיף ח

לוקח הוי עיין מ"ש בסי' ק"ג ס"ק י"א ובסי' קל"ב סק"א:

סימן קיג

סעיף א

אפי' מכר קרקעות קודם שיקנה המטלטלין כ"כ ה"ה פי"ח מה' מלו' וכן כתב הנ"י פ' חזקת גבי וניחוש דלמא אקנו לי' מטלטלי אג"ק ושנינו דלא ה"ל ארעא מעולם וז"ל ושמעינן מהכא מדאיצטריך למימר מעולם ולא אמר שלא הי' לו קרקעות בשעה שקנה מטלטלין אלו ששעבוד' קמא חייל אמטלטלי שיקנה אפי' לאחר שמכר הקרקע ודעת הרמב"ן ז"ל לומר הטעם לפי שכותב דאקני שוב אין יכול לחזור בו אפי' קודם שקנה אלמא משעה ראשונ' חייל שעבודא אע"ג דבפירות דקל יכול לחזור כל שלבל"ע ומיהו הרשב"א חולק בדין זה שהוא סובר שאף הכותב דאקני קודם שיקנה יכול לחזור בו ומ"מ מודה הוא ז"ל דכל שלא חזר בו ודאי חייב שעבוד' משעה ראשונ' כדשמעינן מהכא דיצטרך למימר מעולם עכ"ל ועמ"ש בסי' קי"ב סק"ב אמנם לא נדע הרבותא דנקטי במכר קרקעות קודם שקנה מטלטלין דהא אפי' הי' לו בידו הקרקע מ"מ כל שקנה הקרקע קודם המטלטלין ותיכף חל שעבודו עליו ושעבוד מטלטלין עדיין לא חייל דהא לא באו עדיין לידו ואח"כ כשבאו מטלטלין לידו ליתא לאג"ק כיון שכבר נשתעבד לו הקרקע ול"מ שעבוד מטלטלין אג"ק אלא כשבאו לידו בב"א קרקע ומטלטלין וא"ל דאלו הוי הקרקע בידו א"כ עדיין שעבודו דמלוה על הקרקע ויכול שעבוד המטלטלין לחול על

ידי אגב אפי' באו אח"כ דא"כ גם אם מכר הקרקע לאחר לא פקע שעבודו מהקרקע דהא טורף מלקוחות וא"כ א"נ דכשמכר הקרקע קודם שקנה המטלטלין לא חייל שעבוד מטלטלין אז צ"ל אפי' לא מכר הקרקע אלא כל שקנה הקרקע קודם למטלטלין לא חייל שעבוד המטלטלין וכנ"ל וא"כ ע"כ צ"ל דשעבודם משעה ראשונה חייל כ"ז שלא חזר דאל"כ ה"ל מטלטלי אג"ק של המקבל וא"כ ה"ה מכר קודם שקנה המטלטלין:

סעיף ב

הודאת בע"ד כמאה עדים. פ' חזקת (בבא בתרא דף מ"ד) פריך הש"ס וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלי אג"ק הבמ"ע כגון שלקח ומכר לאלתר וליחוש דלמא דאקני אמר ליה ל"צ דקאמרי עדים ידעינן ביה בהאי דלא הוה ליה ארעא מעולם וכתב התוס' ז"ל מכאן תשובה לאומרים דמה שנהגו לכתוב בהרשאות ונתתי לו ד"א בחצרי אף ע"ג דלית ליה קרקע משום דאין לך אדם שאין לו ד"א קרקע בא"י דקרקע אינה נגזלת דהכא משמע דאפשר שאין לו קרקע ועוד דאם כן לא יעשה אדם שני שטרי הקנאות שהראשון קנה ד"א ונראה לר"ת דהיינו טעמא כיון שמודה שיש לו קרקע וחוב הוא לו שהרי ע"י הקרקע מקנה אפי' יש כמה עדים שמכחישין אותו הרי הודאת בע"ד כמאה עדים ול"ח למחזי כשיקר' כדאשכחן לקמן דף קמ"ט גבי איסור גיור' דנפק אודית' מבי איסור ואע"פ שהי' איסור משקר והקשה מוהר"ח דמ"מ ניחוש הכא דלמא אקני לי' מטלטלי אג"ק והודה שיש לו הקרקע אע"פ שלא הי' לו ונראה דכולי האי ל"ח שמא ישקר להודות ובזה"ז שרגילין כן לכתוב בכל השטרות א"כ מילתא דשכיח הוא ואפי' מכר לו פרה וטלית אינו מעיד לו אע"ג דאיכ' עדים דלא הוי לי' ארע' מעולם עכ"ל התוס' וכ"כ הש"ך להלכה בסי' ל"ז ס"ק כ"ד ועיין מש"כ בישוב קושיות מוהר"ר חזקיה בסי' קכ"ג באורך:

סימן קיד

סעיף א

שוב אין הלוקח יכול לסלקו ז"ל הסמ"ע כבר כתבתי דהיינו דוקא כשאינו רוצה הלוקח לסלקו בכל החוב וכ"כ הטור והמחבר בסמוך בס"ס ז' עכ"ל וכתב הש"ך וזהו טעות דהכא אפי' ירצה ליתן כל החוב אינו יכול לסלקו מטעם דשומא לא הדרי ללוקח ע"ב ולפענ"ד אין כאן טעות דהא כאן מיירי דלא עשו ב"ד אלא שומא והכרזה אבל הורדה עדיין לא עשו למלוה וא"כ ודאי הלוקח יכול לסלקו בזוזי וכל זמן שלא נעשה הורדה לא קנאו המלוה וז"ב:

סימן קטו

סעיף א

אם כתב לו הלוה דאקני טורף ג"כ השבח והכי מוכח בסוגיא דפ' מי שמת דשבח הוי דאקני ופשיט מהכא דדאקני משתעבד מדבע"ח גובה שבחא ויש לעיין היכא מוכח דדאקני משתעבד דלמא דאקני לא משתעבד ולא עדיף שיעבוד מקנין וכשם שאין אדם מקנה דשלבל"ע כך אין אדם משעבד דשבל"ע אלא דכיון דיכול להקנות דקל לפירות ה"נ משעבד קרקע לשבחא. אבל נראה דלא דמי דודאי כשהקנה דקל לפירות מהני משום דכיון דהקנה דקל לפירות והדקל אי' בעולם וכיון דקנה הדקל לפירות ה"ל כאלו גוף הדקל שלו לפירות והיינו דמשום דהדקל שלו לפירות וה"ל כאלו גוף הדקל שלו הוציא הפירות אבל גבי שעבוד דלא שייך לומר ארעאי הוא דאשבח דאין לו קנין בגוף הקרקע מחמת שעבודו לומר ארעאי הוא דאשבח ולא מצי בע"ח אתי על השבח רק מחמת השבח כדמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא אבל לא מחמת גוף הקרקע וא"כ שבחא ודאי דאקני הוא ואינו דומה שעבוד לקנין כשקונה הדקל ממילא הפירות שיוצא ממנו שלו וה"ה כשהקנה דקל לפירות ה"ל כאילו גוף הדקל שלו לפירות ודקלו הוא שהוציא הפירות אבל גבי שעבוד אע"ג דארעא משתעבד לי' אין הדבר יוצא משעבודו משתעבד לי' אלא כשיש לו שעבוד על היוצא כגון דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא וא"כ לא מהני גבי שעבוד דקל לפירות ודו"ק וכתבתי כל זה לפי שראיתי בשו"ת מוהרי"ט ח"א סי' קכ"ח ושם הביא דעת החכמים האומרי' כששעבד לו נכסיו שקנה ושיקנה חל שעבודו של ראשון על דמיהן ותמורתן עד סוף העולם ואין בע"ח מאוחר חולק עמו כדין לוה ולוה וקנה ואע"פ שלא חל קנין על דמיהן מפני שלא באו לעולם כי כ' לי' דקנאי ודאקני מתוך שנשתעבדו הם עצמם דאיתנהו בעולם נשתעבדו נמי דמיהן מידי דהוי אדקל לפירות דחל קנינו אפירות ובמוהרי"ט שם האריך בביטול דבר זה מפי סופרי' ומפי ספרי' דהא דאמרי' דאקני היינו על נכסיו שבאו ממקום אחר קאמר שלא בא לעולם ואע"פ שדמיהם של אלו בכלל דאקני הם מ"מ כי היכא דאותו נכסים שעתיד לקנות ממ"א קנין בפני עצמו הן כך הבאין מחמת אלו קנין בפני עצמו הוא וכו' דכיון שהוא רוצה להקנות נכסים הבאים לו ממקום אחר יש הוכחה דלא נפרש דבריו דנכסי לדמיהן קאמר שאם אתה מפרש ששעבד נכסיו דקנה ודיקנה א"כ לא חל שיעבוד על הנכסים הבאים ממקום אחר ובר מן דין כל שלא כלל הפירות אחר הגוף לא נקנה הפירות שאם אמר אדם דקל ופירותיו אני משתעבד לך דקל נשתעבד ופירותיו לא נשתעבדו עד שיאמר ודקל לפירותיו דלא מתרצינן דיבוריה לומר דקל לפירותיו קאמר כל שלא

אמר כן בפי' כדמוכח בפ' אע"פ גבי מקדיש מעשה ידי אשתו וכו' וא"כ הכא הא דאמר לי' דקנאי הוצרך לשעבד לו נכסים שיש לו עתה וכשתרצה לומר דאקני שעבד לו כל נכסיו העתידים לבוא וכל חד וחד קנין לחודי' וראיה ברורה דכי כ' לי' דקנאי ודאקני לא משתעבד פירותיהן או דמיהן כמו דקל לפירות ודמותבינן אשמעתין דיחלוקו מדתנא הרי שמכר שדה והשביחה ואם אי' חצי שבח מבעי' לי' ואסיקנא מאי גוב' חצי שבח ואם אית' דהכא דאמר לי' דקנאי לדאקני כולי' שבח לעכב שהכל נשתעבד לבע"ח אג"ק הקרקע שהי' בעולם עכ"ל ומבואר מדבריו דאם שיעבד לו בפי' דקנאי לדאקני הוי מועיל וא"כ אכתי תקשי מאי פריך משבח דלמא איירי דשעבד בפי' לבע"ח דקנאי לדאקני אבל לענ"ד אפי' שעבד לו בפי' דקנאי לדאקני או דקל לפירותיו לא מהני כלום גבי שעבוד דגבי קנין דמצי אמר קניני הוא שהוציא הפירות או זה תמורת קניני שפיר זוכ' בחליפיו או בתמוריו עד סוף כל הדורות אבל גבי שעבוד כיון דאין לו קנין כלום ובע"ח מכאן ולהבא הוא גוב' ולהכי צריך מסיק ביה שיעור ארע' ושבח' אבל מסיק שיעור ארעא לחודי' לא מצי אמר ארעאי הוא דאשבח ואפי' באפותיקי דעת כמה פוסקים דלא מצי אמר ארעאי הוא דאשבח וא"כ לא שייך בי' דקל לפירות או ארע' לשבח' כיון דלא מצי קני לשבח' מחמת הקרקע אלא מחמת השבח עצמו וזה נ"ל פשוט וברור:

סעיף ב

ואם השביחו מחמת הוצא' טורף חצי השבח ונרא' דשבח דמחמת הוצא' אפי' בשבח היתר על היציא' אינו טורף בע"ח אלא חצי וגם צריך דאקני ולא הוי כשבח' דממיל' וכן מבואר מדברי הנימוקי יוסף בפ"ק דמציע' ובפ' מי שמת ע"ש. אמנם מדברי רבינו ירוחם שהובא בב"י נרא' דשבח היתר על היציאה דינו כשבחא דממילא וז"ל הב"י מחו' י"ב כתוב במשרים נתיב ט"ו ח"ג לפי דברי הרי"ף נרא' דאם השבח יתר על היציא' דינו כשבח הבא מאליו עכ"ל וכיון דלדברי ר' ירוחם שבח היתר על ההוצא' גוב' ממקבל מתנ' ודינו כשבחא דממילא ודאי פשוט דה"ה לענין דאקני דינו כשבחא דממיל' ומדברי הש"ך בס"ק ה' נרא' דס"ל דשבח היתר על היציא' צריך דאקני ואינו גוב' אלא חצי ולא הוי כשבח' דממיל' ובסקכ"ט גבי מקבל מתנ' העלה דשבח היתר על היציא' דינו כשבח דממיל' וגוב' ממקבל מתנ' והחבל הזה נתפס בשני ראשין ויבואר לפנינו בסקי"א ע"ש:

סעיף ג

טורף חצי השבח. הטעם מבואר בש"ס ופוסקים דהשבח הוא בא אחר הלוא' של המלו' וגם אחר חוב אחריות של הלוקח ולהכי חולקין דלו' ולוה וקנה לתרווייהו משתעבד ויש להסתפק ראובן לוה משמעון בניסן ומכר השדה ללוי באייר ובסיון חזר ולוה מיהוד'

והשבח בא אחר כל הלואות כגון שהשבח נעשה בתמוז אם יהוד' נוטל חלק משבח זה כיון דשבח זה בא אחר הלואתו ה"ל לוה ולוה (ולוה) דחולקין בין שלשתן. אמנם לענ"ד נרא' דהשבח לא משתעבד רק למלו' שלו' קודם המכיר' של השדה ללוקח אבל למלו' שלו' אחר המכיר' לא נשתעבד השבח והיינו משום דמדינא אין השבח משתעבד כלל למלו' אפי' אית ליה דאקני וכאשר יבואר לפנינו אי"ה דהא מעולם לא קנה הלו' את השבח אלא משום נעילת דלת עשאוה וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דמציע' אמר שמואל בע"ח גוב' את השבח משום שלא תנעל דלת בפני לוין אלמוה רבנן שעבוד' דבע"ח שלא יפסיד כלל ממה שמכר הלו' קרקע המשועבד לו ויגבה השבח מן הלוקח כמו שהי' גובהו אלו הי' ביד הלו' וע"ש וא"כ דוקא בקרקע המשועבד לבע"ח עשאו לשבח כאלו הי' ביד הלו' אבל נגד מלו' שני שלו' אחר מכירת השד' ולדידי' לא נשתעבד מעולם גוף השדה גם בשבחו אינו נוטל ולכן אין לו זכות בשבח כי אם המלו' והלוקח דהלוקח מדינא אית לי' בשבח' והמלו' מדינא לית ליה אלא דחכמים עשאו משום נעילת דלת שלא יפסיד המלו' כיון שמכר קרקע המשועבד לו אבל למלו' שני דלא נשתעבד גוף השדה גם השבח לא נשתעבד ואוקמה אדינא דמדינא לא משתעבד כלל כיון דלא קנאו הלו' מעולם וכ"נ לי מלשון הרמב"ם פ' כ"א מהל' מלו' וז"ל ולמה יטרוף בע"ח חצי השבח בלבד הבא מחמת הוצא' לפי שהדבר בא אחר שלו' מראובן ולאחר שמכר ללוי ונמצא ראובן ולוי כשני בע"ח לשמעון והשבח כנכסים שבאו לו אחר שלו' משניהן שהן חולקין כא' כמו שבארנו לפיכך ראובן שלו' משמעון מנה וכת' לו שאני עתיד לקנות וחזר ולוה מלוי מאתים וכת' לו שאני עתיד לקנות וקנה אח"כ שדה ומכרה ליהוד' במאה וחמשי' והשביח' יהודא בהוצאתו והרי היא שוה שלש מאות טורף שמעון ולוי הקרן וחולקין אותו בשוה ונמצא ביד זה ע"ה וביד זה ע"ה וחוזרין שמעון ולוי ויהודא שלשתן וחולקין מאה וחמשים של שבח על הדרך שפרשנו עכ"ל וע"כ ציור הענין הזה דבא הרמב"ם להשמיענו איך דלפעמים נוטלין ג' אנשים בשבחא דאי משום הקרן כבר ביאר הרמב"ם דלו' ולוה וקנה יחלוקו וא"כ מדלא צייר בשדה שהי' כבר ביד הלוה ולוה משמעון ואח"כ מכר את השדה ולוה מלוי ואח"כ השביחה דנוטל שמעון כל הקרן ובשבח' נוטלין בין שלשתן או בכותב לו דאקני וקנה ואח"כ לוה מלוי ואח"כ מכר דנוטל שמעון כל הקרן ובשבחא חולקין בין שלשתן אלא ע"כ משום דעיקר שעבוד השבח נגרר אחר שעבוד השדה והיכא דלא נשתעבד השדה ללוי גם השבח לא נשתעבד וכמ"ש דמדינא שבחא לא הוי דאקני אלא דחז"ל תיקנו שישתעבד לפי שמכר קרקע המשועבד לבע"ח וכן משמע מהא דתני הלוקח גובה את הקרן מנכסים משועבדים ומשמע אפי' מלקוחות

שקדמו לשבחו דאין חילוק בין שבחו קודמת ללקוחות או לקוחות קדמו לשבחו כדאיתא ריש פ' הנזקין וא"כ היכא דלקוחות קדמו לשבחו והלוקח טורף הקרן יחזרו הלקוחות ליטול חלק בשבחא בשביל אחריותן כמו שטורף לוקח חצי שבח בשביל אחריות שלו ע"כ מדסתמו הפוסקי' בזה מבואר דאין השבח משתעבד למלו' אלא היכא דגוף השדה נשתעבד וזה נ"ל ברור ודו"ק:

סעיף ד

וחוזר הלוקח וגוב' הקרן כת' הרב המגיד וז"ל וא"ת אחר שיש שם משועבדין מאוחרין לאלו היאך טורף בע"ח מאלו יאמר לו הלוקח הנחתי לך אצל המאוחרין וכבר הנחתי לך בעת שקניתים מקום לגבות ממנו וזו שאל' הגונ' ויש להשיב על דעת רבינו שכת' בפי"ח ששעבוד דאקני אינו חל בסתם משכחת לה כשלא הי' המשועבדים המאוחרים בעת שלו' והי' לו בעת שמכר אלו ומפני כך לא נכנסו תחת אחריות המלו' ונכנסו תחת אחריות הלוקח ה"נ כשכת' דאקני ללוקח ולא כת' למלו' וכו' ע"ש ודבריו מרפסין איגרי דאם אין למלו' דאקני איך גוב' את השבח וכבר התפלאו בזה הש"ך והמ"ל אמנם מצאתי בשיטת הגאון מוהר"ר בצלאל אשכנזי בפ"ק דמציעא שהבע"ח גוב' את השבח בלא דאקני שהקש' שם דהיכא משתעבד לבע"ח ממון של לוקח והא לא קנאו הוא מעולם וע"ש שכת' וז"ל ואי לאו דמסתפינא ה"א דלא שייך הכא דאקני כלל ואפי' לא כת' לי' הכי גבי שבחא והא דאקשינן בגמ' מס' בתרא ואי ס"ד דאקני קנה ומכר לא משתעבד בע"ח אמאי גוב' שבחא ה"ק אא"ב היכא דאמר לי' דאקני משתעבד דין הוא שיגבה בע"ח את השבח דסתמא כמאן דאמר לי' לשתעבד לך האי ארעא וכל שבח דאתי בה לעולם דמי וכיון דלוקח אדעתא למשקל ממוכר או ממי דאתי מחמתיה הוא דעביד כדכתב לי' אנא איקום ואשפי וכו'. אי דפריש הכי השתעבד כדמשתעבד דאקני בעלמא ומסתמא נמי גבי דכמאן דפריש דמי אא"א דאקני לא משתעבד בעלמא בע"ח היכי גובה שבחא מסתמא הא אפי' פריש דליגבי כל שבחא דאתי בה לא משתעבד ומיהו חזינא טובא מרבוותא דפרישו לה כפשוטו ואמרי דלא גבי שבחא אלא בדכתב ליה דאקני וכו' עכ"ל הרמב"ן ע"ש וא"כ לפי שיטה הנ"ל ניחא דברי הרב המגיד דבע"ח גובה שבחא אפי' לית ליה דאקני ומשאר נכסים דאקנ' לא גבי אא"כ אית לי' דאקני ואע"ג שהרב המגיד בעצמו סובר דשבחא לא גבי ממלוה אא"כ כתב לי' דאקני וכשיטת הרבוותא מ"מ אפשר לומר דבתירוצו שכ' כגון דלית לי' למלוה דאקני פונה על דרך שיטה הנזכרת דלא בעי דאקני ואכתי יש לדקדק בתירוצו של הה"מ דנהי דלענין משועבדין מצינו לומר דלית לי' דאקני הא תנן התם והשבח מנכסים בני חורין ובזה קשה יגבה הבע"ח מנכסים

ב"ח דאע"ג דדאקני הוא הא מיני' א"צ דאקני והב"ח כתב וז"ל עוד תירצו התוס' בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) בד"ה גובה את הקרן דאע"ג דכ' לי' דאקני וקנה ומכר משתעבד אפ"ה כשבא בע"ח לטרוף מלוקח שקנה קרקע שהי' לו בעת שלוה לא מצי לוקח לדחותו למשועבדים המאוחרין של דאקני כיון דבשעת הלואה כבר חל שעבודו על שדה זו דה"ל ללוה בשעת הלואה תו לא מצי לדחותו מעיקר שעבודא לשאר משועבדים שלא הי' לו בשעת הלואה והוא התירוץ הנכון לפענ"ד ע"כ ובש"ך כ' וז"ל ולפענ"ד צריך עיון להמציא סברא חדשה שלא יוכל הלוקח לומר הנחתי לך מאוחרים בכה"ג גם מסתימות שאר פוסקי' לא משמע כן שכתבו סתמא בכמה דוכתי דלוקח ראשון יכול לדחותו אצל לוקח שני ולא חילקו בין אם הנכסים של לוקח שני הם דקנה או דאקני גם מדברי תוספת פ"ק דמציעא וההי"מ והסמ"ע שהבאתי מבואר להדיא דלא ס"ל הכי וגם בדברי התוס' עצמם בפ' מי שמת ראיתי שנמשך הב"ח אחר מה שכתב מוהרש"ל בס' ח"ש שם אבל לפי מה שכ' מהרש"א מוכח אדרבה מדבריהם איפכא ע"ש עכ"ל. והנה מ"ש שהב"ח נמשך אחר מה שכתב מוהרש"ל בח"ש המעיין בדברי מוהרש"ל אין זה דרך הב"ח אלא דמוהרש"ל מפרש דבעת שקנה הלוקח לא הניח כלום אלא אח"כ הוא שקנה המוכר ונמצא דבשעת שקנה הלוקח לא הניח מקום לגבות ולדברי המהרש"א בכה"ג נמי מצי לדחותו אצל מאוחרין אלא דמיירי דבשעת גבייי' לא נמצא כלל אלא אחר הגבייי' הוא שקנה ומכר ומזה גובה הלוקח וסברי התוס' בפ' מי שמת דאע"ג שאחר הגבייי' הרי השבח קצוב מ"מ אינו גובה את השבח מנכסים משועבדים כיון שלא הי' קצובים בשעת הכתיבה ודלא כסברתם בפ"ק דמציעא. ולדברי הב"ח אפי' הניח הלוקח בעת שקנה מקום לגבות אפ"ה כל שהי' דאקני למלוה לא מצי לדחותו מעיקר שעבודו שהי' לו בשעת הלואה לדאקני ונמצאו לפנינו ג' פירושים בדברי התוס' בפ' מי שמת: אמנם בעיקר סברת הב"ח אם היא מחודשת. נראה הדבר מוכרח כסברתו וראיה מהא דאמרו שלשה שמין את השבח בכור לפשוט ובע"ח ללקוחות וליתומים ופריך והא אמר שמואל בע"ח גובה את השבח ומשני לא קשיא הא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא הא דלא אסיק ביה שיעור ארעא ושבחא וכי לא מסיק בי' שיעור ארעא ושבחא דיהיב ליה זוזי ומסלק לי' הניחא למ"ד אי אית לי' זוזי ללוקח לא מצי מסלק לי' לבע"ח שפיר אלא למ"ד אי אית לי' זוזי ללוקח מצי לסלוקי לבע"ח ונימא אלו הוי לי זוזי מסלקינן מכולה ארעא השתא דלית לי זוזי הב לי גריוא בארעא שיעור שבחאי ומסיק דעשאו אפותיקי וסוגיא זו הובא בפ"ק דמציעא ובפ' המקבל (בבא מציעא דף ק"י) ובפ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ה) וקשה הא נמי דא"נ דאי אית זוזי ללוקח לא מצי סלוקי לבע"ח היינו

משום דהוא שעבודו של בע"ח ואין הלוקח יכול לסלקו בזוזי דידי' דאינו שעבודו אבל ודאי אי קנה הלוקח שתי שדות יכול הלוקח ליתן מחצית בשדה זו ומחצית בשדה זו אם יש בכל אחד שיעור שדה דאפי' בשני לוקחין הדין כן כמבואר בש"ע סי' קי"א סעיף ט"ו וא"כ אם הקרקע שוה מאה והשבח שוה עשרים והחוב כשיעור ארעא והוא מאה למה לא יוכל הלוקח לסלקו מאה בארעא ושבחא שעל גבו כשיעור מאה והמותר שוה עשרים יטול הלוקח דהא השבח נמי משתעבד לבע"ח כיון דא"ל דאקני וא"כ למ"ד דמצי לסלוקי מי ניחא לכן מוכח כדברי הב"ח דנהי דדאקני משתעבד לבע"ח מ"מ לא מצי לדחותו מעיקר שעבודו לדאקני לכן הבע"ח נוטל כולי' ארעא בשביל שעבודו דהוא עיקר שעבודו שהי' לו בשעת הלואה ולא מצי לדחותו על השבח שאינו עיקר שעבודו ולזאת מעלה את השבח שעל גבו בדמים ללוקח אבל למ"ד אי אית לי' זוזי ללוקח מצי מסלק לי' ודאי מצי לוקח מסלק לי' באותן דמים שמגיע ממנו בעד השבח וזה ראי' עצומה לדברי הב"ח ודו"ק. אך קשה בהא דאמרי' בפ"ק דב"ק ד"ח אי שתקת שתקת ואי לאו מהדרינא שטרא דזיבורית למרי' ושקליתו כולכן מזיבורית והא התם במה דמהדר שטרא למרא לא נתבטל המקח ולא הדרא זבינא וכמ"ש תוס' שם והרא"ש ע"ש ולא הוי אלא כקונה אח"כ וא"כ איך מצי לדחותו לדאקני ונראה דלשיטת הב"ח לא קשה דכיון דטעמא דידי' דלא מצי לדחותו לדאקני אלא משום דקנה הוא עיקר שעבודו שסמך לי' עליה בשעת הלואה וא"כ כיון דזו השדה זיבורית היתה בשעת הלואה אלא שמכרה אח"כ וכי מהדר ליה יכול לוקח לדחותו לשדה זו כיון שזאת השד' היתה בשעת הלואה ובכה"ג ודאי מצי לדחותו. ובזה ניחא ליישב לישנא דש"ס שם דאמרו אי שתקת שתקת ואי לאו מהדרינא שטרא למרי' ולשון מהדרינא לא מתיישב כיון דלא הדרי זבינא וכבר הרגיש בזה הרא"ש שם ע"ש ולפמ"ש ניחא דהא יכול לומר לבע"ח אע"ג דזאת השדה השתא דאקני מ"מ כי מהדרנא שטרא למריה הרי שעבודך שסמכת עלי' בשעת הלואה קיים דהא זאת הי' עיקר שיעבודך ג"כ בשעת הלואה ובשביל שהי' ביני וביני בידי לא נתבטל שעבודך והשתא מהדרנא שטרא למרי' שיהי' כמו מקדם ותו לית לך טענה להשתמט מזבורית אלו ודו"ק אך לשיטת מוהרש"ל דהוא סובר דעיקר תליא שיהא לוקח מניח מקום לגבות בשעה שקנה וא"כ כי מהדר שטרא דזיבורית למרי' כיון שלא הניח כלום בעת שקנה היכי מצי לדחותו כיון דלא הדרי זבינא למפרע ואינו אלא כקונה אח"כ: וגם לפי שיטת הב"ח קשה לפי מ"ש הטור שם בסי' קי"ט דאפי' אם יש לו זיבורית משלו מצי אמר אי שתקת שתקת ואם לאו אני נותן הזיבורית משלי והתם ודאי דאקני ממש הוא וא"כ קשה גם לדעת הב"ח: ועוד קשה לשיטת הב"ח הא דתני והשבח מנכסים בני חורין כיון שיש

בני חורין יגבה המלוה מנכסים בני חורין וכ"ת שהם דאקני ולא מצי לדחותו מדאקנה שהוא עיקר שעבודו על דאקני דהא שבח נמי דאקני הוא. ואפשר דלא שייך הנחתי מקום לגבות אלא היכא שהוא יכול לדחות את הבע"ח שלא יגבה ממון כלל אבל שבח דמעלה אותו בדמים דהא השבח אינו יכול ליטול מקרקע אם כן יצטרך לומר לבע"ח תן לי דמים בעד השבח דכפי ערך השבח שהוא נמי דאקני הנחתי לך מקום לגבות אז יאמר לו הבע"ח כיון שאין לך אלא דמים צא ובקש הדמים מן המוכר כיון שיש לו נכסים בני חורין. אמנם בעיקר הראיה שכתבנו לסברת הב"ח בהא דאמרו הניחא למ"ד אית ליה זוזי ללוקח לא מצי מסלק לבע"ח אמאי נהי דבזוזי דידי' לא מצי מסלק יסלק בשבחא דידיה דהוא גם כן שעבודו. נראה ליישב לפי מה שיתבאר לפנינו אי"ה דהשבח מדינא לא נשתעבד כלל לפי שאינו דאקני ממש דהא לא קנאו המוכר מעולם ולא בא לידו כלל אלא משום נעילת דלת בפני לוין שלא ינעול אלמוה רבנן לשעבודא שלא יפסיד הבע"ח כלל ממה שמכר קרקע המשועבדת לו וגובה השבת כאלו הי' ביד הלוה וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דמציעא. וא"כ דוקא במסיק שיעור ארעא ושבחא אלמוה רבנן לשעבוד' דבע"ח שלא יפסיד מחובו אבל היכא דמסיק ביה שיעור ארעא לחודי' דאז אינו מפסיד הבע"ח כלל ואז הדרא לדינא קמא שלא ישתעבד שבחא כלל וכלל כיון דלא קנאן מעולם כיון דליכא תקנתא לבע"ח כלל כיון דאינו מפסיד ואפי' רוצה הבע"ח ליטול בשבחו אינו נוטל כיון דדאקני הוא ואינו נוטל אלא בארעא לבדו ולכן אתי שפיר דהיכי דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא דאז נוטל כל הקרקע דאין הלוקח מצי מסלק ליה בקרקע ושבחו כפי חובו מאה זהובים דהיכא דאינו מסיק ביה שיעור ארעא אז אין השבח משועבד לי' כלל ולהכי שמין את השבח בדמים ללוקח למ"ד דלא מסלק לי' בזוזי וזה נראה לי ברור ומוכרח ועמ"ש בס"ק ח' ודו"ק:

סעיף ה

גובה הקרן מנכסי המוכר עיין מה שהתעוררו בזה גי"ת והש"ג דמשמע דחוזר וגובה כל הקרן ואמאי הא כבר ניכה חצי שבח ואין לומר הא דגובה חצי שבח היינו בשביל אחריות השבח עצמו דאם כן איך נוטל במקום הבע"ח דהא בע"ח דין משועבדים אית להו ואין גובין השבח מנכסים משועבדים. ולענ"ד נראה דשבח דגבה הוא בשביל אחריות השבח עצמו (ואי) ואינו משום דאין גובין השבח מנכסי' משועבדי' דהא דעת רב האי דמלוה ע"פ מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחרת וכן פסק בש"ע סי' ק"ד סעיף י"ג וא"כ המלוה אין לו דין משועבדים וכ"ת הא כיון דלוקח קנה השבח הוא עצמו דין משועבדים אית ליה ואיך מצי טריף ממון בעד אחריות כיון דאין נפרעין השבח מנכסים

משועבדים וכה"ג נמי כ' הש"ך בסי' ק"ד ס"ק ט"ו דאם כתב למלוה דאקני וללוקח לא כתב דאקני דגובה הבע"ח כל השבח דהלוקח לא מצי טריף משבח כיון דהוא דאקני ואע"ג דמיניה א"צ דאקני דכיון שהשבח נמכר הרי הוא מלקוחות. אך שאני התם דהיכא דלית ליה דאקני מדינא אין השעבוד חל על הנכסים אלא מיני' הוא דטריף משום דמיני' אפי' מגלימ' דעל כתפי' מוטל עליו לפרוע וזה השבח שכבר יצא מרשות הלוה והוא אצל הלוקח ע"כ אין בו אלא משום טירפא וכיון דלית ליה דאקני אין לו טירפא משבחא אבל הכא דאית ליה ללוקח דאקני ומדינא טריף אפי' מנכסים משועבדים אלא מפני תיקון העולם של הלקוחות התקינו וא"כ מצי לוקח אמר אנא לא ניחא לי בהאי תקנתא וכמו שאמרו בפ"ק דב"ק דף ח' אנא לא ניחא לי ע"ש מיהו גם לפי דעת הרמב"ם דסובר דמלוה ע"פ ומלוה בשטר אין לו למלוה ע"פ כלום נגד מלוה בשטר שהוא נקרא ג"כ נכסים משועבדים מ"מ נראה כיון דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה אין זה נקרא נכסים משועבדים משעת הלואה אלא משעת הגביה נקרא המלוה בשטר כמו לוקח ולכן אין לו למלוה ע"פ במקומו כלום וכאן כיון דאלו קנה הלוקח אחר קצבת שבחו הי' טורף גם השבח מלקוחות לפי מ"ש תוס' בפ"ק דמציעא וא"כ כיון דבשעת גבי' הרי השבח קצוב ולכן טורף הלוקח בעד אחריות שבחו אע"פ שיש למלוה בשטר דין משעבדי בשעת גבי' מיהו כיון דקי"ל כדעת רב האי דמלוה ע"פ גובה נגד מלוה בשטר וכמ"ש בש"ע סי' ק"ד א"ש טפי ועמ"ש בסי' ק"ח סקי"ד:

סעיף ו

ואם רוצה הלוקח לסלקו ויש בזו סברות חלוקות היכא דמצי הבע"ח לומר לדידי שוה כל חובי ודעת הסמ"ע בסי' ק"ט ובסי' קי"ד דהיכא דהלוה חי ובא לגבות מן הלוקח אז מצי בע"ח אמר לדידי שוה כל חובי דיש בזו טובת הלוה ולהכי לא מצי הלוקח לסלקו בשויה והיכא שמת הלוה דאז אין בו טובת הלוה שפיר מצי לוקח לסלקו בזוזי בדמי שוי' ואין הבע"ח מצי לומר לדידי שוה כל חובי ובש"ך העלה דבכל ענין מצי בע"ח אמר לדידי שוה כל חובי ועמ"ש בסי' ק"ט ס' א' דאפי' אין הבע"ח אומר לדידי שוה כל חובי ג"כ לא מצי לוקח סלוקי בזוזי עד שיעלה הלוקח בדמים לומר לדידי שוה הקרקע יותר מחובך ואז צריך הלוקח לסלקו כל חובו וע"ש והיכא דליכא עדים על החוב וטען על המשכון יותר מכדי דמיו נמי איפלגו ביה רבוותא אם צריך להחזיר החפץ כשיסלקו הלוה בכדי שויו ואין זה תולה בפלוגתא דהכא דשם כשיש לו מגו על החפץ מגו דלקוח הרי הוא נאמן שחייב לו כ"כ שלא יצטרך להחזיר החפץ דאלו בעי הוה טעין לקוח ואלו הוי טעין לקוח לא היה צריך להחזיר החפץ וא"כ השתא נאמן שחייב לו יותר שלא

יצטרך להחזיר לו החפץ דכיון דהלוה חי אלו הוי יודע שחייב לו יותר ודאי לא היה צריך להחזיר החפץ עד שיחזיר לו כל חובו ומ"ד התם דצריך להחזיר החפץ כשפורע לו כל דמיו סובר איפכא דהא דבע"ח יכול לומר לדידי שוה כל חובי הני מילי כשידוע בעדים שנתחייב לו יותר אבל כשאין לו עדים אלא מחמת מגו בלבד אז אינו נאמן על החפץ רק בכדי דמיו ולא יותר. ועיין במרדכי פ' המקבל שהביא ראיה דמצי בע"ח אמר לדידי שוה כל חובי מהא דאמרינן בפ' הכותב (כתובות דף פ"ה) ההיא אתתא דהוי מפקדי גבה מלוגא דשטרי אתו יורשי קא תבעי לה מינה אמרה להו מחיים תפיסני להו אתא לקמיה דרבי נחמן אמר לה אית לך סהדי דתבעי' מינך מחיים ולא יהבית ניהלי' וכו' ואיך מהני למשכון בעד כל החוב יסלקו היורשין אותה בעד שוי הנייר אע"ג דמצי אמרה לדידי שוה כל חובי ולהכי אינה צריכה להחזיר הנייר עד שיפרעו כל חובה וע"ש בשינוי לשון וזה הוא ראייתו ועמ"ש בזה בסי' ס"ד ס"ק ד' ליישב קושיות תוס' בפ' הכותב שם:

סעיף ז

בשדה בית ט' קבין והוא מדברי הרי"ף והרא"ש פ"ק דמציעא ולמדו כן מדאמרינן בפ"ק דב"ב כל שאלו יחלוקו ושמו עליו חולקין ואם לאו מעלין אותו בדמים וז"ל בעל המאור פ"ק דמציעא והיכי דלא מסיק ביה במוכר שיעור ארעא כול' אלא שיעור מקצת ארעא שקיל מני' בשיעור חובו ושאר הוי ללוקח והוא דחזיא ליה אי נמי לא חזיא ליה וקא בעי לה אבל אי לא חזיא ליה ולא בעי לה שקיל להו לדמי מיניה דבע"ח כמו שפרשנו דין השבח במאן דמסקי ביה שיעור ארעא אבל לא שיעור שבחא דדא ודא אחת היא עכ"ל והרמב"ן שם במלחמות כ' וז"ל דעת' קלישת' חזינא הכא דמאי עיסקא דלוקח בהדי בע"ח אטו איהו מזבין להא ארעא או זבין לה מינה בע"כ שקיל חובו בקרקע ואין הדין נותן לכופו שיהיה לוקח מזה ואפי' שותפין בכה"ג לית בהו דינא דגוד או אגוד דכיון שאחד מהם יש לו כשיעור אעפ"י שחבירו יש לו פחות מה יעשה לו זה ימכרנו בפחות או ילך לו שהרי יש לזה שיעור ואינו רוצה לא ליקח ולא למכור וכ"ש אלו שלא נעשו שותפין מעולם ואין לו עסק עמו אבל מה שהורה רבינו הגדול ז"ל דהיכא דלא הוי אפותיקי ולא מסיק ביה שיעור שבחא דאי בעי שקיל מיניה דמי היינו טעמא משום דא"ל כיון שאינו מסלקך בדמים וקרקע הוא שאתה טורף ואין שבחי משועבד לך לחובך שבחי שלי הוא ואין לך בו כלום וכיון שכן או תן לי גופו של שבח כראוי ליטול או קח אותו ממנו וכשהוא לוקחו ממנו א"י ליתן לו קרקע שאינו ראוי' לו בדמי שבחו שהוא לוקח ממנו וזה ההוראה ברורה ולרבינו הגדול ז"ל נאה לדורשה עכ"ל. והנה דברי הרמב"ן נפלאו מאוד במ"ש וקרקע הוא שאתה טורף ואין שבחי משועבד לך אמאי אין השבח משועבד

דהא ע"כ בדאית ליה דאקני לבע"ח איירי דלהכי כי מסיק ביה שיעור ארעא ושבחא גובה את השבח אלא דלהכי אינו נוטל כל השבח משום שהחוב אינו אלא בכדי קרקע לבד אבל עכ"פ כשיעור חובו משתעבד לו ארעא ושבחא וא"כ כדמסיק בי' שיעור ארעא נמי למה יצטרך הבע"ח ליתן לו ללוקח דמים דוקא יקח בחובו ארעא ושבחא בעד סך חובו והשאר ישאר ללוקח ואעפ"י שלא יהי' ללוקח שיעור שדה כיון דבע"ח שלו הוא נוטל דאשתעבד לי' ארעא ושבחא על חובו. ובש"ך כתב וזה שחילק הרמב"ן בין שבח לגוף הקרקע דוחק הוא וע"ש אולי כוון למ"ש. אמנם כד דייקת תשכח דברי הרמב"ן ברורים ונאים לאומרן והוא דכבר כתבנו דמדינא אין השבח משתעבד כלל אפי' אית לי' דאקני דהא ממונו של לוקח הוא ולא קנאו המוכר מעולם אלא דמשום נעילת דלת עשאו חז"ל שיהי' כמו שהי' ביד מוכר וכמו שכ' הרא"ש בפ"ק דמציעא שלא יפסיד הב"ח וא"כ לא אשתעבד לי' השבח אלא דוקא כי מסיק בי' שיעור ארעא ושבחא ומשום פסידא דבע"ח חשו וללוקח ליכא פסידא כולי האי כיון דיש לו על מי לחזור על המוכר ובמקבל מתנ' דאין לו על מי לחזור חשו נמי לפסיד' דמקבל מתנ' כיון דאין לו על מי לחזור וא"כ כיון דהוא נמי רק משום פסידא דבע"ח שלא יפסיד א"כ במקום דליכא פסידא כגון דלא מסיק בי' אלא שיעור ארעא אין השבח משועבד לו כלל ושבחא דלוקח הוא לגמרי וע"כ צריך הבע"ח לקנות את השבח מלוקח וא"כ ודאי צריך לפרוע בדמים או בשיעור קרקע הראוי משא"כ בקרקע שאין החוב כפי כל הקרקע ופייש פורתא אין לנו לכופו לבע"ח שיקח מלוקח את הקרקע הנשאר דמאי לו עסק עם הלוקח ומה דשקל דידי' שקיל כפי ערך שעבודו והשאר נשאר ללוקח וזה ודאי ראוי והגון בדברי הרמב"ן והוא נכון: ובש"ך נראה דלא ע' היטב בדברי הרמב"ם ולכן כתב על דבריו שהוא דוחק ולפי מ"ש דברי הרמב"ן נכונים מאוד דכיון דשבח' לא אשתעבד לו כלל במסיק בי' שיעור ארעא לחודי' א"כ מה לו לבע"ח לשבחו דלוקח ובע"כ צריך לקנות ממנו כיון דאי אפשר ליטול השבח מן הקרקע ואלו משכח להפריד השבח מן הקרקע באמת לא הי' צריך לקנות ממנו בדמים והוי יהיב לי' ללוקח ויעשה בשבחו מה שירצה אלא כיון שא"א צריך לקנות ממנו וצריך לקנותו בדמים הראוים משא"כ בקרקע שאינו שוה כל חובו שקיל מה דאשתעבד לי' והשאר מניח ללוקח אפי' אין בו שיעור שדה וז"ב. וראי' מוכרחת כבר כתבנו בסק"ה דהיכא דלא מסיק בי' אלא שיעור ארעא השבח לא משתעבד לי' כלל אע"ג דאית לי' דאקני ובפ' המקבל ובפ' הגוזל פריך בהא דאמר שמואל שלשה שמין להם את השבח בע"ח ללקוחות ופריך והא אמר שמואל בע"ח גובה את השבח ופריך הניחא למ"ד אי אית לי' זוזי ללוקח לא מצי סלוקי בזוזי אלא למ"ד אי אית לי' זוזי מצי מסלק לי' נימא

לי' הב לי גריוא בארעא שיעור שבחאי. והוקשה לן ולמ"ד כי' אית לי זוזי לא מצי מסלק לי' מי ניחא הא ודאי נהי דבזוזי דלוקח לא מצי מסלק לי' אבל בשעבודו של בע"ח ודאי מצי מסלק לי' ואם הי' קונה שתי שדות הוי מצי הלוקח ליתן לו מזה חצי שדה ומזה חצי שדה אם הי' בו כשיעור וא"כ יאמר הלוקח כיון דהקרקע ושבח שעליו שוה מאה ועשרי' וחובך מאה זהובי' קח מן הקרקע מאה זהו' קרן ושבח שעליו וקרקע שוה עשרי' הניח לי אלא מוכח מזה דהיכא דלא מסיק בי' אלא שיעור ארעא לבד אז אין השבח משתעבד כלל לבע"ח אע"ג דאית לי' דאקנה וא"כ הבעל חוב שקיל כו' קרקע שהיא המשועבדת לו והשבח אינו משועבד לו כלל וצריך ליקח לו כל הקרקע ומעלה בדמים את השבח שעליו ומסלק לי' ללוקח וע"ש בסק"ה ודו"ק היטב:

סעיף ח

אבל אם עשאו אפותיקי בפ"ק דמציעא דף ט"ו גופא אמר שמואל בע"ח גובה את השבח כו' אמר רב נחמן הא מתני' מסייעי' למר שמואל והונא חברין מוקי לה במילי אחרנייתא דתני' המוכר שדה לחבירו והרי היא יוצאה מתחת ידו כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים משועבדים ושבח גובה מנכסים ב"ח והונא חברין מוקי לה במילי אחריני בלוקח מגזלן תניא אידך המוכר שדה לחבירו והשביח' ובא בע"ח וטרפ' כשהוא גובה אם השבח יתר על היציאה נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציאה מבע"ח ואם היציאה יתירה על השבח אין לו אלא הוצא' שיעור שבח מבע"ח והא שמואל במאי מוקים לה אי בלוקח מגזלן קשיא רישא דאמר שמואל לוקח מגזלן לית ליה שבחא אי בבע"ח קשיא רישא וסיפא דאמר שמואל בע"ח גובה את השבח אבע"א כו' והא מעשים בכל יום וקא מגבי שמואל אפי' בשבח המגיע לכתפי' לא קשי' הא דמסיק בי' שיעור ארע' ושבחא הא דלא מסיק בי' אלא שיעור ארעא דיהיב ליה שבחא ומסלק ליה הניחא למ"ד כי אית ליה זוזי לליקח לא מצי מסלק ליה לבע"ח שפיר אלא למאן דאמר כי אית ליה זוזי ללוקח מצי מסלק ליה נימא ליה אלו הוי לי זוזי הוי מסלקינך מכולה ארעא השתא דל"ל זוזי הב לי גריוא דארע' בארעא שיעור שבח' הבמ"ע שעשאו אפותקי דא"ל לא יהי' לך פרעון אלא מזו ושיטת התו' בשעשאו אפותקי אפי' לא מסיק בי' אלא שיעור ארע' נוטל הבע"ח השבת היתר על ההוצא' משום דא"ל ארעאי הוא דאשבח וכדמשמע פשטא דבריית' נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציאה מבע"ח אלמ' דבע"ח שקיל מיני' שבח' היתר על היציא' אע"ג דלא מסיק ביה רק כשיעור ארע' משום דא"ל ארעאי הוא דאשבח והיכ' דמסיק ביה כשיעור ארע' ושבח' אפי' היציא' אינו נוטל מבע"ח דלא גרע במה שעשאו אפותקי יותר מאם לא עשאו אפותיקי דאם מסיק ביה שיעור ארע' ושבח' דאינו נוטל את

היציא' וכן הוא שיטת הרי"ף והרמב"ן והרשב"א. ולשיט' זו אפותיקי אין צריך דאקני דאפי' לא כת' לו גוב' שבח' משום דא"ל ארעאי הוא דאשבח וכן גוב' כל השבח אע"ג דשאר בע"ח אינו גוב' אלא חצי השבח באפותקי גוב' כל שבח' משום דארע' דידי' הוא דאשבח וכאלו קנה את הקרקע דמי ושיטת רש"י דהא דקתני נוטל יציא' מבע"ח דלא מסיק ביה בע"ח המוכר שיעור ארע' ושבח' הילכך יהיב בע"ח ללוקח שבח' ומסלק ליה והאי דנקט למלתי' בלשון יציא' ולא תני נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע והמותר מבע"ח לאשמועינן היא גופה אתי דהיכי דיציא' יתיר' על השבח אין לו אלא יציאה שיעור שבח וכן הוא שיטת הרז"ה דגם באפותקי לא מצי אמר ארעאי הוא דאשבח אלא דמיירי דמסיק בי' כשיעור ארע' ושבח' היתר על היציא' ולהכי נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציא' מבע"ח והרמב"ן בס' המלחמות השיג על שיטת רש"י ובעה"מ דא"כ ליתני נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע והמותר מבע"ח עוד הקש' הרמב"ן שם דמאי פריך הש"ס לימא לי' הב לי גריוא דארע' כיון דלא קשי' לי' אלא אמאי לא שקיל מארע' והאי מאי קושי' מאן אמרה דלא לשקול גריוא דארע' או משום דתני והוצאה מבע"ח אכתי לא מוכחא דבמעות שקיל דכיון דארע' גבי הוא מיניה דידיה הוא דשקל לי' אבל לדברי רבינו הגדול ז"ל ניח' דקשי' לי' אמאי לא שקיל שיעור כולה שבח' דממיל' דלשקלי' בארע' וע"ש ומה שנרא' לענ"ד ליישב שיטת רש"י יבואר באורך בסק"י: אמנם קשה לפי שיטת רש"י והרז"ה דאפותקי לא תוסיף תת כחה אלא לענין סלוקי בזוזי אבל דאקני צריך וכיון דצריך דאקני ממיל' אינו גובה אלא חצי שבח והלוקח חצי שבח כיון דלא מצי אמר ארעאי הוא דאשבח והא דקתני נוטל היציא' מבע"ח היינו משום דלא מסיק בי' רק שיעור ארע' ושבח' שיתר על היציא' ואין הבע"ח מפסיד כלום לכן נותן לו היציא' ואלו הוי מסיק ביה שיעור ארע' ושבח' לא הי' נותן לו היציא' משום דלא עדיף הלוקח מלוה עצמו וכמבואר בפוסקים וע' ש"ך ס"ק כ"ז וא"כ היכי משכחת לה שיטול היציא' מבע"ח דהא אפי' לא מסיק בי' אלא שיעור ארע' ושבח העודף על היציא' מ"מ כיון דבע"ח אינו נוטל אלא חצי השבח ואינו גוב' כל חובו וא"כ אמאי יצטרך להחזיר ההוצא' ולפי שיטת האומר דחולקין לפי שטרות שפיר משכחת לה שלא יפסיד הבע"ח כלום וכגון דמסיק ביה שיעור ארע' וחצי שבח היתר על ההוצא' וא"כ אינו מפסיד כלום ולכן צריך ליתן כל הוצא' וגם חצי שבח ללוקח אבל לשיטת האומרין דחולקין לפי ממון א"כ לא משכחת שהבע"ח יפרע כל חובו כיון דלא שקיל בשבח' רק לפי ערך המעות והבע"ח כבר נפרע בארע' והלוקח יש לו חוב גדול לפי ערך הקרקע והשבח דהא יש לו אחריות על גוף הקרקע וא"כ לעולם לא משכחת שיפרע הבע"ח כל חובו משבח' וא"כ למה נותן ההוצא'

ללוקח דהא כ"ז שלא נפרע מחובו אין צריך ליתן בעד הוצא' אלא א"כ הוצא' יתיר' מחובו וצ"ע: וניחא לפי מ"ש בס"ק ז' בשם הרשב"ם דשמואל דס"ל בע"ח גוב' את השבח היינו כולי' שבח' והסוגי' דאזל' אליבא דשמואל שם א"כ שפיר משכחת לה שיפרע כל חובו בדמסיק בי' שיעור ארע' ושבח' היתר על היציא' דנוטל כולי' ארע' וכולי' שבח' היתר על היציא' ואינו מפסיד כלל להכי צריך להחזיר את היציא' ללוקח: ובזה ניחא ליישב מה דרבים מקשים בהא דפריך בפ' המקבל ובפ' הגוזל על מימר' דשמואל דאמר שלשה שמין להם את השבח והא אמר שמואל בע"ח גוב' את השבת ונימא הא דשמין היינו חצי שבח ובע"ח אינו גובה אלא חצי שבח וכדמפרשינן הברייתא בפ' מי שמת מאי גובה חצי שבח ולפי מ"ש ניח' דע"כ שמואל ס"ל דגובי' כולי' שבח' דכיון דס"ל דלוקח מגזלן אין לו שבח וע"כ מפרש האי ברייתי' דפ"ק דמציע' בבע"ח ובעשאו אפותקי וכדמסיק שיעור ארעא ושבח' היתר על היציא' ומחזיר היציא' לפי שהוא יותר על חובו ואם אינו גובה אלא חצי שחב לא הוי משכחת לה שיחזור היציא' כיון דאין הבע"ח יכול לגבות כל חובו ודו"ק היטב:

סעיף ט

ששבחה מחמת הוצא' בפ"ק דמציע' אמר שמואל בע"ח גוב' את השבח אמר רבא תדע שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי ואדכי ואמריק זביני אילין אינון ועמליהון ושבחיהון ואיקם קדמך וצבי זביני דילן וקביל עלי' א"ל רב חיי' בר אבין לרבא אלא מעתה מתנה דלא כתיב ביה הכי ה"נ דלא טריף שבח' א"ל אין וכי יפה כח מתנ' מכח מכר א"ל אין יפה ויפה. ויש בזו שיטת חלוקות להראשונים דהרי"ף והרמב"ם סוברים דלענין שבח' דממיל' אין אנו צריכים לאחריות וגוב' אפי' ממקבל מתנ' ודעת הרא"ש דאפי' שבח' דממיל' אינו גוב' ממקבל מתנ' וע"ש ובשבח' דמחמת הוצא' נרא' מדברי האחרונים דלכ"ע אינו גוב' ממקבל מתנ' אפי' שבח' היתר על היציא' ע"ש אך מדברי הרמב"ן נרא' דאפי' שבח' היתר על היציא' גוב' ממקבל מתנ' וז"ל הרמב"ן וכן מ"ש רבינו הגדול שבמתנ' מאי דלא גבי שבח' הני מילי בשבח' דאתי מחמת הוצא' אבל שבח' דממילא גבי דבר נכון הוא ואין לחלוק עליו ודאי מה דאצטריך לרב' למימר תדע שכך כוחב לו מוכר ללוקח וכו' לאו לכל שבח קאמר דצריך תנאי דאלו בשבח דממילא פשיט' דגבי דארעא דאשתעבד' לי' אשבח' אטו אם מכרה באלף זוז והוקר ועמדה על אלף ור' א"נ אסקה ארעא שרטון אפשר לומר דלא טריף ליה לבע"ח לכולה שבחא ואפי' במתנה דלא כת' בה וה"ה לכל שבח' דממיל' דאפי' הוציא ונטע נטיעות והשביח' יתר על היציא' כיון שהקרקע הזה קנוי' לו לשעבודו דינו לגבות כו' והיא ושבח' משועבדים

הם לו וכ"ש כשהשביח בגופה כגון שחרש ועבד נכסיו והחליף באילנות וכיוצ' בהם שלא נתחדש כאן כלום אלא גופה של קרקע שהשביח דנוטל הוצא' מבע"ח ושקיל ארע' בשבח' דממיל' ורבא בשבח' דמחמת הוצא' ובכדי הוצא' הוא דתמה ואמר וכי נכסיו של לוקח נשתעבדו לבע"ח של מוכר מי עדיף מנגזל דלא טריף שבח' דמחמת הוצאה ואמר אין משום דהכי כתיב ליה מוכר והטעם מפורש בהלכות דכיון דכת' ליה הכי אדעת' למשקל ממוכר עביד ולא מבע"ח אבל במתנ' בשבח' דממיל' ודאי טריף עכ"ל ומבואר מדבריו דס"ל דשבח היתר על היציא' נמי הוי כנתייקר' ולא צריך כלל לדאקני דודאי אי הוי צריך דאקני הדר' קושיות הראשונים לדוכתי' דאיך נשתעבד ע"י דאקני שבח' דלוקח דלא קנאו מעולם וכתבו בזה דאינו אלא משום דכך כותב לו מוכר כו' ה"ל כאלו קנאו המוכר מלוקח וכמ"ש בנימוקי ע"ש וכיון דדעת הרמב"ן דגוב' ממקבל מתנה אפי' בלא כתיב' ע"כ צ"ל דס"ל דהוי כנתייקר' והש"ס דדייק דאקני משתעבד והא דתנן והשביח' ובא בע"ח ונטלה היינו משום דהשביחה משמע מחמת הוצא' ובשבח שכנגד היציא' נמי איירי דזה ודאי ה"ל דאקני ממש ולזה הוא דהוצרך רבא לתדע שכך כותב לו מוכר כו' וכן מורה לשון המשרים שהובא בב"י מחו' י"ב ז"ל כת' במשרים נתיב ט"ו ח"ג לפי דברי הרי"ף נרא' דאם השבח יתר על היציא' דינו כשבח' הבא מאליו עכ"ל ומשמע דלגמרי הוי כשבחא דממיל' דא"צ לדאקני דה"ל כנתייקר' והא דחולקין בשבח' היינו בשבח שכנגד היציאה) (ובזה נרא' ליישב דברי רש"י פ"ק דמציע' דף ט"ו בהאי בריית' דתני המוכר שדה לחבירו והשביחה ובא בע"ח וטרפה כשהוא גובה אם השבח יתר על הוצאה נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציא' מבע"ח ומוקי לה אליבי' דשמואל בג"ח והא דאמר שמואל בע"ח גובה את השבח ואינו מחזיר ההוצא' מיירי דמסיק ביה שיעור ארע' ושבח' הא דלא מסיק ביה שיעור ארע' ושבח' ופירשו הבריית' דמסיק ביה שיעור ארע' ושבח' היתר על היציא' ולכן מחזיר את היציא' ללוקח ע"ש והדבר תמוה מאוד דא"כ למה נקט למלתי' בלשון יציאה ליתני סתם נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע והמותר מבע"ח וכבר הרגישו בזה התו' והרמב"ן וע"ש: אמנם יתיישב על פי מ"ש בסק"ה בסק"ט בהא דאמרו בש"ס הניחא למ"ד כי אית לי' זוזי ללוקח לא מצי מסלק ליה שפיר אלא למ"ד כי אית לי' זוזי מצי לסלק לי' נימא לי' הב לי גריוא דארע' בארעא שיעור שבחאי ומשני כשעשאו אפותקי והוקשה לנו דהא בשעבודו של בע"ח ודאי מצי מסלק וכיון דאית ליה לבע"ח דאקני א"כ שבח' נמי שעבודו הוי ולמה לא יוכל לסלקו בשעבודו והשאר ישאר ללוקח ואפי' לבתר דמשני כשעשאו אפותקי לשיטת רש"י והרז"ה דאפותקי לא מהני אלא דלא מצי סלוקי בזוזי אבל שבח' דלו'

הוי ולא מצי אמר מלוה ארעאי הוא דאשבח ואם כן למה לא יוכל לסלק בשבחו כיון דהוא נמי בכלל שעבודו דהא אית ליה דאקני והעליתי בזה דכיון דמדינא אין לבע"ח שעבוד בשבח' אע"ג דאית ליה דאקני דכיון דמעולם לא קנאו המוכר ואינו אלא תקנת חכמים דעשאו כאלו קנאו המוכר מחמת אחריות וא"כ לא נשתעבד שבח' אלא לטובת המלו' היכא דלית ליה ממה לפרוע אבל כי מסיק שיעור ארע' לחוד (לו) אין השבח משתעבד כלל ומש"ה אינו שעבודו וצריך להעלות לו בדמים דוקא ע"ש ולפי שיטת הרמב"ן דשבח' היתר על היציא' א"צ דאקני והוי כמו נתייקרה וכיון דהוא משועבד מדינא א"כ אין הדין נותן שיטול הלוקח חלקו בדמים מן הבע"ח אלא אדרבא מסלק לבע"ח חובו מארעא ושבחא ואפי' עשאו אפותקי כיון דגם השבח בכלל אפותקי דהיא כגופה של קרקע לשטתו וכנתייקרה והמותר מחובו נשאר בקרקע ללוקח. ולפ"ז א"ש דתני והוציא' מבע"ח היכא דלא מסיק בי' אלא שיעור ארעא ושבח היתר על היציא' דאז נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציאה מבע"ח דהיינו בדמים כדתני והיציאה מבע"ח דבזה לא מצי לוקח לסלק לבע"ח בארעא ושבחא משיטול הלוקח גריוא דארעא דשבח שכנגד היציא' ודאי דאקני בעי וכיון דבעי דאקני וזה לאו דאקני דהא לא קנאו המוכר מעולם ואינו אלא מתקנת חכמים שלא יפסיד המלוה בחובו ומש"ה אם המלו' רוצה נוטל את שעבודו מקרקע גופה ומסלק לוקח בזוזי דהשבח אינו שעבודו וכמ"ש אבל אי הוי נקט סתם נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע והמותר מבע"ח לא בלשון יציאה לא הוי נוטל מבע"ח כלום אלא הבע"ח הוי שקיל ארעא ושבח' דאשתעבד לי' והמותר הוי ללוקח בגופה דארעא במותר שכנגד היציאה בזה דוקא הוא נוטל את השבח שכנגד היציאה בדמים מבע"ח ודוק ובזה יתיישב קושיות הרמב"ן שהקשה עוד על שיטת רש"י דמאי פריך הניחא למ"ד אי אית לי' זוזי ללוקח כו' דלמא קושט' דמלתא דלוקח שקיל גריוא דארעא ע"ש ולפמ"ש ניחא דע"כ נוטל היציאה מבע"ח היינו בדמיו דוקא דאל"כ הדרא קושי' לדוכתי' למה נקט בלשון יציאה ליתני סתם נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע והמותר מבע"ח והוא כפתור ופרח ודוק:

סעיף י

וי"א דאפי' בשבחא דממילא עיין ש"ך שהעלה דאפי' שבח היתר על היציאה נוטל ממקבל מתנה והביא ראי' מדאמרי' בפ"ק דמציעא והא שמואל במה מוקים לה וכו' אי בבע"ח קשי' רישא וסיפא כו' משמע דאי לאו דשמואל הוי ניחא דהוי מוקים לה לבריית' בבע"ח והוי א"ש הא דתני אם השבח יתר על היציאה אינו נוטל רק הוצאה מבע"ח והיינו דשמואל לא בעי להשמיענו רק בשבח שכנגד הוצאה ולהכי אמר רבא התדע שכך כותב

לו אבל שבח היתר על היציא' ממילא משתעבד כיון דדאקני משתעבד ומה לי לוקח או מקבל מתנה וראי' זו רמוזה בדברי הרמב"ן ע"כ אמנם נראה להוכיח להיפך מהא דאמרי שם לימא מסייע לשמואל דתני והשבח נוטל מבעל הקרקע והונא חברין מוקים בלוקח מגזלן ע"ש ואי נימא דשמואל לא בעי להשמיענו אלא בשבח שכנגד היציאה אבל שבח היתר על היציאה מלתא דפשיטא הוא כמו שאר דאקני א"כ הא דמסייע לשמואל מהא דתני והשבח מבעל הקרקע ע"כ דמשמע לי' לש"ס דמיירי משבח שכנגד היציאה וא"כ היכי אמרינן עלה והונא חברין מוקים לה בגזלן הא לוקח מגזלן ודאי מנגזל הוא דשקיל הוצאה אף על גב דשמואל נמי מיירי משבח היתר על היציאה והברייתא נמי מיירי בן משבח' דיתר על היציאה ומוקי לה שמואל בבע"ח והונא חברין בלוקח מגזלן. ולפי שיטת רש"י בסוגיא דנמצאת שאינו שלו דהיכא דהכסיפה ביד הגזלן והשביחה דנוטל הלוקח הוצאה מגזלן ניחא דמצי למימר דמיירי בלוקח מגזלן והשבח שכנגד היציאה והכסיפה ביד הגזלן אך בשיטת הרמב"ן קשה דהוא ס"ל דשמואל מיירי משבחא שכנגד היציאה וס"ל נמי כשיטת תוס' דהכסיפה ביד גזלן אינו נוטל אלא מנגזל א"כ היכא מוקים לה בלוקח מגזלן וצ"ע ועיין ש"ך סק"ל וז"ל ולפי מ"ש נמצא דגרע כח מתנה בחד ענינא דמלוקח לא גבי רק חצי שבח דמחמת הוצאה וממקבל מתנה גובה כל השבח כיון דלא קיבל עליו אחריות אין השבח משועבד לו מדאקני כמו שמשועבד לבע"ח ע"ש והוא מהתימא לענ"ד וכי עדיף כח בע"ח מלוקח ואם לוה על השבח הוי משועבד לשני הך שבחא ונוטל חצי' ואם קנה האי שבחא לא יטול כלום וכה"ג הקשו תו' ר"פ מי שהי' נשוי למ"ד בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה לא יהא בע"ח אלא לוקח דכיון דגובה מלוקח למה לא יגבה מבע"ח ע"ש וכיון דשעבודא דבע"ח בשעה שבא השבח לעולם אלא אז חל קנינו של לוקח והוא מקבל מתנה ראוי להיות חולקין ולא גרע מקבל מתנה ממלוה ולקושט' דמלתא לא שייך הכא חולקין אלא ראוי שיהי' הכל למקבל מתנה דלא אמרי' חולקין אלא בפני בע"ח שזמנן שוין אבל בע"ח ומקבל מתנ' שזמנן שוין אין הבע"ח גובה כלל כיון דלא קדים ואם נתן ביום שנשתעבד אינו גובה הבע"ח וזה נראה דקשי' לרבא בהא דאמר שמואל בע"ח גובה את השבח דהאיך יוכל לגבות כיון דכבר מכר את השבח ללוקח ודאקני לא משתעבד אלא מכי אתי לדידי' וקודם שבא לעולם מצי חוזר בי' וכמ"ש הרשב"א דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר"מ וכיון דמכר את הקרקע השבח נמי מכר מידי דהוי אדקל לפירותיו וא"כ כבר חזר בו ואיך נוטל הבע"ח לזה קאמר רבא תדע שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי אינון ועמליהון וכיון דקיבל המוכר אחריות שבחו הרי לא חזר בו ואדרבה רוצה שיטול בע"ח את השבח ופריך אלא מעתה

מתנה דלא כתיב בי' הכי ה"נ דהוי חזר' וכמ"ש אין ה"נ דיפה ויפה וניחא בזה הא דגובה משבח יתומים וכמו שהוכיחו בתוס' ואע"ג דאין להם על מי לחזור ולמה יגבה מיתומים יותר ממקבל מתנ' ולפי מ"ש ניחא דמקבל מתנה כיון דנותן לו את הקרקע גם שבחו בכלל כיון דארע' דידי' הוא דאשבח והוי כמו דקל לפירותיו וא"כ הוי חזרה אבל בשבח יתומים דליכא מעש' החוזר וכל כמה דלא חזר אשתעבד למפרע אפי' לדעת הרשב"א וכמ"ש בנימוקי יוסף פ' חזקת והבאתי דבריו בסי' קי"ג סק"א ע"ש ודו"ק ועמ"ש בסק"א דגבי בע"ח לא שייך ארעאי הוא דאשבח כיון דאין הקרקע שלו רק שעבוד' בעלמא ולא מצי גבי את השבח רק מחמת שבחא. ולכן נראה דלשיטת הרמב"ן דסובר דשבח היתר על היציא' כשבחא דממילא הוי כמו כן נתייקר' וגובה כל השבח היתר על היציא' והא דבע"ח גוב' חצי שבח היינו בשבח' שכנגד היציאה אבל היתר על היציא' לא הוי דאקני כלל והוי כמו נתייקר' וכמ"ש בסקי"א ולמ"ד דשבח היתר על היציא' נמי דאקני ואינו נוטל רק חצי שבח ממקבל מתנ' לא גבה כלום כיון דכבר היתה חזרה וכמ"ש והש"ך שכתב דמלוקח לא גבי רק חצי שבח היתר על היציא' וממקבל מתנ' גוב' כל השבח הוא תמוה דלא עדיף כח בע"ח ממקבל מתנה שזוכה בגוף הקרקע וכמ"ש וז"ב:

סעיף יא

אחריות המתנ'. והוא מדברי הרמב"ם פכ"א מהל' מלו' ועמ"ש בזה בסי' ס' סק"ב:

סעיף יב

דאינו גובה מיתומים. עיין ש"ך שהעלה דין מחודש שכתב וז"ל ולפי"ז יצא לנו דדאקני אינו משתעבד לכתובת אשה ותנאי כתוב' ככתוב' ולא מסתבר לחלק בין שבח לדאקני וכו' ולפי"ז מה שכותבין דעתיד אנא למיקני בכתובות אינו מועיל לענין לקוחות ע"ש ולפי שטתו אפי' קנה והורישׁ לא נשתעבד לכתוב' כיון דלא מסתבר לי' לחלק בין שבח לדאקני ומשבח יתומים הא לא גבי אבל הדבר מבואר בהרבה מקומות בש"ס דדאקני משתעבד לכתוב' וע"ש בסוגיא דדאקני דף קנ"ז תנן נפל הבית עליו ועל אביו והיו עליו כתובת אשה ובע"ח ע"ש דבעי למיפשט מיני' בש"ס דאקני משתעבד וכן בש"ס פ' י"נ דף קל"ב גבי מחלק לאשתו בין הבנים דאבדה כתובת' ואמרי' שם אלו הדר קני מי לא שקלה ע"ש וכן משמע ברש"י פ' האשה שנפלו (כתובות דף פ"א) גבי הרוצ' שימכר בנכסי אחיו דטעמא הוא לפי שלא כתב לשומרת יבם ולאשתו כותב דאקני ע"ש וכן ברא"ש שם פ' האשה שנפלו מבואר להדיא דמהני כתיבת דאקנ' לכתובה וכן נראה מדברי הטור וש"ע סי' קי"ט סעיף ד' מכרן לשלשה בני אדם זה אחר זה כו' או לאחר שנתחייב לכלם קנה וכתב להם דאקני כו' והתם מיירי מנזקין ובע"ח וכתובת אשה הרי

מבואר דדאקני משתעבד לכתוב' ואפי' מלוקח גבי ודוקא בשבח הוא דאקילו בכתוב' ומשום דשבח מדינא אינו מועיל אפי' אית לי' דאקני כיון שלא קנאו המוכר וכמ"ש בנימוקי ובטור ונעש' כאלו קנאו המוכר והך נעשה אינו אלא מדבריהם וכמ"ש בסי' זה וראו חכמים להקל בכתוב' שלא לומד הך נעשה כאלו קנאו המוכר וז"ב:

סימן קטז

סעיף א

ואם קנאה והוקרה עיין סמ"ע וב"ח שהקשו דהא בע"ח אינו גובה אלא חצי שבח וע"ש מדבריהם מבואר דנתייקר הוי כשבח דממילא ואינו גובה אלא חצי שבח ואנחנו לא נדע איך נדון בין מוקדם למאוחר לגבות תחל' למוקדם ושמא נתייקרה אחר הלוא' וביוקר חולקין דהוי כמו שבחא וכן הא דתנן שום היתומים בערכין ע"ש ושמא עכשיו נתייקר' ומאי מהני שומא זו דהא משבח יתומים דעת כמה פוסקים דלא גבי דאין להם על מי לחזור ועיין בסי' קט"ו. ואפשר לפמ"ש בטור אה"ע סי' ל"א בשם הרמ"ה דאי קדוש במידי דלא ידעינן השתא אי הוי ש"פ בעידן קידושין מי לא אזלי' בתר השתא ואי אית בי' שוה פרוטה השתא הוי קדושי ודאי עד דמתברר בסהדי דלא הוי ש"פ בעידן קידושין ע"כ וע"ש בב"ה וא"כ ה"נ אזלינן בתר השתא עד דמתברר בסהדי דנתייקרה אמנם מדברי תוס' פ' עשר' יוחסין דף ע"ט ד"ה מי איכא למימר העמד הגוף על חזקתו משמע דלא אזלינן בתר חזקה דהשתא כלום אפי' ליכא חזקה דמעיקרא המנגדתה והדברים עתיקים ועמ"ש בספרי שב שמעתתא ש"ג פי"א ולכן נרא' לולי דבריהם דאע"ג דהרא"ש והטור סבירא להו דאפי' בשבחא דממילא אינו נוטל אלא חצי שבח היינו דוקא בשבחא דאתי על הקרקע כגון דאלים דיקלא ואסקא ארעא שרטון אבל נתייקרה כיון דגוף הקרקע נשתעבד וגוף הקרקע נתייקרה א"כ שעבודו נתייקר ודוקא באלים דיקלא לא מצי אמר ארעאי הוא דאשבח כיון דלא מהני דקל לפירות לשעבוד וכמ"ש בסי' קט"ו סק"א אבל נתייקרה א"צ דאקני כיון דזו הקרקע כבר נשתעבד:

סעיף ב

שוה אלף בב"י הובא בשם בעה"ת שכ"כ בשם הראב"ד שלא יהי' פסידא לעולם ללוקח. ובש"ך כתב דאם הוזלה ועומד על ת"ק אינו משלם יותר משוי' וכ"כ הה"מ בפשיטות גבי ערבות פ' כ"ה מהל' מלו' וז"ל ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וטרפ' בע"ח מגבינן ללוקח כפי מה שהי' שוה בשעת טירף ולא כפי הדמים שקנה כו' אמנם מתו' נרא' דס"ל דהוזל משלם אחריות כפי הדמים שקנה ע"ש בפ"ק דב"ק ומציעא בראובן

שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו מ"ט דאמר לה חייתא דקטרי סברית וקבלית ודוקא שלא באחריות אבל באחריות לא וא"ד אפי' באחריות דא"ל אחוי טירפך ואשלם לך והקשו תוס' משהחזיק בה לימא לי' שקול ארעא בזוזך ותירצו בב"ק וי"ל כגון שהוזלו וע"ש וא"כ למה חילקו בין אחריות או לא הא נהי שיוציאו מ"מ לא יצטרך לשלם בשביל אחריות אלא בשער שהוא שוה עכשיו וא"כ הוא חייב לו יותר דהא הלוקח צריך לשלם הדמים שהי' בשעת המכיר' אינו צריך ליתן לו בעד האחריות אלא כשעת הזול ואם ירצ' הלוקח להשלים עד הזול ולשלם כפי דמי המקח רק שרוצ' לגבות בעד אחריות הדמים שהוא בשעת הזול בעד האחריות א"כ בלא"ה מצי אמר שקול ארעך בזוזך אלא ע"כ מוכרח מתוס' דס"ל דאם הוזל כותבין הטירפא כשעת שקנה כדי שלא יהי' ללוקח פסידא וא"כ כיון דהתוס' והראב"ד הכי ס"ל אין לחלוק על דבריהם ובפרט שבדברי הה"מ הגי' מתשובת מוהר"ש יונה בפירושו להל' ערב סי' קל"א וכתב שט"ס נפל בדברי הה"מ:

סעיף ג

אפי' לא פירש לו אחריות כתב בתשובת צ"צ סי' ד' בשנים שהחליפו זה את זה בבתים שהי' להם ואח"כ לקח הבע"ח הבית מאחד דלא אמרינן בחליפין אחריות ט"ס וע"ש ראייתו מפ' בית כור דף ק"ל דאתמר האחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהן ויתר קסבר האחין שחלקו לקוחות הן וכלוקח שלא באחריות דמי וכתב שם הרשב"ם וז"ל כלקוחות דמי דאין ברירה ונמצא שכל א' נטל חלק אחיו וכאלו החליפו זה בחלקו של זה דמי והיינו לקוחות וכיון דלקוחות נינהו הא ודאי כלוקח שלא באחריות דמי כאלו אמרו זה לזה איני מקבל אחריות חלקך עלי דמי דמסתמא לא מקבלי ואע"ג דגבי מוכר קרקע לחבירו קיי"ל אחריות ט"ס אם לא פי' בשטר המכירה הני מילי היכא דזבין קרקע מחבירו דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל לגבי רשות אחין דכל אחד נוטל חלקו בההיא הנאה דאיהו לא מקבל אחריות על של חבירו גמר ומקני לי' לחברי' חלקו לגמרי שלא יקבל חבירו אחריות עליו ולא ישתעבד לו שדיהו כי היכי דדידי' לא משתעבד לחברי' עכ"ל ומזה הוציא ראייתו דבחליפין לא אמרי' אחריות ט"ס דבבהיא הנאה דאיהו לא מקבל אחריות עליו דידי' גמר ומקני שחבירו נמי לא יקבל אחריות וע"ש שהאריך בזה הראי' וגם בתשו"ת עבודת הגרשוני כתב ג"כ דבחליפין לא אמרי' אחריות ט"ס והביא ג"כ זה הראי' אמנם לענ"ד דבר זה לא הוי שתקי הראשונים להשמיענו בפי' דבחליפין לא אמרי' אחריות ט"ס ואחר העיון מצאתי מפורש בתשו' הרי"ן מג"ש דבחליפין נמי

אחריות ט"ס וז"ל תשובה לריב"ן מג"ש ראובן החליף בתים לשמעון ומצא בהן מומין וטען שלא ידע בהן ולא הודיעו וראובן אמר הנה הודעתיך ועוד אני מתקן כל המומין אין לשמעון על ראובן כלום וכו' ומה שאומר לתקן המומין אם המומין אינו בגוף הבית כגון אמת המים שעוברת בהן או שיש לאחר תשמיש עליהן החליפין קיימין אבל אם הם בגוף הבית כגון כותל שלם ונמצא רעוע או כותל הנראה של סיד ונמצא של טיט שצריך לסתור ולחדש פנים חדשות באו לכאן והחליפין בטילין כדאמרי' סנדל שניטל שני פרסי מפרסותיו ותקנו טהור משום פנים חדשות באו לכאן וכדאמרינן אצל רופא וריפא אותה אינה מקודשת וחליפין הרי הוא כמכר ומקבל כל א' אחריות על חבירו להעמיד החילוף בידו ואם יש לו אחריות טורף ואם לאו גובה מבני חורין עכ"ל והובא במרדכי בהגהת בפ"ק דכתובות ע"ש) (ומתשובת צמח צדק וע"כ נראה דאישתמיטתי' להו הך תשובה מדלא הביאו כלל ואלו הוי חזי דברי הגאון ודאי הוי מוד' לי'. לכן נראה ברור דחליפין הרי היא כמכר וכמו דלא שדי אינש זוזי בכדי כן לא שדי שוה כסף בכדי ובודאי כל דזבין מחברי' ונותן לו כסף או שוה כסף כגון בית או שדה ג"כ רוצה שיקבל חבירו עליו אחריות דאל"כ לא זבין משום דלא שדי זוזי בכדי ודילמא של חבירו גזולה הוא או בע"ח יבוא ויטרוף והתם ס"פ בית כור דכל א' נוטל חלקו אלא דהוי כחליפין משום דאין ברירה והוי כאלו החליפין בחלקיהם ובזו ודאי אין מקפידים על אחריות דספק שיש על חלק זה יש נמי על חלק חבירו דכיון דיכול להיות שיהיה זו גזולה כמו זו וכן יכול להיות שבע"ח יטרוף זו כמו זו וא"כ כיון דאחריות אביהם הוא ושניהן בשוה עומדין בספק ולכן רוצין תרווייהו שלא יקבל שום א' מהן אחריות אבל זה שהחליף ביתו שהוא יודע בנפשו שהוא שלם בלא מום ושום טורף לא יבוא עליו מהיכי תיתי ישליך אותו בכדי וליטול ביתו של חבירו שאינו יודע מנגעי חבירו וא"כ אדרבה הוא רוצה לקבל אחריות על שדהו וחבירו נמי יקבל אחריות עליו:

סימן קיז

סעיף א

עשה שורו אפותיקי ומכרו אין הבע"ח גובה הימנו וכ' הרשב"א ה"ה אם נתן במתנ' אין בע"ח גובה הובא בסמ"ע אבל מדברי תו' פ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ח) לא משמע הכי ז"ל ד"ה לוה בע"ח באין ונפרעין ממנו ואם הגזילה בעין נ"ל שיעשה אפותיקי למלוה ויחזיקנה לבניו או לאחיו ויחזור ויטרפנה מהן בע"ח ואע"ג דאמרינן עשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גובה הימנו היינו דוקא מכרו דכיון דליכא קלא לא אפסידנהו ללוקח

אבל נתנו במתנה דלא שייך פסידא דלקוחות בע"ח גובה הימנו דאין יכול ליתן מה שמשועבד לאחרים אבל לא עשאו אפותיקי לא היה בע"ח חוזר וטורף מהם דכי היכי דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח ה"נ לא משתעבדי מטלטלי דמקבל מתנה עכ"ל. אמנם צ"ע דמדברי התו' פ"ק דב"ק דף י"א משמע דס"ל דשורו אפותיקי לא גבי מיתמי וע"ש בד"ה שעשאו אפותיקי וז"ל והשתא גבי מיתמי כמו מלוקח ואע"ג דמיתמי לא שייך טעמא משום קלא כמו בלוקח גבי דידהו אפותיקי ולא אפותיקי שוין ע"ש דמבואר מדבריהם דשורו אפותיקי לא גבי מיתמי וכ"ש דאינו גובה ממקבל מתנה וצ"ע:

סעיף ב

אבל קדושת דמים אינו מפקיע מ"ש. והנה בכמה מקומות בש"ס מוכח מימרא דרבא דאמר הקדש וחמץ ושחרור מפקיעין מ"ש וכ' רש"י דוקא קדושת הגוף כגון עשה שורו והקדישו למזבח וההפרש שיש בין קדושת המזבח לק"ד ביארו בתו' פ' השולח (גיטין דף מ') ד"ה הקדש חמץ ושחרור וז"ל פי' בקונטרס דוקא קדושת הגוף מפקיע מ"ש וקשה לר"ח דאי חשיב ברשותו של לוה כ"ז שלא הגיע הזמן אפי' מקדושת דמים נמי תפקיע מ"ש ואי לא חשיב ברשותו אפי' קדושת הגוף נמי לא תפקיע מ"ש דכי יקדיש איש את ביתו כתיב מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו ואר"י דרבא לטעמיה דאמר בפ' כ"ש בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וחשיב ברשותו ודוקא קה"ג שאין לו פדיון מפקיע מ"ש כגון שור תם למזבח או קונמות דפ' אע"פ ואצטלא דפרסוה אמיתנ' פ' אלמנה לכ"ג דכיון דחל שעה א' תו לא פקע דלא עדיף שעבוד מנתינת דמים וכן חמץ וכן שחרור מפרש בירושלמי דלא מצינו עבד משחרור וחוזר ומשתעבד והיינו כדפרי' דקדושת הגוף כיון דחייל שעה א' תו לא פקע אבל ק"ד לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לה פדיון וראוי לפקוע דאשכחן בשדה מקנה כשהקדיש לוקח דחוזרת לבעלים ביובל עכ"ל ואיכא למידק לפי מאי דמשמע מדברי התו' בשדה החוזרת ביובל אלו הוי הקדש קה"ג לא הי' חוזר לבעלים אלא משום דשדה אינו אלא ק"ד א"כ הא דאמרינן בפ' י"נ דף קל"ז גבי פלוגתא דרבי ורשב"ג באומר נכסי לך ואחריך לפ' וירד הראשון ומכר ואכל השני מוציא מיד הלקוחות ד"ר רשב"ג אומר אין לשני אלא מה ששייר הראשון אמר ר' יוסף אמר ר"י הלכה כרשב"ג ואפי' עשאן תכריכין למת ע"ש והא בעשאן תכריכין למת גם לרבי מהני כיון דזה הוי קדושת הגוף דאיצטלא דפרסוה אמיתנא קדושת הגוף הוי וכיון דחייל שעה אחת תו לא פקע ועי' פ' י"נ דף קי"א ואלעזר בן אהרן מת ויקברו אותו בגבעת פנחס בנו וכי מניין לו לפנחס שלא הי' לו לאלעזר אלא מלמד שנשא פנחס אשה ומתה וירשה וכו' פנחס דזבין מזבין לא מצית אמרת דנמצאת שדה חוזרת ביובל ונמצא צדיק קבור בקבר

שאינו שלו ואע"ג דקבר מת אסור בהנאה וא"כ הוי קה"ג ולא תחזיר ביובל דליתי' דקבר מת אינו אסור בהנאה אלא בקבר בנין אבל קבר קרקע מותר וכדאי' ס"פ נגמר הדין אבל מהאי דיש נוחלין קשה ולכן נראה דודאי לר' כיון דס"ל השני מוציא מיד הלקוחות ע"כ ס"ל דלראשון אין לו קנין הגוף אלא קנין פירות עד האחרון וא"כ אפי' שעה אחת לא חייל על התכריכין כיון שאין לו בגוף כלל אלא בפירות משא"כ גבי יובל ס"ל לתוס' דהוי של לוקח עד הזמן יובל וראי' דיכול הלוקח לחפור בו בורות שיחין ומערות וכמבואר מדברי הראב"ד פ' כ"ג מהל' מכיר' והאי דקרי לי' בש"ס לשדה החוזרת ביובל קנין פירות ס"פ השולח היינו משום דכל שאינו קנוי קנין עולם קנין פירות הוא וכמבואר אצלינו בסי' רי"ג ע"ש אבל התם באומר נכסי לך ואחריך לפ' אין לראשון בה לחפור בה בורות אלא פירות בלבד הוא אוכל וא"כ מעולם לא חייל אפי' שעה אחת ודו"ק ולהרמב"ם מצאנו שיטה אחרת לו בזה הענין וז"ל בפ"ו מהל' ערכין המקדיש כל נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובע"ח אין האשה יכולה לגבות כתובת' מן ההקדש ולא בע"ח את חובו שהקדש מפקיע מידי שעבוד שקדם אבל כשימכר ההקדש הקרקע שלו ותצא השדה לחולין יש לבע"ח ולאשה לגבות מן הפודה שהרי השעבוד עומד על קרקע זו הא למה זה דומה לשני לקוחות שכתבה לראשון דין ודברים אין לי עמך ומכר לשני שהוא טורף משני עכ"ל. ובהשגת הראב"ד ז"ל אמר אברהם אני סובר שהקדש זה אינו מפקיע מידי שעבוד שהרי הפדיון אינו אלא כל דהו ומשום דר' אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ומש"ה תנן במתני' הפודה פודה לישנא קלילא ואינו מפקיע אלא קדושת הגוף כגון הקדש קונמות ותפיסת המת כדאי' ביבמות ובכתובות עכ"ל והנה מבואר דהרמב"ם ס"ל דקדושת דמים נמי מפקיע מידי שעבוד אלא דגובה מהפודה וכמ"ש הרמב"ם והראב"ד ס"ל כשיטת רש"י ותוס' דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד וע"כ צ"ל כשיטת התוס' דקדושת הגוף כיון דחל שעה אחת תו לא פקע וקדושת דמים פקע והנה בנדרים פ"ג דף ט"ז תנן הרי נטיעות אלו קרבן עד שנקצצו אין להם פדיון ובש"ס ולעולם אמר בר פדא פדאן חזרו וקדושת עד שיקצצו נקצצו פודם פעם אחת ודיו ועולא אמר כיון שיקצצו שוב אין פודין א"ל ר"ה קדושה שבהן להיכן הלכה ומה אלו אמר לאשה היום את אשתי ולמחר אין את אשתי מי נפקא בלא גט א"ל רבא מה קא מדמית קדושת דמים לקדושת הגוף ק"ד פקע בכדי קדושת הגוף לא פקעה בכדי ודעת הראב"ד פט"ו מהל' מעשה קרבנות כבר פדא דקדושת דמים נמי לא פקע בכדי ואפי' הקדישו לשלשים יום צריך פדיון וז"ל הראב"ד שם ואם יטעון עלינו טוען ויאמר קדושת דמים פקעה בכדי נשוב ונאמר בר פדא חולק וס"ל דלא וספק איסור' לחומר' עכ"ל שם בפט"ו ממעש' קרבנות וא"כ קשה למה קילא

לי' להראב"ד קדושת דמים שלא יפקיענ' מידי שעבוד ושהפדיון אינו צריך כלל אלא משום דר' אבהו ואמאי כיון דס"ל דקדושת דמים לא פקעה בכדי א"כ כיון לשטתו תו לא פקעה בכדי והא דאמרו בש"ס דהפוד' א"צ ליתן אלא דינר לא קשה שיפדהו בשויו דהתם בר פדא נמי מודה דסגי בפרוטה וכמ"ש הראב"ד בפט"ו ממעשה קרבנות וז"ל נ"ל שהפדיון כל דהוא וע"ש היינו דלא אמר בר פדא אלא דבכדי לא פקע אבל הפדיון אין צריך לשויו והקדש שוה מנה שחיללו על פרוטה מהני אלא דקשה דכ' הראב"ד כאן כיון דהפדיון אינו אלא משום דר' אבהו וכמבואר בש"ס ול"ל יצטרך הפדיון מדינא לבר פדא דקדושה בכדי לא פקעה ונראה דכיון דהמלו' טורף בעבורו לא הוי בכדי אלא השעבוד כנתינת דמים הוא וכ"נ מל' הרשב"א בחידושיו פ' השולח דשעבוד כנתינת דמים הוא וע"ש והרמב"ם דסובר ברפ"ז מערכין דקדושת דמים נמי מפקיע מידי שעבוד אע"ג דסובר דקדושת דמים פקעה בכדי וכמ"ש בפט"ו ממעשה קרבנות היינו משום דהתם לא הקדיש רק עד שלשים או שיקצצו וכי כלתה זמנו כלתה הקדשו אבל לוה שהקדיש קדושת עולם אלא דאתי מלו' וטריף ומש"ה אמרינן כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכבר חלה קדושת עולם עד הטירפ' תו לא פקע. וע' בפ' שום היתומים מתני' דלא כרשב"ג דתני' רשב"ג אומר אם הי' חובו כנגד הקדישו פוד' ואם לאו אינו פודה ורבנן עד כמה אמר רב הונא בר יהודה אמר רב ששת עד פלגא וברמב"ם בפי' המשניות כת' וז"ל ואם הי' החוב כפל ממה ששוה הדבר שהקדיש אין פודין אותו בתנאי בשום פנים אלא מפקיעין החוב מעיקרו מעל קרקע וזהו שאמרו בגמ' עד מחצ' אינו פודה ע"ש. ובחיבורו הגדול פ"ז מערכין ז"ל אבל אם הי' החוב שנים בדמי השד' (החוב) כגון שהי' שוה ק' ויש עליו ב"ח וכתובת אשה מאתים אין פודין אותו על מנת שיתן החוב או הכתוב' אלא פודין אותו סתם שאם התנו ליתן לו אינו נפדית כלל וע"ש ומשמע דפודין אותו עכ"פ וצ"ע. ולרש"י מצאנו עוד שטה אחרת בזה וז"ל רש"י בפ' כ"ש רבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה אבייי אמר למפרע הוא גובה כל היכ' דאקדיש או זבין לוה כ"ע לא פליגי דאתי מלו' פריק ואתי מלו' וטריף וז"ל רש"י ד"ה כ"ע לא פליגי אפי' לרבא דאמר עד עכשיו הי' ברשות הלו' מוד' הוא דאין מכירתו לאחרים כלום ואין הקדשו הקדש שהרי ממושכנין הן למלו' ואע"ג שהן שלו אינן ברשותו ורחמנא אמר איש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו עכ"ל והנה רש"י האיר עינינו בדברי קדשו בזה דאע"ג דלרבא מכאן ולהבא הוא גוב' אפ"ה אינו ברשותו מיקרי כיון דממושכנים הן אצל המלו' הוי דבר שאינו ברשותו ולכן אין הלו' יכול למוכרן או להקדישן אלא דס"ל דגם המלו' אינו יכול להקדישו או למכור משום דאינו שלו עדיין ואם כן שניהן אין יכולין

להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו כדאי' בגמ' גבי גזל ולא נתייאשו הבעלים דשניהן אין יכולין להקדישו ואע"ג דאין הנכסים קודם הגבי' של המלו' אלא של הלו' מ"מ השיעבוד עשאו כדבר שאינו ברשותו ולהכי אין הלו' יכול למוכרן לאחרים או להקדישן וכ"ת א"כ כי אתי אח"כ לוה ומסלק לבע"ח בזוזי נמי תתבטל המכיר' כיון דבשעת המכיר' הוי דבר שאינו ברשותו דז"א דהא למה זה דומה לאומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לכשאפדנה תהא הקדש דחל ההקדש כמבואר בפ' אעפ"י דף נ"ט ומפרש לה בש"ס שם דלא הוי דשלבל"ע כיון דבידו לפדותו ולהכי כשפוד' הלו' חל ההקדש והמכיר' למפרע אלא כי אינו פוד' אין המכיר' חל משום דמחמת השיעבוד הוי כמו דבר שאינו ברשותו ונמצ' דרש"י סובר דאע"ג דרבא סובר מכאן ולהבא הוא גובה מ"מ דבר שאינו ברשותו מיהא הוי ולהכי כי אקדיש או זבין לוה אתי מלו' וטריף או פריק ואם כן לפ"ז תיקשי קדושת הגוף נמי אמאי מפקיע מידי שיעבוד הא הוי דבר שאינו ברשותו וכקושית התוס' בפ' השולח ונרא' לשיטת רש"י דאע"ג דקדושת דמים לא חיילא בדבר שאינו ברשותו דילפינן מכי יקדיש את ביתו קודש היינו דוק' קדושת דמים אבל שור תם למזבח אפי' דבר שאינו ברשותו חיילא וכיוצ' בזה כת' בכסף משנ' בפי"ב מנדרים דס"ל דקדושת הגוף חיילא אפי' בדבר שלא בא לעולם אע"ג דקדושת דמים לא חייל בדשלב"ל ע"ש וכ"כ בר"נ פ' אעפ"י ובב"י י"ד סי' רל"ד וא"כ יש לומר ה"ה לענין דבר שאינו ברשותו כל זה נלע"ד בשיטת רש"י אח"כ מצאתי בתשובת ריב"ש סי' שנ"ט בשם תוס' הרא"ש שכת' אליבי' דרש"י לחלק בין קדושת מזבח לקדושת דמים משום דכי יקדיש את ביתו קדושת דמים הוא ע"ש ושמחתי שכוונתי ת"ל לזה) (ואין להקשות מהא דאמרי' במרוב' דף ס"ח ריש לקיש מוקי מתני' דגנב והקדיש שהקדישוהו בעלים ביד גנב ופרכינן עלה ומי קדוש והאמר ר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ומאי פריך הא בקדושת הגוף שפיר חיילא אפי' בדבר שאינו ברשותו ור' יוחנן בקדושת דמים וכדיליף מכי יקדיש את ביתו קודש דהתם בפ' מרוב' דף ע"ז מוקי ריש לקיש למתני' דגנב והקדיש בשוחט בעלי מומין בחוץ ופרש"י בקדם מומן להקדישן דאי בקדם הקדישן למומן תו לא חזי למיפרק ע"כ וא"כ כוון דריש לקיש מוקי לה במומן קדם להקדישן א"כ הרי הוא אינו אלא קדושת דמים ולהכי פריך שפיר ומי קדוש והא הוי דבר שאינו ברשותו:

סעיף ג

קדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד וראוי לספק במטלטלין שהקדיש קדושת דמים מי נימא דלא גרע הקדש דמי' מכח הדיוט דלא טריף במטלטלין אפי' לאחר תקנות

הגדולים דמטלטלי דיתמי משתעבד אבל מכרן ודאי לא משתעבד וראיתי למשנה למלך בפ' ח"י מהל' מלו' שנסתפק בזה וז"ל דכד מעייני' שפיר נרא' דמלת' דפשיטא הוא דאף הקדש דמים כמכר וכ"כ מרן סי' קי"ז על מ"ש הריב"ש כגון ששיעבד לו מטלטלין אג"ק כלומר שאם לא שיעבדן אג"ח הא קי"ל עשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גוב' הימנו וה"ה להקדישו קדושת דמים דאין בע"ח גובה הימנו וכ"כ הב"ח שם וכ"כ מהרי"ט בחי' י"ד סי' כ"ד ע"ש. ולענ"ד זה דפשיט' לי' למשנ' למלך להאי גיסא מספקא לי טובא דמצינו בתו' איפכא בערכין פ' שום היתומים (ערכין דף כ"ג) ד"ה משום דר' אבוהו וז"ל וספק בידינו אם הלו' אין לו כי הם מטלטלין דהיינו קדושת דמים הקדישו הלו' אם יחול ההקדש אם לא דודאי אם מכרו מכר ולא יתפוס המלו' מיד הלוקח לפי שאין שעבוד המלו' על המטלטלין אבל הקדש ספק הוא אם יחול עליהן ואין להוכיח מהא דפירש"י דהא דאמר רבא אפותיקי והקדישו היינו דוקא קדושת הגוף הוא דמפקיע מכח שיעבוד אבל קדושת דמים אפי' מטלטלין משמע דאין הקדש חל עליהן אין זו ראי' דאפשר להעמידה כגון שהקנ' למלוה מטלטלין אג"ק דבכה"ג חל השיעבוד בודאי על המטלטלין כדאמרי' בפ' חז"ה ואפי' מן הלוקח גובה ונרא' דמתניתין מיירי בכל מילי בין מטלטלין בין מקרקע וקאמר דלא יחול ההקדש וא"צ פדיון אלא משום דר' אבוהו עכ"ל הרי מבואר ומפורש הדבר הזה להיפך מדעת משנה למלך. ולענ"ד נרא' עיקר כהכרעת התוס' בעירובין וע' בהרב המגיד בפ"ב מה' זכיי' וז"ל וכת' בעל העיטור ז"ל ואם ישראל יש לו מלו' בשטר או בעדים על הגר ומת בתוך זמנו הרי הוא כמשכון של גר ביד ישראל ואם בא ישראל אחר והחזיק בנכסי' של הגר אינו יכול להחזיק כשיעור החוב וכו' וכ"כ הרשב"א ז"ל כדבריו דאמר דאע"ג דכשמת הגר נעשו כל נכסיו הפקר אין שיעבודו של זה נפקע דלא עדיף הפקר מהקדש ובהקדש קי"ל מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים הללו וכן נ"ל אפי' אין לו אלא מטלטלין וכו' ועוד האריך עכ"ל ומשמע דהקדש והפקר שווין הן וכיון דבהפקר אפי' מטלטלין ההפקר מפקיע מידי שעבוד ה"ה בהקדש דמים אפי' במטלטלין אפי' הכי אין מפקיע מידי שיעבוד והא דאינו גובה ממטלטלין שמכר היינו מדרבנן וכמ"ש הרשב"א בסוף קדושין דמן התור' מטלטלין נמי משעבד וא"כ כי היכ' דבהפקר מפיק אפי' במטלטלין כן נמי בהקדש דמים. ולפ"ז נרא' דה"ה דמלו' ע"פ גובה מהקדש דמים וכמו שגוב' מהחזיק בנכסי הגר אפי' במלו' וכמ"ש בטור וש"ע סי' ע"ה דכל מלו' שנגבית מיורשין ומלקוחות גובה ממחזיק בנכסי הגר וע"ש וכן הכא בהקדש דמים לפמ"ש דהקדש דמים לא הוי כמכר וכיון דלדעת תוס' בערכין אפי' ממטלטלין גוב' דלא משתעבדי ביתומים משתעבדי בהקדש דמים מ"ש מלוה ע"פ דגובה מיורשין

על שלשה דרכים הידועים שלא נפרע וכ"ש שגובה מהקדש דמים וזה נרא' לפ"ד הרי"ף שכת' ס"פ ג"פ וז"ל אמר רב הונא שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר לפ' מנה בידי נאמן חזק' אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ודווקא דאי' בידי' שטרא דמקום אבל אין בידי' שטרא מקום אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את עצמו וה"ה היכ' דליכ' שטריה בידיה אי אמר תנו נותנין עכ"ל מבואר מדבריו דאפי' ליכא שטרא אמר תנו נותנין אלמא דמלו' ע"פ גובה מהקדש דמים אע"ג דמלוקח לא גבי. והרמב"ן בס' מלחמות ובחידושים כת' וז"ל אבל תמהני שאמר וה"ה היכא דליכא שטרא בידי' ואמר תנו נותנין והא מלו' ע"פ אינו גובה מן המשועבדים ונרא' שכך הוא אומר דאע"ג דלא נקט שטרי' בידי' אלא שכ"מ שצווה ואמר יש לפ' מנה עלי בשטר תנו אותה לו טוענין דאיהו ודאי קושטא קאמר ולא משקר והרי הוא כמו שהוציא לוה לפנינו שטר מקוים דהא אמרת שכ"מ לא משקר א"כ במודה מנה פקדון או מקרקע והמקום ידין אותנו לכף זכות עכ"ל ולענ"ד נרא' דהרי"ף ס"ל דמלו' ע"פ גובה מהקדש דמים ואינו כמכר וכדעת תוס' בערכין וא"כ דברי הרי"ף יתיישב על פשוטו ולא נצטרך לפרשו בענין אחר וכפשוטו זה הנלע"ד בדברי הרי"ף דמיירי בהלוא' לולי דברי קדשו של הרמב"ן) (וע' בבעל המאור שהקש' ג"כ על דברי הרי"ף בס"פ ג"פ כקושית הרמב"ן. והש"ך בסי' רנ"ה האריך ג"כ בישוב ואי נימא דס"ל כדעת התו' לא תיקשי ולא מידי:

סעיף ד

אלא יפדנו המלוה בדבר מועט. וע' ס"פ שום היתומין רשב"ג אומר אם הי' חובו כנגד הקדישו פודה ואם לאו אינו פודה ורבנן עד כמה אמר רב הונא אמר ר"י אמר ר"ש עד פלגא ובטור וש"ע לא הביאו ועיין בפירש"י שם דלחד פי' א"צ פדיון כלל אם ההקדש אינו שוה אפי' פלג חוב ולא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ולחד פי' כיון שההקדש אינו שוה אפי' פלג חוב וא"כ אדעתא דהכי אתפסי' ?ומפקירין החוב מעיקרא ועמ"ש בסק"ב:

סעיף ה

אסרן על כל העולם והוא מדברי תו' בפ' אעפ"י דף נ"ט ד"ה קונמות קאמרת וז"ל וא"ת א"כ כל א' יפקיע חובו מב"ח ע"י קונם וי"ל דלאו דוקא שיעבודי' דבעל אלמוהו רבנן אלא ה"נ אלמוהו רבנן לשיעבודי' דבע"ח וכו' וא"ת בפ' אלמנה ביבמות גבי אצטלא דמילת' דפרסוהו אמיתנא אמאי קאמר רבא דקניא מיתנא הא אלמוהו רבנן לשעבודי' וי"ל דווקא בקונמות אלמוהו שלא יפקיעו חובו אבל ההוא דפ' אלמנ' דנאסר לכל העולם ליכא למיחש להכי ומפקיע מידי שעבוד כמו הקדש עכ"ל ומזה נרא' דקונמות כללי שנאסר לכל העולם מפקיע מידי שעבוד ולהכי כתב הרמ"א שאינו יכול הלו' לומר יהא

נכסי קונם על המלוה לחוד אא"כ אסרן בקונם לכל העולם. אמנם נראה לפענ"ד דכיון דקי"ל דקונם כללי יש לו פדיון וכדאיתא בנדרים פ"ד דף ל"ה קונם ככר זה הקדש ואכלה בין הוא ובין חבירו מעל לפיכך יש לו פדיון ככר זה עלי הקדש ואכלה אין חבירו מעל והוא מעל לפיכך אין לו פדיון דברי ר"מ וח"א ב"כ וב"כ לא מעל לפי שאין מעילה בקונמות וכתב שם ?הרב ז"ל יש לו פדיון כיון דמיתסר אכ"ע כהקדש תפיס פדיונו וכו' ולענין הלכה קיי"ל כר"מ לרבנן הלכך קיי"ל דיש מעילה בקונמות וקי"ל נמי דקונם כללי יש לו פדיון וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מה' מעיל' וכ"כ תו' ריש פ' האשה רבה דקונמות דאסר אכ"ע יש לו פדיון לר"מ וע"ש בתו' ר"פ האשה רבה דאמרו שם קונמות נמי אי קסבר יש מעילה בקונמות קדושת דמים נחתא להו משום דבידו לפדותו וא"כ כיון דקי"ל יש מעילה בקונמות יש לה פדיון וכיון דיש לה פדיון ממילא לא מצי להפקיע שיעבוד דבע"ח דהא קדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד והא דאמרינן בפ' אעפ"י קונמות קאמר' דקדושת הגוף היינו משום דהתם מיירי מקונם פרטי דאמרה קונם שאני עושה לפיך וקונם כזה מדינא מפקיע מידי שיעבוד בקדושת הגוף הוא כמו איצטלא דמלתא דפרסי' אמיתנא. אבל קונם כללי יש לו פדיון וכ"כ תו' בפ' שבועות שתים בתרא דקונם דאוסר אכ"ע כהקדש יש לה פדיון וא"כ אינו מפקיע מידי שעבוד דכיון דיכול לפקוע ע"י שעבוד נמי נפקע הקונם אלא דוקא הקדש שאינו יכול לפקוע אפי' ע"י פדיון דאז טריפת הבע"ח לא עדיף מנתינת דמים וכ"כ התו' והרשב"א בחידושיו ע"ש בטעמא דהקדש דמים אינו מפקיע מידי שעבוד וא"כ התו' שהקשו א"כ כל אדם יפקיע ממונו מבע"ח ע"י קונם היינו קונם פרטי שאסר את עצמו הלוה על מלוה לחוד דזו אין לו פדיון ושפיר מפקיע מידי שעבוד. והעלה דלא מצי לאסור עליו בקונם פרטי משום דאלמוהו רבנן לשיעבודי' וממילא נמי לא מצי לאסור בקונם כללי דיש לו פדיון ואינו מפקיע משיעבוד ולפ"ז לא מצינו הפקעת שיעבוד ע"י קונם כלל לא ע"י קונם פרטי משום דאלמוה רבנן לשיעבודי' ולא ע"י קונם כללי משום דהוי כקדושת דמים אלא אצטלא דפרסוהו אמיתנא והקדש בקדושת הגוף כגון שור תם למובח וכן משמע מדברי תו' בגיטין פ' השולח (גיטין דף מ') וז"ל שם יש לחלק דלא אמרינן אלמוהו אלא בקונמות דלא אסר אלא אכ"ע דאלו לדידיה שרי כיון דאינו מתכוין אלא לאפקועי שיעבודי'. אבל היכא דמיתסר אכולי עלמא כגון מיתנא והקדש דקדושת הגוף לא אלמוה עכ"ל ומדשבקו לקונם כללי משמע דקונם כללי אינו מפקיע מידי שיעבוד וכמ"ש הרשב"א בחידושיו פ' השולח כתב וז"ל כדרבא דאמר רבא הקדש חמץ ושיחרור מפקיעין מידי שיעבוד וכו' ופי' בתו' דה"ה בכל קדושה שאין לו פדיון כגון קונמות כיון דבשעת הקדש אכתי דמקדיש הוא וכו'

ע"ש וקשה הא קונם פרטי אלמוה לשיעבודי' וקונם כללי יש לו פדיון וממילא אינו מפקיע מידי [שיעבוד] ואולי ס"ל לרשב"א דקונם כללי נמי אין לו פדיון אבל לפי מה שפסקו הרמב"ם והתו' והר"ן דקונם כללי יש לו פדיון א"כ בקונמות לעולם אין מפקיע מידי שיעבוד בין פרטי ובין כללי וכמ"ש וא"כ הא דמשמע מדברי הרמ"א דקונם כללי מפקיע מידי שיעבוד לכ"ע צ"ע) (וגם לפימ"ש הב"י בשם הר"י לחלק בענין אחר וז"ל דבכי הא אלמוהו רבנן לשיעבודי' דבעל על אשתו שלא תוכל לאסור עצמה בקונם כדאי' בהמדיר ובכי הא דמיתנא משום דמלתא דלא שכיח ומשום כבוד המת לא אלמוהו רבנן שיעבודי' עכ"ל א"כ לפ"ז אפי' איצטלא דפרסוהו אמיתנא דהוא נאסר לכל העולם אין הטעם אלא משום דהוא מילתא דלא שכיח ומשום כבוד המת וא"כ בקונם כללי נמי י"ל דאלמוה לשיעבודי' והקדש דקדושת הגוף ושיחרור קשה לפי הטעם שכתב הב"י ואולי הני נמי מילתא דלא שכיחא נינהו ומשום כבוד הקדש למזבח וגבי שיחרור נמי לא שייך לומר אלמוה רבנן לשיעבודי' דלא רצו להפקיע זכות העבד משום תקנתא דבע"ח ולכן נראה לענ"ד דקונם כללי אינו מפקיע מידי שיעבוד והנלע"ד כתבתי ודו"ק ועיין ביו"ד סי' רל"ד דעת הב"י גבי אמרה קונם תשמישי על כל העולם דא"צ הבעל להפר דמשתעבדי ליה והטור כתב דיפר וכתבו הב"ח והפרישה משום דמגו דחל על כל העולם חל נמי לדידיה ובט"ז שם ס"ק נ"ט כ' וז"ל ואני אומר שלא דקו דבנן בהא מילתא דלזה לא מהני מה שהוא כולל וראיה מפו' מפ' בתרא דנדרים דף פ"ט אלא אמר ר"ה ברי' דר"י באומר' יקדשו ידי לעושיהן ופרכינן מי מקדיש' הא משעבדת ידיה לבעל ומשנינן באומרת לכי מגרשה הרי לפניך דמה שאמרו יקדשו ידי לשון כולל שלא יהנה שום אדם בעולם ממעשה ידי' ואפ"ה פרכינן והא משעבד' ועוד ראי' ממ"ש בנדרים דף פ"א האומרת איני משמש מיטתי יפר ופריך אי באומר הנאת תשמישי עליך הא משעבדא לי' הרי לפניך שאומרת לשון כולל כו' אלא פשוט דלא מהני לשון כולל לבטל שיעבוד שלו ועיי"ש באורך ואני תמה על עצמי במ"ש הט"ז להוכיח דאין לחלק בין אסרה על כל העולם או על הבעל לחוד הא נראה דברי הב"י ופרישה מבוארים מדברי תוס' שהקשו מפ' אלמנה גבי איצטלא כו' הא אלמוה לשיעבודי' דאשה ובעלה ותי' דהיכא דנאסר לכל העולם ליכא למיחש להפקיע מידי שיעבוד וא"כ ע"כ ההיא דיקדשו ידי לעושיהם היינו על הבעל לחודא וכן פרש"י בפ' אעפ"י דעל הבעל קאמר' לחוד' וא"כ ודאי דקו רבנן במלתא שפיר וכן פסק הרמ"א כאן דאסרן לכל העולם מפקיע אלא דבקונם כללי כתבנו מטעם אחר דאין לו להפקיע מידי שיעבוד כיון דיש לו פדיון ומיהו התם גבי קונם תשמיש אפי' אסרה על כל העולם לא שייך פדיון וא"כ בזה כיון דאסרה על כל העולם

הרי הוא מפקיע מידי שיעבוד כהאי איצטלא דפרסוהו אמיתנא והב"ח כתב משום כולל ומיהו לא צריך להכי אלא מטעמא שכ' בתוס' דלא אלמוהו לשיעבודי' אלא היכא דאסר על הבעל לחודא ודו"ק היטב:

סעיף ו

ויש חולקין היינו אע"ג שאסרן על המלוה לחודא הן אסורין עכ"ל סמ"ע ולפמ"ש בסק"ה היינו דווקא באוסר על המלו' לחוד דקונם כללי דיש לו פדיון אינו מפקיע משיעבוד ועיין שו"ת מהרי"ט ח"א סימן ה' וז"ל וחוץ מזה אפי' לא הי' מקום כאן לומר אלמוהו רבנן לשיעבוד' הנדר מעיקרא אין בו ממש ולא חל כלל דהא דכתבו תוס' דאלמוהו רבנן לשיעבודו זהו באוסר כל נכסיו אבע"ח דאי לאו דאלמוהו הוי חייל נדר שפיר דאכתי מחוסר גובייא ואלו רצה להקדישם יכול ועוד אי בתר הכי נפלו לי' זוזי יכול לסלקו בהם מש"ה חייל הנדר דאדם אוסר פירותיו על חבירו וכן ההוא דקונם שאני עושה לפיך יכולה היא לאסור מעשה ידי עליו בקונם שאם הי' לה מעות ממקום אחר על מנת שאין לבעלה רשות בהם היתה יכול' ליתן לו דמי משקל ביהוד' ה' סלעים וכו' ולהכי אי לאו משום דאלמוהו רבנן לשיעבודי' דבעל הי' חל הנדר. אבל אם הדירו לו לבע"ח קונם הנאתי עליך מי חייל קונם עלי' דהא ודאי משועבד לי' ואין בידו לאסור הנאתו דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ואין בידו דהא ודאי בדין יהנה ממנו דמשתעבד לי' הוא ויש לי ראי' מהא דאמרינן פ' המדיר הנאות תשמישי עליך כופה ומשמשתו וא"א דהא דהנאות תשמישי כופה ומשמשתו משום דאלמוה רבנן לשיעבוד' דבעל הוא א"כ בהא נמי ה"ל למימר יפר שמא יגרשנה ותהא אסור' לחזור כדאמר ר"י בן נורי לענין מעשה ידיה ופסק שמואל הלכת' כוותיה אע"כ משמע דכשאמר' הנאת תשמישי עליך הנדר מעיקרו לא חייל ואפי' יגרשנה יכול' לחזור כיון דבשעת הנדר לא הי' בו ממש ואין כאן נדר מעיקרו וע"ש שהאריך בזה ותוכן סברתו דלא אמרינן קונמות מפקיע מידי שיעבוד אלא היכא דמצי לסלוקי בזוזי וכגון מעשה ידיה שיכולה ליתן לו דמי מעשה ידיה משקל ה' סלעים אבל גבי תשמיש לא מצי לאפקועי מיניה א"כ אינו מפקיע מידי שיעבוד מדינא ולהכי אפי' נתגרש' אין הנדר חייל. וכ"כ הט"ז בי"ד סי' רל"ד סק"ג וע"ש שהביא לשון הר"ן וכת' שם מבואר דוקא במידי דאין לו עליו אלא שיעבוד גובייני' בעלמא אתי הקדש ומפקיע וכן במע"י שאין קנויה לו מע"י דהא ודאי האשה יכולה ליתן לבעלה דמים בעד המלאכ' משא"כ בזה שגופה משתעבד לתשמיש או לרחוץ פניו ורגליו שהיא חייבת משום חיבה וא"א לה להסתלק מזה בשום אופן ודאי לא מהני לשון הקדש או לשון קונם ע"ש ותראה ששניהם לדבר אחד נתכוונו ולענ"ד נרא' מוכרח דאפי' היכא דלא מצי

סלוקי משעבוד' נמי הקונם או ההקדש מפקיע מידי שעבוד דתנן שותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין לכנס לחצר ורב"א בן יעקב מתיר וע"ש בנדרים פ' השותפין שנדרו דמוקי פלוגתייהו בחצר שאין בו דין חלוקה ופליג' אם יש ברירה או אין בריר' ואפי' למ"ד אין בריר' ע"כ משתעבד לשותפו חלקו שיהי' רשאי להשתמש בו וא"כ איך מצי אסר ליה כיון דמשתעבד ליה ע"כ משום דקונמות מפקיע מידי שעבוד וע"ש בר"נ באורך ריש פ' השותפין דהוא משום דהקונם מפקיע מידי שעבוד והעלה שם דמשכיר נמי יכול לאסור בקונם על השוכר אפי' היכ' שהקדים לו שכרו וע"ש שהאריך וא"כ הרי מוכרח דקונמות מפקיע מידי שיעבוד אפי' במידי דאינו יכול לסלקו משיעבודו והיינו דכיון דאין הגוף שלו אלא שיעבוד יש לו עליו אתי קונם דחייל על גוף הדבר ומפקיע מידי שעבוד וע"ש בר"ן ועוד מצינו מפורש בר"ן פ' אלו נדרים (נדרים דף פ"ב) בהא דפריך הש"ס גבי קונם שאני עושה לפיך דיפר נדרה ופריך הש"ס והא משעבד' ידיה לבעל ומשני דאמרה לכי מגרשה ופריך עלה משום דשבל"ע ע' שאמרו מי דמי שדה בידו לפדות אשה בידה להתגרש וכ' הר"ן וז"ל ומקשו הכא אשה נמי בידה שיחול נדרה כל שעה שתרצה כרב הונא אמר רב דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונית ואיני עושה י"ל דר' יוחנן דאמר יפר לאו משום שהאשה חייבת לבעלה בכל שבוע דהיינו משקל ה' סלעים דאי משום הא בלחוד ליכא למימר שמא יגרשנה ותהא אסור' לחזור שהרי אי אפשר לבעל ליזהר ממנה בכך אלא הכא באוסרת כל הנאה שלה על בעלה אפי' אותן שבע מלאכות שאשה חייבת לעשות לבעלה דהיינו טוחנת ואינך והיינו דקאמר ותהא אסורה לו שאינה יכולה לשמשה במלאכות הללו ומהני מלאכות לא כל כמינ' להפקיע עצמה מיד בעלה שאינם תחת מזונות שתאמר איני ניזונית ואיני עושה ע"ש מבואר היטב דעיקר דינא דר' יוחנן בן נורי דאמר שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור היינו משום הני מלאכות שאינה יכולה להפקיע עצמה ואפ"ה הקונמות מפקיע עצמה מידי שיעבוד. לכן נלענ"ד דודאי קונמות מפקיע מידי שיעבוד אפי' היכא דלא מצי לסלוקי בזוזי ומשום דלא עדיף משותפין בחצר שאין בו דין חלוקה דודאי אין השותף יכול לסלקו בזוזי משיעבודו או משכיר לשוכר ואפ"ה הקונם מפקיע מידי שיעבוד והיינו משום דהקונם חייל על גופו ש"ד והשיעבוד א"ח על גופו ממש אלא שיעבו' הוא דאי"ל ולהכי קונמות מפקיע מ"ש אך דמלשון תוס' בגיטין פ' השולח משמע לכאור' דהא בהא תליא היכא דמצי לסלוקי בזוזי אז הקונם מפקיע מ"ש וז"ל וא"ת איצטל' דפרסוהו אמיתנ' אמאי קני' מיתנ' הא אין יכולין לסלקו בזוזי ואם כן מודה רבא התם דלמפרע הוא גובה דבפ' כל שעה מפרש טעמ' דרבא כיון דאלו הוי לי' מצי לסלוקי בזווי אשתכח דהשת' הוא דקא

קני וע"ש: אמנם נרא' דדוק' גבי בע"ח דכי טריף הרי הוא זוכה בגוף הדבר וסובר אביי דלמפרע הוא גובה וה"נ גבה גוף הדבר למפרע ויש לו ממש הוא דלמפרע ולהכי ס"ל דקונם אין מפקיע מידי שיעבוד וכמ"ש תו' שם בהא לא חל הקדוש' אפי' לשעתו כיון דגוף הדבר של המלו' למפרע הוא ולרב' נמי דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה היינו משום טעמ' דאמר בפ' כ"ש דכיון דאית ליה זוזי הוי מסלק ליה השת' הוא דקא קני ולהכי הקשו באיצטלי' דפירסוהו אמיתנ' למ"ד למפרע הוא גובה שלו הוא לגמרי ולהכי ודאי לא חייל הקדישו ואפי' קדושת הגוף דשל מלו' הוא למפרע ואפי' גוף החפץ משא"כ שיעבו' דשותפים לעולם אינו קנין הגוף ולא שייך בו לומר למפרע הוא גובה בגופו אלא שיעבו' השתמשות וא"כ בודאי אתי קונם וחייל על השדה בגופו. ובזה ניח' דלא תקשה לאביי דלא ס"ל קונמות מפקיע מידי שיעבו' וכמ"ש תוס' בפ' השולח וא"כ לאביי תיקשי מתניתין בריש פ' השותפין שנדרו מ"ט דרבנן דאסרו הא אשתעבד לו בע"כ להשתמש בחלקו וע"כ משום קונם אתי עלה דמפקיע מ"ש וכמ"ש הר"ן שם כיון דלא שייך התם למפרע הוא גובה מודה אביי דקונמות חייל על גוף השדה ומפקיע מ"ש וכן הא דפ' אע"פ גבי קונם מעשה ידיה דאמרי' שם דחייל משום דקונמות מפקיע משיעבו' ותקשה לאביי דלא ס"ל דקונמות מפקיע משועבד וא"כ קונם מה שאני עושה לפיך היכי חייל נדרה ולפי מ"ש ניח' דהתם כיון דאמרה יקדשו ידי לעושיהם וא"כ כיון דגוף הדבר דהוא ידים שלה ואין לבעל בהם חלק ושיעבוד אלא למעשה ידיה וגם כי גבה מעשה ידיה לא שייך לומר למפרע הוא גובה על גוף הידים מודה אביי בזה דקונמות חייל על גופה ומפקיע מידי שיעבוד' דבעל ואין לו שיעבו' רק אמעשה ידיה וא"כ לא עדיף משוכר ומשכיר דהמשכיר יכול לאסור אותו בקונם וכמ"ש התו' ריש פ' השותפין משום דהגוף שלו וזה נכון וברור) (ועיין בדרישׁ' בי"ד סי' רל"ב דכתב גבי נדרה מתשמיש יפר שמא יגרשנה וכ"כ הש"ך שם וכן נלע"ד עיקר:

סימן קיח

סעיף א

דין ודברים. בפ' מי שהי' נשוי דף צ"ה פריך וכי כתבה לי' הכי מאי הויא והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי עמך לא אמר כלום ומשני שקנו מידו וקשה מה זו דמיון דהא לפי פירש"י שם מירי משותפין והוי שלו ממש ובזה ודאי אינו מועיל סילוק בדברים לחודה. משא"כ בבעל הכותב לאשה שאינו שלו אלא שעבוד שמא מועיל סילוק בדברים וכבר התפלא בזה בספר פני יהושע ונראה לפי מה שנא' מדברי הר"ן ר"פ השותפין

שנדרו הנאה זה מזה דסברי רבנן דאסרי אהדדי וכתב דבחצר שאין בו דין חלוקה דכל אחד משתמש בכולה וע"כ אי דהאי לאו דהאי ואין לא' מהם רק קנין הגוף במחצית וכן לשני אלא דבשותפין נשתעבד חלק חבירו לזה וכן לאידך להשתמש בכונה עיין שם ואם כן א"ש דמשמע דהאומר לחבירו אפי' בחצר שאין בו ד"ח ואע"ג דבשדה שאין בו ד"ח א"ל בשדה אלא שיעבוד בחלק חבירו ואפ"ה לא אמר כלום ומשמע דאפי' משועבד אינו יכול לסלק:

סעיף ב

אינו טורפה מהשני והטעם פשוט משום דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא למאריה והקשה בזה בסמ"ע ובש"ך מסי' ב' דבע"ח טורף מלוקח ראשון ואמאי יאמר אי שתקת שתקת כו' ובט"ז כתב דוקא היכא שהלוקח השני לקחה מהראשון דרך מקח יכול לומר כיון שאני יכול להחזיר כאלו לא לקחתי דמי כו' משא"כ בסעיף ב' השדה ממילא של לוקח ראשון משום שהוא שעבודו כו' והוי ממון עצמו של לוקח ראשון ולא כאלו בא ע"י קנין מן השני אין שייך בזה לומר מהדרנא למרי' ע"ש. וקשה דהא מהדרנא אינו חוזרת המקח למפרע ועיין בטור סי' קי"ט ז"ל ולאו דוקא שיחזיר לו שדה זו אלא אפי' שדה אחרת ואפי' יתננה לו במתנה כו' דכל דבר שאדם יכול לעשות רואין כאלו הוא כבר עשוי וע"ש וא"כ אפי' לא בא לידו בתורת קנין מצי אמר מהדרנ' ואפשר ליישב לפי מ"ש בסמ"ע בסי' ק"ז לחלק אליבי' דש"ע דס"ל בע"ח מאוחר שמכר הקרקע לנכרי צריך לשלם למוקדם משום דינא דגרמי לפי שהזיק שעבודו וביורש שמכר בנכסי אביו ס"ל שפטור והוא משום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וא"כ יורש בדידי' קא עביד אבל בע"ח מאוחר שלא הי' לו על השדה כי אם שעבוד בעלמא ולהכי כי מכר לנכרי חייב וע"ש וא"כ הכא גבי לוקח דשלו הוא עד הטירפ' ולא גרע מיורש ומצי אמר מהדרנ' למרי' ואע"ג דכל מהדרנא לא נתבטל המקח מעיקר' והוי כחוזר ומכרו והוי מזיק שעבודו ואינו חייב בזה דלדידיה קא עביד אבל בסעיף ב' לא מצי אמר מהדרנא דיתחייב משום מזיק שעבודו וק"ל:

סימן קיט

סעיף א

ניזק בעידית וכ' הסמ"ע ואע"ג דאין שטר לנזקין יש לו קול לנזקין כמו בשטר ולא הי' לו ללוקח לקנותן וע"ש. אמנם מדבדי התו' פ"ק דב"ק דף י"ד משמע דהיינו דוקא למ"ד שעבודא דאורייתא ע"ש ד"ה לוה ומכר וז"ל ש"מ לוה ומכר דהש"ס בעי להוכיח

דשעבודא לאו דאוריית' דלמ"ד ש"ד א"כ אפי' מלוה ע"פ גובה ממשעבדי אלא משום דלית ליה קלא חשו לפסידא דלקוחות ונזקי' כיון דיש לו קול ממילא גבי ממשעבדי אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא גם נזקין אינו גובה אע"ג דאית ליה קלא ולא תיקנו אלא בשטר דוקא ע"ש וא"כ כיון דלא הכריעו בזה אי' ש"ד או לאו דאוריי' והניחו בספיקא בש"ך דסי' נ"ט א"כ גם נזקין אינו גובה ממשעבדי וע' בתוס' ב"ק דף ח' גבי מכרן לשלשה בני אדם דנזקין אינו גובה מלקוחות ותירצו שעמד בדין והרב המגיד פי"ט ממלוה תי' לפי שנזקין יש לו קול וע"ש ולמה לא תי' בתו' דנזקין יש לו קול משום דאכתי תיקשי הברייתי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אך אכתי תיקשי היא גופה מ"ש עמד בדין דגובה לכ"ע ממשעבדי אפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא וכדאי' ס"פ גט פשוט דפריך לרב ושמואל מחופר בור ברה"ר ומשני כשעמד בדין והא עמד בדין נמי אינו אלא משום דאית ליה קלא דהא מלוה בשטר לא הוי כיון דיכול לטעון פרעתי לדעת כמה פוסקים בסי' ל"ט ובסי' ע"ט ע"ש א"כ מ"ש דגובה ממשעבדי בעמד בדין ואם לא עמד בדין לא כיון דנזקין נמי קלא אית לי' ואי נימא דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אע"ג דאית לי' קלא נמי אינו גובה ומשום דבעינן דוקא שטר א"כ עמד בדין מ"ט גובה ולכן נראה לי מזה העיקר כדעת הפוסקים בסי' ל"ט וע"ש דעמד בדין הוי כמלוה בשטר וא"י לטעון פרעתי ומשום דהוא עומד לכתוב וכקנין דעומד לכתיבה ומש"ה גובה ממשעבדי לכ"ע דכיון דהוא עומד לכתוב הוי כשטר ממש ועיין ש"ך סי' ע"ט ס"ק כ"ט אבל לשיטת הפוסקים דפרעתי יכול לטעון ואפ"ה גובה ממשעבדי ומשום קלא קשה הא למ"ד שעבודא לאו דאוריית' לא מהני קלא וצ"ע ועוד קשה ממוכר שדהו בעדים שגובה ממשעבדי וצ"ע אך גם מה שכתבו תוס' דלמ"ד ש"ד ודאי נזיקין גובה ממשעבדי ומשום דאי"ל קלא קשה דפ"ק דמציעא דף ט"ו מוקי רבא ברייתא דלאכילת פירות הבמ"ע כגון שגזל שדה מחבירו מליאה פירות ואכל את הפירות וחפר בו בורות שיחין בא נגזל לגבות קרן גובה מנכסים משועבדים בא נגזל לגבות פירות גוב' מנכסים ב"ח רבה בר רב הונא אמר כו' ופריך הש"ס בין לרבא בין לרבה מלוה ע"פ הוא ומלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים הבמ"ע כשעמד בדין והדר זבין ומאי פריך לרבא הא רבא ס"ל שעבודא דאורייתא וכמ"ש תוס' ר"פ הנזקין. ועיין ברמב"ם פ"א מהל' גזילה ובש"ע סי' שע"ב דכתבו כאוקמתא דרבא לאכילת פירות וכשעמד בדין וע"ש והא התם נזקין הוי ואולי התם כל זמן שלא עמד בדין לית לי' קלא אע"ג דנזקין אית לי' קלא היינו אם ידוע שזה החפץ הוא של פ' הוי לי' מזיק וקלא אית לי' אבל התם כל זמן שלא עמד בדין אינו ידוע אם הקרקע הוא דחברי' וסברי שלו וצ"ע:

סעיף ב

זיבורי' באחרונ' והוא שם בסוגיא פ"ק דב"ק דף ח' וז"ל הרא"ש והא דאמר הכא דנזקין שקלי מזיבורית ב"ח ולא מעדיות דלקוחות היינו כדרב נחמן פ' הנזקין דף נ' דאמר שט"ח היוצא על היתומים אעפ"י שכתוב בו שבח אינו גובה אלא מזבורית ותנא אברם חוזאה אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מזיבורית ואפי' הן נזקין ואע"ג דדחי לי' רבא ומוקי לה כר' ישמעאל שנוייא דחיקא הוא לאוקמי ברייתא דאברם חוזאה דלא כר' עקיבא וגם אביי ס"ל כרב נחמן וגם רב אלפס כתב בהל' גיטין עכ"ל כיון דאביי ורב נחמן בחדא שיטה ה"ל רבא יחיד לגבי ולית הלכתא כותי' וכו' ועיין בבעל המאור והרמב"ן שנתקשו בזה דברי"ף משמע דפסק כרבא ולזה כתבו לחלק בין יתומים ולקוחות גם הראב"ד והר"ר יונה חלקו בין יתומי' ובין לקוחות ואפי' רבא דס"ל שטר שכתוב בו שבח גובה מעדיות דיתמי אפ"ה מודה דאינו גובה מלקוחות דחשדו חכמים טפי לפסידא דלקוחות וע"ש. ולענ"ד אין כאן קושיא כלל ממה דס"ל לרבא דנזקי' גובה מעדיות דיתמי דהא בלקוחות נמי כה"ג דיתומים שלקח כל הנכסים כאחד הרי נכנס תחת הבעלים וגובה הניזיק בעדיות אלא משום דלקח זיבורית באחרונ' תיקנו חכמים שלא להפסיד לקוחות כיון שהניחו מקום לגבות אפי' הן זיבורית וגבי יתומים דהוי כאלו קנו הנכסים כאחד גובה מעדיות וגם גבי יתומים היכא דשייך הנחתי מקום לגבות נמי אינו גובה אלא מזיבורית אלא דלא משכחת לה ביתומים ממש ואכתי משכחת לה במחזיק בנכסי הגר דהוי דין יורש ולא דין לוקח וכמ"ש בסי' קי"א סק"א ושייך ביה הנחתי מקום לגבות וכמבואר בטור וש"ע סי' ער"ה וא"כ יתומים ולקוחות שוי' דהא גם בלקוחות אם קנו כאחד נכנסו תחת הבעלים וז"ב ולכאור' איפכא קשה לדעת הפוסקים כאביי ורב נחמן וא"כ לא גבי מיתומים אלא מזיבורית ואע"ג דבירוש' זוכה בבת אחת ומ"ש לקוחות דגובה מעדיות היכא דקנו כאחד והא בכל דוכתי חששו טפי לתקנת לקוחות מתקנת יורשים ולפ"ד הטור וש"ע סי' ק"ח דמיתומי' גדולים גובה ודוקא מיתומים קטנים הוא דלא גבי ניחא אבל לפי מ"ש הרב המגיד פ"ח מנזקי ממון בשיטת הרמב"ם אפי' מיתומים גדולים לא גבי קשה וגם לדעת הטור וש"ע בע"ח ודאי לא גבי אפי' מיתומים גדולים וכמ"ש בטור וש"ע סי' ק"ח סעי' י"ח וכדאית' ר"פ הנזקין וא"כ בע"ח אמאי גובה מלקוחות והנה לפמ"ש בטעמא דהך מלתא דבע"ח אינו גובה מיתומים גדולים אלא מזיבורית משום דבע"ח דינו בזיבורית ומשום נעילת דלת דלא תיקנו בבינונית וכיון דלא אסיק אדעתי דמית לוה ונפלו נכסי קמי יתמי ליכא נעילת דלת ע"ש ר"פ הנזקין וא"כ אין תימה דיורש עדיף מלוקח דיורש לא אסיק אדעתי' דמית לוה ולוקח אסיק אדעתי' שלא ימכור ומש"ה

קם דינא בבינונית. אמנם קשה דהא לפ"מ דמסיק בפ"ק דב"ק דף ח' דאם המוכר קיים אפי' קנו כאחת אינו גובה אלא מזיבורית דמצי אמר מהדרנא שטרא למרי' ולא משכחת אלא כשמת המוכר וע"ש וא"כ כיון דלא מסיק אדעתי' דמית לוה למה תיקנו בזה בלקוחות ולשיטת רש"י שם דלבע"ח לא מצי אמר אי שתקת ומשום דא"ל לכי תיהדר א"כ שפיר משכחת לה תקנה דלקוחות בחיי מוכר ותו לא פקע גם אחר מיתת המוכר כיון דכבר דינו בלקוחות בבינונית אבל לדעת הרא"ש והטור דגם לבע"ח מצי אמר אי שתקת ולא משכחת אלא אם מת המוכר וביותר תמוה לפמ"ש הה"מ בפ"ח מנזקי ממון דניזק אינו גובה מעדיות דיתומים אפי' בגדולים ע"ש וע"כ לאו משום טעמא דלא מסיק אדעתי' שימות ואוקמה אדינא כיון דניזיק דינו בעדיות וע"כ משום תועלת היתומים הוא ואם כן מ"ש לוקח דגובה מעדיות היכא שקנו כאחת והא בכל דוכתי לא גרע לוקח מיורש וצ"ע:

סימן קכ

סעיף א

אפי' רחוק למלוה. עיין בהה"מ שפי' דברי הרמב"ם בקרוב למלוה ע"פ דברי הרשב"א בשם ירושלמי דסתמא היינו קרוב למלוה מיהו בתו' פ' הזורק משמע דאפי' רחוק למלוה חייב אלא דמתני' מיירי דמפרש ע"ש ד"ה א"ה מאי למימרא ועיין בפי' המשניות להרמב"ם פ' הזורק וז"ל היתה עומדת על ראש הגג כו' ועל מנת שנאמר לו זרוק חובי בתורת גיטין לפיכך אם הגיע הממון קרוב מן המלוה נפטר הלוה שכבר הגיע לו הממון כמו הגט והוא כבר נתפייס ממנו בקבלת הממון בזה הענין אבל אם אמר לו זרוק לי חובי ותפטר ולא אמר בתורת גיטין וזרקו לו ונאבד או נשרף קודם שיגיע ליד המלוה ה"ז אינו פטור עכ"ל. והוא תמוה דהא בש"ע משמע להדיא דאומר זרוק והפטר א"צ שיגיע ליד המלו' ועכ"פ לא גרע מתורת גיטין דקרוב למלוה פטור והיכי כתב דאינו פטור עד שיגיע ליד המלו' וצ"ע:

סעיף ב

מחצה על מחצ'. בפ' הזורק (גיטין דף ע"ח) אוקי רבה ורב יוסף מחצ' על מחצה בשני כתי עדים אחת אומר' קרוב לו וא' אומרת קרוב לה ור' יוחנן מוקי קרוב היינו ביכול לשומרו ומחצ' על מחצה בשניהם יכולים לשמרו כתבו תוס' שם ד"ה מחצה על מחצ' ז"ל הכא לא שייך לומר הממע"ה דאין כאן ספק עכ"ל וז"א אלא אליבי' דר"י אבל לרבה ורב יוסף דמוקי בשני כתי עדים הדרא קושי' לדוכתי' ומהרש"א כתב דתוס' מפרשי

כדברי המרדכי דמיירי דהחוב עדיין בעין ברה"ר אלא שהוא תוך זמנו ואמר המלו' ללוה זרוק לי בתורת גיטין קרוב למלו' זכה המלו' ומחצ' על מחצה בשני כתי עדים והלו' רוצה לחזור יחלוקו כיון דאי' בעינא ע"ש אבל קשה דאי ס"ל לתו' כפי' המרדכי א"כ לא הי' התחלה לקושי' דנימא הממע"ה ולר' יוחנן נמי נימא דמיירי תוך זמנו ונרא' דס"ל דלר' יוחנן ע"כ צריך לפרש באבד החוב דבשלמא קרוב בד' אמות א"כ שפיר מצינו לפרש תוך זמנו ושלא יהא הלוה יכול לחזור כיון דכבר זכה המלו' בד' אמותיו אבל לר' יוחנן דמיירי קרוב ביכול לשומרו וזה אינו אלא בגיטין וקדושין וא"כ בשלמא לפטור הלו' מהני בתורת מחיל' כיון דאמר זרוק בתורת גיטין אבל אם הוא תוך זמנו לא מצי המלו' זכי בי' כיון דאינו חצירו ביכול לשמרו אלא בגיטין וע"כ לר' יוחנן מיירי באבד החוב ומש"ה הקשו דנימא הממע"ה ותי' דאין בזה ספיקא אבל לרבה ורב יוסף שפיר מצי מיירי בתוך זמנו ולענין חזרה דלוה ורש"י שפי' באבד החוב משום דאנן קי"ל כר' יוחנן ודו"ק. ומדברי המרדכי פ' הזורק משמע דלמסקנא נמי מיירי כשהוא בעין לענין חזרה דלוה וקשה לר' יוחנן דמיירי ביכול לשומרו למה לא יוכל הלו' לחזור ובמה זכה המלו' ועיין בטור דמשמע נמי דזה המלו' אלא דיש לפרש דמיירי בד' אמות ומדין חצר:

סעיף ג

למחצית שכר דכיון דאתי לידו בתורת שמיר' אע"פ שאמר לו דבר שנרא' ממנו שאינו חושש באביד' והלך ואבד' חייב כי היכי דאמרינן בקרע כסותי היכא דאתי לידי' בתורת שמיר' דאינו פוטר אלא א"כ אמר והפטר כן הוא שם במרדכי פ' החובל וא"כ לפי"ז אם אמר לו בפי' לך התעסק בהם והרי אתה פטור מחיוב שהי' לך בשמירתן ודאי פטור ועיין ש"ג פ' המפקיד. ומיהו נראה דאפי' אמר לו בסתם יהיו לך בתורת עיסקא לא גרע מאומר בתורת גיטין דפטור אפי' לא אמר והפטר דכיון דתורת עיסקא ה"ל פלגא פקדון הרי פוטר אותו מחיוב אונסין במחציתו והמרדכי לא קאמר אלא באומר לו סתם שיתעסק בהם למחצית שכר דבזה אע"ג דנראה ממנו שאינו חושש באונסין לא מיפטר כי אתי לידי' בתורת שמיר' אבל אומר יהיו בידך בתורת עיסקא הוי לי' כאומר בתורת גיטין דפירושו דכל דין גיטין יהי' לזה החוב א"כ ה"ה בתורת עיסקא הוי לי' כמפרש שיפטר מחיוב אונסין ופטור:) (

סימן קכא

סעיף א

אפי' שהשליח עכו"ם וכתב הסמ"ע ואין צ"ל שלח והפטר והש"ך כתב ז"ל ודלא כמ"ש בעה"ת בשם הרמב"ן דצ"ל שלח ע"י עכו"ם והפטר וראייתו מלקמן סי' ש"מ סעיף ח' דעל ידי עבדו הכנעני חייב ואינו ראי' כו' ועיין פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"א) ת"ר מלוה ישראל מעותיו של נכרי כו' כיצד ישראל שלוה מעות מעכו"ם בריבית וביקש להחזירם לו כו' ואם העמידו אצל נכרי מותר וכן נכרי שלוה מישראל בריבית וביקש להחזירם לו כו' ואם העמידו אצל ישראל אסור ופריך שם בשלמא סיפא לחומרא אלא רישא כיון דאין שליחות לנכרי איהו ניהו דקא שקיל מיני' ריבית ומשני כגון דא"ל הנח ע"ג קרקע והפטר ומזה מוכח כדעת הרמב"ן דהיכא דישראל אומר לגוי תן לישראל זה לא נפטר מאחריותו כיון דאין שליחות לעכו"ם וה"ל כאלו הוי דעכו"ם וכן עכו"ם שאמר לישראל תן לישראל זה כמי ה"ל כאלו עדיין ביד ישראל ואעפ"י שצוה לו ליתנו ומשום דאין שליחות לעכו"ם לא יצא כלל מאחריות הלוה ומיהו כי א"ל והפטר תו אינו צ"ל הנח ע"ג קרקע אלא כי אומר תן לזה והפטר נמי מהני וכמ"ש הריטב"א שם וע"ש בשטה מקובצת דאפי' מאן דסובר דצריך דוקא הנח ע"ג קרקע היינו משום דאכתי מיחזי כריבית ע"ש אבל כי לא אמר והפטר מבואר שם בסוגיא דהוי ריבית תורה וא"כ ה"ה הכא כשישראל אומר שלח ביד עכו"ם לא יצא מאחריות כל שלא אמר והפטר והוא ברור:

סעיף ב

אין הלוה נאמן עיין ש"ך בשם מוהרש"ל השיג על הטור והעלה דנאמן הלוה בהיסת וראייתו מדברי הרמב"ם שהביא המחבר בסעיף ד' ואין דבריו נכונים דהתם מיירי במלוה ע"פ כו' ואולי גם מוהרש"ל לא השיג על הטור אלא לפי מה שהבין דמיירי במלוה ע"פ אלא שהתנה עמו אל תפרעני אלא בעדים וכהאי גוונא וגם בזה דבריו צ"ע ונראה דכיון שהתנה עמו אל תפרעני אלא בעדים ג"כ אינו נאמן לטעון זה כתב ידך וע"ש בש"ך ולי נראה דאפי' התנה אל תפרעני אלא בעדים נאמן לו' זה כתב ידך דלא גרע מאומר פרעתיך בפני עדים והלכו למ"ה וכמ"ש בש"ע סי' ע' וזה נמי אומר זה כתב ידך שהוכר לי ועתה אינו מוצא עדים לקיימו ומיהו בנותן לו נאמנות שיהיה נאמן לומר לא נפרעתי בזה מסתבר כדברי הש"ך דאינו נאמן לומר זה כתב ידך:

סעיף ג

ונשבע השליח ז"ל הש"ך כתב הב"י מחו' א' ראובן היה חייב זקוק לשמעון ושלחו על ידי שלוחו ונאבד אין שמעון יכול להשביע השליח עד שיבא ראובן מרדכי פ' הגוזל קמא ומסיק שם המרדכי ודכוותה פסק ראב"ן בא' ששלח לאשתו מזונות ונאבד שאינו נשבע לאשתו אם לא מדעת בעלה עכ"ל ומשמע שהטעם הוא שהשליח יכול לומר דלמא המשלח לא ירצה להשביעני וישלם לך ויאמין לי שנאבד ולפי"ז אם מת הלוה או הלך למד"ה מחויב לישבע שבועת השומרים מיד נגד המלוה עכ"ל. אמנם המעיין במרדכי יראה דאין זה טעמו וז"ל וראי' מפ' הזהב בני העיר ששלחו שקליהם ונגנבו אם משנתרמה תרומה נשבעין לגזבר פי' משום דאז ההפסד להקדש ואם לאו נשבעין לבני העיר ובני העיר שוקלים אחרים תחתיהם אלמא דאין הגזברים יכולים להשביע ע"ש ומזה משמע דעיקר הטעם הוא כיון דאחריות הוא על המשלח אין שום אדם יכול להשביע רק המשלח דהוא בע"ד דידיה. ואיכ' למידק למה לא יוכל המלו' או האשה להשביע מדין שעבודא דר' נתן:

סעיף ד

אינו נוגע בעדות וקשה לפי מ"ש הר"ן בהכותב גבי ההיא בקרא דטעין המלו' מחיים תפסתי' ובקרא אמר לאחר מיתה דמהימן המלו' במגו וכת' שם הר"ן ז"ל וכ"ת ואמאי לא אצרכה שבוע' משום בקרא דהוי ע"א י"ל כיון שלפי דבריו שאומר לאחר מית' תפסי' הוא חייב לשלם ליתומים ה"ל בעל דבר ע"כ וא"כ ה"נ כיון דהשליח צריך לשלם דה"ל ליקח השטר כמבואר בפי' נ"ח וה"נ מיירי במלו' בשטר וכמ"ש בש"ך ע"ש וא"כ ה"ל בע"ד וכן משמע מדברי הר"ן בהכותב שם גבי אבימי דהוי מסיק זוזזי בי' חוזאי שדרינהו ביד חמא וז"ל לענין שלומי שליח מהו כו' ומדאמרינן לענין שלומי שליח מהו משמע דאפי' לא הי' בדין שישלם שליח מצי אמר סטראי משום מגו דלהד"מ ואיכא למידק כו' דהא איכ' לחמא חד סהדא וכיון שמודין לדבריו כו' ה"ל משואיל"מ כו' י"ל דהאי עובדא בתר דתקון רבנן היסת ומבואר מדבריו דלמסקנא דקי"ל דשליח בעי שלומי אפי' קודם דתקון רבנן היסת לא הוי חמא כחד סהדא וא"כ ה"נ נהי דשבועת היסת ליכא הכא דראה מרחוק מ"מ בע"ד הוי כיון דבעי שלומי ואפשר דהטור וש"ע מיירי באופן שאין השליח צריך לשלם וכגון דלא הזכיר לו השטר דהוא פטור מלשלם כמבואר בסי' נ"ח סעיף א'. אבל במקום דהשליח צריך לשלם כגון שהזכיר לו שטרא לא הוי עד כלל אע"ג דליכא שבוע' ומיהו בעיקר דברי הר"ן שכת' גבי בקרא דכיון שלפי דבריו שאומר לאחר מית' תפסי' חייב לשלם ה"ל בע"ד. מה בכך דה"ל בע"ד השתא הא אלו טעין מחיים

תפסתי' לא הי' צריך לשלם וא"כ אדרב' לחובתו הוא מעיד ומאי הנאת ממון יש בזו. ונרא' מזה דס"ל להר"ן דבע"ד פסול להעיד על אחרים בין לזכות בין לחוב דכיון דאדם קרוב אצל עצמו וקרוב פסול בין לזכות בין לחוב' ודוקא על עצמו דנאמן לחוב ומשום דאדם נאמן על עצמו אפי' כל הפסולים נאמנין על עצמן ולא על אחרים ועמ"ש בסי' צ"ז סק"ה ובסק"ט שם:

סעיף ה

דה"ל למשכן בעדים והוא מדברי הנימוקי דהיכא דמשכיר אצל פ' מסתמע הימני' ואם אינו משכיר לא שייך הימני' והי' לו למשכן בעדים וצריך להתנות נמי אל תחזור אלא בעדים דאל"כ אכתי מצי אמר החזרתי. ואיכ' למידק מהא דכתוב בש"ע סעיף א' אפי' לא יחד אדם ידוע אלא כת' לו שלח ביד מי שתרצ' וכפר בהם השליח פטור אם לא ששלח ביד מי שהוחזק כפרן ע"ש וא"כ הכא מ"ש דצריך ליתנו בעדים והתם בסעיף א' אינו צריך ליתנו בעדים. ואפשר דלא כת' הנ"י אלא במשכון דאם נותנו בעדים ומתנה אל תחזיר אלא בעדים תו לא מצי טעין אלא טענת נאנסו דמשכון חייב בגניב' ואביד' ונאנסו לא שכיח ולא עביד דטעין אבל בסעיף א' דהתם אין השליח חייב בגניב' ואביד' וא"כ ע"כ הימני' דשום תנאי ועדים לא מהני אכתי דאכתי טעין נגנבו וע"כ הימני' אבל הרמ"א דס"ל בסי' ע"ב דמלו' על המשכון ש"ח א"כ צ"ל דס"ל דגניב' נמי לא שכיח א"כ בסעי' א' מ"ש דא"צ ליתנו בעדים ולפי מ"ש בש"ך דבמשכון אע"ג דפטור בגניב' מכל מקום ספיקא הוי וכמ"ש רמ"א בסי' ע"ב ואי תפיס לא מפקינן ומש"ה לא עביד דטעין הכי דשמא יתפוס וע"ש וא"כ ניחא דבסעיף א' ודאי פטור בגניב' ואביד' וכבר נחלקו האחרונים בתשובותיהם אי טענת גניב' ה"ל מלתא דלא שכיח והובא בכה"ג בסי' ק"ח ע"ש:

סימן קכב

סעיף א

שיש לחוש. ולכאור' קשה הא בכל מקום לא חיישינן למיתה דמוקמינן בחזקת חי ועיין מוהרש"ל בשם רש"י דכתב משום דר' אבא זקן וע"ש ואכתי תיקשי הא גבי גט קי"ל אפי' הניחו חולה וזקן מגרש בחזקת חי. ונראה לפי מ"ש תו' פרק המשכיר דף ל"ב גבי ההיא סבתא דהוי לה תלתא בנתא אישתבאי איהי וחדא ברתא כו' אמר אביי היכי נעביד לוקמינהו לנכסי בידא דאחתא דלמא שכיבא סבתא ואין מורידין קרוב לנכסי קטן וכתבו תוס' ז"ל וא"ת הא דתנן המביא גט ממד"ה והניחו זקן או חולה נותנין לו בחזקת שהוא

קיים וי"ל דדוקא גבי גט בחזקת שהוא קיים משום עיגונא וכן בשביל אכילת תרומה וקרבן אבל הכא אדרבה החמירו בנכסי יתומים להחזיק הסבתא וברתא במית' ע"ש. וא"כ ה"נ האי טעמא דהחמירו בנכסי יתומים ולפיכך אינו צריך ליתן לשלוחו וזה נכון:

סעיף ב

מחצ' או שליש עיין יש"ש שכתב דוקא בקרקע או בפקדון שקנה בקנין גמור אבל שאר מילי שאין מועיל בו קנין רק בתקנתא דרבנן שיקנה לענין שליחות אינו מועיל עד שירשהו בכולו והובא בש"ך ע"ש מלתא בטעמא:

סעיף ג

דדוקא בכה"ג עיין סמ"ע וכתב יש"ש דאם כתב לו שליש במה שיוציא מן החוב הוי כפירות דקל דאינו מועיל שם קנין ע"ש וכתב בש"ך דמטעם תקנת חכמים לענין שליחות לא מהני דהא במחצ' שליש או רביע בעינן קנין גמור וכמ"ש לעיל. ולפמ"ש בסי' שצ"ב דאם הבטיח לשכיר בשכירתו פירות דקל דאע"ג דא"צ ליתן הפירות דקל משום דהוי דשלבל"ע אבל דמי הפירות צריך ליתן ודינו כמו שהבטיח ליתן חפץ בשכרו דלא קנה החפץ דמחסר' משיכ' ודמיו צריך ליתן וכמ"ש הר"ן פ' השוכר והוא ברמ"א שם סי' של"ב א"כ ה"ה בפירות דקל נמי צריך דמיו וא"כ זה שהתחיל במלאכתו לדון עמו נתחייב בדמי שכירות כפי דמים שיוציא מן החוב ועמ"ש בסי' ס' סק"ב וכיון דיש לו זכות בזה שיוציא ומגו דדן במחציתו דן בכולו וגם מדברי הסמ"ע משמע דאפי' במה שיוציא שייך לומר מגו דמשתעי דינא בפלגא משתעי דינא בכולו ע"ש וכן נרא' מה"ת שכתבו דשכירות נקנה בדיבור אפי' בדשבל"ע צריך ליתן דמיו) (והא דמשמע מדברי הפוסקים דגבי הרשאה בדשלבל"ע לא מהני קנין היינו היכא דמרשהו בכולו דבי' לא שייך שכירות אבל היכא דמרשהו למחצ' ולשליש שהוא שכיר שלו באידך פלגא נתחייב ליתן לו דמי שכירתו מכי התחיל במלאכתו לדון עמו וז"ב:

סעיף ד

ששמעון יתן לו מעותיו בת"ה סי' שי"ג ז"ל ואעפ"י דאם הי' המעות עדיין ביד הנפקד פשיטא דראובן יכול לחזור בו אע"ג דקיבל לשמעון בקנין עי"ז דאין מטבע נקנית בחליפין מ"מ כיון שקיבלן כבר אין לו דין עליו והביא ראי' מהמוכר לחבירו פירות עד שלא באו לעולם ואי קדם הלוקח ולקח אין מוציאין מידו עכ"ל. והנה לפי מש"ל סק"ג דבשכירות שהבטיח לי' פירות דקל דהוה דשלבל"ע תו אין יכול לחזור בו וא"כ אפי' קודם שקיבלן הא כבר התחיל במלאכ' שכבר הלך שם והתדיין שם עמו משום דהתם לא הי' שלוחו כלל אלא הוא מעצמו ביקש מראובן שירשוהו ליקח המעות לטובתו ושיתן

לו תמורתו בעיר ראובן ועיין בב"י שהעתיק תשוב' זו ז"ל בת"ה על ראובן שהי' לו מעות בעיר אחרת וא"ל שמעון הרשני לקחת' ואתן לך פה תמורתם ונתרצ' ראובן כו' ע"ש וא"כ אין כאן דין שכירות אבל אם ראובן ביקש משמעון שילך אחר מעותיו וקבע לו בשכירתו ליקח המעות לעצמו ויתן לו תמרותם בעיר ראובן בזה נרא' דמכי התחיל במלאכ' תו ליתא בחזרה. אלא אם רוצה ראובן יכול ליתן דמיהם והיינו ששמין כמה אדם רוצה להיות בידו מעות מכאן ועד ל' יום וכיוצא כיו דלא קנה מעות כיון דהוא דשלבל"ע אלא שצריך לתת החפץ או דמיהן וכמש"ל א"כ אם רוצה ליתן דמיהן רשאי אבל אם כבר זכה בהן תו ליתא בחזר' אפי' לא יסע ראובן בשעה שקיבלו. וכמ"ש בסי' קכ"ג סק"א דבפירות דקל מהני תפיס' אפי' לא ידע המוכר בשעת תפיס' כיון דיהב לי' אדעתא דליזכי ביה היינו מחילתו ואם קדם ותפס קודם שחזר בו הנותן זכה בו ע"ש מלתא בטעמא ודלא כש"ך בסי' מ"ו ס"ק ס"ו שהשיג על רמ"א שנמשך אחר דברי הת"ה בזה דכל מקום שאין הקנין נתפס דמהני תפיס' קודם חזרת הנותן ובש"ך השיג כיון דטעמא משום דידע ומחיל אינו מהני אלא כשידע בשעת תפיס' ומפרש דברי ת"ה בפנים אחר ע"ש והרי מכאן נמי נרא' דעת הת"ה מבורר וביותר תמוה דשם השיג על דברי ת"ה וכאן משמע דמוד' לי' ואולי משום דכאן הוי כנותן עפ"י שליחות ראובן ע"ש בסי' ס"ו אך משמעות דברי ת"ה משמע דאתי עלה מדין פירות דקל ותפס וע"ש עוד בש"ך שכ' ז"ל וכן יש להוכיח עוד מדלקמן סי' ר"ב סעיף ג' הי' התפיס' אחר חזרה וגם מסעיף י"ג ליכא שום רמז ראי' דהתם כיון דמספקא כן אי מהני משיכת בהמ' לכלים א"כ לא זכה בו כלל ועתה חזר בו מה שא"כ בזה דזוכה בו קודם שחזר בו הנותן א"כ ה"ל מחילה דהא מה שלקח עתה ע"פ ציווי הנותן לקח ואע"פ שהציווי הי' קודם שבא לעולם לא מגרע בזה והרשאתו וצווי שלו עומד לעולם כ"ז שלא חזר בו ודו"ק וז"ב:

סעיף ה

וא"צ הרשאה. עיין בחידושי הרשב"א ובר"נ ס"פ השולח שכתבו דהא דא"צ הרשא' על גוף הקרקע היינו משום דהבעל ואשה כשותפין בו והיינו דוקא אם איתא לאשה במתא ולא מתתא אבל ליתא האש' במתא או איתא לאש' במתא ומחתה אינו יכול לדון על גוף הקרקע וכהאי דשותפין בפ' מי שהי' נשוי דף צ"ט וע"ש מיהו הריטב"א כ' הובא בב"י סי' קע"ו דבעל בנכסי אשתו שא"צ הרשא' משום דידו כידה ואפי' בע"כ יכול לתבוע ואינה יכול' לעכב עכ"ל הרי דס"ל דאפי' מחתה אינו יכולה לעכב. ובש"ך ראיתי שכ' דהריטב"א מיירי בפירות שהם שלו ובכה"ג ודאי אינה יכולה למחות ואפי' תימא דאין זה במשמעות לשון ריטב"א מ"מ הא באה"ע סי' פ"ה הבאתי בשם הרשב"א והר"ן דיכול'

למחות על גוף הקרקע וגם דברי הריטב"א בלא"ה תמוהים דאי טעמא משום דידו כידה א"כ אמאי אמרי' בש"ס דאי ליכא פירא בארעא צריך הרשא' ובדאיכ' פירא בארעא אמרינן טעמא מגו דנחית אפירא נחית גם לארעא כו' עכ"ל אמנם דברי הריטב"א איירי וודאי על גוף הקרקע ולא על פירות והריטב"א מוכרח לפרש כן והוא לפי שיטתו שכ' שם דגבי תרי שותפי דכי איתא במתא יכול השותף לתבוע הכל דקטן כמאן דליתי' במתא ואשה נמי כמאן דליתי' במתא דמי ע"ש בלשון הריטב"א שהובא בב"י שם והובא ג"כ ברמ"א סי' קע"ו סעיף כ"ח ולזה כתב שם דהא דבעל א"צ הרשא' והיינו משום דתו ליכא לפרושי משום דינא דשותפין ומיירי דאי' במתא כיון דאשה כקטן דמי לענין זה והוי כמו ליתא במתא לזה כתב דהא דא"צ הרשא' היינו משום דידו כידה ואפי' בע"כ נמי אך דהא דבעינן דוקא כי איכא פירא בארעא נרא' לפע"ד דהריטב"א ס"ל כשיטת הרא"ש דאשה שמכר' מנכסי מלוג הבעל מוציא מיד הלקוחות דמוציא אפי' הגוף בחיי' והוא מבואר באה"ע סי' צ' סעיף ט' ע"ש אלא דס"ל דהא דהוי הגוף בחיי' לבעל היינו כי איכא פירא בארעא וכ"מ לשון רש"י בפ' החובל (בבא קמא דף פ"ח) בעיקר תקנות אושא באשה שמכר' הבעל מוציא מיד הלקוחות דאע"ג דבעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף אלמוה רבנן לשעבוד' דבעל וע"ש דמשמע דוקא כי איכא פירא בארעא אלמוה לשעבודי' שיהי' גם הגוף שלו אבל אי ליכא פירא בארעא ליתא לתקנת אושא ואע"ג דמדברי התוס' שם משמע דאפי' ליכא פירא לבעל כגון שסילק עצמו מן הפירות איתא לתקנות אושא מדברי רש"י לא משמע כן וכמ"ש בס"ג ק"ג סק"ט מש"ה כי איכא פירא אז הוי ידו כידה דגם הגוף שלו מחיים אבל כי ליכא פירא בארעא אין הגוף שלו אך הרשב"א והר"ן דס"ל דיכולה למחות אפשר דס"ל דאין לבעל בגוף הקרקע מחיים אך משמע מדברי רשב"א ור"ן דס"ל ג"כ כשיטת הרא"ש דאשה שמכר' בנכסי מלוג הבעל מוציא גם הגוף מיד הלוקח וכמ"ש הב"ש באה"ע סי' צ' ס"ק ל"ז וא"כ אמאי יכול' למחות כיון דהגוף שלו הרי הוא הבעל דבר. אמנם לפמ"ש בסי' ק"ב סק"ט דאע"ג דהבעל מוציא מיד הלוקח את הגוף אפ"ה אין הגוף שלו מחיים אלא דתקנות אושא הי' שלא תוכל למכור ללוקח ושיהי' קנין הפירות שלו כקנין הגוף שלא תוכל למכור ואינו ללוקח אבל גם לבעל אינו וע"ש באורך א"כ ניחא דיכול' לעכב אבל הריטב"א ע"כ צ"ל דס"ל דהגוף שלו מחיים כי איכא פירא בארעא אבל כי ליכא פירא בארעא אין הגוף שלו ומלשון הרמב"ם בפ"ג משלוחין שכתב וז"ל בעל הבא לדון עם אחר על נכסי אשתו צריך הרשא' ואם יש פירות בקרקע מתוך שיש לו לידון על הפירות שהם שלו דן על העיקר וא"צ הרשא' מאשתו שאם אין לה קרקע אין לו פירות ע"ש ע"כ משמע דעיקר מימרא דאביי

ס"פ השולח מזה דכי נחית אפירא נחית גם אארעא היינו עיקר רק לענין פירות ולא מיירי כלל מגוף הקרקע אלא לפי שדן על הפירות דן על העיקר שאם אין לה קרקע אין לה פירות ובזה ודאי אינה יכולה לעכב וידו כידה לענין פירות ודו"ק:

סימן קכג

סעיף א

מדינא דגמ' בפ' מרובה (בבא קמא דף ע') אמרי נהרדעי לא כתבינן אורכת' אמטלטלי מ"ט משום דר' יוחנן דאמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו וכ' רש"י ז"ל דהואיל ואינו ברשות הבעלים אינו יכול להקנותו לשליח הלכך אם אבד יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן ע"ש ומלשון רש"י שכתב מיד הנאמן משמע דלא מיירי ממטלטלי דגזיל' והוא תמוה דהא פקדון לכ"ע יכול להקדישו ולכן נראה מזה מוכח כדברינו שכתבנו בסי' שנ"ד דאפי' מטלטלי ופקדון וציית דינא אלא שיש לו איזה טענה או תביע' על הפקדון שאינו רוצ' הנפקד להחזיר עד שיקוב הדין ביניהם נמי ה"ל דבר שאינו ברשותו כיון שאינו עתה ברשות המפקיד וסתמא דאורכתא לפי שיש לו לנפקד איזה טענ' או תביע' ומש"ה כותב לי' זיל דון וא"כ אפי' במטלטלין דפקדון ה"ל דבר שאינו ברשותו ועמ"ש בזה בסי' שנ"ד ושם כתבנו ראי' לזה. אך במ"ש רש"י הלכך אם אבד יכול לחזור ולתבוע מיד הנאמן תמה הב"י דהא אפי' אינו אלא שליח פטור מאונסין ועוד שמעינן מדבריו דאע"ג דבכל מקום שליח של אדם כמותו אפ"ה גבי תביע' בעינן דוקא מפי התובע דאל"כ אומר לו לאו בע"ד דידי את וכבר נתקשה בזה ברא"ש פ' הגוזל קמא דאמאי בעינן הרשא' הא שליח של אדם כמותו ולפמ"ש הרמב"ן ניחא ע"ש והב"ח מתרץ דכיון דמקנהו גרע משליח וכיון דאותו הקנא' אינו מועיל חייב באונסין ע"ש ודבריו נכונים אלא דאכתי צריך ביאור דהיא גופא קשיא למה נקט רש"י נפקותא אחריני ולא כתב כטעמא דש"ס דמצי אמר לי' לאו בע"ד דידי את וכדי ליישב דברי רש"י צריכין להקדים שורש הרשא' מה טיבו כי מדברי תוס' נרא' דקנין אינו דהא גבי מטלטלי דגזיל' ליתי' בהקנא' אלא תקנה היא וכן נרא' מדברי הפוסקי' אך שיטת הרמב"ן בזה הוא המחוור לפענ"ד וז"ל הרמב"ן במלחמות ואין לנו בזה אלא מה שהסכימו עליו רבינו הגדול אלפסי ז"ל ורבינו חננאל דודאי איתא לנהרדעי דהא אקשינן מיני' בבכורות ובשבועות ולא מצינו בגמ' מי שחולק עליו ואפרש פשטא וטעמא של הלכה בכאן כדי שיהי' דברי חכמים קיימים דאע"ג דשליח שעשאו בעדים שליח הוא אינו יכול לכופו לבע"ד לדון עמו לפי שאינו

בע"ד דידי' אבל באורכתא מפיק מיני' בע"כ וקסברי נהרדעי בלישנא קמא דלא כתבינן לה אמטלטלי דגזיל' וה"ה לזוזי דהלוא' לפי שאין כאן בעלים להרשות בהן כו' וללישנא בתרא ל"ח להכי אלא אע"ג דלא מקנין בעלים הוי ואית להו בגויי' הרשא' בדלא כפריה ואמרי נהרדעי דבעינן נמי ואפיק לנפשך דלא לימא לי' לאו בע"ד דידי את ומכיון שנתנ' לו במתנה ואמר לי' אפיק לנפשך אע"פ שהוא מטבע או גזיל' שאינו יכול להקנותו ואם בא לחזור חוזר מ"מ כיון שעדיין לא חזר בע"ד דידי' הוא כו' וכן במטלטלי דגניב' או דגזילה שלא קנה ואם בא לחזור חוזר אינו יכול לדון עמו אא"כ יש עם הקנא' שליחות והיינו דנהרדעי דסברי דהאי אורכתא אית בי' שליחות ובעי נמי לשון מתנה הלכך ממ"נ מפיק מיני' דהא שליח הוא ואם הלה רוצה ליתן לו ידו כיד הבעלים דשלוחו של אדם כמותו ויכול לכופו שיתן לו מחמת לשון מתנה דבע"ד דידי' היא דהא לנפשי' אפיק ואתי אמימר ואמר הואיל והכי אי תפס לא מפקינן מיני' אע"פ שלא קנה מעיקרא ויכול הי' לחזור בו במתנתו מ"מ כיון שלא חזר בו קנה מאחר שהחזיק כאומר לחבירו שדי נתון לך שיכול לחזור בו ואם משהחזיק חזר לא כל הימנו ואם לא תפס לא מורינן לי' הכי דשליחא הוא ורב אשי פליג ואמר הואיל וכתב לי' דמתעני עלי הדר שהוא לשון שליחות שליח שווי' לגמרי ולא כתב לנפשך אלא כאומר לשליח הוציא לי מעות מיד פ' שבמדינות הים ותשמש בהם לנפשך ותחזירם לי בכאן והוא כקובע לו שכר בשליחותו והלכך בע"ד דידי' הוא ומגו דמשתעי דינא להההיא אגרא משתעי דינא אקרנא כדאמרינן הכא בפלגא ובבעל בנכסי אשתו דהיכא דאית לי' פירא בארעא לא בעי הרשא' או שהוא כמו מתנ' ע"מ להחזיר כ' לנפשך למתנה וכל דמתעני שלא יעכבם לעצמו ע"ש וזהו פי' מקצת שמוע' זו שניתן לכתוב בכאן והוא האמת כדברי רבינו הגדול ז"ל עכ"ל וביאור דבריו דלהכי כתבינן אמטלטלי דגזיל' והלואה משום דהוא שלוחו אלא דאע"ג דשלוחו אכתי מצי אמר לי' לאו בע"ד דידי את ומש"ה כשכותב לו ואפיק לנפשך הרי הוא בע"ד דידי' דהא לנפשי' אפיק דאע"ג דהוא דשבל"ע מ"מ כיון שלא חזר בו קונה כאומר לחבירו שדי נתון לך דמשהחזיק בו שוב אינו יכול לחזור ולהכי אע"ג דהשתא עדיין לא קנה כיון דיזכה בו אח"כ א"כ ה"ל השתא בע"ד דידיה ותו לא מצי אמר לי' לאו בע"ד דידי את ע"ש זה המתבאר מדבריו הנחמדים והנה מכאן לנו ראי' שאין עליו תשובה לדברי ת"ה שכתב בכמה מקומות דכל מקום שאין נתפס הקנין כגון במלו' ובדשבל"ע דאי תפס המקבל לא מפקינן מיני' אע"ג דלא ידע המוכר והרמ"א העלה דבריו להלכה למעש' בסי' ס"ו ועיין בסי' קכ"ו ובש"ך השיג עליו בסי' ס"ו והעלה דלא מהני תפיסת המקבל אלא כשידע המוכר בשעת התפיס' ע"ש והרי לנו מדברי הרמב"ן ראי' ברורה

לדברי ת"ה דהתפיס' מהני אפי' לא ידע נותן דהא אי נימא מחמת שתיקת הנותן כשידע מתפיסתו מחל לו א"כ היכא ה"ל עכשיו בע"ד במה שעדיין לא חזרו בו הבעלים והא עתה לא אפיק לנפשי' כלל אלא אח"כ כשידעו הבעלים וימחלו לו אח"כ וא"כ אין זה מחמת הקנאת הבעלים אלא מחמת שיתנו לו אח"כ והיא מתנה מחודשת וכן מורה הלשון שכתב כאומר לחבירו שדי נתון לך משהחזיק בו אין יכול לחזור אע"כ כדברי הת"ה דכיון דלא חזר בו זוכה המקבל ע"י תפיסתו כיון שעל פי הנותן זוכה בו ואע"פ דצווי הנותן הי' בדשלב"ע לא גרע בזה דמידי דהוי אשליחות בעושה שליח בדשבל"ע כגון לקדש לו אשה לכשתתגרש דכתבו התוס' בנזיר דף י"ב דמהני וכמו שמביאין ראיה מנשים העושין שליח להפריש חלה מקמח שהוא דבר שלא בא לעולם ע"ש וא"כ צ"ל דמהני לי' צווי של המשלח אע"פ שהוא בדבר שלא בא לעולם א"כ מכ"ש בזה שהוא זוכה ע"פ צווי המוכר או הנותן ולהכי כשקדם ותפס כל זמן שלא חזר בו המוכר מהני והא דמשמע בש"ס פ' איזהו נשך דהוא מדין מחיל' דפריך מיני' למימרא קסבר רב נחמן מחילה בטעות הוי מחיל' וע"ש ודאי מתורת מחילה הוא כיון שלא חזר בו הרי הוא עכשיו ע"פ צווי המוכר מה שתופס אלא דה"ל מחילה בטעות משום דסובר המוכר שהוא אינו יכול לחזור ולהכי פריך ממחילה בטעות וז"ב להלכה כדברי הת"ה ודו"ק היטב אלא דצריך ביאור לישנא קמא דנהרדעי דסברי דאין כותבין על מטלטלי דגזילה משום דר' יוחנן דה"ל דבר שאינו ברשותו אבל בפקדון שהוא ברשותו כגון שאין לו שום טענה ותביעה ורוצה להחזיר ודאי כותבין וטעמא מאי הא לפי מ"ש במרדכי דמעיקר' מדינא דש"ס הי' צריך הקנא' ממש כקנין סודר או אגב להקנות גוף הפקדון ואתי נהרדעי ואמרי דא"צ קנין אלא שכותב לו זיל דון וזכי וע"ש וא"כ כיון דבפקדון נמי לא קני השתא דהא אינו עושה קנין ובשטרא לא קני במטלטלין וע"כ אינו אלא משום שליחות ולא מצי למימר לאו בע"ד דידי את משום דיזכה בו אח"כ וכמ"ש הרמב"ן ואם כן במטלטלין דגזילה נמי נימא הכי כיון דגם בדשבל"ע יזכה בו אח"כ ואף על גב דמלשון הרמב"ן נראה דס"ל לישנא קמא דנהרדעי הי' קנין גמור מדברי המרדכי לא משמע הכי וכן משמע ממשנה שבועות משביע אני עליכם שיש לפ' דמוקי לה בבא בהרשא' ואי הוי קנין גמור לאו מנה לפ' אלא מנה לי וכיון דלישנא קמא נמי לאו קנין גמור הוא א"כ מ"ש פקדון או גזילה וכמ"ש: אמנם לפי מ"ש בת"ה דאפי' היכא דמהני תפיסה אבל הלוה לא נפטר מחובו ע"ש דאם הקנה לו שטר ולא כתב לו קני לך איהו וכל שעבודיה דאם קדם הלוקח וגבה מה שגבה גבה אבל הלוה לא נפטר מחובו מן המוכר והמוכר תובע ללוה במה שחייב ולא נפטר במה שנתן ללוקח ע"ש והובא בסי' ס"ו סעיף י"ז ע"ש ולפי"ז ניחא

לישנא קמא דנהרדעי בפקדון כותבין משום דיזכה בו אח"כ אבל בגזילה אע"ג דיצטרך לדון עמו משום דהוי בע"ד ע"י תפיסה ויחזור ויתבע מן הנאמן כיון דהוי דשלבל"ע ואי משום דהמורשה יחזיר למפקיד דהא אינו אלא מתנה ע"מ להחזיר ולהכי כתב רש"י אם נאנס מיד השליח יחזיר ויתבע מיד הנאמן וכמ"ש בת"ה ובש"ע סימן ס"ו שם אבל פקדון דאיתיה בהקנאה אע"ג דהשתא אינו עושה קנין מועיל הקנין שיעשה אח"כ במשיכת המעות לפטור גם את הנפקד. ולישנא בתרא דנהרדעי סברי דיש בו נמי משום שליחות ומש"ה פטור הנאמן מן האחריות ודו"ק. ובזה יתיישב קושיות תוס' שהקשו שם בסוגיא ללישנא קמא דנהרדעי היכי מתרץ מתני' דבכורות דמתני' דשבועות מצי לאוקמי בקרקע או בפקדון אבל ההיא דבכורות קשיא ע"ש ולפי מ"ש טעמא דלישנא קמא אינו אלא משום שלא יחזור ויתבע מיד הנאמן אם יאבד באונס והתם במתני' דכהן מצי מדחי לכל חד וחד אלא על ידי הרשאה מוכרח ליתן לאחד אבל אם יהיה נאבד מזה ודאי תו לא יצטרך לשני דהא מצי מדחי מש"ה מהני הרשאה אפי' ללישנא קמא ובחדושי רשב"א פ"ד משבועות האריך בענין הרשאה וז"ל ותדע לך דללישנא קמא אפי' מלוה בשטר לא כתבינן מדתני אמימר טעמא כדר"י דאמר גזל ולא נתייאשו בעלים שניהם אין יכולין להקדישו ואם איתי' דלא אמר אלא בגזיל' או במלוה ע"פ מאי דוחקא דמוקי לה כר"י דלית ליה כסתם מתנה דצנועין לוקמה כר"ע דהא מלוה ע"פ וגזילה שאינה קיימת אי אפשר ליתנה ולמוכרה אפי' לכ"ע וכדאמר בקידושין ושוין במכר שזה קנאו ואי מלוה להוצאה ניתנה במה קנאו והמקדש את האשה במלוה אינה מקודשת וע"כ ללישנא קמא אין כותבין אפי' במלוה בשטר ואפי' לא כפרי' ואפי' בשטר מקויים דהא ביכול להקדישו תליא לי' ע"ש ולא ידענא הראיה שהביא מקידושין ושוין במכר ואי מלוה להוצאה ניתנה במה קנאו הא התם המלוה ודאי יכול ליתנו דמחילה אינו צריך קנין אלא דאינו עושה קנין וקידושין: ועוד בעיקר הסברא שהעל' דללישנא קמא אפי' לא כפרי' ואפילו מלוה בשטר אין כותבין הרשאה ע"ש שכתב וז"ל ואפי' לדברי ר"ח דאמר מכירת שטרות דאוריי' ויכול להקנות בכתיבה ומסירה אפ"ה איכא למימר דסברי נהרדעי דאין כותבין הרשאה משום דהרשאה הקנאה גרוע' היא לפי שאם ירצה המורשה להחזיר ולהוציא הממון מיד המורש' מוציא ואפי' תפס כדרב אשי דהקנאה גרוע כזאת אין כותבין אלא בדבר שישנו ברשותו ממש שאם רצה להקדיש מקדיש ואלו ללישנא בתרא כותבין כו' כדרך שהוא יכול להקנותו ואע"פ שאינו יכול להקדישו ע"כ ע"ש גם בזה לא ידעתי למה אינו יכול להקדישו כיון דיכול למכרו מדאוריי' למ"ד מכירת שטרות דאוריי' ולמה הקדש קיל מקנין ואפשר כיון דבעינן כתיבה ומסירה א"כ אין הקדישו במקום כתיב'

דנהי דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אפשר דהיינו דוקא במקום מסירה משום דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא אית' אבל לא במקום כתיבה ואע"ג דאם כותב להקדש קני לך היה מהני ולא גרע מהדיוט מ"מ אינו בתורת הקדש דהקדש היינו שהוקדש רק ע"י אמירת פיו ושטר כיון דצריך כתיבה כיון דהקדש לא מהני במקום כתיבה א"כ לא מהני מתורת הקדש רק מתורת קנין הדיוט מש"ה ס"ל ללישנא קמא דאין כותבין הרשאה עלי' וצ"ע ועמ"ש בסי' ס"ו ס"ק ב' וע"ש עוד שכתב וז"ל עוד אפשר להעמידה בגזילה קיימא ואיכא עדים דראו הגזילה דגזילה חוזר בעיני' וללישנא קמא לא כתבינן דלא מצי מקדיש וכל היכא דלא מצי מקדיש לא כתבינן אורכתא וכדכתבינן לעיל וללישנא בתרא כתבינן דכל דלא מצי כפריה והיא בעיני' ולא מצי כפר כגון דאיכא עדים וראה אי בעי מקנה ליה אגב קרקע דברשות זה קיימי דהא הדרא בעיני' אלא דלא מצי מקדשי גזירת הכתוב הוא לדעת ר' יוחנן וכדדייק קרא את ביתו קודש מה ביתו ברשותו ממש אף כל ברשותו ומ"מ מצי לאקנויי ותדע לך דהא למ"ד מלוה לאו להוצאה ניתנה לאו ברשותיה דמלוה קיימא ואם קידש זה את האשה מקודשת ואם ניתנה במכר קנאו וכדתני' ושווין במכר שזה קנאו וכדאי' בקידושין כו' עכ"ל. גם בזה דבריו נפלאו דנימא אדם יכול להקנות דבר שאינו ברשותו ואנן קי"ל להלכה מרווחת דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וילפינן לה מהקדש ועיין בטור וש"ע סי' שנ"ד ועוד דהא במרוב' אמרינן צנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד ור' דוסא מירי מהפקר ע"ש אלמא דאינו יכול אפי' להפקיר דבר שאינו ברשותו וילפינן לה ע"כ מאיש כי יקדיש את ביתו וא"כ ה"ה שאינו יכול להקנותו ומ"ש ותדע דהא למ"ד מלוה לאו להוצא' ניתנה יכול לקדש בו את האשה התם למ"ד מלו' לאו להוצא' ניתנה א"כ יכול הוא לחזור בו ה"ל כמו פקדון דכל היכא דאי' ברשותי' דמרא הוא כיון דיכול הוא ליקח ממנו ואין זה כמו גזיל' אלא כמו פקדון ועוד דאפי' בגזילה נמי מקודשת אם הוא גזל דידה דאע"ג דאין יכול להקנות גזיל' היינו לאחר אבל לנגזל גופי' יכול הוא להקנותו וכדמוכח בפ"ק בקידושין דף י"ג גבי קידשה בגזל דידה דהיכא דשידך מקודשת משום דמחלה לו ע"ש אלמא דיכול הוא להקנות גזלו לנגזל עצמו ועמ"ש בביאורי לאה"ע סי' כ"ח ע"ש ולכן דברי הרשב"א בכל זה צ"ע:

סעיף ב

אבל אין כותבין הרשא' שביד חבירו שכפר בה ע' בישו"ש סי' י' שכתב שם בטעמא דאין כותבין על גזיל' שכפר ועל קרקע שכפר כותבין הרשא' אע"ג דגבי קרקע נמי מיחזי כשיקרא משום דגבי גזיל' מדינא אין כותבין כיון דאינו ברשותו ליתא בהקנא' ואינו אלא משום תקנ' ומש"ה כל דמיחזי כשיקרא אין כותבין אבל בקרקע דלעולם ברשותו

הוא וכותבין בדינא לא חשוב כמיחזי כשיקרא ע"ש ודבריו נכונים בטעמא אך מדברי רש"י שם בבכורות דף מ"ח ובפ' שבועות העדות משמע דהא דאין כותבין על מטלטלי דכפרי' היינו משום דליתי' בעיני' להכי מיחזי כשיקרא שכותבין שיש לו אצל זה ואפשר דאין לו כלל אבל קרקע דאיתא בעיני' ולא שייך תחות ידי' דחברי' אלא כל היכא דאיתי' ברשותי' דמרא קמא עומד לא מיחזי כשיקרא כלל ע"ש ברש"י וע"ש עוד בישׁ"ש שכתב וז"ל גם מ"ש הרמב"ם שגם בפקדון דכפרי' לא כתבינן הרשא' מדין התלמוד אין הדין עמו דפקדון דומה לקרקע והוי כאלו ברשותו כמו שהוכחתי וכותבין בדין תורה בקנין גמור לפיכך לא חיישינן למיחזי כשיקרא בקנין גמור כדפי' לעיל עכ"ל. ונפלאתי על דבריו שכתב על דברי הרמב"ם ואינו בדין והא ודאי בדין דפקדון דכפרי' הרי הוא כמו גזילי' וכמ"ש הרמב"ם בפ' כ"ג ממכיר' הובא בטור וש"ע סי' רי"א דפקדון דכפר אינו ברשותו:

סעיף ג

הי' לו חוב על עכו"ם עיין ב"י בסי' ע"ו מחודש ט"ז ראובן הי' לו שטר על גוי ונתנו לשמעון לגבותו וגבאו מיד ואמר לראובן שנתן לגוי זמן שני חדשים אמנם אם ירצה ליתן לו שטר אחר משלו בפרעון שטרו וכן עשה עתה אמר ראובן ששמעון נתן לו שטרו על תנאי שאם יגבה תוך ב' חדשים ואם לאו שלא היו רוצה בחליפין ושמעון אומר שנתנו לו בלא תנאי כתב הרא"ש בתשוב' כלל ס"ב השטר שנתן שמעון לראובן צריך הי' שיקנהו בכתיב' ומסירה והעדים שהיו בקצין העסיר' אם אינם מעידים על תנאי חליפין גמורין הן בלי תנאי כיון שלא נעשה התנאי בפני עדים עכ"ל. ויש לתמוה עליו דכיון ששמעון גבאו מיד כבר זכה ראובן באותם מעות ושלו הם ובשביל ששמעון הטעהו לא איבד זכותו עכ"ל. ולענ"ד דברי הרא"ש נכונים דלא שייך הכא זכיי' לראובן כמ"ש תוס' פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"א) ד"ה בשלמא סיפא לחומרא תימא אמאי לא הוי ריבית גמור כשהעמידו אצל ישראל אפי' מקבל הנכרי ריבית שהרי נעשה ישראל שני שלוחו של ראשון לקבל חובו מיד נכרי וי"ל דאפי' שיוכל לזכות במציא' לחבירו הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו דנהי אם הי' הנכרי מפקיר מעותיו הי' יכול לזכות לחבירו השתא מיהא שהנכרי אינו מפקירו אלא בא לזכות מעותיו למלו' ע"י זה הלו' אין לו כח לזכות שא"כ הי' הישראל המקבל שלוחו של נכרי לזכות במעותיו של ישראל ואין שליחות לנכרי ע"ש הרי מבואר דאפי' הישראל הוא שלוחו של ישראל הזוכה כל שמעותיו של נכרי הוא אינו יכול להיות שלוחו של נכרי לזכות לישראל במעותיו ועמ"ש בסי' קס"ג:

סעיף ד

עד שיחרים כתב ביש"ש פ' הגוזל סי' ל"ז ז"ל ואם המורש' קיבל עליו בחרם שיבא המרש' עם הנתבע למקום פ' ועתה טען משלחו שאונס הוא לו שלא יכול לבא ולילך בעצמו. כתב מוהרא"י בכתביו אשר כתבת שהדבר מפורסם שסכנה הוא לרב המשלחו שיבא בעצמו לברעסלי ומתוך כך דעתך שהוא פטור מן החרם כו' אמת אנן סהדי דלהכי לא שוי למורש' שליח להקים עליו ולאסור איסר על נפשו בחרם שיכנס בסכנה ובלא"ה בטורח יש לנו ראי' מן התלמוד שיוכל השליח להקים איסר בשבוע' על המשלח שיתקשר המשלח באותה שבוע' ע"י השליח כו' אלא שכבר דקדקתי הך סברא מפ' השולח גבי הא דמייתי ר' יהוד' ראי' מהא דנשבעו להם נשיאי העדה דאינהו נמי הוי אפטרופסין ושלוחן של העיר וע"ש אמנם מדברי התוס' בנזיר משמע דשבועת נדרים ליתי' ע"י שליח שהקשו דף י"א ואיכא למידק תנאי שבנזיר היכי הוי תנאי והרי כל תנאי שא"א לעשות ע"י שליח לאו תנאי כדאמרי' לענין חליצ' וע"ש שתירצו דקרבנות יכול לשלוח ע"י שליח וכן הקש' המרדכי פ' הכותב וכן הרמב"ן פ' י"נ כולם נתחבטו ונתלבטו בקושי' זו הרי משמע להדיא מדבריהם דנדרים ושבועות ליתי' ע"י שליח ועיין במשפטי החרם להרמב"ן בס' הכלבו בשם הראב"ד והי' מחמיר בשבועת ש"ק אפי' מי שלא ענה אמן אחריו ועוד מפני שש"ק בשליחות עצמן משביעין וכ' הרמב"ן ז"ל ואין לנו כן לפי שאין בעולם מושבע מפי אחרים וחייב אלא בשבועת העדות בלבד וכו' מ"מ במה שאמר מפני שהוא משביעם לדעתן יש לחוש עכ"ל וע"ש ומשמע מזה דיש שליחות לשבועה וצ"ע ועיין בר"ן פ"ק דפסחים שכתב גבי הפקר דליתי' ע"י שליח וכ' הב"י בא"ח סי' תל"ד טעמ' דבהפקר לא מהני שליחות משום דהפקר מתורת נדר כדמוכח פ"ק דנדרים וכמ"ש הרמב"ם בהל' נדרים וכיון דמדין נדר הוא לא מהני שליחות שהאומר לחבירו קבל עליך נדר זה בשליחות שאהא אסור בו אינו כלום וע"ש הרי דנדרים אינו בשליחות וצ"ע ומהא דנשיאי העדה י"ל דטובי העיר יש להם כח דחרמיהן חרם וה"ה שבועתן שבוע' ואפי' בע"כ של בני העיר:

סעיף ה

שיזהר מלכתוב ז"ל הט"ז לפי' הסמ"ע דבסודר תלי' מלתא של מי יהי' הי' להפוסקים להזכיר ענין הסודר ולא הכתיב' וכ"ת דהא בהא תליא דאם הסודר של העדים דוקא כתבינן וקנינא הא ליתי' דהא בימי התלמוד הי' הקונ' נותן הסודר ואפ"ה היו כותבין ל' קנינא כדאי' פ' י"נ אלא נלענ"ד דיכולים העדים לתת סודר שלהם לכותי להקנות לו רק שלא יכתוב בלשון השטר וקנינא מיני' דהלשון מורה על שליחות שקנו בשבילו

דאין שליחות לכותי אלא שיכתבו וקנה הכותי דהיינו ע"י הסודר של העדים שעל ידו קונה חוב פ' עכ"ל והגאון ח"צ כתב עליו ז"ל אמר המגיה דברי הרב שגבו ממני עכ"ל: אמנם דע לכאורה יראה דסודר שנותנין העדים אינו אלא בתורת שליחות אבל כתבנו בסי' קצ"ה סק"ט דע"כ אינו משום שליחות מדכתב בש"ע שם אין קונין בשבת ואם קנו אעפ"י שעשו עבירה קנו ואע"ג דכבר הי' מנהג בזמניהם שעדים נותנין סודר שלהם וכמ"ש בטור בשם הרא"ש וא"כ אין שליח לדבר עבירה ואפי' במידי דרבנן ולכן העליתי שמה דאין צריך שליחות אלא כיון שנותנין סודר שלהם קנה מדין עבד כנעני וכדאמרינן פ"ק דקידושין דף ח' הילך מנה ויהי' שדך מכור לפ' דקנה אותו פ' מדין עבד כנעני ובעבד כנעני אמרינן פ"ק דקידושין דאפי' בע"כ של העבד הוא משום דקבלת רבו גרמה ואע"ג דקנין אינו בע"כ מ"מ כל שהוא רוצה אינו צריך שליחות וקנה ממילא ע"י סודר של העדים וע"ש באורך וא"כ ה"נ מהני אפי' בעכו"ם כיון דאינו צריך שליחות וממילא קנה ע"י סודר של אחרים וקבלת מקנה גורם ולזה העיקר שלא לכתוב בלשון המורה שליחות אלא שיכתבו וקנה הכותי והוא קונה ע"י סודר של העדים וז"ב) (וכן משמע מדברי תוס' ישנים פ"ק דקידושין וז"ל שלא לכתוב וקנינא מיניה דקנינא משמע שהעדים שלוחים לקבל הקנין ואין שליחות כו' ומשמע דאין הקפידא רק על כתיבה שלא לכתוב בלשון שליחות ודוק:

סעיף ו

וקנה העכו"ם מדין חליפין בא"י עיין ש"ך ובתומים כתב ז"ל והנה מכאן נראה דקנין אגב אינו בכותי דאל"כ למה לא ציוה ר"ת בהרשא' של כותי לכתוב אג"ק וגם בחמץ ובכורות למה לא ציוו המחברים להקנות אג"ק כמו שבאמת לא מצינו בשום דוכתא דקנין אג"ק יועיל בכותי ע"ש וכתבו אגב ריהטא דהא כבר כתוב קנין אגב בדברי ר' ירוחם נתיב ד' ח"ב ז"ל ולצאת ידי שניהם יקבל מהכותי מעות בשביל אזן הבהמה כו' או יקנה להכותי המקום שבהמה עומדת שם ויקנה לו אגבי' אזן הבהמה מן העובר וע"ש וכבר נתפשט בכל ישראל במכירת חמץ על קנין אג"ק והוא מדברי הגאון מוהר"ש קודנייבור דשדי נרגא בקנין חצר משום דחצר מדין שליחות ואין שליחות לכותי וז"ב:

סימן קכד

סעיף א

הנתבע אינו יכול. ע' ש"ך שהביא בשם מוהר"ש דאם העמיד נתבע מורשה ונתחייב ע"י הודאת מורשה מצי נתבע למיהדר בי' ובש"ך כתב דהעיקר כדברי הריב"ש סי' שצ"ב

דהודאות מורשה מהני וראייתו מירושלמי גבי הגע עצמך שיודה במקצת ע"ש ולי נרא' דהיכ' שהעמיד הנתבע מורשה ושם דבריו בפיו כך וכך תטעון וכך וכך תודה אמרינן שליח של אדם כמותו והוי הודא' גמורה כיון שהוד' ע"י שלוחו שהוא כמותו אבל אם העמיד מורש' לטעון עבורו ולא שם הודאתו בפיו אלא שהוא הוד' מעצמו בזה לא מהני הודאת מורשה ומה דאמרינן גבי כ"ג וימנה אנטלר היינו שיסדר הודאתו וטענתו בפיו וע' ב"י שכ' בשם הרשב"א דעתו שאין הנתבע יכול למנות טוען שיטעון מעצמו וע' בריב"ש סי' שפ"ב אם השליח אומר קדשתי למשלח והיא אומרת לא נתקדשתי המשלח אסור בקרובותי' מפני דברי השליח שהוא כמותו והיא מותרת בקרובי משלח הובא בב"י אה"ע סי' ל"ה ומשמע דבזה שלוחו כמותו להודא':

סימן קכה

סעיף א

שאם בא השליח להחזיק בהם בשביל חוב ע' טור שכ' וז"ל אבל הרמ"ה כתב אם השליח בא להחזיק בהם בשביל חוב שיש לו ביד המלו' או המפקיד אינו יכול דכיון דא"ל תן לו הולך כמאן דא"ל זכי דמי או הולך על מנת שתתני לפ' דמיו אי מקיים תנאיה זכי ואי לא לא זכי וכאלו לא יצא מיד הלו' או הנפקד עכ"ל. מיהו נרא' דהיינו דוק' באומר לו הילך או תן דזה הוי כאומר בפי' הולך לפ' או תן לפ' דצריך ליתן ולהוליך דוק' אלא דהוי כזכי לענין חזר' אבל מ"מ כיון דה"ל לשון הולך ותן צריך ליתן דוקא ליד המפקיד והמלו' וה"ל כאלו התנ' עמו שיזכ' לפ' בתנאי שיתנו לידו וכמו שמבואר אצלינו לקמן אי"ה אבל באומר לו זכה לו נרא' דאין כאן שום תנאי ותיכף זכה לו וא"כ יכול השניה לתופסו בעד (ביד) המלו' והנפקד:

סעיף ב

נעשה נדר. ע' סמ"ע דבאומר אתן לעניים יש לו התר' ועכשיו שהוציא מידו שוב אין לו התר' וכ"כ הש"ך בשם הרשב"א כו' ובתומי' כתב ז"ל אבל לבי חוכך דהרשב"א קאמר בזוכ' לעני אבל הכא באומר תנו לעניים דלא הוי כזכי והרי הוא ברשות הנותן ואפשר דמצי להשאיל ומה שהביאני לידי ספק דברי טור וש"ע סי' רנ"ח דכתבו בבא ליד גזבר ומאי ארי' גזבר אלא משמע דוק' גזבר דהוי ידו כיד עניים אבל באומר תן דלא הוי כזכי אפשר דמצי לשאול עליו וצ"ע ע"ש ואין זה ספק ודאי טעמא דאתי ליד גזבר לא מהני שאל' כתבו בתשובת ר' בצלאל הובא בש"ך סי' רנ"ה דלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש ע"ש א"כ ודאי בעי גזבר שיזכ' במשיכ' להקדש וזה פשוט אבל נרא' דהכא הוי

תן כזכי דהא בשחרור לפי דאי לאו דעביד נייח נפשי' לא הוי משחרר הוי כזכי כמו חוב וא"כ בנדר נמי דצריך ליתן ה"ל כמו חוב ואתי החוב והתן כזכי בבת אחת ועוד נרא' לפמ"ש בש"ע סי' ט' גבי שכ"מ הולך כזכי והוא משום דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין אלים דיבוריה וא"כ בהקדש וצדק' דנמי אלים דיבוריה הוי כזכי וכיון דהוי כזכי תו לא מהני שאל' ודוק ועמ"ש בסק"ו:

סעיף ג

וי"א דתן כזכי במתנ' כתב הרשב"א בחידושיו פ' התקבל (גיטין דף ס"ג) וז"ל הולך ותן לה זכה והתקבל לה רצה לחזור לא יחזיר ומסופק אני אפי' לכ"ע הולך כזכי אי כזכי ממש קאמר ואע"ג דלא ממטי לה ניהלי' לעולם מגורשת והולך ותן לה לדעתך קאמר לי' או דלמא כזכה דמי שאינו יכול להחזיר ואי נמי מית לי' עד דלא מטי לידה מגורשת ומיהו צריך להוליכו וליתן לה דלהכי א"ל הולך ותן לה וכאלו התנ' עמו שיזכ' לה מעכשיו ובתנאי שיוליך ויתן לה ומקיים תנאיה ואזל ועד דלא מטא גיטא לידה לא תנשא לכתחל' דלמא לא מטה לידה וצ"ע עכ"ל: אמנם נרא' דעת הרמ"ה והוא דעת הי"א שבסעיף ד' דהולך ותן לא הוי כזכ' ממש אלא לענין חזר' הוי כזכי אבל עכ"פ תנאה מיהא הוי עד שיתן לידו דוקא וכל כמה דלא מקיים תנאה לא זיכה לו ומש"ה אינו יכול לתופסו בעד חוב המלו' כל כמה דלא נתנו לידו גם דעת הרמב"ם נרא' דהוא בשיט' זו דכתב בה' עבדים פ"ה אמר זכו בגט זה לעבד יצא מיד לחירות אע"פ שלא הגיע לידו קודם מיתת האדון אבל אמר תנו לו אע"פ שאינו יכול לחזור בו לא יתנו לאחר מית' ע"ש ונרא' דהוא ג"כ סובר דכיון דאמר תן אע"ג דהוי כזכי מ"מ תנא' מיהא הוי ועד שיגיע לידו אינו משוחרר ואע"ג דבהרשב"א כיון דאינו אלא תנחי מתקיים התנאי גם לאחר מית' וכמו שאר תנאי דמתקיימין לאחר מית' הרמב"ם סובר דאין זה דומ' לשאר תנאי כיון דהוי התנאי בגוף השטר והתנ' שיתן לו גוף השטר וא"כ אם אנו נותנין השחרור דומ' לשטר אחר מית' ולגט אחר מית' אף ע"ג דמדינא הוי מועיל כיון דאינו אלא תנאי מ"מ דומ' הוא לגט אחר מית' ואינו דומ' לשאר תנאי שאינו בגוף השטר אבל זה הוא בגוף השטר הרוא' שנותן שחרור לאחר מית' יאמר גט לאחר מית' ומש"ה לא יתנו לאחר מית' וכיון שאין נותנין ממילא הוא עבד גמור כיון דלא נתקיים התנאי גם הב"ח בי"ד סק"א כתב כן בשיטת רש"י והרמב"ם בדעתם דס"ל גבי עבד לא יתנו לאחר מית' אע"ג דתן כזכי היינו דמדינא ודאי העבד יצא לחירות אלא דגזרינן בעבד דלא יצא לחירות אטו גט לאחר מית' ע"ש אך דאכתי לא איתברר דבריו דמה ענין גט לאחר מית' כיון דכבר נשתחרר מחיים ע"י תן כזכי ואין נותנין הגט לאחר מית' ועוד דא"כ בזכי נמי ולמה כתב הרמב"ם

דבזכ' יצא מיד לחירות וליגזר נמי בזכ' ולפי מ"ש א"ש טפי דבריו כיון דצריך שיבא השחרור ליד העבד משום התנאי וא"כ הרוא' שנותנין השחרור לאחר מית' יאמרו יש גט לאחר מית' ודו"ק והוא נכון ובזה ניחא ליישב קושיות תוס' פ"ק דגיטין דף י"א ד"ה כל האומר תנו כאומר זכי וא"ת והא ר"י לית ליה תן כזכי דאמר בפ"ק דמציעא המגבי מניח' לחבירו קנה חבירו וא"ת משנתינו דקאמר תנה לי ולא קאמר זכה לי ועמ"ש תו' מזה להוכיח דלא אמרינן תן כזכי אלא דוקא בחוב וא"כ לפי שיטת הרמב"ם ודעימי' דאמרינן תן כזכי אפי' במתנ' תיקשי. ולפמ"ש ניח' דכיון דאומר תן מידי תנאי לא יצאה דהיינו עד שיתן וכשיתן זכה למפרע וא"כ ה"ה האומר תנה לי הוי כאומר זכה לי ובתנאי כשיתן לידו ואם לא נתקיים התנאי לא זכה וא"כ המגבי' מצי אמר אני זכיתי בה ולא אתן לך דאם אינו נותן לידו לא זכה ובידו שלא ליתן ולא נתקיים התנאי ולא זכה ודו"ק. איברא דצריך עיונא בהא דכתב הרמב"ם וש"ע בסעיף א' באומר הילך ותן דאם החזיר למשלם והעני ראובן אח"כ בענין דהפסיד המלו' דחייב לשלם שהוא פשע במה שהחזירו לראובן הא כיון דכ"ז דלא מטא לידי' לא זכה בו דה"ל כהתנה ע"מ שיגיע לידו וא"כ כיון דהשליח החזיר לנותן הרי לא זכה למפרע ולא יצא מיד המשלח וא"כ אמאי השליח חייב באחריות עוד קשה בהא דאמרינן ס"פ קמא דגיטין הולך מנה לפ' ובקשו ולא מצאו תניא אידך ליורשי מי שנשתלחו לו ע"ש דמוקי לה דפליגי בהולך כזכי ומה בכך דהולך כזכי הא התנה בתנאי שיגיע לידו וכיון דמית מקבל ולא הגיע לידו לא זכה למפרע ובשלמא במת משלח שפיר מתקיים התנאי גם א"מ וכמ"ש הרשב"א לענין גט ואפי' הרמב"ם דס"ל בהל' עבדים דלא יתנו אחר מית' היינו מטעמא שכתבנו דדומה לגט אחר מיתה אבל בממון שפיר נותנין אחר מיתה אך במת מקבל הא לא נתקיים התנאי וכיון דלא הגיע לידו מעולם לא זכה וכמ"ש ואפשר דאתי' כרשב"ל דס"ל בפ' האומר דלי ואפי' ליורשי אלא דהרמב"ם וטור וש"ע אה"ע סי' קמ"ג פסקו לי ולא ליורשי וכאן פסק הטור בשכ"מ דהולך כזכי אפי' מת מקבל ונתן ליורשיו ואינו חוזר ומשום דהוי הולך כזכי וכן פסק בש"ע בסעיף ז' ואמאי במת מקבל ינתן ליורשיו הא לא נתקיים התנאי ונראה לחלק בין התנה ע"מ שתתן לי היינו לי ולא ליורשי אבל בהתנ' תנאי על מנת שיתן לו היינו לו ואפי' ליורשי ומש"ה נתקיים התנאי שיתן המנה ליורשי המקבל ודו"ק וכעין זה כתב במל"מ בהלכות זכי' ע"ש ועיין ספ"ק דגיטין בפלוגתא דהולך כזכי וגם במצוה לקיים דברי המת או לא ע"ש וחכ"א יחלוקו וכאן אמרו מה שירצה שליח יעשה ואמרינן בגמ' טעמייהו דחכמים משום דמספקא וכאן אמרו שודא עדיף. וכתב רש"י ז"ל מספקא להו אי כזכי דמיא או לא ואי מצוה לקיים או לא עכ"ל דברי רש"י צריכין ביאור דנהי דהוצרך

לומר דמספקא להו באומר כזכי דאי ודאי לאו כזכי רק מספקא בהו במצוה לקיים דברי המת א"כ היכא דהוי משלח חי ודאי יחזרו למשלח ואלו מדברי חכמים משמע דקאי על כל המחלוקת דנאמרו שם בברייתא ושם פליגי בהולך כזכי גם בחיי המשלח אלא דאיפכא קשי' למה נימא דמספקא להו במצוה לקיים דברי המת דלמא סברי ודאי אין מצוה לקיים רק דמספקי להו בהולך כזכי ולפמ"ש נרא' ליישב דברי רש"י והוא דחכ"א יחלוקו משום דמספקא להו בהולך כזכי וכאן אמרו היינו בבבל וכמו שפירש"י כל מה שירצה שליח יעשה דשודא עדיף וא"כ לפי מה שאמרו כל מה שאמרו כל מה שירצה שליח יעשה והיינו שודא א"כ ל"פ כלל על מ"ד הולך כזכי דבשלמא א"א דתיכף זכה המקבל וצריך השליח ליתן בע"כ ליד המקבל לפי שכבר זכה לו א"כ פליגי ואמרי שודא דהברירה ביד שליח שלא ניתן למקבל אלא למשלח אבל לפי מ"ש גם למ"ד הולך כזכי לא זכה מקבל אלא בתנאי כשיגיע לידו וא"כ הברירה ביד השליח ליתן למשלח כיון דעדיין לא זכי אם לא יתן ליד המקבל וא"כ מאי פליגי חכמים בשודא על י"א דסברי הולך כזכי לזה פירש"י דחכמים מספקא להו בהולך כזכי וגם במצוה. לקיים דברי המת וח"כ במאי דאמרי יחלוקו פליגי על י"א דיכול שליח ליתן כולו ליד המקבל ולחכמים אינו יכול ליתן רק חצי' וכאן אמרו שודא וכל מה שירצה שליח יעשה והיינו בבבל ופליגי במצוה לקיים דברי המת דלמאן דאמר מצוה לקיים דברי המת א"כ הוכרח השליח ליתן דוקא ליד המקבל ולמ"ד שודא כל מה שירצה שליח יעשה וז"נ:

סעיף ד

והוא שנותן לו עתה החפץ בידו. עיין בתוס' פ"ק דגיטין דף י"ג ד"ה האומר תנו גט וז"ל אי גרסינן תן גט זה אתי' כר"מ א"נ אפי' כרבנן וכגון שאין מוסרו מיד ליד אלא מראהו לו ומצוה ליתנו והוא לא נטלו עד א"מ א"נ נטלו לאלתר ואפ"ה לא זכה העבד דלא נאמר תן כזכי אלא כשמוסר לשליח מיד ליד ע"ש. ולולי דברי תוס' יראה לענ"ד דאע"ג דנאמר תן כזכי אפי' באינו מוסר לו מיד ליד מ"מ כיון דאינו מוסר לו עתה לא מצי זכי לעבד דה"ל טלי גיטך מעל גבי קרקע דאמרי' בפ' הזורק (גיטין דף ע"ח) טלי גיטך מע"ג קרקע לא"כ א"כ אלו אמר לעבד עצמו טלי גיטך מעג"ק לא הוי מהני מידי כיון דבעינן ונתן בידה שיהי' מסייע בנתינתו ולכל מילי שחרור אתקש לגט לה לה מאשה וא"כ העבד עצמו שנטלו מע"ג קרקע לא"כ א"כ הרי זה שזוכה בשביל העבד כל שאינו נוטלו מיד הרב ה"ל טלי גיטך מעג"ק ועיין בטור וש"ע אה"ע סי' קל"ח דפסקו כן טלי גיטך מעג"ק לא אמר כלום אלא דלכאורה יקשה איפכא כיון דתן כזכי אם כן אמאי קתני לא יתנו לא"מ ומשמע הא מחיים מהני ונותנין הא כיון דתן כזכי לא עשאו כלל שליח להולכה

רק לזכי' ולא מהני משום טלי גיטך מע"ק מיהו נראה כיון דלא מצי זכה תיכף לעבד משום טלי גיטך מע"ג קרקע גם הוא לא נתכוין לזכה אלא לשליח להולכה ותן ממש קאמר משא"כ בחוב ופקדון י"ל אפי' אינו מוסר לו עתה תן דידי' כזכי:

סעיף ה

ואם שכ"מ הי' הנותן עיין ספ"ק דגיטין בפלוגת' דהולך כזכי ומסקינן בברי דכ"ע כו' והבמ"ע בשכ"מ דתנן המחלק נכסיו על פיו כו' ת"ק כר"א וי"א כרבנן. ופי' תוס' דכי פליגי בשכ"מ לאו בהולך כזכי קמפלגי אלא דהולך לאו כזכי גם בשכ"מ והא די"א ליורשי מי שנשתלחו לו היינו מדין מתנת שכ"מ. דדבריו ככתובין ומסורין וז"ל ד"ה הא בשכ"מ אע"ג דמת מקבל בחיי נותן ולא קני אלא אחר מיתת נותן אפ"ה קנו יורשיו דדעת נותן הוא דכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל אחר מיתתו או הוא או יורשיו דדברי שכ"מ כשמת כמסורין למקבל בשעת נתינת שכ"מ ע"ש. והר"ן כתב ז"ל אבל תמה אני למה דהא קיי"ל בס"פ יש נוחלין דמתנת שכ"מ לא חיילא אלא אחר גמר מיתה וכיון דבעידנא דחיילא ליתא למקבל היאך קנה והא אין קנין למת וצ"ע עכ"ל. ועיין מ"ש הב"י בזה אבל אין דבריו מובנים לענ"ד וע"ש אמנם נראה בישוב קושית הר"ן והוא דבפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ז) אמר רבא אמר ר"נ שכ"מ שאמר ידור פ' בבית זה יאכל פ' פירות דקל זה לא אמר כלום למימרא דסבר ר"נ מלתא דאי' בבריא איתי' בשכ"מ דליתי' בברי' ליתי' בשכ"מ והא אמר רבא אמר ר"נ שכ"מ שאמר הלואתו לפ' הלואתו לפ' ואע"ג דליתי' בבריא ר"פ אמר הואיל ויורש יורשה ר"א ברי' דר"א אמר הלוא' אי' בבריא כו' במעמ"ש קנה וע"ש בתו' הואיל ויורש יורשה לא בעי למימר מטעם דאי' בבריא אלא כיון שיורש יורשה יש כח לשכ"מ ליתן דברשותו הוי דמתנת שכ"מ כירושה הוא ועיין שם ברשב"ם דכתב ג"כ דאמדי' לקמן דף קמ"ט מתנת שכ"מ כירושה שויא רבנן ע"ש וכן אמרו להדיא שם דף קמ"ז באסמכת' דשכ"מ והעברתם את נחלתו יש לך העבר' אחרת וא"כ לפי"ז כיון דשכיב מרע יכול ליתן הלואתו אע"ג דליתי' בהקנא' משום דאינו ברשותו וליתי' בבריא בהקנא' מכל מקום כיון דאי' בירושה זוכה בהלואתו בתורת ירושה ודין מתנת שכיב מרע כירוש' וא"כ תו לא קשה דהיכי זוכה המקבל אחר מיתת הנותן כיון דאין קנין למת דנהי דאין קנין למת זוכה בו מתורת ירושה ויורש יורשה אפי' אחר מיתה דכן סדר הנחלות שמשמשת והולכת עד יעקב ואפי' אחר מיתה אין בירוש' אלא כי ליתי' למקבל בשעת מתן מעות ה"ל זכי' בטעות אבל איתי' כמקבל בשעת מתן מעות ה"ל דבריו כמו כתובין ומסורין שיזכה בו בתורת ירושה אחר מיתת הנותן ויורש יורשה אחר מיתתה נמי וזה נכון אך בהאי מלתא בטעמא דר"פ ורב אחא ברי' דרב

איקא כמאן הלכתא מצינו פלוגת' בזה דבהגה"מ פ' מי שמת פסק הר"ר אליעזר ממיץ דהלואתו לפ' ה"מ בהלואת ישראל אבל הקפת של עכו"ם אפי' במתנת שכיב מרע לא קני והב"י תמה על זה דמ"ש הלואת עכו"ם וכתב הב"ח בסי' רנ"ג דהוא כתירוצים דרב אחא מלתא דאיתי' בבריא והיינו במעמד שלשתן וכיון דבהלואת עכו"ם ליתי' במעמ"ש ליתי' במתנת ש"מ ועיין בשו"ת מוהרי"ט ח' ח"מ סי' צ"ה שהאריך שם בזה אם רב אחא ורב פפא פליגי ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ע"ש שכ' ז"ל והר"ן ז"ל עלה דרב פפא הואיל ויורש יורשה כתב זה לשונו ולפ"ז אויר נמי הואיל ואי' בירושה בלא גוף אי' נמי בשכיב מרע ומיהו טעמא דרב פפא לא סליק אך התוס' כתבו דאף לטעמא דר"פ ניחא דיורש אינו יורש דירה ולא אויר בלא בית ולפי דבריהם אפשר דטעמא דר"פ נמי סליק וכן מוכח מדברי בעל המאור דמפרש מלתא דרב נחמן בהלואתו לפ' משום דאי' בירוש' משא"כ ברייר' ובאכילת פירות שאין יורש יורשה בפני עצמה ומשמע דס"ל טעם דר"פ עיקר וע"ש שהאריך במוהרי"ט דקי"ל כר"פ דבמתנת שכיב מרע כירושה שוי' רבנן ולא קני אלא לאחר מיתה ע"ש וא"כ כיון דטעמא דרב פפא סליק א"ש דזוכה המקבל אחר מיתת הנותן אע"ג דאין קנין למת וליתי' בברי' להקנות למת מכל מקום הואיל ואי' בירוש' אי' נמי במתנת שכיב מרע מיהו רש"י פי' בהא דאמרי' כי פליגי בשכיב מרע היינו דבשכיב מרע כיון דדבריו ככתובין ומסורין אמרינן הולך דידי' כזכי והטעם מבואר בחידושי הרשב"א ספ"ק דגיטין דכיון דדיבורא דשכיב מרע אלים דהוי ככתובין וכמסורין מש"ה הולך דידי' כזכי הוא והא דהוכרח רש"י לפרש משום הולך כזכי ולא פי' כפי' תוס' משום דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין וזכו יורשי המקבל אפי' בלא הולך כזכי משום דס"ל רש"י כקושיות הר"ן וכמ"ש אך יש לדקדק בדברי רש"י כיון דס"ל הא דזוכה המקבל אחר מיתתו לאו היינו בתורת מתנת שכ"מ ומשום דאין קנין למת אלא משום דהולך כזכה וזכה בה מחיים וא"כ בהא דמשני רב זביד שם הא והא בשכ"מ הא דאי' למקבל בשעת מתן מעות והא דליתי' למקבל בשעת מתן מעות ופירש"י ז"ל ד"ה הא דליתי' למקבל שכבר מת וזה לא הי' יודע נמצא זכיי' בטעות ולא קנו יורשין עכ"ל ותיפוק לי' בלא טעות נמי הא אין קנין למת כיון דלא מהני רק בתורת הולך כזכה וזכה למקבל וכיון דכבר מת אין קנין למת. ואפשר כיון דאשכחן לרב זביד דס"ל בפ"ק דגיטין דף י"ג והוא שצבורין ומונחין דלא קנה מעמ"ש בהלואה וא"כ הא דשכ"מ שאמר הלואתו לפ' ע"כ משום דיורש יורשה דהא לדידי' ליתי' בבריא בהקנא' במעמ"ש וא"כ כיון דיורש יורשה כרב פפא א"כ אחר מיתה נמי אי' במתנת שכיב מרע בתורת ירושה דאי' נמי אחר מיתה לזה הוכרח לפרש אליבי' דרב זביד משום דהוי לי' זכיה בטעות אבל

לדינא קי"ל דמעמ"ש אי' בהלוא' וס"ל כתי' דרב אחא ולא כרב פפא וכמ"ש הר"ן דטעמא דר"פ לא סליק וא"כ ליתי' במתנת שכ"מ כל דליתי' בבריא בהקנא' וכיון דאין קנין למת ליתי' במתנת שכ"מ במת ומש"ה פירש"י סוגיין משום הולך כזכי משום דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין ומש"ה אלים דיבורי' ואמרינן בי' הולך דידי' כזכי: ולכן נראה לע"ד דהיינו דוקא היכא דשייכ' בי' תורת שכ"מ וכגון במחלק כל נכסיו או במצוה מחמת מיתה אבל באין מחלק כל נכסיו ואינו מצוה מחמת מיתה דאז לא הוי דבריו ככתובין וכמסורין בזה הולך דידי' נמי לאו כזכי והרי הוא כמו ברי דלא הוי הולך דידי' כזכי וכן נראה משיטת רש"י דכתב יפוי כח דידי' דהולך כזכי הוא רק משום דאלים דיבוריה ככתובין וכמסורין וא"כ כי היכא דמתנת שכ"מ אינו אלא אם לא יחזיר ואם ימות מאותו חולי דוקא ה"נ הולך דידי' כזכי על אופן זה שלא יחזור ושלא עמד וא"כ באינו מצוה מחמת מיתה לא אמרי' הולך כזכי ואפי' לשיטת הרמ"ה בטור והיא דעת הש"ע כאן דאין יכול לחזור מ"מ כיון דאם עמד חוזר אלמא דבתורת מתנת שכיב מרע הוא דוקא מיירי דאם הולך דידי' כזכי אפי' באינו מצוה מחמת מיתה ומתנה במקצת א"כ אמאי אם עמד חוזר הא לא נתן כלל בתנאי אם ימות דמתנת שכ"מ במקצת ואינו מצוה מחמת מיתה אינו חוזר בקנין אפי' עמד אע"כ דכאן לא אמרי' הולך כזכי רק במצוה מחמת מיתה דאז אלים דיבוריה דוקא ובאינו מצוה מח"מ ומתנה במקצת הולך דידי' לאו כזכי הוא ולפי"ז סרה מהר קושיות התומים שהקשה בהא דפריך בפ' מי שמת במה דאמרו מתנת שכ"מ במקצת בעי קנין ופריך מהא דתנן תנו מנה לפ' ומת יתנו לאחר מיתה ומשני במצוה מחמת מית' או במחלק כל נכסיו והקש' בתומים דה"ל לשנויי דתן כזכי בשכיב מרע ולפי מ"ש לא קשה מידי דאם איירי במתנה במקצת ואינו מצוה מחמת מית' גם הולך דידי' לאו כזכי ולפי"ז נרא' דה"ה בדין שכ"מ כגון במצוה מחמת מית' שאמר תן שטר מתנה לפ' דבזה לא אמרי' הולך כזכי כיון דלא תיקנו דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין רק בצוואת ממון אבל בצוואת שטר שאומר כתבו ותן שטר לפ' בזה לא הוה ככתובין וכמסורין וכמ"ש הרשב"ם בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ב) ע"ש א"כ בזה לא אמרינן תן כזכי דלא אלים דיבורי' רק בצוואת ממון ולא בצוואת שטר אך דעת הרשב"א כתב בריב"ש סי' שמ"ו דהואיל דרשב"א נתן טעם משום דגבי שכ"מ דאלים דבריו אף הילך הוי כזכי יש ללמד אפי' עמד אינו חוזר ודלא כהרמ"ה וא"כ לפ"ז כיון דאפי' עמד אינו חוזר א"כ ע"כ הוא נותן מתנת ברי ממש שאפי' עמד לא יחזור ואפ"ה הוי הולך דידי' כזכי וצריך לומר כיון דאלים דיבורי' בנותן בתורת מתנת שכ"מ לאחר מית' גם עכשיו שנותן במתנת ברי אלים נמי דיבורי' והוי הולך כזכי וא"כ אפי' באינו מצוה מח"מ ונותן

במקצת נמי הוי כזכי וא"כ גם באומר תן שטר מתנה דליתי' בתורת מתנת שכ"מ דלא תיקנו בצוואת שטר נמי אמרינן בי' הולך כזכי. ומה שהקש' בתומים בהא דפריך בפ' מ"ש דף קנ"א ממתני' דאמר תן מנה לפ' ומת יתנו לא"מ ולא משני משום דתן כזכי נראה דל"ק לפמ"ש בטור ז"ל אע"ג דהולך דברי לאו כזכי דמי הולך דשכ"מ כז"ד דמסתמא כי יהיב ממונא לשליח אדעת' דליזכי בי' למקבל קא מסר לי' והא דל"א זכי אגב צערא לא רמי אדעתי' מי"ד אגיטו דאע"ג דברי שאמר כתבו גט לאשתו אינו כלום עד שיאמר תנו גבי שכ"מ כותבין אע"ג דל"א תנו שדעתו הי' לומר תנו אלא שבהול הי' כו' ע"ש. ובפ"ק דגיטין דף י"ג בהא דאוקי ר"פ מתני' בשכיב מרע קאמר א"כ אמאי תני האומר תנו הא בשכיב מרע כתבו ותנו שוין דכתבו דידי' כאומר תנו ומשני דמאן לימא דמתני' ר"ש שזורי דאמר אף המסוכן וא"כ כיון דע"כ מתני' לא מתוקם כרש"ש דא"כ ליתני כתבו וא"כ ל"א גבי מסוכן בהול הוא א"כ תן נמי לאו כזכי הוא מדלא אמר בהדיא זכה מיהו לדידן דקי"ל כרש"ש תן כזכי בשכ"מ משום דבהול הוא ולא רמי' אדעתי' לו' זכי אך דאכתי צ"ל דזה דהולך כזכי בשכ"מ לאו עיקר טעמא משום דרש"ש דכי היכא דכתבו הוי לתנו ה"נ הולך הוי כזכי משום דבהול דא"כ מאי קאמר דפליגי בש"מ גבי הולך כזכי בפלוגת' דר"א וחכמים הל"ל דפליגי בפלוגתא דרש"ש וחכמים אע"כ דאכתי צ"ל משום דשכ"מ ככתובין וכמסורין דאי ל"ה ככומ"ס לא הוי אמרינן כן כזכי ומשום דבהול לא רמי אנפשי' א"א דז"א רוצה לזכות לו תיכף רק עשאו שליח להולכה אלא משום דתן כזכי בש"מ מסתמא אמרינן הא דלא אמר בפי' זכי משום דבהול כמו דאמרינן גבי גט לענין כתבו וא"כ כיון דמתניתין לא אתי כרש"ש גם תן כזכי לא אמרי' בשכ"מ דאמרינן אלו הוי דעתו דלזכי הי' אומר זכי ויש להסתפק בשכ"מ דאמרינן הולך ותן כזכי א"א אפי' באינו מוסר לו עתה תן כזכי דגבי חוב ופקדון אמרינן תן כזכי ואע"פ דכתבו הפוסקים דל"מ רק במסרו לו עתה מיד ליד א"כ אפשר דה"ה בש"מ או אפשר דש"מ אלים טפי ותן כזכי אפי' אינו מוסר לו עתה מיהו מהא דכ' תוס' בדף י"ג בהא דתנן במתני' תן שחרור זה לעבדי אי גרס תן כו' מיירי שאינו מוסר לו עתה ואכתי תקשי הא לר"פ מתני' מיירי בשכ"מ ולעולם תן כזכי מיהו תוס' לשיטתו דפי' הא דאמרי' כאן בברי כאן בשכ"מ לאו משום תן כזכי אלא משום דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין וא"כ לא אמרי' בשכ"מ תן כזכי טפי מברי אבל לדידן דא"ל בשכ"מ תן כזכי אפשר אפי' בשכ"מ אמרינן תן כזכי גם באינו מוסר לו עתה ואפי' אי גרסינן במתני' תן שחרור זה לעבדי נמי לא תיקשי דהא בשכ"מ תן כזכי אפי' אינו מוסר לו עתה דלפי מ"ש לשיטת רש"י והש"ע לא אמרי' בש"מ תן כזכי אלא היכא דדבריו ככתובין וכמסורין וגבי צוואת ממון דוקא

תיקנו שיהיה דבריו ככתובין וכמסורין אבל לא בצוואת שטר וכמ"ש הרשב"ם דף קנ"ב וכמ"ש אלא לשיטת הרשב"א דאפי' עמד אינו חוזר אז נראה דאפי' בצוואה שטר אמרינן תן כזכי אלא דהרשב"א לא גרס למעלה תן שחרור זה וכמ"ש תו' דלא גרסינן זה: והנה ראיתי בתומים שכתב על דברי ריב"ש בסי' שמ"ו שכ' בשם הרשב"א מדנתן טעם דגב שכ"מ אלים דבריו אף הילך הוי כזכי יש ללמוד אף עמד אינו חוזר ודלא כהרמ"ה הובא בטור וכ' עליו התומים ז"ל ולכן תמהני מהריב"ש כו' דמה ראיה מזה הא גם רש"י כתב להדיא דגבי שכ"מ הולך כזכי והיינו כסברת הרשב"א ומ"מ ס"ל דיכול לחזור ועכ"פ יפה עשו המחבר והרמ"א שהשמיטו דעת ריב"ש וסתמו כדעת הטור עכ"ל אמנם נעלם ממנו דברי הרשב"א בחידושיו ספ"ק דגיטין ושם הוא מבואר כדברי ריב"ש דס"ל עמד אינו חוזר וז"ל וי"א דאמרו יחזרו ליורשי מי שנשתלחו לו כדרבנן דר"א דאמרי דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי ואע"ג דלא מית נמי משום דכיון שמסרן לשליח לדעת שיתן לו מעתה מיד זכה לו שליח דהולך דשכ"מ כזכי דמי ומיהו דוקא כשמסרן לשליח אבל באו' תנו לא דאע"ג דאמרי' דדבריו ככתובין וכמסורין הני מילי במה שהוא מצוה לתת אחר מותו דהיינו מתנת שכיב מרע אבל במה שהוא נותן במתנת ברי לא אלא דהכא הכי קאמר כיון דדבריו ככתובין וכמסורין במת נותן משא"כ בברי אף הולך דידיה כזכי אע"ג דבבריא ליתיה כנ"ל עכ"ל הרי דכתב להדיא דבנותן במתנת ברי אפ"ה הולך דידיה כזכי ומיירי שעמד אלא דאפ"ה הוי הולד דידי כזכי כיון דאלים דיבוריה במת אלים נמי לענין תן כזכי אפי' נותן במתנת ברי וא"כ דברי הריב"ש נכונים ומזה נראה דאם תפס המקבל אין להוציא בטוען קים לי כהרשב"א ודוק:

סימן קכו

סעיף א

בין מלוה ע"פ ואפי' לא הגיע זמן הפרעון והא דכ' התוספות דלא תיקנו מעמד שלשתן בכתובה היינו משום דאפשר שלא תבוא לידי גבייה לעולם אבל זה ודאי תבוא לידי גבייה כן כתב הש"ך ועמ"ש בסי' תכ"ד:

סעיף ב

בין פקדון כ' מהרשד"ם ח"ב סי' ך' על שמעון שקיבל עליו במעמד שלשתן לשלם לראובן בעד לוי מסחורה של לוי שבידו אחר שיקבל ממנו פרעון חובו שחייב לו לוי כיון דבכתובה ליכא דין מעמד שלשתן כיון דאפשר שלא תבוא לידי גבייה א"כ בנ"ד נמי כיון דאפשר שתזלזל הסחורה לא יעלה לסכום חוב שמעון לאו מנה בודאי היא ולא הוי

כלום וכ' בש"ך ונראה דמיירי שלא היה הסחורה שוה בבירור בשעת מעמד ג' כדי חוב שניהם רק היה הדבר ספק אבל אם היתה שוה אז כדי חוב שניהם קנה מדין מע"ש אף שהיה אפשר שתזלזל אח"כ עכ"ל) (ולפענ"ד נראה דכיון דלוי אינו יכול לכופו לשמעון שיקח לו מסחורה כדי חובו ושאר יחזור לו כמבואר בסי' ע"ד סעיף ה' ומשום דכל זמן שלא פרעו לו אינו יכול לכופו להחזיר לו כלום. וא"כ לא הוי מנה לי בידך עכשיו דהא אינו יכול לתבוע עכשיו ולא הוי כמלוה תוך זמנו דהוי ביה מעמ"ש משום שיבוא לידי גביה בסוף וזה שיכול להיות דבזמן הגבייה אם תזלזל הסחורה אין לו כלום ומש"ה אין בו דין מעמ"ש כלל ומסתימת דברי מהרשד"ם נמי משמע הכי:

סעיף ג

ואמר ליה במעמ"ש בפ"ק דגיטין דף י"ג אמר רב הונא אמר רב מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמ"ש קנה א"ר מסתברא מילתא דרב בפיקדון אבל במלוה לא והאלהים אמר רב אפי' במלוה וכו' טעמא מאי וכו' אלא אמר מר זוטרא הני תלת מילי שוויינהו רבנן כהילכתא בלא טעמא וכתב רש"י מאי טעמא במלוה קנה הא ליתא בעיניה דליקנו ע"כ ונראה לכאורה דל' רש"י דגבי פקדון ניחא בטעמא ובאמת גם גבי פקדון נמי טעמא בעו אבל נראה דודאי גבי מעמ"ש איכא טעמא שהוצרכו חז"ל לתקן שיקנה במעמ"ש וכתבו תוס' והרא"ש משום הסוחרים שלא יצטרכו לטרוח ולעשות קנינים ע"ש אלא הא דמועיל הוא הילכתא בלא טעמא ואין זה קושיא מאי טעמא מועיל הקנין דהא בכמה מקומות אשכחנא קנינא שהתקינו חכמים ולא תהא תורה שלימה שלנו כמו מנהג דאפי' דבר שנהגו הסוחרים קנה כמו סטימותא דקנה וא"כ מפקדון לא קשה דהא כיון שיש טעם לתקנה תו לא קשה מאי טעמא קנה כמו דלא קשה על שאר קנינא דרבנן כמו משיכה ואגב אכן גבי מלוה ודאי קשה מ"ט דהא ליתא ברשותי' ונהי דהוי קנין ליתי' ברשותי' ואין לך קנין גדול כאמירה להקדש ואפ"ה כיון דליתי' ברשותי' לא מצי מקני לזה מסיק דהוא כהילכתא בלא טעמא אבל מפקדון לא קשיא מאי טעמא כמ"ש וזה פשוט אלא שראיתי להגאון פ"י פ"ק דגיטין שעמד בלשון רש"י שכ' מאי טעמא במלוה ולא קשיא מפיקדון וע"ש שכתב בזה דרך רחוק:

סעיף ד

בין שנתן לו במתנה כתב מוהר"ם אלשקר סימן ס"ג דוקא בכה"ג שסייב לפי שהמחה אצלו או שנתן לו במתנה אבל אם אינו חייב ולא נתן לו אלא המחהו שיתן לו מעותיו כדי שיקנ' לו סחורה אין צריך ליתן לו ולא קנה מדין מעמ"ש ולא הוי אלא כשליח וכתב בש"ך ונרא' טעם דאינו נקנה במעמ"ש אלא כשהממחה מסלק עצמו ממנו ונשתעבד

לשני ולא נשאר שום זכות לראשון משא"כ הכא שעדיין יש כח לראשון בו שהרי מעותיו הוא שיקנה לו בהדייהו סחורה ע"כ ומיהו משמע דהיינו דוקא שיקנה לו סחורה דעדיין יש כח לראשון בו ולא הוי אלא שלוחו אבל אם המחהו שיתן לו מעותיו בהלואה כיון דמלוה להוצאה ניתנה הרי הוא כמתנה וצריך ליתן למי שהמחה:

סעיף ה

וכן אין הנותן יכול לחזור ולמחלו זה הוא דעת התוס' וכ"כ הה"מ פ"ה מה' אישות מלשון הרמב"ם שכתב דאם קידשה במע"ש מקודשת ואי הוי מצי מחיל לא הוי מקודשת דהא לא סמכה דעתה כדאמרינן בפלוגתא דר"מ ורבנן לענין קידשה בשטר כ"כ הר"ן אלא שיש חולקין בו והובא בש"ך בשם בעל העיטור שכ' דלא עדיף מעמ"ש מכתיבה ומסירה וגם דעת הראב"ד הוא כן ולכן העלה בש"ך דהוי ספיקא דדינא ע"ש והנה לשיטה זו דמעמ"ש יכול למחול צריך ישוב בהא דאמרי' שם פ' האיש מקדש דבמלוה בשטר פלגא בדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ר"מ סבר אשה זו סמכה דעתה דלא שביק דיד' ומחל לאחריני וחכ"א אשה נמי לא סמכה דעתה במלוה ע"פ פליגי בדרב הונא אמר רב מר סבר כי אמר רב בפקדון אבל במלוה לא ומר סבר אפי' מלוה והא כי היכי דפליגי במלוה בשטר לענין סמכא דעתה ה"נ מצי לאפלוגי במלוה ע"פ במעמ"ש ומקושי' זו העלה בתו' דמעמ"ש ליתא במחיל' אלא על דעת החולקין יתעורר קו' התוס'. אמנם ראיתי בריטב"א פרק האיש מקדש שכ' ז"ל דבמעמ"ש סמכה דעתה טפי שלא למחול משום דכסיפא לי' מילתא כיון שהי' במעע"ש ע"ש וגם שהריטב"א שם מיאן בסברא זו אך הסברא מוכרחת בשיטה זו דמעמ"ש אי' מחילה ובזה נסתר נמי הראי' שכ' הרא"ש דבמעמ"ש ליתא במחילה כיון דעיקר תקנות מעמ"ש הוא משום תקנות השוק דמי שקנה סחורה ואין לו מעות מעמידו אצל בע"ח וא"כ כשיכול למחול בטלה עיקר התקנה שלא יסמוך הסוחר על מעמ"ש כיון שהמלוה יכול למחול ע"ש ולפי שיטה זו דמעמ"ש איתא במחיל' לא בטלה עיקר התקנה משום דגבי מעמ"ש הסוחר סומך דעתו שלא ימחול דכסיפא לי' כיון דהי' במעמ"ש ולפי"ז אין להוכיח מדברי הרמב"ם שכ' דקידשה במעמ"ש מקודשת דס"ל דמעמ"ש ליתא במחילה די"ל דס"ל בזה כר"מ כיון דקי"ל דכי אמר רב בין במלוה בין בפקדון כמבואר בפ"ק דגיטין דף י"ג וא"כ ס"ל דגבי מעמ"ש סמכה דעתה דאל"כ בטלה עיקר התקנה וכיון דסמכה דעתה טפי במעמ"ש להכי פסק דמקודשת ועי' בתשו' מוהרי"ט ח' ח"מ סי' צ"ה שכתוב שם על סברות הר"א ממיץ שכתב דמע"ש ליתא בחוב עכו"ם לפי שפיהן דיבר שוא ולא סמכה דעתיה והובא בב"י סימן רצ"ג וכתב על זה מהרי"ט וז"ל וכבר ראיתי לחד מרבוותא בישראל גדול

שמו עשה לה סמיכות לסברא זו של הר"א ממיץ ז"ל לדין מעמ"ש בעכו"ם ודלה מים מבורות עמוקים דהך טעמא דסמכה דעתה למד מדברי רש"י בפ' האיש מקדש מר סבר כי קאמר רב ה"מ בפקדון אבל במלוה לא ופי' רש"י בפקדון דאיתי' בעיני' וסמכה דעתה וע"ש שדחה סברא זו וכתב דהך טעמא לית בי' ממשא דמקבל מה פסידא אית ליה שלא יסמוך דעתו עליה ועיין מה שכתבתי שם בדברי רש"י ולפענ"ד נראה דאין צורך לדלות מים מבורות עמוקים אלא הדבר מוכרח כן מדברי הרא"ש שכתב נמי כיון דעיקר תקנתא משום תקנות הסוחרים ואם הסוחר לא יסמוך דעתו בטלה עיקר התקנה וא"כ מטעם זה נמי דין הר"א ממיץ גבי חובות של עכו"ם כיון דלא סמכה דעתו שפיהן דבר שוא א"כ הסוחר לא יסמוך דעתו וכיון דעיקר התקנה משום הסוחר וכיון דהסוחר אינו סומך דעתו בטל' עיקר התקנ' להכי לא תיקנו בחובת עכו"ם וזה פשוט:

סעיף ו

ואפי' מחל המלו' ללוה יכול לחזור. כת' הש"ך משמע לכאור' דקאי אפי' היכ' ששמעון אינו חוזר וכ"כ בסמ"ע וכו' אבל באמת אין טעם דלמה לא יועיל מחיל' בכה"ג וכן המעיין בהרא"ש ס"פ המקבל ובתוס' ובנ"י שם יראׂ דמוכח להדיא מדבריהם דכה"ג מהני מחיל' בלא קנין אלא דכששמעון חוזר לא מהני מחיל' מטעם דהוי מחילה בטעות דאטו בשופטני עסקינן ששמעון לא יתן לו והוא יפטור את ראובן וכו' וכן עיקר עכ"ל. ולענ"ד נראׂ דכיון שזה לא מחל עד שיתן לו שמעון א"כ כל זמן ששמעון לא נתן לו יכול גם הוא לחזור וכשם ששמעון יכול לחזור גם כן לוי יכול לחזור דהא עדיין לא גמר הפטור עד שיתן לו שמעון וכיון שעדיין לא נתן יכול לחזור ומדברי הרא"ש והנ"י והתוס' לא מוכח מידי דהא לא כתבו אלא לאפוקי דלא נימא מחיל' אינה צריכה קנין ולזה כתבו דאטו בשופטני עסקינן ששמעון לא יתן והוא יפטור את ראובן וא"כ כיון דאדעת' דהכ' הי' המחיל' שיתן לו שמעון א"כ כל זמן שלא נתן לו יכול לחזור ועוד דזה גופא הוי מחיל' בטעות דהוא סבר ששמעון מחויב ליתן לו כיון דשמעון אינו מחויב אין זה מחול וגם בזה שייך לומר אטו בשופטני עסקינן שהוא ימחול כל זמן ששמעון אינו חוזר וכשיאמר שמעון שאינו חוזר לא יכול לתבוע את הלוה ואח"כ ילך הלוה למד"ה או יעני ולא יוכל לגבות מן הלוה וגם שמעון יאמר אח"כ שחוזר בו ונמצא זה יהי' קרח מכאן ומכאן ולכן נראה דכל זמן ששמעון אינו נותן לו אע"ג שאינו חוזר יכול לתבוע את הלוה אא"כ פטרו בפי' דמהני או קנין דהוי כפטרו בפי' אף אם לא יתן וכמ"ש הפוסקי' דקנין ה"ל כפטור בפי' דאי לפוטרו כשיתן לא הוי צריך לקנין נ"ל ודוק:

סעיף ז

וי"א שלא קנה ע' ברא"ש וטעמא דידי' שם כיון דמעמ"ש הלכתא בלא טעמא צ"ל דוקא בלשונו מנה לי בידך ודיעה הראשונה דקנה הוא דעת הרמב"ן והובא בבע"ת שער כ"ח ועיקר ראיה שלו מהא דאמרי' בפ"ק דגיטין דף י"ב תנו מנה לפ' ומת יתנו לאחר מיתה ואוקי רק זביד אליביה דרב דאמר והוא שצבורין ומונחין משום מעמ"ש והתם לא קאמר מנה שיש לי בידך אלא תנו מנה סתם ועיין בגי"ת שהקשה דהא לרב פפא דאוקי בשכיב מרע ומשום מנה קבור ע"כ צ"ל דמיירי באומר מנה זה דאל"כ הרי חיישינן למנה קבור ואע"ג שלא נזכר במשנה זו וא"כ ה"ה לרב זביד ע"ש ועיין לפמ"ש בסי' ר"ב בישוב קו' מהרש"א ולפמ"ש שם משנה זו לא מיירי באומר מנה זו ע"ש וא"כ ראיית הבה"ת נכונה:

סעיף ח

ל"ש מתנה מועטת וכתב הסמ"ע לא מיירי כאן בעני דבעני צריך לקיים דבריו אפי' אמר כן בעצמו שלא לפני שום אדם משום דאמירתו לגבוה הוא או משום נדר וכ' בש"ך דהיינו דוקא במטלטלין או מעות צרורים וחתומים אבל כשהפקיד אצלו אין צרורים וחתומים בענין דמותר להשתמש בהן ע"ד מה שנתבאר לקמן סי' רצ"ב לא קנו עניים משום דבכה"ג לא שייך לומר כל היכא ראי' ברשותי' דמרא איתא והוי דבר שאינו ברשותו ע"ש אבל נראה פשוט דאע"ג דאין צרור ומותר להשתמש בהן מ"מ כל זמן שלא הוציא ברשותא דמרא קאי ואי בעי מארי' שיחזור לו צריך להחזיר לו פקדון בעין ואין יכול להחליפו באחרים כ"ז שלא הוציא ואינו אלא ש"ש בשביל הנאה שיוכל להשתמש אבל מרשותיה דמארי' לא נפקא ואם השאיל לו חפץ ג"כ יכול להקדישו וכמ"ש בסי' רי"א סעיף ז'. ועיין מ"ש הגאון חכם צבי בהגהת הט"ז בסי' ע"ג סעיף י"ט ע"ש דבריו אמיתים וא"כ נראה דיכול להקדישו ואע"ג דיכול הוא להשתמש אינו דומה להלואה דלהוצאה ניתנה:

סעיף ט

ונמצא הלוה עני ומשמע אע"פ שגם ראובן לא ידע שהי' עני מ"מ הוי מקח טעות וכדלקמן סי' רל"ב וק"ל דהא דקי"ל דאין אונאה לשטרות ואפי' מכר שוה אלף בדינר או דינר באלף וא"כ אם מכר שט"ח באלף זוז והלוה עני הרי לא נתבטל המקח מחמת אונאה וזה כמו שקנה חוב במעמ"ש למה יתבטל משום אונא' ואולי א"ל דזה הוא טעמא דירושלמי דאמר דוקא בעשו ערמה דהיינו שראובן הי' יודע מזה וגם בזה אפשר דאינו מדין אונאה כיון שאין אונאה לשטרות אלא מתורת קנס כיון שנתכוין להונות דהא לכתחילה אסור להונות אפי' בעבדים ושטרות וקרקעות אבל אם לא ידע למה נתבטל המקח ומיהו נראה לפמ"ש התוספות והרא"ש דאפי' בשטרות ביתר מפלגא יש להם אונאה א"כ דאם הי'

עני דהוי ליה יותר מפלגא דיש להם אונאה אבל לדעת הש"ע דס"ל בסי' ס"ו ובסי' רכ"ז דאפי' שוה אלף בדינר או דינר באלף אין לו אונאה אם כן למה יתבטל כאן המקח ועיין ש"ך שהביא כמה דעות הפוסקים דבעינן דוקא עשו ערמה מיהו מטעמא אחריני כתבו ומשום דהו"ל לשאול עליה אם הוא עני או לא מיהו יש לומר דאע"ג דאין אונאה לשטרות היינו היכא שלא נולד ידיעה המתחדש' אלא בגוף שוי' המקח כגון שסבר שהוא שוה כך ונודע לו שאינו שוה כך אבל נודע ידיעה חדשה בגוף הדבר שלא הי' לו ידיעה ממנו זה הוי מום במקח ומום במקח לא אימעט אפי' בדבר מדברים שאין להם אונאה דהא בעדים נמי אימעט מדין אונאה דאיתקיש לקרקע ואפ"ה אמרי' בריש פ' אע"פ גבי סימפון בעבדים ליכא משום דנמצא גנב או קביוסטוס קלא אית ליה ומשמע דאי לאו משום קלא הי' בטל המקח אלא דמדברי בעה"ת בשער נ"א מבואר דנמצא עני לא הוי מקח טעות גבי מוכר שט"ח משום דהי' לו לשאול עליו ואינו אלא בכלל אונאה ואין אונאה לשטרות וזה נראה ג"כ דעת הש"ע בסי' ס"ו סעיף ל"ד וכמ"ש בש"ך שם ס"ק ק"ג וקי"ג אלא דלפי"ז קשה מ"ש גבי מעמ"ש ועיין בבעה"ת שם מה שמחלק בין מעמ"ש והובא דבריו בש"ך שם ואכתי לא איתברר לנא ע"כ נראה בעיני דאע"ג דאין אונאה לשטרות היינו דוקא במכר שט"ח בכתיבה ומסירה דכיון דהשטרות אין גופן ממון אימעט מדין אונאה מכלל ופרט מה הפרט מפורש דבר שגופו ממון אבל מוכר חובות בע"פ ע"י מעמ"ש יש להם אונאה דחובות גופיה הוי גופם ממון אע"ג דאין יכול להקדישו היינו מטעם אחר משום דהוי דבר שאינו ברשותו והרי הוא כמו גזל ולא נתייאשו בעלים דנמי אין יכול להקדישו משום דהוי דבר שאינו ברשותו אבל גופו ממון הוי. ומזה נראה דה"ה ביש לו ע"א שנתן לו חוב א' ע"פ ע"י מעמ"ש והוא כופר דצריך לישבע שבועת התורה להכחיש העד דכיון דתובע אותו גוף החוב הוי גופו ממון ואע"ג דמעמ"ש אינו אלא דרבנן אפ"ה שייך בכפירתו דין שבועת התורה וכמו שמבואר אצלינו בסי' פ"ז ס"ק ל' בכל מילי דרבנן נשבעין שבועת התורה דכיון דהפקר ב"ד הפקר הרי הוא שלו כמו קנין. שקנוי לו מה"ת וע"ש:

סעיף י

טען לוי שהי' שמעון עני וכו' עמ"ש בשמעתא ה' פט"ז בזה:

סעיף יא

שט"ח שיש לי בידך תנהו ללוי והי' זה במעמ"ש עיין ש"ך סי' ס"ו ס"ק ע' שהניח דין זה בספיקא דדינא ותמה על הטור והמחבר שכתבו דין זה בפשיטות שהרי הרמב"ן חולק על זה ואין להוציא ממון נגד סברת הרמב"ן ע"ש וגם אנכי בענ"ד מצאתי ראיתי כן בתוס'

פ"ק דגיטין ובפ' מי שמת דסברי אין דין מעמ"ש בשטרות ועמ"ש בסי' ס"ו ס"ק ק"ב מיהו בר"ן דסובר דיש מעמ"ש גם בשטרות שהקש' בפ"ק דגיטין למאן דמוקי אסיפ' דאומר תנו מנה לפ' יתנו לאחר מית' מיירי במעמ"ש א"כ ברישׁ' נמי גבי שיחרור למה אין נותנין לאחר מית' הא שיחרור זכות הוא לו וע"ש שתי' דלא מהני מעמ"ש אלא היכ' דשייך מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה משא"כ בשטר שיחרור לא שייך לומר הכי דהא לנפשיה לא שייך בי' זכייה וע' מ"ש בסי' ס"ו ס"ק כ"א שם:

סעיף יב

צריך לישבע למקבל דא"ל חושבנא בקושטא הוי ואת דאודית לאו כל כמינך לתיובי ואפי' א"ל נמי אשתליין חושבנא מיפטר דה"ל כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ולא דמי למנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דהכא הא א"ל ודאי פרעתיך אלא דאת הוא דאמרית דאשתכח בי' טעותא הא טעותא לא ידענא ומיהו משתבע דלא ידע ומיפטר עכ"ל רשב"א בחידושים וע' מה שכ' בזה בסי' ע"ה ס"ק ו':

סעיף יג

דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף דהיינו כשיחזיר לו החפץ כת' הש"ך ז"ל דין זה תמוה בעיני אף שהוא מהטור מתשובת הרא"ש דמה בכך ששכירות אינו משתלמת אלא לבסוף מ"מ חייב לו הלוא' מהשתא אלא דהוי כלא הגיע זמן הפרעון דלעיל סק"א וכמ"ש הריטב"א פ' האומר ז"ל דכ"ע ישנה לשכירות מתחל' ועד סוף ואם לא עשה אלא מקצת משתלם לפי חשבון וכן אם נאנס הכלי משתלם מן הבעלים דמלו' היא גביה מיהו אין זמנו למיפרע אלא בסוף מלאכתו דקיי"ל שכירות אינו משתלם אלא לבסוף וכו' ע"ש שהאריך בקושי' והניח בצ"ע ואחר העיון בש"ס פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ט) נרא' דלק"מ וע"ש בש"ס אילימ' אותו ממון אלא במאי מיקדשה וכתבו שם תוס' בד"ה אילימ' אותו ממון דלא מצי מיקדשה עד שיחזיר לה הכלי וכ"כ רש"י בפ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ח) וז"ל דר"מ סבר ישנה לשכירות מתחל' ועד סוף ולבסוף כשמחזיר לה נעשית מלו' למפרע ע"ש ומבואר מדברי רש"י בקידושין ומדברי התוס' בפ' הגוזל דהחילוק שיש בין למ"ד שישנו לשכירות מתחיל' ועד סוף ובין מ"ד דאינה לשכירות אלא לבסוף והוא דלמ"ד אין לשכירות אלא לבסוף מעולם ליכא מלוה עד שיחזיר לה בסוף ולאחר חזרת הכלי אז הוי לה התחלת המלו' ולמ"ד ישנה לשכירות מתחל' ועד סוף אמרינן דכי מחזיר לה הכלי לבסוף נעשה למפרע מלוה אבל קודם שמחזיר לה הכלי לא הוי עלי' שום מלוה כלל ולהכי פריך שם אילימא אותו ממון אלא במאי מיקדשה ואע"ג דס"ל לר"מ דהמקדש במלו' מקודשת אלא דכ"ז שאינו מחזיר לה הכלי לא ה"ל שום

מלוה כלל אלא כי מחזיר לה הכלי נעשית למפרע חוב ומלוה ואלו ה"ל כמלו' תוך זמנו א"כ לא הוי פריך מידי אילימא אותו ממון אלא במאי מיקדשה דהא כיון דס"ל לר"מ שם המקדש במלו' מקודשת וא"כ המקדש במלו' תוך זמנו וכי לא מצי מקדש בה אלא משום דלא ה"ל שום מלוה וחוב כלל עד שמחזיר לה הכלי בסוף וכשמחזיר לה הכלי אז ה"ל למפרע חוב ומלו' ולהכי ניחא טעמא דהרא"ש דשכירות אינה נקנה במעמ"ש דהא במעמ"ש אינו מהני אלא בחוב ברור שיאמר לו מנה לי בידך תנהו לפ' וזה כ"ז שאינו מחזיר הכלי עדיין לא התחיל שום חוב ולא הוי כחוב דלא הגיע זמנו דליכ' שום חיוב עליה כלל כ"ז שאין מחזיר וא"כ לא הוה מ"ל בידך ואע"ג דלבסוף מחזיר הכלי ונעשית לו מלוה וחוב למפרע מ"מ כיון דבשעת המחא' לא הי' חוב מבורר לא הוי בי' דין מעמ"ש דהא בכתוב' נמי לא מהני אע"ג דאיתברר לבסוף שמת הבעל והי' לה חוב למפרע דהא גובה ממשעבדי למפרע משעת כתיבה אלא כיון דלא הוברר דאפשר שלא תבוא לידי גבי' וה"נ כיון דכ"ז שאינו מחזיר הכלי לא ה"ל עליו שום חוב אלא עד שמחזיר לו הכלי הוא דנעשה מלוה למפרע וא"כ בשעת המחא' לא הי' שום חוב מבורר ול"ש בו מנה לי בידך דאגלאי מלתא למפרע ל"א במעמ"ש) (וע' בב"ש סי' כ"ח דכ' דאפי' אומר לה בהנאת מחילת מלוה לא מהני כ"ז שאינו מחזיר לה הכלי ולא דמי להלוא' תוך זמנו ודשאני הכא שאינו הלוא' כלל כ"ז שאינו מחזיר לה הכלי והבית שמואל כוון האמת אליב' דרש"י תוס' וא"כ קושית הש"ך לא קשה ולא מידי והוא ברור ודו"ק ועמ"ש בסי' ע"ב ס"ק כ"ד:

סעיף יד

מעמ"ש ליתא מפי הכתב כתב כנה"ג וז"ל אמר המאסף נ"ל פשוט דאם המקבל קטן אין דין מעמ"ש דקטן כשלא בפניו דמי עכ"ל ודבריו נכונים:

סעיף טו

ובכל ענין אם כבר נתן העכו"ם מה שבידו לישראל המקבל אין מוציאין מידו ז"ל הש"ך כבר כתבתי בסי' ס"ו סעיף ז' שאין דברי הרב נכונים בזה במ"ש בכ"מ שאין הקנין נתפס אם זכה לקבלם שוב לא מפקינן מיניה ע"ש מ"מ הדין בכאן אמת דהיכ' שכבר נתן העכו"ם זה שבידו ואפי' לא הי' מעמ"ש זכה המקבל כיון שהרשהו ועשה שליחותו ונתן לו הרי הוא כאלו הוא בעצמו נתן לו וע' בש"ך מ"ש בסי' ס"ו ונפלאתי בזה דכיון שדעתו דהיכ' דלא מהני קנין לא מהני שום תפיס' א"כ למה מהני כאן במה שכבר נתן העכו"ם ומה בכך שנתן עפ"י הרשאתו הא קי"ל דאין שליחות לעכו"ם ואם אומר לעכו"ם תן חפץ זה לפ' והלך העכו"ם ונתן על פיו לפ' ודאי לא זכה אותו פ' דכיון דאין שליחות לעכו"ם

וא"צ ראיה להא כי היא פשוט מאד ואם יעשה שליח עכו"ם למכור חמצו והלך העכו"ם ומכר ודאי אסור בהנא' והוי חמץ שעבר עליו הפסח כיון דאין במכיר' כלום ואע"פ שכבר עשה העכו"ם עפ"י הרשאתו ואי משום דהכא עדיף טפי לפי שאמר למקבל זיל וקבל מנה מאותו עכו"ם הרי הוא כאלו אמר לו לך משוך וקני ז"א דהא הוי דשלבל"ע ולא זכה מדין מתנה דאם אומר לו לך משוך וקני בדבר שברשותו ודאי מהני אבל בדבר שאינו ברשותו אפי' אומר לו לך משוך וקני לא מהני וחוב הוי דבר שאינו ברשותו ולכן נרא' דודאי צ"ל דס"ל לתרומת הדשן דמהני תפיס' בכל דבר שלא הי' קנין המועיל והכא מדין תפיס' אתי עלה וא"כ מ"ש הש"ך בסי' ס"ו דגם הת"ה לא ס"ל דיועיל תפיס' וחולק על הד"מ והגי"ת שהבינו כן מדברי הת"ה ע"ש לא כוון יפה בזה אך מ"ש הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ס"ו דאם אמר לישראל חבירו תן מנה זו לפ' והוא הלך ונתנה דמהני ע"ש והם דברי' נכונים מצד שליחות אבל בעכו"ם הא לא מהני שליחות וכמ"ש והתוס' והרא"ש שכתבו במקבל עכו"ם והישראל חזר בו לא זכה העכו"ם ואם לא חזר בו יכול ליתנו לעכו"ם בזה נמי מהני משום שליחות דהא ישראל לישראל נעשה שליח וא"כ כשאומר לו נמי תן לעכו"ם והלך ונתן הרי הוא שלוחו וה"ל כאילו הוא עצמו נתן לו משא"כ היכ' דישראל אומר לעכו"ם ליתן לישראל אע"ג שכבר נתן יכול הנותן לחזור כיון דאין שליחות לעכו"ם וטעמא דת"ה אינו אלא משום תפיס וזה ברור ופשוט והכי משמע להדיא בפ' א"נ דף ע"א גבי ישראל שלוה לעכו"ם דכיון דאין שליחות לעכו"ם אפי' אם הישראל מצוה לעכו"ם ליתנו לישראל שני לא יצא לעכו"ם מחיובו לישראל ראשון אעפ"י שעל פיו נתנו לישראל שני משום דאין שליחות לעכו"ם ע"ש ונרא' לענ"ד אפי' לדעת ת"ה דאם כבר נתן העכו"ם מה שבידו לישראל המקבל דאין מוציאין מיד מקבל ומשום תפיס' נרא' דהיינו דוק' מיד המקבל אין מוציאין ומשום תפיס' דהיינו משום דידע ומחל לישראל שני אבל עכו"ם לא יצא מחובו דאי נימא דנפטר גם העכו"ם במה שנותנו לישראל שני א"כ היכא אמרינן שם בפ' א"נ גבי עכו"ם שלוה מישראל וביקש להחזירו ומצאו ישראל שני ואמר תנם לי ואני אעלה קרן וריבית דאם העמידו אצל ישראל אסור ואמרי' שם בשלמא סיפ' לחומרא ע"ש והא כיון דנפטר העכו"ם מחובו א"כ תו לא הוי אחריות החוב על העכו"ם רק על הישראל וזה ודאי אסור לכן נרא' דגם לת"ה אינו אלא שאין מוציאין מיד המקבל ומשום מחיל' אבל עכו"ם לא נפטר מחובו ויכול לתבוע את העכו"ם וכדמוכח להדיא שם בפ' א"נ דיכול לתבוע העכו"ם. וכן הוא דעת הת"ה בסי' שי"ג דאם הקנה שטר בלא כתיב' באנפין דלא קנה דאם תפס הלוקח מן הלו' אין מוציאין מידו ומן הלו' חוזר וגובה דלא הי' לו ליתן כיון דלא הי' לו הקנא' הובא ברמ"א סי' ס"ו ועמ"ש בסי' קכ"ג סק"א:

סעיף טז

והמקבל כותי כל זמן שאין הישראל הנותן חוזר בו יכול ליתן לכותי והיינו משום שליחות וכמ"ש בס"ק הקודם דהא ישראל לישראל נעשה שליח אלא דאכתי יש להסתפק בזה כיון דאמרינן בנזיר פ"ב דף י"ב דאין אדם יכול לעשות שליח בדבר שלבל"ע כגון לקדש לו אשה כשתתגרש' מבעלה כיון דאין בידו לקדשה עתה שהיא א"א לא מהני שליחות בדשלבל"ע ולכאור' ה"נ הכא כיון דחוב הוי דבר שלבל"ע וממנה לו שליחות על חובו שיתנהו לפ' לא מהני משום שליחות דהא אמרו שם בנזיר כי משוי שליח במלתא דקיימא קמי' במכת' דלא קיימ' קמי' לא משוי שליח וחוב לא קיימא קמי' דהא ה"ל דבר שאינו ברשותו ולא קיימא קמי' אלא בתר גבי' ואולי גם הרא"ש לא קאמר אלא דיכול ליתנו כל זמן שאין הישראל חוזר בו אבל אם כבר נתן לעכו"ם אם זכה בו עכו"ם מזה לא מיירי וא"כ לפ"ז גם מ"ש ש"ך בסי' ס"ו ס"ק ס"ו במוכר ולא כתב והנך הלוקח וגבה דמהני מדין שליחות כיון שהמלו' הרשהו ליתן ללוקח ע"ש אפשר לומר ג"כ כיון דחוב הו"ל דבר שאינו ברשותו לא מהני בי' שליחות ואע"ג דבידו ליתן לו כתוב ומסור מ"מ כל זמן שאינו כותב לו אינו עושה לו שליחות אלא על גוף החוב וא"כ כי היכא דגוף החוב ליתי' בידי' כהקדישו משום דהוי דשלבל"ע ה"נ אינו יכול לעשות עליו שליח ואולי כיון דהלו' עצמו הוי בידו ליתנו תיכף למקבל מהני לי' שליחותי' דהא אם הי' אומר לחבירו תן מנה לפ' ואני פורע ג"כ זוכה מקבל וא"כ ה"נ מקבל זכה וזה הלו' נפטר מחובו כיון שנותן ע"פ מלוה וא"כ באומר לאחר זיל וגבה מלוה שלי ותנהו לפ' אפי' כבר נתן לא זכה המקבל משום דחוב הוי לי' דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו וכי היכי דלא מצי להקנותו ולהקדישו ה"נ אין יכול למנות עליו שליח כן נרא' לי ודוק) (ועיין ש"ך סקפ"ז דאם ראובן הי' לו חוב ביד שמעון ואמר ללוי זכה אותו מנה שביד שמעון ליהודא ולהגיע ליד לוי דתו אין ראובן יכול לחזור בו ע"ש ולפמ"ש כיון דחוב ה"ל דבשלבל"ע לא מצי אמר זכה אותו דבר כשיבא לעולם לפ' כיון דהוא דבר שאינו ברשותו עכשיו ודו"ק היטב:

סעיף יז

ונטלו בחזק' אינו חייב לשלם לישראל המקבל כ' הטור וז"ל שאינו אלא שומר לשני כמו שהי' שומר לראשון ופטור מהאונסין עכ"ל ומשמע לפי זה דעכו"ם לא לקח בחזק' אלא ע"י פשיעתו שלא נעל כדרך השומרין מחויב לשלם כיון שהוא שומר לשני אך קשה לענ"ד לא נדע מנ"ל כלל דהוי שומר לשני להתחייב בפשיע' דהא נהי שמחויב ליתן הפקדון לשני היינו משום דהכי תיקנו חז"ל שיהי' קונ' מעמ"ש וה"ל כאלו הפקדון הוא

של השני וצריך להחזירו אבל שיתחייב בדין שומרין מנא לן דהא למ"ד בפ"ק דגיטין דלא אמר רב אלא בפקדון דאי' בעינא משמע דלית ליה אלא פקדונו כמות שהו' אבל שיתחייב בדין שמיר' ע"י מעמד שלשתן זה לא אמרינן ואפי' למ"ד דמעמ"ש מהני אפי' במלו' היינו משום דעכ"פ הוי חוב ברור וה"ל מנה לי בידך וקונ' השני מדין מעמ"ש אבל חיוב פשיע' אינו חיוב ברור דהא לדעת הרא"ש והטור סי' שמ"א אין השומר מתחייב אלא משעת הפשיע' ולא מעידן המשיכ' וא"כ לא ה"ל מנה לי בידך אלא לענין גוף הפקדון אבל לענין חיוב פשיע' לא דהא אכתי לא אשתעבד נכסיה ואפי' לדעת הרמב"ם דשומרין משתעבדי מעידן משיכ' מ"מ לא הוי חיוב ברור דמי יימר דפשע בה ולא גרע מכתוב' דל"ש ביה מעמ"ש דאפשר לא תבוא לידי גבייי' לעולם וכן בזה אפשר לא יבוא לידי פשיע' ואולי מיירי הטור שנתרצה אח"כ ונעשה שומר אבל היכ' דמעמ"ש הי' בע"כ נרא' דאע"ג דמעמ"ש קונה בע"כ לדעת הש"ע מ"מ לענין חיוב שמיר' אינו נעשה שומר בע"כ ודין מעמ"ש לא שייך בזה דלא הוי חיוב ברור כמ"ש ודו"ק:

סימן קכז

סעיף א

שכל מה שקנה ואפי' לא טען הבעל או רבו טענת ברי שהמעות שלהן ואפי' כתבו עליהן שט"ח ונתנו להן אפ"ה אין להם עליו כלום סמ"ע:

סעיף ב

הלוה מהגר וה"ה מי שיש לו פקדון מהגר דאפי' לא עשה לו טובה אם היתה רק לידתו בקדושה יחזיר להם ורוח חכמים נוחה הימנו ש"ך:

סימן קכח

סעיף א

ואפי' היה בידו משכון ינטלו זה שפרע אין להקשות דהא בשטר אם מלוה נותן וכתיבה ומסירה היה גובי' בו וכמ"ש הסמ"ע והש"ך משכון הא לא צריך כתיבה אלא כיון שמסר לו המשכון קנה הלוקח אפי' בלא כתיבה וכמבואר בסי' ס"ו סעיף ח' ואפי' מחל המלוה אח"כ לא מהני דהקנאת המשכון עדיף מהקנאת השטר וא"כ ה"נ כיון שזה פרע אדעתא שיפרע מן הלוה ונוטל ממנו המשכון הרי הוא במקום המלוה כיון שזכה במשכון משום דהתם בסי' ס"ו ירד הלוקח אדעתא דקנין וזכה במשכון ומעולם לא נפטר הלוה אבל הכא הוא פוטר ומסלק את המלוה מחוב וירד רק אדעתא שיפרע מן הלוה וא"כ כיון שמסלק

את המלוה הרי נמחל שעבוד המשכון וממילא הדרא משכנתא ללוה אבל אם אומר המלוה קודם פרעון זכה במשכון ודאי זכה הפורע במשכון ולא גרע מכתיבה ומסירה בשטר וזה פשוט:

סעיף ב

ואפי' היה המלוה דוחקו עיין ש"ך שהאריך בזה והעלה דבבע"ח דוחק לא שייך טעמא דמפייס הוינא לי' וע"ש שפי' דברי הירושלמי שמביא מהך דמודר מקריב שלו בשביל חבירו שחייב בקינין וכו' וקאמר בשלא נכנס לידו כלום והא כשלא נכנס לידו כלום ע"כ ומפרש הש"ך דהירושלמי סובר הך דמודר מקריב משלו בשביל חבירו שחייב בקינין כו' וזה הוי בע"ח דוחק דהא ממשכנין עליו ומש"ה קאמר מי סברת בשלא נכנס לידו כלל ר"ל שלא נכנס לידו של כהן אלא איכא לפרושי שכבר הקריב קרבנותיו ונאבדו מיד כהן ותו לא מחייב בע"ה וזהו כתי' הגמרא תורמין על האבוד עיין שם וראיתי בתומים שהתפלא מאוד וז"ל ואני אומר במחילה אלף מכבוד תורתו הרמה לא דיבר נכונה וכו' ומלבד הרבה דוחקים בפי' אף גם דינו לא יתכן ומעולם לא שמענו דאם הפריש קיני זבין ליד כהן ונאבדו או נפסלו דלא יהא צריך להביא אחרים תחתיהן ואפי' נקרבו ונפגלו או נפסלו בחטאת שלא לשמה חייבין בעלים להפריש אחרים תחתיהם ואם לא הביא לא יצא ידי חובתו כלל והש"ך השוו' חיוב דחטאת וחיוב דשקלים להדדי עכ"ל ואשתמישתי' משנה ערוכה בשקלים פ"ד אמר ר' שמעון שבעה דברים התקינו ב"ד וכו' ועל הקינין הפסולות שיהיו באות משל צבור ר"י אומר המספק את הקינין מספק את הפסולות וע"ש ברמב"ם וברטנורה דתנאי ב"ד היה שאם ברחו הקינין או נמצאו פסולים שיקנו אחרים מדמי הלשכה ומקנין אותן לבעלים ויוצאין בהם ידי חובתם וע"ש וא"כ בין לרבנן בין לר"י אם כבר נתן לכהן ונאבדו או נפסלו שוב אין ממשכנין אותו דלרבנן קונין מדמי לשכה ולר"י מן המספק וזהו כתי' הש"ס דתורמין על האבוד ואף ע"ג דהש"ך לא הביא משנה זו דבר אמת בפיו בעיקר הדין דגם בזה שייך מתני' דתורמין על האבוד וז"ב:

סעיף ג

אם פרע לגוי עיין ש"ך שהאריך לחלק בזה דכיון דאפי' בע"ח דוחק פטור וא"כ תו אין לחלק בין ישראל לא"י ע"ש ובתומים כתב בזה דכיון דהפקעת הלואתו מותר ה"ל עלילה ע"ש ולא נהירא דודאי דין ממש הוא שחייב לפרוע כמו לישראל וכמ"ש הרמב"ם וש"ע בסימן שנ"ט אסור לגזול או לעשוק אפי' כל שהוא בין מישראל בין מעכו"ם וע"ש שכ' בש"ע איזהו עושק בין הלוא' בין שכירות ועיין בערכין ר"פ שום היתומים. דמוקי בחוב א"י וקיבל עליו לדון בדיני ישראל והרי מוכח דהדין שצריך לשלם כמו לישראל והא

דהפקעת הלואתו מותר כתב רש"י פ' הגוזל היכא דטען לי' ליורש נתתי לאביך ומת דלא ידע ע"ש דף קי"ג אבל היכא דמכיר ויודע בחובו אסור לעשוק אפי' כל שהוא:

סימן קכט

סעיף א

אני ערב לך כתב הש"ך ז"ל ואם כ' בכת"י כל מי שיתנדב ללות לפ' כך ממון אני נכנס עבורו ערב קבלן עיין באורך בתשו' מוהרשד"ם סי' ל"ח שצידד שאין זה ערבות כיון שלא אמר בשם צווי תן לו ודמי למי שאמר כל הזן אינו מפסיד ועיין ש"ך בי"ד סי' רל"ה שהסכים כדעת הפריש' דאפי' האומר כל הזן אינו מפסיד חייב לשלם רק לאו שליחותי' קא עביד ובתומים כ' ז"ל והש"ך סתר בזה דברי עצמו דבי"ד סי' רל"ה דעתו כדעת הפריש' דאף האומר כל הזן אינו מפסיד חייב לשלם רק לאו שליחותו קא עביד והעלה בזה האמת כדעת הט"ז שם וכדעת מוהרשד"ם דפטור כו' אך עם כל זה אין זה ענין להאומר כל המלו' הריני משלם או ערב כמ"ש מוהרשד"ם בעצמו דמתשובת הרא"ש כלל ס"ח סי' ט' מוכח להדיא דזה מתחייב דראיות הרא"ש איש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול ואני מוסיף ממשנה המבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה כו' ותמהני מהש"ך שהעתיקו שהרשד"ם גופי' לא אמרו רק בלשון משא ומתן ע"ש ואחר העיון נרא' דברי הש"ך נכונים והוא דודאי ס"ל לש"ך בי"ד באומר כל הזן אינו מפסיד דחייב לשלם ומשום דסובר כדברי הפריש' שם דה"ל כאומר מי שיפרנס להמודר אני אשלם ומש"ה חייב לשלם אבל שליחותי' לא מיקרי ואינו אלא כפורע חובו של המודר דמותר כיון דאינו שלוחו והכא לענין ערב בעינן דוקא שליחות ומי שאמר הריני ערב בעד חובו של פ' והחוב לא הי' עפ"י שליחות דידי' אינו מתחייב כלל ומשום דערבות הוי אסמכתא ואינו מתחייב בדיבור גרידא אפי' לדעת הרמב"ם דאדם יכול לחייב עצמו בדיבור והוא בש"ע סי' מ' ערב אינו משתעבד אלא בשעת מתן מעות ומשום דהמלו' נותן עפ"י שליחות דידי' גמר ומשעבד נפשי' בההיא הנאה ועיין לשון רש"י ס"פ גט פשוט גמר ומשעבד בלב שלם ושליחותי' דערב קא עביד מלו' כאלו הוא עצמו הלו' עכ"ל וכיון דאומר כל מי שיתנדב אינו שליחות דאל"כ הי' אסור במודר הנא' וזה שכ' הש"ך דדמי לאומר כל הזן אינו מפסיד דמותר במודר הנא' ומשום דאינו שלוחו ואע"ג דהתם חייב לשלם ערב אינו מתחייב בדיבור משום דה"ל אסמכתא ובעינן דוקא שליחות ואפי' אומר הריני ערב קבלן לא דמי לאומר הריני משלם דנתחייב בדיבור גרידא וכדעת הרמב"ם וש"ע בסי' מ' דאדם יכול לחייב עצמו אבל ערב קבלן נמי דרך תנאי הוא דהא אם יש נכסים ידועים

ללוה נפרע מהלו' תחלה ועוד דזה הלשון אני נכנס עבורו ערב קבלן אינו קבלן ממש וערב קבלן היינו דוקא תן לו ואני אתן אבל כותב הריני ערב קבלן אינו אלא ערב סתם וכמ"ש בטור ועיין ש"ך ס"ק ל"ז וכיון דבערב ודאי בעינן צווי הערב וזה דלא הוי צווי מדשרי במודר הנא' אע"ג דשם נתחייב לשלם דנתחייב בדיבור אבל ערב דהוי דרך תנאי ואסמכתא ועיין ש"ך ריש סי' מ' בעינן צווי ושליחות וכמ"ש רש"י וכל המלו' אינו מפסיד אין לשון שליחות וציווי וז"ב. ולפ"ז לא קשה מאיש אשר יכנו יעשרנו המלך דהא הש"ך לשטתו דהוא חייב לשלם באומר כל הזן ומשום דנתחייב בדיבור וכן במבשרני אבל שליחות לא הוי ובערב בעינן שליחות כיון דהוי דרך תנאי אם לא יהי' ללוה לשלם לא מהני חיובו בדיבור גרידא אלא דאיכא שליחות וצווי) (ומוהרשד"ם דהביא ראי' דחייב לשלם מאיש אשר יכנו יעשרנו המלך היינו דס"ל כשיטת הט"ז בזה ודעתו נמי שם בי"ד דהא בהא תליא דהיכא דהוא חייב לשלם ע"כ שליחות דידי' הוא ומזה העלה בט"ז שם דכל הזן אינו מפסיד אינו חייב לשלם דאם הי' חייב לשלם הוי לי' שליחות וזה הוא נמי שיטת מוהרשד"ם וא"כ שפיר מוכח לה מאיש אשר יכנו דהוי שליחות וממילא הוי ערב אבל הש"ך לשיטתו דס"ל דחייב לשלם ואפ"ה אינו שליחות וא"כ מאיש אשר כו' לאו ראי' דהא חייב לשלם ואפ"ה שליחות לא הוי וא"כ בערב לא מהני כמו לענין מודר הנא' דלא הוי לשון שליחות ובערב ודאי בעינן שליחות וצווי וכמ"ש: גם בזה נראה כדברי הש"ך דכל הזן אינו מפסיד חייב לשלם ושליחות לא הוי והא דמבואר מדברי הרמב"ם בפ"ד דנדרים דאינו חייב לשלם היינו משום דהרשב"א והרמב"ן חולקים על הרמב"ם וס"ל דאין אדם מחייב עצמו בדברים בלי קנין וכ"נ דעת הר"ן כיון דאינו שליחות וצווי שלו אינו מתחייב בדברים בעלמא אבל הש"ך לשיטתו דהעל' בסי' מ' כדברי הרמב"ם דהיכא דמחייב עצמו בלי שום תנאי יכול לחייב עצמו בדברים היכא דליכא טענת השטא' והשבעה ובזו נרא' דליכא משטה והשבע' ומש"ה אפי' בלא אתם עדי מתחייב אמנם לפמ"ש בסי' מ' אפי' לדעת הרמב"ם אינו מתחייב כלל בדברים אלא דרך הודא' דאודיתא קנין וגם בעינן דוקא אתם עדי א"כ כל הזן אינו מפסיד אם אינו שליחות וציווי שלו לא נתחייב בדיבור בעלמא ודו"ק:

סעיף ב

כל היכא דבעי קנין. כתב במשרי' הנותן מעות למחצית שכר ונעשה לו ערב בעד השבח אע"ג דלאו מידי חסרי' מ"מ כיון דלאו מצוה קעביד משתעבד בלא קנין כדין ערב בשעת מתן מעות והובא בסמ"ע ובש"ך פירש שהנותן העמיד הערב כו' דאם המקבל העיסקא העמיד הערב ה"ל לגבי השבח השייך להנותן ערב שלא בשעת מתן מעות דאינו

משתעבד אלא בקנין ע"ש ולעד"נ דבעיסקא כיון דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון וחלק הריוח שעולה ממחצית הפקדון הוי ממש של הנותן כיון שעוסק עליו והעמיד ערב שכל מה שיהי' בידו חלק הנותן יחזיר לו ה"ל כאלו העמיד ערב שאם ילוה לו לאחר זמן יחזיר לו ואע"ג דהשתא אינו מלוהו וה"נ האי שבחא דנותן מלוהו אח"כ עפ"י ציווי הערב כיון דחלק הנותן הניח בידו והא דכתב הב"י בי"ד בסי' ק"ט בשם המרדכי דערב על ריבית בעי קנין דהוי כמו ערב שלא בשעת מתן מעות שם מיירי בריבית של נכרי דעלמא ואינו של הנותן מש"ה בעי קנין ולכן נרא' דאם ידוע שהי' ריוח מעיסקא מחויב הערב לשלם לנותן את חלק הריוח שהגיע ליד המקבל אפי' בלא קנין) (ועמ"ש בסי' פ"א ס"ק כ"ט מזה והוא ברור:

סעיף ג

אם אמר הלו' לא לויתי עמ"ש בס"ס ע"ט:

סעיף ד

שעדיין הוא חייב ואם אינו רוצ' לישבע נרא' דהערב פטור כמו אם אין הלו' רוצ' לישבע שאין לו דהערב אינו חייב עד שישבע הלו' אין לי ושעדיין חייב לו מיהו במלו' בשטר כ' הסמ"ע דנשבע המלו' שעדיין חייב לו מלקוחות והיינו אם אין הלו' נשבע שעדיין חייב לו אבל אם הלו' נשבע שעדיין חייב לו לא גרע מלו' בשטר ממלו' ע"פ ובתומים השיג בזה על הסמ"ע ודעתו דא"צ המלו' לישבע וראייתו מבעה"ת שנסתפק אם שייך הא דרב ושמואל דאין אדם מוריש בבא ליפרע מלקוחות ואולי גבי ערב בהדיא אית' בש"ס דלית ביה משום דרב ושמואל וגם מ"ש הנ"י בשם הגאונים דצריך לישבע בבא ליפרע מן הערב היינו באין הלוה בפנינו וגם באין הלוה בפנינו אינו מדינא אלא בתקנת הגאונים ע"ש ודבריו אינם מוכרחים דנהי דנסתפק בבעה"ת אם בא ליפרע מלקוחות הוא חומרא כמו בא ליפרע מנכסי יתומים וערב אין לו חומר' זו אדם מוריש שבוע' לבניו אבל עכ"פ שבוע' מיהא בעי וא"כ נרא' באין הלוה לפנינו ודאי מדינא בעי שבועה דלא גרע מבא ליפרע שלא בפניו וגם אם הלוה בפנינו אם אין הלוה נשבע שעדיין חייב לו צריך המלו' לישבע שבועה זו והדין עם הסמ"ע אך נרא' במלוה ע"פ ולוה בפנינו והודה שעדיין חייב לו אי ברח וכגון שבא ע"ש לא הי' פנאי להשביע כההיא דסעיף י' וכיוצא אין השבוע' מעכב ולא גרע משבועת אין לי דאם הביאם בע"ש ובמוצאי שבת ברח דלא נפטר הערב א"כ ה"נ ה"ל לענין הודאת לוה דעיקר הוא ההודא' והשבוע' אינו מעכב וגבי מלוה בשטר המלו' נשבע וא"כ אפשר דה"ה במע"פ היכ' דהודה הלוה וברח נשבע המלוה ואינו נוטל בלא שבועה דלא עדיף מע"פ ממלוה בשטר דצריך לישבע כן נרא' לי:

סעיף ה
עד לאחר ל' יום ע' ש"ך שכת' טעמא דמלת' כיון דערב אינו חייב אלא אחר שבועת הלו' וא"כ ה"ל כאלו הלוה עתה וסתם הלוא' ל' יום:

סעיף ו
ונ"ל דהמלו' נשבע ונוטל כת' בתומים ז"ל מזו ראי' דגם הרא"ש ס"ל דלולי דלוה טוען ברי פרוע לא הי' צריך לישבע ואינו דומה להבא ליפרע מנכסים משועבדים דאל"כ מאי ארי' כאן הא בכל מקום כשבא ליטול צריך לישבע וזה דלא כסמ"ע ע"ש וכבר כתבנו בסק"ה הדין כדברי הסמ"ע אלא דהא קמ"ל דהמלו' נשבע ונוטל וה"ה אם הלו' אינו לפנינו נמי צריך לישבע:

סעיף ז
אלא א"כ מחל הקבלן ללו' ע' ש"ך שכת' לפי מאי דקי"ל גבי שעבודא דר"נ אינו יכול למחול א"כ ה"ה הכא א"י למחול ובתומים ראיתי שכ' בזה דאימתי משתעבד הך לוה לקבלן לפרוע עד שיבא המלו' עליו מדר"נ קודם שפרע הקבלן למלו' אף לוה לא משתעבד לפרוע דכל זמן דלא פרע הוא אף הלו' לא מחייב לפרוע כמ"ש כל הפוסקים ולאחר שפרע הקבלן הא כבר פקע שעבוד המלו' ומאי בעי לוה מדר"נ אלא דאנן טענינן למלו' החוב שאתה חייב לי מכח קבלנותך הריני כאלו התקבלתי כי הוא (קריאה) עלי במלו' מיוחדת כאלו הלויתי לך מנה והחוב קבלנותך קבלתי וא"כ אז בשעת זקיפ' נמחל שעבוד דראשון וחל שעבוד חדש מזקיפת המלוה וא"כ אם קודם לזה מחל הקבלן הרי מחילתו קודם לשעבודו ואתי שפיר דממ"נ אין כח ביד המלו' לתבוע אם מחל וע"ש באורים שנתקלס מאוד בזה וכ' שהוא דבר נאה ויפה ומתקבל ועם כל הקילוס הזה אינו מתקבל לפענ"ד כי נתחלף לו בין קבלן לקבלן דשאר קבלן דנתחייב גם הלו' אז אין הלו' נתחייב לשלם לקבלן עד שיפרע תחל' למלו' דאם לא פרע עדיין החוב עליו למלו' אבל הכא דמיירי דלקח הקבלן המעות מיד המלו' ונתנם ליד הלו' דאין למלו' על הלו' כלום אלא דיכול לתבוע מדר"נ וא"כ כיון דאין לו על הלו' כלום וא"כ הקבלן נתחייב למלו' והלו' לקבלן וא"כ מאי ללוה אם יפרע הקבלן למלוה ובין לא יפרע צריך הלו' לשלם לקבלן דהוא לוה של הקבלן שלקח המעות בידו ונתן לו וא"כ ודאי הוא דינא דר"נ וזה פשוט וברור:

סעיף ח
אם קיבל קנין ע' בהרא"ש דמדמה דין זה לאומר טול דינר דאין לו אלא שכרו ונרא' אפי' לדעת הרשב"א הובא בב"ש סי' קס"ט ס"ק נ"ג גבי חלוץ לה ע"מ שתתן מאתים זוז דאפי'

חייב א"ע בשטר או בקנין לא מהני משום דהתם דומה לאונס כיון דמחויב הוא לחלוץ לה בחנם וכ"נ מנ"י פרק מצות חליצה ז"ל דכיון שאינו הגון ומצוה רמיא עליו מה"ת בחליצ' כעין אנוסה הוא ואיהו נמי לא מפסיד מידי דהא לא חזי' ליה וכל מה דאית בהדה יותר מן הראוי לו מתנא' ופטור ע"ש ומ"ה ס"ל לרשב"א דאפי' שטר וקנין לא מהני משום דדומה לאנוס אא"כ הושלש מעות משא"כ הכא דלא שייך אונס א"כ אין לאחר קנין כלום ותומים כת' דהוא מחלוקת הרא"ש והרשב"א כיון דרשב"א ס"ל גבי חליצה אפי' קנין לא מהני ולפענ"ד נרא' דכאן גם הרשב"א מודה וע' ר"פ השוכר את האומנין ומשמע שם דאפי' כל הפועלים מיתגרי בשלשה ולהם אמר בעה"ב ארבע' דצריך לשלם להם ארבעה ומשמע דאפי' בדיבור בעלמ' ולא אמרי' דאין לו אלא שכרו וצריך לחלק דפועלים שאני דאין קצבתם ידוע דיש דעביד עבידתא שפירתא טפי וגם משתנה לפי העת והזמן לכן צריך לשלם כל מה שהבטיח וגם פועל אית לי' טרח' טפי ולא אמרי' אין לו אלא שכרו אלא בסרסור ושדכן ורופא ובקנין אפי' בסרסור ושדכן ורופא מהני שיתחייב בכל מה שקצב ודו"ק:

סעיף ט

אין צריך ליתן שכר. ע' באורים וז"ל ע' תומים דהעליתי הפי' שכר יותר מכפי הנרא' לב"ד בזה צריך קנין אבל כפי הראוי' לו ודאי צריך לו אפי' בלא קנין ודברי הרמ"א סתומים בזה דמקומו מתשובות הרא"ש והוא דומה לאומר טול דינר והעבירני עכ"ל ע"ש ולא הי' לפניו תשובות הרא"ש כשכת' כן וז"ל תשובות הרא"ש בכלל ס"ד סי' ג' על ראובן שתבע את שמעון שיתן לו חלקו רביע בחכירות שחכר שמעון כי כן התנה עמו לתת לו רביע החכירות בשביל שיכנס ראובן ערב בשבילו שהדין עם ראובן והיינו דוק' אם הי' שם קנין סודר שמעון לראובן לתת לו רביע בחכירות אבל בלא קנין אינו חייב לו כלום כי ערבות אינו דבר שלוקחין עליו שכר שיקנ' באמיר' ולא עדיף האי מהא דתנן בס"פ הגוזל בתרא שטף הנהר חמורו וחמור חבירו כו' ופריך עלה בגמ' ואמאי נימ' ליה משטה אני בך עכ"ל ע"ש הרי מפורש דבלא קנין אינו חייב כלום וטעמא דרא"ש משום דערבות אינו דבר שלוקחים עליו שכר ומדמה לה לטול דינר והעבירני דאין לו אלא שכרו משום דאמר משטה אני בך וא"כ הכא דאין נותנין שכר כלל על ערבות הוי כולו כיתר משכרו ואינו חייב לו כלום וא"כ דברי הרמ"א סתמן כפירושן דאין צריך ליתן לו שכר היינו שכר כלל וזה ברור:

סימן קל

סעיף א
צריך הלו' ליתן לו. ע' סמ"ע שכת' דאפי' טען הלו' שפרע אח"כ והש"ך כת' דאם פרע הלוה אח"כ למלו' אינו צריך לפרוע לערב דהי' להודיע את הלו' שפרע עבורו. ובתומים ראיתי שהכריע כדברי הסמ"ע. ולענ"ד נרא' דאם נכנס ערב מאליו דאז לא שוי' שליח לפרוע אלא הא דצריך לחזור ולפרוע היינו משום דהוא נהנה דפרע חובו ואע"ג דפורע חוב של חבירו פטור הכא בערב חייב וכמ"ש בסי' קכ"ח סק"ב ע"ש א"כ אם לא הודיע ללו' שפרע עבורו והנך הלו' ופרע לו למנו' דעכשיו לאו נהנה הוא אינו צריך לפרוע לו אבל באומר ערביני משלם או באומר ערביני דעוש' לו נמי שליח לפרוע דנעשה כאומר ערביני משלם וא"כ כיון דעביד שליחותו צריך הוא לפרוע לו וכדברי הסמ"ע:

סעיף ב
שנכנס בערבות מאיליו עמ"ש בזה בסי' קכ"ח סק"ב:

סעיף ג
וה"ה אם כת' הלו' לערב כ' בתומים ז"ל ומשמע שם בתוס' דף קע"ד ד"ה ואם כת' לו וכו' כשכותב הלו' לערב כן בתוך השטר הוי ערב כקבלן ויכול המלו' לתובעו תחל' עכ"ל. והוא תמוה וכי בשביל שכת' הלו' כן לערב יוכל המלו' לתובעו תחלה הא הערב אומר למלו' מה איכפת לך בכתיב' שכתב לי הלו' הא (לך) לא משתעבדנא רק בתורת ערב ולא בתורת קבלן ודברי תוס' שם בהא דקשי' להו לפי פירושם דהלו' כת' לערב וקשה לר"י מתוספתא דקתני ואם כת' בו בע"ח ולשון בו משמע המלו' ויש לפרש קצת לפי' ר"י כי הלו' מ"ע כת' לו כך אבל הבע"ח ציו' לכתוב לו כדי שיהי' הערב קבלן גמור עכ"ל והיינו דהמלו' רצה שיהי' ערב קבלן גמור ושישתעבד לו בפי' בתורת קבלן אלא שהערב לא יכנוס עצמו לקבלן אם לא שיכתוב הלו' לו כך לכן ציוה לו המלו' שיכתוב לו כך אבל אם אין הערב משתעבד בתורת קבלן רק בתורת ערב אז ודאי אין לו רק דין ערב אע"ג דהלו' כת' לו התקבלתי וזה פשוט:

סעיף ד
שהרי פשע במה שהניח השטר. ע' ש"ך שכתב דאע"ג דהבעה"ת כ' והבי' הב"י לעיל דאף שהזכיר לו השטר כל שלא א"ל בפי' שיקח השטר פטור שאני ערב דרצונו לתבוע להלו' לא הי' לו ליתן בלא שטר ע"ש מיהו אם הי' מלוה ע"פ ופרע הערב בלא סהדי ותובע את הלו' שיפרע לו מה שפרע בעדו לא הוי פושע מה שפרע בלא סהדי כי דוק' בשטר שייך

למימר הי' לך ליקח את השטר אבל לא במלו' ע"פ. וכ"כ הר"ן בפ' כל הנשבעין גבי מתני' דחנוני על פנקסו וז"ל ושמעי' ממתני' דהאומר לחבירו תן מנה לפ' שאני חייב לו דלא מחייב למיתבי' ניהלי' באפי סהדי דהא הכא דחנוני נתן לפועלים שלא בפני עדים דהא אמרי' דשניהם נשבעין ונוטלין מבעה"ב ואפי' חנוני נשבע ונוטל ולא דיינין לי' בפושע מפני שנתן בלא עדים וכן דעת הרב אלפסי בפ' הכותב ומוכח לה מהא עכ"ל הרי מבואר דהיכ' דליכ' שטרא אפי' תובע אותו לפרוע לו מה שנתן בעדים נמי לא הוי פשיע' מה שנתן בלא עדים וכדמוכח מהאי דחנוני על פנקסו דהתם חנוני חוזר ותובע מבעה"ב וכ"כ בשיטת מקובצת פ"ק דמציעא ז"ל שמעינן מיניה שהאומר לחבירו פרע לי מנה זה לפ' בע"ח דלא מחייב למיתן לי' בסהדי ולא מצי לומר פושע את ואע"ג דאמרי' בכתובות דבין א"ל שקול שטרא כו' דה"ל למיפרע בסהדי התם הוא משום דאי' שטרא אבל מלוה ע"פ לא ולפי"ז אם הערב אומר שכבר פרע למלו' והמלו' טוען שלא נפרע עדיין ותובע את הלו' א"כ שניהם נשבעין ונוטלין כיון דאומר לערב ערביני לשלם או ערביני סתם דה"ל כאומר שלם דה"ל דין חנוני על פנקסו דשניהן נשבעין ונוטלין ולא הוי פשיע' במה שנתן לו בלא סהדי אע"ג דהוא תובע את בעה"ב אלא ע"כ במלו' ע"פ דלאו אורחא למיפרע בסהדי לאו פשיע' הוא מיהו לפי שיטת בעה"מ ותשובת הר"ר יוסף בן פל"ט דין חנוני על פנקסו לאו מתקנתא הוא אלא מדינא ואע"ג דה"ל איני יודע אם נתחייבתי נגד החנוני היינו משום דחזק' שליח עושה שליחותו והובא בש"ך סי' צ"א וצ"ט ע"ש א"כ לא שייך הכא הך חזק' דשליח עושה שליחותו דבשלמא גבי חנוני דנעשה לו שליח ליתן אמרי' ודאי עשה שליחתו ונתן אבל ערב אע"ג דא"ל ערבני דנעשה כאומר לו שלם מ"מ אינו שליח ממש ואינו אלא כנותן לו רשות לפרוע וכן אפי' אומר ערביני ושלם נמי לאו לשליחות איכוון שיפרע דוקא עבורו אלא נותן לו רשות לפרוע חובו שלא מדעתו אבל חזק' דשליח לא שייך בי' ודו"ק אבל לפמ"ש הפוסקים דדינא דחנוני לאו מדין הוא אלא מצד התקנה א"כ ה"נ שייך הך תקנתא כיון שנתן הערב ברשותו ושניהן נשבעין ונוטלין ועמ"ש בסי' צ"א סק"ה מיהו אפי' לדעת הפוסקים דדינא דחנוני הוא מצד הדין אבל עכ"פ מודי' דאפי' היכא דלא שייך הדין וליכא חזקה דשכיח עושה שליחותו אפ"ה נשבע ונוטל מצד התקנ' דמוצי' הוצא' וכמ"ש בש"ע סי' צ"א כל היכא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע אלא היכא דהוא חשוד ואינו יכול לישבע אינו נוטל אפי' לשיטת הפוסקים דחנוני חשוד נוטל הכא אינו נוטל כיון דלא שייך ביה חזק' שליח עושה שליחותו וכמ"ש:

סימן קלא

סעיף א
אפי' קנו הטעם משום דערבות הוי אסמכתא ולא קני כי אם מטעם הימנות' שנותן לה גמר ומקני וה"ז חוזר בו ואינו רוצה בהימנותא דידי' משא"כ בערב לאחר מתן מעות מיד קנו מיני' נגמר הענין בצירוף הימנות' שקיבלו לערב סמ"ע ע"ש:

סעיף ב
לפטרו מן הערבות. ע' ש"ך דהיינו דוקא להיש חולקי' ארמב"ן בדין שכת' המחבר אבל לדעת המחבר דאינו יכול לכופו המלו' גם ללוה אינו יכול לכופו ע"ש:

סעיף ג
צריך להאמין דוקא בזה ששכח העכו"ם והי' ספק אם יתבע המעות כלל ממנו משא"כ בערב דעלמ' מש"ה כ' בש"ע בסמוך דהערב יכול לכוף ללוה סמ"ע:

סעיף ד
ואנסו ליתן לו והא דמדברי הש"ע בסי' צ"ג סעיף ט"ו בכיוצ' בזה דמשמע דאינו חייב לשלם עד שיברר שהחייב לא פרע דהתם הי' העכו"ם המוכר עיקר עסקו עם לוי אלא שלרווחא דמלת' לקח ג"כ התקשרות מראובן שאם לא יפרענו לוי יפרענו הוא וכיון דנתרצ' העכו"ם תחלת תביעתו מלוי לא ס"ד לראובן גופי' שהכותי יבא עליו והיא ג"כ מלתא דלא שכיח מש"ה קאמר שם דשמעון א"ל לתת לו כתב אחריות על זה אבל הכא דהכניס נפשו להיות ערב לעכו"ם ובדיניהן הולכין תחל' לערב מש"ה חייב ראובן לשלם בכל ענין סמ"ע:

סעיף ה
מכר לשמעון שדה הטעם משום דבשאר ערבות אמרי' דאגב הימנות' גמר ומקני אבל כאן ל"ש ה"ט דלא על הימנות' דבערב קנה דעביד אינש דזבין ארעא ליומיה אבל כשקנו מידו דערב שהוא חייב לשלם דמי מכר זה בכל עת שירצ' הלוקח לבטל המקח אפי' באין מערער על השדה צריך להחזיר מעותיו דאז אנו רואים דעיקר ערבותו שיהיו מעותיו בטוחים וחייב בערבות דעלמ' סמ"ע:

סעיף ו
וכל הבאים. הש"ע ס"ל דהרמב"ם דפטר הערב הוא לשטתו דאינו יכול להתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וכמבואר סי' ס' והחולקים על הרמב"ם דיכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב גם כאן חולקין ועמ"ש בסמ"ע ועמ"ש בסי' ס' סק"ב:

סימן קלב

סעיף א

דינה כלוותה ונשאת. בס"פ יש נוחלין שלח לי' אבוה בר גניבא לרבא ילמדנו רבינו לוותה ואכלה ועמדה ונשאת מהו בעל לוקח הוי או יורש הוי וכו' א"ל ר"פ לרבא לאו היינו דשלח רבין באגרתי' מי שמת והניח אלמנה ובת אלמנתו גובה מנכסיו נשאת הבת אלמנתו ניזונית מנכסיו מתה הבת אמר ר"י בן אחותו של ר"י ב"ח ע"י הי' מעשה ואמרו אלמנתו ניזונית מנכסיו אי אמרת בשלמא יורש הוי משום הכי אלמנתו ניזונית מנכסיו אלא אי אמרת לוקח הוי אמאי אלמנתו ניזונית מנכסיו אמר אביי אי לאו דשלח רבין באגרתיה אנן לא ידעינן והא תנן אלו שאין חוזרין ביובל הבכורה והיורש את אשתו. וכ' רשב"ם וזה לשונו והיורש את אשתו מפרש התם קסבר ירושת הבעל דאוריית' ואי לוקח הוי משעה שנשאה אפי' לאחר מיתה לא נפקא מכלל מקח וממכר ותהדר ביובל ע"כ אמר לו רבה והשתא דשלח מי ידעינן והאמר ר' יוחנן בר תנינ' באושא התקינו אשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות אלא אמר רב אשי בעל שוי' רבנן כיורש ושוי' רבנן כלוקח והיכא דטבא לי' עבדי' לי' גבי יובל שוי' רבנן כיורש משום פסידא דידי' גבי דריב"ח שוי' רבנן כלוקח משום פסידא דידי' גבי דרבין שוי' רבנן כיורש משום פסידא דאלמנה והא גבי דריב"ח דאי' פסידא דלקוחות ושוי' רבנן כלוקח התם אינהו דאפסידי אנפשייהו כיון דאי' בעל לא אבעי' להו למיזבן מאיתתא דיתבה תותי גברא וכתבו שם תוס' וז"ל בד"ה והיורש אשתו פי' בקו' ואי בעל לוקח הוי מחיים גם לאחר מיתה לא פקע והוי לוקח ואינו נרא' דהא מחיים אין לו אלא פירות וע"ש שכתבו דפשוט מדרבנן דעכ"פ לאחר מיתה הוי יורש ע"ש והנה בש"ך סי' ק"ג ס"ק ט"ז על דברי רמ"א שכת' שם וי"א דוקא כשמתה האשה הוי לוקח וע"ש בש"ך שכת' בשם הב"ח דגם להרא"ש והטור לאו דוקא כשמתה וכנ"ל עיקר דהא הרא"ש והטור ס"ל באה"ע סי' צ' דאפי' גוף הקרקע מוציא הבעל מיד הלקוחות אפי' בנכסי מלוג אפי' בחייה כו' ואע"ג דבחייה לית לה אלא פירי וקי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף כו' אלמא דכשמתה ה"ל לוקח למפרע משעת נשואין וה"ל כקונה הגוף מחיים ובזה נלפע"ד לישב מה שהקש' תוס' ס"פ י"נ דף קל"ט ריש ע"ב על רשב"ם ע"ש ודוק עכ"ל ונרא' כוונת הש"ך לישב קושיות תוס' שהקשו על רשב"ם במ"ש דאי לוקח הוי מחיים אין לו אלא פירי לזה כת' הש"ך דאי הוי לוקח כדריב"ח ע"כ הוי לוקח מחיים בגוף וא"כ לאחר מיתה נמי לא פקע. אבל נרא' דאפי' אי נימא דהוי לוקח מחיים בגוף הקרקע לא הוי אלא לפירי דהא קי"ל דהקונה ביובל אין לו אלא פירי ואיפלגי במתני' בס"פ השולח

בקונה בזמן שיובל נוהג אם מביא ביכורים או לא וסבר ר' יוחנן קנין פירות כקנין הגוף וריש לקיש סובר קנין פירות לאו כקנין הגוף וא"כ אכתי לא מתישב קושיות תוס' דהא כיון דביובל לא הוי אלא לוקח לפירי וא"כ לאחר מיתה דיורש את אשתו ירית הגוף ואין לומר כיון דהוי לוקח מחיים גם לאחר מיתה לא פקע דהא מחיים אפי' קנה הגוף מ"מ בזמן שהיובל נוהג לא הוי קנין אלא לפירות ולאחר מיתה יורש את הגוף וא"כ התוס' שפיר מקשין אמנם נרא' לישב דברי רשב"ם דבס"פ השולח גבי פלוגת' דר' יוחנן וריש לקיש בקנין פירות אמרי' שם לימא כתנאי מנין ללוקח שדה מאביו והקדישה ואח"כ מת אביו שתהא לפ' כשדה אחוזה כו' דברי ר"י ור"ש ר"מ אומר מנין ללוקח שדה מאביו ומת אביו ואח"כ הקדישה כו' ואלו לר"י ור"ש מת אביו ואח"כ הקדישה לא צריכא קרא מאי לאו בהא קמפלגי דר"מ סבר קנין פירות כקנין הגוף דמי ובהא במיתת אביו הוא דלא ירית ולא מידי והלכך מת אביו ואח"כ הקדישה צריכי קרא ר"י ור"ש סברי קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ובהא במיתת אביו השתא הוא דקא ירית והלכך מת אביו ואח"כ הקדישה ל"צ קרא וכו' וע"ש דאמרו ס"פ השולח מתנית' מסייע לריש לקיש דתנן בכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל ופירש"י דאי כקנין הגוף דמי הוי ליה ראוי ואין הבכור נוטל בראוי וע"ש ולפ"ז אתי שפיר דברי רשב"ם שכ' דאי לוקח הוי מחיים גם לאחר מיתה לא פרע (פקע) דהא שם במשנ' תנן אלו שאין חוזרין ביובל הבכורה והיורש את אשתו והמייבם אשת אחיו והמתנה דברי רבי מאיר וא"כ כיון דרבי מאיר ואיהו ס"ל קנין פירות כקנין הגוף ואי הוי לוקח מחיים אפי' בפירות לחודי' הוי לי' ראוי לאשה ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק דהא מאן דס"ל קנין פירות כקנין הגוף ה"ל ראוי ואע"ג דקי"ל גבי בכור במלוה שעמו פליגי היינו משום דלמא גמר ומקנה לאביו שיהא מוחזק לאביו וכמו שפי' רשב"ם שם בפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ד) אבל הכא ל"ש האי סברא דאל"כ מת אביו ואח"כ הקדישה למה לי קרא הא אע"ג דקנין פירות כקנין הגוף הוא גמר ומקני לאביו כדי שירשנה אע"כ כיון דקנין פירות כקנין הגוף ודאי אין לו לאביו כלום להורישנו וא"כ ה"ה הכא ה"ל ראוי כיון דמחיים לא הוי מוחזק לאשה וה"ל כנכסים שנפלו לה לאחר מיתה דאין הבעל יורש משום דהוי ראוי אע"כ דיורש הוה מחיים ואתחלי לה מחיים וגם לאחר מית' לא פקע וא"כ דברי הרשב"ם נכונים:

סעיף ב

יפרע מאיז' מהם שירצ' עמ"ש בסי' ע"ז סק"ג ובסי' ק"ז ס"ק ח':

סעיף ג
חוזר ותובע מחבירו חלקו עש"ך שהביא בשם תשו' מבי"ט דאם מחל לאחד וגבה מהשני אין הערב הב' גובה מערב הא' את חלקו ועמ"ש בסי' ע"ג סק"ח הדין עם המבי"ט ע"ש ברירא דהך מלתא:

סימן קלג

סעיף א
שהוא ביד האדם ונראה דאם היה ביד קטן מוציאין ממנו כל שיש עדים שהיה שלו אפי' בדברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר. וכמ"ש הרמב"ן פי"ג מטוען חש"ו אין אכילתן ראיה מפני שאין להם טענה כדי שתעמיד הקרקע בידם וע"ש שכ' הרב המגיד שאין דעתו לו' שאין להם צד קנין דהא ודאי יש להם ואפי' שוטה יש לו זכי' אם זיכה לו כו' אלא לפי שאין טענתן כשאר בני אדם ואין מקחן מקח דבר תורה כ' רבינו שאין חזקתן ראיה ע"ש וכ"כ בש"ע סי' קמ"ט דחש"ו אין אכילתן ראי' ומזה נרא' דה"ה במטלטלין דמטלטלין נמי טענה בעי וה"ל כמו חזקה שאין עמה טענה ועמ"ש בסי' קמ"ט סק"ה מיהו בא בטענת אביו אפי' לדעת הפוסקים סי' קמ"ט דל"מ היינו משום דחש"ו לאו בני מחאה נינהו ע"ש בטור משא"כ במטלטלין כל שהיו אצל אביהן טענינן להו טענתיה דאבוה וע' בש"ע סי' ק"י סעיף ה':

סעיף ב
אל תחזיר אלא בעדים וכ' הש"ך ז"ל ומטעם הב' שכ' הסמ"ע לעיל סי' ע' דמכח החזקה דאנן סהדי שלא פרעו כיון שהתרה בו לית ליה מגו א"כ הכא אינו נאמן במגו דנאנסו וכן משמע בתוס' פ' חז"ה דף מ"ה ד"ה המפקיד במ"ש בשם ר"ת דטעמא דמ"ד המפקיד אצל חבירו בעדים דהוי כאלו אמר בהדיא אל תחזיר אלא בעדים הלכך לא מהימן במגו דאיהו דאפסיד אנפשיה וא"כ דברי המחבר צ"ע עכ"ל וכ"כ הט"ז ע"ש. ונראה דאפי' לדעת הט"ז והש"ך דאם טוען לקוח שפיר נאמן במגו דנאנסו דאין צ"ל לקוח במגו דהחזרתי והחזרתי במגו דנאנסו אלא לקוח גופא נאמן במגו דנאנסו ותו לא הוי נגד חזקה דהתנאי לא היה אלא על החזר' שלא יחזיר אלא בעדים אבל לקוח הוא מלתא אחריתי וכמ"ש בש"ע סי' ע"א דאם האמינו לענין הפרעון לא האמינו לענין מחילה. והא דמשמע מדברי תוס' שם דף מ"ה דלרבה דס"ל דמפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים דלא מהימן אפי' לקוח במגו דנאנסו ומשום דאיהו דאפסיד אנפשיה ע"ש. היינו משום דלרב' דצריך להחזיר בעדי' משום שחושדו ומפקידו בעדי' א"כ לקוח נמי נכנס בכלל התנאי

כיון דלקוח נמי כמו חזרה וכה"ג אי' בפ' מרובה שהקדישו בעלים ביד גנב והא חזרה קרן לבעלים וא"כ כיון דלקוח נמי בכלל החשד הי' לו ללוקחו בעדים אבל לדידן דאינו אלא משום התנאי שלא יחזירנו אלא בעדים ואין בל' אלא חזרה ולא לקוח וכמו שאינו נכלל מחילה כמ"ש בש"ע סי' ע"א. ואע"ג דברישׁ כ' דאינו נאמן לקוח במגו דנאנסו אלא דוקא לטענת חזרה הוא דמהני מגו דנאנסו ע"כ ואין דבריו מוכרחין:

אמנם אפי' בטוען החזרתי נראה דנאמן במגו דנאנסו לפמ"ש הרב המגיד פט"ו ממלוה בטעמא דאינו נאמן לו' פרעתיך ביני לבינך במגו דפרעתיך בעדים שאין כאן דין מגו שהרי מודה שלא קיים תנאו ולפיכך צריך לקיימו דהא איהו מחייב נפשיה בקיום התנאי דאמר לא קיימי' וכיון שלא נתברר שפרע אמרי' ליה מחייבת לקיומי תנאך עכ"ל והגאון חכם צבי בסי' ס"ט בהגהת הט"ז סובר עיקר כדברי הה"מ ע"ש וא"כ נראה דהיינו דוקא גבי הלואה ופרעון דכ"ז שלא נתברר שפרע נשתעבד בקיום תנאו אבל בפקדון כל שהגיע גוף הפקדון ליד בעלים אפי' בינו לבינו ליכא שעבוד בקיום התנאי דלא גרע מנאבד באונס ודו"ק:

סעיף ג

קרינן ביה שפיר עדים וראה בט"ז כ' ז"ל מ"ש הסמ"ע סק"ה שמקבלין מה שהוא לחובתו לא ידענא טעמא אטו מי שאמר חוץ לב"ד לויתי ופרעתי מקבלין מה שהוא לחובתו כו' אלא עיקר הטעם דצריך שיהי' לו מגו בשעה שבא לפני ב"ד שפוסקין לו שבועה כו' וכן דעת הש"ך דהיינו דוקא בשבועת משכון דצריך נק"ח הוא דל"מ חוץ לב"ד משא"כ בטענת לקוח ע"ש ואכתי לא אתברר דמה לי היסת או נק"ח והא בש"ך סי' פ"ז העלה בספיקא דדינא דגם היסת צריך נק"ח וכיון דחדא טכסיסא נינהו אין לחלק ועוד דא"כ שטר פקדון דנאמן לו' החזרתי במגו דנאנסו ואם יאמר חוץ לב"ד החזרתי לא יהי' נאמן כיון דשבועה בעי בנק"ח ולכן נראה עיקר כדברי מבי"ט בסי' ר"ה וז"ל כי מה שהביא מתשובת הרא"ש כלל ק"ו מי שערך לו טענה זו לא הערים ההבדל שיש בין מ"ש הרא"ש לנדון זה כי מ"ש הרא"ש ז"ל שעתה לא יכול לישבע היינו אחר שראו החפצים בידו קודם שתבעו לדין שאינו יכול לטעון שהם ממושכנים בידו אפי' אמר כן קודם שראו ואזל ליה מגו דיליה אבל אם לא ראו אלא שהוא הודה שהיו בידו אפי' בפני ב"ד ואמר שהיו ממושכנים בידו הוא נאמן במגו שהי' יכול לכפור או היה יכול לו' החזרתי ע"ש. וא"כ תו לא קשה מלויתי ופרעתי שאומר חוץ לב"ד כיון דבהודאה אין אנו מקבלין מה שהוא לחובתו ולא קאמר הרא"ש אלא בראו דבפני ב"ד מקבלין המגו דלא היה מראהו וחוץ לב"ד שדבריו כמאן דליתי' א"כ ממילא הוי ליה ראה אבל בהודאה חוץ לב"ד גם

להרא"ש אין אנו יכולין לקבל מתוך דבריו מה שהוא לחובתו וזה דלא כש"ך שחולק על דברי המבי"ט כי דברי המבי"ט לענ"ד נכונים וכמ"ש ועמ"ש בסי' א' סק"ח ובסי' מ"ז סק"ג:

סעיף ד

עדים וראה ז"ל הסמ"ע כ"כ ג"כ בטור והוא ברא"ש כלל ק"ו ושם כ' המעשה שהיו עדים שנמסרה לידו בפקדון וכן מוכח מלשון עדים וראה דסתם עדים ר"ל שנמסר בפניהן עכ"ל ובש"ך השיג וז"ל תמיה לי כיון שראו העדים עכשיו ואמר שממושכן בידו ואזל ליה מגו דיליה מה בכך שלא הפקידו בעדים כו' כלומר אע"פ דליכא עדים שהפקידו בידו מחשב כעדים וראה מטעם שכ' הרא"ש והטור כי הכל תלוי בשבועתו וכו' וגם בתשו' הרא"ש לא היה המעשה שהיו עדים שנמסר לידו בפקדון רק הי' ע"א עכ"ל ע"ש:

ולפי מ"ש לעיל סק"ג דבהודאה חוץ לב"ד אין אנו יכולין לקבל מקצת דברים לחוב ולא לזכות אלא דבריו כמאן דליתיה דלא פלגי' דיבורא אלא דוקא כשראו העדים כיון דאין אנו מקבלין מה שטען חוץ לב"ד דעיקר טענה תליא בב"ד ה"ל ראה ממילא וא"כ עדי ראיה בלא עדי פקדון ל"מ מידי כיון דבדברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר נאמן לו' לקוח ואפי' הודה שאינו לקוח אלא ממושכן אין מקבלין דברי חוב מתוך דברי זכות אלא דוקא היכי דאי' עדי פקדון ועדי ראיה דתו ליכא שום טענה הפוטרת אלא מגו דלא היה מראהו וחוץ לב"ד שאין מקבלין דבריו ה"ל ראה וכמ"ש ובדברים העשוין להשאיל ולהשכיר כל שיש עדים שהיו שלו סגי בראו לחודיה ומ"ש בש"ך דשם בתשו' הרא"ש לא הי' רק ע"א ודאי ע"א במקום שנים כדין נסכא דר"א וכל זה ברור:

סעיף ה

ויתרה בו בפני אותם עדים איכא למידק כיון דאכתי מצי טען נאנסו וא"כ אכתי נאמן לו' ממושכן במגו דנאנסו ואי משום דנאנסו בעי שבועה הא בטענת משכון נמי בעי שבועה בלק"ח וע"י מגו דנאנס' נמי אינו אלא שבועה דרבנן בנק"ח לדעת הש"ך בסי' רצ"ו בשטר פקדון ואפשר דכיון דחוץ לב"ד קרי' ביה עדים וראה ולא מהימן לו' למשכון א"כ מחזיקין אותו בדין כופר בפקדון דחייב באונסין ועמ"ש בסי' רצ"ד סק"א:

סעיף ו

ואמרתי לו אל תחזירהו. בסמ"ע כ' אפי' יש עדים על זה כיון שהוא מוחזק אמרי' אלו הי' הנפקד לפנינו הי' מברר דבריו ע"ש ודעת הב"ח דכל שאומר אל תחזיר אלו בפני אלו ומעידין שלא החזיר בפניהם מוציאין מידו כיון שאי אפשר בחזרה ובש"ך חולק על הב"ח ומשום דאמרי' שמא בטל ההתראה בפני אחרים או שמא נתן לו כת"י שהחזירו

וע' שם שהביא ראיה מפ' חז"ה דף מ"ה דמוכח התם דאפי' למ"ד המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים אם טען אתה מכרתו כי נאמן ע"ש:

מיהו אינו השגה על הב"ח דע"כ לא אמר אלא היכא שאומר אל תחזיר אלא בפני אלו דא"א כיון שמעידין שלא החזיר בפניהם אבל בהאי דפ' חזקת שאומר שהחזיר בעדים. אלא דבעיקר דבריהם במ"ש סמ"ע וש"ך דהיה מברר שהחזיר בעדים או שמא נתן כת"י שהחזירו קשיא לי טובא דא"כ היכי מוציאין מיתמי דברים להשאיל ניחוש שמא אלו הי' אביהם לפניהם הי' מברר בעדים או בכת"י שלקחו. ולכן נראה דטור וש"ע ס"ל כיון שהלוקח לא התנה אלא הנפקד הוא שהתנה א"כ נהי שהנפקד צריך לקיים תנאו אבל הלוקח לא נשתעבד בקיום תנאי ומצי טעון מכרתו לי. וכ"כ בבדק הבית ז"ל דאף אם יביא עדים שבפניהם א"ל אל תחזיר יאמר המחזיק שמא החזירו לך בעדים ואיני מאמינך במה שאתה אומר שלא החזירו לך ולא עוד אלא שאני יודע שאתה משקר כיון שאתה הכרתו לי וא"כ ודאי שהחזירו לך ע"ש וא"כ אפי' אמר אל תחזיר אלא בפני פ' ופ' ואתו הנך ואמרי שלא החזיר בפניהם נהי שהנפקד יצטרך לשלם מחמת תנאו שהתנה אבל הלוקח שלא התנה נאמן בטענתו:

והטור שכ' להקשות על דברי הר"ר יונה שהרי אז הנפקד היה לפנינו גם הוא הי' נאמן לו' החזרתי לך בפני פ' ופ' והלכו למד"ה. לאלומי קושיא הוא אבל באמת ס"ל דאפי' אומר אל תחזיר אלא בפני אלו אין הלוקח מתחייב בתנאו של זה ועוד דאפי' היה טוען הלוקח מכרתו לי בעודו ביד הנפקד נמי איתיה במכירה וא"כ אפי' לא נאמין ללוקט שהנפקד החזירו נאמן הוא עכ"פ שטענתו לקוח וכל זה ברור:

ולדעת הר"ר יונה קשה מהא דאמרי' פ' חזקת (בבא בתרא דף מ"ה) דהיכא דטען אתה מכרתו לי נאמן והתם למ"ד המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים: ונראה לישב דלא ראה אצל הלוקח. וכ"ת אי בלא ראה א"כ אפי' לא טען אתה מכרתו טענינן ליה טענתיה דאומן שהי' נאמן לו' לקוח במגו דנאנסו וכמ"ש בסמ"ע סי' קל"ד ס"ק י"ב דכיון דלוקח גופיה במקום עד ראיה הי"ל נסכא דר"א ואפילו לדעת הש"ך סי' ע"ב ס"ק צ"ג דאין הלוקח במקום עד ראיה ע"ש: היינו מטעמים שכ' דהלוקח צריך היסת וה"ל עד הצריך שבועה ולא נתקנה היסת אלא בימי רב נחמן וק"ל:

סעיף ז

והלה טוען שנגנבו בש"ך העלה דאפי' טוען גנובים נאמן במגו דהשאלתים או החזרתים לך ומ"ש הב"ח דמגו להוציא לא אמרי' כו' משום דלא הוי מגו להוציא כיון שנוטל הדמים ע"ש ולפ"ז היכא דטען המחזיק במתנה נתנו לי דאינו נוטל הדמי' אינו נאמן במגו

משום דהוי מגו להוציא ועמ"ש בזה בסי' פ"ב ס"ק י"ב בשטת תוספת דסברי דהיכא דלא ה"ל למידע ולא אמרי' מ"ש ואינ"מ ומשום דאמרי' שבועת ה' בין שניהם ולא בין היורשין וטעמא דיורשין פטורים משום דלא ה"ל למידע. עיין שם בתו' ר"פ הפרה וכיון דשמא דיורשין לא עדיפא משמע דלא ה"ל למידע א"כ כי היכא דאמרי' מגו להוציא בברי ושמא אפי' היכא דלא ה"ל למידע וכדמוכחי מהאי דמשארסתני נאנסתי דאמרי' מגו להוציא וא"כ ה"ה נגד לוקח דטען שמא אע"ג דלא ה"ל למידע אמרי' מגו להוציא אבל הרמב"ם דס"ל דאפי' לא ה"ל למידע אמרי' משואיל"מ וטעמא דיורשין פטורי משום דעדיפא שמא דלהון דטענינן להו טענתיה דאבוהן וכמ"ש בש"ך סי' ע"ה ועמ"ש שם ס"ת ט"ז ה"ל נמי טענתיה דלוקח כמו טענת ברי דטענינן ללוקח ומש"ה ל"מ מגו להוציא ומש"ה ס"ל להרמב"ם דטוען גנובין נגד לוקח אינו נאמן במגו והתו' והרא"ש והסמ"ג והמרדכי דסברי במכיר כליו וספריו ביד אחר דנאמן במגו משום דאזלי בשטת התוס' דהיכא דלא ה"ל למידע לא אמרי' מתוך והיינו טעמא דיורשין פטורי וא"כ לא עדיפא טענתיה דיורש ולוקח אלא משום דלא ה"ל למידע וכה"ג אמרי' מגו להוציא בברי ושמא וכמ"ש:

סימן קלד

סעיף א

לא ראה הכלי ביד אומן. ודעת הרי"ף דאומן לעולם אינו נאמן במגו דשקלוה לנאמנות דידיה אפי' במגו וע' בחידושי הרמב"ן מה דמותיב עלה הרב רבי יהוסף הלוי. ועמ"ש בסי' ס"ט סק"ז:

סעיף ב

אתה מכרתו לי. ז"ל הש"ך כ' הסמ"ע מירי בדאיכא עדי ראיה עכ"ל ואז הלוקח יודע שהוא של התובע אע"פ שאין לו עדים מוציאין מידו דהוי כחד סהדא והוי האומן משואיל"מ וכמ"ש לעיל סי' ע"ב ס"ק צ"ג והוכחתיו כן מדברי התו' פ' חז"ה דף ל' ועמ"ש שם דלתשובת הרשב"א אפי' ליכא עדי ראיה שהלוקח עומד במקום עדי ראיה וא"כ יש לפרש כאן דברי הטור כפשוטו ומ"מ העליתי שם דלא כהרשב"א עכ"ל. וע"ש בש"ך שכ' דלוקח לא הוי כחד סהדא משום דנוגע בעדות הוא שהרי אלו רצה היה טוען החזרתיו לתובע ומכרו לך והוי נוגע שמוכרח הלוקח לומר שלא החזירו שאלו היה טוען גם הלוקח החזרתיו לתובע היה צריך לישבע נגד התובע שיודע בברי שלא החזירו וכל עד הצריך שבועה לא הוי עד כדמוכח בפ' האיש מקדש וע"ש:

ולע"ד נראה דלא הוי נוגע בעדות בענין זה דהא כ' בטור סי' קכ"א בשם בעה"ת דהיכא דהלך המשלח עמהם וראה מרחוק שעשה שליחותן ה"ל עדים וכ"כ בש"ע שם וה"נ כיון דהמערער יודע בבירור שלא מכרו ללוקח וגם לא מסרו לו א"כ ה"ל לוקח כחד סהדא כיון דהמערער יודע האמת שלא מכרו לו ועוד הא כ' הרשב"א בחידושיו פ"ב דקידושין דהיכא שהמלוה מודה שנתן לו ונסתלק הגורם כי אמר סטראי נינהו הוי ליה משואיל"מ עיין דבריו בסי' נ"ח סק"ד. וא"כ ה"נ כיון שהאומן מודה שלא החזירו נסתלק הגורם וה"ל לוקח חד סהדא ודברי הרשב"א נכונים דחשיב ליה ללוקח כחד סהדא:

אמנם לענ"ד נראה דהא דמשמע מדברי תוס' פ' חז"ה דלוקח הוי עד דתליא בשני תירוצים שבתוס' פ' חזקת (בבא בתרא דף ל') שהקשו גבי נסכא דר"א דיהיה נאמן במגו דלא חטפתי וישבע שדידיה חטף כמו שנאמן בשבוע' בשטר פקדון בטענת החזרתי במגו דנאנסו ותירצו דלא הוי מיגו דלא חציף אינש להכחיש העד ולישבע נגדו ועוד כתבו בשם ריב"ם דודאי מגו הוי אלא שכן גזירת הכתוב או לישבע או לשלם ע"ש: ויראה דלדברי ריב"ם דמגו הוי אלא שכן גזירת הכתוב וא"כ אינו אלא בין שניהם ולא בין היורשין וה"ה באי כחו דלא הוי גזירת הכתוב ושפיר נאמן במגו ואע"ג דאלו בא העד בעודו ביד המוכר היה צריך להחזירו ומשום גזירת הכתוב אפ"ה כל שלא בא העד בין שניהם אלא בין היורשין או באי כחו לא הוי בהו גזירת הכתוב וכה"ג נמי אם המוכר חשוד ואתי עד אחד בין שניהם היה צריך להחזיר ואם בא העד בין היורשין ה"ל העד כמאן דליתיה וה"ה בדין נסכא דר"א לא הוי אלא בין שניהן אבל לפי תי' ראשון שבתוספו' דלא הוי מגו כלל תו לא מצינן לטעון בעד ב"כ או יורשי טענתיה דמוריש או דמוכר כיון דלא הוה מגו כלל וכלל וא"כ נראה דתוס' פ' חזקת והרשב"א בתשובה אזלי בשטת תוס' דלא הוי מגו כלל אבל לפי' ריב"ם דמגו הוי אלא דכן גזירת הכתוב א"כ אינו אלא בין שניהן דוקא וכמ"ש דכל דלא אתי סהדי בפני המוכר אלא בפני לוקח שפיר טענינן ליה טענתיה דמוכר במגו ומצד גזירת הכתוב לא מחייב ב"כ ויורשיו וכבר כתב בש"ך סי' ע"ה דעיקר כדברי ריב"ם ודוק ועמ"ש בסי' צ"ט סק"ה:

סימן קלה

סעיף א

ואם טען שהזיקה. וכ' הסמ"ע דאף הראב"ד דפליג במשכון דאין צריך שבועה בנק"ח הכא מודה דה"ל מגו דהעזה משא"כ בטוען אתה חייב לי דהלה טוען ברי א"כ השתא נמי מעיז ע"ש. ובתומים כ' דלא עיין בבעה"ת שער מ"ט ח"ב דכ' הראב"ד בהשגות על

דין הגאונים במשכון דצריך שבועה בנק"ח וכ' דאלו למדו מהנך דמארי חושלי וכו' והא ודאי שבועה בעי דהא לא ידע מארי דעיזא להאי נזק כמה הוי וכל מידי דא"א לידע לא גבי אלא בשבועה והם אמרו על כל משכון ואפשר שטעות בידם עכ"ל הרי לא מן השם של הסמ"ע הצריך בהמה שהזיקה שבועה בנק"ח רק הטע' משום דלא ידיע הזיקו הא אי ידיע הזיקו א"צ שבועה בנק"ח אף דהוי מגו דהעזה ודבריו של הסמ"ע ליתיה ופשוט עכ"ל.

ואיני רואה בזה השגה כי דברי הסמ"ע המה דברי הנימוק"י גבי הני עיזי דאכלי חושלי ע"ש ז"ל ואף ע"ג דאיכא מגו דמצי אמר לקוחין הן בידי מ"מ לאו מגו גמור הוא שהרי השתא כשאו' דאכלי חושלי אינו מעיז ואלו אמר לקוחין הוי מעיז וממעיז לאינו מעיז לא אמרי' מגו לאפטורי משבועה וכו' ולפיכך הסכימו כאן כל בעלי הוראה ז"ל שאינו נוטל אלא בשבועה עכ"ל והיינו בעלי הוראה החולקין על הרמב"ם במשכון והוא הראב"ד ודעימי' ומשום דבהני עיזי לא ידע מארי דעיזא והוי אינו מעיז ולא אמרו מגו דהעז' לאפטורי משבועה משא"כ במשכון דהוי ממעיז למעיז ודברי בעה"ת נמי על דרך זה כיון דלא ידע מארי דעיזא ה"ל מגו דהעזה דאיך יתכן לו' דהיכא דלא ידע עדיף טפי מטוען ברי כלפי לייא ואע"ג דאמרי' בעלמא כל היכא דהאי ידע והאי לא ידע בעי אשתבעי כיון דמגו אית ליה ואמרי' מגו לפטור משבועה למה ישבע אלא ודאי בעה"ת נמי כוונתו למגו דהעזה וכמ"ש בנימוק"י וזה פשוט ודברי התומים מעצמן אין להם ציור במ"ש הא אם ידוע הזיקו א"צ שבועה בנק"ח אף דהוי מגו דהעזה הא כל שטוען ברי הוי ממעיז למעיז דהשתא נמי מעיז ולא עדיף משאר משכון דלהראב"ד א"צ שבועה גם לדברי הסמ"ע:

סעיף ב

ואם הוא קטן. פ' חזקת (בבא בתרא דף ל"ו) אמר רבא אם היה קטן מוטל בעריסה יש לו חזקה לאלתר פשיטא לא צריכא דאית ליה אימיה. ואיכא למידק כיון דעבדים בני שטרא נימא ליה אחוי שטרך דהא לפמ"ש הרמב"ן פ' חזקת בטעמא דחזקת שלש שנים בקרקע היינו משום דראוי להיות חזקתו לאלתר כיון דשתק רגלים לדבר אלא דתוך שלש אמרי' ליה אחוי שטרך והובא דבריו בסי' ק"מ סק"ב ע"ש וא"כ ה"כ לימא אחוי שטרך כיון דבני שטר נינהו. ואפשר כיון דהיכא דדלי ליה צנא דפירי לאלתר הוי חזקה ולא אמרי' אחוי שטרך וכדאיתא פרק חזקת דל"ה ומשום דהיכא דאיכא ראיה גדולה לא אמרי' אחוי שטרך ודוקא היכא דליכא ראיה ברורה כל כך הוא דאמרו אחוי וא"כ בקטן המוטל בעריסה ה"ל חזקה יותר:

סימן קלו

סעיף א

וכן כובסת כותי. כ' בת"ה סי' שי"ט ז"ל ולא מבעיא היכא דראובן ידע בודאי שהסדין אינו שלו אלא אי הוי מספקא ליה ושמעון נותן סימנין מובהקין שהסדין שלו נתברר הדבר שנתחלף ע"י טעות או גזילה ולא מצי מעכב עכ"ל ונראה מדבריו דהיינו דוקא היכא דמספקא ליה הוא דמהני סי' מובהק אבל אם טוען ברי שהסדין ודאי שלו אפי' נותן שמעון סי' מובהק אינו צריך להחזיר. וע"ש בסי' רצ"ז סק"א באורך דל"מ סימן מובהק להוציא מיד המוחזק ואפי' מיד יתומים דטענו שמא אלא היכא דלא אמיד ע"ש:

סעיף ב

והביאה לאחד שאינו שלו. בט"ז כ' בשם המרדכי ז"ל מכאן הבאתי ראיה על כובסת כותי וכו' ואבדה סדין אחד ונטלה סדין אחר ונתנה לו תמורת סדין שלו וצויתי להחזיר שהרי אותם יהודים אחרים לא נתייאשו מסדין שלהם אלא היו מרדפין אחר הכובס מפני הסדין שלהם וגם קי"ל גנב ופרע בחובו כו' דלא עשו תקנת השוק וכו' עכ"ל מדכ' שהרי הבעלים מרדפין אחריהם ולפ"ז היה נראה במי שנתנה לו הכובסת סדין א' תחת שלו ואינו ידוע של מי הוא וע"י זה היה מונח ימים רבים אצלו עד זמן שא"א לבלי אדם שלא יחקור אחר שלו ודאי מתייאש ממנו והכובסת סילקה אותו מאחרים עכ"ל:

ולענ"ד לא נהירא דכיון דקי"ל שינוי רשות ואח"כ יאוש לא קנה ומשום דאתי' לידיה באיסורא א"כ אפי' ימים רבים נמי ל"מ כיון דבשעה שנתנה הכובסת לידו לא הוי יאוש וע' רמ"א סי' שנ"ו סעיף ג':

ומ"ש הט"ז והכובסת סילקה אותו מאחרים נראה טעם נוסף על הך טעמא דיאוש. וגם זה אינו נראה דאפי' סילקה אותו בדמים כל שהסדין יש לו בעין חוזרת לבעלים כדאי' ר"פ המפקיד אשתכח כיפי הדרי למארי ומשום דהיו שומא בטעות וכבר כ' הרמב"ם פ"ח משאלה דבשילם נמי הבהמה עצמה חוזרת ועוד דמנא ידעי' שסילקה אותו בדמים שמא פטרה עצמה בטענת אונס ואפי' לדעת הפוסקים בסי' רצ"ה דשילם קנה הבהמה היינו דוקא בשילם מדעתיה ולא אטרחיה לבי דינא ושמא לא סילק בדמים עד דאטרחיה לדינא ולשון המרדכי שכ' שהרי הבעלים מרדפין לא אתי לאפוקי יאוש עכשיו דזה ל"מ כיון דבאיסורא אתי לידיה אלא לאפוקי יאוש קודם שנתנה לו הכובסת. ולכן נראה דהדרא סדין למאריה אא"כ ידוע שנתייאש מרא מיניה קודם שנתנה לזה וז"ב:

סימן קלז

סעיף א

אלך ואלקט פירות. בתוס' פרק חז"ה (דף ל"ג) הקשו דלמה לי טעמא דלא חציף אינש תיפוק ליה. כיון שהוא מוחזק ותפוס בפירות נאמן לו' לקוח כמו בשאר מטלטלין וע"ש ובהגהת מיימוני פ"ט מטוען כ' וז"ל וריצב"א אמר דל"ק כלל דדומיא דהכי בשאר מטלטלין אם ידוע שנכנס לבית חבירו ונטל בלא ידיעתו הי' חייב להחזיר ולא כל כמיניה לו' שלקחה מתחלה ולא דמי להאי דפרק כל הנשבעין ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו וכו' דנאמן לו' לקוחין הן בידי היכא דעשוי למכור כליו דהתם לא ראינו שנכנס לביתו ואפשר שמסר' לו בשעת נטילי' אבל היכא דנטלו בלא ידיעתו הא מלתא פשיטא דלאו כל כמיניה לו' ברשות לקחתים דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה עכ"ל ריצב"א ע"ש וכן נראה מבואר מדברי הרי"ף בשבועות גבי ראוהו שהטמין כלים ע"ש. ועיקר כדבריהם דכן משמע להדיא גבי נסכא דר' אבא דאלו אתי שנים עדים דחטף צריך להחזיר ולא מהימן לומר שלקחה הימנו בתחלה ואמרו בנכנס שלא ברשות דה"ל גזלן אלא ודאי דלא מהימן לו' לקוח אלא היכא דלא ידעי' אם בא לידו מיד הבעלים אז מהימן לו' שבא לידו מיד הבעלים אבל היכא דידוע שנכנס שלא ברשות או שחטף או שהבעלים לא היו בביתם הוא גזלן ולא מהימן לו' בתחלה לקחתיו וזה נראה לענ"ד בכוונת הש"ע שבסעיף א' לא כ' שאמר אלך ואלקט משום דבסעיף א' מיירי שבעל השדה היה שם ולפיכך נאמן לו' לקוח בשבועת היסת כמו בשאר מטלטלין דמסתמא הבעלים מסרו לו בתורת לקוח או מתנה אבל בסעיף ב' כ' אם אין בעל האילן ושדה כאן דזה לא מהימן בתורת מוחזק אלא משום שאומר אלך ואלקט וזה נמי כוונת הטור שם ע"ש: ובסמ"ע כ' כוונה אחרת למה שלא כ' בסעיף א' אלך ואלקט וגם למ"ש אם אין בעל השדה כאן ע"ש ובדברי הטור וש"ע נראה הכוונה כמ"ש וז"ב:

סימן קלח

סעיף א

ושאין לו בה פחות. בתוס' רפ"ק דמציעא ד"ה ויחלוקו כתבו דלא דמיא להך מנה שלישי דקי"ל מונח דהתם אי אפשר לחלוקה להיות אמת דאין דרך שיקנה לו החצי אחרי שהוא מופקד ביד חבירו וע"ש. והרא"ש כ' טעמא דמנה שלישי דשאני התם דקודם שנודע מחלוקתן ידוע לנפקד שאינו של שניהם דאומר אחד מכם הפקיד ע"ש. ובתומים כ' להקשות בטעמא דהרא"ש וז"ל אך לטעם זה ק' דלקמן סי' רכ"ב הביא הטור וש"ע

במקח בישנו ביד המוכר וקיבל המוכר משניהם חד מדעתיה וחד בע"כ יחלוקו והא ידוע למוכר קודם מחלוקתם שאינו של שניהם כי לא קיבל רק מאחד מהם והיינו הך דנפקד ואם דעת הרא"ש לחלק דשם במקח וממכר יכולה להיות החלוקה אמת משא"כ התם דאין דרך שיקנה אחרי שהוא ביד אחר והוא דעת התוס' לא הי' צריך הרא"ש לחלק בהך חלוקה דקודם מחלקותם היה ידוע לנפקד שאינו של שניהם שהיא חלוקה וסברא חדשה מה שנא נזכר בדברי התוס' וע"ש שהניח בצ"ע. וקושיא זו תקשי נמי לדברי תוס' דכי היכא דגבי מנה שלישי אמרי' דאין החלוקה אמת כיון שידוע לנפקד שא' הפקיד כולו תו לא אמרי' שמא זה הפקיד ק"ן וזה ק"ן ואחרי כן נמי אין דרך שיקנה לחבירו החצי שהוא ביד חבירו וה"נ במוכר שאומר שלא נתרצה אלא לא' וגם אין דרך להקנות א' לחבירו את המחצית אחר שהוא ביד המוכר וא"כ ה"ל ממש דין נפקד:

ומיהו לפמ"ש הש"ך בס' ש' דהיכא דליכא רמאי אפי' בהך דמנה שלישי נמי חולקין ע"ש א"כ ניחא גבי מכר בהך דסי' רכ"ב דיחלוקו דליכא רמאי דכל חד סבור לדידיה הוא דנתרצה ולא קשה בין לפי' תוס' בין לפי' הרא"ש:

סעיף ב

באו שניהם אדוקין. בפ"ק דב"מ (דף ו') בעי ר' זירא תקפה א' בפנינו. וכ' רש"י ז"ל תקפה א' הוציאה מיד חבירו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו עכ"ל. ומדכ' קודם שנשבעו משמע דלא אמרי' שתיקה כהודאה אלא קודם שבועה דעדיין בספיקא הוא דמי יימר דמשתבע וה"ל כאומר איני נשבע דאינו יכול לחזור וע' ש"ע סי' כ"ב סעיף ב'. אבל אחר שנשבע דאז כבר זכה בחציו תו לא אמרי' אודויי אודי ואפי' שתק מתחלה ועד סוף לא אמרי' שתיקה כהודאה ועמ"ש בסי' פ"א סק"ו. ולפ"ז נראה דהיכא שהביא עדים שחציו שלו מהני אפי' בשתק מתחלה ועד סוף כיון דלא אמרי' שתיקה כהודאה בגוף הממון אלא דה"ל כאומר איני נשבע וכיון דאתו סהדי תו ליכא ספיקא ועדיף מנשבע דתו לא אמרי' שתיקה כהודאה:

סעיף ג

יחלוקו כבתחלה. ע' ש"ך שכ' בטעמא דמהני תפיסה משום דשתק ולבסוף צווח היא בעיא דלא אפשיט' אבל שתק מתחלה ועד סוף הוא בש"ס בפשיטות דאידי ליה ומש"ה חזר ותקפו מוציאין אותו מידו ע"ש: וקשה דהא שטת הרמב"ם דהלכת' בכל מקום שאמרו את"ל והרי אמרו בש"ס את"ל אודויי אודי ליה הקדישה מהו וא"כ היכי כ' הרמב"ם יחלוקו כבתחלה. והנה הכ"מ כ' בפ"ט דטוען וז"ל באו שניהם אדוקין וכו' לא צריכא דשתק ולבסוף צווח וכו' ולא איפשט' בעי' זו ולזה פסק רבינו שאין מוציאין

אותו מיד זה שתפסה כיון שהדבר ספק וכן פסקו ז"ל ועוד שאמרו שם את"ל תקפה א' בפנינו אין מוציאין אותו מידו ודרך רבינו לפסוק כאת"ל עכ"ל והיא תמיה כיון דדרכו לפסוק כאת"ל למה כ' הרמב"ם חזר השני ותקפה מראשון אע"פ שהראשון לא צווח מתחלה ועד סוף חולקין הא פשיטא דאודי ליה גם בשתק ולבסוף צווח: עוד כ' הכ"מ שם ז"ל ואע"פ שהראשון לא צווח מתחלה ועד סוף וזה צווח מעיקרא מ"מ ע"כ לא אמרי' דאם לא חזר ותקפה השני דאין מוציאין אותו מן הראשון אלא משום ספק והממע"ה אבל עכשיו שחזר זה ותקפה ודאי חולקין ע"ש. ונראה סותר למ"ש בתחלה שדרכו של הרמב"ם לפסוק כאת"ל.

ובלחם משנה שם כ' וז"ל ואע"ג דסובר רבינו דכל את"ל פשיטות' הוא מ"מ כ' למטה הרב המגיד דאין מוציאין אותו מן הראשון משום ספיקא דאע"ג דאמרו את"ל מ"מ עיקר הדבר בעיא הוא ע"ש. ולסוף דעתו הרמה לא ירדנו דהא בכל מקום עיקר הדבר בעיא הוא וכשחזרו ואמרו את"ל פשיטות' הוי לשטת הרמב"ם ולכן נראה דשטת הרמב"ם בזה כשטה שנאמרה בשטה מקובצת שם בסוגי' דבעין דשתק ולבסוף צווח מלתא דפשיטא הוא דאיכא לספוקי ביה אם שתיקתו שבתחלה הודה על הודאה או נימא כיון דצווח לבסוף איכא למימר דלאו הודאה היא וא"כ מידי ספיקא לא נפקא לעולם אלא דבעיין הוא מי נימא טלית זו מתחלה בספק היתה עומדת שלא היינו יודעין של מי הוא וכיון שכן אף ספק הודאה מהני ביה להעמידה ברשות התוקף או דלמא כיון דצווח ואיכא למימר האי דאשתק לאו משום הודאה ואין תולין לו' שלא הודה לפי שטלית זו מתחלה ג"כ לא היתה עומדת בספק אלא אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא וכיון שכן אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי ואם תרצה תפרש דכי אמרי' או דלמא כיון דקא צווח הכי קאמרי' שאפי' נאמר שטלית זו בספק היתה מונחת בתחלה אין מעמידין אותו בחזקת זה שתקפה משום דליכא לאסתפוקי בהודאה כלל כיון דקא צווח אגלאי מלתא בודאי דהאי דשתק דסבר הא חזי לי רבנן וע"ש. וכיון דבעיין דשתק ולבסוף צווח אינו אלא אם הוא ספק הודאה ואין מוציאין מידו או ודאי לאו הודאה וכשאמרו את"ל אין מוציאין ופשיט ליה דהוי ספק הודאה ומשום הכי אין מוציאין מידו וא"כ כשחזר ותקפה הראשון נמי אין מוציאין מידו ויחלוקו כבתחלה כיון דאינו ודאי הודאה אלא ספק הודאה וזה ברור: ולפי המתבאר מהשטה דהא דספק הודאה מהני להעמידה ברשות התוקף אינו אלא משום דטלית זה בתחלתו נמי בספק עומדת ואתי ספק ומוציא מידי ספק וא"כ לפ"ז היכא דאתו עדים שטלית זה שלו תו לא אתי ספק ומוציא מידי ודאי ומזה נראה עיקר כדברי הב"ח דדוקא כששתק מתחלה ועד סוף הוא דקאמר הרא"ש דל"מ עדים ע"ש

ובש"ך כ' כיון דהאי דתפיס מצי למימר אודויי אודי א"כ זה שיביא עדים לא יועיל דהודאת בע"ד כמאה עדים ע"ש. ולפמ"ש דשתק ולבסוף צווח אפי' לפי מה דמבעי' ליה אינו אלא בספק הודאה ומשום דטלית נמי בתחלתו ספק משא"כ כשבאו עדים הרי טלית ודאי שלו ולא אתי ספק ומוציא מידי ודאי ודו"ק:

סעיף ד

ישבע זה. ע' ש"ך ס"ק י"ב וע' מה שכתב' בסי' פ"ח סק"ו:

סעיף ה

שכרתי' לו בפני פ' ופ' וזה מרברי הרמב"ן והרשב"א הובא בהרב המגיד ומשום דנאמן במגו דחטפתי' ע"ש וממילא נשמע לדעת הפוסקים דאינו נאמן לו' חטפתי' ודאי אינו נאמן לו' שכרתי' בפני פ' ופ' כיון דאינו טענה מחמת עצמה אלא במנו דחטפתי' והא דאמרו בש"ס בטעמא דאינו נאמן לו' שכרתי' משום דאמרי' ליה עד השתא חשדית ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי ומשמע דהיכא דמשכירו בסהדי ה"ל טענה מחמת עצמה היינו משום דבתר דמסיק עד השתא חשדת ליה בגזלן וצריך להשכירו בעדים א"כ ה"ל כמו דברים שהן עשוין להשאיל ולהשכיר דעיקר דברים העשויין להשאיל ולהשכיר תלוי באהבת האיש ובשנאתו וכמבואר בטור סי' ע"ג וברע"א שם סעיף י"ז וכיון דאינו עשוי להשאיל ולהשכיר בלא עדים תו לא הוי מדברים העשוין. להשאיל דאין דרך להשכיר בעדים וכדאמרי' בפ' כל הנשבעין גבי שכיר וליתיב ליה בעדים טריחא ליה מלתא ע"ש וא"כ אפי' דברים העשוין להשאיל חשיב כמו דברים שאין עשוין כיון דצריך עדים לכך וזה נראה פשוט: אלא שראיתי בתומים שכ' דע"כ לא צריך מגו אלא בדברים שאין עשוין להשאיל אבל בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר ואומר שכרתי בפני עדים הוי טענה מחמת עצמה ע' שם. ונראה כמ"ש דכיון דצריך עדים תו לא הוי מדברים העשוין להשאיל לגבי האי וע' מ"ש בסי' ח"ב סק"ט:

סימן קלט

סעיף א

עד שישיב. ועמ"ש בסי' מ"ט סק"ח:

סימן קמ

סעיף א

אין מוסרין אותו לשבועה. והוא דעת מוהר"מ והרשב"ם והרשב"א ובזה יתיישב קושיות תוס' פ' חקז"ה (דף כ"ט) ד"ה דלא אחזקי אהדדי ופי' בקונטרס דהכ' הוזקקו לעשות כן לפי שלא הי' להם עידי שותפות וקשי' לר"י דא"כ אותו שהחזיק ראשונה יאמר שהוא שלו כיון כשאין עדים שיש לחבירו חלק ע"ש לפמ"ש דאין מוסרין אותו לשבועה י"ל דכל שלא אחזקי אהדדי לא מסתפי כיון שצריך שבועה על כפירתו אבל כי אחזקי שוב אין מוסרין אותו לשבועה:

סעיף ב

כיצד היא החזקה בר"פ חז"ה מסיק בגמ' טעמא דחזקה משום דעד תלת שנין מזדהר אינש בשטרא טפי לא מזדהר ואכתי צריך טעמא נהי דזה לאו ריעותא במה דלית ליה שטרא ומשום דטפי לא מזדהר אבל סוף סוף אין לו ראיה והיכי מוציאין ממרא קמא בלא ראיה. והנה בחידושי הרמב"ן בפ' חזקת כ' גבי אכלה האב שנה והבן שנתים ז"ל יש מפרשים דוקא בבנו גדול אבל קטן לאו בר מחויי ביה הוא והלכך לאו בר חזקה הוא דכיון דכי מחי לאו בר אזדהורי בשטר' הוא איהו נמי לא מחי וכו' ואין אני מוחזק בטעם זה דטעמא דחזקה לאו משום אזדהורי דידיה בלחוד אלא כיון דהאי שתק רגלים לדבר אלא שתוך שלש אמרי' ליה למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלש כיון דלא מזדהר ביה טפי איתרע ליה האי טענה ואמרי' לא לחנם שתק וקטן נמי לאו בר אזדהורי טפי הוא עכ"ל ע"ש. ומבואר מדבריו דעיקר טעמא דחזקה משום דשתק רגלים לדבר דמסתמא מכרו לו אלא דתוך שלש איתרע משום דאמרי' ליה אחוי שטרך ולבתר שלש דלאו רעותא הוא משום דטפי לא מזדהר אמרי' חזקה מדשתק ודאי מכרו לו וכ"כ בס' תורת חיים ר"פ חזקת ע"ש:

ולענ"ד עיקר חזקה דשלש שנים אינו אלא תקנת חכמים משום תיקון העולם דלא רגילי להזהר בשטר טפי משלש דסובר המחזיק כיון דיושב בתוכו משך שלש שנים ואין עורר עירעור שוב לא יתעורר עוד עירעור ולא מזדהר טפי וימשך מזה פסיד' דלקוחות לכן ראו חכמים לתקן שיהי' נאמן בחזקת שלש שנים והמערער שהאמת אתו יעשה מחאה תוך שלש ואחר המחאה גם המחזיק יזדהר בשטרו ואם אינו מוחה תוך שלש יפסיד המערער. וכן נראה מלשון הנימוק"י ר"פ חזקת ז"ל טפי לא מזדהר כי סבר לא יערער עוד כו' ולפי שדעת העולם כן לא תיקנו חכמים אלא שלש שנים עכ"ל ומשמע דתקנת חכמים הוא ונתקנו שניהם המחזיק והמערער וכמ"ש. וז"ל הרמב"ם פי"א מטוען הואיל ולא

מחית אתה הפסדת על עצמך ע"ש. וזה נראה כדברינו דהתקנה היה לשניהם המחזיק יחזיק בשלו אחרי חזקתו שלש והמערער אם האמת אתו היה לו למחות ומדלא מיחה הפסיד ואלו לפי טעמ' דהרמב"ן אמרי' הואיל ולא מיחה רגלים לדבר שמכרו לו ול"ש הפסדת על עצמך:

ועיין תוס' פ' חז"ה (דף ל"ה) ד"ה ואי לפירי אחתיה ז"ל אין לפ' דרב אשי סובר דלעולם נאמן לו' לפירות הורדתיך דא"כ קשה מ"ט דרבנן דבעי שלש שנים מיום ליום דהא לדידיה ליכא למימר כדמפרש רבא ר"פ חזקת דעד שלש שנים מזדהר אינש בשטרו טפי לא מזדהר דהא לעולם צריך לשומרו פן יאמר לפירות הורדתיך וכן הקשו בפרק המקבל (בבא מציעא דף ק"י) ע"ש. ודבריהם נראין תמוהין. וכי הא דלא מזדהרי אינשי בשטרא טפי משלש היינו משום דסמכי בראיית חזקה שלש שנים דא"כ החזקה סיבה שלא יזדהרי טפי משלש שנים ואדרבה הא דלא מזדהרי טפי משלש הוא סיבה לחזקה והיינו משום דסברי כיון שיושבין בהשקט ושופי שלש שנים שוב לא יבא עוד עורר ומשום הכי לא מזדהרי. ומזה בא דינא דחזקה שהאמינו בחזקת שלש ובין לשטת הרמב"ן ובין לפמ"ש דהוא משום תקנה הא דלא מזדהרי טפי משלש היא קודמת לדיני דחזקה שלש שנים וא"כ אפי' נימא דאין חזקה שלש שנים ראיה אפ"ה לא מזדהרי טפי משלש ומשום דסברי שלא יבא עוד ערעור וא"כ מה קשיא להו דצריך ליזהר בשטרו שלא יאמר לפירות הורדתיך כיון דסברי שלא יצאו עוד שם עירעור ועורר על שדיהו: ולכן נראה בביאור דבריהם דתו' סברי טעמא דחזקה כמ"ש משום תקנת חכמים שלא יפסיד המחזיק כיון דאינו נזהר בשטרו טפי משלש וכיון דאכתי מצי אמר לפירות הורדתיך א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם הא לעולם צריך שמירת השטר שלא יאמר לפירות הורדתיך כיון דלא הועילו בתקנתן למה מהני חזקה. אבל לפי שיטת הרמב"ן לא הוי מקשי תוס' מידי וכמ"ש ודו"ק. וכן נראה מוכח דעיקר חזקה משום תקנת חכמים דלפמ"ש הרמב"ן טעמא דחזקה מדשתק מסתמא מכר א"כ תיקשי הא דקי"ל בדלי ליה צנא דפירי לאלתר הוי חזקה דאם טען לפירות הורדתיו נאמן כדאיתא פ' חז"ה (דף ל"ה) ואלו גבי חזקה שלש שנים אפי' טען לפירות הורדתיו אינו נאמן ואמרינן היה לו למחויי שירד לפירות ואם אינו אלא משום שתיקה רגלים לדבר שמכר א"כ לא עדיפא מדלי ליה צנא דפירי דעוש' מעשה ונאמן לו' לפירות הורדתיו ומכ"ש בשתיקה אלא ודאי נראה טעמא דחזקה משום חזקה והיינו משום דראו חכמים דלא נזהרו העולם בשטרות יותר משלש דסברי שלא יבא ערעור כלל ותיקנו שיהיה נאמן אם לא ימחה המערער והפסיד על עצמו כשלא

מיחה וכמ"ש הרמב"ם ואפי' הורידו לפירות צריך למחות שהורידו לפירות ועמ"ש בסי' קנ"ד סק"ו:

סעיף ג

מקומות של בית הכנסת מעשה במקום של בה"כ ידוע לאחר וטען עליו אחר שקנה ממנו מחצית ולהיות עמו בשיתוף ובא בטענת חזקה שלש שנים שעמד אתו עמו בשוה שלש שנים בשופי בלי שום מחאה. והנה נראה דל"מ חזקה לשיתוף דהא אפי' אם היה לו עליו דרך בדריסת הרגל לא הוי חזקה וכמו שפי' רשב"ם בהא דאנא בשכוני גוואי הוינא ומבואר ברמ"א סעיף י"ג וכ"ש כאן בנ"ד שהראשון עמד וישב במקומו עם השני דאין בחזקת השני כלום:

שוב ראיתי מבורר כדברינו אלה בתשובת ב"ח סי' ז' ז"ל שם שמעון היה משתמש בחצר ראובן שכינו ושואב גם מים מבאר שבחצירו והולך הוא ובני ביתו לבית המוצנע העומד בחצירו של ראובן ומת ובניו אחריו היו משתמשין בכל התשמישין הנזכרים ועמד ראובן ומיתה בהם וטוען ואומר עד עתה לא הייתי מקפיד אבל עכשיו שנתוספו דיורים ובני בית מרובין אקפוד והיורשין באין מכח חזקה וטוענין כיון שאנחנו באין מחמת ירושה אין צריך טענה וראובן טוען דאין בתשמישין אלו דין חזקה כיון שגם אנכי ובני ביתי משתמשין בכל התשמישין הנזכרים הדין עם מי: תשובה הדין עם ראובן דהא אמרי' בפ' חז"ה ד' כ"ט ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ביתא א"ל מינך זבינתיה ואכלתי שני חזקה א"ל אנא בשכוני גוונא הוינא אתא לקמיה דרב נחמן א"ל זיל ברר אכילתך ופי' רשב"ם ז"ל בחדרים הפנימי' היתה עיקר דירתי והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי ולכן לא מחיתי וכו' א"כ כ"ש בנ"ד דהשתמשו ביחד בכל התשמישין זה כמו זה דפשיטא דחזקת המחזיק אינו חזקה וכו' ומשמע לכאורה דלחזקת תשמיש לא בעינן מקום מסוים ליתיה דודאי לענין חזקה אין חילוק כלל בין אם טוען אתה מכרתו או נתתו גוף המקום הזה בחצירך לבין טוען שלא מכר לו גוף המקום אלא שנתן או מכר לו מקום זה לתשמישין אלו כו' דאם אינו מקום מסוים ה"ל דר עמו בחצר ואין כאן חזקה וכו' והשתא מכל זה זכינו לנדון דידן דדברי הכל כיון שהבעלים היו משתמשין בכל התשמישין שבחצר גם בבאר ובבית המוצנע א"כ אין חזקת המחזיק חזקה כלל ואפי' לא היה המחזיק נדחה מפניו אלא משתמשין זא"ז בבאר ובבית כפי טבע הזמן נמי לא הוי חזקה לד"ה זולת לרבינו מאיר דמשמע מדבריו דבעי' דוקא שיהיה המחזיק נדחה מפני הבעלים ויחיד הוא נגד כל הני גאונים רשב"ם ותוס' והרא"ש והמרדכי דס"ל דכל היכא דאיכא תפיסת יד לבעלים בהדי מוחזק אין שם נגד

חזקה עכ"ל וע"ש: וכ"כ בתשו' מהר"ם אלשיך סי' צ"ד ובתשו' מוהרח"ש חלק ח"מ סי' מ"א דכל שהיו משתמשין שוה בשוה לא הוי חזקה ומראיה דהאי דשכוני גוואי וע"ש שכ' בשם מוהרשד"ם סי' שנ"ג וז"ל וא"ת נהי שאין להם חזקה שהיא שלהם לבד אבל יהי' להם חזקה לו' שיד כולם שוה בהם גם לזה אני אומר דלא היא דמאיזה טעם אנו אומרים דמי שהחזיק שלש שנים הוי חזקה משום דלא מיחה המערער באלו ג' שנים וכאן ל"ש מחאה כיון שהם מחזיקים שוה בשוה ע"ש וכ"כ בתשובה הנז' סי' ל"א והנה ידעתי מיעוט ערכי נגד כל הנך רבוותא אמנם לאחר העיון נראה לפענ"ד דכה"ג מהני חזקה לו' שהם שותפין שוה בשוה. וראיה ברורה לזה ממ"ש הרא"ש פ"ק דב"ב גבי אחזיק להורדי וז"ל וכן אחזיק להורדי דשמעתין דכיון דהחזיק בכותל שלש שנים ונאמן לטעון שלקחו כדי לבנות עליו יכול לטעון כשלקחתיו מתחלה הייתי יכול לסמוך עליו כשורי ולא הפסדתי דינו לפי שלא הייתי צריך לאותו שעה אלא להורדי ונראה שחזקה זו מועיל אף לאבני החומה אם נפלו דמסתמא כשקנ' ממנו רשות לסמוך על כותלו קנה ממנו כל הכותל להיות חצי שלו ולא אמרי' שהקנה לו רשות תשמיש בעלמא ולא בנין הכותל אבל אין לו בקרקע של מקום הכותל דאותו לא אמרי' שהקנה לו כל זמן שלא פי' עכ"ל ומדכ' שקנה ממנו כל הכותל להיות חצי שלו מבואר דיד שניהם שוה בשוה בכל הכותל וכמ"ש בתה"ד סי' של"ז וברמ"א סי' קנ"ז סעיף ז' ומבואר דמהני חזקה להיות לשותפות שוה בשוה וכ"כ בטור סי' קנ"ג בשם הר"ר יונה והרא"ש דהוי חזקה לאבני הכותל למחצית ודעת הרמב"ן דהוי חזקה אפי' למקום ע"ש ואע"ג דגם הבעלים משמשין בכותל ומבואר דהיכא דמשתמשין שניהם שוה בשוה הוי חזקה להכי להיות חצי שלו ועמ"ש בסי' קנ"ז סק"ו וזה לענ"ד ראיה גדולה:

ומ"ש הב"ח דאפי' לחזקת תשמישין נמי דוקא בדבר מסוים תמה אני מחזקת חלונות על אויר חצירו וכי לא משתמשי בעלים באויר חצר וכן סיד ומרזב ומזחילה ודכולהו נטפי ושפכי ודאי לבעלים תפיסת יד בהם ולהשתמש בחצר כל ימי הגשם: ולכן נראה לחלק בין האי דשכוני גוואי לחזקה דשיתוף. והוא דהתם בשכוני גואי שטוען המחזיק שקנה גוף הקרקע להיות שלו וכיון שהבעלים יש להם יד בחזקתו של זה בדריסת הרגל על גוף הקרקע הרי זה כמו מחאה אבל בשותפין כל אחד ואחד בשלו הוא נכנס ואין א' משתמש בחלק חבירו כלל דאמרי' ברירה וכמ"ש הר"ן ר"פ השותפין בנדרים בהא דתנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין לכנס לחצר ראב"י אומר זה נכנס בשלו וזה נכנס בשלו וע"ש בר"ן דטעמא דת"ק משום דסברי דמחצית לזה ומחצית לזה אלא דשותפין נשתעבדו אהדדי שישתמש כל א' בחלק חבירו וקונמות מפקיע מידי שיעבוד וראב"י

סובר ברירה והגוף קנוי לגמרי לכל א' בשעה שמשתמש ובזמן כל א' קנוי הוא לו לגמרי וה"ל כאומר נכסי לך ואחריך לפ' וע"ש וכ"כ הב"י בא"ח סי' תרל"ז גבי אתרוג הקהל דיוצאין בה משום ברירה דקי"ל כראב"י ע"ש בשם הרשב"א וא"כ כיון דשותפין כל א' בשלו הוא משתמש ולא בשל חבירו א"כ אין להם לבעלים שום תפיסת יד בשל שותף המחזיק מש"ה הוי חזקה משא"כ בשכוני גוואי שהמחזיק טוען על גוף הקרקע שהוא שלו הרי הבעלים משתמשין בקרקע המחזיק מש"ה לא הוי חזקה ודו"ק ובזה ניחא נמי חזקת תשמישין אפי' בדבר שאינו מסוים וכמ"ש דאע"ג דגם הבעלים מתשמשים בו אינו בשל המחזיק דהא הבעלים בשלהם משתמשים כיון דגוף הקרקע שלהם והמחזיק לא קנה אלא שישתמש הוא ג"כ אבל בשכוני גוואי שטוען על גוף הקרקע ולמערער יש לו דרך עליו וא"כ מה שמשתמש בחלק המחזיק הוא דמרע ליה לחזקה. ועיין ש"ע סעיף ט"ו וסי' קנ"ג סעיף י"ח וכן נראה ראיה לדברינו דמהני חזקה לשותפות מהא דכתבו הפוסקים בחזקת ישוב שלש שנים ובא בטענה דהוי חזקה וכמ"ש הרמ"א סי' קנ"ו בלי שום חולק והיכי מהני חזקת ישוב כיון דהבעלים הראשונים נמי בישוב אלא ודאי דמהני חזקה לשותפות ועיין בדברי משה סי' קנ"ו וז"ל כ' המרדכי פ' חזקת בא' שהחזיק שלש שנים בישוב אצל חבירו דהר"מ פסק דלא הוי חזקה הואיל וגם הבעלים דרים שמה ויש חולקין וע"ש ומחלוקתן תליא במעשה דאמר בשכוני גוואי הייתי שכבר נתבאר דינו לעיל סי' ק"מ עכ"ל וקשה כיון דתליא בהך מעשה וכבר פסק הרמ"א דדריסת הרגל מבטל החזקה וכמבואר בסעיף י"ג וא"כ היכא פוסק בסי' קנ"ו חזקת ישוב דמהני ועוד קשה דהא דעת מוהר"מ דריסת הרגל לא הוי כמו מחאה אלא דוקא היכא שהמחזיק נדחה מפני הבעלים וא"כ למה פסק הר"מ דל"מ חזקת ישוב וצ"ע: והנה עיינתי בתשובת מוהר"מ רוטנבר"ק סי' מ"ו ושם כ' דחזקת ישוב ל"מ אא"כ יש לו עדים שמחלו לו דאל"כ לא מחזקי בהו כיון דהקהל הוי מוחזקים לגבי יחיד ודומה להני דריש גלותא דלא מחזקי בהו דלא חששו למחות וכהאי דשכוני גוואי עכ"ל ע"ש ונראה דעיקר טעמא דמוהר"ם משום דקהל הוי כהני דריש גלותא וע"ש וכהאי דשכוני גואי היינו לשטתו דמפרש בהך דשכוני גואי שהמחזיק היה נדחה מפניו וה"ה בהנך דקהל כיון דידם תקיפי ה"ל נדחה מפניהם כל זמן שירצה ומיהו נשמע מדברי הרמ"א דפוסק בסי' קנ"ו חזקת ישוב ואע"ג דס"ל דדריסת הרגל מבטל החזקה אע"ג שאינו נדחה מפניו מוכח דס"ל דמהני חזקה לשותפות ומטעמא שכתבנו. וע' בתשו' מיימוני מהל' עדות סי' י"ג ז"ל ואין אדם יכול להחזיק בישוב ע"י שמביא ראיה שאביו דר בו יותר משלש שנים כי שמא התירו לו עד זמן או התירו לו ולא לבניו וכמה טעמים איכא למימר דלא החזיק בכך ע"כ מדברי רבינו

מאיר זצ"ל עכ"ל: וכיון דהוא מכמה טעמים אין תימה שכ' הר"מ גם הך טעמא דשכוני גואי לסניף. והנלע"ד כתבתי:

סעיף ד

כיון דלא מערער קמן והוא בטור בשם הר"ר יונה וכ' הב"ח ז"ל כיון דלא הוי מערער קמן אע"ג דקבלת עדות הוא מחשש שמא יבא המערער אפ"ה אין לחוש שמא יעידו שקר על הספק שמא יבא המערער דאינו נקרא נוגע בעדות אא"כ ההנאה הוא בודאי בשעת קבלת העדות וכך כ' בהגהות אשר"י פ' חזקת דכל היכא דהשתא אינו נוגע אף ע"פ שאם יתעשר יהנה בעדותו כשר וה"ט דעל ספק הנאה לא יעיד עכשיו עכ"ל. ובט"ז הקשה מ"ש מסי' ל"ז בדין לוקח ראשון לא יעיד לשני וכ' שם הב"י בשם ר"י הטעם דחייש לוקח ראשון שמא קרקע גזולה הוא וכו' וכ"ש כאן שהשוכרים רואים שזה המחזיק גובה עדות ע"כ בודאי יודע היה שיש לו תביעה מן המערער והם מרגישים בזה ויעידו שקר שלא יצטרכו לשלם השכירות שנית וע"ש שהניח בצ"ע ואינו קושיא לפמ"ש תוס' פרק חזקת (בבא בתרא דף מ"ו) דהמלוה והערב אין חוששין בשום מקום שמא גזלה היא ולהכי כי אית ליה ארעא אחריתי מעיד אלא שרוצה שיהא אחריותו שלו קיים דהא מתחלה לקחו באחריות דוקא ע"ש וא"כ א"ש דכאן לא יעידו שקר מחמת ספק והתם שאני דרוצה שיהי' אחריותו קיים. אלא דגוף הסברא שכ' הב"ח דהוי ספק אם יבא המערער אינו נראה וכי אינם מרגישים בזה שיבא המערער וכמ"ש הט"ז ולכן נראה לענ"ד בדברי הר"ר יונה לפי מה שהקשו תוס' שם בר"פ חז"ה בהא דפריך והא נוגעין בעדותן והא אית להו מגו דפרענו למערער דליכא למימר בתר דתיקון רבנן היסת דהא אמתניתין פריך וע"ש. והרמב"ן בחידושיו כ' ז"ל שמעתי דהקושיא הוי נוגעין בעדותן עכשיו דתיקון רבנן שבועת היסת וכן העיקר עכ"ל: והנה בר"פ האיש מקדש דאמרינן והאידנא דתקון רבנן היסת לא מהימני והקשו בתוס' דלהמני בשבועה דאהדרינהו למלוה במגו דאי בעי אמרו אהדרינהו ללוה ותרצו דעד הצריך שבועה לא הוי עד דכתיב ע"פ שנים עדים יקום דבר שיהי' נאמן בדיבורו בלבד ע"ש. וכיון דאי לאו גזירת הכתוב שיהי' נאמן בדיבורו בלבד הוי נאמן העד בשבועה ולא אמרי' עדות שבטלה מקצתו היינו לגבי נפשיה לפוטרן משבועה בטלה כולה משום דגבי נוגע ל"ש עדות שבטלה מקצתה וכמ"ש הראב"ד הובא בש"ך סי' ל"ז ע"ש וא"כ כל זמן דליתיה למערער קמן הרי נאמן בדיבורו בלבד דליכא היסת כלל א"כ השתא נאמנין בעדותן ולבתר שיבא המערער באמת יצטרכו שבועה דלגבי נפשייהו לא מהימני ולא מיפסלו עדותן למפרע דה"ל כמו רחוק בשעת עדות ואח"כ נעשה קרוב ובשעת עדותן נמי לא מהימני אלא למוחזק ולא לפוטרן משבועה

כשיבא המערער ולא הוי עד הצריך שבועה כיון דהשתא ליתיה למערער קמן וליכא שבועה מהימני בדיבורו בלבד וזה נכון ודוק:

סעיף ה

דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד. כ' הט"ז וז"ל אין להקשות כאן ואמאי הוצרכו לטעם זה שזכר הטור הא בלא"ה יש לקבל עדות המחזיק כיון שהוא הנתבע ובסי' כ"ח כ' דלכתחלה מקבלין לנתבע שלא בפני התובע וי"ל דכאן קרקע בחזקת בעלים הוא כיון שיש לו עדות שהיתה שלו קרוי המחזיק תובע וע"כ צריך לברר חזקתו עכ"ל: ותמהני דהא מבואר בטור וש"ע סי' קמ"ט סעיף כ' דאפי' בקרקע שהוא מוחזק מקבלין שלא בפני התובע שכתבו דאם החזיק בה בחיי האב ואחרי מיתת האב בא בנו הקטן לערער אין שומעין לו ואם צריך להביא עדים על חזקתו מביא ומקבלן אע"פ שהמערער קטן ע"ש וקטן שלא בפניו הוא אלא כיון שמוחזק בקרקע ה"ל נתבע: והעיקר בזה כמ"ש בסי' כ"ח סק"ט בשם מוהרי"ט דאין לחלק בקבלת עדות שלא בפניו בין תובע לנתבע כיון דכתיב והועד בבעליו ומה לי ממונו או הפקעת ממונו ודברי הר"ן פ' אלמנה ניזונת שכ' דמקבלין לפטור אינו אלא היכא שבאין להוציא מן הלוה שלא בפני המלוה דלפטור מהתביעה יכול להביא עדים בפני התובעין אותו ע"ש ועמ"ש בסי' ק"י סק"ב בשם מוהרש"ל ביש"ש דהא דמקבלין עדי חזקה בפני הקטן הוא משום ממ"נ אי חשבת ליה לטענת הקטן תקבל נמי עדותו שהחזיק בה ואם אי אתה רוצה לקבלו וחשבת להאי קטן כמאן דליתיה א"כ תביעתו אינה תביעה דלמה יחשב תביעתו תביעה ותשובה נגד תביעתו לא יחשב ומ"מ צריך זה להביא עדותו בפנינו שהוא מוחזק בה זולת מה שיצטרך להביא עדים פעם אחרת כשיגדל הקטן ויתבענו בדין וע"ש וכיון דהא דמקבלים לפטור אינו אלא לדחות תביעת התובעין אבל צריך להביא עדים עוד בפני הקטן כשיגדיל והכא שיחזיר ויביא עדיו בפני המערער כשיבא אין עדותן מועיל דבתר שיבא המערער הם נוגעין מש"ה כ' הר"ר יונה והטור הטעם דמקבלין את עדותן השתא ומהני לגמרי כיון דאם יעידו בפניו ה"ל נוגעין וה"ל כהלכו למד"ה דמקבלין שלא בפני בע"ד ואין צריך לחזור ולהגיד כלל ודוק:

סעיף ו

שכרו בשטר. כ"כ הטור בשם הראב"ד וסיים בטעמו דס"ל דשכירות דין לוקחין שלקחו זה מזה וע"ש ומשמע דלדעת הראב"ד אפי' דרו השוכרין ביחד כל שלש לא הוי חזקה בלא שטר. ובסמ"ע הק' דהא בלקוחות נמי כל שדר בו לוקח א' כל שלש הוי חזקה אפי' בלא שטר ותי' דס"ל דשאני לקוחות דהן עצמן באין להחזיק ואמרו שלקחוה מהמערער

מש"ה אמרי' מדלא מיחה הוי חזקה משא"כ שוכרין שלא באו הן בעצמן להחזיק בו אלא המשכיר ובזה ס"ל להראב"ד דיכול המערער לו' הייתי בטוח בהם שלא יטענו שקר ומן המשכיר לא ידעתי וע"ש. ואכתי תיקשי כיון דלוקח נמי אינו אומר שהוא לקחו מן המערער ויאמר הייתי בטוח בו ומן המוכר לא ידעתי. ולכן נראה לפי מה דאמרי' בפ' חזקת (בבא בתרא דף מ"ב) גבי שלש לקוחות מצטרפין אמר רב וכולן בשטר למימרא דסבר עדים לית ליה קלא והאמר רב המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים ומשני אינהו דאפסידו אנפשיהו ופי' רשב"ם שהיה להם לחקור יפה אם מכר שום קרקע באחריות ולא עשו לפיכך הפסידו אבל גבי שלש לקוחות אין להפסיד המערער דכיון דליכא שטר ולא יצא הקול ממילא לא היה לו לחקור דמימר אמר לפי שיראים להחזיק בקרקע שלי לא אכלוה כל א' שלש וע"ש. ומשום הכי בלוקח אחד שהי' לו למערער לחקור כל שדותיו וכמ"ש תוס' בפ' חזקת (בבא בתרא דף ל"ח) ד"ה מחאה שלא בפניו שאדם המחזיק בקרקעותיו אית ליה קלא שהוא חוקר ושואל על נכסיו ע"ש והיה לו לחקור אם זה ירד בתוכו בתורת לקוח ואחר החקירה יתוודע לו שהרי מוכר שדהו בעדים אית ליה קלא וכיון דלא חקר הפסיד ודוקא בשלש לקוחות הוא דאמרי' דלא היה לו לחקור וכמ"ש הרשב"ם כיון שראו אותן בזה אח"ז משא"כ בלוקח אחד ומש"ה בשלש לקוחות צריך שטר ובלוקח א' א"צ שטר דהיה לו לחקור ואית ליה קלא ע"י עדים ויתוודע לו וס"ל להראב"ד דוקא מוכר שדהו בעדים הוא דאית ליה קלא דמאן דזבין בפרהסיא זבין וכדאמרו שם אבל שוכר בעדים לית ליה קלא ולא יתוודע אפי' אחר החקירה ומש"ה בשוכרין צריך שטר כמו בשלש לקוחות וע"י שטר ודאי אית ליה קלא וק"ל:

סעיף ז

וטוען שהיה עובר בפ' חזקת (בבא בתרא דף כ"ט) האי דא"ל לחברי' מאי בעית בהאי ביתא א"ל מינך זבינתי' ואכלית שני חזקה א"ל אנא בשכוני גוואי הוי' אתא לקמיה דרב נחמן א"ל זיל ברר אכילתך א"ל רבא דינא הכי הממע"ה רשב"ם אנא בשכוני גוואי בחדרים הפנימים היתה עיקר דירתי והייתי עובר דרך עליך ולכך לא מחיתי ע"ש והרמב"ן בחידושיו כ' עלה ז"ל לא נ"ל מפני שהדין נותן שלא יפסיד חזקתו בשביל כך וכי אין אדם עשוי למכור בית החיצון ומשייר לעצמו הפנימי ודרך ואעפ"כ כיון שזה לבדו דר למה לא יעלה לו חזקה ועוד א"כ מ"ט דרבא והלא כל זמן שלא הביא ראיה שדר לבדו לא הביא עדי חזקה שאין חזקה למי שדר עם הבעלים וע"ש. ובנימוקי יוסף ז"ל ומיהו האחרונים ז"ל לא הסכימו לפירושו דודאי כיון שהי' דר בפני עצמו מהני ליה חזקה אלא שיש לפנימי דרך עליו דאי לא תימא הכי מוכר קרקע ושייר דרך לעצמו

לוקח במה יקנה עכ"ל: וראיתי בתשובת ב"ח סי' ז' שכ' על דברי הנימוקי וז"ל. הנה הק' הקושיא הראשונה דהקשה הרמב"ן והשניה לא קשי' ליה דפשיטא דהעברת דרך לא מיקרי דירה וא"כ ניחא טעמא דרבא. ולפענ"ד יש לישב להרמב"ן דקשיא ליה השני' לפי שראה בפי' הרשב"ם דכ' הייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי דאפשר לפרש דלמאי שהיה עובר דרכו עליו קרוי ליה משתמש עמך בביתי החיצון ואע"פ דלא היה משתמש עמו כלל כי אם בהעברת דרך עליו בלחוד דלפ"ז לא קשי' השני' ואם נפרש דר"ל שזולת שהיה עובר דרכו עליו עוד הי' משתמש בבית החיצון שהי' מניח כלים בחדרים שבבית החיצון ושאר תשמישין א"כ קשיא השני' ולא הראשונה והקושי' הא' והב' אינן אלא בדרך ממ"נ או הראשון קשיא או השני' עכ"ל: ותמהני במ"ש על הנ"י דהשני' לא קשיא ליה דפשיטא דהעברת דרך לא מקרי דירה וא"כ ניחא טעמא דרבא דהא ודאי רבא נמי מודה דהעברת דרך מבטל החזקה ואין בין רבא לרב נחמן אלא על מי להביא ראיה דר"נ סבר דהמחזיק צריך לברר ורבא ס"ל הממע"ה הא מייתי ראיה שהיה לו העברת דרך מפיק מן המחזיק וכן מדפריך שם דרבא אדרבא ודר"נ אדר"נ מנכסי דבר סיסין דר"ן אוקמה בידא דלוקח ורבא אוקמה בידא דמוכר ע"ש ואי נימא דרבא פליג בעיקר הדין וס"ל דאע"ג דהוי בשכוני גוואי הוי חזקה א"כ דרבא אדרבא ל"ק אלא ודאי דגם רבא מודה בעיקר הדין אלא כיון דלא נודע אם היה לו דרך ס"ל הממע"ה וא"כ קושי' השני' של הרמב"ן קשי' בלא הראשונ' כיון דודאי רבא מודה בעיקר הדין וכמ"ש וזה פשוט:

סעיף ח

דרך בית החיצון. כ' מוהרי"ט בחלק ח"מ סי' ל"א וז"ל ועל דבר החצר שהי' מחזיק בו ראובן כמה שנים ומשתמש בבתים ובאמצע החצר כל מיני תשמיש רק כי שמעון היה מכניס בהמותיו למרתף שלו בלכתן למרעה וכו' תשוב' כו' מאחר שזה כמה שנים היה מחזיק בו ראובן ואבותיו עלתה להם חזקה שאני אומר מכרום אבותיו של שמעון לאבותיו של ראובן ואין לבעל דין שיחלוק וכו' ואע"פ שהעדים העידו שלא היה לו שום תשמיש זולת הכנסת הבהמות די לו בזה לבטל חזקתו כדאמרי' בהאי דחז"ה בשכוני גוואי הא ליתיה דטעמא דרשב"ם שלא עלתה חזקה למחזיק היינו משום דכיון שהי' משמש עמו בדריסת הרגל לא היה חושש למחות אלמא מה שהיה בשכוני גוואי ועובר עליו חשוב כמחאה ובנ"ד מאחר שעברו כמה שנים שהיה פתח המרתף אשר לחצר סגור לא יפתח כמו שבא בשאלה ובאותן שנים היה ראובן משתמש בחצר עלתה לו חזקה שהרי החזיק שני חזקה בלי שום מחאה דמאחר שלא היה מעביר הבהמות בחצר

על מה סמך שלא מיחה עכ"ל: ולענ"ד נראה כיון דראובן אינו טוען שלקחו משמעון אלא שבא משום ירושה וכמו שמבואר שם בתשו' א"כ כיון שכבר הי' מחאה אצל המוריש תו אינו צריך למחות לגבי יורש וכמבואר בטור וש"ע סי' קמ"ו סעיף ח' לא אמרו למחות בסוף כל שלש אלא כשעמד בתוכו הראשון אבל כשמוכרו הא' אין צריך למחות בלוקח כיון שאינו בא אלא מכח הראשון ע"ש וא"כ ה"נ הרי כבר נעשה מחאה במוריש והוא הכניסה והיציאה ועמ"ש בסי' קמ"ו סק"ה. ועוד נראה דכה"ג אפי' עמד בתוכו הראשון אין צריך מחאה אח"כ לפי מ"ש הרא"ש בפ' חזקת גבי אכלה שית אין לך מחאה גדולה מזו ע"ש דהא דצריך למחות בסוף כל שלש דכיון שעברו שלש שנים בלא מחאה מתייאש מתביעתו ותולה מחאה הראשונה בדברי הבאי ואינו נזהר בשטרו וכו' אבל כשעושה מעשה ומכרו לאחר אין להתייאש ולתלות המכירה בדברי הבאי ויש לו ליזהר בשטרו ע"ש וזה שהיה לו כניסה ויציאה דהוי כמו מחאה ע"י מעשה ואינו יכול לתלות בדברי הבאי והיה לו ליזהר בשטרו לעולם דאינו יכול לומר קניתי אח"כ דה"ל יורד שלא ברשות וכיון דכבר נתבטל חזקה הראשונה בכניסה ויציאה תו אין צריך למחות בסוף כל שלש כיון דמעשה הכניסה אינו דברי הבאי וזה נראה לי ברור:

סימן קמא

סעיף א

הרי אלו כשלשה שנים בכנה"ג כת' בשם מוהרש"ח שכ' דלדעת הרשב"ם ז"ל הלכה כרב דבעי שלימות אמנם יש לתמוה על מוהרש"ח ז"ל היכן בדברי הרשב"ם דהלכה כרב דבעי שלש שנים שלימות ומיום ליום שרשב"ם לא כת' אלא לפי ל' הזה אפי' שמואל לא בעי לגרוע משלש שנים והכי קי"ל ע"כ ולשון זה מתפרש והכי קי"ל כשמואל ועוד שאפי' זה אינו מדברי רשב"ם אלא מלשון ר"ח אבל רשב"ם עדיין אפשר דסובר דהלכה כשמואל ובג' אכילות אפי' בפחות משלש שנים הוי חזקה ע"ש דבריו ז"ל ולא ראיתי מי שפוסק כרב זולת מ"ש מוהרש"ח ז"ל בביאורו וכתבתיו למעלה דרשב"ם פוסק כרב וכבר כתבתי דלא היא ע"כ:

ותמהני דהא הרשב"ם כתבו להדיא ד"ה דברי ר"ע ור' ישמעאל כו' אבל חכמים אומרים חזקתן שלש שנים מיום ליום ואלייהו דהני רבנן פרשינן בר"פ טעמא דחזקת שלש שנים דעד תלתא מזדהר אינש בשטרו טפי לא מזדהר וכוותייהו דהני רבנן אליבא דרב קיימא כדמוכח סוגיא דלא אזיל בתר לקיטת שלש פירות של שלש שנים אלא שלש שנים שלימות בעינן בכל דבר ומשום דאין אדם נזהר בשטרו יותר משלש שנים עכ"ל. גם

הרמב"ן בחידושיו כתב מדאמרינן עד שלש שנים מזדהר אינש בשטר הזקיקו לרשב"ם לפסוק הלכתא כרב ע"ש:

סעיף ב

החזיק אחד באילנות. ודעת תוס' דף ל"ז דבעל אילנות אין לו בגוף הקרקע כלום אפי' במה שתחתיהם ואין לו כח בקרקע אלא לענין יבשו יטע אחרים במקומן ואפילו בשלשה אין לו בגוף הקרקע כלום כיון שמכרו לאחר ועיין טור. ועיין ב"ח שכתב דלר"י מיירי תלמודא מדין חזקה כמבואר בתו' וזה שהחזיק בקרקע כל הקרקע הוא שלו ויכול לחפור תחת האילנות בכל השדה רק בענין שלא יזיק באילנות וזה שהחזיק באילנות לא קנה בקרקע אלא לענין יבשו עכ"ל. מיהו נראה דבסעיף שאח"ז בהחזיק באילן אחד ובא מחמת טענה אז הקרקע מה שתחת האילן הוא שלו ואין בעל שדה רשאי לחפור תחתיו כדאמרי נהרדעי פ' חזקת (בבא בתרא דף ל"ו) האי מאן דזבין דיקלא לחבריה קני ליה משיפולא עד תהומא ומוקי לה בבא מחמת טענה ע"ש ומבואר דקנה כל הקרקע שתחת האילן וא"כ צ"ל דהיכא דהחזיק א' עדיף מהחזיקו שנים דהא בהחזיקו שנים זה באילנות וזה בקרקע אין לו לבעל האילנות בגוף הקרקע כלום רק ליטע אילנות ובעל הקרקע יכול לחפור תחתיהם לענין שלא יזיק לאילנות ואלו א' שהחזיק באילן ובא מחמת טענה קני לה לארעא עד תהומא:

סימן קמב

סעיף א

כיון שהיה הסיוע בטעות. בפ' חזקת (בבא בתרא דף מ"א) רב ענן שקל בידקא בארעא דחבריה אזל הדר גידא בארעא דחבריה אתא לקמיה דרב נחמן א"ל זיל הדר כו' א"ל והא אחיל דאתא וסייע בגידא בהדי א"ל מחילה בטעות הוא את גופך אי הוי ידעת לא עבדת כי היכי דאת לא הוי יודעת הוא נמי לא ידע ומשמע דאי הוי ידע המסייע אע"פ שהזוכה לא ידע הוי מהני ליה וכמ"ש בטור בשם הר"ר יונה וכן הוא בש"ע לפנינו:

ובנימוקי יוסף ז"ל ושמעינן מהכא דאלו הוי ידע המזכה אע"ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה קונה ומש"ה לא סגי ליה למימר את ודאי לא הוי ידעת ואע"ג דאמרי' ביבמות פ' ר"ג (יבמות דף נ"ב) העודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה כיון שזוכה גופיה לא ידע פי' הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה עכ"ל ועמ"ש בסימן ער"ה סק"ד. ונראה בזה לישב קושיות תו' שם ד"ה א"ל מחילה בטעות וז"ל וקשה דבפ' א"נ אמר רב נחמן כו' דהתם משמע דבכ"מ לר"נ מחילה בטעות הוי מחילה והכא סבר

ר"ן דלא הוי מחילה וע"ש. ולפמ"ש בהגהת אשר"י שם בפרק א"נ בטעמא דר"נ דסובר מחילה בטעות הוי מחילה אע"ג דקנין בטעות חוזר דהיינו משום שהממון תחת ידו יש כח בידו לחזור כיון דבטעות הקנהו והקדש נמי לא חייל בטעות כיון דבעינן שיגמור בלבו ואין זה גמר כיון דטעה כו' א"כ אדם שיש לו ממון ומוכר אותו לחבירו ומוחל לו אע"פ שהוא בטעות זכה חבירו מידי דהוי אהפקירא בעלמא דחשיב הפקר א"כ שכנגדו קנה ביאוש בעלים ע"ש. וביאור דבריו משום דיאוש אפי' בטעות מהני דיאוש דאבידה נמי בטעות הוא דאלו הוי ידע היכן האבידה לא היה מייאש וכיון דטעמא דמחילה בטעות לרב נחמן מהני היינו משום יאוש בעלים א"כ הכא שפיר קאמר ר"נ כי היכא דאת לא ידעת הוא נמי לא ידע וא"כ ה"ל מחיל' בטעות דהא מצד יאוש והפקר לא זכה רב ענן כיון דלא ידע הזוכה ובהפקר היכא דסבר שהוא שלו לא קנה ומצד דעת אחרת מקנה ל"מ דה"ל מחילה בטעות והוא קנין בטעות דל"מ:

סימן קמג

סעיף א

הייתי טרוד בעסקי בפ' חזקת (בבא בתרא דף ל') האי דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ביתא א"ל מינך זבינתיה ואכלית שני חזקה א"ל בשוקי בראי הואי א"ל והא אית לי סהדי דכל שתא הוי אתית תלתין יומין א"ל תלתין יומי בשוקאי הוי טרידנא ופי' רשב"ם לא ידעתי שאתה דר בביתי וכגון שיש לו בית אחר באותו העיר ויש מפרשים בשוקאי הוי טרידנא ולא היה לי פנאי למחות אע"פ שידעתי ואינו נראה בעיני עכ"ל וכ"כ בטור ז"ל ולא ידעתי שהיית בביתי כו' אבל אם טען שלא מיחה מחמת טירדא שלא היה לו פנאי למחות אינה טענה שבקל יוכל למחות בפני שנים עכ"ל: ולפמ"ש תוס' והרא"ש בפרק חזקת דחזקה נשמעת אפי' במדינה אחרת שחוקר על נכסיו מי מחזיק בשלו אלא שאין המחאה נשמעת במדינה אחרת ע"ש א"כ קשה מה בכך שהיה בשוקי בראי הא כבר ידע החזקה גם שם וכי אתא לעירו למה לא מיחה כיון שבקל יכול למחות. וצ"ל דבשוק טרוד כל כך עד דשכח במה שהיה לו ידיעה מחזקתו אבל אם טען שידע בשוק מן החזקה אלא שהיה טרוד ולא היה לו פנאי למחו' בזה אמרי' בקל היה יכול למחות ועמ"ש בסק"ב:

סעיף ב

דהכל הולך אחר סוף השלש. כתב בנמוק"י ז"ל ומשמע מהכא דאינו צריך שיהיה המערער כל שלש במקום שיכול למחות אלא דוקא בסוף שלש ואפי' היה בתחלת שלש

במקום הראוי למחות ולא מיחה והלך במקום שלא היה יכול למחות לא עלתה לזה חזקה דאמרי' דעתו היה למחות אלא שלא נזדמן לו עכ"ל וכעין זה כ' בנימוק"י פרק כיצד הרגל בשם הרמ"ה לענין תפלה דהוי אונס כל שסבור שעדיין יש לו זמן להתפלל ואח"כ שכח ע"ש. ואיכא למידק כיון דהולך אחר הסוף א"כ תיקשי למה הוצרך לומר בשוקי בראי הואי דהא אפי' היה אתו עמו במדינה בתחלת שלש כיון דסוף שלש לאו בר מחוי לא הוי חזקה כיון שהוא טרוד בשוק בסוף שלש וליכא למימר דהיכא דהיה עמו במדינה בתחלת שלש שידע מן החזקה א"כ גם ביום השוק היה יכול למחות בקל דא"כ אפי' הוי בשוקי בראי נמי נימא הכי כיון שהחזקה נשמעת אפילו בריחוק מקום שחוקר בנכסיו מי מחזיק וכמ"ש תוס' והרא"ש פרק חזקת וע"כ צ"ל כמ"ש בסק"א דמחמת טרדות השוק שכח מחזקתו של זה וא"כ אפילו היה במדינה נמי כיון דבסוף שלש טרוד ביום השוק שכח והוי ליה אונס בסוף שלש ולכן נראה דהנ"י כ' אליביה דיש מפרשים שפי' דביום השוק טרוד ואין לו פנאי למחות ע"ש רשב"ם א"כ ניחא דדוקא היכא שהיה אונס גמור בסוף שלש הוא דאין לו חזקה ומשום דאמרינן דעתו היה למחות אלא שנאנס וכמו שאמרו גבי תפלה כה"ג שנאנס לבסוף אבל לפירוש יש מפרשים דלא הוי אונס בסוף שלש אלא שאין לו פנאי למחות ואי בעי מצי מוחה א"כ היכא דהיה בתחלה במקום שראוי למחות ולא מיחה מפני שסמך למחות בסוף א"כ למה לא מיחה כיון דאי בעי מיחה. וזה נראה לענ"ד בכוונת הב"י שכ' על דברי הנ"י וז"ל ודין זה ליתיה אלא למפרשים לא היה לו פנאי למחות עכ"ל ודברי הב"י תמוהין וכבר כתבו בזה האחרונים עיין בדבריהם בב"י ובכנה"ג ולפמ"ש ניחא דלפי פי' הרשב"ם דביום השוק אומר לא ידעתי שזה החזיק וכיון דאפי' במדינה אחרת נשמעת החזקה א"כ צ"ל דשכח מחמת טרדת השוק וכמ"ש וזה הוי אונס גמור א"כ אפילו היה עמו במדינה נמי לא ליהוי חזקה כיון דבסוף שלש שכח ונאנס ונימא בתחלה דעתו למחות לבסוף אלא שנאנס ביום השוק ולמה הוצרך לומר בשוקי בראי הואי אלא ודאי דברי הנ"י אינו אלא ליש מפרשים וכמ"ש ודו"ק:

ובש"ך כ' ז"ל ונ"ל דאם בתחלה ידע שזה החזיק בשלו ולבסוף הוא רוצה לטעון טרידנא ולא ידעתי שהיית מחזיק בשלי ל"מ והוי חזקה וכן הוא כוונת ב"י ע"ש. ודבריו סתומין וגם בעיקר דבריו לפמ"ש מוכרח דיכול לטעון לא ידעתי שהיית מחזיק בשלי היכא שהיה טרוד מחמת יומא דשוק' ונאמן לו' שכחתי שהיית מחזיק בשלי דהא אפי' בשוקא בראי נשמעת החזקה וכמ"ש ודוק:

סעיף ג

אבל אם אינו ידוע. ז"ל הרא"ש כיון שזה החזיק בשופי שלש שנים והחזקה נשמעת אפילו מרחוק עליו לברר שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת אם היה מוחה בו ולכך נמנע מלמחות עכ"ל ביאור דברים נראה דלא אמרי' בזה ברר אכילתך כמו בהאי דשכוני גוואי דקיי"ל כר"נ דאמר זיל ברר אכילתך דהתם הוי ספק בגוף החזקה אם החזיק כראוי או לא דאם היה למערער דריסת הרגל הרי אינו חזקה והמחזיק כשם שצריך עדים על חזקתו שלש שנים כן צריך עדים על מהות החזקה אם היה כדינו או לא אבל אם יש למחזיק עדי חזקה שהחזיק כראוי שלש שנים אז צריך המערער להביא ראיה שמיחה כראוי כיון דיש חזקה ברורה וזה שאומר שמיחה צריך עדים וה"נ הכא כיון שהחזקה נשמעת אפי' מרחוק א"כ במדינה אחרת נמי החזקה בשלימות אלא לפי שהמחאה אינה נשמעת הוה ליה כמחאה וזה אמתלא שלו על שלא עשה מחאה ומשום דאין המחאה נשמעת וא"כ המערער צריך לברר שמיחה או אמתלא שלו במה שלא מיחה והוא משום דלא היה יכול למחות לפי שהי' במדינה אחרת וכ"ז שאינו מברר כדבריו שהי' במדינה אחרת מוקמינן לה בחזקתו כיון שהחזקה כראוי אפי' במדינה אחרת אבל אם לא היה החזקה נשמעת מרחוק ה"ל ספק בגוף החזקה ועל המחזיק להביא ראיה שהם במדינה אבל השתא דחזקה נשמעת מרחוק אלא דכיון שהמחאה אינה נשמעת ה"ל כמו אמתלא על מחאה א"כ צריך המערער להביא ראיה וזה נראה לי ברור אלא שבסמ"ע הבין כוונה אחרת בדברי הרא"ש וע"ש ולענ"ד נראה כמ"ש ועמ"ש בסי' קמ"ג סק"ב:

סימן קמה

סעיף א

שאין העד מדקדק בזה. עיין ט"ז סי' ל' שהקשה בדברי הטור שכתב בזה אומר מנה שחור וז"א מנה לבן דמצטרפין והוא שיהי' תובע שניהם ובסי' קמ"ה באחד אומר אכלה חטין ואחד אומר אכלה שעורין דהוי חזקה דבין חטי לשערי טעי אינשי ואינן אלא הכחשה בבדיקות ולמה לא הוצרך הטור שיאמר המחזיק כדברי שניהם והעלה דגם בזה צריך המחזיק לו' כדברי שניהם אלא דמיירי שהמחזיק אינו יודע אם יודע אם שעורין ואם חטין ע"ש וסתימת דברי הטור לא משמע הכי דכל כה"ג ה"ל לבאר ולפרש שהמחזיק טוען אינו יודע או שאומר כדברי שניהם וכמ"ש בסי' ל' וישוב לקושית הט"ז עיין מ"ש בזה בסי' פ"ב סקי"ט:

סימן קמו

סעיף א

לא יצא דבר זה מפיכם. ז"ל הש"ך אפי' אמרו לו שמיחה כיון שאמרו לו שאמר להם שלא יצא הדבר מפיהם עכ"ל ונראה מדבריו דאם אמרו לו שמיחה ולא סיימו קמיה שאמר לא יצא הדבר מפיכם דהוי מחאה דה"ל ליזהר בשטרו כיון שאמרו לו שמיחה מחאה גמורה. אמנם נראה דכי היכי דאם לא היה מחאה כלל ובאו שנים ואמרו לו למחזיק שמיחה המערער ונתברר הדבר שלא מיחה דהוי חזקה כיון שלא הי' מחאה אע"ג דהמחזיק סבור שעשה מחאה ה"ה בזה כל שאמר לא יצא הדבר מפיכם דה"ל כאלו לא עשה מחאה כלל א"כ אם לא סיימו קמיה ואח"כ נתברר שאמר להם לא יצא הדבר דהוי חזקה מעליא כיון דסוף סוף המערער לא מיחה כראוי וזה פשוט:

סעיף ב

שי"ל לא חששתי במחאתו שלא ידעתי שהקרקע שלו בב"י סי' ר"ן כ' בשם הרשב"א בתשובה שנשאל על ראובן שעשה שטרי מתנות בריא שנתן לשמעון אחיו בתים וכרמים ונתן השטר ביד נאמן וצוה שיתן לאחר פטירתו שטר זה לאחיו ואח"כ נשא ראובן אשה והוליד בנים ונפטר ואז מסר הנפקד אותו שטר לשמעון והאלמנה והיורשים מוחים ביד שמעון וטענו כי אחר שכתב השטר חזר ראובן ולקח משמעון והחזיק בהם שני חזקה ולא מיחה שמעון והשיב שמעון כי הוא לא ידע במתנה עד עכשיו מפני כן לא מיחה השיב הרב דטענת שמעון יפה הוא ודומה למה שאמרו בפ"ב דכתובות אין מחזיקין בנכסי קטן אפי' הגדיל ומיהו דוקא אם היורשין והאלמנה מודים לו שלא בא לידו שטר המתנה עד עכשיו אבל אם אינם מודים לו עליו הראיה כי כל מי שטוען לא הייתי יודע שקרקע זה שלי או שזה החזיק בקרקעי עליו הראיה שהיה במקום רחוק שלא נודע לו או שהיה בענין שלא הי' יכול למחות כגון שהי' בורח מחמת מרדין או שהיה בשכוני גוואי ואף ע"פ שהנפקד מעיד לו אינו אלא עד אחד עכ"ל: והנה נרא' מדברי הרשב"א דס"ל דהיכא דהי' הכחשה בין המחזיק והמערער והמערער טוען שהי' במקום רחוק צריך להביא ראיה כדבריו שהי' במקום רחוק וזה כדעת הרא"ש והוא דעת הש"ע בסי' קמ"ג סעיף ב' אבל מדברי הרמב"ן בחידושיו אינו נראה כן שמפרש הך דשכוני גואי ושכוני בראי דהיינו מקום רחוק בדרום או בצפון וטען שהי' במקום רחוק שלא שמע את החזקה ע"ש וכיון דבהך דשכוני גואי שם איפסק הלכתא כרב נחמן דאמר זיל ברר אכילתך א"כ מוכח דכל כה"ג על המחזיק להביא ראיה אמנם לפמ"ש בסי' קמ"ג סק"ב

בטעמא דהרא"ש משום דהחזקה נשמעת מרחוק וה"ל חזקה ברורה אלא לפי שהמחאה אינה נשמעת מש"ה צריך המערער להביא ראיה שהיה במקום רחוק שהוא כמו מחאה אבל הכא שטוען המערער לא הייתי יודע שקרקע זו שלי א"כ ה"ל חסרון בחזקה דהא החזקה אינו נשמעת אלא לבעלים שחוקרין על שדותיהם וא"כ ודאי צריך לברר אכילתו. ואין להקשות בדברי רשב"א כיון דנרא' דמפרש הך דשכוני גואי כמו שפי' רשב"ם דהיינו בדריסת הרגל דליכא למימר דמפרש כרמב"ן שכוני גואי במקום רחוק דא"כ הוי הלכה כרב נחמן דאמר זיל ברר אכילתך וכיון דמפרש כרשב"ם ושם נא' בהך דשכוני גואי זיל ברר אכילתך ואיך כ' בהך דשכוני גואי דצריך המערער להביא ראיה ונרא' דהיינו דוקא היכא שידוע שהי' דר בבית הפנימי אלא שטוען שהי' דרכו עליו ובזה הוא דאמרי' זיל ברר אכילתך וע"ש פי' רשב"ם אבל בהך דרשב"א לא הי' ידוע אם דר בשכוני גואי א"כ אינו נאמן לומר דרכי עליך הי' וצריך המערער להביא עדים כדבריו ובעיקר הדין היכא דאיכא למימר לא ידע המערער אם זה קרקע שלו הנה כ' בתשובת מוהרי"ק שורש כ' וז"ל וכן מצאתי עוד שם תשובה לרבינו אביגדור כהן ז"ל וז"ל כתבת המחזיק ג' שנים בדבר שאינו יודע בעל דינו שמן הדין אינו יכול לעשותו ולבסוף נודע דשלא כדין עשה אם יכול לערער או לא תשובה ודאי יכול לערער דאין לו חזקה כלל כי מה שלא מיחה לפי שלא הי' יודע שהמוחזק הי' עושה שלא כדין וכו' עד מיהו לא כל הענינים שוים דאם הוא דבר שהדעת מצי טעי הכי נאמר למחזיק זיל ברר אכילתך ואם אין הדעת טועה בו שאין רגילין בני אדם לטעות בכך לאו כל כמיניה לומר לא ידעתי שהייתי יכול למחות לבטל חזקתו של זה עכ"ל. וא"כ נרא' דאפי' אם אין היורשין והאלמנה מודים לו נמי נאמן לבטל חזקתו של זה כל שיכול להיות שלא ידע שהמחזיק עושה שלא כדין ואפי' הרא"ש דס"ל בטוען הייתי במקום רחוק עליו הראיה הכא מודה מטעמא שכתבנו דבמקום רחוק החזקה ברורה וכמ"ש בסי' קמ"ג סק"ב אבל היכא שלא ידע ליכא חזקה כלל ואמרי' ליה למחזיק זיל ברר אכילתך) (:

סעיף ג

ויכתבו בלשון שליחות. ז"ל הסמ"ע ודוקא בלשון העדנו יכולין לכתוב שהוא לשון שטר ובלשון שטר כ"ע מודים דמועיל עדותן ולדעת ר"ת שכ' הטור כשמו בסי' כ"ח דכל שהעדים ראוין להעיד שולחין עדותן בכתב ה"נ א"צ לשון והעדנו ואפשר מה"ט סתם הטור בכתיבת המחאה ולא כת' באיזו לשון יכתבו ע"ש. ואינו נרא' לענ"ד דודאי לשון שטר ל"ש כלל גבי מחאה אפי' כתבו בלשון והעדנו דלשון שטר ל"ש אלא בשטר קנין או שט"ח והא דצריך לשון והעדנו היינו משום דבתוס' פרק חז"ה דף מ' הקשו בהא

דאמרו מחאה בפני שנים ואין צ"ל כתבו דהיכי מהני מחאה ומודעה מפי כתבם דהא כל שטר שנעשה שלא מדעת המתחייב אינו שטר וה"ל מפי כתבם ותירצו דבמחאה הקילו משום דבקל מבטלין חזקתו וכן במודעה הקילו כדי להציל האנוס מיד אונסו וע"ש ובנימוק"י שם ז"ל כתבו האחרונים ז"ל דצריך לכתוב בל' שליחות פלוני העדנו על עצמו לכתוב עליו שמיח' אבל כתבו שמענו מפלוני שמיחה כה"ג לאו עדות הוא ומפיהם ולא מפי כתבם אמר רחמנא ואע"ג דבעלמא בכל שטר בעי' צוואת מקנה דומיא דספר מקנה היינו בדבר שבינו לחבירו אבל במחאה ומודעה אין הדבר תלוי אלא בו די שיכתבו בל' שליחות וכדכתיבנא עכ"ל וזה הוא כשטת רש"י ובעה"מ דטעמא דשטר מהני היינו משום דנעשה מדעת מוכר או הלוה ותו לא הוי מפי כתבם אלא מפי כתבו דלוה או דמוכר ועמ"ש בסי' כ"ח סק"ו ומש"ה במודע' ומחאה נמי כשכותבין והעדנו על עצמו בל' שליחות ה"ל כאלו כותב המערער מחאתו שמוחה וה"ל מפי כתבו:

אמנם לשטת הרמב"ן טעמא דשטר בעדים שנעשה מדעת המתחייב דמהני ומשום דה"ל תורת שטר ובשטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד ועמ"ש בסי' כ"ח שם וא"כ במחאה ומודעה אפי' נעשה מדעת המוח' נמי הוה מפי כתבם כיון דלא ס"ל טעמא דרש"י ובעה"מ אלא משום תורת שטר וגבי מחאה ומודעה ל"ש כלל תורת שטר וכמ"ש. ומש"ה קשיא להו לתוס' במודעה ומשאה דכיון דליכא תורת שטר בזה ה"ל מפי כתבם והוצרכו לו' מחמת תקנה בעלמא גבי מחאה להפקיע חזקתו וגבי מודעא להציל הנאנס וכמ"ש תוס'. והיינו נמי טעמא דטור שסתם ולא כ' באיזו לשון יכתבו משום דס"ל נמי עיקר כדעת תוס' והרמב"ן דלעולם ל"מ אלא שטר וא"כ ע"כ אינו אלא משום דבקל הפקיעו חזקתו ותו אין לחלק בין לשון שליחות או לא. אבל הנ"י דהביא בשם האחרוני' לכתוב בל' שליחות היינו משום דאזלי בשטת רש"י ובעה"מ ושפיר מהני ל' שליחות וכן הרמ"א נמי אזיל בשטת האחרונים והוא נמי כשטת רש"י ובעה"מ וכמ"ש וז"ב:

אמנם קשה למה כ' הרמ"א כאן לכתוב בלשון שליחות והעדנו על עצמו והוא כדעת האחרונים שבנ"י וכיון דכתבו האחרונים במודעא נמי לכתוב לשון שליחות א"כ הי' לרמ"א לכתוב בסי' ר"ה גבי הודעא לשון שליחות ולא ראיתי מי שירגיש בזה ועמ"ש ישוב לזה בסי' ר"ה סק"א:

סעיף ד

לכתוב לו שמיחה כ' מוהרי"ט בחלק ח"מ סי' ע"ט ז"ל ונראה בעיני שאע"פ שהמחאה ניתנה לכתוב דוקא כשנכתב בזמן שמועיל המחאה כגון תוך שלשה שנים דאז ודאי לא מיקרי עדות שלא בפני בע"ד שאין בכתיבה זו חובה למחזיק שהרי יכול הוא עדיין

למחות בפני אחרים ואינם עכשיו אלא כשעושין שליחותו של מוחה אבל לאחר ג' שבאין עכשיו על חזקתו של מחזיק בעבור זה והם אינם שלוחין עתה שהרי אינו יכול למחות עכשיו אלא שמעידין שזה מיחה בתוך שלשה ואע"פ שהי' כתוב בלשון שליחות ל"מ אם לא שיעידו בע"פ ובפני בע"ד עכ"ל. והנה ראיתי בתומים שכ' עלה ז"ל ודבריו תמוהין כי מה טעם יש בכך דהא ניתן לכתוב להציל העשוק מ"ש בתוך ג' שנים או לאחר ג' שנים ולא מצאתי לו ראיה ועזר בשום פוסק עכ"ל. ול"נ דברי מוהרי"ט נכונים לפמ"ש בנ"י לכתוב לשון שליחות משום דהוי מפי כתבם משום הכי צריך לכתוב לשון שליחות והוי מפי כתבו וכמ"ש בסק"ג ומשום דבמחאה ומודעא אין הדבר תלוי אלא בו וכמ"ש בנ"י וא"כ היינו דוקא תוך שלש אבל לאחר שלש דתו אין הדבר תלוי בו במערער דהא תו לא מצי מחה אחר שלש ואם העדים כותבין שמיחה תוך שלש ה"ל מפי כתבם אפי' כתבו ל' שליחות אלא דמ"ש מוהרי"ט משום שלא בפני בע"ד לא הי' צריך לזה אלא משום מפי כתבם וכיון דהרמ"א פסק לכתוב לשון שליחות ממילא ל"מ אחר שלש וכמ"ש דלאחר ג' תו אין הדבר תלוי בו במוחה וז"ב:) (ועוד נראה דאפי' לדעת התוס' שכתבו בטעמא דכותבין מחאה ומודעא ומשום דבמחאה בקל הפקיעו חזקתו ע"ש בתו' היינו נמי דוקא תוך שלש דעדיין אין חזקתו של מחזיק ברורה דהא עוד ידו נטויה למחות מש"ה בקל הפקיעו חזקתו וגם חזקת שלש שנים אינו אלא תקנת חכמים וכמ"ש בסי' ק"מ סק"ב אבל לאחר שלש דכבר נתברר חזקתו של זה המחזיק אין אנו מקבלין עדות מפי כ' כמו בשאר עדיות. ומ"ש בתומים מ"ש תוך ג' או לאחר ג' כיון דניתן לכתוב להציל העשוק נראה שנתחלף לו בין מחאה למודעה ובתוס' כתבו גבי מחאה משום דבקל הפקיעו חזקתו ובמודעא כדי להציל הנאנס מיד האונסו ע"ש והיינו משום דבמודעה דהי' אונס אלא דאמרי' אגב אונסי' גמר ומקני ומשום הכי הקילו מפי כתבם כל שידוע לעדים שהי' אונס אבל במחאה הרי הוא כשאר עדיות שבתורה דאם הוא של חבירו הרי הוא עשוק ואפ"ה ל"מ מפי כתבם ומש"ה כתבו תוס' גבי מחאה הטעם משום דבקל הפקיעו חזקתו: וא"כ אפי' לפמ"ש תוס' נראה דלא הפקיעו אלא תוך שלש דעדיין לא החזיק והפקיעו שלא יחזיק אבל היכא שכבר החזיק תו לא הפקיעו חזקתו. מיהו במודעא אפי' כתבו אחר המכירה ומה שמסר לפניהם קודם המכירה מהני ומטעם שנתבאר בדברינו סי' ר"ה סק"א ע"ש:

סעיף ה

אבל אם מכרה המערער כ' הרמב"ן בס' המלחמות פ' חזקת וז"ל וקרוב אני לו' שאף ביורש אם מיחה אביו ומת היא הדין והוא הטעם דכיון דראשון מוחה וזה אינו בא אלא

מכחו בטלה חזקה הראשונה ועל דעת מחאתו של ראשון זה סותר משא"כ במוכר עצמו שלא מיחה שהוא כחוזר בו ממחאתו כדאמרי' במערער שלא מחמת טענתו הראשונה לפיכך אמר אכלה שית אין לך מחאה גדולה מזו עכ"ל:

סעיף ו

אלא כשעומד בתוכו הראשון. והוא בב"י בשם תשובת הרשב"א שנשאל בשני אחין שמכר א' מהם קרקע ליהודה שטען שהי' שלו שאביו נתנה לו במתנה ומחה בו אחיו ואח"כ מכרו המחזיק והחזיק הלוקח שני חזקה והשיב שלא עלתה לו חזקה שלא אמרו צריך למחות בסוף כל שלש אלא כשעומד בתוכו אותו הראשון אבל אם מכרה אותו הראשון לאחר אינו צריך למחות בלוקח לפי שהלוקח אינו בא אלא מכח הראשון וכבר מיחה בראשון ויכול לו' לא חששתי למחות בך לפי שאינך בא בטענה שמכרתי לך אלא מחמת הראשון וכבר מחיתי בו והראיה דההוא דדר בקשתא בעיליתא ג' שנים וכו' אתא לקמיה דרבי חייא וכו' ואי איתא נימא ליה כיון דלא מחית בי מוכחא מלתא דזבנית להאי דזבני ניהליה וכן מהאי דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא וכו' עביד אינש דקרי לשני טובא שני חזקה והני מילי דאכלה שבע שנין וכו' וא"כ אפי' שית נמי דהא אחזיק ביה לוקח בתר הכי ארבע שני בפני הלוקח ובלא מחאה אלא שיכול הראשון לטעון כבר מיחה בו ושוב לא חששתי למחות לפי שהוא אינו בא בטענה מחמתו עכ"ל ע"ש. ומוהרי"ט בחלק ח"מ סי' כ' האריך להסתיר ולסתור דין זה של הרשב"א וז"ל ואיכא למידק בה טובא חדא מ"ש מכל לוקח דמייתי ראיה דדר האי מקמי' חד יומא ואכלה שני חזקה דעלתה לו חזקה בכך דחד יומא לא עדיף משלש שנים במחאה ולאחר שאכלה הלוקח ג' שנים בשופי ולא מיחה מוקמינן בידיה ולא מצי מערער לו' לא חששתי למחות בך לפי שאינך בא בטענה שאני מכרתי לך אלא מחמת הראשון והראשון לא עלתה לו חזקה וכו' והא דמייתי ראי' מההיא דדר בקשתא בעיליתא שלש שנין דאצטרכינן ר' חייא סהדי דדר ביה חד יומא התם ודאי לא חשיב לוקח אלא א"כ מברר שהי' דר בו אותו שמכרה לו אפי' חד יומא שאל"כ לאו לוקח הוא וכו' וכן פי' רשב"ם אייתי עדים וכו' וע"ש שהאריך וסוף דבריו ז"ל והשתא דאתינ' להכי אמינא שבנדון של הרשב"א וכו' דמחה אחיו בפני הלוקח וכו' והחזיק הלוקח שני חזקה בזה אמר שלא עלתה לו חזקה וכו' ולוקח הוא דאפסיד אנפשיה וכו' כך נראה בעיני לישב דינו של הרשב"א אליבא דהלכתא ואם יש קיצור בלשון או שינוי קצת אין לתמוה וכו' אבל מה נעשה שהרב מוהר"י קארו ז"ל כת' סתם בפסקים לא אמרו למחות בסוף כל שלש אלא כשעמד בתוכו הראשון ולא הזכיר שמכרה בטענה שהי' של אביו דהלה מכחישו דאיהו דאפסיד

אנפשיה עכ"ל וע"ש: ולפענ"ד נראין דברי הב"י במה שהעלה להלכה בד"א שעמד בתוכו ראשון ומה שמפרש מוהרי"ט דברי רשב"א הרואה יראה שאין דבריו עולין כלל וכלל וכמ"ש בעצמו שמורה חסרון בלשון הרשב"א. והנה מה דקשיא ליה למוהרי"ט דמ"ש מכל לוקח כו' דחד יומא לא עדיף משלשה שנים בהמחאה וכו' ודאי חד יומא עדיפא וכמו שנבאר. והוא דבמה שאמרו צריך למחות בסוף כל שלש דעת בעל המאור הוא שלא יאמר חזרתי ולקחתיו אחר המחאה משום וס"ל דיורד שלא ברשות נמי אית ליה חזקה וכן נמי דעת הרשב"א וכן ביורד ברשות אם כלו ימי המשכונא אית ליה חזקה ובנ"י פ' חזקת כ' בשם הרשב"א ותיקשי הא דאמרי' בפ' חזקת בבן אומן דאין לו חזקה כשבא בטענת אביו כיון דהאומן גופיה יש לו חזקה אחר שכלו ימי אומנתו והבן שאינו אומן אמאי אין לו חזקה אלא ברירא דהאי מלתא דאין טוענין ליורש ולוקח אלא כשדר בו המוכר יום אחד וכן המוריש וכיון דדר בו יום אחד הוי קצת אומדנא שקנאו המוכר או המוריש וכן מבואר מדברי הרשב"ם פ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ"א) אייתי ראיה דדר ביה חד יומא כדי לאמת דבריך ע"ש ומש"ה אמרו שם נראה בו רבא אמר עביד אינש דסייאר ארעא ולא זבין וקי"ל כרבא והיינו כיון דעביד אינש דסייאר ארעא תו ליכא אומדנא כלל ואנן לא טענינן ללוקח וליורש עד דאית אומדנא דמוכח דזבניה ליה המוכר או המוריש. ומ"ש מוהרי"ט דדר ביה חד יומא דמוכר היינו שנדע שזה לוקח הוא דליתיה וכמו שיתבאר בסק"ט ע"ש אלא דר ביה חד יומא דמוכר לאומדנא שקנאו דאע"ג חד יומא לאו חזקה הוא אומדנא מיהא הוית ואז טענינן ללוקח ובלא אומדנ' לא טענינן ללוקח ויורש ומש"ה בבן אומן אין לו חזקה כשבא בטענת אביו כיון דדר ביה חד יומא דאביו לאו אומדנ' כיון שהי' אומן ואין לנו אלא חזקת שלש של הבן וחזקת היורש בעצמו לאו כלום כיון דאין לנו אומדנ' והרי הוא כמי שנרא' בו אביו דליכ' אומדנ' וכמ"ש ואע"ג דכלו ימי אומנתו דאביו שנה אחת קודם מותו נמי לא הוי חד יומא כיון דירד בו ברשות ליכא אומדנ' גבי יורד ברשות ל"מ אלא חזקת שלש וכמו שמבואר מדברי הנ"י פרק חזקת שכתב בשם הרשב"א דאע"ג דמטלטלין יורד ברשות לית ליה חזקה היינו משום דגבי מטלטלין אין הראיה רק התפיס' ולהכי כשירד ברשות ליכא ראיה בתפיסתו משום דעל ידי שאלה ושכירות ואומנות בא לידו אבל חזקת קרקעות דהוי שלש שנים מדלא מיחה שייך נמי ביורד ברשות עכ"ל ע"ש. וכיון דיורד ברשות דהיינו באומנות ליכא ראיה אלא בחזקת שלש שנים מדלא מיחה א"כ דר ביה חד יומא אחר שכלו ימי אומנתו ליכא אומדנ' כלל וחזקת הבן ל"מ בלא אומדנ' דדר ביה חד יומא וז"ב. ולפ"ז ממילא מבואר טעמא דרשב"א דהיכא שמיחה בראשון דשוב לא טענינן ללוקח שקנאו

המוכר אחר המחאה כיון דאם קנה אחר המחאה ה"ל יורד שלא ברשות ותו ליכא חד יומא אצל המוכר דכל שירד ברשות או שלא ברשות ליכא חד יומא וכמ"ש ואין לך בו אלא חזקת ג' שנים ול"מ חזקת ג' שנים דלוקח אלא כי דר ביה המוכר חד יומא דהוי אומדנ' שקנאו ובהנך שירד שלא ברשות או ברשות לא הוי חד יומא ראיה ואומדנא כלל ומהרי"ט הבין דדר ביה חד יומא שהוא לראיה שזה לוקח היא אמנם מבואר ברשב"ם דהוא כדי לאמת דבריו שקנאו המוכר כמ"ש בס"ק ט' וא"כ דברי הרשב"א והש"ע נכונים. וכן לדעת הרשב"ם והרמב"ן והרא"ש דהא דצריך למחות בסוף כל שלש היינו משום דתולה המחאה בדברי הבאי היינו היכי דטוען ברי שקניתי ואית ליה חזקת שלש מבורר בשופי תלינן המחאה בדברי הבאי אבל חזקת שלש דלוקח ויורש לאו חזקה הוא עד דאיכ' בהדי' אומדנ' דדר ביה חד יומא בשופי וכיון שמיחה בראשון וא"כ דירת המוכר לאו כלום הוא וכיון דמיחה בראשון שירד בה בתורת בזלנות או בתורת שכירות תו לא מצינן למיתלי מחאתו בדברי הבאי ע"י חזקת שלש שנים דלוקח כיון דעיקר הסיבה של חזקת לוקח אינו אלא חד יומא דמוכר וכל זמן שאינו מבורר שדר ביה המוכר בשופי כיון דמיחה בו ממילא חזקת הלוקח לאו כלום ומש"ה כל שלא מיחה בראשון דאיכ' עכ"פ אצל המוכר חד יומא בשופי אז הוא דמהני חזקת הלוקח וטענינן עבורו כיון דאיכ' אומדנ' שקנאו המוכר אבל כל שמיחה בראשון חד יומא דראשון לאו כלום וממילא תו ל"מ חזקת לוקח ויורש בלא טענה כיון דליכ' אומדנ' שקנאו המוכר וכמ"ש וכל זה ברור. והארכנו בזה לברר דין של הרשב"א ולהוציא מדברי מוהרי"ט והעיקר כדברי הש"ע ודו"ק:

סעיף ז

אינו צריך למחות בלוקח. כ' הסמ"ע ז"ל מוכח מזה דהא דכ' א"צ לעשות מחאה בלוקח היינו דוקא כשהוא מובטח בלוקח שלא ישקר לטעון כו' דאל"כ צריך לעשות מחאה כדי שלא יטעון הלוקח שקנה מן המערער ע"ש. והכוונה דאם אינו מובטח בלוקח צריך לעשות מחאה שלא יטעון הלוקח שהוא קנאו אבל אם הלוקח אינו טוען. שקנאו בעצמו אלא בא בטענתי' דמוכר ודאי מוציאין מידו כיון שכבר מיחה בראשון וזה פשוט אלא שראיתי במוהרי"ט סי' כ"ו שהבין כוונת הסמ"ע דדוקא שמובטח בלוקח וכגון שהוד' הלוקח אבל אם לא הודה שלוקח מהני חזקתו ולכן השיג עליו מהא דבא מחמת כותי דאם לא מיחה לא הפסיד ע"ש אמנם הסמ"ע נמי מודה דהיכא דהלוקח אינו בא מחמת עצמו אלא מחמת הראשון דמוציאין מידו אלא דעצה טובה קמ"ל לפי שנראה דא"צ

למחות בלוקח לזה כת' דהיכא דאינו בטוח בלוקח יש לו למחות וה"ה בבא מחמת כותי אם אינו בטוח בלוקח יש לו למחות:

סעיף ח

תחזור לו השדה. בטור כת' נשבע ונוטל ועיין ב"י וסמ"ע מ"ש בזה והב"ח כת' טעם לשבועה זו מדתנן כל חזקה שאין עמה טענה אינם חזקה ?משמע דחזקה הוא דאינו אבל שבועה חייב דאל"כ ה"ל למיתני כל חזקה שאין עמה טענה אינה כלום והכי דייק בגמ' אסיפא דתנן הבא משום ירושה אין צריך טענה טענה הוא דלא בעי הא ראיה בעי מדלא קתני הבא משום ירושה אין צריך כלום כמו שפי' רשב"ם ה"נ קתני אינה חזקה להעמידה בידו אבל שבועה מיהא חייב ונשבע המערער שלא הי" מחל לו ע"ש. ואיכא למידק בזה דאמרינן פח"ה ד' ל"א ז"א של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתי' והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה כו' הדר אמר אין דאבהתך הוא וזבנתי' מינך כו' טוען וחוזר וטוען או אין טוען וחוזר וטוען כו' ומודה עולא היכא דא"ל של אבותי ולא של אבותיך דאינו טוען וחוזר וטוען וכיון דאפי' בחזק' שאין עמה טענה בעי שבועה ומשמע שבועת המשנ' כיון דדייק לה ממשנה וכל היכא דמחוסר שבועה לא הוי חוזר וטוען וכמ"ש מהרש"ל ביש"ש פ' הגוזל בתרא סי' נ"ה גבי איני יודע אם פרעתיך דחוזר ואומר נזכרתי ולאו חוזר מחיוב לפטור הוא לדעת שערי רב אלפסי דצריך הנוטל לישבע כיון דעדיין לא נשבע ושמא לא ישבע התובע והובא בש"ך סי' ע"ה ועמ"ש שם סק"ז: ונראה דזה שטען של אבותי גרע מחזקה שאין עמו טענה דטעמא דצריך שבועה היינו דשמא מחל לו אבל זה שאומר של אבותי ולא של אבותיך הרי הודה שלא מחל לו אבותיו של המערער ולא המערער כיון דאומר שלא הי' של אבותיו מעולם וא"כ לא היה שום שבועה על המערער אף ע"ג דאכלה שני חזקה ונתחייב חיוב מוחלט ומש"ה אינו חוזר וטוען וק"ל:

סעיף ט

שדר בו המוריש. בפ' חזקת (בבא בתרא דף מ"א) אייתי סהדי דדר בו המוכר חד יומא ומוהרי"ט בחלק ח"מ סי' כ"ו כת' טעמא דחד יומא משום דלא חשיב לוקח אא"כ מברר שהי' דר בו אותו שמכרה לו יום אחד שאל"כ לאו לוקח הוא ולא ידע שום טענה לטעון תלה עצמו באחרים וה"ל חזקה שאין עמה טענה וכן פי' רשב"ם אייתי סהדי וכו' כדי לאמת דבריך ושוב לא תצטרך להביא עדים שלקחה מבעליו אותו שמכרה לך דטענינן ללוקח ויורש וע"ש:

והוליד מזה חדשות בסי' כ"ז שם וז"ל ובר מדין כיון דאיכא שטרא דזבנא לוי מיהודה סגי משום דהא דבעי לאתויי ראיה דדר ביה המוכר חד יומא היא כי היכא דנדע שהוא לוקח דלאו כל כמיניה שנטעון בעדו דאל"כ מנא לן שהוא לוקח דלמא גזלן הוא ומתוך שאינו יכול להעיז פניו לו' ממך לקחתי אומר לוקח אני אבל כשהביא עדים שהית' ביד הראשון שמכרה לו אפי' שעה אחת רגלים לדבר שהוא לוקח וכ"ש שאם הביא ראיה שמכרה לו אותו פ' בפני עדים בחזקת שהוא שלו דהוא טפי מדר בו יום אחד וחד שעתא עכ"ל. ונפלאתי איך נעלם ממנו ל' הרשב"ם פ' חזקת (בבא בתרא דף ל' ע"ב) ד"ה א"ל מפלניא זבנתי' כו' ומאחר שלא טען ואכלית שני חזקה שטר מכירה שלו עודנו בידו וכו' וגם אין לו עדים שהוחזיק בו המוכר יום אחד ע"ש. והרי מבואר להדיא דאע"ג דאית ליה ללוקח שטר מכירה שלו בידו צריך לוקח להביא ראיה שדר בו המוכר יום אחד אלא עיקרא דמלתא דאע"ג דידעינן שלקחו מהמוכר מכל מקום חזקה שאין עמה טענה לאו כלום ולא טענינן ללוקח עד דאייתי ראיה שדר בו המוכר יום א' דאז הוי אומדנ' קצת שלקחה המוכר דאע"ג דחזקה לא הוי בציר משלש אבל אומדנ' מיה' הוית וזה שכת' הרשב"ם דף מ"א ז"ל אייתי סהדי דדר ביה המוכר יום אחד כדי לאמת דבריך ושוב לא תצטרך להביא עדים שלקחה מבעליו אותו שמכרה לך וע"ש היינו דבזה אנו מאמתין דברי הלוקח שקנאו המוכר מן בעליו כיון דעכ"פ דר בו יום א' בשופי. ולדברי מוהרי"ט הי' לו לרשב"ם לומר לאמת דבריך ושוב לא תצטרך להבי' עדים שלוקח אתה אלא ודאי כמ"ש. וא"כ אפי' אית ליה ללוקח שטר מכירה מן המוכר לא מהני עד שיבי' ראי' שדר בו המוכר חד יומא וכדמוכח מדברי הרשב"ם דף ל' וכמ"ש וזה ברור ועיין מ"ש בסק"ו:

סעיף י

והוא לקחה ממך. עיין ש"ך סק"י שהעלה בטוען מפלני' זבינתי' דזבנה מינך יכול אח"כ לומר בפני לקחה ממך ויכול לומר כך כוונתי מתחלה במה שאמרתי שהוא לקחה ממך והסמ"ע ס"ק ל"ז כת' שהתוס' חולקין על זה וכוון למ"ש תו' דף ל' ע"א ולפענ"ד נרא' דמ"ש התוס' שם דכשאומר מפלניא זבינתיה דזבנ' מינך לא יוכל אח"כ לטעון בפני זבנה מינך במגו דמגו למפרע לא אמרינן רצונם לומר שפירשו מפלניא זבינתי' שהייתי סבור או דאמר לי דזבניה מינך דהא קאי התם הש"ס ותדע דגם בעובד' דר' חייא דף מ"א אית' אמר ליה מפ' זבינתיה דזבנה מינך והתם ע"כ פירושו דא"ל דזבנה מינך וכמ"ש הרא"ש וכן פי' רשב"ם ע"ש. ואכתי תיקשי בדברי תוס' שם דף ל' וז"ל והא דקאמר רב התם וחזיתי' לדעתי' דחביבי דאי הוי א"ל קמי דידי זבנה מינך הוי מהימן ליה במגו דאי בעי אמר מינך זבינתי' לא קאמר שהי' עדיין נאמן בטענה זו אלא כלומר אי הוי טען מעיקרא

וע"ש וטפי ה"ל לתו' לפרש דהך עובדא דר' חייא דאמר מפלניא זבינתי' דאמר לי דזבנה מינך ותו לא א"כ שפיר קאמר וחזיתיה לדעתיה דחביבי דאי הוי אמר אפי' עכשיו דזבנה מינך הוי מהימן משום דיכול לו' כך כוונתי מתחילה ומנא להו לתוס' דעובד' דר' חייא מיירי מפלני' זבינתי' דאמר לי דזבנה מינך כיון דלא נאמר שם הך לישנ' דא"ל אלא סתם מפלני' זבינתי' דזבנה מינך וא"כ לא מקשי תוס' מידי ויש ליישב לפי שטת הש"ך דהיכא דאמר סתם מפלני' זבינתי' דזבנה מינך דהב"ד עצמם מחויבים לפרש ע"ש וניחא לפ"ז דהוכרחו תוס' לפרש עובד' דר' חייא דמיירי דאמר לי דזבנה מינך דאי מיירי בסתם א"כ היכי קאמר וחזיתיה לדעתיה דחביבי דאי הוי א"ל קמי דידי זבנה מינך הוי מהימן הא אפי' לא טען הב"ד טוענין עבורו לפרש הכוונה דאמר קמי דידי זבנה מינך אלא ודאי מיירי עובד' דר' חייא דאמר מפ' זבינתיה דאמר לי דזבנה מינך אלא דמ"ש הש"ך דהב"ד עצמם מחוייבים לפרש דבריו אינו מוכרח. ומדברי הרא"ש נרא' דצריך לטעון כך ע"ש וא"כ מצינו לו' דעובד' דר' חייא מיירי בסתם וכמ"ש ונרא' דאי הוי מיירי בסתם א"כ הוי מהימן לו' קמי דידי דר ביה חד יומא במגו דאי בעי הוי טען עכשיו קמי דידי זבנה מינך וכוונתי כך בתחלה דמגו למפרע לא הוי כיון דיש לו עכשיו לפנינו המגו וא"כ צריך לו' מפ' זבינתיה דאמר לי דזבנה מינך והא דקאמר וחזיתיה לדעתיה דחביבי דאי הוי אמר קמי דידי זבנה מינך היינו בתחלה אבל עכשיו תו לית ליה שום טענה המזכה וק"ל:

סעיף יא

שהרי יש לו טענה עם חזקתו. בתוס' (דף ל') ז"ל ובעובד' דידן אי הוי מייתי המחזיק סהדי דדר ביה חד יומא נרא' לרשב"א דהוי לאוקמי ארע' בידיה אע"ג דליכ' מגו מ"מ טענינן ללוקח שהי' המוכר נאמן לו' זבינתה מינך במגו דאי בעי אמר לא הי' שלך מעולם וכו' וכה"ג מצינו בסוף המוכר גבי מפקיד אצל חבירו בשטר וכו' ואור"י דלא דמי דהכא אם הי' המוכר רוצה לזכות בטענה זו דלא הי' שלך מעולם לא הי' הלוקח מעכבו שהרי יודע הוא שהית' שלו עכ"ל ועיין בפ' י"נ (ד' קל"ה) באומר יש לי בנים דנאמן לפוטרה מיבום במגו דאי בעי אמר גרשתי ודעת רשב"ם דלכהן מיהת אסורה דלכהן ליכא מגו דגרשתי כיון דאסור בגרושה ודעת תוס' שם דגם לכהן מותרת ע"ש וכן דעת הרמב"ן שם בחידושיו דנאמן לגמרי ומשום דלא איכפת ליה לבעל אם אינה נשאת לכהן והי' לו לגרשה כדי שלא תזקק ליבם ותנשא לישראל וכשבאין לפנינו ע"כ אנו מאמינים שאינה זקוקה ליבם וכיון שהותרה הותרה שאם אינה זקוקה ליבם מפני טענה זו שטען מותרת אף לכהן עכ"ל ע"ש ונרא' דטעמא דהרשב"א דס"ל דטענינן ללוקח שהי' המוכר נאמן במגו דלא הי' שלך מעולם ויתכן לפי שטת תוס' והרמב"ן דלכהן נמי שרי' ומשום דלא

איכפת ליה לבעל אם לכהן אם לאחר וכיון שהותרה הותרה א"כ ה"נ כיון דהמוכר הי' נאמן במגו לו' לקוח במגו דלהד"מ ולא איכפת ליה למוכר דמוכרה לזה או לזה וכיון שאנו מאמינין אותו בטענת לקוח א"כ ללוקח זה רשאי לעכבו ודעת ר"י יתכן לסברת רשב"ם דאסורה לכהן כיון דלגבי כהן ליכא מגו וה"נ לגבי לוקח זה ליכא מגו כיון דידע שהי' שלו:

סעיף יב

מפלוני קניתיה סתם ז"ל הש"ך דין זה תמוה בעיני דהרא"ש לא קאמר אלא כשאומר מתחלה מפלוני קניתי' דזבנה מינך שהרי הוא אומר מה שהודיתי מתחלה שהי' שלו הודיתי ע"פ מה שאמרתי דזבנה מינך וכוונתי דזבנה מינך בפני ולא הוי מגו למפרע אבל כשאומר מתחלה קניתי' סתם א"כ אינו יכול עתה לחזור ולטעון בפני קנאה ממך שהרי עכשיו אין לו שום מגו ומעיקרא הודה שהית' שלו ואין לך מגו למפרע גדול מזה וע"ש שהעלה בטעות סופר אמנם לענ"ד נרא' ראיה ברורה לדברי הרא"ש והטור דכה"ג אמרי' מגו מהא דאמרי' פרק חז"ה (דף ל"א) ז"א של אבותי וז"א של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתי' הוא והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רבה מה לו לשקר וכו' אמר אביי מה לו לשקר במקום עדים לא אמרי' הדר א"ל אין דאבהתך וכו' טוען וחוזר וטוען נהרדעי אמרי אין חוזר וטוען וכו' ומודי נהרדעי היכא דא"ל של אבותי שלקחו מאבותיך דחוזר וטוען ולדעת הרא"ש והטור דאינו נאמן הלוקח לו' שהמוכר דר ביה חד יומא אפי' אית ליה מגו ומשום דאין הב"ד טוענין ליורש ולוקח עד דאיכא סהדי דדר ביה המוכר יום א' ועיין בחידושי הרמב"ן א"כ ע"כ הא דמודי נהרדעי בא"ל של אבותי שלקחו' מאבותיך היינו לו' בפני לקחוה מאבותיך וא"כ מוכח להדיא דיכול להוסיף בפני לקחוה אע"ג דמעיקרא לא הזכיר בדבריו כלום מזה. והתוס' דמשמע מדבריהם דאינו יכול להוסיף בפני זבנה וכמ"ש הש"ך ע"ש היינו משום דתוס' סברי לשטתם דנאמן הלוקח והיורש לומר בפני דר ביה המוכר והמוריש חד יומא וא"כ הרי דאמר שלקחוה מאבותיך הוי פירוש דבריו הראשונים דאמר של אבותי והיינו חד יומא א"כ בודאי לקחו' מאבותיך אבל לדעת הרא"ש והטור דס"ל דאינו נאמן במגו לו' דר ביה חד יומא א"כ הך שלקחוה מאבותיך ע"כ פירושו בפני זבנה וא"כ מוכח דיכול להוסיף בפני זבנה וזה ראיה ברורה: והנה בש"ך ס"ק כ"ז כתב דהרי עובד מיירי שהעדים העידו שהיה של אבותיו של האחר ושלא דרו בו אבותיו של זה כלל אפי' יום א' ע"ש ז"ל והשתא א"ש הא דאמרי' בש"ס ומודי נהרדעא דהיכא דאמר של אבותי שלקחוה מאבותיך שהוצרכו בתוס' לדחוק דלאו שצריך לטעון שידע שלקחו דאל"כ לא טענינן ליה בשמא כיון דעדים מעידים דלא דרו

אבותיו כלל אפי' יום אחד דהא נהרדעא התם אהך עובדא קאי עכ"ל. וקשי' לן בגוה כיון דלשטתו אינו יכול להוסיף בפני זבנה מינך מאי דלא אמרו בתחל' א"כ היכי יכול לו' שיודע שלקחו' דהיינו בפני זבנה מאבותיך ובמגו אינו נאמן דה"ל מגו דלמפרע:

אמנם לישב דברי הש"ך נרא' כיון דהש"ך מפרש האי אייתי סהדי דאבהתי' היינו שהי' של אבותיו מעולם ולא דרו בו אבותיו של זה אפי' יום א' וא"כ זה שאומר של אבותי ואית ליה סהדי דאכל' שני חזק' דהרי אית ליה סהדי דודאי קושטא קאמר והוא מוכחש מסהדי דאמרי שלא הי' של אבותיו מעולם ואפי' יום א' לא דרו בו וכיון דמגו דאו' הוא אית לן לתרץ דבריו שלא יהי' מוכחש מסהדי כמו שראוי לישב דברי העדים שלא יהיו מוכחשין זה מזה ואפי' בדוחק כיון דנאמנין הם וכמבואר בסי' כ"ט ע"ש וה"ה בזה כיון דיש לו מגו ודאי קושטא קאמר ולפי שעדים מכחישין אותו וצריכין אנו לפרש דבריהם שלא יהיו מוכחשין ומפרשין דבריו במה שאמר של אבותי היינו בפני לקחו' מאבותיך וע"כ לזה הי' הכוונ' כיון דלאו משקר הוא דהי' לו מגו אבל היכא שאמר בתחלה סתם קניתי' מפלוני דאין הכחש' בדבריו כלל אלא דעכשיו רוצה להוסיף בפני זבנה הוה ליה מגו דלמפרע דשמא לא הי' לזה כונתו כיון דאינו מוכחש מסהדי והיכא דאית ליה מגו ומוכחש מסהדי אנו מיישבין דבריו דברי אמת מכח המגו שדין מגו דאו' שלא יהי' מוכחש מסהדי דע"כ כוונתו בתחלה בפני לקחו' מאבותיך דאם לא הי' לזה כוונתו וטען שקר בתחלה מה לו לשקר אע"כ דמעיקרא נמי סבור לו' בפני לקחו' אבותי ודו"ק:

וראיה לזה נרא' מ"ש הב"י בסי' ס"ט בשם תשובת מוהר"א מזרחי לענין כתב יד אם טען בתחל' להד"מ שיכול לו' אח"כ אמנה ולתרץ דבריו הראשונים דמה שאמר להד"מ היינו אמנה ע"ש ואע"ג דאינו נאמן לו' אמנה אלא במגו דפרעתי וה"ל מגו דלמפרע אלא לפי מה דאמרינן מגו א"כ ע"כ במה שאמר להד"מ אינו משקר דהא אית ליה מגו דפרעתי ומוכחש מסהדי בטענת להד"מ ומפרשין דבריו דמה שאמר להד"מ היינו אמנה באופן שלא יהי' מוכחש מסהדי:) ((וכל זה כתבנו לישב דברי הש"ך אבל לשטת הרא"ש והטור דאין הלוקח נאמן לו' קמי דידי דר ביה חד יומא אפי' במגו וא"כ ז"א של אבותי לא מיירי בדאיכ' עדים להכחישו שלא הי' דר בו יום אחד אבותיו של זה וכיון דבלא"ה אין טוענין ליורש עד דאיכ' סהדי על דירת יום א' א"כ עתה שאומר בפני לקחו אבותי מאבותיך הוי הוספ' גמורה דהא מעיקרא כשאמר של אבותי יכול להיות הכוונ' על דירת יום א' ובזה אינו מוכחש מסהדי והיכי נאמן להוסיף בפני זבנה אבותי וכיון דנאמן להוסיף בפני זבנה א"כ ה"ה באומר בתחל' סתם קניתי מפ' ואח"כ הוסיף בפני זבנה נמי מהימן ודו"ק:

ובעיקר הקושיא שהקש' בש"ך דאין לך מגו למפרע גדול מזה נרא' דודאי מודו דמגו למפרע לא אמרי' ועמ"ש בסי' פ' סק"ה אלא דהרא"ש והטור סברי דזה שאומר בפני זבנה לאו בתורת מגו אתינן עלה אלא שהוא טענה מחמת עצמ' וכשם שנאמן לוקח בשני חזקה לו' שהוא לקחו ה"נ נאמן בשני חזק' כשאומר בפני זבנה וה"ל חזקה שיש עמה טענה דמהני בעצמ' בלי מגו והא דאמרו בפרק חזקת (בבא בתרא ד' מ"א) בהאי דבפני זבנ' מינך דנאמן במגו דאי בעי אמר מינך זבינתי' לאו בתורת מה לי לשקר אתינן עלה אלא פי' מגו היינו כי היכא דאי הוי טען מינך זבינתה הוי מהימן ה"נ מהימן בטוען בפני זבנה כיון דאית לי' חזקה שיש עמה טענה שטוען ברי ואם אמנם מדברי תוס' פ' חז"ה) (דף ל' משמע דבפני זבנה אינו נאמן אלא במגו ע"ש הרא"ש והטור לא ס"ל הכי וסברי דהיא טענ' מחמת עצמה וכן נראה מדברי רשב"ם (דף ל"א) ד"ה ומודו נהרדעא ע"ש ז"א של אבותי שלקחו' מאבותיך מהימן דאינו עוקר דבריו הראשונים כלל אלא מוסיף עליהם וכיון דהחזיק בה שלש שנים מוקמי' לי' בידי' דחזקה שיש עמה טענה היא וכו' וסוף דיבור שם וז"ל שהרי זה טען טענה גמורה וחזקה שיש עמה טענה היא עכ"ל ואע"ג דבאמצע דיבור שם נקט נמי טעמא דמגו כיון דבתחלת דבריו ובסוף דבריו כ' דה"ל חזקה שיש עמה טענה דמור' דה"ל טענה מחמת עצמה א"כ תפוס לשון ראשון ולשון אחרון ומה דנקט באמצע אינו אלא לרווחא דמלתא וכיון דבפני זבנה ה"ל חזקה שיש עמה טענה ואין אנו צריכין בזה לתורת מגו סרה תלונת הש"ך מדין מגו דלמפרע וכן מורה לשון הש"ע שכ' שהרי יש לו טענה עם חזקתו וכמ"ש וז"ב:

סעיף יג

שטר כשר הי' לי ואבד. בפ' חזקת (בבא בתרא דף ל"א) אמר רבה מה לי לשקר ורב יוסף אמר אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא וכו' ומסקינן הלכת' כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי ובשטת רשב"ם דהא דהלכת' כרבה בארע' וכו' היינו משום דמספק' לי' לש"ס אי אמרינן מגו כהאי וכמו דס"ל לרבה אי לא הוי מגו וכדס"ל לרב יוסף ומש"ה בקרקע מוקמינן לי' בחזק' המחזיק ובזוזי בחזקת הלוה והקשו תוס' דא"כ ה"ל לאוקמי קרקע נמי בחזקת בעלים הראשונים כדאמרי' בכתובות גבי נכסי דבר קשיא וכו' ועוד דהלכתא משמע דלגמרי פוסק כרב' ולא מספק ואפי' עבד עובדא כרב יוסף בדיעבד לא עבד וע"ש שפירש דלאו משום ספיקא הוא אלא דינא הכי דבקרקע אמרי' מגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים וכרב יוסף בזוזי דהוי מגו להוציא מחזקת ממון שהוא מוחזק ממש וע"ש. והרמב"ן בחידושיו כ' להוכיח דמהני מגו להוציא ולזה כ' וז"ל ועיינא טובא בהך שמעת' ומשמע לי דהכי פירוש' דהך שטר' לא מקיימי בב' דינא

באשרת' וכי אתי לבי דינא א"ל האי שטרא זייפא ממש הוא א"נ שטר אמנה גחין ולחיש לי' לרבה אין זייפא הוא כלו' שטר אמנה הוא ומיהו שטרא מעלי' הוי לי ואמר רבה מה לו לשקר דאי בעי אמר שטרא מעלי' ומקיים לי' בסהדי כלו' אם יכול לקיימו נאמן במגו ואם אין עדים מצויין לקיימו ודאי אינו נאמן דהא ליכא מגו וא"ל רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטר' האי שטר' חספ' בעלמא דהא אינו מקוים וכל זמן שלא נתקיים הרי הוא כחרס ואפי' אומר לויתי ופרעתי דמאן משוי לי' שטרא לוה הא אמר פרעתי וא"ת הרי הוא יכול לקיימו וכל זמן שלא נתקיים כחרס הוא ועכשיו אין ב"ד נזקקין לו שיקיימו ויהא אח"כ נאמן במגו שהרי הודה שהוא כחרס הנשבר ואיך ב"ד נזקקין לחרס כדי להאמינו לזה בדין מגו הרי זה שהקדים טענותיו טפש והפסיד ונסתפק לבעלי הגמ' דין זה ואמרי שלא לעשות בו מעשה אלא היכא דקיימא תיקום ובהלכות נמי בדלא מקוים העמידוה ומשום דאי בעי מצי לקיומי בבי דינא עכ"ל. ולפי שיטת הרמב"ן דמפרש לה נמי משום ספיק' שנסתפק לבעלי גמרא איפסק הלכת' כרבה בארע' וכו' מתעורר עליו ג"כ קושיות תוספות שהקשו על פי' רשב"ם:

אמנם נרא' לישב קושיות תוס' לפי פי' הרמב"ן והוא דלפירושו אין בין רבה לרב יוסף אלא אם הב"ד נזקקין לקיים החרס כדי להאמינו במגו וא"כ אם עבר הדיין וקיים את החרס הרי נתוודע שהי' יכול לקיימו ואית לי' מגו ואפי' לרב יוסף נאמן בדין מגו דע"כ לא קאמר רב יוסף דלא מהימן אלא משום דס"ל כיון דמודה דחרס שוב אין ב"ד נזקקין לקיימו וכיון דאינו מקוים ממילא לית ליה דין מגו דאי בעי מצי לקיומי בבי דינא כיון דלא אתברר אם הי' יכול לקיימו אבל אם עבר הדיין ונזדקק לקיימו ומצאו לקיים א"כ גם לרב יוסף נאמן בתורת מגו ומש"ה ניחא דאמרו הלכת' כרב' בארע' ובכל דוכתי אמרי' מספיק' אוקי קרקע בחזקת בעלים משום דכאן אין הספק על הקרקע של מי הוא דהא אם עבר הדיין ומצאו לקיימו לכ"ע נאמן במגו אלא שנסתפקו על הדיין אם יזדקק לזה או לא ומש"ה בארע' טפי ניחא שיזדקקו לקיימו משיזדקקו להוציא הקרקע מידו ואפי' עבד עדיין עובד' כרב יוסף ל"ש בזה דהא מה דעבד הדיין כרב יוסף היינו שלא רצה להזדקק לקיימו ובזה ל"ש עבד דאם ב"ד זה לא יקיימו מצי ב"ד אחר לקיימו ודו"ק:

סימן קמז

סעיף א

אם אין כ' ידו יוצא ממקום אחר. מדכתב הרמ"א סתם משמע שאפי' אינו מוחזק בם כלל אלא שהקרקע הוא תחת יד המחזיק אפ"ה כל שאין כת"י יוצא ממקום אחר נאמן

לו' חזרתי ולקחתי ממנו במגו דמזויף וע' שם בר"ן פ' בתרא דכתובות והוא שיטת תוס' והרא"ש ואמרי' בזה מגו להוציא דהא מודה שכבר מכר הקרקע אלא שחזר ולקחה ממנו והוי להוציא מחזקת בעלים הראשונים ומשום דאמרינן מגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים ודוקא בממון שמוחזק ת"י ממש הוא דאלים חזקה זו ולא מהני מגו להוציא מחזקת ממון ממש אבל נגד חזקת מרא קמא שפיר מהני מגו וכמ"ש בסי' פ"ב סקי"ג ע"ש:

סימן קמח

סעיף א

אם אחזיר לכל אחד כ' הש"ך וז"ל ואם מתו הד' חייב ליתן לו דרך כדלעיל סי' קי"ט סעיף ה' עכ"ל. ואין הנידון דומה לראי' דהתם אם יחזיר ליתומים תו ל"ש בי' אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין כיון דלא נשתעבדו הנך נכסים כלל שקנו אחר מיתת אביהם וכמ"ש תוס' שם פ"ק דב"ק (דף ח' ע"ש) משא"כ הכא אפי' יחזיר ליתומים לא יצטרכו ליתן לו דרך כיון שהם ד'. ואפשר לקיים דינא דש"ך מטעם אחר והוא לפמ"ש תוס' בכתובות (דף ק"ט) ד"ה ורבנן סברי וכו' וז"ל אבל הא לא מצי למימר בחד דאתי מכח חד מזבנינא לי' לארבע דלא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו שלא יכול להפקיע דינו ע"י מכירתו הואיל וקודם שבא לידו לא הי' ראוי לו' כן אבל בחד דאתי מכח ארבע יכול לו' מהדרנא שטרא למרי' וזכות הבא על ידו יכול הוא להפקיע ולהעמידו בזכותו שהי' לו קודם שבאו אלו השדות לידו וע"ש וא"כ ה"נ אפשר דלא מצי אמר מהדרנא שטרא אלא לבעלים גופי' אבל יתומים כאחרים דמי ואינו יכול להפקיע זכותו ע"י מכירתו לאחרים:

אמנם אכתי לא דמי חד דאתי מכח חד כיון שקודם שבא לידו לא הי' ראוי לו' כן וכמ"ש תוס' אינו יכול להפקיע זכותו ע"י מכירתו לאחרים אבל בחד דאתי מכח ארבע כיון דכל זמן שהי' ביד המוכרין לא הי' לו זכות דהיו יכולין לדחותו גם זה הקונה יכול להפקיע זכותו אפי' ע"י מכירתו לאחרים ולאו דוקא למארי' שוב מצאתי להדיא כדברינו בתשובת רמ"א סי' ק"ט וז"ל ואין חילוק כאן בין אם המוכרים בע"ח קיימים או לא כמו שמחלק פ"ק דב"ק לענין זו גבי עדית וזיבורית וכו' ולכך ביתמי דלאו בני מחילה נינהו בטלה טענ' זו וכו' והוי ממש דומיא דמי שאבד' לו דרך שדהו וכו' דלשם אין לחלק בין אם המוכרים קיימים או לא ע"ש הרי שכ' הרמ"א בפשיטות דגבי מי שאבדה לו דרך שדהו אין לחלק בין המוכרים קיימים ובלי ספק שנעלם מהש"ך תשובת הרמ"א הנז':

סעיף ב

לכל א' שטרו. כ' הסמ"ע וז"ל כבר נתבאר לעיל סי' קי"ח וקי"ט סעיף ה' דהיכא דאית לאדם ריוח בהחזרת השטר יכול לו' כן ואף אם לא החזירו כאלו החזירו דמי וה"נ יש לו ריוח דאם יחזיר השטר יחזיר לו כל דמי השדות ועפ"ד עכ"ל. וז"ל הפרישה ואע"ג דלא מהדרנא כמאן דמהדרנא דמי וכ"כ רבינו בסי' קי"ט ע"ש מיהא כתבתי שם דלא אמרינן הכי אלא כשירויח מה בחזרתו גם כאן ירויח כי המוכרים לא יחזירו לו כל דמי השדות שהרי לא הי' לו על שום אחד מהן דרך בבירור עכ"ל. ודבריו תמוהין דהתם היינו דיש ריוח לשכנגדו ולא למחזיר ומשום דאם אין ריוח לשכנגדו מצי אמר לכי תהדר אבל כשיש ריוח לשכנגדו לא מצי אמר הכי והתם גבי עדית וזיבורית אומר לו מהדרנ' ולא תגב' אלא מזיבורית והשתא שאינו מחזיר יגבה כדינו בבינונית ע"ש בסי' קי"ט אבל הכא נקט ריוח למחזיר ולא לצד שכנגדו וכבר פירש"י שם אי שתקת שתקת ואוזיל גבך כשתקנה הדרך ממני ע"ש וכ"כ תוס' שם אי צייתת ציית ואוזיל גבך דהשתא מרויח במה שאינו מחזיר ותמהני על הסמ"ע שנעלם זה ממנו:

סעיף ג

והוא בעל המצר. כ' בחידושי מוהרי"ט לכתובות וז"ל ונרא' דבמוכר לארבעה כאחד ודאי מצי מפיק מנייהו דמ"מ דרכו גבייהו הוא דומיא דדיקלא דאע"ג דפליגי אהדדי מפיק מנייהו וה"ה במוכר זה אחר זה ע"ש. ואינו נרא' כן מסתימת הפוסקים. ומה שהביא ראיה מדיקלא ליתא דהתם בכתובות (דף ק"ט) פירש"י ז"ל הכא דיקלא גבייהו שהרי כל הנכסים היו יחד בשעת הצוואה ועל כולם הטיל הדקל ולא פי' איזהו עכ"ל אבל הכא גבי דרך דהוי דבר המסוים אפילו בשותפין שקנו כאחד ופלגי אהדדי נמי מצי מדחי ומכ"ש אלו הארבע שקנו כאחד דמעולם לא נעשו שותפין וכל אחד קנה לעצמו דודאי מדחי ולא הפסידו כלום במה שקנאו כאחד וזה פשוט וברור:

סעיף ד

ואם החזיק בדרך. עיין בכסף משנה שפי' החזיק בדרך היינו שתפס בה בע"כ של בעל השדה וכ"כ בבדק הבית ע"ש וכ' הסמ"ע וז"ל ומשמע מדבריו דס"ל דלא קאי אלא על מאי דסמיך לי' עכ"ל והיינו דוקא בבעל המצר מתחלה ועד סוף דודאי צריך ליתן לו דרך א' אלא דהברירה בידו ליתן לו איזה שירצה ואם תפס בה אינו יכול להוציא מידו ואמרי' מאי דתפס דידי' הוא אבל היכא דאינו צריך ליתן לו כלום וכגון בארבעה דאתי מכח חד או מכח ד' או חד דאתי מכח ארבעה דא"צ ליתן לו דרך כלל ל"מ תפיסה וע"ש בסמ"ע וע' בתשובת מיימוני לס' קנין סי' י"ד שכ' דלא אמרי' מהדרנ' שטרא למרי' אלא

להחזיק כגון האי דפ"ק דב"ק ודסוף פ' בתרא דכתובות בפלוגתא דאדמון ורבנן דהשתא אי אפשי בתקנת חכמים דליכא מאן דפליג ולאו מחוסר מעשה אפ"ה כ' ריב"א דלא אמרי' אלא להחזיק ולא היכא דבא להוציא מטעם זה כ"ש בנדון זה דמחוסר מעשה ולאו סברא פשוט' ע"ש בשם מוהר"ם בר' ברוך וא"כ ה"נ אם תפס בדרך תו לא מצי אידך לו' מהדרנ' שטרי' להוציא מיד התופס וא"כ בחד דאתי מכח ארבעה נמי מהני תפיסה אבל בארבעה דאתי מכח חד או מכח ד' דלא צריך לטעמא דמהדרנ' ל"מ תפיסה. אלא דבתשובת הרא"ש משמע דאפי' להוציא נמי אמרי' מהדרנ' שטרא למארי' ע"ש כלל י"ח סי' א' בראובן שמסר לשמעון שט"ח שיש לו על לוי שמסרו לו עכו"ם ובא בטענת עכו"ם ואמר מכח עכו"ם אני בא ואתדיין עמך בדיני עכו"ם וע"ש שהשיב שא"צ לדון אלא בדייני ישראל והדיינים ידונו כאלו החזיר לשטרות דאית לי' כח שהי' לעכו"ם על לוי וע"ש שהביא ראי' מס"פ בתרא דכתובות בפלוגתא דאדמון ורבנן והרי התם הוי להוציא ואפ"ה דן תורת מהדרנ' שטרא למארי' ועמ"ש בהגהת אשר"י סוף כתובות מדין תורת מהדרנ' להוציא:

סימן קמט

סעיף א

וה"ה בשאר קרובים כ' מוהרי"ט בתשובה ח"א סי' ק"ד וז"ל מה שטעו דמחמת קורבה שתק גם מטעם זה אינה טענה כיון שכבר ערער ממקצת תדע דאהא דאמרי פ' חזקת הני דבי ריש גלותא לא מחזקי בן ולא מחזקי בהו כ' הגהת אשר"י משום ראב"י ז"ל דדוק' כשלא מיחה בשום פעם מצי למימר מפני היראה לא מחיתי אבל אם מיחה פעם אחת צריך למחות בסוף כל שלש ושוב אינו נאמן לו' יראתי למחות וע"ש נדון השאלה שמחה שמעון בחלון דרשת של נחשת בולטת ויוצאת לחוץ ומפני ערערו הכניס שלא תהא בולטת ויוצאת ואח"כ רוצה שמעון לערער והעלה דהוי חזקה דלא מצי למימר מחמת קורבה שתק כיון שערער ממקצת וכהאי דר"ג וע"ש ואינו נרא' דהתם בהנך דבי ר"ג דמחמת יראה אמרו דלא מחזקי בהו ומשום דיראים למחות בהו וכיון דחזינן דאינו מתייראי מהם הוי ליה חזקה דהי' לו למחות כיון דחזינן דאינו ירא מהם אבל בקרובים דהטעם מחמת אהבה אינו מקפיד ופעם כועס ופעם רוצה א"כ אפי' אם כבר הקפיד פעם אחת ומחה לא נפקי מכלל קרובים דאמרינן מחמת אהבה אינו מוחה ואינו דומה עושה מאהבה לעושה מיראה ובפרט בנדון זה דכשהי' הרשת בולטת לחוץ היה נזק גדול והי' מקפיד אפי' נגד האוהב ובנזק קטן אינו מקפיד על אוהבו: עוד שם במוהרי"ט

כ' דאפי' לשטת הסוברין דל"מ טענת סבלנות בנזקין אם לא שתהי' מחילה ממש או מכר ומתנה בנדון שלפנינו לא היתי' סבלנות גרידי' שהרי שמעון מחה בחלון זה עצמו דרשת של נחשת שהיו עושין אותו בולטת ויוצא לחוץ ומפני ערערו הכניסוה שלא תהא בולטת מצד חלונו של שמעון וכיון שמיחה לזו ולא לזו ש"מ דמחל ונתרצה דאי משום דסבל ולא חש למחות הרי שלא סבל ומיחה ולמה לא מיחה בפתיחת החלון גופה ע"ש: וגם זה אינו נרא' לו' כיון שמיחה לזו ולא לזו ש"מ דמחל לזו דיכול לו' נזק זה יכולתי לסבול ולכן לא מחיתי ונזק גדול לא יכולתי לסבול וכדאמרו גבי יבם מוכה שחין לאחיך הייתי יכול לסבול ומכ"ש בין נזק גדול לנזק קטן דשאני ושאני אלא אפי' המזיקין שניהן שוין נמי אין ראיה במה שסבל לזה ולא לזה שמחל לזה וא"כ לדעת הפוסקים דל"מ סבלנות בנזקין ומשום דהוי ליה חזקה שאין עמה טענה א"כ אין בזה משום מחילה וכמ"ש והדברים פשוטין:

סעיף ב

חפר בקרקע. ז"ל הסמ"ע מדסתם מור"מ ש"מ דס"ל דאפי' לא כ' לה דין ודברים אין לי' בנכסייך ובפירותיהן אפ"ה הוי חזקה כשחפר בה בורות והוא כדעת הטור לאפוקי ממ"ש הטור בשם הרמ"ה וע"ש. ותמהני בזה דהא כ' הסמ"ע בסי' רי"ב ס"ק י"ג ז"ל בונה והורס באה"ע סי' צ' סעיף ט' כ' מור"ם שאשה שמכרה בנכסי מלוג שלה לאחר שנשאת דלוקח יכול למחות בבעלה שלא יבנה ושלא להרוס ומשמע אבל לא מכרה אין האשה בעצמה יכולה למחות בו והוא מה"ט שבעלה קנאה כל ימי חיי' וכו' ע"ש. וכיון דס"ל להרא"ש והטור ורמ"א דבעל יכול לבנות ולהרוס א"כ מאי זו חזקה שחפר בה בורות הא היכא דאין מחאה אין חזקה ואפשר דמה"ט כ' הרמ"ה דוקא שכ' לה דין ודברים אין לי בנכסייך והובא בטור ומשום דאם לא כ' לה דין ודברים וכו' הי' לו רשות לחפור בורות דס"ל שקנאה כל ימי חיי' וכיון דאין מחאה אין חזקה אבל הרמ"א דסתם בחפר בורות דהוי חזקה ומשמע אפי' לא כ' לה דין ודברים וכז' ע"כ ס"ל דאין לו רשות לחפור בורות דהיינו הורס. ובחלקת מחוקק סי' צ' ס"ק ל' וז"ל הלוקח יכול למחות אף אם לא מכרה היא בעצמה יכולה למחות שלא לקלקל גוף הקרקע שאין לבעל אלא פירות עכ"ל וזה שלא כדברי הסמ"ע סי' רי"ב:

סעיף ג

אין מחזיקין בנכסי אשת איש. כ' הסמ"ע ז"ל הטעם מבואר בטור משום דהיא סומכת על בעלה שיעשה מחא' כיון שאוכל פירות בחיי' ועתיד ליורש' ולדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש הביאו הטור בסי' צ"ב באה"ע דמהני תנאי שלא ירשנה לפ"ז אם כ' אין לי

בנכסייך בחיי' ולא במותה מהני חזקה וכו' וע"ש וכן כ' בחלקת מחוקק סי' פ"ז. אלא שראיתי בב"ש שם שהקשה דלפ"ז למה לא מוקי הא דתניא צריכ' למחות איירי בכה"ג דבעל סילק עצמו אף מירושה ומדלא תירץ כן משמע אף בכה"ג אין מחזיקין ע"ש:

אמנם בתוס' פרק חזקת (בבא בתרא דף נ') שם משמע כדברי הסמ"ע והחלקת מחוקק שהקשו בהא דפריך לרב דאמר אשת איש צריכ' למחות האמר רב אין מחזיקין בנכסי אשת איש דנימא דמיירי באחר והבעל כ' לה דין ודברים אין לי בנכסייך ותירצו כיון דאית ליה ירושה וכו' ע"ש ומשמע דהיכא דלית ליה ירושה ודאי מחזיקין בנכסים והא דלא מוקי להא דרב שסילק עצמו מירושה היינו משום דרב ס"ל בר"פ הכותב כרשב"ג דאמר אם מתה ירשנה אבל לדעת הרי"ף והרא"ש דמהני סילוק מירושה שפיר מהני חזקה כה"ג דאינה סומכת על הבעל כיון דלית ליה שום הנאה ומ"ש הב"ש שם דמשמע מדברי הרשב"א שהביא הב"י בסי' זה שכ' דהבעל הוא כאפטרופוס משום הכי סומכת עליו ומשמע דאפי' אין לו שום הנאה אפ"ה סומכת עליו ע"ש הנה כבר כתבנו דמדברי תוס' לא משמע הכי ואפשר דגם הרשב"א מיירי דהבעל יש לו שייכות בנכסים או בפירות או בירוש' כה"ג הוא כאפטרופוס:

סעיף ד

בנכסי אשת איש. בש"ע אה"ע סי' פ"ז כ' מי שהחזיק בנכסי אשת איש לא עלתה לו חזקה אלא א"כ החזיק בהם שלש שנים אחרי מות בעלה עש"ה. והוא בפרק חזקת (בבא בתרא דף נ') אילימא באחר הא אמר רב אין מחזיקין בנכסי אשת איש אלא בבעל וכו' רב יוסף אמר לעולם באחר וכגון שאכלה מקצת חזקה בחיי הבעל ושלש לאחר מיתת הבעל מגו דאי בעי אמר לה אנא זבינת' מינך כי א"ל נמי את זבינתי' ליה וזבני' ניהלי מהימן ע"ש. והרמב"ן בחידושיו שם הקשה דכי טען נמי אנא זבינתי' מינך אמאי הוי חזקה הא הוי לי' יורד שלא ברשות כיון שירד בחיי בעלה ולא הוה חזקה וע"ש דהעל' דליכא עדים לאשה שזה ירד בה בחיי בעלה ולכך נאמן במגו דאי בעי אמר מינך זבינתי' וירדתי לתוכ' אחר מיתת בעלך ע"ש. ובסמ"ע כ' דמ"ש באה"ע סי' פ"ז דאחר מיתת בעלה הוי חזקה דמיירי דלא הוחזק בחיי בעלה כלל וע"ש. ואינו נרא' דא"כ קשה פשיטא וכמ"ש הסמ"ע ועוד דא"כ היכי קרי לה נכסי אשת איש כיון דלא החזיק כלל בחיי בעלה אין זה אלא נכסי אלמנה. ומחוורתא כדברי הרמב"ן דהחזיק בחיי בעלה אלא דליכא עדים ובש"ס אמרי להדיא שאכלה מקצת חזקה בחיי בעל והש"ע באה"ע הוא דינא דאמרו בגמ'. ובתוס' שם כתבו וז"ל ותימא ואמאי נקט כי ה"ג זבינתי' ניהליה וזבנה ניהלי ה"ל למימר דנאמן לו' מינך זבינתי' דאי מילתא דפשיטא הוא דנאמן א"כ השתא נמי מלתא דפשיטא הוא

דמהימן במגו עכ"ל ולפמ"ש הרמב"ן תיקשי טפי דתו ליכא למימר דמינך זבינתי' הוי מלתא דפשיטא כיון דיורד שלא ברשות לית ליה חזקה ואינו נאמן אלא במגו וא"כ מה לי זבינתיה ניהלי' וכו' דמהימן במגו או מנך זבינתי' דג"כ בתורת מגו הוא והנרא' בזה דפ' חזקת (בבא בתרא דף ל"ב) גבי שטרא שייכא דטען שטרא מעליא הוי לי ואירכס פליגי רבה ורב יוסף וס"ל לרבה מה לו לשקר ורב יוסף אמר אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא וע"ש דפליגי בזוזי ובארעא. וכתבו שם תוס' טעמא דרב יוסף משום דה"ל מגו להוציא ובקרקע נמי מה שהוא מוחזק בקרקע אינו כלום דקרקע בחזקת בעלים עומדת כיון שאין לו שטר ולא חזקה ולא אמרינן מגו אלא להחזיק ממון שיכול לפטור עצמו ע"י מגו א"נ אם יש לו שטר או חזקה וע"ש. וניחא דאמר רב יוסף את זבינתה ליה וזבנה ניהלי דאי הוי טען מינך זבינתיה אחר מיתת בעלך כיון דמודה שירד בה בחיי בעל א"כ אפי' אית ליה מגו דירדתי בה אחר מות בעלך ל"מ מגו לרב יוסף דה"ל מגו להוציא כיון שמודה דחזקתו לאו כלום כיון דירד בה שלא ברשות והיכא דלית ליה לא שטרא ולא חזקה הוי כמגו להוציא להכי מוקי רב יוסף דטען את זבינתיה ניהליה לבעל בפני והבעל זבנה ניהלי דהשתא לדבריו שחזקתו מן הבעל הוי חזקה שלימה דלגבי בעל לא הוי יורד שלא ברשות והיכא דאית ליה חזקה או שטר מהני מגו ומש"ה רב יוסף לטעמיה מוקי לה בטוען את זבינתיה ליה וזבנה ניהלי אבל לדידן דקי"ל כרבה בארעא גם בטוען מינך זבינתי' אע"ג דמודה שירד בה בחיי בעלה מהימן במגו דגבי קרקע מהני מגו להוציא אע"ג דלית ליה לא חזקה ולא שטרא ודו"ק:

סעיף ה

חש"ו אין אכילתן ראיה. והוא לשון הרמב"ם פי"ג מטוען וז"ל וכן חש"ו אין אכילתן ראיה מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידן אלא תחזור לבעלים וע"ש וכתב הה"מ וז"ל הם שהחזיקו באחרים לא מצאתי מבואר בגמרא שלא תועיל חזקתן ורבינו נתן טעם לדבריו מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידן ואין דעתו ז"ל לו' שאין להם צד קנין דהא ודאי יש להם ואפי' שוטה נתבאר בפ"ד מזכיה שהמזכה להם ע"י בן דעת זכה ואין צ"ל בחרש וקטן שיש להם צד קנין כנזכר בפ' כ"ט ממכירה אלא לפי שאין טענתן כשאר בני אדם ואין מקחן מקח דבר תורה כנז' שם כ' רבינו שאין חזקתן ראי' עכ"ל: וק' דהא כ' הרב המגיד פ' כ"ט ממכיר' דבמתנ' זוכה חרש וקטן מן התורה ומשום דדעת אחרת מקנ' אלא במקח הוא דל"מ מן התורה כיון שאין נתינתו בדמים מהני אף אין במעשיו כלום מן התורה ע"ש. וא"כ בטוען אתה נתתו אמאי ל"מ כיון שזוכה במתנה מן התורה. אלא כיון דבטוען לקוח ל"מ כיון שאין מקחן מקח דבר תורה ממילא לא

מהימן לו' במתנה דאינו טענה אלא במגו דלקוח כמו טענת מחילה דאינה טענה אלא במגו דפרעתי כמבואר בפוסקים ובש"ע סי' ?פדב: אמנם לפמ"ש בסי' רל"ה סק"ד דגם במקח זוכין מן התורה שזכין לאדם שלא בפניו ואין המוכר יכול לחזור והא דפעוטות מקחן מקח מד"ס היינו שלא יהי' הקטן יכול לחזור וע"ש וא"כ ה"נ ראוי לו' דחזקתן חזקה כיון שמוכר אינו יכול לחזור ומקחן מקח לגבי מוכר מן התורה. ולכן נראה דעיקר טעמא דהרמב"ם כמ"ש בעצמו לפי שאין טענתן כשאר בני אדם והיינו משום דחזקה שאין עמה טענה וחש"ו אין טענתן טענה וכמו שאמרו אין נשבעין על טענת חש"ו וכיון דאין טענתן טענה ה"ל כמו חזקה שאין עמה טענה ודוקא ביורש ולוקח היא דהב"ד טוענין טענתיה דמוכר ועמ"ש בסי' ע"ה סקט"ז ובפ' אלו נערות (כתובות דף ל"ו) בהא דתנן החרשת והשוטה אין להם טענה וע"ש דמוקי לה כר' גמליאל דאמר איהי מהימנא ופריך אימר דאמר ר"ג היכא דקא טענה איהי היכא דלא קא טענה איהי מי שמעת ליה אין כיון דאמר ר"ג מהימנא כגון זו פתח פיך לאלם ופרש"י כיון דאי הוי פקחת לטעון הוי טענה משארסתני נאנסתי ובתו' שם הקשו בשם ר"י דהיכי טענינן לה הכי מספק לאפוקי ממונ' כיון דאיהי לא טענה וע"ש שכתבו משום דאפי' בטוען שמא מהני כדאמרי' גבי טבח דעל הטבח להביא ראיה ע"ש וא"כ נרא' דה"נ לפמ"ש רש"י כיון דאי הוי פקחת הוי טענה א"כ אנן נמי טענינן בעד חש"ו. אבל לפי שטת תוס' דאנן לא טענינן מספק אלא דוק' התם דאפי' בשמא אמרי' כאן נמצא כאן הי' וא"כ הכא דודאי בעינן טענת ברי דחזק' שאין עמה טענה לא הוי חזק' לא טענינן ליה מספק כיון שאין טענתן טענ' וכמ"ש אלא היכ' דבא בטענתיה דאבוה דטוענין ליורש אלו הוי אבוהן קיים הוי טעין ועמ"ש בסי' פ"ב סק"ה.

סעיף ו

אכלה בפניו כשהוא קטן. והוא ל' הרמב"ם פרק י"ו מטוען. וכ' שם במשנ' למלך ז"ל דברי רבינו צריכין ביאור דלפי דבריו שטוען לקטן אתה מכרת לי למה לו לתלות הטעם משום דאין מחזיקין בנכסי קטן דהא בלא"ה קטן לאו בר מכיר' הוא עד שיגדיל נמצא שלא החזיק אלא שני שנים משהגדיל ואין חזק' פחות משלש שנים ואפשר לישב דכיון שזה החזיק שתי שנים כשגדל מצי לטעון שקנה כשגדל ויצטרף שנה של קטנות כיון שלא מיחה ויש סמך לזה ממ"ש לעיל פי"ב אכלה האב שנה והבן שתים וכו' וכ' הרב המגיד פי' הבן בין קטן בין גדול ואע"פ שהוא סבר דאין חזקת הקטן כלום בדין זה שהתחיל מהני וכאן ל"מ כיון שהתחיל בקטנות ואין מחזיקין בנכסי קטן זהו מה שנ"ל לישב דברי רז"ל עכ"ל ע"ש. ולא נהירא דממ"נ אם טוען שקנה כשנעשה גדול היכן הוא חזקתו של זה

כיון דטעמא דחזקת שלש שנים משום דעד תלת שנין מזדהר ולמה לא מזדהר כיון דאינו יושב בה בתורת מקח אלא שתי שנים והיכי מהני שלש ראשונה לצירוף כיון דלא היה בשנה ראשונה לשום קנין כלל ?י ומה שסמך לדבריו מדברי הרב המגיד מה זו סמיכה התם כיון דטעמא דאין חזקת הקטן כלום משום שאין טענתן כשאר בני אדם ואין מקחן מקח דבר תורה וכמ"ש הה"מ ע' סק"ה וכשבא הקטן בטענתו דאבוה הרי מקחו דבר תורה אצל אביו וטענתו כשאר בני אדם ואנן טענינן ליה טענתיה דאבוה אבל כאן ליכא לצרף שנה ראשונה כלל ואם בא לטעון שקנה בעודו קטן הרי מודה שלא קנה כלום כיון דקטן לאו בר מכירה הוא ולכן נראה דברי הרמב"ם שטען אתה מכרתו לו בעודך קטן ומה שאמרו דקטן לאו בר מכירה כיון דשתק כשהגדיל מהני המכירה שמכר בעודו קטן וכמ"ש הרמב"ם פ' כ"ט ממכירה וז"ל ואני או' שאפי' קטן שמכר קרקע מנכסי אביו וכשנעשה בן כ' לא מיחה אינו יכול לחזור שכיון שלקח המעות ונשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו כשנעשה בן כ' ולא מיחה נתקיימה ביד הלוקח שהרי רצה בממכרו ע"ש. וכ' הה"מ שם שנלמד ממתקדשת למיאונין דכיון שגדלה שעה א' ולא מיחתה שוב אינה יכולה למחות ע"ש וא"כ ה"ה במוכר כשהיה קטן ונעשה בן י"ג ולא מיחה נתקיימה ביד הלוקח ומיירי במכר קרקע שלו דהיינו שקנה קרקע במעותיו דזכין לקטן או שניתן לו במתנת בריא ואם היה חזקתו מהני נגד הקטן היה נאמן לו' שמכרו לו בעודו קטן ונתקיימ' בידו שהרי רצה בממכרו לאחר שהגדיל ומש"ה כ' הטעם משום דאין מחזיקין בנכסי קטן והא דכ' הרמב"ם פ' כ"ט מהלכות מכירה דשתק אחר שנעשה בן כ' משום דהתם מיירי במוכר מנכסי אביו דצריך בן עשרים ועמ"ש בסי' רל"ה סק"ו וז"ב:

סעיף ז

וגובה שלא בשבועה והראב"ד השיג וס"ל דצריך שבוע' כדין מלוה על המשכון דנשבע לדעת הגאונים והרב המגיד תי' דשאני הכא דאין נשבעין על הקרקעות ועסמ"ע וש"ך. ועמ"ש בזה בסי' ע"ב ס"ק ל"א ועש"ך מ"ש בעובדא דרבה בר שרשום כיון שהיה לו שטר אפי' לא היה מוחזק היה נשבע ונוטל וכמו שפי' רשב"ם ועמ"ש בסי' פ"ט סק"ז:

סעיף ח

המחזיק בשל קהל. כ' הב"י ז"ל מצאתי כתוב בשם ספר אגודה דבי ר"ג לא מחזקי' בהו יש רוצים להוכיח דדבר שהוא של קהל לא מחזקי ולא מחזקינן בהו כי הם מוחזקים עכ"ל לא נהירא עכ"ל הב"י וכ' בסמ"ע טעמא דב"י דאין ללמוד משם דשאני דבי ר"ג דהיו מזרע המלוכה והטילו אימה יתירה וכמ"ש הטור בשם הרא"ש ע"ש. ובתשובת מוהר"ם

בר ברוך סי' מ"ו גבי מחזיק בישוב דלא הוי חזקה בשל קהל משום דקהל מיקרי מוחזקים וכהאי דר"ג דלא מחזקי ולא מחזקינן בהו עכ"ל והרי מדמה של קהל להנך דר"ג:

סימן קנ

סעיף א

שאין לו בה חזקה לעולם. בתשובת לחם רב סי' ק"ס כ' שאם בתחלה ירד ברשות ויצא משם וחזר והחזיק בה דהוי חזקה ע"ש דר"ל דאפי' אם בשעה שיצא לא הי' ראוי לדירה אותו מקום מ"מ יציאה מקרי ועלתה לו חזקה וע"ש:

סעיף ב

קודם שיאכל הפירות. והוא בטור בשם רבינו יונה וז"ל דלא מצינו מגו אלא במי שבא לזכות בממון זה מתוך שהי' יכול לזכות באותו ממון עצמו בטענה אחרת אבל היכא שהורה שכלו ימי המשכון' בקרקע הוא בחזקת בעליו ואין להאמינו בטענה אחרת במגו דלקוח בידי עכ"ל. וביאורו בסמ"ע ובט"ז משום דה"ל מגו להוציא ובש"ך האריך בזה לחלוק על הטור במה שחילק לדעת הר"ר יונה בין מטלטלין לקרקע והעלה דדעת הר"ר יונה דאפי' במטלטלין נמי לא אמרי' מגו וכדעת בעה"מ וע"ש שהביא ראי' מדברי הרא"ש פ"ב דכתובות גבי תרי ותרי וז"ל ומצאתי כתוב בשם הר"ר יונה דתפיס' ל"מ וכו' דאמרי' מאן שם לך ואין ממש בכל אלו הדברים דהאי אלמנה ששמה לעצמה מיירי לענין שאם הוקירו הנכסים כו' אבל כל היכא שמוחזק במטלטלין וטוען ברי אין כח ביד ב"ד להוציא מידו וכו' הגם שיש לדחוק ולו' דהר"ר יונה מיירי שם שתפס בעדים דלית ליה מגו וכו' אבל לפענ"ד לא נהירא וכו' וכן מוכח להדיא מדברי ר' ירוחם נתיב ו' ח"ה דלדברי הר"ר יונה שהביא הרא"ש פ"ב דכתובות אפי' אית ליה מגו דל"מ עכ"ל ע"ש: ולענ"ד אינו ראי' דהתם מיירי בתרי ותרי וכיון דס"ל להר"ר יונה דל"מ תפיסה בתרי ותרי היכא דליכא מגו א"כ ממילא במקום מגו נמי לא תוסף כחה דמגו במקום עדי' ל"מ ולא מידי וכמ"ש תוס' בפ' חזקת ובפרק מרובה בהא דאמרו תרי ותרי בהכחשה מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני והקשו דלהימני לבתראי במגו דאי בעי פסלי להו בגזלנות' וכתבו משום דלא עדיפא מגו מעדים ותרי כמאה ע"ש וא"כ במקום תרי ותרי ודאי ל"מ מגו והא דמשמע מדברי הר"ן פ"ב דכתובות גבי תרי ותרי נינהו דתפיס' שלא בעדים מהני אפשר דלא ס"ל כדברי תוס' הנזכר וס"ל כשאר תירוצים שבתוס' שם. עוד אפשר לו' דתפיסה שלא בעדים הוי כתופס ברשות ודוקא כשתפס בעדים דהוי התפיסה לפנינו שלא ברשות אבל כשתפס שלא בעדים א"כ בשעה שתפס בהיתר תפס כיון דיודע שהאמת אתו ועכשיו

שמודה לפנינו שתפס תו לא מפקינן מינה כיון שתפס בהיתר. אבל דברי הר"ר יונה נרא' מטעמא שכתבנו דס"ל דמגו אינו משמשת כלל במקום עדים. עוד שם בש"ך שכ' וז"ל ומי שיש לו לב יבין דאין טעם לחלק בין קרקע למטלטלין וע"ש:

אמנם לענ"ד ההבדל מבואר בין קרקע למטלטלין דהא חזינן דלרבי יוסף ל"מ מגו בקרקע להוציא מחזקת בעלים הראשונים אלא דאנן קי"ל כרבה בארעא והיינו דוקא היכא שטוען על גוף הקרקע שהוא שלו אבל אם אינו טוען על גוף הקרקע אלא שטוען טענת דמים בזה הוי ליה מגו להוציא כיון שהקרקע בחזקת בעלים ואינו דומה למטלטלין דאפי' אינו טוען עליהם מוחזק ותפוס בהם אבל בקרקע ל"ש תפיסה. דמה"ט ס"ל לרב יוסף דלא אמרי' מגו בקרקע אפי' טוען על גופו של קרקע ואלו בטוען על מטלטלין מודה רב יוסף דמהני מגו א"כ ה"ה לדידן דקי"ל כרבה בארעא בהא מיהת צריכין לדון מגו גבי קרקע שיטעון על גופו של קרקע ואם אינו טוען על גופו של קרקע כיון שאינו תפוס בה לעולם חשוב מגו להוציא ואפי' החזיק בה שלש שנים כיון דאינו טוען על גופו של קרקע חזקתו ל"מ ולא מידי אבל במטלטלין כיון שהוא תפוס בהם תחת ידו ה"ל מגו להחזיק אפי' אינו טוען עליהם גופיה ועוד נרא' לחלק בין קרקע למטלטלין דגבי מטלטלין אע"ג דמאן שם ליה וכדאמרי' באלמנה ששמה לעצמה אפ"ה כיון דלמשכון מיהא קני דבע"ח קונה משכון אפי' תפס בזרוע שלא מדעת המלוה וכמ"ש בש"ע סי' צ"ז ועמ"ש סי' ע"ב סק"ב וכיון דזוכה למשכון ה"ל מוחזק כיון דקונה משכון ולא הוי מגו להוציא אבל בקרקע דל"ש בע"ח קונה משכון וכמ"ש תוס' פרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ס"ז) דל"ש בע"ח קונה משכון אלא גבי מטלטלין ומשום דר' יצחק ע"ש וכיון דלית ליה שום זכות בקרקע א"כ תיכף משהודה שהקרקע אינו שלו אלא שמגיע לו דמים הוי ליה מגו להוציא וז"ב ודו"ק: עוד שם בש"ך הביא ראיה מדברי הרמב"ן בחידושיו גבי רבה בר שרשום שהקשה ולימא מילת' כצורתה ויתבע את חובו מן היתומים קודם שיחזרנה לידם וכו' סוף סוף נלמד מדברי הר"ר יוסף הלוי ומדברי שני התירוצים של הרמב"ן דאף להבא יכול לאכול פירות ואין לו' דשאני התם שהי' לרבה בר שרשום שטר וכדאי' ברשב"ם וברא"ש וכו' דמה בכך שיש לו שטר כיון שלא יוכל לגבות בשטרו מטעם שהם קטנים וא"כ לא יוכל לגבות אלא מכח מגו דלקוח עכ"ל ואין זה קושי' דמה בכך שהם קטנים מ"מ כיון שיש לו שטר אמרי' מגו להוציא במקום דאית ליה שטר כיון דטעמא דאין נפרעין מיתומים קטנים הוא מחשש צררי או פרעון וכיון דאית ליה מגו מהימן לו' שלא נפרע ולא הוי מגו להוציא כיון דאית ליה שטר דהא גבי סטראי נמי אי לאו מגו לא הי' גובה בשטרו ומגו מהני ליה לאוקמי שטרא ובתשו' מוהרח"ש

חלק ח"מ סי' מ"ט הביא בשם מוהרי"ן לב שהקשה בדברי תוס' פ' חזקת (בבא בתרא דף ל"ב) דאמרי מגו דיכול לו' להד"מ יכול למימר סטראי אע"ג דה"ל מגו להוציא שאני התם דאיכ' שטרא והק' הרב הנזכר דהא קי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי וכ' עלה מוהרח"ש דכוונת תוס' דאע"ג דלאו כגבוי דמי מ"מ מהני מגו דאע"ג דמגו להוציא לא אמרי' היינו היכא דליכא שום חיזוק כלל אבל במקום דאיכ' שום חיזוק כגון שטרא מועיל מגו אף להוציא וע"ש וא"כ ה"ה הכא כל דאיכ' שטרא אפי' נגד קטנים חיזוק מיהא הוי. ולפי מ"ש בסי' קל"ג סק"ו דאמרי' מגו להוציא נגד יורש ולוקח כיון דאין טוענין ברי ואמרי' מגו להוציא במקום ברי ושמא אפי' היכא דלא ה"ל למידע וכדמוכחי לה מהא דאמרי מגו גבי משארסתני נאנסתי והתם שמא דבעל גרוע דלא ה"ל למידע וע"ש. וא"כ התם גבי רבה בר שרשום דטוען התובע ברי והיתומים שמא. עוד שם בש"ך הקשה על המפרשים עובדא דרבה בר שרשום דמיירי שכבר אכל א"כ בלא"ה יהי' נאמן במגו דהחזרתי ופרעתי מה שאכלתי וכו' גם אין לו' כיון דאין לו מגו על הקרקע גופה גם על הפירות אינו נאמן דהא כבר הוכחתי בסי' קל"ט דזה אינו עכ"ל: והנה ודאי הכא אליבא דכ"ע נאמן במגו דפרעתי ואין זה ענין כלל להא שכתבו תוס' דהיכא דאין לו מגו על הקרקע גם בפירות אינו נאמן והוא בתוס' פ' חזקת (בבא בתרא דף ל"ג) ד"ה לסוף אודי ע"ש דהתם מיירי בטוען שקנה גוף הקרקע ואין לו מגו על הקרקע הדרא ארע' והדר' פירי ואע"ג דאית ליה מגו דהחזרתי על הפירות וכיוצא דאינו בא לזכות בפירות אלא מחמת טענתו שהקרקע שלו וכיון דעל הקרקע גופה אין לו מגו והדר' ארע' ממילא הדרא פירי אפי' אית ליה מגו דלא אכלתי אבל אם טען על הפירות שמגיע לו ממנו כדי דמיהן ואית ליה מגו על הפירות דלא אכלתי או שחזרתי ודאי נאמן בפירות שאכל ולא היה צריך למה שהוכיח בסי' קל"ט וזה פשוט. ומה שהקשה דיהי' נאמן במגו דפרעתי לאפוטרופס נרא' דאי הוי טען לאפטרופוס שבועה בעי כיון שהאפוטרופס טוען ברי ויודע שלא נפרע ובעי שבועת היסת וא"כ השתא נמי שבועה בעי כדאמרי' גבי שטר פקדון בפרק המוכר (דף ע') ואלו טען נאנסו לאו שבועה בעי ומבואר בטור וש"ע סי' רצ"ו ע"י מגו דלקוח דליכא מכחיש פטור אפי' משבועת היסת וכמ"ש הרא"ש כיון דיתומים טוענין שמא:

סימן קנב

סעיף א

בפני מנה לך אבי המעות. וכ' הסמ"ע דהיינו דוקא לסברת הרא"ש דאפי' גזלן אם ראו נתינת המעות ולא מסר המוכר מודעא מכירתו מכירה דאלו להרמב"ם דס"ל דבגזלן א"צ למסור מודעה גם בזה דמנה לו מעות אין כאן חזקה אלא מחזיר לו הדמים עכ"ל ונ"ל דלסברת הרמב"ם אפי' מעות אין לו כיון דאינו נאמן לו' בפני מנה לך אבי המעות אלא במגו דלקוח כיון דאינו טוען על גוף הקרקע אלא בדמיו ה"ל מגו להוציא וכמ"ש בש"ע סי' ק"נ סעיף ד' דאם יש לו מגו על הקרקע ותובע כדי דמיו אינו נאמן משום דהוי מגו להוציא ע"ש וכן פסק שם הסמ"ע וא"כ הא דנאמן לו' בפני מנה לך אבי המעות אינו אלא לדעת הרא"ש דהמקח קיים וא"כ טוען על גוף הקרקע ונאמן במגו דלקוח אבל לדעת הרמב"ם וש"ע בסי' קנ"א דקרקע אין לו גם מעות אין לו וכמ"ש. ובזה ניחא הא דהשמיט בש"ע האי דינא דטור בפני מנה לך ונהי דהש"ע ס"ל שאין המקח קיים אכתי נ"מ במעות וכמ"ש הסמ"ע להחזיר הדמים ולפמ"ש ניחא דאינו מחזיר הדמים משום דאינו נאמן במגו וכמ"ש. והטור שכ' משום דס"ל כרא"ש דבמקח קיים וכן הרמ"א דהביאו משום דס"ל בסי' קנ"א דהמקח קיים כל שלא מסר מודעא וה"ל טוען על גופה של קרקע:

סימן קנג

סעיף א

ולא מיחה בו בעל החצר לאלתר. כ' הסמ"ע וז"ל לאלתר נראה דהאי לאלתר לאו דוקא הוא אלא רוצה לו' לאלתר מכי אתברר ליה הזיקו ושתק ודוקא בלסתום חלונו בפניו אמרו דלאלתר הוה חזקה משום דמסתמא נתברר לו הזיקו מיד עכ"ל והנה החילוק שכ' בין לאלתר דחלון ובין לאלתר דשאר מזיקין לא אתברר והרמב"ם ספי"א משכני' כ' וז"ל מי שהחזיק בנזק כגון שפתח חלון או פתח אמת המים או לא הרחיק מה שהי' לו להרחיק והמחזיק טוען אתה אמרת לי לעשות או אתה מכרת לי או מחלת אחר שראית ושתקת ולא מחית והניזק אומר עכשיו הוא שראיתי ולא ידעתי מקודם או שאומר כשראיתי מחיתי ואתה אמרת עתה ארחיק וכו' בכל אלו וכיוצא בהן על הניזק להביא ראיה ואם לאו ישבע המזיק היסת ויפטר וכ' הה"מ דכיון דס"ל להרמב"ם דחזקת נזיקין לאלתר הוי כמו חזקה דשלש שנים וכמו בהחזיק שלש דצריך המערער להביא ראי' ה"ה בחזקת נזיקין לאלתר וע"ש ומדכתב הרמב"ם פתח חלון עם שאר המזיקין משמע דלאלתר דשניהן שוין וכן משמע בטור סי' קנ"ד ע"ש דכתב דחזקת חלונות וזיזין וכיוצא

בו אינה חזקה ג"ש אלא מכי מתברר נזקיו ושתק ומחל ע"ש ומדבריו נמי משמע דהנך לאלתר שוין בין דחלונות בין דשאר מזיקין. ומ"ש הטור מכי מתברר נזקי' אין הכוונה בעדים דהא הניזק אינו נאמן לו' לא ידעתי אלא מ"ש מכי מתברר נזקי' היינו בשיעור שיוכל להתברר נזקי' ולאפוקי אם הי' בזמן קצר שאי אפשר בשום אופן שיוכל להתברר את נזקו דבזה ודאי ליכא חזקה ובפי' המשניות להרמב"ם ס"פ חזקת ז"ל ואין צריך בחזקה לנזקין שלש שנים והוא מה שאמרנו אין דין חזקה בנזקין וג"כ לא הוי בהם חזקה לאלתר אלא כשיעמוד אותו הנזק כדי שיוכל לו' לאותו שהוזק כבר נתפייס' כיון שלא מחית עכ"ל וא"כ מעתה אין לנו לחלק בין המזיקין בענין לאלתר ובכולן נרא' דבעינן שיעמוד שיעור שיוכל לו' לניזק כבר נתפייסת:

אמנם בריב"ש נרא' כדברי הסמ"ע ע"ש בסי' תע"א וז"ל ידעת מה שהסכימו הגאונים שחזקת החלונות והזיזין וכיוצא בהן שאינו גוזל גוף הקרקע אלא נזק לבד כמו סמיכת הקורות וגפת וזבל וסיד וכו' אין חזקתן שלש שנים אלא מכי אתברר היזקו ושתק ומחל וכו' ומה שאמרו בגמ' ולסתום אפי' לאלתר הוי חזקה לא שבחזקת שאר נזקין צריך שלש שנים אלא בנזקין אחרים כשיתברר הנזק ושתק ומחל ובסתימת החלון לאלתר הנזק מבורר דאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק עכ"ל. ונרא' מדבריו דבשאר נזקין כשיתברר הנזק והיינו שיעור שיוכל להתברר ולאפוקי שיעורא זוטא וכמ"ש ובחלון תיכף ה"ל שיעורא דבירור ותכף ה"ל שיעורא דמחילה ואכתי צ"ע ועמ"ש בסי' קנ"ד סק"ד:

סעיף ב

הרי החזיק בעל הזיז עי' טור דמשמע מדבריו דבזיז הוי חזקה אפי' כשיש היזק ראיה בחצר. מדכת' בסי' קנ"ד בשם הרמב"ן דחזקת חלונות לא מיירי כשיש בהם היזק ראיה דהיזק ראיה כקוטרא וב"ה דמיא ע"ש וכאן בזיז לא הביאו משמע דס"ל דגבי זיז אין לחלק ומדברי הרמב"ן בחידושיו משמע דגבי זיז נמי צריך שלא יהי' בו היזק ראיה ע"ש ז"ל הא דתנן במתני' חלון הצורי יש לו חזקה לאו כשיש בהם היזק ראיה מיירי וכן הא דתנן הזוז עד טפח יש לו חזקה ויכול למחות בבעל החצר כשאין בו היזק ראיה עכ"ל. אמנם נרא' דברי הנ"י שהוא מחלק בין זיזין לחלונות וע"ש שכ' גבי זיזין דאפי' בחצר שיש בו היזק ראיה מיירי דגבי זוזין ליכא היזק ראיה כל כך מדאמרי' בגמ' עלה לימא בהיזק ראיה קמיפלגי ודחי דכ"ע היזק ראיה שמיה היזק ואלו בעלמא ודאי היזק ראיה שמיה היזק משמע דכאן ליכא היזק ראיה כ"כ רק כשמשמש על הזיז ולהכי מהני חזקה להיזק ראיה קטן עכ"ל וגבי חלונות כ' הנ"י דהא דתנן חלון צורי יש לו חזקה היינו דוקא

בחצר שאין בו היזק ראיה דגב.י חלון קבוע הוא ויש לו היזק ראיה תדיר וכקוטרא דמיא עכ"ל וזהו נרא' דעת הטור וכמ"ש:

סעיף ג

ובחזקת סולם ונעיצת קורות. ונחלקו בזה רבוותא והובא בטור וז"ל פי' רשב"ם שלחזקה כזאת אין צריך שלש שנים אלא בדבר שיש בו חסרון קרקע כגון פתיחת חלונות ומרזב ומזחילה שהם תשמישים גדולים ורגילים לכתוב עליו שטר אבל תשמיש קטן כזה אין רגילים לכתוב עליו שטר הלכך לאלתר הוי חזקה אבל טענה צריך והגאונים פי' דאפי' הוצאת זיזין ומרזב ומזחילה והעמדת סולם נמי אין צריך חזקה שלש שנים שהטעם הוא משום מחילה וכיון שרואה אותו משתמש בשלו ושותק לאלתר הוי חזקה אפי' בלא טענה וכ"כ הרמב"ן ז"ל ע"ש וקשיא לי טובא בלא טענה היכי משכחת לה נהי דשתיקה הוי מחילה במה קנאו להיות שלו לתשמיש זה בשלמא ע"י טענה משכחת לה שטען שקנאו ממנו במחיר כסף או בשטר וחזקה אבל בלא טענה אלה שראה ושתק ומחל לו אמאי אינו יכול לחזור כיון דליכא קנין ולהרמב"ם ניחא דאיהו ס"ל בפ"א ממכירה דקרקע נקנה באכילת פירות ע"ש. א"כ ה"נ קנאו בשימוש זה דהוי כמו חזקה ותו אינו יכול לחזור בו. אבל דעת הראב"ד דאכילת פירות אינו אלא לראיה בחזקת שלש שנים אבל לקנין ל"מ וכן דעת הרשב"ם ס"פ חזקת וכן דעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן והרא"ש והטור סי' קצ"ב וא"כ לדעת הנך פוסקים במה קנאו שלא יוכל לחזור בו והפוסקים דא"צ טענה מכללם נמי הנך דס"ל דאכילת פירות אינו קונה וצ"ע ולכן נרא' לענ"ד מזה דאע"ג דאכילת פירות אינו קונה היינו דל"מ שיקנה בזה גוף הקרקע אבל אם נתרצו הבעלים להקנות לזה לאיזו תשמיש ועשה השימוש הוא מדעת בעלים קנאו לתשמיש זה שלא יוכל לחזור בו וכהאי דאמרי' בהמוכר פירות דף ק' מודים חכמים לר' אליעזר בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך קונה בהילוך וכ"כ בטור סי' קצ"ב בדבר שתשמישו להילוך דקנאו בהילוך וא"כ אפשר דאפי' בדבר שתשמישו לדבר אחר וקנאו ממנו לתשמיש מיוחד מכי עשה תשמישו קנאו לתשמישו ועיין בתשובת משאת בנימין סי' ל'. ועמ"ש בסי' קפ"ט סק"ב:

סעיף ד

והוא שיביא ראיה שראובן סייע עמו וקשה לי דהא הרמב"ם כ' בפי"א מנזקי שכנים דאם טען הניזק לא ידעתי או מחיתי על הניזק להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע המזיק היסת ע"ש וכ"כ בש"ע ס"ס קנ"ה ע"ש:

שוב מצאתי קושיא זו בכנה"ג בסי' קנ"ה וכת' לישב ז"ל ויראה דלא כ"כ הרמב"ם אלא דוקא בדברים שלאלתר הוי חזקה בפתיח' ההוא או בנעיצת קורה אבל בפ"א משכנים שאין חזקתו מפני שסמך קורתו לכותל חבירו כיון דקורתו סוכת עראי ויכול לו' לא מחלתי והנחתיך אלא מפני שהוא עראי ואין חזקתו אלא מפני שחיברה בטיט על המחזיק להביא ראיה א"נ לא אמר הרמב"ם דאם החזיק בנזק על הניזק להביא ראיה אלא דוקא בדברים שקרובים לודאי שראה הנזק מיד אבל בחיבר הקורה בטיט לכותל אפשר כו' אבל לא הכיר שחברה בטיט ומה שלא מיחה בסמיכת הכותל מפני שהי' לו שהות עד שלשים יום למחות עכ"ל. ולפ"ז אם החזיק אחר שלשים או בסוכת החג לאחר שבעה אין המחזיק צריך להביא ראיה. ובתוס' פ"ק דב"ב שם ד"ה האי כשורא דמטללתא בשם ר"ת דאמתני' קאי ועד למ"ד יום בחזקת שלא נתן מכאן ואילך בחזקת שנתן ע"ש וביאור דבריהם משום דע"כ לא אמרי' בחזקת שלא נתן אלא משום מי יימר דמחייבי לי רבנן והיינו דוקא בשלא הניח מקורה שם כל שלשים יום אבל כשהניח עליו הקורה כל שלשים או שחיברה בטיט הרי הוא בחזקת שנתן דבזה הוי משפטו גלוי וידוע שמחויב לשלם. וכמ"ש בנ"י פ"ק דב"ב בהא דתנן למעלה מארבע אמות בחזקת שלא נתן לו דאם קבע לו בנין קבוע בחזקת שנתן וכ"כ הרמ"א בסי' קנ"ז סעיף י"א. ובזה נרא' דאע"ג דאידך לא ידע שחיברה בטיט כיון דהוא יודע שחייב הרי הוא כמו שאר חוב שיודע משפטו שמחיוב לשלם כגון גנב או גזלן או הזיקו דאע"ג דחבריה לא ידע אם יודע בעצמו שחייב מיפרע פרע ליה וה"ה בזה ואינו צריך ראיה דאידך מזה:

סעיף ה

אבל אם טען כותל זה אני שותף בו. עיין בכסף משנה פ"ח משכנים שכ' דמיירי בכותל הידוע לא' ומיירי בכותל שבין ראובן ושמעון והוא של ראובן לבדו דאם שמעון טוען מחמת מחילה על הכנסת קורה אין לו לסמוך כי אם הקורה ההוא ולא יותר אבל אם טוען שפרע לו חלקו המגיע במחצית כל הכותל נאמן כיון שנשתמש בקורה אחת ליתיה לטעמא דמי יימר דמחייבי לי רבנן דהנותן אפי' קורה אחת פשיטא דמחייבי ליה רבנן וה"ל כפרעתיך לאחר זמנו עכ"ל: ולפ"ז נרא' דהרמב"ם מיירי שבנה הכותל על מקום שניהם דבזה הוא דנאמן לו' פרעתיך ומשום דכבר קנה מחצית הכותל ואינו אלא חובה עליו במחצית הכותל לשלם דמיה. וכמ"ש הנימוק"י במתני' דכותל חצר שנפל וכו' למעל' מארבע אמות ונתן עליו התקרה מגלגלין עליו את הכל וז"ל וא"ת ובמה קנאו וכו' וי"ל כיון שהוא על מקום שניהם קונה לו חצירו והי' דעתו לכך מתחלה כשיתרצה לשלם יהי' שלו מחצית הכותל וע"ש וכיון דאינו אלא חוב נאמן לו' פרעתי אבל אם הי' הכותל

בנוי כולו על מקום ראובן לבדו וטוען שמעון שפרעו מחציתו כיון שהכותל כולו בחזקת ראובן אינו נאמן לו' שקנאו בכסף ושטר וחזקה עד שיביא ראיה כמו בשאר טענת לקוח אבל היכא שבנאו על מקום שניהם דודאי קנה מחצית הכותל דחצירו זוכה לו וכמ"ש בנ"י ואין זה אלא טענת חוב ומלוה דנאמן לו' פרעתי היכא דהוא משפט גלוי:

ובסמ"ע סקל"ה מפרש דברי הרמב"ם דמיירי שהכותל שביניהן אין אנו יודעין של מי הוא וע"ש וכבר עלה זה בריב"ש סי' רי"א לפרש דברי הרמב"ם שאין יודעין של מי הוא והקשה עלה דא"כ מה צריך לקורה כלל כיון שהכותל חוצץ בין שניהם ואינו מוחזק לאחר יותר מן האחר אע"פ שהאחר סמך לו כמה קורות והאחר לא סמך עדיין מה ראי' היא שהכותל יהי' לאחד כיון שאף אם יהי' בשיתוף כל א' יכול לסמוך כשירצה וע"ש שהניח בצ"ע ולכן נרא' פי' דברי הרמב"ם כמ"ש בכסף משנה:

סעיף ו

אלא א"כ עשה תקרה. כ' הסמ"ע ז"ל פי' לכל מר כדאית ליה לסברת הרמב"ם וסייעתו א"צ ג' שנים לזה ולר"ת וסייעתו בעינן שיחזיק בתקרה שלש שנים וכן הא דמסיק מור"ם וכת' וי"א שאין לחלק הוא דברי הרא"ש ואליבא דהרא"ש היינו דוקא בהחזיק בהכנסת קורות שלש שנים עכ"ל. ולענ"ד נרא' דהכא ודאי לכ"ע צריך הכנסת קורות שלש שנים דלהרמב"ם דוקא חזקת תשמישין אין צריך ג' שנים אבל היכא שבא לטעון על גוף הכותל ודאי צריך שלש שנים וטענה אליבא דכ"ע. ואפי' לפמ"ש בסק"ה דלהרמב"ם נאמן לו' פרעתי אפי' לא נתן עליו אלא קורה אחת ולא הי' לו שלש שנים משום דהתם מיירי שבנאו על מקום שניהם דכותל ודאי זכה וכמ"ש ועל דמי הכותל נאמן לו' פרעתי כמו בשאר טענות אבל היכא שבנאו על מקומו לבד ובא השני לטעון שקנה מחצית הכותל צריך חזקה וטענה וכאן מיירי שבנאו על מקומו לבד מדכתב בשם הרא"ש דהוי חזקה לאבני הכותל ולא על מקומו והיכא שבנאו על מקומו כולו לכ"ע צריך חזקה שלש וטענ':

סעיף ז

והוי חזקה לאבני הכותל ז"ל הרא"ש ונראה שחזקה זו מועיל אף לאבני החומה אם נפלו דמסתמא כשקנה ממנו רשות לסמוך על כותלו קנה ממנו כל הכותל להיות חצי שלו וע"ש ומדכ' שקנה ממנו כל הכותל להיות חצי שלו מבואר דס"ל דחולקין שוה בשוה כל הכותל ואם מצד א' אבנים יקרים חולקין שוה בשוה ולא אמרי' כיון דלא נשתמש אלא בחצי כותל שלפניו אין לו אלא במה שהחזיק דכל שהחזיק ונשתמש על הכותל ה"ל חזקה לכל הכותל דכי משתמש בכל הכותל הוא משתמש כמו בהחזיק בקרקע ומשטח ביה פירי אית ליה לארעא מתהום ארעא עד רום רקיעא וא"כ כל הכותל שלו להיות

זוכה בו במחציתו וחולקין שוה בשוה וכמו שמבואר בסי' קנ"ז סעיף ו' וע' מ"ש בסעיף ק"ז ואע"ג דבעלים משתמשין בעבר השני ג"כ אפי' הכי הוי חזקה לכל הכותל מעבר לעבר ועמ"ש בסי' ק"מ ס"ק ז' שכתבנו לחלק בין חזקה לשיתוף להאי דשכוני גוואי דגבי דריסת הרגל ע"כ נשתעבד קרקע שלו שרוצה להחזיק בה לדריסת הרגל שלו וכיון דיש לו שיעבוד עליו בקרקע המחזיק נתבטל החזקה משא"כ בשותפין דאינו משום שעבוד אלא כל אחד בשלו משתמש ומשום ברירה וכמו שביארנו שם ע"ש:

סימן קנד

סעיף א

ואע"פ שהוא גבוה. בפ' חזקת (בבא בתרא דף נ"ט) א"ר זירא למטה מד' אמות יש לו חזקה ויכול למחות למעלה מד' אמות אין לו חזקה ואינו יכול למחות ור' אלעאי אמר אפי' למעלה מד' אמות אין לו חזקה ויכול למחות לימא בכופין על מדת סדום קמפלגי דמר סבר כופין ומ"ס אין כופין לא דכ"ע כופין ושאני הכא דא"ל זמנין דמותבת שרשיפא תותך וקיימת וכ' הרמב"ן בחידושיו וז"ל ואיכא דמקשי מ"ש הכא דחיישינן ומ"ש גבי חצר דתנן למעלה מד"א אין מחייבין אותו לבנותו טעמא דמלתא דלא עבידי אינשי לאותובי שרשיפא בחצר ועוד דבחצר חבירו רואהו ומתיירא ממנו אבל בביתו אין חבירו רואהו ואינו מתיירא ממנו הראב"ד ז"ל עכ"ל. ולי נראה דלק"מ לולי דברי הרמב"ן דהא אי לאו דכופין עמ"ס ודאי היה יכול למחות שלא לפתוח חלון על אויר חצר חבירו לפי שנהנה מאויר חצרו אלא משום דכופין עמ"ס בדבר שזה נהנה וזה לא חסר ולזה קאמר דכ"ע כופין ושאני הכא דא"ל זמנין דמותבת שרשיפא וכיון דזמנין דאית ליה היזק תו לא שייך ביה מדת סדום אע"ג דאינו היזק ממש כל שחסר קצת ומיעוטא דמיעוטא נמי תו לא הוי ממדת סדום והתם גבי למעלה מד"א בחצר נמי אין כופין על מדת סדום מה"ט דהוי חסר קצת וכמ"ש תוס' פ"ק דב"ב (דף ה') גבי למעלה מד"א וז"ל ואע"ג דזה לא נהנה וזה לא חסר פטור הכא זה חסר הוא שגורם לו שהגביה הכותל למעל' מד"א כדי שלא יהיה לו היזק ראיה ממנו בשום ענין עכ"ל והיינו נמי מה"ט דזמנין דאית ליה היזק ראיה ה"ל חסר קצת ואפ"ה אין כופין לבנות למעלה מד"א כיון דאינו היזק גמור וא"כ השתא דמחייבין אותו גבי למעלה מד"א לשלם משום זה נהנה וזה חסר קצת מכ"ש דאין בזה משום כופין עמ"ש כיון דזמנין דמותבת שרשיפא וחסר קצת דתו לא הוי מדת סדום וכמ"ש:

סעיף ב

כיון דממילא ז"ל הסמ"ע הרא"ש כת' טעם אחר שהביאו הטור בסי' קנ"ז ז"ל דלא שייך כאן חזקה דטעמא דחזקה הוא כיון שלא מיחה הפסיד והיינו דוקא היכא דהמחזיק מזיק ואינו ניזק כגון מי שיש לו חלון פתוח לחצר חבירו אבל היכא שמחזיק ניזק כמו שהוא מזיק יכול לומר לא חששתי למחות כיון שאני מזיקך כמו שאתה מזיקני והייתי ממתין אולי תפתח אתה לתבוע וגם היזק תדיר הוא ודמי לקיטרא ולא דמי לחלון דהתם לאו היזק תדיר היא שלאורה הוא עשוי ולא להסתכל לחצר חבירו עכ"ל. ונפקא מיניה בין הטעמים בהיזק ראיה שבין גג לחצר ומבואר בסי' ק"ס דבעל הגג מזיק לחצר ואין בעל החצר מזיק לגג דלפי טעם הראשון כה"ג מהני חזקה להיזק ראיה כיון שהמחזיק מזיק ואינו ניזק ולפי טעם השני גם בין חצר לגג לא מהני חזקה כיון דדמי לקוטרא:

סעיף ג

חלון קטנה. כ' הרמב"ן בחידושיו וז"ל ומסתברא בחלון שאין לו חזקה כגון מצרי או למעלה מכיון שא"צ הוא לסותמה אע"פ שאין לו מכנגדו כדי שלא יאפיל עליו אבל מלמעלה שלא יציץ ויראה ומלמטה שלא יעמוד ויראה יש לו שאם אתה מתיר לו היזק ראייתו אתה מצריכו לסותמו ולא יהא אלא בבאין שניהם לבנות בבת אחת אינו בדין שנתיר לזה היזק ראיה שגירי' הוא וכיון שאינו מצריך להרחיק אין לו למחות בידו לו' או סתום או אזיק אותך בגיראי וראיתי למקצת מחברי' אחרוני' שטעו בזה עכ"ל. ונראה דהרמב"ן סובר כדעת היש מפרשים שהביא הרא"ש ס"פ חזקת דהא דאמרינן חלון למעלה אין לו חזקה היינו דוקא לענין זה שלא יכול לכופו לזה להרחיק ד"א אבל גם זה אינו יכול לכופו לסותמו וע"ש ועש"ה ס"ל להרמב"ן דאינו רשאי להזיקו בגירי' דה"ל כסותם אבל לפי דעת הרא"ש שם דהיכא דאין לו חזקה יכול לכופו לסותמו וכן דעת הטור וב"י א"כ פשיטא שיכול להזיקו בראיה כיון שיכול לסותמו ומ"ש הרמב"ן ואפי' באין שניהם לבנות בבת א' כו' כיון דקי"ל כרבי אלעאי דגם למעלה מארבע אמות יכול למחות א"כ ודאי פשיטא דכשבאו שניהם לבנות דיכול הוא למחו' על החלון ואפשר דהרמב"ן מיירי מחלון מצרי ולטעמיה שכ' בחידושיו דחלון המצרי מד"א לכ"ע אינו יכול למחות ע"ש ומש"ה כ' דכשבאו לבנות שניהם בבת אחת צריך זה להרחיק שלא יזיקנו בראי' וא"כ לדידן דקי"ל דאפי' במצרי ולמעלה מד"א יכול למחות א"כ ודאי כשבאו שניהן כאחד לבנות מוחה הוא על החלון ויכול לבנות למעלה ולמטה ומכ"ש לדעת הרא"ש והטור דס"ל דאפילו העמיד כבר את החלון יכול הוא לכופו לסותמו דודאי יכול לבנות למעלה ולמטה אפי' במקום שמזיקו בראי' וכמ"ש ועוד נראה דאפילו לדעת היש

מפרשים שברא"ש דאילו יכול לכופו לסותמו מודי דיכול הוא לבנות למעלה ולמטה כיון דעיקר הטעם בגמר' דף נ"ט הא דיכול לבנות למעלה מד"א היינו משום כופין עמ"ס כיון דאויר חצירו דידיה הוא ולא הוי מדת סדום אלא במקום שזה נהנה וזה לא חסר ואם אנו כופין את בעל החצר שלא יבנה למעלה ולמטה בכדי שלא יזיקנו בראיה אין לך חסד גדול מזה ואין זה מדת סדום אלא שלי שלי ושלך שלך ולכן נראה לענ"ד עיקר כדברי מחברים האחרונים ודו"ק:

סעיף ד

ומיד הוי מחילה כ' הסמ"ע וז"ל הרא"ש וסייעתו מודים בזה מטעם שכ' המחבר שאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק אלא א"כ מחל והרמב"ם שכ' ג"כ טעם זה בסתימת החלון אע"ג דס"ל גם בשאר נזיקין ה"ל חזקה מיד היינו דוקא כשאנו יודעין שהרגיש בנזק ושתק וכמ"ש המחבר בסעיף ז' וכאן בסתימה קמ"ל דמסתמא הרגיש דחזקה הוא דאין אדם וכו' ע"ש: ומ"ש הסמ"ע דבשאר נזקין דוקא כשאנו יודעין שהרגיש אינו מדוקדק דהא כתב הרמב"ם להדיא פי"א משכנים מי שהחזיק בנזק וכו' והניזק אומר עכשיו הוא שראיתי ולא ידעתי מקודם כו' וכיוצא בהם על הניזק להביא ראיה וכ"כ בש"ע סי' קנ"ה. ומ"ש בש"ע סעיף ד' או שידע הנזק ולא ערער היינו לאפוקי אם נתברר שלא ידע הא סתמא אמרינן ידע ואין הניזק נאמן לו' לא ידעתי כמו בחזקת שלש שנים שאינו נאמן לו' לא ידעתי וכמ"ש הרב המגיד פ' י"א משכנים ע"ש. אלא דהחילוק בין לאלתר של שאר נזקין ובין לאלתר דסתימת חלון דבשאר נזיקין נהי דאין צריך שלש שנים אבל עכ"פ זמן מה בעינן שיעורא שיכול להתברר לניזק ובתר שיעורא הנזכר תו אין הניזק נאמן לו' לא ידעתי ובלאלתר דסתימת חלון לא בעי שיעורא כלל ומשום דהנזק תיכף מתברר וכמ"ש הריב"ש בסימן קע"א וכמ"ש בסי' קנ"ג סק"א:

סעיף ה

וכיון שאינו יכול לעכב אין לו חזקה והוא דעת הרא"ש אבל הריב"ש בסי' תע"א כתב וז"ל ומ"ש הרא"ש ז"ל שהפותח חלון על גג של רעיפים אין בעל הגג יכול לעכב כיון אינו מזיקו בהיזק ראיה ולכן כשיבוא לבנות כנגדו א"צ להרחיק שאין לחלון זה חזקה כיון שאינו יכול למחות כו' כדאמרינן בגמרא דטעמא דרבי אלעאי בלמעלה מארבע אמות משום דמייתי שרשיפא וחזי ליה הוכיח הרב ז"ל דהיכא דליתיה להאי טעמא וליכא היזק ראיה כלל כגון גג של רעיפים אינו יכול למחות דכופין עמ"ס וממילא כיון שאינו יכול למחות אין לו חזקה והוא עשה מן המסובב סיב' ומן הסיבה מסובב שהרי לפי הנראה מל' הגמ' היסוד והסיבה היא החזק' ומדין החזקה יצא לנו אם יכול למחות אם

לאו ולדבריו אף אם אינו יכול לעכבו מלפותחו למה אין לו חזקה של שלש שהרי הי' לו למחות בסוף כל שלש ושלש שלא יחזיק עליו לענין שאם יבא לבנות כנגדו לא יצטרך להרחיק וכיון שלא מיחה יש לנו לו' שיש לו חזקה וכיון שיש לו חזקה חזר הדין שיוכל לעכב דמצי אמר מחזקת עלי ולא מצינא דאטרח למחות בסוף כל שלש ושלש ולאו מדת סדום הוא וכו': וכן יש הוכחה לזה בריש פ' לא יחפור דמקשי לרבא דאמר הבא לסמוך אינו סומך ממתני' דתני כולהו הרחקות דכותל טעמא דאיכ' כותל הא ליכא כותל סמוך אלמ' לרבא אע"ג דליכא כותל והשתא ליכא היזקא כלל וליכא טעמא דכל מרא ומרא מרפי לי לארעאי אפ"ה לא סמיך וכו' ולא מצי אמר אסמיך בי' האידנ' וכי עבדית לכותל אשקלי' שכיון שסמך קשה הוא לסלקו ונמצאו כל היום מתעצמין בדין עכ"ל. והנה מ"ש הריב"ש על הרא"ש שעשה מן המסובב סיבה כו' שהרי הי' יכול למחות בסוף כל שלש שלא יחזיק עליו כו' לכאור' נרא' כן בפ' חזקת (בבא בתרא דף ל"ה א)"ל רב אשי לרב כהנא ואי לפירוי אחתי' מאי ה"ל למיעבד א"ל איבעי' ליה למחויי דאי לא תימא הכי הני משכנת' דסורא דכת' בהו במשלם שנין אלין תיפוק ארעא דא בלא כסף אי כביש לי' לשטר משכנת' גביה וא"ל לקוח הוא בידי ה"נ דמהימן מתקנין רבנן מידי דאתי בי' לודי פסידא אלא איבעי' לי' למחויי ה"נ איבעי' לי' למחויי:

אמנם לאחר העיון נראין דברי הרא"ש דודאי כל שיש לו רשות לפתוח החלון ליכא תורת חזקה כלל ואין הבעלים צריכין למחא' כל עיקר וראי' לזה מהא דאמרי' פ' חז"ה דף מ"ט בהא דתנן אין לאיש חזקה בנכסי אשתו ע"ש דפריך עלה פשיטא כיון דאית לי' פירא אכיל פירא וע"ש. וה"נ כיון דאית ליה רשות בפתיחת החלון הו"ל כמו הך דבעל וע"ש פי' רשב"ם שכ' וז"ל דהכל יודעין דלפירי נחית כיון דאית ליה פירי ולא דמי למשכונ' דצריך למחויי שירד לפירות כי היכא דלא ליחזק התם שמא ע"י אורך הזמן ישכח הדבר שירד בתורת משכונא מש"ה צריך למחויי וע"ש וא"כ הא דצריך למחות שלא יחזיק היכא שירד לפירי היינו היכא דלא נודע אם ירד לפירי אבל היכא דידוע דאית ליה פירא מסתמא לפירי נחית ואינו צריך למחות כלל וה"נ כיון דאית ליה פתיחת חלון אין כאן חזקה כל עיקר וא"צ מחאה כלל וז"ב. והיינו נמי טעמא דאומן אין לו חזקה כלל דאמרי' שירד בתורת אומנות וא"צ מחאה שירד לאומנות דסתמא הכי הוא: ובחידושי הרמב"ן פ"ק דב"ב דף ז' בהא דאמרו האחי' אין להם חלונות זה על זה וז"ל ומה שאמרו אין להם חלונות זע"ז אומר רש"י ז"ל דוקא שלא החזיק בחלונות לאחר חלוקה אבל החזיק מעכב עליו שלא לבנות כנגדו ותמהני מאחר שאינו יכול למחות ולסתום במה החזיק ואפשר שהי' לו למחות ולו' אחר חלוקה איני מוחל לך על חלונותיך שתחזיק בהם

עכ"ל וזה מורה כדברי הריב"ש דאפי' במקום דאית ליה רשות צריך למחות שלא יחזיק וכ"ת א"כ אמאי לא יוכל לסתום נמי מה"ט באחין שחלקו כי היכי דלא ליחזקי וכמו בגג של רעיפים משום דבאחין שחלקו לפי דעת רש"י אמרי' מסתמא אדעת' דהכי חלקו להיות חלונות ואמת המים כמו שהי' בחיי אביהם אלא שיוכל נמי לבנות כמו בחיי אביהן וכיון דאדעת' דהכי חלקו שיעמדו שם חלונות ואמת המים היאך יוכל למחות ולסותמו ואם מתיירא שלא יחזיק יעשה מחאה בשטר ובע"כ צריך לשומרו משא"כ בגג של רעיפים אין אנו כופין אותו בחנם לשמור שטר מחאה ומש"ה יכול למחות דלא ניחזקי אלא דהרמב"ן בחידושיו נרא' דס"ל כדעת הרא"ש ע"ש דף י"ח גבי סמיכת מזיקין היכא דליכא דבר הניזק דכ' דאין אדם יכול למחות ביד חבירו שלא לסמוך וכשיבא הלה לסמוך הוא מוחה בידו ומשום דלמא מחזיק עלי ליכא למיחש שכיון שאינו יכול למחות אין לו חזקה עכ"ל. וא"כ צ"ל דהא דכ' גבי חלונות להיפך היינו אליב' דרש"י דס"ל דאינו יכול למחות ואפ"ה הוי חזקה ולדידיה לא ס"ל:

אמנם נראה דודאי היכא דידוע מלתא בודאי דאית ליה רשות בכך אינו צריך מחאה כלל וכמו שהוכחנו מהך דבעל דאית לי' פירי דאין צריך מחאה כלל שלא יחזיק אלא דגבי חלונות דאחין כיון דטעמא דאית להן חלונות כ"ז שלא יבנה זה כנגדו אינו אלא משום דאמרי' סתמא דמלתא כיון שחלקו בסתם אדעת' דהכי חלקי שיהי' להם חלונות כמו בחיי אביהן וכמו כן יבנה כנגדו כמו בחיי אביהן אבל אם רצו האחין לחלוק בפירוש באופן שלא יהי' להם חלונות ודאי אין להם זה על זה חלונות בע"כ אא"כ עלו בדמים שיקנה החלונות לגמרי וא"כ היכא דאית ליה חזקה מצי טעון שקנה החלונות לגמרי משא"כ בגג של רעיפים דבע"כ אית ליה חלונות משום דכופין על מדת סדום וה"ל כמו בעל דאית ליה פירי בע"כ דאין צריך מחאה כלל אבל באחין דבע"כ אין להם חלונות רק היכי שחלקו בסתם ולא התנו אמרי' אדעתא דהכי חלקו שיהי' להם חלונות אבל מחאה צריך שלא יחזיקו כמו במשכנת' דפירי כיון דאינו ידוע בודאי דלפירי נחית ומצי טען בתורת לקוח כל זמן שלא עשה מחאה ואינו נאמן לו' לפירות הורדתיו כיון דאין ידוע וה"נ באחין אינו ידוע אם נחית בתורת חלוקה להיות לו רשות לחלונות או שעלו בדמים להיות החלונות שלו לגמרי בתורת לקוח כיון דאין לו בע"כ חלונות על חצרו אבל בגג סל רעיפים דבע"כ אית ליה הו"ל כמו הך דבעל אית ליה פירי וז"ב. ומ"ש הריב"ש דיש לזה ראיה מהא דפריך ר"פ לא יחפור מכל הנסמכין לרבא דאמר אינו סומך וכו' כבר כת' הרא"ש שם בהא דפריך לרבא דאמר אינו סומך בשם הר"ר יונה דכ' להוכיח מזה דאפי' ליכא דבר הניזק יכול למחות שלא יחזיק עליו וחולק עליו בראי' זו דהתם גבי בור מרפי

לארעי' ובאינך נמי כיון שטרח' גדולה לסלק אמרי' שלא לסמוך אבל בגג של רעיפים ועושה חלון עליו אין טורח בסילוקו כיון שבונה הכותל בצדו ע"ש:

סעיף ו

וכותל ביניהם ונפל הכותל. והנה דעת הרא"ש דצריך לסתור חלונותיו ובתשובת הגאונים כתבו להתיר כיון שעשה בהיתר. ועיין ר"פ לא יחפור דפריך שם לרבא דאמר אינו סומך מהא דתנן לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו אא"כ הרחיק ממנו ארבע אמות וטעמא משום עבודת הכרם הא לאו הכי סמוך אע"ג דאיכא שרשין דקא מזקי הבמ"ע דאיכ' צונמ' אי הכי אימא סיפא היו שרשין יוצאין בתוך של חבירו וכו' ואי דמפסיק צונמ' מאי בעי התם הכי קאמר ואי לאו צונמ' והיו שרשין יוצאין בתוך של חבירו מעמיק שלשה טפחים. וכ' שם הרמב"ן בחידושיו ז"ל והא דאמרי' ואי לאו צונמ' קשיא לן אמאי לא יעקור הכל וראיתי בפי' הראב"ד ז"ל שפי' הכי קאמר ואי לאו צונמ' השתא שבשעה שסמך היתי' צונמ' ואתרמי מלתא שנטלה הצונמ' משם וליתי' השתא ולא מחוור לן שאם לא סמך אלא משום שהיתה שם צונמ' כשנעקרה יעקור הוא את האילן עכ"ל. ונרא' דה"ה הך דכותל ביניהם ונפל הכותל תליא בזה דתשובת הגאונים שהתירו משום שעשה בהיתר סברי כדברי הראב"ד. והרא"ש סובר כשטת הרמב"ן וכיון דלא סמך החלונות אלא משום שהי' כותל ביניהם כשנפלה הכותל צריך לסתום החלונות כמו בהך דצונמ':

סעיף ז

דמאי שנא שרואין בית זה. שם בתשובת הרא"ש ראובן יש לו בית ושמעון יש לו בית נגד בית של ראובן והיו בבית ראובן חלונות פתוחים נגד ביתו של שמעון ולאחר זמן מכר שמעון לראובן את ביתו והי' ללוי גינה אחת נגד הבית שקנה ראובן משמעון ובאותו הבית היו חלונות פתוחים לגינתו של לוי ומן החלונות של ראובן לא הי' ללוי היזק ראיה לגינתו כי הבית שלקח משמעון מפסיק בנתיים אבל מחלונות שהי' בבית שקנה ראובן משמעון היו רואין לגינ' וכו' אמנם בטענ' האחרת אני מזכה את ראובן כיון שהחלונות של בית שמעון היו פתוחים לגינת לוי ולא הי' יכול לסותמן א"כ לא נתוסף שום היזק לגינת לוי בנפילת בית שמעון דמעיקר' נמי הוי בעי לאצטנועי מהדרים בבית שמעון ולא הי' יכול לעשות שום תשמיש צנוע ועוד אם ירצה ראובן יחזור ויבנה הבית שקנה משמעון ויפתח חלונות כבתחלה ומה לו חלונות של בית ראובן ומה לו חלונות של בית שמעון עכ"ל. ויראה דהיינו דוק' אם ראובן קנה בית המפסיק בזה הוא דקאמר הרא"ש דאינו צריך לסתום חלונו כיון דשלו הוא אמרינן אי בעי בלי ליה אבל אם היה

בית המפסיק של אחר בזה נראה דראובן צריך לסתום חלונו דאע"ג דאי בעי בעה"ב המפסיק בני לה מ"מ כל זמן שלא בנה לה אין ראובן רשאי להזיק ללוי כיון דהשת' שנפל יוכל לוי לעשות דבר הצנוע בביתו אין ראובן רשאי להזיק כיון דלא בדידיה תליא מלת' לבנות כנגדו:

סעיף ח

ועוד יכול הקונה. וקשה דהא כתב הרמ"א בסעיף י"ב דאם בעל החלון אומר אני סתמתי כו' בעל החלון נקר' מוחזק. ועמ"ש בסמ"ע בזה ליישב ונרא' דהתם בסעיף י"ב הטעם כמ"ש הריטב"א דבעל החלון הי' מוחזק בחלון ואינו יוצא מחזקתו אע"פ שנסתר ומש"ה על בעל החצר להבי' ראיה ועיין ש"ך סקי"ד והיינו משום דבעל החלון מיקרי מרא קמא אבל הכא לא שייך לאקומי בחזקת מרא קמא כיון דנגד הכותי לא הי' מוחזק וא"כ השת' שהחלון סתום' לא נודע אם הי' מעולם בחזקתו דשמא הכותי סתמה. ואע"ג דבספק חלון קדם הוי חזקתו חזקה וכמ"ש הרמ"א בסעיף י"ח. היינו אם החלון לפנינו פתוח ואזלינן בתר השת' לו' שהי' פתוח כבר קודם לכותי אבל היכא שנמצ' סתום לפנינו דליכ' חזקה דהשת' וגם חזקה דמעיקר' ליתיה דשמא כותי סתמה וכיון דליכ' חזקה דמעיקר' ולא חזקה דהשת' מש"ה יכול הקונה לו' שמא הכותי סתמה. והיכ' דידוע בודאי שחלונו קדם לכותי הוי בחזקתו ואין הקונה יכול לו' שמא הכותי סתמה דמוקמינן בחזקתו:

סעיף ט

חדר לאוצר יין ושמן. כת' הב"י בשם הרשב"א וז"ל נחלקו על מיעוט האויר ששמעון ממעט אויר אוצרו של ראובן בזה אני אומר שמתוך הדברים ניכר שהאוצרות אשר שם צריכין אויר שיכנס ממנו הרוח לקרר היין והמונע ממנו האויר מפסידו ואם הדבר כן ונהוג שם כך הדין עם ראובן שכל שקדם האוצר אע"פ שעכשיו אין שם יין ושמן הרי הוא מוכן לכך ואין הלה רשאי לעשות בביתו דבר שמזיק את האוצר עכ"ל. והנה מדברי הרשב"א נרא' שהי' אוצר מיוחד ליין ושמן אלא שעכשיו אין שם יין ושמן ומש"ה כת' כל שקדם האוצר כו' אין הלה רשאי וכו' דבר שמזיק לאוצר. אמנם מדברי הרמ"א נראה שבנה בביתו חדר לאוצר יין ושמן ועדיין לא הי' בתוכו יין ושמן וכמ"ש הרמ"א חדר לאוצר יין ושמן וא"כ קשה דהא זה הוא בעיא דלא איפשט' בש"ס ר"פ לא יחפור בנה עליה ע"ג ביתו ריבה בה חלונות רמי בה תמרי ורימוני מהו ומבואר בסי' קנ"ה בכל אלו לכתחלה בעל החצר מעכב ואם עבר ועשה אינו יכול להסירו. ואפשר דכיון דקי"ל כרבא דאמר אינו סומך ובגמ' פריך לה לרבא מהא דתנן אם רפת בקר קודם לאוצר מותר ומשני דיר' שאני ועי' רש"י שאין לנו לאסור דירתו כל שעדיין ליכא דבר הניזק וא"כ הכא דליכא

דירה אלא כותל צריך להסיר אע"ג דעדיין ליכא אוצר דאינו סומך אלא בדיר': מיהו נרא' דליתיה דבפרק לא יחפור (בבא בתרא דף כ"ב) ד"ה וקמא היכי סמיך דהקשו שם לרבא דאמר אינו סומך וקמא היכי סמיך וי"ל דלא אסר רבא לסמוך אלא מלתא דמגופה אתי היזק אבל הכא הכותל אינו מזיק כלום אלא שגורם למעט דוושא וע"ש. וכ"כ הרמב"ן שם דאפי' לרבא אם בא לסמוך סומך שאין זה מזיק אלא מונע טוב מבעליו בעלמ' הוא וכל אימת דליכא כותל אחר אין כאן בעלים וע"ש וא"כ ה"נ אם הכותל קדמה לאוצר אע"פ שכותל אינו דירה כיון שאינו מזיק אלא שמונע אויר ואינו אלא כמו מונע דוושא וכל אימת דליכ' בעלים מותר וזה ברור: אמנם גם בעיקר הדין קשיא לי טובא והוא דנרא' דאפי' אוצר קדים וכבר הי' בתוכו יין ושמן נמי אינו צריך להרחיק הכותל כיון דמניעת אויר אינו אלא כמו מונע דושא וכמ"ש וכבר כת' הרמ"א בסי' קנ"ה סעיף י"ד דכל זה לא מיירי אלא שקנו הקרקע מן ההפקר או מן המלך אבל בלא"ה יכול לסמוך כותל לכותל וכמ"ש הרב המגיד פ"ט משכנים בהא דצריך להרחיק מכותל לכותל משום דושא וז"ל יש מקשים במה נשתעבד ראובן לשמעון בהרחקה זו ופי' דהמשנה מיירי דוקא בלוקח מן המלך דמסתמ' נשתעבדו לו ארבע אמות קרקע חוץ לכותל דושא וחבירו הלוקח מן המלך צריך להרחיק ד' אמות שכבר נשתעבדו לו עכ"ל. וכ"כ בהגהת מיימוני שם ז"ל פסק ריצב"א דמשום דושא אין צריך להרחיק אלא בלוקח או ביורש שהחזיק הראשון בדושא וכן לענין חלונות אם הוא לוקח או יורש השני מרחיק ואם לאו כל כמיני' של ראשון לפתוח חלונות דהא תנן לא יפתח אדם חלונות לחצר השותפין ואם שביל של רבים מפסיק שאינו יכול לאסור הפתיחה עליו מ"מ אין להם זה ע"ז כלום לענין האפילה ואם עשה הראשון חלונות א"א לו להכריח השני להרחיק את כותלו שלא יאפיל וכן השני א"א לו להכריח הראשון לעשות חצי ההרחקה בשביל שלאחר זמן יעשה גם הוא חלונות דמדמינן אורה לדוושא דלמה יתן לו באור' שבא מאורה שלו הלא אין לו באויר חבירו כלום ואין זה דומה למזיק חבירו בקרקע שלו כגון חרדל ומשרה ובצלים דלעיל אין לו היזק אלא מונע האורה מלבא שם וזה אין לו כח אלא א"כ החזיק בה כגון לוקח ויורש ועיקר ע"כ בתוס' ועוד האריכו עכ"ל: וזה נראה מבואר כדברי המ"מ אלא דהה"מ מפרש לה בקונה מן המלך והגהות מיימוני מפרש לה בהחזיק וא"כ ה"נ במה נשתעבד לקרר את יינו באויר שלו. ולכן נרא' דהרשב"א ס"ל כשטת תוס' והרמב"ן דאינהו סברי דאפי' לא החזיק קמא וגם לא קנה מן המלך ומהפקר נמי אסור לסמוך מכותל לכותל ומחויב להניח לו דוושא ויתבאר דעתם בסי' קנ"ה סק"ח. ויותר נרא' דהרשב"א מיירי במקום שנהגו בכך להניח אויר לחצר חבירו וכמ"ש הרשב"א שם ואם הדבר כן ונהוג

שם כך אבל היכא דליכ' מנהגא לא וכמ"ש. וכיון דכבר פסק הרמ"א בסי' קנ"ה דאי לו להניח דושא אלא בקונה קרקע מן המלך או מן ההפקר א"כ הכא נמי אם לא קנה קרקע מן המלך או מהפקר וגם לא החזיק בכך נמי אינו צריך להניח אויר שלו לקרר יין חבירו וזה ברור):

סעיף י

ראובן שזכה בחורבה של הפקר. והוא בריב"ש סי' שכ"ב ע"ש בנדון זה שסמך ברשות בעוד שהיה קרקע חבירו הפקר וז"ל ועוד אני אומר שאין המזיק הסומך קודם שיהי' שם הניזק צריך לסלק היזקו כשהניזק יבא אח"כ אלא היכא שהניזק אינו מזיק עתה לראשון אבל אם הניזק גם הוא מזיק אז השני צריך להרחיק ולא הראשון שכך אני מפרש על דרך פי' רש"י וגרסתו מה שאמרו בגמ' לעולם קסבר ר' יוסי על המזיק להרחיק והכי קאמר להו לרבנן בשלמא הני תרתי הני מזקי הני והני לא מזקי הני אלא חרדל ודבורים כו' כיון ששניהם מזיקין תועיל לבעל החרדל קדימתו וכו' לפי שיכול לו' לבעל דבורים כיון שאני קדמתי ברשות ואתה בא עתה להזיקני הרחק אתה כל ההרחקה כדי שלא תזיקני שעל המזיק להרחיק ואני כיון שקדמתי זכיתי ולא ארחיק לעולם שהרי לא היה לי להרחיק אלא כשיהי' שם הניזק ולא יהי' הניזק כאן לעולם כיון שגם אתה מזיק וצריך להרחיק ולפי זה ר' יוסי מתיר בחרדל ואוסר בדבורים דמאי דקאמר הרחק דבורך מן חרדלאי דינא קאמר ליה ועתה אין להקשות דה"ל למימר מתיר בחרדל ואוסר בדבורים שהרי לפי פירוש זה איסור דבורים הוא העיקר והיתר החרדל הוא שתולה רבי יוסי באיסור הדבורים וא"כ כבר מפורש הכל בדבריו זה נראה לי אע"פ שהרמב"ן ז"ל לא פירש כן אלא שפירש שניהן כופין זה את זה להרחיק והאמת יורה דרכו. והוא שטת תוספות בסוגיא דחרדל ויבואר בסי' קנ"ה ס"ק י"ב:

סימן קנה

סעיף א

משלם מה שהזיקה. כת' הרי"ף בפ' הכונס בהא דאמרו שם הרחיק כראוי ועבר והזיקה פטור שזו מכה בידי שמים היא וז"ל ואי קשיא לך מ"ש התם גבי תנור דקא יהבי רבנן שיעורא ואפ"ה אם הזיק משלם מה שהזיק ומ"ש הכא דפטור לא תיקשי לך הכא דלפי צורך שעה קמדליק וקמרחיב בשיעורא וקא עברה הדליקה יתיר משיעורא וקא מזקה אונס הוא דמאי הוי ליה למיעבד הלכך מכה בידי שמים הוא ולפיכך פטור דלא יכול לאזדהורי והתם גבי תנור כיון דתדיר הוא מדליק איבעי ליה לעיוני אי איכ' היזקא

לחבריה וכיון דלא עביד הכי פושע הוא ולפיכך חייב תדע דהא רבנן פליגי עליה דר' שמעון בתנור דקא יהיב שיעורא לפטור והכא אינהו גופייהו קא יהבי שיעורא לפטור עכ"ל: ולולי דברי הרי"ף דנרא' לענ"ד דהכא שיעורא דתנור אינו אלא שלא יפחות משיעורא דבפחות משיעור' הוי היזק ודאי ואינו רשאי להזיק ע"מ לשלם ולכן צריך להרחיק שלא יזיק בידים ע"מ לשלם אבל גם בהרחקת השיעור שהוא ד' אמות אכתי אינו מן הנמנע שלא ילך האש ומש"ה צריך לשלם מה שהזיק אבל בהאי דפ' הכונס דאמרו הרחיק כראוי והיינו לפי שיעור הדליקה והתם מיירי בהרחיק כראוי באופן שהוא מהנמנע שילך האש לגדיש חבירו ומש"ה ה"ל אונס גמור ומכה בידי שמים ופטור מלשלם:

סעיף ב

תחת אוצר חבירו. כ"כ הרמב"ם והטור. ומשמע דוקא תחת אוצרו אבל תחת ביתו של חבירו יכול לעשות מעשה נחתום וצבע ורפת בקר מיהו הרמב"ן בחידושיו כת' עפ"י הירושלמי דתחת דירתו של חבירו נמי אסור ע"ש שהביא לשון הירושלמי כנגד דירתו מהו אמר ר' אחא כ"ש דירתו אלמא כי קתני תחת אוצרו של חבירו רבותא נקט וכ"ש דירה וכי קתני היתה רפת בקר קודמת לאוצר מותר כגון שהי' שם משתמש בציבי ותיבני ונמלך לעשות אוצר של תבואה ופירות עכ"ל ואם שלא נזכרו דברי הרמב"ן לא בדברי הב"י ולא באחרונים העיקר כדברי הרמב"ן כיון שהוא מפורש כן בירושלמי:

סעיף ג

ואם הוחזקה החנות בתחלה. ר"פ לא יחפור פריך מינה לרבא דאמר אינו סומך ומשני דירה שאני. ופי' רש"י שאין לנו לאסור דירתו של זה כל זמן דליכא דבר הניזק והרב ר' יוסף מג"ש בחדושיו פי' דירה שאני שאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר כלל ואפי' ללישנא קמא דאמר ממליכנא בהא לא מימלך והרמב"ן בחדושיו כת' וז"ל אבל מי שפי' שאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר כלל וכו' כמדומה לי שטעה שמצאתי בירושלמי כנגד דירתו מהו אמר ר' אחא כ"ש דירתו אלמא כי קתני תחת אוצרו של חבירו רבותא נקט כו' ע"ש. ולא רצה הרמב"ן להזכיר שם המפורש מפני כבודו והוא הרב הנזכר ואיכא למידק לפי מה שמפרש הר"י מג"ש בהא דבעי אביי שם כיבד וריבץ לאוצר מהו ריבה בחלונות מהו אכסדרה תחת ביתו וכו'. והא כיון דהנך כולהו ודאי הכנה לאוצר תו לא שייך בזה לו' שאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר הרי מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דרוצה לעשות אוצר. ונרא' כיון דהנך כולהו אביי הוא דבעי לה ולדידיה אפי' בשדה העשויה לבורות מותר לסמוך כיון דאכתי' ליתיה לדבר הניזק ומש"ה בעי לה אי נימא

דה"ל כמו איתיה לדבר הניזק או דלמא הזמנה לאו מלתא. ואע"ג דרב הונא בריה דרב יהושע נמי הדר בעי לה שם בגמ' תמרי ורימוני מהו. י"ל כיון דסמיך לה אהנך דבעי אביי א"כ איהו נמי אליביה דאביי בעי לה. ובזה ניחא ליישב הא דהשמיט הרי"ף כל הנך איבעי' דבעי לה בגמ' כיבד וריבץ וכו' משום דאנן קי"ל כדרבא דאמר אינו סומך אפילו ליתיה לדבר הניזק ורפת בקר קודם לאוצר אינו מותר אלא משום דודאי אין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר ואפי' ממליכנא לא אמרינן ביה וכמ"ש הר"י מג"ש אבל כל היכא דחזינן דרוצה לעשות אוצר ממילא אסור לסמוך אלא דלפי שיטת הר"י מג"ש גבי הרחקת אילן וגפנים הובא דבריו בסי' קי"א ע"ש דאם זה בא ליטע אילן וזה גפנים דבעל הגפנים מרחיק אמה ובעל האילן שלשה טפחים דהיכא שהוא שדה שאינו עשוי ליטע גפנים וזה אומר אטע גפנים לאו כל כמיניה כיון שאין עשוי לכך ואין בעל האילן צריך להרחיק א"כ י"ל דהנך דבעי אביי הוא אפי' לדידן דאי נימא דכיבד וריבץ אכתי לאו אוצר מיקרי א"כ לא היה צריך להרחיק אע"ג דודאי יעשנו אוצר דלאו כל כמיניה כיון דדיר' הוה ליה כמו שאינו עשוי לאוצר ולאו כל כמיניה כיון שאינו עשוי לכך אלא היכא דקדם האוצר וא"כ שפיר בעי לה אפי' לדידן אם זה הוי כמו קדם האוצר ואולי מה"ט הוכרח הר"י מג"ש לדבריו שם גבי גפנים דבדבר שאינו עשוי לכך לאו כל כמיניה כי היכא דלא תיקשי מהנך איבעיות וכמ"ש: מיהו הרי"ף דהשמיט הנך בעיות י"ל דלא ס"ל גבי גפנים כדברי הר"י מג"ש. וכבר השיגו הרמב"ן גבי גפנים ע"ש סקי"א וגבי רפת קודמת לאוצר ס"ל כפי' הר"י מג"ש וא"כ צריך לו' דהנך בעיות אביי הוא דבעי וגם רב הונא בריה דרב יהושע אליביה דאביי היא וכמ"ש ומש"ה השמיט הרי"ף הנך כיון דקי"ל כרבא וכמ"ש:

סעיף ד

מרחיקין את הזרעים. בט"ז הקשה מ"ש גבי אילן ובור דא"צ להרחיק משום דהוי נזק הבא מאליו והכא גבי זרעים נמי לא הוי היזק עד שיהיו השרשים באים ומחלידים את הקרקע וע"ש מ"ש בזה ואין דבריו מובנים:

אמנם כבר כתב בזה הרמב"ן בחידושיו פ' לא יחפור ז"ל ור"ח כת' בל' קצרה הנך כולהו דמתני' גירי' נינהו דמהאי שעתא משתכח הזיקייהו דלא פליגי אלא באילן דבעידנ' דנטע ליתנהו לשרשין וזה הטעם מספיק לכל הרחקות השנויות במשנתנו אלא שהרחקת הזרעים במפולת יד קשה עלינו דשרשין דגדלי בתד שעתא הוא דמזקי ליה וה"ל דומיא דאילן דמתיר ר' יוסי ואפשר שהטעם מפני שהזרעים עצמן קודם השרשה יונקין כל לחות הקרקע ומפני כך מחלידין אותו ומעלה עפר תיחוח וכיון שהם יונקין בטבעם קודם השרשה נמצא ההיזק ממקום שזרען וגירי' הוא ולא דמי לבור דלאו משום יניקה

הוא אלא שהשרשין קופצין ובאין ודמי לנטיעה שהיא קופצת ממקום למקום ואין הטעם הזה מחוור לי שאף היניקה לאחר זמן היא באה ולא מכחו של זה אבל הסיד והסלעים כל אחד ואחד כגחלת הוא והוי כמניח אש בצד הכותל ומזיק ומיהו י"ל כיון שהניח כאן דבר המלקה קרקעו אע"פ שזה וזה גורם נמי אסור לר' יוסי דכל שמקום הנחתו מזיק אסור ולא דמי לתמי מיא והדר אזלי ומה לי גחלת עמומה ושורפת לאחר זמן ומה לי זרע שואב הלחלוח ושורף העפר עכ"ל:

סעיף ה

ויסוד בסיד לכותל בור. כת' הסמ"ע ז"ל הרמב"ם ס"ל דכן הדין אפי' בכותל בנין חבירו והרא"ש והטור ס"ל דבכותל בנין אין צריך בהכי אלא הרחקה שלשה טפחים אבל א"צ לסוד ג"כ בסיד ע"ש. ובש"ך כתב ואינו מובן לי דלהרא"ש והטור שפסקו לקולא האיבעי' ס"ל אפי' בכותל בור דאין צריך לסוד בסיד ואין חילוק עכ"ל. ולפי מ"ש בסק"ז כיון דהיא בעיא דלא איפשטא ודאי לכתחלה צריך לעשות שניהם הרחקת וגם לסוד בסיד אלא בדיעבד אם לא עשה רק אחת מהן אין ב"ד כופין אותו ביותר כיון דספיק' לקולא. וא"כ בכותל בנין דלא מספקא אלא דודאי או סד בסיד תנן א"כ אפי' לכתחלה א"צ לעשות רק אחת מהן וזה כוונת הסמ"ע דלהרא"ש והטור דס"ל דבכותל בנין א"ל בהכי וכו' וא"צ לכתחלה משמע:

סעיף ו

כשקנו הקרקע מן המלך והוא מדברי הה"מ פ"ט משכנים וריי"ו ונ"י וז"ל הה"מ יש מקשים במה נשתעבד ראובן לשמעון בהרחקה זו ופירשו שהמשנה הוא דוקא בלוקח מן המלך דבסתמא נשתעבדו לו ד' אמו' קרקע חוץ לכותלו לדוושא וחבירו הלוקח מן המלך צריך להרחיק ד"א שכבר נשתעבדו לו עכ"ל כ"כ בהגהת מיימוני ז"ל פסק ריצב"א כו' הבאתי דבריו בסי' קנ"ד סק"ח ע"ש אמנם נראה מדברי תוספות שלנו דס"ל דאפי' לא קנו מן המלך והפקר נמי צריך השני להרחיק וע"ש פרק לא יחפור (בבא בתרא דף כ"ב) שהקשו בתו' לרבא דאמר אינו סומך קמא היכי סמיך ותירצו כיון שהכותל אינו מזיק כלום אלא שגורם למעט דושא מותר לסמוך וכ"כ הרמב"ן שם דכיון דאינו אלא מונע טוב מבעליו מש"ה קמא רשאי לסמוך דכל זמן דליכא כותל ליכא בעלים ע"ש ואי הוי ס"ל לתוספו' דדוקא בקנו מן המלך או מהפקר א"כ לא הוי מקשי תוס' מידי דקמא היכי סמיך. וכן מה שכ' בהגהת מיימוני בשם תו' דמיירי בהחזיק הובא דבריו בסי' קנ"ד סק"ח הנה מדברי תו' שלנו אינו נראה כן דאי בהחזיק לא הוי מקשי מידי כיון דבהחזיק מיירי א"כ מדברי קמא בדין החזיק וכיון דהרמב"ן נמי כ' כדברי תוס' א"כ מדבריו נמי

נשמע דאפי' לא החזיק ולא קנה מן המלך או מהפקר נמי צריך הרחקה מכותל לכותל. אלא דקשה עלינו טעם הדבר דבמה נשתעבד לדוושא יותר מחלונות דודאי אין אדם מחויב להניח ד' אמות בחצירו לחלון חבירו בכדי להאיר לו וכמ"ש הרשב"א בתשובה ז"ל תחלה אקדים לכם הקדמה והוא שכבר נודע שאין אדם רשאי לשעבד במעשיו קרקע של חבירו אלא מדעתו ופעמים שאדם משעבד קרקע חבירו במעשיו ואין חבירו יכול לעכב עליו כיצד הבית והעליה וקדם בעל העליה ועשה אוצר אין בעה"ב יכול לפתוח תחתיו חנות של נחתומין נמצא שבקדימתו של זה נשתעבד ביתו של זה ולפיכך צריכין אנו לדעת ההפרש שיש בין שני אלו והוא שכל שהוא מזיק את חבירו מעשיו וכו' והיינו קדימת האוצר וכיוצא בו לפי שהוא יכול לומר אוצרי בשלי ואין אוצרי מזיקך ומה שאתה צריך להרחיק החנות לא מחמת שנשתעבד שלך לשלי אלא שאינך רשאי להזיקני וא"כ יש כאן מקום שאלה אחר שהדבר כן מי שקדם ופתח חלונותיו על חצר חבירו למעלה מד"א להכניס אורה קדם וזכה בע"כ של חבירו להרחיק ממנו ד' אמות שהרי אינו מזיקו בפתיחת חלונות שלמעלה מד"א כו' ותשובת הענין הזה מפני שחלון זה לוקח מאויר חצירו ומשתמש בו ואינו רשאי להשתמש בשל זה שלא מדעתו משא"כ באוצר שאינו משתמש בשל בעה"ב כלל עכ"ל. והכא בדוושא היכי משתמש בקרקע של חבירו שלא מדעתו. ולכן נראה כדברי הרמ"א דבעינן דוקא שקנו מן המלך או מן ההפקר או בהחזיק בה. אמנם נראה דבהפקר אע"ג דזכה בד' אמות הסמוך לכותלו להיות לו לדוושא אבל בגוף הארבע אמות אין לו קנין הגוף אלא שעבוד דושא וראיה דהא בכותל מן הצד מותר משום דאינו ממעט דוושא ואי נימא דזוכה בקרקע ד"א היכי רשאי להעמיד כותל על קרקע שלו. ואע"ג דבחצר שלפי פתחים מתחלקת דעת הר"ר יוסף הלוי כשקדם וזכה מהפקר דיש לו ד"א לכל פתח וזוכה בגוף הקרקע והובא ברמב"ן פ"ק דבתרא דף י"א וע"ש בנימוקי אבל בכותל אין לו קרקע אפי' בזוכ' מן ההפקר אלא לשעבוד דושא וכדמוכח מהאי דכותל מן הצד:

סעיף ז

וי"א דבחדא מנייהו סגי. והוא דעת הרא"ש וז"ל איבעיא להו וסד בסיד תנן או דלמא או סד בסיד תנן ולא איפשטא הלכך אם עשה אחד מהם אין כופין לעשות יותר עכ"ל ונראה דהיינו דוקא אם עשה בדיעבד אבל לכתחל' צריך לעשו' שניהם וכמ"ש הרמ"א בהנך בעיא דכיבד וריבץ שבסעיף ג' דעלו בתיקו ומש"ה אינו רשאי לכתחלה ובדיעבד אין כופין וה"נ לכתחלה אינו רשאי לחפור סמוך לבורו עד שירחיק שלשה וגם סד בסיד. ואפשר דאפי' כבר עשה בור בהרחקת שלשה אינו רשאי לכתחל' לעשותו בור מים

לפי מ"ש תוס' ר"פ לא יחפור דעיקרא דהרחקה בבור משום מתונתא ומשום מיא ע"ש אבל בדיעבד שנעשה שם בור מים בהרחקת שלשה בלא סיד אין כופין אותו ביותר ועמ"ש בסק"ה:

סעיף ח

דבחדא מנייהו סגי. ונלענ"ד דהיינו דוקא שיהיה עכ"פ בין בור לבור כותל של ג' טפחים דהא סד בסיד לא מהני אלא היכא דאיכא כותל והיינו שיסוד כותל הבנין או כותל הבור בסיד אבל היכא דליכא ג"ט בין בור לבור לא מהני סד בסיד דסיד לא מהני אלא לכותל וכל כותל בור אינו פחות מג'. ואם באו לחפור שניהם בבת אחת ורצו שניהם לסוד בסיד זה מרחיק טפח ומחצה וכן השני בכדי להיות לכותל שלם ואז מהני סד בסיד אבל בפחות מג' טפחים ודאי לא מהני סד בסיד והגע בעצמך אם יהיה הכותל רחבו משהו וכי תעלה על דעתך דהסיד מחזיקו וכיון דשיעורא בעינן גם לסיד א"כ אינו פחות מג' דהוא שיעורא דכותל בור ובזה נראה לענ"ד ליישב קושיות הרא"ש ר"פ לא יחפור וז"ל וא"ת הא דפריך בגמרא תנן לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו כו' בשלמא לאביי ניחא ולפי מה דס"ד דמחלל בור שנינו לאביי נמי תיקשי כיון שהראשון סמוך ברשות א"כ השני צריך להרחיק ששה טפחים מחלל בורו ע"ש. ולפי מה שכתבתי אפשר לומר דמאי דתנן אא"כ הרחיק שלשה וסד בסיד תרתי תנן ברישא וס"ל דסד בסיד במקום הרחקת שלשה וכיון שהרחיק שלשה וסד בסיד ה"ל הרחקת ו' טפחים וע"ש ר"פ לא יחפור איבעיא להו וסד בסיד תנן או דלמא או סד בסיד ת"ש ר' יהודה אומר סלע הבא בידים זה חופר בורו מכאן וזה חופר בורו מכאן זה מרחיק ג"ט וסד בסיד וזה מרחיק ג"ט וסד בסיד בא בידים אין לא בא בידים לא. וכתבו תוס' ז"ל ויש ספרים דלא גרסי האי דיוקא אלא משני בא בידים שאני כו' ואין נראה דהיכא בעי למיפשט וסד בסיד תנן הא איכא למיבעי' ההיא דר"י גופיה אי תרתי בעי או לא וע"ש. ולפי מ"ש יש ליישב הגירסא והוא דכיון דתני זה מרחיק שלשה וסד בסיד וזה מרחיק כו' ומשמע מזה דעל הראשון נמי להרחיק וכרבא דאמר אינו סומך וכדאיתא שם בגמ'. וא"כ צריך לומר תרתי דאי נימא מרחיק שלשה או סד בסיד א"כ משמע דכל שסד בסיד א"צ הרחקה כלל דהא לא תני שיעורא גבי סד בסיד והיכי מצי סמיך בצד המיצר שמא גם השני יסוד בסיד וראוי היה להרחיק גם בסיד עכ"פ טפח ומחצה ומדלא תני שיעורא כלל גבי סד בסיד ע"כ תרתי קאמר וכן נמי לאביי דאמר סומך ומוקי לה כשבאו שניהם לחפור בבת אחת נמי לא שייך למיתני מרחיק שלשה או סד בסיד וכן השני מרחיק או סד בסיד כיון דגבי סיד לא תני שיעורא כלל א"כ משמע דסד בסיד של זה ושל זה א"צ שום שיעור ולא סגי בלא

שיעור וכמ"ש דאל"כ ליכא כותל כלל אע"כ דתרתי קאמר ולזה משני בא בידים שאני ומש"ה בעי תרתי:

סעיף ט

מרחיקין השובך. כתב בנימוקי פ' לא יחפור וז"ל כולהו מתני' הוי גיריה ממש ולא מבעיא בור ושיח ומערה דכל מרא ומרא מרפיה לארעיה כו' והרחקת שובך הוי נמי מטעם אחר שהוא משום שן דיונים דדמיא לשן דשור להתחייב על נזקיהן חשבינן להו כאלו הן שלו לגמרי אע"פ שאינו שלו לגמרי לחייב בהם משום גזל אלא מפני דרכי שלום איכא עכ"ל ומדברי הרמב"ן אינו נראה כן ע"ש במלחמות בסוגיא דחרדל וז"ל ואי קנין דבורים תורה היינו נמי שן דאמר רחמנא לתשלומין כדאמר ובער אלא שלא קני להו אלא מפני דרכי שלום מיהו כי שכיח היזקייהו ודאי מסלק להו דהיינו נמי שובך כדאמרן עכ"ל. ולפ"ז אם לא הרחיק השובך מן העיר והלכו והזיקו תליא במחלוקת שבס"ג דלדעת הראב"ד דכל הנך הרחקות אם לא הרחיקו והזיקו דפטור מלשלם א"כ יוני שובך נמי פטורין לדעת הרמב"ן דלא חייב בהו משום שן כיון דאינו קנין תורה אלא מפני ד"ש. ולדעת הרא"ש דבכל הנך הרחקות חייב לשלם משום גירי דיליה א"כ יוני שובך דהוי נמי גירי חייב לשלם דאע"ג דלא קני להו ה"ל כמעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו דמחייב משום שן אפי' לבהמה שאינו שלו וכדאיתא פ' הכונס (בבא קמא ד' נ"ו) ומ"ש תו' ד"ה המעמיד בהמת חבירו:

סעיף י

ובאו שניהם ליטע בבת אחת. כ' בחידושי הרמב"ן ס"ס לא יחפור בשם ר' יוסף הלוי שהעיד בשם רבו דאם זה בא ליטע אילן וזה גפנים בעל גפנים מרחיק אמה ובעל אילן שלשה טפחים ואם הוא שדה שאינו עשוי ליטע גפנים וז"א אטע גפנים אינו מחויב בעל האילן להרחיק כיון שאינו עשוי ליטע גפני' לאו כל כמיניה וע"ש שתמה עליו דמעולם לא שמענו שא' יאמר לחבירו אל תטע גפנים או אזיקך ולא אמרו בשדה שאינו עשוי לבורות שאינו מחויב להרחיק אלא כשעכשיו אינו רוצה לחפור אבל כשרוצה לחפור אפי' בשדה שאינו עשוי לבורות מרחיק. ועמ"ש בסק"ג דהרי"ף נמי סובר כדעת הרמב"ן. ואע"ג דהר"י מיג"ש העיר כן בשם רבו בחיבורו דהשמיט הנך בעיות שכתבנו שם נראה דס"ל דאינו יכול לומר אל תטע או אזיקך:

סעיף יא

מי שבא לעשות משרה. ויען כי סוגיא דחרדל ודבורים בו מבואר שורש דיני נזקי שכנים עם שריגים וסעיפים ע"פ פירושים ושיטות שנאמרו בו. ולכן ראיתי להעתיק לפנינו

הסוגיא עם השיטות שנאמרו ונשנו וגם הקשיות והפירוקים שבסוגיא בו ימצא המעיין כללי ופרטי דיני שכנים. גרסינן ר"פ לא יחפור אתמר הבא לסמוך בצד המצר אביי אמר סומך ורבא אמר אינו סומך איכא דאמרי בשדה שאינו עשוי לבורות ד"ה סומך כי פליגי בשדה העשויה לבורות אביי אמר סומך ואפילו לרבנן כו' ורבא אמר אינו סומך ואפילו לר' יוסי דאמר זה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו הני מילי התם דבעידנא דקא נטע ליתנהו לשרשין אבל הכא אמר ליה כל מרא ומרא דקא מחית קא מרפית ליה לארעאי כו' ת"ש מרחיקין את המשרה מן הירק ואת הכרישין מן הבצלים ואת החרדל מן הדבורים טעמא דאיכא ירק הא ליכא ירק סמיך לא כי ליכא ירק נמי לא סמיך והא קמ"ל דהני קשו להדדי אי הכי אימא סיפא ר' יוסי מתיר בחרדל מפני שיכול לומר לו עד שאתה אומר לי הרחק חרדלך מן דבוראי הרחק דבורך מן חרדלאי שבאות ואוכלות לגלוגי חרדלאי ואי דלא סמיך היכא משכחת לה אמר ר' פפא בלוקח אי בלוקח מ"ט דרבנן ועוד מ"ט דר' יוסי אפי' משרה וירקא נמי אמר רבינא קסברי רבנן על המזיק להרחיק א"א מכלל דר' יוסי סבר על הניזק להרחיק א"ע אי על הניזק אפי' משרה וירקא נמי אלא לעולם ר' יוסי על המזיק ס"ל והכי קאמר להו ר' יוסי לרבנן תינח משר' וירקא דהני מזקי הני והני לא מזקי הני אלא חרדל ודבורים תרווייהו מזקי אהדדי ורבנן דבורים לחרדל לא מזקי אי בבינתא לא משכחת לה אי בטורפא הדר פארי וסבר ר' יוסי על המזיק להרחיק והתנן רבי יוסי אומר זה נוטע בתוך שלו וזה חופר בתוך שלו אלא לעולם רבי יוסי על הניזק ס"ל ולדבריהם דרבנן קאמר לדידי על הניזק להרחיק א"ע ואפי' משרה וירקא לא בעי רחוקי אלא לדידכו דאמריתו על המזיק להרחיק א"ע תינח משרה וירקא דהני מזקי הני והני לא מזקי הני אלא חרדל ודבורים תרווייהו מזקי אהדדי ורבנן דבורים לחרדל לא מזקי כו'. ושיטת רש"י ותוס' מבואר שם בתוס' ד"ה ואי דלא סמיך היכי משכחת לה ז"ל פי' ר"י בשלמא לאביי דאמר סומך אתי שפיר דאיירי שסמך בעל דבורים תחלה ואע"ג דהשתא ס"ד דדבורים לחרדל מזקי לכ"ע מ"מ סברי רבנן על המזיק השני להרחיק כל הרחקות כמו גבי בור דאם סמך הראשון על השני להרחיק כל ששה טפחים ור' יוסי סבר כיון דדבורים נמי מזקי לחרדל ועשה נמי קצת שלא כהוגן אע"ג שבדין אינו יכול למונעו גם בעל החרדל יכול לסמוך ולא דמי לבור דהתם משום דמרפי לארעא כו' אלא לרבא היכי משכחת לה רבנן דירחיק כל הרחקה ולר' יוסי לא ירחיק כלל כיון דתרווייהו מזקי אהדדי על כל א' להרחיק חצי הרחקה ואפי' סמך בעל דבורים תחלה יש לו לסלקם הואיל שלא כדין עשה ואמר ר"פ בלוקח שזרע חרדל ומכר חצי שדהו והלוקח העמיד הדבורים וסברי רבנן כדמסיק דדבורים לא מזקי לחרדל ועל המזיק להרחיק א"ע אע"פ

שעשה בהיתר אע"ג דגבי אילן כשעשה בהיתר אמרי' דלא יקוץ הני מילי אילן שעשוי לעמוד שנים רבו' ואיכא הפסד מרובה וכו' ר' יוסי סבר דדבורים מזקי לחרדל וצריך בעל דבורים להרחיק כל ההרחקה וכו' ע"ש והמתבאר משיטה זו דלאביי דאמר סומך על השני להרחיק כל הרחקה ולפי דעת מפרשים דאפי' למ"ד סומך אין על השני להרחיק אלא חצי הרחקה ואינו מרויח הראשון אלא סמיכתו. וא"כ לפי ס"ד דרבנן נמי סברי דדבורים לחרדל מזקי א"כ ע"כ הא דאמרי רבנן מרחיקין החרדל מן הדבורים היינו חצי הרחקה והא דר' יוסי מתיר היינו דמותר לסמוך לגמרי והטעם כתב הרמב"ן בחידושיו משום דדבורים לחרדל נמי מזקי וא"כ אינו מוטל עליו אלא חצי הרחקה וכיון דחצי הרחקה אינו מועיל כלום דאכתי מזקי אהדדי ומש"ה מותר לסמוך לגמרי ע"ש: והנה לפי שטת רש"י ותוספות בכל המזיקין אע"ג דסמיך בהיתר לא מהני מלבד באילן משום הפסד מרובה. והרמב"ן כתב משום ישוב ארץ ישראל ע"ש וכן הוא שטת הרי"ף דבכל המזיקין לא מהני בהיתר איכא למידק מ"ש מבור דמהני בהיתר דהא לאביי דאמר סומך אפי' עמד הניזק אח"כ אין הראשון צריך להרחיק בע"כ משום דכבר עמד בהיתר וכן לרבא באוצר וחנות דאם רפת בקר קודמת אינו צריך לסלק המזיק ובע"כ משום טעמא דבהיתר ואלו גבי לוקח דאין לך היתר גדול צריך לסלק המזיק כשבא הניזק אח"כ. ונראה דטעמא דאביי דאמר סומך ואינו צריך להרחיק כשבא הניזק אח"כ לאו טעמא משום בהיתר כיון דבהיתר לא מהני אלא באילן. אלא טעמא דאביי דס"ל דאין על המזיק דין הרחקה אלא היכא שהניזק כבר עמד שם צריך להרחיק שלא יזיק אבל קודם שעמד הניזק דאין עליו שם מזיק מותר לסמוך ואם רוצה הניזק אח"כ לעמוד שם אין המזיק צריך להרחיק אלא על הניזק להרחיק א"ע שלא יוזק אבל לרבא דס"ל אינו סומך וס"ל דצריך להרחיק א"ע שלא יזיק אח"כ וקדימתו לא מהני אלא צריך להרחיק עצמו שלא יזיק אפילו בא הניזק אח"כ ואם כן קדימה לא מהני לרבא אלא משום בהיתר ולא מהני בהיתר אלא באילן וברפת בקר קודמת לאוצר דמהני אפי' לרבא נמי לאו טעמא משום בהיתר אלא משום קדימת המזיק צריך הניזק להרחיק א"ע וכמו לאביי כיון דרבא נמי ס"ל גבי דירה שאין לנו לאסור דירתו כמו לאביי בכל המזיקין המוקדמין אבל היכא דליכא דין קדימה דהא קי"ל כרבא דקדימה לא מהני אלא ברפת בקר משום בהיתר נמי לא מהני אלא באילן ודו"ק: אמנם אכתי תיקשי משדה שאינו עשוי לבורות דקי"ל סומך אפילו לרבא וכשבא השני אח"כ על השני להרחיק כל הרחקה וכיון דלרבא לא מהני קדימה אלא אפילו קדם מזיק כשבא הניזק אח"כ צריך המזיק להרחיק שלא יזיק ומה שקדם אינו אלא משום דאינו עשוי לבורו' ואמרי' שלא יהיה כאן בור אבל אם בא

אח"כ השני והעמיד בור למה לא ירחיק הראשון כיון דקדימה אינו מועיל ובהיתר לא מהני. ולפמ"ש תוס' דהיכא דתרווייהו מזקי אהדדי על השני להרחיק כל ההרחקה היכא דהראשון עמד בהיתר כמו שכתבו גבי חרדל ודבורים. א"כ ניחא בשדה שאינו עשוי לבורו' דה"ל הראשון סמך בהיתר ואח"כ כשבא השני לחפור בור צריך השני להרחיק כל הרחקה ואם זה מרחיק תו ליכא היזק. אבל לפי דעת המפרשים דאפי' למ"ד סומך אין על השני להרחיק אלא חצי הרחקה ואינו מרויח בקדימתו אלא סמיכתו אבל לא הרחקת השני וכיון דהשני אינו מרחיק אלא חצי הרחקה ואכתי איכא היזק א"כ למה לא ירחיק נמי הראשון כיון דבהיתר לא מהני והוא עכשיו מזיק דודאי אי נימא דהשני צריך להרחיק כל הרחקה היכא דתרווייהו מזקי אהדדי וכיון דהשני מרחיק תו אינו צריך הראשון כיון דלאו מזיק הוא אבל אם השני אינו מרחיק אלא חצי הרחקה ואכתי איכא היזק א"כ למה לא ירחיק נמי הראשון אמנם כיון דהיכא דנעשה בהיתר גמור כמו בלוקח ותרוויהו מזקי אהדדי ודאי על השני להרחיק כל הרחקה ודוקא למ"ד סומך דאכתי עשה הראשון שלא כהוגן הוא דאמרי דאינו מרויח בקדימתו אלא סמיכתו ולא הרחקת חבירו וא"כ י"ל דשדה שאינו עשוי לבורות החופר בה הוי בהיתר גמור וכיון דתרווייהו מזקי צריך השני להרחיק כל הרחקה ותו לא צריך הראשון להרחיק: איברי דאכתי אינו דומה ממש להאי דלוקח דזה הוי בהיתר גמור ובזה הוא דאמרו היכא דשני נמי מזיק צריך להרחיק כולה אבל שדה שאינו עשוי לבורות נהי דמותר לסמוך לא עדיפא משאר הנסמכין לאביי דאין על השני אלא חצי הרחקה וא"כ הדרא קושיין לדוכתיה כיון דאכתי איכא היזיקא ירחיק נמי הראשון כיון דבהיתר לא מהני וקדימת המזיק נמי לא מהני לרבא וכמ"ש ולכן נראה לפי מ"ש הרמב"ן בשם הר"ר יוסף הלוי גבי אילן גפנים דאם אינו עשוי לגפנים ואפי' זה אומר אטע גפנים לאו כל כמיניה ע"ש והובא בסק"י א"כ הך דאינו עשו לבורות ניחא דלאו כל כמיניה. ולדעת הרמב"ן דחולק בגפנים וס"ל דלא מצי אמר אל תטע או אזיקך. י"ל דשדה שאינו עשוי לבורות חשיב בהיתר גמור וכמ"ש דאז על השני כל הרחקה וכמ"ש דתו ליכא היזקא כלל. אלא דלפי מה דמפרש הר"י מג"ש בהא דמשני בהא דתנן אם רפת בקר קודמת לאוצר מותר משום דדירה שאני דהיינו משום דאין אדם עשוי לעשות דירתו אוצר. ובזה תיקשי השתא דעשה אוצר. למה לא ירחיק הרפת בקר כיון דבהיתר לא מהני וכאן האוצר אינו מזיק. אלא דהר"י מג"ש לפי מה שמפרש בגפנים דהיכא דאינו עשוי לכך לאו כל כמיניה א"כ בדירה נמי כיון דאינו עשוי לכך לאו כל כמיני' ועמ"ש בסק"ג:

סעיף יב

השיטה השנית. שיטת ר"ת ד"ה וסבר ר' יוסי וז"ל דה"ג אלא אמר רבינא קסברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו והשתא הדר ביה מכל שנויי דלעיל דודאי בכולהו מודי רבא דכי ליכא ירק וכותל סומך משום דקסברי רבנן על המזיק להרחיק א"ע והיינו כי איכא דבר הניזק אבל כי ליכא דבר הניזק לא מיקרי הסומך מזיק ולא אסר רבא לסמוך אפי' לרבנן אלא דוקא בור משום טעמא דכל מרא ומרא מרפי לארעא ולהכי חשיב הסומך מזיק אפי' כי ליכא בור וכיון דלרבנן נמי סמיך אתי שפיר פלוגתייהו כדפרישית לעיל אליבא דאביי ולכך הדר ביה ולא מוקי בלוקח שסמך בעל דבורים תחלה דא"כ לא הי' מתיר ר' יוסי לסמוך כיון דבעל דבורים לא עשה כלל שלא כהוגן ע"ש וזה הוא ג"כ שטת בעה"מ. והרמב"ן במלחמות כת' עלה וז"ל ואם הי' מדקדק כאן בלשון הזה כמו שסבר לדקדק בלשון של מעלה הי' רואה שלשון המזיק להרחיק א"ע הוא בא לרבות הרחקה ולא למעט ועוד מאי קסברי רבנן וכי דברי חכמים שנה ותירץ או דברי רבא הרי דברי חכמים כפשוטן הן עומדים ודברי רבא הוא שפי' בפנים חדשות וה"ל למימר קסבר רבא וע"ש: ונרא' ליישב דודאי בדברי רבא לא קשה מידי כיון דרבא להדיא קאמר טעמא דידיה משום דכל מרא ומרא מרפית לארעאי. וא"כ היכי מקשי מיניה לשאר הנסמכין אלא דכבר הקשו קושיא זו בתוס' שם ר"פ לא יחפור ותירצו דרבא לא אמר טעמא דכל מרא ומרא כו' אלא אליבא דרבי יוסי דסבר דבעינן גיריה דילי' אבל לרבנן דלא בעי גירי' א"כ בכל הנסמכין אסור ע"ש וכ"כ בנ"י שם בהא דפריך לרבא טעמא דאיכא כותל וז"ל היאך קושיא לא מקשה תלמודא לרבא אליבא דהלכה דלדידן ודאי כיון דליכא כותל סמוך ואע"ג דכי בנה לה לכותל בתר ?כיה מזיק לה האי שעתא לא עביד מעשה ולא עביד מידי והשתא דעביד מעשה לא מזיק ולא מידי כיון דליכא ניזק ולאו גירי' נינהו אלא דוקא כשמניחו שם בזמן שיש שם כותל דאז הוא דהוי גירי שבהאי מעשה מגיע ההיזק תיכף וכו' אלא לרבא אליבא דרבנן קא מקשי דאמרי מרחיקין אע"ג דליכא שרשים ה"ה דהוי אמרי בבור אע"ג דליכא בור עדיין דטעמא דכל מרא ומרא לר' יוסי הוא דאיצטריך וע"ש. וכיון דעיקר קושי' אינו אלא אליבא דרבנן וכיון דלרבנן לא סמיך היכא משכחת לה כיון דר' יוסי עלה קאי. ולזה משני אלא אמר רבא קסברי חכמים על המזיק להרחיק א"ע והיינו דעד השתא קס"ד דלרבא אליבא דרבנן כל הנסמכין אסור אפי' היכא דלא שייך טעמא דכל מרא ומרא והשתא מסיק רבינא דחכמים סברי על המזיק להרחיק והיינו היכא דהוא מזיק עכשיו אבל היכא דליכא דבר הניזק גם לרבנן מותר היכא דלא שייך טעמא דכל מרא ומרא. וע"ש במלחמות שהקשה ועוד הא דקאמר מכלל דר"י סבר

על הניזק להרחיק א"ע מאי קא קשיא ליה השתא טפי מעיקרא הא מעיקרא בעי לאוקמה משום דבא לסמוך בצד המיצר סומך והשתא נמי בהכי מתוקמה וע"ש. וכבר פירשוה בתוס' לשטתם דהא דמקשה מכלל דר' יוסי כו' הוא מקשה אחר ע"ש:

סעיף יג

השיטה השלישית. שטת הרמב"ן בחידושיו ובמלחמות בהא דמוקי רב פפא בלוקח דהיינו כגון שמכרה לשני בני אדם לזה ירק ולזה משרה וז"ל כי בשלמא כשלקח משרה ואח"כ זרע אידך ירק אמרינן כיון שזה לקח המשרה בהיתר לא הי' רשות לזה לזרוע אח"כ הירק ולדחות הראשון שסמך בהיתר אבל כי מכר לשני בני אדם וזה לקח משרה וזה לקח ירק דאז גם הירק נעשה ברשות ועכשיו מזיק המשרה לירק ולכן צריך להרחיק ואקשינן מכלל דר' יוסי סבר על הניזק להרחיק ואהני ליה מקחו דלקח החרדל בהיתר אף שהדבורים נמי עמדו ברשות אי הכי אפי' משרה וירקא נמי ומשני אלא לעולם ר"י נמי על המזיק ס"ל ולא כדס"ד השתא דר"י סבר דבעל דבורים לבד נקרא מזיק אלא שניהן מזיקין זה את זה ושניהם כופין את עצמן להרחיק כל א' חצי הרחקה ור"י לאו לנפשיה קאמר שיהי' מותר לסמוך מעיקר הדין אלא לרבנן קאמר אם אין בעל דבורים מרחיק למה זה ירחיק והכי דייקא לישנא דגמ' דקאמר ה"ק ליה ר"י לרבנן דמשמע שלא יהא ר"י מתיר מעיקר הדין אלא לרבנן קאמר אם אין בעל דברים מרחיק שהוא הגורם הגדול בנזקין הללו למה זה ירחיק והדר מסקינן דר"י לאו טעמיה דנפשיה קאמר להו לרבנן אלא לדידהו קאמר ולדבריהם קאמר להו לדידי אפי' משרה וירקא לא בעי רחוקי וכו' והאי פירוקא דמפרקינן השתא דר"י על המזיק ס"ל ולא שיהא מתיר מן הדין רק לרבנן קאמר אם זה אינו מרחיק למה זה ירחיק וה"ה דמצי לפרוקי מקמי דתיתי דרבינא אלא שלא עלה פירוק זה עד עכשיו עכ"ל: והמתבאר משטה זו דבהיתר מהני בכל הנסמכין כמו באילן אלא היכא שהדבר הניזק היה ג"כ ברשות כמו בשני לוקחין זה משרה וזה ירק דתרווייהו ברשות צריך המזיק להרחיק וע"ש ברמב"ן שכ' וז"ל כגון שלקח זה משרה וזה ירק וכן אם מכר ירק ושייר משרה לפניו ואפשר שאפי' במוכר חצי שדהו ובו משרה ושייר ירק לפניו נמי כך דינו ע"ש. והיינו שמוכר בעין יפה מוכר ומש"ה במוכר משרה ושייר ירק לפניו אפשר דאין הלוקח צריך להרחיק המשרה אע"ג דמזקי לירק משום דמוכר בעין יפה מוכר ומש"ה כתבו בלשון ואפשר משום דלא ברירא ליה. אבל הרי"ו (הרי"ף) כת' בנתיב ל"א ח"ו במוכר בית ושייר חצר לפניו דאינו יכול לסתום חלונותיו משום דמוכר בעין יפה מוכר וע' ש"ע סי' קנ"ד סעיף כ"ח. ולפ"ז ה"ה במוכר משרה ושייר ירק לפניו נמי בעין יפה מוכר ואינו יכול לסלק המשרה. וע' ר"פ לא יחפור

דפריך בגמ' שם לרבא דאמר אינו סומך מהא דתנן אם אילן קדם לא יקוץ. ומשני כדאמר רב פפא בלוקח ה"נ בלוקח. וכתבו תו' ז"ל פי' הקונ' שהאילן ביד המוכר ואינו נרא' לריב"ם דא"כ ה"ל למימר במוכר אלא נרא' לו לפרש ביד לוקח האילן ולשני הפירושים אין להקשות מאי איריא שהאילן קדם אפי' קדם בור נמי כגון שאדם אחד עשה בור ואח"כ נטע אילן ומכר הבור לפי' הקו' או לפי' ריב"ם האילן לא יקוץ שהרי בהיתר עשאו דבכי ה"ג אילן קדם קרינן ביה שקדמה נטיעת האילן לערעור בעל הבור דערעור אינו בא אלא ע"י מכירת בור או מכירת האילן וע"ש. והנה לישנא דאמרו בש"ס בלוקח ורש"י דנטה מזה ומפרש לה ביד מוכר נרא' לפי מה שכת' הרמב"ן דהיכא דשניהן ברשות על המזיק להרחיק אלא דוקא היכא דהמזיק עמד ברשות קודם שבא הניזק דתו לא מצי ניזק לעכבו ולאו כל כמיניה אבל אם ניזק גם כן ברשות צריך המזיק להרחיק וא"כ אילן קדם דמיירי בלוקח בין שהאילן ביד מוכר כפי' רש"י ובין שהאילן ביד לוקח לפי' ריב"ם צריך לומר שהבור נעשה אצל הלוקח אחרי קנייתו את השדה ובזה הוא דאילן קדם לא יקוץ אבל אם הי' תרווייהו האילן והבור ביד המוכר ומכר הבור ללוקח או את האילן ללוקח הי' צריך בעל האילן להרחיק כיון דבהיתר לא מהני היכא דהניזק ג"כ ברשות ולא משכחת לה אלא באילן קדם: וניחא בזה ליישב קושיות תוס' שהקשו אפילו קדם בור נמי ומשום דלא משכחת בור קדם דא"כ ה"ל שניהן ברשות והי' צריך בעל האילן להרחיק אלא לפי מ"ש רי"ו במוכר משרה ושייר ירק לפניו דאין הלוקח צריך להרחיק וכמו שהוכחנו מדברי הרי"ו כיון דס"ל מוכר בעין יפה מוכר וכמ"ש א"כ לפי פי' ריב"ם שהאילן ביד לוקח הדרא קושיות התו' לדוכתיה אפי' קדם בור נמי דהיינו שהאחד עשה בור ואח"כ נטע ומכר את האילן דאין הלוקח צריך להרחיק האילן ואי משום דה"ל הניזק ג"כ ברשות דהא אמרי' מוכר בעין יפה מוכר ומוכר משרה ושייר ירק לפניו אין הלוקח צריך להרחיק לזה פי' רש"י שהאילן ביד מוכר דתו לא תקשי קושיות תוס' אפילו קדם בור נמי דהא אלו קדם בור הי' צריך המוכר להרחיק כיון דשניהן ברשות דה"ל כמו מכר ירק ושייר משרה לפניו דודאי צריך המוכר להרחיק ודוק:

ועוד נרא' בהא דפי' רש"י שהאילן ביד מוכר דהא לפי מ"ש תוס' הא דתנן אם אילן קדם היינו שקדם לערעור בעל הבור א"כ הא דתנן שם ספק אילן קדם ספק בור קדם לא יקוץ היינו ספק אם לקח את האילן מן המוכר וה"ל אילן קדם או בור קדם והיינו שנתהוה האילן ביד הלוקח אחרי הבור וה"ל ערעור בעל הבור קדים. וכיון דקי"ל כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ומשום דלא מחזקינן מרשות לרשות כדאיתא ס"פ המדיר א"כ דינא הוא דנימא דאצל הלוקח נתהוה האילן ולא אצל המוכר ודינא הוא דיקוץ

האילן ומש"ה פירש"י דאילן ביד המוכר וא"כ לעולם ברשותא דחד ומש"ה ספק אילן קדם לערעור בעל הבור לא יקוץ. ועי' תו' חולין (דף נ"א) שהקשה בהא דאמרי' אשה ששאלה חלוק ונמצא כתם דאינה צריכה כיבוס מספק ואמאי הא כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ותירצו דהתם לא יצא החילוק מרשות לרשות כיון דעדיין ברשות בעלים הוא ואינו אלא בשאלה ע"ש. וא"כ לפי' ריב"ם שהאילן ביד לוקח וא"כ ספק אילן קדם היינו ספק הי' אצל מוכר ומכרו ללוקח או בור קדם והיינו שנתהוה האילן ביד לוקח וראוי לומר ברשות לוקח הוא דנעשה האילן כי הספק נולד ברשותו ולפי פירש"י שאילן ביד מוכר וקאי ברשותיה דחד ניחא ומש"ה ספק אילן קדם לא יקוץ:

סעיף יד

השטה הרביעית. הובא בתוס' בשם רבינו חננאל דמפרש בלוקח היינו בלוקח שלקח וטוענין ללוקח כיון שיש לו חזקה שלש שנים אלא שכתבו דהסוגיא אינו עולה לפירושו ועוד הקשו בשם ר"ת דאמאי מוקי לה בלוקח וטוענין ללוקח נימא דמיירי שהחזיק שלש שנים ובטענת עצמו וע"ש. והנרא' לפע"ד לפרש הסוגיא אליביה דר' חננאל והוא דכבר פי' תו' בהא דפריך ואי דלא סמיך היכי משכחת לה ומשום דלמ"ד סומך ניחא דמיירי שהדבורים כבר סמך ורבנן נמי סברי תרוייהו מזקי אהדדי כמו לר' יוסי אלא לפי שהדבורים כבר סמך על בעל החרדל להרחיק ור' יוסי סבר כיון דעשה שלא כהוגן גם בעל החרדל אינו צריך להרחיק אבל אי לא סמיך היכי משכחת לה. ולזה משני רב פפא בלוקח ובחזקה שלש שנים וטוענין ללוקח וכיון דלא מסיים רב פפא מי הוא הלוקח אם בעל הדבורים או בעל החרדל מש"ה פריך לה אי בלוקח מ"ט דרבנן ומשום דס"ד דע"כ רב פפא על בעל החרדל קאמר דליכא למימר דבעל הדבורים הוא לוקח א"כ תיקשי מ"ט דר' יוסי דהרי כהוגן עשה ואמאי לא ירחיק את החרדל אע"כ דבעל החרדל הוא לוקח לזה פריך מ"ט דרבנן כיון דלוקח הוא וה"ל בהיתר גמור כמו באילן ועוד מ"ט דרבי יוסי אפי' משרה וירק' נמי כיון דהמשרה הוא שלקח. ומסיק אלא אמר רבינא קסברי רבנן על המזיק להרחיק את עצמו ואמר אלא דס"ד מעיקרא דהלוקח הוא דלוקח דאמר רב פפא מיירי בבעל החרדל והשתא מסיק רבינא דבעל הדבורים הוא הלוקח. וכ"ת מ"ט דרבנן ור"י לזה קאמר רבינא קסברי רבנן על המזיק להרחיק א"ע ורבנן לטעמייהו ור"י לטעמיה והוא דכבר כתבו בסקי"ג בשם התו' והנימוק"י דלרב יוסף דבעי גיריה מודה רבא דשרי כל הנסמכין לבד מבור כיון דבשעה שסומך לאו גיריה הוא ואחר דאתי ניזק לאו מידי עביד ודוקא לרבנן דלא בעי גיריה הוא דאסור לסמוך לכל הנזקין אפי' היכא דלא שייך כל מרא ומרא מרפית לארעא ובהא פליגי רבנן קסברי על המזיק להרחיק

והיינו אפי' היכא דלאו גיריה וא"כ אסור לסמוך וכיון דעמדו הדבורים שלש שנים טענינן ללוקח דודאי לקח הסמיכה וא"כ הוי בהיתר גמור ומש"ה צריך בעל החרדל להרחיק ור' יוסי לטעמיה דסבר על הניזק להרחיק היכא דלאו גיריה וא"כ בכל המזיקין מותר לסמוך ואין הניזק יכול למחות והיכא דאינו יכול למחות ליכא חזקה וכמ"ש הרא"ש בגג של רעיפים והוא בש"ע סי' קנ"ד סעיף ט"ז וכיון דליכא חזקה אינו מוכח דעשה כהוגן והיכא דעשה שלא כהוגן מותר לשני לסמוך אבל רבנן דסברי על המזיק להרחיק והי' יכול למחות את הסמיכה והו"ל חזקה וא"ת על כרחך כהוגן נעשה ובהיתר גמור מש"ה צריך בעל החרדל להרחיק וזה הוא דמסיק רבינא לפרש הא דמוקי רב פפא בלוקח דהיינו בעל הדבורים ולפי זה הא דתנן מרחיקין את המשרה מן הירק מיירי בדלא סמיך כיון דלרבנן אסור לסמוך ומרחיקין המשרה מן הירק דאמרו חכמים היינו משרה מחמת ירק ומשום דחשו לירק וכמ"ש הרמב"ן ע"ש אבל חרדל מן הדבורים מיירי ע"כ בדסמיך וכדתני בתוספתא ר' יוסי מתיר כו' כשם שעשית בשלך וכמ"ש הרמב"ן שם דעלה קא סמיך המקשה דפריך ואי דלא סמיך היכי משכחת לה ע"ש. וכיון דמיירי בדסמיך ע"כ מוקי לה בלוקח ובחזקה שלש שנים ולרבנן הוי חזקה ולרבי יוסי לא הוי חזקה וכמ"ש ומקשה אלמא קסבר ר' יוסי על הניזק להרחיק א"ע ושריא סמיכת המזיקין א"כ אפי' משרה וירקא נמי כיון דמרחיקין את המשרה מן הירק דאמרו חכמים היונו סמיכ' והוא משרה מחמת ירק ומשום דקשו לירק וה"ל למתני' בזה ר' יוסי מתיר משרה מחמת ירק כיון דלדידיה דס"ל על הניזק להרחיק מותר לסמוך:

ובזה יתיישב דברי הגאון דס"ל דמשרה וירק הוי גירי' דיליה והקשה עליו הרי"ף מן הסוגיא דמשמע דלר' יוסי מותר משר' וירקא ע"ש ולפי מ"ש דקאי על משרה מחמת ירק דקאמר רבנן בזה הוא דה"ל למימר ר' יוסי מתיר דגבי סומך לא הוי גירי' לבד מבור וכמ"ש. ומשני אלא לעולם קסבר רבי יוסי על המזיק להרחיק א"ע כו' ואינו מדוקדק לישנא דהכי אמר ר' יוסי לרבנן תינח משרה וירקא דהני מזקי הני והני לא מזקי הני דמשמע דחידש איזה ענין בזה והוא להדיא בברייתא ובתוספ' דאמר ר' יוסי עד שאתה אומר לי הרחק חרדלאך מן דבוראי הרחק דבורך מן חרדלאי וכבר הרגיש בזה הרמב"ן הבאתי דבריו בס"ק י"ג מה שפי' בזה. ונראה לפי מ"ש הרא"ש בתשו' סי' צ"ט דלא טענינן לבע"ח היכא שהלוה שלו מוחזק בקרקע שלש שנים לא טענינ' ליה לקוח דלא טענינן אלא היכא שהוא מוחזק אבל הבע"ח שאינו מוחזק לא טענינן להוציא ע"ש וכ"כ בתשובת מוהר"ם אלשיך סי' צ"ג דהא דטענינן ללוקח היינו דוקא היכי דהלוקח מוחזק בשדה אבל אם אין הלוקח עתה בשדה והביא עדי חזקה שישב בה המוכר שלש שנים

או הוא ישב שני חזקה כיון דאינו עתה מוחזק לא טענינן ללוקח להוציא כיון שאינו טוען ברי ע"ש והובא בכנה"ג סי' קמ"ו וכתב עלה שזה הוא ג"כ דעת הרי"ף והרא"ש. ולפ"ז אע"ג דבעל הדבורים הוא לוקח ובא בחזקתו שלש שנים אינו יכול להכריח את הבעל החרדל להרחיק כיון דבעל החרדל הוא מוחז' וטוען ברי מעולם לא מכרתי לו את הסמיכה ואין טוענין ?ללוקח להוציא כיון שטוען שמא ודי לו לבעל הדבורים שמרויח סמיכתו שהוא להחזיק וטוענין ללוקח אפי' בשמא כשהוא מוחזק אבל אין כופין לבעל חרדל להרחיק בשביל חזקתו של זה כיון דאין טוענין להוציא ע"י טענת שמא ובעל החרדל מוחזק במיצר שלו ואע"ג דבעלמא כה"ג הי' מהראוי לומר כיון שזה מוחזק וא"צ להרחיק למה לא ירחיק השני הרחק' שלו כיון דבדין היכא דשניהן מזיקין זא"ז זה מרחיק חצי ההרחקה וכן השני וא"כ אפילו לדברי בעל החרדל דבעל הדבורים סמך שלא כדין אינו ראוי לו להזיק וכה"ג אמרי' במוכס שיש לו קצבה ונוטל יותר מקצבתו דאינו רשאי לעבור על המכס שלא יגזול את המגיע לו וכמ"ש הב"י בסי' שס"ט. וא"כ לא הי' ראוי לבעל החרדל לסמוך בשביל שזה סמך אלא דבנזקי שכנים שאני כיון דאלו ידעינן בודאי שבעל הדבורים לא לקח הסמיכה וסמך שלא כדין גם השני מותר לו לסמוך דהא אפילו למ"ד סומך כיון דשלא כדין מיהו הוי מותר לו לשני לסמוך ומכ"ש למ"ד אינו סומך כיון דשלא כדין לגמרי עביד דמותר לשני לסמוך ואלו היינו יכולין לכוף את שניהם להרחיק זה חצי הרחק' וכן השני ודאי כופין את שניהם אבל בזה שאין אנו יכולין לכוף לבעל הדבורים כיון שהוא מוחזק וטוענין ללוקח להחזיק אבל לבעל החרדל נמי אין כופין כיון שטוען ברי שלא לקח ממנו הסמיכה ושלא כדין סמך א"כ במקום ששניהם מזיקין וזה אינו מרחיק גם זה אינו מרחיק והכי דינא דנזקי שכנים ולזה קאמר אלא חרדל ודבורים תרווייהו מזקי אהדדי והיכא ששניהם מזיקין בנזקי שכנים במקום שזה אינו מרחיק גם זה אינו מרחיק וכיון דהוא להוציא אין טוענין לבעל דבורים בשמא להוציא מבעל החרדל שהוא מוחז' במצר שלו ורבנן סברי דבורים לחרדל לא מזקי ומש"ה קאמר ר' יוסי כשם שעשית בשלך וכו' וכמ"ש כיון דטוען ברי שעשה שלא כדין והדר פריך ומי אמר רבי יוסי על המזי' להרחיק וכו' והתנן שזה חופר בתוך שלו וכו' ולאביי דאמר סומך ניחא דמצינו לומר דמשרה וירקא נמי הוי גירי' וכדעת הגאון. אבל לרבא דאמר אינו סומך וא"כ ע"כ מרחיקין משרה מן הירק דאמרו חכמים היינו משר' מחמת ירק ומשום דקשו לירק וזה לא הוי גירי' וכמ"ש ובזה ה"ל למיתני ר' יוסי מתיר וכמ"ש. ולזה משני ר' יוסי לדבריהם דרבנן קאמר לדידי משרה וירקא נמי לא בעי רחוקי והיינו משרה מחמת ירק דקאי על דברי חכמים דאינהו משרה מחמת ירקא קאמרי והיינו דקשי לירק

ולדידי' משרה מחמת ירק לא בעי רחוקי דכל הנסמכין לא הוו גירי' אלא בבור משום טעמא דכל מרא ומרא אלא לדידכו אודי לי מיהת בחרדל ודבורים כיון דהדבורים בודאי בדסמיך מיירי וכמ"ש הרמב"ן מדתני בתוספתא כשם שעשית בשלך וכו' ואין טוענין ללוקח להול?יא מחזקת בעל החרדל ורבנן סברי דבורים לחרדל לא מזקי: ובזה יתיישב קושיות תוס' שהקשו לפי פי' ר"ח דלמא מוקי לה בלוקח ולא מוקי לה בחזקת שלש שנים ובטענת עצמו דבז' כיון שטוען ברי ובא בטענת עצמו מהני חזקתו אפילו להוציא ובז' לא הוי מתיר ר' יוסי לסמוך כיון דהדבורים בהיתר גמור נעשו כיון דבא בטענת לקוח ובחזקה שלש שנים ודוקא בשמא הוא דאין טוענין ללוקח להוציא אבל בטוען ברי אפי' להוציא מהני חזק' שלש שנים ומש"ה מוקי לה בלוקח. ומה שהקשו תוס' לפי' ר"ח מהא דאמרו בגמדא הא דאילן קדם לא יקוץ מיירי בלוקח דא"כ אפי' בור קדים נמי ע"ש עמ"ש בזה ס"ק ט"ז:

סעיף טו

וכרישין מהבצלים כ' הטור וז"ל והרמב"ם ז"ל כ' שצריך להרחיק משר' וכרישין וחדדל מירק ובצלים ודבורים שלשה טפחים או מעט יותר כדי שלא יהי' לו היזק בידים וכ"כ רב אלפס ואינו נראה כן בגמ' וכת' הב"י ונ"ל שסובר הטור דהרי"ף דנקט משר' חדא מינייהו נקט וה"ה לכרישין וחרדל דמאי שנא ע"ש. ובסמ"ע ס"ק ע"ב כת' לחלק בין משרה וירק לאינך ע"ש ונראין דברי הסמ"ע דמ"ש הב"י וה"ה לכרישין וחרדל דמ"ש הנה הרמב"ן בחידושיו אינו סובר כן וז"ל ומ"ש רבינו הגדול ז"ל לקמן מיהו ודאי צריך לארחוקי משרה מירק בכדי דלא ליהוי גירי' משמע דשלש' טפחים קאמר ואף ע"ג דבשלש' טפחים מיתם תמו והדר אזלי אפ"ה הוא דמשר' מקלקל ליה לירק ומתו?נה דידיה מטי ליה בג' טפחים כי היכא דמטי לכותל אבל כרישין ובצלים לא מרחיק כלל בדעת רבינו ז"ל ודברי הרב ר' משה הספרדי בזה אינו כלום עכ"ל:

סעיף טז

דבעינן חזקה שלש שנים. ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהן ש"ן הקשה בזה בענין חזקת נזקין לכל מר כדאית ליה דהיינו בסבלונות ולאלתר ומשום דשתק מחיל או בחזקת שלש שנים ובטענה שקנה ממנו ולמה אינו יכול לחזור דהא למה זה דומה לאומר קרע כסותי והפטר דאם כבר קלקל פטור כיון דעשה ברשותו אבל אם עדיין לא עשה ומוחה בידו שלא לקרוע ודאי יכול למחות בידו ואפי' אם כבר התחיל לקרוע ומוחה בידו שלא לקלקל יותר מחוייב לשלם מה שקלקל אח"כ כיון דאינו נותן לו את הבגד במתנה אלא מוחל לו על נזקיו ויכול למחות שלא להזיק יותר. וכעין זה כת' הרא"ש ר"פ השותפין

וז"ל אע"פ דגבי קרע כסותי יכול לחזור קודם שהתחיל לקרוע כו' דאינו מוחל לו רק שלא להעמיד הכותל ע"ש. וא"כ בנזקי שכנים דלא שייך ה"ט אמאי אינו יכול לחזור ובשלמא בחזקת תשמישין הרי קנאו לתשמישו אבל הכא בנזקי שכנים שכל א' בשלו משתמש ומוחל לו על נזקיו שהזיקו א"כ למה לא יוכל לחזור בו. והנרא' לי בזה דחזקת נזקין אינו משום מחילת הנזק אלא משום' דהכי דינא דנזקי שכנים כיון שאינו מזיק ממש בידים דכל שעמד בהיתר מהני וצריך הניזק להרחיק א"ע וכמו באילן קדם וה"ה בזה שמחל לו או קנה ממנו הרי עמד ברשות כיון שקנו מיני' להיות עומד כאן ואע"ג דעמד המזיק אחר שהי' דבר הניזק כיון שמחל לו או קנו מיניה הרי ברשות עמד שעה אחת ומש"ה כשירצה הניזק שלא יוזק צריך להרחיק א"ע. ואפי' לדעת התוס' דלא מהני בהיתר אלא באילן דוקא היינו היכא שעמד מאליו בהיתר אבל היכא דעומד ברשות הניזק במחילה ושתיק' או ע"י קנין ודאי מהני לי' ואפי' עומד וצוח הניזק אח"כ שלא יזיק אותו יותר צריך הניזק להרחיק עצמו כיון דאינו מזיק בידים וברשות עדיף טפי מבהיתר. ובזה ניחא ליישב קושיות תוס' שהקשו ר"פ לא יחפור על פי' ר' חננאל בלוקח דהיינו שבא בחזקת שלש שנים דא"כ אילן קדים דמוקי לה בלוקח אפי' קדם בור נמי ע"ש. דכתבו תוס' שם בהא דפי' רש"י בלוקח דהיינו שהאילן אצל המוכר וריב"ם פי' שהאילן אצל הלוקח ולשני הפירושים אין להקשות מאי איריא שהאילן קדם אפי' קדם בור נמי כגון שאדם א' עשה בור ואח"כ נטע אילן ומכר הבור לפי' הקו' או האילן לפי' ריב"ם וכו' דבכה"ג אילן קדם קרינן לי' שקדמה נטיעת האילן לערעור בעל הבור דערעור אינו בא אלא ע"י מכירת בור או מכירת האילן וע"ש ולפי מ"ש דטעמא דחזקת שלש שנים בנזקין נמי אינו. אלא משום דעמד ברשות גמור שעה אחת וקדמה לערעור הניזק ומש"ה צריך הניזק להרחיק א"ע וא"כ היינו נמי אילן קדם לערעור בעל הבור ואע"ג דבור קדים לאילן כיון שאח"כ נתרצה לו ועמד שעה אחת בהיתר וברשותו ה"ל אילן קדים לערעור בעל הבור: אמנם הא קשיא לי לפי' ר"ח בהא דתנן ספק אילן קדם ספק בור קדים לא יקוץ ולפי' ר"ת דמיירי בהחזיק א"כ ספק אילן קדם היינו ע"כ ספק החזיק שלש ספק לא החזיק שלש וכיון דאית ספק אם החזיק ?לראוי או לא ודאי צריך המחזיק להביא ראיה שהחזיק שלש שנים שלמות כראוי וצ"ע. ובפ' חז"ה דף כ"ט גבי אנא בשכוני גוואי הואי אמר רב נחמן זיל ברר אכילתך ורבא אמר דינא הכי המוציא מחבירו עליו הראי' ע"ש וכיון דהא דמוקי לה בלוקח היינו לרבא דפריך מיני' דאמר אינו סומך ורבא דס"ל דבספק החזיק דהמע"ה א"כ לדידיה שפיר משכחת לה ספק אילן קדם דלא יקוץ. אלא דאנן קי"ל כרבא דאמר אינו סומך וכרב נחמן שם דאמר זיל ברר אכילתך וא"כ לדידי היכי

מצינו לפרש מתני' דאילן קדים בהחזיק דא"כ ספק אילן קדים נימא לי' זיל ברר אכילתך וצ"ע ועיין בתוס' בסוגיא דחרדל שכתבו דבהיתר לא מהני ומחויב המזיק להרחיק א"ע והקשו מהא דתנן אילן קדם לא יקוץ וכתבו משום דאילן שאני משום הפסד האילן ע"ש וכיון דאילן מוקי לה בלוקח ולפי' תוס' האילן ביד הלוקח והבור אצל המוכר וכיון דקנה האילן א"כ מאי קא קשיא להו מאילן כיון דאפי' חזקה לנזקין מהני מכ"ש כשידוע שקנ' וכן שם בסוגיא כתבו תוס' לפרש הא דמרחיקין את החרדל מן הדבורים שהחרדל ביד לוקח ואפ"ה צריך להרחיק ומשום דבהיתר לא מהני. ונהי דבהיתר לא מהני הא חזק' לנזקין מהני בכל הנזקין ומשום דברשותו העמיד דבר המזיק וכיון שקנה החרדל מבעל דבורים לא גרע מחזקת ניזקין וכעת צ"ע:

סימן קנו

סעיף א

וכן דנין בחזקת ישוב כמו בחזקת קרקע כתב בדרכי משה וז"ל כתב המרדכי פ' חזקת (דף רמ"ט) עמוד ג' בא' שהחזיק שלש שנים בישוב אצל חבירו דהר"מ פסק דלא הוי חזקה הואיל וגם הבעלים היו דרים שמה ויש חולקין וע"ש ומחלוקתן תליא במעשה דאמר בשכוני גוואי הייתי שכבר נתבאר דינו לעיל סי' ק"מ עכ"ל וע' מ"ש בזה בסי' ק"מ סעיף ק"ד:

סימן קנז

סעיף א

ואתה מחלתו. וה"ה אם אמר אתה מכרתו או נתת לי במתנה אינו נאמן ומשום דאין חזקה בזה כיון דהמחזיק ניזק ג"כ וכמ"ש הרא"ש פ"ק דב"ב ע"ש ודע דאם טוען פרעתי לך מחצית הכותל שתבנה משלך נמי אינו נאמן ואפי' לפי מ"ש הש"ך בסי' ע"ח דגבי כותל כיון דכל שפא ושפא זמני' ואיכא זמני' טובא ופרע תוך זמניה כי היכא דלא לטרדי' בכל זמן וזמן ע"ש היינו דוקא אם כבר גמר כל הכותל ותובע אותו שיפרע לו בעד חלקו בזה הוא דנאמן לומר פרעתי ומשום תוך זמנו לא שייך ביה אפילו טוען שפרע אותו קודם גמר הכותל בעד כל הכותל ומטעמו שכתב דכי היכא דלא לטרדי' בזמנים טובא אבל אם תובע אותו קודם הבנין שיבנה חלקו בכותל לא מצי טען פרעתי והטעם משום דכיון שזה תובע אותו לבנות הכותל וחייבו לבנות לא מהימן מטענת פרעתי לך שתבנה אתה משלך אלא דוקא היכא שכבר בנה זה הכותל משלו ואין לו עליו אלא חוב דמים

מהימן לו' פרעתי לך החוב אבל למיפטר מחוב בנין הכותל בטענת פרעתי אינו נאמן ועוד דה"ל כטוען אסר מעשה ב"ד וכמ"ש בנ"י פ"ק דמציעא בהא דאמר ר' יוחנן הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום דבכלל מעשה ב"ד נמי חיוב כתובה ושאר חיובי ב"ד וע"ש פי' רש"י וזה נמי לבנות הכותל מכלל חיובי ב"ד הוא אבל אם כבר בנה הכותל אין זה אלא חוב בעלמא כיון שהיה עליו לבנות מחצית וזה בונה כולה משלו מחייב בדמי הכותל מש"ה מהימן לומר פרעתי ותדע דא?י הוו מהימן לומר פרעתי קודם שבנה הכותל א"כ למה אינו נאמן לו' מחלת לי במגו דפרעתי אלא ודאי קודם בנין הכותל לא מצי לאשתמוטי בשום טענה וכמ"ש:

סעיף ב

יתקן כפי ראות עיני הדין ז"ל הסמ"ע צ"ע מנא למד מור"ם לומר כן דבטור לא כת' אלא ז"ל ואם אין מנהג ידוע בעיר כת' ר' יונה שצריך עוביו ששה טפחים על זה כת' הטור בשם הרמב"ן דהיינו דוקא כשבנה אבני הכותל בטיט אבל אם בונה אותו בסיד אין צריך להיות בעוביו כ"כ אלא כפי ראות עיני הדיין ע"פ מומחין עכ"ל ואין ענין זה לזה ונרא' דהרמב"ן מודה בזה לר' יונה שצריך לעשות בפחות שבכתלים עכ"ל: ונרא' דדברי הרמ"א הוא ממ"ש בנימוקי יוסף רפ"ק וז"ל וכיון דפרישנא דהני שיעורא נאמרו כדי שיתקיים הכותל נרא' כפי אותם המפרשים דאם נעשה הכותל מסיד או מענין אחר יותר קיים עד שיתקיים בבציר משיעורים הללו ע"פ אומנין בקיאין רשאי דאין לדיין אלא מה שעיניו רואות עכ"ל ומבואר דא"צ כלל לשיעורי' דמתני' ואפי' בפחות שבכתלים השנויים במשנה א"צ אלא לפי ראות עיני הדיין מדכת' שיתקיים בבציר משיעורים אלו וקאי על כל הנך שיעורי דמתני' ונרא' דאפילו לפי מ"ש בנ"י שם ז"ל ומיהו יש חולקין בדבר דמתני' אפי' בסידא נמי בעינן הני שיעורי ע"ש דהיינו דוקא היכא דאיכ' בגוויל או בגזית ובזה הוא דחולקין לומר דמתני' אפי' בסידא כו' ומשום דמתני' במנהגא קאי וכדתנן מקום שנהגו לעשות גויל כו' אבל במקום דליכא מנהגא כלל לא בעי שיעורא דמתני' כלל וסגי בתיקון שראוי להתקיים ולא גרע מפחות שבכתלים ולשון הרמב"ם והש"ע דלא כתבו כלל דינא דמתני' דגויל וגזית וכתבו סתם מקום שנהגו משמע נמי דהיכא דליכא מנהג תלוי בראות עיני הדיין דאם לא כן ה"ל להרמב"ם וש"ע לכתוב לשון המשנה בכדי שנדע שיעורא דפחות שבכתלים אלא ודאי ס"ל דהיכא דליכא מנהג כגון עיר חדשה דסגי מתחלה לסלק היזק ראיה לפי עיני הדיין:

סעיף ג

אם אחר זמן נפל הכותל כתבו תוס' ר"פ השותפין ד"ה לפיכך וז"ל וא"ת ומאי אריא משום דבונין הכותל בע"כ בלא"ה נמי הוי של שניהם אפי' נפל לרשותא דחד כיון דאין חזיז לא לזה ולא לזה כדפריך בגמ' גבי בקעה לא יעשה לא זה ולא זה ואם הוי דהיאך דנפל לרשותא מאי פריך הא צריך לעשות חזיז שלא יפול לרשות אחד מהם ויאמר שלי הם והא דאמר בהשואל גבי מחליף פרה בחמור וכן בריש הבית והעליה וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראי' היינו משום דהתם מתחלה מבורר הי' הדבר וברשותא דחד מנייהו נפל הספק אבל הכא מעיקרא נולד הספק ואם היו באין לחלוק בעוד שהכותל קיים הי' חולקין בשוה מספק אפי' לרבנן דסומכוס וכו' והא דלא אמר הכא כל דאלים גבר כמו בזה אומר של אבותי התם היא דליכא דררא דממונא אבל הכא איכ' דררא דממונא וכו' ומתרץ ר"י דהיינו הא דפריך בגמרא פשיטא כדפי' הקו' דאפי' לא פסק תנא לדינא דמתני' שמתחלה מוטל על שניהן לבנותו היו חולקין בשוה ואפי' דנפל לרשותא דחד כדמוכח גבי בקעה ומשני לא צריכא דנפל לרשותא דחד וכו' ושהו הרבה ברשותו מהו דתימא כיון דשהו ברשותו הרבה ?נהימני' שעשאו כולו במגו דאי בעי אמר ממך לקחתי כיון דשהו הרבה ואע"ג דאמר בהבית והעליה דשותפין לא קפדי אהדדי הכא מיירי דשהו יותר מכדי רגילות דאטו משום דשותפין נינהו לא יקפידו לעולם וכו' קמ"ל כיון דעל שניהן הי' לעשות לא מהימן לומר שהוא עשאו הכל דמגו במקום עדים לא אמרינן אבל בבקעה אם שהו הרבה הי' נאמן לומר שעשאו כולו במגו דאי בעי אמר לקחתי עכ"ל ואיכ' למידק במ"ש תו' דלא אמר הכא כל דאלים גבר ומשום דהוי דררא דממונא דבמאי הוי דררא דממונא יותר משנים אוחזין בטלית וכבר הקשו תוס' רפ"ק דמציע' גבי שנים אוחזין דאמאי לא אמרינן כל דאלים גבר וכתבו משום דלא אמרינן כל דאלים גבר אלא היכ' דאין מוחזקין וע"ש וא"כ ה"נ לאו דררא דממונא דהא מפרשי תוס' דררא דממונא היינו היכא דבלא טענותיהם הספק לב"ד והכ' אין הספק אלא ע"י טענותיהם כמו גבי שנים אוחזין דאי לאו דשניהם מוחזקין הוי אמרי' כל דאלים גבר והכי ה"ל לתוספות לחלק גבי ארבא אין שניהם מוחזקין והכא כיון דשניהם עומדין בצד הכותל ה"ל כשנים אוחזין וכמ"ש הרמב"ם פ"ט מטוען ובטור וש"ע סי' קל"ח בשנים יושבין בצד ערימה דיחלוקו אבל מ"ש לחלק מענין דררא דממונא צ"ע ועיין בקונטריס הספיקות כלל ב' סי' ז'. ועי' בריב"ש סי' תל"ז בראובן ושמעון שיש להם שני בתים ודרך רשות הרבים מפסקת וגג נכון על שני כתלים מזה ומזה וע"ש שהעלה דזה לא הוי דררא דממונא ואם שניהם אין מוחזקין בגג ולא משתמשין בו ובאין עליו לדון נרא' שמניחין

אותו לכל דאלים גבר אלא כיון שהגג הזה נכון על שני הכתלים ואע"פ שאין משתמשין בו יחד ה"ל כתפסי לה תרווייהו במטלטלין שכל שאין לזה עדים ולא לזה יחלוקו כדינא דשנים אוחזין בטלית זהו מה שנרא' לי בזה עכ"ל וא"כ המקום והאבנים שהוא בין שניהם נמי לא הוי דררא דממונא וה"ל כתפסי תרווייהו ויחלוקו כמו בשנים אוחזין ודברי תוס' צ"ע והר"ר יוסף מג"ש פי' סוגיות הש"ס דפריך פשיטא מאי קמ"ל מתני' דחולקין באבנים ובמקום פשיטא דחולקין כיון דכבר אשמועינן מתניתין דעל שניהן מוטל לבנותו ודאי שותפי נינהו ומשני לא צריכא דנפל לרשותא דחד דה"א שיהי' נאמן לומר כו' קמ"ל דשותפין לא קפדי אהדדי ע"ש בחידושיו לב"ב ומדבריו נרא' דשותפין לא קפדי אהדדי לעולם ואפי' שהו הרבה יותר מדאי מדלא מחלק בין שהו הרבה וכן משמע מלשון הרי"ף שכת' שם וז"ל מהא שמעינן דמלתא דידוע לשותפות חולקין בשוה עכ"ל ומשמע דלעולם חולקין בשוה. ולפי שטתם יתעורר קושיות תוס' מאי לפיכך דהא אי לאו דינא דמתני' דכופין זה את זה נמי הוי דינא דיחלוקו ונראה דאי לאו דינא דמתני' דכופין זה את זה והוי דינא דחלוקה מחמת ספק כמו בשנים אוחזין בטלית או יושבין בצד עריפה א"כ כשזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי זה שאומר חצי' שלי אינו נוטל אלא רביע וכדתנן ר"פ שנים אוחזין אבל בתר דינא דמתני' דתנן כופין זה את זה וכיון דעל שניהם מוטל לבנותו א"כ אפי' זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי זה שאומר חצי' שלי נוטל מחצית במקום ואבנים ובזה ניחא הא דתנן לפיכך המקום והאבנים של שניהם דבתוס' כתבו דנקט המקום אגב אבנים ע"ש ולפי מ"ש המקום דנקט נמי לגופי' אצטריך והיכא דטען חצי שלי וכמ"ש: ועוד נרא' לפמ"ש רש"י רפ"ק דמציעא בזה אומר אני ארגתי כיון דחד מנייהו ודאי רמאי יהי' מונח עד שיבא אליהו ע"ש וא"כ ה"נ אי לאו דינא דכופין זא"ז דודאי שניהם עשאוהו הוי דינא דמונח וניחא בזה פי' הר"י מג"ש דבש"ס לא פריך פשיטא אלא בתר דתני דינא דמתני' דכופין דתו לא צריך לאשמועינן דחולקין אבל אי לאו דינא דכופין לא הוי ידעינן דחולקין וכמ"ש ומיהו גם לפי' הר"י מג"ש צריך לומר דנקט המקום אגב אבנים דכיון דבתר דתני דינא דכופין תו לא צריך לאשמועינן דחולקין אלא בנפל לרשותא דחד ולא שייך זה במקום: ובחידושי הרמב"ן כתב וז"ל ואיכ' דקשיא ליה הכא משמע טעמא דכופין זא"ז אבל בכותל בקעה לא וא"כ היכי אקשינן לקמן לא יעשה לא זה ולא זה הא מהני חזיז דאי פנינהו חד לרשותא לא מהני וכו' ולדידן לא קשיא שכבר פי' רש"י לא יעשה לא זה ולא זה והרי סי' שלא עשאה האחד משלו דאלו עשאו הי' עושה חזיז מבחוץ אבל בכותל חצר שלא תקנו בו חכמים חזיז אי פנינהו חד לרשותא בדין הי' שיהי' נאמן אלא מפני שכופין זא"ז לבנות כותל

באמצע עכ"ל וקשה לי דודאי בתר דיני דמתני' דכופין זא"ז וא"כ ודאי שניהם עשאוהו לא מהני חזיז ומשום דלא שכיח שיבנה האחד משלו ואמרי' האי חזיז עביד ברמאות וכמ"ש הרמב"ן בחדושיו הובא בסק"ז. אבל אי לאו דינא דמתני' דכופין א"כ חצר ובקעה שוין הם וא"כ הוי נמי דינא דחלוקה ומשום דלא עשה חזיז הרי זה סי' שלא בנה הא' משלו ועוד דלמ"ד היזק ראיה לא שמיה היזק ומאי מחיצה גודא א"כ ודאי מהני גם בחצר תקנת חזיז כמו בבקעה וא"כ לדידיה תיקשי מתני' דתני לפיכך כיון דבלא"ה חולקין מדלא עשה חזיז ולפמ"ש בסי' קנ"ח סק"ג דלמסקנא דתיקנו גם בבקעה דאם עושין שניהם יעשו חזיז מיכן ומיכן דאם ליכא שום חזיז הוי דינא דנפל לרשותא דחד לא מפקינן מיניה דשוב לאו ראיה במה דלא עשה חזיז דהא אפי' עשאוהו שניהם נמי הי' ראוי להיות חזיז מיכן ומיכן וכיון דסוף סוף מחוסר חזיז א"כ שפיר מצי טען שעשה כולו לבדו ע"ש א"כ ניחא דאי לאו דינא דמתני' דכופין זא"ז אם הי' נפל לרשותא דחד מצי טען שעשאו כולו דאפי' בבקעה נמי הוי דינא כנה"ג ודו"ק:

סעיף ד

אינו נאמן הרי הוא ברשות שניהם בט"ז הקשה לדברי הרא"ש דס"ל דאם נהגו בכותל אבנים ואמר א' אעשנו כולו משלי בהוצא ודפנא דהדין עמו אמאי אינו נאמן במגו הא יכול לומר זה שנפל לרשותו מתחלה בשעת הבנין לא רצה לעשות כותל אבנים ולא רצה לסייעני אפי' בחצר מקום רוחב הכותל הוכרחתי לבנותו משלי כותל אבנים כי אני לא רציתי להוציא ממון בהוצא ודפנא עכ"ל וע"ש: ונרא' ליישב לפמ"ש בנ"י פרק הפועלים גבי אריס אומר למחצ' ירדתי דהכל כמנהג המדינ' וז"ל שם ומהא שמעינן דלא אמרינן מגו לבטל מנהג המדינה משום דלגבי מנהג הוי כמגו במקום עדים וכן כתבו הגאונים וכל המפרשים עכ"ל וכ"כ בהגהת אשר"י שם וז"ל וכת' הרב רבי ברוך בשם ר' חננאל כו' לשנות המנהג אפילו ובמגו שאינו נאמן כו' אם טען שעשו מעשה ושינו המנהג וע"ש. והתם אין בעה"ב יכול לכוף את הארוס שיעשה כמנהג ויאמר בעה"ב או האריס שעשו תמורת המנהג כיון דאית ליה מגו אלא ודאי כיון דמנהג במקום בכך אמרינן מסתמא שניהם הסכימו לכך כיון שמנהג בכך וא"כ ה"נ כיון שהמנהג המקום מגויל או בגזית מסתמא שניהם הסכימו לכך לבנות בגויל ולא מהוצא ודפנא וזה ברור ועמ"ש בסי' פ"ב ס"ק י"ז:

סעיף ה

אבנים יקרות. והוא בתה"ד סי' של"ז ראובן ושמעון הי' להם בית בשותפות וחלקו לשנים וכותל של אבנים מפסיק ביניהם כו' ובאים לחלוק והי' בצד הכותל שכלפי ראובן אבני

גזית יקרות יותר מבצד שכלפי שמעון ורצה ראובן לזכות בהם טפי משמעון לפי שבצד שלו הוא: תשובה ירא' שאין הדין עמו משום דמצי למימר ליה אע"ג דמקרב לגבך צד היפה מ"מ מאי חזית דפלגת האי לעובי הכותל פלוג הכא לרחבה כו' וכה"ג אמרינן בפ"ק דב"מ גבי טלית מוזהבת לא צריכא דמקרבה לגבי חד מ"ד א"ל פלוג הכי קמ"ל דא"ל מאי חזית וה"נ אמרינן פ' המקבל גבי אילן העומד על המיצר לענין חלוקות פירות והי' נרא' לחלק דלא דמו לגמרי דשאני התם גבי טלית ואילן דאית לן למימר הואיל ושל שניהם הם סברא הוא שיטול כל אחד כחבירו ואע"ג דמקרב היפה לגבי חד אמרינן אתרמויי אתרמי הכי מש"ה א"ל מאי חזית אבל בנ"ד לגבי כותל אית לן למימר דבאותו צד שכל א' משתמש בו מסתמא זהו חלקו. מ"מ נרא' להביא ראיה דחולקין בשוה דתנן בפרק כל הצלמים מי שהי' ביתו סמוך לע"ז כו' ואם היו שלו ושל ע"ז ונפל עציו ואבניו מטמאין כשרץ לפי שאין ברירה עכ"ל מהכא מוכח דכל אבני הכותל שבצד זה ושבצד זה של שניהם בשוה דאי ס"ד דכל צד שכנגדו הוא חלקו א"כ יש ברירה וא"ת דמיירי שנתערבו א"כ לא ה"ל למימר דאין ברירה אלא משום דלא ידעינן ומכירם בהם כלום מטמאין ולא שייך לומר משום דאין ברירה עכ"ל: והנה מ"ש בתה"ד ראיה מטלית מוזהבת לכאורה לאו ראיה דהתם נמי דוקא בדתפסי בכרכשת' אבל היכא דאוחזין ממש זה נוטל עד מקום שידו מגעת ואם הזהב בידו נוטל מה שבידו וכמבואר בש"ע סי' קל"ח. והכא כיון שהמקום מסויים זה יש לו חציה שבצדו וכן השני וחצירו כידו וראוי לו' שהאבנים היקרים שעל צד מקומו יהי' שלו וכן באילן הנוטה לענין חלוקת פירות כיון שגוף האילן על המיצר ה"ל כמו תפסי להו בכרכשת' אבל הכא חצירו כידו וכמ"ש:

אמנם במה שהביא ראיה ממתני' דע"ז נהי דמלשון רש"י משמע כדברי תה"ד אבל מדברי הרמב"ם לכאור' אינו נראה כן דהרמב"ם פסק בפ"ח מע"ז דמחצה על מחצה היינו דמחצית שכנגד הישראל מותר ע"ש והוא מדברי הירושלמי ע"ש בכסף משנה וכן פסק בטור וש"ע י"ד סי' קמ"ג. ומשמע דמחצית שבצד זה לזה וכן לשני אלא שראיתי בר"ן שם פ"ג וז"ל נדון מחצה על מחצה ואפי' חלקו אסור לפי שאין ברירה כו' כן פרש"י ז"ל אבל בירושלמי פירשו דמאי דאמרינן נדון מחצה על מחצה היינו לו' שחצי כותל מותר ומיהו ה"מ במכיר אבנים שכנגדו כו' דאע"ג דבכותל של שני שותפין רשות שניהם שוה בכל צדי הכותל וכל א' מהם יש לו שותפות אפי' באותן אבנים שהן לצד שותפות זו כו' דמסתמא על דעת כן נשתתפו שצד שכנגדו כל א' יהי' שלו לגמרי דתרוייהו בהכי ניחא להו ישראל ניחא ליה כדי שלא יאסר וכו' ולפיכך כל שישראל מכיר אבניו נוטלן והן שלו וע"ש ומזה מבואר כדברי תה"ד דכותל של שני שותפין יד שניהן שוה בכל צדי

הכותל. וכן נרא' מלשון הרא"ש שכ' בפ"ק דב"ב גבי אחזיק להורדי ז"ל כיון דהחזיק בכותל שלש שנים וכו' ונרא' שחזקה זו מועיל אף לאבני החומה אם נפלו דמסתמא כשקנו ממנו רשות לסמוך על כותלו קנו ממנו כל הכותל להיות חצי שלו וע"ש ומדכתב קנה כל הכותל להיות חצי שלו משמע דבכל הכותל חצי שלו. והב"ח כת' בסי' זה בהא דכת' הטור י"א רצה האחד להגביה יותר מד' אמות שהרשות בידו שיד שניהם שוה וכל א' יכול להשתמש בשלו ופעמים שזה צריך להגביה וכו' וא"א הרא"ש ז"ל כת' שחבירו מעכב עליו לו' חצי מקום הכותל שלי ואיני רוצה שתמעט אויר שלי כי אני רוצה להשתמש על חצי המקום שלי ע"ש וכת' עלה דטעמא די"א דס"ל דבכל אורך ורוחב הכותל יד שניהם שוה כדין חצר שאין בו דין חלוקה ואין א' מכיר חלקו ופעמים שזה צריך להגבי' וכו' אבל הרא"ש חולק וס"ל דחצי רוחב הכותל שהוא לצד השני דחבירו הוא ואין רשות לו להשתמש שם כלל דזה הוא בכלל מכיר חלקו וע"ש ואינו נרא' דודאי גם הרא"ש ס"ל דשותף יש לו מחצית בכל הכותל וכמ"ש מלשון הרא"ש הנז' והא דאינו יכול להגביה יותר נרא' משום דחצי המקום ודאי כמכיר חלקו ויש לו בצד מקומו מתהום ארעא ועד רום רקיעא ואויר מקומו שלו הוא. ועוד שרוצה ג"כ להשתמש על שלו ואינו רוצה להשתמש על אבני חבירו ואע"ג דחבירו נתרצה ה"ל בכלל שונא מתנות אלא דמדברי הרא"ש משמע דכה"ג שעושה הנותן לטובתו לא הוי בכלל שונא מתנות והובא בטור סי' קע"א חצר שאין בו ד' לזה ע"ש. ומסתבר טעמא דאויר של צד מקומו הוא שלו. ועמ"ש בסי' קנ"ג סק"ז:

אמנם איכ' למידק טובא מהא דכת' הנ"י במתני' דכותל חצרו שנפל למעלה מד' אמות אין מחייבין אותו סמך לו כותל אחר אף ע"פ שלא נתן עליו התקרה מגלגלין עליו את הכל וז"ל וא"ת ובמה נשתעבד זה לתת מחצה וי"ל דדעתו הי' כשירצה ליתן לו יזכה לו חצירו וחצירו זכתה וע"ש והיכא זוכה לו חצירו במחצית הכותל שכנגד חבירו כיון דהחצר דהיינו המקום הוא מסויים וכמ"ש רק בצד שכנגדו ובחצי הכותל שעל מקומו נמי אין לו אלא רביע כיון דה"ל שותפות בכולו ואפילו חלק רביע לא יקנה דהקונה שלשים סאה יכול לחזור עד סאה אחרונה היכא דאמר ליה כור בשלשים וכמ"ש בש"ע סי' ר'. ומיהו לפמ"ש בש"ע סי' קע"ו סעיף ב' אם שכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהם הרי אלו שותפין בהן ע"ש וא"כ כיון שהכותל עד ארבעה אמות דשותפות נינהו וקונה כל מה שלמעלה מארבע אמות להיות ג"כ לשותפות ואכתי צ"ע ועוד קשה מדברי הרב המגיד פ"ג מהל' נזקי שכנים שכת' שם בדברי הרמב"ם לפיכך אם גדר לו רביעית כו' מגלגלין עליו את הכל ונותן חצי הוצאה שהוציא זה בארבע

רוחות עד ארבע אמות ובלבד שיהי' מקום הכותל של שניהם אבל אם הי' הכותל של זה שבנה ובחלקו בונה יראה לי שאין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים וכת' עלה הראב"ד זה המשפט מעוקל וכו' והמ"מ כת' וז"ל ודעת המחבר שאין מחייבין אותו בחצי הוצאה אלא מפני שזכה בחצי הכותל לפי שנבנ' במקומו וכמו שכת' למעלה בחצר לפיכך כל שלא נבנה במקומו ואם ירצה הלה אפי' בפריעת חצי הוצאה אינו זוכה בחצי הכותל ואינו פורע אלא מה שהנהו זה נרא' לדעתו ז"ל עכ"ל. והיינו מ"ש למעלה בכותל חצר למעלה מד' אמות דסמך לו כותל אחר דמחייבין אותו וז"ל ודע שבפריעת חצי הוצאה אפי' בע"כ של חבירו זוכה בחצי הכותל לפי שהמקום של שניהם וזכתה לו חצירו וכיון שהוא בנוי על חלקו מיד כשגילה דעתו דניחא ליה מחייבין אותו כן כתבו ז"ל עכ"ל והתם במקיף חבירו היכא זוכה לו חצירו בכותל השותפות להיות לו מחצית הכותל בכולו כיון דחצי השני אינו מונח על חצירו וא"כ על חצי מקומו אין לו אלא חלק רביעי ואפי' חלק רביעי אין לו וכמ"ש. ולכן נרא' לענ"ד מדברי הה"מ דס"ל דכותל השותפין ה"ל כמכיר חלקו ואדעתא דהכי נתרצו שותפין שיהי' לזה אבנים שבצדו וכן לאידך ומש"ה זוכה לו חצירו במחצית הכותל שעל מקומו: ובירושלמי ס"פ בתרא דמציעא כותל שבין חצירות ונפרץ רב ושמואל חד אמר מחצה לזה ומחצה לזה וחד אמר כולו לזה וכולו לזה מה מפקה מביניהון מצא מציאה מאן דאמר מחצה לזה ומחצה לזה ומחציו והילך לזה ומחציו והילך לזה ומאן דאמר כולו לזה וכולו לזה המוציא זכה וע"ש. וביאורו נרא' דמ"ד כולו לזה כו' ה"ל כחצר השותפין שאין אחד מכיר חלקו דבזה אין החצר זוכה לפמ"ש בסי' ר"ס סק"ד ע"ש ומ"ד מחצה לזה כו' וכמכיר חלקו זכה זה במחצית המציאה שבחלקו וזה במחצית שכנגדו וע"ש בסי' ר"ס מ"ש בזה:

סעיף ו

דמהני ביה חזיז כת' הש"ך וז"ל וכן מוכח דעת התוס' ריש ב"ב ד"ה לפיכך ודלא כב"י וע"ש ולפמ"ש בסק"ג דהא דלא מהני חזיז בחצר היינו לבתר דינא דמתני' דבחצר כופין זה את זה ולא שכיח שיעשה אחד מהם ולכך לא מהני חזיז ואמרינן ברמאות עבדי' אבל אי לאו דינא דמתני' דכופין ודאי מהני חזיז בחצר כמו בבקעה וא"כ שפיר הקשו תוס' היכי תני לפיכך הא בלא"ה חולקין מספק כמו דאמרינן בבקעה ואי משום דבבקע' היינו טעמא משום דאלו א' עשאו היכן החזיז הוא בחצר נמי נימא הכי אי לאו דינא דכופין וע"ש: עוד מ"ש על דברי הרמב"ן ולפמ"ש אין ראיה מדברי תוס' דסברי לא מהני חזיז בחצר והוא משום דלמ"ד מאי מחיצה גודא והיזק ראיה לא שמיה היזק גם בחצר מהני חזיז וא"כ אכתי תיקשי קושיות תוס' דמ"ד מחיצה גודא:

סעיף ז

מהני לכולי עלמא. ודעת הרמב"ן דלא מהני אפילו למעלה מד' אמות ע"ש בחידושיו ז"ל אפי' הי' שם חזיז מצד א' הכל של שניהם דאמרינן ליה כיון שאתה יכול לכופו לבנות לא בנית משלך והאי חזיז את הוא דעבדת ליה דאי לא תימא הכי יעשו חזיז מיכן ומיכן דלמא קאים חד מנייהו ועבד חזיז ואמר כולה שלי וכדאמרינן גבי בקעה וכ"כ הרי"ן מג"ש וא"ת למעלה מד' אמות הרי אין כופין זה את זה לבנות ומפני מה אין אתה מאמינו שכולה שלו למעלה מד' אמות אם לזה חזיז ואין לו לזה זו אינה שאלה שכיון שהמקום והכותל עד חצי' של שניהם נמצא הלה מוציא מרשות חבירו דבר המוחזק לו ולא סגי אלא בראיה גמורה ולא בחזיז ועוד שלא אמרו חזיז לחצי כותל עכ"ל ומבואר מדבריו דלא מהני חזיז אלא בבקעה דאיני ידוע לא במקום ולא באבנים ובמקום ספיקא הוא דמהני חזיז לראיה אבל בכותל חצר דעד ארבעה ודאי הוי המקום והאבנים של שניהם וכיון דהוא בחזקת שניהם תו לא מהני חזיז לאפוקי מחזקתו ומשום דחזיז אינו ראיה גמורה דיכלי למיעבדי' ברמאות ועמ"ש בסי' קנ"ח סק"ג: וברא"ש כת' בשם הרי"ן מג"ש דחזיז לא מהני בחצר ובמקום שנהגו שעושה בעל הכותל חלונות מבפנים לראיה שהכותל שלו אם יש עדים שעשה כן בשעת הבנין הרי זה ראיה וכתב עלה ז"ל ולא ידענא מהיכן אית ליה דלא תקינו רבנן בחצר כיון דסי' טוב הוא ולא שייך ביה רמאות אמאי לא מהני בכל דוכתי והלא אפי' חלונות שלא הוזכרו בשום מקום מהני סי' שאמרו חכמים דלא שייך ביה רמאות לא כ"ש וכיון דבבקעה דיכול לכנס לשדה חבירו ולעשות גם היא חזיז מבחוץ מהני כ"ש בחצר עכ"ל. אולם טעמא דהרי"ן מג"ש מבואר ברמב"ן והוא מדלא תיקנו בחצר לעשות חזיז מיכן ומיכן משום חששא דלמא קדים אידך כמו דחשו לזה בבקעה אלא ע"כ דבחצר כיון דודאי עשו שניהם דהא כופין זא"ז וחזיז לא מהני אלא במקום ספיקא. ולפי דאינו מוכח מזה אלא דחזיז לא מהני ומשום דאינו סי' ברור אבל סי' אחר הברור גם בחצר מהני ומתני' לא מיירי אלא מחזיז דלא נהגו בסי' אחר:

סעיף ח

וטוען שפרעו נאמן. שם במשנה דף ה' כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן. ובסוגיא רפ"ק דב"ב פריך להאי לישנא דס"ל היזק ראיה לא שמיה היזק מהך מתני' דמחייבין אותו לבנותו ומשני נפל שאני ופי' רש"י שכבר נתרצו בכותל. וקשה דהא אמרו שם כי רצו מאי הוי כו' ומוקי לה שקנו מידו וע"ש. וכיון דקנו מידו וא"כ ה"ל כמלוה בשטר דאינו נאמן לו' פרעתי וכמבואר בטור וש"ע סי' ל"ט. ושם במשנה תני עד ארבע אמות בחזקת שנתן וכיון דמיירי בקנין לבנות

כותל וה"ל כמלוה בשטר ואם קנו מידו לזון חבירו משך עשרה שנים נמי אינו יכול לטעון פרעתי עד דמייתי ראיה בעדים וה"ה בזה? כיון דהקנין הי' שיתחייב לבנות כותל בכל עת שיצטרך הרי הוה כשטר. ולפי' תוס' שם ניחא דמפרשי נפל שאני כיון דהורגלו לעשות דבר הצנע וע"ש וא"כ מיירי בלא קנין. ולפרש"י דמיירי בקנין נרא' לפמ"ש הרא"ש דקנו מיניה לבנות לא הוי קנין דברים ועיין בטור וא"כ לא הוי קנין בשטר אלא לבנות אבל אחר שבנה ותובע הוצאת חזרה להיות מלוה ע"פ וכעין זה כת' הריב"ש בסי' שמ"ה אם קנו מידו לתת דבר ידוע ונאבד ותו אינו בעין דנאמן לו' פרעתי דמאי דאמרי' קנו מידו גובה ממשעבדי ואינו נאמן לו' פרעתי זהו בלשון שעבוד אבל בנותן דבר ידוע שאין בו שעבוד אם עתה בשעת התביעה הוא בעין נוטל את שלו ואם לאו חוזר להיות מלוה ע"פ וע"ש וה"נ קודם שבנה הכותל ה"ל דין מלוה בשטר כיון דקנה מיניה וה"ל כמלוה בשטר דעל זה הי' חיוב בקנין אבל אחר שכבר בנאו משלו ותובע מחצית הוצאה חזרה להיות מלוה ע"פ ועמ"ש סק"א:

סעיף ט

ואפילו אם טוען שפרעו קודם בנין הכותל. כת' בטור וז"ל ואין כאן חזקה אם אין אדם פורע דבכל שורה ושורה זמנו ע"כ והקשו בזה תיפוק ליה דנאמן במגו דפרעתי אחר זמנו ועמ"ש סמ"ע בזה. והב"ח כת' וז"ל דבגמרא שם איבעיא ולא איפשיטא וכו' וא"כ הכא גבי כותל שידוע שזה בנאו לבדו הוא מוחזק וחבירו שרוצה להשתמש בכותלו ואמר שסייעו הוא בא להוציא מחבירו ועליו הראיה והלכך אצטריך לטעמא דכל שורה ושורה זמנו כנ"ל דבר פשוט ודלא כמוהר"ך עכ"ל. אמנם דברי הסמ"ע נראין דוודאי זה שבנאו לא הוי מוחזק כיון דאם זה רוצה לפורעו הרי בע"כ צריך ליתן לו חצי כותל ומשום דחצירו קונה לו וכמ"ש הרב המגיד פ"ג דשכנים ובנ"י במתני' דכותל חצר שנפל והבאתי דבריהם בסק"ה ע"ש וכ"כ הרמ"א סעיף י"ב ע"ש וא"כ אין לו אלא דמי הוצאות וה"ל הנתבע מוחזק ותדע דאי נימא דאין צריך ליתן לו בע"כ חצי הכותל א"כ אחר זמנו נמי לא יהי' נאמן לו' פרעתי דה"ל כמו טענת לקוח ואינו נאמן היכא שהוא בחזקת המוכר אלא ודאי הכותל קנה ע"י חצירו ואין תביעתן בכותל אלא בדמים ומש"ה נאמן לו' פרעתי וא"כ ה"ל הנתבע מוחזק וז"ב: וכן נרא' מבואר מתשובת הרשב"א סי' אלף ק"ו ז"ל שאלת במ"ש בס' העיטור במכירת קרקעות שכת' ר' אפרים ז"ל בשם רבינו האי גאון דהיכא דזבין אינש קרקע בין בשטר בין בעדים בימים ידועים ולית ליה ראיה דיהיב דמי הרי הוא בחזקת שלא נתן תשובה וכו' ומ"מ אין עיקר דינן נראה יפה וכו' ועוד שהרי שנינו בפ"ק דב"ב כותל חצר שנפל עד ד' אמות בחזקת שנתן מד' אמות ולמעלה

בחזקת שלא נתן ואמרינן עלה בגמ' היכי דמי אי לימא דתובעו לאחר זמנו וא"ל פרעתיך בזמנו אמאי בחזקת שלא נתן אלמא כל שהוא חייב מחמת קרקע שמכר לו ובא זמנו וא"ל פרעתיך נאמן שהרי למעלה מארבע אמות הרי הוא בקרקע של זה שבנאו ואפ"ה כל שנתרצה לקנות ממנו ולפורעו ובא זמנו נאמן וטעמא דמסתבר הוא שהקרקע נקנת לו וחזרו המעות עליו כחוב מלוה ע"פ ונאמן לו' פרעתי עכ"ל. והראיה שכת' הרשב"א מן הגמרא שאמרו בלמעל' מארבע אמות הי' לו נמי להוכיח מגופה דמתני' דעד ארבע אמות בחזקת שנתן אע"כ כיון שנתרצה לקנות ממנו והך ריצוי ע"כ צריך לו' כמ"ש הרב המגיד והנ"י משום דחצירו קונה לו וכיון דאינו אלא חוב מלוה ע"פ ודאי מוחזק הוא ונאמן במגו דפרעתי אחר זמנו ולכן דברי הסמ"ע נכונים:

סעיף י

מיהו על חלקו יכול לבנות. ונרשם נ"י סוף ב"מ. וכ"כ בדרכי משה בשם הנ"י עיין שם. ולענ"ד נרא' מדברי הנ"י דס"ל דיכול לבנות על כל רוחב הכותל. וז"ל נ"י פ' הבית והעליה הקשו מהא דאמרו שם עליון שבא לשנות בגויל אין שומעין לו והא אמרינן פ' השותפין אחזיק להורדי אחזיק לכשורי וכתב בשם הרשב"א דאין לו לבעל עליה אלא שעבוד בלבד על הבית ואם שעבדו לשיעבוד מעט לא שעבדו לשעבוד מרובה אבל כותל שבין שתי חצירות שהמקום והאבנים של שניהן כל א' ואחד בונה ומגביה ומכביד בכל מקום שירצה וכדרך שאדם בונה תוך שלו וזהו ששנינו כותל חצר שנפל למעלה מד' אמות אין מחייבין אותו לבנותו אלמא לבנות עם חבירו אין מחייבין הא לעכב על חבירו אינו יכול כו' וטעמא דהתם בשלו הוא בונה דלאותן זה וזה חלק במקום ואבנים וע"ש. ובד"מ הבין דמ"ש הנ"י דהתם בשלו הוא בונה היינו על חלקו אבל מ"ש דהתם בשלו הוא בונה לכל רוחב הכותל הוא דקרי לה הכא ומשום דכל הכותל כולו להאי וכולו להאי וכחצר שאין בו דין חלוקה ועמ"ש בסק"ה. ותדע דהא כתב שם הנ"י ותדע לך שאם אי אתה אומר כן פשיטא עכובי מעכב על ידו שלא לחייבו לבנות צריכא למימר עכ"ל וא"כ משמע להדיא דאינו יכול לעכבו בכל רוחב הכותל אפי' בצד הכותל שכנגדו דהא עלה קאי אין מחייבין אותו לבנות והוא צד שבצדו ועלה מוכח דאין יכול לעכבו אלא ודאי הנ"י ס"ל דאין יכול לעכב לבנות אפי' בכל רוחב הכותל וס"ל כדעת י"א שבטור והנ"י שכתבו בשם הרשב"א ודעת הרשב"א בתשו' סי' תתקל"א שרשאי לבנות בכל הכותל ע"ש שכ' ז"ל שאין לבעל העליה שום חלק בבית רק שעבוד ולפי מה שנשתעבד נשתעבד אבל להכביד ולהוסיף אין שומעין לו אבל שכנים שהמקום והאבנים של שניהם אין זה מדין שעבוד בלבד אבל כל א' בונה בשלו ובשל חבירו נשתתפו ובנו ולפיכך א' מהם בונה

כמו שירצה ובלבד שלא יכביד כ"כ שיתקלקל הבנין לפי ראות הבקיאין בבניינים עכ"ל. ולכן נראין דברי הנ"י כמ"ש דס"ל כדעת י"א שבטור וז"ב:

סעיף יא

וכן אם נהנה בבניינו. בתוס' פ' כיצד הרגל ובמרדכי שם דהיכא דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה אפי' לא חסר כלום מחוייב לשלם הוצאה. וראיתי תוס' שם מהא דרצו בש"ס שם דף כ"ב להוכיח זה נהנה וזה לא חסר פטור מהא דתנן המקיף את חבירו משלש רוחות כו' אמר ר' יוסי אם עמד ניקף וגדר הרביעית מגלגלין עליו את הכל ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור והקשו ז"ל וא"ת אי זה נהנה וזה לא חסר פטור אפי' עומד ניקף נמי וי"ל שאני עומד ניקף דגלי דעתיה דניחא ליה בהוצא' ולא דמי לדר בחצר חבירו וכו' דלא גלי אדעתא אלא בחנם עכ"ל וכ"כ תוס' בפ"ק דב"ב דף ה' במתני' דכותל חצר שנפל כו' נתן עליו התקרה מגלגלין עליו את הכל והקשו דהא זה נהנה וזה לא חסר פטור ותירצו מ"מ כיון דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה חייב וכן משמע בפ' כיצד הרגל וכו' א"נ זה חסר שגרם לו שהגביה הכותל למעלה מד' אמות כדי שלא יהי' לו היזק ראיה בשום ענין עכ"ל. ובישש"ש פ' כיצד הרגל סי' ט"ז כ' וז"ל ותימא איך נוכל להוציא דין חדש מס"ד דמקשין הלא לפי האמת והמסקנא ליכא ראיה כלל דאפי' עומד מקיף חייב דחסריה בהקפה יתירא כו' ועוד קשה לי הלא רצה ראב"י אפי' למקיף בזה נהנה וזה לא חסר ק"ו דליכא שום ה"א שחייב הדר וע"ש שהעלה דזה נהנה וזה לא חסר פטור אפי' גלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה וכן הרא"ש לא הביא דברי ר"י בעל תוס' ולא חילק בזה אלא לעולם עד דמחסר ליה וכן עיקר עכ"ל. ובישוב קושיות תוס' עמ"ש בס' קנ"ח סק"ז:

סעיף יב

בנין קבוע נאמן. כ' בנימוקי יוסף בשם ר' יונה הטעם בזה דכיון דקבע לו בבנין אזי חיובו פשוט ותו לא שייך ביה מי יימר דמחייבי ליה רבנן ע"ש והיינו נמי טעמא דלקמן סעיף י"ב שאם נתרצה בהגבהה דאז נמי חיובו פשוט ותו לא אמרינן ביה מי יימר. ואיכא למידק בסוגיא שם בפ"ק דב"ב דף ה' דפריך לאביי ורבא דסברי עביד אינש דפרע גו זימניה מסיפא דמתני' למעלה מד' אמות בחזקת שלא נתן אילימא בזמנו אמאי לא אלא לאו תוך זמנו אלמא לא עביד אינש דפרע גו זמניה ומשני שאני הכא דאמר מי יימר דמחייביה ליה רבנן ע"ש וכיון דעיקר חיובו דכותל אינו אלא משום שנתן עליו התקרה וכמ"ש רש"י שם דף ו' בהא דאמר רב הונא סמך לפלגא סמך לכולה משום דסופו לגמור כל הכותל וליתן את התקרה וא"כ אחר שיתן התקרה הרי משפטו נודע וכיון דס"ל עביד אינש דפרע גו זמניה אמאי לא יפרע כיון שהוא יודע בבירור שודאי יתחייב לו אחר

נתינת התקרה ופרע ליה גו זמניה כי היכי דלא לטרדיה אחר נתינת התקרה. והנה לפי מ"ש הנ"י שם וז"ל סמך לו כותל אחר כו' וא"ת ואמאי מגלגלין עליו את הכל שמא לא יתן התקרה כו' ויש לומר דמכל מקום כיון שנעשה כותל זה מחיצה לביתו חייב והכי תניא בתוספתא כו' וא"כ לשטתו אפשר לומר דאין החיוב בכותל משום נתינת התקרה אלא משום שנעשה מחיצה לביתו ובזה אין המשפט גלוי ושייך ביה מי יימר ואין להקשות אכתי יאמר שהיה בדעתו ליתן את התקרה ונודע לו משפטו שיתחייב ומש"ה פרעו תוך זמנו דיש לומר כיון דאיפלגי בזה בירושלמי אם יכול ליתן את התקרה והובא בחידושי הרמב"ן ע"ש א"כ י"ל דאביי ורבא ס"ל דאין יכול ליתן התקרה וחבירו יכול למחות בתקרה וא"כ אין חיובו אלא משום דנעשה מחיצה לביתו ובזה אין משפטו נודע: אמנם אנן דקיי"ל כהך מ"ד בירושלמי דאין חבירו יכול למחות בנתינת התקרה א"כ הא דסמך לו כותל אחר אינו נאמן לומר פרעתי משום דכל זמן שלא נתן התקרה אע"ג דחייב משום דנעשה מחיצה לביתו אמרינן מי יימר ואם אמר יאמר שהיה בדעתו ליתן את התקרה כיון דקי"ל לא עביד איניש דפרע גו זימניה לא היה לו לפרוע קודם זמן חיובו והוא נתינת התקרה:

ובזה נראה לענ"ד ליישב דברי הרמב"ם שכ' נשבע בנק"ח ונוטל והרמ"ה השיג עליו והוא מהא דמשמע בש"ס דמי יימר טפי עדיף מחזקה דתוך זמנו דהא אביי ורבא דלא סברי חזקה דתוך זמנו ואפ"ה מודו במי יימר דהוא בחזקת שלא פרע וכיון דקי"ל בתוך זמנו דנאמן הנוטל בלא שבוע' מכ"ש היכא דאיכא מי יימר דנוטל בלא שבועה ועיין בטור ובחידושי הרמב"ן ולפמ"ש דלדידן דקי"ל כמ"ד בירושלמי דיכול ליתן התקרה ואין חבירו יכול למחות וא"כ הא דאינו נאמן לומר פרעתי משום דרצה ליתן התקרה וחיובו ברור אלא משום דה"ל תוד זמנו. ובהך חזקה דתוך זמנו לחודיה נמי לא סגי לן כיון דבאמת חיובו אפי' עדיין לא נתן התקרה ומשום שנעש' מחיצה לביתו אלא כיון דזה אינו משפט גלוי א"כ אמר מי יימר דמחייבי לי רבנן וחיובו בהצטרפות שניהם דהיינו חזקה דלא עביד אינש דפרע גו זימניה ובטעמא דמי יימר וכיון דאין אנו יכולין לחייבו בתוך זמנו לחוד וכן בחזקה דמי יימר לחודיה עד שאנו באים עליו משני צדדין בחזקת תוך זמנו ובהא דמי יימר וא"כ ודאי איקלשא טובא חזקת שניהן ומש"ה צריך הנוטל שבועה אבל היכא דסגי לה בחזקה דתוך זמנו ואלים טובא א"צ הנוטל שבועה וכן במי יימר אלו הוי סגי לה בעצמה נמי לא היה צריך הנוטל שבועה כיון דחמיר מתוך זמנו כמ"ש הרמ"ה אבל זה שאינו אלא בהצטרפות שניהם איתרע לה טובא ומשום הכי צריך הנוטל מיהת שבועה ודו"ק:

סעיף יג
זכה בחצי הכותל. וז"ל הרב המגיד פ"ג משכנים בחצי פריעת הוצאה זכה בחצי הכותל לפי שהמקום של שניהם וזכתה לו חצירו וכיון שהוא על חלקו מיד כשגילה דעתו דניחא ליה מחייבין אותו עד כאן לשונו ע"ש וכן כתב בנ"י ועמ"ש בסק"ה:

סימן קנח

סעיף א
בגינה ובאין לחלוק. כ' בסמ"ע וז"ל סתם כאן וסמך אמ"ש בסי' קנ"ז דשם כתב בשותפות דחצר דאם יש בו דין חלוקה אם רוצ' הא' כופה השני ואם אין בו דין חלוקה צריך שיתרצו שניהם ואם קנו על זה כופין א' לחבירו לגדור ביניהם וע"ש:
אמנם מלשון הטור משמע דבגינה דוקא היכא דיש בו דין חלוקה הוא ע"ש שכתב וז"ל שנים שהיו שותפין בגינה ובאין לחלוק אם יש בה דין חלוקה מחייבין אותו לגדור ביניהם עכ"ל ומשמע דוקא בדין חלוקה וכ"כ במשנה למלך פ"ב משכנים מדכתב הטור אם יש בה דין חלוקה משמע דאם אין בה דין חלוקה ונתרצו לחלוק יכול לומר לא נתרציתי אלא ע"מ שתבנה משלך ע"ש והיינו משום דבחצר דיש בו היזק ראיה טפי דאפי' אם המנהג שלא לגדור לא אזלינן בתריה מש"ה נמי לא מצי אמר לא נתרציתי כו' כיון דיש בה היזק ראיה כ"כ אמרינן דמסתמא נתרצ' נמי לבנות בשותפות אבל בגינה דאין בו היזק ראיה כ"כ מצי אמר לא נתרציתי אלא ע"מ שתגדור משלך והא דתנן במתני' וכן בגינה קאי אגויל וגזית ולא מיירי דומיא דרישא דמיירי באין בו חלוקה אלא גינה מיירי בדין חלוקה ומה"ט נרא' הא דסתם בש"ע וכתבו באין לחלוק דמשמע דמיירי ביש בו דין חלוקה:

סעיף ב
שכופין את הלוקח כתב הרמב"ם פ"ב משכנים המוכר גינה לחבירו סתם כו' כופין את הלוקח לבנות הכותל ביניהם ואפי' במקום שנהגו שלא לגדור בגנות אבל אם מכר בקעה סתם אין מחייבין אותו לגדור אלא במקום שנהגו וע"ש בהשגות הראב"ד ובכסף משנה כת' וז"ל ול"נ דרבינו סובר דמאי דאוקמה למתני' הכי קאמר וכן בגינה סתם במקום שנהגו לגדור מחייבין אותו אבל סתם בקעה כמקום שנהגו שלא לגדור הכי פירושו המוכר גינה סתם מעורבת עם אחרות מחייבין את הלוקח לגדור ודומה למה שנתבאר בפ"א ממכירה שהמוכר חצי השדה ומקבל עליו הלוקח מקום הגדר והחריץ עכ"ל וכן הוא בפי' המשניות להרמב"ם וז"ל פשט משנה זו יש בה חסרון ופירושה כמו שזכרנו וזה

כי מי שמכר גינה סתם ולא זכר שהיא מעורבת עם גינה פלונית מחייבין ללוקח לעשות מחיצת הגדר ואפי' במקום שנהגו שלא לגדור אבל מי שמכר בקעה סתם אין כופין הלוקח אפי' במקום שנהגו לגדור דסתם בקעה כמקום שנהגו שלא לגדור עכ"ל. ונרא' דלשטת הרמב"ם במוכר גינה סתם מחייבין הלוקח לגדור כותל גבוה ארבע אמות ואע"ג דשותפין בגינה שבאו לחלוק ס"ל דא"צ אלא מחיצה עשרה אבל בלוקח מחויב לסלק כל היזק וצריך כותל ד' אמות. ונתיישב לפי שטתו במה שהקשו לו חכמי לוניל שכת' בגנה מחיצת עשרה ואלו במתניתין תנא וכן בגנה והוא ד' אמות כמו בחצר והרמב"ם השיב להם וכן בגנה קאי אגויל וגזית. ולפי שטתו בחיבורו ובפרושיו למשניות דמיירי במוכר ולוקח צריך בזה מחיצת ד' אמות אבל בשותפין סגי במחיצת עשרה ומשום דלוקח מחויב יותר לסלק שלא יגיע ממנו היזק למוכר. ועוד נרא' לפמ"ש תוס' בהא דמשני נפל שאני משום דהורגלו לעשות דבר הצנע ומש"ה הוי היזק ראיה אפי' למ"ד לא שמיה היזק ע"ש וא"כ יש לו' דה"נ בגנה דאף ע"ג דהיזק ראיה דגנה לא שמיה היזק אבל מוכר גנה בין גנותיו כיון דכבר הורגל המוכר לעשות דבר הצנע לפי שהי' כולו שלו והלוקח עדיין לא הורגל מש"ה מחויב הלוקח לסלק היזק ראיה למוכר וכה"ג דכבר הורגל גם בגנה שמיה היזק וה"ל כמו חצר וגג דמחייבין את בעל הגג בכל המחיצה ומשום דחצר לבעל הגג אינו מזיק. אלא דאכתי דברי הרמב"ם נראין תמוהין במה שפי' למשנתינו במוכר ולוקח ולישנא דגנה סתם כמקום שנהגו לגדור אינו אלא גנה סתם כמו שפי' המפרשים דהיינו היכא דליכא מנהג: ונרא' מקומו מן הירושלמי דאי' שם וכן בגינה תני בגינה בין מקום שנהגו לגדור ובין מקום שנהגו שלא לגדור כופין אבל בבקעה מקום שנהגו לגדור כופין מקום שנהגו שלא לגדור אין כופין ע"ש. וכיון דאפי' במקום שנהגו שלא לגדור נמי כופין בגינה וא"כ הא דתני במתני' וכן בגינה סתם דמשמע הא מקום שנהגו שלא לגדור אין כופין צ"ל הא דתני וכן בגינה סתם לא מיירי ממקום סתם אלא במוכר גינה סתם והיינו במוכר ולוקח וכדמפרש לה הרמב"ם אלא שדברי הרמב"ם בחיבורו נרא' סותר למ"ש בפ' המשניות דבפ"י כת' במכר בקעה סתם אין כופין אפי' במקום שנהגו לגדור ע"ש ובחיבורו כתב אבל מכר בקעה סתם אין מחייבין אותו אלא במקום שנהגו לגדור ומשמע הא במקום שנהגו לגדור כופין אותו ועיקר כדברי הרמב"ם בחיבורו וכן מבואר בירושלמי דבבקעה מקום שנהגו לגדור כופין:

סעיף ג

שאפילו תפול לרשות אחד. בטור כתב וז"ל ופרש"י דה"ה אם עשאוהו שניהם ולא עשה שום אחד מהן סימן שהוא בחזקת שניהם אפי' תפול לרשות א' מהם אבל ר' יונה כתב

אם אין לשום א' מהן סי' ויפול לרשות א' מהן היא שלו עכ"ל וכת' הב"י וז"ל ומ"ש רבינו מפרש"י ור' יונה לא מצאתי כן בשום מקום אך מסברא נ"ל דבהא פליגי דלרש"י אע"ג דמתני' דתני לפיכך אם נפל המקום והאבנים של שניהם לא קאי אלא בשעשו חזיז ה"ה ללא עשו דאל"כ ה"ל לרב אשי לשוויי דמש"ה תני עושין חזיז מכאן ומכאן כי היכי דליתני לפיכך כו' ומדלא משני הכי משמע דל"ש וכו' וה"ר יונה סובר דהוי מצי לשנוי הכא אלא דעדיפא מיניה בעי לשנויי עכ"ל. ובט"ז ז"ל תימא דמאי פריך בגמ' לא יעשו זה ולא זה ומשני דלא כאביי כו' ה"ל לאוקמי כב"ע ועשיית חזיז הוא שמא תפול לרשות אחד מהם עכ"ל. וגם בש"ך תמה דאיך מיישב הר"ר יונה הסוגיא דפריך לא יעשו לא זה ולא זה וע"ש וכבר כת' הב"י דעדיפא מיניה משני אלא דקשה אדרב' ה"ל לאוקמי כב"ע וכקושיות הט"ז והרמב"ן בחידושיו כ' ז"ל לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם ואיכ' דקשיא ליה הכא משמע טעמא דכופין אבל בבקעה לא וא"כ היכי אקשיה לקמן לא יעשה לא זה ולא זה הא מהני חזיז דאי פנינהו חד לרשותיה לא מהני וניחא ליה מתני' דלקמן תני לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם וגבי מקום לא שייך רשות א' מהם משמע דחזיז שמכאן ומכאן מהני להיות המקום של שניהם לפיכך ניחא ליה לתרוצי משום דלמא קאים חד מנייהו ועביד עכ"ל וקשה דהא גבי חצר נמי תני לפיכך המקום והאבנים של שניהם וגבי מקום לא שייך לרשות א' מהם וצריך לומר דתני המקום אגב אבנים וכמ"ש תוס' בר"פ ע"ש א"כ בבקעה נמי נימא הכי דתני המקום אגב אבנים. ונרא' דגבי חצר דקשיא לן תיפוק ליה אפי' אי לאו דינא דמתני' דכופין זא"ז נמי דינא הכי דבחזקת שניהם וכתבו תוס' משום דקמ"ל דאפי' תפול לרשות א' ושהו הרבה ותני המקום אגב אבנים אבל בבקעה דתנן עושין חזיז מכאן ומכאן ועלה תני המקום והאבנים של שניהם ומשמע דע"י חזיז שמיכן ומיכן הוא דחולקין הא אם לא הי' חזיז מיכן ומיכן לא הי' דין חלוקה וכיון דאפילו בלא חזיז שעשו נמי חולקין א"כ היכי תני במקום שחולקין ע"י חזיז כיון דלאו דינא הכי אלא במקום לעולם חולקין אפי' לא עשו חזיז מיכן ומיכן לזה משני דלמא קאי חד מנייהו ועביד ברמאות דקמ"ל תקנתא בחזיז אפי' למקום ובחצר דליכא גווני שלא יהי' דינא דכופין וא"כ ודאי שייך למיתני המקום אגב אבנים דלא קשיא לן אלא לישנא דמתני' דתני לפיכך אלישנא דכופין כיון דאי נמי לאו דינא דכופין נמי חולקין במקום ולזה יתכן לומר דתני המקום אגב אבנים דליכא טעות בחצר לומר היכי דאין כופין כיון דלעולם דינא דחצר שכופין אבל בבקעה דתני על תקנתא דעשו שניהם חזיז ומשמע אם לא עשו שניהם אין המקום של שניהם דבזה לא שייך למיתני אגב היכא דהדין אינו כך: וליישב דברי הר"ר יונה

דלא תיקשי בהא דפריך לא יעשו לא זה ולא זה ומאי קושיא דהא צריכין שמא תפול לרשות א' מהם. דהנה רש"י כתב בהא דפריך לא יעשה לא זה ולא זה והרי סי' שלא עשאו האחד בשלו שאלו עשאה הי' עושה חזיז מבחוץ עכ"ל ומסיק לא צריכא דקדים חד מנייהו ועביד ומש"ה בס"ד דש"ס דלא יעשה לא זה ולא זה ותקנתא דחזיז לא יהיה אלא כשעושה האחד אבל כשיעשו שניהם לא יעשו חזיזין ואפי' תפול לרשות א' מהם יהיה סימן שעשאו שניהם דאלו עשאו א' היה עושה חזיז מבחוץ וכפרש"י ולבתר דמסיק צריך לעשות תקנתא דחזיז אפי' בעשאוהו שניהם משום דלמא קאים חד מנייהו ועבדיה ברמאות וכמ"ש בנ"י שם ע"ש ושוב לא יהיה זה סימן מה שלא עשאוהו שניהם במה שאין בו חזיז מבחוץ דגם בעשאוהו שניהם היה צריכין לחזיז וכיון דחסרון חזיז אינו סימן למסקנא דצריכין גם בעשאוהו שניהם לחזיזין מבחוץ א"כ כיון שאין כאן סימן אמרינן כל היכא דנפל לרשותא דחד הממע"ה. ולולי דברי הטור היה נרא' לענ"ד דגם דעת רש"י לפי המסקנא כדעת הר"ר יונה דנהי דפרש"י בקושיא לא יעשו לא זה ולא זה והרי סי' כו' היינו דוקא משום סימן הוא וכמ"ש ולבתר דמשני דצריכין לתקן חזיז גם בעשאוהו שניהם א"כ שוב לא יהי' זה סימן במה שלא נעש' חזיז מבחוץ וכמ"ש. וכן נרא' מלשון רש"י (דף ד' ע"ב) בהא דאמר אביי הוצא לית ליה תקנתא אלא בשטרא וז"ל אם עשה האחד יביא עדים ויחתמו לו ואם עשאוהו שניהם יעידו ויחתמו עכ"ל ובעשאוהו שניהם למה צריכין לעדים הא אפי' בלא עדים בחזקת שניהם אפי' תפול לרשות אחד מהם. ולפמ"ש דהיינו דוקא משום הסימן דלא נעשה חזיז מבחוץ ובהוצא דליכא תקנת חזיז ממילא אין בזה סימן חסרון החזיז וה"ה אפילו היכא דאתיא לתקנתא דחזיז אין חסרון החזיז סימן שלא עשאו הא' כיון דאפי' בעשאו שניהם צריך חזיזין מבחוץ והרי חסר לפניך ועיין ב"ח שכ' וז"ל ומיהו ודאי לא דמי היכא דלא יעשו חזיז שום אחד מהן להיכא דעשו שניהם חזיז דהתם אפילו שהו הרבה ברשות א' יותר מן הרגילות אפ"ה הוי של שניהם ואינו נאמן לומר דהוא לבדו עשאו במגו דלקוח דהוי מגו במקום עדים דאנן סהדי כיון דשניהם עשו חזיז דשניהם עשאוהו אבל כשלא עשה שום אחד מהם חזיז אינו בחזקת שניהם אלא אם לא שהו הרבה אבל שהה יותר מן הרגילות נאמן לומר שעשאו בלבדו במגו דלקוח וכו' ועיין ב"י משמע דלרש"י אין חילוק בין שניהם עשו חזיז לשניהם לא עשו חזיז ולא דק עכ"ל. ולי נראין דברי הב"י דאין חילוק כלל ומשום דכל היכא דאית ליה מגו דלקוח גם במקום חזיז נאמן ומשום דחזיז אינו בא אלא לברר הספק ולא במקום ודאי וכמ"ש הרי"ן מג"ש והרמב"ן דלא מהני חזיז בחצר כיון דודאי עשאוהו שניהם משום דכופין זא"ז א"כ ע"כ האי חזיז ברמאות עבדיה ודעת הרמב"ן בחידושיו

דאפי' למעלה מארבע אמות דאין כופין נמי לא מהני חזיז כיון דעד ארבעה בחזקת שניה' המקום והאבנים לא מהני חזיז לאפוקי מרשותיה. הובא דבריו בסי' קנ"ז סק"ח וע"ש ומכל שכן במקום מגו דהא מגו דאורייתא ולא מהני חזיז לאורעו מה לו לשקר וע"כ האי חזיז ברמאות עבדים ולא מהני חזיז אלא היכי דליכא ראיה כלל ולברר הספק השקול: ובזה ניחא ליישב מה שהקש' מהרש"א ומהר"ם לובלין בתוס' ד"ה לפיכך במ"ש שם דלהכי תני גבי דינא דכופין לפיכך דאפי' היכא דאיכא מגו כגון בשהו הרבה דאית ליה מגו דלקוח נמי לא מהני והקשו דא"כ מאי פריך בבקעה לא יעשו לא זה ולא זה דהא צריך חזיז דלא יהיה נאמן בשהו הרבה ע"ש ולפמ"ש דבמקום מגו חזיז נמי לא מהני וא"כ בשהו הרבה ויהיה לו מגו דלקוח יהיה נאמן נגד החזיז נמי וע"ש בלשון התוס' שכתבו שם ד"ה לפיכך אבל בבקעה אם שהו הרב' היה נאמן לומר שעשאו כולו במגו דאי בעי אמר לקחתים ע"ש והיינו משום דבבקעה לעולם נאמן אפי' במקום חזיז כל היכא דאית ליה מגו ודו"ק:

סעיף ד

ועמד הניקף וגדר רוח שלישית כתבו לאפוקי מדברי הב"י שכתב ז"ל אם גדר החיצון ראשונ' ושניה ושלישית ועמד הניקף וגדר השלישית נרא' לי שמחייבין אותו לגדור הרביעית והא דתנן המקיף את חבירו משלש רוחותיו משום רישא הוא דתנן הכי כלומר דאפ"ה אין מחייבין לניקף כל שלא גילה בדעתו דניחא ליה אבל כל היכא דגלי בדעתיה דניחא ליה אפי' לא גדר הא' אלא שנים מגלגלין עליו עכ"ל ודבריו נראין תמוהין מאוד דהא מדברי הטור נרא' להיפך שכתב ז"ל אבל ר"י פי' שהקיפו מבחוץ בינו לרה"ר כו' וצ"ל לפי' ר"י דאף אם גדר הניקף בצד רביעית נגד שדהו אין מחייבין אותו אא"כ גדר המקיף מה שנשאר עדיין פתוח מצד רביעית כו' דאל"כ לא ההנהו כלום עכ"ל ומבואר דאפי' גדר הרביעית כל שנשאר עדיין פתוח לא ההנהו ומכ"ש אם כל צד הרביעית פתוח. ומזה השיג בד"מ על הב"י וע"ש ובסק"ו שם כתבנו ליישב דברי הב"י לנכון:

סעיף ה

ובלבד שיהא מקום הכותל של שניהם. והוא מדברי הרמב"ם פ"ג משכנים והראב"ד כתב עלה זה המשפט מעוקל שאם הרויח לו המקום וגדר אותו שיפחות לו ההוצאה וכו' והרב המגיד כתב ודעת המחבר שאין מחייבין אותו בחצי הוצאה אלא לפי שזוכה בחצי הכותל לפי שנבנה במקומו וכמ"ש למעל' בחצר לפיכך כל שלא נבנה במקומו ואם ירצ' הלה אפי' בפריעת חצי הוצאה אינו זוכה בחצי הכותל ואינו פורע אלא מה שההנהו עכ"ל. וזה נרא' דעת רש"י שמפרש גדר מקיף בינו לחבירו ונטה מפי' תוס' שפי' בינו

לרה"ר וכדמשמע לישנא דש"ס את גרמת לי היקפא יתירה ע"ש. ומשום דאין מחייבין אותו בחצי הוצאה אלא היכא דזכה בחצי הכותל ואלו בינו לרה"ר א"כ אינו נבנה אלא במקום המקיף ובטור כתב לשון הרמב"ם ואח"כ הביא פרש"י שגדר בינו ובין הניקף ואח"כ פי' ר"י בינו לרה"ר ונרא' מדבריו שם שהסכים לפי' ר"י וזה נראה סותר לדברי הרמב"ם כיון דבינו לרה"ר ע"כ כל המקום שלו וצ"ע ודעת הרמב"ן בחידושיו נרא' בהיפך מדברי הרמב"ם שכתב דבעינן דוקא שיהי' הדבר כולו בשל בונה אבל אם היה חציו בשל זה וחציו בשל זה אינו יכול לכופו ליתן אפי' פרוטה שהרי אם רוצ' אומר לו אין רצוני בגדר שקרקעי מתמעט ואנא כורכימא דרישקא הייתי זורע שם ואושיב שומר וישמור שאם אי אתה אומר כן במקום שנהגו שלא לגדור בבקעה יקדים אחד מהם ויגדור ויגלגל עליו את הכל עכ"ל. וב"י כת' עלה ז"ל ונ"ל דבבקעה מודה הרמב"ם דל"ש בין המקום של שניהם למקום הכותל של בונה או שסובר דוקא כשהמקום הוא של בונה מגלגלין אבל אם מקום הכותל של שניהם אין מגלגלין וכדברי הרמב"ן דע"כ לא קאמר הרמב"ם אלא בחורבה שדרכו לבנות ועתיד הוא לסמוך בכתלים וכמ"ש מי שהי' לו חורבה בין חורבת חבירו אבל בבקעה שאינו עומד לסמוך בכתלים אפשר דמודה כדאמרן עכ"ל. ובזה יתיישב דברי הטור שהסכים לפי' ר"י ולדברי הרמב"ם כיון דר"י מיירי בבקעה. אלא דמלשון הטור שם משמע דאין לחלק בכך שהביא דברי הרמב"ם על דינא דבקעה וע"ש וגם בעיקר הסברא שכת' לחלק בין בקעה לחורבה מדברי הרב המגיד אינו נרא' כן כיון דעיקר טעמא דבעינן שיזכה בע"כ בפריעת חצי הוצאה ובעינן מקומו שיזכה לו חצירו א"כ בבקעה נמי בעינן חצירו. וע"ש בב"י שכ' וז"ל ומ"ש הרמב"ן שאם אי אתה אומר כן כו' זהו לעמד מקיף אבל לעמד ניקף אין מכאן הכרח כלל דלא ה"ל למיגדר ועוד כי יקדים א' מהם מאי הוי ימחה חבירו על ידו ולא ישלם אלא דמי נטירה וכמ"ש רבינו בסמוך אם לא שנאמר דהרמב"ן לא ס"ל הכי עכ"ל. מיהו ברמב"ן מבואר דודאי ס"ל הך סברא דמחאה מהני ע"ש וז"ל ועדיין יש לדקדק כיון שאינו יכול לכופו לסייע עמו למה מגלגלין וכי מפני שקדם הלה ובנה משלו הפסיד זה. ולדידי לא קשיא שהרי זה דומה במקצת ליורד תוך שדה חבירו ונטע שלא ברשות שאלו מתחלה בא לימלך ומיחה על ידו אינו רשאי ליגע בה כו' ואלו עומד מעצמו שמין לו וידו על העליונ' כו'. וצריך לו' דמ"ש שאם אי אתה אומר כן יקדים האחד ויגדור היינו שיגדור בשעה שלא יהי' מצוי בביתו ולא יהי' לו מחאה אבל כל שמיחה ודאי מהני כיון שמדמה אותו לשדה העשוי ליטע דמוחה מהני:

סעיף ו

וכן אם הניקף עצמו. בפ' כיצד הרגל דף ך'. ת"ש אמר רבי יוסי אם עמד ניקף וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור ש"מ זה נהנה וזה לא חסר פטור. והקשו בתוס' שם א"כ עמד ניקף נמי ותירצו דשאני עמד ניקף דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה ע"ש וכך כ' תוס' בפ"ק דב"ב דף ה' גבי סמך לו כותל אחר כותל אחר וע"ש. וביש"ש פ' כיצד הרגל העלה דאין לחלק בכך וזה נהנ' וזה לא חסר לעולם פטור אפי' גלי אדעתיה דניחא ליה בהוצא' ע"ש והובא דבריו בסי' קנ"ז סק"ד: ולכן נרא' לענ"ד בישוב קושיות תוס'. והוא לפמ"ש הרב המגיד בטעמא דהרמב"ם שכ' והוא שיהי' על מקום שניהם ומשום דאז זוכה לו חצירו בחצי הכותל ע"ש ועמ"ש בסק"ה: וכ"כ נ"י במתני' דסמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל ז"ל וא"ת ובמאי נשתעבד זה לתת מחצית וי"ל דדעתו הי' כשירצה שיתן לו יזכה לו חצירו וחצירו זכתה לו וע"ש וא"כ כיון דגלי אדעתיה דניחא ליה זכתה לו חצירו באבנים למפרע וזוכה בע"כ בפריעת חצי הוצאה ותו לא מצי אמר הבונה עצי ואבני אני נוטל כיון דכבר זכה לו חצירו באבנים כשיתרצה לפרוע וכיון דקנה בגוף הכותל להיות חצי שלו תו לא שייך זה נהנה וזה לא חסר דאין לך חסר גדול מזה כיון שקנה מזה גוף האבנים ומקח וממכר הוא ומכי משך במקחו נתחייב בדמים וזה נמי מכי גלי אדעתיה דניחא ליה הרי זוכה לו חצירו ונתחייב בדמי מקחו ולא אמרו זה נהנה וזה לא חסר אלא היכי שגוף הבית הוא של בעה"ב וזה נהנה וזה לא חסר הוא דפטור אבל היכי שקנה גוף הבית דרך מקח וממכר ודאי חייב ואין לך חסר גדול וכמ"ש וזה נמי מכי גלי אדעתיה דניחא ליה קנה לו חצירו ומכי משך במקחו הרי נתחייב בדמי המקח והיינו נמי טעמא דסמך לו כותל אחר דהתם נמי קני ליה חצירו גוף הכותל וצריך לשלם דמיו וזה ברור:) (ובזה ניחא דברי הב"י שכתב דאם גדר ניקף את השלישית דמחוייב לשלם ובדרכי משה השיגו מדברי הטור שכתב דאפילו ברביעית אם נשאר פתוח אין מחייבין אותו כיון שלא נהנה כלום ע"ש והעתקנו הדברים בסק"ד ולפמ"ש נראין דברי הב"י נכונים כיון דפסק כהרמב"ם דבעינן שיהיה המקום של שניהם ומכי גדר ניקף את השלישית גלי אדעתיה דניחא ליה בבנין הכותל הרי זכה לו חצירו כיון דהבונה אדעתא דהכי בנה שיזכה לו חצירו מכי יתרצה בבניינו וכיון דזכה לו חצירו נתחייב בדמיו אע"פ שלא נהנה עדיין כיון דקנה מחצית הכותל וכמו במוכר ולוקח וכמ"ש אבל הטור שכתב דאם גדר ניקף בצד שדהו נגד רביעית ונשאר פתוח אין מחייבין אותו משום דקאי שם לפי' ר"י שפירש גדר בינו ובין רה"ר ולא קנה הניקף גוף הכותל כיון שכולו על מקום המקיף ואין חיובו אלא משום דנהנה וכל זמן שפתוח עדיין

אין לו הנא' אבל לשטת הרמב"ם דהיינו דוקא על מקום שניהם א"כ אפי' נשאר פתוח כל הרביעית דעדיין לא נהנה כל דגלי אדעתא דניחא ליה בבנין הכותל הרי קונה את הכותל וכל דרך מקח וממכר ודאי חייב אפי' לא נהנה וכמ"ש אפילו לפמ"ש הב"י דגבי בקעה מודה הרמב"ם ועיין סק"ה מ"מ כיון דס"ל נמי בהי' על מקום שניהם דמגלגלין את הכל יש לומר דמיירי הב"י שבנה על מקום שניהם לפמ"ש בסק"ה דאין חלוקין בין חורבה לבקעה לדעת הרמב"ם יתכן יותר דבזה אפילו לא נהנה עדיין כיון דגלי אדעתיה דניחא ליה זכה במחצית הכותל על ידי חצירו נתחייב בדמיו דרך מקח והטור מיירי שבנה על חלקו לבדו והיינו בינו לרשות הרבים וכמ"ש ולכן דברי הב"י עיקר לדינא ודו"ק היטב:

סימן קנט

סעיף א

ואם הגג שפל. כת' הריב"ש בסי' ת"ח וז"ל ומה שנסתפק לכם מאי איכא בין האי דאביי בשני בתי בשני צדי רה"ר דמצי אמר בני רה"ר ביממא חזי וכו' ובין אותה ששנינו בפ' חזקת אבל פותח הוא פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון ברה"ר דמצי אמר ליה סוף סוף בעי אצטנועי מבני רה"ר מבואר הוא דבהאי דאביי יש זמן שזה יכול לראותו בעומדו בגגו כדרכו ובני רשות הרבים אין דרך לראותו כגון בלילה אבל בהאי דפתח נגד פתח אין דרך לעמוד בתמידות בפתח ביתו ואם יעשה זה במקרה פעם אחת גם בני רשות הרבים עושין כן לפעמים כשיזדמן לדבר זה עם זה ע"ש. ולפי מה שכת' הרמ"א דאם הגג שפל עד שבני רשות הרבים רואין אותו אין כאן היזק ראיה והוא בטור בשם ר' יונה אם כן בלאו הכי לא קשה דגבי האי דפתח נגד פתח הוי ליה כמו הכא בגג שפל. וכן כת' הרב המגיד פ"ג משכנים דמיירי שהגגין גבוהין ד' אמות דאי לא שפיר קאמר ליה הא בעית אצטנועי מבני רשות הרבים וכדתנן פרק חזקת פותח פתח וכו' עכ"ל הרשב"א ז"ל ע"ש ואע"ג דבגמרא שם אמרו בני רה"ר ביממא חזי לי בלילה לא חזי לי וא"כ היכא דהגג שפל עד שבני רה"ר רואין אותן יאמר ביממא חזי לי כו' כבר כת' שם בלחם משנה דהיינו נמי דוקא היכא שגבוהין ד"א לא מצי בני רה"ר למיחזי אלא ביום שהאור רב אבל אם נמוך מד' אמות מצי בני רה"ר למיחזי בלילה כמו ביממא ע"ש:

סימן קס

סעיף א

גג הסמוך לחצר. ז"ל הרמב"ם פ"ג משכנים גג הסמוך לחצר חבירו עושה לו מעקה גבוה כו' וכ' הראב"ד ז"ל א"א משאר הגגין פי' שאין ראויין לתשמיש ע"כ והרב המגיד כ' ז"ל בהשגות א"א פי' שאין ראויין לתשמיש ופשוט הוא שזה כוונת המחבר עד כאן לשונו. ובסמ"ע כת' דהאי גג הסמוך לחצר מיירי אפי' בגגין העשוין לדירה ומשום דבעל החצר יותר ניזק ע"ש והוא נגד הרב המגיד שכתב בפשיטות דגם כוונת הרמב"ם בגגין שאין עשוין לדירה ובחידושי הרמב"ן ד"פ השותפין הקשה דאמאי לא פריך ללישנא קמא דס"ל היזק ראיה לא שמי' היזק מהא דאמר אביי שני בתים בשני צידי רה"ר כו' ותירץ כיון דמיירי בגגין העשויין לדירה ה"ל כמו בית ובהזיק' דבית כ"ע מודי דהזיק ראיה שמי' היזק וע"ש ומבואר להדיא דגג העשוי לדירה הוי ביה היזק ראיה יותר ולכן נרא' עיקר דהרמב"ם נמי מיירי בגגין שאין עשוין לדירה:

סעיף ב

שיגיע חלקו למחיצת עשרה. בפ"ק דב"ב דף ו' אמר רב נחמן אמר שמואל גג הסמוך לחצר חבירו עושה לו מעקה ד' אמות אבל בין גג לגג לא ורב נחמן דידיה אמר אינו זקוק לד' אמות אבל זקוק למחיצת עשרה כו' מיתבי אם הי' חצירו למעל' מגגו של חבירו אין נזקקין לו מאי לאו אין נזקקין כלל לא אין נזקקין לד' אמות אבל נזקקין למחיצת עשרה. וכת' הרא"ש וז"ל ואם הגג נמוך מן החצר עשרה טפחים אין בעל החצר מסייע לבעל הגג כלום אבל אם אין הגג נמוך מן החצר עשרה אחר שיבנה בעל הגג עד כנגד קרקעיתו של חצר אז נותן בעל החצר לבעל הגג כמו שהי' צריך לעשות מחיצת עשרה? שלא יהי' נתפס כגנב כגון אם הי' הגג נמוך מן החצר ששה טפחים נמצא שעל שניהם מוטל להוסיף על אותו בנין ד' טפחים שלא יהיו נתפסין זע"ז כגנב הלכך נותן בעל החצר הוצאת שני טפחים לבעל הגג עכ"ל וכ"כ בטור ע"ש. ואיכא למידק כיון דבעל החצר מסייע לבעל הגג למחיצת עשרה א"כ עד עשרה אית ליה שותפות בגוה במקום ובכותל וא"כ היכא יכול להוסיף בעל הגג עד ארבעה אמות לסלק היזק ראיה דידיה דהא הרא"ש ס"ל גבי מחיצת כותל ארבע אמות דאין אחד יכול להוסיף ולהגביה ביותר לפי שממעט באויר חבירו וגם יכול למחות כשרוצה להשתמש בכותלו וכמבואר ברא"ש במתני' בכותל חצר שנפל והובא בטור סי' קנ"ח וא"כ צריך לעשות כותל ד' אמות על מקום שלו ותו ליכא נפקותא בסיוע למחיצת עשרה ואפילו אם ירצה בעל הגג לעשות כל

הכותל על מקומו אלא שבעל החצר יסייע אותו למחיצת עשרה ויתן לו רשות להשתמש בכותל יוכל בעל החצר לו' אי במכר לא בעינא ואי במתנה שונא מתנות יחי' וכמ"ש בנ"י בשם הרא"ה דאפילו בא אחד לכנוס בתוך שלו ולבנות גויל או גזית חבירו מעכב משום דא"ל לא יהי' לי רשות לסמוך ואפילו את"ל יהיבנא לך רשות אי במכר לא בעינא ואי במתנה לא ניחא לי וע"ש וכיון דאצטריך להעמיד כל הכותל על מקומו למאי נ"מ הך סיוע דבעל החצר ועמ"ש בסי' קנ"ז סק"ה: ונרא' לפי מ"ש הרא"ש רפ"ק דב"ב דהא דכייפי אהדדי בגויל וגזית היינו דוקא כשמעמידין על קרקע שניהם דמצי כל חד לו' לא אוותר משלי על המקום ולבנות בנין שאינו של קיימא כמנהג המדינ' אבל אם רוצה א' לכנוס בשלו ולעשות מחיצה בהוצא ודפנא כיון שמסלק היזק ראיה דיו תדע שלא הוזכר חיוב בנין אבנים אלא היכא שחייב הבנין על שניהם כו' אבל במקום שמגיע לזה ולא לזה כמו בגג וחצר שבעל הגג לבד חייב לעשות מעקה לא הוזכר בנין אבנים וסגי בהוצא ודפנא ע"ש. וא"כ עד מחיצת עשרה דצריך בנין שניהם מחוייבים לעשות גויל וגזית דגם למחיצת עשרה צריך גויל וגזית וכן נראה מתשובת הרמב"ם שהשיב לחכמי לוניל דהא דתנן וכן בגינה קאי אגויל וגזית וסגי לה בעשרה ע"ש וא"כ עד מחיצת עשרה יעשו שניהם בשוה במקום ובכותל בגויל וגזית כמנהג המדינה וכשיגיע למעלה מעשרה יעשה בעל הגג לבדו על חלקו בגובה במחיצת עשרה דעל חלקו יכול להוסיף וכמ"ש הרמ"א סי' קנ"ז סעיף ט' ע"ש ועמ"ש בסי' קנ"ז ס"ק י"ג ואכתי צ"ע:

סעיף ג

שאין העליון זקוק לתחתון כלל. והוא דעת הרמב"ם וכ' בסמ"ע ז"ל וכבר כתבתי שכן הוא דעת התוס' והרא"ש דלמחיצת עשרה צריך לסייע והרמב"ם ס"ל דאפילו למחיצת עשרה אין צריך לסייע ע"ש ולא נמצא מזה בתוס' ובתו' רפ"ק דב"ב הקשו אמאי לא מייתי מדתניא דף ו' שני חצירות זו למעלה מזו וכו' ואם היתה חצירו למעלה מגגו של חבירו אינו זקוק לו אלמא שמיה היזק והרמב"ן בחידושיו כתב דהוי דחי לה במחיצת עשרה ומשום נתפס כגנב ולגגו אינו זקוק משום דלא מנחי אינשי בגג מידי שיהיה נתפס כגנב ע"ש ואכתי תיקשי מדרב נחמן דאמר בגגין נמי זקוק למחיצת עשרה וא"כ ע"כ הך דשני חצירות בארבע אמות הוא ולפי דעת הרמב"ם ניחא דשפיר מצינו למימר דשני חצירות זו למעלה מזו למחיצת עשרה ואם היתה חצירו למעלה מגגו אין זקוק אפי' למחיצת עשרה כיון דבין חצר לגג לכ"ע היזק ראיה שמיה היזק וכדאיתא שם בגמ' דא"ל בעל החצר לבעל הגג לדידי קביעי תשמישתי כו' ומשום הכי אם חצירו למעלה מגגו דצריך בעל הגג לסלק היזק בכותל ד' אמות ותו אינו צריך בעל החצר לסייע במחיצת עשרה:

סעיף ד

בונה בעל הגג קרקע החצר. וצריך ביאור מ"ש בשני חצירות זו למעלה מזו דהעליון צריך לסייע לתחתון במקום דקי"ל כרב חסדא שם וכמבואר בטור וש"ע סעיף ג' ומשום דאם אין יסוד אין בנין ומש"ה צריך להקציע מקרקע העליונה שיעור עובי חצי הכותל ובמחיצות עשרה אין העליון צריך ליתן מקום למטה וכמבואר באשר"י ובטור. ונרא' דסבירא ליה להרא"ש והטור דגבי כותל ארבע שהוא משום היזק ראיה דכיון דאין העליון מרויח בגובהו כלום דהא צריך לבנות כותל ארבע למעלה מקרקע העליונ' צריך נמי לסייע מלמטה ובונה ומפסיד בשפלות קרקעו של התחתון אבל במחיצת עשרה דמרויח העליון בגובהו דסגי ליה להשלים לגובהו עד עשרה טפחים דה"ל כאלו כבר בנה עד גובהו ומש"ה צריך התחתון ליתן מקום שלו עד גובה קרקע העליונ'. אמנם מדברי הרמב"ן נרא' דס"ל דגם במחיצת עשרה מסייע מלמטה ע"ש שכ' רפ"ק ליישב דלא תיקשי הא דלא מייתי ראיה דהיזק ראיה שמיה היזק מהאי דשני חצירות זו למעל' מזו ותי' משום דהוי מוקי לה למחיצת עשרה ע"ש הובא בסק"ג וכיון דתני שם אלא מסייע מלמטה ובונה א"כ מוכח דגם למחיצת עשרה מסייע מלמטה:

סעיף ה

ואם החצר גבוה הרב'. עיין סמ"ע שכת' דגם לדעת הר"י אברצלוני דוקא שגבוה ד' אמות אבל אם אין החצר גבוה ד' אמות דאז כיון דעכ"פ על התחתון מוטל לבנות מלמטה למעלה והעליון מסייע מלמטה מש"ה מודה דצריך התחתון ג"כ לסייע לעליון לבנות מלמעלה וע"ש. ונרא' דאין לחלק בכך וכן מבואר מדברי הרמב"ן וז"ל ושתי חצירות זו למעל' מזו פי' בין שגבוהות זו מזו אמה ושתים ושלש עד ארבע הדין שוה כו' ורב חסדא סבר עליון מסייע מלמטה ועולה שא"א לו לבנות כותלו בלא יסוד לפיכך צריך לסייע בסודו מלמט' ואין התחתון מפסיד בשפלותו כלום לפיכך אם גבוה שלש אמות בונין מלמט' בשוה עד אמה למעל' נמצא שבנ' התחתון שתי אמות כדינו והעליון עד שנסתלק שלא יזיקנו כדינו לפיכך אם הית' זו למעלה ארבע אמות לדברי הכל אין התחתון זקוק לו וע"ש ומבואר דאפילו אין גובהו אלא שתי אמות נמי התחתון אינו מסייע אלא עד ארבע אמותיו מקרקיעתו והעליון מסייע מלמט' והשאר בונה העליון לבדו. וכ"כ בטור בשם הר"י אברצלוני שאם התחתון נמוך מהעליון ד"א אינו צריך כלום אלא העליון עושה כל הד"א ואם אינו נמוך ממנו ד' מה שהם מן הד' יעשוהו בין שניהם ועליו ישלים העליון לבדו ד"א מקרקעות חצירו ולמעלה וע"ש:

סימן קסב

סעיף א

הי' לו פתח סתום. כתב מוהרש"ך ח"ב סי' קצ"ה וז"ל ויראה דאין לחלק מפתח הפתוח למבוי ונסתם לפתח הפתוח בחצר לחצר ונסתם ואפי' אם ירצה איזה מתעקש לחלק בין פתח הפתוח למבוי לפתח הפתוח לחצר חבירו יען כי המבוי הי' דבר בשותפות ולכן דין הוא שלא יפסיד זכות חזקתו שהי' לו במבוי אמנם פתח הפתוח לחצר חבירו יראה דאיכא לפלוגי דבמבוי אמרינן דאע"פ שסתם הפתח לגמרי אפ"ה כיון שלא סילק מזוזתו ומשקוף מפתחו סגי שלא להפסיד חזקתו אמנם בפתח הפתוח לחצר חבירו להשתמש משם אם סתם הפתח בבנין אע"פ שלא פרץ את פצימיו הפסיד את חזקתו ולא סגי עזיבת הפצימין כיון שסתם הפתח מכל מקום יראה דבגווני דנ"ד שלא נסתם כלל ועיקר דרך הפתח ההוא בבנין סתום ונשארה הפתח ההוא על מתכונתה כאשר בתחלה רק שהיתה נעולה כל אנפין שוין שלא הפסיד חזקתו עכ"ל וע"ש. ונרא' מדבריו דבמבוי יש לו חלק וזכות יותר ומשום דהוא דבר בשותפות משא"כ בחצר דאינו אלא להשתמש ומש"ה סגי לה בסתימה אפי' לא פרץ את פצימיו המעיין בנ"י יראה להדיא דגם במבוי אין לו חלק ונחלה בגוף המבוי ואדרבה קיל ליה מבוי מחצר ע"ש ז"ל בית סתום שאפי' שהי' סתום קודם שחלק להם האב את הבתים כל היכא שלא פרץ את פצימיו אע"פ שפרצם הבן לאחר מיתתו לא איבד זכותו שזכה כבר בארבע אמות בכל פתח וכמו שלא מחל את החצר כן לא מחל אותן ד' אמות ולענין מבוי דוקא הוא דאמרינן אם פרץ את פצימיו בעל הפתח איבד זכותו ולא בארבע אמות בלבד אלא אף בכל שיתופי המבוי והטעם דלאו רשות גמורה היא לפי שהוא מדרס אף לבני רה"ר אבל כל שלא פרץ את פצימיו לא נסתלק זכותו ממנו דכפתוח הוא חשוב עכ"ל והרי מבואר דבמבוי נמי אין לו חלק בגוף המבוי דלאו רשות גמורה הוא ואדרבה בחצר יש לו זכות טפי בגוף הארבע אמות אם האב חילקן ואם קנו בשותפות גם בחצר אין לו קנין בגוף ואין לו אלא להשתמש בארבע שלפני הפתח ולדעת הרא"ש בפ"ק דב"ב אפי' בחצר שיש לו קנין בגוף ד' אמות ואפי' קנו בשותפות מ"מ כל שפרץ את פצימיו אמרינן דהפקיר זכותו ע"ש אבל כל זמן שלא פרץ את פצימיו בחצר נמי לא הפסיד חזקתו דה"ל כפתוח ולא גרע ממבוי דמבוי נמי אינה אלא להשתמש:

סימן קסג

סעיף א

ונתייאשו מן החוב. במוהרי"ק שורש ג' העלה דכיון דכבר נתייאשו מן החוב הרי הוא כזוכה מן הפקר ואין צריכין לשלם חלק לאותן שהיו עשירים בזמן הלואה וע"ש שדנו בתורת ק"ו מאבידה דקונה ביאוש: וראיתי בהגהת הט"ז בשם הגאון חכם צבי האריך לסתור דברי מוהרי"ק מכל צד וכת' דקל וחומר פריכא היא דהא באבידה גופה אמרינן פ' אלו מציאות נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה לאחר יאוש נתכווין לגוזלה עובד משום השב תשיב אלמא אע"ג דבהיתרא אתי לידיה ואח"כ נתייאש מיניה אפ"ה מחויב להחזירה שהרי מצות השבה חלה עליו משעה שגזלה עד שישיבנה וא"כ ה"ה בפריעת בע"ח מצוה כמו סוכה ולולב משעת הלואה עד שעת הפרעון וכו' וא"כ כיון שמוטל על האדון לפרוע אף אחר יאוש ונשתעבדו נכסים א"כ מה שפרעה הדוכסית אחר מות בעלה דינא הוא ואינה זכיה מן הפקר כו'. וע"ק דהא בזכיה גמורה ביאוש ושינוי רשות אמרינן בגמרא אם בא להחזיר מחזיר לבעלים הראשונים הגע עצמך הרי שהחזיר ליד אחד שיחזירו לבעלים הראשונים האמור נאמר שיזכה בו הלה זה ודאי לא עלה על הדעת ומה לי כותי או ישראל בענין זה ובמה יזכו הקהל בממון היחידים תיכף כשפרע' הדוכסית זכו הקהל לצורך היחידים וה"ל הקהל כשלוחי היחידים דישראל נעשה שליח לישראל חבירו לקבל מעותיו מן הכותי וזה פשוט והדר ה"ל אף לפי דבריו כישראל שרוצה להתחסד ולהחזיר אחר יאוש שינוי רשות והחזירו ע"י שליח ואמר לו זכה בו לפלוני דזכה כו' באופן דהנך מילי דמוהרי"ק ז"ל מרפסן איגרי וכו' וסוף דבריו ז"ל ואם כי צעיר אנכי לימים כו' נ"ל שאין לעשות מעשה כדברי מוהרי"ק הללו וגם הרב רמ"א אחר בקשת המחיל' מעצמותיי הקדושים לא כוון יפה בהביאו דברי מוהרי"ק להלכ' ומהתימא על האחרונים שלא הרגישו בזה ובודאי מקום הניחו לי מן השמים עד כאן לשונו:

ולענ"ד מצאתי ת"ל כי דברי מוהרי"ק צודקים מכל צד וכאשר נבאר. ומה שדן מוהרי"ק בק"ו יפה דן ומ"ש הגאון הנזכר דק"ו פריכא הוא נראה דלאו תשו' היא והוא דבפ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ט) אמר רבא ראה סלע שנפלה כו' ואע"ג דאהדרי' בתר יאוש מתנה בעלמא הוא דקא יהיב ליה. והקשו בזה הראשונים דאמאי הוי מתנה דהא קי"ל דיאוש לחודי' לא קנה כל דאתי לידיה באיסורא דהיינו קודם יאוש. ועיין בתוס' שם וכמ"ש באה"ע שם. והרמב"ן במלחמות כת' עלה ז"ל והכי הוא סבר' דגאון ז"ל דגזילה ואבידה היא זו ונקנה ביאוש היכא שלא נטלה וגזילה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא

לעולם ואת"ל נקנית דמים מיהא משלם וזה כיון שנטלה ע"מ לגוזלה ולא להושיבה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה ולא על מנת לגוזלה קודם יאוש א"א לקנותו ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל ושלו ברשות הבעלים אבל בזה שעל מנת לגוזלה נטלה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה אשר גזל שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה הלכך אע"פ שהחזירו עובר בכולן וזה הפי' ברור ונכון עכ"ל ועש"ך סי' רנ"ט שכת' על דברי הרמב"ן דכן עיקר. ומבואר מדברי הגאון דהא דאבידה דאינה נקנית ביאוש היכא דנטלה ע"מ להשיבה אינו אלא משום דכיון שנטלה להשיבה הרי נעשה שומר שכר של הבעלים ידו כידו וכמונח ת"י בעלים דמי אבל נטלה ע"מ לגוזלה דתו לא הוי ידו כיד בעלים נקנית לו ביאוש ואף ע"ג דמטי לידיה קודם יאוש ונתחייב בהשב' מ"מ לא מקרי באיסורא אתי לידיה ומשום דדוקא גזילה וגניבה הוא דהוי באיסורא אתי לידיה אבל אבידה אתי לידיה בהיתרא אלא דבהשבה הוא דנתחייב וכיון דלא הוי באיסורא כי מטי לידיה שפיר נקנה ביאוש הכין הוא שטת הגאון. ולפ"ז גבי חוב פשיטא דנקנה ביאוש דהא בשעת הלואה לאו באיסורא אתי לידיה דהא מדעת המלוה אלא שנתחייב בהשבה ומשום חיוב שנתחייב בהשבה נקנית לו ביאוש דק"ו מאבידה שנטלה ע"מ לגוזלה והוא לפני יאוש דהוא חייב בהשבה ואפ"ה לאחר יאוש קני לה כיון דלאו באיסורא מטי לידיה דכי מטי לידיה בהיתרא הוי אלא שהי' ראוי לו ליטלה ע"מ להשיבה וכיון דאבידה כה"ג נקנית ביאוש מכ"ש חוב דהא בחוב אע"ג דהלוה ע"מ לפרוע לא שייך בזה ידו כיד בעלים וכמונח ת"י בעלים כיון דהלואה ליתיה בעינא ודבר שאינו ברשותו ומה"ט אינו יכול להקדישו ולא שייך ביה ידו כיד בעלים א"כ ודאי נקנית ביאוש והא דאבידה שנטלה ע"מ להשיבה אינה נקנית ביאוש אינו אלא משום דידו כיד בעלים ושומר שלהם הוא משא"כ גבי חוב דלא שייך ה"ט א"כ ממילא נקנית ביאוש וא"כ שפיר אית לן למילף ק"ו לחוב דנקנית ביאוש מאבידה שנטלה ע"מ לגוזלה דמקרי קצת באיסורא אתי לידי' במה שהי' בדעתו לגוזלה ואפ"ה נקנית ביאוש ומשום דמטי לידיה בהיתרא דנטלה בהיתר אלא שדעתו אינה יפה ודוקא גזילה מטי לידי' באיסורא הוי ומכ"ש חוב דכי מטי לידיה בהיתרא ממש ואי משום שנתחייב בהשבה קל וחומר מאבידה ע"מ לגוזלה דנמי נתחייב בהשבה וזה לא מקרי באיסורא אתי לידי' אלא משום דשומר שכר הוא והוי ידו כיד בעלים משא"כ בחוב א"כ מכ"ש דנקנית ביאוש לגמרי וזה נכון היטב וברור וע"ש בדברי חכם צבי במה שהאריך להשיג על מוהרי"ק ולפמ"ש נדחה כל השגותיו ע"ש:

וכן נראה מוכח דחוב נקנה ביאוש מהאי דס"פ כל הגט תנו רבנן המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהן מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין כו' נתייאשו הבעלים אין מפרישין עליהם לפי שאין מפרישין על האבוד ע"ש פרש"י ז"ל נתייאשו הבעלים כגון שהלוהו כדי שיעור תרומתו שנה זו על מנת לקבלם בשנה זו וראה שנשתדפו שדותיו ונתייאש מן ההלוא' ואמר ווי לחסרון כיס ואח"כ חזרו ונתקנו שדותיו אין מפריש עליהם דיאוש דבר האבוד הוא ע"ש ובגמ' שם פריך עלה נתייאשו פשיטא ומשני לא דאקנו מהו דתימא אקנתא מלתא הוא קמ"ל וע"ש והרי מבואר דיאוש בחוב מהני. שוב ראיתי בחידושי פני יושיע ס"פ כל הגט שם וז"ל נתייאשו הבעלים תמיהא לי מלתא מאי מהני ווי לחסרון כיס הא לא מהני שום יאוש בחוב וכמ"ש הטור בסי' צ"ח ע"ש שהניח בצ"ע. והמעיין בטור יראה שלא הזכיר שם כלל מדין יאוש שלא כת' אלא אפי' שהה כמה שנים ולא תבעו והב"י הוא שכ' שם בסי' הנז' בשם מוהרי"ק שורש ג' דאפי' שמענו דנתייאש וכ"כ בש"ע סי' הנז' והרי מוהרי"ק גופי' סובר דמהני יאוש בחוב אלא שמחלק בין יאוש ליאוש דהיכא דהוא מתיירא מפני שהלוה עני או אלם זה לא הוי יאוש דכל אשראי ספק אתי ולפעמים דהמלו' סובר שהוא עני ואין כן אבל היכא דמתייאש בחוב בדבר שסתמו עומד ליאוש גם בחוב מהני יאוש ע"ש ובסי' צ"ה כ' בש"ע ביאוש משום שהוא עני או אלם וגם כתבו הרמ"א ביאוש גמור ומדברי מוהרי"ק הוא וגבי נשתדפו שדותיו דסתמו עומד ליאוש א"כ אפי' בחוב מהני יאוש ומן התימא על פני יושיע שכת' בפשיטות דיאוש לא מהני בחוב והוא מהך דסי' צ"ח ושם אינו בטור אלא מדברי מוהרי"ק וכמ"ש ומוהרי"ק סובר דיאוש הראוי גם בחוב מהני. ומה שכ' הגאון ח"צ להשיג משום דישראל נעשה שליח לישראל חבירו לקבל מעותיו מן הכותי זה פשוט וכו' הרי שהחזיר ליד אחד שיחזיר לבעלים הראשונים האמור נאמר שיזכה בה הלה זה ודאי לא עלה על הדעת ומה לי כותי ומה לי ישראל בענין זה ע"ש:

נפלאתי במ"ש עלה זה פשוט כו' האמור נאמר כו' ודאי אמרינן הכין וכן מבואר להדיא בתוס' פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"א) ד"ה בשלמא סיפא לחומרא וז"ל ותימ' אמאי לא הוי ריבית גמור כשהעמידו אצל ישראל אפי' מקבל הנכרי ריבית שהרי נעשה הישראל שני שלוחו של ראשון לקבל חובו מיד הנכרי וי"ל דאפי' שיוכל לזכות לחבירו במציא' הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו דנהי אם הי' הנכרי מפקיר מעותיו הי' יכול לזכות לחבירו השתא מיהת שהנכרי אינו מפקיר אלא בא לזכות מעותיו למלוה ע"י זה הלו' אין לו כח לזכות שא"כ הי' הישראל המקבל שלוחו של נכרי לזכות במעותיו של ישראל ואין שליחות לנכרי וה"ל להיות מותר אפי' העמידו אצל ישראל

אי לאו דלחומרא אמרינן יש שליחות לנכרי עכ"ל. והרי מבואר להדיא דאין ישראל זוכה לישראל חבירו בקבלתו מן הנכרי ואם נכרי אמר זכה במעותי לישראל חבירך ה"ל שליחות לנכרי ואין לו שליחותי וא"כ ה"נ כיון דיאוש קונה בחוב וה"ל מעותיו של נכרי לא מצו ישראל לזכות לצורך ישראל חבירו וגם זה ברור:

אמנם קשה לי בדברי תוס' דנהי דבמעותיו של נכרי ליכא תורת זכות לישראל חבירו אבל היכא דחייב לישראל כיון דאפילו תופס לבע"ח היכא דלא חב לאחרים מהני וזוכה לו שלא מדעת הלו' וא"כ ה"נ למה לי דעת הנכרי בזה כיון דחייב הוא לו ועמ"ש בסי' ע"ב ס"ק כ"ב דגבי מעות דאין צריך שומא דמצי למיעבד דינא לנפשי' ולא אמרינן בי' מאן שם לך ע"ש וא"כ היכי קרי לי' שליחותי' כיון דאפי' תופס שלא מדעתו מהני וצ"ע. ואפשר דס"ל לתוס' כדעת רב אלפס הובא ברא"ש ספ"ק דגיטין ובטור סי' ק"ה דאפילו במקום דליכא פסידא לאחריני נמי אינו יכול לתפוס שלא מדעת הלו' אלא היכא דאיכא פסידא דמלוה כגון דמפסיד נכסי או שהעני הלו' אבל באמיד לפרוע לא ע"ש וא"כ צריך דעת הלוה וה"ל שליחותי' לזכות במעותיו מיהו בנ"ד דאין הנכרי חייב כיון דקנה ביאוש ודאי בעינן דעתו שיזכה לישראל חבירו ואין לו שליחות ולא זכה הישראל כה"ג: והנה ראיתי בשו"ת נודע ביהודא חלק ח"מ סי' ל' שכת' וז"ל ודברים בטלים הם שאין זכות לישראל לצורך א"י או שא"י יזכה לצורך ישראל אבל שישראל יזכה לצורך ישראל מן הכותי ודאי יש שליחות ומה שהביא ממעמד שלשתן ראיה משם מבואר טעותו דשם פליגי הפוסקים אם הנפקד או הלוה א"י שהוא הזוכה בשביל ישראל אבל אם הנותן אינו ישראל והמקבל והנפקד ישראל כ"ע מודו דקנה ישראל כמבואר שם בש"ע בסי' קכ"ו עכ"ל: וכמה הרחיק הגאון הנז' את הדבר עד שחשבו לדברים בטלים והלא הוא הדבר מבואר כן בתוס' שזכרנו. וגם מ"ש ומה שהביא ממע"ש משם מבואר טעותו וכו'. ואדרבה ראיה גמורה היא וז"ל תוס' פ"ק דגיטין דף י"ג ד"ה במעמ"ש קנה וז"ל אומר ר"ת דלא תיקנו מעמד שלשתן בנכרי אם הנפקד או הלוה נכרי ואמר ליה ישראל תנהו לישראל אחר לא קנה כיון דאפי' אמר לו זכו לא קנה כיון דאין זכיה לכותי ה"ה במעמ"ש לא קנה ואם המקבל נכרי ואמר ישראל לישראל תנהו לפלוני נכרי כו' אבל אם חוזר בו לא יתן אפי' אומר לו במעמ"ש כו' ואם הנותן נכרי נרא' דקנה דאם ממונו של ישראל הפקיעו ע"י מעמ"ש דהוי הלכתא בלא טעמא כו' ועוד דבדיניהון דיינין ליה כו' כדאמרי' פ' הגוזל עכ"ל וכ"כ שם באשר"י ע"ש ואי נימא דכל שזכה ישראל לישראל מהני אפי' במעותיו של נכרי א"כ למה להו הך טעמא דהפקיעו תיפוק ליה דמעמ"ש הוא מתורת זכיה הלוה או הנפקד למקבל והרי הוא בכלל זכיה ישראל לישראל אע"כ כיון שהוא

מעותיו של נכרי לא מהני זכיה ישראל לישראל ומש"ה צריכין לטעמא דפקיעו או משום דכך דיניהם וז"ב וכן נרא' להדיא מדברי המרדכי שם פ"ק דגיטין וז"ל ואם הנותן כותי והנפקד והמקבל ישראל זכה המקבל ואפי' אם זכיה מטעם שליחות אתרבי ואין שליחות לכותי מ"מ נימא ק"ו דהשתא ממונו של ישראל הפקיעו כהלכתא בלא טעמא כו' שהרי דישראל לישראל לא זכה בממון כותי. וע' ר"פ איזהו נשך שם לאו בגזל למה לי כו' תיתי מריבית ואונאה כו' ומסיק דקאי לכובש שכר שכיר ולעבור עליו בשני לאוין. והקשו בתוש' ולוקמה בגזל ולעבור עליו בשני לאוין וי"ל משום דלא לקי אלאו דגזל משום דניתק לעשה אבל כי מוקמינן אכובש שכר שכיר באם אינו ענין לקי שפיר עכ"ל. ורבים נתקשו בזה דהא כובש שכר שכיר נמי ניתק לעשה וכדכתיב או את העושק אשר עשק. ולפי מה שביארנו דיאוש בחוב מהני א"כ בכובש שכר שכיר שפיר משכחת מלקות ולאחר יאוש דכי אהדרי מתנה בעלמא הוא דהדר וכדאמרינן גבי אבידה שנטלה ע"מ לגוזלה דכיון דקי"ל כמ"ד קיימו ולא קיימו דאפי' לא נתקיים ע"י אונס נמי לקי וכמ"ש בסי' צ"ז סק"ד ע"ש. אבל בגזל דהוא באיסורא אתי לידיה ויאוש אינו קונה ואפי' למ"ד יאוש לחודיה אבל דמים מיהת משלם ומשום דבאיסורא אתי לידיה וכמ"ש תו' במרובה דף ס"ו ע"ש וא"כ לעולם ליכא דין מלקות בגזל אבל בעושק דכיון דחוב מקרי בהיתרא אתי לידיה וכמ"ש וא"כ שפיר משכחת לה במלקות. ועמ"ש בסי' שס"א סק"ב:

סימן קסד

סעיף א

והוא אינו רוצה בפ' בתרא דב"מ הבית והעליה של שנים שנפלו אמר בעל העליה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה הרי בעל העליה בונה את הבית ויושב בתוכו עד שיתן לו יציאותיו ר' יהודה אומר אף זה דר בתוך ביתו של חבירו צריך להעלות לו שכר אלא בעל העליה בונה את הבית כו' ויושב בתוכו עד שיתן לו יציאותיו. וכתב הנ"י וז"ל וא"ת למה צריך הוא לבנות את הבית יכפוהו לבעה"ב לבנות כבר הקשו בירושלמי ותירצו דהבמ"ע כשאינו כלומר שהלך למה"ד וכו' וכן דעת הרמב"ן ז"ל אבל הרשב"א כתב דבירושלמי ס"ל כרב אחא שר הבירה דאית ליה אין נפרעין מן האדם שלא בפניו אבל אנן דקי"ל נפרעין כו' אי איתיה דבישנו כופין אפי' בשאינו נמי כופין אלא דסבר גמרא דידן שאין כופין אותו כלל שאין לזה שעבוד אלא על הבית אבל לא נשתעבדו נכסיו שנכוף אותו לבנות בע"כ וכן דעת הרא"ה ז"ל עכ"ל ועי' ב"י שכתב שדעת הרמב"ם והטור כדעת הרמב"ן דכופין אותו ומשום דנשתעבדו נכסיו:

סעיף ב

ויושב ודר בתוכו בפ"ב דב"ק דף כ' בהא דפליגי בזה נהנה וזה לא חסר כו' ת"ש ר' יהודה אומר אף זה דר וכו' צריך להעלות לו שכר ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב. וע' בריב"ש סי' שע"ד שהקשה להרב ר' שלמה הצרפתי דהיכי מוכח דזה נהנה וזה לא חסר חייב דלמא טעמא דר"י כדי שלא יראה ברבית מפני המעות שהוציא לו בבנין הבית וכדאמרינן בפ' א"נ אפי' למ"ד הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אינו צריך להעלות שכר הלוהו ודר בחצירו צריך להעלות שכר. ובסימן שע"ה שם בתשובה הנזכר ז"ל מה שהשבת על מה שהקשיתי בהאי דר' יהודה כו' וכתבת דלא דמי להלוהו ודר בחצירו דהתם הלוהו מעות בעין ועשה לו טובת הנאה וכשדר לביתו בחנם מיחזי כריבית אבל בשמעתין שבעל העליה בונה את הבית בע"כ לא מיחזי כריבית שאין נראה שבעה"ב סובל זה בשביל המלוה שבע"כ הוא איברא ודאי כך הוא אבל צריך להרחיב בו הביאור מנא ליה לפושט שיהי' כך שהרי אפשר שבכל ענין יהיה רבית וכל מקשה או פושט צריך להכריע סברתו כו' אלא מאי דמוכח דלאו משום רבית קאמר רבי יהודה הוא מה דקאמר בתר הכי אלא בעה"ב בונה את הבית והעליה ויושב בבית עד שיתן לו יציאותיו ואז הוי זה נהנה וזה אינו חסר לפום מה דס"ד השתא דלית ליה שחרוריתא דאשייתא ואי ר' יהודה משום ריבית קאמד דהוה כמו הלוהו בכל ענין אסור אפי' בגברא דלא עביד למיגר וביתא דלא קיימא לאגרא כדאיתא פרק א"נ אלא ודאי לא דמי זה להלוהו מן הטעם שכתבתי עכ"ל הריב"ש: והנה מ"ש להוכיח מדקאמר ר' יהוד' בעל העליה כו' אין זה הוכחה לפמ"ש תו' בפרק הבית והעליה דמאי דא"ר יהודה בעל העליה בונה את הבית כו' דהיינו שיושב בעליה ולא בבית ע"ש ואינו לפי פרש"י שם אלא דבעיקר דבריהם של הריב"ש והר"ש הצרפתי קשיא דהא ?כתב רש"י להדיא טעמא דר' יהודה משום רבית ע"ש פ' הנזכר ז"ל ר"י אומר אף זה צריך להעלות לו שכר משום דס"ל זה נהנה וזה לא חסר חייב ואי לא מיחזי כרבית עכ"ל הרי דבזה נמי אית ביה משום ריבית ובתו' שם הקשו עלה וז"ל ואינו נראה לר"י דמה ריבית שייך הכא דלא הלוהו כלום שהרי אם הבית נשרף לא היה נותן לו יציאותיו וגם אין אנו צריכין לטעמא דרבית שהרי טעמו משום דזה נהנה וזה לא חסר חייב כדמפ' בגמ' עכ"ל והרי גם בתו' לא השיבו על רש"י בטעמא דריבית אלא משום דלא הלוהו כלל כיון דאם נשרף אינו נותן יציאותיו אבל משום דנעשה הלואה בע"כ לא הקשו ונראה ליישב דבריהם דרש"י כ' טעמא דרבית עלה דזה נהנה וזה לא חסר חייב וכמ"ש רש"י דס"ל זה נהנה וזה לא חסר חייב ואי לא מיחזי כריבי' וכיון דס"ל דחייב בזה נהנה כו' ודאי אם אינו נותן שכרו ה"ל ריבית אע"ג דהלואה היתה בע"כ

אלא דאי נימא ז"ג וזה ל"ח מדינא פטור אלא משום טעמא דריבית אפי' היכא דפטור מדינא כדאיתא פ' א"נ בזה שפיר דבריהם כיון דפטור מדינא ואין בו משום ריבית אלא משום דמיחזי דאינו סובל בשביל שהוא פטור מדינא כיון דהוא חצר דלא קיימא לאגרא אלא אמרי' שהוא דרך מתנה עבור טובת הלואה וכיון דאינו הלואה מדעתו אלא בע"כ לא שייך בזה לומר דנותן דרך מתנה עבור טובת הלואה חנם אבל היכא שהוא חייב ממש ודאי כל שמוחל לו חובו משכירות הרי הוא ריבית ואפילו בהלואה בע"כ נמי אית ביה תורת ריבית אך לשון רש"י שכתב ואי לא מיחזי כריבית לא ידענא דכיון דכתב דס"ל לר' יהודה זה נהנה וזה לא חסר חייב ממילא צריך להעלות שכר ולמה הוסיף ואי לא מיחזי כריבית הא בע"כ צריך להעלות שכר אפי' אי לאו טעמא דריבית ואפשר דאי לאו משום ריבית היה ראוי לעשות תקנ' לטובת בעל העליה לפוטרו משכרו כדי לכוף בעה"ב לבנות ולזה כתב רש"י ואי לא מיחזי כריבית ועדיין צ"ע ולפמ"ש תוס' דאין בזה משום ריבית כלל כיון דאם נשרף הבית לא היה נותן יציאותיו א"כ סרה קושיות הריב"ש ואינו אלא לפרש"י ובזה שפיר מתרץ דהוכיח הפושט דכה"ג שפטור מדינא לית ביה משום ריבית מדאמר ר"י אלא בעה"ב בונה את הבית וכמ"ש הריב"ש ע"כ דאין בו משום ריבית ולפירש תוספות שכתבנו דליכא הוכחה ממילא לא קשה כלל כיון דס"ל לתוספות דלא שייך ביה תורת ריבית כלל כיון שאם נשרף אינו נותן יציאותיו. והנה מה שהקשו תוספות שהרי אם הבית נשרף לא היה נותן יציאותיו צריך ביאור דנראה מדבריהם דאין כאן הלואה כלל כיון דאם נשרף אינו פורע את הוצאה וא"כ מהשתא דקני לה בתר שנותן את יציאותיו. ואיכא למידק בהא דאמרו פ' כיצד הרגל ת"ש דאמר ר"י כו' ומשני משום שחרוריתא דאשי?יתא וכתבו שם תוס' כיון דחסר מעט מגלגלין עליו את הכל וכ"כ שם האשר"י. ואי נימא דהשתא בתר דנותן את היציאה הוא דקני לה אמאי מגלגלין עליו את הכל הא בעל העלי' בדידיה הוא דמחסר והקרקע הא לא חיסר כלום אע"כ דכל שנתן את היציאה למפרע הוא דקני לה ומשום דקני ליה חצירו וכיוצא בזה כ' בנ"י רפ"ק דב"ב גבי סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל ז"ל וא"ת ובמה קנאו דמחייבין אותו וי"ל דכיון שעומד על חצירו קנתה לו חצירו ואע"פ שלא אמר תקנה לך חצירך ברור לן שעל דעת כן בנאו שיהיה שלו כל זמן שירצה וע"ש. וה"נ קנתה לו חצירו למפרע ומש"ה חייב להעלות לו שכר כיון דנהנה בכותלי הבית של חבירו וחסר לי' קצת משום שחרוריתא דאשייתא אבל אי נימא דהשתא קני לה ודאי אינו משלם אלא פחת שחרוריתא וכיון דקני למפרע א"כ ממילא הוי ריבית והא דאינו משלם אם נשרף היינו משום דחצירו אינו קונה לו בע"כ אלא דבנאו אדעתא דהכ' שאם ירצה ויתן לו יציאותיו

יזכה לו חצירו למפרע וא"כ ממילא הוי מלוה וריבית. ואפשר דכיון דאם רוצה בעה"ב אינו נותן לו יציאותיו לפי דעת הרשב"א הובא בסק"א שאין לו שעבוד אלא על הבית וכן אם נשרף אינו נותן לו יציאה א"כ ה"ל צד א' בריבית ושרי לר"י כדאיתא פ' א"נ דף ס"ג במי שהיה נושה בחבירו ועשה לו שדהו מכר ע"ש. וא"כ קושיות תוס' שפיר כיון דאם נשרף ליכא תורת מלוה ה"ל צד אחד בריבית ועיין שם בתוס' פ' א"נ ד"ה צד א' בריבית ובד"ה ריבית ע"מ להחזיר ואכתי צ"ע: אמנם דברי רש"י נראה נכונים לפי דעת הרמב"ם והרמב"ן והטור דנכסיו נשתעבדו שמחוייב לבנות הבית אלא דמשנתינו מיירי שאינו כאן או שאין בעל העליה רוצה לכופו וכמ"ש הרב המגיד פ"ד משכנים ועמ"ש בסק"א וא"כ החוב תיכף וזה שמרחיב זמן ובונה משלו זה הוה מלוה והוי ריבית ואפשר דאפי' נשרף הבית נמי מחוייב לשלם כיון דמחויב לבנותו ובעל העליה בונה משלו שליחותיה דבעה"ב קא עביד אלא דאינו נראה בזה לומר שליחותי' דכ"ז שאינו כופהו ובונה משלו ונשרף אינו צריך לשלם בעד הבית הנשרף אבל חוב מיהא הוי עליה כיון דנשתעבדו נכסיו לבנות וזה שבנאו משלו ומרחיב זמן ה"ל ריבית גמור וכמ"ש ובעיקר דברי רש"י ותוס' שפיר משום דזה לא נהנה וזה לא חסר חייב קשיא לן כיון דמסקנת הש"ס דפטור כה"ג וטעמא דר"י מפרש לה בש"ס משום שחרוריתא דאשייתא:

סימן קעא

סעיף א

מכור לי חלקך בכך וכך. בפ"ק דב"ב דף י"ג פריך למ"ד אית דינא דגוד או אגוד מהא דתנן מי שחציו עבד וחציו בן חורין כופין את רבו לשחררו וכותב לו שטר על דמיו מפני תיקון העולם אלמא לית דינא דגיד או אגוד ומשני התם איגוד איכא גוד ליכא ופרש"י שאין דמים לבן חורין דאין ע"ע נמכר אלא לשש וראוי לספק לפי משנה ראשונה דעובד את רבו יום א' ועצמו יום א' הך עבדות שעובד רבו יום א' אם היא קנין הגוף ממש כמו בעבד כנעני או אינו אלא שעבוד הגוף וכן מצינו בשותפין בבית שאין בו דין חלוקה דכל חד וחד שמשתמש בשעתו אית ליה קנין הגוף וכמ"ש הר"ן בנדרים ר"פ השותפין אם נדרו זה מזה דסברי חכמים דאסור ור"א בן יעקב מתיר וטעמא דחכמים דסברי אי דהאי לאו דהאי ואין לו לשותף אלא קנין הגוף במחצית והא דמשתמש בשעתו בכולה היינו משום דאית ליה לכל שותף שעבוד בחלק חבירו וקונם מפקיע מידי שעבוד ואסור וראב"י דמתיר משום דס"ל ברירה ולכל חד וחד קנין הגוף בשעה שמשתמש דה"ל כאומר

ואחריך לפ' וכן לעולם ע"ש. וא"כ ה"נ ביום רבו אית ליה קנין הגוף ממש ואחריו לעצמו וכן לעולם:

אמנם לאחר העיון נרא' דהכא גבי עבד שחציו ב"ח לית לן למימר הכין דבפ' השולח (גיטין דף מ"ג) אמרינן נגחו שור ביום של רבו לרבו כו' ופריך עלה אלא מעתה ביום של רבו לישא שפחה וביום עצמו בת חורין באיסורא לא קמיירי ופרש"י שאין האיסור נתחלק לחצאין אלא בממון וע"ש וכיון דלעולם הוא חציו עבד וחציו בן חורין ואפילו ביום רבו הרי הוא חצי ב"ח ואסור בשפחה ובישראל ליכא קנין הגוף אלא בעבד עברי הנמכר בתורת עבד עברי אבל כל זמן שאינו נמכר בתורת עבד עברי לית ביה קנין הגוף ובע"כ אינו אלא שעבוד למעשה ידיו. וכ"ת היא גופה קשיא כיון דבשאר שותפין אמרי' ברירה א"כ גבי איסורא נמי נימא ברירה כיון דה"ל כאומר נכסי לך ואחריך לעצמי וכן בכל יום וכדאמרי' בשאר שותפין דמה"ט אית ליה קנין הגוף לכל שותף בשעה שמשתמש בכולה וא"כ מה"ט נמי ישא שפחה ביום רבו וביום עצמו בת חורין כיון דגבי שותפין אמרי' ברירה שם אפי' לגבי איסור שם בקונם. ליתיה דגבי עבד לא מצינו למימר הכין דאי נימא ביום רבו הוי כולו עבד וביום עצמו כולו בן חורין א"כ הוי משוחרר וחוזר ומשתעבד וכבר אמרו בירושלמי דלא מצינו עבד משוחרר וחוזר ומשתעבד והובא בתוס' פרק השולח (גיטין דף מ') ד"ה הקדש חמץ ושחרור ע"ש שכתבו שחרור נמי דהוי כמו קדושת הגוף כיון דחייל שעה אחת תו לא פקע ע"ש וא"כ צריך לומר בעבד שחציו ב"ח לעולם אינו אלא חצי עבד וחצי ב"ח ואפי' ביום רבו אסור בשפחה וביום עצמו נמי אסור בבת חורין משום צד עבדות שבו וצד חירות נמי בו לעולם וא"כ הא דמשתמש הרב עם צד ב"ח ע"כ אינו אלא משום שעבוד כמו בשאר שותפין לחכמים דראב"י בנדרים:

אלא דגם בשותפין שנדרו תיקשי לפ"ז היכי אמרי' ברירה ומותר ליכנס ומשום ברירה דאית לי' לכל חד וחד קנין הגוף וכאומר נכסי לך ואחר שעה לעצמי וכמ"ש הר"ן שם דהא עכ"פ חייל קונם שעה אחת בשעה שמשתמש בו דאית ליה קנין הגוף וכיון דקונם קדושת הגוף ובחר דחייל שעה אחת תו לא פקע וכמ"ש תוס' בגיטין שם דף מ' ד"ה הקדש חמץ דמה"ט קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד דכיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה וחייל שעה אחת תו לא פקע ושותפין שנדרו עכ"פ שעה אחת דידיה ותו לא פקע. ונרא' לפי מ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט בשם הר"ר יונה דדוקא קונם כללי הוא דלא פקע בכדי אבל קונם פרטי פקע בכדי וכדמוכח מהאי דקונם אי את נהנית לי עד החג ומשום דקונם פרטי קלישא ופקע בכדי ע"ש ומשום הכי ניחא בשותפין שנדרו דה"ל קונם פרטי שאסרו זה על זה בקונם ובשעה שהוא של המדיר נאסר ואחר שעה שנכנסו דבשלו נכנס

פקע בכדי שהוא קונם פרטי. אך קשה לפ"ז בהא דאמרו פ' אע"פ דף נ"ט גבי קונם שאני עוש' לפיך וכו' ומסקי' קונמות מפקיע מידי שעבוד. ולפי מ"ש תוס' בפ' השולח שם טעמא דקונמות מפקיע משום דבע"ח מכאן ולהבא גובה ומכי חייל שעה אחח תו לא פקע ע"ש והא החתם נמי הוי קונם פרטי ופקע בכדי. ולפי מ"ש בסי' קי"ז סק"ו דהתם גבי קונם שאני עושה לפיך דמפקיע מידי שעבוד אין הטעם משום דבע"ח מכאן ולהבא גובה דהיכא דאינו יכול לסלוקי בזוזי לא אמרי' מכאן ולהבא גובה אלא משום דכיון דאין לו לבעל קנין הגוף בגוף הידים אלא שיעבוד למעשה ידים וקונם שהוא קדושח הגוף וחייל על גוף הידים ממילא מפקיע מידי שעבוד וע"ש היטב וא"ש:

אמנם הא קשיא לפי מ"ש בסי' קי"ז סק"ה דקונם כללי כיון שיש לו פדיון אין לו דין קדושת הגוף אלא קדושת דמים. ואם כן הא דאמר בר פדא שם בנדרים דף כ"ט דקונם לא פקע בכדי היינו ע"כ קונם כללי לפי מה שכת' הר"ר יונה דבקונם פרטי מודה בר פדא דקא פקע בכדי. ואי בקונם כללי אם כן אית ליה פדיון וקדושת דמים היא ושם מודה בר פדא בקדושת דמים פקע בכדי וכעת צריך עיון. הדרן למלתיה דהא דעובד לרבו ביום רבו בצד חירות שבו אינו קנין הגוף כמו בשאר שותפין דהא לעולם הוא חצי בן חורין ואסור בשפחה ואינו אלא שעבוד שאינו יכול למנעו ממנו ואף ע"ג דשחרור מפקיע מידי שעבוד היינו בעבד שעשאו רבו אפותיקי ומכי שחרריה האדון אין לו למלוה עליו כלום כיון שלא נשתעבד למלוה אבל הכא אית ליה לרבו צד שעבוד על צד חירות שבו להשתעבד בו וכן ביבמות דף מ"ה בקונה מן הנכרי וקדם וטבל לשום בן חורין דשחרור מפקיע מידי שעבוד דהתם נמי לא הי' לו שעבוד אלא על העבד ומכי שחררי' ונעשה בן חורין פקע שעבודי' והכא על צד חירות גופיה הוא השעבוד כמו בחצר שאין בו דין חלוקה לחכמים דר"א בן יעקב. וכן נמי משועבד חלק רבו להשתעבד בו ביום עצמו ודו"ק. ונפקא מיניה דביום רבו נמי אינו יכול לעבוד בו עבודת עבד דהיינו עבודת פרך כיון דחצי בן חורין הוא אפילו ביום רבו ובישראל אסור לעבוד עבודת פרך. וניחא בזה דברי הרשב"א בחידושיו רפ"ק דשבת בהא דאמרו וכי אומרין לו עמוד וחטוא כדי שיזכה חבירך וז"ל וא"ת אכתי אשכחן כו' מדתנן פ' השולח מי שחציו עבד וחציו ב"ח שכופין את רבו ועושה אותו ב"ח כדי שיקיים מצות פריה ורביה כו' ולי נראה דשאני התם כיון דחציו ב"ח לית בהו משום תעבודו משום צד חירות שבו עכ"ל. ולכאור' תיקשי כיון דעובד את רבו יום א' הרי מתקיים בהם תעבודו. ולפי מ"ש כיון דמשום צד חירות שבו לעולם אין לו רשות לעבוד בו עבודת עבד ובהם תעבודו היינו עבודת עבד דוקא ודו"ק ועמ"ש בסי' רמ"ט סק"ב:

סימן קעה

סעיף א

ואח"כ בא אח. כת' בהגהת אשר"י פ' הכונס וז"ל אריסא דבר זיזא אפקיד גבי חד בר נש ליטרא דדהבא מת בר זיזא ומת אריסא והי' לבר זיזא בנים גדולים וקטנים והורה ר' ישמעאל בר' יוסי ליתן חצי זהב להני בר זיזא הגדולים והחצי יהיו מונח עד שיגדלו הקטנים וכשמת ר"י ברבי יוסי בא המעשה לפני ר' חייא והורה ליתן חצי הנשאר לבני האריס והחצי שזכו בו בני בר זיזא הגדולים לא יחזירו לבני האריס שעפ"י ב"ד זכו וגם לקטנים לא יתנו כלום מא"ז עכ"ל ובש"ך העלה דהוי ספיקא דדינא שהוא מחלוקת ירושלמי בזה ואם תפשו הקטנים אין מוציאין מידם ע"ש וקשה לי כיון דקי"ל דשותף חולק לעצמו במקום פסידא וכת' בש"ע סי' קע"ו סעיף כ"ה דאם הי' לשותפין חוב מקולקל אצל עכו"ם ואומר לעצמי אני מציל רשאי ע"ש. וה"נ החוב מקולקל ועפ"י ב"ר נתן לגדולים חלקם והיכי יכולין הקטנים לתבוע מן הגדולים ונהי שהי' ע"פ ב"ד בטעות דסברי שחצי חוב יהי' לקטנים כשיגדלו אלא כיון דלעצמו חולק אפי' בלא ב"ד כל היכא שהחוב מקולקל ואין לך חוב מקולקל גדול מזה ולמה אינו מציל לעצמו והיכא מהני אח"כ תפיסת הקטנים ותיקשי נמי למ"ר בירושלמי דאית להו חולק לטלייא. ונרא' דכיון דלשיקול הדעת לא מהני תפיסה וכמ"ש מוהרי"ק ובתקפו כהן סי' כ"ג ועמ"ש בסי' ק"ה סק"ד כיון דסוגיא דעלמא אזלא כאידך אלא דוק' היכא דנעשה עפ"י הדין הוא דקם דינא. מש"ה כיון דהוראת הדיין לא הי' אלא במחיצתן ולא קם דינא דר"י ברבי יוסי אלא במה שעשה מעש' ונתן לגדולים והרי הוא כמי שאין כאן אלא מחצית החוב והיכא דאין החוב אלא במחצית אין לו לשותף כח ליטול כל החוב לעצמו והתם בעובדא דר"י ברבי יוסי ה"ל שיקול הדעת כמבואר באשר"י פ' ז"ב ועמ"ש בסי' כ"ה סקט"ו: ולפי"ז נרא' דהיכא דלא הי' שיקול הדעת אלא ספיקא דדינא ממש ותפס האחד מן היורשין חלקו בו לא מצו אינך יורשין לתפוס מזה שתפס דכיון דספיקא דדינא הוא ה"ל כמו חוב מקולקל כיון דלדברי אינך יורשין מגיע להם החוב מצי חולק לנפשיה ולומר לעצמי אני מציל:

סעיף ב

ודוקא בשדה אחת. כת' הסמ"ע וז"ל לכאור' נרא' דוקא כשקנאה משנים אבל קנה שתי שדות מאחד אין המצרן יכול לסלקו אפי' משניהם יחד וכמ"ש הטור והמחבר סעיף ל"ו במוכר כל שדותיו כו' אבל לשון המחבר שכת' לקמן סעיף ל"ו שהרי היא והאחרת קנה כאחד משמע דבשני שדות נמי דינא הכי וצ"ע עכ"ל. ולענ"ד נרא' דבסעיף ל"ו מיירי

שהמצרן אינו אלא לשדה אחת ולא לשדה האחרת וכיון שמכר היא והאחרת שאינו מצרן לה לפיכך אין בעל המיצר יכול לסלקו אפי' משדה שהוא מצרן לה שהרי קנה היא ואחרת שאינו מצרן לה ואפי' יאמר המצרן שקונה גם האחרת אין שומעין לו דאין המוכר צריך להמתין ולשאול את פיו בזה כיון דאינו מצרן לה אבל כאן שהוא מצרן לשני השדות יוכל המצרן לסלקו משני השדות:

סעיף ג

מי שיש לו בית בשכירות. בט"ז פסק דגם בשכירות יש דינא דמצרנות דהיינו שהשוכר שיושב בה הוא מצרן נגד השני שבא לשכור ע"ש. ומיהו נרא' דהיינו דוקא אם אין בני בית של ראשון מרובין מן השני אבל אם בני ביתו מרובין משל השני לא שייך בזה דין מצרן כיון דאפי' השוכר אינו רשאי להשכיר למי שבני ביתו מרובין כמבואר בסי' שי"ז סעיף א' ולא הוי בזה שלוחו וגם לא שייך בזה ועשית הישר והטוב כיון דהבעלים אומרים אין אנו נוחין להשכיר לזה שבני ביתו מרובין וקפידא גדולה בדבר זה:

סימן קעו

סעיף א

ששכרו מקום בשותפות וקשה שכרה מקום בשותפות מאי הוי הא אמרינן בפ' הספינה דף פ"ד בהא דחצר השותפין קונין זה מזה אינו אלא במודד והניח לתוך קופתו ע"ש וא"כ למקום השותפין היכי קונין זה מזה. ואפשר דהא דחצר השותפין אין קונין זה מזה היינו דוקא לקנותו כולו אבל בגוף הכא דקונין זה מזה להיות הדבר בשותפות מהני גם חצר השותפין ואכתי צ"ע ועמ"ש בסי' קנ"ח ס"ק ח' ובסי' ר"ז סק"ב:

סעיף ב

האומנין שנשתתפו עמ"ש בסי' של"ג סק"ו:

סעיף ג

לשלם מביתו לא. והא דכת' בש"ע סי' ס"ג דאינו נאמן בשבועתו ליטול ומשמע הא ידוע היזקו מחויב לשלם מביתו. ע"ש בט"ז דלעיל כתבו אליב' דכ"ע דאינו נאמן ליטול בשבוע' אבל כאן כת' עיקר אליבי' דהרמ"ה דס"ל דאינו מחויב לשלם מביתו אפילו ידיע היזקא ומשום דלא נשתתף אדעת' דהכי שיוציא מביתו עבור ההיזק ואם התנה שיהי' להפסד לחצאין אליבי' דכ"ע מחויב כפי תנאו אבל בשבוע' אינו נאמן ליטול. ובשו"ת שב יעקב חלק ח"מ סי' ז' הקשה כיון דשותף הוציא ברשות וכל המוציא ברשות נשבע ונוטל למה לא ישבע השותף שהי' היזק כדבריו ויטול בשבועתו ותי' בשם הרדב"ז ח"א

סי' ק"ב דכיון שהטילו לשותפות סך מה לישא וליתן יכול לומר שלא הרשו לו סתם אלא על ממון שיש לו בשותפות אבל להוציא ממון מביתו לא הי' דעתו שיהי' נאמן בשבועה. וע"ש שהעל' מזה בנדון א' שלא הטיל מחלקו כלום ונשתתף על חצי ריוח וחצי הפסד דבריר דהכוונ' שאם ישבע שישלם מביתו. ובתומים סי' צ"ג הביאו וכת' עלה ז"ל ואמת כי דבריו לקוחין מדברי רדב"ז כו' אך עם כל זה אין לזה שורש ועיקר דמי הגביל זה שכך דעתו על מה שהניח אסיק אדעתי' שיהי' הזיקו מנה ויותר לא כו' ועוד הא בממון שהניח הרשהו וא"כ למה במנה הנשאר יטול חלקו כו' אלא דבאמת כל הפסד לא אסיק אדעתי' יהי' רב או מעט ולכך לא דמי כלל למוציא הוצאות דשם נחית אדעתי' שיוצא ולא סגי בלא"ה שיוצא רק הספק אם רב אם מעט וכיון דנחית ברשות להוציא תקנו חכמים שיטול בשבוע' אבל בשותפין כו' רק כל דעתם ומחשבתם לריוח רק התנו שאם יהי' פחת שישלמו ג"כ אבל מ"מ דעתם על הריוח כו' דלא אסיק אדעתי' שיהי' פחת וא"כ אין זה דומה כלל למוציא הוצא' וכו' ופשיטא דכוונתו לשלם הפחת אם יברר בעדים או שיהי' הוא היודע כו' אבל להאמין לו בשבוע' לא תהא כזאת בישראל וא"כ יטול הוא בשבוע' כל אשר לו ויאמר שהפסיד אלף אלפי דינרין וכו' בפרט שהך דין המוציא הוצאות רק מתקנת חז"ל וכל דבר ספק בתקנ' והבדל קל חזרינן לד"ת והרדב"ז גופא לא אמרו רק לסניף וח"ו להוציא ממון בזה והעוש' כן מעוות הדין. ולענ"ד להלכ' ולמעש' נראה כדברי הרדב"ז ושב יעקב אבל לא מטעמי' דמן התקנ' אין אנו למידין וכמ"ש בתומים דא"כ יטול בשבוע' כל אשר לו כו' ומשום דאינו אלא תקנה בקל נדח'. אלא כיון דאחד נותן כולו למחצית שכר ולמחצית היזק וכל הנותן למחצית שכר כו' ה"ל פלגא מלוה ופלגא פקדון וכדאי' בב"מ פ' המקבל. ומה"ט צריך הנותן ליתן שכר עמלה כיון דהוא פלגא מלוה ומחזי כריבית כשטורח להתעסק בפלגא פקדון של הנותן וכיון שהוא פלגא מלוה הרי חיובו ברור להתחייב בכל אונסין בפלגא מלו' דידיה והעיסקא גופא נהי דאסור למשתי בי' שיכרא אינו אלא כמו משכון וכמ"ש בתשו' מיימוני לס' משפטים סי' י"ב ז"ל אמת ואמונ' כו' סוף דבר נ"ל דבר פשוט דשמיט' משמטת פלגא מלוה דאע"ג דהנותן לו לא בעי שיוציאנ' ויכל' אות' לגמרי אלא לאיעסוקי בי' וכשיקנ' בהם סחור' או חפץ שתהי' הסחור' אשר קנה מיוחדת לו תחתי' מה בכך הוי ממש כראובן שמלו' לשמעון על משכון שהוא ברשות שמעון ויחזיר לו שמעון אותו משכון דאפי' נטלו ראובן וחזר ויחדו אצלו שיהי' ממושכן לו בעד מעותיו שביעית משמטתו כיון דלא תפיס לי' ראובן וע"ש כיון דעיסקא אינו אלא כמו יחד לו משכון והמלו' על המשכון ואבד המשכון וטען המלו' שנאבד באונס נשבע ונוטל וכמבואר בטור וש"ע סי' ע"ב ומשום דהחוב

ברור וה"ל כמו איני יודע אם פרעתיך וה"נ נשבע הנותן על פלגא מלוה שנאבד המשכון והוא העיסקא ונוטל אבל בשנים שנשתתפו זה נותן מאתים זוז וזה ארבע מאות דהפסד לאמצע אינו לוה כלל בחלק חבירו והא דהפסד לאמצע היינו משום דהריוח וההיזק נמשך מחלק המועט כמו מחלק המרוב' או משום דה"ל כאלו התנו כן אהדדי אבל אם נאבד או נגנב חולקין לפי ערך וכן בפחת מטבע שאינו בא מחמת העסק משא ומתן נמי חולקין לפי ערך ועי' באשר"י פ' מי שהי' נשוי ובטור וש"ע לפנינו וכיון דאינו ליה בחלק השותף דאם הי' לוה ודאי הי' חייב בכל האחריות וכיון דאינו לוה אלא שנשתעבד לשלם מחצית היזק הבא מחמת השותפות וה"ל איני יודע אם נתחייבתי ואין השותף מנשבעין ונוטלין אבל אם נותן לחבירו למחצית שכר דהוא עיסקא מסתמא וכמבואר בש"ס פ' המקבל ובטור וש"ע י"ד סי' קע"ז ע"ש. וכיון דה"ל פלגא מלוה א"כ ודאי המלו' נשבע ונוטל ונשבע שנאבד המשכון כמבואר בפשיטות בטור וש"ע סי' ע"ב סעי' י"ז והעיסקא גופה אינו אלא משכון ובעיסקא שהוא פלגא מלוה הוא חייב בכל האחריות אפי' נאנס ואפי' בפחת מטבע ומחוייב לשלם הלוא' דידי' וזה ברור.) (וכבר בא מעש' לידינו כה"ג והי' כתוב בשטר שותפות להדיא עצ"ה עיסקא כתיקון מור"ם ז"ל וכל כה"ג דה"ל מלוה ממש א"כ המלו' נשבע שנאבד העיסקא ונוטל ודו"ק וע"ש בסי' ס"ז סק"ב וכיון דאינו חייב אלא מחמת הלוא' א"כ אינו חייב אלא בפלגא מלו' דידי' אבל אם טוען שנצמח לו מעסק השותפות היזקו' מרוב' יותר מדמי העיסקא בהוצא' וכיוצא בזה ה"ל א"י אם נתחייבתי ופטור:

סעיף ד

השנים שהטילו לכיס. והוא מתשובת הרשב"ץ ועיין ב"י שכת' עלה ז"ל ואינו נרא' לי דהא לא בתורת שותף נחית לשאר רווחים חוץ מגביית החוב ולא דמי להאי דשנים שהטילו לכיס דשאני הכא שלא שם שום דבר בקרן לכן נרא' שיתן לו משאר רווחים כפועל בטל או כמנהג לתת למסייע לחבירו בסחורתו ואינו משום קרן עכ"ל. ובדרכי משה השיגו ז"ל ואני תמה על הב"י כי למה לא שם זה חלק בקרן שהרי שליש הריוח מן החוב מיד זכה בו והוי קרן שלו עכ"ל. והנה מ"ש הש"ך בסי' קכ"ב דאם הבטיח למורש' שליש במה שיוציא מן החוב דלא מהני ומשום דהוי דבר שלא בא לעולם ע"ש א"כ דברי הב"י נכונים דכיון דלא זכה בו כלל הרי לא שם בקרן כלום אלא דכבר כתבנו בסי' קכ"ב סק"ג דאם הבטיח לו שליש מחובו זכה ומשום דשכירות נקנה בדיבור ואפי'. בדבר שלא בא לעולם ואין צריך קנין. איברא דאין לו זכי' בגוף שליש החוב כיון דה"ל דשלב"ל אלא שנתחייב בדמיו וכמו שכת' הר"ן בע"ז פ' השוכר בהבטיח למכור כור חטין דאין לו

אלא דמיו כיון דמחסרא משיכה ע"ש וכ"כ הרמ"א סי' של"ב ומכ"ש הכא בדבר שלא בא לעולם דאין לו אלא דמים אבל בגוף החוב לא זכה וע"ש מ"ש בסי' קכ"ב סק"ד וה"נ נהי שמחויב ליתן לו דמי שליש החוב אבל במה שגבה אין לו ויוכל לסלק לו דמיו מביתו וא"כ אכתי לא שם מידי בקרן ואפי' אם הי' בדעת ראובן בשעה שגבה חובו מן העכו"ם לזכות בשליש לשמעון לא מהני זכי' כה"ג כיון דהוא מעות שלו ואין אדם זוכה בשלו לחבירו ועוד והוא עיקר דבמעות של עכו"ם לא מהני זכי' אפילו ישראל לישראל וכמו שביארנו בסי' קס"ג סק"א ע"ש. ובפרט היכא שאומר ראובן שלא נתכוין בשע' שגב' לזכות לשמעון מידי א"כ נהי דנתחייב ליתן לו דמי השכירות והוא כפי ערך שליש חוב יוכל לשלם מביתו אבל במה שגב' אין לו זכות וכמ"ש ולכן נרא' כדברי הב"י ודו"ק:

סעיף ה

דשמירה בבעלים הוא מעש' בא לידינו בשותפין בעסק גיבעלי' שהתנו בתחלת השיתוף שיעסוק כל א' בחדשו ונגנב ממעות שותפות אצל א' מהשותפין בחדשו ובתחלת השותפות הי' בעלים עמו אלא שכבר כלתה השאילה בבעלים קודם שבא לידו ממעות הגיבעלי' ונסתפקתי אי אזלינן בתר משיכת השומר וכשבא לידו מעות השותפו' כבר כלתה לה השאיל' בבעלים ונתחייב בדין השומרין או בתר התחלת קבלת השמירה ואז הי' שאילה בבעלים שהי' שומר שלו באיזו חפץ. והנה ראיתי מתוך תשו' מוהרי"ט דכל כה"ג ה"ל שמירה בבעלים ופטור ע"ש ח' ח"מ סי' א' מ"ש בדברי הראב"ד פ' כ"ה מאישות על מ"ש הרמב"ם דאשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכתה בתוך ביתה דפטורה דאינו מן הדין אלא תקנה כו' וכ' עלה לא מן השם הוא זה אלא מפני שהוא שמירה בבעלים שהוא שכור לה בכל שעה והקש' שהרי אין הבעל שכיר בכל שעה וע"ש ז"ל ונרא' לקיים דברי הראב"ד כיון שבשעה שנכנסה היה בחיוב שמירת הבית שהוא בשעת נישואין באותו שעה שכיר הוא לה שעדיין הי' צריך לעשות צרכי' ואפי' אם אחר שעשה צרכי' כלתה שכירתו מ"מ אחר שעה ראשונ' אזלינן וכו' ואפי' אם נאמר שכלים אלו לא הי' שם באותו שעה מ"מ חיוב שמירתן לא נתחייבה בעת הבאתו אלא מעת שנשאת לו נתחייב ובאותו שעה שאול הי' אצל' עכ"ל וא"כ ה"נ דכות' בשותפין הנז' שלא נתחייב בשמיר' בעת הבאת המעות אלא בתחל' השיתוף נתחייב כל א' להתעסק מידי חדש בחדשו ובתחל' השיתוף הי' שאול' בבעלים ופטור:

סעיף ו

וכן אם גנב או גזל. ואם מצא מציא' עיין בש"ך. וז"ל הרשב"א בתשובותיו ח"ג סי' קמ"ג ז"ל עוד שהשותפין הללו התנו ביניהם שכל מה שירויחו מחמת גופם ובממונם בלעדי

אם יהי' להם מעות אחרים מצד אחר שיהי' הכל לחנות א"כ מצאו מציאה הרי הוא לחנות. תשוב' לשון זה איני מכירו וכו' ומ"מ אין המציא' בכלל שאין המציאה והמתנה והירושה באין לו מחמת גופו שאין משמע מחמת גופו אלא מחמת טורח גופו שהרי הבת שמעש' ידי' לאביה ומעשה ידי אשתו לבעל' אין מציאתן להם מן הדין אלא מן התקנ' בת משום איבה ואשה כדי שלא תבריח משל בעלה ותאמר מציאה מצאתי ומתנ' שנתנו לה אחרים הרי הוא לעצמה ולא לאב ולא לבעל כדאי' בגמרא בהדי' אלא שבעל אוכל פירות בנכסי מלוג עכ"ל ונרא' שלא הי' תשוב' זו לפני חלקת מחוקק וב"ש שנסתפק באה"ע ריש סי' ל"ז במתנ' שניתן לבת אם האב זוכה במתנת' ע"ש והרי מבואר בתשו' הנז' דאין לאב זכיה במתנ' הבת כלל. אלא דבסי' ע"ד הוכחני מדברי הש"ע א"ח דאב זוכ' במתנת' ע"ש ועמ"ש בסי' ס"ב סק"ג:

סעיף ז

קודם זמנ' הוי פשיע'. בב"י כ' שכן דיקדק ר"י מפי' רש"י והיינו מדברי רש"י פ' כל הגט (גיטין דף ל"א) בהא דאמר ר' יהודה בג' פרקים מוכרין את התבואה כו' למאי אמר רבה ואיתימא רב פפי לשותפי ופי' רש"י ז"ל שאין האחד יכול למכור שלא מדעת חבירו חוץ לפרקים אבל בפרקים הללו אין צריך לימלך ואם מכר ונתייקר השער לאחר זמן אין עליו כלום עד כאן לשונו ומזה דיקדק ר"י הא קודם זמן הוי פשיע'. ותמהני בזה דהא קיימא לן דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וכן כל השומרין משלמין כשעת הפשיע' ולא גרע מהיזק בידים דמשלם כשעת הזיקו ואפשר דגם רש"י לא קאמר דקודם זמן יש לו עליו תביעת ממון אלא דאם מכר קודם זמן יש לו עליו תרעומות ולאחר זמן אין עליו כלום ויותר נרא' דרש"י לטעמי' דכל כה"ג משלם כיוקרא דלקמי' דאמרינן בפ' השואל דף צ"ט הני שקילאי דתברי' חבירא דחמרא לחנוונא ביומא דשוקא מזדבני בה' בשאר יומא מזדבני בד' אהדרי' ליה ביומא דשוקא מהדרי' לי' חביתא דחמרא בשאר יומי מהדרי לי' חמשא וכת' רש"י מהדרא ליה חמשא דאמר להו אי הוי גבאי ביומא דשוקא חמשא הוי שוה ע"ש. וא"כ ה"נ כיון דנתייקרו בזמן המכיר' אומר לו אלו הוי גבאי הוי שוה יותר אבל הרא"ש שם חילק וכ' דמיירי דתברא ביום השוק דאי בשאר יומי לא משלם אלא ארבע' שכך הי' דמים בשעת שבירה וע"ש. ולפ"ז הכא נמי אינו משלם יותר ממה ששוה בשעה שהוציאה מן העולם:

והרמ"א דפסק בסי' ד"ש כדע' הרא"ש דתברי' בשאר יומי אינו משלם כיוקרא דלקמי' אלא כשע' השבירה וה"נ אם עבר ומכר קודם זמנו אינו ראוי שיתחייב יותר ממה שהי' שוה בשע' הוצא' מן העולם וצ"ע. ועמ"ש בסי' ד"ש סק"א:

סעיף ח

יכול לחזור בו כדין פועל. כת' השט' מקובצת פ' המקבל שם טרח ומלייי' ולא אודעי' לא מצי אמר ליה וכו' וז"ל וא"ת ואפי' אודעי' כל כמיני' דלימא לי' נפלוג רווחא ופסידא כל חד באנפי נפשי' והא אמרינן בסמוך רווחא לקרנא משתעבד כלומר דאי איכא פסידא בתר הכי ממלינן לי' מיני' וי"ל דשאני הכא דאכתי ליתי' לרווחא ומש"ה אי בעי מצי א"ל לא בעינא לאיעסוקי בי' אלא א"כ פלגינן חד וחד כדיני' דאפי' אתנו מעיקרא וקבעו זמן לא גרע מפועל דקי"ל יכול לחזור אפי' בחצי יום אבל האי דבסמוך דאיתי' לרווחא אשתעבד לי' לקרנ' דנהי דמצי הדר בי' דלא לאיעסוקי בי' אפ"ה לאו כל כמיניו למיפלגי' לרווחא מקמי' זימנא דלקרנא משתעבד הר"ן עכ"ל. ומדבריו למדנו דהא דיכול לחזור בחצי יום היינו היכא דליכא רווחא או דלא בעי למשקל ברווחא ומהדר בי' מלאיעסוקי אבל היכא דאיכא רווחא ובעי למשקל מרווחא ולא לאיעסוקי בי' עוד לאו כל כמיני' דרווחא לקרנא משתעבד ואין לו ברווחא עד שישלים פעולתו לזמן הקצוב. ובקידושין פ' האומר הרי את מקודשת לי ע"מ שאראך מנה והראה לה של אחרים אפי' עיסקא אינה מקודשת. וכ' שם הר"ן דאע"ג דכבר אית לי' רווחא ביה לא מהני משום דרווחא לקרנא משתעבד וע"ש וכן פסק הרמ"א באה"ע סי' ל"ח סעיף י"ח ובית שמואל שם הקשה דהא מקבל עיסקא יכול לחזור בתוך הזמן. ועיין שם שכת' דמיירי שהיו שניהן מקבלין דאינו יכול לחזור תוך הזמן ע"ש ולשון הר"ן והרמ"א אינו משמע כן. ולפי מ"ש בשט' בשם הר"ן לא קשה מידי דנהי דיכול לחזור אפי' בחצי יום אבל אין לו חלק בריוח עד שישלים פעולתו לזמן הקצוב וזה ברור:) (

סעיף ט

וי"א דה"ה אשה. הובא בב"י ז"ל כ' הריטב"א והיא הנותנ' דכל היכא דאיתי' לחברי' והוא במתא כפינן לנתבע לדון עמו על הכל ולא מצי אמר לאו בע"ד דידי את ואם השותף קטן או אשה מסתברא כמאן דליתי' במתא חשיב ובעל בנכסי אשתו שאינו צריך הרשא' משום דידו כידה ואפי' בע"כ יכול לתבוע ואינ' יכול' לעכב וכן דנתי לפני רבותי עכ"ל. ומדברי הרשב"א והר"ן נרא' דאשה כאיש לענין איתי' במתא שכתבו שם בהא דאמר אביי בעל בנכסי אשתו צריך הרשא' והני מילי דליכא פירי בארעא אבל אי איכא פירי בארעא מגו דנחית לפירי נחית נמי לארעא ועיין שם שכתבו דכי איכא פירי בארעא ה"ל כשותפין ומיירי דוקא דאיתא במתא ולא מחת' אבל אי ליתא במתא או איתי' במתא ומחת' אינו דן על הקרקע ועמ"ש בסי' קכ"ב סק"ה:

סימן קפא

סעיף א

נשבע על כך. כת' הש"ך וז"ל שאמר לפניהם ע"כ. ובט"ז כת' נשבע על כך פי' שנתכוין להציל לעצמו כ"כ ב"י בשם המרדכי ומשמע דסגי לי' בכוונ' בלא אמירי' ע"ש. והנה ז"ל הב"י כת' המרדכי אמר פליג לא אמר לא פליג פסק ר' אבי עזרי דאם אין בדבר שאמר כן נשבע שלא נתכוין להציל אלא לעצמו וזוכה ע"כ וזה הוא ראיית הט"ז מדברי הב"י בשם המרדכי. אמנם בבדק הבית וז"ל יש לתמוה דמלישנא דגמ' משמע דוקא אמר אבל נתכוין ולא אמר לאו כלום היא ודברים שבלב אינן דברים ועוד קשה דהיכי קאמר נשבע הא כיון דלא בעי אמר אפי' הי' השותף מצוי אינו יכול לטעון שלא נתכוין ואין נשבעין על טענת ספק לפיכך נ"ל דלישנא דנתכוין לאו דוקא אלא היינו לומר דאמר לעצמי אני מציל ואם הי' השותף וטענו טענ' ודאי ישבע ואם לאו יחרים סתם עכ"ל ומזה נראה כדברי הש"ך: ולענ"ד נראה לישנא דנתכוין משמע בלב ומאי דקשיא ליה בבד"ה דהא דברים שבלב אינו דברים נרא' דכיון דאין יכולין להציל כלל והרי הוא הפקר ולא זכו השותפין אלא מחמת הגבהתו של זה השותף דאמרי' מסתמא אדעתא דכולה הכוונה לזכות וכיון שבלבו לא הי' הכוונה להגבי' לחבירו ממילא לא זכה אינך ואם הוא דבר שיכולין להציל ע"י הדחק דכה"ג כא הוה הפקר אלא שרוצה לחלוק לעצמו במקום דאיכא פסידא וכמבואר בסי' קע"ו סעיף נ"ח בחוב מקולקל. ובזה נראה דצריך דוקא אמר ואם לא אמר אע"ג דבלבו הי' לחלוק לעצמו כיון דדברים שבלב לאו דברים ה"ל שותף כבתחלה. ולכן נראה דר' אבי עזרי שכת' דנשבע שלא נתכוין והיינו כוונה בלב מיירי בענין שאין יכולין להציל ע"י דהוי הפקר וא"כ כל שלא הי' הכוונה להגביה לחבירו לא זכה חבירו וכמ"ש וגם מאי דקשיא ליה להב"י דהא אין נשבעין על טענת ספק נראה כיון דאמרי' דסתמא דמלתא כל מה שמציל שותף אדעת' דכולהו שותפין הוא ואפי' במקום שאין יכולין להציל כלל ומשום דכן דרך השותפין וא"כ לא גרע מרגלים לדבר דנשבעין בטענ' שמא וכמ"ש במרדכי פ' שבוע' דבכל דבר העשוי להסתפק משביעין אותו אפי' בטענת שמא וה"נ דכוותה ולכן נראה להכריע דהיכא דאין יכולין להציל אפי' ע"י הדחק סגי בכוונה בלב וכמ"ש בט"ז והיכא דיכולין להציל ע"י הדחק בעינן אמר וכדע' הש"ך. ועיין סמ"ע סי' רס"ט שכת' במגבי' מציאה לחבירו בעי שיאמר בשעה שהגביה שהוא לצורך חבירו. ובש"ך שם דסגי במגביה לצורך חבירו בכוונה בלב וע"ש והכא בשותפין משמע דאפי' היכא דאין יכולין להציל ע"י הדחק סגי לה ואמרי' מסתמא אדעתא דכולהו שותפין הגבי' ואפי' לא היה בזה אמירה ואפשר ליישב דברי הסמ"ע דבעי אמר משום

דהכא גבי שותפין כיון דמסתמא דמלתא הכין הוא ה"ל דברים שבלב כל אדם דכה"ג הוי כאמר וכמ"ש בסי' י"ב סק"א ועמ"ש בסי' רע"ט סק"א:

סימן קפב

סעיף א

בכל דבר שלוחו של אדם כמותו. כת' בתוספות רי"ד (דף מ"ב) דקידושין ז"ל יש מקשים א"כ לכל דבר מצוה יועיל השליח ויאמר אדם לחבירו שב בסוכה עבורי הנח תפילין עבורי ולאו מלתא היא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו האיך יפטור הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום ודאי בגירושין וקידושין מהני כי הוא המגרש ולא השליח שכותב בגט אנא פ' פטרי' פ' וכן נמי האשה למי היא מקודשת כי אם לו וכן בתרומה הוא נותן והתרומ' מפירותיו וכן בפסח הוא אוכל ועל שמו ישחט ויזרק הדם אבל בסוכה ה"נ יכול לו' לשלוחו עשה לי סוכה והוא יושב בה אבל אם ישב בה חבירו לא קיים הוא כלום וכן ציצית וכל המצות עכ"ל וקשיא לי דהא בשליחות לדבר עבירה אי לאו דגלי קרא דאין שליח לדבר עבירה הוי לי' בדין שליחות ואע"ג דאין המשלח עושה כלום ולשמאי הזקן ס"ל דעושה שליח להרוג דשליח של אדם כמותו כדאי' רפ"ב דקידושין ואין המשלח עושה כלום:

והנראה לענ"ד בזה כיון דשליח של אדם כמותו לא אמרינן אלא במידי דעשי' דאז ה"ל מעשה שלוחו כמותו אבל במידי דליכא עשי' לא אמרינן שליח של אדם כמותו וכמ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים (דף ע"ב) בהא דעושה שליח להפר נדרי אשתו דפריך בגמרא והא לא שמיע ליה. וכת' שם ז"ל משמיעת האפוטרופוס אינו כשמיע' הבעל ואע"פ שעשאו שליח להפר דמידי דממילא לא שייך מינוי שליחות עכ"ל ומש"ה בפסח וקידושין וגירושין ה"ל מעשה שליח כמותו וכאלו הוא בעצמו שחט הפסח וכן בקידושין וגירושין כאלו הבעל עצמו נתן הק' או הגירושין וכן למ"ד יש שלד"ע דהוא במידי דמעשה ושייך מינוי שליחות אבל בתפילין כשהשליח מניח התפילין הנחה זו שהוא עשי' חשוב כאלו המשלח עשה הנחה זו אבל אכתי לא הניח התפילין על ראשו אלא על ראש שלוחו דאין גוף השליח כגוף המשלח כיון דבמידי דממילא לא שייך מינוי שליחות. ומש"ה בציצית ותפילין וסוכה נהי דה"ל עשיית השליח כעשיית המשלח כיון דגוף שלוחו לא הוי כגופו לא עשה המעשה בגופו אלא בגוף שלוחו אבל בפסח וקידושין וגירושין שחיט' הפסח ומעשה קידושין וגירושין דה"ל כאלו עשה הוא הרי הוא נגמר המעשה ודו"ק ותשכח דהכי הוא ברירא דהך מלתא:

סעיף ב

חוץ מלדבר עבירה. בשו"ת נודע ביהודא בחלק אה"ע העלה בגט שניתן ע"י שליח בעל כרחה דאינו גט כלל כיון דהיכא דאין שלד"ע המעשה בטל וכמ"ש תוס' פ"ק דמציעא (דף י"א) וכיון דאיכא חרם ר"ג הוי ליה שלד"ע: ולענ"ד נרא' דהיכא דעושה שליח סתם לגרש ושיהי' ידו כידו ועשייתו כעשייתו והשליח נתן לה הגט בע"כ דכה"ג שפיר הוי גט כיון דיד השליח כיד המשלח בעיקר הגט ומה שנתן לה בע"כ ועבר בחרם ר"ג ה"ל כאלו עשה עבירה מדעתו וכל כה"ג עיקר השליחות לא בטל וכמ"ש כיוצא בזה במשנה למלך פ"ג מגניבה גבי טביחה דיש שלד"ע ואם עשאו שליח לשחוט בשבת דגבי שבת אשלד"ע בטל השליחות לגמרי ואם עשאו שליח בסתם לטביחה והלך השליח וטבחו בשבת דבזה כיון דלא עשאו שליח לזה גוף השליחות לא בטל וע"ש. וא"כ נרא' דה"ה אם עשאו שליח בסתם לגרש ושליח מדעתי' דנפשי' נתן לה הגט בע"כ דבזה עיקר השליחות לא בטל כיון דכבר נעש' שלוחו לגירושין וחרם ר"ג גבי קידושין אינו אלא כמו איסור אחר והגם שמדברי השו"ת הנזכר שסתם דבריו בזה אינו מחלק בכ"ז אמנם לענ"ד נרא' כמ"ש דדוקא היכא דעשאו שליח לכך לגרש בע"כ אבל בסתם לא מיבטל השליחות וניחא לי בזה מאי דקשיא לן דברי השו"ת הנז' בהא דקי"ל שליח עושה שליח אפי' עד מאה והכין הלכ' מרווח' בישראל ואלו גבי קידושין כ' באה"ע סי' ל"ו דאין שליח עושה שליח ומשום דמילי לא מימסרי לשליח והוא מדברי המרדכי פ"ב דקידושין ז"ל פסק הקדוש מרדוש דהעושה שליח לקדש כו' אפילו איתנס בדרך אינו יכול לעשות שליח אחר משום דמילי נינהו ומילי לא ממסרי לשליח ואע"ג דגבי גט קי"ל שליח עושה שליח ולא הוי מילי משום מסירת הגט וה"נ איכא מסירת הטבעת לא דמי דגבי גט אשה מתגרש' בע"כ ומיד כשהגיע הגט ליד השליח הרי היא כאלו מגורשת הלכך לא הוי מילי שהרי השליח יכול לגרש בע"כ דיד השליח כיד הבעל אבל שליח של קידושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת הלכך ה"ל מילי עכ"ל וכיון דהאידנא בתר חרם ר"ג גם בגירושין אם לא תאבה האשה אינה מגודשת כיון דאשלד"ע א"כ מ"ש גירושין מקידושין. ולפי מ"ש דכל שנותן ליד השליח בסתם ועושה אותו שליח בסתם לגרש ה"ל ידו כיד הבעל ואם עובר ונותן בע"כ שפיר מתגרשת ניחא ודו"ק:

והנה ראיתי שם בשו"ת הנז' תשובת הרב הגאון מוהר"ר יצחק הלוי ז"ל. וז"ל ותימה מאד על התו' שכתבו בחד תירוצא דהיכא דא"ש לד"ע הקידושין בטל קשה הרי מתני' מפורשת האומר תן שחרור זה לעבדי לא יחזיר וקיי"ל כרב יהודה דמשחרר עבדו עובר בעשה וא"כ היכי משוחרר הא אין שלד"ע וכת' עלה הרב הגאון בעל המחבר שו"ת הנז'

ז"ל ומה שהביא מתן שחרור זה לעבדי דבר זה מביא לידי גיחוך וכי שליח המשחרר הוא זה והוא אינו אלא שליח של העבד להיות זוכה לו שלא בפניו וזכי' מטעם שליחות וכו' ע"ש ובזה כת' נמי לדחות דברי תשובת הדב הנז' מהאי דחמש נשים המתקדשות בכלכלה של פירות שביעית וקבלה א' בעד כולם והתם נמי כיון דאסור לקדש בפירות שביעית ה"ל שלד"ע. ונדחה ממילא בזה דהתם נמי שלוחה של המתקדשות איהי ולא שליח של המקדש וע"ש. ולי נראין דברי הרב מוהר"ר יצחק הלוי ז"ל דכל כה"ג נמי שליח של המשלח והוא הנותן הוי לפי מה שמבואר בתוס' פרק א"נ (דף ע"א) ד"ה בשלמא סיפא לחומרא וז"ל תימה אמאי לא הוי ריבית גמור כשהעמידו אצל ישראל אפי' מקבל הנכרי ריבית שהרי נעש' הישראל שני שלוחו של ראשון לקבל חובו מיד נכרי וי"ל דאפי' שיוכל לזכות לחבירו במציא' הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו דנהי דאם הי' הנכרי מפקיר מעותיו הי' יכול לזכות לתבירו השתא מיה' שהנכרי אינו מפקירן אלא בא לזכות מעותיו ללוה ע"י זה אין לו כח לזכות שא"כ הי' הישראל המקבל שלוחו של נכרי לזכות במעותיו לישראל ואין שליחות לנכרי וה"ל להיות מותר אפי' העמידו אצל ישראל אי לאו דלחומרא אמרינן שליחות לנכרי עכ"ל. ומבואר דכל היכא דהנותן אינו מפקיר הדבר שנותן ה"ל שלוחו של הנותן לזכות לחבירו וכל היכא דליכא תורת שליחות וכגון לנכרי לא מהני זכייתו לחבירו וא"כ ה"ה בכה"ג כיון דמשחרר עבדו עובר בעשה וה"ל שלוחו של הרב לזכות לעבדו וא"ש לד"ע ובזה נמי ממילא קמה גם נצבה ראייתו מחמש נשים המתקדשות בפירות שביעית וע"ש בסי' קס"ג סק"א. אלא דבעיקר הדין נרא' כדברי הרב הגאון בעה"מ שו"ת נ"ב וכמ"ש תוספות פ"ק דמציעא דהיכא דאין שלד"ע מיבטל השליחות לגמרי ומה שהביא ראי' משחרור נראה כיון דעלה אמרו שם בגמרא פ"ק דגיטין (דף י"א) דתן כזכי וכתבו שם תוספות דלא אמרינן תן כזכי אלא בחוב ולא במתנה ושחרור הוי כחוב דאי לאו דעביד ליה נייח נפשי' לא שחררי' וע"ש וכיון דאינו משחררו בחנם אינו עובר בעשה וכמו שכתב הרשב"א דמשחרר עבדו אינו עובר בעשה אלא כשמשחררו בחנם ועיין בדברי הרב המגיד פ"ט מזכי' ומתנה בהא דכת' הרמב"ם אמר פ' עבדי עשו אותו בן חורין כו' כופין את היורשין ומשחררין אותו וז"ל וכבר הקשו המפרשים ז"ל כיון דקי"ל דהמשחרר עבדו עובר בעשה ונתבאר פ"ט מה' עבדים היאך שומעין לו לעבור על דברי תורה והרב' דברים נאמרו בזה וכת' הרשב"א ז"ל ושמא נאמר שכל שאמר הרב לשחררו אומדין אותו שעוש' לו טובה שהוא חייב לו כך על גמולו דאחזוקי אינשי בעוברים בעש' לא מחזקינן וכיון שכן הרי כמוכרו לו ומה שאסר' תורה לשחרר עבדים בלא גמילת טובה אלא ברצון הלב והלב יודע אם לחסד אם

לגמילות כנ"ל עכ"ל. וא"כ ה"נ כיון שאמר תן שחרור זה לעבדי אחזוקי אינשי בעברי בעשה לא מחזקינן ומה"ט ניח' דאמרי בי' תן כזכי כיון דודאי לא עבר בעשה וע"כ משום איזו טובה משחררו וה"ל כחוב ומש"ה תן דידי' כזכי ומה דמייתי ראי' מחמש נשים המתקדשות בכלכלה פירות שביעית וקבל' אחת מהן בשביל כולם נרא' לפי מ"ש בסי' שמ"ח סק"ח דשלח שלוחו לגנוב אדעתי' דידי' ואדעתי' דמשלחו להיות שותפין בגניב' דאע"ג דאין שלד"ע היכא דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' ע"ש בשם רש"י פ"ק דמציעא (דף ח') וא"כ ה"נ כיון שזכת' לנפשי' זכת' נמי לחברותיה. והנה ראיתי בשו"ת הנז' חלק אה"ע סי' ב' שכת' דלפי סברת הרא"ש בגיטין גבי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דאפי' עשאו שליח וכת' הרא"ש הטעם אף דבכל התור' כול' שליח של אדם כמותו משום דלאו כל כמיני' לשוי' שליח במקום שחב לאחרים ובזה אמרתי דין חדש מה שלא נזכר עדיין בשום פוסק דאפי' קודם חרם ר"ג ולדינא דגמרא דמגרש אדם אשתו בע"כ מ"מ ע"י שליח אי אפשר לגרש בע"כ דאי אפשר לשוי' שליח לחוב לאשה עכ"ל ונרא' דלפי מ"ש בש"ע סי' ק"ה סעיף ג' דאם הלו' אומר לאדם זכה כו' אין אחד מבע"ח יכולין לגבות שכבר זכה בהם אחר ע"ש ושם סק"ג כתבנו הטעם דאע"ג דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא מהני אפי' שוי' שליח וכמבואר שם בש"ע. ומשום דנכסי הלוה אינון ויכול אדם לעשות בשלו מה שירצ' וה"ה דיכול להקנותן ע"י שליח אע"ג דחב לאחרים ודוקא תופס לבע"ח הוא דלא מהני ע"י שליח דכיון דאכתי לאו דידי' נינהו אלא אחר שיתפוס וע"ש והא דאשה לאומר הלוה זכה דמי כיון דהתורה נתנה לו לבעל רשות לגרש בע"כ ויכול לחוב אות' ה"ה דיכול נמי ע"י שליח לחוב אות':

סימן קפג

סעיף א

הנותן מעות לחבירו. בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ב) ת"ר הנותן מעות לשלוחו לקנות לו חטין ולקח לו שעורין שעורין ולקח חטין תנא חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו ותניא חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע אמר ר' יוחנן לא קשיא הא ר' מאיר הא ר' יהוד' דאמר שינוי לא קנה מתקיף לה ר' אלעזר דלמא ע"כ לא קאמר ר' מאיר אלא במידי דחזי לי' לגופיה אבל לסחורה לא אלא אמר רבי אלעזר לא קשיא כאן לאכיל' כאן לסחורה וכו' מחכו עלה במערבא לר' יוחנן אליבי' דר' יהוד' וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנ' חטין לבעל מעות מתקיף לה רב שמואל בר סרטי אי הכי אפי' חטין וחטין נמי לא אמר ר' אבוהו שאני חטין וחטין דשליחותי' קא

עביד וכיד בעה"ב דמי תדע דתנן אחד המעריך ואחד המקדיש אין לו בכסות אשתו ובניו ולא בצבע שצבען לשמן ולא בסנדלים שלקחן לשמן ואמאי ה"נ נימא מי הודיעו לצבע שיקנה צבע לשמן אלא לאו דאמרינן שליחותי' קא עביד וכיד אשתו דמי ה"נ שליחותיה קא עביד וכיד בעה"ב דמי אמר ר' אבא כל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו ובניו וכו'. ובתוס' שם כתבו דאם נאמר דהיכא דהמשלח לא קנה משום דכי מי הודיעו למוכר קנה אותו השליח א"כ איכא למיפרך נמי לר' אלעזר אמאי לא אוקי נמי כר' יודא והא לאכילה והא לסחורה ולאכילה דהוי שינוי אע"פ דשינוי לא קנה מ"מ כיון דשינוי הוא א"כ מי הודיעו למוכר כיון דלאו שליחותי' הוא והא לסחורה דלאו שינוי שליחותיה קא עביד ואם נפרש מי הודיעו לבעל חטין שיקנ' חטין לבעל המעות והרי בעל המעות לא קנה וגם השליח לא קנה שלא נתכוין לקנות לעצמו וחוזר המקח כמו מקח טעות א"כ ליכא למיפרך לר"א דלא מצ' לאוקמי תרווייהו כר' יודא דכיון דשינוי לא קנה לר' יודא א"כ אמאי אם פחתו פחתו לו אפי' לאכיל' כיון דקא מקפיד ולאו שליחותי' קא עביד ואיכא למימר מי הודיע לבעל חטין שיקנ' חטין לבעל המעות א"כ חוזר המקח וא"כ אמאי אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו דמשמע שקונה אותו השליח עכ"ל ומבואר מדברי תוס' דהיכא דהמשלח לא קנה וגם השליח לא קנה וחוזר המקח נא הוי פחתו פחתו לו והא דמוקי ר"א הא לאכילה הא לסחור' ותיקשי נמי נהי דהותירו לאמצע כיון דאיכא רווחא לא הוי שינוי כלל אבל עכ"פ פחתו דאיכא שינוי ולאו שליחותי' קא עביד לא קנה המשלח ולא השליח ויחזור המקח אלא כיון דמוקי ר"א כרבי מאיר דס"ל שינוי קונה ואפילו לא נתכוין לקנות וכדס"ל לר' מאיר גבי צבעו שחור א"כ קנה השליח בשינוי אלא דתוס' כתבו דבריהם דאי נימא אידי ואידי כר' יודא א"כ אמאי פחתו לו כיון דחוזר המקח דלר' יודא שינוי לא קנה. והנה לפי מ"ש בש"ע סי' קפ"ב סעיף ב' בשינה השליח ולא הודיע למוכר שהוא שליח דצריך השליח לקנות לעצמו וא"כ מאי קושיא פחתו לו דהא כיון דלא הודיע למוכר שהוא שליח צריך לקנותו לעצמו וא"כ אכתי מצי מוקי תרווייהו כר' יודא ופחתו לו כיון דלא הודיעו שהוא שליח וכמ"ש וגם בדברי תוס' ד"ה מי הודיע לצבע תיקשי נמי כנז' דפי' קושיות הש"ס על המעות שביד האומן שיהי' הקדש דכיון דאשה לא קנה הצבע והבעל נמי לא קנה כיון שלא נתכוין לעצמו א"כ יחזור המקח כו' והצבע יחזיר ויתבע השכירות מן האשה ע"ש והא היכא שלא הודיעו שהוא שליח אינו צריך להחזיר משום מקח טעות. ותו קשיא לי בדברי תוס' במ"ש דהמעות שקיבל הצבע כיון שחוזרין לבעל יהי' הקדש והא לפי מ"ש נ"י ר"פ המוכר פירות דכל היכא דהוי מקח טעות ה"ל מעות הלואה וכן פסק הרמ"א ס"ס רל"ב דאינו אלא בעל חוב

וכיון דאינו אלא חוב היכי הוי הקדש כיון דאין אדם יכול להקדיש מלוה ע"פ וכמ"ש תוס' ר"פ שור שנגח ד' וה' שם בד"ה יד עניים אנן ע"ש ואין לו' דקושיות הש"ס אינו אלא ממעריך וגבי מעריך שפיר יוכל הקדש לגבות משום שעבודא דר' נתן דהא משמע מתירוצא שם דאמרו כל המקדיש ומעריך אין דעתו כו' דקשה נמי ממקדיש ולכן נרא' דתוספות לשיטתי' בר"פ המוכר פירות שם דכל היכא דהוי מקח טעות ה"נ מעות פקדון וא"כ שפיר פריך גם ממקדיש כיון דפקדון יכול להקדיש ומיהו לפי מ"ש בסי' שנ"ד סק"ח דגם במעות פקדון כל היכא דהנפקד לא יחזירו עד שיתבע אותו בב"ד ה"ל נמי דבר שאינו ברשותו ודוקא פקדון שהנפקד אין לו שום עסק עמו דה"ל כמונח בקופס' אבל במקח טעות אע"ג דדין פקדון אית ליה אפ"ה ה"ל דבר שאינו ברשותו וע"ש וא"כ הדרא קושין לדוכתי':

סעיף ב

קנאה סתם במעותיו. כת' רי"ו נתיב כ"ב ח"א שאם קנה במעותיו ומתכוין לקנות לחבירו לא קנה חבירו אפי' אם אמר בפני עדים לצורך חבירי אני קונה במעותי אא"כ הודיעו למוכר בפ"ט דקמא עכ"ל ובב"י הקשה עלה מדברי הרא"ש שם בב"ק ע"ש והש"ך כת' וז"ל לא ירדתי לסוף דעתו דברא"ש משמע להדיא כדברי רי"ו ע"ש גבי מ"ש דלא תיקשי מר' אבא גבי צבע שצבען לשמן וכו' גם רד"מ כת' וז"ל ומ"ש הטור כמאן דאוזפינהו הוא שלא כדברי רי"ו דאפי' אם קנה במעותיו ומחכוין לזכות לחבירו לא קנה אפי' אם אמר בפני עדים לצורך חבירי אני קונה במעותי אא"כ הודיעו למוכר וב"י כת' דגם דעת הרא"ש אינו כדברי רי"ו עכ"ל וזה אינו וכמ"ש גם ממ"ש הטור כמאן דאוזפינהו דמי אין ראיה דשאני התם דא"ל זיל זבין לי עכ"ל הש"ך ועמ"ש בס"ק ג':

סעיף ג

זבין לי האי מידי. והנה כבר העתקנו הסוגיא בסק"א ע"ש ומבואר מדברי הראשונים גם האחרונים דקי"ל כר' יוחנן ודלא כחוכא דבני מערבא אלא מדברי תוס' שם נראה דיש לו' דגם ר' יוחנן סבירא ליה לדינא כבני מערבא דהיכא דלא הודיעו למוכר לא קנה אלא דמוקי הברייתא בהודיעו למוכר וז"ל תוס' שאני חטין וחטין דשליחותיה קא עביד כו' דתנן א' המקדיש וא' המעריך תימא אמאי איצטריך לאתויי מהא דתנן והלא מגופה דברייתא משמע הכא דדוקא נקיט חטין ושעורין אבל חטין וחטין משמע דפשיטא אם הותירו הותירו לאמצע וכו' י"ל דברייתא מצי לאוקמי דמיירי בהודיעו שהוא קונה לבעל המעות והא דפריך מי הודיעו בעי למימר דמסתמא מיירי הברייתא בכל ענין אפי' לא הודיע ואהא פריך רב ושמואל אי הכי אפי' חטין וחטין נמי מיירי בלא הודיעו אע"כ

מיירי כשהודיעו ומשני שאני חטין וחטין דשליחותי' קא עביד והשתא ודאי צריך להביא מהא דתנן דמגופה דברייתא ליכא למישמע מידי דאיכא למימר דמיירי כשהודיעו עכ"ל: ולפ"ז ר' יוחנן לא פליג בעיקר הדין עם בני מערבא אלא בפירושא דברייתא דלרבי יוחנן מוקי לה בהודיעו למוכר שהוא קונה לבעל המעות ולבני מערבא לא משמע להו הברייתא בהודיעו כיון דסתמא קתני וקשה במ"ש תוס' דמוקי הברייתא בהודיעו למוכר שהוא שליח דאם כן פחתו לו אמאי הא בשינ' השליח והודיעו למוכר שהוא שליח המקח בטל לגמרי וכמבואר בטור וש"ע סי' קפ"ה ואפשר דמיירי דליכא בירור שאמר לו המשלח לקנות חטין ויכול המוכר לו' שלא שינה אלא דלפי מ"ש הסמ"ע סי' קפ"ה סקי"ב דהיכא שאומר המשלח התניתי בהדיא שלא יתנהו אלא בחטין דהמקח בטל ע"ש א"כ קשיא:

אמנם מדברי הפוסקים מבואר דלא קי"ל כבני מערבא אלא כר' יוחנן דפליג וס"ל דלא בעי הודעה כלל ובישוב קושיות תוס' לענ"ד לפי מ"ש הרא"ש וז"ל מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל המעות וליתי' לחוכא דבני מערבא דאע"ג דשני שליח מ"מ אינו מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות ואע"ג שבעל החטין מזכה החטין לשליח יד שליח כיד בעה"ב שהוא מתכוין לזכות ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות ואף ע"ג דרבי אבא משני הך משנה דערכין אליביה דבני מערבא דאי לאו דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו הוי אמרינן מי הודיע לצבע שאני התם כיון שהצבע מזכה לבעל האשה אפילו אם ירצה הבעל לזכות לאשתו בגד הצבוע אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו על ידי אחר הלכך צריך רבי אבא לתרץ כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו אבל הכא השליח זוכה לבעל המעות עכ"ל: ומבואר מדבריו דאפי' לדידן דליתי' דבני מערבא היינו דוקא היכא שהמשלח נותן מעותיו ויר השליח כיד בעה"ב אבל היכא דליכא מעות אלא שהשליח קנאו במעותיו ודעתו לזכות לו ודאי בעינן הודעה למוכר ומש"ה גבי צבע אין האשה קונה כיון דלא נתנ' מעות וליכא הודע' לצבע וזה הוא שטת רי"ו דאם הקנ' במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו לא קנה חבירו אא"כ הודיעו למוכר ועיין בסק"ב ולפי"ז ניחא דבני מערבא סברי דצריך הודע' ואפילו בקנאו במעות משלחו. ולזה מתקיף לה רב שמואל אי הכי אפי' חטין וחטין נמי אע"כ כיון דאין מעות המשלח אין צריך הודעה וא"כ חטין ושעורין נמי מה"ט א"צ הודעה ור' אבהו דחי שאני חטין וחטין ודאי אין צריך הודעה דשליחותי' קא עביד וקאמר תדע דהא תנן אחד המקדיש וכו' וכי מי הודיעו לצבע דהא היכא דליכא מעות ודאי צריך הודעה וע"כ משום דשליחותי' קא עביד ומה"ט נמי חטין וחטין משום

דשליחותי' קא עביד ואם כן מגוף הברייתא אינו מוכח דשליחותיה קא עביד דהא רב שמואל בר ססרטי ס"ל דטעמא דחטין וחטין נמי משום דאין צריך הודעה היכא דאיכא מעות אבל מהא דתנן אחד המקדיש כו' שפיר מוכח דע"כ אינו אלא משום טעמא דשליחותי' קא עביד דהא גבי צבע ליכא מעות ולכ"ע צריך הודעה ומה"ט דשליחותי' חטין וחטין נמי וזה נכון. וכת' בעה"ת שער א' שהשיב לו הרמב"ן והביא ראיה מפרק הגוזל קמא דלמאי דס"ד דשליחותי' קא עביד אשה זו מידו של מוכר הוא זוכה ולא היה זכות לבעל בכסות אשתו וסנדלים הללו מעולם ולמאי דמוקי ר' אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להם כסות אשתו ובניו מעיקרא הבעל זכה בהן מיד המוכר והוא הקנה אותן לאשתו ובניו וכיון דהלכתא כר' יוחנן דאמר לא אמרינן מי הודיעו שיקנ' חטין לבעל המעות וסוגיא דשמעתין דר' אבא לתרוצי לר' יוחנן אתמר שמעינן מינה דבעל זוכה מיד המוכר והם זוכים מידו עכ"ל והובא בב"י סי' צ"ד ונראין דבריו דברי תימא דאזיל בתר איפכא דהא לפי המבואר מסוגיא שם לבני מערבא דס"ל דצריך הודע' וצריכין לתירוץ דר' אבא דנעש' כמי שהקנ' לה והאשה זוכה מיד הבעל אבל לר' יוחנן דא"צ הודעה א"כ האש' זוכה מיד מוכר כיון דא"צ הודעה ולפי מ"ש ניחא דלר' יוחנן דלא ס"ל כבני מערבא היינו דוקא היכא דאין מעות והיכא דליכא מעות ודאי צריך הודעה וא"כ ודאי צריכין אנו לדר' אבא דנעש' כמי שהקנה להם מעיקר' אבל לבני מערבא דס"ל אפי' בדאיכא מעות צריך הודעה וא"כ קשה אפי' חטין וחטין נמי וצריך לומר לדידהו דשליחותי' קא עביד וכיד בעה"ב דמי וא"כ במקדיש נכסיו נמי תו א"צ לדר' אבא אלא הטעם משום שליחותיה קא עביד כדר' אבהו דאמר משום שליחות ואמר תדע דתנן א' המקדיש וכו' וא"כ דברי ר' אבא אינו אלא לר' יוחנן דלדידיה לא אמרינן שליחותי' קא עביד וטעמא דחטין וחטין נמי הוה משום דא"צ הודעה ומשום דאין מעות אבל לבני מערבא ע"כ טעמא משום שליחותיה דא"כ תיקשי חטין וחטין נמי ודברי הרמב"ן נכונים דלדידן דלית לן לבני מערבא הוא דצריך לו' נעשה וכמ"ש. ונ"מ בין טעמא דנעש' וזוכה אשה מיד הבעל או מיד מוכר היכא דכת' לבע"ח דאקני והובא אצלינו בסי' צ"ז סקי"ג ע"ש:

סעיף ד

אבל אם חזר בו שמעון כת' בטור בשם הרמ"ה וז"ל ראובן שאמר לשמעון זבין לי האי מידי וזבין לי' מסתמא קני' ראובן משעת משיכה דכיון דא"ל זבין לי לזבוני מעליא קא מתכוין וכמו דא"ל זכי דמי ואפי' שחזר שמעון אחר משיכה ואמר לעצמי כוונתי לקנותו אינו נאמן אע"ג דיהיב שמעון דמים שלו קני' ראובן דיהיב לשמעון זוזי דכמאן דאוזפינהו

דמי ודוקא שלא חזר שמעון קודם משיכה אבל אם חזר בו קודם משיכה ואומר שקנה לעצמו אפי' חוזר בין מתן מעות למשיכ' קונה כיון שמעות אינו קונ' נמצא שעדיין לא קנה ראובן ובשעת משיכה זוכה לעצמו ואפי' מי שפרע ליכא שלא תיקנו מי שפרע אלא בין מוכר ולוקח אבל בשליחות לא ודוקא היכא דיהיב שמעון למוכר זוזי מדיליה אבל אי יהיב ראובן לשמעון זוזי למזבן לי' מידי ואזל ויהבינהו זוזי למוכר אדעתא דראובן ומקמי משיכה חזר בו שמעון וזבני' לנפשי' לא קנה שמעון עד דמודע ומכוין מוכר לאקנוי לי' לדידי' דמעיקרא לא אכוין לאקנויי אלא לבעל המעות וכי לא הדר בי' מקמי משיכ' וכו' ע"ש. והנה לפי מ"ש בסק"ג דלר' יוחנן ור' אבא דאמר נעשה לית להו הך סברא דשליחותי' קא עביד והיכא דליכ' מעות לעולם צריך הודעה למוכר ומש"ה הוצרך ר' אבא לו' נעש' ושתהי' אשה זוכה מיד הבעל ולא מיד מוכר ע"ש סק"ג ותיקשי לפי"ז במ"ש הרמ"ה דאם קנה השליח במעות עצמו קנה המשלח והא היכא דליכ' מעות אין צריך הודעה למוכר. ובש"ך כת' על דברי ריי"ו דכת' דצריך מעות וז"ל גם ממ"ש הטור כמאן דאוזפינהו דמי אין ראי' דשאני התם דאמר זבין לי עכ"ל והובא בסק"ב ומשמע טעמא דש"ך כיון דאמר ליה זבין לי ה"ל שליחותי' ולפי מ"ש לית לי' לר' יוחנן ור' אבא האי טעמא דשליחותי' קא עביד וכדמוכח מאתקפתא דרב שמואל בר ססרטי דפריך אפילו חטין וחטין נמי ומוכח מזה דרב שמואל ס"ל כר' יוחנן דאין צריך הודע' ומשום דאיכא מעות המשלח אבל אי לאו מעות לא מהני שליחות: והנרא' לי בזה דהיכא דא"ל זיל זבין והשליח קונה במעותיו ה"ל המשלח בעל המעות דה"ל כמאן דאוזפינהו כיון דעל פיו הוציא והמשלח צריך להחזיר לו המעות ואינו אלא הלואה וה"ל המשלח בעל המעות כמ"ש. אבל בדינא דריי"ו דלא א"ל זיל זבין אלא שקונה מעצמו במעותיו ולא הוי לוה כלל על המעות דאי בעי אינו רוצה במקחו א"כ לא הוי בעל המעות אלא השליח וכן בצבע ואשה דהבעל נותן מעות ואין האשה מחזרת כלום א"כ לא הוי האשה בעלת מעות ובנדון הרמ"ה דא"ל זיל זבין ה"ל המשלח בעל המעות דכמאן דאוזפינהו וכמ"ש והא דעצי הדר בי' מקמי משיכ' אע"ג דהיכא דמשלח נותן מעותיו לא מצי הדר עד דמודע למוכר וכמ"ש הרמ"ה היינו משום דלא הוי ליה כמאן דאוזפינהו אלא אחר שקנ' השליח את המקח ואינו בחזר' וה"ל המעות שהוציא על המקח ברשות המשלח כאלו הלוה אותן לו כיון דברשותו הוציא אבל כל שלא משך דאי' בחזר' והמעות אינו אלא פקדון ביד המוכר לפי מ"ש תו' בחד תי' בפ' המפקיד (בבא מציעא דף מ"ג) ע"ש וא"כ עדיין לא הוציא את המעות ואין המשלח מתחייב כלל. וכעין זה כת' הריטב"א פ"ק דקידושין גבי התקדשי לי במנה תנם על הסלע וז"ל הלכך האומר לחבירו תן מנה ע"ג הסלע שהוא

מקום האבוד ואתחייב אני לך ונתנו שם על פיו חייב והוא שלא חזר ונטלו משם דאם חזר ונטלו משם הא לא עבד כלום על פיו ובמה נשתעבד לו עכ"ל ע"ש. וה"נ אחר משיכ' דתו ליתי' בחזר' ה"ל כמקום האבוד אבל קודם משיכ' דאי' בחזר' ולא הוי מקום האבוד ולא נשתעבד ותו לא הוי כמאן דאוזפינהו ודו"ק. ועוד נרא' דרי"ו מיירי שנותן מעותיו דרך מתנה להקנות לפ' א"כ ודאי לא הוי כמאן דאוזיף ותדע דהא כת' הרמ"א בסי' קצ"ה במקח שלא בפניו ולא קנה דלא הוי זכות שמא לא יתרצה במקח ואפילו נתרצ' הקונה בתר דשמע אמרינן שמא מעיקרא לא ניחא לי' ולא הוי זכות ע"ש ואי מיירי רי"ו בנותן מעותיו ע"ד לחזור וליקח מעותיו מן הקונה בכה"ג לא הוי זכות כלל אלא ע"כ דרי"ו מיירי שנותן מעותיו דרך מתנה ולא שייך בזה כמאן דאוזיף לי' וכמ"ש. והרמ"ה שכת' ז"ל דמעיקרא לא אכוין לאקנויי אלא לבעל המעות ע"ש משמע דאפי' היכא דלא אמר אדעת ראובן מסתמא דעת מוכר דוקא על בעל המעות וכמ"ש בסמ"א סק"א ע"ש ובזה ממילא מרווח שמעתא דר' יוחנן ס"ל דאין צריך הודע' למוכר ומשום דדעת מוכר אינו אלא לבעל המעות ולא לשליח וגבי צבע ואשה דבעל נותן המעות ולזה צריך ר' אבא לומר נעשה כמו שהקנ' להם מעיקרא דאשה לא זכתה ע"י הבעל כיון דדעת הצבע לבעל המעות והוא הבעל ושטת הרא"ש נראה לכאור' כשטת הרמ"ה שהוא מחלק ג"כ בין נותן מעות המשלח או לא. אבל אכתי הפרש ביניהם כמו שאפרש והוא דלפי שטת הרמ"ה בטעמא דר' יוחנן דאין צריך הודע' למוכר הוא משום דכל עיקר כוונת המוכר ממילא אינו אלא לבעל המעות וכמ"ש וגבי צבע ואשה דליכא מעות מש"ה צריך ר' אבא לומר נעש' וכו' אבל מלשון הרא"ש נראה דטעמא דר' יוחנן משום דהשליח דעתו לזכות לצורך בעל המעות ע"ש באשר"י ז"ל וניתי' לבני מערבא דאע"ג דשני השליח מכל מקום אינו מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות ואע"ג שבעל החטין מזכה לשליח החטין ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות וע"ש ולפ"ז נרא' לדבריו בהך דינא דהרמ"ה היכא דשליח זבין סתמא ולא פי' למוכר אדעת ראובן וקודם משיכה הדר ביה דאינו צריך הודעה למוכר כיון דלהרא"ש עיקר כוונת מוכר לשליח אלא דשליח דעתו לזכות לצורך בעל המעות וכיון דקודם משיכה דעת השליח לעצמו הרי הוא לעצמו. אמנם אם השליח אמר למוכר על דעת ראובן ורוצה לחזור קודם משיכה בזה נראה דצריך הודעה למוכר שקונה לעצמו כיון דכבר הי' כוונת מוכר לראובן ואחר כך שרוצה לחזור ולקנות לעצמו מי הודיע זה למוכר וכיון דהמשלח נתן מעות וגם אודעי' למוכר אדעת משלחו שוב אינו יכול לחזור ולקנותו לעצמו עד דמודע למוכר אלא דלשטת הרא"ש לא ירדנו דכיון דמוכר אינו מכוין אלא לשליח אמאי זוכה המשלח טפי כשנותן מעות כיון דהכל תלוי בכוונת

שליח ואם כן כי ליכא מעות והשליח זוכה למשלחו נמי יזכה המשלח וביותר תמוה סוף דברי הרא"ש בזה שכת' בצבע ואשה אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר ע"ש דהא כיון דבעל מעיקרא מתכוין לזכות מיד הצבע לאשה ולא לעצמו א"כ אין זה זוכה בשלו וכיון דמעולם לא הי' שלו ובשל אחר הוא דזוכ' לאשה וצ"ע. ושטת הרמ"ה מחוור ומשום דדעת מוכר מעיקרא אינו אלא לבעל המעות וכמ"ש. והשלטי גבורים פ' הגוזל הניח דברי הרמ"ה בצ"ע וז"ל עד דמודע למוכר שמכוין לאקנויי ליה הא לא מודע לא קנה וזה הוא כבני מערבא דבעי הודעה למוכר והא אנן קי"ל כר' יוחנן ולא בעי כלל הודעת מוכר ע"ש. וכן הקשה בט"ז על הש"ע שהביא דברי הרמ"ה שהם אליבא דבני מערבא ואנן קי"ל כר' יוחנן דלא בעי הודעה למוכר וע"ש שהניח ג"כ בצ"ע ולפי מ"ש מבואר דטעמא דר' יוחנן דא"צ הודעת מוכר ומשום דכל כוונת מוכר לבעל המעות והיכא דליכא מעות בעי הודעת מוכר וכמ"ש ובזה ניחא ליישב מאי דקשיא לן בפ"ק דמציעא דף ט"ו גבי חזר ולקחה מבעלים הראשונים דמה מכר ראשון כל זכות שתבא לידו ומשום דניחא לי' דליקו בהימנותא כו' מתקיף לה רמי בר חמא מכדי האי לוקח במה קני בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא ע"ש ומאי קושיא נימא כיון דניחא ליה דליקו בהימנותא א"כ כוונת הגזלן בשעה שקונה מן הנגזל על דעת הלוקח וזכין לאדם שלא בפניו ולפי מ"ש דהיכא דליכא מעות צריך הודעת מוכר והתם ליכא מעות ודו"ק. שוב מצאתי קושיא ופירוקא בשטה מקובצת שם בשם הריצב"א ע"ש ות"ל כוונתי לזה: ובש"ך ס"ק כ"ב ז"ל. אך קשה לי על הרא"ש דא"כ היכי קאמר בש"ס גבי לוקח שדה בשם ר"ג נימא פליגי אבני מערבא דהא אפילו מאן דפליג על בני מערבא בעינן שיהי' בעל המעות והא התם הריש גלותא לא נתן מעות וא"כ דמי לצבע שצבען לשמן דאין אדם זוכה בשלו לאחר עכ"ל וע"ש שהניח בצ"ע. והמעיין בש"ס יראה דאין זה קושיא כלל והכי אי' שם ת"ר הלוקח שדה בשם חבירו אינו כופין אותו למכור ואם אמר לו על מנת כופין אותו למכור ופריך מכלל דמקני קני' לי' נימא פליגי אבני מערבא דאמרי וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעה"ב אי משום הא לא קשיא כגון דאודעי' לבעל שדה ואודעינהו לסהדי ונראה שהבין הש"ך דקושיות הש"ס מכלל דמקני קני' לי' היינו לר"ג ומש"ה קשיא לי' דהא ר"ג לא נתן מעות ואין זה כוונת הש"ס דא"כ מאי משני כגון דאודעי' לבעל שדה וא"כ מקני קני לר"ג ומאי האי דתני כופין אותו למכור כיון דקני לי' אלא קושיות הש"ס מכלל דמקני קני לי' היינו ללוקח דכיון דתני אין כופין ר"ג למכור דהיינו לכתוב שטר ראי' ללוקח ומשמע דקני לי' לוקח לשדה וכי מי הודיעו למוכר דהא לבני מערבא אפי' היכא דאי' מעות צריך הודעת מוכר והכא דעת מוכר הי'

לר"ג דמוכר לא ידע שזה רוצה לקנותו ומשני דאודעי לבעל שדה ומה שאומר על ר"ג הוא לכוונה אחרת וקמ"ל דאע"ג דשדה דלוקח הוא אין כופין ר"ג למכור והיינו שיתן שטר ראיה וזה פשוט. ומזה נראה דאי' ברורה דלדידן דלית' לבני מערבא היכא דזבין לנפשי' במעות עצמו ואומר למוכר בשם פ' דזוכה לעצמו וכמו בהאי דר"ג דקנה לוקח. ולפי מ"ש הרמ"ה דלעולם עין המוכר לבעל המעות והכא הוא עצמו בעל המעות וכן לשעת הרא"ש דהיכא דאין השליח קונה זוכ' המשלח שהוא בעל המעות וה"נ כיון דאין הלוקח רוצה לזכות לשם אותו פ' אלא לעצמו זוכה לעצמו משום שהוא בעל המעות ומש"ה בהאי דר"ג נהי דהי' דעת המוכר על דעת ר"ג אבל כיון דהקונה לא רצה לזכות לר"ג ממילא זוכה לעצמו שהוא בעל המעות ובסמ"ע ס"ק י"א כת' דאפי' נותן מעותיו אם נתנ' למוכר בשם ראובן אפילו כוונתו לעצמו אינו זוכה ע"ש. ולענ"ד הדברים כמ"ש דכל כה"ג זוכה לעצמו וכדמוכח מהאי דר"ג וכמ"ש ואין לחלק משום דעשאו המשלח שליח אבל בהאי דר"ג לא עשאו שליח דמה בכך דעשאו שליח אם בדעתו לחזור משליחות בטלה שליחות וכיון דהמעות של עצמו זוכה לעצמו אע"ג דאמר למוכר בשם משלח פ'. וגם בט"ז חלק על הסמ"ע וע"ש אלא שדעתו דתרתי בעינן שיזכור בפירוש על דעת ראובן וגם המעות יהי' של ראובן ע"ש. ומיהו בזה נראה כדברי הסמ"ע דדעת מוכר מסתמא לבעל המעות וכן משמע מלשון הרמ"ה שכת' דעת מוכר לאקנויי לבעל המעות ע"ש וא"כ עיקר כוונת מוכר לבעל המעות וכמ"ש וכן מוכח מהא דר"ג דלמאן דפליג על בני מערבא קונה הלוקח אע"ג שאמר למוכר ע"ד ר"ג אע"כ משום דכוונתו לבעל המעות והקונה הוא בעל המעות והנה מבואר מדעת כל הפוסקים דליתי' לבני מערבא וכ"כ יש"ש פ' הגוזל מדלא הביא הרי"ף דצריך הודעא למוכר ש"מ דלא ס"ל הך דבני מערבא. ואיכא למידק בדברי הרי"ף שכת' בפרק הגוזל קמא רב כהנא יהיב זוזי אכיתנא לסוף אייקר כיתנא זבנא מרוותא דכיתנא אדעת' ליתן המעות לרב כהנא אתא לקמי' דרב א"ל אי קא מזבני לכיתנא אמרי האי כיתנא דכהנא הוא זיל שקול ואי לא לא תשקול רב לטעמי' דאמר רב עושין אמנה בפירות ואין עושין אמנה בדמים ולית הלכתא כוותי' דקי"ל כר' ינאי בפ' הריבית מה לי הן מה לי דמיהן ע"ש. ובהגוזל שם דף ק"ג בהאי עובדא דרב כהנא אמרו כמאן כבני מערבא דאמרי מי הודיע לבעל חטין שיקנה חטין לבעל המעות אטו מי יהיב רב כהנא ארבע ושקיל תמני כיתנא ממילא הוא דאייקר מגזל גזלי' ותנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה אמנם התם אמנה הואי ולא משכי' רב כהנא לכיתנא ורב לטעמי' דאמר עושין אמנה בפירות ואין עושין אמנה בדמים ע"ש:

ומבואר דכל זה אינו אלא לבני מערבא דצריך הודעה למוכר אבל לדידן דל"ל הודעה למוכר א"כ כיון דזבני' מרוותא דכיתנא אדעתי' דרב כהנא ודאי שרי רב כהנא למשקל הני זוזי כיון דמיד הלוקחין זוכה ולא ממרוותא דכיתנא וא"כ למה הביא הרי"ף הך דרב לטעמי' כיון דלדידן בלא"ה זוכה רב כהנא מיד הלוקחין אפילו נימא דאין עושין אמנה בדמים ונרא' לפי מ"ש דכל שלא נתן המשלח מעות צריך הודע' למוכר והוא שטת הרמ"ה והרא"ש ורי"ו וכמ"ש ולפי מאי דס"ד בש"ס דרב כהנא משכי' לכיתנא וה"ל כיתנא דרב כהנא ואפ"ה מצריך רב הודעה ללוקחין וא"כ ע"כ אינו אלא לבני מערבא דמאן דלית ליה הודעה היכא דאיכא מעות ה"נ אין צריך הודעה דדעת הלוקחין לזכות במעות לבעל הפירות אבל למסקנא דמסקינן דמיירי באמנ' ולא משכי' רב כהנא לכיתנ' וא"כ לא הוי בעל הפירות וא"כ אפי' לדידן כה"ג צריך הודעה ואע"ג דדעתי' דמרוות' דכיתנ' לזכות במעות לרב כהנא מי הודיעו ללוקחין כיון דרב כהנא לא הי' בעל הפירות ודוק היטב:

סעיף ה

הפסד הוא לשליח. כת' הש"ך וז"ל דוקא פחת יוקרא וזול' אבל אם אירע לו אונס והאונס לא בא השינוי שנגנב ונאבד ואין לו שום שכר לשליח מהמשלח פטור השליח תשובת מבי"ט סי' קע"ט ופשוט הוא עכ"ל. ומה דפשיטא לי' לש"ך תמוה דהא כיון ששינ' אינו שלוחו כלל והוי מעות הלוא' אצלו וראוי להתחייב בכל אונסין וכן משמע מדברי רי"ו במשרי' נתיב מ"ו ח"א וז"ל כתבו הגאונים המפקיד אצל חבירו סחורתו להוליכה למקום פ' ושינ' והוליכה למקום אחר חייב באחריות הסחורה ונעשית מלוה וב"ד יורדין לנכסיו לפרוע לו כו' ומדכתיב ונעשית מלו' א"כ ודאי חייב בכל אונסין כדין מלוה וכן בנימוקי יוסף בשמעתין דפחתו לו ז"ל שמעינן מיני' שמותר להלו' ע"מ שלא ילוה אלא ע"ג כספים ואם שינה ומלוה ע"י אחרים אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע ואע"פ שעתה קרוב לשכר ורחוק להפסד שכל האחריות עליו לא חשוב ריבי' עכ"ל. ומדכתב כל אחריות עליו משמע אפי' אחריות אונסין. שוב מצאתי במשנה למלך פ"א משלוחין הביא תשובת מבי"ט הנז' וכת' שהב"י בתשובת כ"י חולק עליו ומביא ראיות מהרבה פוסקים דחייב באונסין כששינה ע"ש. וכן עיקר לדינא (דף צ"ח):

סעיף ו

היה השער קצוב וידוע והוסיפו לשליח. בפ' אלמנה ניזונית תנן אלמנה שהיתה כתובתה מאתים ומכרה שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה נתקבלה כתובתה. ובגמ' פריך עלה מ"ש שוה מאתים במנה דאמרי לה את אפסדתי' שוה מנה במאתים נמי תימא אנא

ארווחנא אמר רב נחמן כאן שנה רבי הכל לבעל המעות כדתניא הוסיפו לו א' יתיר' הכל לשליח דברי ר' יהודה ר' יוסי אומר חולקין והתניא ר' יוסי אומר הכל לבעל המעות אמר רמי ב"ח לא קשיא כאן בדבר שיש לו קצבה כאן בדבר שאין לו קצבה אמר ר"פ הלכתא דבר שיש לו קצבה חולקין דבר שאין לו קצבה הכל לבעל המעות מאי קמ"ל שינוייא דשנינן שינוייא היא ופי' רש"י כדתניא דאי' פלוגתא דתני בהאי מלתא כו' וסתם לך רבי במתני' דהכא כר' יוסי דמתני' נמי דבר שאין לו קצבה היא דכל קרקע נמכר באומד זה בפחות וזה ביוקר ע"ש: ובתוס' שם שאל ר' יעקב ישראל את ר"ת והשיב לו ואשר שאלת על ראובן ששלח לשמעון לקבל מעותיו מן הנכרי וטעה הנכרי בחשבון נראה שחולקין בין שניהם דהוי המעות כדבר שיש לו קצבה כו' ושוב חזר בו דכל טעות בין ע"י מקח בין שהטעה במנין הכל לבעל המעות והטעם משום דהטעות הגיעו ע"י מעות המשלח וע"ש. וקשה טובא דא"כ מאי מקשי בש"ס תימא אנא ארווחנא הא שוה מנה במאתים הוי טעות וכדמוכח בירושלמי שהובא בתוס' שם דפריך ויחזור המקח ע"ש וכיון דהוי טעות א"כ אפי' בדבר שיש לו קצבה הכל למשלח וצ"ע. ועיין בתוס' שם ד"ה כאן שנה רבי הכל לבעל המעות וז"ל אין לדחות לפי הירושלמי דמוקי לה כשהוזל וכשהוקר הא לאו הכי הדר דהכ' משום דלא יצא הקרקע מרשות היתומים דא"כ גבי שוה מאתים במנה תחזור לו השד' אלא ודאי הכא והכא קנאתן כדפרישית עכ"ל. וכוונתם למ"ש תוס' ד"ה אלמנה שמכרה וז"ל וטעמא דנתקבלה כתובתה גבי מכר' שוה מנה במאתים תימ' קצת אע"ג דהוזל המקח מ"מ תחזור בה לגבי הלקוחות שהרי המכר לא הי' כלום ותחזור הקרקע ליתומים וי"ל הואיל דבשע' שקיבל' הקרקע הי' שוה מאתים מיד רצתה להוציא הקרקע מרשות היתומים ולהכניס לרשות הלוקח והרי הוא כמו שנתכוון' לקנות הקרקע באות' שעה עכ"ל. ולזה כתבו דהכא והכא קנאתן האלמנה משעה שרצתה להוציא הקרקע מרשות יתומים ולהכניסה לרשות לוקח. ודבריהם צריכין ביאור דאי קנאתן א"כ הוי אלמנה בעל המעות ויהי' הריוח דיד'. והנה בחידושי מהרש"א כת' דאע"ג דקנאתן הכא גבי שוה מנה במאתים לא הוי אלא כשליח והכל לבעל הקרקע כי התם דהכל לבעל המעות אבל לחובתה כגון בשוה מאתים במנה קנאתן לגמרי שלא תוכל להחזיר להם הקרקע כמ"ש תוס' לעיל עכ"ל. ולדבריו תיקשי קושיות תוס' דהכא משום דלא יצא הקרקע מרשות יתומים כיון דלטובתה לא קנאתן ועוד דהרי כתבו תוס' להדיא דהכא והכא קנאתן ומשמע בין לזכות בין לחוב. וראיתי בבית שמואל סי' ק"ג שהרגיש ג"כ בדברי תוס' וע"ש סקי"א שכת' וז"ל כ' תוס' אע"ג דאכתי יכולה לחזור דהא בתחלת המכירה הי' מקח טעות ויכול' לחזור נגד הלקוחות ותחזור הקרקע ליתומים ותירצו כיון

דבתחל' המקח הי' כוונתה ליקח בעד הכתובה אינה יכולה לחזור נגד היורשין אע"ג בדאוקיר יכולין היורשין לחזור כיון דמכרה בלא ב"ד וקיימא ברשותם מ"מ בדאוזיל קיימא ברשותה אף לדעת הפוסקים דס"ל אם מכרה בלא ב"ד המכר בטל היינו היורשין יכולין לבטל אבל בדאוזיל קיימא ברשותה עכ"ל:

ונראה מדבריו דמפרש למשנתינו שמכר' בלא ב"ד ומש"ה בדאוקיר לא קנאתן. ותיקשו נמי דא"כ מאי פריך ותימא אנא ארווחנא דהא המכר בטל כל שמכרה בלא רשות ב"ד והריוח ליתומים אלא ודאי דכל שמכרה בלא רשות גם בדאוזיל לא קנאתן ומשנתינו מיידי לדעת תוס' דבעי ב"ד מיירי שמכר' ברשות ב"ד הדיוטות ולדעת הפוסקים דא"צ ב"ד א"כ הכא והכא קנאתן בלא ב"ד ועכ"פ משנתינו ע"כ מיירי שמכרה ברשות דאל"כ גם בדאוזיל לא קנאתן כיון דהמכר לא הי' מכר כלל. ולכן נראה לענ"ד דברי תוס' דודאי כיון דמיירי משנתינו שמכרה ברשות וכמ"ש ומש"ה הכא והכא קנאתן דכיון שנתכוונה להוציא מרשות יתומים קנאתן לגמרי ובדאוזיל לא מצי הדרא ליתומים דאע"ג דלעצמה אינה יכולה למכור הא כל שמכרה לאחר ויש לה רשות בכך קנאתן והא דשוה מנה במאתים דאין הריוח דיד' ולא אמרי דקנאתן היינו משום דמוקי לה כר' יוסי דס"ל בדבר שאין לו קצבה הכל לבעל המעות ומשום דכל שאין לו קצבה הכל הוא על המכר וכמ"ד רש"י דכל קרקע נמכר באומד זה בפחות וזה ביותר וכיון דהכל דמי הקרקע הוא ה"ל כמו נתייקרה ואם נישם הקרקע במנה ונתייקרה על מאתים ודאי היוקר ליורשין וכיון דהאלמנה לא קנאתן אלא בשעה שמכר' שאז נתכוונה להוציא מרשות יתומים ולהכניס לרשות לוקח וכיון דאז בשעה זו נתייקר' דהא שוה מנה במאתים מה שנותן הלוקח בעד הקרקע מאתים על הקרקע נותן והוי רווחא ליתומים וא"כ הכא והכא קנאת' אלא דגבי שוה מנה במאתים כיון שנותנין בעד הקרקע יותר הרי הוא כמו שנתייקרה בשעת המכר דרווחא ליתומים אבל במאתים שמכרה במנה נמי קנאתו לגמרי ואע"ג דלא לקחה בעד הקרקע אלא מנה אמרינן לה את אפסד' וזה ברור. וניחא בזה ליישב מה דקשיא לן בהא דפריך ותימא אנא ארווחנא דהא שוה מנה במאתים ה"ל טעות ובטעות הכל למשלח דכיון דטעמא דגבי טעות הכל למשלח הוא משום דהגיע ע"י מעות המשלח וכיון דאלמנה הכא והכא קנאתן וא"כ הרי האלמנה בעל המעות דהא הקרקע שלה דהא לפי ס"ד לא ס"ל לחלק בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה וא"כ כיון דבדבר שיש לו קצבה דודאי יש יתרון ואעפ"כ אמרינן גבי טעות דהכל למשלח ומשום דע"י מעותיו היה הטעות וא"כ גבי אלמנה הרי היא בעל' הקרקע דהכא והכא קנאתן ולזה משני כאן שנה רבי הכל לבעל המעות וכו' וכדמסיק כאן בדבר שיש לו קצבה ומשנתינו

דבר שאין לו קצבה והכל על הקרקע וא"כ ליכא יתרון כלל אלא שנמכר כך פעמים בפחות פעמים ביותר וכיון דליכא יתרון אלא שנותן על הקרקע ביותר והרי הוא כמו נתייקרה ומש"ה העודף ליתומים וכמ"ש. ועיין ל' רש"י כאן שנה רבי במשנתינו הכל לבעל המעות השולח שלוחו לשוק לסחורה כו' ולכאורה הלא במשנתינו גופה קמ"ל רבי הכל לבעל המעות אלא משום דלישנא דהכל לבעל המעות לא יתכן גבי אלמנה כיון דהכא והכא קנאתן והרי היא בעל המעות אלא דלישנא דהכל לבעל המעות יתכן לפרש גבי שלח שלוחו כו' וממילא הכא גבי אלמנה הריוח ליתומים כיון דגבי דבר שאין לו קצבה ליכא יתרון כלל לבעל המעות או לשליח אלא הכל הוא דמי המקח וכיון שעולה המקח של הקרקע הוא מאתים ה"ל כנתייקרה אז בשעת המקח וכמ"ש ומש"ה הריוח ל' תומים ודו"ק: ובזה נראה ליישב קושית תוס' שהקשו במ"ש רש"י וסתם לך רבי במתניתין דהכא כר' יוסי דמתני' נמי דבר שאין לו קצבה והקשו אמאי לא קאמר מתני' מני ר' יוסי היא ולמה קאמר כאן שנה רבי וכדתניא וכו' ע"ש ולפי מ"שמהא דקאמר ר' יוסי הכל לבעל המעות מתני' לא מתרצה כיון דאלמנה היא בעל הקרקע דקנאתן אלא מש"ה קאמר הא מני רבי הוא וכדתניא והיינו כדמסיק כאן בדבר שיש לו קצבה כאן בדבר שאין לו קצבה וכיון דטעמא דדבר שאין לו קצבה דליכא העודף אלא על הקרקע גופה וא"כ הריוח שעל' על הקרקע דיתומים הוי וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ז

אמר המוכר בפירוש עיין סמ"ע שכת' בשם הר"ן דלפי טעמא דהרי"ף דחולקין משום דבאה לו הנאה על ידי בעה"ב אפילו אומר בפירוש שנותן לשליח אפ"ה חולקין ע"ש. מיהו נראה דהיינו דוקא בנותן לשליח ומשום דבאה לו הנאה ע"י בעה"ב אבל אם נותן בפירוש לבעה"ב גם לדעת הרי"ף הכל לבעה"ב דאטו מי שנותן מתנה לחבירו ע"י שליח יהי' לשליח חלק בו ועיין ש"ך שתמה על הרמ"א שפסק דלא כהרי"ף ונרא' דכיון דכת' הרמב"ן בתשובה שטע' הגאון ורש"י יפה והובא בב"י וע"ש בתשו' הרמב"ן דאפילו לטעמא שכתבו לפי שבאה הנאה על ידי בעל הבית היכא שטוען שליח שהוא ההנהו למוכר ומש"ה נתן לו ודאי הכל לשליח ע"ש:

סעיף ח

וטעה הגוי ונתן לו יותר. כת' הטור וז"ל והר"ר יונה כת' דגבי מקח אין חילוק בין שהוסיף מדעתו בין שטעה אלא שחילק בין טעות שבמקח ובין היכא שטעה בחשבון דגבי מקח הי' סבור שאין המקח שוה יותר מן המעות שקיבל ונתן הכל לבעל המעות ולפיכך אם אין לו קצבה הכל לבעל המעות וחולקין כשיש לו קצבה וכו' ולזה הסכים א"א הרא"ש

ז"ל וקשה לי בדבר שיש לו קצבה אמאי חולקין דהא לפי טעמא דרש"י אין לו לשליח אלא משום דאמרינן מתנה יהיב ולשליח הוא דיהיב וכאן בטעות שבמקח ליכא מתנה כלל וא"כ יהי' הכל לבעל המעות וכן לפי טעמא דרי"ף משום דבאה לו הנאה ע"י שליח נמי לא שייך אלא במתנה אבל זה שנותן בפירוש בטעות ועל המקח ודאי לבעל המעות הוא והוא בעל המקח ואפילו לפי מ"ש הר"ן דלדעת הרי"ף אפילו נותן בפי' לשליח בעה"ב חולק עמו ומשום דבאת לו הנאה על ידו כבר כתבנו דהיינו דוקא לשליח הא נותן בפירוש לבעה"ב ודאי הכל לבעה"ב וכמו שאר נותן מתנה ע"י שליח דהכל להמקבל המתנה עיין סק"ז. ולכן נרא' דהר"ר יונה ס"ל כטעמא שכת' בהגהת אשר"י דדבר שיש לו קצבה חולקין משום דלא מחמת המקח בא אלא מחמת מזל שניהם ודבר שאין לו קצבה הזלזול מחמת המקח בא בשויו ומזלו דבעל המקח גרם ע"ש ומש"ה בטעות שבא על דבר שיש לו קצבה נמי מחמת מזל שניהם בא וחולקין אבל לפי טעמא דרש"י ורי"ף כל שהיה טעות במקח בדבר שיש לו קצבה הכל לבעל המעות ומה"ט נרא' הא דהשמיט בש"ע האי דינא דר' יונה משום דלדידן דס"ל כטעמא דרש"י ורי"ף ליתיה להאי דינא ומ"ש בטור וכן הסכים א"א הרא"ש נרא' דלא קאי על טעות שבמקח בדבר שיש לו קצבה דלא הוזכר באשר"י מזה אלא קאי על מ"ש בטעות שהכל לשליח ובב"ח הגיה בטור במ"ש ור' יונה הגיה ור' יצחק והוא ר"י שבתו' ולפענ"ד תו' לא ס"ל האי דינא אלא הוא דעת ר' יונה והוא כטעמא דהגה' אשר"י:

סעיף ט

אבל אם לא ידע בטעות. כת' בש"ך ז"ל דגם בדבר שיש לו קצבה דחולקין אם לא ידע השליח בטעות קודם שנתנו למשלח הכל למשלח דלא זכה השליח שלא מדעת ע"ש. ול"נ דלטעמא דרש"י דחולקין בדבר שיש לו קצב' ומשום דה"ל מתנה ושמא נתן הכל לשליח א"כ אפי' שלא בידיעת השליח זוכה השליח דאע"ג דעודר בנכסי הגר וקסבר שלו הן לא קנה והרי אינו קונה שלא במתכוין דבגר כ' הרשב"א פ"ב דגיטין ובנ"י פ' חזק' דהיינו דוקא בהפקר ומציאה אבל היכא דאין דעת אחרת מקנה אפי' אינו מתכוין לקנות ולא ידע כלל נמי זוכה וכמ"ש בסי' ק"מ בס"ק א' ובסי' ער"ה סק"ד ע"ש וכי היכי דחולקין אפילו הכל ביד השליח כן חולקין נמי היכא שהוא עתה ביד בעה"ב וכן לפי טעמא דרי"ף לפי שבאה הנאה לשליח ע"י בעה"ב א"כ ה"נ איכא הנא' לבעה"ב על ידי שליח וחולקין ומש"ה לא כת' הרמ"א האי דינא אלא בטעות גוי דהוי הפקר וליכא דעת אחרת מקנה ובזה ודאי כל שהשליח לא ידע אינו זוכה שלא במתכוין כמו במציאה ובנכסי הגר אבל בדבר שיש לו קצבה אין חילוק בין ידע או לא ידע ולעולם חולקין וכמ"ש. אמנם

גם בטעות גוי והשליח לא ידע נמי מידי ספיקא לא נפקא והוא במחלוקת בין הפוסקים אם חצירו וידו זוכה שלא מדעת בדבר שאין רגיל לבא ועיין במרדכי פ"ב דמציעא אלא דרמ"א פסק בסי' רנ"ב סעיף י"ח ובסי' רס"ח סעיף ג' דכה"ג לא זכה ע"ש. אמנם אם תפס השליח אחר כך מיד בעה"ב לא מפקינן מיניה כיון דאין דעת כמה פוסקים דחצירו וידו זוכה לו שלא מדעת אפי' בדבר שאינו רגיל לבא וכל זה בטעות גוי אבל בדבר שיש לו קצבה דאין דעת אחרת מקנה לא בעינן דעת זוכ' כלל וכמ"ש:

סימן קפד

סעיף א

על שם לוי. עט"ז שכת' שאין להוציא דבר הלכה מתוך הגהה זו כי היא סתומה ואין לו ביאור ודברי הגה' מרדכי שהם דברי בעל העיטור ג"כ צריכה ביאור וע"ש בש"ך דמפרשה לפי דרכו וז"ל העיטור שאלה לרבינו חפני כיון דקי"ל דבעינן מקנה מלוקח ראובן דזבין ארעא משמעון על שם לוי ולוי לא הרשהו וכת' על שם לוי שהיה במרמה וכיון שראה שמעון שלא בא לוי חזר בו מפני שלא הקנה לו כלום מהו והשיב שאינו יכול לחזור כדמוכח מהא דאמרינן הלוקח שדה בשם חבירו אין כופין אותו למכור ומהאי מוכחא דאין שמעון יכול לחזור בו אע"פ שלא הרשהו ולא עשאו שליח ואם בא לוי ואמר במעות קנה הדין ביניהם עכ"ל. והוא מועתק במרדכי אלא ששינה קצת כמ"ש בט"ז וכת' לפרשה ז"ל דהא דאמרינן בגמרא הלוקח שדה בשם חבירו אין כופין אותו למכור ופירשו בתחל' הסוגיא אין הלוקח יכול לכוף לחבירו שיחזור וימכור לו דמשמע עכ"פ קנה חבירו וקשה במאי קנה אי בק"ס כו' הא לוי לא שויא שליח כו' דאימר לא איצטריך ליה למיזבן ארעא וכ"כ רמ"א בסי' קצ"ה וע"כ צ"ל דמיירי שנתן לו השליח המעות דכאן לא בעינן דעתו כמ"ש רבינו בסי' ק"ן אלא דצריך שיאמר אח"כ שדך קנויה לי במה שנתן לך פ' ופשוט שזה לא מהני בק"ס כו' שכבר הדר סודר למריה משא"כ במעות כו'. ועפי"ז יתפרשו דברי העיטור כיון דבעינן מקנה מלוקח ר"ל כליו של קונ' א"כ אם לוקח ראובן בלי הרשאת לוי ושמעון המוכר רוצה לחזור כיון שרואה שלא בא לוי ומרגיש שלא עשאו שליח כו' והשיב שמתוך הגמרא דלעיל מוכח שקנה לוי וכמ"ש והיינו ע"כ במעות כמ"ש בסמוך ואשר"י מסיים כאן ואם לוי יבא ויאמר במעות קנאה ראובן ובזה א"צ דעת הזוכה כו' וע"ז כ' הדין ביניהם שידרשו אח"ז אם האמת כן שקנאה במעות כן הוא פי' דברי העיטור והגהת מרדכי בלי ספק ורוח אחרת כמו שעלה על דעת הגאונים רמ"א וסמ"ע בזה וע"ש: והנה אם אמנם לכוונת הרמ"א והסמ"ע לא ירדנו גם

בפי' הט"ז לא הונח לנו דלפי פירושו הוסר שאלת רבינו חפני אם קנאה לוי לפי שלא עשאו שליח והעלה שקנאו אם קנאו במעות ובאופן שיאמר לו אח"כ שדך קנויה לי במה שנתן לך ראובן וכיון שכבר חזר שמעון משהרגיש שלא בא לוי ודאי תו לא מהני מה שאומר לו אחר כך שדך קנויה לי במעות שנתן ראובן דכיון דבשעה שנתן ראובן המעות לא קנה לוי כיון שלא עשאו שליח ורוצה לקנותו עכשיו במה שאמר שדך קנויה לי והרי המוכר חוזר בו וכה"ג בקידושין ובמכר אינו קונה אם חוזר בו וזה פשוט. וגם בזה דכ' הט"ז דפירשו בתחלת הסוגיא דאין כופין אותו למכרו ללוקח משמע דקנה חבירו ונפלאתי בזה שם בגמרא הכי איתא בפ' הגוזל (דק"ג) ת"ר הלוקח שדה בשם חבירו אין כופין אותו למכור ואם אמר ע"מ כופין אותו למכור מאי קאמר אמר רב ששת הכי קאמר הלוקח שדה בשם ר"ג אין כופין אותו ר"ג למכור ואם אמר לו ע"מ כופין אותו ר"ג למכור מכלל דמקני קניא ליה לימא פלוגתא דבני מערבא דאמרי וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבענ המעות אי משום הא לא קשיא כגון דאודעי' לבעל שדה ואודעי' לסהדי כו' ע"ש. והבין הט"ז דהא דאמרי' מכלל דמקני קני' ליה היינו לר"ג וזה ודאי ליתיה דר"ג מעולם לא קנאו ולא עשאו שליח כלל לקנותו אלא דאמרו מכלל דמקני קני ליה היינו ללוקח ?וני מי הודיעו למוכר כיון שאמר בשם ר"ג לא כיון המוכר לזה הלוקח אלא שהקונה רוצה שטר מר"ג למכור לו שלא יבואו יורשי ר"ג ויתבעו ממנו. ולפי מה שהבין הט"ז א"כ מאי פריך לימא פלוגתא דבני מערבא דהא אודעי' למוכר בשם ר"ג ופשט הגמרא לימא מקני קני' ליה היינו ללוקח וכמ"ש וכבר כתבנו מזה בסי' קפ"ג סק"ה על קושיות הש"ך שם שהונח בצ"ע וגם הוא הבין קושיות הש"ס מכלל דמקני' קני' ליה היינו לר"ג ותמיהני על המאורות הגדולים הט"ז והש"ך מה ראו על ככה ובדרך הזה יתפרשו דברי רבינו חפני ראובן דזבין ארעא משמעון על שם לוי ולוי לא הרשהו וכ' שטר על שם לוי שהי' במרמה והיינו שקנה לעצמו אלא שכת' השטר על שם לוי במרמה כדי להטיל אימתו על המערערין וכיוצא ובמרדכי בהעתק' השאלה הנז' כת' במקום במרמה תיבת במכירה והעיקר הוא כני' במרמה וכמ"ש וכיון שראה שמעון שלא בא לוי חזר בו באומרו שלא הקנה אותו לזה אלא ללוי וכיון שלוי לא קנאו אינו רוצה למוכרו לראובן כיון שלא הודיעו. והשיב שמעון אינו יכול לחזור וקנה ראובן וכדמוכח מהא דאמרי' הלוקח שדה בשם חבירו אין כופין אותו למכור ומכלל דמקני קני' ליה והיינו לזה שנותן המעות והוא הקונה האמיתי ואע"ג דמוקי התם באודעי' למוכר והיינו לבני מערבא דסברי דצריך הודעה אבל לדידן דלא ס"ל כבני מערבא אלא כר' יוחנן שם דאין צריך הודעה למוכר ומשום דכוונת מוכר לבעל המעות וכמבואר אצלנו באורך סי' קפ"ג

סק"ה ע"ש א"כ אפי' לא אודעי' למוכר קנה הלוקח האמיתי שנתן המעות ומש"ה שמעון אינו יכול לחזור ואע"ג דאמר לו בשם אחר ולא אודעי' שקנה לעצמו וסיים בתשו' הנז' ואם בא לוי ואמר במעותיו קנה וכן ראוי להיות הגירסא וכן הוא במרדכי תיבת במעותיו ורוצה לוי בגוף המקח באמרו שעשאו שליח לקנות ונתן לו מעותיו והקונה מכחישו הדין ביניהם והיינו דשמעון המוכר כבר מכר לזה או לזה וא"י לחזור אלא שהדין ביניהם בין ראובן ללוי דהיינו שבועה לזה או לזה וזה פשוט וברור בכוונ' בעל העיטור:

סימן קפז

סעיף א

מעשה בא' שאמר לשלוחו כת' בטור ז"ל והרמ"ה כת' דלא אמרינן הכי אלא בשבועת השומרין אבל בעלמא כגון טענת פרעון והשבה וכו' אפי' יש רואה מיפטר והאי עובדא דארבע' מאה דני דחמרא פי' שפקדון הי' שאמר לו לקנות ממעות שהפקיד אצלו לבסוף א"ל שקנאה והי' פקדון בידו והחמיצו ועיין שם בב"י ז"ל ומכל מקום מהנך ת' דני דחמר' משמע דלאו דוקא בשומרין וכו' והטעם משום שאפי' תאמר שהי' המעות פקדון בידו מכל מקום שבועה זו לא שבועת השומרין היא ואם איתי' דלא אמר איסי אלא גבי שבועת שומרים האי עובדא דת' דני דחמרי כיון ששבוע' זו אינה שבועת השומרין לא ה"ל לרבא למימר זיל אייתי ראיה ואי לא זיל שלים אלא ל"ש בין שבועת השומרין לשאר שבוע' יש ראיה יביא ראיה ויפטר ואם לאו ישלם והרמ"ה נרא' שסובר דכיון דשבוע' זו ע"י שמירה בא לא הוי כשבועת השומרין עכ"ל. ולא ירדנו לכוונתו דודאי אם חשדו שלא קנה עדיין כלל ממעות הפקדון ושמא עדיין הפקדון ברשותם וכן אם קנה חמץ דהוי שינוי כיון דלתקוני שדרתי' ה"ל שבועה שאינו ברשותו או שבועה שלא פשעתי דהנך משבועת השומרין נינהו וצ"ע. אך דדברי הרמ"ה גופי' תמוהין במ"ש והני ת' דני דחמרא כו' ומאי קשיא ליה והא אפי' לא הי' המעות פקדון אצלו בתחלה אלא דשליח שוי' לקנות יין ונתן לו חומץ באומרו שעשה שליחותו וקנה יין והחמיץ והמשלח טוען שמא קנית חומץ או שמא חומץ זה שלך והמעות נשארו אצלך נמי שבועה צריך והוא שבועת השומרין דהיינו שאינו ברשותו וכן נמי שבועה שלא פשעתי וכמ"ש: ולולי דמסתפינא אפשר לו' דהרמ"ה לטעמיה דס"ל באומר לשלוחו צא והשאל עם פרתי דכיון דשלוחו של אדם כמותו ה"ל שאילה בבעלים והובא בטור סי' של"ו ע"ש וא"כ לעולם ליכא דין שומרין בשליח דה"ל בעלים עמו וכעין זה אמרו בש"ס פ"ב דקידושין גבי אין שליח נעשה עד כיון דשליח של אדם כמותו ה"ל כגופי' והיכא דבעלים עמו ליכא דין שבועת

השומרין וכמ"ש בסי' שמ"ו סק"א. ולזה כת' דמיירי שהי' פקדון ואמר לקנות ממעות פקדון ומש"ה אית בי' שבועת השומרין דשמא לא קנה יין ועדיין מעות הפקדון ברשותו ולא הוי בעלים עמו בשעת משיכת המעות ואע"ג דהשתא בעלים עמו כיון דאזליני בתר משיכת השמירה. והא דשליח ששינה חייב לאו מתורת פשיעה אלא משום דכל ששינה ה"ל מעות הלואה אצלו וכמ"ש בסי' קפ"ג סק"ה: ויותר נרא' לפי מ"ש הרמ"ה והובא בטור סי' רצ"ד כשנאנס גלימא והנפקד אומר שלך הוא דנאנס דאין בו משום שבועת שומרין וע"ש בש"ך דמפרש לה דהיינו דוקא שהעדים אומרים גלימא כזו ממש ששואל המפקיד ראינו שנאנס אבל אם אומרים ידענו שנאנס לו גלימא ואין יודעין אם הוא כזו ששואל המפקיד חייב לישבע שבועת שומרין ע"ש וא"נ ה"נ בשליח ששלח לקנות לו יין א"כ ליכא אלא תביעת יין וכיון שראינו אצלו שנאנס לו יין דהרי החמוץ לפניך אלא שאין יודעין אם הוא של המשלח או לא וכיון שהשליח אומר שלך הוא שהחמיץ תו ליכא ש"ש אבל כיון דמיירי שהי' מעות פקדון אצלו ואמר לו לקנותו במעותיו יין ואמרינן שמא מעותיו עדיין אצלו ויין שלו דהחמיץ ונשבע על המעות פקדון דתו לא הוי כזו ששואל ממנו המפקיד ודו"ק ואכתי צ"ע:

סימן קפח

סעיף א

אין הכותי נעשה שליח. כת' הש"ך בסי' רמ"ג וז"ל וכותי לכותי הוי שליח כ"כ משאת בנימין והוא פשוט עכ"ל. ועיין בית שמואל באה"ע סי' ה' סק"ט ז"ל כותי לכותי אחר דאז הוי לפני דלפני ומותר דאפילו אם נתן לשלוחו אין שליחות לכותי שם בתה"ד ש"מ אפי' כותי לכותי אין שליחות ולא כמ"ב סי' צ"ו שפסק בפשיטות כותי לכותי יש שליחות עכ"ל. ואין ראיה מדברי תה"ד וז"ל בסי' רצ"ט כותי הלוקח תרנגולים לסרסן שרי לישראל למכור כו' תשוב' כו' להתיר אם הכותי הקונ' אינו מסרסן בעצמן אלא מוסרן לעבדו וכו' ונדון דידן נמי לפני דלפני כו' אע"פ שמסרום לשליח לסרסם אין שליח לדבר עבירה ואפשר גם כן לגבי כותי מכותי ונוכל לו' דכל שכן הוא דהא קי"ל בעלמא דאין שליחות לכותי עכ"ל:

ומבואר דלא אתי עלה אלא משום דאפי' בישראל אין שלד"ע ודלא נימא בישראל דוקא הוא דאשלד"ע אבל בכותי יש שליח לד"ע לזה כת' דכ"ש הוא כיון דשליחות דכותי דאין לו שליחות לישראל וכיון דאפי' בישראל אשלד"ע מכ"ש בכותי אבל היכא דליכא עבירה אדרבה משמע מדבדי תה"ד דיש שליחות כה"ג וכדברי מ"ב בתשובה:

סעיף ב

שאינם בני דעת. וראוי לספק היכא דהי' פקח בשעה שעשאו שליח וקודם שגמר השליח שליחותו נשתטה המשלח אי אזלינן בתר מעיקר' ובשעה שעשאו שליח פקח הי' ועומד במקום המשלח או אזלינן בתר בסוף והרי בשעת גמר השליחות נשתטה המשלח ובטלה שליחות. אמנם מצאנו שנחלקו בזה קמאי דלדעת הרמב"ם פ"ב אם הי' בריא בשעת מינוי שליחות ואח"כ אחזו חולי שטות דאם נתנו השליח ה"ל גט מן התורה ואינו פסול אלא מדרבנן שלא יאמרו שוטה בר גירושין ולדעת הטור באה"ע סי' קכ"א כה"ג הגט פסול מן התורה. ועיין פר"ח הל' גיטין שהעלה כדעת הרמב"ם וכת' דאפי' גוסס דאינו בר גירושין אם עשאו שליח קודם ואח"כ נעשה גוסס נמי מהני שליחותי' וע"ש. ולדעת הרמב"ם דמן התורה הוי גט ואינו פסול אלא מדרבנן שלא יאמרו שוטה בר גירושין א"כ הכא גבי ממון כה"ג לא אמרינן אבל לדעת הטור דהוי מן התורה ביטול השליחות כל שנשתטה בשעת גמר השליחות א"כ בממון נמי ליכא שליחות:

אמנם אכתי צריך להתבונן לפי דעת הרמב"ם דלא מיבטל שליחות אפי' נשתטה בשעת גמר השליחות ומשום דכבר עמד השליח במקום המשלח בשעה שעשאו א"כ הא דתנן פ"ק דגיטין האומר תנו גט זה לאשתי שטר שחרור זה לעבדי ומת לא יתנו לאחר מיתה ואמאי נימא כבר עמד השליח במקום המשלח דהא גוסס או נשתטה נמי אין במעשיהם כלום ואמרינן כבר נעשה כמותו. ובתוס' שם פ"ק דגיטין (דף י"ג) ז"ל וקמ"ל דאין גט לאחר מיתה אע"ג דבהדיא תנן פ' מי שאחזו דאין גט לאחר מיתה הכא אצטריך לאשמעינן דאע"ג שמינה המגרש השליח בחייו לא חשיב להיות כמותו לאחר מיתה כאלו הוא עצמו קיים דלא חשיב גט לאחר מיתה עכ"ל וכ"כ תוס' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"א) ע"ש והיא גופה קשיא דלמה לא יהי' השליח כמותו לאחר מיתה כיון דכבר נעשה שליח בחייו וגוסס נמי הרי הוא כמת לדעת כמה פוסקים ואפ"ה כל שמינה אותו לשליח קודם שהי' גוסס דהשליח במקומו אפילו אחר שנעשה גוסס וע"ש פר"ח. ונרא' לי בזה דנהי דשלוחו כמותו אפי' אחר מותו כיון דאיהו גופיה אלו בעי לשחרר את עבדו אחר שמכרו אותו לאחרים אפי' כבר עשה שליח לשחרר עבדו וקודם שנתן השליח שחרורו חזר ומכרו לאחר תו לא מצי שליח לשחררו כיון דאיהו גופי' אין לו רשות בו וכאחר הוא וכן באשה כיון דמיתת הבעל מתיר ותו לא אגידא בי' כלל ומש"ה לא אמרינן בי' שלוחו כמותו כיון דאיהו גופי' אחר שמת לית ליה רשות כלל לא בעבד ולא באשה כמ"ש אבל בנשתטה או בגוסס כיון דאכתי זה עבדו וזו אשתו אלא שמחוסר דעת ויד לגרש ולכן השליח שכבר נעשה במקומו והשליח בר דעת ושלוחו כמותו וכן

נרא' מדברי רש"י פ"ק דגיטין שם (דף י"ג) במשנה שם לא יתנו לאחר מיתה וז"ל דגיטא לא הוי עד דמטי לידי' מכי מטא לידי' הא מית' משחרר ופקאה לי' רשותא עכ"ל. וכ"כ רש"י פרק דגיטין (דף ט') ז"ל לא יתנו לאחר מית' וכו' וכיון דמית קודם תו לא הוי שחרור דנפקא לי' רשותא מיני' וחייל עליו רשות יורשין עכ"ד והיינו כמ"ש כיון דכבר יצא העבד מרשותיה ונכנס לרשות יורשין וכה"ג בעושה שליח לשחרר ומכרו לאחר דתו לא מהני שלוחו דשחרר כיון דכבר יצא מרשותו והיינו נמי טעמא דאשה דכבר יצאה מרשותו במיתת הבעל וכמ"ש ומדכתב רש"י טעמא משום דפקע רשותי' ונכנס לרשות יורשין ותיפוק לי' דלאחר מיתה ליכא משלח משמע דס"ל לרש"י נמי כשיטת הרמב"ם בנשתטה קודם נתינה הוי שליחות ומתני' דלא יתנו לאחר מית' משמע דאפי' מן התורה פסול. וכן נרא' לענ"ד מוכח דאפי' אחר מיתת המשלח שליחות לא בטל ונכנס השליח החי במקומו דהא קי"ל בשליח שחלה דעושה שליח אחר וכמבואר בפרק כל הגט ואע"ג דשליח שני מכח שליח הראשון בא ושליח דראשון הוא מדכתב מוהר"ם פאדואה בסדר הגט דאם שליח הראשון מבטל שליחות השני הרי השליחות בטל ע"ש והובא בט"ז באה"ע סי' קמ"א ועיין משנה למלך פ"ו מגירושין וא"כ היכא דמת משלח הראשון היכא נותן שליח השני אלא ודאי דשליחות לא בטל אפי' אחר מות הראשון וטעמא דמתני' הנזכר דלא יתנו לאחר מיתה היינו משום דפקע רשותי' וכאחר דמי ואכתי יש מקום עיון לפי זה דשליחות לא בטל אפי' אחר מות המשלח אלא משום דפקע רשותי' וכמ"ש דנכנס לרשות יורשין א"כ למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו ואם נתן לאחר בין חתימה לנתינה ומטא לבסוף ליד הראשון עבז"ל למפרע וכמבואר פ"ק דמציעא (דף י"ג) וא"כ גבי עבד דזכות הוא לו לימא עבז"ל למפרע כיון דמטא לידיה לבסוף כיון דשלוחו כמותו והרי הוא כאלו הרב מסרו עכשיו לידו ואי משום דכבר פקעה רשותו ונכנס לרשות יורשין והא אפי' מכרו לאחר נמי עבז"ל למפרע כל דמטא לידי' בסוף מיהו לפי מ"ש בטור סי' מ"ה דלא אמרינן בשטר שחרור עבז"ל ניחא ועיין ש"ך סי' ת"ה שם ס"ק ל"ג. אלא דגם בשטר מתנ' משמע דלא יתנו לאחר מיתה ע"ש פ"ק דגיטין (דף ט') דפריך ותו ליכא והא איכא האומר תנו גט זה לאשתי כו' לא יתנו לאחר מית' ומשני כי קתני מלתא דליתי' בשטרות מלתא דאיתא בשטרות לא קתני דשלחו רבנן משמיה דר' אבהו כו' שכ"מ שאמר כתבו ותנו מנה לפ' ומת אין כותבין ונותנין לאחר מיתה כו' ואין שטר לאחר מיתה וכתב רש"י ז"ל ואין שטר מתנה לאחר מיתה דהא פקעה לי' רשותא דנותן ע"ש וגבי שטר מתנה נימא עבז"ל דמהני לי' אפי' פקעה רשותא דנותן בין חתימה לנתינה

ואפשר דסוגיא אזלא למ"ד דלא אמרינן עבז"ל והוא פלוגתא פ"ק דמציעא (דף י"ג) בין אביי לרב אסי ע"ש:

סעיף ג

ולא עושין שליח א' הקטן וא' הקטנה. כת' רש"י בפ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"א) וז"ל קטן לית לי' שליחות דכי כתיב שליחות בגדול כתיב ובראוי לתרום שיהא הקדשו הקדש וכו' ע"ש וקשה לי דהא דקי"ל מופלא סמוך לאיש נמי תרומתו תרומה והקדשו הקדש והוא דאורייתא כדאי' בפ' יוצא דופן ע"ש א"כ שפיר משכחת לה בראוי לתרום אפי' בקטן. ובר"פ האיש מקדש כת' רש"י דאין הקטן עושה שליח משום דעיקר שליחות גבי גט כתיב ושלח ושלחה היינו בגדול ומהכ' נפקא לן בפ' א"נ דאין הקטן עושה שליח ע"ש. ולא ידענא טעמא מאי כת' רש"י טעם אחר ועוד דהא מושלח מרבי דאיש עושה שליח ושלחה מרבי דאשה עושה שליח וא"כ קשה נהי דושלח דאיש עושה שליח ע"כ מיירי בגדול דקטן אין לו אשה אבל ושלחה דמרבי אשה וגבי אשה משכחת לה נמי בקטנה כיון דקטנה נמי מתגרשת ומקבלת גיטה כשאין לה אב וצ"ע: והרמב"ם כת' פ"ו מגירושין וז"ל וקטנה אינה עושה שליח לקבלה אע"פ שחצירה קונה לה גיטה כגדולה מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן עכ"ל ולפי זה ניחא דקטן אין עושה שליח כיון דשליחות דאיש ע"כ בגדול מיירי דקטן אין לו קידושין ומהכא נפקא לן דאין הקטן עושה שליח וקטנה לא נפקא לן מקרא כיון דקטנה נמי מתגרשת וכמ"ש אפ"ה אין לה שליחות משום ששליח קבלה צריך עדים וכמ"ש הרמב"ם ושליח להולכה דאין צריך עדים לדעת הרמב"ם כמבואר מדבריו פ"ג מה' אישות וע"ש משנה למלך אבל כיון דקטן אין לו גירושין ע"כ בגדול משתעי וכיון דעיקר שליחות בגט כתיב וכמ"ש רש"י רפ"ב דקידושין א"כ כיון דשליח דאיש ע"כ בגדול משתעי ושליחות דידה נמי ע"כ בגדולה מיירי משום דשליח קבלה צריך עדים וכמ"ש הרמב"ם ממילא ה"ה בכל דוכתי אין הקטן ולא הקטנה עושין שליח ובזה ניחא ליישב מה שהקשה בלחם משנה שם דבממון דא"צ עדים נימא דקטנה עושה שליח ע"ש. ולפי מ"ש ניחא כיון דגבי גט ודאי אין הקטנה עושה שליח וכמ"ש הרמב"ם משום דצריך עדים וע"כ בגדולה מיירי ממילא ה"ה בשאר דוכתי כיון דעיקר שליחות בגט כתיב ועיין שם בהשגות שכת' הראב"ד ז"ל זה הטעם אין לו טעם ולא ריח אלא אתם גם אתם לרבות שלוחכם ומה אתם בני דעת אף שלוחכם בני דעת נמצא שהשליח והמשלח צריכין להיות בני דעת עכ"ל וזה כדברי רש"י הנזכר בפרק איזהו נשך. ולפי מה שכתב' נרא' דהרמב"ם לשטתו דסבירא ליה מופלא סמוך לאיש דאורייתא ותרומתו תרומה מן התורה וכמו שכת' הרמב"ם פרק י"א מנדרים א"כ

מאתם בני דעת לא ממעט קטן כיון דסמוך לאיש אכתי קטן הוא אבל הראב"ד לשטתו דס"ל מופלא סמוך לאיש לאו דאורייתא וכמ"ש הראב"ד בהלכות נזירות וא"כ יליף שפיר למעט קטן מאתם דכתיב בתרומ' דתרומה אינה אלא בגדול:

סימן קפט

סעיף א

ואפילו מחלו זה לזה. כתוב בטור ז"ל ואין המקח מתקיים לקונה כו' אבל אם הי' לו פקדון בידו וכוון לקנות בסכום ידוע שאמר לו ליתן למפקיד לא קנה עכ"ל. והוא תמוה דכיון דחצירו קונה לו והוא ברשותו אמאי לא קנה וראיתי בט"ז שכת' דכאן לא מהני רשותו דהא כתב הרשב"ם פרק הספינה (בבא בתרא דף פ"ה) שרשות הנפקד שהחפץ מונח בו הוי רשות המפקיד עכ"ל. ובתשובת מוהרי"ט א"א סי' ס"ה הביא שם א' מגדולי החכמים שרצה לבטל המתנה מטעם זה שכת' רשב"ם דחצר של נפקד אינו קונה דה"ל רשות המפקיד וע"ש שהאריך בביטולו והקשה במה קנה המפקי' רשותו של הנפקד כיון דבעינן כסף או חזקה ועוד תינח היכא שמייחד לו מקום אבל היכא שאינו מייחד לו מקום מאי איכא למימר ועוד הקשה כיון דהמפקיד מקנה הפקדון אם כן נימא חצירו ומתנתו באין כא' דהא לא הוי חצירו אלא כל זמן שהחפץ של המפקיד והוה ליה חצירו ומתנתו כא' כמו שאמרו ר"פ הזורק דגטה וחצירה באין כא' וע"ש מה שכת' לפרש דברי הרשב"ם: (אמנם) נלענ"ד דאין ראיותיו מכריחות. והוא מאי דקשיא לי' במה קנה המפקיד את רשותו נראה ודאי לדעת הרמב"ם פרק א' ממכירה דקרקע נקנה באכילת פירות וכמ"ש ה"ה שם א"כ ה"נ כיון שנתן לו רשות להניח שם חפציו ה"ל חזקה וקנאו אלא דאפילו לדעת החולקין דסברי דקרקע אינה נקנה באכילת פירות כבר כתבנו בסי' קנ"ג סק"ג בהא דכתבו הפוסקים דבחזקת תשמישין דהיינו סולם ונעיצת קורות דא"צ חזקה וטענה וקשה במאי קנה נהי שמחל לו לתשמיש זה במאי קנה וליהדר ביה ואמרנו שם דהיינו דוקא היכא דבא לקנות גוף הקרקע הוא דאינו נקנה באכילת פירות אבל לאותו תשמיש שמשאילו קונה בשימושו וכמו בשביל של כרמים דנעשה להילוך דקנאו בהילוך ע"ש. ומאי דקשיא ליה היכא דאינו מייחד לו מקום נראה כיון דמעיקרא הכי אושלי לכל דוכתי שיהי' מונח שם חפציו וכה"ג אמרינן בפרק השואל בשאול גרגותני והוא מקום לחפור באר דכרי ליה בכל מקום שירצה ע"ש. וראיה ברורה לזה נראה מהא דפריך ר"פ הבית והעליה וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך הממע"ה ומשני שותפין לא קפדי אהדדי ופי' רש"י שותפי לא קפדי אהדדי למיקני רשותא דידיה

דאפקורי מפקיר ליה רשותא כל חד לגבי חבריה להניח בו חפציו הלכך אפילו מונח ברשותא דחד לא הוי אידך הממע"ה דברשותיה נמי מנחי דלא קפדי לאושלי חד רשותא לחבריה עכ"ל וכ"כ בנימוקי יוסף שם בשם הרשב"א כיון דשותפין לא קפדי אהדדי ה"ל חצירו של זה וחצירו של זה כחצר של שניהם או כסימטא ומאי אולמיה דהאי מהאי עכ"ל. והוכרחו לזה דאי נימא דשותפין לא קפדי וה"ל כגודרת או כמו בן בנכסי אביו וא"כ מטעם תפיסה מיהת מהני וקושיות הש"ס וליחזי ברשותא דמאן קיימי אינו אלא משום תפיס' וכי משני שותפין לא קפדי ולא מהני תפיסה ע"כ צ"ל דה"ל כחצר של שניהם ומשום דלא קפדי ואושלי חד לחבריה ובמה קנאו וכן היכי דליכא יחוד מקום לחפץ השותפין ע"כ דאפילו כה"ג נמי קנה וכמ"ש וזה ברור) (ומאי דקשיא ליה מחצירו ומתנתו כאחד כהאי דר"פ הזורק נראה דהתם כיון שנותן לה גט כתוב בחצירה אלא דמה שקנתה אשה קנה בעלה אמרינן גיטה וחצירה באין כא' וכן בעבד שם אמרינן גיטו וידו באין כא' אבל אם אמר לעבדו בעל פה הרי את לעצמך לא קנה עצמו בן חורין אפילו למיקניה נפשיה ולא אמרינן ידו ומתנתו באין כא' כיון דעבד קנוי לרבו אינו קונה עצמו בדבור וכדאיתא בפרק השולח (גיטין דף מ') ולימא ליה באפי תרי זיל ואמרינן עלה ש"מ עבד עברי גופו קנוי ואמאי נימא כיון דמשוחרר הרי אינו קנוי לבעלים דאינו קנוי אלא כל זמן שהוא עבד וכיון דגופו ומתנתו באין כא' לימא דקונה עצמו בדבור בעלמא אלא על כרחך דלא מהני בזה גיטו ומתנתו כא' אלא היכא דנותן לו שטר אבל לא בדיבור בעלמא וה"נ כיון שחצר של הנפקד קנוי למפקיד כל זמן שהוא שלו אינו נקנה לנפקד בדיבור בעלמא ודו"ק ועמ"ש בסי' ר' סק"ה: עוד שם במוהרי"ט הביא ראיה דאין החצר נקנה לתשמיש עד שיעשה חזקה מהא דאמרינן ר"פ הזורק האי גברא דכתב גיטא לדביתהו כו' אמר רבא לקניה ניהליה להאי דוכתי דמנח ביה גיטא ותיזל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק והתם בתור' שאלה אלמא דצריך קנין חזקה שיקנה הקרקע בשאלה וכן בפ"ק דמציעא גבי ומקומו מושכר לו וע"ש. ואין זה ראיה דהתם חצר אין כאן מתנה אין כאן דאינו נקנה חצר אלא בחזקה אלא דהכא שנותן חפציו בחצר ה"ל חזקה משום אכילת פירות כיון דמשתמש בו ולאותו תשמיש לכ"ע קונה בשימוש וכמ"ש. אבל התם הוא רוצה להקנות לה הגט אבל עדיין הגט אינה שלה וא"כ ליכא חזקה וכן בהאי דמקומו מושכר לו כיון דלא זכו בתבואה עדיין אינו חפצים שלהם ולהכי צריך קנין חצר אבל הכא דהנפקד נותן רשות למפקיד להניח חפציו ברשותו ה"ל החזקה במה שמשתמש בחפציו בחצרו ודו"ק:

אך קשה מהא דאמרינן בע"ז פ' השוכר בהא דתני בא עליה ואח"כ נתן לה אתננה ומוקי לה שם בש"ס דקאי בחצירו דלא מחסרה משיכה וכיון דה"ל חצר דמפקיד היכא קנה לה חצרה ואפשר דמיירי שבא הטלה לחצירה שלא מדעתה דכה"ג לא קנה המפקיד בחצירה. וכן נראה מהא דתנן סוף פרק המפקיד החושב לשלוח יד בפקדון אינו חייב ע"ש והא חצר דגניב' איתרבי לחיוב וא"כ תיקני ליה חצירו. אלא מוכח דחצר דמפקיד הוא. אמנם לפי מה שנראה מלשון רש"י ר"פ הזורק דאפילו חצר דגנב אינו אלא ע"י מעשה וגבי חשב לשלוח יד ליכא מעשה ע"ש לשון רש"י וז"ל גנו וחצרו כגון שנכנסה לחצירו ונעל בפניו עכ"ל ומשמע דאם נכנסה ממילא לחצירו ואמר לגוזלו אינו מתחייב ואפילו חישב לקנותו בחצירו ומכ"ש בחשב לשלוח יד בפקדון דלא נעשה גזלן במחשבה וע' מוהרי"ט חלק ח"מ סי' פ"ח: (אמנם) קשה מהא דאמרי' ר"פ המפקיד בשלם ולא רצה לישבע דקונה כפילה משום דנעשה כאומר לו לכשתגנוב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו א"ה אפילו גיזותיה וולדותיה נמי ומשני שבחא דאתי מגופא לא אקני איכ' דאמרי אמר רבא נעשה כאומר לכשתגנוב ותרצה ותשלימני הרי פרתי קנויה לך סמוך לגניבת' מאי בינייהו א"ב דקיימא באגם ומשמע דאם עומד בחצר דנפקד סמוך לגניבה קונה לו חצירו ואמאי הא לפמ"ש רשב"ם נפקד לא קנה מן המפקיד בחצירו דחצר דמפקיד הוי ונראה כיון דנעשה בשעת משיכת הפרה כאומר לכשתגנוב ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך סמוך לגניבה וה"ל כמפרש בשעת פקדון שבשעה הסמוך לגניבה יוצא מתורת פקדון לתורת מקח ולא הוי אלא כמפקיד לל' יום דאחר ל' יום הדרא חצר למריה קמיה אבל היכא דנותן לו סתם בתורת פקדון הרי הוא לעולם בתורת פקדון עד דמהדר ליה וכי אמר לו אחר כך יהי' קנוי לך לא קנה בחצר דחצר דמפקיד הוי עד דמהדר ליה וחצירו ומתנתו לא שייך בזה כיון דאינו אלא בדיבור בעלמא וכמ"ש. וניח' בזה ליישב לשון רש"י ר"פ המפקיד שם בהא דאמרו נעשה כאומר לו כו' סמוך לגניבה ופרש"י נעשה כאומר לו משעת משיכה ע"ש. ולכאורה קשה דלמא הך נעשה כאומר לו הוא בשעה הסמוך לגניבה וכן מפרש לה שם בשטה מקובצת וע"ש מוהרש"א מ"ש בזה ולפמ"ש ניחא דלא מהני חצירו אלא אם נעשה כאומר לו בשעת משיכת הפקדון אבל אחר כך כשאומר לו לא מהני דחצר דמפקיד הוא עד דמהדר ליה ואי קשיא הא קשיא מהא דתניא פרק ב' דקידושין דף מ"ז האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך והלכה ומצאתו שנגנב או שאבד אם נשתייר ממנו שוה פרוטה מקודשת ע"ש וכי נשתייר מאי הוי במאי מקדשה כיון דמחסרה משיכה וחצירה אינו קונה בחצר דמפקיד הוא וצ"ע ובדק הבית הגיה בדברי הטור אבל אם הי' פקדון ביד אחרים ע"ש ובזה ודאי

לא קני עד שישכור מקומו. ומשמע בדבריו דאם הי' פקדון בידו ודאי קני ליה חצירו אלא דכבר כתבנו דמל' רש"י ר"פ הבית והעליה ומדברי הנ"י בשם הרשב"א שם דשותפין כיון דלא קפדי ה"ל חצר של שניהם א"כ מכ"ש חצר דנפקד דלא קפיד נגד המפקיד כיון דאושלי' להאי חצר וצ"ע:

סימן קצ

סעיף א

בכסף כיצד עיין ש"ך שהעלה דאם קנה קרקע בשט"ח שיש לו על אחרים דלא קנה דלא סמכ' דעתיה דשמא ימחול דע"כ ל"פ ר"מ וחכמים בקידושי אשה בפ' האיש מקדש אלא באשה סמכה דעתה דסברה לא שבק דידי ומחל לאחריני וכתב שם רש"י ודאי אם הי' מקנהו קרקע בדמי שטר זה ודאי לא קנה וליכא למימר דהיינו למאן דלא דאין דינא דגרמי וכו' דהא קאי התם אליביה דר' מאיר דדאין דינא דגרמי אבל בממרני ודאי קנה זה תורף דבריו וע"ש: אמנם מדברי התוספות נראה דבקרקע קנה כה"ג ע"ש פרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) דרצו להוכיח דאין המוחל משלם אלא דמים שקיבל מדפליגי ר' מאיר וחכמים בקידשה בשטר בסמכה דעתה אם יתחייב לשלם כל מה שכתוב בשטר ודאי סמכה דעתה דאי מחל משלם וכתבו לדחות משום דאשה בושה לבא לב"ד לתבוע מבעלה ולכך לא סמכה דעתה ע"ש. וא"כ ממילא נשמע גבי קרקע כה"ג קנה בשטר חוב דאין המוכר מתבייש לתבוע ללוקח במה דמחל. וכן נרא' מדברי תוספת פ"ק דמציעא דף ט"ז ד"ה האי שטרא וז"ל במלוה אינו יכול לקנות כדאמרי' בקידושין המקדש במלוה אינה מקודשת ובמכר לא קנה והא דאמר באיש מקדש דף מ"ז ושוין שבמכר קנה היינו במלוה שיש לו על אחרים דאי באשה בענין זה מקודשת לכ"ע אי לאו דאשה לא סמכה דעתה ויראה שיחזור וימחול ע"ש ומשמע דבמכר כה"ג בשט"ח קנה. ומ"ש הש"ך בשם הר"ן פ' האיש מקדש שכתב ובמלוה דאחרים בשטר אינה מקודשת כיון דיכול למחול לא סמכה דעתה ובמכר לא קנה וע"ש. ולפי מ"ש הגירסא בר"ן שם ס"א ובשטר לא קנה אינו דאיה דיש לו' דקאי אקידושין אלא דדברי התו' פ"ק דמציעא קשיא לי דמפרש' ושוין במכר שקנה דהיינו במלוה שיש לו על אחרים ואלו בש"ס שם בקידושין מוקים ליה במילי אוחרי והוא באומר לה התקדשי במנה ונמצא חסר דינר עיין שם:

סעיף ב

שדך קנוי לי והוא בטור וס"ל לטור גם בהאי דסעיף ג' דצריך שיאמר אח"כ שדך קנויי' לי במה שנתתי ע"ש ובב"י העלה בהאי דסעי' ג' דלא כטור ומשום דבקידושין הוא דצריך

שיאמר הכי דלא ליהוי כאמרה היא ונתן הוא וע"ש ומש"ה לא הביא בש"ע בסעיף ג' דצריך שיאמר שדך קנוי' ואיכא למידק גם בהאי דינא למה לי אמירה זו דהא כיון דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו וזה נתן מעותיו שיזכה אותו פ' זכה בה ובקידושין הוא דבעי אמירה אח"כ דהתם לא מצי זכי ליה שלא בפניו דאפשר לא ניחא ליה בהאי אתתא ומש"ה צריך לעשותו שליח או לומר אח"כ תהא מקודשת לי במה שנתן לך פ' אבל כאן דזכות גמור הוא וזכין לאדם שלא בפניו א"כ למי לי אמיר' אח"כ וכדאמרינן בפ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ב) במקדיש נכסיו דאין לו להקדש בבגדי אשתו ולא בצבע שצבע לשמן ומשום דזכה הבעל בשעת משיכתו לאשתו ואע"ג דלא ידעה כלום ולא אמרה מידי וכן הוא ברמ"א סי' קצ"ה בקנין שלא בפני הזוכה דבמתנה זכין לו ולא התנה שצריך שיאמר הזוכה אח"כ שדך קנוי' לי בק"ס שנתן לך פ' ועוד דגבי ק"ס לא מהני אמירה אח"כ כיון דכבר הדרא סודר למרי' ונרא' לי דמה"ט השמיט בש"ע אמירה זו ולא הביאו לא בסעי' זה ולא בסעי' שאח"ז ולא בסעיף ג' ומשום דלא ס"ל אמירה זו כלל ומה"ט שכתבנו והרמ"א אפשר דמיירי שלא נתן הכסף דרך מתנה עבור פ' אלא אדעתא שיחזיר לו כספו וכה"ג לא הוי זכות משום דאימר לא ניחא ליה בהאי זבינא ומש"ה צריך אמירה אח"כ אבל אם נתן כספו דרך מתנה שיקנה אותו פ' נראה דמודה הרמ"א דא"צ אמירה אח"כ דה"ל כהאי דצבע שצבען לשמן וכמ"ש ועיין מ"ש בסי' קצ"ה סק"ג לדעת הש"ע זכין לו שלא בפניו אפילו במקח ואם נתרצה לוקח אין המוכר יכול לחזור ע"ש א"כ א"ש דלא הביא בש"ע הך אמירה ומשום דאפי' נותן כספו דרך הלוא' שיחזור ויקח את כספו הו"ל הך זבינ' זכות וזכין לו שלא בפניו:

סעיף ג

אדם חשוב. כתב הר"ן פ"ק דקידושין וז"ל אבל לדידן שכן באדם חשוב מקודשת משמע דה"ה נמי לענין ממונא וכן דעת ר"ת שכתב הילך מנה ויהי' לך נכסי ואמר דהאי הנאה מחשבא ככלי דיהיב הקונה למקנה וקונה בו בתורת חליפין אותו נכסים ולפי"ז אף מטלטלין קנה עכ"ל ועי' סמ"ע ס"ס א' ואיכא למידק בזה דהא חזינן ללוי דסבר כליו של מקנה בפ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ז) ואפ"ה בעי כלי דוקא וכמ"ש תוס' שם וז"ל ואי לוי סבר אין מטבע נעשה חליפין וכן פירי היינו טעמא דבעי הנאת קבלת דבר חשוב דומי' דנעל ולא פירי ע"ש א"כ ה"ה לרב נהי דמהני באדם חשוב כליו של מקנה אבל עכ"פ כלי בעי דליהוי דומיא דנעל והיכי סגי ליה בהילך מנה ועוד דאפילו בנותן כלי לאדם חשוב נראה דלא מהני דהא לדידן דקי"ל כרב דבעי כליו של קונה ובעינן כלי דוקא ולא מהני פירות אע"ג דודאי הנאה אית ליה למקנה אלא בעי שיקבל המקנה כלי דוקא

ובאדם חשוב נהי דאית ליה למקנה הנאה במה שמקבל ממנו הכלי אבל אותו הנאה לא עדיפא מהנאת פירי ולא מהני בתורת חליפין אלא הנאת כלי ואע"ג דללוי דס"ל בכליו של מקנה ובהאי הנאה דמקבל מיניה היינו משום דלוי סבר דינא דחליפין בכליו של מקנה א"כ הרי הוא דינא דחליפין היכן שיקבל דבר חשוב והוא הנעל דכתיב בחליפין אבל רב דס"ל כליו של קונה א"כ דינא דחליפין הכי הוא שיקבל המקנ' כלי א"כ מנ"ל דסגי לי' במה שמקבל אדם חשוב דבר חשוב והך הנא' דאדם חשוב לא מיקרי כלי. ולכן נרא' לענ"ד דר"ח לטעמיה דס"ל דלא ממעט נעל אלא פירות שהם מתרקבים והולכים לאיבוד אבל שאר דברים שאין הולכין לאיבוד בכלל נעל הוא ומש"ה בע"ח עבדי חליפין ועיין בר"ן ר"פ הזהב שכ' שזה דעת ר' חננאל וכ"כ הב"י בסי' קצ"ה בשם ר"ח ומש"ה ס"ל לר"ח דה"ה הנאת אדם חשוב עבדי חליפין ואע"ג דלא הוי כלים ומשום דהנאת אדם חשוב מתחשב בכך לעולם במה שמקבל ממנו אדם חשוב וה"ל דומיא דנעל ואפילו לא קיבל ממנו כלי אלא שאר דברים לדידיה הנאה זו קיימת לו לעולם וכמ"ש. אבל לדידן דס"ל דאפילו דברים שאין הולכין לאבוד נמי לאו בכלל נעל הוא ולא עבדי חליפין והא דבעלי חיים עבדי חליפין היינו משום דבע"ח מיקרי כלי דעושין בהם מלאכה וכמבואר בסי' קצ"ה א"כ נרא' דלא מהני בזה אדם חשוב ואפילו נותן לו כלי ומשום דהנאה זו שמקבל ממנו אדם חשוב לא עדיפא משאר הנאות ואנן בעינן שיקבל המקנה מן הקונה הנאת דבר חשוב והוא כלי דווקא שיהי' ראוי למלאכה והנאה זו שמקבל מיניה אדם חשוב לאו כלי הוא) (ועמ"ש באה"ע בחידושי שם סי' כ"ז מדין אדם חשוב אם סתמא הוי חשוב או לא:

סעיף ד

שהמוכר נהנה במה שהוא מקבל ממנו. עיין ר"ן פ"ק דקידושין שהקשה לרב דס"ל כליו של קונה אבל בשל מקנה לא ואפילו הוא חשוב ואלו הכא מסקינן דבאדם חשוב קונה אפילו בשל מקנה משום טעמא דבהאי הנאה דמקבל מיניה וז"ל שם ולרב לא קשיא דאמר לך רב דכי אמרינן דאדם חשוב דכי מקבל מתנ' מיקרי הנאה הני מילי כשמקבל מתנה גמור' אבל כשאינו מקבל אלא על מנת להחזיר אין הנותן מתחשב בשביל כך ומשום דסתם חליפי סודר ע"מ להחזיר הוא ומש"ה דוק' בכליו של קונה אבל בכליו של מקנה לא ע"ש. ועיין ב"ח שהוליד מזה דאם נתן ע"מ להחזיר אפי' באדם חשוב לא מהני ומשום דמתנ' ע"מ להחזיר אע"ג דשמי' מתנ' אין הנותן מתחשב בשביל כך:

ונראה דאינו מוכרח דודאי כל מתנה ע"מ להחזיר כיון דשמי' מתנה ואינו אלא תנאי שיחזור מקנהו לו וכמ"ש הרא"ש בפ' לולב הגזול. וא"כ י"ל דהנותן מתחשב במתנה זו

כיון שהוא מתנה גמורה אבל חליפי סודר מלתא אחריתי הוא דשם אינו מתנה כלל ואינו אלא קני' על מנת להקנות וכדאי' בנדרים ס"פ השותפין ובזה ודאי ליכא שום מתנה כלל וזה שכתב הר"ן וסתם חליפי סודר ע"מ להחזיר הוא ע"ש ולא כתב חליפי סודר מתנה ע"מ להחזיר משום דלית ביה משום מתנה כלל אבל היכא דאי' שם מתנה אפי' ע"מ להחזיר יש לו' דמהני בי' אדם חשוב ודוק ועמ"ש בסי' קצ"ה ספ"ד. ולפי מ"ש בסק"ג דלרב דבעי כליו של קונה לא מהני כלל הנאת אדם חשוב דנהי דהוי הנאה אינו אלא כמו הנאת כסף ומהני בקרקע ובקידושין דסגי ליה בכסף אבל חליפין דבעינן שיקבל המקנה כלי והנאה זו לאו כלי הוא ע"ש א"כ ממילא מתרצה קושיות הר"ן ואפשר דהר"ן הקשה לפי מ"ש בשם ר"ח דכה"ג מהני בחליפין וע"ש בסק"ג. עוד שם בר"ן מקשה ללוי דס"ל בחליפין כליו של מקנה ובהאי הנאה דמקבל מיניה ומשמע אפי' אינו אדם חשוב וגבי קידושין משמע דבעי אדם חשוב וע"פ שכת' דבשאר בני אדם נמי אית ליה הנאה במה דמקבל מיניה אלא דהאי הנאה לית בי' שוה פרוטה אלא באדם חשוב הוי הנאה ש"פ ומש"ה בעי בקידושין אדם חשוב דקידושי אשה בש"פ אבל בחליפין דקונין בנעל אפילו אין בו ש"פ ומש"ה בסתם בני אדם נמי ה"ל הנא' פחות מש"פ על כל פנים וע"ש. ועיין בש"ע א"ח סי' רכ"ג סעיף ה' דאם נתנו לו כלים במתנה מברך הטוב והמטיב והוא מדברי הרא"ש וכת' בטעמא משום דאם המקבל עני טובה לו וטובה לנותן שזיכה אותו השם ליתן צדקה ואם המקבל עשיר שמח הנותן שמקבל ממנו והוי נמי טובה לנותן. והקשה שם במגן אברהם דהא באה"ע סי' כ"ח איתא דוקא באדם חשוב הוי הנא' וא"כ מאי טובה לנותן והניח בצ"ע. ולפי מ"ש בשם הר"ן דאפילו באדם שאינו חשוב נמי הוי הנא' אלא דאינו הנאה בשוה פרוטה ולא מהני בקידושי אשה וא"כ גבי ברכ' דלא בעינן ש"פ אלא כל שנהנ' אפי' בפחות עש"פ בעי ברוכי ומש"ה צריך לברך הטוב והמטיב. ואין להקשות דהא לפי מאי דקי"ל בכליו של קונ' אבל בכליו של מקנ' לא א"כ צ"ל דס"ל דאפי' בפחות מש"פ לא הוי הנא' דאי הוי הנא' אמאי לא מהני בחליפין כליו של מקנה כיון דחליפין לא בעי ש"פ דלפי מ"ש לעיל בסק"ג דאפי' באדם חשוב לא מהני לרב בכליו של מקנה דאותו הנא' לאו כלי הוא א"כ ניחא דלא מהני כליו של מקנה לרב אלא אפי' לפי מ"ש ר' חננאל דמהני באדם חשוב היינו לפמ"ש שם סק"ג טעמא דר"ח דסבירא ליה דלא ממעט נעל אלא פירות המתרקבין שאינו הנאה קיימת אבל הנאה קיימת מהני כמו בעלי חיים והנאת אדם חשוב ה"ל הנאה קיימת דלעולם מתחשב הוא בכך שקיבל ממנו אדם חשוב וע"ש וא"כ היינו דוקא באדם חשוב הוא דהוי הנאה קיימת אבל באדם

שאינו חשוב נהי דאית ליה הנא' אבל אינו הנאה קיימת ולא עדיפא מהנאת פירות דלא מהני גבי חליפין ודו"ק:

סעיף ה

לא יוכל שמעון לו' מנה זו אני גובה בחובי. ונראה לענ"ד דהיינו דוקא אם נתרצ' שמעון מעיקרא ואמר לו אמכור לך קרקע זו במנה ובהגהת אשר"י וכן בהגהת מרדכי מירי כה"ג שנתרצה שמעון מעיקרא ע"ש אבל אם ראובן אמר לשמעון הילך מנה ושמעון קיבל המנה בשתיק' יכול לו' אין שקלי ודידי שקלי כיון דלא נתרצ' מעיקר' בפי' והא דגבי קידושין כה"ג שחייב לה ואמר לה כנסי סלע סתם וחזר ואמר התקדשי לי בו אינ' יכול' לו' לפרעון קבלתיו וכמו שמבואר בטור וש"ע אה"ע סי' כ"ח סעיף נ' ע"ש דאם נתן לה וקיבל' בשתיק' אינ' יכול' לו' דידי שקלי ואפי' כבר הגיע זמן פרעון הנה אין למידין מקידושין לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין דף י"ג וז"ל שם ולפי פי' זה דוקא כי אמר לה כנסי סלע זו שאני חייב ליכי דאע"ג דהדר ואמר התקדשי לי בו יכולה היא שתאמר לשום פרעון קבלתיו כמו שאמר תחל' והוא שיגיע זמנו וכו' ואע"ג דלענין דינא הדין עמה דאלו יהי' חייב מנה לשמעון ומנה ללוי ואמר לי' לשמעון הולך מנה זו ללוי שאני חייב ללוי וקבלן בשתיק' יכול לו' שמעון ללוי אין שקלי ודידי שקלי וכו' אבל לענין קידושין דחזקת כל הנשים רוצים להתקדש כל שלא הזכיר לה פרעון מעיקרא לשום קידושין נתכוונה והיינו דאפי' אדכר פרעון כל דשידך ואשתקה מקודשת דחזקה מינח ניחא לה וסתמא לשום קידושין קיבלה כדקאמר לה ואפי' חזרה ואמרה אין שקלי ודידי שקלי אינה נאמנת. וסמכינן אחזקה זו עכ"ל וא"כ ה"ה כאן במכר אין למידין מקידושין כיון דטעמא דקידושין אינו אלא משום חזקה דכל הנשים רוצים להתקדש אבל מדינא הדין עמה לו' אין שקלי ודידי שקלי והגהת מרדכי והגהת אשר"י לא אמרו אלא בנתרצה מעיקרא דכה"ג דומה לשידך. ואע"ג דהרשב"א גם בשידך הוצרך לחזקה זו דכל הנשים רוצי' להתקדש לא הוצרך לחזקה זו אלא היכא דאדכר מעיקרא לשום פרעון. ולפ"ז נרא' דה"ה הכא במכר אם הזכיר בתחלה לשום פרעון אע"ג דאמר אח"כ בעד קרקע שלך ושמעון נתרצה מעיקרא לא עדיף משידך דכל כה"ג אינו אלא משום חזקה דנשים רוצות להתקדש ויכול לו' אין שקל ודידי שקלי ואפי' נתן לו בתחלה לשום קנין ולא הזכיר פרעון נמי אינו אלא כשנתרצה שמעון למכור ואח"כ קיבל המנה בשתיקה וכמ"ש ודוק:

סעיף ו

והניח משכון. פ"ק דקידושין דף ח' מנה אין כאן משכון אין כאן וטעמא דמשכון אין כאן מבואר שם ברא"ש דכל זמן שלא נתחייב גופו לא נשתעבדו נכסיו דאינהו ערבין

וכל דליכא לוה ליכא ערב וע"ש בתוס'. ולשטה זו אם נתן שט"ח מהני אפי' בלא משכון ושט"ח דידיה ה"ל כמו כסף בין לקידושין בין לקרקע. ושטת הרמב"ן והרשב"א דהמשכון שפיר נקנה אלא דלא הוי כמו כסף לקידושין ולקנין קרקע כיון שלא יצא כסף מרשותו לרשות מוכר ואשה ואכתי אגיד גבי' ע"ש. ולשטתם ה"ה נותן שט"ח לא הוי כסף לקידושין ולקרקע כיון דאגי' גבי' ולא יצא מרשותו ועיין דיעות אלו באה"ע ברמ"א סי' כ"ח: והנה נרא' ראי' דשט"ח מהני במקום כסף מהא דאי' ר"פ הנושא כתב לכהן שאני חייב לך חמש סלעים חייב ליתן לו חמש סלעים ובנו אינו פדוי אמר עולא דבר תורה בנו פדוי לכשיתן ומ"ט אמרו אין בנו פדוי גזירה שמא יאמרו פודין בשטרות ע"ש ומדאמר עולא בנו פדוי לכשיתן ומשמע קודם שיתן ודאי אינו פדוי אפילו מה"ת ואי נימא דשט"ח דידי' הוי כמו כסף א"כ דבר תורה בנו פדוי אפילו קודם שיתן מיהו אפשר דשאני פדיון כיון דאימעט עבדים ושטרות שאין פודין בהם א"כ ה"ה בשט"ח דידי' נמי אין פודין ומשום דלא הוי גופו ממון אבל בקידושין דמהני שט"ח דאחרים יש לו' ה"ה שט"ח דידי' אלא דאכתי יש לחלק דבשט"ח דאחרים דאין פודין היינו משום דאין גופו ממון ומשום דאינו קונה השט"ח אלא ע"י הראיה והוא השט"ח ואין גופו ממון אבל שט"ח דידי' דמחייב עצמו ובזה נשתעבד לו אפשר דזה הוי גופו ממון ועמ"ש בסי' קכ"ו סק"ט:

אמנם בפ"ק דקידושין דף ה' נראה דשט"ח דידי' ה"ל כמו כסף ע"ש ומנין שאף בשטר ודין הוא ומה כסף שאינו מוציא מכניס שטר שמוציא אינו דין שמכניס מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומעשר שני תאמר שטר שאין פודין בו הקדש ומעשר שני ופרש"י ז"ל שטר שאין פודין בו הקדש אם כתב לגזבר שטר על מעות פדיון הקדש אין הקדש פדוי דכתיב ונתן הכסף וקם לו ע"ש והוכרח לפרש שטר דידי' דאי בשט"ח דאחרים אין זה מענין הלמד דהא באנו ללמד שטר דידי' ומדאמרו תאמר שטר שאין פודין הקדש ומעשר שני משמע דלקידושין וגם לקנין קרקע ה"ל ככסף דאל"כ ה"ל למימר מה לכסף שכן פודין בו אשה וקרקע כו' ומשמע דגם בשטר דידי' קונין בו אלא שאין פודין בו הקדש ומעשר שני ומיהו לולי דברי רש"י אפשר לפרש תאמר שטר שאין פודין בו הקדש ומעשר שני היינו אם הגזבר כותב לפודה שדה הקדש זו קנויה לך לזה דומה יותר לקנין שטר שבאנו למילף אלא דנרא' מהא דאמרו תאמר שטר שאין פודין בו הקדש ומעשר שני וגבי מעשר שני דאינו במחובר אלא תלוש ומטלטלין לאו בני שטרא נינהו ולכן פי' רש"י שט"ח דידי' דבז' משכחת גם במ"ש שמניח שט"ח דידי' ואומר פירות הללו יהיו מחולל

על שט"ח זה כשם שפודה על מעות אבל שטר קנין לא משכחת גבי מעשר שני דאפי' נימא דהבעלים יכתבו לפודה שטר קנין ליתי' במעשר שני דאינו אלא בתלוש וכמ"ש: שוב ראיתי בחידושי הרשב"א לקידושין פ"ק דף ה' דמפרש תאמר שטר שאין פודין דהיינו בגזבר שכותב שדה הקדש קנוי לך וע"ש שמביא ג"כ ראיה דשט"ח דידי' לא מהני כמו כסף מהא דאמר עולא דבר תורה בנו פדוי לכשיתן ומשמע קודם שיתן אינו פדוי ונהנתי שכוונתי לדעת הרשב"א ועמ"ש בסי' רכ"ז ס"ק י"ד אלא דקשיא לי דהיכי מפרש להך דמעשר שני בשטר קנין כיון דמטלטלין לאו בני שטרא וכמ"ש וצ"ע והא דמייתי ראי' מהא דעולא אפשר דכיון דשט"ח ה"ל שעבוד קרקעות ואין פודין בקרקע וכמו שאמרו לשבועה דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ומש"ה אינוי פדוי אלא לכשיתן וז"ל הר"ן פ"ק דקידושין מנה אין כאן משכון אין כאן כת' הרמב"ן דאפי' היכא דאמר לה קני משכון זה בשעבוד מנה והתקדשי לי בו ומשכתו אינה מקודשת דנהי דקני ליה משכון להאי שעבוד' אינה מקודשת בכך ומנה אין כאן כלומר דעיקר שעבודא במנה גבי לוה הוא ולא גבי אשה וכו' אבל הראב"ד ז"ל פי' דה"ק מנה אין כאן שהרי לא נתחייב לה בו דמילי בעלמא נינהו וכיון דמנה אין כאן משכון נמי אין כאן דלא קניא למשכון במידי דמאי יהביה ליה דקניא לה משכון ודכוותה נמי הא דאמרינן בסמוך פריטי אין כאן נסכא אין כאן כלומר כיון שלא נתחייב בפרוטה אין השעבוד נתפס על הנסכא שהו' משכון אבל היכ' שנתן לה משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת עכ"ל. והנה נראה מדברי הראב"ד דאם אמר קני במשכון שעבוד מנה מקודשת ותמוה לענ"ד דהא נרא' שטת הראב"ד ושטת הרא"ש כחדא נינהו דאין לו קנין כלל במשכון למנה ומשום דאין אדם יכול לשעבד נכסיו עד שיתחייב גופו תחלה וא"כ כי קאמר שעבוד מנה מאי הוי כיון דליכא לוה ממילא ליכא ערב. וראיתי בחידושי מוהרי"ט פ"ק דקדושין שכ' על דברי הרא"ש שאינו לא כדברי הראב"ד ולא כדברי הרמב"ן דלהראב"ד היכא דהקנה לה במשכון שעבוד מנה מקודשת והכא משום דלא הקנ' לה במשכון אלא דאמר לה התקדשי לי במנה ונתן משכון עליהם וכיון דבמנה לא נשתעבד אף במשכון לא נשתעבד עכ"ל וע"ש: ומצאנו שטת הראב"ד הוא בחירושי הריטב"א ומשם מבואר דשטת הראב"ד עם שטת הרא"ש כחדא בלי שום הבדל והפרש וז"ל ועיקר הפי' כפי' הראב"ד ז"ל שאין המשכון חל ומשתעבד אלא כשקדם לו חיוב הממון שלוה ממנו או שנתחייב לו בקנין כראוי דהשתא מיקני משכון לשעבוד אותו החוב אבל הכא שלא נתחייב לו במנה ובאמירה בעלמא וכו' משכון דיהיב על האי מנה לאו כלום הוא וכן הדין במכר ובכל דבר כגון שאמר לחבירו אתן לך מאתים זוז והרי לך

משכון עליהם לא זכה כלום ונוטל ממנו משכונו וכו' הא אלו אמר לה זכי במשכון זה שיעור מנה והתקדשי לי בו ומשכתו זכתה בו כשיעור מנה אלא שיכול לסלקו בדמים וכיון שזכתה בו הרי היא מתקדשת עכ"ל והרי מבואר דהראב"ד נמי סובר דמשכון לא מהני כל זמן שלא נתחייב חיוב ממון וכדברי הרא"ש משום דנכסוהי אינון ערבין ולא מהני להראב"ד אלא באומר זכי בשיעור מנה דודאי אית לה שיעור מנה בגוף החפץ והא דמסלקה בדמים אינו אלא משום דה"ל כמו תנאי שיוכל לסלקה בדמים וכיון דאית לי' זכי' בגוף החפץ לשיעור מנה ודאי מתקדשת ונרא' דבאומר זכי שיעור מנה אפי' לשטת הרמב"ן והרשב"א דכיון דהא דמסלק הדמים אינו אלא משום תנאי וקנתה בגוף החפץ מכי משכה לחפץ ולא מיקרי אגוד גבי' אלא היכא שאין לה בגוף החפץ אלא שעבוד ועיקר הממון הוא אצלו אבל כשיש לה בגוף החפץ חלק דהיינו שיעור מנה ומשכתו תו אינו אגוד גבי' והא דמסלקה בדמים אינו אלא משום תנאי וכמ"ש וזה שלא כדברי ב"ש באה"ע סי' כ"ט שכתב שם דלדעת הרמב"ן והרשב"א אפי' באומר זכי בגוף המשכון דלא מהני וע"ש והדברים ברורין כמ"ש דכל שאומר זכי בגוף המשכון לא מיקרי אגוד גבי' כיון שקנתה חלק מן החפץ וזה פשוט: ולכן לבי אומר בטח דהא דכתב הר"ן בשם הראב"ד דאם אמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה דמקודשת דיש להגי' בדבריו קנה במשכון זה שיעור מנה והוא כדברי הראב"ד שהובא בריטב"א דהיינו שיעור מנה שהוא זכי בגוף המשכון דמקודשת והאחרונים עשו בזה מחלוקת הרבה ועיין חלקת מחוקק סי' כ"ט באה"ע שם שכת' באומר קני משכון שעבוד מנה להרמב"ן והרשב"א אינה מקודשת ולהראב"ד מקודשת ע"ש. ולפי מ"ש להגי' שיעור מנה וכה"ג גם להרמב"ן והרשב"א מקודשת וכמ"ש וזה נ"ל ברור: ובשו"ת ב"ח סי' קמ"ט כת' שם דאפי' לרעת הרמב"ן והרשב"א דס"ל בנותן שט"ח דידי' או משכון אינה מקודשת היינו לענין כסף קידושין דלא סמכה דעתה כל זמן שהכסף קידושין ביד הבעל ולא הוי קידושין אפי' הקנה לה בגוף המשכון אבל בשאר קניינים הוי כמו כסף וזהו שאמר בקידושין מנה אין כאן משכון אין כאן דבכל ענין קאמר דלא מהני משכון ואע"ג דבהאי עובדא דאמתא קאמר משכון אין כאן צריך לפרש דוקא בדלא הקנה בגוף המשכון שהרי התם לאו בקידושין קאמר מכל מקום הם מפרשים האי דמנה אין כאן משכון אין כאן בענין אחר כך צריך לפרש לפי דעת הרמב"ן והרשב"א עכ"ל. והנה מ"ש לחלק בין קידושין למכר המעיין בדבריהם יראה דמפרשי הרמב"ן והרשב"א האי דאמתא נמי ע"ד שפירשו בקידושין ומשום דלא מיקרי כסף לקנות בו אשה או מכר עד שיצא הכסף מרשותו לרשות מוכר וכל זמן דאגיד גבי' לא מהני וגם מ"ש דאפילו הקנה לה בגוף המשכון כו' כבר כתבנו דאם הקנה לה

בגוף המשכון חלק בגוף החפץ ודאי מהני אע"ג שיכול לסלקה בדמים אינו אלא משום צד תנאי. ועיין שם בב"ח שהקשה מהא דאמרו בקידושין האי שטר היכי דמי אי לימא דכתב שטרא אדמי' היינו כסף וא"כ מוכח דנותן שט"ח דידי' הוי כסף ע"ש. וכבר הרגיש בזה הר"ן ובריטב"א ותוס' רי"ד דף י"ט עיין שם הובא דבריהם בסי' ל"ט סק"ח ע"ש: עוד שטה להרב ר' יהוסף הלוי בהא דמנה אין כאן משכון אין כאן ומשום דמשיכה אינו קונה אלא היכא שזוכה בגוף החפץ אבל היכא שגוף החפץ אינו זוכה לא מהני משיכה למשכון אלא צריך קנין כסף והא דבע"ח קונה משכון בשעת הלואה משום קנין כסף ולאחר הלואה משום שהוא בגוביינא דב"ד והוא בנ"י רפ"ק דמציעא ועמ"ש בסי' ע"ב קס"ב וסק"כ ועיין בחידושי לאה"ע סי' כ"ט:

סעיף ז

אין השטר קונה לחצאין. וע' פ' הכותב (כתובות דף פ"ח) גבי פוחתת כתובתה דנפרעת שלא בשבוע' ופריך עלה במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספ' בעלמ' ומסיק באומרת אמנה היתה בינינו ע"ש ומשמע שם דה"ל שטרא מעליא דמגו להוצי' לא אמרי' אלא עד דאיכ' שטרא וכיון דהחוב שבשטר אינו אלא ת"ק דהא המותר אמנה והיכי הוי שטר לחצאין ועמ"ש בסי' פ"ב סק"ח ואפשר דהתם מיירי בשטר ראי' לפיכך מהני אפי' לחצאין ועי' תוס' פ"ב דגיטין דף כ' שכתבו דשטר מלוה אינו כמו שטר מקנה דאינו אלא לראי' לאפוקי קלא ע"ש וא"כ צריך לו' דהקנה לה הכתוב' בקנין והשטר אינו אלא לראי' אבל אם לא נתחייב לה אלא ע"י שטר כתובה זו וכ' בה אלף על המנה והחיוב אינו בכולו אלא במחציתו אין שטר לחצאין וצ"ע:

סעיף ח

יש חילוק במטלטלין. ע' ט"ז שכ' דהחילוק בין קרקע למטלטלין בענין זה דגבי מטלטלין לא שייך יד החוזר על העליונ' אלא דאם יש בו כדי חלוקה נוטל כל אח' לפי חלקו ואם אין שם כדי חלוקה המקח בטל לגמרי ונותן לו מעות שנתן אבל בקרקע אעפ"י שיש בו כדי חלוקה אין שם חזרה לבטל המקח ואם חוזר המוכר יד לוקח על העליונ' שיש לו כפי' לשלם לו כשער של עכשיו מן העידית וזהו מטעם שהוא ניזק משא"כ במטלטלין אף אם הוא ניזק מ"מ הכל נחשב לעידי' דכל מילי מיטב הוא במטלטלין וע"ש: ולכאור' דבריו אינו אלא לשטת הש"ע דס"ל מעידי' שבה א"כ גבי מטלטלין דכל מילי מיטב ל"ש מעידי' שבה אבל לשטת הרא"ש והטור שכ' מעדיות שבנכסיו א"כ צ"ל דעדיף כוחו מניזק דהא אפי' רוצ' ליתן מעות יכול לכופו שיתן לו קרקע דוק' ואלו גבי ניזק או כסף או מיטב וכמבואר פ"ק דב"ק ואם המזיק נותן מעות אין צריך ליתן קרקע וכמ"ש בטור

וש"ע סי' תי"ט ע"ש וא"כ אפשר לו' אפי' במטלטלין כיון דטעמ' דכל מילי מיטב משום דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי וקרובי לזוזי והכ' אפי' רוצה ליתן מעות י"ל תן לי קרקע ומעדיות שבנכסיו מיהו אפשר לו' דנהי דעדיפ' כחו משאר ניזק שאינו יכול לסלקו בכסף היינו באו' תן לי קרקע ומשום דקנה קרקע ומש"ה צריך ליתן קרקע מעדיות אבל במטלטלין לא מצי למימר תן לי קרקע כיון דמעולם לא קנה ממנו קרקע ואם יאמר תן לי מטלטלין ומעדיות שבנכסיו גבי מטלטלים אין חילוק בין עדיות לזיבורית:

סימן קצא

סעיף א

שטרי דידן שטרי קנין. בפ"ב דגיטין דף כ' בעי רמי בר חמא היו מוחזקי' בטבל' שהי' שלה וגט כתוב עליו והרי היא יוצאה מתחת ידה מי אמרי' אקנויי אקני' לי' או דלמ' אשה לא ידע' לאקנויי אמר אביי ת"ש אף הוא העיד על כפר קטן כו' הא בעינן ספר מקנה וליכ' אלא משום דאמרי' אקנויי אקני לי' ע"ש: ומבואר דשטר קנין לא מהני עד שיהי' הנייר והוא השטר של המוכר דבעי' ספר המקנה ואע"ג דלוקח נותן שכר הסופר צריך הוא לחזור ולקנותו למוכר בכדי שיהי' המוכר חוזר ומקנ' לו את השטר דבעי' ספר המקנ' וכן כשנותן המוכר ליד לוקח את השטר צריך להקנותו לגמרי ללוקח ואם אמר ע"מ שהנייר שלי לא מהני דה"ל אותיות פורחת באויר וכמו שאמרו שם גבי גט אשה וה"ה שטר הקנאה דחד דינא הוא ואע"ג דגבי גט אשה אמרו שם דאקנויי אקני לי' רבנן היינו משום תקנת עגונ' אקנויי אקני לי' רבנן וכדפי' רש"י שם דה"ל כמאן דיהיב איהי דהפקר ב"ד הפקר ואין תקנה זו אלא גבי גט דלא לשהי' דזמנין שלא ירצה ליתן שכר הסופר וכמבואר בטור אה"ע סי' ק"כ ז"ל הגט צריך שיהי' משל הבעל כו' והבעל נותן שכר הסופר ומפני תקנת עגונות תיקנו שהאשה תתן שכר הסופר ותקנהו לבעל ע"ש וא"כ אין תקנה זו אלא גבי גט אשה אבל בשטר מקנה בעי כדינו וכיון דהלוקח נותן שכר הסופר צריך להקנותו למוכר ומהתימ' על הפוסקים שלא הזכירו דין זה לפרש שצריך להיות הנייר משל מקנה וכמו בגט אשה וא"כ בשטרי דידן כיון דהלוקח נותן שכר הסופר ואינו מקנהו למוכר נרא' דלא מהני לקנין ואינו אלא לראי' דלראי' אין צריך ספר המקנה וכמ"ש תוס' שם דף כ' וזה נרא' לענ"ד ועמ"ש בסי' ל"ט סק"ז ובסי' ס"ו ס"ק כ"ד:

סעיף ב

והקרקע נקנה על ידן. עי' ב"י שכ' תשוב' הרשב"א באלמנה שבא ליפרע כתובתה כו' מכר לה קרקע בדמי סך כתובתה ועשה לה שטר בגופן כו' ואח"ז טוען ראובן שאין המכירה כלום כו' לאה זו קנתה בשטר זה אע"פ שהוא עשוי בגופן כמבואר בפ"ק דגיטין דבשטר מכר קנה ושטר מכר העשוי אף לראי' כגון שטרי מכר שהעולם נוהגין לעשות קונין כאלו כ' שדה קנוי לך כו' ואי משום שלא נתנה מעות דמלוה אינו קונה הכא לא צריך דבלא כסף נמי קונה דטעמא דשמואל דאמר בשטר מכר לא קנה עד שיתן דמים כו' משום דסתמ' דמלת' לא גמר ומקני עד שיתן כלוקח דמים וכאן אינו מצפה שהרי מחילת הכתיבה במקום דמים וה"ל כמוכר שדהו מפני רעתה ולפיכך לאה זו קנתה דשטר זה קני' גמורה היא עי' שם. וקשה דהא טעמא דשטר מכר אמרו בפ"ק דגיטין משום דאי לאו דיהיב דמי לא הוי מרעי נפשייהו ע"ש וא"כ הכא דליכ' כסף דמלוה אינו קונה היכי קונה בשטר הנעשה בגופן ושטר מתנה אינו קונה וע' ש"ע סי' ס"ח ואפשר דקונה משום דד"ד וכמבואר בסי' ס"ח שם ע"ש:

סעיף ג

נאבדו המעות אם א"ל קני מעכשיו. והוא תמוה דהא בש"ס משמע להדי' דאפי' לא א"ל מעכשיו ונתאכלו המעות נמי קונה ומשום דהני זוזי לא למלוה דמי וכדאי' בקידושין ר"פ האו'. והנה הסמ"ע מפרש לה שנאבד בענין שאינו יכול לחזור ולהתפרע ממנו וע"ש שכ' שכן משמע מדברי הב"י שכ' דנאבדו המעות המקח קיים משום דאלו לא מקיים המקח הי' צריך להחזירם לו וא"כ במקום שאי אפשר להחזירם לו בטל המקח ע"ש. ובט"ז השיג על הסמ"ע דכיון דהני זוזי לשום קידושין נתנו א"כ אפי' בענין שאין לה לשלם מה שאכלה כיון דבשעת אכילה דידה אכלה ה"ל קידושין וע"ש. ובש"ך הביא דברי הסמ"ע וכ' עלה דכן הוא בר"ן פ' האומר ובהג"א ס"פ האשה שנפלו וכן במרדכי פ' האו' וכן מחלק הרמ"א גופי' באה"ע סי' מ' והוא מהרב המגיד בשם הרמב"ן עכ"ל. ותמהני שלא נמצא מזה דבר בדבריהם ואולי כוון למ"ש הר"ן והה"מ משום שתצטרך להחזיר המעות אם תחזור מקידושין וממיל' מבואר דהיכ' דהוא בענין שאינו יכול לחזור ולהתפרע דלא מהני המעות אך מ"ש בש"ך דכן מחלק הרמ"א גופי' שם באה"ע לא מצינו שום דבר מזה. אלא דגם לפי מ"ש הר"ן והה"מ טעמ' משום שתצטרך לחזור המעות נמי אין לחלק במה שאין לה לשלם דהא כיון דחייבת לשלם אם לא ישלם היום ישלם לאחר זמן והגע בעצמך מקדש במלוה במקום דמהני וכגון בהנאת מחילת מלוה ודאי מהני אפי' במקום שאין לו לשלם כיון דחוב הוא וישלם לאחר זמן. ועוד דכאן גבי קרקע לא שייך אין לו

כיון דהקרקע שקנה הוא בעין. ואפשר דמיירי הסמ"ע שנאבד המעות באונסין דמן הדין פטור ואין עלי' חיוב לשלם אפי' תחזור מן הקידושין וה"ה כאן במקח ותו ליכא מעות. אלא דלענ"ד נרא' דכה"ג חייב אפי' באונסין אם תחזור מקידושין ודומה למ"ש הרא"ש פ' לולב הגזול גבי מתנה ע"מ להחזיר דס"ל להר"ר ישעי' דפטור מאונסין חייב בגניבה ואבידה שכן נהנה ודעת הרא"ש שם דחייב אפי' באונסין ועוד אפי' מתה מחמת מלאכה חייב שהרי קיבל עליו להחזירו ואם לא החזירו המתנה בטילה ונהי דשואל לא הוי מיהו בנפקד ושולח יד בפקדון שלא ברשות הוי גזלן ואע"פ שברשות ירד הוא בטל אותו רשות בשלא קיים תנאו ועושה את עצמו גזלן למפרע עכ"ל וה"נ כיון דנותן ע"מ קידושין או ע"מ מכר אם תחזור מקידושין נעשית גזלן למפרע וחייבת אפי' באונסין ואפי' לדעת הש"ע בסי' רמ"א סעיף ח' בנותן שור לחבירו ע"מ להחזיר תוך שלשים יום ומת תוך הזמן דפטור היינו טעמ' בר"ן פ"ק דקידושין ע"ש שכ' כיון דלא בא לידו בתורת שמירה אלא בתורת מתנה וכיון שנאנס ואינו יכול לקיים תנאו פטור ע"ש וזה נמי הוי טעמ' דהר"ר ישעי' שהוב' ברא"ש אבל היכ' שנותן לו בתורת קידושין או בתורת מקח וחוזר בו המוכר או האשה א"כ ראוי לחייב באונסין כיון דיכולין לקיים המקח והקידושין ואם חזרו ה"ל גזלן למפרע וחייבין באונסין אלא דאם לא נשתמש במעות ועדיין הוא בעין אפשר דאין לו משום חיוב אונסין מיהו יותר נרא' דלא גרע משולח יד בפקדון כיון דמכי שקלה המעות לשום קידושין ודאי דעתה הי' להשתמש בו וה"ל כמו שולח יד בפקדון כיון דחזרת מקידושין ה"ל למפרע פקדון וכל השולח יד בפקדון חייב באונסין וה"ה במקח וכל שנתחייב לשלם אפי' אין לו הוי מעות וקונה במקח ובקידושין ועמ"ש בחידושי לאה"ע סי' מ':

סימן קצד

סעיף א

מיהו שכירות. ובט"ז חולק בזה וכ' דהב"י לא אמר דשכירות מן העכו"ם קונה בכסף אלא לדעת הרשב"ם דאינו מחלק בין עכו"ם לישראל אבל להסוברין דאפי' במקום שישראל קנה זה לא קנה אפי' שכירות אינו קונה בכסף וע"ש שהבי' ראי' לדבריו מלשון הרא"ש. ולי נרא' ראיה לדברי הרמ"א מדברי תוס' פ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ח) דאמר רבא קרא ומתנית' מסייע לריש לקיש כו' מתני' דתני' נתנה לבלן מעל ואמר רב דוק' בלן דלא מחסרה משיכה אבל מידי אחריני דמחסרה משיכה לא מעל עד דמשך. וכתבו תוס' ז"ל וא"ת והא מחוסר חזקה וי"ל דשכירות קרקע נקנה בכסף וכו' וא"ת וכי אתותב ר' יוחנן

ממתני' וי"ל דר' יוחנן מוקי לה בבלן נכרי וע"ש וכ"כ ברא"ש דמתני' לא קשיא לר' יוחנן דאיכ' לאוקמי בבלן נכרי ובעי משיכה לר' יוחנן ע"ש וכיון דמיירי בעכו"ם תיקשי הא מחוסר חזקה ושטר כיון דכסף אינו קונה לו ע"כ צריך לו' דס"ל לתוס' ורא"ש דשכירות קונה בכסף:

סעיף ב

וכן אם התנה. ברמ"א סי' קצ"ח כ' דכסף קונה במטלטלין היכא שהתנה שיקנה בכסף וכן הוא בב"י שם ע"ש. ובש"ך שם חולק דהיכ' דלא הוי קנין לא מהני תנאה ע"ש. ומיהו נרא' דכאן מודה מדלא השיג כאן והטעם כיון דהא דאינו קונה מעכו"ם בכסף היינו משום דלא סמכה דעתה וכיון דהתנ' וסמכ' דעתיה מהני וכמו גבי אחרא דכתבי שטרא דמהני תנאה לקנות בכסף אבל בט"ז וב"ח חולקין גם כאן וס"ל דלא מהני תנאה וע"ש. ולפי מ"ש בסי' קצ"ח סק"ד דמהני תנאה אפי' במטלטלין לקנות בכסף ע"ש א"כ מכ"ש הכא דאינו אלא משום סמכה דעתיה:

סעיף ג

אבל במטלטלין. וכבר נחלקו בזה קמאי דקמאי ולכן העלו בזה גבי מכירת בכור שצריך תרווייהו כסף ומשיכה לאפוקי מידי ספיק' ובתוס' פרק הזהב (בבא מציעא דף מ"ח) ד"ה נתנו לסיטון כתבו דאפי' לר' יוחנן דס"ל דבר תורה מעות קונות איכ' למימר דעכו"ם נמי בכסף ואע"ג דאמרי בפ"ב דבכורות מדישראל בחדא ומדישראל בכסף עכו"ם במשיכה מ"מ איכ' למימר דישראל בכסף ועכו"ם נמי בכסף ע"ש בשם ר' חיים כהן ועמ"ש בסי' ק"ה סק"הו עיין בטור וש"ע בי"ד סי' ש"ך דכתבו בבכור דבעי תרווייהו כסף ומשיכה:

אמנם במכירת חמץ ק' הדבר במשיכה בכל חביות וחביות ובכסף לחודי' מידי ספיק' לא נפק' ולכן שמתי אל לבי לברר הקנין וכיצד לצאת מידי מאסר הספיקות. ובשו"ת נחלת שבעה סי' ל' שם נמצא כתוב תשובת הגאון מוהר"ש קאדנביר וז"ל ואגב לא אוכל להמלט להודיע למע"ל מה שחדשתי מדין זה בימי חורפי והצעתי הדבר לפני רבותינו והסכימו עמי והוא זה דהתוס' והרא"ש והטור וש"ע שכתבו דהמחוור שבכלם דמקבל פרוטה מן העכו"ם ויקנה לו מקום שבהמה עומדת לשם והמקום יקנה לו באם וכו' וכן אנו נוהגין לענין מכירת חמץ שמקנין לו בכסף ובשטר החדר שבתוכו החמץ והמקום קונה לו החמץ וכמ"ש הב"ח בטור א"ח ותמיהא לי מלתא דהא דחצר קונה הבהמ' או החמץ הוא מדין שליחות דאי משום יד הי' צריך הכותי להיות עומד בסמוכין לו דמה יד בסמוכה וכו' כדאי' פ"ק דמציעא וכיון דמדין שליחות קונה החצר ואנן קי"ל דאין שליחות לכותי לא הן לדידן ולא אנן לדידהו מן אתם גם אתם כדאי' פ' א"נ וא"כ תקנה זו

לא ידענא דמנ"ל לו' דחצירו של כותי קונה לו ודוחק לו' דכותי לכותי יש שליח וכמ"ש בשו"ת מ"ב סי' צ"ד וא"כ חצירו של כותי הוי כשליח הכותי דערבך ערבא צריך דדינו של הרב מ"ב צ"ע למעשה וכו' ומצאתי ברבינו ירוחם חלק אדם וחוה נתיב ך' ח"ב שכתב וז"ל ולצאת ידי שניהם יקבל מהכותי מעות בשביל אוזן הבהמה פרוטה וימשוך הבהמה או יקנה להכותי המקום שהבהמ' עומדת שם ויקנה לו אגבו אוזן הבהמ' עכ"ל ואמרתי טבא חדא פלפלא וכו' דלכולהו אית להו פירכא ולדידי לית לי' פירכא כלל דמבואר שלא מדין חצר קני לי' אלא מתורת מטלטלין אגב קרקע דקנה הקרקע ואגבו המטלטלין ולא מתורת חצר וכו' ולפ"ז גם במכירת חמץ יש לנו להזהר למכור לכותי החדר שהחמץ בתוכו וליקח פרוטה ומקנה חדר ואגבו החמץ ולא שנותן בתורת חצר וקלסו רבותי את דברי ומקום הניחו לי רבותי האחרוני' להתגדר בו עכ"ל וע"ש:

וההנ מאי דקשיא לי' להרב מוהרש"ק בדברי התו' והרא"ש והטור שכתבו והמקום יקנה לו חלק באם כיון דחצר משום שליחות ואין שליחות לעכו"ם המעיין בדבריהם יראה דלא כתבו כלל משום תורת חצר וז"ל תוס' פ' השוכר דף ע"א ד"ה רב אשי כו' והרוצה לחוש לדברי רש"י ור"ת המקנ' בהמה לנכרי לפוטר' מן הבכורה צריך שיתן הנכרי כסף וגם משיכת הנכרי בסימט' או לרשות נכרי שהוא שלו ואם אין לו רשות מקנ' לו הישראל חדר בביתו והנכרי ינעול ויפתח דבהכי קני לי' ואח"כ ימשוך הנכרי הבהמ' לאותו חדר עכ"ל וכ"כ הרא"ש והטור שימשוך הנכרי הבהמ' לחדר ומשיכה לחצירו ודאי מהני דלא גרע ממשך לסימטא ומכ"ש לחצירו וזה ברור. אלא דגבי חמץ דאי אפשר למשוך כל חביות וא"כ ע"כ צ"ל מתורת חצר או בתורת אגב כמ"ש הרב הנז' אמנם מ"ש הרב הנז' דלכולהו אית להו פירכא ולדידי לית לי' פירכא כד דייקת גם בתורת אגב יש לגמגם לפמ"ש תוס' והרא"ש פ"ק דב"ק דף י"א דקנין אגב אינו אלא מדרבנן וקרא דויתן להם ערים בצורות אינו אלא אסמכתא ע"ש. ולפמ"ש רבינו ירוחם הובא בב"י באה"ע סי' כ"ח דאם קידש אשה בחוב ע"י מעמד שלשתן דאינו קונה אלא מדרבנן לא הוי קידושי תורה ע"ש וא"כ בקדושת בכור דהוא איסור תורה אינו פקע ע"י קנין דרבנן ואפי' לפמ"ש הב"י באה"ע שם דכיון שתקנו חכמים שיהי' קונה ה"ל קידושי תורה אכתי יש לחוש לדעת הע"ש והסמ"ע סי' ס"ו סק"א דלמ"ד מכירת שטרות דרבנן עכו"ם אינו קונה בתקנתא דרבנן ועמ"ש בסי' ס"ו ס"ק ל"ב וא"כ בקנין אג"ק דאינו אלא דרבנן אפשר דעכו"ם אינו קונה. ולכן נראה לענ"ד להעמיד הקנין בבכור וגבי מכירת חמץ שהוא בתורת חצר ומאי דקשיא לי' להרב הנז' דאין שליחות לעכו"ם ואינו חצר קונה משום יד אלא בסמיכ' והי' צריך להיות עומד בסמוך הנה בתחל' צריך להקדים דמה שנרא' מדברי הרב הנז'

דאפי' נימא דאין לו חצר משום שליחות הא בסמוך אית לי' משום יד וזה ליתי' לענ"ד דאי נימא דאין לו חצר גם בסמוך לית לי' דהא בפ"ק דמציעא דף י"א מסיק בש"ס דלא ילפינן חצר דגברא מחצר דאתת' ויש חצר לקטנה ואין חצר לקטן וכן הוא בטור וש"ע סי' רמ"ג מ"ש וחצר דקטנה גבי גט אינו אלא בסמוכה דהוי משום יד אבל אם אינה סמוכה אפילו חצר דאתת' אינו אלא משום שליחות וכמבואר בש"ס ר"פ הזורק ע"ש וא"כ אין חצר לקטן אפי' בסמוכ' דחצר דגברא לעולם משום שליחות הוא דהוי ועכו"ם דליתנהו בתורת גיטין אין לחלק בהו בין זכר לנקיבה וא"כ אינו אלא משום שליחות ואפי' בחצר הסמוך אינו בתורת יד וזה ברור. אלא דנרא' ראי' ברורה דמהני תורת חצר בעכו"ם מהא דאמרי' פרק השוכר דף ע"א דפריך מכי מטא לאויר' דמנ' קני' יין נסך לא הוי עד דנסכי' ע"ש וכיון דכליו של אדם אינו אלא מתורת חצר וכמ"ש בשטה מקובצת פ"ק דמציעא דף ט' בהא דפריך ואי א"ל קני מי קני חצר מהלכת היא. וז"ל ש"מ דכליו של אדם מדין חצר הוא דקונה דאי לא מאי פריך מחצר מהלכת דלמא כליו שאני עכ"ל. וכיון דכליו מתורת חצר ובש"ס פריך בפשיטות גבי עכו"ם דקתני כליו א"כ מוכח דיש חצר לעכו"ם ואין לו' דהתם מיירי שהנכרי עומד בצדו דה"ל מתורת יד דכבר כתבנו דאי נימא אין חצר לעכו"ם גם בסמוכ' ל"מ ועוד דכבר כת' הרב המגיד פי"ז מגזילה הא דאמרו בחצר עומד בצדו היינו בתוכה וכן הוא ברמ"א סי' ר' סעיף א' וע"ש מדפריך מכי מטא לאויר קני' מוכח דקונה לו חצירו. ואכתי אפשר לדחות ראי' זו דהתם רב אשי אמר משיכה בנכרי אינו קונה וכו' מנא אמינ' לה מדאמר להו רב להני סכייתא כי כיילתו חמרא לנכרי שקלי זוזי מינייהו והדר כייל להו וכו' ודחי לה אי דקא כייל ורמי למנא דישראל וכו' ופריך סוף סוף כי מטא לאויר' דמנא קני' כו' לא צריכא דמנחא אארע' ופריך ותיקני לי' כליו כו' וכיון דשקלא וטריא אליב' דרב אשי לקיים דבריו או לסתור ולרב אשי דס"ל בפ' א"נ דף ע"א כי אמרי' אין שליחות לנכרי הני מילי אינהו לדידן אבל אנן לדידהו הוי שליח ע"ש א"כ ודאי יש חצר לעכו"ם כיון דהמשלח איתיה בנכרי אלא דשליח אינו בנכרי וא"כ כי היכא דישראל אית ליה חצר ה"נ נכרי אית ליה חצר כיון דיכול להיות נכרי משלח אבל לדידן דס"ל בפ' א"נ דלא כרב אשי אלא אנן לדידהו נמי לא ומשום דבעינן משלח בן ברית א"כ לית ליה חצר כיון דניתי' לנכרי בתורת משלח ודו"ק: בי"ד סי' קל"ז מבואר שם ברמ"א דצריך דוקא עכבת יין אפומא דכילתא ע"ש וא"כ מבואר דלדידן נמי קונה לו כליו וכיון דכליו מתורת חצר שמע מיני' דאית לי' חצר וז"ב ומאי דקשיא ליה להרב הנז' הא חצר משום שליחות וכו' נרא' דודאי לרב אשי פ' א"נ דר"ל אנן לדידהו הוי שליח וא"כ אין קפידא דבני ברית אלא מצד השליח אבל לא למשלח וא"כ

ודאי יש חצר לעכו"ם וכמ"ש דמצד המשלח א"צ להיות בן ברית ומצד החצר אין חילוק בין חצר דישראל לחצר דכותי דחצר אע"פ שאין בו משום בן ברית אלומי אלמי' רחמנא לשליח ועיין שטה מקובצת פ"ק דמציעא דף י"א בהא דפריך שם מהא דתניא ונתן בידה אין לי אלא ידה גגה חצירה מנין ת"ל ונתן בידה ופי' מקצת מפרשים דקושיית הש"ס הוא דאי ס"ד משום שליחות אתרבי א"כ למה לי קרא דהא שליחות כתיב ושלח ושלחה וע"ש פי' רש"י וכת' עלה בשטה וז"ל ולא נהיר' דהא מושלחה לא נפקא אלא בן דעת וא"כ אין חצר בכלל ולהכי איצטריך ריבוי לחצר וע"ש וא"כ כי היכי דריבתה תורה חצר דישראל לשליח אע"ג דאינו בן ברית ולא בן דעת ה"ה לכותי ומצד המשלח אין קפיד' וכמ"ש אלא אפי' למסקנ' דש"ס שם דאמרו והא דרב אשי בדותא מ"ש אינהו לדידן דלא דכתיב אתם גם אתם לרבות שולחכם מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית אנן לדידהו נמי מה אתם בני ברית קאמר א"כ נהי דמצד החצר אין קפיד' אבל מצד המשלח שאינו בן ברית לא מצי לעשות שליח. אמנם נרא' דנהי דאינהו לדידן נמי לא אבל לחצר שפיר עבדי שליח דהנה איכא דגרסי שם אנן לדידהו נמי בעינן אף שלוחכם בני ברית והובא גירס' זו בשטה מקובצת שם וביאורו משום דכתיב גם אתם וצריך להיות השליח ג"כ בן ברית ואם המשלח אינו בן ברית אין השליח ג"כ בן ברית אלא הוא לבדו קרוי בן ברית ולא המשלח וכיון דגבי חצר ל"ש בן ברית וריבתה התורה להיות שליח א"כ בחצר לעכו"ם כיון דבחצר ל"ש תורת בן ברית אלא דגם לפי' רש"י דכת' דלא גרסי אף שלוחכם בני ברית וגרס רש"י אנן לדידהו נמי מה אתם בני ברית קאמר וכ' רש"י בפ' כל הגט דף כ"ג משום דאתקש שליח לשולחו בהאי קרא וע"ש וכיון דשליחות בחצר לא איתקש לשולחו דהא גבי חצר ל"ש בן ברית ואפ"ה אלומי אלמי' תור' לשליחות דידי' א"כ מה לי חצר לישראל או לנכרי כיון דחצר לא איתקש לשולחו וכמ"ש א"כ ה"ה לנכרי דטעמא דנכרי אינו עושה שליח אינו אלא משום דאיתקש שליח לשולחו וכבר גלי קרא בחצר לשליחות אע"ג דלא הוי דומה למשלח וכמ"ש משא"כ בחצר לקטן דהא דקטן אינו עושה שליח לאו משום דאיתקש שליח לשולחו אלא הא דאין הקטן עושה שליח פי' רש"י בר"פ האיש מקדש משום דעיקר שליחות גבי גט כתיב ושלח ושלחה היינו בגדול ע"ש והא דאין הקטן נעשה שליח נפקא לן בר"פ האיש מקדש מהא דכתיב איש זוכה ואין הקטן זוכה ע"ש וכיון דלאו מחד קרא נפקא ומש"ה אף ע"ג דריבתה תורה שליחות לחצר שאינו בן דעת אבל מצד המשלח שצריך בן דעת אין לו חצר אבל שליחות דבן ברית דמחד קרא נפקא דכתיב אתם גם אתם ואתקש שליח לשולחו וכמ"ש רש"י פ' כל הגט וכבר גלי קרא בשליחות דחצר אף ע"ג דאינו בן ברית. וא"כ ה"ה אם

המשלח אינו בן ברית יש לו חצר וזה נראה ברור) (ועיין בתוס' פ"ק דמציעא דף י' ד"ה ואי משום שליחות אתרבי וז"ל וא"ת מה צריך להוכיח מכח דאין שלד"ע אמאי לא מוכיח מדאתרבי חצר מקרא דידו כדבסמוך גבי גט מוכיח דחצר משום ידה אתרבי מדאתרבי מקרא דידה ולא עביד שום הוכחה וי"ל דבסמוך מכח התנא מוכיח דאתרבי גגה וחציר' כידה להתגרש אפי' בע"כ או אפילו היא קטנה ואי מטעם שליחות לא היתי' מתגרש' בע"כ ולא קטנה אבל הכא דאי אפשר להוכיח מכח זה דאפי' בידו אינו קונה הגניב' ולא אם הוא קטן עכ"ל ואי נימא דאין חצר לעכו"ם כיון שהוא משום שליחות א"כ גבי גניבה נמי מכח התנא יכול להוכיח דמרבה חצר כמו ידו ועכו"ם קונה גניבה בידו דבני נח מוזהרין בגזל ואי משום שליחות אין לו חצר ולפי מ"ש דאפי' חצר דעלמ' משום שליחות אפ"ה אית לי' קנין חצר ניחא ועיין מ"ש בסי' קפ"ח סק"ג. אמנם אם החמץ אינו בעירו וצריך למוכרו לא מצאו אחרונים דרך כיון דכסף לחודי' אינו קונה ועיין פר"ח א"ח סי' תמ"ח והנה אם יש לו קרקע יכול להקנות לו הקרקע ואגבו החמץ לפי מ"ש הרב מוהרש"ק כיון דאגב לא בעי ציבורין אלא דכבר יש לנו גמגום בקנין אגב וכמ"ש בסק"ג ועוד היכא דאין לו קרקע מאי. וכאשר שמתי אל לבי בזה מצאתי קנין אודית' דהיינו שיכתוב ח"י תעיד עלי כו' איך שמכרתי את כל החמץ לפ' באופן המועיל וכיון שמודה שמכר באופן המועיל קנה הכותי באודית' זו ומשום דאודית' הוי קנין אע"פ ששניהן יודעין שאינו כן ולפי שלא ביארו בו האחרונים ביאור רחב בקנין אודית' ולכן צריך אני להאריך קצת. ולענ"ד קנין שלם הוא ולא נופל הוא מכל הקנינים הן לענין ממון הן לענין איסור ואע"ג דקמי שמיא גלי' שאין הדבר כן כיון דהוא קנין הרי נקנ' לו באודית' ועיין בט"ז הל' ריבית סי' קס"ח ז"ל ועל מ"ש המרדכי שמזכה לו בשביל העכו"ם תמה ב"י דאנן קי"ל אין זכי' לעכו"ם כו' ומו"ח ז"ל כת' דהכי קאמר שיהי' זוכה בו בדרך שיזכה בו העכו"ם כגון באודית' שמודה שהוא של העכו"ם כהאי ר"פ מי שמת בעובד' דאיסור גיורא וכו' ולא נהירא דהאי אודית' דאיסור אינו ענין לכאן דודאי לגבי ממון אמרי' דאדם נאמן על עצמו לחובתו והודאת בע"ד כמאה עדים כו' אבל זהו ודאי אינו מועיל לאפקועי איסור' בשביל שקר שלו וכו'. שוב ראיתי בתשובת מיימוני לס' משפטים סי' ל"א שכתב לענין מוכר חוב של עכו"ם דלא מהני הודאה בשם בעל העיטור עכ"ל ונראין דברי הב"ח דאפי' באיסורין מהני הודאה וראיה מדברי תוס' פ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ו) ד"ה וניקנינהו ניהלי' אגב קרקע וז"ל וקשה דליקני ליה המעות בהודאה כמו שקנה רב מרי מרבא ע"י הודאתו של איסור בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ט) אעפ"י שאנו יודעין שלא הי' שלו תחלה וה"ה בברי מדקנינהו רב מרי אעפ"י דלא הוי

בר ירושה וע"ש שהניחו בקושיא והרי מבואר דאפי' לאיסורין מהני קנין אודית' דאע"ג דקמי שמיא גליא שמעות אין לו ופריק אידך בלא חומש אלא מוכח כיון דהוא גופה קנין ממילא מהני גם לאיסורי' אלא דבתוס' פ' הגוזל קמא משמע להיפך ע"ש דף ק"ד ד"ה אגב אסיפא דבית' וז"ל ומה שכותבין בהרשא' והקניתי לו ד' אמות בחצירי כו' אפי' אותן שאין להם קרקע יש מפרשים משום דהודאת בעל דין כמאה עדים כו' והאי דפ' הזהב גבי הי' עומד בגורן דפריך וניקני לי' אגב ארע' ומשני דלית לי' ארע' התם מדאוריית' בעינן דא"ל ארע' דאי לית ליה ארע' לא היו קרויין מעותיו מדאוריי' שיוכל לפדות בהן פירות מעשר שני עכ"ל: והנה משמע מדבריהם דלענין איסור' לא מהני אודית' אמנם קשה לי טובא דמשמע ממה שכ' מדאוריית' בעינן כו' דאודית' אינו מן התור' אלא מדרבנן ומה בכך דהוי מדרבנן כיון דקנין הוא עכ"פ מדרבנן מהני נמי אפי' לאיסור תורה וכמ"ש הב"י באה"ע סי' כ"ח בקידש' במע"ש דהוי קנין מדבריהם דהוי קדושי תורה ומשום דהפקר ב"ד הפקר והוא מוכח ממקומו שם בש"ס דפריך וליקני לי' אגב ארעא. ולשטת תוס' בפ"ק דף י"א דקנין אגב אינו אלא מדבריהם ע"ש ומהני קנין זה לפדות בהם פירות מעשר שני. מיהו נראה כיון דתוס' כתבו התם מדאוריי' בעינן דאית ליה ארעא כו' לא הי' קרויין מעותיו מדאוריית' ומשמע דאם הי' מדרבנן הי' מועיל אודית' אפי' לענין איסור א"כ גבי חמץ דמדאוריית' סגי בביטול והא דצריך למכור אינו מדרבנן א"כ נרא' דסגי לה באודיתא ועמ"ש בסי' מ' סק"א:

ומ"ש הט"ז שוב ראיתי בתשו' מיימוני שכ' לענין מוכר חוב של עכו"ם דלא מהני הודא' המעיין ירא' דאדרבה משם ראי' דמהני הורא' אפי' לאיסור ריבית וכמ"ש הב"ח וז"ל ומה ששאלת עוד בחוב ע"פ כה"ג שמוכרו לישראל חבירו אם אסור או שרי וכו' והעלה דלא מהני שום קנין בהלואה דאגב אינו מועיל כו' וכתוב שם הג"ה בשם בעל העיטור וז"ל והודה דאיסור לא מהני דאם כן הא דגרסינן פ' מי שמת למימר' דסבר רב נחמן מלת' דאיתי' בבריא איתי' בשכ"מ ומקשה לה מהא שכ"מ שאמר הלואתי לפ' הלואתו לפ' ומשני איתי' בברי' במעמ"ש לישני לי' בברי איתי' בהודאה דאיסור אלא לאו ש"מ לא מיקני חוב בהודאה אפי' בסבר' דרבוות' אלא במעמ"ש עכ"ל בעל העיטור. ומוכח מדבריו דאם הי' חוב בע"פ ניקני בהודאה הוי מהני אפי' לאיסור ריבית אלא משום דחוב ע"פ אינו נקנה בהודא' אפי' לממון וכדמוכח לה מהאי דפ' מי שמת מלתא דאי' בבריא וכו'. וטעמ' דמלת' נרא' דנהי דאודית' הוי קנין אבל חוב ע"פ שאינו ברשותו לא מצי להקנותו בשום ענין כיון שהוא דבר שאינו ברשותו אינו נתפס בו קנין אלא במעמ"ש והוא נמי הלכת' בלא טעמ' אבל דבר שברשותו שנתפס בו קנין גם אודית' הוי קנין

ואפי' לענין איסורין וז"ב. ובתוס' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ח) ד"ה שכ"מ שאמר הלואתי לפי' וז"ל אע"ג דלית' בבריא בקנין שאין הלואה בעין ונהי דיכול להקנות אג"ק אי גרסי' מסיק כדרב פפא מכל מקום כיון דליתי' בקנין דלא מצי להקנות בלא דבר אחר לא חשיב איתי' בברי וכו' ותימא לימא איתי' בבריא בהודא' כדמוכח לקמן דשכ"מ שהודה קנה בלא טעם דשכ"מ מדקני בגר עכ"ל. ונרא' דקושיות תוס' הוא לפי מ"ש דהלוא' נקנ' אג"ק וצריך לו' דמלוה חשיב דבר שברשותו והכין הוא דעת בעל המאור ר"פ שור שנגח דו"ה דלא הוי דבר שאינו ברשותו אלא גזל ולא נתייאשו הבעלים כיון דהגזלן אינו רוצה להחזיר אבל חוב דהלוה רוצה לפרוע יכול להקדישו ע"ש וא"כ הא דחוב אינו נקנה בקנין סודר אינו אלא משום דמטבע אינו נקנה בחליפין וכמ"ש רש"י ר"פ נערה דף נ"א ע"ש וכיון דקנין נתפס בה ומקנה אג"ק א"כ מקנה נמי באודית' אבל לדידן דקי"ל דחוב ע"פ אין שום קנין נתפס בה ומשום דה"ל דבר שאינו ברשותו וכמ"ש הרמב"ן ר"פ שור שנגח שם דאע"ג דהלוה רוצה לפרוע מלוה להוצאה נתנה ע"ש א"כ ע"י אודית' נמי אינו נקנה ולכן נראין דברי בעל העיטור שכת' דחוב ע"פ אינו נקנה באודית' ואפי' לענין ממון. ובזה ניחא ליישב דברי תו' פ"ק דגיטין דף י"ג ד"ה גופא וז"ל אומר ריב"א וכן ר"ת דמעמ"ש קונה בע"כ של לוה או של נפקד דאי לא קני אלא מרצונו למ"ד דוקא בפקדון למה הוצרכו לתקן במעמ"ש יאמר לו זכי ואין נרא' לו' דהוצרכו לתקן במקום שאין הפקדון ביד הנפקד אלא ביד אחרים דלא יועיל אם יאמר זכי ועוד אף באין הפקדון ביד הנפקד יקנה באודית' כו' אלא נרא' דאף בע"כ של נפקד קני עכ"ל. ודבריהם נראין תמוהין דאכתי יקנה באודית' ועמ"ש בזה בחידושי מוהרש"ל ומוהרש"א. ולפי מ"ש ניחא דאי נימא דמעמ"ש איתי' בע"כ איכ' למימר דהוצרכו לתקן מעמ"ש בפקדון דכפרי' ואינו רוצה להחזיר דכה"ג ה"ל דבר שאינו ברשותו וכמבואר בפוסקים וא"כ אין שום קנין נתפס בה וה"ה אודית' לא מהני אבל אי נימא דמעמ"ש אינו אלא מדעת א"כ כל שרוצה לחזור ה"ל דבר שברשותו וכל היכ' דאיתי' ברשות' דמארי' הוא כמ"ש תוס' בפ"ק דמציע' דף ו' ע"ש וא"כ שפיר נקנה באודית' ודו"ק ועמ"ש בסי' שנ"ד סקי"ב. ובשו"ת רשב"ץ ח"א סי' קנ"ג ז"ל ועוד שאין פקדון ולא מלוה נקנה בהודאה אלא בשכ"מ משום דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין אבל בבריא לא שאם כל אדם הי' יכול להקנות בהודאה אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות וכ"כ הרב בעל העיטור ז"ל וכן דעת הרמב"ם שהוא פסק בהלכו' האי דאיסור בפ"ט מזכיה ואלו בהל' מכירה פ"י כת' שהמטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא אג"ק וכת' עוד שם שמחוב אינו נקנה אלא במעמ"ש ואלו הי' שהודא' תועיל בברי אמאי לא תני תקנתא דאודית' דהלכת' בטעמ' הוא אלא

ודאי הרי הוא מסכים למה שהסכים בו הרב בעל העיטור ז"ל דלא אמרי' אלא בשכ"מ ולא בבריא עכ"ל וע"ש עוד מזה בח"ג סי' שכ"ה והוסיף וז"ל והאי דפ' הנושא חייב אני לך מנה דמשמע דמהני הודאה לא מוכחא דבחייב אני לך מנה ליכא הקנאה וכן הודא' דהקנאה לא מהני עד שיאמר בשטר שדי קנוי' לך עכ"ל. והן אמת דכבר נחלקו רבוותא בקנין אודית' אם מהניא בבריא או אינו אלא בשכ"מ אלא שכבר הכריע הש"ך סי' ס' דמ"ש החולקין דהך דאיסור גיורא איירי דוקא בשכ"מ ולא בבריא לית' וכל הפוסקים חולקין בזה ע"ש ולפי מ"ש רוב דברי הרשב"ץ שכתב להוכיח דאודית' לא מהני בבריא נתיישב מתוך דברינו דמ"ש להקשות מדברי הרמב"ם פ"ו ממכירה שכ' דחוב אינו נקנה אלא במעמ"ש כו' לפי מ"ש דחוב לכ"ע אינו נקנה באודית' א"כ אין דרך בו אלא מעמ"ש ומ"ש רשב"ץ בהאי דחייב אני לך מנה לא מוכח' דליכ' הקנאה הגם דודאי אית דמפרשי לה בהקנאה וכמ"ש תוס' שם ר"פ הנושא דמיירי בשטר ומחייב עצמו בחיוב חדש. אבל הרמב"ם שכת' להדיא בפ' י"א מהלכות מכיר' ההיא דפ' הנושא בלא הקנאה וכן פסק בש"ע סי' מ' ע"ש א"כ מוכח דהרמב"ם ס"ל דאודית' הוי קנין אפי' בבריא ועמ"ש בסי' מ' ועיין בנימוקי יוסף פ' מי שמת גבי אודית' דאיסור ז"ל אמר המחבר מהא דאודי איסור כתבו חכמי פורבונצי' והריטב"א בשם רבו ז"ל דכל שמחייב עצמו בלשון הודא' מהני אע"ג דידעי' דלא הי' מחייב לי' מעיקר' עכ"ל וזה הוא שטת הרמב"ם כמו שביארנו בסי' מ' שם סק"א. ובטור י"ד סי' רס"ז ז"ל אבל אם אמר בעל פה עשיתי לפ' עבדי בן חורין אינו כלום ויכול לחזור בו וכ' הרמ"ה והני מילי בבריא אבל בשכ"מ שאמר א' מאלו הלשונות כיון שמשמעותו לשון שחרור זכה מיד בגופו ואינו יכול לשעבד בו וצריך גט שחרור להתירו בבת חורין ואפי' בברי' אם אמרו דרך הודאה גמורה מהני למיקני נפשיה וצריך גט שחרור להתירו בבת חורין עכ"ל ומבואר מדברי הרמ"ה דאפי' בא לשחררו עכשיו בלשון הודאה מהני למיקני נפשיה ומשום דהודא' הוי קנין אלא דלהתירו בבת חורין דאינו תלוי בממון דאפילו המפקיר עבדו צריך גט שחרור להתירו בבת חורין וקנין אודית' נמי לא מהני אלא לקנין ממון שבו. וכן נרא' מדברי הרשב"א בחידושיו לקידושין דף כ' שכ' אע"פ שאינו כותב והריני מוכר לו אלא ומכרתי לו לאו שטר הודא' היא אלא שטר מכר כדכתיב כסף השדה נתתי דמתרגם אתן וכהאי שאמרו בפ' השולח נתתי שדה פ' לפ' וכו' ואמרי' עלה וכולן בשטר כלו' שיכתוב לו עכשיו בשטר זה ואי מדין הודא' אינו צריך לשטר ומיהו יש מי שמפרש שם דאאתנה לו נתינה לו קאי אבל נתתי' לא צריך דקנה מדין הודא' עכ"ל. וזה הוא נמי דברי הרמ"ה שהובא בטור שכ' ואפי' בברי' אם אמרו דרך הודא' מהני למיקני נפשי'. אלא שראיתי בשו"ת מוהר"ם אלשיך סי' ג'

שכ' על דברי הרמ"ה שהובא בטור וז"ל ומה יתן ומה יוסיף לו לשון הודאה ואדרבה אפי' לגופיה לא הי' לו להועיל וע"ש שהעלה טעמ' דהרמ"ה לפי מ"ש הרמב"ם שהמשחרר עבדו בכל ל' שנרא' שלא נשאר עליה שום שעבוד כלל דמהני ע"ש. ודבריו תמוהין דהרמב"ם לא אמר אלא שכתבו בכל לשון ובשטר אבל בדברים לא יוסר עבד וטעמ' דהרמ"ה משום דקנה מדין הודא' וכמ"ש נמי הרשב"א וכיון דנתבאר מכל הנך פוסקים דהודא' הוי קנין ממילא נמי לענין איסור דמהני ובפרט גבי חמץ דאינו אלא מדרבנן דסגי ליה בביטול וכמ"ש וא"כ אם אין החמץ בביתו יכול למוכרו באודית' וכמ"ש והיינו שיכתוב בשטר מודה אני שמכרתי באופן המועיל וכמ"ש או שיאמר בע"פ ובפני שני עדים כשרים דאע"ג דגבי שאר קניינים לא איברי סהדי אלא לשיקרי אבל אודית' לא הוי אלא עד שיודה בהודא' גמורה בפני עדים כשרים וכל זמן דליכא אודית' ממילא ליכא קנין אודית' וכמ"ש בסי' מ' סק"א ועמ"ש בסי' צ"ט סק"ב. וע' תוס' פ' חז"ה דף מ"ד בהא דפריך שם וליחוש דלמא אקני לי' מטלטלין אג"ק ומסיק לא צריכא דקאמרי עדים ידעינן ביה בהאי דלא ה"ל ארע' מעולם וכתבו שם תוס' במה שנהגו לכתוב בהרשאות ונתתי לו ארבע אמות בחצירי ונרא' לר"ת דהיינו טעמא כיון שמודה שיש לו קרקע וחוב הוא לו שהרי על ידי קרקע מקנה לחבירו אפי' יש לו כמה עדים שמכחישין אותו הרי הודאת בע"ד כמאה עדים ולא חיישי' למיחזי כשיקרא כדאשכחן לקמן גבי איסור גיורא דנפיק אודית' ואע"ג שהי' איסור משקר והקש' מהר"ר חזקי' דמ"מ ניחוש הכי דלמא אקני ליה מטלטלין אג"ק והודה שיש לו קרקע אע"פ שלא הי' לו מעולם עכ"ל:

ולפי מ"ש נרא' ליישב והוא כיון דאודית' בעצמו קנין הוא אם כן כשמודה שיש לו קרקע ומכר לו מטלטלין אג"ק הרי הוא כמודה שמקנה לחבירו באופן המועיל ואפי' יודעין שאין לו קרקע נקנה לו המטלטלין בקנין אודית' אלא דגבי שיעבוד מטלטלין כיון דמטלטלין גרידא לאו בת שיעבוד הוא ואפי' שעבדן לו בקנין סודר אפ"ה מטלטלין גרידא לאו בני שעבוד אלא אג"ק הוא דמשתעבדו וכיון שאנו יודעין שקרקע אין לו לא משתעבדו בקנין אודית' וכיון שקרקע אין לו לא משתעבדו מטלטלין גרידי' בקנין אודית' דאין שום שעבוד נתפס במטלטלין בלא קרקע ומש"ה התם בפ' חז"ה דמיירי משיעבוד שפיר משני דידעי' דלא הי' לו קרקע מעולם ובהרשאה דהוא בתורת קנין וכיון דקנין נתפס במטלטלין לחודיה על ידי ק"ס ומשיכה נתפס ביה נמי קנין אודית' ואפי' יודעין אנו שאין לו קרקע נתפס הקנין על ידי אודית' אבל שיעבוד מטלטלין בלא קרקע לאו בני שיעבוד ומש"ה לא מהני אודית' לשעבוד כל שאין לו קרקע וזה נכון ודו"ק:

סימן קצה

סעיף א

בקנין כיצד. כ' תוס' פ"ק דקידושין דף ד' דכותי נמי קונה בחליפין וכ"כ תוס' ר"פ הלוקח עובר פרתו אלא שהקשו שם מהא דאמרו שם דומיא דעמיתך מה עמיתך בחדא אף נכרי נמי בחדא והא איכ' תרתי כסף וחליפין או משיכה וחליפין וע"ש שכתבו דעמיתך בחדא לא קאי אלא על קנין החדש כגון כסף או משיכה אבל חליפין שוה בתרווייהו וע"ש: ו לפע"ד נרא' ליישב לפי מ"ש הרי"ף בתשו' ז"ל ששאלת אם יש בחליפין אונאה או לא זה שנראה מן התלמוד הוא שאין בו אונאה וכו' והתורה ג"כ מעידה על זה באמרה וכי תמכרו ממכר וכו' במכר הוא דאזהר רחמנא בבל תונו אבל בחליפין לא והובא בשיטה מקובצת פ' הזהב וכ"כ בכסף משנה פי"ג ממכירה על מ"ש הרמב"ם המחליף כלים בכלים אין בו אונאה והטעם בשם תלמידי הרשב"א דגבי אונאה ממכר כתיב וחליפין לאו ממכר הוא ע"ש. ולפ"ז ניחא הא דכתיב וכי תמכרו ממכר לעמיתך לישראל בחדא ולכותי בחדא דגבי ממכר ליכא אלא כסף או משיכה וחליפין לאו ממכר היא ובש"ך סי' קכ"ג חולק על דברי תוס' בקנין חליפין בכותי וז"ל והראי' שהביא ר"ת מכסף מקנתו וכו' לפע"ד לאו דאי' היא דלעולם אימא לך חליפין אינו מועיל בעכו"ם והא דממעט מכסף מקנתו דלא נקנה בחליפין היינו דאפילו לישראל אין ע"ע נקנה בחליפין דודאי אע"ג דהאי קרא מכסף מקנתו בעכו"ם כתיב מ"מ בישראל נמי משתעי קרא ותדע דאל"כ הא דמשמע מכל הפוסקים דאין ע"ע נקנה בחליפין מנא להו הא אלא ודאי כדפרישית ועוד יש לו' דקרא לגופי' אתי לגלויי דאין ע"ע נקנה בחליפין ותדע דהא רב יוסף מפרש התם בקידושין דף ח' מכסף מקנתו ולא בתורת תבואה וכלים טעמיה משום דלא קי"ל אע"ג דס"ל לרב יוסף התם דכל שאר דברים בעולם אינו מועיל קנין במידי דלא קיץ וא"כ אמאי איצטריך קרא למעוטי ע"ע אלא ודאי כדפרישית וע"ש. ואיני רואה מזה שום קושיא על ר"ת דנהי דבישראל נמי אין ע"ע נקנה בחליפין וכדמשמע מהא דתנן פ"ק דקידושין דף י"ד ע"ע נקנה בכסף ובשטר ומשמע הא חליפין לא היינו כיון דגלי קרא בעבד עברי הנמכר לעכו"ם דאינו נקנה בחליפין הוא הדין בישראל דמ"ש אבל אי נימא דעכו"ם אינו בחליפין כלל א"כ מאי ענין מעוטא דמכסף מקנתו למעט חליפין גבי עכו"ם ואי בעי למעט ע"ע מחליפין ה"ל למכתב גבי ישראל אלא ודאי דכותי נמי יש לו דין חליפין אלא בע"ע הוא דאמעט ומש"ה בישראל נמי אין ע"ע נקנה בחליפין ומ"ש הש"ך ועוד י"ל דקרא לגופא לגלויי דע"ע אינו נקנה בחליפין לעכו"ם משום דאין חליפין לעכו"ם. אינו קושיא דהא תינח אי נימא בישראל ע"ע נקנה בחליפין אבל כיון דבישראל נמי אין

ע"ע נקנה בחליפין א"כ תו ליכא למימר דקרא למעט עכו"ם מחליפין כיון דאפי' ישראל דיש לו חליפין נמי אין ע"ע [נקנה] בחליפין ולר' יוסף דאמר טעמא משום דלא קיץ ניחא דקרא לגופא אתי לגלויי דכל מידי דלא קיץ לא הוי כסף אבל לו' דקרא אתי למעט ע"ע מחליפין בעכו"ם משום דאין לעכו"ם חליפין א"א לו' כן כיון דאפי' ישראל דאיתי' בתורת חליפין נמי אינו קונה ע"ע בחליפין אלא ודאי דעכו"ם נמי אי' בתורת חליפין ומש"ה כי מיעט ע"ע מדין חליפין ממילא ישראל נמי אינו קונה בחליפין וזה פשוט:

סעיף ב

היינו דוקא במתנה. כת' הסמ"ע וז"ל ובתשו' מוהרי"ו סי' ד' דאפילו במתנה י"ל דלא ניחא ליה לזכות בו משום שונא מתנות יחי' ומש"ה מסיק וכת' שאין לחלק בין מתנה למכר ולעיל סי' קע"א כ' הטור והמחבר סעיף י' פלוגתא בזה והרא"ש והטור פסקו דלא חיישינן לזה והא דסתם המחבר כאן נרא' דהכי קאמר דהא דיקנה שלא בפני הקונה לא אשכחן אלא במתנה למ"ד דס"ל הכי אבל במכר ליכא למ"ד עכ"ל:

ונפלאתי בזה ומי איכא למ"ד דמתנה לא הוי זכות מטעמא דשונא מתנות יחיה והא משנה ערוכה שנינו בפ' מי שמת ר' יהושע אומר זכין לגדול וכן בפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ח) בכותב ואמר הלה אי אפשי בהן קנה ואפי' עומד וצווח כו' אמר רב נחמן בר יצחק זיכה לו ע"י אחר שתיק ולבסיף צווח באנו למחלוקת רשב"ג ורבנן ומשמע להדיא דמתנה הוי זכות דאי הוי חוב א"כ ודאי שתיק לא מהני והא דס"ל להרמב"ם וש"ע סי' קע"א לענין חלוקת ארבע אמות דמצי אמר במתנה לא בעינא משום שונא מתנות יחיה היינו היכא דמיחה בפירוש אין מזכין לו בע"כ אבל בסתמא זכות הוי וזכין לו שלא בפניו וכ"כ הרשב"ם פי"נ שם דף קל"ח בצווח מעיקרא דלא קנה שאין מזכין לאדם בע"כ דחוב הוא לו דכתיב שונא מתנות יחיה ע"ש והיינו טעמא דש"ע בסי' קע"א דה"ל צווח מעיקרא וכ"כ הרשב"א בחידושיו פ"ק דקידושין גבי שחרור ע"י אחרים דזכות הוא לעבד וז"ל ואי לאו דמסתפינא אמינא דהכא אפי' בעל כרחו נמי ומתנת ממון שאני דלאו זכות גמור הוא ואדרבה חוב הוא ומצד עצמו דכתיב שונא מתנות יחיה אלא מיהו מצד שנפשו של אדם מחמדתן קרי ליה זכות ואע"פ שהוא מצד עצמו חוב זכין לו שלא בפניו ע"ש והרי מבואר דאע"ג דחוב הוא מצד עצמו אפ"ה בסתמא זכין לו שלא בפניו ומש"ה כשמוחה מעיקרא ודאי אין חבין לו בע"כ והיינו האי דסי' קע"א וזה פשוט: ובמוהרי"ו סי' ד' לא נמצא דבר זה ונעתיק לשון מוהרי"ו ע"ש בראובן שהיה מוטל על ערש דוי והוצרך למכור ביתו והיה הקונה חתנו ועמדו בני אדם והשוו יחד במקחם וקנה הבית ממנו בק"ס שלא לחזור ושלחו לחתנו שנמכר לו הבית וטרם שחזר הציר נפטר השכ"מ

והיורשין לא היו חפצים לקיים המקח והעלה דאלו הי' הקונה שם בשעת הקנין אין לאחר קנין כלום כו' ובעובדא דידן כיון שלא היה הקונה בשעת הקנין לית ביה ממשא חדא דבפ"ק דקידושין איכא קצת מרבוותא שכתבו דקנין חליפין שלא בפני הקונה ל"מ ואפילו לרש"י ור"י שכתבו דמהני היינו דוקא מתנה אבל מכר דצריך הקונה ליתן מעות דלמא לא ניחא ליה לקנות ולהוציא מעות אע"ג לכשיוודע לו אומר ניחא לי מ"מ כיון שבשעת הקנין לא אתברר לו הקנין לאו כלום הוא ודמיא להאי דפ' הספינה משך עד שלא פסק משום דלא סמכה דעתיה דאמר מוכר מי יימר דניחא ליה לקנות בהני מעות וכו' ואם נפשך לומר דהכא כבר שמעינן מיניה דקונה דניחא לי' לקנות בהני מעות וא"כ המקנה גמר ומקנה מ"מ כיון דביד הקונה למיהדר לא עדיף מאסמכתא כיון דהקונה יכול לחזור ובודאי שדעת המקנה לא היה אלא אם ירצה הקונה וכשיתרצה כבר הדרא סודרא למאריה עכ"ל ומבואר דלא אתי עלה משום דשונא מתנות אלא מכח קצת מרבוותא דסברי קנין חליפין שלא בפני הקונה ל"מ אבל בשאר קנינים כמו משיכה וכיוצא ודאי לא בעינן בפניו וזכין לו שלא בפניו. ומן התימא על הסמ"ע שכתב בשם מהרי"ו דברים שלא עלה על דעתו ובדרכי משה כתב וז"ל כתב בתשובת מוהרי"ו סי' ד' אע"ג דמהני קנין שלא בפניו היינו דוקא במתנה דודאי ניחא ליה למקבל אבל אם קבל ראובן למכור וכו' אין הקנין כלום ואפי' אם ידעינן דניחא לשמעון בכך שמא חזר בו שמעון ולכן אין בקנין זה כלום אפילו נתרצה שמעון אח"כ כששמע וכו' ואפשר דגם במתנה לא קנה דדלמא לא ניחא לי' במתנה משום שונא מתנות יחי' ולכן אין לחלק בין מתנה למכר ולא קנה בשניהם אא"כ ידעינן דניחא לי' לקונה בזה עכ"ל הד"מ. וכבר העתקנו לשון מוהרי"ו דלא אתי עלה משום שונא מתנות אלא מכח רבוותא דקנין חליפין שלא בפני הקונה לא מהני וכמ"ש ואינו אלא בקנין סודר אבל בשאר קנינים ודאי זוכין במתנה שלא בפניו ותלמוד ערוך פ' השולח ד"ז האומר כתבתי ונתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא כתב כו' חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר וכן פשוט בכולי תלמודא דגבי מתנה זכות הוא כל זמן שלא מיחה בפירוש וזה פשוט וברור:

סעיף ג

שאינו חפץ לקנות. והוא מדברי מוהרי"ו הובא דבריו בסק"ב ע"ש שכתב דאפי' לרש"י ור"י שכתבו דמהני קנין חליפין שלא בפני הקונה דוקא מתנה אבל מכר שצריך הקונה ליתן מעות דלמא לא ניחא לי' לקנות ואע"ג לכשיודע אומר ניחא לי מ"מ כיון דבשע' הקנין לא אתברר כו' ולענ"ד נראה מוכרח מדברי תוס' דאפי' במכר מהני שלא בפני הקונה ע"ש בתוס' קידושין דף כ"ה שהוכיחו דמהני ק"ס שלא בפני הקונה מהא דכותבין

שלא בפני המלוה בשטרי אקנייתא ועוד הוכיחו דאם איתי שצריך קנין בפני קונה הי' צריך לפרש בשטר שנעשה הקנין בפניו כמו שמפרשים שאר דברים במנא דכשר למיקני בי' ע"ש. ואי נימא דגבי מכר צריך בפני הקונה א"כ הדרא קושיא לדוכתי' דאמאי לא מפרשי בשטרי מכר וכן מוכרח מדברי הרמב"ם ופוסקים דעמיה שאמרו הא דכותבין שטרי מכר שלא בפני הלוקח דהיינו דוקא בשטרי קנין ועי' ב"י סי' רצ"ח וא"כ מוכח דגם במכר מהני ק"ס שלא בפני הקונה וגם בב"י סי' זה כתב להדיא דגם במקח שלא בפני הקונה מהני ועיין שם שכתב דכן משמע מדברי הרמב"ם ע"ש: אמנם בסי' רל"ה סק"ד שם מבואר אצלינו דלדעת הרמב"ם וש"ע גם במקח זכין שלא בפניו דלדעת הרא"ש אין זכין אלא במתנה אבל לא במקח ומיהו מ"ש מוהרי"ו דאפי' לדעת תוספות נמי אין זוכין במקח שלא בפניו כבר כתבנו דמוכח מדברי תוספות דאפילו במקח זכין ואם כן הדרא קושיא לדוכתא דאמאי לא כותבין בשטרי מקח וקנינא מיני' בפני הלוקח וצ"ע: ואם כי אין תלמיד כמוני מכריע הייתי אומר דהיכא שהיה מקח בזול לכ"ע זכין שלא בפניו וראי' מדברי הטור בשם הרמב"ן אם בא לחצירו סחורה בזול שזוכה לו חצירו ואין אדם אחר יכול לקנותו ע"ש וכן במרדכי פ"ק דמציעא כתב דסחור' בזול חשוב כמו מציא' וזוכה לו חצירו ע"ש ומבואר דסחור' בזול חשוב כמו מציא' וזוכה לו חצירו ומכ"ש דאדם זוכה לו ואפי' החולקין שם וסברי דחצירו אינו זוכה סחורה בזול אינו אלא משום שתלוי ביד המוכר ועיין ברא"ש ובטור שם אבל הכא שמדעת המוכר הוא זוכה לקונה ודאי לכ"ע זוכה סחורה בזול. וברמ"א סי' רס"ח גבי סחורה בזול כתבה לספיקא דדינא וע"ש ואינו אלא בחצירו ומשום דתלוי ביד מוכר וכמ"ש אבל לומר שמא אינו רוצה להוציא דמים ולקנותו לא פליגי הפוסקים שם אלא משמע דסחור' בזול ודאי כל אדם קונה והוא זכות אליבי' דכ"ע. וכן מוכח ממעשי דבעלי גדושים שהיו מזכין עדשים בשביל שעורים וחשיבא זכות וכן פסק בש"ע סי' שנ"ט שכתב אסור לגזול אפי' ע"מ לשלם דבר יפה ומשמע דאם מזכה לו תיכף את התשלומין היפה ה"ל זכות ע"ש בש"ך וא"כ ה"ה הכא שהמקח יפה יותר מן הדמים ודאי הוי זכות אליבי' דכ"ע וכיון דבלא"ה דברי מוהרי"ו נראין שלא כדברי תוס' וגם מדברי הרמב"ם משמע להדיא דבמקח נמי זכין והוא דבריו להלכה בש"ע סי' רל"ה סעיף ך"ג ז"ל המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזיכה בהם ללוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה אם רצה ליקח אין המוכר יכול לחזור בו ואם רצה תחזור לבפלים ע"ש ועי' רמב"ם פ' כ"ג מהל' מכיר' ומבואר להדיא שלא כדברי מוהרי"ו שכתב כיון דביד הקונה למיהדר לא עדיף מאסמכתא כו' והרי להדיא ברמב"ם דהקונה יכול לחזור ואין המוכר יכול לחזור אם ירצה הקונה ועמ"ש

בסי' רל"ה סק"ד ולכן נראה עכ"פ היכא דהוי סחור' בזול דהוי זכות גמור ואין המוכר יכול לחזור ודו"ק:

סעיף ד

דסתם קנין ע"מ להחזיר הוא עיין ר"ן בנדרים ס"פ השותפין שם בהאי דכתב נכסיו ע"מ להקנות לבר ברי' ואמרו עלה קני על מנת להקנות הוא וכתב שם הר"ן דאינו דומה למתנה על מנת להחזיר דזוכה לשעתו אבל כזה אינו מקנה לו לשום דבר רק ע"מ להקנות ע"ש דאמדי עלה בגמ' הא סודר קני ע"מ להקנות הוא ושמעי' מינה דקנין סודר נמי אינו זוכה בה לשום דבר אפי' לשעתו אלא ע"מ להקנו' ואינו כמו מתנה ע"מ להחזיר רק ע"מ להקנות החפץ שכנגד הסודר ועמ"ש בסי' ק"ג סק"ד:

סעיף ה

על מנת שתקנה לי מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה. והוא מתוס' פ' האומר דף ס"ג ד"ה כגון דכתב לו וז"ל צריך לדקד' אליבא דר' יוחנן דאית לי' מעכשיו ולאחר שלשים שיורא איך אנו קונין שום דבר לאחר זמן כגון שידוכים ושאר דברים כיון דכבר הדרא סודרא למרי' ואומר הר"מ דשמא על מנת מהני וכו' ולכך טוב לומר על מנת וע"ש ובש"ך כתב על דברי הסמ"ע שכתב בפרישה כתבתי הטעם דמעכשיו הוי שיור בקנין וכו' עד מן הדין ע"מ בלא תנאי מעכשיו נמי מהני אלא שתקנו לומר ג"כ מעכשיו לפרסם הדבר שיקנאו מיד וכ"כ ב"י עכ"ל סמ"ע ודבריהם תמוהין דהא ע"מ הקונה קא"ל ומוכח לעיל סי' קצ"א דמעכשיו לחוד סגי וכן מוכח בטור כאן וע"מ דנקט הטור סירכא דלישנא הוא דכל סודר קני ע"מ להקנות הוא וגם דעת התוספות בקידושין כן לשמואל דקיימא לן כותי' עכ"ל: אמנם דעת הפוסקים נראה דקי"ל כר' יוחנן דאמר שיורא וכן נראה דעת התוס' שהקשו איך אנו קונין שום דבר ומשמע דאנו ס"ל כר' יוחנן וכן נראה מדברי הטור וש"ע סי' קצ"ז סעי' ז' ז"ל ואם אמר לו קנה מעכשיו לאחר שלשים קנה ואפי' היתה עומדת באגם וע"ש ומשמע דוקא באגם אבל לא ברה"ר וזה כר' יוחנן דאמר שיורא אבל לשמואל דס"ל תנאה מהני אפילו עומדת ברה"ר בסוף שלשים ומ"ש בש"ע שזה כמו שהקנה אותה עתה על תנאי לאו דוקא מדכתב דוקא אגם ועמ"ש בסי' קצ"ז סק"ה דאגם דנקט דוקא היא. ומ"ש הרמ"א בס"ס קצ"א במעכשיו ולאחר שלשים ונקרע השטר דמהני כבר השיגו בט"ז כיון דקי"ל כר' יוחנן ולא כשמואל א"כ נקרע השטר לא מהני ע"ש ואפשר דמיירי הרמ"א שהיה בפירוש דרך תנאי. ומ"ש הש"ך דהא ע"מ הקונה קא"ל שותא דמרן לא ידענא דמה לי הקונה אמר או המקנה ועיקרא דמלתא דהיכא דהוא בע"מ ודאי תנא' הוי לא שיורא:

סעיף ו

בשאר דרכי הקנין. כתב הסמ"ע דחזק' ומשיכ' והגבהה הוא בגוף המקח וכן בכסף נותנין כל דמי המקח ונסתלק ממנו המוכר והמקנ' ואם קנה בפרוט' יכול לחזור כל זמן שעסוקים באותו ענין וכן במעמ"ש נסתלק הנותן מיד לגמרי משא"כ בק"ס שאין הכלי שנותן הוא כמו שיווי המקח ודלא כע"ש שכתב טעם אחר מלבו ועיין שם. ונראין דברי ע"ש דלפי מ"ש הסמ"ע טעמא דק"ס משום שאינו כמו שיווי המקח א"כ במתנה כבר נסתלק הנותן ועיקר דינא דחזרה הוא במתנה בש"ס בפ' י"נ דפריך למאן דאמר עסוקין באותו ענין מהא דשלש' שנכנסו לבקר כו' ע"ש והתם מתנה הוי ואפ"ה אית' בחזר' כל זמן שעסוקין באותו ענין ולכן נראה כדברי ע"ש דגבי דבר שאינו נעשה בגוף המקח פתאום עשאו ומש"ה יכול לחזור כל זמן שעסוקין באותו ענין אבל משיכה והגבהה דנעש' בגוף המקח הוא עושה בישוב הדעת:

סעיף ז

אחר כדי דיבור כתב בט"ז אה"ע סימן ל"ח וז"ל וממ"ש הטור על הרמב"ם דמלתא דפשיטא הוא אם נתן בידה בלי תנאי שהיא מקודשת בלא תנאי משמע מזה הנותן מתנה לחבירו ואמר הנני נותן לך מתנה זו ונותנו לו ואח"כ אומר איזה תנאי במתנה לא מהני אפילו אם הוא תכ"ד אין בתנאי זה כלום כיון שקודם לזה זכה בסתם וכו' ונראה לי ראיה לדברי הטור מהא דאמרינן פ"ק דמציעא (דף י') המגביה מציאה לחבירו ואמר אני זכיתי בה תחלה דאמרינן שם תחלה בסיפא למה לי פי' רש"י דאפי' לא אמר תחלה בפי' מסתמא תחלה קאמר דמי מצי למימר אני זוכה בו עכשיו והלא אינו בידו עכ"ל ואי סלקא דעתך דתכ"ד מהני אפי' אחר נתינה לא היה מקשה כלום דודאי היינו אומרים שרוצה לזכות בו אחר הנתינה דהיינו תכ"ד ולכך מוכרח התנא לומר זכיתי בה תחלה אלא ודאי דגם זה פשיטא דלא מהני אפילו תכ"ד כיון שכבר מסורה בידו וה"נ כך הוא וזה ראיה שאין עליו תשובה עכ"ל. ונפלאתי איך נעלם ממנו דעת כל הנך פוסקים בטור ושלחן ערוך כאן דתכ"ד מהני חזר' וכן מבואר בראש פ' י"נ וז"ל דוקא בקנין סודר הוא שנתנו חכמים זמן לחזר' אבל בשאר קנינים הגבהה ומשיכ' כו' אין בהם חזר' אחר כ"ד ע"ש משמע הא תכ"ד יש חזר' אפי' בהגבהה וב"י כת' בשם הגהות מיימוני פ"ה ממכיר' דיש לבעל דין לחלוק ולו' דמשיכ' במטלטלין וחזק' בקרקע אפי' תכ"ד אינו יכול לחזור כו' ולענין הלכ' דברי בעל דין החולק בטלים לגבי כל הנך רבוותא שכחבתי בסמוך דבשאר קנינים יכול לחזור תכ"ד עכ"ל. והראי' שכתב הט"ז יש להשיב דודאי בנותן משלו או מוכר משלו יכול לחזור תכ"ד אבל המגבי' מציא' לחבירו ונתנה לו הרי זכה

אידך מהפקר כיון שלא כיון לזכות לעצמו וא"כ בתר שניתנ' לזה מהפקר וזכה בה כי חזר בו המגבי' מאי הוי כיון דלא הי' שלו מעולם ומאין לו לזכות ולזה פריך תחל' למה לי אבל נותן ומוכר משלו יכול לחזור בו תכ"ד וזה פשוט וברור:

סעיף ח

שאינם נקנים בק"ס. כתבו תו' בערכין (כט ב) ד"ה לא ידענא ז"ל מקשין העולם האי דפ"ק דמציעא מעשה בר"ג וזקנים שהיו באין בספינה אמר מעשר שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו ואיתא בתוספתא דנתקבלו שכר זה מזה וליתבי האי אתרא במתנה על מנת להחזיר וליקני בחליפין דסודר א"ל לשיילי' האי אתרא ויקנה לו בק"ס ויש לו' דכל דבר החוזר לבעלים כגון מתנה על מנת להחזיר א"נ שאלה ושכירות בכולם לא מיקני בחליפין משום דהוי כמו טובת הנא' דאמרו אינו ממון לקנות בחליפין ומש"ה הוצרך שיקבלו מעות מזה לזה עכ"ל. ואיכא למידק בהא דאמרו בפ"ק דקידושין (דף ח') בכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנ' בתורת תבואה וכלים ומאי ניהו חליפין ע"ש ולמה לי קרא למעט חליפין בעבד עברי תיפוק ליה דכל דבר החוזר לית ביה קנין חליפין ועבד עברי חוזר לעצמו בשש או ביובל ואפי' למאן דאמר עבד עברי גופו קנוי אבל אינו קנוי אלא עד שש ולא עדיף ממתנ' ע"מ להחזיר דלית ביה חליפין ויש לו' דהיא גופה קמ"ל דכל דבר שסופו לחזור אינו נקנה בחליפין וכדאמרינן שם לרב יוסף דס"ל שוה כסף ככסף ומה כסף דקיץ אף שוה כסף דקיץ ואמר רב יוסף מנא אמינא לה דתניא מכסף מקנתו בכסף הוא נקנ' ואינו נקנ' בתורת תבוא' וכלים כו' אלא לאו דאית ביה שוה פרוט' וכיון דלא קייצי לא כו' וא"כ גלי קרא בע"ע דבעינן כסף דקץ ומינה ילפינן לכל דוכתי וא"כ ה"ה למאי דס"ד דקרא ממעט חליפין בע"ע ומשום דהוא דבר החוזר וילפינן מינה לכל דוכתי לדבר החוזר דאינו נקנה בחליפין והא דפריך שם ולרב נחמן דאמר פיר' לא עבדי חליפין מאי איכא למימר ולא אמרינן דמינ' יליף לכל דוכתי דפירי לא עבדי חליפין כיון דתני אינו נקנ' בתורת תבוא' וכלים והרי כלים ודאי עבדי חליפין. ובזה ניחא ליישב מה שהקש' במשנה למלך פ"ב מהלכות עבדים שכת' הרמב"ם עבד עברי כו' נקנ' בכסף ובשוה כסף ובשטר ומדלא הזכיר חליפין כמו שהזכיר בפ"ה שם בעבד כנעני דנקנ' בכסף או בחליפין משמע דס"ל דע"ע אינו נקנה בחליפין ומנא ליה כיון דלר' נחמן דאמר פירי לא עבדי חליפין ע"כ ברייתא דתני ואינו נקנה בתורת תבוא' וכלים אינו ממעט חליפין אלא פחות מש"פ וכדאית' שם בקידושין (דף ח) ע"ב ועיין יש"ש פ"ק דקידושין ומוהרי"ט בחידושיו מ"ש בזה. ולפי מ"ש ניחא דמסברא אינו נקנה בחליפין כיון דהוא דבר החוזר ולא עדיף ממתנ' ע"מ להחזיר וכיון דאינו נקנ' בחליפין ממילא אינו יוצא

בחליפין וכמ"ש הריטב"א פ"ק דקידושין (דף י"ד) והפדה מלמד שמגרעת פדיון' ויוצאה ובמה דנקנ' יוצא ועוד אפשר לו' כיון דכל דבר שסופו לחזור הוי כמו טובת הנאה דלא מיקני בחליפין א"כ ה"ה אינו קונה עצמן בחליפין כיון דאינו אלא טובת הנאה ויותר מסתבר עפ"י מ"ש הריטב"א דבכל דבר שנקנ' יוצא ויש לעיין בזה שכתבו תוס' דכל דבר שסופו לחזור אינו נקנה בחליפין והא גוף החליפין אתיא מגואל ובועז ושלף איש נעלו ונתן לרעהו והתם גואל יורש בשדה הוי וסופו לחזור ביובל דהוי בזמן שהיובל נוהג ודו"ק. איברא מדברי הרא"ש נראה דאפי' להסוברין דשאלה אינו נקנה בחליפין אבל מתנה ע"מ להחזיר שפיר נקנ' בחליפין ואע"ג דסופו לחזור ע"ש ברא"ש פ"ק דמציעא וז"ל והיה נרא' מתוך כך דאין שאילת קרקע נקנ' בחליפין ואין נרא' לי דיקדוק מכאן דאכתי תיקשי אמאי לא נתן להם הקרקע בחליפין עד זמן ידוע וכו' אבל כיון שצריך להקנות להו קרקע יותר בקל ליתן פרוטה לשכר מקנין חליפין עכ"ל ומאי קושיא דהא אם יתן להם הקרקע לזמן ידוע נמי אינה נקנה בק"ס אלא ודאי הרא"ש לא ס"ל הך סברא וס"ל דאפילו למ"ד דשאל' אינו נקנה בק"ס הא מתנ' אפי' לזמן שפיר נקנה:

והנראה דמה"ט השמיט הרמ"א דעת תוס' בערכין ולא הביא דין מתנ' לזמן אלא שאל' ושכירות ומשום דאפילו לדעת הסוברין דשאל' ושכירות אינו נקנה בחליפין הא מתנ' לזמן נקנה בחליפין. מיהו נראה ראי' דאפילו שאלה ושכירות נקנה בחליפין מהא דאמרינן סוף פרקין גבי משאיל כלי בטובו וכו' והוא שקנו מידו ופי' רש"י דאם לא קנו מיניה אין צריך להחזיר לו הכלי כשבא ליד המשאיל ומשמע דמהני קנין סודר לשאל'. ואפשר דהתם כיון שמשתמש בו לעולם לא הוי כמו טובת הנאה אלא דאמרו שם נמי בהאי דשאיל גרגותני כרי ואזיל כמה דבעי. והוא דקנו מיני' עיין שם והתם אינו אלא שאלה החוזר והוא מקום שוקת ע"ש. לפי מ"ש תוספות פרק אע"פ (כתובות דף נ"ה) ד"ה מתנת שכ"מ דכל היכא דתני קנו מידו היינו קנין סודר אבל היכא דתני קנו מיניה היינו קנין המועיל ע"ש והתם אמר קנו מיניה ומצינו למימר דלא מיירי בקנין סודר אלא בקנין המועיל והוא קנין חזקה אלא דחזקה נרא' דלא שייך התם גבי גרגותני דאמרו כרי ואזיל כמה דבעי והיינו דאם לא מצא אחר החפירה חופר במקום אחר ואי בקנין חזקה היה צריך לעשות חזקה בכל קרקעותיו דמה מועיל חזקה בקרקע זו לחפור בקרקעות אחרות כיון דאין לו כלום בקרקע שהחזיק ושטר נמי לא משמע לישנא דקני מיניה ולכן נרא' מזה דשאלה ושכירות נמי נקנה בחליפין ועיין טור וש"ע סי' שמ"א:

סעיף ט

אע"פ שעשו עבירה ואיכא למידק נהי דמקח הנעשה באיסור מהני ועיין ש"ך סי' ד"ח אך בקנין סודר דנהיגין למיכתב וקנינ' מינ' וגם בזמניהם נהגו כך וכמ"ש הטור בשם הרא"ש ומשום דעדי' נותנין סודר שלהם והם זוכי' להקונה ומה"ט הוא דכותבין וקנינא מיני' וכ"כ תוס' פ"ק דקידושין (דף כ"ו) ע"ש וכיון דקי"ל אין שליח לד"ע השליחות בטל לגמרי וכמ"ש תוס' פ"ק דמציעא דף י"א גבי כהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה דנתבטלו הקידושין ע"ש וא"כ היכי מהני בשבת ק"ס ע"י שליח והוא העדים ואע"ג דכת' מוהרי"ט ח"א סי' קי"ו דבאיסור דרבנן יש שלד"ע ע"ש דלא ברירי' ליה הך מלתא ובמשנה למלך פ"ב מרוצח דעתו דאפי' בדרבנן נמי אין שלד"ע ע"ש:

ולכן נראה דסודר שנותנין העדים לאו בתורת שליחות מן הקונה הוא דל"ש שליחות אלא אם הי' הקונה נותן סודר שלו ע"י שלוחו אבל סודר שנותנין העדים מעולם לא זכה בו הקונה אלא הא דזוכ' הקונה ע"י סודר העדים היינו מדין עבד כנעני וכדאמרי' פ"ק דקידושין (דף ח') הילך מנה ויהי שדך קנוי לפ' דקנה אותו ע"ש דאמרו וכן לענין ממונ' וכיון שמקבל הרב את הכסף יצא העבד לחירות אפילו בע"כ דעבד א"כ אינו בתורת שליחות אלא קבלת המקנ' גורם וגבי קידושין ומתנ' דבעי' דעת אינו אלא משום דאין מזכין לאדם בע"כ ואי אמר לא בעינ' לא קנה בע"כ אבל כל שאומר הקונ' בעינ' אינו צריך לדין שליחות וסגי לה בקבלת מוכר את הכסף אפי' בכסף דאחרים ואין צריך לשליחות כלל וה"ה בקנין סודר שנותנין העדים משלהן שיקנה אותו פ' את השדה קנה בלא שליחות כל שנתרצה דבע"כ אין מזכ' ודוקא בעבד יוצא לחירות בע"כ וא"כ בשבת נמי קנה אע"פ שעשו עבירה כיון דאין בזה חזרת שליחות כלל וז"ב. ואע"ג דקנין סודר אינו דומה לכסף ומשום שאין לו בסודר שום זכיה אלא קני ע"מ להקנות וכמ"ש בסק"ד דודאי כי היכ' דיליף כסף דאחרים מעבד כנעני ה"נ ילפינן סודר דאחרים כיון שעבד כנעני נקנה בחליפין כמו בכסף וע' תוס' פ"ק דקידושין (דף ח') והא דכת' בעל העיטור והובא בטור ז"ל משום דחזי ב"ד דאתי לאנצויי תקינו למיקני בכליו שאינו של קונה דלא חציף אינש למיתפס כלי שאינו של קונה דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו עכ"ל ואין ללמוד מזה דאתי עלה מצד זכיה דהוא מתורת שליחות דנראה דשליחות אינו אלא אם הסודר היה של הקונה ונותנה ע"י שליח אבל כיון שהסודר אינו של הקונה אין זה אלא מדין עבד כנעני דקבלת רבו גרמה וה"נ קבלת מקנה גרמה אלא משום שאין מזכין לאדם בע"כ לזה כתב דזכין לאדם שלא בפניו ובודאי ניחא ליה והרי"ף שכת' פ"ק דקידושין גבי עבד בכסף ע"י אחרים ומשום דזכות הוא לעבד שיוצא לחרות כבר הקשו עליו בזה

והעלו הראשונים דאפי' בע"כ נמי כיון שקבלת רבו גרמ' וע"ש בר"ן וכבד כתבנו מזה בסי' קכ"ג סק"ה ע"ש:

סימן קצו

סעיף א

קראו ובא אצלו. כ' בסמ"ע וז"ל ונרא' דה"ה נמי דמהני כשרבו הראשון א"ל לך אצל הלוקח עכ"ל. ולא אתברר קנין זה דהא משיכ' נראה דאינו אלא היכא דאזיל מחמתי' ה"ל כמנהיג אבל מה דאזיל מחמת המוכר לא עביד הלוקח מידי ובש"ע נקט קראו ובא אצלו ומשמע דוקא הלוקח:

סימן קצז

סעיף א

הגבהה קונ' בכ"מ. כ' בסמ"ע הטעם משום דאף אם הוא ברה"ר או ברשות המוכר מ"מ במה שמגבי' בידו מביא אותו לרשותו דכל מה שהוא ביד האדם הרי הוא כאלו מונח בביתו עכ"ל:

ונראה דאפי' היכא דאינו מגביה בידו ממש אלא מוגבה מכחו דהיינו כשהוגב' מכחו דרך עלי' נמי חשיב הגבהה אפילו אינו בידו כלל וכמ"ש תוס' פ' הגוזל (בבא קמא דף צח) ואע"ג דהגבהה מכחו הי' ברה"ר ומשום דלא בעי סימט' אלא משיכה אבל הגבהה קונ' בכ"מ אפי' ברשות מוכר וברה"ר ואין לחלק בין הגבהה בידו ממש או מוגבר מכחו וז"ב ועמ"ש בסי' רע"ג סק"ד:

סעיף ב

ברה"ר שהרבים דוחקים שם ויש לדקדק כיון דרכוב דקונה הוא מטעם משיכה במאי דאזל' מחמתי' ואין משיכה ברה"ר אלא בסימטא:

סעיף ג

לאחר שלשים יום עיין ר"ן פ' הכותב שהעלה במשוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים אם עומדת באגם בסוף שלשים קונה לו משיכה למפרע אפילו לא אמר מעכשיו ע"ש וקשה מהא דאמרי' ר"פ המפקיד נעשה כאומר לו הרי פרתי קנוי לך מעכשיו לכשתגנוב ותרצה ותשלימני ולחד לישנא נעשה כאומר לו פרתי קנוי' לך סמוך לגניבה ואמרי' מאי בינייהו א"ב דקיימ' באגם ע"ש ולפי דברי הר"ן א"כ להך לישנא נמי דנעשה כאומר קנוי סמוך לגניבה נמי מהני עומדת באגם:

ונראה לפמ"ש בשטה מקובצת שם ר"פ המפקיד וז"ל דקיימא באגם הקשו בתוס' תימ' דנעשה כאומר לו לכשתגנוב ותרצה וחשלימני הרי פרתי קנוי לך מעכשיו וסמוך לגניבה דהשתא קנוי אפי' עומדת באגם וכו' יש לו' דלא מצי לאוקמי הכי דא"כ המשיכ' אינ' נגמרת עד סמוך לגניבה והקנין לא יגמור עד סמוך לגניבה וא"כ כל ימי היותה אצלו עד שעת הגניבה צריך שתהי' במקום שהמשיכה והקנין מהני דהיינו בסימט' ואי אפשר באותן הימים שלא תלך לרשות הרבים הלכך לא קני עכ"ל וא"כ ה"ה לפמ"ש הר"ן דקונה במשיכה דקמא היכא דעומדת באגם אבל צריך שלא תצא הפרה מרשות סימט' כל אותן הימים דהא טעמא דבעי אגם ול"מ עומדת ברה"ר הוא מטעמא שכ' שם הר"ן כיון דאפי' ממון שלו יוצא מרשותו ל"מ ע"ש ואי אפשר שלא תצא מרשות הנפקד לרשות הרבים וכלת' משיכה אבל למ"ד נעשה כאומר משעת משיכה א"כ כבר קנאה משעת מכירה לגמרי ואפי' תצא לרה"ר כבר קנה. ובזה יתיישב לשון הר"ן דנראה תמוה וז"ל וכן נמי הא דרב נחמן אי במעכשיו הוא אגם דנקט לאו דוקא דמ"ש אגם אפי' עומד ברה"ר ממש או אפי' ברשות נותן נמי קנה וכדמוכח ר"פ המפקיד (בבא מציעא דף ל"ז) עכ"ל והוא תמוה דהא לא הוזכר ר"פ המפקיד אלא עומדת באגם וברה"ר לא הוזכר וא"כ איך מוכח שם דבמעכשיו אפי' ברה"ר קנה ולפמ"ש ניחא כיון שא"א שלא תצא הפרה באותן הימים לרה"ר א"כ מוכח דלמ"ד מעכשיו מהני אפי' תהי' הבהמה אח"כ ברה"ר וה"ה לרשות נותן ואכתי צ"ע אמנם בתוס' יבמות (דף צ"ג) ד"ה קנוי לך מעכשיו ע"ש שכתבו דלר' יוחנן דס"ל מעכשיו ולאחר שלשים יום שיור' הוי ומהני עומדת באגם לגמר הקנין דאפי' יצאה מן האגם תוך שלשים או אפי' היתה בתוך הימים ברשות נותן כל שעמד' בגמר הקנין באגם קני לה ע"ש ומה"ט לא תירצו בתוס' ר"פ במה שהקשו דנימא דנעשה כאומר מעכשיו וסמוך לגניבה יוגמר ע"ש ולא תירצו כדברי השטה דאי אפשר שלא תצא לרה"ר באותן הימים משום דכה"ג נמי קני כל שעומדת באגם בגמר הקנין. ומאי דקשי' לן בדברי הר"ן נראה לפמ"ש בשטה שם דלהך לישנא דאמרו נעשה כאומר לו סמוך לגניבה לאו כאומר לו בשעת משיכה הרי פרתי קנוי לך סמוך לגניבה אלא דהך נעשה באומר הוא סמוך לגניבה נעשה כאומר הרי פרתי קנוי' לך לכשתרצה ותשלימני וע"ש וזה דלא כשטת דש"י דמפרש גם להך לישנא נעשה כאומר משעת משיכה ע"ש וכיון דהך נעשה כאומר הוא סמוך לגניבה ובשעה זו עומדת באגם א"כ ליכא משיכה כלל ועמ"ש בסוף סי' ס"א להכריח כדברי השטה דהך נעשה כאומר הוא ממש סמוך לגניבה:

סעיף ד

עומדת באגם ז"ל הסמ"ע וכ"ש ברשות לוקח או ברשות שניהן אבל ברה"ר לא וכ"כ ברשות מוכר דל"מ עכ"ל. ובש"ך כ' עלה ז"ל וזה אינו כדאי' בפוסקים ולעיל סי' קצ"א אלא ודאי כמ"ש הרב המגיד דאגם לאו דוקא וה"ה לרה"ר אלא אורחא דמלתא נקט ומה שתמה הב"י עליו לא קשה מידי כדאי' בר"ן בר"פ הכותב ע"ש ודוק וע"ל סי' ר"י בסמ"ע סק"ב ראי' לדברי עכ"ל. והנה בר"ן שם פ' הכותב מבואר דס"ל דאגם דוקא ע"ש ז"ל וכן הא דאמר רב נחמן אי במעכשיו הוא אגם דנקט לאו דוקא דמ"ש אגם אפי' ברה"ר כו' וא"כ היכי משמע בסוגיין דדוקא באגם הוא דאמר הכי אבל לא ברה"ר עכ"ל והיינו משום דפליגי שם בצדי רה"ר כאגם דמי א"כ מוכח להדיא דאגם דוקא ולזה העלה בר"ן דרב נחמן מיירי בלא מעכשיו וקני בעומדת באגם ע"י משיכה דמעיקרא אבל הרמב"ם דס"ל דהיכא דלא אמר מעכשיו לא קני במשיכה דמעיקרא אפי' בעומדת באגם וע"כ מיירי ר"ן במעכשיו וא"כ אגם דקאמר היינו משום דס"ל כר' יוחנן דאמר שיורא ואין הקנין נגמר אלא לאחר שלשים ומש"ה צריך אגם בגמר קנין. ומ"ש הש"ך דאגם לאו דוקא אינו נראה דהא מוכח בש"ס להדיא דאגם דוקא מדפליגי בצדי רה"ר כאגם וכמ"ש ומ"ש הש"ך דבסמ"ע סי' ר"י סק"ב מוכח כדבריו אדרבה שם מבואר להדיא דהיינו דוקא שהוא ברשות זוכה בשע' שנולד העובר או עמד באגם או קרקע והשטר קיים ביד הזוכה עכ"ל אבל רה"ר לא הזכיר כלל אלא אגם ע"ש. וגם בטור סי' ר"י ז"ל אבל ר"ח אמר לכשיולד קנה ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל ומיירי נמי כשלא הקנה בקנין סודר דא"כ לכשיולד הדרא סודר למארי' וגם לא בחזק' אלא במשיכ' וישנו ברשות הזוכ' כשנולד העובר או עמד באגם כו' ומבואר דאגם דוקא: אמנם קשי' בדברי הרא"ש והטור שכתבו גבי עובר דאם הוא ברשות הזוכה או באגם דמהני דהא משוך פרה ולא תקנ' אלא לאחר שלשים בעינן רשות זוכה ואגם לא מהני אלא באומר מעכשיו שיתחיל הקנין מעכשיו ויוגמר לאחר שלשים דהוי שיורא אבל עובר דהוי לדבר שלא בא לעולם ולא מהני אלא לכשיולד והרי הוא כאומר לא תקנה אלא לאחר שלשים וכבר הקש' דבר זה במשנה למלך. ונרא' דהתם גבי עובר נמי מהני מעכשיו והקנין חל אחר שיולד ואע"ג דהשת' אינו בר קנין אלא לכשיולד כיון דקי"ל בדבר שלא בא לעולם לא מהני אפי' באומר לכשיהי' בעולם וא"כ הא דמהני בעובר לכשיולד היינו מטעמא שכ' הרשב"ם בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ב) גבי עובר חשיב ליה כישנו בעולם אלא שצריך לתקן לשונו ולומר לכשתלד דאז ראוי לקנות לגמרי ע"ש וא"כ מוכח דעובר נמי חשיב קצת בר קנין מעכשיו אלא שאינו קנין שלם עד שיולד דאם לא הי' בו שום צד קנין כלל מעכשיו א"כ מי איכא

מידי דהשת' לא קני ולאחר זמן קני וכראי' פ' אע"פ (כתובות דף נ"ט ע"ש) וכיון דהוא קצת בר קנין א"כ שפיר מהני בי' מעכשיו שיתחיל קצת מהקנין מהיום ויוגמר לכשיולד לכשהי' ברשות זוכה או באגם וזה נכון ודו"ק ובמשנה למלך פ"ה מעבדים הקשה במ"ש הרמב"ם פ"ב ממכירה באומר הרי פרתי קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים כו' דאמאי לא אמרינן גופא מהיום ופירי לאחר שלשים יום דומיא דכותב נכסיו לבנו דכותב מהיום ולאחר מיתה דהוי גופה מהיום ופירי לאחר מיתה ע"ש בשם ה"ר יחיאל באסאן וכבר הקשו קושי' זו בתו' יבמות (דף צ"ג) ותירצו במהיום ולאחר מיתה משמע טפי לקנות גוף מהיום כיון דאמר לאחר מיתה להבריח נכסים משאר יורשין קאי אתי ומקני ליה גוף מהיום ע"ש ותמיהני שיהי' נעלם זה מעיניהם:

סימן קצח

סעיף א

דבר תורה מעות קונות. כתבו תוס' פ' השוכר (דף מ"ד) דהיכא דליכא כסף ודאי אליב' דכ"ע משיכה קונה דאל"כ מציא' ומתנה במה יקנה מן התור' וע"ש ובשט' מקובצת פ' הזהב כ' בשם הרמב"ן דגם מתנה אינו נקנה אלא בחליפין או בחצירו או באגב ע"ש. ותמיהני דכיון דחצירו אינו אלא מטעם יד או מתורת שליחות וכיון דידו ממש אינו קונה לו למ"ד מעות קונה מאי עדיפ' דחצר וכן למ"ד משום שליחות נמי מודה היכא דלא שייך ביה ידו דלא מהני חצר וכמו שמבואר אצלינו בסי' ר' סק"א ע"ש וצ"ע:

סעיף ב

וכן השוכר מקום. כ' הש"ך ז"ל והיינו דוקא כשהשכיר לו החצר מתחלה ואח"כ הקנה לו המטלטלין אבל שניהן כאחד לא וכמ"ש בסי' ר"ב עכ"ל ודבריו תמוהין דהא אמרינן בהדי' ר"פ הזורק חציר' מה שקנתה אשה קנה בעלה כו' חצירה וגיטה באין כאחד וכמו בעבד דגיטו וידו באין כאחד ע"ש. ואפשר דגבי גט דחצר דאיתתא מדין יד אתרבי וכדאי' פ"ק דמציעא (דף י"ב) התם דגיטה וידה באין כאחת אבל חצר דגבר' דהוא מתורת שליחו' לא אמרינן חצרו ומתנתו באין כאחד. אמנם בפ"ק דמציע' שם בעובד' דר"ג וזקנים כו' ומקומו מושכר לו ופריך וכי ר"ג וזקנים בצד חצר עומדין כו' אמר רב פפא דעת אחרת מקנה אותו שאני וע"ש ומבואר גם בחצר דשליחות דבאין כאחד וליכא למימר שבתחל' הקנה להם חצר ואח"כ נתן המעשרות דהתם ע"כ בבת אחת מיירי דהקש' שם במרדכי בהאי דמשני דעת אחרת מקנה שאני דהא כיון דס"ל טובת הנאה אינו ממון שם בסוגיא ואינו אלא הפקר א"כ היכי הוי ביה דעת אחרת ומתרץ כיון שהקנ'

להם גם כן חצירו חשיבא דעת אחרת מקנה ע"ש ואי נימא דבתחלה הקנה להם חצר א"כ בשעה שנותן המתנות ליכא דעת אחרת מקנה כלל כיון דטובת הנאה אינו ממון וע"כ מיירי בחצר ומתנ' כאחד א"כ מוכח דאפי' בחצר דגברא אמרינן חצירו ומתנתו באין כאחד. אלא דמצאתי בשט' מקובצת כדברי ש"ך ע"ש בהא דתנן מצא בגל ובכותל ישן והקש' דליקני ליה חצירו לבעל הגל דז"ל ובתו' חיצונית תירצו דלא אמרינן חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלא שהחצר היה שלו קודם לכן שבאתה המציא' לתוך החצר אבל היכא שאין החצר שלו לא קני ליה חצירו ומה"ט ניחא הא דבעי בקידושין אי בעי צבורין ומאי בעי ליקני לי' חצירו אלא ש"מ דלא קני ליה חצירו אלא כשהחצר שלו בשעה שהמטלטלין באין לחצר עכ"ל וזה הוא כדברי הש"ך וכמ"ש בסי' ר"ב כ"כ בהגה' אשר"י גבי מצא בגל שם ואכתי צ"ע:

סעיף ג

וכן אם התנו ובש"ך השיג וכתב דלא מהני תנאה אלא באתר' דכתבי שטרא כיון דמדינ' כסף קונה אלא דלא סמכ' דעתיה עד דליכתוב שטרא וכל שהתנה סמיך דעתיה אבל היכא דאינו קנין היכי מהני תנאה למשוי קנין ע"ש ועיין ב"ח וט"ז ונראין דברי הב"י והרמ"א מהאי דאמרינן ר"פ הלוקח עובר פרתו איתבי' הלוקח גרוטאות מן העכו"ם ומצא בהם ע"א אם עד שלא נתן מעות משך יחזיר ואם משנתן מעות משך יוליך הנאה לים המלח ואי אמר' מעות קונות משיכה למה לי הבמ"ע שקיבל עליו לדון בדיני ישראל כו' ומבואר דאפי' למ"ד משיכה אינו קונה בעכו"ם אפ"ה אם התנה לדון בדיני ישראל מהני ואינו אלא מצד התנאי וא"כ מוכח דכל מידי דהוי קנין בשום מקום מהני ליה תנאה שיהיה מועיל וה"ה בקנין כסף לדידן כיון דהוי קנין בעכו"ם לדע' כמה פוסקים וכן בקרקעות ודאי כסף קונה מהני תנאה שהיה נקנה בקנינו:

סעיף ד

אפי' מאונסין גדולים. בתוס' ר"פ המפקיד (בבא מציעא דף מ"ג) כתבו דלר' יוחנן דאמר דבר תורה מעו' קונו' א"כ נהי שתקנו חכמים משיכ' משום גזירה דנשרפו חיטך אבל המעות אוקמה אדאוריית' וקנה המוכר המעות אבל לריש לקיש דס"ל דבר תורה משיכה קונה אין המוכר רשאי להשתמש במעות עד שימשוך הלוקח ע"ש ועמ"ש בסי' ס"ו סק"ד:

סעיף ה

בא וטול את שלך נראה הטעם דגבי פקדון אין הנפקד חייב בהשבה לבעלים דאין חייב בהשבה ליד בעלים אלא גזלן כדכתיב והשיב וכן לזה דמלוה להוצאה ניתנה והפרעון מחויב ליתן ליד בעלים אבל שומרין לא מחייבי בהשבה כלל אלא פקדון כל היכא

דאיתיה ביד בעלים הוא והמפקיד הוא שהולך לבית שומר לקבל פקדונו מש"ה יכול לומר לו בא וטול את שלך וכן נראה ומ"ש הנימוקי יוסף רפ"ק דב"ק בהא דתני יבי' עדוד' לב"ד ע"ש דהיינו דוקא היכא שמת' בפשיעה צריך להביא עדודה לב"ד אבל אם מתה באונס אומר לו הרי שלך לפניך ע"ש ומכ"ש היכא דפקדון בעינ' דאומר לו הרי שלך לפניך ובא וטול את שלך ועמ"ש בסי' פ"ו סק"ד אבל הלואה דהפרעון אינו דבר שהלוהו דלהוצאה ניתנה מש"ה צריך לפרוע ליד בעלים:

סימן קצט

סעיף א

שיש לי בידך מדמי המכר והקשו בתו' דהא מלוה אינו קונה ותי' דמיירי בהנאת מחיל' מלוה והרב המגיד פ"ה ממכיר' כתב לדעת הרמב"ם דעשאו חכמים כאלו המכר הראשון הוא בעין והחליפו עם הדבר שמוכר לו עתה ע"ש ובשטה מקובצת פ' הזהב כתב וז"ל ולדידי לא קשה אלא הבמ"ע כגון דאית ליה לשמעון הני זוזי ברשותו שנתחייב לו מדמי השור ולא דמי למלוה דאית ליה רשותא לאפוק' אבל הכא מעת שנתחייב לו דמי השור ואית ליה לא מצי לאפוקי ומחייב למיפרע ליה מיד הלכך הוי כפקדון גבי' והוי כנתינ' מעות בעין כנ"ל שיטה עכ"ל. ודבריו צ"ע דאטו מי שנתחייב מעות בעד מקח קנה להני זוזי דאיתנהו ברשותו כיון דאפי' יחד לו מעות אין מטבע נקנה בחליפין ומכ"ש היכ' דלא יחד לו וא"כ ודאי יכול להוציא הני זוזי ואי משום דלא ליהוי רשע ולא ישלם במלוה נמי כל שהגיע זמנו אינו רשאי לדחותו בלך ושוב וצריך לפרוע:

סעיף ב

יין לקידוש וה"ה נותן פרוט' לנחתום על חלת לחם לשבת דקנה כיון דמקדשין נמי על הפת:

סעיף ג

הקדש וצדקה קונה במעות בפ"ק דקידושין (דף כ"ט) פדאו במנ' ולא הספיק למושכו עד שעמד במאתים מה שפד' פדוי ואינו נותן אלא מנה אמאי ה"נ נימ' לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש אטו הדיוט לאו במי שפרע קאי והקשו בתוספות האמר בהנזקין (דף נ"ב) דיתמי הרי הן כהקדש ולא מיקני אלא בכספא דקא יהיב דמי ליתמי אפירי וזל אין לוקח יכול לחזור בו אייקר יתמי יכולין לחזור בו שלא יהא כח הדיוט חמיר מכח הקדש ואמאי הא בהדיוט נמי איכ' מי שפרע וי"ל דלא דמי דהתם גבי יתמי מדאורייתא דינם כהדיוט וא"כ אינם קונים בלא משיכ' אלא שייפו חכמים כחם לעשות כהקדש שיהיו

קונים בכסף הלכך במקום הפסד של יתומים אוקמה אדינ' אע"ג דהדיוט קאי במי שפרע כדי שלא יהא כח הדיוט מרובה משלהן ולא יבואו לידי הפסד ע"י תקנ' חכמים כי לולי התקנה היו חוזרים בהם אפי' קיבל המעות כיון שלא משך אבל הקדש דמדאורייתא הוא דמיקני בכספא אבל רבנן תיקנו משיכ' להרויחן כדי שלא יהא כח הדיוט חמיר מכח הקדש וכיון דהדיוט אינו יכול לחזור בו אא"כ מקבל מי שפרע אוקמה אדינא בכסף ולא יוכל הקדש לחזור בו כלל כיון שקיבל הכסף עכ"ל ולפ"ז נראה ברור דה"ה הקדש וצדק' דין נכסי יתומים ממש אית להו דהא צדק' לעניים לאו דין הקדש הוא דהא קי"ל דנשבעין עליהם וכן לענין ריבית דין הדיוט היא כמבואר בי"ד סי' ק"ס וכן לענין נדיב לב דמהני בהקדש ולא בצדק' לעניים כמבואר סי' רי"ב וכיון דצדקה דין הדיוט א"כ מדאוריית' דין הדיוט ולא מפסדי ע"י תקנה ויכולין לחזור אחר שקיבל המעות כמו בנכסי יתומים וה"ה הקדשות שלנו דין הדיוט אית להו כמבואר בטור וש"ע סי' צ"ה וא"כ מ"ש הרמ"א בהקדש וצדקה דאין יכולין לחזור אחר שקיבל המעות נראה ברור כמ"ש דיכולין לחזור ולא מפסדי ואין להם דין הקדש אלא למעליותא דידהו וכמו בנכסי יתומים וז"ב.) (ולפי שהרמ"א הוציא דבריו מדברי המרדכי פ' הנזקין ומדברי הר"ן פ"ק דקידושין ולענ"ד מדברי המרדכי לאו ראי' חדא דבמרדכי לא מיירי מדין הקדשות שלנו אלא דינא דגמרא הוא דכתב והוא הקדש בדק הבית ועוד דלפי מ"ש המרדכי ליישב קושיות תוס' אפשר דה"ה בהקדשות דידן ע"ש שהקשה מהא דיתומים יכולין לחזור שלא יהא כח הדיוט חמור דהא בהדיוט נמי מקבל מי שפדע וכתב עלה וז"ל וי"ל דדוקא גבי הקדש הואיל והדיוט קאי במי שפרע הוי זילותא דהקדש אבל גבי יתמי ליכא זילותא ע"ש ולענין זילותא אפשר דהקדשות דידן נמי הוי זילות' ואע"ג דלענין שבוע' ואונאה וריבית דין הדיוט הוא אבל לפי מ"ש תוס' לחלק בין יתומים להקדש משום דיתומים מדינ' הדיוט הוא אלא דחכמים ייפו כחם ככח הקדש אין להם להפסיד ע"י תקנתם א"כ הקדשות דידן וצדק' נמי כיון דמדינא הדיוט נינהו לא הוי כחם כח הקדש אלא למעליותא אבל לא לגריעות' וכמ"ש וגם הרשב"א בחידושיו והר"ן כתבו לחלק יתומים מהקדש כמ"ש תוס' א"כ עיקר כמ"ש תוס':

ומ"ש הרמ"א מדברי הר"ן פ"ק דקידושין כד דייקינן בלשון הר"ן נראה מדבריו דאינו אלא למעליות' וז"ל הר"ן ובמאי דאמרינן פדאו במנה ולא הספיק למושכו עד שעמדו במאתים כו' וכתבתי סוגיא זו ומה שדקדקו עליה מפני שיש ללמוד מינה לצדקה דצדק' נמי קניא באמיר' כדכתיב בפיך זו צדק' ומשמע לי נמי דכי היכי דאמרינן בפ' הניזקין דנכסי יתומים הרי הן כהקדש ה"נ דייקינן בצדק' שאף היא נכסי יתומים ועוד דבפ"ק

דנדרים (ד"ז) מיבעיא לן יש יד לצדקה או אין יד לצדקה מי אמרינן כיון דאתקש לקרבנות דכתיב בפיך זו צדקה יש יד או דלמא כי אתקש לבל תאחר הוא דאתקש או דלמא אין היקש למחצה ובתר הכי אמרינן את"ל יש יד לצדק' ופסקו הראשונים ז"ל כאת"ל אלמא ס"ל דאין היקש למחצ' ומעתה יש ללמוד לענין צדק' מהדינים האמורים כאן ובפ' הניזקין עכ"ל ונרא' דמ"ש הר"ן ומשמע לי' נמי כו' ה"נ דייניגן בצדקה שאף היא נכסי יתומים מבואר מזה דאינו מדמ' צדק' לעניים אלא לנכסי יתומים וא"כ ממילא אין להם כח הקדש אלא למעליותא וכמו בנכסי יתומים ומ"ש להביא ראי' מנדרים דאתקש לקרבנות נמי אינו אלא לו' דיש להם צד הקדש והכל למעליות' דידהו וכמ"ש דאין לו' דאתקש לגמרי לקרבנות וכהקדש גמור דא"כ לענין שבועה וריבית ואונאה אמאי אית להו דין הדיוט אלא ודאי לא בא הר"ן אלא ללמד שמצינו לצדקה צד הקדש לענין יד א"כ ה"נ לקנין והכל למעליותא ולזה קאמר דהוי כנכסי יתומים ועוד דגם צד הקדש מצינו לענין יד א"כ ראוי להם דין הקדש עפ"י תקנת חכמים כמו ביתומים וגם בעיקר דברי הר"ן שכ' שפסקו הראשונים גבי יד כאת"ל הוא שטת הרמב"ם אכל הרמב"ן והרשב"א נחלקו עליו הובא בר"ן פ"ק דנדרים וכ"כ הרא"ש שם דאינו אלא ספיקא וא"כ לגריעותא הוי עניים מוחזקין ועיקר כמ"ש דאפילו נימא יש יד לצדקה נמי לאו הקדש הוא אלא דין הדיוט לקנין ולכל מילי דהיינו לשבוע' וריבית וכיוצא וכמ"ש א"כ מ"ש הר"ן מדין יד לצדק' אינו אלא לאורויי דיש בו צד הקדש ואינו אלא למעליות' וכמ"ש וכיון דתחלת דברי הר"ן אינו אלא לדון שיהי' כנכסי יתומים וא"כ אינו לגריעותא ודאי דברי הר"ן מ"ש לבסוף מדין יד לצדקה נמי על דרך זה וכמ"ש וכל מוכח מסיום דברי הר"ן שכ' ומעתה יש ללמוד לענין צדקה מהדינים האמורים כאן ובפ' הנזקין עכ"ל ואלו הי' כוונתו לדין הקדש ממש אפי' לגריעותא מה היה לנו ללמוד מפ' הנזקין דהתם בנכסי יתומים מיירי ואינו אלא לטיבות' אלא ודאי כוונת הר"ן בא ללמוד שיש לצדקה כח הקדש לטיבות' כמו בנכסי יתומים ולפ"ז אם א' קנה מהקדשות דידן או מצדקה מעות או הם קנו במעות יכולין לחזור ביוקר וזול וכמ"ש והארכנו בזה יען שהאחרונים סתמו בזה כדברי הרמ"א ולענ"ד נראה כמ"ש וזה ברור:

סימן ר

סעיף א

ברשות לוקח כ' באגודה ריש מעיל' ז"ל מצא דבר בבה"כ זכה בו ולא אמרי' דחצר בה"כ קונה להקדש דחצר קונה מכח יד ואין יד להקדש והובא במגן אברהם הל' בה"כ. ומקור

הדין בפ' הספינ' (דף מ"ט) תנן התם כל הראוי למזבח ולא לבדק הבית לבד"ה ולא למזבח וכו' מועלין בהם ובמה שבתוכן כיצד הקדיש בור מלאה מים אשפה מלאה זבל שובך מלא יונים כו' מועלין בהם ובמה שבתוכן אבל הקדיש בור ואח"כ נתמלא מים אשפה ואח"כ נתמלא זבל וכו' מועלין בהם אבל לא במה שבתוכן וכ' רשב"ם דלא אלים רשות הקדש לקנותו דאלו בהדיוט אתרבי מואם המצא תמצא בידו אבל לא בהקדש וכ"כ תוס' שם ז"ל ואין מועלין במה שבתוכן דלא אמרי' שיקנה חצר הקדש כמו שקונה חצר דהדיוט דחצר משום יד אתרבי ואין יד להקדש עכ"ל. ומה"ט נמי חצר בה"כ אינו קונה להקדש: אמנם דברי התוס' נראין תמוהין כאשר עמד עליהן אא"ז בתי"ט פ"ג דמעילה ע"ש דכתב עלה וז"ל ותמיהני דהתם מסקינן בגמ' פ"ק דמציעא דאע"ג דחצר משום יד אתרבי לא גרע משליחות ולמה לא יהי' שליחות להקדש דהא הני כהני שלוחי שמים כמ"ש במשנה ג' פ"ד מנדרים וכשהגזבר עומד בצד כל הני דהשתא הוי חצר המשתמרת תקני להקדש ודוחק לומר דגזבר גופי' שליח דהקדש הוא ואין שליח עושה שליח וצ"ע עכ"ל. וראיתי בס' צאן קדשים שכ' על דברי תי"ט הנזכר דאישתמיטתי' מיני' מ"ש תוס' בקידושין דף כ"ג וביומא דף י"ט הא דלא איפשטא הך איבעיא דכהני שלוח' דידן או שלוחא דרחמנא מהך דרב הונא ברי' דרב יושיע דאמר הני כהני שלוחא דרחמנא דאי שלוח' דידן מי איכא מידי דאנן לא מצי למיעבד דמיבעיא לי' אי הני כהני שלוח' דידן ושלוח' דרחמנא או שלוח' דרחמנא דוקא ע"ש ולפ"ז כיון דלא איפשט' אפשר לומר דהוי נמי שלוחא דידן ולא שלוח' דרחמנא דוקא וכיון דהוי נמי שלוח' דידן אע"פ שהגזבר עומד בצד כל הני לא מצי לאקדושי מה שבתוכו שלא מדעת בעלים כנ"ל ברור ונכון עכ"ל. שותא דמרן לא ידענא דנהי דכהני שלוח' דידן אבל גזבר ודאי שלוחא דשמים דכהנים הוא דבעי לה בש"ס משום דמקריבין קרבנות דבעלים ומש"ה מספק' להו בשלוח' דידן אבל גזבר ודאי שלוח' דרחמנ' ומ"ש בתי"ט מהני כהני שלוח' דשמים אינו אלא לראי' דאיכ' שליחות לשמי' גם מ"ש בצאן קדשי' דכיון דכהני הוו נמי שלוחא דידן אע"פ שהגזבר עומד בצד כל הני לא מצי לאקדשינהו שלא מדעת בעלי' תמהני בדבר הפקר מאין יהי' להם בעלי' והמי' והזבל מעלמא אתו ואין להם בעלים דהפקירא נינהו ואין ברבריו מזור לתמיהת תי"ט: והנרא' לפענ"ד בזה לפמ"ש תוס' פ"ב דגיטין דף כ"א בהא דאמר רבא כתב לה גט ונתן בחצירו וכתב לה שטר מתנ' עליו קנאתו ומתגרשת בו וכו' אמר אביי מכדי חצר מהיכ' אתרבי מיד' מה ידה דאיתי' בין מדעת' בין בע"כ אף חצרה דאיתי' בין מדעת' בין ב"כ והא מתנה מדעת' איתא בע"כ ליתי' מתקיף לה רב שימי והא שליחו' לקבלה דלדעת' איתי' בע"כ ליתי' ואביי אטו שלוחו'

מיד' אתרבי מושלח ושלחה אתרבי וכתבו שם תוס' ז"ל וא"ת דאמרי' פ"ק דמציע' דחצר משום ידה אתרבי ולא גרע משליחות ובמציא' דזכות הוא קני אע"פ שאינו עומד בצדו ולא הוי דומיא דיד וקני מטעם שליחות דזכין לאדם שלא בפניו א"כ הכא דכתב לה שטר מתנה עליו אע"ג דלא הוי דומיא דידו דמתנה ליתי' בע"כ תתגרש מכח שליחות וי"ל דדוקא לענין שלא בפניו אמרי' דלא גרע משליחות לקנות במידי דזכות הוא לו אבל שאר דברים בעינן דומיא דידה דאל"כ חצר מהלכת אמאי לא קנה תקנה מטעם שליחות כמו שליח מהלך אע"כ דמטעם יד לא קני עכ"ל ומבואר יותר בשטה מקובצת וז"ל לא גרע משליחות וכו' אבל חצר מהלכת כיון דכלל לא דמי ליד לא קני אפי' משום שליחות דלהכי אהני דאתרבי משום יד שלא יקנה משום שליחות חצר שאינו דומה ליד כלל כגון חצר מהלכת דלא דמי לאינו משתמר. דהתם אין מיד גוף החצר רק שימור חצר לו אבל מהלכת גוף החצר חלוק מיד עכ"ל. וכיון דל"מ חצר שאינו דומה ליד אלא גבי חצר שאינו משתמר שאינו חלוק לגמרי מיד אבל מהלך שאינו דומה ליד כלל אפי' משום שליחות ומשום דלא הוי חצר משום שליחות אלא חצר שדומה לידו דלהכי אתרבי מידו א"כ ממילא בהקדש דליכא תורת יד כלל א"כ חצר נמי ליתי' ואפי' משום שליחות דגם שליחות דחצר ליכא אלא הדומה ליד ואין יד להקדש וזה ברור. והרמב"ן בחידושיו שם פ' הספינה כ' ז"ל והא דאמרי' אין מועלין במה שבתוכן שמעתי משום דלא קניא חצר להקדש דמשום יד אתרבי ואין יד להקדש וכ"כ הר"ר שמואל ז"ל וז"ל א"נ קני לה אין מעילה בזכייתה עכ"ל ונרא' טעמא משום דאין מעילה אלא בהקדש שהוקדש ע"י אדם אבל זה שאינו קדוש ע"י דעת אחרת מקנה אלא ממילא זכי לה הקדש בתורת חצר אין מועלין בו ותדע דהא אפי' בקדשי עכו"ם פליגי תנאי בזבחים דף מ"ה אם מועלין בו ואע"ג דודאי קני לה הקדש וזה שהוקדש ממילא שלא ע"י אדם אין מועלין אליבי' דכ"ע. ולפ"ז מצא מציאה בבה"כ אכתי יש לחוש לדעת הרמב"ן דיש חצר להקדש לזכות בו מיהו קשה בהא דתנן שקלים פ"ז מעות שנמצאו לפני סוחרי בהמה לעולם מעשר בהר הבית חולין ואמרי עלה בירושלמי דלא חיישי' לתרומת הלשכה דחזקה אין כהן מוציא מעות מתרומת הלשכה עד שהוא מחללן על הבהמה ע"ש ומשמע דהוא חולין ממש ואמאי לא קני חצר לגבוה כיון דהר הבית חצר דהקדש הוא ונרא' לפמ"ש הרא"ש והנ"י פ"ק דמציעא והרב המגיד פ"ט מגזילה גבי מצא בגל דלא קני חצירו היכא דאתי לחצר קודם יאוש ומשום דלא עדיפא מידו דבאיסורא אתי לידיה דלא זכי אע"ג דמייאש בתר הכי וע"ש. וא"כ מה"ט נמי לא זכי חצר הקדש מעות הנמצא בו משום דאתי לידו קודם יאוש דאע"ג דאדם עשוי למשמש כיסו בכל שעה כיון שבשעה שנפל להר הבית לא ידע

דמייאש א"כ באיסורא אתי לחצר וא"כ פשיטא דמה"ט נמי נמצא מעות בבה"כ לא זכי הקדש כיון דבא קודם יאוש אמנם לפמ"ש הראשונים תירוצים אחרים בהאי דמצא בגל דלא זכי חצירו והוא משום דאין חצירו זוכה שלא מדעתו אלא בדבר שרגיל לבא אבל בדבר שאינו רגיל לבוא ולא אסיק אדעתי' אין חצירו זוכה שלא מדעתו וכ"כ הרמ"א סי' רס"ח ע"ש. וא"כ בחצר דהקדש ל"ש האי טעמא דגבי הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת וכדאי' בפ' כיצד הרגל דף כ' אמר רבה הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת ופי' רש"י דדעת שכינה איכא ע"ש וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה בהר הבית חולין תיקני הר הבית לגבוה. וצ"ל להנך פוסקים שתי' בכותל ישן ובגל משום דלא רגילי לבא ואינו קונה שלא מדעת והוא שטת הרמב"ם שם ודעימי' והובא ברמ"א סי' רל"ב ורס"ח דסברו דאין חצר כלל להקדש וכשטת רשב"ם ותוס'. אולם בעיקר דברי אגודה תמיהא לי דכ' בחצר בה"כ דאין יד להקדש דהא בה"כ אין לו דין הקדש אלא הרי הוא כמו חצר השותפין ומה"ט כ' בריב"ש דארבע אמות זוכה לכל אדם בבה"כ דה"ל חצר השותפין וכדאי' בנדרים ר"פ השותפין והובא בב"ש באה"ע סי' ל' סק"ט ע"ש וא"כ ה"ל חצר השותפין שמבואר בש"ע סי' ר"ס סעיף ד' דזוכין השותפין ובהדיא תניא ר"פ אלו מציאות המוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות הרי אלו שלו וע"ש דפ"ד דמיירי בשל ישראל וא"כ מוכח להדיא דמצא בבה"כ הרי אלו שלו אבל לאו מטעמא דאין יד להקדש כיון דבתי כנסיות דין שותפין דהדיוט הוא וכדאיתא להדיוט בנדרים והרי בתי כנסיות כחצר שאין בו דין חלוקה אלא כיון דהדיוטות הוו א"כ שפיר שייך בי' כל התירוצים שנאמרו בגל ובכותל או משום דה"ל באיסורא אתי לחצר או משום דאינו רגיל לבא אינו זוכה שלא מדעת כיון דהדיוטות דשותפין צריך דעת וזה ברור:

אמנם בהא דכ' הרמב"ן דשפיר קנה להחצר דהקדש אלא שאין מעילה בזכייתה בהא אמרי' פ"ב דשבועות גבי יש אוכל אכילה אחת ע"ש דפריך וליחשוב נמי שבועה שלא אוכל ומשני מידי דאית' בשאלה לא קתני ופריך והא מוקדשין דאי' בשאלה וקתני ומסיק בבכור ואי נימא דיש חצר להקדש אם כן במוקדשין נמי כיון דכבר נשחט בעזרה קנה לה הקדש דעזרה הוי חצר דהקדש ותי ל"מ שאלה בתר דאתי ליד גזבר וכמ"ש תו' בכמה דוכתי וה"נ כבר אתי בזכי' לרשות הקרש. ובתשובת מוהר"ר בצלאל אשכנזי כתב בטעם הדבר דל"מ שאלה בתר דאתו ליד גזבר משום דל"מ שאלה בהקדש אלא משום דאתי דיבור ומבטל דיבור אבל היכא דאתי ליד גזבר דכבר קני לה הקדש במשיכה לא גרע כח הקדש מכח הדיוט דבתר דקני לה במשיכה אינו חוזר והובא בש"ך סי' רנ"ה ע"ש וה"נ כיון דחצר קונה להקדש והוא העזר' תו לא מצי מתשיל עלה דבהדיוט נמי כל דאתי

לחצירו תו אינו חוזר ואי' בי' מעיל' כיון שקדוש ע"י דעת אחרת ושאל' לית ביה כיון דכבר הקנ' אותו להקדש ע"י חצר ותו לאו בדידי' קיימא למתשל עלה כיון דכבר קני לה הקדש וכיון דליתי' בשאל' ממילא מעיל' אית בי' כיון דקדושתו ראשונה קיימת וצ"ע. ומזה נראה ראי' ברור' למ"ש תוס' ורשב"ם דאין חצר להקדש. ונסתפקתי לפמ"ש דאין חצר להקדש אם היינו דוקא חצר דהקדש הוא דאינו קונ' להקדש אבל הדיוט שאמר יזכה חצירו להקדש וכהאי דסעיף ב' שפיר קני לה הקדש ע"י חצר להדיוט או דלמא אין קנין חצר להקדש ואפילו ע"י חצר דהדיוט. ונרא' דחצר הדיוט שפיר זוכה להקדש וראי' מהא דאי' בנדרים דף ל"ב אמר רבא היתי' לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה להקדש מועלין בו ומפרש הר"ן כגון שהככר מונח תוך ד' אמותיו וזכו ד' אמות שלו להקדש כמו המגבי' מציא' לחבירו ע"ש. וכיון דארבע אמות אינו אלא מתורת חצר אם כן מוכח דחצר דהדיוט שפיר זוכה להקדש וזה ראי' ברור' ומזה נרא' מוכח כדברי תו' והרשב"ם דאין חצר להקדש דאי נימא דקני לה הקדש אלא שאין מעיל' בזכיית' א"כ בככר של הפקר היכי מעל ע"י זכיה שזכ' הקדש ע"י ד' אמות כיון דאינו אלא ע"י זכיה ומה לי חצר דהקדש או חצר דהדיוט סוף סוף לא הוקדש ע"י אדם אלא ע"י זכיה במה שהגבי' מציא' להקדש דה"ל כאלו הקדש הגבי' וא"כ אינו אלא ע"י זכיה ואפ"ה מועלין בו ומוכח מזה דכל דזכי הקדש אפילו ע"י זכיה נמי אית ביה מעיל' וא"כ הא דתנן בור ונתמלא מים אין מועלין ע"כ משום דאין חצר להקדש ודוקא חצר דהקדש אבל חצר דהדיוט שפיר מהני וכמ"ש והא דפליגי בקדשי עכו"ם אם אית ביה מעיל' וממעט לה מדכתיב מקדשי בני ישראל ומשמע דבעי' קדשי בנ"י שיהי' קדוש ע"י אדם מישראל וזה בא ע"י זכייה נרא' לפמ"ש תוס' שם בזבחים דף מ"ה דהיינו דוקא מקדשי מזבח אבל בקדשי בדק הבית כ"ע מודו ע"ש והך דככר דה"ל קדשי בדק הבית לא בעי' מקדשי בני ישראל ופ' הספינ' דף ע"ט שם אלא הא דתניא הקדישן מלאין מועלין בהן ובמה שבתוכן ור"א בר"ש מחליף ואי בשד' ואילן אמאי מחליף ומסיק דפליגי בבור ושובך בריקנין ובמליאין בריקנין פליגי בפלוגתא דר' מאיר ורבנן דת"ק סבר לה כרבנן דאמרי אין אדם מקנה דשלבל"ע וראב"ש סבר לה כר' מאיר דאמר אדם מקנ' דשלבל"ע אימא דשמע' ליה לר' מאיר כגון פירות דקל דעבידי דאתי הני מי יימר דאתי אמר רבא משכח' לה במים הבאים דרך חצירו לבור ויונים הבאים דרך שובכו לשובך וכתבו שם תוס' ד"ה אימר דשמע' וז"ל משמע אי הוי עבידי דאתי ניחא אכתי תיקשי איך המים והיונים קדושים אפילו אדם מקנה דשלבל"ע שהרי מכח חצירו של הקדש אינם קדושים דאין חצר להקדש ומכח מה שמקדיש נמי אינם קדושים דאיך יוכל להקדיש דבר שלעולם לא

יבא לרשותו ולא יזכה בו לעולם ורשב"א פי' דמצינו לפרש כגון שהקדיש בור ושובך על מנת שיש לו כח בבור ושובך לזכות בו לצורך הקדש היונים והמים עכ"ל וכיון דמהני חצר דהדיוט שיזכ' להקדש לפמ"ש א"כ נהי דאין אדם מקנה דשלבל"ע הא כה"ג לאו מכח מקדיש הוא אלא מכח זכיה שזוכ' הקדש ע"י חצר כיון שמשייר כח בבור ושובך לזכות להקדש ואי נימא דאפילו חצר דהדיוט נמי אינו זוכה להקדש ניחא דא"כ צריך לשייר לעצמו זכות בבור ושובך שיזכה בו לעצמו ואח"כ להקדש וכיון דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אינו קדוש אבל לפמ"ש דמהני חצר דהדיוט לזכות לצורך הקדש א"כ כיון שמשייר לנפשי' כח בבור ושובך ה"ל חצר דהדיוט שזוכה להקדש: ונראה כיון דחצר משום שליחות וגבי שליחות כה"ג נמי לא מצי למשוי שליח בדבר שלבל"ע וכדאי' בנזיר דף י"ב וכן פסק הרמב"ם פ"ח מאישות דאין אדם עושה שליח לקדש אלא אשה שיכול לקדש הוא בשעת השליחות ע"ש וכיון דלא היה המים והיונים בעולם ל"מ אמירה שאומר יזכה חצירי למים ויונים שיבואו שיזכ' בו להקדש ולר' מאיר דאית ליה אדם מקנ' דבר שלא בא לעולם ה"ה דיכול לעשות שליח לדבר שאינו בעולם וה"ל כאומר יזכה חצירי להקדש למים ויונים שיבואו:

סעיף ב

אם משומר לדעת המוכר ומשמע דאם אינו משומר כלל אפילו לדעת המוכר ודאי לא קני דהא דמהני דעת אחרת מקנה אינו אלא משום דהוי משומר לדעת המוכר ועיין סמ"ע סק"א. אבל בשטה מקובצת משמע דהיכא דאי' דעת אחרת מקנה לא בעי שימור כלל וז"ל פ"ק דמציעא דף י"ב במתנה מועיל גם באינו משתמר' משום דמתנה אינו משתמר' כמשתמרת דמיא דלעולם היא משתמר' למקבל אף כי החצר אינו משתמר כיון דדעת אחרת מקנ' אותו הרי אין שום אדם יכול לקנות בו כי אם מדעת המקנ' והרי נותנ' ומקנ' אותו למקבל נמצא שהמתנ' משתמרת למקבל אף כי אינה משתמרת משאר בני אדם מה בכך מ"מ אינו יכולין לזכות בו אבל מציא' דהפקר הוא וכל הקודם זכה בו להכי לא זכי בה באינה משתמרת דאין המציא' משתמר לבעל החצר יותר משאר בני אדם כיון שהחצר אינו משתמר' ומה"ט ניחא שיש ליתן טעם מה מועיל דעת אחרת מקנ' גבי מתנ' למימר אף כי ר"ן אחריהן ואין מגיען אלא ודאי ה"ט דגבי מציא' בעי' ר"ן אחריהן ומגיען כדי לעשותו חצר המשתמר אבל במתנ' דדעת אחרת מקנ' כו' חשיב כמשתמר עכ"ל. ודבריו נחמדים מפז וכן נראה מדברי הגה' מיימוני שהוא בב"י בסימן ר"ב ז"ל נ"ל דלא בעי ישן אלא בגט דחוב הוא לה התם בעי' חצר המשתמר לדעת' אבל במכר ומתנ' דזכו' הוא לו ויש שם דעת אחרת מקנ' אפילו אינו משתמר ואינו עומד בצידו וכו' ואפילו

הוא ניעור כיון שאינו יכול לילך הוי שפיר חצר לקנות בו המטלטלין שעליו וכך אמר בהדיא פ"ק דמציעא דמתנ' לא בעי חצר המשתמר דלא גרע משליחות וזכין לאדם שלא בפניו כיון דאית דעת אחרת מקנה ע"ש. ובניעור הא ליכא שימור כלל ואפילו שימור דנותן לית' ביה ואפ"ה מהני מדעת אחרת מקנה וע"כ משום דגבי דעת אחרת לא בעי שימור כלל כיון דשום אדם לא יזכה בו וכמ"ש בשיטה: והנה הב"י כתב בסי' זה ז"ל אפילו לדעתם נ"ל שאם אינו חצר המשתמר בעי' שיהא עומד בצדו דחצר שאינו משתמר דאמרי' התם אף ע"פ שאין חצר משתמר לדעת לוקח או מקבל אבל מקום משתמר היא לדעת המוכר או הנותן כו' אבל היכא שאינו משתמר כלל ליכא למ"ד דקני אפילו במכר ומתנה והכי דייק לשון הרא"ש שם שכ' אבל במתנ' מסכמ' דעת המקבל בכ"מ שיתנהו הנותן שיזכ' לו המקום דשמיר' הנותן חשיבא לו כשמירתו הלכך קני אפילו אינו עומד שם עכ"ל. ותמהני במ"ש ליכא למ"ד דקני נהי דמשמע ליה להב"י הכי מלשון הרא"ש כיון דמדברי הגה' מיימוני פ"ג ממכיר' משמע להדיא דלא בעי שימור כלל דהא בניעור העבד אינו משומר כלל וכמ"ש והגם דבהגה' מיימוני שלפנינו כתב דבעי' ישן כיון דהב"י כתב בשמו דלא בעי ישן ודאי היה לפניו הגה' מיימוני שהי' כתוב שם דלא בעי ישן וכן מרץ אחריהן ואין מגיעין דמהני בדעת אחרת משמע דלא בעי שימור כלל וכמ"ש בשטה. וכן נרא' ראי' מהא דאמרי' בפ' השואל דף ק"ב גבי יצא לו שם מציא' בעיר ואמר כל מציאות שיבא לחצירי היום תזכה לי חצירי דקנה אפילו בחצר שאינו משתמר ואמרו שם בגמ' כיון דיצא לו שם מציא' מיבדל בדילי אינשי מיני' וה"ל כחצר המשתמר ע"ש ומכ"ש בדעת אחרת מקנה דמיבדל בדילי אינשי מינה כיון שאין דעת הנותן להם וזה ראיה ברור': ובזה נרא' לענ"ד לישב קושיות תו' פ' הזורק (גיטין דף ע"ט) ושם אמר אביי שתי חצירות זו לפנים מזו פנימית שלה וכו' משא"כ בקופ' פנימ' שלה וחיצונית שלו וזרקו לה אפילו תגיע לאויר הפנימית אינה מגורשת מ"ט דהא לא נח וכתב שם רש"י ז"ל דהא לא נח ואין מחיצות כלי עשוין לאוירן לשמור דאין כלי עשוי אלא להניח בתוכו עכ"ל והקשו בתוס' מפרק בתרא דע"ז דף ע"א גבי יין נסך דפריך מכי מטא לאוירא דמנא קנה יין נסך לא הוי עד דמטא לארעא דמנא ומשמע דאויר כלי קונה וע"ש. ונרא' דודאי אויר כלי נמי חצירו אלא לפי שאינו עשוי אוירו לשמור ה"ל כמו חצר שאינו משתמר וכמ"ש רש"י דאינ' עשוי אוירן לשמור ובגט דבעי' דוקא חצר המשתמר וכדאי' ר"פ הזורק דבעי דומיא דידה מה ידה משתמרת לדעת' ע"ש וכיון דאין עשוי אוירן לשמור ה"ל חצר שאינו משתמר ול"מ בגט אבל במכר ומתנ' דלא בעי שימור כלל א"כ אויר כלי נמי מהני ומש"ה פריך לה מכי מטי לאויר דמנא קני'. ואפשר גם כוונת הרא"ש

שכ' ושמירת הנותן חשוב' לו נמי כוונתו על דרך שכ' בשטה כיון דשם אדם לא יזכה בלתי דעת הנותן:

סעיף ג

וכן נראה להורות. ע' ש"ך שהוכיח מהסוגיא דפ"ק דקידושין דף כ"ז דקנין דר"ג וזקנים לאו משום חצר אלא משום אגב דבעי שדה במכר ומטלטלין במתנ' מהו ת"ש עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו ע"ש ועמ"ש בסי' ער"ה סק"א בזה:

סעיף ד

דארבע אמות של אדם. ע' סמ"ע וש"ך שכתבו שם תלמידי הרשב"א דוקא כשקדם הוא לכלי תוך ד' אמות שלו אבל אם קדם הכלי לא אבל רי"ו לא חילק וכ"כ הב"י מדברי הרא"ש שאינו מחלק בין קדם הכלי או לא ובש"ך כ' דאפילו לדעת הר"ן ות"ר היינו דוקא במתנ' אבל במציאה אין חילוק כדמוכח בש"ס פ"ק דמציעא ע"ש ואסברא לך טעמא דר"ן ות"ר לפמ"ש תוס' פ"ק דקידושין דף כ"ה ד"ה בהמה גסה שהקשו שם בהא דמשיכ' אינו קונה אלא בסימטא ומסיר' אינו קונה אלא ברה"ר וכי משיכ' ומסיר' מצות הן שמבטלות זו את זו ולמה אינו קונה מסירה בסימטא וכתבו בשם הר"ר חיים כהן לפי שבסימטא היא רה"י והקודם בו זכה וסתמא דמלתא המוכר קדם והביא בהמתו לשם קודם שבא הלוקח וא"כ הוי מקום בהמתו כחצירו ואין מסירה ולא שום קנין ברשות מוכר אע"ג דמשיכ' קניא שם היינו משום שעקר ממקומו הראשון ע"ש והיינו טעמא דר"ן ות"ר כיון דארבע אמות אינו קונה ברה"ר אלא בסימטא דוקא ובסימטא כל הקודם זכה ומש"ה בקדם הכלי נעשה רשות מוכר ואין ד' אמות קונה ברשות מוכר ובמציא' והפקר שאין לו בעלים קונה ד' אמות אפילו קדם הכלי. ולפ"ז נראה בגיטין וקידושין דמהני ד' אמות אפילו ברה"ר ומשום תקנת עגונות ועיין ש"ע אה"ע סי' ל' וא"כ ברה"ר מהני אפילו קדם הכלי דשם לא הוי רשות בעלים ומיהו בגט ל"מ קדם הגט משום דה"ל טלי גיטיך מע"ג קרקע אבל נ"מ גבי קידושין דמהני טלי קידושיך מע"ג קרקע דאם זרק לה כסף קידושין ברה"ר ובאתה האשה אח"כ תוך ארבע אמות דמהני כיון דברשות הרבים ליכא בעלים:

סעיף ה

עד שישכור לו מקומו. ונסתפקתי בראובן שנתן שטר מתנ' לשמעון על ביתו ונתן השטר תוך ביתו ואמר לו הנני נותן לך הבית עם השטר מתנה שבתוכו מי נימא כה"ג חצירו ומתנתו באין כאחד דכה"ג אמרו ר"פ הזורק חציר' מה שקנת' אשה קנה בעלה ומסיק יד דעבד כיד רבו אלא גיטו וידו באין כאחד וה"נ חציר' וגיטה באין כא' והרי בשעה שזרק לה הגט תוך חצירה עדיין אינו חצירה אלא ע"י הגט נעשה חצירה וכמו גבי עבד

דנעשה ידו ע"י הגט שחרור וה"נ נעשה חצר דשמעון ע"י השטר מתנה שבחצר. ולאחר העיון נראה פשיטא דכה"ג אינו זוכה דכיון דהחצר והשטר עדיין לא יצא מרשותו איך יזכה בו המקבל ומאין יהי' לו להמקבל זכי' בביתו ובשטרו. והא דאמרי' גבי גט חציר' וגיטה באין כאחד נראה דגט שאני דגט אשה ודעבד לא בעי זכי' שיזכה דרך זכי' כיון דאשה ועבד בע"כ ואין זכי' בע"כ אלא ודאי דגבי אשה לא בעי רק ונתן בידה וכן בעבד וליכא תורת זכי' והקנאה בע"כ ומה"ט נמי נראה בהא דקי"ל כתבו על איסורי הנאה כשר ואע"ג דליכא תורת זכי' כלל באיסורי הנאה וכמ"ש הרשב"א בתשוב' סי' תר"ב ע"ש וזה דלא כדברי ריב"ש דס"ל דיש זכי' באיסורי הנאה אלא ודאי משום דגירושין בע"כ לא בעי זכי' כלל אלא ונתן בידה. ולפי זה נראה בשטר מתנה שכתבו על איסורי הנאה דל"מ ומשום דגבי שטר מתנה כתוב ואקח את ספר המקנה ובעינן שיזכה בו המקבל ובאיסורי הנאה ל"ש תורת זכי' לפמ"ש הרשב"א בתשובה הנזכר ואפ"ה גבי קידושין מהני כתבו באיסורי הנאה וכמ"ש בחלקת מחוקק באה"ע סי' ל' משום דאתקש ויצאה והיתה וכיון דלא בעינן בגט אשה ועבד תורת זכי' בשטר אלא ונתן ביד' או בחצר' ומש"ה כל שידה וגיט' באין כאחד סגי לה והוי ונתן בידה כיון דהחצר והיד באין עם נתינת הגט כא' אבל במתנ' דבעי' שיזכה המקבל בשטר מתנה דרך זכי' וכל זמן שלא בא החצר לידו לא זכה בשטר מתנה ועיין ל' רש"י ר"פ הזורק גיט' וידה באין כא' ע"י הגט באה ידה לה ע"י נתינתו עכ"ל והיינו משום דלא בעי' התם זכי' רק נתינ' ודו"ק. ובהכי ניחא מאי דקשיא לי בהא דקי"ל בשטר שחרור שלא לשמה דפסול והיא הלכה רווחת בישראל כדאי' בפ"ק דגיטין דף ט' והא גופו של שחרור הרי את בן חורין הרי את לעצמך הרי את קנוי וכדאי' בפ' השולח וא"כ אמאי לא קני עצמו בתורת שטר דמ"ש מנותן את עבדו לאחר וכותב לו עבדי קנוי לך דנקנ' בשטר ולא בעי לשמה והשתא דהקנ' אותו לעצמו אמאי אינו קונה את עצמו בשטר. ואין לו' הא דבעי לשמה היינו להתירו בבת חורין אבל למקני נפשי' קני אפי' שלא לשמה דא"כ תיקשי לשמואל דס"ל פ' השולח (גיטין דף מ') המפקיר עבדו יצא לחירות ומותר בבת חורין ומשום דבעי עבד איש ע"ש ולשמואל כיון דקנה נפשי' ממילא מותר בבת חורין ולפמ"ש ניחא דשלא לשמה כיון דאינו בתורת שחרור אלא בתורת קנין ובעי זכי' בשטר' וכיון דיד עבד כיד רבו ה"ל כנותן שטר מתנה לחבירו על חצירו ונתן השטר מתנ' בחצר דלא קנה לא החצר ולא השטר ודוק ולפ"ז בשטר ע"י אחרים קנה נפשי' אלא שאסור בבת חורין וע' פ"ק דקידושין דף כ"ג ואכתי צ"ע:

סעיף ו

כשם שאין כליו של לוקח כ' בש"ע אה"ע סי' קל"ט ס"ט שתי קופות זו לפנים מזו פנימית שלה וחיצונה שלו וזרק לה בתוכה גיטה אפי' הגיע לאויר הפנימית אינה מגורשת עד שינוח על צד הקופה הפנימית בד"א כשהית' מוטה על צדה ואין לה שולים אבל אם יש לה שולים אפי' נח בקרקעית' אינה מגורשת שכלי האשה ברשות הבעל אינה קונ' לה גט אא"כ אינו מקפיד על מקומו ע"כ וכת' ב"ש ואין לה שולים ז"ל וע"כ איירי בקרקע שלה הוא וכמ"ש הר"ן דאל"כ קשה הא כלי אינו קונ' אפי' בסימטא ונשמע מכאן כלי של לוקח בתוך כלי של מוכר ועומד על גבי קרקע של לוקח אינו קונ' דאל"כ למה לי' לאוקמי בקופה שאין לה שולים עכ"ל: והנה מ"ש ב"ש דקי"ל כלי של לוקח אינו קונה אפי' בסימטא אינו נרא' דהא מבואר בפ' הספינ' דף פ"ה דבסימטא כיון שיש רשות ללוקח להניח כליו קונין לו כליו וכן הוא בש"ע סעיף ג' ואפי' למ"ש הרא"ש פ' הספינה והוא דעת הטור דבסימטא אינו קונה אא"כ מדד או דא"ל זיל קני ע"ש היינו משום דאין דעת המוכר שיקנה לו כליו עד דמדד או שיאמד לו זיל קני ומשום דמחוסר מדידה הוא אבל גבי גט אינו מחוסר כלל: ומ"ש ב"ש בשם הר"ן דמירי דעומד בקרקע שלה נמי אינו נרא' דמ"ש הר"ן קרקע שלה לסימטא נמי הוא דקרי לה הכי כיון שיש לה רשות להניח שם כלים ותדע דהא הר"ן כתבו שם בשם הרמב"ן ובחידושיו לגיטין כ' להדיא סימטא ע"ש ר"פ הזורק וזה ברור: ומ"ש הב"ש דנשמע מכאן כלי של לוקח תוך כליו של מוכר ועומד ע"ג קרקע של לוקח אינו קונה. הנה נראה דבר זה תליא במחלוקת הרמב"ם והרא"ש דלשטת הרמב"ם כליו של לוקח דאינו קונה ברשות מוכר לאו משום ספיקא הוא וכן כליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה לוקח נמי לאו משום ספיקא הוא א"כ בעינן תרתי דוקא כליו של לוקח וברשות לוקח אבל לשטת הרא"ש ודעימי' הא דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה אינו אלא משום ספיקא דרשות מבטל כלי או אינו מבטל וכן להיפך היינו ספיקא בכליו של מוכר ברשות לוקח ומש"ה כ' הטור דאי אתרמי תרווייהו גבי חד לוקח וחד מוכר חדא כליו של לוקח ברשות מוכר וחדא כליו של מוכר ברשות לוקח דאתי לוקח בתורת ממ"נ ומפיק חד מינייהו ע"ש וא"כ השתא בתרי זביני מפיק ממ"נ דאם רשות מבטל כלי קונה לו כליו של מוכר ברשות לוקח ואם אינו מבטל כלי קונה לו כליו של לוקח ברשות מוכר מכ"ש כי אתרמי בחד זבינא כליו של לוקח בתוך כליו של מוכר וברשות לוקח דקונה ממ"נ אם רשות מבטל כלי קונה לו רשותו ואם רשות אינו מבטל כלי קונה לו כליו המונח בתוך כליו של מוכר וזה ברור: וב"ש לפי שהבין מדברי הר"ן דבעי קרקע שלה ממש הוא דכ' הכי אבל לפי מ"ש דהר"ן

לאו דוקא קרקע שלה אלא לסימטא נמי קרי קרקע שלה לפי שיש לה רשות להניח כלים א"כ אין ראי' כלל: ומ"ש הב"ש דנשמע מכאן ונראה דאפי' לדעת הרמב"ם דלאו משום ספיקא הוא דלא קני כליו של לוקח ברשות מוכר נמי יש לומר דכל כה"ג דכליו של לוקח תוך כליו של מוכר וברשות לוקח דכיון דאיכא תרתי כליו של לוקח וגם רשותו אע"ג דמפסקי כליו של מוכר קני לה שפיר ואפי' נימא לדעת הרמב"ם כל כה"ג נמי לא קני אבל אנן הא קי"ל כדעת הרא"ש והטור דהוא משום ספיקא והוא נמי דעת הרמ"ה והרי"ן מג"ש דמשום ספיקא הוא וכיון דאפי' בתרי זביני מהני מכ"ש בחד ודו"ק:

סעיף ז

ויש חולקין וס"ל דאם מדד. כ' הטור הכניס הלוקח וכו' והראב"ד כ' דאפי' מדד לוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה' זו דלמדידה' בעלמא נתכוין ולא מסתברא עכ"ל: ובמשנה למלך פ"ד ממכירה' ז"ל ותימה דבטור י"ד סי' קל"ב כ' היה עכו"ם מודד הגביהו תחל' לקנותו קנאו וכו' וכ' מרן שם פי' אע"פ שהגביהו בשעת שהוא מודד לא קנה מפני שאות' הגבהה לא הי' לקנות אלא למדידה' וזה הוא כסברת הראב"ד וצ"ע עכ"ל ועמ"ש בזה בסי' ער"ה סק"ד:

סימן רא

סעיף א

ואם מנהג המדינה כ' במרדכי שבת פרק הבונה ז"ל לרבי' יחיאל הא דסטימתא קניא דוקא בדבר הבא לעולם ומועיל בו הקנין הלכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור אבל דבר שלא יועיל בו קנין כגון בדבר שלא בא לעולם לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור עכ"ל ועמ"ש בסי' קכ"ו סק"ג:

סימן רב

סעיף א

הקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה. וכ' רי"ו נ"י ח"ב וקרקע מושאל ומטלטלין במתנה יש מי שכתב דלא קנה ומדברי תוס' נראה דקונה עכ"ל והובא בב"י וד"מ. ובש"ך כ' ולא ידעתי למה יגדע שאל' משכירות וכן מוכח להדיא מדברי התוס' פ"ק דמציעא דף י"א ע"ב ומדברי הרא"ש שם גבי עובדא דר"ג וזקנים דקרקע מושאל ומטלטלין במתנה קנה כמו בשכירות עכ"ל ואינו קושיא דודאי שני ושני שאלה משכירות דאשכחן לענין חליפין דבשכירות מהני ושאלה אינו נקנה בחליפין וכמ"ש הב"י בסי' קצ"ה בדברי הטור

שכת' בשם אביו הרא"ש דשאל' אינה נקנה בחליפין ולא כתב נמי שכירות כמ"ש תו' דשכירות נמי אינה נקנה בחליפין ומשום דהרא"ש לא כתב אלא בשאל' ע"ש א"כ יש לו' דה"ה לענין אגב דשכירות נקנה אגבו מטלטלין ולא אגב שאלה וכיון דגבי עובדא דר"ג וזקנים לא תני אלא ומקומו מושכר אינו מוכח משם דמהני אגב בשאל' והכי אשכחן בשכירות ליומא ממכר וכמ"ש הב"י בסי' שי"ג. ואע"ג דהש"ך שם העלה דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר אלא לענין אונאה אפ"ה מודה דודאי עדיפא שכירות משאלה וזה פשוט: ומ"ש הש"ך דכן מוכח מדברי הרא"ש גבי עובדא דר"ג וזקנים והיינו מדכתב הרא"ש להקשות למה נתקבלו שכר זה מזה הי' לו להשאיל בקנין סודר. ואינו ראיה דשם הקשה הרא"ש בסוגיא דב"מ ושם מפרש לה מטעם חצר וגבי חצר מהני אפי' שאילה אבל בתורת אגב אפשר לומר דשאלה לא מהני ומ"ש רי"ו דמדברי תוס' נראה דקנ' היינו משום דבתוס' הקשו קושיא זו דהיה להם להשאיל שם בקידושין דף כ"ז שם אזלא הסוגיא לפרשו בקנין אגב א"כ משמע דאפילו בתורת אגב שאלה נמי מהני אבל מדברי הרא"ש אינו נשמע דהרא"ש הקשה קושיא זו בסוגיא דפ"ק דב"מ שם דתורת חצר ודאי מהני אפי' בשאילה וכן משמע לשון הרא"ש שם פ"ק דב"מ שהקשה למה לא השאיל להם בק"ס כהאי דר"פ הזורק דתיזול ותיחוד ותפתח ע"ש ומשמע דבתורת חצר הוא דקשיא ליה ואינו ראיה לאגב:

סעיף ב

צבורים באותו קרקע כת' הסמ"ע כיון דמונחין על קרקע הם נקנין עם הקרקע אפילו לא אמר ללוקח שיקנה אג"ק דחשבינן המטלטלין שעל הקרקע כאלו הן מגוף הקרקע ומחוברים אצלה ע"ש ולפי שהר"ן והרא"ש ושאר פוסקים כולם תמהו על פסק הרמב"ם ועיין בזה מ"ש בסי' ער"ה סק"א ראיה ברורה לדברי הרמב"ם דכל שצבורין תוך הקרקע לא בעי למימר אג"ק:

סעיף ג

וי"א דאפילו הם צבורים וכת' בסמ"ע דהיינו באינו משומר לדעתו דאל"כ קונה בתורת חצר. ועמ"ש בסי' ר' סק"ב דבדעת אחרת אינו צריך שימור כלל אפילו דעת נותן א"צ שימור. ובש"ך כת' הטעם דאין חצר קונה אלא כשהוא כבר חצירו אבל הכא חצירו ומתנתו באין כאחד ועמ"ש בסי' קצ"ח סק"ד ושם הובא דברי שטה מקובצת שכתב כן אלא שהוא נראה סותר לכמה סוגיות בש"ס ועוד תיקשי לפ"ז הא דאמרינן פ"ק דמציעא דף ט' בהא דבעי ר' אלעזר משוך פרה לקנות כלים שעלי' ופריך עלה אי אמר ליה קני

בהמ' וקני כלים מי קנה הא חצר מהלכת וחצר מהלך לא קני ומסי' והלכתא בכפות' ואי נימא דחצירו ומתנת' כאח' לא מהני א"כ אפילו בכפות' לא מהני כיון דבאין בבת אח':

סעיף ד

קרקע כל שהוא ר"פ הזורק ההיא שכ"מ דכת' לה גיטא לדביתהו בהדי פני' דמעלי שבתא כו' אתא לקמי' דרבא אמר להו זילו אמרי ליה למיקני ניהלי להאי דוכתא דיתיב ביה גיטא ותיזול איהו ותיחוד ותפתח ותחזיק ביה דתנן נעל גדר פרץ כ"ש הרי זו חזק' וכת' רש"י ז"ל דהשתא יהיב לה חצר וגיטה בתוכה ותנן נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה עכ"ל. והרמב"ן והרשב"א השיגו על רש"י בזה וכתבו דגט אינו נקנה באגב דאי איתי' דנקנה באגב למה הקפיד רבא דליקני ניהלה להאי דוכת' דיתיב ביה גיטא הא אגב לא בעי צבורין ואפילו דוכתי אחריני נמי אע"כ דרבא מתורת חצר קאמר ע"ש. וליישב דברי רש"י נראה לפי מה דאי' פ"ק דמציע' דף ז' האי סידרא כמאן דפסיק דמי ופריך עלה מהא דאמרינן גט בידה ומשיחה בידו אינו מגורשת הואיל ויכול לנתקו ולהביאו אצלו ומשני שאני התם דבעינן כריתות וליכא ומבואר דגבי גט אע"ג דכבר קנתה הגט והא הגט בידה וכמאן דפסיק אלא שיכול לנתקו ולהביאו אצלו אכתי אגוד גבי' ולא הוי כריתות וא"כ אלו הוי מקני' לה דוכתי אחריני והגט באגב כיון דהגט ברשותו ובחצירו א"כ ה"ל ואגוד גבי' דהא הגט ברשותו ובעינן כריתות וליכא מש"ה יהיב לה האי דוכתא דיתיב ביה גיטא דהשתא תו לא אגוד ביה וזה נכון ונראה דאפי' לדעת רש"י דגט נקנה באגב אבל בחליפי סודר ודאי לא מיקני ואפילו להפוסקים דשטרות נקנין בחליפין וע' ש"ע סי' ס"ו ובמ"ש שם סקכ"ד. אפ"ה גט לא מיקני בסודר וראיה מהא דאמרי' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"א) שם בהא דמתנת שכ"מ במקצת בעי קנין ופריך מהא דתנן האומר תן גט זה לאשתי שטר שחרור זה לעבדי ומת לא יתנו לאחר מיתה תנו מנה לפ' ומת יתנו לאחר מיתה וממאי דלא קנו מיניה דומיא דגט מה גט דלאו בר קנין אף האי נמי דלא קנו מיני' ע"ש ומוכח דגט לאו בר קנין. וטעמא דהך מלתא דבאגב נקנה ולא בק"ס ונראה משום דגבי גט כתיב ונתן וחליפין דרך מקח וממכר וכדאמרי' פ"ק דמציעא דף י"א בעובדא דר"ג וזקנים וכי לא הי' להם סודר כו' ומסיק משום דנתינ' כתיב וחליפין דרך מקח וממכר ועמ"ש בסי' רנ"ג סקי"א:

סעיף ה

בעבדים לא קנה מטלטלין. בתוס' פ"ק דב"ק כתבו הטעם משום דקנין אג"ק מדרבנן וקרא דויתן להם ערים בצורות אסמכתא בעלמא ודוקא למילי דאורייתא עבדי כמקרקע

אבל לא למילי דרבנן ע"ש וכ"כ הרא"ש שם. וקשה בהא דאמרי' פ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ו) בהא דתנן הי' עומד בגורן ואין בידו מעות אומר לחבירו הרי פירות הללו נתונים לך במתנה וחוזר ואומר הרי הן מחוללין על המעות שיש לי בבית ופריך עלה וניקני' ניהלי' אגב קרקע ומשני דלית ליה קרקע ואי נימא דאגב אינו אלא מדרבנן היכי מהני לענין חומש דהוי דאורייתא וכה"ג כת' רי"ו במקדש במעמ"ש ראינו אלא מדרבנן דלא הוי קידושי תורה אלא מדרבנן והובא בב"י באה"ע סי' כ"ח וא"כ ה"כ קנין דרבנן היכי מועיל לחומש שהוא דאורייתא. ולפמ"ש הב"י שם דכיון דתקנת חכמים דמהני מעמ"ש ה"ל קידושי תורה משום דהפקר ב"ד הפקר ניחא ועמ"ש בסי' רל"ה סק"ד מיהו מדברי רש"י ר"פ הזורק שכ' דגט נקנה אג"ק משמע דאג"ק דאוריית' דשם ל"ש ה"ט דהפקר ב"ד הפקר ואפשר משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ועקרו' רבנן לקידושי מיניה וכמו שכתבו הפוסקים גבי ארבע אמות וכן ביכולה לשומרו גבי גט דהוי מדרבנן ומשום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש. וכבר הארכנו בזה בחידושי לאה"ע סי' למ"ד. ובנ"י פ"ק דב"ק שם יש לו שטה אחרת בהא דעבדי כמטלטלין דמי לענין פרוזבל ואגב ע"ש ולדידי' יש לו' דקנין אגב דאורייתא:

סעיף ו

והוא שיהי' כפות. עיין ב"י שכת' בשם הגהת מיימוני פ"ג ממכירה וז"ל נ"ל דלא בעי ישן אלא בגט דחוב הוא לה ע"ש ובהג"מ שלפנינו לא נמצא דבר מזה ואדרב' כת' דבעי נמי כפות וישן. ואולי בהג"מ שלפני הב"י מצא כתוב להיפך ועמ"ש בסי' ר' סק"ב:

סעיף ז

דבמציא' אם אומר אני מושך בהמה זו לקנות'. כ"כ האשר"י פ"ק דמציעא דגבי מציאה אם אומר אני מושך בהמה זו לקנותה ולקנות כלים שעלי' קני משום דהוי מוחזק מספק ודוקא' במקח וממכר מוקי בחזקת מרא קמא אבל במציאה דליכא חזקת מ"ק הוי הראשון מוחזק מספק ול"מ תפיסת השני ע"ש וכ"כ האשר"י שם גבי ספיקא דגמל בהנהג' וחמור במשיכה דאיכ' חד צד דלא קני וכן גבי זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר והוא אויר שאינו סופו לנוח דעלה בתיקו דבמכר ומתנה מוקי בחזקת מ"ק ולא קנה ובמציאה והפקר קנה ראשון דהוי מוחזק מספק ע"ש. ובש"ך בת"כ סי' י"ט ממ"ש הרא"ש פר' חז"ה גבי בעיות דבעי לה בש"ס בהחזיק בנכסי הגר באחת לקנותה ואת המצר ואת חברתה או החזיק במצר לקנות שתיהן דעלו בתיקו וכת' שם הרא"ש ז"ל ויראה לי הואיל דסלקו הנך בתיקו אם בא אחר והחזיק בהם קנה כיון דמספקא לן אי קנה קמא או לא ולא מחזקי' לה ברשות קמא מספק ע"ש אלמא דבהפקר נמי מהני תפיסת

השני והעלה שם דגבי שדות הגר שאני שהרי הראשון לא הי' מעולם מוחזק דק שהחזיק באחת מהן לקנות חברתה או שהחזיק במצר לקנות שתיהן הלכך כיון שהראשון לא החזיק כלל שהרי מספק' לן אי חזקה של זו מועיל לגבי חברתה לא מחזקי' לי' ברשות קמא מספק וע"ש וכבר עלה הקושיא ופירוקא בתשובת מוהר"מ מינץ סי' ע"ז ע"ש ובקו' הספיקות כלל ט' הקשה דהא גם בהנך דפ"ק דמציעא לא מיקרי קמא מוחזק ותפס ומשום דתפיסה שאין עמה קנין לאו שמי' תפיסה וכמו שנראה מדברי התוס' והרא"ש פ' הכותב גבי מלוגא דשטרא וכן בריב"ש סי' קס"ד כו' לפי שכל תופס צריך תפיסה גמורה שיקנה הדבר בא' מדרכי הקני' עכ"ל וע"ש שהאריך בזה:

ונראה לענ"ד במה שהקשה אחי הרב ש"ן בקו' הספיקות דתפיסה וקנין לאו בחד כללא נינהו והוא דלפעמים תפיסה עדיפא מקנין ולפעמים קנין עדיפא ליה וכמו שנתבאר והוא דקי"ל חצר שאינו משתמר לא קני אא"כ עומד בצדו ואפילו בדעת אחרת מקנה לדעת הרמב"ם וש"ע סי' ד' ע"ש ואלו בתפיסה נראה דאפילו בחצר שאינו משתמר נמי הוי מוחזק מדפריך בפרק השואל גבי מחליף פרה בחמור וליחזי ברשות' דמאן קיימא וליהוי אידך הממע"ה ומשני דקיימא באגם וכן בריש הבית והעלי' ע"ש ומשמע דוקא אגם או רשות הרבים אבל דה"י אפילו חצר שאינו משתמר הוי מוחזק מדלא משני דקאי ברשות שאינו משומר אלא ודאי דתפיס' שאני והוא סברא כדאית' ר"פ שור שנגח מאן דכאיב ליה כיבי' אזיל לבי אסיא וגבי קנין צריך קרא לרבות חצר ומש"ה בעינן דומיא דידו אבל תפיס' דהוא סברא לא צריך קרא לרבויי חצירו אלא כל דקאי ברשות המוציא ממנו צריך ראיה וחצר שאינו משומר נמי רשותו הוא אלא דאינו דומיא דידו ובחד צד קנין עדיפא מתפיסה דגבי תפיסה אזלינן בתר מוחז' העיקר דהיינו היכא דהבית של ראובן ולקח את שמעון אצלו וחלוקים על הנכסים שבבית דה"ל ראובן המוחזק העיקר וכמ"ש הריב"ש בסי' תל"ד והוא ברמ"א סי' קל"ח ע"ש ואלו בקנין כה"ג כגון שיזכו במציא' שבתוך הבית שניהם שוין וכמ"ש בסמ"ע סקל"ח ע"ש ומבואר דתפיסה אינו תלוי בקנין וגבי מלוגא דשטרא שאני כיון שאינו תפוס בחוב אלא בניירא ולהכי כל דליכא כתיבה ומסירה אינו מוחזק אלא בנייר ולא בחוב אבל היכא דהוא מוחזק ותפוס באותו חפץ עצמו אפילו במקום דליכא קנין מהני' ליה תפיסה וכגון בחצר שאינו משומר או בחצר מהלך הוי ליה מוחזק. ולפ"ז נרא' דה"ה הכא במציאה אם אומר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה כיון דקנה הבהמה אע"ג דחצר מהלך הוא ואינו קונה היינו משום דאינו דומיא דידו אבל רשותא מיהא הוי ומיקרא מוחזק וכמ"ש. ונרא' דמה"ט ניחא הא דכתב הרא"ש גבי מציאה שאמר אני מושך הבהמה לקנותה

וכו' לא נקט אני מושך הבהמה לקנות הכלים שעליה וכדאית' בגמ' שם דכל כה"ג כיון שלא קנה הבהמה ליכא שום תפיסה כיון דהבהמה אינו רשותו ומשיכת הבהמה לקנות הכלים בזה הוא דמספקא לן אי חשיב קנין אבל היכא דאמר אני מושך הבהמה לקנותה ה"ל רשותו ומיקרי מוחזק וחפוס בכלים שעלי' ואע"ג דהוי חצר מהלך וכמ"ש. והב"ח כ' ז"ל והדבר פשוט דמ"ש הרא"ש דבמציאה אם אמר אני מושך הבהמה לקנותה וכו' דהוא הדין באומר אני מושך הבהמה לקנות כלים שעלי' בין בכפות' בין אינ' כפות' כיון דמספקא לן הוי מוחזק מספק וע"ש ולפמ"ש לשון הרא"ש בדקדוק ודוקא היכא דהבהמה רשותו הוא דמהני תפיסה לכלים אבל מוחזק מספק ל"מ וכמו בהאי דההחזיק במצר וכן באויר שאין סופו לנוח אע"ג דלענין קנין לא קני אבל לענין תפיסה כיון דיש לו בחצר מתהום ארעא ועד רום רקיעא רשותו הוי ומקרי מוחזק ואפי' אין סופו לנוח. וכן גבי משיכה בגמל והנהגה בחמור נמי ס"ל דאע"ג דלענין קנין לא קני היינו משום דקנין בעי כל חד כאורחי' אבל לענין תפיסה מוחזק הוי אפילו תפיס ביה דלא כאורחי' ואם הגבי' דבר שאין דרכו להגבי' נמי הוי מוחזק ותפוס אך קשה לפי זה דהוי תפיסה אע"ג דאינו ראוי לקנין א"כ גבי מקח וממכר נמי אמאי מוקי לה בחזקת מרא קמא הא תפיס לה ואפילו לדעת הרא"ש דלא מהני תפיסה נגד חזקת מרא קמא אבל תפס ברשות מודה דמהני תפיס והכא ה"ל תופס ברשות:

ונראה דגבי תפס ברשות ודאי צריכין תפיסה הראוי לקנין דטעמא דתפס ברשות מהני היינו משום שהבעלים התפיסו להם אדעתא שיהי' שלו וכמ"ש בתה"ד סי' שכ"א אבל אם התפיסו הבעלים שלא על דרך שיהי' שלו אלא על דרך שאלה ופקדון לא מיקרי תפס ברשות ע"ש וכל דתפס תפיסה שאינו ראוי לקנין נהי דה"ל מוחזק ותפס אבל לא מיקרי תפס ברשות בעלים כיון דלא זכה מיד בעלים בתפיסה זו ולא מיקרי מוחזק ותפוס מיד הבעלים ברשות אלא היכא שהתפיסה ראוי לקנין א"כ הרי נתנוהו לו הבעלים וזכה מידן אבל היכא שלא זכה מידן אלא שתפס בה אע"ג דמיד הבעלים לא עדיפא משאל' ופקדון ודו"ק. ומש"ה במקח וממכר דאיכא חזקת מרא קמא ל"מ תפיסה מספק כיון דספק בקנין לא הוי מוחזק ברשות בעלים אלא כמו תפס מעצמו כיון דלא זכה בו מיד הבעלים היכא דליכא קנין וכמ"ש ודוק:

סימן רג

סעיף א

וטובת הנאה. כ' בש"ך ז"ל. ותמי' לי דהא בש"ס פ"ק דקידושין (דף כ"ז) ס"ל לסתם ש"ס להדיא כהאי שינוייא גבי קרקע במכר ומטלטלין במתנה וכו' ונראה דאפי' טובת הנאה אינו ממון וכמ"ש לקמן סי' ש"י מ"מ לענין חליפין ואג"ק הוי ממון רק גבי מתנות כהונה דכתיב נתינה ל"מ חליפין דהוי דרך מקח וממכר וכל זה נ"ל ברור דלא כהרב והגה' מיימוני ובעל העיטור ריש מאמר שני קנין עכ"ל. ודבריו תמוהין דהא טובת הנאה אפילו בירושה ליתי' וכמ"ש מוהרי"ק סי' קמ"א ומהר"ם פדאוי סי' ס"ה וכ"כ הרמ"א סי' ער"ו וכן כת' הש"ך שם ע"ש וכיון דאינו יכול להוריש מכ"ש דליתי' בהקנאה דיותר בקל יוכל להוריש מלהקנות ועמ"ש בסי' ער"ה סק"א:

סעיף ב

שייחד לו המעות ז"ל הטור מיהו דוקא בתורת דמים שלא יחד לו המעות לפיכך משמשך הלוקח נתחייב במעות אבל בתורת חליפין שיחד לו המעות ואמר לו באלו המעות לא קנה כיון שיחדו אם אבדו אינו חייב באחריותן לפיכך לא סמכה דעתי' דבעל המקח עד שיגיע המעות לידו וכמו שלא זכה המוכר במעות כך לא קנה הלוקח החפץ אע"פ שמשכו לא קנה עכ"ל ועיין סמ"ע מ"ש בזה ובט"ז מ"ש בזה:

ובמסגרת השלחן ראיתי שכ' ע"פ דברי הט"ז דבעי' דוקא דבר מסוים והיינו דבר שיש בו סי' כגון פרה וכלי שיש בו סי' שהיא שלו אבל המחליף בעד חביות יין שרף אף שיש לו סי' בחביות יכול הוא ליטול את היין מתוכה ואינו נקנה בחליפין ומשום דלא סמכה דעתיה ע"ש. והוא דבר זר לו' בדבר שאין בו סי' ל"מ חליפין ובמטבע דודאי אין בו סי' לא אמרו אלא משום דדעת' אצורתא ותיפוק ליה דאין בו סי'. וביאור דברי הטור נראה והוא דחיוב ל"מ אלא היכא דהחיוב חייל על גופו והוא חייב באחריותו דהיינו היכא שמחייב בפירות אם אין לו פירות מחויב ליתן דמיהן כיון דחייב את עצמו אבל היכא דמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פ' ואינו מקבל עליו חיוב אחריותו אין זה נקרא חיוב הגוף ולא הוי חיוב כלל ומש"ה במשיכת הלוקח נתחייב בדמיו וחל החיוב על גופו בחיוב אחריות ושעבוד הגוף אבל אם מייחד לו המעות דליכא חיוב אחריות וא"כ לא הוי חיוב כלל בזה מה שחייב עצמו ליתן מעות המיוחדים ואינו חיוב ובתורת קנין אינו נקנה דמטבע אינה נקנה בחליפין. וכן מבואר מתשובת מוהרי"ט חלק ח"מ סי' פ"ד דהיכא דאין בחיוב אחריותו לא הוי חיוב כלל ע"ש וז"ל וכדי שיחול החיוב על גופו צ"ל דמשבאו לעולם משתעבד בהם מעתה שיתחייב באחריות עד שיתנם ואם אבדו

פורע לו ממקום אחר שאם אי אתה אומר כן אלא שמתחייב לתתו בידו כשיבאו לעולם ולא יהא באחריותו א"כ לא חל החיוב על גופו כלל וה"ל כקנין דברים כמו שקנו מידו לחלוק כדאמרי' ריש ב"ב ואם באת לו' שיהיה חיוב על תנאי שלא יתחייב באחריותו ה"ל תרתי דסתרן אהדדי והוי תנאי ומעשה בדבר אחד וכדאי' פ' מי שאחזו דאם אמר ע"מ שהנייר שלי מעכשיו לאו כלום הוא עכ"ל וכיון דאין חיוב בלא אחריות ומש"ה ביחד לו מעות דליכא אחריות אין בו חיוב הגוף ואינו חיוב כלל ובתורת הקנאה נמי ליתי' כיון דאין מטבע נקנה בחליפין וע"ש במוהרי"ט דהוקשה לו מהאי דסוף מנחות האומר הרי עלי עולה שאקריבנה בבית חוניו יקריבנה במקדש ואם הקריבה בבית חוניו יצא ואקשינן והא מקטל קטלי' ומשני נעשה כאומר הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותו והא הכא דמיד שאומר הרי עלי עולה נתחייב ואפ"ה כי אמר אח"כ ע"מ שלא אתחייב באחריותו מהני וע"ש מ"ש בישובו ואין לו ביאור וראיתי בס' בני יעקב (ד' צ') שהביא דברי מוהרי"ט הנז' וז"ל ותירץ לזה ודבריו סתומים כדברי ספר החתום והנראה לענ"ד שכונתו לומר דהתם לא נתחייב בעולה ע"מ שלא יתחייב באחריותו ולא קרא עלה שם עולה אלא תנאי היא שהתנה שאם לא יקריבנה לזאת בבית חוניו יתחייב בעולה ונמצא שזו אינו עולה כלל אבל ודאי האומר הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותו ל"מ מידי זהו כונת דבריו לענ"ד וכו' אמנם הדבר קשה לי טובא הוא דהתם אמרי' בפירוש דאם הקריבה בחוץ חייב כרת משום דהרי קרא עלה שם עולה וכן פסק הרמב"ם פ"ד מהל' מעשה קרבנות והשתא לדברי מוהרי"ט אמאי חייב כרת והרי לא חלה על זאת שם עולה כלל ותו קשה טובא מהא דאמרי' רפ"ק דר"ה גבי ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך ואקשינן הא למה לי קרא כו' ואקשינן אמר ולא אפריש והא נדבה כתיבא ותנן איזהו נדבה האומר הרי זה עולה ומשני באומר הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותו וכתבו שם התוס' ז"ל דלא הוי כמתנ' עמש"ב ופי' עוד דכיון דאמר הכי הוי נדר כיון שאמר הרי עלי עולה והוי כנדב' כיון שאמר שלא אתחייב באחריותו הרי בפי' דמצי להתנות ע"מ שלא יתחייב באחריותו וצ"ע עכ"ל. ואנא גברא חזינא תיובתא לא חזינא דודאי כל חיוב שהוא בלא אחריות אינו חיוב ול"מ מידי דה"ל כמו קנין דברים וכמ"ש מוהרי"ט והתם באומר הרי עלי עולה הרי נתחייב גופו באחריותו עד הפרש' שמחויב ונשתעבד לכסיו להפריש עולה וזהו הרי עלי עולה אלא דבעולה אפי' מפריש הרי הוא מחויב באחריות עד דאתי לעזר' ויוכשר בד' עבודות וזה שמתנ' ע"מ שלא אתחייב באחריות והיינו בתר הפרש' אבל עד הפרשה נתחייב בחיוב גמור וע"ש בתוס' ר"ה (דף ו') חד דאמר ולא אפריש ז"ל אלא דמשכחת לה דאמר ולא אפריש כמו האומר

הרי עלי ועל כל זאת היא כנדבה שהרי רוצה שלא יתחייב באחריותה כנדבה עכ"ל והיינו כמו בנדבה שאינו באחריות בתר הפרשה ותיכף מכי אמר הרי זו יצא נדרו וזה אומר הרי עלי עולה ומתנ' שלא יהי' חייב באחריות בתר הפרשה וא"כ עד הפרשה הרי הוא חיוב גמור בשעבוד נכסים והתם אין החיוב רק הרי עלי עולה עד הפרשה והרי הוא חיוב גמור להביא עולה ולמ"ד שעבוד' דאורייתא מחוייבין אפי' היורשין לשלם וכן בהאי דע"מ שאקריבנה בבית חוניו נמי עיקר חיוב הרי עלי עולה חיוב גמור באחריות להפרישו ואח"כ לא יתחייב באחריותו וכמו האי דר"ה וזה ברור:

סעיף ג

משמשך החפץ נתחייב בדמיו מיד. עיין ב"י סי' ל"ט שכ' בשם הרשב"א להוכיח דהיכא דראובן הבטיח להלוות לשמעון מנה ונתן לו שמעון שט"ח על המנה ואח"כ חזר בו ראובן ואינו רוצה להלות דרשאי ולא אמרי' כיון שזכה ראובן בשעבוד נכסיו ע"י השט"ח נתחייב להלוות והוא מהא דאמרי' פ"ב דקידושין במלוה ברשות בעלים לחזר' קמפלגי ר"מ סבר מלוה לאו להוצא' נתנה ורבנן סברי מלוה להוצא' ניתנ' ואמרו שם לאונסין כ"ע לא פליגי דלא גרע משאל' והתם נמי זכה המלוה בשעבוד נכסיו דאפי' במלו' ע"פ נמי נשתעבדו נכסיו דשעבוד' דאורייתא ואפ"ה יכול לחזור ע"ש. אבל דעת הרמב"ן הובא בטור שם דאינו יכול לחזור אחר שזכה בשעבוד נכסיו ולישב דברי הרמב"ן כי היכי דלא תיקשי מיני' מהאי דפ"ב דקידושין שם. נרא' כיון דמבואר כאן דהיכ' דמייחד לו מעות מיוחדים שאינו חייב באחריות אינו נקנה בחליפין א"כ התם אימת זכה המלו' בשעבוד נכסיו משמשך הלוה במעות ונתחייב הלוה באונסין וא"כ אם אבדו מעותיו אין המלו' חייב להלוות לו מעות אחרים וכיון דאין בו אחריות יכול המלו' לחזור בו ואין הלו' קונה מעות הלוא' שבידו בחליפי שעבוד שזכה המלו' דמעות מיוחדים ה"ל מטבע ואינו נקנה בחליפין אבל בשט"ח שזכה המלו' בשעבוד נכסיו נתחייב תיכף בדמיו והוא להלוות לו חליפי שעבוד דכיון דלא הוי יחוד מעות שפיר נתחייב בדמיו ודו"ק ועמ"ש בסי' ל"ט סק"ח:

סעיף ד

ואם ישן ישן כתב בנימוקי יוסף פ' הזהב וז"ל תניא כמות שהוא כמות שהתנ' עמו וכו' ודכוות' במטלטלין מי שמשך חפץ מחבירו והתנה ליתן לו כור חטים חדשים חייב ליתן לו כמה שפסק עכ"ל. ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה הכהן ש"ן הקשה ממ"ש הר"ן בע"ז פ' השוכר שהשוכר את הפועל והתנה ליתן לו בשכרו כור חטים זה או אפי' כור חטים סתם אינו חייב ליתן לו חטים אלא מעות ומשום דמחסרא משיכ' ע"ש וכ"כ

הרמ"א סי' של"ג וא"כ אמאי צריך ליתן כמו שהתנ' ואח"כ מצאתי בס' בני יעקב דף קי"א שהקש' קושי' זו וע"ש מ"ש בישובו ואינו נראה. ולכן נרא' לענ"ד דודאי הזהב קונה את הכסף מפרש לה בגמ' דהיינו נתחייב בכסף דמטבע אינו נקנ' בחליפין וא"כ ע"כ הא דתנן הכסף אינו קונה את הזהב היינו אפי' התנה ליתן לו זהב עבור הכסף נמי ל"מ ומשום דדהבא פירי לגבי כספא ומחסרא משיכ' ומוכח מזה דאפי' מחייב עצמו ליתן זהב עבור כסף ל"מ וא"כ אפי' פירי סתמא אינו מתחייב עבור מעות והוינו דינא דהר"ן דמעות אינו קונה אפי' להתחייב בכור חטים סתמא ומש"ה בשוכר את הפועל דמלאכ' הפועל אינו אלא כמו נתינת מעות אבל מי שמשך בפירות והתנה ליתן לו חטים במקום דמי הפירות שפיר מתחייב כמו שהתנ' דאע"ג דפירי לא עבדי חליפין היינו דוקא דרך קנין זה תחת זה אבל להתחייב בפירו' כיון שאחריותו עליו ועמ"ש בסק"ב ודאי מהני חיובו ומעות אפי' לחייב את הפירות ל"מ וכדמוכח מהאי דכסף אינו קונה את הזהב דמיירי בחיוב וכמ"ש ושכירות דפועל אינו אלא כמו מעות וכמ"ש כללא דמלתא מעות אינו מתחייב את הפירות והיינו הך דשכירות אבל פירי שפיר מחייב את הפירות והיינו הך דנימוקי יוסף ודוק:

סעיף ה

אותם מעות קיימים כת' בתשו' שארית יוסף סי' כ"ח ז"ל מדברי הנימוקי יוסף משמע דוקא בפקדון מטלטלין דכ' ז"ל ומיהו מטלטלין דפקדון יכול להקדיש דבכל דוכתי ברשות דידי' נינהו וכמ"ש הרי"ף משמיה דגאון עכ"ל הרי שמפרש פקדון מטלטלין ולא מעות והטעם נראה לפי שמעות פקדון יכול הנפקד להוציא כדתנן פ' המפקיד דמותרין ואין קשור קשר משונה ישתמש בהן משא"כ במטלטלין עכ"ל והרי מבואר כאן מדברי הש"ע שלפנינו דאפי' מעות קיימים נמי נקנה ומשום דכל זמן שלא הוציא ולא השתמש בהן והמפקיד בא לתבוע פקדונו כל זמן שמעותיו בעין אינו יכול להחליפן וליתן מעות אחרים תחתיהם וכמ"ש בסי' מ"ז סק"ה ע"ש והנ"י לא בא לאפוקי מעות פקדון אלא מטלטלין כדפרי':

סעיף ו

המחליף קרקע בקרקע והוא תוספתא פ' הזהב החליף קרקעות בקרקעות מטלטלין במטלטלין כו' כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו ומדברי שטה מקובצת נראה דקרקע בקרקע לא עבדי חליפין אלא שוה בשוה ע"ש פ' הזהב וז"ל כת' הר"פ תמורה זו חליפין דהך חליפין דמפיק מתמורה לאו היינו של סודר דלאו חדא מלתא הוא אלא מיירי בחליפין שוה בשוה דעדיפא מחליפין דק"ס דאותן חליפין לא הוי לא בפירות

ולא בקרקעות ואותן חליפין דשוה בשוה ישנן בין בפירות בין בקרקעות בין בעבדים עכ"ל. אמנם לשטת הפוסקים דפירי לא עבדי חליפין אפי' שוה בשוה א"כ צ"ל הא דתני' המחליף קרקע בקרקע דנתחייב בחליפין משום דסברי דקרקע נמי כלי איקרי וא"כ עבדי חליפין אפילו אינו שוה בשוה כיון דכלי הוא:

סימן רד

סעיף א

וחייב לקבל מי שפרע. ואם כופר ואומר שלא קיבל הדמים על המקח כלל אלא אומר שנתן לו המעות דרך הלואה או פקדון מחזיר המעות עמ"ש בסי' פ"ח סקכ"ב דכה"ג דאין בזה כפירת ממון אין אוררין אותו לנוכח כיון שכופר אלא אוררין סתם בב"ד הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו:

סעיף ב

והניח משכון על הדמים. והוא דעת הרי"ף והוא מבואר בשטה מקובצת בפ' הזהב מהא דאמרינן שם (בבא מציעא דף מ"ז) תנן אבל אמרו מי שפרע אא"ב מעות קונות מש"ה קאי באבל אא"א מעות אינן קונות אמאי קאי באבל משום דברים ובדברים מי קאי באבל ומשני דברים ואיכא בהדייהו מעות קאי באבל ומשמע דלר' יוחנן דקי"ל כוותי' דאמר דבר תורה מעות קונות ובמשכון דאינו קונה דבר תורה אינו באבל ואע"ג דאהדרינן דברים ומעות קאי באבל היינו לריש לקיש אבל לר' יוחנן טעמא משום דד"ת מעות קונות וע"ש שכ' עלה ז"ל ומיהו איכא למידק מהא דאמרי' פ' א"נ האי סטימתא קניא למאי הלכתא כו' למי שפרע אלמא אע"ג דמדינא לא קני מוסרין אותו למי שפרע ומשום דסמכ' דעתי' ואמרי נמי בהאי פרקא האי גברא דיהיב זוזי אנדוניא דבי חמוה זל נדוניא אתא לקמי' דרב פפא ומסיק דאם משלח לא פסק כשער הגבוה שקיל כדמעיקרא ואי לא מקבל מי שפרע ואע"פ שלא היתה נדוניא לשליח זה באותו שעה וע"ש שהאריך וכת' בשם תשובת הר"ן מג"ש דס"ל דאפי' לדידן דקי"ל כר' יוחנן אפ"ה דברים ומעות אפי' במקום שאין מעות קונות ד"ת קאי באבל וע"ש באורך. ולענ"ד נראה בהא דמקשי אא"ב מעות קונות דלכאורה כיון דכבר עקרוה חכמים קנין מעות א"כ לענין מי שפרע נמי מאי אולמי' לר' יוחנן מלריש לקיש ולכן נראה דודאי כל שנותן הכסף על המקח אע"ג שאינו קונה ראוי למיקם במי שפרע דלא גרע מסטימתא דמוסרין אותו למי שפרע אלא דהכי פריך בשלמא לר' יוחנן דס"ל דבר תורה מעות קונות וכיון דקונה דבר תורה רשאי המוכר להשתמש במעות וכמ"ש תוס' פ' המפקיד (בבא מציעא דף מ"ג) דלר' יוחנן לא

הפקיעו חכמים כח שיש למוכר במעות ויוכל להשתמש בהן אבל לריש לקיש דמשיכ' קונה אין המוכר רשאי להשתמש במעות ע"ש וא"כ לר' יוחנן דזכה המוכר הכסף ורשאי להשתמש בו ראוי למיקם במי שפרע כיון שכבר קיבל תכסף וכמ"ש דלא גרע מסטימתא אבל לריש לקיש דמעות אינו קונה דלא זכה המוכר בכסף ואינו רשאי להשתמש בו עד אחר משיכת הלוקח במקחו וא"כ אין הכסף ביד מוכר אלא כמו פקדון אמאי קאי באבל הא הכסף שנתן עדיין ברשות לוקח ופקדון כל היכא דאי' ברשות מאריה אית' וליכא תורת מעות כלל ומשני משום דברים ופריך ובדברים מי קאי באבל כיון דכסף ליכא כלל וכמ"ש ולזה מסיק דאפ"ה דברים ואי' בהדי דברים מעות קאי באבל אע"ג דכסף אינו כלום ולא זכה כלל בכסף אפ"ה בהדי דברים קאי באבל. ובזה הוא דקי"ל כר' יוחנן דאינו במי שפרע אלא היכא דאי' כסף והיינו שהמוכר זוכה בכספו ומש"ה במשכון כיון דקי"ל מנה אין כאן משכון אין כאן ואין אדם יכול לשעבד משכון בלי חיוב גופו וכמ"ש אשר"י פ"ק דקידושין וכן כת' בש"ע סי' ר"ז לענין שידוכין א"כ ליכא כסף כלל כיון דלא זכה המוכר במשכון כלל וברשות לוקח הוא עדיין וגבי סטימתא דאי' מעשה קנין עכ"פ אפי' כל דהו קאי באבל ובמשכון משום דנתינת המשכון לאו מעשה הוא כלל כיון דאינו זוכה במשכון וניחא נמי האי דפ' א"נ דמקבל מי שפרע אע"ג דהנדוניא לא הי' ברשותו משום דהתם אדעתא דהכי נותן שישתמש בהם כמ"ש תו' פ' המפקיד שם (בבא מציעא דף מ"ג) שהקשו לריש לקיש דאסור המוכר להשתמש הא דאמרי פוסק עמו על הגדיש או על השער שבשוק מה מרויח בהקדמת המעות ותירצו דאפי' בסתמא כיון שהלה פוסק ומקדים לו מעות חצי שנה מן הגדיש עד ימות הקיץ אדעתא דהכי נותן שישתמש בהן ע"ש וא"כ התם גבי נדוניא דמקדים מעות אדעתא דהכי נותן שישתמש בהם ואיכא מעות שזוכה בהם המוכר ודאי קאי באבל אע"ג דאינו קונה וכמ"ש דה"ל כמו סטימותא אבל היכא דאינו מקדים המעות לזמן אין המוכר רשאי להשתמש עד שיזכה הלוקח במקחו למ"ד מעות אינו קונה והיינו דפריך לריש לקיש ממתני' דקאי באבל ומש"ה במשכון דליכא שום זכות במשכון ה"ל דברים בעלמא ודוק ונכון. ולשטת הרמב"ן והרשב"א פ"ק דקידושין דזוכה במשכון והא דאמרי' מנה אין כאן משכון אין כאן היינו דאינו ראוי לקנין כיון דלא יצא מרשותו ואגיד גביה והוא מבואר אצלינו בסי' ק"ל סק"ו א"כ במשכון נמי ה"ל במי שפרע אלא דאנן קי"ל דאינו זוכה במשכון כלל ומבואר בש"ע סי' ר"ז:

סעיף ג

במתנ' מועטת בפ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ט) אמר רב פפא ומודה ר' יוחנן במתנ' מועטת דסמכ' דעתי' ה"נ מסתברא דאמר ר' אבוהו אמר ר' יוחנן ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר אא"ב לא מצי למיהדר מש"ה רשאי אלא אי אמרת מצי למיהדר ביה אמאי רשאי אשתכח דקא אכיל טבלים ופי' רש"י מש"ה רשאי שיש לו לסמוך על מ"ש שארית ישראל לא יעשו עולה ולא יתננו ללוי אחר והיא מתנה מועטת ע"ש. וקשה נהי שמובטח לו שבודאי יתננו לו אכתי במאי קנה לעשותו עכשיו תרומת מעשר כיון דעכשיו עדיין אינו שלו ולא זכה בו. וראיתי בשטה מקובצת שהרגיש בזה וכת' ז"ל רשאי בן לוי לעשות כתב ר"מ אע"פ שלא קנאו בן לוי לא במשיכה ולא בהגבהה איירי במכירי לוי' דחשיב כאלו בא לידו כדאי' פ' כל הגט א"כ לא גרע מנותן רשות לחבירו שיתרו' מכריו על תבואה שלו הרא"ש ז"ל עכ"ל ואכתי לא אתברר דמ"ש דמיירי במכירי לוי' קשה ממ"נ אי נימא דמכירי כהונה חשיב כמו קנין ממש א"כ היכי מוכח מינה מתנה מועטת כיון דמכירי כהונה חשיב קנין ממש והוי זכיה גמורה ואי נימא שמכירי כהונה אינו קנין ממש אלא דמכירי כהונה ה"ל כמתנ' מועטת דאסור לחזור וכמבואר בתוס' פ' י"נ (דף נ"ג) ד"ה הכא במכירי כהונה ע"ש שכתבו טעמא דמכירי כהונה משום מתנה מועטת דאסור לחזור ואע"פ שאם רצה לחזור בו יכול לחזור בו מ"מ כל כמה דלא הדר הוי מוחזק ע"ש ועמ"ש בסי' ער"ח סקי"א וא"כ אכתי אינו אלא כמו מתנה מועטת דאינו קנין ואינו שלו והאיך יכול לעשותו מעשר ונהי דגבי בכור חשיב מוחזק אבל קנין אינו ומ"ש עוד דלא גרע מנותן רשות לחבירו שיתרום מכריו על תבוא' שלו נמי קשה לי דהא מעשר אינו שלו ואין לו בו אלא טובת הנאה וא"כ היכי מצי ליתן רשות לתרום משל אחרים ואפי' למ"ד טובת הנאה ממון אינו אלא בערך טובת הנאה אבל גוף התבואה אינו שלו ואפשר דהרא"ש ס"ל דלמ"ד טובת הנאה ממון ה"ל כאלו כל המעשר שלו ועמ"ש בסי' ער"ח סק"א סברא זו בשם הריטב"א אלא דאכתי תיקשי כיון דאנן קי"ל טובת הנאה אינו ממון וצ"ע ובעיקר הקושיא נראה לפמ"ש הרא"ש בנדרים (דף ל"ד) בשם הר"ר אליעזר ממיץ דהיכא דהיה לפניו ככר של הפקר ואין אדם סמוך לו אלא הוא שיכול לזכות בו יכול להקדישו כיון דבידו לזכות בו כדאמר בפ' אע"פ גבי שדה שמשכנתי לך יהי' הקדש משום דבידו לפדות' ע"ש. וה"נ כיון דודאי לא יחזור משום דשארית ישראל לא יעשו עולה ה"ל כבידו לזכו' כיון דודאי יתננו לו ולא יחזור ובידו מהני לכל הדברים לתרומה ולמעשרות כדאי' פ' האומר גבי בידו לתלוש ע"ש וה"נ ודאי יתננו לו אלא שמחוסר קנין והרי בידו לפדותו וכמ"ש ודוק:

סעיף ד

בחוב שיש לי אצלך והוא דעת הרמב"ם פ"ו מהל' מכירה ע"ש במ"ש הרב המגיד דס"ל להרמב"ם דהא דאמרי' בפ"ב דקידושין ושוין במכר שלא קנה אידחי' מהאי סוגיא ר"פ הזהב ויש דמים שהן כחליפין דמי שור בפרה ואינו מחלק בין הנאת מחילה ע"ש אבל החולקין ס"ל דלא אידחי' האי סוגיא דפ"ב דקידושין והאי דפ' הזהב מיירי באומר להדיא בהנאת מחילת מלוה דכה"ג ודאי מהני במקום כסף וחוב הבא מחמת מכר משום דאינו שכיח אוקמה אדיני תורה שקונה במעות ובב"ח סי' קצ"ט הביא בשם הרמב"ן והרשב"א במה שהקשו בהאי סוגיא דדמי שור הרי הוא כחליפין דהא מלוה אינו קונה ומה שתי' דמיירי בהנאת מחיל' מלוה וכת' עלה ז"ל והא ודאי ליתי' דא"כ בחוב שלא מחמת מכר נמי יהא קונה בהנא' מחיל' מלוה ומ"ש זה מזה וכ"כ רבינו בסי' ר"ד להדיא דבהנא' מחיל' מלוה קונה אפילו בחוב שלא מחמת מכר עכ"ל ואינו קושיא דודאי הנאת מחיל' מלוה לא עדיף מכסף ממש וכיון דכסף אינו קונה מדרבנן ה"ה הנאת מחיל' מלוה דלא עדיפא אלא החוב הבא מחמת מכר דהוי מלתא דלא שכיחא אוקמה אדאורייתא בקרקע דנקנה בכסף מהני מחיל' מלוה כיון דהנאה זו כמו כסף ואם אינו בהנאת מחיל' אינו כסף כלל ומקדש במלוה אינ' מקודשת וכן במכר אינו קונה וזה פשוט. וכת' הב"ח בי"ד סי' ש"ך וז"ל והכי נקטינן דאפי' דיעבד דלא עביד אלא חדא או מעות או משיכ' הוי ספק בכור והארכתי בזה בתשו' ואפילו עביד תרוייהו מעות ומשיכ' אלא דלא נתן לו המעות מיד ליד בשעת הקנין אלא שהבטיח ליתן והאמין לו אע"פ שנתן אח"כ אין מעות אלו קונות ואין צ"ל אם הישראל היה חייב לגוי וא"ל פרתך קנוי' לי במעות כך וכך שאתה חייב לי והקנה לו הישראל דפשיטא דאין זה קנין מעות וכל זה נתבאר בתשובתי בס"ד עכ"ל וכ"כ בש"ך יו"ד שם ע"ש. ולפי מה שנתבאר דהנאת מחילת מלוה מהני כמו כסף א"כ ה"ה גבי בכור היכא דהי' הישראל חייב מהני ליה משיכה ושיאמר הרי פרתך קנוי' בהנא' מחיל'. אמנם לענ"ד נרא' דהיכא דאיכא משיכ' ומוכר לו בעד חובו מהני אליבא דכ"ע אפי' אינו אומר בהנאת מחיל' דלפמ"ש תוס' בע"ז פ' השוכר (דף ע"א) דאפי' למ"ד מעות קונות במציא' ומתנ' דליכא מעות לכ"ע במשיכ' ע"ש וכ"כ בהגהת אשר"י פ"ק דבכורות במוכר עובר פרתו דסגי בכסף אליבא דכ"ע כיון דאין לו מה למשוך ע"ש. וא"כ ה"נ במוכר בעד חובו סגי במשיכ' דלא גרע ממציא' ומתנ' כיון דאינו מחוסר כסף וה"ה בזה אינו מחוסר כסף דמוכר לו בעד חובו והרי נתקבל חובו ודוקא היכא שמוכר לו בעד כסף ועדיין לא קיבל את הכסף הרי מחוסר כסף אבל זה המקח אין אלו דמים ואינו

קונה אלא בעד חובו והרי מוחל לו חוב וחשיב כאלו קיבל דמיו וכיון דאינו מחוסר כסף קונה במשיכ' גרידא כמו במתנה וזה נראה ודוק:

סעיף ה

שהרויח לו זמן פרעון. ז"ל הטור כתב הרמב"ם אבל אם היה לו חוב עליו כו' ובקרקע כה"ג קנה אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב שלא קנה אפי' המעות עדיין בעין דמלוה להוצא' ניתנה כו' אבל אם אמר לו יקנה שדך בהנאת מחילת מלוה קנה ואפי' לא מחל לו כולו אלא הרויח לו הזמן כגון שהגיע הזמן לפרוע והרויח לו הזמן ואמר לו יקנה שדה שלך בהאי הנא' שהרוחתי לך קנה עכ"ל ונרא' דהרא"ש לא קאמר אלא למיקני שדה גופה אבל דמי השדה צריך להחזיר דהא ה"ל רבית קצוצה וכדאמרי' פ' א"נ גבי גלימא דרבית דקנה גלימא ומטעמא שכתבו הפוסקים דמקח הנעשה באיסור קנה ובפ"ק דקידושין (דף ו) במקדש בארווח לה זימנא דמקודשת והוי הערמ' רבית ופי' רש"י דלא הוי רבית קציצ' כיון דלא קץ לה מידי אלא שנתקדש' לו ע"ש והכ' בקנין שדה דאי הוי רבית קצוצה בארווח ליה זימנא ואפי' אחר הלוא' הוי רבית קצוצה וכמ"ש בטור וש"ע י"ד סי' ק"ס. ולדעת תוס' שם אפי' בקידושי אשה כה"ג ה"ל רבית קצוצה אלא שפי' שם דמיירי באיש אחר שנתן פרוטה וכו' ע' שם וא"כ ודאי רבית קצוצה הוי אלא דאפ"ה קונה השדה כמו בגלימ' דרבית דמקח הנעש' באיסור קונה. ולפ"ז נראה דהיינו דוקא בקרקע אבל במטלטלין כה"ג אינו במי שפרע דמקח הנעשה באיסור אינו במי שפרע וכמ"ש הרמ"א בסי' ר"ט סעיף ו' דאם פוסק באיסור כגון עד שלא יצא השער ליתיה במי שפרע וע"ש ומכ"ש הכא דה"ל איסור תורה דליתיה במי שפרע ולזאת תמהני על הרמ"א שכתבו לענין מי שפרע ולענ"ד כה"ג דארווח זימנא הוי באיסור אין בזה משום מי שפרע וז"ב:

סעיף ו

אני גובה בחובי. עי' מה שכתבתי בסי' ק"ל סק"ה:

סימן רה

סעיף א

לשני עדים דמי. כת' בנימוקי יוסף פ' חז"ה ז"ל מחאה בפני שנים ואין צריך לצוות להם שיכתבו שטר מחאה זו לעדות שמיח' בתוך שלש דכתיבה זו זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו דכיון שמיחה בפניהם כמאן דאמר כתבו דמי וכאלו עשאן שלוחין וכתבו האחרונים ז"ל דצריך שיכתבו בלשון שליחות פלוני העדנו על עצמו לכתוב עליו שמיחה אבל כתבו שמענו מפ' שמיחה כה"ג לאו עדות היא ומפיהם ולא מפי כתבם

אמר רחמנא ואע"ג דבעלמא בכל שטר בעינן צוואת מקנה דומיא דספר המקנה היינו בדבר שבינו לחבירו אבל במחא' ומודעא אין הדבר תלוי אלא בו עכ"ל והאחרונים רצו בזה לישב קושית תוס' שהקשו פ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ') דברי המתחיל מחאה בפני שנים דהיכי כתבו מחאה ומודעא שלא מדעת המתחייב דהוי ליה מפי כתבם וע"ש שכתבו דבמחאה מהני משום דבקל הפקיעו' חזקה וגבי מודעה הקילו כדי להציל הנאנס מיד אונסו ע"ש. ומש"ה כתבו האחרונים דכותבין בל' שליחות ותו לא הוי מפי כתבם וכמ"ש בעל המאור בטעמא דמהני שטר חוב ושטר קנין מדעת המתחייב ולא הוי מפי כתבם ומשום דה"נ מפי כתבם והוא נמי שטת רש"י והובא אצלינו בסי' כ"ט סק"ז וכיון דהמחא' ומודעא אין הדבר תלוי אנא בו מש"ה מהני מפי כתבו כל שכתבו בלשון שליחות דה"ל כאלו שמענו מפי המוחה במיח'. והרמ"א שכ' בסי' קמ"ו כדברי האחרונים לכתוב בלשון שליחות וכאן במודעא לא הביא דבריהם. ומדברי הנ"י מבואר דבמודעא ומחאה צריך לכתוב לשון שליחות. ונרא' שהרמ"א ראה דבריהם במחאה ולא במודעא וטעמא משום דהתינח הא דכתבו עדים שמסר מודעא שייך בו ל' שליחות וה"ל מפי כתבו וכאלו הוא עצמו כותב שאינו רוצה במקום המקח אבל הא דכתבו במודעא והכרנו באונסו בזה לשון שליחות נ"מ מידי דהוא עצמו אינו נאמן בכך ובע"כ צ"ל דבמודעא הקילו מטעמא שכתבו תוס' כדי להציל הנאנס א"כ כיון דהקילו להציל הנאנס א"כ תו לא בעי לשון שליחות ובזה ניחא הא דמהני כ' המודעא אפילו אחר הזבינא ואי משום שליחות לא הוי מהני כ' המודעא אלא דוקא קודם המכר וכמ"ש בסי' קמ"ו ס"ק ג' דל"מ מחאה בכתב אלא דוקא תוך שלש דכיון דאינו אלא משום שליחות ומשום דהוי דבר שאינו תלוי אלא בו וה"ל כאלו הוא עומד ומיחה אבל אחר שלש אין רשאין לכתוב שמיחה תוך שלש דכה"ג ה"ל מפי כתבם דלשון שליחות תו ל"מ דאינו נאמן אחר שלש וע"ש. וה"ה הכא במודעה לפי טעמא שכתבו האחרונים לכתוב בלשון שליחות לא הוי כ' המודעא אלא דוקא קודם המכר דאחר המכר ל"מ לשון שליחות כיון דהוא עצמו אינו נאמן אח"כ לו' שלא הי' מרוצ' בזביני ואלו מדברי הפוסקים נראה פשוט דמהני כתיבת המודעא אפי' אחר המכר. ובר"ן פ"ב דכתובות מפרש הא דאמרי מודעה ניתן ליכתוב שיכולין לכתוב אחר המכירה ע"ש וכן פשוט בדברי הפוסקים ובזה אינו נאמן הוא עצמו ודוקא קודם המכר הוא דשייך לשון שליחות דה"ל כאלו הוא כותב שאינו רוצה למכור אבל אחר המכר לא. וע"כ במודעא הטעם כדי להציל הנאנס ולא בעינן כלל לשון שליחות וזה ברור ודוק:

סעיף ב

פשרה דינה כמכר והא דכ' בש"ע סי' י"ב דאם הפחידו יכול לחזור בו ע"ש משום דהכא מיירי בדין מסופק שאינו ידוע להיכן נוטה או בדבר שיש בו הכחש' ועסק שבועה ביניהם וה"ל תורת פשרה אבל התם מיירי שהי' הדין ברור בלי שום ספק ואינו בתורת פשרה כלל ומש"ה ה"ל אונס גמור וע' ב"י מ"ש בשם הרשב"א מחודש ח' ומוהרי"ט ח"ד סי' צ"ח:

סעיף ג

לענין זה הוי כמכר. כ' הריב"ש בסי' קצ"ז וז"ל דאע"ג דבהנאה מועטת שקיבל הנותן דינו כמתנה ולא אמרי' אגב אונסיה גמר ומקני מ"מ לענין זה דינו כמכיר' דבעינן שידעו העדים באונסו כמו במכירה דכיון דמקבל הנאה ליכא למימר הכי דאפילו אם אינו אנוס כיון שאמר שאינו נותן מדעתו ע"ש:

סעיף ד

יצטרף עדותכם. נרא' דהיינו לשטת תוס' בהא דמהני שלשה כתי עדות לחזקה ולא הוי חצי דבר כיון שראו כל מה שהיו יכולין לראות כמ"ש תוס' במרוב' (דף ע') אבל לשטת הרי"ף טעמא דחזקה דמהני לשלומי פירי ע"פ כת הראשון א"כ הכא ה"ל חצי דבר כיון דמודעא בלא אונס וכן אונס בלא מודעא לאו כלום:

סעיף ה

במתנה אחר גלוי דעת. בפ' חז"ה (דף מ') אמרי נהרדעא כל מודעא דלא כתב בה אנן ידעינן באונסו דפלניא לאו מודעא ופריך מודעא דמאי אי דגיטא ומתנתא גילוי מלתא בעלמא הוא וכת' הרמב"ן בחידושיו ז"ל הא דאקשינן בשמעתין אי גיטא ומתנתא גילוי מלתא בעלמא איכא למידק עלה בגיטא ומתנתא למה לי מודעא דאונס והא קי"ל שאם אמר לשלוחו קודם שיגיע הגט לידה גט שנתתי לך בטל הוא בטל והרב ר' שמואל ז"ל כתב ודוקא מודעה שיש בה אונס אבל בלא אונס אמר גט שאעשה לא יהא גט אין זה ביטול כיון דלא נאנס כלל אנן סהדי דגמר בלבו בשעת מעשה ול"מ ביה ביטול קודם אא"כ בטלו אחר כתיבה זה כתב הרב ז"ל ולדעתי יפה כוון והרב ר' משה הספרדי ז"ל כתב שאם אמר כל הגט שאכתוב מכאן ועד עשרים שנה בטל הוא הרי זה בטל וזו הוא מסירת מודעא על הגט וזה ודאי אפשר דמסתמא נימא אונס הוא אבל אם פירש ואמר שאינו אנוס ומבטל לפי שעתו כשר וכדברי הרב ר' שמואל עוד יש לחלק לו' שאם אמר בטל הוא מבוטל אבל אנוס אני אלמלא שנאמן הוא בכך הרי הגט כשר שהרי לא ביטלו בפיו ואפילו חשבת לי' גילוי דעתא הא קי"ל גילוי דעתא לאו מלתא וכ"ש דלאו לגילוי

דעת הוא כלל דכיון דלאו אנוס לבטולי בהדיא אלא רוצה לגרש גירושין גמורין ולקלקל עליה בלעז וכדי לצערה הוא אומר הלכך אין פיסולו של גט אלא בשביל שהוא נאמן באונסו עכ"ל. ומדברי הרשב"א והרא"ש והב"י נראה דאפי' ידוע שאינו אונס נמי מהני המודעא ומשום דלא גרע מביטול וסגי בלי אונס כלל ומפרשי הא דפריך אי דגיטא ומתנתא גילוי מלתא בעלמא היינו מה דגלוי אדעתיה שאינו רוצה בקיומו של גט ומתנה. אלא דהרשב"ם שם והרמב"ן לא ניחא להו לפרש גילוי מילת' דאמר בש"ס היינו על הביטול ומשמע להו הא דפריך גילוי מלתא היינו על האונס ומש"ה קשיא ליה לרמב"ן הא אפי' בלא אונס ה"ל ביטול ולכן צריך לתרץ הא דבעי נאמנות על האונס: ולענ"ד נראה לישב קושיות הרמב"ן לפמ"ש תוס' להקשות דהיכי מהני מודעא בכתב הא ה"ל מפי כתבם ותירצו דמודעא הקילו כדי להציל הנאנס מיד אונסו ע"ש וא"כ אי לאו אונס הוא אלא שרוצה לבטל הגט או המתנה בזה לא הוי מהני מפי כתבם כיון דליתא גבי' תקנת אונס ולזה פריך גילוי מלתא בעלמא שבודאי נאנס ושפיר מהני מפי כתבם ולפ"ז נרא' היכא דידוע שלא נאנס וליכא עדים שיעידו בעל פה אלא מש"כ מודעה בעדים כל כה"ג פסול משום מפיהם ולא מפי כתבם דליתיה בזה כדי להציל הנאנס וכמ"ש:

סעיף ו

אחד האונס את חבירו. כ' בתשובת חוות יאיר סי' מ' וז"ל כי מה שרוצה שמעון לחזור בו מצד שראובן מסר מודעא על הפשר נרא' אם הי' המודעא מודעא גמורה הי' בזה הדין עם שמעון כי ענין מסירת מודעא היא דמודיע אונסי' ודלא גמר ומקני לחבריה כמבואר בסי' ר"ה בח"מ וא"כ ודאי חבירו האונסו למכור לו הדבר ההיא מצי לחזור בו מצד הדין דהוי מקח טעות דאלו ידע דחבירו מצי אחר זמן לחזור בו וגם הוא לא גמר ויהיב דמי ולא דמי למה דקי"ל בסי' רכ"ז דאין המאנה יכול לחזור בו אם המתאנה רוצה לקיים המקח משום שלא יהא חוטא נשכר שאני התם שבא לישכר מצד החטא והוא מה שאינהו משא"כ כאן שאין ביטול המקח מצד החטא והוא שאונסו שהרי קי"ל תלוהו וזבין זביניה זביני רק מצד מעשה חבירו והוא מסירת המודעא שבזה ביטל כל ענין המכר עכ"ל והנה מה שמחלק דבאונס ליכא צד חטא לפי שתלוהו וזבין זביניה זביני אין זה נראה דודאי חמסן מיקרי אע"ג דיהיב דמי וחבירו נתרצה אלא דאפ"ה זביניה זביני משום דנתרצה. אלא דבעיקר הדין דבריו נכונים דכל שהמוכר מסר מודעא א"כ לא קנה הלוקח כלום וממילא יכול נמי לוקח לחזור כיון שלקח החפץ שלא מדעת בעלים ומאי דקשיא ליה מהאי דסי' רכ"ז דאין מאנה יכול לחזור התם נמי דוקא כל זמן שלא חזר בו המתאנה אבל אם כבר חזר בו המתאנה גם השני יכול לחזור בו וכמבואר בסי' רכ"ז והכא כיון

שהמוכר מסר מודעא הרי חזר במקחו כבר א"כ בטל המקח ואין בו תורת מקח כלל ויכול גם הלוקח לחזור:

סעיף ז

מסתמא מסר מודעא. בסמ"ע כתב מוקי העדים בחזקתן דלא היו חותמים אם לא ידעו שהיתה קודם המכירה והב"ח כ' דכיון דספיקא הוא מוקי ארעא בחזקת בעלים הראשונים והמכירה בטילה ע"ש ולפ"ז בפשרה שדינה כמכר אם התובע הוציא מסירת מודעא כזו אוקי ממונא בחזקת הנתבע והפשרה קיימת:

סעיף ח

אי לא ידעינן אונסו. והוה מדברי הרא"ש ומשום דבמכר תלוהו וזבין זביני זבינא אא"כ מסר מודעא ומש"ה היכא דבטל המודעא הוי תלוהו וזבין המקח קיים אבל במתנה דתלוהו ויהיב לא הוי מתנה אע"ג שביטל המודעא המתנה בטילה כיון דהי' אונס והיכא דלא ידעינן מאונסו ולא הוי ביטול אלא מחמת המודעא לפיכך כשבטל המודעא המתנה קיימת וע"ש. ולפ"ז נראה דלדעת הרשב"ם והרמב"ן דמפרשי בהא הא דפריך אי דגיטא ומתנתא גילוי מלתא בעלמא היינו דודאי אנוס הי' בדבר דאי לאו אנוס למה יהיב והובא בסק"ה ע"ש א"כ אפי' לא ידעינן מאונסו אמרינן מסתמא אונס הי' בדבר ואפי' בטל המודעא ה"ל תלוהו ויהיב והמתנה בטילה ועיין בדברי הרשב"ם שכת' שם בסוגיא (דף מ') ז"ל אבל הכא אם ברצון נפשו הוא נותן גט ומתנה בלא אונס למה כותב מודעא בחנם לא יתן גט ולא יצטרך למיכתב אלא ודאי אנוס הי' ומש"ה תיקנו בגיטין דלא למיכתב גיטא עד שיבטל הבעל כל המודעות שמסר וכך הוא מפורש בערכין פ' האומר משקלי עלי (ערכין דף כ"א) אמר רב ששת האי מאן דמסר מודעא אגיטא מודעי' מודעא פשיטא לא צריכא דעשיי' וארצי' מ"ד כיון דארצי' בטולי בטליה קמ"ל עד דאמר בטלתי כו' וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו שיתן אמאי קתני עד שיאמר רוצה אני אלא קמ"ל עד דמפרש דבטליה עכ"ל ולפמ"ש תיקשי כיון דודאי אנוס הוא א"כ היכי מהני הביטול מודעא ונראה דהרשב"ם מיירי מהנך גיטין שכופין אותו להוציא וכדמייתי הך דערכין דמיירי שם מאלו שכופין להוציא וה"ל תלוהו וזבין כיון דמחויב ליתן גט וכדאי' שם פ' חז"ה ומש"ה ביטל המודעא ודוק:

סעיף ט

אנסוהו לקנות מ"ש בסי' ט' ס"ק א':

סימן רו

סעיף א

מכורה לך מעכשיו. כ' הריב"ש בתשובה סי' קע"ה ז"ל אלא שאם כתב לראשון שימכרנו לו בסך כך וכך שלא ימכרנו לאחר אף אם יתן לו בדמיו יותר מן הסך ההיא בענין זה קנה הראשון ע"ש ובמשנה למלך פ"ה מהל' מכירה כת' עלה וז"ל ויש לתמוה בלשון זה דל"מ כלל אלא בעי' שיאמר שתהא מכורה לו מעכשיו וכמ"ש רבינו בפרקין ואולי נאמר דמיירי בלשון חיוב דקאמר שהוא מתחייב למוכרה לו וכבר כ' מוהרח"ש סי' קל"ג דבלשון חיוב מהני לישנא דאמכרנו לך וכו' ואין דבריו נראין אצלי ואדרבה נראה לי דבלשון חיוב אפי' מכרה לשני בסך שקצב לאחר זכה השני משום דמחייב עצמו אינו מכירה אלא שמחויב למוכרו וכל שמכרה לאחר זכה השני עכ"ל. וזה אינו קושיא לענ"ד דכיון דכ' שטר בלשון חיוב שימכרנו לזה ה"ל דין שטר ממש וגוב' ממשעבדי וא"כ ה"נ כי מכרה לאחר טורף מיני' דמשעבדי לי' ודו"ק אמנם דברי הש"ע נראין עיקר דבעי מעכשיו ומשום דלשון חיוב ל"מ בזה כלל והיכא דליכא חיוב באחריות שיהי' החיוב חל על גופו לא הוי דין חיוב וכמ"ש בסי' ר"ג סק"ב בשם מוהרי"ט חלק ח"מ סי' פ"ד ז"ל וכדי שיחול החיוב על גופו צריך שיתחייב מעכשיו באחריות ואם אבדו פורע לו ממקום אחר ואם אין בו חיוב אחריות לפרוע ממקום אחר רק חיוב על הדבר שרוצה ליתן ה"ל קנין דברים וע"ש ה"נ כיון שאין בזה חיוב אחריות לא הוי חיוב כלל ודוק:

סעיף ב

לא מכר מעכשיו. בב"י וברמ"א כתבו הטעם משום דהוי קנין דברים ואסמכתא והב"ח כ' כיון דבלא קנין לא קנה וקנין לא מהני בלא מעכשיו דהדרא סודרא למארי' ע"ש. ונראה דאפי' בכסף ושטר נמי כיון דאינו מקנה מעכשיו ה"ל כאומר לאחר שלשים דיכול לחזור תוך שלשים וכיון שמוכרו לאחר הרי חוזר מראשון ומש"ה בעי מעכשיו:

סימן רז

סעיף א

שזו אסמכתא. הב"ח כ' לישב תנאי בני גד ובני ראובן דהוי אסמכתא ותולה בדעת אחרים והעלה דהא דאסמכת' אינו קונה הוא מדרבנן אבל מדאוריית' קני ע"ש שהביא ראי' מערב. ובש"ך כ' עלה ז"ל ודבריו תמוהין דמ"ש דמדאוריית' קני והביא ראיה מערב דלמא שאני ערב ובהאי הנא' דהימניה וכדאי' בש"ס וגם דבריו בזה הם דברי נביאות עכ"ל. ודברי חכמה המה. וכבר נאמר במרדכי פ' שור שנגח ז"ל ועוד מצאתי לרבינו

נתנאל מקינון דאסמכת' קונה בהקדש דהא אסמכת' קונה מן התורה כדגמרינן מערב מנין לערב מן התורה שנאמר אנכי אערבנו עכ"ל. והא דנחלקו הפוסקים בענין אסמכת' בפ' כל שעה בישראל שהשכין חמצו לנכרי קודם פסח והתנה עמו שאם לא יפדנו יהי' שלו וכן להיפך נכרי לישראל והוא ברא"ש שם ע"ש וכיון דמן התורה אסמכת' קנה ה"ל חמצו של ישראל היינו משום דכיון דכבר אמרו חכמים דלא קנה אזלי' בתר דרבנן וכמ"ש הב"י באה"ע סי' כ"ח בקידש' בחוב ע"י מעמ"ש הוי קידושי תורה:

סעיף ב

אם לא תפרענו עד שלש שנים עמ"ש בסי' ע"ג סק"י:

סעיף ג

מחילה או נתינה בטעות. בפ' א"נ א"ר נחמן השתא דאמור רבנן אסמכת' לא קני' הדרא ארע' והדר' פירי ופריך מהא דאמר ר' נחמן גבי פירות דקל אישמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ומשני התם הלואה הכא זבינא וכתבו תוס' בשם ר"ת הכא הלואה דהלוה לא הקנה בתורת מכר כו' נמצא הוי מחיל' בטעות אבל גבי פירות דקל לאו מחילה בטעות הוא דנהי דיכול לחזור מ"מ אין לו לחזור כי היכי דליקו בהימנות' ע"ש והריב"ש בסי' של"ה הביא שטה אחרת בשם ר"ת וז"ל התם הלואה הוי מתחלה על תנאי אם יפרענו אם לאו ולא מחל שפיר על הפירות אבל במוכר פירות דקל שהוא יודע שמוכר לו אותן פירות ומוחל אותן מדעת אלא שטועה בדין שחושב שממכרו ממכר ואינו כן מחילה בטעות הוי מחילה ע"ש וכן ברא"ש כתבו שם פ' א"נ בשם ר"ת כמ"ש בריב"ש ע"ש ועמ"ש בסי' י"ז סק"ט:

סעיף ד

הנותן ערבון כת' הטור ז"ל שאלה לא"א הרא"ש ז"ל ראובן היה לו פרה והיה ירא לשוחטה שמא תמצא טריפה א"ל שמעון שחוט אותה ואם תמצא טרפה אתן לך בשביל בשרה כך וכך ואם תמצא כשירה כך וכך ונתן שמעון משכון ביד שליש ושחט ראובן את הפרה ונטרפה כו' וראה שמעון הפסד וחזר בו וכו' תשובה יראה לי שמקח זה נעשה בלא קנין כי לא היה כאן אלא דברים בעלמא ויכול שמעון לחזור בו אע"פ שנתן משכון ביד שליש בשביל זה לא נגמר המקח חדא דמעות אינו קונה ועוד אפי' אי הוי מעות קונה נתינת המשכון אינו קונה ע"ש וכת' הב"י ז"ל וקשה לי אמאי לא מתחייב שמעון מדין ערב שהרי על פיו שחטה שאל"כ היה מוכרה בחיים כו' דערב שאני משום דמהימן ליה גמר ומקני אבל הכא לא הימניה שהרי נתן לו משכון ועוד י"ל דהכא לאו בתורת ערבו' נחית אלא דרך מקח וממכר וכיון שלא קנה בדרכי הקני' לאו כלום הוא עכ"ל

ואפשר לו' דהרא"ש לטעמיה דס"ל פ"ק דקידושין גבי תן מנה על הסלע וכן בתן ככר לכלב ואקדש אני לך דאינה מקודשת מדין ערב כיון דלא מטא הנאה לשום אדם אינו דומה לערב ע"ש וכ"כ הר"ן פ"ק דקידושין וע' ברמ"א סי' ש"פ דזרוק מנה לים ואתחייב אני לך י"א דפטור וא"כ ה"נ באומר שחוט ה"ל כמו זרוק מנה לים. שוב ראיתי שכ"כ בחידושי ש"ע מהגאון מהר"ר עוזר ז"ל:

אמנם הא קשיא למה לא יתחייב משום דינא דגרמי כיון שעל פיו שחטו ומ"ש מהא דכ' הרא"ש סוף כלל ק"ד בראובן שהלך לאומן ואמר לו עשה לי כך וכך הלילה ואקחנו למחר והוא עשה אותו דבר ולמחר אמר לו טול הפעולה שאמרת לעשות שאם לא תטלנו תפסיד וראובן אמר כבר לקחתי מאחר והעלה דחייב לפרוע לאומן כל ההפסד משום דיני דגרמי מידי דהוי אהלכו חמרים ולא מצאו תבואה כו' נותן להם שכרם משלם שעל ידם הפסידו מלאכת היום וה"נ ע"פ דיבורו הפסיד ע"ש. וכן בסמ"ע ס"ס ל"ט בראובן שהתנדב להלוות לשמעון וא"ל לך לסופר לכתוב וחזר בו דחייב ראובן לשלם לשמעון פשיטי דספרא שהפסיד ע"פ דיבורו ומשום דיני דגרמי ע"ש וכעין זה שנינו בבכור שנשחט שלא ע"פ מומחה דחייב לשלם ואפשר כיון דרוב בהמות כשרות לא הוי מזיק דסבור שתמצא כשירה וה"ל כמו אונס דפטור אפילו במזיק ממש ואכתי צ"ע:

סעיף ה

אפילו נתן לו משכון על המעות בתשובת הרא"ש כלל ע"ב כ' במי שנתחייב בשחוק אח"כ נתן לו משכון על המעות והחזיר לו המשכון וזקפו עליו במלוה דחייב לשלם ע"ש ובריב"ש סי' של"ה ז"ל שאלת ראובן מכר סחורה לשמעון בששים זהו' שקיבל מידו והתנה לתת לו לחצי שנה ואם יעבור על זה שיתן בעבורה מאה זהו' וקנו מידו וכו' גם מצאתי לרא"ש ז"ל בתשוב' בראובן ששחק באמנה עם שמעון והרויח מנה ואח"כ נתן לו שמעון משכון על מנה זו ואח"כ החזיר לו המשכון זוקף המנה במלוה וכ' הרא"ש ז"ל דחייב לשלם שכבר נסתלקה האסמכת' בשעה שנתן משכון והוקשה לך דהא קי"ל מנה אין כאן משכון אין כאן וכו' תשובה כו' ולא מן השם הוא זה אלא משום דמחילה בטעות הוי מחילה בזביני כדאמרי' גבי מוכר פירות דקל וכו' מכאן למד ר"ת במוכר שט"ח באפי סהדי אע"פ שאין אותיות נקנה אלא בכתיבה ומסירה אי אפיק ממונא מהיאך וגבי ליה לא מצי למיהדר ביה דמחילה בטעות שמי' מחילה וה"נ איכא למימר במי שמתחייב לחבירו מנה באסמכתא ואח"כ פרעו או נתן לו משכון על המנה או אפי' זקף עליו במלוה דהוי כפרעון אע"פ שהי' חושב שיהי' חייב מן הדין ואינו כן הוי מחילה בטעות ושמה מחילה כיון דלא הוי הלואה מתחלה עכ"ל. ובסי' שמ"ב הוסיף שם בזה וז"ל

ומ"ש הרא"ש בשטרי שחוק דאין גובין בהם כלל אפשר לקיים דבריו בשטרי הודאות של שחוק בין שמזכיר בפירוש בשטר שהיה בעד שחוק בין שנכתב סתם כיון שנודע שהיה מחמת שחוק כו' אבל בשטרי הלואה שמחייב עתה בעצמו בהלואה גמורה הרי נתחייב עתה בדבר חדש עכ"ל וע"ש שהאריך ולענ"ד איני מבין דבר דנהי דנימא דהיכא דמחייב עצמו מחדש בשטר או בקנין מהני אבל בעובדא דרא"ש דלא הי' לא קנין ולא שט"ח אלא נתינת המשכון ומה חיוב נוסף במשכון כיון דס"ל לרא"ש דהנותן לחבירו משכון על מנה לא קנה כלל ומשום דמנה אין כאן משכון אין כאן ומשום דאין אדם יכול לשעבד נכסיו עד שיהי' הגוף מתחייב מתחלה דנכסוהי אינון ערבין כמ"ש ברא"ש פ"ק דקידושין וכאן דלא נתחייב גופו משכון נמי ליתיה ומה שזקפן עליו אח"כ במלוה לא הי' אלא דברים בעלמא בלא קנין ובלא שטר גם מ"ש הריב"ש דהיכא שמחייב עצמו עתה בשטר חוב מהני המעיין בתשוב' הרא"ש יראה דאפי' כה"ג נמי ל"מ ע"ש כלל ס"ה סי' ח' וז"ל ראובן הרויח משמעון אלף זהו' בשחוק ואח"כ נתן שמעון לראובן שטר באלף זהו' והקנה לו ועדי הקנין היו קרובים כו' תשובה דע לך אם הוא מודה בקנין חייב לפרוע כו' ובנדון זה שהמעות היה משחוק אם טוען שמעון שבשע' הקנין אמר לו אני מקנה לך לפרוע אלף זהו' שנתחייבתי לך אין הקנין כלום דשחוק דאמנה אסמכת' היא ולא קניא אבל אם אמר לו בסתם אני מקנה לך מנכסי אלף זהו' כו' אם הדבר ידוע ומפורסם שנתחייב לו אלף זהו' של שחוק הקנה לו ואין הקנין כלום אבל אם אין השחוק ידוע ומפורסם אלא ע"פ דברי שמעון והקנה לו בסתם חייב עכ"ל ומבואר דאפי' הי' הקנין בחיוב גמור כל שידוע שהי' עבור חוב השחוק ל"מ אלא דוקא היכא דנוכל לו' ששט"ח לא הי' עבור השחוק ובזה פשיטא דאין הלוה נאמן עבור שחוק או רבית וכיוצא נתתיו לך והנלענ"ד בדברי הרא"ש דלא אתי עלה כלל מטעם מחילה וז"ל הרא"ש בתשובה כלל ע"ב דאפי' אם הרויח שמעון מראובן מעות בשחוק ונתן ראובן לשמעון משכון לפרעון בשביל אותן המעות שהרויח ואח"כ ביקש ראובן לשמעון שיחזיר לו משכונו ויסמוך עליו שיפרע לו המעות ועשה כן שמעון והאמין בו והחזיר לו המשכון חייב ראובן לפרוע לשמעון אע"פ שתחלתה אסמכתא משום דקי"ל אסמכתא קניא ואין בה משום גזילה אלא שאין יכולין להוציא ממנו בב"ד מ"מ אם פרע לו זכה בו ואין בו משום גזל וזה שנתן לו משכון לפרוע זכה בו ואם החזיר לו המשכון ונדר ליתן לו מעות חייב ליתן לו וכבר פקע חוב הראשון שהוא אסמכתא עכ"ל ומבואר דלא אתי עלה כלל משום מחילה בטעות והנראה בכוונת הרא"ש מדכתב דקי"ל אסמכתא קניא והא מבואר בש"ס דאסמכתא לא קניא והלכה מרווחת היא דקי"ל כר' יודא דאמר אסמכתא לא קניא עיין פ' גט פשוט (בבא

בתרא דף קס"ח.) אלא נראה דס"ל לרא"ש דגבי משחק בקוביא הוא דקי"ל אסמכתא קניא ומשום דאינו אסמכתא גמורה וכמ"ש תוס' והרא"ש ס"פ א"נ ומשום דאינו בידו כלל ואין לו על מה לסמוך אלא דמשחק באמנה אין מוציאין מידו וא"כ כל שפרעו אין בו משום אסמכתא כלל כיון דמשחק בקוביא אסמכתא קניא וכ"כ הב"י וא"כ ניחא הא דמהני המשכון ולא אמרי' מנה אין כאן משכון אין כאן דהא טעמא דל"מ משכון משום דגופו לא נתחייב וכיון דמשחק בקוביא אפי' באמנה נמי גמר ומקני ומשום דבעי נמי למיקני אלא שאין הב"ד מוציאין מידו וא"כ גופו שפיר נתחייב אלא שאין מוציאין מידו וכל שגופו נתחייב שפיר מהני ליה שעבוד משכונו בתורת ערב אע"ג דבלא משכון אין מוציאין מידו כיון שנתחייב גופו מדינא ממילא מהני נתינת המשכון וכמ"ש וממילא כשמחזיר לו משכונו הרי כבר נתחייב לו לפורעו זה הנראה לענ"ד בכוונת הרא"ש ולפ"ז היינו דוקא במשחק בקוביא אבל בשאר אסמכתא דלא קניא כלל ולא נתחייב גופו ל"ה משכונו כלל ודוק היטב:

סעיף ו

קנוי לשניהם בני הרבני המופלג מוהר"ר דוד ש"ן הקשה דהיכי קונה הדף כיון דהוא של שניהם ומבואר פ' הספינה דף פ"ד דחצר השותפין אין קונין זה מזה אא"כ מדד ונתן תוך קופתו ע"ש וכן מבואר בתוס' פ"ק דקידושין דף ח' וא"כ היכי קונין זה מזה ע"י חצר של שניהם וכעת צ"ע:

סעיף ז

ומיהו קנין צריך כתב הש"ך וז"ל ולענ"ד דבשידוכין כ"ע מודו דלא בעי קנין וכן משמע להדיא ממ"ש תו' והפוסקים שהוא כדי שיתחייב החוזר בו קנס לדמי הבושת וכו' והוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא וכן הוא להדיא בהגהת מרדכי דמציעא בשם סמ"ג גבי מלמד דאע"פ שלא הקנה חייב בקנס ואפי' מאן דס"ל דמשחק בקוביא דבעי קנין מודה הכא עכ"ל ואינו נראה דודאי דין בושת גמור ליכא גבי שידוכין דבושת אינו חייב עד שיעשה מעשה בגופו וכדאי' פ' החובל (בבא קמא דף צ"א) והמבייש בדברים פטור ומבואר בטור וש"ע סי' ת"ך דאפי' רקק בבגדיו פטור והא דכת' הרא"ש פ' החובל דיותר בושת בדברים מבושת חבלה היינו לענין תקנה וסייג שתקנו לקנסי ע"ש והכא ל"ש תקנה זו דלא תיקנו אלא לבעלי הלשון ומ"ש תוס' והפוסקים שהוא כדי לדמי בושת היינו משום דכבר נתחייב בקנין אלא שהוא אסמכתא וכדי לסלק אסמכתא סגי לה בכל דהו בכדי שיהי' גמר ומקני וכן גבי אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא נמי אין בו משום חיוב דלא הוי אלא מניעת ריוח ואינו חייב בזה אבל אם מתחייב עצמו בכך מהני לסלק

אסמכתא כיון שהפסיד על ידו ולכן גמר ומקני וכן כתבו תוס' כה"ג בפ' האומנין ובפ' שבועות העדות גבי אבד קתא אבד אלפא זוזי דמיירי במפרש ולא הוי אסמכתא כיון שחבירו הפסיד על ידו ע"ש ואע"ג דמזיק אינו חייב אלא בכדי שויו אלא כיון דעכ"פ הפסיד לחבירו גמר ומקני בכל חיובו והתם אינו צריך קנין לכך דמחילה א"צ קנין וא"כ אינו אלא לסלק אסמכתא ואע"ג דכת' מוהרי"ק בסי' כ"ט ז"ל אפילו לא עבדי קנס אפ"ה קרוב הוא בעיני דחייב לשלם דמי בושת ע"ש. לא כתבו בלשון ברור וכבר כתבנו דמדינא ודאי אין בו משום בושת דאינו אלא כשעושה מעשה בגופו. ומ"ש הש"ך ראיה מדברי המרדכי וכ"כ בסי' של"ג דמדברי המרדכי והתו' פ' א"נ והגהת אשר"י ואגודה והגהת מיימוני דבמלמד ושידוכין כ"ע מודו דלא בעי קנין וכדמוכח מכל הפוסקים דמדמי לאם אוביד ולא אעביד אשלם במיטבא ע"ש. ונראה מדבריו דגבי אוביר נמי בלא קנין הוא וליתיה דהתם כשכותב לו כן בשטר הרי הוא כמו קנין דיכול לחייב עצמו בשטר אע"פ שאינו חייב אפילו לא נכתב נמי אם הוא במקום שנהגו לכתוב ובנימוקי יוסף פ' המקבל כת' דל"מ תנאה דאם אוביר ולא אעביד אלא דוקא בקרקע ומשום תנאי ב"ד ע"ש ומבואר דאין חיוב גבי אוביר אלא דוקא בשטר או בתנאי ב"ד וא"כ גבי שידוכין דליכא תנאי ב"ד ודאי בעינן קנין או שטר. ומ"ש הפוסקים במלמד נראה דמיירי דהתחיל במלאכ' דה"ל קנין בשכיר ומהני תנאי בדברים דכל ענין שכירות לא בעי קנין:

סעיף ח

תזכה בכך וכך ממון. כ' בבית שמואל באה"ע סי' נ' ס"ק כ"ב ז"ל צריך שיאמר אם אחזור תזכה הטעם משום כל שאינו מחויב מצד הדין אינו משועבד דקי"ל מנה אין כאן משכון אין כאן ודין זה כת' הטור והקשה הב"י דהא כת' הטור בשם ר"י והרא"ש דאין בשידוכין משום אסמכתא מפני הבוש' ותי' מוהרש"ל שאני הכא כיון שמגלה דעתו שאינו סומך על הקנס אלא רוצה למשכון ומשכון אין כאן אם לא אמר תזכה בגוף החפץ. ובט"ז כ' בשידוכין איכ' תרתי לרעותא אחד משום אסמכתא והשנית משום מנה אין כאן משכון אין כאן ובושת אע"ג דמסלק אסמכתא מ"מ המשכון אינו קונה אם רוצה לגבות מן המשכון לכן צ"ל תזכה בגוף המשכון ואם לא אמר תזכה בגוף המשכון אע"ג דהחוזר חייב ליתן לו הקנס מפני הבוש' מ"מ אין לו קנין במשכון עכ"ל ולכאורה קשה בדברי הט"ז דהא טעמא דמשכון אין כאן כתב הרא"ש משום דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין וכל זמן דלא נתחייב גופא ליכא ערב ע"ש פ"ק דקידושין וכיון דכאן נתחייב מחמת הבושת א"כ שפיר זוכה במשכון ואמאי אינו גובה מן המשכון אפי' לא אמר זכה בגוף המשכון. ונראה לישב כיון דהבוש' אינו חייב אלא אח"כ כשיחזור בו ומש"ה לא מצי

לשעבד למשכונו לחיוב שיתחייב אח"כ דה"ל דבר שלא בא לעולם אבל כשאומר זכה בגוף המשכון הוי הזכיה מעכשיו והא דמתנה כשיחזור בו אינו אלא כמו תנאי בעלמא וכמו ע"מ כשירדו גשמים. וכעין זה מבואר מדברי תו' ר"פ נערה ע"ש שהקשו דהיכי מהני יחוד כלי לקנסו הא קנס הוי דשלבל"ע עד העמדה בדין ע"ש ומשום דמשכון אינו משועבד עד שיתחייב גופו ולא מצי לשעבד משכונו לחיוב שיתחייב אח"כ דהוי ליה דשלבל"ע ועיין מה שכתבתי בסי' ק"ד סקי"א והא דהקשו בתוס' היכי מהני יחוד כלי כו' ולא מתרצה שמזכה לו בגוף המשכון מעכשיו דלזה לא בעי חיוב הגוף ובתנאי כשיתחייב הקנס דכה"ג לא הוי דבר שלבל"ע וכמ"ש כיון דמצי ליתן לו עכשיו בלא תנאי ולא הוי דשלבל"ע מחמת תנאי היינו משום דבתוספות שם הקשו דס"ל משיכה קונה א"כ אחר נתינה ואחר העמדה בדין היכי הוי קנס ואמאי ס"ל לרבי שמעון שם דהוי קנס ותירצו דמיירי שנתנו לו למשכון ע"ש ומש"ה שפיר מקשי דה"ל דשלבל"ע כיון דאינו יכול עתה לשעבד משכונו כיון דאינו חייב ומנה אין כאן ולחיוב שיתחייב אח"כ ה"ל דשלבל"ע ומי איכ' מידי דהשתא לא קני כו' כדאית' בפ' אף ע"פ דף כ"ט ע"ש ובספר בני יעקב דאיתי שכ' להקשות בדברי התוס' הנז' לפמ"ש הר"ן ס"פ אלו נערות על מה שנחלקו בירושלמי אם מפותה יכולה למחול בקנס כו' ואיכ' מאן דס"ל דיכולה למחול וכ' דנקטינן כמ"ד דיכולה למחול משום דבשעת ביאה הוא מתחייב אלא דאינו זוכה בו עד שיעמוד בדין גם התוס' פ' א"נ כתבו דגמרא דילן ס"ל דיכולה למחול וא"כ מאי הקשו דה"ל דשבל"ע הרי החיוב הוא מעכשיו אלא שאינו זוכה בו מעכשיו אלא לכשיעמוד בדין ושפיר יכול ליתן לה הכלי כי היכי דיכול' למחול וכעת צ"ע עכ"ל ואינו קושיא כלל דהתם ר"פ א"נ כת' הר"ן משום שנתרצית בשעת ביאה היאך יתחייב והרי הוא כאומר קרע שראין שלי והפטר ואע"פ שאינו זוכה בקנס עד שעת העמדה בדין מ"מ בשעת ביאה הוא מתחייב עכ"ל והיינו כיון דעיקר החיוב הוא על שעת ביאה וכשנתרצית לביאה וליכא חיוב דמדעתה עבד ממילא ליכא קנס בשעת העמדה בדין ועמ"ש בסי' רמ"ו סק"ד אבל להקנותו לאחר ודאי ל"מ ומשום דה"ל דשלבל"ע עד העמדה בדין ולפמ"ש הר"ן שם בשם הרמב"ן דהוא מטעם סילוק וכשם שאדם מתנה בארוסה שלא ירשנה ע"ש פשיטא שאין יכול להקנותו וכמ"ש. אמנם לפמ"ש בסק"ז דליכא דין קנס בשידוכין אם לא הי' קנין א"כ הקושיא מעיקרא ליתי' דאם לא אמר תזכה בגוף המשכון א"כ מנה אין כאן דליכא דין חיוב כלל ומשכון אין כאן וכ"כ בחלקת מחוקק שם אלא דהמעיין בדברי ב"י יראה דקשיא לי' קושיא אחרת וז"ל שם ויש לתמוה על מ"ש וצריך להקנות לו בסודר דלא כאסמכתא בב"ד חשוב וכו' שהרי הוא ז"ל פסק דקנסות של שידוכין לא

הוי אסמכתא וצ"ע עכ"ל הרי דלא קשי' לי' אלא למה צריך ב"ד חשוב אבל בגוף הקנין בצריך לא קשיא ליה ומשום דקנין ודאי צריך וכמ"ש בסק"ז וא"כ הט"ז והחלקת מחוקק לא תירצו כלום על מה שהקשה הב"י. ובש"ע שם השמיט הך דצריך ב"ד חשוב ולא כת' אלא דצריך שיאמר תזכה בגוף המשכון ומיירי בלא קנין וכמ"ש בח"מ שם אבל אם קנו מידו להתחייב בקנס וגם נתן לו משכון מהני ליה המשכון כיון דקנין מהני בשידוכין ואין בו משום אסמכתא וכיון שנתחייב גופו מנה יש כאן וגם משכון ואע"ג דאסמכתא הוי גמר ומקני משום בושת שגורם לו ואע"ג דהבושת אח"כ מ"מ כיון דגורם לו בשת גמר ומקני מעכשיו דכל קנין מעכשיו הוא ועיינתי בלשון הט"ז שם וז"ל ועל השנית דמנה אין כאן משכון אין כאן טעמא דבושתו דהא אין לו מנה מצדו דהחיוב שלו אינו כלום אלא דחכמים קנסוהו והפקיעו ממנו ככל דיני בושת וא"כ ודאי מנה אין כאן דדוקא אם יש לו ממון מצד שהוא חייב על זה משעבד לו המשכון משא"כ כאן דאין לו ממון מצד החיוב אלא מצד הקנס עכ"ל ומזה נרא' שבא לישב קושיות הב"י הנז' ודבריו לא הבנתי דודאי היכא דליכא קנין גם חכמים לא קנסוהו וכמ"ש בסק"ז ואם קנו מידו מתחייב מדינא כיון דבושת מסלק אסמכתא ואינו קרוי אסמכת' אלא היכא דגזים אבל היכא דגורם לחבירו איזה היזק שבא מצדו תו לא מיקרי גזים וגמר ומקני וא"כ הוי חיוב ממש כמו שאר חוב וזה פשוט:

סעיף ט

נדר ושבועה ותקיעת כף. וכ' הריב"ש בתשובה סי' של"ה דכל מחויב שבועה אין בניו צריכין לקיימו וכ"כ הרמ"א בסי' ר"ט סעיף ד' וראוי לספק בנדר ושבועה ומת המקבל אם צריך ליתן לבניו מי נימא כיון דשבועה אינו עושה קנין א"כ אינו חיוב אלא למקבל גופי' ולא לבניו או שמחויב לקיים שבועתו וליתן לבניו. והנה מדברי המרדכי נראה דכה"ג נמי מחויב לקיים שבועתו וליתן לבני המקבל ע"ש ר"פ אע"פ וז"ל ובס' ראבי' סי' תקצ"ב כ' מעשה בא' שנדר מעות להשיא יתומה אחת כו' ונפטרה היתומה ותבעוהו יורשי' ופטרו הר"ר חיים כהן ז"ל והביא ראיה מפ' אע"פ שלא כת' לה אלא ע"מ כו' כ"ש הכא דלכ"ע לא יתן שלא כת' ולא נדר לה אלא ע"מ להשיאה ולראבי' נראה כיון דאמר בירושלמי כו' אבל בעני נעשה נדר וזכו בו היורשין מדתני שלהי נגמר הדין מותר המת ליורשיו וע"כ לא פליגי ר' מאיר ור' נתן אלא בתפיסה דאיסורי הנאה הא לאו הכי לכ"ע ליורשיו אלמא אע"ג שלא נתנו הנותנים וגם הגובים לא גבו לצורך היורשים ולהאי דפ' אע"פ לאו כל האומדנות שוות עכ"ל. והרי מבואר דאפי' בנדר שאינו קנין אפ"ה צריך לקיים נדרו וליתן ליורשיו כשמת המקבל ואפי' הר"ר חיים דפוטרו אינו אלא משום אומדנא ומשום

דאמר ע"מ להשיאה ומדמה לה להאי דפ' אע"פ שלא כת' אלא ע"מ לכונסה. ובשלטי גבורים ר"פ אע"פ כ' ז"ל ורבינו יצחק מווינא הולך בשטת רבינו חיים כהן דאין ליורשיו בהם כלום דאומדן דעתי' גדול הוא שזה לא הפריש מעותיו אלא לצורך מצוה אבל לא לדבר הרשות שיאכלום היורשין ויעשו בהם צרכיהם והאי דירושלמי שהביא ראבי' אבל בעני נעשה נדר לאו ראי' הוא דודאי נדר הוא ולא מצי הדר ביה שלא ליתנו לאותו עני שנדר לו אבל אם מת העני קודם שנתן לו אין לבאים מכחו כלום עכ"ל ומזה נרא' דאפי' היכא דלא אמר ע"מ להשיאה אלא נודר לעני סתם נמי אין לבאי כחו כלום ויש לחלק דהיינו דוקא בנודר לעני דאינו אלא משום בפיך זו צדקה ואם העשיר אח"כ נמי נראה דאין צריך לקיים נדרו ומכ"ש אם באי כחו עשירים וזה שכ' שלא להפריש אלא לצורך מצוה אבל לא לדבר הרשות שיאכלום היורשים ויעשו בהם צרכיהם ואפשר אפי' יורשין נמי עניים נמי אינו צריך לקיים נדרו אלא לעני שנדר אבל שבועה שהוא מחויב בין לעניים בין לעשירים נראה דלכ"ע צריך לקיים שביעתו לבאי כחו וראיה ברורה נראה מהא דאי' פ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ג) דבכור נוטל פי שנים ממתנות אביהם אע"פ שלא גבה ומוקי לה שם במכירי כהונה וכתבו שם תוס' בכל דוכתי עביד מכירי כהונה מוחזק בפ' כל הגט דף צ' והיינו טעמא משום דזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפי' בדברים בעלמ' ואע"פ שאם רצה לחזור בו יכול מ"מ כל כמה דלא הדר ביה הוי כמוחזק ע"כ וכיון דאפי' במכירי כהונה שאינו אלא מדין מתנה אסור לו לחזור וצריך ליתן לבניו ואע"ג דמכירי כהונה אינו עושה קנין א"כ מכ"ש שבועה דודאי חמירא לענין איסור לחזור דצריך ליתן לבניו ודוק ועמ"ש בסי' ער"ח ס"ק ט"ו:

סעיף י

אם כת' בשטר שקיבל עליו בח"ח. ונראה דאם כתבו אחר וזה חתם עליו ועדים מעידים עליו שלא קראו כלל ולא ידע שנכת' שם שבועה וחרם דאין בזה משום שבועה ולא דמי להאי דסי' מ"ה סעיף ג' הודאה בחתם ידו והדבר ברור שאינו יודע לקרות ועדים העידו שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב הוא ככל הכתוב ע"ש התם בין אדם לחבירו הוא מדין נאמנות שהאמין לסופר וכמו בשליש נאמן שהבעל האמין לשליש שיהי' לגירושין כשיאמר לגירושין וה"נ בהאמין לסופר אבל שבועה וחרם דאינו עושה קנין ואינו אלא איסור וממיל' ב"ד כופין להפרישו מאיסור' וכל שידוע לב"ד שאין בו איסור אין בו כפי' דהא בשליש נמי היכא דעדים לפנינו ואומרים לפקדון אינו נאמן ודוקא היכא שאין העדים לפנינו הוא דאינו נאמן בעל לו' סמכתי על עדים דזמנין דמייתי עדים ואזלי למד"ה וכמ"ש תוס' פ' התקבל והרשב"א והמרדכי שם ואמרי' הימני' כשיאמר שליש

לגירושין ולא יהיו עדים מכחישין אותו אבל הכא דאינו אלא בינו לשמים ועד בשחק שלא נשבע מעולם והגע בעצמך נמצא כתוב שאוסר עליו פירות וזה חתם עד שלא קראו דודאי אין בזה שום חשש איסור ואינו ענין להך דסי' מ"ו דנאמנות ל"ש אלא במה שבינו לחבירו ולא במה שבינו לשמים וזה פשוט. אלא שראיתי בשו"ת נ"ב חלק ח"מ סי' ל' שכ' בפשיטות ז"ל אבל במה שחתם הבע"ד בעצמו כיון שחותם הוא מתרצה להודות בכל מ"ש בשטר והרי בידו לחייב עצמו ואף אם נכתב השטר בלשון שאינו מבין ואף אם לא קראו כלל וממילא נתחייב בכל מ"ש ואף בכל הדקדוקים שיש לדקדק בלשון השטר כמו שנתבאר בח"מ סי' מ"ה סעיף ג' שוב אין לו שום טענה שסמך על הסופר דלא כדברי הרב מפרעשא שעשה עצמו כאלו לא ידע בדברי הש"ע במקומות הנ"ל ושארי ליה מארי' עכ"ל. ולענ"ד נראה כמ"ש דבשבועה וחרם כל שידוע שלא קראו ל"ש בזה דין נאמנות אלא דאי נימא דח"ח ושד"א מסלק אסמכת' כמו ב"ד חשוב ועושה קנין א"כ אפילו לא קראו יש בו משום נאמנות אבל אי נימא דאינו עושה קנין ועיין ש"ך ודאי אין בו דין נאמנות ומכ"ש בדבר שלא בא לעולם וכן בדבר שאינו ברשותו דאינו נתפס בו קנין ואינו אלא משום איסור שבו וכיון דידוע שלא קראו אין שם איסור וע"ש נדון תשובה הנז' דהיה בדבר שאינו קנין:

סימן רח

סעיף א

מקח שנעשה באיסור. הקשו בזה לפוסקים דל"מ ממקח הנעשה בשבת דמהני ובש"ך מחלק משום דהנך דתמורה אי אפשר לעשות הקנין אלא באיסור משא"כ מקח הנעשה בשבת דאפשר לעשותו בהיתר ע"ש ואינו עולה לפ"ז הא דפריך שם פ"ק דתמורה והרי הקדים תרומה לבכורים דרחמנ' אמר מלאתך ודמעך לא תאחר ותנן המקדים אע"פ שהוא בלא תעשה מה שעשוי עשוי והתם נמי מצי עבד בהיתרא דהיינו לעשות התרומה אחר הביכורים. והסמ"ע כת' ז"ל אלא אי קשיא הא קשיא דשם בתמורה דף ו' מוכח מהגמ' דע"כ לא אמר רבא אי עביד ל"מ אנא באיסור הקדום אבל לא באיסור דבדה הוא בעצמו וכמ"ש תוס' דקאמר בגמ' והשתא שנינן כל הני שינוייא אביי ורבא במאי פליגי וז"ל וא"ת נימא דפליגי בהכי כגון אדם שנשבע שלא לגרש אשתו ועבר וגירשה דלאביי מהני ולרבא ל"מ גירושין כיון דעבר אמימר' דרחמנא וי"ל כיון שאין האיסור כמו לא יוכל לשלחה אלא שהוא בדה את האיסור בכה"ג לא אמר רבא דל"מ עכ"ל כו' אחר כתבי זה מצאתי שגם הרשד"ם השיג על המרדכי בזה בתשובתו עכ"ל. והרמ"א בי"ד סי' ר"ל

פסק כדברי המרדכי בנשבע שלא למכור דל"מ ולכן נראה לענ"ד בכוונת תוס' דלכאורה יקשה מ"ש בודה כיון דסוף סוף אמר רחמנ' לא תעביד ויראה דאמרו שם בסוגי' דף ה' מיתבי אונס שגירש אם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה ואי אמרת כיון דעבר אמימר' דרחמנא לקי הא נמי לילקי שאני התם דאמר קרא כל ימיו כו' וכתבו שם תוס' ז"ל וס"ד השתא הא דאינו לוקה לאו מטעם ניתק לעשה אלא משום דל"מ גירושין דהא צריך להחזירה ואי אמרת כיון דעבר אמימר' דרחמנא לקי האי נמי לילקי וכו' וא"ת כיון דל"מ גירושין לחייב הבא עליה משום אשת איש אפי' קודם חזרה וכהן נמי אמאי לוקה ואינו מחזיר הוי לן למימר דלא חל גט כלל וי"א דאתקש גירושין למיתה כדאמר פ"ק דקידושין אתקש מיתה לגירושין ה"נ איתקש גירושין למיתה מה מיתה מוציאה מרשות הבעל אף גירושין וכו' ומיהו להכי ל"מ שאין שילוח זה לכל ימיו שהרי הוא צריך להחזירה ולא אסיק אדעתיה עתה דכל ימיו הוי ניתק לעשה וכו' ומש"ה פריך לרבא כיון דל"מ לילקי ע"ש ומשני דכתי' כל ימיו ופי' תוס' דגלי קרא בהדי' להיות ניתק לעשה וע"ש בסוגי' והמתבאר מסוגיא שם ומדברי תוס' דאפי' לרבא דאמר אי עבד ל"מ אבל גירושין אפי' באיסור ודאי מהני ומשום דאתקש גירושין למיתה מה מיתה מוציאה מרשות הבעל ה"נ גירושין אלא דלרבא דאמר אי עבד ל"מ נהי דמוציאה מרשות בעל אבל צריך הוא להחזירה ולענין זה הוא דל"מ כל שגירש בעבירה ולאביי דאמר אי עבד מהני אינו צריך להחזירה אלא דוקא באונס ומשום דגלי קרא דכתי' כל ימיו בעמוד והחזר קאי ע"ש וא"כ הא דהקשו תוס' נימא דפליגי בנשבע שלא לגרש כו' ודאי אפי' לרבא גירושין הוי דאתקש למיתה וע"כ הנפק' מיניה היינו בנשבע שלא לגרש דלרבא כיון שעשה בעבירה אי עביד ל"מ וצריך להחזירה וכמו בהך דלא יוכל שלחה כל ימיו. ולפי שלא הוקשה להם אלא מנשבע שלא לגרש דהוא דומה להנך דמייתי מאונס שגירש אבל ודאי איכ' עוד כמה נ"מ וכמ"ש הפוסקים לזה תירצו כיון שאין האיסור כמו לא יוכל לשלחה אלא שהוא בדה האיסור בכה"ג לא אמר רבא דל"מ והיינו דלא אמרינן בשבועה אי עביד ל"מ שיצטרך להחזירה דבאיסור שבדה כל שעבר על שבועתו תו ליכ' איסור כלל וכמו בנשבע לאכול ככר ביום פ' ועבר אותו היום תו לא מחייב בשבועתו ודוקא גבי איסור תורה נמשך האיסור גם אח"כ וצריך הוא להחזירה אע"ג דהגט כבר חייל אבל גבי איסור שבדה כיון דע"כ הגט מהני תו ל"ש בזה אי עביד ל"מ שיצטרך להחזירה. ובזה מדוקדק לשון התוס' שכתבו כיון שאין האיסור כמו לא יוכל לשלחה והא כמה איסורין חשיב שם בגמ' לרבא ולא הי' צריך התוס' למימר. אלא כיון שאינו איסור כמו הנך איסורין דבגמ' אלא הוא בדה מלבו ולפמ"ש ניחא דהתוס' לא מחלקו בין איסור תורה לאיסור

שבדה אלא לענין חזרה. ולפ"ז בנשבע שלא למכור דאמרי' אי עביד ל"מ דהמעשה בטל גם באיסור שבדה רחמנ' אמר לא תעביד ול"מ ודוק:

סימן רט

סעיף א

אפי' היתה הפרה או השפחה מעוברת. והרמב"ם כ' בפ"ז מאישות ז"ל האומר לחבירו אם תלד אשתך נקבה תהא מקודשת לי אינה כלום ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר הבת מקודשת עכ"ל. ונר' מדבריו דס"ל דעובר ה"ל דבר שבא לעולם וראיה לדבריו נראה מהא דאי' פ' יוצא דופן (נדה דף מ"א) שם דאתנן חל על עובר קדשים וכמ"ד וולדות קדשים בהוייתן הן קדושים ע"ש פי' רש"י והיכי חייל הא לא זכתה בדבר שלא בא לעולם ושם ליכא למימר דנתן לה הפרה לעוברה כיון דמיירי בבהמת קדשים וא"כ גוף הפרה אינו שלו ולדעת הטור וש"ע דס"ל עובר ה"ל דבר שלא בא לעולם אפשר לישב כיון דהתם הסוגי' אליביה דר' יוסי הגלילי דס"ל קדשים קלים ממון בעלים וע"ש פ' רש"י דמה"ט חייל מוקצה ונעבד אלא דאתנן לא חייל בבהמת קדשים משום דממעט לה בפ' מי שהיה טמא דף צ' לכל נדר פרט לנדור שאין אתנן חל עליהן ומש"ה לא חייל אלא בוולדות קדשים וכמ"ד בהווייתן קדושים אבל פרה לעובדה שפיר זכת' בעובר וכיון דזכתה בעובר ממיל' חייל האתנן על העובר:

אמנם בתמורה דף כ"ד תנן כיצד מערימין על הבכור מבכרת שהיתה מעוברת אומר מה שבמעי' של זו אם זכר עולה ע"ש ומבואר דה"ל בא לעולם דהא כשם שאין אדם מקנה דשלבל"ע כך אין אדם מקדיש וליכ' למימר פרה לעוברה דהתם בגמ' מוקי לה שם הא דתנן נקבה זבחי שלמים דאתאן לבהמה דהקדש ע"ש ובזה ל"ש פרה לעובר כיון דאם כבר קדושה ומיהו לפמ"ש הב"י בי"ד סי' רל"ב גבי קונמות דקדושת הגוף שפיר חייל בדבר שלבל"ע ניחא אלא דבתמור' משמע דאפי' בקדושת דמים חייל קדושת עובר ע"ש דף י' אתמר בר פדא אמר אין קדושה חייל על העוברין ור' יוחנן אמר קדושה חלה על העוברין איתביה ר' ירמיה כיצד מערימין על הבכור אומר מה שבמעי' של זו עולה כו' א"ל כי מתני האי בקדושת דמים וכן בתוס' שם דף י' הקשו לבר פדא מהא דתנן תמורה דף כ"ה היא שלמים וולדה עול' ותירצו דמיירי בקדוש' דמים ומבואר דאפילו בקדוש' דמים חייל קדושת עובר ואע"ג דבקדוש' דמים ודאי אין אדם מקדיש דשלבל"ע. ובכל הנך לא מצינו לומר פרה לעוברה וכמ"ש כיון דמיירי שהפרה קדושה כבר וכן מוכח מהא דאי' בתמורה דף כ"א אמר ר' יוחנן הפריש חטאת מעוברת וילדה רצה בה מתכפר

רצה בולדה מתכפר מ"ט קסבר ר' יוחנן שיירו משוייר ומשמע דשיירו משוייר היינו דהוי חולין גמורין ע"ש בהא דתנן השוחט את החטאת ומצא בה ולד דנאכל לכל אדם דמוקי לה כמ"ד שיירו משוייר והוי חולין ואיך שיורו משוייר הא כשם שאין אדם מקנה דשלבל"ע כך אין אדם משייר והתם נמי אין לומר פרה לעוברה שייר דהא לא אמרו שם אלא משום דס"ל עובר לאו ירך אמו ומשמע דהשיור הוא בעובר ובשבת דף קל"ה אמר רבא בשלמ' לר' חמא משכחת יליד בית נימול לאחד יליד בית נימול לשמונה מקנת כסף נימול לא' כו' מקנת כסף נימול לשמונה כגון שלקח שפחה מעוברת והטבילה ואח"כ ילדה מקנת כסף נימול לא' כגון שלקח זה שפחה וזה עוברה אלא לת"ק בשלמ' כולהו משכחת לה אלא יליד בית שנימול לא' היכי משכחת לה אמר ר' ירמיה בלוקח שפחה לעוברה ופריך הניחא למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף אלא למ"ד קנין פירות כקנין הגוף מאי איכא למימר ומשמע דלר' חמא ניחא אפי' למ"ד קנין פירות כקנין הגוף הא זה שפחה וזה עוברה לא משכחת דעובר ה"ל דשלבל"ע עד דמזבין שפחה לעוברה ותיקשי נמי לדידיה למ"ד קנין פירות וכו' ואפשר לישב לפמ"ש הריב"ש בתשובה סי' שכ"ח דקודם מתן תורה דבשלבל"ע נמי נקנה ע"ש וא"כ ניחא יליד בית דכתיב גבי אברהם והוא קודם מתן תורה ועובר שפיר נקנה. וע"ש בתוס' ד"ה כגון שלקח זה שפחה וזה עוברה שכתבו שם ז"ל דניחא ליה לאוקמי קודם מתן תורה כיון דכתיב בפ' לך לך וכו' ולפמ"ש ע"כ קודם מתן תורה איירי ובלחם משנה פ"ד מאישות הקשה לדברי הרמב"ם מהא דכ' בפ' כ"ב מהל' מכירה המזכה לעובר לא קנה ע"ש שהניח בקושי'. ולפענ"ד נראה דהא דמזכ' לעובר לא קני לאו משום דשלבל"ע אתינן עלה אלא משום דאינו בר זכיה עד שיולד וכן מצאתי כדברינו בחידושי הרמב"ן פ' הספינה דהקשה דרב נחמן אדרב נחמן דגבי דשלבל"ע ס"ל דלא קנה אפילו אומר לכשיהיה בעולם ובעובר ס"ל באומר לכשתלד קנה וז"ל אלא רב נחמן לא חשיב עובר כמי שלא בא לעולם אלא דבר שבא לעולם הוא במקצת אלא שמעכשיו אין לו יד לזכות ואין זכין לו ולכשתלד זכין לו מידי דהוי כירוש' דירית וכו'. תדע דהא לדידן נמי קי"ל בבנו קני עובר הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בני ואלו לנולדים שלא נתעברה מהם לא קני לעולם אלמא דאין דין עובר כמי שלא בא לעולם כלל עכ"ל וא"כ היינו דוקא לענין זכיה הוא דל"מ עובר אבל לשאר מילי ה"ל בא לעולם ואיתיה בקנין והא דאין לו זכיה היינו משום דלענין זכיה כבהמה הוי אבל בעולם מיהא איתיה ומהני ליה בקנין וכן בקידושין לענין עובר ודו"ק ובספר בני יעקב ראיתי שכ' וז"ל וגבי עובר דלא קנה מפורש בירושלמי וכו' וכ' הרמב"ם בפ' כ"ג מהל' מכירה והטור בסי' הנז' דאפי' אם הבהמה מעוברת או השפחה לא קנה

אע"ג דגבי קידושין ס"ל להרמב"ם דבהוכר עוברה מקודשת מ"מ גבי מכר ס"ל דאפי' הוכר עוברה לא קנה שהרי סתם דבריו ואם אי' ה"ל לפרש דאם הוכר עוברה קנה כו' ע"ש ותמהני בדבריו שכ' בשם הרמב"ם פ' כ"ג מדין הוכר עובר ולא הוזכר שם כלל מדין מוכר עובר פרתו ושפחתו ולא כתב שם אלא מדין המזכה לעובר דלא קנה וז"ל כשם שאין אדם מקנה דשלבל"ע כך אין אדם מקנה לדבר שלבל"ע ואפי' עובר הרי הוא כמו שלא בא לעולם והמזכה לעובר לא קנה עכ"ל ולא כתבו אלא לענין זכיה ה"ל כמי שלא בא לעולם אבל למוכרו נראה דס"ל דיכול כמ"ש לענין קידושין דהוכר עוברה מקודשת:

סעיף ב

אם חנטו הפירות מיקרי בא לעולם. והוא מדברי רש"י פ' א"נ (דף ס"ו) שם רב הונא ורב נחמן פליגי במוכר פירות דקל עד שלא בא לעולם דאמר רב הונא עד שלא בא לעולם יכול לחזור בו משבאו לעולם אינו יכול לחזור ורב נחמן אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור וכ' שם רש"י ז"ל מוכר פירות דקל עד שלא חנטו פירותיו עכ"ל ובס' בני יעקב (דף סו) האריך להקשות בזה מהא דאמרי' פ' האומר על מתני' דאם ילדה אשתך נקיבה תהא מקודשת לי לא אמר כלום אמר ר' חנינא ל"ש אלא שאין אשתו מעוברת כו' ומייתי נמי הא דתני' יתר ע"כ אמר ר"א בן יעקב היה לו פירות מחוברים ואמר פירות אלו יהיו תרומה על אלו לכשיביאו שליש כו' אמר רבה ל"ש אלא בשחת אבל באגם לא ורב יוסף אמר אפי' באגם כמאן אזלא הא דתניא אם ילדה אשתך נקיבה כו' אי כרבה כשהוכר עוברה אי כרב יוסף אף על פי שלא הוכר עוברה כו' והרמב"ם פ"ד מאישות פסק דאם הוכר עוברה מקודשת והר"ן חולק ומשום דקי"ל כרבנן דסברי אפי' הוכר עברה וכן דעת הראב"ד כו' ואף הרב בעל המפה עצמו שם באה"ע סי' מ' כת' מחלוקת בזה ריש סוברים דאינה מקודשת ואיך כת' כאן לדבר פשוט דאם חנטו הפירות הוי דבר שבא לעולם כו' וכיון שכן יש להפלא הפלא ופלא על הרב בעל המפה וכו' ומעתה חל עלינו חובת ביאור לישב דברי רש"י שסובר דמהני חנטת פירות וכו'. והנה דברי רש"י אפשר לישב לפמ"ש בחידושי הרשב"א בקידושין פ' האומר בהא דאמר רבי לא תסגיר עבד אל אדוניו בכותב לו לכשאקחך תהא קנוי לך מעכשיו והקשו דלמה לי מעכשיו כיון דס"ל כר' מאיר דאדם מקנה דשלבל"ע ולר' מאיר גבי אחר שתתגייר לא אמר מעכשיו וכת' שם לענין חזרה וז"ל ודרב הונא דהמוכר פירות דקל בקנין כסף קאמר כללא דמלתא דשלבל"ע לר' מאיר כדבר שבא לעולם לרבנן כל שבזה לא קנה לרבנן בזה לא קנה לר' מאיר וכל שבזה קנה לרבנן בזה קנה לר' מאיר והלכך אי אמר ליה מעכשיו ורוצה לחזור בו אינו חוזר ומיד שקנאו נשתחרר ואע"פ שנקרע הגט או נשרף כעין דבשב"ל לרבנן כו'

דרב הונא דאמר יכול לחזור בדלא א"ל מעכשיו ואפ"ה משבאו לעולם אינו יכול לחזור דבקנין כסף מיירי ורואין את הכסף כאלו הוא בעין וכו' ע"ש וכיון דפלוגתא דרב הונא ורב נחמן ע"כ בדלא אמר מעכשיו דאי במעכשיו אינו יכול לחזור וכיון דלא א"ל מעכשיו ורוצה שנקנה לאחר שבאו לעולם ה"ל כאומר לכשתלד דלרב נחמן מהני כדאי' בר"פ מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ב) גבי מזכה לעובר דש"ל לר"נ לכשתלד קנה וכ' שם הרשב"ם משום דעובר חשיב מקצת בא לעולם ולכך ס"ל לכשתלד מהני וע"ש ולר"נ ה"ה במוכר עובר מהני לכשתלד כיון דחשיב ליה מקצת בא לעולם וכמו שכת' בתה"ד סי' ע"ר. ומש"ה פי' רש"י דמיירי שלא חנטו הפירות דאי חנטו הפירות מיקרי בא לעולם קצת כמו הוכר עוברה וכדמוכח בקידושין (דף ס"ב) דדמו להדדי ומש"ה מפרש לה קודם שחנטו דבזה אפי' לר"נ ל"מ לכשיהיה בעולם אם לא שבא לעולם קצת כמו עובר. אמנם נראה דברי הרמ"א נכונים והוא דשאני עובר מחלטו פירות וכמו שמחלק בסמ"ע משום דעובר מכסיא וחנטו פירות מגליין ומה שתמה בני יעקב שם מסוגיות הש"ס בקידושין דמדמה לה אהדדי עובר לפירות מחוברין קודם שהביאו שליש ע"ש:

לענ"ד נראה כדברי הסמ"ע והוא דבע"כ צריך לחלק בין חנטו פירו' לעובר והוא דבחנטו פירו' ודאי לכ"ע אי' במכירה אותה חנטה למישקל וליזל הלוקח בהו כיון דאיתנהו בעולם אלא דנוכל לו' דאינו מועיל למה שגדל אח"כ כיון דאינו אומר לו דקל לפירות וה"ל המותר מה שגזל אח"כ מגוף האילן של המוכר וכמו הא דאמרי' בגמ' דף קל"ט פרק י"נ גבי מת האב והניח פירות מחוברין ע"ש ובש"ע סי' רנ"ז וה"נ המוכר נותן ללוקח דמים כפי מה ששוין הפירות בשעת חנטה והמותר שלו. וכל זה אי נימא כדברי בני יעקב דאפי' אם חנטו פירות ה"ל דשלבל"ע וזוכה הלוקח עכ"פ במה שחנטו ואי' בעולם ונותן המוכר ללוקח דמים כפי מה ששוין בשעת המכר. אמנם גבי עובר לא קנה כלל אפי' מקצת שבא כבר לעולם וראיה מוכרחת לזה מהא דכתבו תוס' והרא"ש ריש בכורות גבי מכירת עובר לאפקועי מבכורה דצריך למכור פרה לעוברה דאל"כ ה"ל דבר שלא בא לעולם וע"ש ואי נימא דזוכין בעובר בקצתו שגדל א"כ ה"ל שותפת נכרי ופוטר ע"כ צ"ל דעובר ליתיה כלל במכירה ובחנטו פירות עכ"פ מה דרבו כבר אי' במכירה וא"כ צ"ל טעמא דעובד משום דמכסיי' ליתיה כלל במכירה ואפי' מה דגדל כבר וכמ"ש וכיון דעכ"פ בחנטו הפירות מה שבא לעולם איתיה במכירה ואע"ג דעדיין לא הביא שליש עכ"פ מה דאי' במכירה הוא וכמ"ש ותו לא הוי דשלבל"ע אפי' מה דרבו אח"כ כיון דהוי בר מכירה כדאי' בעינא. ומש"ה ניחא הא דמדמה בש"ס עובר לפירות דהתם בתרומה דכל זמן שלא הביא שליש ליתיה כלל בתרומה וע"כ ס"ל לר"א בן יעקב דכיון דמינכר

קצת מהני וא"כ ה"ה בעובר אבל הכא במכירה טעמא אחריני כיון דמה שהוא בעולם עכ"פ איתיה במכירה ובעובר אפי' מה דאיתיה ליתיה במכירה ומשום דמכסיי' וכמ"ש ודוק. וכן נרא' מהא דאמרי' בפ' מי שמת דקל לא' ושייר פירותיו לעצמו שייר מקום פירי ופי' רשב"ם מקום פירי היינו ענפי האילן שבו גדילין הפירות וכן משמע מתו' שם ונהי דענפי אילן שלו אכתי הפירות גדילי וינקי מגוף הדקל והוא לא מכר גוף הדקל אע"כ כיון דשייר פירי עם מקום צימוח הפירות דהיינו ענפי אילן סגי ליה ומכ"ש היכא דיש לו ללוקח החנטה גופה דלא גרע ממקום צימוח הפירות דתו לא הוי דשלבל"ע ודוק:

סעיף ג

אפי' אחר שתלד הפרה. ונרא' דמוכר עובר פרתו אחר שנשחטה האם תו לא הוי דשלבל"ע ואע"ג דעדיין העובר במעי אמו דכיון שנשחטה ה"ל כמאן דמנח בדיקול'. וראיה מדברי תוס' פרק יוצא דופן (נדה דף מ"ד) ד"ה איהו מיית בריש' ע"ש שכתבו דוקא היכ' דאמו חי' לא מחייב ההורגו עד שיצא ראשו שתלוי קצת בחיי אמו אבל היכא דמתה חייב משום דכמונח בקופס' דמי ע"ש א"כ ה"ה הכא לענין מכירה דכמונח בקופס'. ועיין פ' מי שמת דף קס"ב דסובר רבא דעובר לאו בר זכיה ואפי' בירושה מאילי' ואמרי שם ת"ש תינוק בן יום א' נוחל ומנחיל בן יום אחד אין אבל עובר לא כו' הא אמר רב ששת נוחל בנכסי האם להנחיל לאחין מן האב וכתבו תוס' ז"ל תימה דמה עלה על דעת המקשה דהא ע"כ צ"ל כדמשני רב ששת דאי לאו הכי תיקשי דאחוה אי בעי מיניה לירתי אי בעי מאבוה לירתי דהכי דייק בפ' יוצא דופן וי"ל דודאי ידע המקשה דנוחל בנכסי האם קאמר אלא שהיה סובר דהיא מייתי בריש' ורב ששת משני דהוא מיית בריש' ע"ש וכיון דס"ד דאימיה מייתי בריש' א"כ אפי' לרבא נמי תיקשי נהי דאית ליה עובר אינו בירושה אבל כל שמתה אמו הרי הוא כילוד כיון שאינו תלוי עוד בחיי אמו וצ"ע ואפשר דהתו' ב"ב לא ס"ל הך סברא שכתבו בתו' פ' יוצא דופן. ולדעת תוס' בנדה צ"ל כתי' השני שבתוס' ב"ב שם. ובתוס' פ' מי שמת שם ד"ה הוא מיית בריש' ז"ל והא דאמר בפ' בהמה המקשה השוחט את הבהמה ומצא בה בן ט' חי היינו דוקא כששחטה או הרגה אבל ע"י מיתה הוא מיית בריש' וא"ת כיון דבהריגה היא מייתא בריש' ולא הולד א"כ אמאי נקט בן יום אחד עובר נמי נוחל ומנחיל ע"ש. ויתיישב קושיות התוס' לפמ"ש תוס' בנדה דהיכ' דאמו מתה ה"ל כילוד דכיון דאמר רב ששת נוחל בנכסי האם להנחיל לאחין מן האב לא משכחת עובר כלל אלא דוקא בן יום אחד דאי במיתה הוא מיית בריש' ואינו נוחל בנכסי האם להנחיל כו' ואי בהריגה והאם מייתא בריש' תו לא

הוי עובר אלא בן יום אחד דאחר מיתת האם הרי הוא כילוד לכל דבריו וכדתנן תינוק בן יום א' כו' וההורג' חייב דצ"ל דכי מתה אמו וחייב ההורגו. ה"ל בן יום א' ודו"ק:

סעיף ד

האילן לפירותיו והנותן מעות לפירות כת' בתשו' מוהר"מ אלשיך סי' ז' ז"ל והנה כל זה הוא אי אמרינן דמעות דמי לבית או דקל ואם הי' אומר מעות לפירותיהן הי' מועיל אבל מסתברא דל"מ משום דלא דמי לבית ודקל שהם קיימים בעת בא הפירות והדירה לעולם ומש"ה מהני בית לדירה ודקל לפירות אבל במעות כשהריוח בא לעולם אין המעות עצמם בעולם נמצאו הפירות בלי ממשות וכו' ואע"ג דגרסי' פ' הריבית אמר ר"נ מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה כו' משמע דתפיסה מהני וא"כ בנ"ד שתפס אחיו של שמעון היה אפשר לו' דלא מפקינן מיניה אבל לא דמי מטעמי טובא חדא דהתם לא אמרי' אלא בפירות שאכל אבל לא הי' בדקל עצמו ובנ"ד נמי נהי דמה שהרויח אין מוציאין אותו מידו אבל המעות עצמו מוציאין מידו כו' ועוד דע"כ לא אמרו אלא בפירות דקל משום דאיכ' למימר כיון שנתן מעות על פירותיו שמא הקנהו מקום צימוח הפירות ומשום האי ספיק' אמרינן דמהני למה ששמיט ואכיל אבל במעות דל"ש ה"ט שאין בהם מקום צימוח כי אין הריוח יוצא מגופן כמו בדקל שאדרבה אין הריוח בא אלא ע"י הסתלק מציאות המעות מן העולם ודאי שאין אחי ראובן יכול לעכבם עכ"ל:

הוא דין מחודש ולכן ראיתי לעיין בזה ונרא' לי דמהני מעות לפירות. וראיה לזה מהא דאמרינן פרק השולח (גיטין דף מ"ג) עבד שמכרו רבו לקנס מכור או אינו מכור תיבעי לרבי מאיר תבעי לרבנן תבעי לרבי מאיר ע"כ לא קאמר רבי מאיר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא כגון פירות דקל דעבידי דאתי אבל הכא מי יימר דמנגח את"ל דמנגח מי יימר דמשלם דלמא מודי ומיפטר תיבעי לרבנן עד כאן לא קאמרי רבנן אין אדם מקנה דשלבל"ע אלא כגון פירות דקל דהשת' מיהא ליתנהו אבל הכא הא קאי שור הא קאי עבד וכתבו שם תוס' דודאי במוכר הקנם לא תבעי לרבנן אלא בעי לה במוכר עבדו לקנסו משום דהוי דקל לפירות ואנתי מיבעי' ליה כיון דאי' מי יימר טובא ע"ש וכך כתבו תוספות ר"פ המפקיד עיין שם ובמוכר עבדו לקנס אין הקנס יוצא מגוף העבד ובבא הקנס ליתיה לעבד ואפ"ה אי לאו מי יימר טובא דאית ביה הוי מהני ליה כמו בדקל לפירות וא"כ במעות לפירות דהוא עבידי דאתי ודאי מהני ליה:

בחדושי הרשב"א פרק השולח שם כ' בשם הרמב"ן דבעי' דמוכר עבדו לקנס משום דלא דמי לדקל לפירות משום דהכא לאו פירות דגופה קא מזבין וכן בר"פ המפקיד לא מצי למימר דמוכר פרה לכפל משום דלאו פירות דמגופה נינהו ומשום משיכתה דפרה

לא קני כפיל' ולא דמי לפירות דקל דמגופה נינהו כו' ע"ש ומזה משמע כדברי מהר"ם אלשי"ך אלא דהרשב"א שם השיג על דברי הרמב"ן מהא דתני בירושלמי פרק חזקת המוכר אויר חרבתו לא עשה ולא כלום אלא מוכר חורבה ומשייר אוירא וטעמ' משום דלעצמו בעין יפה שייר חורבה לאוירה ואע"ג דאוירה לאו מגופא דחורבה היא וע"ש דהעלה כפי תוס' דלא מיבעי' ליה אלא משום דאיכ' מי יימר טובא ומיהו בשטה מקובצת פרק אע"פ נרא' דתופס כשטת הרמב"ן ע"ש (דף נ"ט) בהא דאמרו יקדשו ידי לעושיהן וז"ל וקשיא לי דהא לא דמי ידים לדקל דדקל לפירות דינא הוא דקני וכו' דמגופו של דקל הן אבל מעשה ידים דלאו מגופן של ידים נפקו אלא מעלמא אתי כו' הא למה זה דומה למקדיש מצודתו למה שתעלה וכו' ותדע לך דמה שתעלה מצודתי היום מכור לך היום דקנה הוצרכו לתקן שיקנה משום כדי חייו ואם אי' דמצודתי למה שתעלה קני כדין מוכר דקל לפירות אפי' מה שתעלה מצודתי היום לא ליקני ולמה תיקנו משום חיי יום כיון דאפשר להקנות מן הדין באומר מצודתי למה שתעלה מכור לך וכו' והאי דירושלמי דמוכר חורבא לאוירה כו' ואולי נאמר בזה דלקנות לשעה כדי לקנות בו דבר אחר כגון דקל לפירות וחצר לאוירה וידים לעושיהן כו' בקנין כל דהוא סגי ואע"פ שאינו יוצא מגופן לגמרי כפירות מן הדקל אלא כל שבאין ממנו קצת כגון המלאכה שבאו מן הידים בטרחן ותנועתן וכן האויר שנראה כאלו הוא מן החצר אבל מצודה למה שתעלה שאין הצודה בטורח המצודה אלא שהדגים נכנסין בתוכה וכן קנס ע"י נזקין אחרים שהזיקו את העבד או שגנבו את הפרה שאינן מגופן כלל ולא באו בסבת עצמן אין נמכרין על ידיהם והיא עצמה איבעי' לן בפ' השולח ולא איפשט' עכ"ל ומזה ג"כ נרא' כדברי מוהר"ם אלשיך אלא כיון דמעיקר ראיית השטה הוא משום דמדמה לה למה שתעלה מצודתי דל"מ מצודה לפירות ובטור ש"ע נרא' מבואר להדיא דגם במצודה לפירות מהני ע"ש סי' רי"ג המוכר פירות שובך כו' שהרי הוא כמוכר אמת המים לחבירו שהוא נהנה בכל מה שיצוד בה כך זה הקנה שובך זה לפירותיו כמו שמוכר אילן לפירותיו ע"ש והוא ג"כ דברי הרמב"ם וכיון דמהני שובך לפירות ומדמה לה לאילן לפירותיו אע"ג דהיונים אין יוצאין מגוף השובך א"כ ודאי ה"ה מצודה לדגים ובעיקר דברי השטה קשיא לי דהוכיח דל"מ מצורה לפירות דאל"כ למה תיקנו משום חיי יום יאמר מצודה לפירות ונהי דל"מ מצד דקל לפירות ומשום דאין הדגים יוצאין מגוף המצודה ליהני מתורת חצר כיון דמוכר לו המצודה לדגים ה"ל חצירו:

אמנם במ"ש מוהר"ם אלשיך דאפי' תפיסה ל"מ ודאי אינם עולים דבריו אפי' לפי מה שפי' הרמב"ן והשטה דבעי' דמוכר עבדו לקנסו וכן פרה לכפילא ר"פ המפקיד משום

דאינן יוצאין מגופו על כל פנים הוא בעי' דלא איפשט' ומידי ספיקא לא נפקא ואמאי ל"מ תפיסה כמו בהא דאמר רב נחמן דאי שמיט ואכיל לא מפקינ' דהוא מתורת ספק לפי דעת מוהר"מ אלשיך ועוד מ"ש מוהר"מ אלשיך דהא דלא מפקינן בשמיט ואכיל הוא מתורת ספק דשמא הקנה מקום צימוח הפירות הוא תמוה דהא בש"ס שם פ' א"נ דף ס"ו פריך דרב נחמן אדרב נחמן דס"ל באסמכת' הדרא ארע' והדרא פירי אלמ' מחילה בטעות לא הוי מחילה וגבי פירות דקל אמר דלא מפקינ' אלמ' מחילה בטעות הוי מחילה ומאי פריך כיון דבפירות דקל מדין ספק דשמא מקום צימוח פירי אקנייי' ושם בש"ס מבואר להדיא טעמא דר"נ מדין מחילה ובעיקר הדין דמעות לפירות נראה ראיה דמהני מהא דאי' פי' איזהו נשך דף ס"ט רב חמא מיגר זוזי בפשיטי ומשמע דמהני מעות לפירות וכן משמע מדברי תוס' פ' המקבל דף ס"ו שהקשו בהא דאמרו מדמי חמרא לא קאמר דהא אפי' אמר דמי חמרא ה"ל דבר שלבל"ע כמו דפריך בערכין גבי אומר דמי שור עלי ותירצו כיון דאמר דמי חמרא ה"ל כמו דקל לפירות ע"ש וכ"כ שם המרדכי והתם נמי אין הדמים באים מגוף היין ואדרבה אין דמים עד שיוציא היין ואפ"ה מדמה לה בפשיטות לדקל לפירות וזה ברור ורוב הקדשות ונדבות שבערי ארץ ישראל המה על דרך זה דהקרן לנותן והריוח לעניים או לתלמוד תורה ועיין מוהרי"ט חלק י"ד סי' מ"ה שכת' דכה"ג מותר להלות בריבית כיון שאין לעניים בקרן כלום לאו בעלי ממון מיקרי ע"ש ובהא לא מספקי כלל דאיך יזכו בריוח לכן נרא' ברור כמ"ש דמהני מעות לפירות אחר כתבי בא לידי ס' בני יעקב וראיתי שהשיג ג"כ על מוהר"ם אלשיך במקצת ראיות שכתבנו ע"ש ות"ל כוונתי לדעתו הרמה:

סעיף ה

ותפס הפירות ז"ל הרא"ש פ' א"נ התם הלואה הכא זביני ופי' ר"ת הכא הלואה דהלוה לא הקנה בתורת מכר וכו' נמצא הוי מחילה בטעות ולכך הדרי פירי אבל גבי פירות דקל הוי זביני ולא מחילה בטעות הוא דנהי דיכול לחזור מ"מ אין לו לחזור כי היכא דליקי בהימנותא וכו' ומכאן הביא ר"ת ראיה דהמוכר שט"ח לחבירו אע"ג דאין אותיות נקנה אלא בכתיבה ומסירה אם קדם הלוקח וגבה החוב אין המוכר יכול לחזור ויראה לי דוקא שידע המוכר שגבה הלוקח ומטעם מחילה עכ"ל וראיתי בקונטרוס מים חיים לבעל פרי חדש שכ' ז"ל וקשיא לי דהא כפי שטת ר"ת איהו ס"ל דמחילה בטעות לא הוי מחילה אלא ע"כ דהיינו טעמא דאנן סהדי דניחא ליה דליקו בהימנותא ואע"ג שהי' יודע שיכול לחזור לא היה חוזר וכיון דכן ליכא לאפלוגי בין ידע המוכר ללא ידע איברא שהמעיין בתשו' הריב"ש בעיניו יראה שמייחס לר"ת פי' אחר רחוק מפי' ר"ת ושמא הרא"ש היה

לו פי' ר"ת הנז' ובהכי יש קיום והעמדה לחילוקו אך כפי פי' ר"ת הכתוב בתוס' שלנו יראה ברור לענ"ד דבכל גווני ס"ל לר"ת דמה שתפס הלוקח תפס ודלא כש"ך שכ' דמוכח מדברי תוס' כהרא"ש שלפע"ד לא מוכח מידי דאדרב' מוכח להיפך וכדכתיבנ' עכ"ל ופי' האחר לר"ש שכ' בריב"ש הובא בסי' ר"ז סק"ג ע"ש:

אמנם נרא' דאפי' לפמ"ש תוס' שלפנינו נמי בעינן ידע המוכר דאם לא ידע לא הוי מחילה אע"ג דלא היה חוזר כי היכא דליקו בהימנותא ה"ל יאוש שלא מדעת וכמ"ש תוס' פ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ב) ד"ה מר זוטרא לא אכל ע"ש שכתבו דאע"ג דידע בחבריה שלא היה מקפיד והיה מוחל לו אפ"ה כל זמן שלא ידע אסור משום דה"ל יאוש שלא מדכח ע"ש וא"כ ה"נ הינא דלא ידע מוכר אע"ג דהיה מוחל לו כי היכא דליקו בהימנות' ה"ל יאוש שלא מדעת וזה ברור. ולפמ"ש בש"ך סי' שנ"ח לחלוק על דברי תוס' הנז' וכת' דמותר ליטול מחבירו בלי ידיעה כל שידוע שלא יקפיד ע"ש. א"כ לא היה לו לו' כאן דבעינן ידע המוכר כיון שידוע שלא יקפיד כי היכא דליקו בהימנות' ומיהו שם בסי' שנ"ח אין דברי הש"ך מוכרחין ועיקר כדברי תוס' פ' אלו מציאות ועמ"ש בסי' ע"ה סק"ד:

סעיף ו

אלא כת' לו שטר. והוא מדברי בעל העיטור שכ' ז"ל והא דקשיא ליה לזבוות' מהא דגרסינן פ' מי שהיה נשוי האי גברא דזבין לכתובה דאימי' בטובת הנאה ואמר אי אתיא אימיה כו' ורב אלפס כ' בהלכות דכי אמר אין אדם מקנה דשלבל"ע היכא דלא תפיס להאי מידי דאקני ליה וקא תבע ליה אבל אי תפס תפס והא נמי כיון דזבין וכ' ליה שטר ומסר ליה שטרא כמאן דתפיס דמי ומסתייעא ליה דהא רב נחמן אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור בו ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה עכ"ל ומזה מבואר דאפי' כ' לו שטר קודם שבא לעולם כהא דזבנתי' לכתובה דאימיה דהא לסוף תיכף ערער כדאי' שם פ' מי שהיה נשוי וזה דלא כסמ"ע שכ' דבעי' מסר לו השטר אחר שבא לעולם וכבר השיגו בט"ז ע"ש וכ"כ בס' בני יעקב על בעל העיטור שם. וראיתי שם בס' הנזכר שכ' בשם בעה"ת שער ס"ד הביאו ב"י סי' זה דהיינו דוקא שתפס הפירות בעצמו אבל אם נתן לו משכון לא ומוכחי לה ממ"ש הרי"ף בתשו' על מי שכ' בשטר נתתי לו ק' זהובים ונתן לו משכון עליהם דלא קנה כיון דלא היה ברשותו ומטעם המשכון לא קנה דמנה אין כאן משכון אין כאן והקשו עליו מהאי דרב נחמן אמר אי שמיט ואכל לא מפקינן מיניה ותירצו דהיינו דוקא היכא דתפס הפירות אבל המשכון אינו כלום דהא לא תפס מאי דאקני ליה מאי קאמרת הא אית ליה משכון כו' מנה אין כאן משכון אין

כאן עכ"ל כו' אמנם מדברי רבינו ז"ל נראה שחולק על זה וכו' והשתא היכי הוי שטר כמאן דתפיס ומ"ש ממשכון כו' וע"כ לו' דאפי' הכי ס"ל כיון דהא מיהו כ' לו שטר הוי כמו תפיסה ושייך מחילה בטעות וא"כ כ"ש היכא דיהיב ליה משכון דקנה וא"כ ק' על הרב בעל המפה דהביא דברי רבינו לפסק הלכה ובסי' ס' סתם הדברים כדברי הרי"ף וכן ק' על בעל תה"ד בסי' ש"ך שכ' דברי רבינו אלו בסתם ולא זכר דבתשו' הרי"ף נרא' שחולק על זה וצ"ל דס"ל דשטר עדיף ממשכון דאלימ' מלתא כו' ולא ידעתי טעם לדבר וכעת צ"ע ועוד ק' דבאות חוב גבי אי משכון חשיב הילך כ' דשטר חשיב הילך וכ"ש משכון נראה דמשכון אלים משטר והכא נראה דשטר אלים וצ"ע עכ"ל. ואינו קושיא כלל דודאי משכון אלים משטר' כיון דמוחזק ביה בממון גופיה אלא הא דמשכון לא חשיב תפיס' היינו משום דס"ל לבעה"ת דלא מהני קנין במשכון אלא היכא דנתחייב גופו בתחלה דנכסוהי אינון ערבין ביה וכל דלא נתחיי' גופא ליכא ערב וכמ"ש הרא"ש פ"ק דקידושין וכן דעת הש"ע בסימן ר"ז גבי שידוכין וכ"כ בסי' ס' ע"ש ומש"ה לא הוי משכון תפיסה דנהי דנתרצה לתת לו המשכון לא מהני מידי כיון דלא נתחיי' גופו והיינו הך דתשובת הרי"ף והוא בש"ע סי' ס' ובש"ע ורמ"א סתמו כן משום דלא מהני מידי נתינת המשכון ומחילתו כיון דלא מחל לו אלא למשכון ומנה אין כאן כיון דליכא חיוב גוף אבל בשטר שכותב לו על שדהו נהי דהשדה לא בא לעולם כיון דתפס בשטר אחר שבא לעולם זוכה בשדה ע"י שטרו כיון דנתרצה ומוחל לו שטרו וה"ל כקונה את השדה עכשיו בשטרו והא דכתב בעל העיטור דכיון דשטר חשיב הילך מכ"ש משכון היינו משום דגבי הילך כבר נתחיי' בחובו וכי יהיב ליה משכון על חובו זוכה במשכון וכל שזוכה במשכון טפי חשיב מוחזק משטרא כיון שמוחזק בממון ממש ועוד דדעת בעל העיטור במאמר קנין דמהני זכיה במשכון והאי דמנה אין כאן משכון אין כאן היינו דאינו מיקרי כסף לקנות בו את האשה ואת הקרקע משום דאגוד גביה ע"ש והוא נמי שטת הרמב"ן והרשב"א הובא בסי' ק"ץ סק"ו ולדעת בעל העיטור דזוכה במשכון אין ה"נ דמהני לתפיס' בדשלבל"ע אבל לדעת הש"ע והרמ"א דלא מהני זכיה למשכון ודאי לא מהני לתפיסה דנהי דמחל לו כיון דאינו נותן לו אלא למשכון לא מהני ליה כלום ומה"ט סתם הרמ"א בסי' ס' דלא מהני משכון וזה ברור. אמנם אכתי תיקשי בדברי בעל העיטור במה דכ' בהאי דזבני' לכתובת' דאימי' דמהני משום שטרא דתפס דנראה ודאי דלא שייך תפיסה בשטר אלא בקרקע שנקנה בשטר וכמ"ש וכיון דמוחל לו שטרו אחר שבא הקרקע לרשותו וה"ל כאלו מוכר לו השדה עכשיו בהאי שטרא דנכתב מקודם אבל שטרות דאינו נקנה בכתיבה אם כן מה מהני ליה השטר הא אפי' כותב לו עכשיו שטר

על קנין הכתובה לא מיקני בשטר וליכא למימר דמיירי שכבר מסר לו כתובה דאימי' וא"כ השתא דאיכא בידו הכתובה וגם השטר שכת' לו קני לך איהי וכל שעבודא דאית ביה דהא דעת בעל העיטור במאמר שמות הבעלים דאותיות נקנה במסיר' גרידא וכרבי ע"ש וא"כ היכי מוכח מיני' דמהני מצד תפיס' השטר דלמא התם משום דתופס בממון עצמו והוא הכתובה כיון דיש בידו הכתוב' ואפשר דמפרש לה בעל העיטור שלא מסר לו כתובה דאימ' אלא כת' לו שטר ואי משום דאין אותיות נקנה בכתיב' גרידא נימא דמיירי שכת' לו שטר על קרקע והקנה לו אגבו כתוב' דאימי' ובעל העיטור במאמר קנין ס"ל דאותיות נקנין אג"ק דא"כ הקרקע קנה תיכף והכתוב' דאימי' אינו אלא לאחר מיתה דכה"ג ה"ל כמקנה אג"ק של המקבל וכמ"ש הרשב"א כה"ג בתשובה סי' תתפ"ב ופסקו הרמ"א סי' ר"ן סעיף י"ז וע"ש סמ"ע ועוד כיון דס"ל לבעל העיטור דמהני באותיות מסיר' גרידא א"כ טפי ניחא לפרושי מלתא דמסר לו כתובה דאימי' וכה"ג ה"ל תפס בממון עצמו וצ"ע:

סעיף ז

שיקנה כשיהי' בעולם והוא מדברי המרדכי פ' י"נ ז"ל ואני דנתי לפני רבותי דהא דאמרינן אין אדם מקנה דשלבל"ע היינו היכא דמזכה לו מעכשיו והשתא לאו בר זכיה אבל היכא דאמר ואחרי לירתי דמשמע אותן יורשין שיהיו אז יזכו בהן לא ורשב"ם פי' לקמן גבי כתובת בנין דכרין דלא הוי דשלבל"ע דהכי קאמר ובניו אשר יולדו יירשו נכסי לכשימות ולכי מיית כבר ישנו בעולם וכן תמצא בדברי מורי קרובי ולא נראה לי וכו' ע"ש וכן נראה ראי' מהא דאי' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) בעי שמואל דאקני מהו שישתעבד כו' ח"ש שט"ח המוקדמים פסולים והמאוחרים כשרים ואי ס"ד דאקני קנה ומכר לא משתעבד מאוחרין אמאי כשרין דאקני הוא ודחי לה הא מני ר' מאיר ומאי קושיא דאקני הוא דהא מאוחר עד דמטא זמני' לא טריף כדאי' פ"ק דע"ז (דף ט') וכ"כ ב"י סי' מ"ג בשם בעה"ת ולא אשתעבד נכסי עד דמטא זמני' וכבר הנכסים אז בעולם ולאו דאקני ונימא דמיירי מדעת הלוה ואין לו' דסתם משמע אפי' שלא מדעת לוה דודאי טפי ניחא לו' דאתיא נמי כרבנן דה"ל כאומר לכשיהיה בעולם אלא משמע דלמ"ד אין אדם מקנה דשלבל"ע ה"ה לכשיהי' לא מהני ועמ"ש בסי' מ"ג סק"ה:

סעיף ח

כך אין יכול למחול דשלבל"ע. והוא תשובת הר"ן סי' מ"ג ומייתי ראי' מהא דאמרינן בשובר שאינו יודע זמן השטר יכתוב שובר שאין בו זמן ואי נימא דיכול למחול דבר שלא בא לעולם אם כן יכול לכתוב שובר על שט"ח שסכומו כך וכך אם יהי' לו ימחול

לו בשובר וכ"ת תקון דאי בעי למהדר לא מצי הדר ליתקן לי' במעכשיו דאינו יכול לחזור בו וכדמשמע פ"ק דמציעא וכ"כ הרמב"ן ע"ש. ובס' בני יעקב כ' עלה דז"ל ואיכא למידק דהנ"י פ"ק דמציעא בשם הרנב"ר והרשב"א דמש"ה קאמר גבי שדה מעכשיו וגבי אשה לא משום דרוב קניינים דשדה הם בחזקה או בשטר ואם לא אמר מעכשיו אם נקרע השטר או נאבד בנתיים לא עלתה לה קנין וכו' והוא כדברי תוס' ז"ל והשתא קשה דמנ"ל למימר דבמעכשיו אינו יכול לחזור בודאי אצטריך להכי והריטב"א משום דקשה לי' למה צריך מעכשיו ופי' לענין חזרה אבל כפי מ"ש דמעכשיו איצטריך דאם יקרע השטר כו' א"כ מנ"ל דא"י לחזור וגם זה צ"ע כעת עכ"ל:

ואינו קושיא דר"ן סובר דתלי זה בזה הא דאם נקרע השטר או נאבד מהני באומר מעכשיו ע"כ משום דלר' מאיר נמי נגמר הקנין אפי' בדשלבל"ע כי אמר מעכשיו וא"כ ממילא ליתי' בחזרה דאי נימא אפי' במעכשיו יכול לחזור ע"כ צריך לו' דהקנין לא נגמר מעכשיו אלא לכשיבא לעולם א"כ נקרע השטר נמי אמאי מהני וכ"כ הרשב"א בחידושיו לקידושין (דף ס"ג) ז"ל הרי עצמך קנוי לך מעכשיו וכן פ"ק דמציעא כו' ואי קשיא לך הא דר' מאיר בלא מעכשיו אמרה כו' וי"ל דהאי דרב בשהקנ' לו בשטר דמתחלה רוב קנין לא הי' אלא בשטר וכו' הלכך אם נקרע השטר לא קני אא"כ כת' מעכשיו וכו' אבל לאחר שאתגייר דסתם קידושין בכסף ודרב הונא במוכר פירות דקל בקנין כסף קאמר כללא דמלתא דשלבל"ע לר"מ ודבר שבא לעולם לרבנן כל שבזה לא קנה לדבנן בזה לא קנה לר"מ וכל שבזה קנה לרבנן בזה קנה לר' מאיר והלכך אי אמר מעכשיו ורצה לחזור בו אינו חוזר כו' ודרב הונא דאמר יכול לחזור בדלא אמר מעכשיו דבקנין כסף מיירי ע"ש והרי הרשב"א ס"ל דאינו יכול לחזור ואע"ג דמפרש לה לענין נאבד אלא משום דתליא זה בזה וכמ"ש והא דמפרש לה בנאבד השטר ולא מפרש לה לענין חזרה כמ"ש הריטב"א היינו משום דלא תיקשי היא גופא למה נקט רבי גבי עבד מעכשיו ורב בשדה פ"ק דמציעא לענין חזרה שלא יוכל לחזור כיון דס"ל כר"מ אמאי הוצרכו למעכשיו הא ר"מ לא אמר במעכשיו לדידי' יכול לחזור עד שיבא לעולם אינהו נמי לא הוצרכו להשמיענו אלא דינא דמקנה דבר שלא בא לעולם ויהי' באמת בדין חזרה לזה כת' לה לענין נקרע השטר ומשום דר' מאיר מיירי בקידושין וסתם קידושי אשה בכסף אבל סתם שחרור דעבד ודקנין בשדה הוא בשטר ובא לאשמעינן בנקרע השטר או נאבד משא"כ בקידושין דסתמו בכסף לכן לא אמרה ר' מאיר במעכשיו והריטב"א דמפרש לה לחזרה ולא מפרש בנאבד נראה דסבירא ליה לריטב"א כדעת הרמב"ן שהובא בחדושי הרשב"א שם דס"ל באומר מעכשיו לר' מאיר אינו יכול לחזור ואם נקרע השטר לא מהני אלא דכבר התפלא

עליו שם הרשב"א דממ"נ אם נגמר קנינו מעכשיו א"כ אמאי לא מהני בנאבד השטר ואם לא נגמר אמאי אינו יכול לחזור והר"ן והרשב"א וגם הרמב"ן בחדא שיט' לענין חזרה שאינו יכול לחזור ולא קשה מידי קושיית בני יעקב. ועיין פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) דאמר רבה השורף שטר של חבירו חייב ופריך עלה ה"ד אי דאי' עדים לכתבי לי' שטרא אחריני ואי דליכא עדים מנא ידעינן וע"ש דמוקי לה במאמינו ואי נימא בדשלבל"ע ואומר מעכשיו אינו יכול לחזור ונקרע השטר הקנין בטל א"כ שפיר משכחת לה דאית סהדי ולא מצי כתבי שטרא אחריני ואע"ג דאנן קי"ל דאין אדם מקנה דשלבל"ע משכחת לה בשעבוד דאקני כה"ג דאינו יכול לחזור לדעת הרמב"ן הובא בנ"י פרק חזקת ע"ש ובשורף שטרו פקע שעבודו כמו בנקרע. מיהו הרמב"ן ס"ל דעדיף שעבוד לרבנן מקנין לר' מאיר א"כ אפי' נקרע השטר לא פקע שעבודו. ואי קשיא הא קשיא דעת הרשב"א בדאקני שיכול לחזור קודם שבא לעולם ומשום דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר' מאיר ואמר רב הונא עד שלא בא לעולם יכול לחזור והובא בב"י סי' קי"ב ועיין סמ"ע וש"ך שם. והא הרשב"א ס"ל דבאומר מעכשיו דבקנין לר"מ נמי אינו יכול לחזור ואי בדלא אמר מעכשיו א"כ אפי' בדשבל"ע יכול לחזור וקנין לרבנן בדבר שבא לעולם ולר"מ בדשלב"ל שווין הן כל שבזה קנה לרבנן קנה נמי לר"מ בדשלב"ל וצ"ע:

סעיף ט

מקבל מי שפרע. כתב הסמ"ע וז"ל דהיינו דוקא אם ידוע ומצוי למכור בשוק משא"כ בשאינו מצוי בשוק למכור ומש"ה דקדקו הרמב"ם והמחבר וכתבו כאן הפוסק על שער שבשוק וכ"כ המ"מ שם עכ"ל. ובש"ך כתב ז"ל ואפי' באינו מצוי בשוק י"ל דמקבל מי שפרע ויצא השער דנקט הכא משום דאל"כ הוי באיסור וכו' ומ"ש וכ"כ המ"מ עיינתי שם ולא מצאתי שום משמעות וכו' ע"ש. ונראין דברי הסמ"ע ומ"ש וכ"כ המ"מ טעות בדפוס והוא כ"מ וז"ל כסף משנה שם וא"ת והא כתב רבינו דדבר שאינו ברשותו אינו נקנה וי"ל כיון דדבר הנמכר בשוק בכל שעה הוי כברשותו ולפ"ז הא דכתב רבינו דאם הקנה מטלטלין שאינו ברשותו דאינו נקנה היינו כשאין מטלטלין אלו כיוצא נמכר בשוק והיינו דכתב על שער שבשוק משמע שכיוצא נמכר בשוק עכ"ל והרי מבואר בכ"מ כדברי הסמ"ע וא"כ באינו מצוי בשוק למכור אין בו משום מ"ש וכמ"ש הרמב"ם פ' כ"ב ממכירה ז"ל המוכר פירות דקל לחבירו ובא לעולם יכול לחזור בו וא"צ לקבל מי שפרע ע"ש ודבר שאינו ברשותו ה"ל כמו דשלב"ל: והטעם משום דאמרינן בר"פ הזהב תנן אבל אמרו מי שפרע כו' אא"ב מעות קונות דבר תורה מש"ה קאי באבל אא"א מעות אינו קונה אמאי קאי באבל ע"ש ומשמע דלר' יוחנן דקי"ל כותיה הא דקאי באבל אינו אלא

משום דדבר תורה מעות קונה וא"כ בדבר שלב"ל או אינו ברשותו דליכא קנין תורה כלל ליתא במי שפרע ומש"ה קשיא ליה לכסף משנה בדבר שאינו ברשותו דנמי אינו נקנה א"כ אמאי עובר במי שפרע וה"ל כמו בדשלב"ל לזה תירץ דמיירי שמצוי בשוק וכה"ג ה"ל דבר שברשותו ונתפס בקנין שפיר ומעות קונה בו דבר תורה. שוב מצאתי בשטה מקובצת פ' הזהב מחלוקת בזה בין קמאי ומהם סברי דכיון דקי"ל כר' יוחנן אינו במי שפרע אלא היכי דמעות קונה בו דבר תורה ודשלב"ל דאינו קונה אינו במי שפרע וגבי דבר שאינו מצוי בשוק נמי אינו במי שפרע אלא היכא דמצוי בשוק דה"ל דבר שברשותו ומהם סברי דאפי' לדידן דקי"ל כר' יוחנן אפ"ה קאי נמי במי שפרע אפ"ה דאינו קונה בו מעות ד"ת וע"ש ושטת הרמב"ם הוא דאינו במי שפרע היכא דאין בו מעות קונות מדכתב בדשלב"ל דאינו במי שפרע וכמ"ש דודאי לר"ל שם פרק הזהב דאמרו דברים ואיכא בהדייהו מעות קאי באבל אין חילוק בין דבר שבא לעולם או לא וא"כ דבר שאינו ברשותו נמי אינו עובר במ"ש אלא היכא דמצוי בשוק למכור ועמ"ש בסי' ס"ו סק"ד ובסי' ר"ד סק"ג. וע' ר"פ איזהו נשך דפריך וכי אין לו מאי הוי והתניא כו' יצא השער פוסקין אע"פ שאין לזה יש לזה אמר רבה מתני' בבא לחוב בדמיהן כדתניא הרי שהיה נושה בחבירו מנה והלך ועמד על גורנו ואמר לו תן לי מעותי שאני רוצה ליקח בהם חטים אסור דלא כאיסרו הבא לידו א"ל אביי אי לאו כאיסרו הבא לידו מאי אירא אין לו אפי' יש לו נמי. וכתב תוס' ז"ל תימה הלא מעות קונות הכא אפי' מדרבנן דהוא מלתא דלא שכיחא כדאי' בהזהב גבי החליף דמי שור בפרה וי"ל דהכא מיירי שלא פטרו ממנה עד שיתן לו החטין עכ"ל. וכתב עלה מהרש"א ודאקשינן מאי אריא אין לו ליכא למימר דמתני' מיירי שפטרו מהחוב דא"כ כאן דהמעות קונות כה"ג אפי' אין לו נמי ומטעמא דאע"פ שאין לזה יש לזה עכ"ל. וקשיא לן בגווה דהא אין לו ה"ל דבר שאינו ברשות והיכי קונה בו מעות חובו. ולפמ"ש בכסף משנה דהיכא דמצוי בשוק קונה דבר תורה באג"ק א"כ ה"ה מעות קונות בו דבר תורה וממילא קונה אפי' מדרבנן במלתא דלא שכיחא ואע"ג דבבא לחוב בדמיהן לא אמרינן אע"פ שאין לזה יש לזה היינו היכא שאינו קונה קנין גמור אית ביה משום ריבית אבל היכא דקונה לגמרי ומשום דמעות הבא מחמת מכר קונה אפי' מדרבנן א"כ כל שמצוי בשוק לקנותו ה"ל דבר שברשותו אע"פ שאינו נותן לו המעות:

סעיף י

כך אינו משייר דבר שלב"ל. בפ' מרובה (בבא קמא דף ע"ח) בעי ר' ירמיה מכרה חוץ לשלשים יום חוץ מעוברה מהו אליב' דמ"ד עובר ירך אמו לא תבעי לך דהא שייר בה כי

תיבעי לך אליב' דמ"ד עובר לאו ידך אמו כיון דמחובר בה הוי שיור או דלמא כיון דצריך לאשתרויי בהדה בשחיטה כמאן דמשייר בגופה דמי ולדעת הש"ע דעובר ה"ל דשלב"ל א"כ האי חוץ מעוברה ה"ד אם שייר בעוברה לחוד אין אדם משייר דשלב"ל ואם משייר פרה לעוברה א"כ היכי תליא בעובר ירך אמו תיפוק ליה דמשייר בגופה לעוברם ולא מחוץ למלאכתה דבעי לה שם ומזה נראה ראיה למ"ש בסק"א לשטת הרמב"ם דעובר ה"ל דבר שלב"ל. ובתה"ד סי' ע"ד ז"ל ישראל הי' לו פרה מעוברת ומבכרת כו' תשובה יראה דיש תקנה לדבר דנפיק בה ידי כולה רבוותא והכי צריכין למיעבד כדכת' במרדכי פ' הזהב דמוהר"מ הצריך לאקנויי בכסף ומשיכה וכו' ואע"ג דא"ז כת' דאפי' לר"ת מהני קנין כסף לעובר משום דר"ת גופיה פסק עובר לאו ירך אמו היא וא"כ משיכת הבהמה לא מהני לעובר ועובר גופיה לא מהני למימשך וכיון דליכא מידי למימשך מהני קנין כסף כדמוכח תלמודא התם מ"מ נראה טעמו של מוהר"מ דלא רצה לסמוך היינו משום דלא קי"ל בהא כר"ת וכן האשר"י פסק בפרק הפרה דעובר ירך אמו בכל דוכתי חוץ מלגבי טריפה וכיון דבר משיכה היא ל"מ ביה קנין כסף ותו באשר"י כ' במס' בכורות דל"מ מכירת העובר משום דאין אדם מקנה דשלבל"ע וצריך להקנות בהמה לעוברה כמו דקל לפירות וכה"ג יש כאן למימשך שהרי מוכר הפרה עצמה לעובדה וא"ז דכ' דמהני מכירת העובר אפשר דסובר כרשב"ם דס"ל דמהני לכשתלד כדאי' בהגהת אשר"י פ' מ"ש ואשר"י סובר כר"י דפליג עליה התם עכ"ל. והנה מ"ש תה"ד דאומר לכשתלד קשה מהא דאי' בתמורה (דף כ"ה) א"ל רב עמרם לרב ששת אמר על הבכור עם יציאת רובה עולה עולה הוי או בכור הוי א"ל מאי תבעי לך לאו היינו דבעי אילפא אמר על הלקט עם נשירת רובו יהא הפקר לקט הוי או הפקר הוי לקט הוי שכן קדושתו בידי שמים או דלמא הפקר שכן זוכין בו עניים ועשירים ואמר אביי מה תבעי לך דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ופרש"י הואיל ובהדי הדדי אתי למיחל דברי הרב ודברי התלמיד ודאי דברי הרב קודמין וקב"ה עבדיה לקט ה"נ דברי הרב קודמין ובכור הוא עכ"ל וא"כ במוכר לכשתלד הרי קדושת הבכור ומכירתו באין כאחד וא"כ דברי הרב קודמין והוי בכור. ונראה דע"כ לא אמרו דברי הרב קודמין אלא באומר עם יציאת רובה עולה ומשמע הא אמר עם יציאת מיעוט כיון דקדושת בכור אינו אלא עם יציאת רובה הרי עולה קדים א"כ ה"נ משכחת לכשתלד ועם יציאת מיעוט דכיון דיש לנכרי חלק באוזן נמי מפקע בכורה ובפ' בהמה המקשה (חולין דף ס"ט) איפליגי רב הונא ורבה ביצא שליש ומכרו לנכרי וחזר ויצא שליש אחר רב הונא אמר קדוש כו' כיון דנפק ליה רובא אגלאי מלתא למפרע דמעיקר' קדוש ומאי דזבין לאו כלום זבין ורבה אמר מכאן ולהבא קדוש. ודעת

הרמב"ם פ"ד מבכורות כרב הונא דלמפרע קדוש והרא"ש פוסק כרבה וכן פסק בטור י"ד סי' שי"ט ואפשר דא"ז נמי ס"ל כרבה ושפיר משכחת לה למוכרו במיעוט היוצ'. ומש"כ תה"ד דא"ז סובר עובר לאו ירך אמו ואין לו מה למשוך ק' דהא פ"ק דמציעא (דף י"א) בעי לה משוך פרה זו לקנות כלים שעלי' מי קני ועלתה בתיקו וע' ש"ע סי' ר"ב סעיף י"ג וכיון דמספק' לן אם מהני משיכת הפרה לכלים כ"ש דמהני משיכת הפרה לקנות העובר וא"כ היכי קונה בכסף דלפי מה דמספק' הרי יש לו מה למשוך וה"ל ספיק' דאו' ואפשר דחשיב ליה ספק ספיקא דס' פלוגת' כסף או משיכה וכן ספיקא דמהני משיכת הפרה לכלים ויותר נראה דס"ל לא"ז דאפי' נימ' דמהני משיכת הפרה לעובר דלא גרע מכלים וכמ"ש מ"מ כיון דעובר הוא הנמכר וכיון דליתי' ביה מה למשוך אע"ג דיוכל למושכו ע"י הפרה אזלינן בתר עיקר המכירה דליתיה במשיכה ולפ"ז אפי' למ"ד עובר ירך אמו דודאי מהני משיכת הפרה לעוברה אזלי' בתר עיקר המכירה והוא העובר וליתא במשיכה כן נראה ודו"ק:

סעיף יא

וכן לסלק עצמו וכחו מדשלבל"ע ולברר דין זה צריך להאריך קצת. והנה ר"פ הכותב וכי כת' לה הכי מאי הוי כו' אמרי דבי ר' ינאי בכותב לה ועודה ארוסה כדרב כהנא דאמר רב כהנא נחל' הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא ירשנ' וכדרב' דאמר רבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו. ושטת הר"ן דבדאורייתא נמי מהני סילוק בדבר שלא בא לעולם והא דאמר כדרב וכו' אי אפשי בתקנת חכמים היינו דלא נימא דסבר רב כהנא ירושת הבעל דאורייתא הוא דמהני סילוק אבל בתקנות חכמים אלים טפי דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ול"מ סילוק מש"ה מסיק כדרבא כו' דאפי' בתקנת חכמים נמי מהני סילוק. ושטת תוס' שם דטעמא דרב כהנא הוא כדרבא דכיון דלטובתו נתקנה יכול לומר אי אפשי ע"ש ונסתפקו בשטת תו' במידי דאורייתא אי מהני סילוק והוא באורך במשנה למלך פרק כ"ג מהל' אישות ע"ש בשם מוהראנ"ח בחידושיו נסתפק בדברי תוס' אי סבירא ליה דוקא במידי דרבנן והוא לטובתו מהני סילוק אבל בדבר שזוכה מן התורה אף על פי שהוא לטובתו ומעשיו גרמו לו ל"מ סילוק כיון שהוא דשלבל"ע ולפ"ז התוס' חולקים על מה שפסק מוהר"מ בתשובה שהאשה יכולה לסלק שעבודה מקרקע שיקנה בעלה אח"כ אע"פ שהם משועבדי' לה מן התורה עוד צידד מוהראנ"ח דשמא אין חילוק בין דאורייתא לדרבנן אלא בכל נחלה הבאה לו לאדם ע"י מעשיו כגון נחלת אשתו ע"י מעשיו וכן כל כה"ג כגון מזונות ושאר וכסות בכולהו מצי להסתלק כיון דמעשיו גרמו והם לטובתו ואי אפשי בתקנת חכמים לאו

דוקא ומתני' נמי הכי דייקא דקאמר רשב"ג אם מתה ירשנה מפני שמתנ' עמ"ש בתורה וכיון דסבר ירושת הבעל דאוריי' תיפוק ליה כיון דמהני מן התורה לא מהני סילוק בדשלבל"ע וכן כי שקלינן וטרינן בגמ' דמאי דאמר רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמי' מה היה הכוונה לימא הלכה כרשב"ג דאם מתה ירשנה ול"מ סילוק בדשלבל"ע אלא ודאי דאפי' בדאורייתא מהני סילוק כל שהוא לטובתו ומעשיו גרמו ולפ"ז לא פליגי התוס' עם מוהר"מ אלא דהכריע מצד הראשון דכל שעתיד לזכות מן התורה ל"מ סילוק וע"ש. והנה שטת תוס' בהא דאמר כדרבא וכדרב כהנא דאינו אלא בתקנת חכמים וא"כ ממילא נשמע דבדבר תורה ל"מ סילוק אלא דאכתי אינו מוכרח לו' דחולקין תוס' על דינו של מוהר"מ ומשום דבכך דמור"מ נמי אינו אלא מידי דרבנן לפמ"ש בסי' ס' סק"ה ובסי' קי"ב דהא דדאקני משתעבד אינו מדין תורה כיון דהוא דשבלבל"ע ואינו אלא תקנת חכמים שלא תנעול דלת בפני לוין וכמ"ש הרשב"ם פ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ג) וכ"כ בנ"י שם: אמנם אחר העיון נראה דהתוס' לדינא נמי ס"ל והוא דהא דמפרשי כדרב כהנא דלא מהני סילוק אלא בדרבנן היינו משום דבדבר תורה ה"ל מתנה עמ"ש בתורה ותנאו בטל ואע"ג דכל מילי דתנאה היינו תנאי בשעת מעשה והסילוק שהוא שלא בשעת מעשה אינו נראה דרך תנאי אפי' כה"ג נמי שייך מתנה עמ"ש בתורה וראיה לזה מהא דתנן פ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ו) פלוני בני לא יירש לא אמר כלום ואמרי עלה בגמ' לימא דלא כר' יודא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים ע"ש ומבואר דכל האומר נגד דברי תורה אפי' שלא היה תנאו בשעת מעשה כי האי דירושת בני נמי ה"ל מתנה עמ"ש בתורה ומש"ה מפרשי תוס' בהא דאמרי כדרב כהנא כו'. דהיינו דוקא בדרבנן ומשום דכל האומר אי אפשי כו' שומעין לו אבל בדאורייתא לא מהני סילוק דה"ל מתנה עמ"ש בתורה וכן נראה מבואר מתוס' ר"פ הזורק ד"ה כדרב כהנא ז"ל ומביא שפיר מדרב כהנא דאדם מתנה שלא ירשנה וכ"ת ומ"ש מנחלת אבותיו שאינו יכול להתנות לא דמי שהרי תקנת חכמים הוא וכדרבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו וכו' ואע"ג דלרב אית לי' בהכותב דף פ"ג אפי' בדאורייתא יכול להתנות הש"ס דהכא לא סבר הכי ועוד דמסקנא דהתם לא קאי הכי עכ"ל ומבואר דלרב דס"ל דמתנה עמש"ב תנאו קיים ה"ה דמהני סילוק בדאורייתא ומשום דהא בהא תליא ולזה כתבו דהסוגיא אזלא דלא כרב ובזה ניחא מה דקשיא ליה למוהראנ"ח דאמאי צריך רשב"ג למימר משום מתנה עמש"ב תיפוק ליה משום דל"מ סילוק בדאורייתא דהיינו הך הא דל"מ סילוק בדבר תורה היינו משום דסילוק הוא שלא היה לו דין שיש לו בדאוריי' ה"ל מתנה עמש"ב וגם מה דקשיא לי' למוהראנ"ח נימא כוונת רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה אלא משום

דל"מ סילוק בדאורייתא דהיינו הך הא דל"מ סילוק בדבר תורה משום מתנה עמש"ב הוא וא"כ לדינא כיון דקי"ל כר' יודא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים אפילו בדבר תורה א"כ ממילא מהני סילוק בדאוריי' דהא כ' תוס' דלרב דס"ל דבדאורייתא יכול להתנות ודאי מהני סילוק כו' אלא דהש"ס דהכ' לא סבר הכי ע"ש ואנן דקי"ל דיכול להתנות אפי' בדין תורה מהני נמי סילוק ואין כאן מחלוקת לדינא אלא משמעות ופי' הסוגיא איכא בינייהו דכיון דאמרו כדרב כהנא וכדרבא ע"כ משמע דאינו אלא בדרבנן מש"ה כ' תוספ' לפר' דסבר דאינו אלא בדרבנן ולא ס"ל כרב והר"ן מפרש דהש"ס נמי סובר דמהני סילוק בדבר תורה אלא דלא נימא דוקא בדאורייתא הוא דאמר כדרבא אבל לדינא גם להתוס' מהני סילוק בדאוריי' כיון דקי"ל בדבר שבממון תנאו קיים והא דל"מ סילוק בנחל' אבותיו היינו משום דראוי ליורשו בכל שעה וכאלו בא לידו וסילוק ל"מ אלא בדבר שעדיין לא בא לידו וכמ"ש הר"ן שם והתו' דכתבו טעמא דלא מהני סילוק בנחלת אבותיו משום דה"ל דאורייתא היינו לפרושי מלתא דאמרו כדרב כהנא וכדרבא לאפוקי נחלת אבותיו דהוא תורה ולדידן טעמא דל"מ סילוק בנחלת אבותיו היינו משום דה"ל כמו בא לידו וכמ"ש הר"ן. אך קשה לפמ"ש הר"ן דל"מ סילוק בנחלת אבותיו לפי שראוי ליירש בכל שעה וה"ל כאלו בא לידו א"כ הא דפריך בפרק י"נ דף קכ"ו בהא דתנן פ' בני לא יירש לא אמר כלום לימא מתני' דלא כר' יודא דאמר דבר שבממון תנאו קיים ומשני התם מחלה הכא לא מחל ותיפוק לי' דנחלת אבותיו חשיב כאלו בא לידו וא"כ אפי' נתרצה הבן ל"מ דהא מחילה ל"ש בדשלבל"ע וסילוק נמי ל"ש בי' וצ"ע כעת ועמ"ש בסי' ער"ח סק"ו: ואכתי איכא למידק בעיקר דין סילוק והוא דכיון דסילוק חשיב מתנה עמש"ב וכמ"ש דשייך מתנה עמש"ב אפי' היכא דלא היה בשעת מעשה וכדמוכח מהאי דפ' בני לא יירש וכמ"ש והא דמהני הסילוק היינו משום דקי"ל כר' יודא דאמר תנאו קיים בדבר שבממון וקשה לי מ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין ובשטה מקובצת פרק אע"פ בטעמא דר' יודא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים היינו משום דס"ל האומר ע"מ שאין לך שאר כסות הכוונה הי' על מה שתמחלי ומחילה ודאי מהני ולר' מאיר ס"ל דהכוונה ע"מ שאין לך עלי דין שאר כסות אבל האומר בפירוש ע"מ שאין לך דין שאר כסות גם לר' יודא תנאו בטל ע"ש וכן משמע בש"ס פרק הזהב בהא דאמר רב לר' יודא התם ידע' ומחלה הכא מי ידע דמחל ע"ש ומשמע טעמא דר' יודא משום מחילה וכן נראה מדברי נימוקי יוסף פ' הזהב שם ז"ל והתם מפרש הוא דידע ומחל אבל בסתם דלא ידע דמחל וכיון דל"מ מטעם מחילה גם מטעם התנאי ל"מ נמי שהוא מתנה עמש"ב ולא כל הימנו עכ"ל ומשמע דתנאה שלא על דרך מחילה ודאי ל"מ וא"כ היכי מהני סילוק

בדבר תורה בדשלבל"ע הא למחול אינו יכול בדשלבל"ע וסילוק חשיב אין לי דין עליך וה"ל מתנה עמש"ב דאפילו בממון כה"ג תנאו בטל ולכן נראה לענ"ד לולי דברי הרשב"א והשטה דגבי ממון אפי' באומר ע"מ שאין לך עלי דין נמי מהני וכן משמע להדיא מלשון רש"י ר"פ הכותב גבי ע"מ שאין לך עלי אונאה ע"מ שאין לך עלי דין אונאה ע"ש. וכן משמע מדברי הרמב"ן בחידושיו פ' י"נ דף קכ"ו ע"ש ז"ל ור' מאיר סבר ע"מ שאין לך עלי לאו כלום הוא אא"כ ימחול לו ולאו כל כמיני' שלא יתחייב לו ור' יהודה סבר בידו לומר לו שלא יתחייב לו שהרי מוחל ובדבר של ממון יכול הוא למחול שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה אבל בדבר שאינו של ממון לא שהרי הן עיקר נישואין של תורה ואינו לחצאין עכ"ל. ונראה מדבריו דאפי' מתנה שלא יתחייב נמי מהני ליה ומשום דהתורה לא חייבו אלא ברצונו של זה ואם אין רצונו בחיובו ליכא חיוב כלל ומש"ה ניחא דסילוק מהני כיון דיכול אדם למחול דין חיוב שלא יתחייב שכנגדו כלל והא דאמרו פ' הזהב התם ידעה ומחלה היינו דמחלה גוף החוב שחייבהו התורה ושלא יהי' עליו דין חיוב והיכא דלא ידע ה"ל מחילה בטעות ואע"ג דמוחל דין חיובו שלא יתחייב כלל כל שהוא בטעות אינו דברים כלל ולא פקע חיובו אלא דע"מ שאין בו אונאה תנאו בטל משום דאומר ע"מ שאין לך עלי דין אונאה יכול הוא לומר כן כיון דברצונו תליא וכמ"ש אבל ע"מ שאין בו אונאה משמע דאין בו דין אונאה ועיקר דין תורה לגמרי ודוקא עלי הוא דמהני דהיינו ברצונו שלא יתחייב לו וע"מ שאין בו עוקר דין תורה ממש וכן בשביעית כה"ג ע"מ שלא תשמיטני מהני כיון דעלי' קאי וע"מ שלא תשמט שביעית קאי על דין שביעית דעלמא וזה הוי מתנה עמש"ב וכ"כ תוס' פ"ק דמכות דף ו':

ובמשנה למלך פ"ו מהל' אישות כתב וז"ל והנה הדבר ידוע דטעמא דר' יודא דס"ל בדבר שבממון תנאו קיים היינו משום דס"ל שהכוונה היא שתמחלי וכמ"ש הרשב"א וכ' עלה הרב מוהר"ר יעקב כו' ז"ל א"ה כ"כ תוס' בפ' אע"פ דף צ"ו ותמהני על הבית שמואל שכתבו בשם החלקת מחוקק בסי' ל"ח סק"י ע"ש. והמעיין בתוס' שם יראה שלא כתבו אלא לר' מאיר דס"ל בדבר שבממון תנאו בטל שהקשו שם דא"כ קרע כסותו והפטר נימא דה"ל מתנה עמש"ב וכתבו בשם הר"ר אלחנן דדוקא דין שאר כסות אבל למחול יכול ע"ש והיינו לר' מאיר אבל לר' יודא אפי' באומר ע"מ שאין בו דין שאר כסות נמי מהני וכמ"ש וגם מ"ש ותמהני על הב"ש כו' המעיין שם יראה שלא הביא כלל לחלק בין דין למחילה אלא חילוק אחר הוא שכ' בין אומר ע"מ שאין בקידושין שאר כסות ובין אומר ע"מ שאין לך עלי ע"ש והיינו האי דמחלקי תוס' פ"ק דמכות בשמיטה ועמ"ש בס"ק י"ב ובסי' רכ"ז ס"ק ז':

סעיף יב

וכחו מדבר שלא בא לעולם כתב מוהרי"ט ח"א סי' מ"ה באשה שהפקידה ארגז ומטלטלין של בעלה והתנת' עם הנפקד שאם יהיה לו איזה משא ומתן עם בעלה שלא יתפוס אותו בחובו ואח"כ היה לו הלואה אצל בעלה ורוצה לתופסו בחובו וע"ש שהאריך וכתב שם בנדון זה לא מהני סילוק לפי שאינו מועיל סילוק אלא בתקנת חכמים וכדרב כהנא וכדרבא וזה הוי שעבוד מן התורה וכו' ומלבד אותה שמועה דפ' הכותב פירשה הרשב"א בתשובה סי' תתק"ס דבארוסה דוקא הוא אבל קודם לכן לא וכן פי' הר"ן כי' אלא דאותה תשובה דמוהר"מ ז"ל משמע לכאורה שהיא חולקת על זה שיועיל לה לתנאה של אשה אע"פ שאין לה שום שייכות בקרקע וכו'. ועוד נראה לומר דאפילו בסילוק יכול אח"כ לחזור משום דאתי דיבור ומבטל דיבור והא דמהני באומר לאשתו דין ודברים אין לי בנכסייך ושוב אינו יכול לחזור בו התם היינו דמאחר שסילק עצמו בשעת נישואין זכתה היא תיכף בכל זכות שיש בהם אבל בנ"ד כשמסלק עצמו לא זכתה היא ואין לה בהם שום שייכות דלא ניתנ' כתובה לגבות מחיים אלא נשארו ברשות הבעל וכשחוזר בו גובה אותו בחובו עכ"ל. ולפי מ"ש בסקי"א תוס' נמי סברי לדינא דמהני סילוק בדאורייי: ומ"ש מוהרי"ט דלא מהני סילוק אלא בעודה ארוסה וכו' אלא דאותה תשובה דמוהר"מ חולקת על זה וכו' לענ"ד אינו חולק ומשום דהתם בעובדא דמוהר"מ כיון דכבר נשתעבד חשיב שייכות אפי' בקרקע שלא קנה עדיין דהא גבי ארוסה נמי מהני סילוק אפי' לנכסיה שיפלו אח"כ וכמ"ש הר"ן ר"פ הכותב וע"ש שהביא ראיה מדמהני סילוק בארוסה מפירות שלא באו לידה ומשום דראוי לה ליפול אח"כ ע"ש וא"כ ה"נ בנדון דמוהר"מ כיון שכבר נשתעבד חשיב שייכות אפילו בנכסים שיקנה אח"כ אבל אם עדיין לא נתחייב גם למוהר"מ לא מהני סילוק כיון דאין לו שום שייכות ומ"ש מוהרי"ט דאם סילק יוכל אח"כ לחזור משום דאתי דיבור ומבטל דיבור אינו נראה וראי' מדברי הר"ן פ' אלו נערות דאמרו בש"ס דילן ביתום' ומפות'. והביא שם בשם הירושלמי דאין אדם יכול למחול קנס משום דה"ל דשלבל"ע וכו' וסוגיא דילן דסברא דמהני משום דהא למה זה דומה לכותב לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסייך דקי"ל אם מתה אינו יורשה ע"ש ואי נימא דמהני חזרה אכתי ה"ל ממון ומלקות אפילו ביתומה ומפותה דהא בשעת ביאה אכתי חייב ממון והסילוק לא מהני ליה כיון דיכולה לחזור וזכיה לא שייך ביה במפותה כיון דלא ניתנה קנס לגבות עד העמדה בדין כמו בכתובה דלא ניתנה לגבות מחיים: ויותר מפורש בדברי הר"ן פרק האשה שנפלו (כתובות דף פ') בהאי גברא דנפלה ליה יבמה בפומבדיתא בעי אחוה למיפסלי' בגיטא מיניה א"ל מה דעתך אי משום נכסי

בנכסי פליגנא לך ופי' רש"י שהתנה לחלוק עמו וקנו מידו וכתב עלה הר"ן ז"ל ותמה אני ואפי' אמרינן דהיכא דיבם ואח"כ מכר דליהוי זביני' זביני הכא קודם שיבם היאך יועיל דהא ה"ל כאומר שדה זו לכשאקחנה תקדש דלא קדשה וכו' ונראה לי דהכא מיירי כגון שלא היו אלא שני אחין וכל שלא יבם אחד מהם היתה יד שניהם שוה בנכסים לפיכך היה יכול הבכור להתנות שלא יזכה בנכסים יותר מחמת יבומו דה"ל כדאמרינן ר"פ הכותב דנחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עלי' שלא ירשנה וה"נ יכול להתנות קודם יבום שלא יזכה מחמת יבומו שהוא עתיד ליבם יותר בנכסים עכ"ל ומבואר דסילוק מהני שלא יוכל לחזור אח"כ דאי מצי חוזר מה זו הבטחה בנכסי פליגנא לך כיון דאכתי יוכל לחזור ולכן נראה לענ"ד דהיכא דסילוק מהני תו ליתי' בחזרה:

מיהו טענה אחרונה שכת' שם מוהרי"ט נכונה ז"ל דאין כאן מקום לסילוק שאילו היה בא מחמת שעבוד היינו אומרים דמהני סילוקו לענין השעבוד ואם מכרה אח"כ שוב אינו גובה בתורת שעבוד אבל אם לא מכר ועדיין הוא ברשות הלוה והגיע זמנו הרי הוא גובה אותו בחובו שאין הגביה מתורת שעבוד דאפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מצוה הוא לפרוע ע"ש. ודבריו ראוים למי שאמרן והא דכת' הר"ן גבי יתומה ומפותה דמהני בתורת סילוק התם סילק נפשי' מגוף החוב אבל היכא דאינו מסלק נפשי' מחוב גופי' אלא משעבוד שבו וכיון דאפי' ליכא שעבוד נכסי גובה מיני' ומשום דמחויב לפרוע חובו אפי' היכא דליכא שעבוד ול"מ סילוק משעבוד אלא לענין מכירה אח"כ ועמ"ש בסי' פ"ו סק"ה:

סעיף יג

מדבר שלא בא לעולם. בתשובת מוהר"מ במרדכי כ' באשה שסילקה עצמה מקרקע שיקנה בעלה אח"כ ע"ש והיינו דוקא מקרקע שקנה אח"כ אבל בקרקע שהיה לו כבר ל"מ סילוק וכדמוכח פ' מי שהי' נשוי דף צ"ה גבי כתבה ללוקח דין ודברים אין לי עמך וכי כתבה לי' הכי מאי הוי ומסיק שקנה מידה והרי מבואר דאין הבע"ח יכול לסלק עצמו בדברים מקרקע שקנה כבר דה"ל כאלו בא לידו והא דבנשואה אינו מועיל סילוק בדברים אפי' בנכסים שיפלו לה אחר מיכן כמבואר בטור וש"ע אה"ע סי' צ"ב היינו משום דשאני נשואה דידו כידה:

אלא דאכתי מידי ספיקא לא נפקא ולדעת הי"א שהובא בש"ע אה"ע שם סעיף ב' דאם סילק בעודה ארוסה לנכסים שיפלו לה מן הנישואין ל"מ וכיון דבע"ח בנכסי הלוה שקנה כבר ה"ל כמו נשואה וכמ"ש תוס' בפ' מי שהי' נשוי שם בהא דפריך וכי כתבה לי' הכי מאי הוי דהא אכתי לא בא לידה ותי' כיון דאינו יכול למכור ה"ל דין נשואה דאין הבעל

יכול לסלק כי אם בעודה ארוסה ע"ש וא"כ ה"ה בבע"ח אינו יכול לסלק בנכסים שיקנה אח"כ דה"ל כמו סילק בעודה ארוסה מנכסים שיפלו כשהיא נשואה ואפשר דשאני הכא כיון דיכול לחזור קודם שבא לעולם לדעת כמה פוסקים והובא ברמ"א סי' קי"ב משא"כ ארוסה דליתי' בחזרה ומיהו במטלטלין נראה דמועיל סילוק אפי' קנה כבר כיון דעיקר הטעם דאינו יכול לסלק כתבו בתוס' משום דאינו יכול למכור ומטלטלין איתי' במכירה אלא דלפמ"ש בס"ק י"ב דסילוק ל"מ אלא למכירה אבל מיני' ודאי גובה אפי' סילק נפשי' ומשום דמיני' גובה בלא שעבוד ע"ש א"כ ליכא נפקא מיני' בסילוק במטלטלין ודוק:

ועיין סמ"ע שמחלק דין מחילה שכת' הרמ"א לעיל דאינו יכול וכאן כת' דמועיל סילוק דכאן מיירי שנתחייב כבר אלא שלא קנה עדיין הנכסים ע"ש ובט"ז כ' על דברי הסמ"ע ז"ל ואשתומם על המראה דמשמע מדבריו דאם לא נשתעבד כלל מתחלה לא יועיל הסילוק ממה שקנה המתחייב וכמה סוגיות מליאות נגד זה דאמר רב כהנא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עלי' שלא יירשנה כדאי' ר"פ הכותב והיינו מקודם נישואי אשתו ועוד י"ל בדבריו ממ"ש באה"ע הכותב לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסייך וא"כ בעודה ארוסה לא חל השעבוד ואפ"ה קיים וע"ש דמחלק בין מחילה לסילוק ע"ש ודברי הסמ"ע נראין דהא התם ר"פ הכותב נמי דוקא עודה ארוסה אבל קודם אירוסין לא וכמ"ש הר"ן משום דבעודה ארוסה יש לו קצת שייכות וקודם אירוסין דליתי לי' שייכות כלל אינו מועיל הסילוק ע"ש וכאן קודם שנתחייב אין לו שייכות כלל וה"ל כמו קודם אירוסין וז"ב אלא דל' הסמ"ע אינו מדוקדק שכת' דהאי דסעיף ח' מיירי שכבר נתחייב ומש"ה יכול לסלק שעבודו אף מנכסים שעדיין לא קנה וע"ש ול' אף משמע דבנכסים שקנה כבר פשיטא דמהני סילוק ואדרבה מבואר דבנכסים שקנה כבר אינו מועיל סילוק דה"ל כאלו בא לידו וכדמוכח מהאי דפ' מי שהיה נשוי (כתובות דף צ"ה) דפריך וכי כתבה ליה הכי מאי הוי ואינו מועיל סילוק אלא בנכסים שיקנה אח"כ וכמ"ש:

סימן רי

סעיף א

וקנאו במשיכה. עמ"ש בסי' קצ"ז ס"ק ד'):

סעיף ב

אם אמר כשיולד. וכן דעת ר"ת והרשב"ם והרא"ש כרב נחמן דאמר המזכה לעובר לא קני כשתלד קני. וכ' רשב"ם פ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ב) ז"ל דאע"ג דבפירות דקל אפי'

באו לעולם יכול לחזור בו ואפי' לכשיהי' בעולם היינו משום דעובר חשיב בא לעולם קצת ומש"ה אם אמר כשיולד מהני ע"ש ובהגהת אשר"י שם דה"ה במוכר עובר פרתו אם אמר כשיולד מהני הקנין כיון דגבי עובר מהני כשתלד מכ"ש במוכר עובר דאפי' למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע לדבר שלבל"ע מודי דלא קנה ע"ש ולפ"ז אם ליכא עובר ולא נולד כלל ומזכה למי שיולד אפי' אומר לכשיולד ל"מ כמו בפירות דקל דל"מ אפי' אומר לכשיהי' בעולם והיינו דפריך בפ"ק דגיטין גבי מעמ"ש דנעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך אלא מעתה הקנה לנולדים ה"נ דל"מ ע"ש ולא אמרינן דנעשה כאומר לכשיולד ומשום דדוקא אם הוא עובר דחשיב קצת בא לעולם אבל נולד ממש דליכא עדיין עובר ל"מ לכשיולד:

וראיתי בס' פני יושיע פ"ק דגיטין (דף י"ג) שם בתוס' ד"ה לדבר שאינו בעולם מי אמר וז"ל לכאורה אין דבריהם מוכרחים דאי' למימר דתרוייהו ס"ל דלדבר שלבל"ע גרע טפי מדבר שלבל"ע אלא בסברא בעלמא פליגי אי עובר מיקרי בא לעולם כו' וכן פי' רשב"ם כו':

אמנם ראיתי בחידושי הרשב"א פ"ג דקידושין שכ' בשם רב האי גאון דלכ"ע עובר דשלבל"ע אלא דרב נחמן דאמר לכשתלד קנה משום שסובר איפכא מדרב הונא דאמר אין אדם מקנה דשלבל"ע אבל מקנה לדבר שלבל"ע ופסק רב האי כרב נחמן בהאי מלתא דלכשתלד ובקידושין פסק דאפי' באשתו מעוברת אינה מקודשת וכן נראה להדיא שפסק הרא"ש ז"ל אבל קשה קושיא גדולה לרבינו האי והרא"ש שפסקו כרב נחמן והיינו איפכא מדרב הונא א"כ למה כת' הרא"ש בשמעתין דמעמד שלשתן הוא הלכתא בלא טעמא ותיפוק לי' דלרב נחמן הוי הלכתא בטעמא ומשום דנעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ואפי' לנולדים מהני אף לרבנן דר"מ דלדבר שלבל"ע מודי דקנה דומיא לכשתלד וצ"ע עכ"ל והנה המעיין בחידושי הרשב"א יראה מבואר דלא כתבי אלא בעובר אבל היכא דאפי' עובר ליכא ודאי ל"מ לכשתלד ע"ש ז"ל והרמב"ם כ' הוכר עוברה מקודשת וכו' ובס' המקח לרב האי גאון ראיתי שפסק בזו דאינה מקודשת ובמזכה לעובר פסק כרב נחמן דאמר לכשתלד קנה ונראה דס"ל דאין אדם מקנה דשלבל"ע ואפי' לכשיבאו לעולם דגוף דבר הנקנה בעי' שיהי' ממש בעולם אבל כשגוף דבר הנקנה בעולם אע"פ שהקונה אינו ממש בעולם כעובר שהוכר ולא בא לעולם לגמרי ומחוסר מעשה שאינו בידו אפ"ה אם אמר לכשיבא לעולם קנה כרב נחמן ואע"ג דהתם אמרינן איפכא אימר דשמעת לי' לר' מאיר אדם מקנה דשלבל"ע לדשלבל"ע מי שמעת ליה רב נחמן איפכא ס"ל עכ"ל:

והרי לפנינו דגם לרב האי גאון דעדיפא לי' לדבר שלבל"ע אינו אלא בעובר דחשיב קצת בעולם ובדבר הנקנה בעי' שיהי' ממש כולו בעולם אבל היכא שלא בא לעולם כלל גם לרב האי ל"מ דהא במזכה לעובר כ' אע"פ שהקונה אינו ממש בעולם כעובר שהוכר ולא בא לעולם לגמרי ומשמע להדיא דאם לא הוכר העובר ל"מ מזכה לעובר אפי' אומר לכשתלד ודעת הרא"ש דסובר נמי אינו אלא בהוכר עובר בזה הוא דעדיפא ליה הקונה מן הנקנה אבל לדבר שלא בא בעולם כלל ודאי ל"מ לכשתלד וא"כ מעמ"ש ה"ל הלכתא בלא טעמא כיון דאפי' הקנה לנולדים שלא באו עדיין לעולם כלל מהני מעמ"ש והא דכת' הרשב"א ואע"ג דהתם אמרי' איפכא כו' לדשלבל"ע מי שמעת לי' רב נחמן איפכא ס"ל לדבריו דהקונה לא עדיף מדבר הנקנה אלא היכא שבא לעולם קצת אבל לא בא כלל לעולם לא עדיף וא"כ שפיר מצי קאי הסוגיא אפי' לרב נחמן דהקנה לנולדים היינו כשלא בא לעולם כלל דודאי לרב נחמן כיון דעדיפא לי' עכ"פ הקונה בבא לעולם קצת א"כ לרבי מאיר נמי עכ"פ לא גרע הקונה מדבר הנקנה ומהני אפי' לנולדים וא"כ ע"כ הסוגיא לרב הונא דלדידי' דבר הנקנה עדיפא מן הקונה ומיהו לדידן דקי"ל כרב נחמן נמי אינו עדיף הקונה אלא בא לעולם קצת וא"כ מעמ"ש אכתי הלכתא בלא טעמא וכמ"ש ולפ"ז ניחא נמי דברי תוס' שם שכתבו דהסוגיא לרב הונא והיינו דלרב נחמן עכ"פ לא גרע הקונה מדבר הנקנה ואדרבא עדיפא לי' מיהת בבא לעולם קצת וז"ב:

סעיף ג

ואם הוא בנו. כ' בשו"ת מוהר"ם רוטנברק ז"ל וכתבתם קי"ל פ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"א) כר' יוחנן דאמר המזכה לעובר קנה הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו כן הוא אע"ג דאיכ' למיתמ' א"כ מצינו דעובר מנחיל כגון אם זכתה לו אמו מנכסים הואיל וזכה מנחיל לאחין מן האב ותנן דוקא בן יום א' (נדה דף מ"ד) איכ' לאוקמה נוחל ומנחיל לא אשכחנ' אבל הכא בתורת מתנה זכה לא בתורת ירושה עכ"ל ולפי מ"ש הרמב"ן בחידושיו פ' אלמנה לכ"ג ז"ל והראב"ד ז"ל אמר כיון דקי"ל המזכה לעובר שלא קנה משום שדעתו של אדם קרובה כו' כ"ש בירושה הבאה מאילי' וזו אינה תשובה שאין אותו הדין אלא דקנה ודוק' בשכ"מ ולא שזוכה מעכשיו אלא לכשנולד זוכה כעין ירושה כדי שלא תטרוף דעת ואין דינו כן בבריא עכ"ל וכיון דאינו זוכה אלא לכשיולד א"כ תו לא מצינו מנחיל בעודו עובר:

סעיף ד

ובן בנו כאחר דמי והוא בתשובה כלל פ"ב סי' ד' וכתבו שם מסברא דנפשיה דאין דעתו של אדם קרוב' אצל בן בנו ובתרומ' הדשן סי' ש"ן כתב ז"ל משא"כ בנ"ד דאמרינן

בפרק יש נוחלין ובפ' מי שמת דעתו של אדם קרובה אצל בנו וה"ה מסתמ' אצל בת בנו ונוכל לומ' דגמר והקנה לה הק' ליטרא מנכסיו בלי תנאי עכ"ל והרמ"א כתב כאן כדברי הרא"ש ובסי' רנ"ז משמע דס"ל כדברי תה"ד ונ"ע:

סעיף ה

קנה הוא מחצה. פ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ג) קני את וחמור רב נחמן אמר קנה מחצה ורב המנונא אמר לא אמר כלום ורב ששת אמר קנה הכל ואיפסקא הלכתא כרב נחמן דאמר קנה מחצה וכ"כ הרמב"ם והטור וש"ע. והקשו הראשונים מסוגי' דקידושין (דף נ"א) שם במעשה דחמש נשים ובהן שתי אחיות וליקט א' בכלכלה של תאנים ושלהן היתה כו' ואמר הרי כלכם מקודשות לי בכלכל' זאת וקבלה אחת מהן ע"י כולם אמרו חכמים אין אחיות מקודשות ופריך הא נכריות מקודשות ואמאי את וחמור הוא ומוקי לה באומר הראוי' מכם לביאה תתקדש לי והיכי פריך את וחמור כיון דקי"ל כרב נחמן דאמר קנה מחצה. וביותר תמוה דברי הרמב"ם פ"ט מהל' אישות שכתב כמסקנ' דש"ס באומר הראוי' מכם לביא' ע"ש וכיון דפסק כרב נחמן קנה מחצה למה צריך לומר הראוי' מכם כו': ותלמידי ה"ה הרבני החריף מוהר"ר יצחק פרענקיל ש"ן חתן הרבני הנגיד המפורסם מוהר"ר יוסף מייזילש מלבוב תירץ לפי מ"ש במרדכי מעש' באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבת אחת ונחלקו חכמי הדור בדבר יש אומרים דדמי לקני את וחמור דפ' מי שמת וכי היכ' דלא קני המעות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין גם המטלטלין והקרקע לא קנה וכו' ע"ש והוא תמוה דהא קי"ל כרב נחמן דאמר קנה מחצה וכ' על זה שם בהג"ה וז"ל דכאן בנדון זה נחלקו חכמי הדור משום דאינו דומה להתם משום דבנדון זה אמרינן מגו וזהו שכתב וכי היכ' דלא קני המעות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין גם המטלטלין והקרקעות לא קני ולא שייך למיפרך ל"ל אמרי' ג"כ מגו גבי קני את וחמור משום דלא שייך למימר התם מגו כמו שפי' רש"י דה"ל כאלו אמר בהדי' הוא מחצה ואתה מחצה ולמה יפסיד האיש חלקו בשביל החמור שלא תלאן זה בזה וע"ש. ותורף דבריו דהיכ' דהקנין הוא לאחד ובשני דברים בא' מועיל הקנין ובשני אינו מועיל אמרינן מגו דלא קנה זה לא קנה כלום אבל אם הקנין הוא לשני בני אדם אע"ג דא' לא קנה השני מיהת דבר קנין הוא קנה מחצית והיינו האי דרב נחמן. והאי דכלכם מקודשות לי הוי דמיא למי שהקנה לאחד דתוס' כתבו בפר' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"א) ע"ש בד"ה בשלמא סיפ' לחומר' וז"ל תימא אמאי לא הוי ריבית גמור כשהעמידו אצל ישראל שהרי ישראל שני נעשה שלוחו של ראשון לקבל חובו וי"ל דאפי' שיוכל לזכות במציאה הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו דנהי אם

היה הנכרי מפקיר מעותיו היה יכול לזכות לחבירו השתא מיהא שנכרי אינו מפקירן אלא בא לזכות מעותיו לזה המלוה ע"י הלוה אין לו כח לזכות שא"כ היה ישראל המקבל שלוחו של נכרי ואין שליחו' לנכרי ולכן דוק' לחומר' אסו' עכ"ל ומבוא' מדבריהם דכל המזכ' לחבירו ע"י אחד צריך הזוכה להיות שלוחו של המזכ' וא"כ הכא נמי זאת שקיבלם בעד כולם והוית שלוחו של המזכה והוא המקדש ופריך שפיר את וחמור הוא היינו כיון שבטל השליחו' לגבי אחיות בטל השליחות לגמרי אפי' לגבי נכריו' דהא באדם א' אמרינן מגו דלא קנה זה לא קנה כלום וה"נ כיון שלא נתפס השליחו' לגבי אחיות בטלה הכל ואין כאן שליחו' כלל לזה משני באומר הראוי' מכם כו' וניחא דברי הרמב"ם פ"ח מאישות דדוק' בשני בני אדם כהאי דרב נחמן הוא דאמרי' קנה מחצה אבל הכא גבי מעשה חמש נשים הוי כמו אדם אחד כיון דבעינן שליחות וה"ל כהאי מעשה דמרדכי דלא קנה כלום: ובזה ניחא נמי ליישב דברי רשב"ם פ' מי שמת. בהא דפריך שם ואמאי את וחמור הוא וכתב שם הרשב"ם ז"ל וכי היכי דאחיות לא קנו נכריות נמי לא יקנו אלא ש"מ מה שיש בידו כח לקנות יקנה הכל כרב ששת עכ"ל ודבריו תמוהין דהיכי מוכח כרב ששת דהא לרב נחמן נמי ניח' דאמר קנה מחצה ולפי מה שכתבתי ניחא ואי נימ' קנה מחצה לא קנה כלום מגו דשליחו' בטל גבי אחיות בטל לגבי כולן אלא ש"מ כרב ששת ואם כן כל השליחו' נתפס לגבי נכריות ודו"ק ודבריו נכונים:

סימן ריא

סעיף א

אנא מאבוה דאב' יריתנ'. עמ"ש בסי' ק"ד ס"ק ט"ו:

סעיף ב

פקדון ביד אחר ומשום דכל היכא דאי' ברשות דמארי' הוא כתב בישו"ש ב"ק פ"ה סי' ל"ג ז"ל והא דיכול להקדיש היינו בית הממושכן או קרקע הממושכן דקרקע לעולם ברשותא דמארי' קאי אבל שכר בהמתו או שאר מטלטלין או השכינם פשיט' דלא יכול להקדיש מדר' יוחנן דאמר מה ביתו ברשותו אף כל שברשותו וזה אינו ברשותו ואף הרי"ף לא כ' בפ"ק דב"מ שיכול להקדיש מטלטלין אף שאינו ברשותו אלא דוקא פקדון דלא כפרי' אבל לא מה שיש לחבירו קצת שעבוד עכ"ל ובסי' ל"ד שם ז"ל פסק ואם המשאיל מקדיש בית השואל אף בימי השאילה נראה פשיט' דהקדש מפקיע אף שלא היה יכול לחזור המשאיל מימי שאילתו מ"מ שעבוד ממש פקע לגמרי אבל מטלטלין השואל בתוך ימי השאילה נראה פשיט' שאינו דומה לפקדון ולא חל עליהם שם הקדש כדמוכח מפ"ק

דב"מ עכ"ל: ולענ"ד נראה מה דפשיט' ליה למוהרש"ל להאי גיסא דהוא להיפך וראיה ברורה מדברי תוס' פ' הספינה (בבא בתרא דף פ"ז) ד"ה הלוקח כלי מבית האומן ז"ל לכאור' נרא' דחייב לשלם דחשיב כשואל כו' מיהו רש"י פי' בב"מ דנאנסו חייב בהליכ' משום דחשיב כלוקח וכו' וכן נרא' לר"י דחשיב לוקח ומייתי ראיה מהאי דלקמן דאייתי קרי לפום נהר' אתי כ"ע שקול קרי קרי אמר להו הרי הן מקודשין לשמי' אתי לקמי' דרב כהנ' אמר להו אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו ואי שאול הוי אמאי לא יוכל להקדי' מה שהשאיל ביד אחרים כמו שהמשכיר יוכל להקדיש ע"ש הרי שכתבו לפשוט דמטלטלין השכורין ושאולין יוכל להקדיש וגם בנימוקי יוסף כתב שם כדברי תוס' וכן מוכח מדברי תוס' מרוב' דף ע' ד"ה לא כתבינן אורכתא ז"ל אבל אמטלטלין דפקדון כתבינן וכו' ועוד דלעיל אמר אין הגונב אחד הגנב משלם כפל משום דאין בעלים יכולין להקדיש וגונב מבית הנפקד משלם כפל לבעלים כדתניא בהמפקיד ועיקר קרא בגונב מבית שומר כתיב עכ"ל וראי' זו נמי מוכרחת לשאול ושכיר דמשלם כפל לבעלים כמבואר בסוגיא שם ר"פ המפקיד וע"ש דבעי לה בשותפין ששאלו ושילם אחד מהם ושאל שתי פרות כו' ועלו בתיקו ופסק הרי"ף דחולקין השואל והבעלים וכן כתב הרמב"ם פ"ח משאלה ובטור סימן ש"ן ואם אינו יכול להקדיש מטלטלין השאולים א"כ לית ליה לבעלים כלום בכפל כיון דלאו ברשותיה הוא להקדישו ע"כ שאול ושכיר דלא כפרים ברשות בעלים וכן נראה מהא דכתב בטור א"ח סימן רמ"ו ובש"ע שם דאם השאיל או השכיר בהמתו לכותי והתנה עמו שיחזירנה קודם שבת ועיכבה בשבת יפקירנה ע"ש ודבר שאינו ברשותו אינו יכול להפקירו כמ"ש בס"ק ג' ואפשר לחלק דהתם כיון שהתנה עמו להחזיר קודם שבת כלתה לה שאלה אבל הנך ראיות דלעיל ברורין וע"ש בש"ע א"ח ולכן נראה כמ"ש דשאול ושכיר יכול להקדישן וגם למוכרן לאחר ועמ"ש בסי' רצ"א סק"א:

סעיף ג

ואם כפר בו זה שהופקד אצלו והיינו משום דה"ל גזלן וה"ל דבר שאינו ברשותו ואם הגזלן רוצה להחזיר הגזיל' נראה דהדר ה"ל פקדון ויכולין הבעלים להקנותו ולהקדישו וכן נראה מדברי בעה"מ פ' שור שנגח ד' וה' ע"ש מיהו הרמב"ן בס' המלחמות שם כתב עלה ז"ל ולא זו בלבד שפי' בגזל ולא נתייאשו הבעלים אינו כלום שאע"פ שהוא רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו ע"ש ולפ"ז ה"ה פקדון דכפרי' אע"ג דלא אתי לידיה בתורת גזילה בתר דכפרי' ה"ל כופר בפקדון דהוי גזלן ממש ואפי' אח"כ רוצה להחזיר ה"ל גזילה ואינו יכול להקדישו ולהקנותו ובפ"ק דמציעא (דף ו') בעי לה הקדישה בלא תקפה מי אמרינן כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמאן

דתקפה או דלמא השתא מיהת הא לא תקפה וכתיב איש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו לאפוקי האי דלא ברשותו וכ' תוס' שם דמבעי לי' אי הוי אודיי אודי תו לא הוי דבר שאינו ברשותו דה"ל כפקדון ע"ש ומשמע דס"ל לתוס' דגזילה נמי כי האי דהתם דשנים אוחזין בטלית וז"א כולה שלי כי אודי לסוף הדר ה"ל כמו פקדון ולדעת הרמב"ן דס"ל דאפי' רוצה להחזיר כיון שכבר בגזיל' תחת ידו אינו יכול תו להקדישו נראה לפרש הא דמבעי' ליה בהקדישה בלא תקפה הכי מבעי מי אמרי' כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וה"ל כתקפ' ואודי ליה ומהני הקדש או דלמא השתא מיהת לא תקפ' וכתיב איש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו לאפוקי האי דלא ברשותו והיינו משום דכבר בגזל ת"י כיון דכפר ואמר כולה שלי ומספק' ליה בזה גופא אם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו עד דפשט בש"ס ת"ש כו' דהאי מסות' כו' ופרשו רבנן כו' ומסקינן דאינה קדוש מדר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדיש וא"כ ה"ה הקדישה בלא תקפ' ה"ל דבר שאינו ברשותו אע"ג דאודי לי' וע"ש פי' תו' דמפרשי משום אודיי אודי ומפרשי נמי האי מסותא על דרך זה בשתק ולבסוף צווח ומפרשי הא דבעי לה בהקדישה בלא תקפה מי נימא הקדש הוי כתקפה ואודי לי' או דלמא הקדש לא הוי כתקפה ע"ש ואינו מובן הא דאמרו או דלמא השתא הא מיהא לא תקפה וכתיב איש כי יקדיש את ביתו כו' תיפוק ליה כיון דבהקדש לא אמרינן אודי דלא הוי כתקפה דלא ה"ל למצווח ע"ש בתוס' וכיון דלא תקפה ולא אודי לי' ודאי אינו שלו דהא הטלית בחזקת שניהם בודאי הוי ולפמ"ש פשיטא לי' לש"ס דגבי הקדש נמי אמרי' אודי כיון דאמירה לגבוה כמסירה ה"ל כמו תקפה והי' לו למיצווח או דלמא נהי דאודי כתיב איש כי יקדיש וה"ל דבר שאינו ברשותו ומספקא לי' בזה דבדבר שאינו ברשותו אם יכול להקדישו כבר איפלגי ר' יוחנן וריש לקיש במרובה ע"ש עד דפשטה מהאי מסותא דאיפסק כר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' וה"נ אינו קדוש ודוק:

סעיף ד

אינו יכול להקנותו והפקר בדבר שאינו ברשותו כת' בתשו' הב"ח דמהני ע"ש סי' קכ"ד ז"ל ועוד שלפי האמת אין דין הפקר כדין המתנה וכו' ועיקר הפקר הוא מדין נדר וכמו שכ' הרמב"ם פ"ב מנדרים וכו' והשתא ודאי אין דינו כמתנה לענין דשלבל"ע או דבר שאינו ברשותו אלא כמו הנדר שהוא חל בכל ענין אף ההפקר חל אכל דבר ואפי' לא בא לעולם או לא בא ברשותו וכן מוכח מפי' רש"י בכריתות פ' המביא אשם תלוי דהנותן קרקע לחבירו שאינו בידו אם אמר אי אפשי בה לא הוי בה לשון הפקר אלא רוצה לבטל

המתנה וכ"כ הרא"ש פ' השולח מבואר שם להדיא דאם אמר בפירוש לשון הפקר דהוי הפקר גמור וכל הקודם בה זכה אלמא דיכול להפקיר אפי' לא בא עדיין לרשותו ובטור סי' רמ"ה משמע עוד דלהרמב"ם אפי' בקרקע שאינו בידו הוי אי אפשי בה לשון הפקר כדפרישית מ"מ בהא ליכא מאן דפליג דלשון הפקר להדיא מהני אפי' לא בא לרשותו וממילא ה"ה לדבר שלבל"ע עכ"ל ע"ש ואינו נראה דודאי כשם שאין יכול להקנות ולהקדיש כן נמי אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו וראיה ברורה מהא דאמרו פ' מרובה (בבא קמא דף ס"ט) צנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד צנועין הא דאמרן ר' דוסא דתנן ר' דוסא אומר לעתותי ערב אומר כל שלקטו עניים יהא הפקר ע"ש מבואר להדיא דמאן דס"ל דאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו וה"ה לחלל ס"ל נמי דאינו יכול להפקיר וצנועין הוא דסברי אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו ומש"ה צנועין ור' דוסא אמרו דבר א' ואי נימא דהפקר מהני בדבר שאינו ברשותו א"כ דר' דוסא אינו בדבר א' עם צנועין וזה ברור. ומ"ש הב"ח דכן מוכח מרש"י פ' אשם תלוי כו' מבואר שם להדיא דאם אמר בפירוש לשון הפקר דהוי הפקר גמור כו' הרואה יראה שם דהתם מיירי שהגיע כבר המתנה לידו וזכה בהמטלטלין במשיכה והגבהה ובקרקע בחזקה ולאחר שהגיע לידו אמר אי אפשי בה ומחלק רש"י דגבי מטלטלין שתפיס בידו הוי לשון אי אפשי בה לשון הפקר ובמתנת קרקע אי אפשי בה אינו ל' הפקר אלא כמי שאומר שאין המתנה קיימת מש"ה לא אמר כלום ע"ש וכיון דכבר זכה בה מש"ה לשון הפקר מהני ובקרקע דאינו לשון הפקר לא אמר כלום כיון דכבר זכה וזה ודאי כל זמן שלא הגיע המתנה לידו ואומר אי אפשי במתנה אינו זוכה בע"כ והי' מהני גם בקרקע. וע"ש בש"ס ותראה להדיא כדברינו דמיירי שכבר זכה במתנה ותמהני הפלא על הב"ח בזה:

ומ"ש הב"ח עוד שם וז"ל ועיקר הפקר מדין נדר כו' ולכן כת' הרמב"ם דיני הפקר בהל' נדרים וראייתו מן הירושלמי שהביא בהגהת מיימוני תשמטנה ונטשתה יש לך נטישה אחרת שהיא כזו ואין זו הפקר עכ"ל ודבריו שגבו ממני דמהתם אינו מוכח אלא דבהפקר יוכל כל אדם לזכות כמו בשמיטה אבל שיהי' מתורת נדר אינו מוכח משם ועמ"ש בסי' ער"ג סק"א:

סעיף ה

אבל המלוה הואיל ולהוצאה נתנה ודעת בעל המאור פרק שור שנגח ד' וה' דמלוה וחוב יכול אדם להקדישו ודוקא גזילה הוי דבר שאינו ברשותו כיון דמסרהב ליתנו אבל במלוה דאינו מסרהב להחזיר הוי ברשותו ע"ש והרמב"ן שם השיגו והוכיח דמלוה הוי דבר שאינו ברשותו מהא דקי"ל דהלואה אינו נקנה אלא במעמ"ש והא אי' נמי באגב

דמטבע נקנה בו ועוד אמרו המקדש במלוה אינה מקודשת וכן במקח וממכר אלמא כדבר שלבל"ע דמיא לענין הקדש נמי דבר שלבל"ע הוא עכ"ל. וראיה זו מהא דמקדש במלוה נראה תמוה וכי משום דשלבל"ע אתינן עלה התם טעמא דמלתא משום דלא יהיב לה מידי ואינה אצלה הנאה מחודשת דכבר יהיב לה ומה"ט מקדש אותה במלוה דאחרים אי לאו משום דלא סמכה דעתה דמוחל וכדמוכח פ' האיש מקדש (קידושין דף מ"ח) ע"ש ונרא' דהוא לפמ"ש הר"ן שם בפרק האיש מקדש טעמא דמלתא במקדש במלוה דידה אינה מקודשת ואלו במלוה דאחרים מקודשת היא משום דמלוה לאו כסף מיקרי ולא שוה כסף הוא אלא מילי בעלמא ומיהו במלוה דאחרים דעתה אהנאה דאית לה בגוה והנאה מיהא הוי אבל במלוה דידה סתמא לאו דעתה אהנאה ע"ש ולפ"ז נכון דברי הרמב"ן במ"ש ראי' דמלוה ה"ל דבר שלא בא לעולם כיון דחזינן דמקדש במלוה דידה אינה מקודשת וטעמא משום דלא הוי כסף ולא שוה כסף אלא מילי בעלמא א"כ ודאי אינו יכול להקדישו כיון דאינה אלא מילי בעלמא כל זמן שלא נגבה אבל לפי שטת תוס' שם דמלוה דאחרים ה"ל הנאה מחודשת ובמלוה דידה אין לה הנאה מחודשת א"כ אינו דאי' כלל משם דמלוה ה"ל דבר שאינו ברשותו ודוק. ועמ"ש בסי' ק"א סק"ב:

סימן ריב

סעיף א

אכילת פירות דקל זה ומשום דיאכל ה"ל דבר שאין בו ממש וא"כ אפי' כבר באו הפירות לעולם ל"מ ומשום דלשון יאכל הוא לשון גרוע דה"ל דבר שאין בו ממש אבל מדברי הטור נראה דוקא אם לא בא הפירות לעולם הא בא לעולם מהני לשון יאכל דה"ל דבר שיש בו ממש ובס' בני יעקב ראיתי שכ' ז"ל אמנם אשוב אתפלא על הטור ז"ל דמדברי הרא"ש בפ' אע"פ נראה דס"ל דאינו אוכל לא חייל משום דהוי דבר שאין בו ממש וכן נראה מדברי הטור ואיך כת' כאן דהוי יש בו ממש וצ"ע עכ"ל ואינו ברא"ש פ' אע"פ אבל הוא ברא"ש פ"ק דנדרים בפירושו (דף ד') שם קונם שאני אוכל ז"ל כלומר בקונם יהא עלי מה שאוכל ולא גרסי' שאיני אוכל לך שאין לנדר מקום לחול עליו עכ"ל:

אמנם אינו דומה שאיני אוכל ביו"ד דהוא לשון שלילה ודאי ה"ל דבר שאין בו ממש אבל קונם שאני אוכל ה"ל דבר שיש בו ממש וא"כ אדרבה מוכח דאכילה ה"ל דבר שיש בו ממש ובטור י"ד סי' רי"ג מבואר דקונם שאני עושה קונם שאני מדבר לא חייל אבל קונם שאני אוכל הוי נדר ע"ש וא"כ מוכח דהנדר חייל על אכילה עצמו דה"ל ממש ושאני עושה ושאני מדבר לא חייל על העשיה והדיבור וע"ש בט"ז וא"כ אכילת עצמו

ה"ל ממש וכמ"ש. ומיהו אינו ראיה שיחול הקנין בלשון אכילה אע"ג דהוי ממש לענין נדר משום דהש"ע ס"ל דהוא דומה לקנין אתן והטור דס"ל דמהני לקנין אין בו קושיא מנדר דהא בנדר נמי דוקא שאיני אוכל ביו"ד הוא דלא חייל דהוי"ל ל' שלילה ובקונם שאני אוכל התם בנדר נמי חייל על האכילה עצמה וכמ"ש:

סעיף ב

בונה והורס באה"ע סי' צ' כתב הרמ"א אשה שמכרה בנכסי מלוג שלה לאחר שנשאת דהלוקח יכול למחות בבעלה שלא יבנה ושלא להרוס ע"ש וכ' הסמ"ע ז"ל משמע אבל אם לא מכרה אין האשה בעצמה יכולה למחות בו והוא מה"ט שבעלה קנאה כל ימי חיי' כו' וע"ש בסי' קמ"ט סק"ב:

סעיף ג

אם ציוה אדם כשהוא שכ"מ והקשו עליו דהא כשמת בטל נדרו וכ' עלה הרב המגיד ז"ל שאף במתנת שכ"מ אע"פ שאין הנודר קיים מצוה לקיים דברי המת כמו שהוא מחויב אם היה קיים ועיקר עכ"ל והיינו דאע"ג דהיכא דלא הושלש מתחלה לכך לא אמרי' מלדה"מ אבל הכא שהיה מחויב בדבר אם הי' קיים עדיפא ולא גרע מהשליש מתחל' לכך ועמ"ש בסי' רנ"ב סק"ב:

סעיף ד

ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים ודעת הרא"ש דאם אמר לכשאקננו יהא הקדש אינו כלום אלא דוקא באומר לכשאקחנו אקדישנו אז הוא דצריך לקיים נדרו ולהקדישו ולדעת הרמב"ם אפי' בדשלבל"ע דאינו קדוש צריך לקיים דבריו משום נדר מש"ה אפי' אומר יהיה הקדש או לעניים נמי צריך לקיים דבריו וע' ש"ך ס"ק י"ב: ונראה ראיי' לדברי הרמב"ם מהא דאיתא במס' פיאה מי שליקט את הפיאה ואמר הרי זו לפ' עני ר' אליעזר אומר זכה בו וחכמים אומרים יתננה לעני הנמצא ראשון ומפרש לה פ"ק דמציעא מעני לעני מחלוקת וסבר ר' אליעזר מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' וחכמים סברי דלא אמרי' מגו ע"ש וכיון דמיירי מעני לעני וסברי חכמים דלא אמרי' מגו ולא זכה העני שליקט בשבילו א"כ אמאי יתננה לעני שנמצא ראשון יזכה בה הוא עצמו כיון דעני הוא אלא דלפמ"ש הרמב"ם דצריך לקיים דבריו משום נדר אע"ג שעדיין לא קנה אותו א"כ כיון שאמר הרי זו לפ' עני צריך לקיים דבריו משום נדר דמשום נדרו יכול לתנו לעני אחר ולר' אליעזר דס"ל אמרי' מגו וזכה אותו עני שליקט בשבילו וצריך ליתנו לאותו פ' עני אבל לחכמים דלא זכה פ' עני אלא משום נדרו וסגי לה ליתנו לעני אחר ובשו"ת רדב"ז סי' קל"ד ושו"ת ריט"ץ סי' רס"ד נסתפקו בנודר לפ' עני אם יכול לשנותו לעני אחר ע"ש

ונראה כיון דיכול לשנותו למצוה אחרת וכמ"ש תוס' פ"ק דערכין (דף ו' ד"ה) עד שלא בא ליד גבאי כו' בשם הר"ר ברוך דאם נדר צדקה לעניים יכול לעשות מצוה אחרת ע"ש וא"כ נראה דה"ה בנודר לפלוני עני כיון דלא אמרי' אמיר' לגבוה כצדקה לעניי' ואינו אלא משום נדר דכתיב בפיך זו צדקה וסגי לי' ליתנו לעני אחר מיהו מדברי הגהת מיימוני נרא' דאינו יכול ליתנו לאחר ע"ש פ"א מזכי' ז"ל פסק מורי רבינו זצ"ל על איש ואשתו שהתנו ביניהם בקנין וכתבו בשטר לתת כך וכך לקרוביהם ומת א' שאין השני יכול לשנות לתת מחצה לקרובי המת כיון שלא הזכירו שום אדם אלא סתם לקרובים זכו קרוביו במחצה וקרוביהם במחצה ונעשה נדר ואי אפשר לשנות ואמירתו לגבוה כמסירה להדיוט ואלו היה רוצה לשנות ולתת לעשירים לאו כל כמיני' מעני לעני נמי לא עכ"ל ואפשר דס"ל להגה"מ דאמיר' לגבוה אמרי' נמי באמירה לעני דהוי קנין ממש כמו באמיר' להקדש והדברים עתיקין וע' ב"י בי"ד סי' רנ"ח וא"כ ודאי א"י לשנות מעני לעני אבל לפי דעת רוב הפוסקים דאמירה לעני אינו קנין אלא משום נדר יכול הוא לשנותו לעני אחר. ולדעת הרא"ש דס"ל דאין צריך לקיים דברו משום נדר היכא דאמר יהיה הקדש נראה לישב בהא דתנן יתננה לעני הנמצא ראשון ולפמ"ש הרא"ש בנדרים (דף ל"ב) בשם הר"ר אליעזר ממיץ דהיכא שהי' לפניו ככר של הפקר ולא היה אחר סמוך לה אלא הוא דיכול להקדישו כיון שבידו לזכות בה לא הוי דשלבל"ע ע"ש וא"כ ה"נ אם ירצה לזכות בה הוא עצמו הרי חייל נדרו מה שנדר ואמר הרי זו לפ' עני דלא הוי דשלבל"ע כיון שהי' בידו לזכות אבל אם אינו מכוין לזכות עצמו ולא בא לידו כלל לא חיל נדרו כלל דאפי' לר' מאיר דאמר אדם מקנה דשלבל"ע היינו כשבא לידו בסוף כמ"ש תוס' פ' הספינה (בבא בתרא דף ע"ט) ע"ש ומש"ה כשיתננה לעני ראשון ואינו זוכה בה לעצמו לא חייל נדרו אבל כשיזכה הוא עצמו חייל נדרו למפרע ודבר שלא בא לעולם לא הוי כיון שבידו לזכות:

סעיף ה

קנה קרקע אדעתא שיתננו הקדש כתב במרדכי פ' בני העיר ז"ל על ראובן שאמר קרקע זו אני נותן לבנות עליו בה"כ וכו' ומיהו נהי דאין רשאין לשנות בלא דעת ראובן ראובן נמי לא מצי לשנות ולמיהדר דלא גרע מהאומר אתן לפ' עשיר אם הי' דעתו שיהי' נדר דנעשה נדר כ"ש הכא דאיכא נמי עניים בעיר דנעשה נדר ולא מצי למיהדר בי' עכ"ל ותמה אני לא אדע באומר אתן לפ' עשיר דאם היה דעתו שיהיה נדר וכו' דמה ענין נדר בזה ואפי' בנודר שלא אוכל או שאוכל עמך כתב הרא"ש בנדרים רפ"ק דאפי' יד לא הוי דנדר אינו אלא לצדקה ואפי' לדעת הפוסקים דמהני נדר בל' שבועה היינו בנודר בפי'

שאוכל או שלא אוכל דהוא משום יד והוא דעת הרמב"ם ודעימי' דיש נדר בל' שבועה משום יד ועיין טור י"ד סי' רל"ט וב"י שם אבל זה שלא נדר בפי' אלא שאומר אתן והי' הכוונה לשום נדר בזה לא הוי לא יד ולא כינוי וצ"ע וע' ב"י בי"ד סי' ר"ו:

סעיף ו

אתננו להקדש הוי עליו נדר כתב רשב"ץ ח"ב סי' קל"א שאלת אדם שנדר בעת צרתו ואמר כל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך וכשיצא אל הרוחה לא קיים את נדרו ואחר זמן מרובה נתעורר לתשובה והתחיל לקיים נדרו כו' תשובה אלו נדר ואמר אתן כך כשאצא מצרה זו הי' חייב לשלם כדאמדי' פ"ק דר"ה מוצא שפתיך תשמור כו' בפיך זו צדקה ועובר על לא יחל דברו ואע"פ שהוא דשלבל"ע חל עליו הנדר כמ"ש הרי"ף פרק שור שנגח והרמב"ם פרק כ"ב ממכיר' אבל זה לא אמר כן אבל כל מה שארויח אתן ממנו מעשר וא"כ בכל עשר פרוטות שהרויח הי' בהן הקדש פרוטה אחת והוא לא נתנה אבל אכלה וכיון שאכלה פטור הוא מלשלם כו' וא"כ זה האיש שאכלה מה שהוא חייב לתת לעניים מפני נדרו פטור הוא מלשלם אלא שאם הוא עשיר משלם במדת חסידות ואם הוא עני פטור אפי' ממדת חסידות עכ"ל:

ונראה דהיינו דוקא אכלה אבל אם קנה ממנו סחור' או פרע בחובו דמשתרשי ליה בזה חייב לשלם מדינא כדאי' בפ' הזרוע הרי שאנס המלך את גורנו כו' דחייב לשלם משום דמשתרשי לי' והא דאכלן פטור כתבו שם תוס' משום דיכול לו' הייתי מתענה ומיהו לדברי הר"ן דהיכא שביטל הוא מצותו אפי' נתנ' נמי פטור והובא דברי הר"ן בסי' ק"ז סק"ו. ובעיקד דברי הרשב"ץ נרא' דכיון דלדעת הרא"ש דבאומר מה שיוציא אילן זה לעניים דאין בדבריו כלום אלא כשאומר אקדשנו מחויב להקדישו לעניים מטעם נדר וא"כ זה שאומר מה שארויח אתן מעשר הרי עכשיו לא חייל מידי אלא שמחויב להפרישו וליתן לעניים וזה שלא הפריש ולא קיים נדרו הרי כבר עבר ותו אין בו לעניים כלום אפי' ממדת חסידות ודוקא במתנות כהונה דהוי של כהנים וזה אכלן או הזיקן מחויב לשלם את ההיזק אבל זה לא הזיק כלום כיון דעדיין לא הי' של עניים אלא שהי' מוטל עליו לקיים דבריו ולהפריש ואם לא הפריש כבר עבר ואין בו משום תשלומין ואפי' לדעת הרמב"ם דזכו עניים נמי אינו קנין דאמיר' לעניים אינו קנין אלא שמחויב לקיים דברו משום בפיך זו צדקה וזה לא הפריש ועבר על נדרו וחיוב ממון אין בו אפי' ממדת חסידות אלא דיותר נראה לענ"ד דזה שנדר ליתן מעשר ממה שירויח לאו דוקא אותן מעות עצמן רק ליתן לפי חשבון חלק מעשרה לעניים וא"כ אכתי מצותו עליו ומחויב ליתן לעניים כפי ערך שנתעכב אצלו הנדר:

סימן ריג

סעיף א

שהרי הוא כמוכר אמת המים כתב הסמ"ע דלא תימא אף אם אמר לו אני מוכר לך השובך ליונים שיולדו לא נמכר עמו כיון שהוא דשלבל"ע ואין היונים נולדות מגוף השובך כמו פירות אילן שיוצאין מגוף האילן מש"ה אמר שדומה למוכר אמת המים כו' שג"כ אין הדגים נולדין מגוף המים אלא נתגדלו בתוכה ונמכרין עכ"ל ועמ"ש בסי' ר"ט סק"ד:

סימן ריד

סעיף א

המוכר את הבית כת' בתשו' הרא"ש כלל ע"ה סי' ג' ז"ל דאובן הי' לו בית ונפלו בו הקורות ונשארו האבנים והקורות בביתו ולא בנאו לסוף נפטר ונתן חצי הבית לשתי בנותיו והחצי הנשאר נתן לאשתו ושאר מטלטלין וטוענות הבנות הקורות והאבנים שנפלו מן הבית הם בכלל מתנות חצי הבית והאשה טוענת שכל הקורות והאבנים הם בכלל מטלטלין שנתן לה הדין עם הבנות כיון שהיו הקורות והאבנים ברשות ראובן ולא שלח בהם יד למוכרן נראה שהיה בדעתו שאם תשיג ידו שיחזור לבנות הבית ודמי' להא דאמרינן בפ' המוכר את הבית המוכר את השדה מכר את האבנים שהם לצורכה ואת הקנים שבכרם שהן לצורכה גם אלו הקורות והאבנים היו עומדין לבנות בגוף הבית וכ"ש הכא דהוי מתנה דנותן בעין יפה נותן עכ"ל וכיון דמדמה לה הרא"ש להאי דמכר את השדה אם כן אפי' במכר דינא הכין ולפי שנדונו במתנה כתב כ"ש במתנה:

סימן רטז

סעיף א

וכן אם שייר ב' אילנות בפ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ע"א) אמר ר"ה אע"ג דאמרו רבנן הקונה שני אילנות בתוך של חבירו הרי זה לא קנה קרקע מכר קרקע ושייר שני אילנות לפניו יש לו קרקע אפי' לר' עקיבא דאמר מוכר בעין יפה מוכר הני מילי גבי בור ודות דלא קא מכחשי בארעא אבל אילנות דקא מכחשו בארע' אם אית' דלא שייר לימא לי' עקור אילנך שקול וזיל וכתבו תו' ז"ל לימא לי' עקור אילנך פי' הקונטרס לכשיבש ותימה דמה הוכחה זה דמנ"ל שאינו רוצה לעולם להסתלק מן הקרקע ואין ה"נ דמצי א"ל עקור אילנך לכשיבש:

ובחדושי הרמב"ן שם לימא לי' עקור אילנך איכא דאמרי דלאו דוקא אלא לכשימותו לא יטע אחרים תחתיהם שהרי שנינו קנה שניהם לא קנה קרקע ואם מתו אין לו קרקע אלמא מחיים לא מצי אמר עקור אילנך וכן פי' הרב ר' שמואל ז"ל ואיכ' דאמרי דשאני התם דאילנות מכר לו ולא עצים ואי מצי אמר לי' עקור אילנך שקול וזיל עצים נינהו אבל הכא כיון דסבר ר' עקיבא מוכר בעין יפה מוכר ואי לא שייר קרקע לפניו אמרי' לעצים שיירינהו דהא לא שייר בקרקע כלום עכ"ל וביאור הדברים דכל שאומר בפירוש אילן זה אני מוכר תו לא מצי לעוקרו מחיים דהא אילן מכר ולא עצים אבל מכר קרקע ושייר אילנות לפניו דלא אמר בפירוש אני משייר אילנות אלא דשיור ממילא הוא דהוי כיון דלא מכר אלא קרקע ואי נימא דמוכר בעין יפה מוכר ולא שייר לעצמו קרקע א"כ לעצים שיירינהו ויכול לעוקרו גם מחיים. אלא דאכתי תיקשי כיון דאין הוכחה אלא דלאו לעצים שיירינהו דא"כ יאמר לו עקור אילנך מחיים אכתי היכי מוכח מזה דשייר קרקע אפילו לכשיבש האילן ובש"ס משמע דיש לו קרקע ליטע אחרים תחתיהן נראה לפי מה דמסקינן בפ' הספינה (בבא בתרא דף פ"א) בקונה שני אילנות דספוקי מספקא לן אם קנה קרקע ומשום הכי קונה שני אילנות מביא ואינו קורא וכן פסק הרמב"ם פ"ד מבכורים וע"ש וא"כ בקונה מספיקא לית ליה קרקע דמוקי לה בחזקת בעלים הראשונים אבל בשייר שני אילנות המוכר מוחזק ומספיקא אוקי בחזקת בעלים הראשונים וכי היכא דבשלשה אילנות אית ליה למוכר קרקע בשייר לפניו דבשלשה ששייר לא מיבעיא דודאי אית ליה קרקע ה"ה בשני אילנות דמספיקא אית ליה דין שלשה אלא דלא נימא דמשייר לעצמו אין לו דין אילן כלל אלא לעצים שיירינהו ודוקא אילנות אית להו קרקע אבל משייר לעצים אין לו דין אילן לזה קאמר דא"כ לימא לי' עקור אילנך מחיים וכיון דע"כ לאילן שייר ממילא אית ליה קרקע מספיקא וכמ"ש ובזה מדוקדק דאמרו שייר שני אילנות לפניו דבאילן א' נהי דלאו לעצים שייר אכתי אין לו ליטע אחר תחתיו:

ובסוגיא שם פריך מהא דתנן ר' שמעון אומר המקדיש את השדה לא הקדיש אלא חרוב המורכב וסדן השקמה ותני עלה אמר ר' שמעון מ"ט הואיל ויונקין משדה הקדש ואי ס"ד שיורי שייר מנפשי' ינקי וכתבו תוס' תימא דהא גם אי לאו רב הונא נמי יש לו קרקע כל ימי חיותו ומדנפשי' ינקי עיין שם ולפמ"ש הרמב"ן ניחא דאי לאו רב הונא אמרי' דלעצים שייר אבל השתא דאמר רב הונא דע"כ לאו לעצים שייר ומש"ה בשני אילנות כיון דלאילנות שייר ממילא יש לו קרקע כמו בשייר שלשה וא"כ כיון דאילן שייר עכ"פ באילן א' נמי יש לו קרקע כל ימי חיותו ודוק:

סעיף ב

והחזיק זה באילנות וזה החזיק בקרקע. בפ' חזקת (בבא בתרא דף ל"ז) זה החזיק באילנות וזה החזיק בקרקע אמר רב זביד זה קנה אילנות וזה קנה קרקע מתקיף לה רב פפא א"כ אין לו לבעל אילנות בקרקע כלום לימא ליה בעל הקרקע לבעל האילנות עקור אילנך שקול וזיל אלא אמר רב פפא זה קנה אילנות וחצי קרקע וזה קנה חצי קרקע ופי' רשב"ם דלאו בחזקת שלש שנים איירי אלא שמכר לזה קרקע ולזה אילנות והחזיק כל א' בשלו כגון דרפק ביה פורתא ובעל אילנות פשחינהו כדאמר לקמן האי מאן דפשח דיקלא כו' והקשו בתו' דא"כ אמאי נקט חזקה טפי משטר וכסף וחליפין וה"ל למינקט מכר כו' ועוד קשה דהא עד שימות האילן מודה רב זביד דאית לי' כמו בקונה שני אילנות אלא דס"ל לרב זביד לכשימות אילן אין לו קרקע ליטע אחרים תחתיהן וא"כ מאי פריך לימא לי' עקור אילנך וזיל הא מחיים אית ליה ע"ש וביאור דבריהם אע"ג דהרשב"ם מפ' דהא דאמר רב פפא לימא ליה עקור אילנך לאחר שימות האילן אכתי תיקשי מאי קאמר רב פפא לימא ליה עקור אילנך לאחר שימות אילן כיון דרב זביד באמת הכי ס"ל וע"ש תוס' שהרגישו בזה ופי' בו פי' אחר:

וליישב פי' הרשב"ם נבאר לפמ"ש במשנה למלך פ"א ממכירה ז"ל שמעתי שחכמי הדור שלפני נסתפקו בא' שהשכיר ביתו לאחר זמן קצוב ואח"כ רוצה להשכירה או למוכרה לאחר שיכלה הזמן אי מהני לשני קנין חזקה דנעל גדר ופרץ כיון דהבית וכל תשמישו שייך להראשון עד הזמן ואי מהני נתינת רשות דראשון לשני לקנות בחזקה ומטו בה מתשובת ריב"ש סי' תק"י שהביא מרן בסי' שי"ב ושמעתי שנחלקו בו חכמי הדור עכ"ל. ובתשובת מוהר"ם מינץ נראה דפשיט' לי' דכה"ג ל"מ חזקה דשני ע"ש סי' ל"ט ז"ל וכ"ש וק"ו הכא דלא הוי לעירונים בהכי שום זכות באותו שעה דמצי להקנות לר"ג דהא הבית מושכר להר"ג עד כלות השנה כ"ש דלא קנה הר"ג הבית במה שדר בה על השנה הבאה וכו' ואת"ל דאמרו העירונים קני מעכשיו ותרצו לו' דאהני בידו להקנות כיון דגוף הבית שלהן כו' אבל גבי הדיוט דצריך לעשות חזקה לא מצא לעשות עתה חזקה במידי דליתי' עתה שלו עכ"ל. וניחא לפ"ז הא דאמר רב פפא א"כ אין לו לבעל אילנות בקרקע כלום דאי נימא דיש לו לבעל אילנות בקרקע עד שימות האילן א"כ היכי קנה זה שהחזיק בקרקע להיות הקרקע שתחת אילנות שלו לאחר שימות האילן כיון דליתי' השתא שלו אלא לבעל אילנות א"כ חזקתו דנעל גדר ופרץ לא מהני ליה וכיון דאמרת דזה שהחזיק קנה קרקע כולה אפי' במה שתחת אילנות א"כ ע"כ צ"ל שאין לו לבעל אילנות בקרקע כלום אפי' בחיי אילנות א"כ לימא לי' עקור אילנך אפי' מחיים. וניחא נמי הא דנקט

החזיק ולא כסף ושטר דבהנך מהני קנין אפי' אין הקרקע עתה שלו אלא לאחר זמן ולא הוי מקשי ביה רב פפא מידי אבל בהחזיק כיון דחזקת נעל גדר ל"מ אלא כשהוא עתה שלו בזה הוא דמקשי ר"פ לרב זביד א"כ אין לו לבעל אילנות בקרקע כלום:

סימן ריח

סעיף א

בית כור פלוני. ובסעיף י"ח כ' במקום פלוני או פרדס זה ומשמע דבמכר לו כרם סתם או בית כור סתם לא מצי אמר שמא בעלמא זביני לך ובעי למיתב ליה בית כור שלם ופרדס שלם. וב"י כ' ז"ל ומ"ש רבינו שאמר לו בית כור פ' וכרם שיש לי במקום פ' כ"כ הרמב"ם ז"ל פ' כ"ח ממכירה וטעמו דאל"כ לית לן למימר שלא מכר לו אלא שמא עכ"ד: וראיתי בב"ח שנתקשה בזה דהא אפי' לא אמר זה או במקום פ' נמי יוכל לו' שמא בעלמ' זביני לך וע"ש. ונראה דס"ל להרמב"ם דלא אמרי שמא בעלמ' אלא דוקא באומר זה ומשום דגריס בהנך כולהו בית כור זה או במקום פ' דה"ל כמו אומר זה וכ"כ בריטב"א פ' המקבל (בבא מציעא דף ק"ד) ז"ל ולימא לי' שמא בעלמא אמרי לך דהא זה קאמר לי' וקא מתקרי הכי דאפי' לא הי' מתחלה כיון דמתקרי הכי וזה קא"ל הגיעו כדתניא האומר לחבירו בית כור עפר זה אני מוכר לך וכו' ובכולהו זה גרסי' כך גריס הראב"ד עכ"ל והובא ג"כ בשטה מקובצת שם ע"ש וזה נמי גירסת הרמב"ם. והיכא דלוקח אמר למוכר מכור לי בית כור אם מצי למימר שמא בעלמ' זביני לך תליא בפלוגת' והוא בסי' שכ"א ע"ש דלדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש אין חילוק בין אמר מחכיר לחוכר או חוכר למחכיר מצי אמר שמא בעלמ' ע"ש א"כ ה"נ אין חילוק ואפי' אמר לוקח למוכר ולדעת הרמ"ה שם והרמב"ן והרשב"א באומר חוכר למחכיר לא מצי אמר שמא בעלמ' ה"נ באומר לוקח למוכר לא מצי אמר שמא בעלמ' זביני ועמ"ש בסי' שכ"א סק"ב ושם הארכנו בזה:

סימן רכ

סעיף א

אם הם מעוברות הולד מכור. ז"ל הסמ"ע אמת שכ"כ בראש אבל הטור כת' בשם הרא"ש דאפי' אמר לו פרה ושפחה וחמורה זו סתם כו' וכתבתי בפרישה דהדין עם רבינו דס"ל דלא כת' הרא"ש דנמכר הולד עמו בסתם כי אם באומר שפחה זו דזו משמע כמות שהי' לפניך וראה שהיא מעוברת אבל באומר שפחה סתם מראהו שפחה איזה שירצה עכ"ל.

ובט"ז סי' רכ"ג גבי מחליף פרה בחמור זה אומר עד שלא מכרתי וכו' ז"ל משמע דאין חילוק ביניהם רק בזמן הלידה וקשיא לי' מסי' ר"ך המוכר פרה סתם לא מכר הולד ואם אמר פרה מעוברת מכר הולד וא"כ קשה ממ"נ אם אמר פרה סתם הא לא מכר הולד אפי' נולד אח"כ ואם אמר פרה מעוברת הא מכרו אפי' נולד קודם כו' דהא כ' רבינו בשם הרא"ש דכשהי' מעוברת עדיין מכור משמע לדיע' הראשונה שם אפי' במעוברת לא מכר הולד ונרא' דבאמת לא כת' רבינו שם דרך פלוגתא עכ"ל ולפמ"ש בש"ע דבסתם לא מכר הולד תיקשי קושיות הט"ז גם בס' מעד"מ הוכיח ממתני' דמחליף פרה בחמור דמוכר פרה סתם ולא אמר מעוברת דמכור הולד ע"ש. אמנם כבר נתחבטו ונתלבטו בקושיא זו קמאי והוא בשטה מקובצת בסוגי' דמחליף פרה בחמור וז"ל הר"ר יונתן וכו' ולפום האי פירושא טענתא דמוכר לאו כלום הוא כיון דקאמר דהאי פרה מעברתא זבין ליה הילכך ודאי מחזי לאוקמה לטענתא דמוכר בכה"ג דקא טען מוכר אין ה"נ פרה מעוברת זבינ' לך ולא הוי ידענא אי האי פרה ילדה אי לאו ולבסוף איגלאי לי דודאי ילדה מקמי דזבינתא ניהלך והשתא אי בעית יהיבנא לך פרה אחריתי מעוברתא ואי לא בעית לבטל המקח ואידך כי קא טעין האי פרה ודאי מעוברת הוית בעידן זבינא וולדא דילדת דילי הוא וברשותי ילדה כו' דלא שוה העובר כמה דשוה כדמתיילד אבל היכא דא"ל פרה סתמא לית דינא ולית דיינא דלא קנה ולד כלל כו' וכן נראה לפרש הרמ"ך עכ"ל. ולפנינו דעת החולקין ודלא כמ"ש הט"ז דליכא פלוגתא ומשנתינו דמחליף מפרשי לה כהוגן:

אמנם נראה ראיה דאפי' לא אמר מעוברת אלא כל שאומר פרה זו ושפחה זו הולד מכור מהא דתנן בתמור' (דף כ"ח) האומר ולדה של זו עולה והיא שלמים דבריו קיימים היא שלמים וולדה עולה הרי זה ולד זבחי שלמים דברי ר"מ ר' יוסי אומר אם לכך נתכוין מתחלה הואיל ואי אפשר לקרות שני שמות כאחד דבריו קיימים ואם משאמר הרי זו שלמים נמלך ואמר ולדה עולה הרי זו ולד שלמים ואי נימא דמוכר פרה סתם לא מכר הולד א"כ היא שלמים וולדה עולה דסבר ר' יוסי אם נתכוין כו' ואם נמלך הרי זו וולדה שלמים דהא כשאמר היא שלמים הולד לא הקדיש ושיירו משוייר וחולין הוי וכדאמר ר' יוחנן שם הפריש חטאת מעוברת וילדה רצה מתכפר בה רצה מתכפר בולדה קסבר ר"י אם שיירו משוייר עובר לאו ירך אמו דה"ל כמפריש שתי חטאות ע"ש וא"כ כשאמר היא שלמים הולד לא קדוש וחולין הוי וכשאמר אח"כ ולדה הרי הקדישה עתה לעולם אלא ודאי דאפי' בסתם נמי הולד מכור ומש"ה כשאומר היא שלמים הרי ולדה נמי הקדיש לשלמים ואין לו' דהקדש שאני דהמקדיש בעין יפה מקדיש דהא נותן מתנה יותר נותן בעין יפה ממקדיש וכדאי' פ' הספינה (בבא בתרא דף פ"א) ואפ"ה לא מחלקינן בין מוכר

לנותן אלא במקרקע וכמ"ש בטור בשם הרמב"ם דקרקע חשוב ובטלי אגבן בנותן אבל במטלטלין אין חילוק בין מוכר לנותן וכמ"ש הרמ"א בס"ס ולא עדיפא הקדש ממתנה ומוכח מזה דמוכר פרה זו מכר ולדה זה ברור. ומיהו פרה סתם יכול ליתן איזה שירצה וכמ"ש בסמ"ע:

סימן רכא

סעיף א

היה בתחלה קציצה. כ' בנימוקי יוסף פרק הפועלים וז"ל מהו דתימא הואיל ואמר ר' דוסא יד פועל על התחתונה קמ"ל דאמרי לי' וכו' כתבו האחרונים בשם הרמב"ן דלאו דוקא שחזר בו בעה"ב בסתם אלא אפי' פי' ואמר אין רצוני אלא בכך וכך ואזלי פועלים ופייסוהו כיון שהיתה קציצ' ביניהם מתחל' ואם חזר בו יש להם תרעומת עליו כשפייסו לבעה"ב על דעת תנאי הראשון פייסוהו ולא דמי להא דתניא בתוספתא המוכר חפץ לחבירו כו' דהתם שאני דליכא קציצה אחרת וע"ש שכתב דהיכא דליכא תרעומת וכגון שהפועלים מוצאין מקום להשתכר לא אזלינן בתר קציצה הראשונה כשפייסו סתם אלא דוקא במקום דאיכ' תרעומת כגון בעה"ב ופועלים שהטעו זה את זה דאי' תרעומת אם אין הפועלים מוצאין מקום להשכיר ע"ש ובסמ"ע כשהעתיק לשון הנ"י לא כת' אלא החילוק בין היכא דאיכ' קציצה או לא אבל מדברי הנ"י מבואר דאפי' היכא דאי' קציצה אי איכא תרעומת אין ואי ליכא תרעומת לא אזלינן בתר קציצה הראשונה: ולפ"ז צריך לימוד הא דכתבו הרמ"א כאן במקח וממכר כיון דלא כתבו הנ"י אלא היכא דאיכא דין תרעומת ושם בפועלים אמרו להדיא בש"ס דין תרעומת כדאי' בפ' האומנין ואין להם זע"ז אלא תרעומת אבל הכא היכי מצי לו' דהי' לו תרעומת כיון שלא מצינו מפורש כאן בחוזר דין תרעומת אלא דמצינו גם במקח דין תרעומת בש"ס פ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ט) אמר רב פפא מודה ר' יוחנן במתנה מועטת דסמכה דעתי' ה"נ מסתברא דא"ר אבהו א"ר יוחנן ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומות ומעשרות על מקום אחר כו' נתנו לבן לוי אחר אין לו עליו אלא תרעומת ופי' רש"י תרעומת שהבטיחו בתוחלת נכזב' ע"ש וכבר כתבו תוס' דאפי' בתרי תרעי יש בו משום מחוסרי אמנה דיוקרא וזול' ה"ל כמו מתנה מועטת וכן פסק הרמ"א בסי' ר"ד ע"ש וכיון דבמתנה מועטת מצינו דין תרעומת ומש"ה אמרי' כאן במקח דעל קציצה הראשונה סמכו וקנו ולפ"ז היכא דחזרו זה בזה מחמת יוקרא וזולא ולדעת הש"ך בסי' ר"ד דבתרי תרעי לית ביה משום מחוסרי אמנה ע"ש א"כ אין בזה דין תרעומת ולא אזלי' בתר קציצה

הראשונה וע' בסי' של"ג אמנם דעת הרמ"א בסי' ר"ד דאפי' בתרי תרעי יש בו משום מחוסרי אמנה. א"כ אפי' חזרו זה בזה משום יוקרא וזולא ואזלי ופייסו דאזלי' בתר קציצה הראשונה ועיין ט"ז והדברים ברורים דאזלי' בתר דין תרעומת וכמ"ש ג"כ ברמ"א סי' של"ג והנה ראיתי בבית שמואל באה"ע סי' כ"ט באומר לאשה התקדשי לי בדינר ע"מ שאשלים לך מנה והיא אומרת ע"מ שתשלים מאתים ולא הסכימו ביניהם ואח"כ תבעו זא"ז כו' אם האיש תבע יעשו דברי האשה וכ' שם ז"ל אבל אם היתה קציצה ביניהם ליתן לה ק' או ר' ואח"כ חזר אחד מהם וחזר ותבע צד השני וקידש' אמרי' מסתמא על דרך קציצה הראשונה אמרה וכמ"ש בהגהת ש"ע סי' רכ"א עכ"ל. ולפמ"ש דאינו אלא במקום דין תרעומת והיינו דוקא בפועלים היכא דאמרו חכמים דיש בו תרעומות וכן במקח כאן נמי אית ביה משום דין תרעומות וכמו שכתבתי דהוא מדין מתנה מועטת ואפי' בתרי תרעי אבל באיש ואשה שהבטיחו זה לזה בדברים בעלמא לא אשכחן בזה דין תרעומת ואין זה דומה למתנה מועטת ולא סמכו דעתם בזה בדברים בעלמא וכיון דלא אשכחן בזה דין תרעומת לא מהימנא לו' דיש לו תרעומת וא"כ האי דקידושין אינו דומה כלל להך דהכא ולא אזלי' בתר קציצה הרא"ש כנ"ל ברור:) (

סימן רכב

סעיף א

נאמן בעל המקח בפ' עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ד) נאמן בעל המקח לו' לזה מכרתי ולזה לא מכרתי בד"א בזמן שמקחו בידו אבל אין מקחו בידו אינו נאמן ופריך ונחזי זוזי ממאן נקט לא צריכא דנקט זוזי מתרווייהו ואמר חד מדעתא וחד בע"כ ולא ידיע הי מדעתא והי בע"כ ושטת רש"י בזמן שמקחו בידו דרמי עלי' למידק שלא לחזור מזה וליתן לזה שלא נמכר לו דקם לי' במי שפרע הלכך מידק דייק אבל באין מקחו בידו ושניהם אוחזין בו אינו נאמן כיון דלאו עלי' רמי' תו לא דייק ופריך ונחזי זוזי כיון דלא קיבל אלא מחד הא ודאי מדכיר דכיר זוזי דמאן קיבל ומשני דנקיט זוזי מתרווייהו ע"ש הרא"ש הקשה מה בכך דדכיר אכתי אינו אלא עד אחד והר"ן כת' ז"ל אבל היכא דלא שקיל זוזי אלא מחד ה"נ דמהימן אע"פ שאין מקחו בידו ומיהו מסתברא דוקא כשהלוקחין עמדו לפניו אבל הלכו להם אינו נאמן כדאמרי' בדיין בסמוך זו היא שיטת רש"י ז"ל וכ"כ הרב המגיד פ"ד ממכיר' טעמא דרש"י דנאמן המוכר משום דה"ל כנאמנות בדיין והיינו דוקא בזמן שהלוקחין עומדין לפניו. וקשה דא"כ מאי פריך ריש ב"מ וליחזי זוזי ממאן וכת' שם רש"י אע"ג דאין המוכר נאמן בזמן שאין מקחו בידו כיון דנקט זוזי מחד

נאמן אפי' אין מקחו בידו וע"ש ונימא דשנים אוחזין מיירי שכבר נסתלקו מלפניו ותו לא מהימן מוכר יותר מאחר ומלשון רש"י נראה דהיכא דנקט זוזי מחד נאמן המוכר אפי' אחר שנסתלקו מלפניו ע"ש ריש מציעא ז"ל ונחזי זוזי ממאן נקט כו' ואע"ג דמסיים בד"א שמקחו בידו אבל אין מקחו בידו אינו נאמן שלא נתן לב לדבר כל כך להיות זכור כו' הא אוקימנא התם בנקט זוזי מתרווייהו כו' כיון דלא עלי' רמיא לאסהודי לא דק להיות נזכר משהלכו לפניו הי מדעתו והי בע"כ אבל היכא דלא קבל דמים אלא מחד מדכר דכיר ע"ש. ומדכתב רש"י בנקט זוזי מתרווייהו כו' לא דק להיות נזכר משהלכו לפניו ממילא משמע דהיכא דנקיט זוזי מחד נאמן אפי' משהלכו לפניו וצ"ע. ושטת ר"ח דכי נקט זוזי מחד תו אינו נאמן המוכר לו' שנתרצה לשני ואפי' מקחו בידו דאית ליה מגו דה"ל כמו מגו במקום חזקה דודאי נתרצה לזה שנתן המעות והיינו דפריך פ' עשרה יוחסין וליחזי זוזי כו' וארישא דמקחו בידו נאמן דבנקט זוזי מחד מסתמא נתרצה לבעל המעות ואפי' במגו אינו נאמן וכן האי דריש ב"מ וליחזי זוזי וכו' משום דמסתמ' לא מכחשו אהדדי בנתינת המעות וא"כ אפי' ע"פ הודאות הלוקחין אמרי' דנתרצה לבעל המעות והלוקח נמי אינו נאמן במגו משום דה"ל מגו במקום חזקה. ובש"ך העלה דהיכא דמקחו בידו נאמן המוכר במגו דאי בעי לא הודה שקיבל המעות מזה וכמ"ש הרמב"ן בס' המלחמות והיכא דידוע נתינת המעות ע"פ עדים או אפי' ע"פ לוקחין אמרי' מסתמא לזה שנתן המעות נתרצה ולא אתברר לנא מ"ש האי מגו מהאי מגו דכי היכא דהמוכר נאמן במגו דלא הודה בקבלת המעות ה"נ להימן הלוקח כשהודה שהשני נתן המעות במגו דלא הודה:

סעיף ב

הרי הוא עד אחד הרב המגיד כ' בדעת הרמב"ם דכי אי' עד א' הי' המכחישו צריך שבועת התורה וזה שמסייעו הי' פטור משבוע' כיון דאינו אלא שבועה דרבנן ובכסף משנה כ' שלא מצא גילוי בדברי רבינו שיסבור כן ובפירוש המשניות כת' הרמב"ם ז"ל ואילו ידע המוכר מי הי' הלוקח ויאמר לזה מכרתי והי' נאמן בעדותו ואף ע"פ שהטלית ביד שניהם וטוען כל א' משניהם אני לקחתי ותהי' עדותו כדין ע"א דעלמא ואז תהי' השבועה דאוריית' מפני העד ולא מתקנת חכמים ולא יזכה בטלית האחד יותר מחבירו אלא אם יצטרף אל המוכר עד אח' ע"ש רפ"ק דמציע' ומדלא כתב שיפטור את השני משמע דאינו פוטרו כלל ואפי' משבועה דרבנן ול"מ עדותו דמוכר אלא להיות עד א' לחייבו שבועת התורה ומ"ש בכסף משנה משטת הרמב"ם דס"ל כשטת רש"י דמוכר לעולם נאמן היכא דנקט זוזי מחד גם זה אינו נראה מסתימת דברי הרמב"ם ונרא' דהרמב"ם מפ' הא דפריך

פרק עשרה יוחסין וליחזי זוזי ממאן נקט כפי' ר"י דמסתמ' עדים ידעי למי מכרו אלא דקושיות הש"ס פ"ק דמציע' אינו מוכח בהא דפריך וליחזי זוזי דמ"ש הרמב"ם דהי' צריך המכחישו לישבע שבועת התורה אימ' אין ה"נ דנשבע ש"ד כיון דאידי ואידי חדא תכסיסא דשבועות המשנה נמי בנק"ח והנראה לענ"ד בזה כיון דזה אמר כולו שלי וז"א חציו שלי זה נוטל שלשה חלקים וזה רביע וזה ודאי דה"ה זה אומר כולו שלי וז"א כולו שלי ועדים מעידים שחציו של זה בודאי דזה נוטל ג' חלקים וזה רביע דלעולם חולקין במה שנסתפקנו וכיון דאין הספק אלא בחציו חולקין בחציו וזה נוטל רביע. וא"כ אם הי' המוכר עד אחד שמכר כולו לזה ואם זה שמכחישו נשבע שחציו שלו א"כ בחצי השני שלא נשבע להכחישו הרי המוכר כשני עדים וא"כ כשנשבע כדתנן במתני' שאין לו פחות מחציו לא הי' ראוי ליטול אלא רביע וכה"ג כת' הרא"ש פ' אלו מציאות גבי סימנין וסימנין ועד א' יניח דלא אמרי' יניח עד שישבע מתחלה להכחיש העד ואח"כ יניח וכל זמן שלא נשבע להכחיש העד הרי הוא כשנים ע"ש והכי נמי כל זמן שלא נשבע שכולו שלו להכחיש העד לגמרי ולא נשבע להכחישו אלא בחציו הרי העד בחציו השני כשנים ואין לו אלא רביע ואפי' לדעת הש"ע בסי' רס"ז דסימנין וסי' מנין וע"א יניח דאין צריך לישבע נגד העד היינו מטעמא שכת' שם בב"י דכיון דאחר השבועה יניח למה ישבע בחנם ע"ש אבל הכא אם ישבע שכולו שלו נגד העד יטול חציו ואם אינו נשבע אלא בחציו אינו נוטל אלא רביע ותו לא הוי שבועת חנם וא"כ פריך שפיר וליחזי זוזי כו' כיון דהמוכר הרי הוא עד א' היכי תני זה ישבע שאין לו פחות מחציו כו' ויחלוקו הא כל זמן שאינו נשבע אלא בחציו אינו בדין שיטול אלא רביע וכמ"ש:

סעיף ג

שהרי אינו נוגע בעדותו כ' בהגהת אשר"י רפ"ק דמציעא דהאידנ' דאיכ' שבועת היסת לא הוי עד כיון שיכול שכנגדו להשביעו ולומר תן לי מקחי שקניתי ממך ועד הצריך שבועה לא הוי עד וע"ש. ועמ"ש אא"ז בס' מעד"מ ומ"ש בש"ך דאכתי מצי טען שמשך מן המוכר והניחו שם והמוכר נתנו אח"כ לחבירו וע"ש דמפרש לה שפטר משבועה אלא דמסתימת הפוסקים אינו כן דכל כה"ג ה"ל לפרושי דמיירי שפטרו משבוע' ולכן נלפע"ד טעמא דפוסקים דלא חשבו ליה נוגע משום דאף ע"ג דטוען קניתי ממך באחד מדרכי הקני' ואתה נתת אותו לחבירו כיון דהשתא מיהא ליתי' בחזרה דהא השני אוחז בו אינו משלם אלא כשעת הגזילה ודינו בכסף או במיטב וכיון דכאן אין הכחשה ביניהם אלא בגוף החפץ ולא בדמים א"כ אינו נוגע בעדות כיון דליתי' עכשיו בחזרה וכמ"ש ובהגהת אשר"י אפשר דמיירי שלקחו בזול ונ"מ בדמים אבל הש"ע מיירי היכא

דליכא נ"מ ביוקרא וזולא אלא שתובעין זה את זה בגוף החפץ ובזה לא הוי נוגע מטעמא שכתבנו אמנם נרא' דאפי' היכא דאי' נ"מ בדמים וכגון שלקחו בזול נמי לא חשיב נוגע כיון דהמוכר כל זמן שמקחו בידו נאמן אפי' בלא מגו וכמ"ש הרמב"ן בס' המלחמות ע"ש. וא"כ ממ"נ נאמן אם טוען אני קניתי ממך ואתה נתתו לשני א"כ כדין עבד דהא כל זמן שמקחו בידו נאמן וכמו בשליש נאמן דאפי' הוציא השלישות מתחת ידו בלא עדים נאמן היכא שידוע שהשליש נתנו וכמ"ש הרשב"א בחידושיו פ' המקבל דשליש אע"פ שאין שלישותו יוצא מתחת ידו הוא נאמן לזכות למי שנתנו לידו דכיון שמסרו לידו ובשעת מסירתו הי' נאמן אע"פ שלא מסרו בעדים תפיסתו מוכחת עליו דאיהו יהיב ליה והוי כאלו אמר ענין שלישותו בעדים ע"ש וכ"כ במרדכי פ' התקבל ובתשו' מיימוני ס' משפטים סי' מ"ד דשליש נאמן אפי' במקום שאין שלישותו בידו עכשיו ואמרי' כדין עבד וע"ש וא"כ ה"נ כיון שמודה שהמוכר נתנו לו והרי המוכר נאמן בזמן שמקחו בידו ואם טוען שלא בא לידו מיד המוכר אלא שחטפו מיד המוכר או מיני' א"כ פשיטא דאין המוכר נוגע כלל והרי הוא עד א' ודוק:

סעיף ד

לא שנא נקט זוזי מחד ולדעת ר"ח דס"ל דהיכא דקיבל זוזי מחד אמרי' מסתמא לזה נתרצה שקיבל ממנו המעות ואם אומר שנתרצה לשני נראה דאכתי ה"ל עד אחד ואע"ג דאמרי' מסתמא לזה שנתן המעות נתרצה עד אחד נאמן יותר מאלפי חזקות לחייבו שבועה דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד א' מחייבו שבועה ושני עדים נאמנים נגד חזקות טובא וה"ה עד א' לשבועה ועמ"ש בסי' פ"ד סק"ד ור"ח לא קאמר אלא אריש' דבזמן שמקחו בידו נאמן כשנים דאם אומר שנתרצה לשני שלא נתן המעות דל"מ מיגו דמוכר דה"ל מגו במקום חזקה אבל ע"א נגד חזקה מהני והיינו דכת' רמ"א ל"ש נקט זוזי מחד והיינו לו' שנתרצה לשני שלא נתן מעות דה"ל נגד חזקה ואפ"ה עד א' מהימן נגד חזקה וכמ"ש:

סעיף ה

ואם הוא חסיד נותן דמים לכל אחד. נראה דס"ל להרמב"ם דאפי' לצאת ידי שמים נמי אינו אלא למדת חסידות אבל שאר בני אדם אפי' לצאת ידי שמים אינו חייב דבעלמ' היכא דאתמר לציי"ש כל ישראל בכלל האזרח והגר וכאן אינו אלא למדת חסידות והיינו ממה שאמרו ביבמות מעשה בחסיד אחד ואמר ר' עקיבא אינך יוצא עד שתחזיר לכל א' וא' ע"כ משמע דאינו אלא לחסיד ובזה ניחא הא דכ' בסעיף א' דאפי' לצאת ידי שמים

פטור משום דבמקח אפי' לציי"ש פטור כיון דלא ה"ל למידק והך לציי"ש דהכא אינו אלא ממדת חסידות וכבר נתקשו האחרונים ממ"ש בסי' ש' ועש"ך ולפמ"ש ניחא:

סעיף ו

ונשבע על שקר. והא דאמרי' בעבד איסור' דצריך לשלם לכל א' וא' כדאמרי' בגזל מחמשה וכן באה"ע סי' מ"ט בקידש בביאה דחייב מדינא לכל א' וא' נראה משום דהתם חיוב בעבירה כמו בגזל דהחיוב בא לו על שעת הגזילה דהוא באיסור' וכן במקדש בביאה דחיוב כתובה על קידושי ביאה דהוא בעבירה אבל הכא במקח חיובו על המקח בהיתר ועל שבועתו לשקר ליכא חיוב ממון כלל בעושה תשובה והודה אז הוא דחייב בתשלומין אבל כל שלא הודה בתשובה ליכא חיוב כלל על שבועתו לשקר ודוק. ועש"ך ואין להקשות אי בעושה תשובה ורוצה לשלם בלא"ה חייב לציי"ש וכמ"ש בש"ע סעיף ג' דכבר כתבנו בסק"ה דאינו אלא מדת חסידות אבל הכא עבור שבועת הפקדון ותשומת יד כל ישראל בכלל ומ"ה כל שהודה בתשוב' הרי רמי עלי' חיוב התורה מחמת שבועת שקר וכיון דרמי עליה חיוב מחמת תשומת יד מחייב לשלם לכאו"א דה"ל כמו גזל מה' בנ"א דחיובו בעבירה ואם אינו עושה תשובה ליכא תשלומין כלל על השבועה דכתיב והודה והמקח בהיתר נעשה:

סימן רכג

סעיף א

אחר משיכת החמור ילדה. עמ"ש בסי' ר"ך סק"א:

סעיף ב

ואם הלוקח מוחזק בתוס' פ' השואל דף ק' הקשו בהא דפריך שם וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך הממע"ה דמאי פריך והא גודרת אין להם חזקה וע"ש שכתבו דכיון דאיכ' דררא דממונא ויש ספק בדבר בלא טענותיהם וטוען לוקח ברי אם הוא ברשותו אין להוציא מידו אבל אם הי' טוען שמא סברא הוא שלא תועיל חזקה מספק ולא דמי לא' שהפקיד טלה חי אצל בעה"ב ויש לבעה"ב ג"כ טלה חי ומת א' מהם דאמרי' בבכורות דהמפקיד הוי המוציא מחבירו עליו הראיה ומועיל חזקת בעה"ב אע"פ שטוען ספק דהתם הוי מוחזק בודאי בטלה חי מעיקרא אבל כאן לא הוחזק מעולם לוקח זה בודאי אבל מוכר אם הוא מוחזק אפילו טוען שמא ע"ש. ובש"ע דסתם ולא ביאר דהיינו דוקא אם הלוקח טוען ברי ולא בטוען שמא נראה דס"ל דאפי' טוען שמא מהני תפיסתו ומשום דש"ע סובר כשטת הרמב"ם דמהני תפיסה מספק בספיקא דדינא אפי' טוען שמא

משום הכי כאן בדרר' דממונ' נמי מהני תפיסה אפי' בטוען שמא אבל תוספות לשיטתם דסבירא להו דאינו מועיל תפיסה מספק וגבי בכור נמי תקפו כהן מוציאין אותו מידו וכן דעת הרא"ש דאינו מועיל תפיסה אלא בטוען ברי ה"נ ל"מ תפיסה מספק כשטוען שמא:

סימן רכד

סעיף א

ישבע המוכר שלא ידע המומין וכ' במרדכי פ' המדיר דליכא להימניה ללוקח במגו כי לא יהיב דמי שיאמר ברשות המוכר נולדה המום במגו דאי בעי אמר פרעתיך שהרי אינה טענה ודאי דא"כ הרי ידע המום קודם לכן וסבר וקבל הלכך לעולם לא מהימן במגו עכ"ל ובשלטי גבורים פ' האומנין כ' עלה ז"ל וקשי' לי על דברי המרדכי במה שאמר ואם טען טענה ודאי ברשותך נולד הרי סבר וקיבל וכי אי אפשר להיות שזה יתגלה לו עתה ע"י עדים שמצא עתה שמום זה הי' בבהמה זו קודם שמכרה לו המוכר והוא לא ידע בהאי שעתא שלקחו וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה ליפטר לוקח בטענתו במגו דאי בעי אמר פרעתיך וצ"ע עכ"ל. ואינו קושיא דודאי אפי' שמע מפי מאה עדים שאמרו לו שהיה בו המום קודם כל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד ובפני בע"ד וכל שעדיין לא העידו בב"ד לא הוי טענת ברי על פיהם אלא לענין שבועה דיכול להשביע ע"פ שמועה ששמע אפי' מפי קרוב אלא אם טוען העמדתיך בדין והעידו עדים בב"ד בפניו או שלא בפניו במקום שמקבלין עדים שלא בפני בע"ד כגון שהיו עדיו חולים וכל כה"ג ודאי מהימן במגו אלא דהמרדכי לא איירי מזה אך קשה בהא דכ' הרמב"ם וטור וש"ע סי' קכ"ו סעיף י"ב ז"ל טען שהי' עני והטעהו כו' ואם הוא מלוה בשטר נשבע שהי' עני והטעהו ונוטל ע"ש ולפמ"ש במרדכי לא משכחת טענת ברי בטענת מקח ומטעמ' שכ' דא"כ סבר וקיבל ואולי שם יותר משכחת לה בטענת ברי וכגון שנודע לו אח"כ שהספינה או הסחורה והחובות נאבדו ונתקלקלו:

סעיף ב

שהרי ברשותו נולד הספק ואם נגנב או נאבד המקח אחד גמר הקנין שהי' ביניהם בתקיעת כף הנהוג בסוחרים ואינו ידוע מתי נגנב אם קודם הקנין או אח"כ נראה דצריך לוקח לשלם דמים ומשום דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה אמנם אפשר דע"כ לא אמרי' כל שנולד ספק ברשותו אלא היכא דאיכא חזקת הגוף וכמו בספק טריפה וחזקת הגוף דאלים טובא הוא דאין מחזיקין מרשות לרשות ואמרי' ברשותא דהשתא אישתני גופא אבל בגניבה ואבידה דלא הוי חזקת הגוף דלא אשתני אע"ג דחזק' הוי

אבל לא אלים כמו חזקת הגוף וכיון דלוקח מוחזק אין מוציאין מידו והתם ס"פ המדיר נמי גבי מומין מיקרי חזקת הגוף וכן נרא' ראיה מהא דכ' הרמב"ם פט"ו מהל' מלוה ז"ל ראובן שהיה חייב לשמעון מנה ואמר שמעון לראובן מנה שיש לי בידך תנהו ללוי וקבל לוי ונמצא ראובן עני כו' טען ללוי שהי' ראובן עני והטעהו ושמעון אומר עשיר הי' יראה לי שעל שמעון להביא ראיה ע"ש וכ"כ בטור וש"ע סי' קכ"ו ע"ש ואי נימא כל מי דנולד הספק ברשותו עליו הראיה התם נמי נימא עליו להביא ראיה שהיה עני והטעהו ואע"ג דהתם מיירי במלוה בשטר וע"ש בסמ"ע מ"מ הך דכל מי שנולד הספק ברשותו מחייב הלוקח להוציא ממנו דמים ומכ"ש דשטר לא עדיף בזה ושם בהך דסי' קכ"ו כ"ע מודו וגם הרמ"א לא נחלק שם אלא ודאי כיון דהך ספיקא לאו בחזקת הגוף תליא לא אמרי' הך כללא וכל מי שנולד ספק ברשותו וכן נראה מדברי המרדכי ס"פ המדיר ע"ש על דבר המעיל שקנה ונתאנה ונולד הספק אם היה האונאה בשעת המקח או השתא הוא דהוזל ורצה לומר דדמי להאי דטבח להביא ראיה ודחי לה משום דשאני התם דחזקת הגוף מסייע למוכר דאוקי חיותא בחזקה שאינו טריפה כו' וע"ש ואם אמנם יש לחלק דהתם במקח שהוזל ולא נודע מתי הוזל ל"ש חזק' כלל ואלו בגניבה ואבידה שייך חזקה כדמוכח בס"פ כל הגט גבי מפריש תרומות ונגנבו או שאבדו ע"ש מ"מ ודאי חזקת הגוף עדיפא מכל החזקות וכדמוכח מסוגיא דס"פ המדיר וא"כ אין לנו אלא כהאי דטבח דאית לה לחיותא חזקת הגוף אבל שאר חזקות לא אלים להוציא ממון ובתוספתא פ"ג דמציעא שנינו המוכר פרה לחבירו ונגנבה זה אומר ברשותך נגנבה וזה אומר ברשותך נגנבה יחלוקו נמצא גנב זה אומר ברשותו נגנבה וזה אומר ברשותו נגנבה יחלוקו ע"כ וביאור דרישא לענין דמי המקח ולכן זה אומר ברשותך נגנבה כו' וסיפא בנמצא הגנב חולקין בכפל ומדתני רישא יחלוקו ולא אמרי' כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה מוכח דגבי גניבה ואבידה לא אמרי' האי כלל וכמ"ש והא דתני יחלוקו אתיא כסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין ולדידן דקיימא לן כרבנן המוציא מחבירו עליו הראיה ופטור הלוקח ואם לא נתן לא יתן:

סימן רכה

סעיף א

ואין המוכר חייב באחריות אונס. ונראה דאם הכותי כבר ערער קודם שלקחה והלוקח לא ידע מזה דה"ל מקח טעות ולא אמרי' בזה אחוי טירפך כיון דכבר יצא ערעור ה"ל כמו מום במקח כאלו נפחת והוזל ובתוס' פ"ק דמציעא דף י"ג גבי מוכר שדה באחריות

הקשו לימא ליה שקול ארעך בזוזי ותירצו משום דיצא עליו ערעור הוזל השדה ע"ש וא"כ אין לך מום גדול מזה וכן משמע בש"ע סעיף ה' ע"ש שאין לך מום כו' ואע"ג דהתם אם קיבל המוכר הדמים והלוקח נשתמש בו אינו יכול לחזור משום מום משום דהתם יצא הערעור אחר שקנה הלוקח באחד מדרכי הקניה אבל היכא שיצא הערעור קודם שקנה באחד מדרכי הקניה והלוקח לא ידע מזה ה"ל מום:

סימן רכו

סעיף א

רצה ראובן לעשות דין עם לוי. פ"ק דמציעא דף י"ז כתבו תוס' ז"ל עוד נפקא מיניה שאם יש לראובן עליו שבועת התורה יגלגל עליו שבועה דאורייתא שלא פרע ע"ש. ועמ"ש בסי' צ"ד סק"א להסתפק אם נשבעין שבועת התורה ע"י גלגול בנוטלין כיון דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם משמע בכל שבועת התורה אפי' ע"י גלגול בעינן ולא ישלם. ומדברי תוס' כאן משמע דאפי' בנוטל אי' שבועת התורה ע"י גלגול ואפשר דמיירי בתר פרעון וכהאי דפ' הכותב דאמר רב פפא אי פקח כו' וכן משמע ממתני' דפ' כל הנשבעין דאמרו כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ומשמע כל שבועת התורה אינו אלא בנשבעין ולא משלמין ואכתי צ"ע:

סעיף ב

באחריות דנפשי'. פ' אלמנה נזונית דף צ"ז בעי מיניה מרב ששת מוכרת למזונות מהו שתחזור ותטרוף לכתובה קמבעיא לי' בדרב יוסף דאמר רב יוסף ארמלתא דזבין אחריות איתמי ובי דינא דזבין אחריות איתמי מאי כיון דאחריות טרפא או דלמא מצי אמרי לה נהי דאחריות דעלמא לא קבלית עלך אחריות דנפשי' מי לא קבלי' אמר ליה תניתוה מוכרת והולכת עד כדי כתובתה וסמך לה שתגבה כתובתה מן השאר ש"מ שיירא אין לא שיירא לא וע"ש בר"ן. ואיכא למידק מאי קא מבעיא לן לפמ"ש בש"ע סי' ק"ד סעיף ט' אם ב"ד מוכרין קרקע להגבות למוקדם אין בע"ח מאוחר יכול לטרוף והוא מדברי הרשב"א בתשובה מירושלמי פרק אלמנה ניזונית כו' אלמא כל שלקח מב"ד או מאלמנה כדי למפרע כתובתה או מלוה שזמנו מוקדם הרי הוא כאלו שעבודו של מלוה דאשונה עדיין קיימת הובא בב"י סי' ק"ד ע"ש וזו שמוכרת למזונות נמי ה"ל כאלו עדיין שעבודה של מזונות קיים וא"כ היכי מצי הדרא וטורפה לכתובתה כיון דלוקח נמי יש לו שעבוד מזונות ומה שגבה גבה אפי' בזמנים שוין כיון דהי' הגביה ע"פ ב"ד והרשב"א דנקט במלוה מוקדם ודאי ה"ה מכרו לבע"ח שזמנו שוה כיון דלוקח ב"ח בכח שעבוד

של מלוה ששוה זמנו לזה ודאי מה שגבה גבה כיון דע"פ ב"ד גבה ועמ"ש בסי' ק"ד ס"ק י' וע"ש בתשובת הרשב"א שכ' שאין חילוק והפרש בין הגבו לשמעון עצמו גוף הקרקע בשומא בין ששמו ומכרו לאחרים ע"ש בב"י וכיון דהלוקח בא בשעבוד מזונות היכי הדרא וטרפה מיניה לכתובה והנה לשטת הפוסקים למלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר אין למלוה ע"פ במקום מלוה בשטר ניחא דמזונות חשיב מלוה ע"פ דאין מוציאין למזון האשה ובנות מנכסים משועבדים ומש"ה הדרא וטרפה לכתובה שהיא מלוה בשטר. אבל לשטת הפוסקים דמלוה ע"פ מוקדם קודם וכן פסק בש"ע סי' ק"ד סעיף י"ג וכיון דאין למלוה בשטר דין משועבדים קשיא אמנם לפי שמזונות דרבנן שאר חוב קדים וכמ"ש בש"ע סי' צ"ז ועמ"ש שם ס"ק י"ב וכתובה דאורייתא לשטת תוס' והרא"ש פ"ק דכתובות מש"ה הדרא וטרפה לכתובה משום דאפי' יש ללוקח כח שעבוד מזונות כתובה קדים. ובזה ניחא הא דבעי לה במוכרת למזונות מהו שתחזור ותטרוף לכתובה ולא בעי לה במוכרת למקצת כתובה מהו שתחזור ותטרוף למותר כתובה. ובשטה מקובצת שם כתב בשם הרא"ש דה"ה דהוי מצי למיבעי במוכרת למקצת כתובה כו'. ולפמ"ש ניחא כיון דלוקח יש לו כח ושעבוד כתובה ג"כ מה שגבה גבה כיון שזמנן שוין. אמנם לפמ"ש הב"י בסי' צ"ז בטעמא דאין לאשה מזונות עד שיפרע לבע"ח משום דלמזונות דלהבא חשיב המלוה מוקדם ע"ש א"כ הכא דהכא לאחד אמרי' מה שגבה גבה אפי' במאוחר וכמ"ש תוס' ר"פ מי שהיה נשוי דהא דאמרו בערכין בע"ח מאוחר מה שגבה גבה וכתבו משום דהכל להקדש ע"ש וה"נ כיון דמוכרת למזונות ה"ל כאלו גבתה וע' תוס' פ' אלמנה ניזונית דף צ"ח ד"ה אלמנה שמוכרת שוה מנה ז"ל דכיון שנתכוונה להוציא מרשות יתומים ה"ל כאלו קנתה ממש בכתובתה ע"ש וכיון דגבתה תו לא מצי טרפה מלוקח בעד כתובתה דמה שגבה אפי' בע"ח מאוחר מה שגבה גבה היכא דהכל לאדם אחד ועמ"ש בסי' פ"ג סק"א אלא דלפמ"ש בסמ"ע משום דמזונות דרבנן ניחא ומשום דכתובה דאורייתא מש"ה טורפה ממזונות לכתובה ובתוס' שם ד"ה מאי סמך לה ש"מ שיירא אין לא שיירא לא ז"ל וא"ת תיקשי מהכא לרמי בר חמא דהוי בעי למימר לעיל גבי ראובן שמכר שדה לשמעון דאפי' אחריות דנפשי' לא קביל עלי' והא בהך ברייתא אמרי' דאחריות דנפשיה מיהא קביל וע"ש. ולפמ"ש י"ל דרמי בר חמא ס"ל דכתובה נמי דרבנן ומה"ט לא מצי הדרא וטרפה משום דשניהן שוין והלוקח יש לו שעבוד מזונות וכמ"ש ודוק:

סימן רכז

סעיף א

כמה תהיה אונאה. כ' הריטב"א פ"ק דקידושין דף ח' לעולם דלא שוי חמש סלעים וכגון דקיבל עלי' כהן כי הא דרב כהנא כו' אמר רב אשי לא אמרן אלא רב כהנא דגבר' רבא הוא ומיבעי' ליה סדרא אבל לכ"ע דלא שוי לא ואע"ג דקבלי' עליה לאו כל כמיניה וז"ל שמעי' מהכא שהמוכר חפץ לחבירו בשיתא ובשוק לא שוה אלא חמשה אי להאי לוקח שוי שיתא אין בו משום אונאה דבתר דידיה אזלינן כי היכא דחשבינן לי' הכא שוה חמש סלעים מיהו בשוה לזבינא שיתא כי אורחי' אבל אי לדידי' לא שוה אלא מפני שהוא דחוק בדבר הא ודאי קציצה מתוך הדחק לא שמיה קציצה ואפי' נתן לו הדמים חוזר וגובה אותו ממנו והכי מוכח ביבמות דאמרי' בת חמוה דרב פפא נפלה לפני יבם שאינו הגון לה אתא לקמיה דאביי ואמר ליה חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוזי לבתר דחלץ לה א"ל אביי זיל הב ליה כו' וא"ל רב פפא ולימא לי' משטה אני בך מי לא תניא הרי שהיה בורח מבית האסורין וא"ל טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו כו' מה שקצצה עמו לתת לו שכר החליצה מאתים זוז הוי קציצה מתוך הדחק ואינה חייבת בו כו' ומכאן ללוקח סימנין הרבה בדמים יקרים מפני חולי הדוחק דלא מחייב אלא בדמיהן וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. והנה מ"ש דהיכא דשוה להאי לוקח שיתא אזלינן בתר דידיה ק' מהא דקי"ל דאפי' במרגליות ושאר דברים שאדם רוצה לזווגן יש לו אונאה ומשמע דאפי' הלוקח גופי' צריך לו וכן מ"ש בקציצה מתוך הדחק דאפי' נתן לו דמים כו' לפי מה דקי"ל בטול דינר והעבירני דאם כבר נתן אין מוציאין מידו והוא בש"ע סי' רס"ד א"כ מכ"ש הכא וכ"כ הרמ"א באה"ע סי' קס"ט גבי חליצה ע"ש. ואפי' היכא דלא נתן מעות נראה דלא דמי מקח לשכירות ומשום דשכירות אינו אלא בדיבור ויכול לו' משטה אני בך אבל אם הי' קנין גם בטול דינר מחייב וע' ש"ך ריש סי' פ"א מקח ה"ל כקנין וצ"ע:

סעיף ב

דטעי אנשי במקח. והוא מדברי המרדכי פ' הזהב. ובשטה מקובצת שם ז"ל ומבעי' לי' להשר אי איכא יותר משתות מקח ופחות משתות מעות כגון שמכר לו שוה ה' דנרים בה' דנרים וי"א פשיטים למאי חשבינן לי' ואומר רבינו יהודה דחשבת לי' אונאה דכיון דלאו הוי מחילה ולא ביטול מקח א"כ חשבינן לי' אונאה כו' ובמרדכי חולק כו' והריטב"א כ' ז"ל ורבינו יהודה אומר דחשבית לי' אונאה כו' ואין זה מחוור דהיכא עבדי אונאה וליכא שתות משום צד והאיך אנו מטילין פשר' בין שני הצדדים והנכון יותר דאזלינן

בתר המקח בין לרב בין לשמואל אונאת המקח הוא העיקר ובאונאת מעות הוא דפליגי ועדיין הדבר צ"ע עכ"ל:

סעיף ג

ולא לתבוע אונאתו בהגהת אשר"י כתב דאם לא נתן המעות עדיין נאמן לו' לא נתרציתי במגו דפרעתי וש"ך הניחו בצ"ע. ומסתימת הפוסקים משמע דאפי' לא נתן מעות נמי המקח קיים ומשום דחזקה מחל וה"ל מגו במקום חזקה:

סעיף ד

ואם יברר שהיה לו אונס. וצריך לברר בעדים מיהו בזה אם עדיין לא נתן המעות נאמן לו' שהיה לו אונס במגו דפרעתי:

סעיף ה

היה יודע הלוקח. במרדכי ס"פ הזהב מהא דאמרי' שם דף נ"א האי גברא דהוי נקט וורשכי לזביני קרי שיתא ושוי חמשא ואי הוי יהבי לי' חמשא ופלגא הו' שקיל אתא האי גברא ואמר אי יהבנא ליה חמשה ופלגא הוי מחילה אתן לי' שיתא ואתבעי' לדינא אתא לקמי' דרבא א"ל ל"ש אלא בלוקח מתגר אבל לוקח מבעה"ב אין לו עליו אונאה ומשמע דאי לאו בעה"ב יש לו אונאה אע"ג דידע וע"ש. וכתב הב"ח ז"ל ומ"מ צ"ל דלא מיירי אלא דומיא דהני עובדי שאמר הלוקח בפני עדים אתן לו שיתא ואתבעי' לדינא דהתם כיון שנתברר דידע ולא מחל אע"פ ששתק בשעת לקיחה אין שתיקתו מחילה אבל אם לא נתברר שהי' דעתו לתובעו אח"כ אע"ג דנתברר דידע הלוקח שאינו שוה אלא חמשא וקנאו בשש אמרי' מתנה בעלמא הוא דיהיב לי' דהא אפי' היכא דטעה בכדי שאין הדעת טועה פסק הרא"ש דידע ומחיל כדאי' פרק הספינה דף ע"ח כ"ש היכא שנתברר שידע בשעת לקיחה שאינו שוה אלא ה' ולקחו בשית דאמרי' ידע ומחיל כו' ולפ"ז ודאי אפי' תובעו לאחר בכדי שיראה נמי צריך להחזיר דהא טעמא דזמן בכדי שיראה אינו אלא למאן דטעי וקבעו לו זמן לחקור אבל האי דידע בשעת לקיחה שאינו שוה אלא ה' וקנאו בששה לתבוע לדין ולא מחל שהרי אמר בפני עדים אתבעי' לדינא התם ודאי יכול לתובעו אף לאחר בכדי שיראה וזהו שכ' ראב"י אם ידע הלוקח ושתק עד לאחר זמן דלא הוי מחילה דאפי' לאחר זמן הרבה יותר מבכדי שיראה נמי מוציאין האונאה מיד המוכר וכו' וע"ש שהשיג בזה על הרמ"א והסמ"ע:

ונראין דברי הרמ"א והסמ"ע דאי נימא דכי לא אמר אתבעי' לדינא הוי מחילה ומשום דידע א"כ כי נמי אמר אתבעי' לדינא מאי הוי כיון דלא הי' אנוס בדבר הוי מחילה ואפי' מסר מודעה קודם כל שלא הכירו באונסו זביני' זביני ואפי' לא קיבל רק מעט וכמ"ש

בריב"ש סי' קכ"ז ז"ל דאע"ג דבהנאה מועטת שקיבל הנותן דינו כמתנה ולא אמרי' אגב אונסי' גמר ומקני מ"מ לענין זה דמי למכירה דבעינן שידעו העדים באונסו כמו במכירה דכיון דמקבל הנאה ליכא למימר הכי דאפי' אם אינו אנוס כיון שאמר שאינו נותן מדעתו וכו' ע"ש וכן כתב הרמ"א סי' ר"ה סעיף ד' ע"ש וא"כ כי אמרו אתבעי' לדינא מאי הוי כיון דאינו אנוס וזה ברור:

ולכן נראה לענ"ד עיקרא דהאי מלתא הוא דכל היכא ששניהן יודעין זה מזה בכדי שאין הדעת טועה כמו במוכר צמד בקר במאתים דמוכר יודע בלוקח שאינו טועה וכן הלוקח במוכר ודעת שניהם אינו אלא למתנה ומחילה וקונה הלוקח על דעת מחילה ומתנה כיון שיודעין זה בזה שמכירין את המקח כמה שוה והמוכר רוצה דוקא בעד הצמד מאתים ורוצה במתנה ומחילה והלוקח נמי קונה אדעתא דמוכר ומוחל ונותן כיון שהמוכר הוא כאלו התנה ע"מ שאין לך עלי אונאה אבל היכא שהוא בכדי שהדעת טועה והמוכר אינו מתנה ע"מ שאין לך אונאה שאינו מכיר בלוקח שיודע שיוי המקח א"כ דעת המוכר לא הי' ע"מ שאין לך עלי אונאה כיון שלא התנה בפירוש וכיון דהמוכר אינו מוכר ע"מ שימחול גם הלוקח שיודע ומכיר במקחו כמה שוה אינו קונה על תנאי מחילה כיון שהמוכר לא התנה ובכדי שאין הדעת טועה שניהם מכירים במקח וה"ל כאלו התנה המוכר ע"מ כו' והלוקח נמי קונה על דעת תנאה כיון דה"ל כאלו התנה המוכר וזה ברירא דהך מלתא ודו"ק) (וכן נראה מדברי שטה מקובצת שם וז"ל האי גברא דנקט וורשכי מהא שמעינן דאע"ג דידע הקונה דאית במנה אונאה וקנאו דיש לו מן הדין לחזור על המוכר וליטול ממנו אונאה ואינו יכול לו' ידעת ומחלת אלא אם יפרש לו שחפץ זה אינו שוה הדמים הללו ורצה וקיבל אין לו לחזור עליו וכן דין המוכר דינם שוה עכ"ל ומבואר מדבריו דאע"ג דלא אמר בפני עדים אתבענו לדין נמי יכול לתובעו אונאה. והוא מה"ט שכתבנו דהאי דפ' הספינה בצמד בקר במאתים שניהם מכירין זה בזה שיודעין טוב המקח וה"ל כאלו התנה המוכר שחפץ זה אינו שוה והלוקח נמי קונה אדעתא דתנאה אבל היכא שהוא בכדי שהדעת טועה דהמוכר אינו יודע בלוקח שמכיר שיוי המקח לא הוי תנאי כלל וכמ"ש ובזה ניחא הא דאמרו שם אבל לוקח מבעה"ב אין לו עליו אונאה. וקשה הא בבעה"ב טעם הדבר משום מחילה ובעובדא דוורשכי לא מחל דהא אמר אתבעי' לדינא. ובשטה מקובצת פ' הזהב שם ז"ל אבל בלוקח מבעה"ב כו' והני עובדי דוורשכי וכיפי אע"ג דלוקח לא מחל על אונאתי כיון דמבעה"ב לקח לא פלוג רבנן דאל"כ יש חילוק בין לוקח עם הארץ או ת"ח אלא חכמים השוו מדותיהם דכל היכא שהמוכר בעה"ב אין לו עליו אונאה ע"ש. ולפי מ"ש נראה כיון דהלוקח ידע שהמוכר

בעה"ב וגם המוכר יודע בלוקח שמוכר אותו לבעה"ב הרי המוכר כאלו התנה ע"מ שאין לך עלי אונאה והיכא דהוי כמו תנאי הלוקח נמי קונה אותו אדעתא דתנאה ושוב לא מהני מה שאמר אתבעי' לדינא כיון דאינו אנוס וכמ"ש בשם הריב"ש וה"ל ממש כהאי דפ' הספינה בצמד בקר בעד מאתים דשם נמי אפי' יאמר הלוקח בפני עדים אתבעי' לדינא כיון דאינו אנוס הוי מחילה וז"ב ודו"ק:

סעיף ו

וכן אם נודע שבא לידו בממכרו. כ' הסמ"ע ז"ל דוקא אם ידוע בבירור אבל אם היו מחולקים בזה אף שהלוקח טוען ברי שנזדמן למוכר כעין זה הדין עם המוכר אף שבא להוציא דאמרי' סתמא אין אדם קונה מקח כדי לחזור בו ובודאי לא ידע עד הנה ע"ש וכן מצאתי כתוב כדבריו בשטה מקובצת פ' הזהב ז"ל וכתב הרמ"ך והיכא דקא טען לוקח דודאי אתרמי לי' כי האי זבינא וידע טעותא ומחל נראה לו' דמשתבע מוכר ושקיל כו' מיהו נ"ל דמשתבע היסת עכ"ל. אלא דטעמא דכ' בסמ"ע דמשתבע מוכר ליטול משום דסתמא דמחילה אין אדם קונה כו' ולי נראה משום טענה גרוע דלא עביד אינש דמחל מש"ה צריך הלוקח לברר שבא לידו בממכרו ומחל. והא דאינו נאמן במגו דהחזרתי דמי אונאה דמחילה נמי נאמן במגו דפרעתי דכיון דלקחו בתחלה לא עביד דפרע אונאה עד דשמו לו רבנן ומחייבין אותו ולא עבד דפרע דאמר מי יימר דמחייבי לי רבנן. ואם אינו ידוע בכמה קנה אלא ע"פ הלוקח נרא' דנאמן שבא לידו בממכרו ומחל במגו דאי בעי טען שקנה בלא אונאה:

סעיף ז

דדרך השערים להשתנות. במרדכי ס"פ המדיר ז"ל על דבר המעיל שקנה ר' ברוך בשליחות קהלינו ויטעון שם עם ר' יוסי כהן כי הקהל אומרים שיש בו אונאה והקהל אומרים שישלח אותו עדיין לשוק אם יש בו אונאה מה ראיה צריך הא קמן יש בו אונאה כולו ועוד הא קי"ל כר' נתן דאמר אם בריא הוא עליו הראי' ששכ"מ הי' אלמא אזלינן בתר השתא כו' זאת אשר השיב כו' ושער שבשוק עשוי להשתנות מבקר לערב הכל לפי הלקוחות והמזומנין לצורך השעה שצריכים לחפצים הנמכרים בשוק והאי דרבי נתן דאזל בתר השתא משום דמעיקרא בריא הי' ואוקמה אחזקה דרוב בני אדם בריאין עכ"ל. וקשה לי בהא דכ' הטור באה"ע סי' מ"ו אי קדיש במידי דלא ידעינן אי הוי ש"פ בעידן קידושין או לא אזלינן בתר השתא ואי אית ביה ש"פ השתא הוי קידושי ודאי ולא חיישינן שמא באותו פעם הי' פחות מש"פ כדי לחוש לקידושי שני ע"ש והיכי סמוך בשערים העשוין להשתנות למיזל בתר השתא ובית שמואל שם הביא דברי הרמ"ה להלכה כאלו

אין בזה חנק והרי לפי דעת הרמ"א כאן דפסק כדברי המרדכי דלא אזלינן בשערים בתר השתא ובחידושי לאה"ע סי' ל"א שם הארכנו בזה ועמ"ש בסי' קט"ז סק"א:

סעיף ח

ע"מ שאין לך עלי אונאה. כתב בסמ"ע ז"ל ואע"ג דאם אמר לי' ע"מ שלא תשמיטני בשביעית אמרינן כל תנאי שבממון קיים כו' שאני התם דידע ומחיל משא"כ הכא דלא ידע דאית בי' אונאה כו' דלא כע"ש שכתב הטעם שלא מהני משום דהוי מתנה עמש"ב וזה אינו דאינו מתנה על דין תורה אלא מתנה עמו שימחול לו אונאה עכ"ל ודברי ע"ש נכונים לפמ"ש בנימוקי יוסף פ' הזהב שם גבי אונאה דלא ידע דמחל וז"ל וכיון דל"מ מטעם מחילה גם מטעם התנאי ל"מ נמי שהוא מתנה לעקור דבר מן התורה ולא כל הימנו ודמי קצת לעל מנת שאין בו דלא אמר כלום עכ"ל. וביאור דבריו לפמ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין דהא סבר ר' יודא בתנאי שבממון תנאו קיים משום דס"ל דהכוונה ע"מ שתמחלי ע"ש ומש"ה היכי דלא ידע דמחיל ל"מ אבל אומר ע"מ שאין לך דין אונאה ל"ש האי טעמא דלא ידע דמחל אלא דל"מ דין אונאה משום דכל כה"ג ה"ל מתנה עמש"ב ול"מ מצד התנאי ולזה קאמר הנ"י דע"מ שאין לך דין ה"ל מתנה עמש"ב וא"כ דברי ע"ש נכונה דכת' הטעם משום מתנה עמש"ב. ומיהו בסי' ר"ט סקי"א שם הארכנו בזה ע"ש דאפי' היכא דמתנה ע"מ שאין לך דין נמי האי טעמא שייך דלא ידע דמחל:

סעיף ט

שאינו יודע כמה אונאה יש בו כדי שימחל פרק הזהב (בבא מציעא דף נ"א) האומר לחבירו ע"מ שאין לך אונאה רב אמר יש לו עליו אונאה ושמואל אמר אין לו עליו אונאה לימא רב דאמר כר' מאיר ושמואל דאמר כר' יודא ומסיק רב דאמר כר' יודא ע"כ לא אמר ר' יודא אלא דידעה ומחלה אבל הכא מי ידע דמחל ונראה דהיכא דאיכ' שתות דקנה ומחזיר אונאה דאם התנה המוכר ע"מ שאין לך עלי אונאה והלוקח תבע אונאה יכול המוכר לחזור מן המקח ואע"ג דלר' מאיר בע"מ שאין לך עלי שאר כסות המעשה קיים והתנאי בטל התם כבר הקשו בתוס' פ' אע"פ כיון דהתנאי בטל נימא דהמעשה בטל כיון דע"מ כן קידש וכתבו משום דאינו דומה לתנאי בני גד לפי שמתנה עמש"ב מש"ה המעשה קיים אע"ג דתנאי לא מתקיים ע"ש וא"כ היינו דוקא לר"מ אבל לדידן דקי"ל כר' יודא דבדבר שבממון תנאו קיים אלא דגבי אונאה משום דלא ידע דמחל אע"ג דמחל ה"ל מחילה בטעות וכיון דלר' יודא גבי תנאי ממון הכוונה ע"מ שתמחלי לפמ"ש הרשב"א בחידושיו הובא בסק"ח נהי דל"מ מחילה משום מחילה בטעות אבל התנאי מיהא מהני לבטל המעשה כיון דאינו נגד דבר תורה וכן לפמ"ש בסי' ר"ט סקי"א דלר'

יודא מהני בממון אפי' תנאי שלא יהי' לו עליו דין ומשום דהתורה לא חייבו אלא ברצון שכנגדו ואפ"ה היכא דלא ידע דמחל ל"מ מה שמוחל הדין חיוב שלו ע"ש וא"כ כיון דאינו נגד דבר תורה בתנאי שבממון נהי דיכול לחזור בו הלוקח ולתבוע אונאתו אבל המעשה מיהא בטל כיון שהתנאי לא נתקיים וז"ב ודוק)

(ובסמ"ע ס"ק ל"ח כת' דרש"י ס"ל באומר ע"מ שאין בו אונאה אפי' שתות חוזר ומשמע דהטור ס"ל כרש"י אלא דמש"ע שכתב ואין צריך לו' משמע דס"ל דדינו כאלו אמר ע"מ שאין לך אונאה דבר פשוט שאין חוזר לגמרי בשתות אלא ה"ל כאלו לא התנה כלל עכ"ל ע"ש. ולפמ"ש גם באומר ע"מ שאין לך עלי אונאה לא הוי כאלו לא התנה כלל אלא תנאו מהני שיוכל המוכר לחזור בו באונאת שתות אם הלוקח תובע אונאתו ובאומר ע"מ שאין בו אונאה לפי שיטת תוס' דמפרשי ע"מ שאין בו אונאה ה"ל מתנה עמש"ב ואפי' מפרש ל"מ וגבי קידושין נמי כה"ג שמתנה ע"מ שאין בו שאר כסות דתנאו בטל דקאי על גוף הקידושין ועמ"ש בסי' ר"ט ס"ק י"א אפי' בשתות קנה ומחזיר אונאה ואין המוכר יכול לחזור כיון דכה"ג ה"ל מתנה עמש"ב ותנאו בטל והמעשה קיים דאינו דומה לתנאי בני גד. ושטת רש"י באומר ע"מ שאין בו הכונה שלא יהי' בו שום אונאה אפי' שתות וזה לא הוי מתנה עמש"ב וא"כ היכא דנמצ' בו אונאה יכול המוכר לחזור וכיון דכת' בש"ע ואצ"ל אם אמר לו ע"מ שאין בו אונאה ע"כ דמי להדדי וכיון דבע"מ שאין לך עלי אונאה יכול המוכר לחזור בו לפמ"ש א"כ ה"ה ע"מ שאין בו אונאה נמי יכול המוכר לחזור וכשטת רש"י דלשטת תוס' אין המוכר יכול לחזור ודוק:

סעיף י

או שקנה ע"י סרסור. כת' בסמ"ע וז"ל פי' אף אם ידע הלוקח שהן של בעה"ב כיון שבעה"ב מסרו לסרסור למכור למי שיבא לקנותו ודאי נתייאש שלא ידע הלוקח שהן של בעה"ב ועל דעת לחזור לו אונאה מסרו לו עכ"ל. ובט"ז כת' עלה שהוא תמוה מאד דדלמא צוה בעה"ב לסרסור שלא יתנו רק בסך קצוב יותר משוי' והוא מכר כן וכיון שהלוקח ידע שהמעות מגיע לבעה"ב המשלחו ודאי מפסיד הלוקח מכח עצמו וע"ש. ונראין דברי הסמ"ע דכיון דאפילו ידע הלוקח בשעת מקחו שאינו שוה וקנה ביותר אפ"ה יכול לתבוע אונאתו בכדי שיראה לתגר וכמ"ש הרמ"א סעיף ז' ועמ"ש בסק"ד עיקרא דמלת' היכא שהמוכר יודע בלוקח שמבין טוב המקח כמה שוה ורוצה יותר משויו ה"ל כאלו התנה המוכר אדעתא דמחילה וכן הלוקח קונה נמי אדעתא דהכי אבל אם אין המוכר יודע בלוקח שיודע טוב המקח ושויו דלא ה"ל מוכר כמתנה תנאי כיון דמוכר סבור שלוקח אינו יודע כלל שווי של המקח ובזה אפי' ידע הלוקח שווי המקח לא

מחל יותר ויכול לתבוע אונאתו ובלוקח מבעה"ב שניהם יודעין ואדעת' דמתנה ומחילה קנה אבל ע"י סרסור כיון שאין הדבר ידוע לסרסור שלוקח יודע שהוא של בעה"ב אע"ג דלוקח ידע שהוא של בעה"ב ה"ל כהך דינא דרמ"א ס"ז דלוקח ידע בשויו של מקח ויכול לתבוע אונאתו ודוק:

סעיף יא

ולא קיבל שכר על השומא כת' הרשב"ץ ח"ב סי' קע"ד ז"ל שאלת ראובן קנה צרור א' מעפרות זהב מערבי א' והראהו לצורף אומן א' ואמר לו ראה אם הוא זהב מזוקק או אם יש בו זיוף ואם הוא מזוקק אתן לך חצי הריוח בשכרך ראהו האומן ואמר לו נראה לי שהוא זהב מזוקק ואין בו זיוף והכרתי זה מתוך כבדותו וסמך עליו הלוקח וקנאו בחזקת שהוא זהב מזוקק והתיכו ונמצא נחשת מהו שיתחייב האומן כדין האומן הנוטל שכר כו' תשובה האומן פטור הוא שאין חיוב על אומן אלא כשהוא נוטל שכר ומה שנראה מלשון השאלה שאתם דנין זה כאומן שנוטל שכר מפני שנוטל מחצית הריוח טעות הוא בידכם שאם אין שם ריוח אינו נוטל שכר וכההוא נוטל שכר הרי יש שם ריוח ואינו מתחייב אלא כשיש שם הפסד וכשיש שם הפסד אין לו שכר ואינו קרוי שכר לחייבו בתשלומין אלא כשנטלו אפי' יש שם הפסד ונותנו לו מכיסו בשעה שמראהו לו אבל כשלוקח מיני' ובי' אין זה שכר וכעין זה כ' הרמב"ן ז"ל בפ' איזהו נשך על ענין מעות של יתומים ואע"פ שהוא סומך עליו אינו מתחייב כו' אבל אומן פטור עכ"ל:

ובהג"ה שם בתשו' הנז' ז"ל אמ"ה בספר החשן סי' ש"ו כ' שהטבחים שנוטלין הכרכשאות מן הכשירות נקרא בשכר אע"פ שאין לוקחין מן הטריפות כיון שאם לא הי' טריפה היה נוטל נמצא זה שכר לפ"ז הי' נראה שזה האומן שומר שכר כיון שלא הי' טוב הי' נוטל שכרו וצריך ישוב בדבר עכ"ל. וטעות בדפוס במ"ש כיון שלא היה טוב היה נוטל שכרו והכי ראוי להיות כיון שאילו היה טוב היה נוטל שכרו. אמנם נראין דברי הרשב"ץ נכונים דודאי דברי הטור בסי' ש"ו דברי טעם הם וכמ"ש עלה הב"י שם ע"ש והיינו משום דכן הוא כל שומרי שכר אם שמרו כראוי נוטל שכרו ואם נגנב או נאבד ולא שמרו כראוי משלמין דמי החפץ ומפסידין שכרן ואפי' בעבדים ושטרות דאינן בדין שמירה מפסידין שכרן וכדאי' פ' הזהב נשבעין לטול שכרן ע"ש ס"פ ומשום דלא הבטיח שכר אלא כשישמור אותו כראוי ואפ"ה הוי שומר שכר כיון שאם ישמור אותו כראוי יטול שכרו משלם והיינו נמי בטבחים כיון שנוטלין שכר מן הכשירות וכשישחוט כראוי יטול שכרו מש"ה חייב הוא כדין שמירת שומר שכר ואם נתנבלה בשחיטתו חייב לשלם דהי' לו לשומרו שלא לנבל כיון שיטול שכרו אם ישחוט אותו בהכשר אבל

בעובדא דידן שלא הבטיח לאומן שום שכר רק שיטול חלק בריוח ואין לו ריוח אלא בזהב מזוקק וא"כ השכירה שמוטל עליו היינו לבחון היטב אם הוא זהב מזוקק ואם הי' מדקדק היטב בכור הבחינה והי' ניכר לו היטב הזיוף לא הי' לו שום ריוח וא"כ על השמירה כראוי אין לו שום שכר אבל בשאר שומרי שכר וכן בטבחים כשיעשו פעולתם כראוי יהי' להם שכר משלם וכאן כשיעשה פעולתו כראוי אין לו שכר כלל וכמ"ש וזה ברור:) (

סימן רלב

סעיף א

ושחטה ונמצאת טריפה. כתב בתשובת הריב"ש סי' ת"ג ז"ל השאלה הרביעית שחט השוחט בהמה ולא בדק בסימנין והניחן כסבור שהן שחוטין ואח"כ בא בעל הבשר ומכר הבני מעיים בז' פשיטין ע"מ שיפרעם הלוקח אם כשירה ואם טריפה ולבסוף נתברר הדבר שלא נשחטה כראוי ושאלת אם על המוכר להחזיר המעות ללוקח כיון שזו נפסלה בשחיטה נבילה היא ולא טרפה כו' מי אמרי' ללוקח לקחת אותן בני מעים כאשר הם כו' ולבסוף גם כי נמצאת הבהמה נבלה נסתחפה שדהו ומזלו גרם וכו' תשובה נראה שהדין עם המוכר ועל הלוקח לקחת הבני מעיים כאשר הם כיון שהתנה עמו שיקחם בין טריפה בין כשירה ואע"ג שלפי האמת אין זה טריפה אלא נבילה במקח וממכר אזלי' בתר לישנא דאינשי שאין מדקדקין בין נפסלה בשחיטה או אם נשחטה כראוי ודבר אחר גרם לה ליפסול ובין לזו ובין לזו טריפה קרוי לה דמיא למאי דאמרינן בב"ב בית כור עפר אני מוכר לך אע"פ שאין בו רק לתך הגיעו שלא מכר לו אלא שמא והוא דמתקרי בית כור וכו' ועוד שאפי' נאמר שרוב בני אדם אין קורין לזו טריפה כל שהמיעוט קורין לה טריפה יד המוכר על העליונה כיון שהוא מוחזק לפי שאין הולכין בממון אחד הרוב לאפוקי ממונא מיד שהוא מוחזק בה כדאי' פ' המניח אמר רב פפא היינו כד היינו חביות למאי נ"מ למקח וממכר כו' לא צריכא דרובא קרי לכדא כדא ולחביתא חביתא ומיעוטא קרי לחביתא כדא כו' מהו דתימא זיל בתר רובא קמ"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כו'. ואין ללוקח שיאמר בנדון זה כיון שראיתי הבהמה שחוטה הייתי סבור שנשחטה כראוי ועל דעת כן קניתי ממנה כיון שזה אמר בין כשירה בין טריפה ויש בכלל לשון זה אפי' לא נשחטה כראוי לפי לשון רוב בני אדם היה לו להתנות בפירוש ואף אם אינו בכלל לרוב בני אדם כי אם למיעוט כיון שהקדים לו המעות וזה מוחזק היה לו להתנות וכיון שלא התנה בפירוש ה"ל דברים שבלב ואינן דברים דומיא למאי דתנן פ' האומר המקדש

את האשה ואמר סבור הייתי שהיא כהנת כו' וכל שכן בכאן שהתנה בפי' בין כשירה בין טריפה שאין כח בו לעקור התנאי ולבטלו מפני דברים שבלבו וכו' וע"ש ומשמע מיני' דאם הלוקח מוחזק ולא נתן עדיין את המעות ומיעוט קרי לנבילה נבילה דאין צריך הלוקח ליתן הדמים כיון שלא התנה אלא אם כשירה אם טריפה וזו נבילה ואע"ג דרוב' קרו לה לנבילה טריפה אין הולכין בממון אחר הרוב לאפוקי ממונא מיד הלוקח אמנם לא נדע כוונת הריב"ש במה דשקל וטרי בענין זה דמה בכך דהוי נבילה מה בין נבילה לטריפה כיון דשניהם אסורים והיכי מצי לוקח למימר טריפה לקחתי ולא נבילה והא אפי' בשני מינין דהמקח בטל אינו אלא משום דאי' דניחא ליה האי מינא ואי' דניחא ליה בהאי אבל בין טריפה לנתנבלה בשחיטתה מאי קפידא בין האי להאי. ואפשר לפמ"ש הרשב"א בת"ה הארוך דהא דמזמנין לנכרי על בני מעיים היינו דוקא בבהמה שנשחטה כראוי ומשום מי איכא מידי דלישראל שרי וכו' אבל אסור לזמן לו בבני מעים בבהמה שנתנבלה בשחיטה כיון דלאו שחיטה הוא ה"ל אבר מן החי והובא בש"ך י"ד סי' כ"ז ע"ש וא"כ ודאי ה"ל מום דטריפה מותר למכור לנכרי ואלו בנתנבלה בשחיטתה אסור למוכרו לנכרי אלא משום דהתנה בפירוש אם כשירה אם טריפה וכיון דקרו לנבילה נמי טריפה הרי סבר וקבל בתנאו ולא מצי לוקח לו' סבור הייתי שנשחטה כהוגן כמו שכת' הריב"ש כיון דנתן המעות והמוכר אמר אם כשירה אם טריפה היה ללוקח להתנות לו נבילה. ובזה הוא דצריך הריב"ש לאתויי עלה הך דאין הולכין בממון אחר הרוב וממילא כשהלוקח מוחזק ומיעוט קרו לנבילה נבילה דא"צ ליתן הדמים ומשום דמיירי במכר בני מעים ובזה הוא דאיכא קפידא בין טריפה לנבילה אבל מוכר בשר והתנה אם כשירה אם טריפה ונודע שנתנבלה בשחיטתה אפי' רובא קרי לנבילה נבילה והלוקח מוחזק צריך ליתן הדמים כיון דליכא קפידא כלל בין טריפה לנבילה כן נ"ל ודוק והנה בתוס' מעילה דף כ' ד"ה קרביים לאו בשר נינהו ואוכליהן לאו בר אינש ז"ל ונפקא מיניה שאם לא היו ראוים לאכיל' כי אם לכלבים אין בכך מקח טעות כי אין דרך בני אדם לאוכלן ואוכליהן לאו בר אינש פי' האוכלן אינן בני אדם עכ"ל וא"כ אפי' לא התנה אם כשירה אם טריפה נמי לא הוי מקח טעות בבני מעים אלא שדבר זה תליא במנהג בני המדינה שמקפידין על המום וכיון דעכשיו אוכלין אותן ע"י תיקון ומקפידין בין כשירה לטריפה ה"ל מום אם לא התנה בין טריפה בין כשירה:

סימן רלה

סעיף א

במקום שעשו שלא כהוגן. עמ"ש בסי' ס"ו ס"ק כ"ט:

סעיף ב

ולא נותן עד שיגדיל. ונראה דאם מכר בעודו קטן וכשנעשה גדול לא מיחה שוב אינו יכול למחות וכמ"ש בש"ע סעיף י"ד לענין קטן פחות מבן עשרים ועמ"ש סק"ו ובסעיף קמ"ט סק"ו):

סעיף ג

שט"ח דינו כמטלטלין. בסי' ס"ו סק"ה קשיא לן דהא שט"ח אינו גובה אלא בכתיבה והיכי כתבי עדים שטרא הא אין עדים חותמין אא"כ נעשה בגדול ע"ש וכעת ראיתי בתשובת הרא"ש כלל פ"ה שכ' בזה וז"ל ומה שהבאת האי דאין עדים חותמין אא"כ נעשה בגדול אין ענינו לכאן כלל דהיינו דוקא במכירת קרקע דאין קטן יכול למכור ואם מכר קרקע והקרובים אמרו שהי' קטן בשעת מכירה לוקח מהימן משום חזקה דאין עדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול ומשום דבקרקע לא תיקנו חכמים שיהא ממכרו ממכר ומתנתו מתנה כדי שלא ישחית נחלתו אבל שטר כיון דהוי כמטלטלין יפה חתמו העדים אפילו אם הי' קטן דמועיל כתיבת הקטן עיין שם:

אמנם מדברי הרמב"ם נראה דאפילו היכא דמועיל קנינו אפ"ה אין כותבין שטר על הקטן ע"ש פכ"ט ממכירה ז"ל ואין קונין מיד הקטן כלום שהקנין כשטר ואין העדים חותמין על השטר אלא על שטר של גדול ע"ש וכ"כ בש"ע סעיף ה' והא מבואר דעיקר הסיבה דאין קונין מיד הקטן לפי שהוא כשטר ואין העדים חותמין על שטר של קטן ולפמ"ש הרא"ש א"כ אם קונין מיד הקטן רשאין העדים לחתום ע"כ ס"ל לריב"ש דאפילו במקום שמעשיו קיימים. אפ"ה שטרא לא כתבינן אלא על גדול ובש"ע סי' צ"ו סעי' ד' ז"ל אין קנין קטן כלום לפיכך עדים שראו קנין שלו לא יכתבו עליו שטר ע"ש והוא נמי הסיבה דאין קנין קטן כלום לפי שהיא כשטר וכמ"ש הרמב"ם וש"ע וכ"כ הרמב"ם בפ"ו מגירושין ז"ל וקטנה אינה עושה שליח לקבלה אע"פ שחצירה קונה לה גיטה כגדולה מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן עכ"ל ומבואר דאפי' עדות בע"פ ל"מ בקטן וא"כ איך כותבין שטר על הקטן וצ"ע. ועוד יש מקום עיון בזה לפי שטת ר"ת פ' הספינה דף ע"ו דשלא בפני המוכר ל"מ מסירה ובעי בפניו דוקא א"כ בקטן בפניו כשלא בפניו והיכי מהני בי' מסירת השטר כיון דשטר בעי כתיבה ומסירה. וכיוצא בזה כתב כנה"ג

סי' קכ"ו במעמ"ש דאם המקבל קטן ל"מ דקטן כשלא בפניו דמי הבאתי דבריו סי' קכ"ו וסקי"ד. והרא"ש נראה דס"ל דמסירה מהני אפי' שלא בפניו וכמ"ש בטור בסי' קכ"ב דמסירה מהני שלא בפניו כו' וכ"כ א"א הרא"ש אבל מדברי הרמ"א נראה דבעי בפניו ע"ש סי' קצ"ז שכ' וי"א אפי' בדקה אם הוא בפני המוכר ועיין בדרכי משה שכת' בשם הריטב"א דל"מ כתיבה ומסירה בקטן משום דמילי נינהו ולא תיקנו אלא בגדול ע"ש ומכלל הדברים נראה באם קדם הקטן וגבה מן הלוה דאין מוציאין מידו ללוקח ומידי ספיקא לא נפקא מצד הכתיבה לפי דברי הרמב"ם ומצד המסירה לרעת ר"ת וגם לדעת הריטב"א דל"מ ודוק ובשו"ת הרשב"א ח"ב סי' רי"ט נסתפק בשטרות דאפשר דין קבוע יש לו ע"ש:

סעיף ד

קטן שקנה קרקע. והוא מלשון הרמב"ם פכ"ט ממכירה וכת' עלה הרב המגיד והכין ז"ל משמע לכאורה בפ' האיש מקדש דאמרינן מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא אחד ממטה ופי' רש"י וקטנים הרבה היו בנחלת הארץ וכשלא בפניהם דמי ואע"ג דאידחי' הך אוקימתא מ"מ מפורש בס"פ י"נ גבי ההיא דיקלא אזל רב ביבי אקני' לבנו קטן וכבר כתבתי שיש סוברין דאפי' מדאורייתא יש להן זכי' כשדעת אחרת מקנה עכ"ל ודבריו נראין תמוהין דמה ראיה מנשיא א' התם טעמא משום דין זכיה דזכין לקטן ע"י גדול אבל שהקטן בעצמו יזכה אין לנו. ובתוס' כתבו פ' התקבל (גיטין דף ס"ג) דקטן זוכה היכא שדעת אחרת מקנה אותו ע"ש ואין זה מדין זכי' שוב ראיתי במוהרי"ט חלק ח"מ שנתקשה בזה בדברי הרב המגיד וע"ש שהעלה טעמא דהרמב"ם משום דעת אחרת מקנה אותו והנראה לענ"ד דודאי בתוס' הוכיחו שם ר"פ התקבל דקטן זוכה כשדעת אחרת מקנה אותו אלא דהרמב"ם סובר דהא דזוכה קטן כשדעת אחרת מקנה אותו היא גופה מדין זכי' דזכין לקטן דהא כתב ז"ל יראה לי שהקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום שהקטן כמו שאינו בפניו הוא וזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל ואי כדברי מוהרי"ט דהוא משום דעת אחרת מקנה מה זה שכתב שהקטן כו' וזכין לאדם שלא בפניו. אלא נראה דהרמב"ם סובר דהיא גופה דמהני דעת אחרת הוא מדין זכי' שהנותן זוכה לו והנותן גדול ואע"ג דבעלמא לא מצי נותן גופי' לזכות למקבל אלא צריך מקבל בעצמו לזכות או ע"י אחר הכא שקטן בעצמו זוכה אלא שאין לו דעת ומש"ה אינו זוכה במציא' אבל היכא דאין דעת נותן הנותן בעצמו זוכה לו ועמ"ש בסי' רמ"ג ס"ק ז' דה"ה בגדול כשאינו מתכוין וכגון שסבור שלו הוא דכה"ג בהפקר לא קני ובדעת אחרת מקנה מהני דעת נותן והוא מצד זכיה וע"ש וה"נ מצינו

כיוצא בחצר שאינו משתמר דהיכא דאי' דעת אחרת מקנה מהני וכת' הרא"ש בפ"ק דמציעא שם כיון שהוא שומר לדעת נותן סגי לה ע"ש ולפ"ז דברי הרב המגיד נכונים בשטת הרמב"ם דמייתי ראיה דזכין לקטן מנשיא א' כיון דה"נ מתורת זכיה אתי עלה הרמב"ם ולפי שבדין זכיה לקטן נמי איפלגי בי' ראשונים אם מדאורייתא אם מדרבנן ועיין ר"ן ר"פ האיש מקדש לזה מייתי ראיה מנשיא א' דמהני זכיה דבר תורה לקטן. ולקמן מבואר דזה הוא נמי שטת הרשב"א דהא דזוכה הקטן כשדעת אחרת מקנה אותו הוא משום זכין לאדם שלא בפניו. וע"ש במוהרי"ט שהקשה על הרב המגיד דהיה לו להוכיח בהדי' מעובדא דפ' השולח גבי מי שחציו עבר וחציו ב"ח דהאי עבדא דבי תרי דקם חד מיניהו ושחררי' לפלגא אזל אידך אקני' לבנו קטן וכו' ועבדא כמקרקע דמי והא דלא קני מטלטלי אגבייהו משום דבעי קרקע דומיא דערים בצורות דלא ניידי אלמא לכל מילי דקנין זה וזה שוין ושמא הרב המגיד למאן דלא גריס בעובדא דרב ביבי לבנו קטן סמיך אהאי דהשולח ע"ש אמנם נראה דאי מהתם לאו ראיה דע"כ מוכח משם דעבדא כמטלטלין דמי לענין קנין דאמרו שם בהאי עובדא שלחה רב יוסף ברי' דרבא לקמיה דר"פ שלח ליה כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישיב בראשו אנן קים ליה בגווי' דמקרבא דעתיה לגבי זוזי מוקמינן ליה אפוטרופוס ומקרקיש לי' בזוזי וכת' ליה גיטא דחירותא על שמיה ופירש רש"י ז"ל ותינוק זה מקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין כדתנן הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין כו' ע"ש ואי נימא עבדא כמקרקע לענין קנין א"כ האי קטן קני משום דעת אחרת מקנה כמ"ש מוהרי"ט אבל אקנויי לאחרים לא מצי והיכי מצי משחרר ליה גם בתוס' שם דפליג על רש"י לא הקשו אלא משם דפעוטות במטלטלין אינו אלא משום דהפקר ב"ד הפקר ובממון דוקא ע"ש אבל במכירת עבדים דהוי ממון מודי תוס' דמהני משום דפעוטות מקחן מקח במטלטלין. ואע"ג דקי"ל עבדא כמקרקע באונאה ושבועה כבר כתבו תוס' והרא"ש פ"ק דב"ק דף י"א דעבדא כמטלטלין לכל מילי דרבנן ושעבוד ופרוזבול וקנין אגב דרבנן ע"ש וה"נ הך דפעוטות מקחן מקח במטלטלין מתקנת חכמים ובדרבנן לכל מילי עבדא בכלל מטלטלין. ומ"ש מוהרי"ט בטעמא דלא קני מטלטלין אגב עבדים משום דבעינן דומיא דערים בצורות לא אמרו בגמ' שם ב"ק דף י"א האי טעמא אלא למ"ד דאפילו בדרבנן עבדא כמקרקע כמו בשעבוד יתמי אבל לדידן דקי"ל דאין גובין מעבדים ומשום דבמילי דרבנן עבדא כמטלטלין היינו נמי טעמא דאין עבדים קונין מטלטלין אגבן וכל זה מבואר בסוגי' שם דף י"א בתוספות ובאשר"י ע"ש. וע' פרק א"נ דף ע"ב אזל קם ואקני' לבנו קטן והא דלא מייתי מיניה ראיה משום דהתם אע"ג דנימא דקטן לא קני אפ"ה מודעא מיהא הוית לבטל מכירת השני

ע"ש ובחידושי הרשב"א פ"ב דקידושין גבי נשיא אחד ממטה בדין זכיה לקטן אם הוא דאורייתא או דרבנן כיון דזכי' מתורת שליחות ואין שליחות לקטן והביא שם שטת תו' דזכיה מדרבנן וכת' עלה ז"ל וקשיא לי הא דאמרינן פרק השולח גבי חציו עבד אזל אקני' לבנו קטן דקטן מיקני קני אקנויי לא מקני והוצרכנו להעמיד עליו אפטרופוס ולקרקושי ליה בזוזי ואם איתי' נכפיה לאב למיכתב ליה גט שחרור דהא דידיה הוא אכתי דבר תורה והלכך גטו גט דבר תורה וזכיית הקטן אינו אלא דרבנן ואתי דאורייתא ומפיק דרבנן ואי משום דלא לשכחי' ינוקא בשוקא ומסרך ביה נקרקש ליה בזוזי נמי לינוקא וצ"ע עכ"ל. ולמדנו מדבריו דס"ל דהא דקטן זוכה לנפשיה כשדעת אחרת מקנה וכמו שהוכיחו תוס' פ' התקבל (גיטין דף ס"ג) היא גופה משום זכין לקטן וכמ"ש הרמב"ם מדין זכי' וכשטת הרב המגיד מש"ה קשיא ליה דאי נימא זכין לקטן מדרבנן א"כ אכתי דאב דבר תורה אבל אי נימא כשטת תוס' דטעמא דדעת אחרת מקנ' אינו משום זכיה לא הוי מקשי מידי ובזה ניחא ליישב קושיות תו' פ' התקבל (גיטין דף ס"ה) ד"ה צרור וזרקו ז"ל וא"ת הא דתנן פרק מי שמת דף קצ"ו זכין לקטן ואין זכין לגדול הא קטן גופיה אמר הכא דזכה ע"ש. ולפי מ"ש בשטת הרמב"ם והרשב"א והרב המגיד דהא דקטן זוכה לנפשיה ע"י דעת אחרת היינו משום זכיה א"כ לעולם הוכרח הקטן לזכי' אבל לגדול אין זכין ומשום דמצי זכי מנפשי' בלי זכיית הנותן ודוק:

אמנם שטת תוס' דדעת אחרת מקנה אינו מצד זכיה ומש"ה לא תיקשי לדידהו מה שהקש' הרשב"א דאי נימא זכיה מדרבנן אכתי דאב הוא דהא בדעת אחרת מקנה קונה דבר תורה וכשזכין לו ע"י אחר כיון דאינו אלא משום שליחות לית ליה זכיה אלא מדרבנן והתם קם אקניה לבנו קטן משמע דהקטן בעצמו זכה שלא ע"י אחר אלא דעיקר קושיות הרשב"א לא ידענא דהא לפי מה שהעלו הפוסקים גבי קנין דרבנן דהוי שלו מן התורה לקדש בו אשה וכמ"ש הב"י באה"ע עי' כ"ח בקידש במעמ"ש ע"ש. ומשום דהפקר ב"ד הפקר א"כ ה"נ כיון דקנה הקטן ליהוי מדרבנן תו לאו דאב הוא מן התור' ולא מצי אב לשחררי' וכן נרא' מוכח מהא דתנן שקלים פ"א אע"פ שאמרו אין ממשכנין נשים ועבדים וקטנים אם שקלו מקבלו מידם וכת' ברטנורה ובתנאי שימסרם לצבור לגמרי כי היכי דלא ליהוי קרבן צבור קרב משל יחיד ע"ש והיכי מצי קטנים מסרי לצבור יפה הא פעוטות אין מתנתן מתנה אלא מד"ס והרי מן התור' אין כאן מתנה לצבור ונמצא קרבן צבור קרב משל יחיד אלא ע"כ כיון דמדרבנן הוי קנין מהני נמי לדאורייתא ומזה ראיה למ"ש הב"י באה"ע סי' כ"ח בקידש בחוב ע"פ במעמ"ש דהוי קידושי תורה ומשום דהפקר ב"ד הפקר ודלא כרי"ו שכת' דלא הוי קידושי תורה. אמנם לפי מ"ש הברטנור'

שם דקטני' דתנן שם היינו בפחותים מעשרים ע"ש א"כ לאו ראיה מזה אלא דהרמב"ם בפירושו ובחיבורו מפרש לה בקטנים שפחותים משלש עשרה שנה ובתי"ט התפלא על הברטנור' במה דמפרש לה בפחותים מעשרים דבירושלמי מפורש להדיא דמיירי בפחותים מי"ג שנה ע"ש א"כ כיון דתנן ואם שקלו מקבלין מידם מוכח דמהני קנין דרבנן לדאורייתא וכמ"ש ודו"ק. אמנם אכתי לא אתברר לנא דברי הרמב"ם וגם דברי הרב המגיד בראיה שהביא ממאי דקם אקני' לבנו קטן דהא כת' הרב המגיד ריש פ' כ"ט מהל' מכיר' וז"ל ונראה שדעת רבינו דבמתנה קונה דבר תורה אבל במקח כיון שאין נתינתו בדמים נתינה אף אין מעשיו כלום מן התור' אבל במתנה אם זכו לו קונה דבר תורה כיון שיש דעת אחרים ע"כ וא"כ מאי זו ראיה מהך דאקני' לבנו קטן התם במתנה נתנו לו אבל במקח שצריך ליתן דמים וכיון שאין נתינתו בדמים נתינה אף אין מעשיו כלום. ועוד דהא כת' הרמב"ם להדיא גבי מטלטלין דאין מקחן מקח דבר תורה בפעוטות אלא מתקנת חכמים ובע"כ צריך לו' משום דאין נתינתו בדמים נתינה וכמ"ש הרב המגיד וא"כ הכא בקרקע אמאי מקחו מקח דהא מצד התקנה אינו אלא במטלטלין וע"כ דבר תורה קאמר וא"כ במטלטלין מקחן מקח דרבנן ובקרקע דבר תורה כלפי לייא. וע' פ"ב דכתובות גבי נכסי דבר שטיא ולא אמרן אלא דאית ליה חזקה דאבהתיה אבל לית ליה חזקה דאבהתיה אמרינן כשהוא שוטה זבן וכשהוא שוטה זבין וכת' שם הרא"ש בשם הרמ"ה וז"ל אבל קנה נכסים אפילו זכין לו על ידי אחר לא זכה בהן זכיה גמורה דזכיית המקח אינו בא מכח המוכר בלבד עד שיהא גם הלוקח בר דעת וראוי להקנאה כי צריך גם הלוקח להתחייב בדמים ואדעתא דהכי מקנה ליה המוכר ואם אין בו דעת להתחייב בדמים שיוכל המוכר להוציאו ממנו בדין לא גמר ומקני ליה אבל מתנה זכין לאדם שלא בפניו ואית ליה זכיה לשוטה מידי דהוי אקנין הואיל ואיתי' לכלל דעת גם זה היה עתים חלים עכ"ל. ומבואר מזה דמקח אינו קונה עד שיהא בו דעת בנתינת דמים דהא שוטה דעתים חלים לקטן מדמה ואפי' ע"י אחר לית לי' זכי' במקח. והיטב אשר דיבר הב"ח בפי' דברי הטור במ"ש על הרמב"ם וא"א הרא"ש ז"ל כו' דהכוונ' שהרא"ש חילק במ"ש הרמב"ם דקטן שקנה קרקע תעמוד בידו והרא"ש ס"ל דאין מעשיו כלום ע"ש וזה דלא כמ"ש בב"י שם שפי' דברי הטור דהרא"ש נמי ס"ל הך דהרמב"ם פ"ב דכתובות דהא לפנינו מוכח דעת הרמ"ה והרא"ש דאינו זוכה במקח עד שיהא בן דעת בנתינת הדמים. ולפ"ז תימה על הרמ"א שלא הביא דעת הרמ"ה והרא"ש. והיה אפשר ליישב דברי הרמב"ם והרב המגיד במ"ש דקטן שקנה קרקע תעמוד בידו וע"כ דבר תורה וכמ"ש דתקנת פעוטות אינו אלא במטלטלין וגבי מטלטלין מקחו מקח אינו אלא דרבנן

וכמ"ש הרב המגיד והוא דודאי במקח צריך גם דעת הלוקח להקנות הדמים ואם אין לו דעת בנתינת דמים והמוכר לא קנה הכסף גם הוא אינו מקנה בחנם את הקרקע ומשום הכי בפעוטות במטלטלין מקחן מקח מדרבנן אבל בתר דתיקנו רבנן תקנה בפעוטות שיהיו מעשיו קיימין במטלטלין גם הקטן אית ליה דעת בנתינת הדמים דהוא מטלטלין וממילא קונה הקרקע ע"י זכיה דאע"ג דבקרקע ליתיה לתקנת פעוטות זיכה מצד זכין לאדם וכמ"ש הרמב"ם דקטן כשלא בפניו והמוכר זוכה בנתינת הדמים משום תקנת פעוטות במטלטלין אבל אי לאו תקנת פעוטות לא היה זוכה במקח. אולם הרמב"ם כתב ז"ל המוכר קרקע או מטלטלין וזוכה בהם ללוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונ' אם רצה לוקח אין המוכר יכול לחזור בו ואם רצה תחזור לבעלים וכן הוא בש"ע סעי' כ"ג ומבואר דס"ל דיש תורת זכיה במקח להיות הברירה ביד הלוקח אם ירצה לוקח וא"כ בפעוטות אפילו דבר תורה ליהוי מקחן מקח ואי משום דאין להם דעת בנתינת דמים ולא קנה המוכר המעות דהא בזה שלא בפני לוקח ג"כ המוכר אינו זוכה בדמים ואי בעי לוקח אינו רוצה ואפשר דאם זיכה ללוקח שלא בפניו הרי המוכר זיכה אותו אדעתא דהכי שאם ירצה לוקח מעכשיו מש"ה המוכר אינו יכול לחזור והלוקח כשרוצה עומד במקח וזכות הוא לו למפרע אבל בקטן אפי' רוצה עכשיו במקח ונותן הדמים למוכר כיון דאין לו דעת יכול לחזור ולמחר וליומא אוחרא יחזיר המקח למוכר ויקבל הדמים וא"כ המוכר אינו מקנה לו הקרקע אפילו כשיתן לו הדמים כיון דיכול לחזור ובמזכה לגדול אם הלוקח ירצה במקח ויתן הדמים תו ליתי' בחזק' ואם כן המוכר אדעתא דהכי הקנה לו כשירצ' ובקטן אין לו ריצוי עד שיגדיל ולעולם עד שיגדיל יוכל לחזור ואם כן לא קנה המוכר הכסף מש"ה אינו אלא מתקנת פעוטות. אבל קטן שקנ' קרקע ונתן דמים תעמוד בידו מטעמא שכתבנו דאחר תקנת פעוטות במטלטלין זכה המוכר בדמים וממילא זוכה קטן בקרקע ע"י זכיה וא"כ מ"ש הרב המגיד אבל במקח כיון שאין נתינתו בדמים נתינה אף אין מעשיו כלום מן התורה היינו מן התורה אבל עכשיו דתקנו חכמים תקנה במטלטלין גם מעשיו קיימים אפי' בקרקע וכמו שכת' הרמב"ם קטן שקנה קרקע תעמוד בידו. ולפ"ז אפשר לו' דהרמ"ה נמי לא קאמר אלא בשוט' דלית ביה תקנה במטלטלין ואם כן אין בו דעת להתחייב בדמים אבל בקטן שקנה קרקע כיון דאית ליה דעת בנתינת דמים שהוא מתקנ' פעוטות במטלטלין קונה נמי קרקע ע"י זכיה וכמ"ש ודוק היטב. והרמ"א כת' בסי' קצ"ה הא דנקנה שלא בפני הקונה היינו במתנה דודאי ניחא ליה אבל במקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה ושניהן חוזרין ע"ש וא"כ היה

לו להעמיד הג"ה בסעי' כ"ג שכת' בש"ע דהמוכר אינו יכול לחזור בו ועמ"ש בסי' קצ"ה סק"ג ועמ"ש בסק"ז:

סעיף ה

ובאו קרוביו וערערו. בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ד) בסוגיא שם ר' יוחנן אמר ראי' בעדים ריש לקיש אמר ראי' בקיום השטר כו' איתבי' ר' יוחנן לריש לקיש מעשה בא' שמכר בנכסי אביו ומת כו' אלא לדידך דאמרת ראיה בקיום השטר למה להו לבודקו לקיימי שטרייהו ולוקמי בנכסי וכת' הרמב"ן בחידושיו ז"ל הוי מצי לתרוצי דלא אשכחי' לקיימו ומש"ה בדקו לי' אם נמצא גדול הרי נמצא טענתן של בני משפח' מוכחשת אלא משמע לי' דבני משפחה לא הודו כלום דלמ' להם להודות אלא שנתקיים השטר ומש"ה מקשי כיון שיש עדים לקיימו לוקמי בנכסי עכ"ל וכבר הרגישו בתוס' בזה וכתבו משום דמסתמא הי' מוצא עדים לקיימו ע"ש וקשה לי דהא לריש לקיש דמפרש מתני' דזה אומר שכ"מ כו' הממע"ה דראי' בקיום השטר ומפרש לה באין עדים מצוין לקיימו א"כ ה"נ נימא דמיירי הכי באין עדי' מצוין לקיימו. ונראה בישוב קושיות תוס' והרמב"ן לפי מ"ש הרא"ש בתשו' כלל ל"ג דהיכא דראינו אותו עכשיו גדול בשערות מחזיקין אותו למפרע בגדול משהגיע לכלל שנותיו ע"ש ראי' מסוגיא זו שאמר ר' עקיבא סימנין עשוין להשתנות לאחר מית' דמשמע שאם הי' חי הי' מועיל בדיק' וניחש דהשתא הוא דהביא שערות אלא ודאי אמרינן מדהשתא גדול למפרע נמי גדול ע"ש ומשום דמסייע לי' חזק' דרבא. ולפ"ז ניחא דלא מצי לשנויי דלא מצא עדים לקיימו אלא דבני משפחה הודו בקיום השטר שאינו מזויף וא"כ ע"כ מיירי דבני משפח' טוענין ברי שקטן היה בשעת מכיר' דאל"כ לא שייך מגו או דאין טוענין ברי אלא משום דאנן טענינן עבורם טענתי' דמוריש שהי' נאמן לו' קטן במגו דמזויף וכמ"ש תוס' ריש גיטין דטוענין ליורש פרוע במגו דמזויף וכיון דגם אחר הבדיק' אין אנו יודעין אם קטן הי' בשעת מכיר' או גדול אלא משום חזק' דהשתא א"כ ודאי כל היכא דאיכא מגו מהני לי' אפי' במקום חזק' דהשתא דהא לריש לקיש מהני לי' חזק' דהשתא כר' נתן ואפ"ה צריך ראיה בקיום השטר דאל"כ נאמן במגו דמזויף נגד חזקה דהשתא ואפילו נגד חזק' דאין עדים חותמין בשטר אא"כ נעשה בגדול דמסיק בש"ס שם דף קנ"ו דהיא חזק' אלימת' טובא ואפי' הכי במגו נאמן לו' קטנים היו פסולי עדות היו וא"כ נגד מגו לא הוי מהני הבדיקה דבדיקה אינו ודאי מוכחש אלא דהוא חזקה דהשתא ומחמת צירוף חזק' דרבא משהגיע לכלל שנים חזק' הביא שערות ומגו עדיפא אע"כ דמיירי שהיה לו עדים א"כ לקיימו שטרייהו ולוקמי בנכסי' אלא דהרמב"ן בחידושיו שם כתב ז"ל שמכר בנכסי אביו ומת פי' מת מיד שאם

חי הי' אין בדיקתו ללקוחות ראי' שמא אח"כ הביא סימנין והיינו דקאמרי קטן הי' בשעת מיתה עכ"ל ונראה דלא ס"ל האי דתשובת הרא"ש להחזיק בגדול למפרע בבדיק' דהשתא ועיין ב"י באה"ע סי' מ"ג שכת' דהרמב"ן והרשב"א חולקין על הך דהרא"ש וא"כ לפי דברי הרמב"ן דמיירי שמת מיד ה"ל מוכחשין ודאי ותו לא מהימני במגו לו' קטן הי' בשעת מכירה דהוי מגו במקום עדים א"כ שפיר קשיא לי' לרמב"ן דנימא לא אשכחי' לקיימו והתוס' אע"ג דסברי נמי הך דרא"ש להחזיקו בגדול למפרע בבדיק' דהשתא וכמ"ש תוס' ב"ב דף קנ"ו גבי בודקין לקידושין ע"ש אפ"ה שפיר מקשי דנימא דאין עדים לקיימו והבדיק' דמהני נגד המגו משום דמיירי שמת מיד וכמ"ש הרמב"ן אבל על דרך הרא"ש דלא מפרש לה במת מיד אנא משום דאזלינן בתר השתא א"כ יתיישב קושיית התוס' והרמב"ן וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ו

שוב אינו יכול למחות. ז"ל הרמב"ם ואני אומר שאפי' קטן שמכר בנכסי אביו וכשנעש' בן עשרים לא מיח' אינו יכול לחזור כיון שלקח המעות ונשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו כשהוא בן עשרים ולא מיח' נתקיימ' ביד הלוקח שהרי רצה בממכרו עכ"ל. וכת' הרב המגיד שהוא נלמד ממה שאמרו במתקדשת למיאונין כיון שגדל' שעה אחת ולא מיחת' שוב אינה יכולה למחות עכ"ל. וקשה לי בראיה זו דהא מתקדשת למיאונין דמשהגדיל' אינה יכולה למחות אינו אלא מדרבנן ומשום דגדול' היא לא תמאן אבל מן התורה ליכא קידושין אפי' אם הגדיל' ולא מיחת' תצא בלא גט ולקידושי תורה בעינן בעל לשום אישות ומשום חזקה דאין אדם עושה בב"ז היא דמתקדשת וכמבואר פ' ב"ש (יבמות דף ק"ז) ע"ש וא"כ מה ראיה זה לכאן כיון דהתם אינו אלא לחומרא שלא תמאן ולכן נראה דהרמב"ם לטעמי' דסובר בקטנה שהגדילה ובעל גדל' קידושין בהדה וכמ"ש הרמב"ם פ"ד מהל' אישות וז"ל ולמה יוצאה בלא גט מפני שאין קידושיו קידושין גמורין מן התורה אלא מד"ס והן תלויין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושיה ונעשית אשת איש גמורה ואין צריך לחזור ולקדשה עכ"ל. ובתשובת מוהרי"ק סי' רש"ן וגם במוהרד"ך מפרשי דעת הרמב"ם דס"ל דכל שבעל ומוכח דנתרצית גמרו קידושי כסף וחיילו קידושי כסף אפי' אחר שנתאכלו משום דדומה למקדש לאחר שלשים ואין צריך עדי יחוד כלל כיון דחיילי קידושי כסף וע"ש בכסף משנה וכן דעת הטור באה"ע סי' קנ"ה דא"צ עדי יחוד וא"כ ה"נ כיון שלקח המעות ונשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו חייל קנין כסף ולפ"ז היכא דלא לקח מעות בשעת המקח אלא מכרו באשראי לא קנה אפילו הגדיל ושתק. אך קשה לפ"ז על הש"ע דהוא לא ס"ל הך דרמב"ם פ"ד מאישות וכת' דבעינן עדי יחוד דוקא

ומשום דאין אדם עושה בב"ז גמור ובעל לשום קידושין ועיין ב"ש סי' קנ"ה שכ' דכל הפוסקים חולקין על הרמב"ם וס"ל דצריכין עדי יחוד וא"כ מ"ט פסק הכא בקטן שהגדיל משום קנין כסף וגם על הרב המגיד תיקשי דהוא מפרש לשון הרמב"ם פ"ד מאישות בעדי יחוד וכשטת תוס' וא"כ מה זה ענין למתקדשת למיאונין כיון דהתם לא הוי קידושי תורה עד דבעל בפני עדים ומקדש' בביאה הא לא בעל אינה ממאנת מחמת חומרא דרבנן אבל קידושי תורה לית בה וצ"ע: ונראה טעמא דהרמב"ם מהא דאמרינן פ' א"נ במוכר פירות דקל דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' ומהתם למדו בכל הדברים שאין הקנין חל דהיכא דשמיט ואכיל והמוכר ידע דמהני וכמ"ש הרא"ש פ' א"נ שם וא"כ ה"נ כיון דנשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו נתקיימ' ביד הלוקח כיון דלא מיחה נתרצ' בממכרו. ודברי הש"ע סתומים שלא ביאר דהיינו דוקא שנשתמש לפניו וכמ"ש הרמב"ם. וגם בזה נלענ"ד דהרמב"ם לשטתו דס"ל דקרקע נקנה באכילת פירות וכן דעת הש"ע סי' קצ"ב ומש"ה זה שנשתמש בקרקע לפניו הרי רצה בממכרו והרי קונה הלוקח באכילת פירות אבל לדעת הרמ"א בסי' קצ"ב שם סעיף י"א דאין קונין באכילת פירות ולא בהעמדת בהמות וכיוצא שאינו מועיל לקרקע ע"ש וא"כ ה"נ אפי' אכל פירות ונשתמש בקרקע לפניו לא קנה דאע"ג דרצה בממכרו במאי קנה כיון דקנין כסף לא חייל וכמו בקטנה שהגדילה דבעי עדי יחוד שתהא נקנית בביאה וא"כ לא קנה אלא אם נעל גדר ופרץ בפניו בענין שמועיל לקרקע דאז קונה בדין חזקה ודו"ק:

סימן רלו

סעיף א

שמין כמה הי' רוצה ליתן. כת' הרא"ש פ' הכונס בפסק דרבינו גרשום ז"ל דלא דמי כלל למבריח ארי מנכסי חבירו אע"ג דמדעתי' עביד כיון שיצא הבית מחזקת ישראל ואינו מצוי שיחזיר ליד ישראל בלא דמים וזה הוציא והחזירו ליד ישראל הוי כמציל מפי הארי ונוטל מה שההנהו ואינו נותן כל מה שהוציא כמו רוע' שקדם במקלות דהתם כוון לטובת בעל הצאן אבל הכא לצורך עצמו קנאו הלכך אין לו אלא מה שההנהו עכ"ל ובתשובת הרא"ש כלל צ"ה ז"ל עוד ילמדינו רבינו במה שפסק ר"ג על אנס שאנס ביתו של ישראל ולקחו ישראל ממנו שבעה"ב יתן ללוקח מה שההנהו פרוש לי מה רוצה לו' מה שההנהו אם ר"ל כפי הוצאתו להוציאו מידו ואם הוצאה יתיר' על המקח כגון שהיה אוהבו דמוזיל גבי' כו' תשובה דע כי מה שההנהו הוא עד כדי דמיו אם הוציא בו כל כך כדאמרינן גבי רועה שה' לו לקדם ברועים ומקלות עד כדי דמים משום כשרא דחיותא

ע"ש ומשמע דס"ל דצריך ליתן כל מה שהוציא וכדין רועה ולא סגי במה שההנהו וצ"ע ולדינא אזלינן בתר פסקיו דאין בזה דין רוע' ועמ"ש בסי' שנ"ו סק"ד. ואם הלוקח נתכוין בתחל' לטובת בעה"ב ולא קנאו לצורך עצמו אית לי' דין רוע' אפי' לפי דעת הרא"ש בפסקיו ודו"ק:

סימן רמא

סעיף א

אם שניהם מודים ומשום דלא אברי סהדי אלא לשקר'. ואיכא למידק מ"ש בגיטין וקידושין דבעינן שני עדים על גוף המעשה ובינו לבינה לאו כלום הוא ואפי' שניהם מודים וילפינן לה פ' האומר דף ס"ה דבר דבר מממון וכיון דגבי ממון מתקיים המעשה בלי עדים כל שהענין אמת וקידושין וגיטין דמממון יליף לא נתקיים המעש' בלי עדים. ונתקשיתי בזה עד שמצאתי קושיא זו בחידושי הרשב"א פ' האומר שם וע"ש שכ' דיליף דבר דבר מממון במקום הכחשה דצריך שני עדים ה"נ בעינן בקידושין וגיטין שני עדים על גוף המעשה אפי' שניהם מודים וע"ש שוב מצאתי בשטה מקובצת פ' איזהו נשך וז"ל ויש לנו כיוצא בזה לפי דעתי בקידושין דגמירי עריות בדבר דבר מממון ומיני' אמרינן אפי' קידשה בע"א ושניהם מודים אינה מקודשת דילפי' דבר דבר מממון כתיב הכא כי מצא בה ערות דבר וכתיב התם ע"פ שני עדים יקום דבר ואלו עריות מענין ממון כששניהם מודים אמאי אינה מקודשת דהא גבי ממון הודאת בע"ד כמאה עדים אלא דהתם לא ילפינן עריות מממון אלא ממקום שנאמר בממון דבר דהיינו ע"פ שני עדים והתם במקום הכחשה ומהאי דוכתא דוקא דילפינן מה התם ע"פ עדים אף עריות דוקא ע"פ עדים כממון במקום הכחשה עכ"ל ואכתי לא אתברר לענ"ד דהיא גופה מנלן דדבר דכתיב בערוה הוא בגוף המעשה ולמילף מהך דבר דבממון דכתיב במקום הכחשה נימא דהך דבר דכתיב בעריות נמי במקום הכחשה וקמ"ל דאע"ג דע"א נאמן באיסורין הא בעריות בעינן שני עדים כמו בממון. ועוד קשה לי טובא בהא דפריך שם דף ס"ה בהא דאמרו שם המקדש בע"א אין חוששין לקידושין ואפי' שניהם מודים וא"ל רב אשי לרב כהנא מה דעתך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים אף כאן הודאת בע"ד כמאה עדים א"ל התם לא חייבה לאחריני הכא קא חייבה לאחריני הא תיפוק ליה דיליף דבר דבר מממון במקום הכחשה ולכן נראה לענ"ד בזה לפי מה שכת' בסי' ל"ד סק"ד בהא דקי"ל הודאת בע"ד כמאה עדים אינה משום מתנה כמו שעלה על דעת מוהרי"ן לב אלא עיקר הטעם משום דהתורה האמינה לכל אדם על

עצמו כמא' עדים על אחרים והיינו נמי טעמא דאומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרו משום דשוי' נפשי' חד"א דאינו משום נדר וכמו שעלה על דעת מוהרי"ט אלא משום דהתורה האמינו לכל אדם עצמו ואפי' עבד ושפחה דפסולי לעדות היינו לאחרים אבל על עצמן התורה האמינה לכל פסולי עדות וע"ש שכתבנו דאביהן דכולהן כי הוא זה דכתיב במודה במקצת וכמ"ש רש"י דף ס"ה הודאת בע"ד כמאה עדים דכתיב אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאתו עכ"ל ומזה הוכחנו שם בסי' נ"ד דמודה במקצת ע"כ אינו משום מתנ' כמ"ש מוהרי"ן לב דכופר בכל ומחייב עצמו בפני ב"ד בחמשים אין זה מחויב שבועה אע"כ דהתור' האמינ' להודאת בע"ד ומש"ה מחויב שבועה על השאר כיון דמודה מקצת הטענה וע"ש. ולפ"ז נראה הא דכתיב ע"פ שני עדים יקום דבר היינו דבלא עדים לא מתקיים דבר כלל אלא דגבי ממון דבע"ד נאמן כמאה עדים והרי עדיו עמו ואע"ג דהשתא מכחיש מחויב שבועה דה"ל כאומר קדשתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה דנאסר בקרובותי' וא"כ בממון מתקיים המעשה ע"פ הבע"ד שהיא כמאה עדים דעיקרא דמילתא דצריך עדים בגוף הקידושין הוא בכדי שיודע לעלמא וכמ"ש הר"ן פ' המגרש בהא דמהני עדי חתימה בלא עדי מסירה לדידן דקי"ל כר"א דאמר עדי מסירה כרתי ע"ש ז"ל ומעת' מה שמודה ר"א דגט החתום בעדים כורת אע"פ שלא נתן בע"מ כמו שמוכיחות כל אותן ראיות שכתבתי למעלה לאו משום דס"ל דעדי חתימה כרתי אלא שהמסיר' כורתת מכיון שיש עדים על עיקר הדבר דהוי להו ע"ח כעדי מסירה שהרי הגט יוצא מתחת ידה בעדים הללו ובידוע שהבעל מסר לה ונמצאו כאלו הן עצמן מעידין על המסירה וע"ש וא"כ כל שבידוע ה"ל כעדים ממש. ועיין בסי' צ' ושם סק"ז כתבנו מזה דס"ל להר"ן דמהני בקידושין וגיטין עדות בידיע' שלא ע"פ ראיה ומש"ה בממון דבע"ד כמאה עדים לא איברי סהדי אלא לשקרי דהא בע"ד הוא עד ונאמן כמאה עדים אצלינו ובידוע הוי הן כעדים ממש או בידיע' בלי ראי' ואם כופר כיון דכבר נתקיים המעשה לפי דברי התובע צריך שבועה וכמ"ש אבל בגיטין וקידושין דלא מהני הודאת בע"ד דליהמני' כמאה עדים ומשום דחייבה לאחריני בקידושין דאסר אקרובותי' ובגירושין אסרן כמ"ש תוס' בפ"ק דגיטין דף ד' וצריך עדים לגוף המעשה בכדי שיודע לעלמא מש"ה צריך שני עדים כשרים וא"כ יליף שפיר דבר דבר מממון מה התם ע"פ שני עדים יקום דבר דאין קימה לדבר הן לקנין או לשאר מעשה אלא ע"פ עדים אלא דגבי ממון בע"ד הוא העד ובגיטין וקידושין בעי עדים כשרים משום דבע"ד אינו עד וזה הוא דפריך בש"ס מה התם הודאת בע"ד כמאה עדים ומתקיים המעשה ע"פ בע"ד שהוא עדיו ה"נ יתקיים המעשה ע"פ בע"ד ולזה כתב רש"י הודאת בע"ד דכתיב כי הוא זה הרי שסמך

התורה על הודאתו וכמה פעמים שהוזכר בש"ס הודאת בע"ד כמאה עדים ולא פרש"י בזה ולפמ"ש כיון דפריך דנימא הודאת בע"ד כמאה עדים כשיתקיים המעשה ע"פ בע"ד א"כ תו ליכא לפרש משום מתנה או משום נדר אלא דהתורה האמינו כמאה עדים לזה פירש"י מדכתיב כי הוא זה וכמ"ש ולזה משני התם לא מחייב לאחריני בע"ד נאמן מש"ה לא איברי סהדי אלא לשקרי אבל הכא מחייבי לאחריני ולא יודע הדבר לעלמא ע"פ הודאתו כיון שאין נאמנין בהודאתן וקיים דבר בעי עדים להכי צריך עדים כשרים וכיון דלא נתקיים הדבר מש"ה מותר בקרובותי' ועמ"ש בסי' קכ"ד סק"א ודוק:

סעיף ב

או משכון עליו. והוא מדברי המרדכי פ"ק דסנהדרין ע"ש. אמנם בריטב"א בחידושיו כת' להדיא דנ"מ מחילה במשכון ע"ש פ"ק דקידושין דף ח' התם במשכון דאחרים וכדר' יצחק וז"ל פי' לענין שלא נעשה מטלטלין אצל בניו ואין שביעית משמטתו וה"ה דלא סגי ללוה במחילת החוב עד שיחזיר לו משכונו וכו'. וכיון שכן הכא במלוה על המשכון שיש לה תקנה ואין המלוה יכול למחול ללוה אחר שנתנו או מכרו לה לכ"ע סמכה דעתה ומקדשת בי' ע"ש ומדכת' דלא סגי ללוה במחילה עד שיחזיר לו משכונו הרי מבואר דס"ל דבמשכון ל"מ מחילה וכן נראה מדברי הרשב"א בחידושיו שם ע"ש ז"ל. הלכך מלוה שיש עלי' משכון כיון דאית לי' בגווה קצת קנין ואינו יכול למוחלו אחר שנתנו לידה וסמכה דעתה מקודשת ע"ש ואע"ג דהרשב"א כתבו לענין נתנו לאחר ובזה כ"ע מודים דלא מצי למחול אחר שכבר נתן או מכר המשכון ואע"ג דמוכר שט"ח יכול למחול אבל מוכר משכון אינו יכול למחול ועמ"ש בסי' ס"ו ס"ק כ"ז היינו משום דאנן ס"ל דמשכון נמכר בלא כתיבה ומסירה וכמבואר בש"ע סי' ס"ו סעיף ח' וכבר נקנה המשכון וכל שעבודי' ללוקח אבל הרשב"א שם בחידושיו ס"ל דמשכון ליתי' במכירה ומשום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ומקודשת מחמת סמכה דעתי' דלא מצי מחיל וא"כ אינו מחמת מכירת המשכון אלא אפי' איתיה תחת ידו אינו מחיל עד שיחזור משכונו ושטת הריטב"א והרשב"א היא חדא שיטה ע"ש. וכיון דהמלוה מוחזק במשכון קשה להוציא נגד הרשב"א והריטב"א ומ"ש במרדכי ראיה דמחילה במשכון מהני מהא דאמרי' פ"ק דקידושין לימא לי' באפי תרי זיל ש"מ עבד עברי גופו קנוי ומשמע דאי לאו דגופו קנוי אע"ג דה"ל משכון הוי מחילה וע"ש. ונראה לישב דלא תיקשי לשטת הרשב"א והריטב"א משום דהתם בעבד עברי אי לאו דגופו קנוי אף ע"ג דה"ל כעין משכון אין המשכון בביתו וברשותו אלא הרי הוא כמיחד לו משכון והוא בבית הלוה דבזה ודאי מהני מחילה כיון דהוא אצל הלוה והתם נמי גבי ע"ע אי לאו דגופו קנוי אלא הגוף

של העבד וא"כ המשכון שהוא גוף היא אצלו ומוחזק במשכון מהני ליה מחילה וזוכה העבד עברי במשכונו אבל במשכון דתחת המלוה אע"פ דמוחל לו החוב כיון דהמשכון תחת ידי' ולא יצא מרשותו ל"מ מחילה ומש"ה אמרו בעבד עברי שגופו קנוי דאינו יוצא מיד רבו אלא בשטר ודוק:

סעיף ג

ולשון מחילה אינו שייך אלא במעות ז"ל מוהרי"ק סי' צ"ד דבר פשוט הוא כביעתא בכותחא דלא מהני לשון מחילה במטלטלים ואיתנהו בעינייהו כי אם גבי חוב ומלוה דלהוצאה ניתנה ולית ליה עליו אלא שעבוד בעלמא ונבהלתי עליך מה עלה על דעתך להוציא מחזקת היורש בטעם זה והלא תלמוד ערוך הוא בפ"ק דקידושין דף י"א גבי עבד עברי דפריך למה לי שטרא לימא ליה באפי תרי זיל ומשני רבא ע"ע גופו קנוי ליה משמע כיון דגופו קנוי דל"מ בי' מחיל' דדוקא למאי דס"ד מעיקרא דאין גופו קנוי ואין לו עליו אלא שעבוד בעלמא הוא דשייך למימר באפי' תרי זיל אבל לא כשגופו קנוי דדמי לממון שהוא בעין דל"ש בי' מחילה כדפרישית. ואין לו' דשאני התם שהאדם מוחזק בעבדו שהוא בביתו וברשותו הוא ומש"ה ל"מ בי' מחילה כשגופו קנוי ולעולם נימא כשהמטלטלין ביד אחר ואמר לו בעל המטלטלין מחולין לך דמהני שהרי ע"כ צ"ל מדברי ר"י פ"ב דגיטין דאדרבה דעבד חשוב מוחזק בעצמו שהרי כתבו שם התו' ז"ל וא"ת וגט שחרור למה תיקנו בו זמן כו' עד ואור"י דתיקנו זמן דאי לא הוי בי' זמן פעמים שהוא מוכר עבדו ואח"כ יכתוב לו גט שחרור בלא זמן והי' אומר העבד לרבו שני אייתי ראי' ששטר מכר קודם לשיחרור והעבד מוחזק בעצמו והלוקח בא להוציא ממנו השעבוד עכ"ל התוס' הרי לך בהדיא דחשבינן לי' לעבד אפי' עבד כנעני מוחזק בעצמו וכ"ש עבד עברי וכן יש להוכיח גם מתוך לשון הראב"ד שהרי גבי מודה בקנס כת' וז"ל והיכא דתפס מקמי הודאה ואח"כ מודה מפקינן מיני' ולא אמרי' דתפיס' מקמי הודא' כעדים דמיא מדאמר ר"ג לר"י אי אתה יודע שטבי עבדי יוצא לחירות כו' א"ל ר' יושיע אין בדבריך כלום שכבר הודית והא טבי תופס לפני הודא' שהרי גופו אצלו ולא היה מחוסר גובייא ואפ"ה לא יצא לחירות מפני הודא' של ר"ג אלא לאו כעדים ומפקינן מיני' עכ"ל. משמע בהדיא דס"ל דאפי' עבד כנעני חשוב מוחזק בעצמו ולא חשבינן לרבו כמוחזק בו ואפ"ה ל"מ מחיל' ואפי' בע"ע כן הוכחנו מפ"ק דקידושין וכן יש לדקדק גם מתוך דברי הרמב"ם כו' ובלשון הזה כ' בטור ח"מ ומדכתבו מחל לחבירו חוב או נתן הפקדון משמע בהדיא דדוקא בחוב מהני מחילה דאין עליו אלא שעבוד בעלמא כדפרישית אבל גבי פקדון דממונא דאיתא בעינא הוא צריך שיאמר לו בלשון

מתנה ולא בלשון מחילה ואע"פ שהפקדון ביד הנפקד המקבל הוא עכ"ל מוהרי"ק והנה בעיקר הדין דבריו ברורין בלי גמגום וכמ"ש דכן נראה מלשון הרמב"ם והטור שכתבו גבי חוב ומחול וגבי פקדון נתן:

אמנם בראי' שהביא מהך דעבד עבדי לענ"ד לא ירדתי לסוף דעתו הרמה דלפי דבריו שכת' בטעמא דע"ע גופו קנוי ל"מ מחילה משום דהוא ממון בעין ותמה אני על עצמי נהי דלשון מחילה בדבר שהוא בעין אבל לשון מתנה ודאי מהני אפי' גבי פקדון א"כ יאמר לו ל' מתנה הרי את לעצמך ולשון שכותב בשטר שחרור יאמר לו בע"פ כיון דלדעת מוהרי"ק העבד מוחזק בעצמו וכבר כתבו תו' פ' השולח (גיטין דף מ"ג) גבי מפקיר עבדו דהא דפריך ולימא לי' באפי תרי זיל היינו דאותו הלשון שכותב בשטר יאמר לו בע"פ ע"ש. וא"כ כיון דלשון שטר הוא נמי הרי את לעצמך הרי את קנוי לך יאמר אותו בע"פ אלא ודאי טעמא דע"ע וגופו קנוי היינו משום דהוא ברשות רבו ממש ואינו יוצא מרשותו אלא בשטר ואפי' בשטר אינו יוצא אלא משום דגטו וידו באין כאחד וכמו שאמרו ר"פ הזורק ע"ש ומה שהוכיח מוהרי"ק דאפי' עבד כנעני חשוב מוחזק בעצמו תמו' דהא עבד כנעני הרי הוא לאדון כמו שורו וחמורו ואיך הוא מוחזק בעצמו נגד אדונו והא דכתבו תוס' בפ"ב דגיטין במוכר עבדו וכותב שטר שחרור בלא זמן ויאמר העבד שחרורו קדים לפי שהוא מוחזק בעצמו התם ודאי כיון דלדברי העבד כבר יצא מרשות רבו ע"י שחרורו וחזקת מרא קמא ל"ש בי' כיון דכבר יצא מרשות רבו ראשון ממ"נ או ע"י שחרור או ע"י מכיר' לשני א"כ כיון שהעבד מוחזק יאמר דכבר יצא מרבו ראשון קודם המכיר' ודאי לא ישתעבד לשני מספק אבל היכא דליכא ספיקא אלא דמשחרר אותו בדברים א"כ לא יצא מרשות רבו כלל בדברים כיון דהוא כשורו וחמורו וכמ"ש ואפי' היכא דמספקא לן אם שחרורו שחרור או לא נמי ישתעבד לרבו ומשום דאוקי בחזקת מרי' קמא ולא חשיב מוחזק מספק כיון דהספק בחזקת עצמו וכמ"ש בסי' פ"ח סק"ט ע"ש אבל בזה דכבר שחררו רבו ע"י שטר לפי דברי העבד ואין הס' נגד רבו הראשון כמו האי שכתבו תוס' בפ"ב דגיטין אלא הספק נגד רבו שני א"כ ל"ש בזה חזקת מרא קמא וכיון דליכא חזקת מרא קמא מספק לא ישתעבד לשני וז"ב. ומה שהביא מוהרי"ק ראי' מדברי הראב"ד כבר עמדנו עליו שם בסי' פ"ח סק"ט עמ"ש שם ועוד נראה דהראב"ד לא בא להוכיח אלא לפי מאי דס"ד לו' דהא דבעינן סהדי בקנס היינו היכא דצריך גובייא אבל תפס דלא צריך גובייא יתחייב ע"פ הודאתו גרידא לזה הוכיח מהאי דטבי עבדו דהתם נמי אינו צריך גובייא כיון דעבד מוחזק בעצמו אבל ודאי נגד הקנין הוי רשות רבו עליו ממש ורבו מוחזק בו ואינו יוצא מרשותו אלא בשטר וראי' גדולה לזה מהא דאמרו ר"פ הזורק

דיד עבד כיד רבו ואינו יוצא בשטר אלא משום דיד עבד כיד רבו וע"ש ולדברי מוהרי"ק דעבד מוחזק בעצמו אמאי אינו זוכה בשטר ובפ"ק דקידושין למאן דלית ליה גיטו וידו באין כאחד אינו יוצא בשטר. אלא ע"י אחרים ומבואר דהעבד כולו ידו וגופו הכל של רבו כמו שורו וחמורו ואין לו יד לזכות בעצמו נגד רבו אלא בשטר ומשום גיטו וידו באין כאחד אבל באמיר' בעלמא אפי' אם אומר לו לשון מתנה נמי ל"מ וכל זה פשוט וברור:

סעיף ד

הנותן מתנה על מנת להחזיר. כת' הרא"ש פ' לולב הגזול גבי אתרוג במתנה ע"מ להחזיר וז"ל וצריך שיתנהו לו במתנה גמורה ע"מ שיחזיר ואחר שיצא בו צריך לחזור וליתנו לו במתנה בשעת חזרה אבל אם אמר לו יהא במתנה עד שתצא בו ואח"כ יהיה שלי כבתחל' לא יצא בו דהוי כמו שאול ותדע מדאמר לקמן לא ליקני אינש לולבא לינוקא ביומא טבא דינוקא מיקני קני אקנויי לא מקני ואם אינו צריך לחזור במתנה נהי דקטן לאו בר אקנויי הוא ליקני ליה עד שיצא בו ולחזור ממילא אלא ודאי צריך לחזור וליתנו במתנה וקטן לאו בר אקנויי הוא עכ"ל וכ"כ הריטב"א בחידושיו פ"ק דקידושין וז"ל ומיהו מתנה ע"מ להחזיר הקנאה גמורה הוא וממון שלו וכשמחזירה לו הקנאה גמורה בעי כשאר הקנאות דעלמא ומסתברא שאם שעבדה לבע"ח הרי הוא משועבד ומוחזר וגובה ממנו לאחר חזרה עכ"ל:

אמנם לולי דברי הרא"ש והריטב"א יראה לענ"ד דמתנ' ע"מ להחזיר הוא כמשמעו ואין בו תנאי הקנאה אלא שנתן לו במתנה את האתרוג עד שיצא בו והוא מתנה גמורה וחלוט' עד הזמן ומ"ש הרא"ש דה"ל כשאול נראה לענ"ד דכל כה"ג לאו דין שאול הוא וראיה מהגמ' דאמרי' בפ' י"נ (דף קל"ז) אתרוג זה נתון לך במתנה ואחריך לפ' ונטלו ראשון ויצא בו באנו למחלוקת רבי ורשב"ג ואמרי' עלה הכא אי מפיק לא נפיק למאי יהבי' ניהלי' אלא מפיק לכ"ע נפיק אלא מכרה או אכלה באנו למחלוקת רבי ורשב"ג ע"ש ומבואר דגבי אתרוג לרשב"ג ודאי נפיק בי' וכיון דס"ל דנתן לראשון הגוף א"כ שלו הוא לגמרי ואע"ג דאמר אחריך לפ' לא הוי כמו שאול ומשום דשאול אין לו בזמן השאלה אלא לפירות אבל אחריך לפ' לא הוי הגוף לראשון וא"כ מה לי אחריך לפ' או אחריך לעצמי והרי אחר שעה לעצמי נמי קנה המקבל את הגוף עד הזמן ושלו ממש הוא והתנאי ע"מ שתחזירהו אינו אלא משום דאם הי' אומר ואחר שעה לעצמי הוי ליה דינא דאחריך דאין לשני אלא מה ששייר וא"כ מכר' או אכלה לא יהא לו שיור ולזה מתנה ע"מ שתחזירהו היינו שנותן לו הגוף עד הזמן לצאת בו ובאופן שיהא לו שיור אח"כ לזה מתנה ע"מ שתחזירהו לי אבל גוף המתנה אינו אלא לזמן ונפיק בי' וכדמוכח מאחריך לפ' ודוק

היטב ואפי' לדעת הרא"ש בפ' י"נ דף קל"ז בהאי דרב ביבי אקנוי' לבנו קטן דבאומר אחריך לעצמי אין המקבל מתנה יכול למכור ע"ש היינו משום דאמרי' דלעצמו משייר הגוף ואינו נותן אלא לפירות אבל היכא דנותן הגוף למקבל גם באומר אחריך לעצמי אין לו אלא מה ששייר המקבל אם לא שהתנה בפירוש ע"מ להחזיר דה"ל כמתנה שיהיה לו שיור ואם לא יהיה שיור לא יהי' במתנה כלום. והכא באתרוג כיון דאם מיפק לא נפיק למאי יהבי' ודאי נתן לו הגוף וכמו לרבי דס"ל בעלמא אפי' באחריך לפלוני אינו נותן לראשון אלא לפירי ואפי' באתרוג מטעמא דלא נפיק מודה דנתן לו הגוף וא"כ ה"ה באחריך לעצמו שייך האי טעמא אי לא נפיק כו' וכן למאי דכת' בש"ע בסי' רמ"ח סעיף ג' ברמ"א שם נתן ראשון הנכסים לעשר שנים ואח"כ לפ' ומכרן הראשון השני מוצא מיד הלוקח שהרי לא נתן רק לזמן ע"ש היינו נמי משום דאזלי' בתר כוונ' ואמרי' כיון שלא נתן אלא לזמן לא הקנה אלא לפירי. אבל היכא דנתן בפירוש את הגוף אפי' לשעה מהני וכיון דאי לא נפיק למאי יהבי' ה"ל כמפרש שנותן את הגוף וכמו לרבי וכמ"ש ועיין בראש פ' י"נ שם בהא דאמרו אלא מיפק לכ"ע נפיק אלא מכרו או אכלה באנו למחלוקת רבי ורשב"ג. וכ' עלה הרא"ש ז"ל דלרבי דל"מ אחריך ע"כ הוי כמו אתרוג זה נתן לך במתנה ע"מ שיתנהו אחריך לפ' ומש"ה מכרה או אכלה דלא נתקיים התנאי לא נפיק בי' ע"ש והנה ליכא למימר דלרבי ה"ל כתנאי ע"מ שיתנהו הראשון בהקנא' לשני דהא אמר ואחריך לפ' ואחר מיתה אין קנין וגם ליכא למימר דמתנ' שיקנ' הראשון מהיום ולאחר מיתה לשני דזה לא הוזכר בדבריו כלל אלא ודאי דהשני זוכה מכח הנותן ומשום דמתנה לראשון לא היה אלא עד זמן חיותו ואחריו ממילא יהיה לשני אלא דלרבי אכלה או מכרה לא נתקיים התנאי דה"ל כמתנה שיהי' שיור לאחריו וכל דלא שייך לא נתקיים המתנה וא"כ על אופן זה ממש הוא דין מתנה ע"מ להחזיר דגוף המתנה אינו אלא לזמן ואחר שיצא בו יהיה לעצמו כמו באומר ואחריך לפ' דנפיק בי' כיון דהגוף של הראשון בזמן החיים ושיהי' שיור לעצמו אחר שיצא בו שלא ימכרנו או יאכלנו כיון דהגוף שלו מתנה ע"מ שתחזיר לי וכל זה נכון היטב: ואע"ג דכת' הר"ן בנדרים (דף כ"ט) גבי היום את אשתי ולמחר אי את אשתי דלא נפקא בלא גט וכת' שם משום דכל קנין שאינו קנין עולמית אע"פ שהוא קנוי לזמן לגוף מ"מ קנין פירות מיקרי וע"ש היינו דוקא התם לענין אישות בעינן קנין עולמית אבל גבי אתרוג הוי שלו אפי' אינו קנוי לגוף אלא לשעה דהא קנין עולמית בממון גם לזרעו אחריו וגבי אחריך לפ' נפיק באתרוג. וראי' ברורה למ"ש דמהני באתרוג אפי' אינו קנוי לגופו אלא לשעה דהא כ' הב"י בשם הרשב"א בא"ח סי' תרל"ז באתרוג של שותפין והיינו אתרוג הקהל דיוצאין בו ומשום

ברירה וע"ש והיינו משום דאמרי' ר"פ השותפין שנדרו דסברי חכמים בשלו נכנס וכ' שם הר"ן באורך דהא קונמות מפקיע מידי שעבור והעלה שם משום ברירה ושותפין הוי קנין הגוף לכל א' בשעה שמשתמש בו וה"ל כמו ואחר שעה לעצמי וע"ש באורך וכיון דיוצאין באתרוג של שותפין משום ברירה דהוי דידי' קנין הגוף בשעה שמשתמש ואע"ג דלאחר שעה הרי הוא של שותפו וא"כ מוכח דכל שקנוי לגופו אפי' לשעה הוי שלו לענין אתרוג ושאול שאני דאינו קנוי לגופו אלא לפירות וז"ב. וכן נראה מדברי תוס' בערכין (דף ל) וע"ש שכתבו דכל דבר שסופו להחזיר לבעלים כגון שאלה ושכירות ומתנ' ע"מ להחזיר אינו נקנה בחליפין ע"ש ואי נימא דמתנה ע"מ להחזיר היינו קנין עולמית ע"מ שיחזיר ויתנ' לו בהקנאה הרי הוא של המקבל מתנה גמורה וחלוט' ומה שצריך לחזור ולהקנותו אינו אלא מצד התנאי א"כ ודאי נקנה בחליפין כמו שארי מתנה אלא ודאי דמתנה ע"מ להחזיר אינו אלא לשעה ומש"ה כיון שסופו לחזור ממילא ה"ל לענין חליפין כמו שאלה ושכירות וכל זה נראה נכון וברור אלא שלא מצאתי לי רב בזה ואחר החיפוש מצאתי רב קדמון כדברינו אלה והוא בתשובת הרא"ש כלל ל"ה סי' ב' שם כת' תשובת הרב ר' אביגדור כהן צדק וז"ל ואותה ששנינו אין אדם יוצא ידי חובתו בי"ט ראשון בלולבו של חבירו אע"ג דיהיב לי' בפירוש הנאת שימושו דהיינו נטילתו לצאת בו לא נפיק בי' עד דמקני' לי' קניית הגוף לשעה לכל הפחות התם היינו טעמא דכתיב לכם משלכם דקנין הגוף משמע ולא סגי בהנאת שימוש לחוד וא"ת הלא מתנה ע"מ להחזיר קנין פירות בעלמא קרי לי' בפ' י"נ ונפיק בי' י"ל דלהכי קרי לי' קנין פירות שאינו יכול לאוכלו אבל מיהו קנין הגוף לשעה מקרי ובהכי סגי דולקחתם לכם משלכם משעת לקיחה קפיד רחמנא שיהי' משלו והא איכא והכי מסיק התם בהדיא דאפי' מאן דפליג במכירה ואכילה למיפק כ"ע לא פליגי דנפיק עכ"ל וע"ש ויעלוז לבי שכוונתי לדעת רב קדמון: ולפ"ז צ"ל הא דאמרו לא ליקני אינש לולבא לינוקא כו' היינו במקנ' בסתם בלי שום שיור אלא שסומך שיחזור ויתן לו המקבל אח"כ במתנה וכה"ג בקטן ל"מ כיון דאקנויי לא מקני הא מקנה לי' בפירוש לשעה גם בקטן מהני כיון דמתנה ע"מ להחזיר ממילא חוזרת המתנה אלא דהתנאי ע"מ להחזיר היינו שישייר דאל"כ אין לו אלא מה ששייר ומכרה או אכלה אין לו ומתנה שישאר אחר שעה לעצמו וא"כ לפ"ז ניחא דהקדישו הקדש ומוחזר כיון דהוא חוזר מאליו בלי הקנאה אלא דכי מכרה ואכלה לא נפיק בי' דהא התנה שיהי' לו שיור אח"כ באופן שיחזיר לו ובהקדש כיון דקנוי לגופו לשעה יכול להקדישו והתנאי מתקיים דהא מחזיר לו ודוק. וע' בסוכה (דף מ"ו) בהא דלא ליקני לולבא לינוקא בפי' רש"י שם נראה דמקנה לו בסתם כמ"ש:

סעיף ה

ע"מ שתחזירהו לי אינו קדוש עיין בראש"ש פ"ק דקידושין גבי מקדש בטבעת שאולה וז"ל ולכל הפחות תהי' מתנה ע"מ להחזיר והוי מקודשת ויקנהו מן האשה ויחזירנה לו או יחזיר לו דמיו וחזרת דמים הוי חזרה אפי' לרבנן דפליגי אדרשב"ג באיצטלית בגיטין דף ע"ד דדוקא התם דלצעורה קא מכוין אבל הכא משום הרווחה והא קא רווח וגבי שור בפ' י"נ דף קל"ז יראה אם אמר שור זה נתון במתנה ע"מ שתחזירהו לי והקדישו והחזיר לו דמיו הרי זה קדוש אע"ג דאמר לי' דכיון שהחזיר לו דמיו ויכול לקנות בהם שור אחר כיוצא בזה קרינן שפיר מירי דחזי לי' עכ"ל. והא דכ' הרא"ש פ' י"נ (דף קל"ד) גבי מעשה דבית חורון דהקדישו אינו קדוש ז"ל והיינו דוקא אם נתן לו בסתם אבל אם פי' דבריו אפי' נתן שלא ליתן ושלא למכור ושלא להקדיש כו' הוי מתנה לאותו דבר וה"נ לקמן אתרוג זה נתון במתנה ע"מ שתחזירהו לי אע"פ שאינו יכול להקדישו הוי מתנה רק שיחזירהו לבסוף ע"ש. ומאי קושיא מאתרוג הא שפיר יכול להקדישו וליתן דמיו ובתשובת הרא"ש כלל ל"ה שם תשובת הר"ר אביגדור כהן צדק כ' דלא תיקשי מהאי דמתנת בית חורון דכל מתנה שאינו יכול להקדישו אינו מתנה דהא באתרוג ע"מ שתחזירהו לי אינו קדוש ואפ"ה הוי מתנה ע"ש שכ' משום דגבי אתרוג נמי קדוש ובלבד שיתן דמיו והא דאמרי' הקדישו אינו מוחזר היינו בלא פדיון ע"ש אלא משום דהרא"ש כבר כת' בפ' לולב הגזול דאע"ג דחזרת דמים הוי חזרה אבל גבי אתרוג צריך לאתרוג בעינא ע"ש בשם בעל העיטור ומש"ה שפיר קשיא ליה להרא"ש מהך דאתרוג דאם הקדישו אינו קדוש אפי' נותן דמיו. ובטור וש"ע אה"ע סי' כ"ח דנותן מתנה ע"מ להחזיר יכול לקדש בו האשה ויקנהו מן האשה או יחזיר לו דמיו ע"ש ועמ"ש בס"ק ז':

סעיף ו

אלא דבר הראוי לו. כת' בנימוקי יוסף פ' י"נ ז"ל אמר המחבר גבי ע"מ שתחזירהו לי מידי דחזי לי קאמר מכאן לאומר ע"מ שתתן לי דבר פ' שאם הקדישו או מכרו לאחרים או נתנו קודם לכן ואח"כ נתנו לזה שלא קיים תנאו דהא לא יהיב מידי דחזי ליה והיכא שנתן לחבירו מתנה ע"מ להחזיר' לנותן לו לזמן ידוע ושעבד' לאחרים בעודו ברשותו י"א דשעבודו שעבוד ובאין לבע"ח אפי' אחר שהחזירו דהא מתנה גמור' היתה שלו בעודו ברשותו וכן דעת רבינו מורי נ"י אבל לא נראה לי דא"כ היכי מהדר ליה מידי דחזי ליה ואע"פ דאפשר לסלקו במעות מ"מ כשבא זה וגובה ממנו איגלאי מלתא דלאו מידי דחזי ליה אהדר ליה הריטב"א ז"ל עכ"ל. מיהו נראה דהיינו דוקא באומר ליה דהוא מידי דחזי ליה וכשבא בע"ח טורפ' אינו חזי ליה ובזה הוא דקאמר הריטב"א דאין שעבודו

שעבוד אבל לא אמר ליה אלא ע"מ שתחזירהו סתם דלא צריך מידי דחזי שפיר מתקיים התנאי בחזר' שהחזיר ושעבודו שעבוד ואתי בע"ח וטריף ובזה ניחא דלא תיהוי דברי ריטב"א סותרים למ"ש פ"ק דקידושין הובא בסק"ד ע"ש אלא דמדברי נימוק"י משמע דהיכא דאינו צריך להחזיר מידי דחזי ליה אפי' מוכרו או נתנו לאחרים נמי מתקיים התנאי בחזרה דהא גבי מוכרו או נתנו קודם לכן ואח"כ נותנו לזה כת' שלא קיים תנאו דהא לא יהיב ליה מידי דחזי ליה וא"כ למה נקט בפ"ק דקידושין שאם שעבדו לבע"ח כו' אי נימא דמיירי בלא אמר לי א"כ אפי' מכרו או נתנו קודם הרי הוא מכור ומוחזר אלא דבעיקר דברי הנימוק"י במ"ש במכרו או נתנו קודם משום דלאו מידי דחזי לבי מהסס בזה דנראה דאפי' לא אמר לי נמי לא מתקיים התנאי כל שכבר מכרו או נתנו לאחר והקדש שאני ממכירה וצ"ע:

סעיף ז

לתת לו חפץ פ' יכול ליתן לו דמי החפץ והיינו היכא דליתי' בעינא דבגיטין מתבטל התנאי לגמרי אבל בעלמא דלא מכוין אלא להרווחה ומתקיים בדמיו אבל היכא דאי' לחפץ בעינא צריך ליתן גוף החפץ שהתנה. כן מבואר בתה"ד סי' שי"א שם מהא דאמרי' פ' מי שאחזו אימר דאמר רשב"ג היכא דליתי' בעינא אבל היכא דאיתי' בעינא מי אמר הא קמן דאפי' לרשב"ג היכא דאי' לחפץ בעינא לא מקיים תנאיה בדמיו וע"ש דמסיק טעמא דמלתא דכשהחפץ בעינא אין אומרים שיתן את דמיו שהרי על החפץ התנה ולא על דמיו ואם היה רוצה בדמיו היה אומר שוה כך וכך תן לי אע"כ דדוקא החפץ היה חביב עליו ואפ"ה היכא דנאבד וליתי' בעינא אמדי' דעתי' שאין רצונו שבשביל כך יתבטל תנאו אלא יטול את דמיו וע"ש. והא דכת' הרא"ש פ"ק דקידושין גבי מתנה ע"מ להחזיר דיכול לקדש בו את האשה ויתן לו דמיו ומשום דמתקיים התנאי בחזרת דמים וכ"כ בטור וש"ע אה"ע סי' כ"ח היינו משום דהתם דכבר מכר או נתן החפץ ה"ל כמאן דליתי' בעין ואמדינן דעתיה שאין רצונו שבשביל כך יתבטל תנאו וא"כ מה שמכר או נתן שפיר נתן דהא דידיה הוא אלא שמחוייב לקיים תנאו א"כ אין התנאי מתבטל בזה כיון שנותן לו דמיו אבל איתיה בעינא תחות ידיה בזה הוא דבעינן חפץ בעין דחביב עליו:

אמנם נראה דהיינו דוקא במכרו או נתנו או הקדישו כיון דכבר קנה הלוקח והמקבל וכן ההקדש תו לא הדרא משום התנאי כיון דמתקיים בדמיו היכא דליתיה בעינא וזה נמי הוי כליתיה בעינא וכמ"ש אבל בנתן ת"כ או נשבע ליתן לאחר כיון דאין השבועה עושה קנין ועדיין לא זכה בו אחר ה"ל כמו איתי' בעינא ממש וצריך ליתן גוף החפץ ומה"ט נראה דה"ה בהקדשות דידי' שאינו אלא צדקה לעניים וכמ"ש בטור סי' צ"ה ובש"ע שם

א"כ כיון דצדקה לעניים לא הוי זכיה לעניים כיון דלא אמרי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט לקנין אלא בקדושת הגוף או קדושת בדק הבית אבל לעניים לא הוי קנין שיזכו בו אלא שצריך לקיים דבריו מתורת נדר משום דכתיב בפיך זו צדקה א"כ ה"ל כמו אי' בעינא וצריך ליתן חפץ בעינא דאדעתא דהכי התנה כל שיהי' בעינא ותחות ידיה יתן לו גוף החפץ ובזה ניחא הא דסתמו טור וש"ע באומר ע"מ שתחזירהו לי דאינו קדוש הא הרא"ש כת' דאם נותן דמיו קדוש הוא וה"ל לטור וש"ע לפרש דהיינו באינו נותן דמיו דהרא"ש מיירי מהקדש שהוא קדושת הגוף או קדושת דמים דקונה הקדש ע"י אמירה כמו הדיוט במסירה וה"ל כנתנו ומכרו לאחר דה"ל כמו ליתיה בעינא ומתקיים התנאי בדמיו אבל הטור וש"ע דמיירי מהקדש ועכשיו שאין לנו הקדשות כי אם צדקה לעניים דאינו עושה קנין ואינו אלא מטעם נדר ואין אדם נודר בשל חבירו דכל זמן שלא נתנו ולא זכה בה אחר צריך ליתן החפץ בעינא ליד הנותן כפי התנאי ודו"ק היטב:

סעיף ח

ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה. ובמוהרי"ט ח"א סי' קנ"ב ז"ל נסתפקנו בטעמו של דבר זה בין תנאי שהוא בקום ועשה לשב ואל תעשה לענין זה בשלמא לענין גיטין דלאחר לא תנשא עד שתקיים ומסתבר לחלק דבמידי שהוא מעשה דחיישינן שמא תארענה אונס ולא תעשה אבל במידי שהוא שב ואל תעשה איהי מזדהרא נפשה שלא תאסר על שניהם אבל לענין נאמנות דקיים התנאי מה בין זה לזה אם תאמר שכל שהוא בקום ועשה טריחא ליה מלתא לקיים זמנין דמלתא שאין בו מעשה טריחא טפי כגון ע"מ שלא ישתה יין שאינו יכול לחיות אלא ביין וזה ודאי יקשה עליו טפי משאם היה מתנה שישחוק לפניו או ירקוד לפניו רקיד' אחת למה יהי' נאמן שקיים התנאי בזה יותר מבזה אבל היה אפשר לו' טעם דבנותן דבר בתנאי שהוא בשב ואל תעשה מסתמא לא הטילו הראיה אלא על הנותן ולא על המקבל שהמקבל איך יביא ראיה שלא עשה שלא שתה יין וכיוצא אטו עדים בכיפי תלי שיעידו עליו כן אלא מי שטען שביטל תנאו יביא ראיה שביטל אבל בתנאי שהוא בקיום המעשה הראי' על המקבל שיוכל להביא ראי' בקיום התנאי וע"ש שכתב דהיכא דמית מקבל יש להסתפק כיון דמי שהוא יכול לברר מית ונפלו נכסי קמי יתמי הם אינן יכולין לברר וחזר הדין לתנאי שהוא בשב ואל תעשה וראיה מהאי דא' מן האחין שנושא ונותן תוך הבית ע"ש ולי נראה טעמא דהך מלתא דכל שהוא בקום ועשה מוקמינן אחזקה שהוא קודם עשיה ואמרי' שלא הי' עשי' עד שיברר בעדים שהי' עשי' וכיוצא בזה כתבו תוס' ר"פ השולח דנזיר ששתה יין היכי לוקה דהא הוי התראת ספק דשמא ישאל על נזירתו ועוקד הנדר מעיקרו ותירצו דמוקמינן אותו

אחזק' כמו שהוא עכשיו ולא ישאל ע"ש ואע"ג דחכם עוקר הנדר מעיקרו אפ"ה מוקי לה בחזק' שהוא עכשיו א"כ ה"ה בתנאי אע"פ שיתבטל המקח מעיקרו כל שהוא בקום ועשה צריך ראיה ואם אין לו ראיה הרי הוא בחזקתו וכמ"ש:

סעיף ט

כשהי' תנאי זה כדין התנאים הקיימים והוא דעת הרמב"ם ור"י ור"ת דגבי ממון נמי בעינן תנאי כפול ושארי דיני תנאי כמבואר באה"ע סי' מ"ח לענין קידושין ובפ"ק דקידושין (דף ו') אמר רבא הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי במכר לא קנה באשה אינה מקודשת כו' ופריך והא אמר רבא מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה דאמר רבא אתרוג נתון לך במתנה ע"מ שתחזירהו לי החזירו יצא לא החזירו לא יצא ומסיק בכולהי קני לבד מאשה דדמיא לחליפין. וז"ל תוס' ד"ה לא החזירו לא יצא וא"ת ואמאי לא יצא הא לא הוי תנאי כפול וי"ל דאיכא תנאה דלא בעי כפילא כגון הכא שהיה דעתו לברך על אתרוג שלו ע"ש ודעת הרא"ש דגבי אתרוג נמי בעי תנאי כפול ע"ש וכן דעת תוס' פרק מי שאחזו ע"ש. ובש"ע אה"ע סי' כ"ט כת' באומר לאשה הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי אינה מקודשת ע"ש והיינו כדמסיק בש"ס דדמיא לחליפין כיון שמחזרת המנה וכתבו שם דמיירי דוקא בכפל התנאי דאם לא כפל לתנאי' התנאי בטל ואינה מחזרת המנה ואינו דומה לחליפין ע"ש. ולפי שבדברי הרא"ש והטור וש"ע שם לא הוזכרו בזה דיני תנאי לכן נראה לענ"ד דאין צורך בזה דיני תנאי וכמו שנבאר והוא דודאי לפמ"ש בסק"ד דמתנה ע"מ להחזיר אינו אלא קנין הגוף לזמן עד שיחזירהו אלא שמתנה ע"מ להחזיר דהיינו באופן שיהיה לו שיור דאל"כ אין לשני אלא מה ששייר ראשון כיון דהוא שלו לגמרי עד שיחזירהו וכמו לרשב"ג באומר אחריך לפ' וע"ש שהארכנו בזה א"כ ודאי אינו צריך בזה דיני תנאי כיון דלא נתן לו קנין עולמית אלא לשעה ואח"כ הוא ממילא שלו כיוצא בזה כת' הריטב"א פ"ק דקידושין (דף כ"ג) באומר ע"מ שאין לרבך רשות בו ע"ש שכת' דלא בעינן ביה דיקדוקי תנאים לפי שאינו תנאי אלא שיור בגוף המתנה ע"ש. ולפמ"ש סק"ד מתנה ע"מ להחזיר נמי שיור הוא דהוי ומש"ה לא מקשה תו' אלא בהא דאמר לא החזירו לא יצא הא לא כפל לתנאיה ולא מקשי תוס' שם בריש הסוגיא דקרי ליה מתנה ע"מ להחזיר דהא לא כפל לתנאיה וכבר עמד בזה בס' עצמות יוסף ע"ש. ולפמ"ש ניחא דהחזרה ודאי צריך ואין צורך לדיקדוקי תנאים בזה אלא דקושיות תוס' בהא דלא החזירו לא יצא דהא כיון דבשעה שבירך על האתרוג כדין בירך ולבסוף כשאינו מחזירו ה"ל גזל מכאן ולהבא ולא למפרע אלא משום התנאי שהתנה ע"מ להחזיר ואם לא יחזיר לא יהי' מתנה למפרע וא"כ לזה ודאי צריך דיקדוקי תנאים ודו"ק. אלא דגם

לשטת הרא"ש והריטב"א דסברי מתנה ע"מ להחזיר הוי מתנה גמורה ע"מ להחזיר לו בהקנאה דהיינו שיחזיר ויתי לו בהקנאה נמי בזה צריך ומחויב לקיים תנאו כיון שנתן לו אדעתא דהכי אתרוג זה ע"מ שיתן לו אתרוג אחר או אתרוג זה ודאי כל תנאי שבממון קיים ומכי משך באתרוג מחויב בפסיקא שפסק לו בעדו ומה לי דמים או שהתחייב עצמו ליתן לו אתרוג בעדו וכל תנאי שבממון קיים וע' בנ"י פ' הזהב שכ' מי שמשך חפץ מחבירו והתנה ליתן לו כור חטים חדשים חייב ליתן לו כמה שפסק ועמ"ש בסי' ר"ג סק"ב דאפי' במטבע אם יחד לו אם הוא חייב באחריות מחויב ליתן מטבע שפסק וא"כ זה שהבטיח ליתן לו אתרוג זה אחר זמן וכן במתנה ע"מ להחזיר ודאי מחויב להחזיר כמו שפסק בשעת משיכה וזה ברור ומש"ה לא קשיא להו לתוס' בריש המימרא דהילך מנה ע"מ שתחזירהו דהא לא כפל התנאי דלפמ"ש אפי' לא כפל התנאי מחויב להחזיר כעין מה שהתנה כיון שנתן לו ע"מ שיחזיר מחויב הוא בכך דמה לי פסק ליתן לו חטין או אתרוגים או אתרוג ומנה זו אלא בהא דאמר רבא לא החזירו לא יצא בזה הוא דקשיא להו נהי דמחויב להחזיר מחמת תנאו שהתנה בשעת משיכה אבל אם לא החזירו ה"ל גזל מכאן ולהבא ולא למפרע אלא מחמת התנאי ה"ל גזל למפרע ומש"ה קשיא להו דהא לא כפל לתנאי'. וראי' לדברינו אלה ביבמות (דף ק"ט) בת חמוהי דרב פפא דנפלה לפני יבם שאינו הגון לה אתא לקמיה דאביי א"ל חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז לבתר דחלץ לה א"ל אביי זיל הב לי' וא"ל רב פפא ולימא ליה משטה אני בך מי לא תניא הרי שהיה בורח מבית האסורין וע"ש דמסיק אין תנאי בחליצה לפי שאינו דומה לתנאי ב"ג משום שאינו ע"י שליח. וכת' שם הרשב"א בחידושיו שם בתר דחליץ לה א"ל זיל הב ליה וז"ל ואיכא למידק היכי הוי מחייב ליה אביי למיתן ליה ור"פ למאי איצטריך לאתויי ראיה מבורח מבית האסורין והא הכא כיון דאתני ליה בלשון ע"מ לא מחייב ולא מידי משום דכל האומר ע"מ אין מחייבין אותו לקיים תנאי אלא אם רוצה לקיים יקיים ואם ירצה לא יקיים לפי שכבר נתפרשה כפייתו אם יקיים התנאי יקיים המעשה ואם לא יתקיים התנאי לא יתקיים המעשה וכיון שכן ה"נ לימא ליה לא בעינא בחליצה ולא יהבינא והרי החליצה ממילא קיימת והיא פטורה מליתן ויש לו' דכיון שאי אפשר לה לחליצה להתבטל הרי זה כשכירות ולפיכך אי הגון לה מחייבין ליתן ליה מדין שכירות והיינו דאמרי' בירושלמי אמר רב מנא אם אמר ע"מ נותנת אלא מכיון דלא הגון לה ומצוה עלינו מן התירה בחליצה ורמי עלי' למיחלץ האי כעין אנוס' הוא ואיהי נמי לא פסיד מידי דהא לא חזי לי' מני' מידי עכ"ל וכבר קדמו הרמב"ן בחידושיו שם בזה וכ"כ הרא"ש שם ע"ש ומבואר לנו מזה דהיכא דאינו כדיני תנאי כמו התם בחליצה

משום שאינו ע"י שליח אבל מחויב הוא עכ"פ לקיים תנאו כמו שהתנה אלא שאם אינו מקיים תנאו היכא שאינו כדיני תנאי ב"ג וב"ר המעשה לא נתבטל. וא"כ ה"נ כיון דהתנה ע"מ להחזיר מחויב הוא בכך כמו התם בחליצה דמחייבין במאתים זוז אי לאו משום משטה וכי היכא דהתם מחייבין מדין שכירות שפסקה ה"נ מחייבין אותו עבור משיכת האתרוג. ומתבאר לנו מדברי הרמב"ן והרשב"א והרא"ש דהיכא דהתנה בדיני תנאי כגון דכפליה לתנאיה ובשאר דיני תנאים בהן קודם ללאו וכמבואר באה"ע סי' ל"ה א"כ הברירה בידו שלא לקיים תנאו אלא שהמעשה יתבטל והיכא דלא התנה כדיני תנאי וכגון דלא כפליה או לאו קודם להן מחייבין אותי לקיים תנאו כיון דהמעשה לא יתבטל לעולם וכיון דהמעשה קיים גם הוא מחויב בתנאן כמו שהתנה עבור המעשה וזה כלל גדול בדיני תנאי וא"כ באומר אתרוג זה נתון לך ע"מ להחזיר אי מנה ע"מ להחזיר אפי' לא כפליה לתנאו מחויב ליתן לו המנה או האתרוג שנתחייב עבור משיכת המנה או האתרוג כמ"ש. וע' בהגהת מיימוני הל' לולב וז"ל בס"ה כ' שצריך ליזהר בארבעה דברים שהתנאי מתקיים בהם כמבואר בהל' אישות וצריך שיאמר ע"מ שתחזיר לי הרי הוא לך במתנה ואם לאו לא יהא שלך ע"כ ולא הבינותי דאדרבה אם לא יקיים תנאו בכל אלה כ"ש שהמתנה טובה והתנאי בטל אפי' אם לא יחזיר לו יצא כדמוכח בגיטין פ' המגרש ובפ' הפועלים עכ"ל וגם בב"י בא"ח סי' תרל"ז כ' קושיא זו על ס"ה בשם הרמ"ה והניח בצ"ע. ולפמ"ש דהיכא דלא היה תנאי כדיני תנאי ב"ג וב"ר דהמעשה לא נתבטל בביטול התנאי דבזה כיון דהמעשה קיים מחויב הוא בקיום התנאי וא"כ כשהתנה ע"מ להחזיר ולא דיקדק בתנאי ב"ג וב"ר א"כ לפי מה דמפרשי הרא"ש והריטב"א דמתנה ע"מ להחזיר היינו שיחזיר ויקנהו לו א"כ מחויב הוא ליתן לו האתרוג וכיון דגבי אתרוג ל"מ חזרת דמים וכמ"ש הרא"ש פ' לולב הגזול בשם בעל העיטור א"כ כשגובה לבסוף האתרוג אמרי' למפרע הוא גובה דכל היכא דלא מצי סלוקי בזוזי אמרינן כן כמ"ש תוס' פ' השולח (גיטין דף מ') ד"ה הקדש חמץ ושיחרור ע"ש גבי איצטלא דפרסוה אמיתנא כיון דרבא לא אמר מכאן ולהבא הוא גובה אלא משום דמצי סלוקי בזוזי וכיון דמצי אמרה כלי אני נוטל משום שבח בית אביה אמרי' למפרע הוא גובה ע"ש וא"כ כיון דלא דיקדק בדיני תנאי ויתחייב להחזיר האתרוג מחמת התנאי ולא מצי נמי סלוקי בזוזי וכמ"ש בעל העיטור ונימא בי' למפרע הוא גוב' א"כ לא הוי לכם כלל אפי' בשעת ברכ' ומש"ה צריך דיקדוקי תנאים דבזה ליכא משום חיוב אלא שהמעשה בטל אם לא יקיים התנאי א"כ ל"ש ביה למפרע גובה וא"כ לבסוף כשמחזיר האתרוג הרי למפרע הי' האתרוג שלו ממש במתנה גמורה וזה עצה נכונה ודוק:

סימן רמב

סעיף א

הוי ביטול כיון שלא הכירו באונסו עמ"ש בסי' ר"ה סק"ה:

סעיף ב

צריך שתהא גלויה ומפורסמת כ' הרמב"ם פ"ה מזכיה הנותן מתנה בין ברי' בין חולה צריך שתהא גלויה ומפורסמת אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו אינה כלום שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן וכת' הראב"ד ז"ל א"א פי' הטובה שקיבל מזה עכ"ל והרב המגיד כ' וז"ל וכמדומ' לי שלא ראה הרב ז"ל סיום בבא זו בספרי המחבר וכ"כ בספרינו כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן והוא דבר מבואר שאם נאמר שמתנה בסתר מועיל יבא הדבר לידי הפסד שימכור אחר כן מה שנתן ויקחוה ממנו לפי שלא ידעו במתנה ולפיכך אמרו שלא תועיל להסיר קנוניא כו' וטעם רבינו עיקר עכ"ל:

סעיף ג

לפיכך כל שטר מתנה שאין כתוב בו וז"ל הרמב"ם שם פ"ה לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב ואמר לנו כו' חוששין לה כו' וכ' הרב המגיד ז"ל מ"ש המחבר קרקע לאו למימרא דמתנת מטלטלין מסותרת שתועיל דהא סתמא אמרו בגמ' וכן מוכחין דברי המפרשים כו' ע"ש ולולי דברי הה"מ נראה דהרמב"ם ס"ל דוקא בקרקע לפי טעמא שכ' שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן והיינו משום דלא ידעו במתנה ויקחוה ממנו וא"כ גבי מטלטלין דמחויב להחזיר דמים שנתן משום תקנת השוק וליכא איבוד ממון רק שיוציאו ממנו החפץ אפשר לו' דבזה לא תיקנו לבטל מתנה טמירתא ומש"ה דיקדק וכתב לפיכך כל שטר מתנת קרקע דבזה ליכא תקנת השוק:

סעיף ד

שכיב מרע שצוה. כל הסעיף הוא לשון הרמב"ם פ"ט מזכי' והנה מדכתב שבעת שהקנה שהוא אחר מותו הרי אמר גלו אותה צריך לו' דאיירי בשכ"מ בכולה דאי במקצת' בעי קנין והוי מתנת ברי ממש ונגמר מחיים וכיון דאיירי בשכיב מרע ובכולה א"כ היינו כמצוה מחמת מיתה ובמצוה מחמת מיתה הא כתב דאין צריך לגלות. וע' סמ"ע שמחלק בין שכ"מ בכולה למצוה מחמת מיתה. אבל לענ"ד דדא ודא אחת היא אלא משום דגם במצוה מחמת מיתה אינו כשר אלא סתמו דאינו צ"ל גלו את המתנה וכמ"ש בכסף משנה טעם הדבר שמתוך טרדתו אינו יכול להאריך ולו' כתבוה בשוקא אבל אומר בפי'

אל תגלו גם במצוה פסול ומש"ה בשכ"מ שאומר אל תגלו אלא לאחר מיתה אינו מתנה אלא משום דבשעה שהקנין הוא אחר מיתה צוה לגלות ואע"ג דאפשר לו' לפמ"ש בכסף משנה שם טעם הראשון משום דמצוה ל"ש להחניף וגם אהבתו גם שנאתו אבדה ע"ש א"כ אפי' אומר בפירוש אל תגלו ליהוי מתנה אלא דמלשון הרמב"ם שכ' במצוה אינו צ"ל גלו את המתנה ומבואר דאומר בפירוש אל תגלו פסול. ואכתי איכא למידק בהא דכ' הרמב"ם דבשעה שהקנה אותו כו' ומשמע אל תגלו כלל פסול דהא לפי טעמא דהרמב"ם מתנה טמירתא פסול כדי שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן וע' סק"א ובש"מ בכול' הרי בדין חוזר ואפשר דכיון דתיקנו במתנת ברי' דמתנה טמירתא פסול לא פלוג חכמים בתקנתן בין שכ"מ לבריא:

סימן רמג

סעיף א

ואם המקבל עני. כ' בטור אינו יכול לחזור בו משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ז"ל הב"י אין דברי הטור מכוונים שלא אמרו אמירה לגבוה אלא לגבי הקדש אבל עני הדיוט מיקרי עוד מאי אריא הולך עדיפא מיניה ה"ל לאשמעינן דאם אמר אתן לפ' מנה אם הוא עני אינו יכול לחזור בו ומ"מ יש להביא קצת ראי' לדין זה מדגרסינן ר"פ שור שנגח ד' וה' האי דתקע לחברי' כו' ניתבי' לעניים הדר אמר ניתבי' נהלאי אמר רב יוסף כבר זכו עניים ואע"ג דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן וע"ש. והא תמוה דמביא ראי' לסתור וכבר נתקשו בזה כל הראשונים דכיון דנודר לעניים אינו יכול לחזור א"כ למה הוצרך לומר אנן יד עניים והוא ברי"ף ובמלחמות שם ותירצו משום דלא היה בידו להכי הוצרך לומר אנן יד עניים דה"ל מעמ"ש וע"ש אדרבה משם משמע דאי לאו יד עניים הו' איתי' בחזרה ונהי דכתבו לישב משום דאינו בידו אבל ראי' ליכא וצ"ע. ומה שהקשה ב"י טפי ה"ל לאשמעינן אתן לעניים אינו יכול לחזור נראה דבאתן מהני חזרה ע"י שאלה אבל הולך כזכי אע"ג דבמתנה לא אמרינן הולך כזכי הכא בעני כיון דחייב ליתן מטעם נדר ה"ל כמו חוב ובחוב אמרינן הולך כזכי וכמ"ש בסי' קכ"ה ס"ק ב' וע"ש:

סעיף ב

ואמרו על מנת שיכתבו השטרות. ובעיר שושן חולק בזה וכתב דכיון דהטעם דלא אמרינן יקויי' התנאי בע"כ והמעשה קיים משום דעל המקבל היה להתנות ולא התנה אלא הנותן הוי פטומי מילי וכאן שהתנאי היה לטובת שניהן שכל אחד התנה שיהיה לו שטר על שכנגדו מש"ה יקיימו העדים התנאים על השטרות ומעשה הקנין יתקיים בע"כ

למפרע. ובסמ"ע השיגו והוא דהרא"ש לא כתבו אלא בתנאי שהתנה שהעדים יתנו לו מאתים זוז וא"כ בזה היו יכולין העדים לקיים התנאי בע"כ וליתן ר' זוז אלא כיון שהתנאי היה מהנותן הוי פטומי מילי משא"כ באומר ע"מ שיכתבו שטרות דבזה אין העדים יכולין לקיים בע"כ דכל זמן שהוא מוחה אין רשאין לכתוב שטרות וזה תורף דבריהם וע"ש. ובט"ז הסכים בפשיטו' לדברי הסמ"ע אמנם לענ"ד כדברי הע"ש אבל לא מטעמיה אלא נראה דכיון דכל תנאי שהוא לטובת המקבל ולא נתקיים התנאי יכול המקבל לומ' הריני כאלו התקבלתי וכמבואר בטור וש"ע אה"ע סי' ל"ח ע"ש וא"כ הא דאמרי' ע"מ שתכתבו לו השטר חוזר בשטר וחוזר בשדה ואמאי לא יוכל לומר הריני כאלו התקבלתי את השטר אלא דכבר כתב בזה הר"ן בשם הרמב"ן וטעמו של דבר ע"ש פ"ק דקידושין ע"מ שתכתבו לו השטר חוזר בשטר ובשדה ז"ל דמהא שמעינן דאע"פ שהתנאי לתועלת המקבל הוי תנאה ואע"ג דבעלמא גמרינן מתנאי ב"ג וב"ר והתם תנאה להנאת הנותן אפ"ה תנאה דהוי להנאת המקבל כי הכא מהני ואין הלה יכול לו' הריני כאלו התקבלתי שהמוכר ג"כ לפיכך תלה הדבר בתנאי כדי שיוכל לחזור בו בכל שעה קודם שיתקיים התנאי עכ"ל. וכ"כ הרב המגיד פ"ו ממכירה ע"ש וא"כ היכא שאמרו שניהם ע"מ שיכתבו השטרו' כל אחד התנה לטובתו ולא לטובת שכנגדו אלא שכל א' התנה שיהי' לו שטר על שכנגדו א"כ אפי' מוחה השני מלכתוב יכול לו' הריני כאלו התקבלתי כיון דאינו אלא טובתו והרי הוא כשאר תנאים יכול לומר הריני כאלו התקבלתי אבל לא מטעמ' דע"ש שכתב שהעדים יכתבו בע"כ דבזה שפיר השיגו בסמ"ע כגון שמוחה האיך יכולין לכתוב בע"כ אלא מטעמ' שכתבנו דבזה יכול לו' הריני כאלו התקבלתי וז"ב:) (

אמנם תשובת הרא"ש לכאורה נראה סותר לזה וז"ל כלל ל"ד סי' ג' וששאלת רחל היתה נחבאת מפני המס ובא ראובן ודבר עליה שתנשא לשמעון ושדכה שמעון ועשו קנס ביניהם כו' וקנו בקנין ואמרו לעדים שיכתבו שטר חוב מחמשת אלפים על כל א' וא' ע"מ שיכתבו אלו השטרו' ויהיו בנאמנו' ביד אחד מהעדים שכל מי שיתעכב מלהנשא לזמן שיתן שני שטרותן לכשכנגדו וכששמעו קרובים הענין והכלימוה על ככה נתחרטה בדבר ומחת' בעדים שלא לכתוב שטר עלי' ביד נאמן ועל כל זה הלך המשדך והכריח העדים לכתוב השטר ולתתו ביד נאמן תשובה ירא' לו כיון שהקנין הי' על מנת שיכתבו אלו השטרות ויהו בנאמנות כו' ודמיא הא מלתא להא דאמרי' ע"מ שתכתבו לו את השטר כו' ע"ש ולפי מ"ש היה יכול שמעון לו' הריני כאלו התקבלתי. ונראה דהתם כיון דכבר הקפיד שמעון בדבר ולא אמר הריני כאלו התקבלתי דהא הכריח העדים לכתוב השטר שהרי רוצה בקיום התנאי וכיון דשטר זה לאו כלום הוא וכמ"ש הרא"ש שם כיון

דרחל כבר מיחתה בעדים א"כ נתבטל השידוכין משום דלא נתקיים התנאי וכבר הקפיד שמעון בתנאי וכמ"ש הר"ן בפ' המדיר גבי מומין דאם כבר הקפיד כששמע נתבטלו הקידושין ואינו מהני מחילת התנאי אח"כ ע"ש ואע"ג דב"ש כת' באה"ע סי' ל"ח ס"ק נ"ד וז"ל מיהו בתנאי ממון יש לו' אפי' הקפיד כששמע מהני מה שמחל אח"כ דהוי כאלו נתקיים התנאי ע"ש א"כ ה"נ ע"מ שתכתבו השטר ה"ל כתנאי ממון דשטר ראי' הוי ממון אלא דדברי ב"ש אינו מוכרח דגם בממון כל שהקפיד והיה יכול לחזור גם השני חוזר וכעין זה כת' בנימוקי יוסף פ' המוכר פירות ולכ"ע שם אם המתאנה תובע אונאתו גם המאנ' חוזר ע"ש וה"נ כיון שכבר הקפיד כששמע ויכול לחזור אם ירצה הרי נתבטל המעשה ויכול גם השני לחזור עוד שם בע"ש כת' כיון דאין לתקן בושת זה שכנגדו איך יפטר מקנס ולא דמי לחוזר זה בכתיבת שטר הלואה או שטר מקח דשם יכול הלוקח או המלוה לו' החזר לי מעותי ע"ש ויש לזה פנים לפי דעת הש"ך בסי' ר"ז ובסי' של"ג דחייב בקנס בושת אפי' לא נעשה קנין וע"ש וא"כ נהי שחוזר בשטר ובשידוכין אבל הבושת מחוייב לשלם ומ"ש הסמ"ע בזה דכאן מחל כל א' בושתו באם שימחה שכנגדו בכתיבת השטר דאל"כ לא ה"ל לשתוק כשהתנה זה בקנייתו ואמר ע"מ שתכתבו לו את השטר ע"ש ואינו קושיא דיש לו' התנאי ע"מ לא היה אלא שיתבטל גוף השידוכין אבל מה שנתחייב בעצמו בדמי בושתו אין בזה ראי' שמחל דהא גבי הלואה נמי כשהתנ' ע"מ שיכתבו את השטר דמחל גוף המעות שהלוה וכן בלוקח שנתן מעות לא הוי מחילה בגוף המעות ה"נ דמי בושתו ה"ל מעותיו ולא מחל כלום אלא דלפי מ"ש בסי' ר"ז דאין חייב משום בושת אלא כשקנו מידו על הקנס דאם לא קנו מידו אינו חייב בבושת דאינו חייב משום בושת עד שיעשה מעשה בגופו וע"ש וזה שהתנה תנאי בקנינו הוי כאלו לא קנו מידו כשנתבטל המעשה ע"י קנין ואפשר דע"ש סובר כדעת הש"ך דחייב בבושת אפי' בלא קנין:

סעיף ג

קטן שנותנין לו צרור וזרקו בפרק התקבל (גיטין דף ס"ד) אמר ר' יהודה אמר רב אסי צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים כו' כי אמריתי' קמיה דשמואל אמר לי דא ודא אחת הוא מאי דא ודא אחת אמר רב חסדא א' זה וא' זה זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים מתיב ר' חנינא וורדאן כיצד משתתפין במבוי מניח את החביות כו' ומזכה להם ע"י בנו ובתו הגדולים וע"י עברו ושפחתו העבריים האי שפחה ה"ד אי דאייתי שתי שערות מאי בעי גבי' אלא דלא אייתי שתי שטרות וקתני זוכה לאחרים שאני שתופי מבואות דרבנן ובעירובין דף מ"ט אמר שמואל עירוב משום קנין וא"ת מפני מה אין קונין

במעה מפני שאין מצוי' בערבי שבתות ורבה אמר משום דירה מאי בינייהו איכא בינייהו כלי ופחות מש"פ וקטן ופי' רש"י דלשמואל דס"ל עירוב משום קנין אין קטן יכול לעשות שליחות לערב עליו עירובי חצירות דלאו בר מקני ואקנויי הוא ולמ"ד עירוב משום דירה קטן לאו מידי עביד ויכול לעשות שליח והקשו בתוספות דשמואל כיון דסבר עירוב משום קנין קטן לא מהני ובפ' התקבל קאמר דקטן זוכה לאחרים בשיתופי מבואות דרבנן וע"ש ונראה ליישב קושית תוס' דודאי אפי' בשיתופי מבואות דרבנן דקטן זוכה היינו דוקא במידי דאיתי' בדנפשי' יכול לזכות לאחרים וכמ"ש תוס' פ' התקבל שם לרב יהודה דסביר' ליה דקטן זוכה לאחרים מדאוריי' והקשו דהא אין שליחות לקטן מקרא דאתם גם אתם וכתבו דאין למעט קטן מתרומה אלא במידי דליתי' בדנפשי' אבל בזכיי' כמו שזוכה לעצמו זוכה נמי לאחרים ע"ש וא"כ אף אנן נאמר לשמואל דסובר דבמידי דרבנן זוכה לאחרים היינו עכ"פ במידי דזוכה לנפשיה זוכה נמי לאחרים ומשום הכי בעירוב כיון דס"ל עירוב משום קנין דהטעם הוא משום חליפין וכמ"ש תוס' בעירובין דאע"ג דפירי לא עברי חליפין מ"מ קני בתורת דמים ע"ש וכיון דאינו אלא משום חליפין או משום דמים וקטן לית ליה זכי' אפי' בדנפשיה אלא כשמשך או המשיך אבל נתן מעות על המקח אין בו משום מי שפרע וכן אין לו זכי' בקנין חליפין וכמ"ש הר"ן פ' התקבל וכן הוא בש"ע סי' רל"ה סעיף ד' ע"ש ומש"ה ניחא דאמרו איכא בינייהו קטן דלשמואל דס"ל עירוב משום קנין דהוא אקני רשותא ע"י דמים וכיון דלית ליה בדנפשיה למיקני ע"י דמים ה"נ אינו זוכה לאחרים אפי' בשתופי מבואות דרבנן אלא דהיינו דוקא בקטן אבל קטנה אית לה קנין חליפין כיון דאית לה נמי קנין חצר וכמבואר שם סי' רל"ה סעי' ה' מש"ה ניחא האי דמניח את החביות דלא הקשה אלא האי שפחה ה"ד אלא דלא אייתי שתי שערות ובשפחה ניחא דאית לה קנין חליפין וממילא ה"ה מעות וכיון דיכולה לזכות לעצמה בקנין חליפין זכתה נמי לאחרים בדרבנן ובש"ס בעירובין לא אמרו אלא איכא בינייהו קטן אבל קטנה שפיר זוכה לאחרים בדרבנן: ובזה ניחא ליישב קושיות תוס' פ' התקבל שם שהקשו מ"ש שפחה מבנו ובתו הקטנים דאינו זוכה על ידם ולר' יוחנן דאמר בפ"ק דמציעא לא גדול ממש כו' אלא גדול הסמוך על שלחן אביו הוא קטן ה"ה הכא אבל שפחה בשכר טרחא אוכלת אבל לשמואל דאמר התם קטן ממש קשיא ע"ש ולפי מ"ש יש לו' דשמואל לטעמיה דאמר עירוב משים קנין וא"כ קטן ליתי' בדנפשי' בקנין חליפין ומעות אלא במשיכה שהוא תחת ידו וא"כ לא מצי מקני רשותא על ידו לאחרים בקנין מעות וחליפין ובתו נמי אע"ג דקטנה אית לה חליפין ומה"ט שפחה זוכה לאחרים בדרבנן וכמ"ש דהא כת' הרמ"א בסעיף כ"ג דהיינו דוקא

בקטנה שאין לה אב וא"כ שפחה שפיר משכחת לה באין לה אב ואית ליה חצר וגם קנין חליפין ודמים אבל בנו ובתו הקטנים דאית לה אב ולית לה קנין חצר הרי בן ובת שוין דאין להם קנין חליפין ולא דמים ועירוב משום אקנויא רשותא ע"י חליפין ודמים וליתא בדנפשה אינה זוכה נמי לאחרים אפילו בדרבנן וכמ"ש ורבה דס"ל עירוב משום דיר' ומהני ע"י קטן ע"כ כר' יוחנן ס"ל לא גדול גדול ממש:

סעיף ד

ודוקא בשיש דעת אחרת מקנה ראיתי בקונטרוס מים חיים להגאון המ' פרי חדש שהעלה דמותר ליתן לכהן קטן פדיון חמש סלעים דבן מה"ט דדעת אחרת מקנה אית ליה לקטן זכי' מן התורה וכמ"ש תוס' פ' התקבל והביא ראיה מהא דאמרי' פ' נושאין על האנוסה (יבמות דף צ"ט) עשרה אין חולקין להם תרומה בבית הגרנות ואלו הן חרש שוטה וקטן והטעם משום זילות' דתרומה לחלק להם בגורן לעין כל וכלם משגרים להם לבתיהם ומשמע דכהן קטן זוכה במתנות ע"ש ולענ"ד לא שייך במתנות דעת אחרת מקנה כיון דקי"ל טובת הנאה אינו ממון א"כ אין לבעלים במתנות כלום ואינו זוכה הכהן במתנות אלא לעצמו וה"ל כמו מציאה דאינו דעת אחרת מקנה וראיה מדברי תשובת מיימוני לס' ניזוקין סי' ה' ע"ש בראובן שיש לו חצי מעשר שיש לו רשות ליתנו לכל מי שירצה אם יכול לתתו לבניו ולבנותיו של שמעון קרובו הסמוכים על שולחנו של שמעון אע"פ ששמעון אביהם יש לו ואינו נוטל מן הצדקה נראה לי דכל זמן שהם סמוכים על שולחנו אינו יכול ליתן אפי' הן גדולים דקי"ל כר' יוחנן אפילו גדול וסמוך זהו קטן ופי' ר"ת דה"ה אפי' בעלמא בלא מציאה כו' ואע"פ שרבינו שמשון משפירא חולק על ר"ת ומחלק בין מציאה דליכא דעת אחרת מקנה אותו להיכא דאי' דעת אחרת מקנה אנן עבדי' כר"ת ולחומרא ועיד יכול להיות בנדון זה כיון דלית להו לבעלים אלא טובת הנאה לא קשיב כדעת אחרת מקנה אלא כמציאה דקי"ל בפ"ק דקידושין טובת הנאה אינו ממון ואע"ג דבפ"ק דמציעא מפליג דקאמר דעת אחרת מקנה שאני גבי ר"ג וזקנים במתנות כהונה כו' שאני התם דהא מקנה להם חצירו כמו כן אבל היכא דלא מקנה להם משלו אלא מתנות כהונה ולוי' ליכא לפלוגי בין מציאה זה לדעת אחרת מקנה אותו כיון דטובת הנאה אינו ממון וכן פי' שם ריב"ן בהדיא ע"ש והובא ג"כ במרדכי פ"ק דמציעא ע' שם וא"כ הא דמשגרין להם לבתיהם תו אי אפשר לו' משום דעת אחרת מקנה כיון דטובת הנאה אינו ממון אלא דגבי פדיון חמש סלעים דבן כיון דאפי' קורא שם חייב באחריותן עד שיבאו ליד כהן וממון דידי' הוא וה"ל דעת אחרת מקנה דאע"ג דצריך ליתן לאיזו כהן חמש סלעים דבן אבל לא אותן מעות שנותן עתה לכהן דקריאת שם אינו חל

עליהן ומה"ט נמי נראה דה"ה בהך דתשובת מיימוני ומרדכי היינו דוקא בנדון דהתם שיש לו חצי מעשר והיינו שכבר הופרש והוא ממון עניים ומש"ה אינו יכול ליתן לבניו של שמעון קרובו העשיר ומשום דה"ל כמו מציא' שאין בו דעת אחרת אבל אם עדיין לא הפריש מעות עני אע"ג דמגיע ממנו מעשר בתורת נדר שנדר ניתן מעשר יוכל ליתן לבניו של שמעון העשיר דכל זמן שלא הפריש ה"ל ממון דידי' ממש ולא הוי של עניים כלל ואע"ג דמפרש נמי עדיין יוכל להלות ולתת אחרים תחתיהם כל זמן שלא בא ליד גבאי היינו אם ילוונו כיון דמותר בהנאה יוכל ליתן אחרים אבל כל זמן דאינו מוציאו לרשותו ה"נ ממון עניים ממש אלא דגבי פדיון חמש סלעים לא שייך דין הפרשה כלל וא"כ ה"ל לעולם דין מתנה שדעת אחרת מקנה אותו. אבל אכתי תיקשי טעמא דמשגרים לבתיהם כיון דבמתנות כהונה לא אמרי' דעת אחרת מקנה ועוד קשיא לי טובא לפי טעמא שכתב פר"ח בהא דמשגרין לבתיהם משום דעת אחרת מקנה א"כ הא תינח קטן וחרש אבל שוטה דאפי' ע"י דעת אחרת מקנה אינו זוכה לעצמו וכמ"ש הרמב"ם פרק כ"ט ממכירה דשוטה אינו זוכה וכתב עלה הרב המגיד והוא פשוט וכ"כ בטור וש"ע סי' רנ"ה וסי' זה סעיף ט"ז ומדתני ואלו הן חש"ו כו' וכלם משגרין לבתיהם הרי שוטה נמי בכלל וזה לית ליה זכיה מנפשיה אפילו בדעת אחרת מקנה ולכן נראה לענ"ד בטעמא דהך מלתא דחש"ו יש להם זכי' במתנות כהונה היינו משום דממון כהנים וכבר זכתה בהם התורה לכהנים אם כן אפילו כהן קטן נמי כמו בירושה דאית להו וכי קא זכי מדידהו קא זכי וכן בחמש סלעים דבן כיון דחוב הוא לכהנים א"כ קטן נמי אית ליה זכי' ועיין תוס' ר"פ בן סורר ד"ה קטן אי אתה צריך לחזור אחריו שהקשו מנא ליה להאי קטן ממון וע"ש שכתבו במעשה ידיו דמלאכתו ושכר טרחא שלו מדאורייי' ע"ש ומבואר מזה דכל שמגיע לי' עבור שכירות הוי שלו וזכה במה שנתן לו בעה"ב כיון דמגיע לו א"כ ה"ה חוב דפדיון הבן זוכה הקטן במה שניתן לו עבור חוב דגבי פדיון הבן נמי שעבודא דאורייתא כמו בשאר חובות ודוק אמנם במתנות עניים מבואר להדיא בש"ס פ"ק דמציעא גבי לקט ופיאה דקטן אינו זוכה מדאורייתא ואפשר לו' דמתנות עניים שאני דכתיב לעני ולגר תעזוב אותם וא"כ אינו אלא עזיבה שיזכו בו בעצמם ומש"ה כל שאין לו יד לזכות לא זכה אבל במתנות כהנים דלא כתיב בהו עזיבה ה"ל ממון כהנים ממש ומש"ה שוטה נמי זוכה בדבר שיש לו ומתנות כהונה כעין שכירות לכהנים חלף עבודה ואפילו כהנים שפסולין לעבודה נמי יש להם זכי' וכבר כתבו תוס' דיש לקטן זכיה עבור שכירות ולא אמרי' נהי דיש לו חוב אבל אכתי היכי זוכה במה שנותן לו בעה"ב אלא צ"ל דכיון דמגיע לו עבור החוב זוכה במה שנותן לו בעה"ב וה"נ זוכה חש"ו במתנות כהנים שלהם ולא

כן במתנות עניים וכמ"ש ודו"ק. ועוד נראה דכיון דקי"ל פרעון בע"כ שמיה פרעון. והא דבעי לה בפ' מי שאחזו נתינה בע"כ שמיה נתינה כבר כתב הרשב"א בחידושיו שם דע"כ לא מיבעיא ליה אלא בנתינה בע"כ גבי תנאי דהוי חיובו של נותן אבל בחוב כיון דהוא חיובו של הלוה נפטר בחיובו בע"כ של המלוה ואין אנו יכולין להעמידו בחובו בע"כ אם רוצה ליפטר מחיובו ע"ש. וא"כ במתנות כהונה נמי אפילו בע"כ שמיה נתינה וכמ"ש בקונטרוס מים חיים שם בשו"ת שהיה כהן א' בכפר וישראל אחד היה צריך לפדות בן בכור והכהן לא רצה לקבל והעלה שם בתשו' דנתינה בע"כ שמיה לתינה ע"ש ודברינו נכונים דאין אנו יכולין להעמיד את זה בחובו וכמ"ש הרשב"א א"כ כיון דאפי' בע"כ שמיה נתינה א"כ ממילא גם בנותן לחש"ו נפטר דאמרינן ביבמות פ' חרש דבר תורה שוטה מתגרשת כיון דפקחת נמי בע"כ מתגרשת ולא בעינן דעתה אלא הא דשוטה אינה מתגרשת משום דמשלחה וחוזרת ע"ש וא"כ הכא דבע"כ נמי ולא בעינן דעת כהן א"כ שוטה נמי וגם לפי טעמא שם דשוטה אינה מתגרשת דכתיב ונתן בידה יצאה שוטה דלית לה ע"ש והכא גבי מתנות כהונה דלא כתיב ונתן ליד הכהן אלא ונתן לכהן א"כ אפי' בחש"ו יוצא ידי נתינ' ואכתי צ"ע זהא דכתבו הפוסקים בכהן שאינו רוצה לקבל בכור בהמה מישראל מחמת טורח טיפולו דאינו רשאי משום דהוא כמבזה מתנות כהונה והוא באשר"י סוף בכורות ובהגהות אשר"י פ"ג דביצה ובש"ע י"ד סי' ש"ו ע"ש. ותיפוק ליה דנתינה בע"כ שמיה נתינה דליתיה דלא אמרו בע"כ שמיה נתינה אלא שיפטור הנותן מחיובו אבל המקבל אם אינו רוצה אינו זוכה בע"כ כמ"ש שם הרשב"א בפ' מי שאחזו ע"ש וה"נ אם הנותן נותן מתנות בע"כ שמיה נתינה שלא להעמידו בחיובו בע"כ אבל הכהן נמי אינו זוכה בע"כ ומש"ה כשמסרהב לקבלו אינו אלא משום מבזה מתנות ובתוס' פ"ק דקידושין דף ט' בהא דאמר רב יוסף שיראי צריכי שום' וללישנ' קמא שם משום דלא סמכה דעתה אמר רב יוסף מנא אמינ' לה דתני' עגל זה לפדיון בני טלית זה לפדיון בני לא אמר כלום עגל זה בחמש סלעים לפדיון בני בנו פדוי וכתבו שם תוס' ז"ל ללישנ' קמא מייתי ראיה עכ"ל וכיון דבמתנות כהונה אפילו בע"כ שמיה נתינה אם כן למה בעינא סמיכת דעת הכהן ובס' עצמות יוסף שם כתב וז"ל אם נתן לכהן ה' סלעים מה לנו בידיעת כהן כיון שכבר נתן לו ה' סלעים ונרא' דכיון שהכהן הוא אדון בכור זה אם אין לו ידיעה בשיוי הדמים אין בנו פדוי וצריך דעת כמו שהאש' צריכ' לידע שיעור הקדושין ע"ש ולפמ"ש בשם הפר"ח גבי פדיון חמש סלעים דאפילו בע"כ מהני א"כ מוכח דלא בעינן דעת כהן כלל וכן נראה דהא לא עדיף מבע"ח דפרעון בע"כ שמיה פרעון. ובדריש' בי"ד סי' ש"ה כ' בהא דנוהגין עכשיו לפדות באבנים טובות

ומרגליות בלי שומא משום דגבי כהן א"צ דעתו ע"ש והוא נגד דברי תוס' קידושין דכתבו דצריך סמיכת דעתו. והנה אפשר לומר דאע"ג דפרעון בע"כ שמיה פרעון היינו כשרוצה ליתן לידו והוא אינו רוצה לקבל זורק לו בפניו אבל כשרוצ' לקבלו בידו צריך ליתן לידו כמבואר בטור וש"ע סי' ק"ך א"כ ה"נ בפדיון הבן דצריך ליתנו לכהן בכדי שיהי' סמכה דעתו בהם ומש"ה צריכי שומא כסברת תוס' ואם אינו רוצה לקבל רשאי לזרקו בפניו ואם כן דברי הפר"ח נכונים אלא דאכתי לבי מגמגם משום דמשמע בסי' ק"ך שם דהא צריך ליתנו לידו כשרוצ' לקבלו אינו אלא משום דאומר המלוה אלו נתתו לידי הייתי שומרו וע"ש ואם כן אכתי א"צ סמכי' דעתיה דכהן ולכן נראה מדברי התוס' דאף על גב דפרעון בע"כ שמיה פרעון אבל מתנות כהונה בעינן דרך נתינה ואינו יוצא בנתינ' בע"כ ומש"ה בעי סמכה דעת כהן וצ"ע בכל זה:

סעיף ה

אבל במציא' לא כ"כ הפוסקים דלא תיקשי בהא דתנן מציאת חש"ו מפני דרכי שלום ואמרו צרור וזודקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים ומחלקי בין מציאה למתנה דדעת אחרת מקנה אותו ובש"ך כתב וז"ל ולפענ"ד דוחק להמצי' חילוק שלא נזכר בש"ס דאף ע"ג דמצינו לקמן ס"ס רס"ח דדעת אחרת מקנה עדיף אבל מ"מ בזה דקטן זוכה לעצמו לא מצינו בש"ס לחלק בכך וגם אין סברא לחלק בכך דאם זוכה לעצמו במתנה אלמא שיש בכחו לזכות למה לא יזכה גם במציאה אלא נ"ל דהא דאמרי' מציאת חש"ו מפני דרכי שלום היינו בקטן שהוא פחות מזה וכו' וכן הוא בירושלמי פ"ד דמע"ש ובעירובין פדק חלון ובגיטין פרק הנזקין דמציאת חש"ו יש בו מפני דרכי שלום היינו במדה שזוכה לעצמו ע"ש וגם בעל העיטור באות זיכוי שהביא הירושלמי הזה משום דס"ל הכי להלכה וכו' ואם כן בע"כ הא דתנן מציאת חש"ו יש בו מפני דרכי שלום היינו בקטן שהוא פחות מצרור וזורקו אגוז ונוטלו דאינו זוכה לעצמו משום שאין לו יד וכדמפרש בירושלמי שהבאתי הך מתני' בקטן כזה שאינו זוכה וע"ש שהאריך. והנה לענ"ד עיקר כדברי הפוסקים לחלק בין מתנה למציאה ומה שכתב דאין סברא לחלק כבר הוכרחנו לחלק בין מציאה למתנה בענין עודר וכסבור שלו הן דבנכסי הגר לא קנה ואלו במתנה כה"ג קנה וכמ"ש הראב"ד הובא בנ"י ר"פ חזקת בעובדא דרב ענן ע"ש הבאתי דבריו בסי' קמ"ב סק"א וכן כת' הרשב"א בחדושיו פ' כל הגט דף כ' ע"ש והובא בסי' ער"ה סק"ד ע"ש. וא"כ ה"נ טעמא דקטן אינו זוכה במציאה ומשום דאין לו כוונה לזכיה אבל במתנה דאפי' גדול א"צ כוונה לזכיה מש"ה זוכה נמי קטן אלא דכשהוא פחות מצרור וזורקו אין לו יד כלל וה"ל כשוטה דאין לו יד כלל וכדמוכח בפ' חרש

דאמרו שוטה אינה מתגרשת משום דכתיב ונתן בידה ושוטה אין לה יד ע"ש ומש"ה שוטה אפי' במתנה אינו זוכה לענמו כיון דלית ליה יד כלל אבל קטן וחרש דאית להו יד אלא דאין להם כוונה וגבי מתנה לא בעינן כוונה וסגי בדעת אחרת מקנה וזה נכון ומה שנסתייע בש"ך מן הירוש'. נראה דש"ס דילן לא ס"ל כירושלמי ושם בירושלמי אמרו כל שנותנין לו אגוז ומשליכו צרור והוא נוטלו המוצא בידו כמוצא באשפה אגוז והוא נוטלו צרור והוא משליכו גזילו גזל מפני דרכי שלום אגוז וצרור והוא נוטלו ומצניען ומביאן לאחר זמן גזילו גזל גמור ע"ש ואלו בש"ס דילן לא אמרו הנך שיעורי אלא אגוז ונוטלו צרור ומשליכו זוכה לעצמו מה דלא ס"ל לירושלמי כן אלא דוקא בנוטלן ומצניען לאחר זמן מה שלא נזכר בש"ס דילן במדת קטן ועוד דהא לדעת הירושלמי עיקר דינא דמציאת חש"ו מפני ד"ש אינו אלא בקטן שהגיע למדה זו דצרור וזורקו אגוז ונוטלו דבפחות משיעור זה כמוצא באשפה ואפי' מפני ד"ש אינו וכיון דבש"ס דילן בשיעור זה זוכה לעצמו א"כ הך דמציאות חש"ו מפני ד"ש ליכא לפרושי בפחות משיעור זה דא"כ ה"ל כמוצא באשפה א"כ בע"כ צריך לחלק בין מציאה למתנה אלא דגם בהך שיעורא דיהיב בירושלמי למציאת חש"ו נראה מדברי הפוסקים דלא ס"ל לחלק כלל דברמב"ם פ' י"ז מגזילה שכתב מציאת חש"ו מפני ד"ש סתם הדבר ואינו מחלק בין שיעורא דקטן לענין ד"ש וגם בטור וש"ע סי' ע"ד לא חילקו כלל ומשום דסברי דכיון דלא זכרו הני שיעורא בש"ס דילן אין לנו לחלק עוד שם בירושל' ר' אבוהו בשם ר' יוחנן הדא דתימא להוציא ממנו בדין אבל להביא קרבן שבועה כ"ע מודי עד שיביא שתי שערות ובזה נמי נראה דש"ש דילן לא ש"ל הכי דהא ר"פ בן סורר אמרו ואם אין לאיש גואל איש אתה צריך לחזור אחריו אם אין לו גואלים קטן אי אתה צריך נחזור אחריו בידוע שאין לו גואל וכן הוא בפ' הגוזל קמא ע"ש וא"כ מוכח דחייב קרבן שבוע' על גזל קטן ואע"ג דאין נשבעין על טענת קטן מיירי בקפץ ונשבע וכמ"ש תוס' ר"פ בן סורר וע"ש וא"כ מוכח דחייב נמי קרן וחומש דאם אין קרן וחומש אין אשם כמ"ש תוס' בפ' כל שעה גבי אוכל חמץ של הקדש בפסח ע"ש:

סעיף ו

והמזכ' לשוטה ע"י בן דעת זכה כת' הב"י ז"ל דין הקטן פשוט בכמה מקומות והחרש דינו כקטן ודין השוטה פשוט הוא דאע"ג דאין לו דעת והוי כשלא בפניו הא קי"ל זכין לאדם שלא בפניו והרב המגיד פ"ד מזכי' הביא ראיה לדין השוטה ואין צורך עכ"ל והנה מ"ש הב"י דאין צריך ראיה לזה והוא פשוט ולדידי מספק' לי טובא דהא אמרי' פ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"א) קטן דאתי לכלל שליחות אית לי' זכי' נכרי דלא אתי לכלל

שליחות לית ליה זכיה ע"ש וא"כ שוטה דלא אתי לכלל שליחות אינו דומה לקטן כלל וראוי לו' ביה דאין לו זכיה ואין לו' משום דאתי לכלל שליחות כשישתפה דא"כ נכרי נמי לכשיתגייר אלא ודאי מחוסר מעשה לא חשיב אתי לכלל כו' ודוקא קטן דאתי ממילא לכלל שליחות ומה"ט הוצרך הרב המגיד להביא ראיה וע"ש במ"ש להביא ראיה דזכין לשוטה ע"י אחר מהא דאיתא ר"פ חרש פיקח שנשא חרש' או שוטה אפילו כת' לה מאה מנה כתובתה קיימת מפני שרצה לזון בנכסיו ע"ש ולענ"ד יש להשיב דהתם כיון דבשעת נישואין כותב לה כתובה זכת' אפי' ע"י עצמה דזה אינו מתנ' אלא כמו שכר שפחה לשמשו ע"ש ר"פ חרש דאמרו בגמ' אלו קנה שפחה לשמשו כ"ש האי דאי' תרתי ושכר מלאכה אפי' חרש ושוטה אית לה וכמ"ש תו' ר"פ בן סורר דשכר מלאכה וטירחא מן התורה אית ליה לקטן ע"ש וא"כ ה"ה לשוטה. ומדברי הרא"ש בשם הרמ"ה נראה לי דס"ל דאין זכין לשוטה ע"ש ברא"ש פ"ב דכתובות גבי נכסי דבר שטיא וז"ל כת' הרמ"ה אבל קנה נכסי' אפי' זכין לו ע"י אחר לא זכה בהן זכי' גמורה דזכית המקח אינו באה מכח המוכר בלבד עד שיהא גם הלוקח בר דעת וראוי להקנאה כי צריך גם הלוקח להתחייב בדמים כו' אבל מתנה זכין לאדם שלא בפניו ואית לי' זכי' לשוט' מידי דהוי אקטן הואיל ואתי לכלל דעת גם זה היה עתים חלים עכ"ל מבואר מדבריו דלא ס"ל זכין לשוט' אלא כה"ג דעתים חלים דזה הוי ממש כמו קטן דאתי נמי לכלל דעת אבל שוטה גמור דלא הוי עתים חלים אין זכין לו ע"י אחר ולפ"ז ה"ה בחרש אין מזכין ע"י אחד אלא דוקא בקטן דאתי לכלל דעת וכמו שאמרו בפ' א"נ קטן דאתי לכלל שליחות וצ"ע:

סעיף ז

אפי' בן יום אחד בציד' לדרך פ' בא העלה הלכה למעשה בבכור שמת אביו קודם שלשים יום דיש כח ביד ב"ד לפדותו ומשום דזכין לקטן ובט"ז י"ד סי' ש"ה חולק וכתב דדוקא בגדול זכין לו אפי' יש קצת חובה וכהאי דתורם משלו על של חבירו דאע"ג דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממונו מ"מ פסק הרמב"ם דתרומתו תרומה אבל בקטן אין זכין לו אלא א"כ דבר שהוא זכות גמור בלי שום חובה והכא קצת חובה שהרי לקח ממנו המצוה ע"ש ובנקודת הכסף האריך בראיות דיש כח ביד ב"ד לפדותו והשיג על הט"ז הא בגר קטן שמטבילין אותו ע"ד ב"ד נמי יש לומר דניחא ליה למיעבד בעצמו דדוקא התם בתורם משלו על של חבירו שייך לומר כן אבל הכא כשהב"ד פודין אותו הרי הם מזכין המעות לקטן דזכין לאדם שלא בפניו וא"כ הרי הם פודין אותו במעותיו של הקטן וכן כשיש מעות לקטן בלאו הכי וא"כ הרי המצוה של הקטן וכו' וראי' ברורה מהא דתני פרק הנזקין דף נ"ב אפוטרופס של יתומים חייב לעשר ואיתי' שם בש"ס דהיינו להאכיל

אבל לא להניח וכתב בחידושי רשב"א דל"ש מנוהו אבי יתומים ל"ש מנוהו ב"ד תורם מדינא והא דתנן אתם ולא אפוטרופסין אסמכתא בעלמא היא דמדינא תורם בין להאכיל בין להניח דיד אפוטרופס כיד יתומים אלא שלא יראה כמזלזל בנכסי יתומים שמא לא ידקדקו יפה בדבר אמרו שלא לתרום להניח אבל להאכיל העמידו אדינא עכ"ל ולא אמרינן שמא ירצה הקטן עצמו במצוה זו אלא ודאי כיון דתורמין משלו הרי מצוה דילי' הוא וא"כ בפדיון נמי וכו' ועוד נראה דב"ד יכולין לזכות לקטן אפי' במקום דהוי חובה קצת כדמוכח להדיא בר"פ האיש מקדש דגרסינן התם ואלא הא דאמר רב גידל אמר רב מנין ששליח של אדם כמותו שנאמר ונשיא א' ממטה תיפוק ליה שליחות מהכא ותסברא הא שליחות הוא והא קטנים לאו בני שליחות נינהו אלא כי הא דאמר רב דאמר רב מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנא' ונשיא א' ותסברא זכות הוא הא חובה נמי איכא דאיכ' דניח' ליה בהר וכו' ואלא כדרבה בר רב הונא אמר רב מנין שיתומים שבאו לחלק בנכסי אביהן שב"ד מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ע"מ לזכות ת"ל ונשיא א' ופרש"י כלומר לא זכות שלא בפניו גרידא איכא למשמע מיני' לגדולים אלא לאתויי דקטנים נמי אפי' חובה הבאה מחמת זכות רשאין ב"ד לעשות הרי להדיא דב"ד יכולין לזכות לקטן אפי' במקום דהוי נמי חובה ומכאן קשה לי על התו' פ"ק דכתובות דף י"א שהקשו בהא דאמרי' גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד וז"ל ותימא דהא זכי' הוי מטעם שליחות כו' כדמוכח בפ"ק דב"מ גבי חצר משום יד אתרבי ולא גרע משליחות וא"כ היאך זכין לקטן והא אין שליחות לקטן וכו' ולדידי לא קשה מידי דב"ד שאני כו' ותו קשיא לי אמאי שתירצו תו' דהא דמטבילין אותן הייינו בדרבנן דאפי' היכא דהוי זכות גמור לית ליה זכי' מדאורי' והא ודאי ליתי' כמבואר בש"ס דקידושין וכו' והעיקר כספרים שהביאו תוספות שם דלא גרסי בא"נ זכו מדרבנן אית ליה ומפרק קמא דב"מ נמי נראה לפענ"ד דלא קשה מידי דלא אמרינן התם אלא דחצר משום ידה אתרבי ולא גרע משליחות זכין לאדם שלא בפניו במתנ' אבל אין ה"נ דאפי' היכא דליכ' משום שליחות לקטן אית ליה זכיה כו' סוף דבר לא ירדתי לסוף דברי התוס' בזה כו' שוב מצאתי להדי' כדברי ר"פ בן סורר בדברי תוס' שם שכתבו דקטן אית לי' זכי' מדאוריית' היכא דדעת אחרת מקנה אותו וחפשתי בשאר פוסקים ומצאתי שכ"כ עוד התוס' בגיטין פ' התקבל (גיטין דף ס"ד) והרשב"א בחידושיו שם וכ"כ עוד תוס' בקידושין דף י"ט והרא"ש שם סי' כ"ה באריכות ונתתי שמחה בלבי וגם שהתוס' והפוסקים הנ"ל הביאו ראיות אחרות נזה ע"ש ולפענ"ד איכא נמי ראי' ברורה מהך סוגי' דרב גידל דפ' האיש מקדש שהבאתי וכמ"ש עכ"ל וע"ש שהאריך בכל זה אחרי רואי היטב בענ"ד יראה לי שאין ראיות הנז' מוכרחות

כמו שנא' והוא דמ"ש הש"ך דדוקא התם בתורם משלו על של חבירו שייך לומר ניחא לי' למיעבד מצוה בממוני' אבל הכא כשמזכין המעות לקטן או שיש לקטן מעות הרי המצוה לקטן כו' ולפענ"ד אדרבה ע"כ לא מיבעי' בש"ס נדרים אלא בתורם משלו על של חבידו דהו' משום זכי' אי לאו דניחא לי' למיעבר מצוה בממוני' אבל בתורם משל בעל הכרי ודאי ל"מ משום דזכי' ל"ש בזה כיון דהוא משום בעל הכרי ושליחות נמי ליכא משום דשליחות בעי לדעתכם וכמו שמבואר דבר זה בסק"ט בשם התו' נדרים וחידושי הרשב"א ע"ש וא"כ כל שפודין ממעות קטן ודאי ל"מ כיון דתורת זכי' ל"ש בזה שליחות לקטן ליכא ואפי' בגדול בעינן שליחות מדעת ע"ש סק"ט ומה שהביא ראיה מאפוטרופסין שתורמין תרומה נראה דהיינו דוקא בתרומה ומשום דמתנות שלא הורמו כמו שהורמו וממון כהן הוא ויש לו שותפות בתבואה וכמ"ש תוס' בפ' לולב הגזול באתרוג של טבל ע"ש. וא"כ אינו אלא חנוקה ואפוטרופסין רשאין לעשות חלוקה וכמו שמבואר לפנינו. ומ"ש הש"ך ועוד נראה ברור דב"ד יכולין לזכות לקטן אפי' במידי דהוי חובה קצת כו' כי הא דרב גידל ומכאן קשה על התוס' שהקשו על גר קטן שמטבילין אותו ע"ד ב"ד כו' אינו קושיא דכבר כת' הר"ן בהא דנשיא אחד הטעם משום דשלהן היתה וחלוקתם גילוי מלתא בעלמא וב"ד מעמידין אפוטרופסין לכך אבל זכי' מדאורי' לית ליה ע"ש וכ"כ בשיטה מקובצת פ' א"נ שם ע"ש והיינו נמי דאפוטרופסין תורמין משום דממון כהן בגוה ואינו אלא חלוק' דכה"ג מהני וכמ"ש. ומ"ש הש"ך דעיקר כספרים שהביא תו' דלא גרסי בא"כ זכי' מדרבנן כו' הנה על הכרעתו איני כדאי להרהר אך כבר נחלקו בו קמאי דקמאי בגירסא זו ולא עמדו על ההכרע' וא"כ לשטת הפוסקים דזכי' לקטן מדרבנן א"כ לית ליה תקנה לפדותו בבית דין דאם בממון קטן ודאי ל"מ כמ"ש דכה"ג ל"ש זכי' כלל ואינו אלא משום שליחות דודאי ל"מ וכמ"ש. ואי במזכ' להן במעות ב"ד לפדיון א"כ ה"ל תורת זכי' ול"מ מדאורייתא ואע"ג שכת' בשטה מקובצת שם פ' א"נ גבי ריבית שהקשה הרמב"ן ואי זכי' מררבנן אמאי מותר בריבית דגוי כיון דריבית דאורייתא וכ' משום דכל דבר שבממון משום הפקר ב"ד נגעו בי' ע"ש היינו משום דהתם כשהעמידו אצל ישראל דכבר זכה הגוי במעות ע"י זכי' מדרבנן והוי לי' מעות של גוי וכי יזיף האי מגוי יזיף אבל פדיון חמש סלעים דהב"ד אין מזכין המעות לקטן דא"כ ה"ל מעות הקטן וכבר אמדנו דבמעות הקטן ודאי אין פודין אלא ע"כ דהב"ד נותנין מעות עצמם עבור הקטן לפדיון וא"כ לא הוי דבר שבממון אלא זכי' בגוף המצוה וכיון דמן התורה אין זכי' לקטן אינו מועיל הפדיון מראורייתא ודוק. ומ"ש הש"ך ומפ"ק דב"מ נמי נראה לפענ"ד דלק"מ דלא אמרי' התם אלא דחצר משום ידה איתרבי ולא גרע משליחות

וזכין לאדם שלא בפניו במתנה אבל אין ה"נ דאפי' היכא דליכא משום שליחות לקטן אית ליה זכיה עכ"ל. ולענ"ד מוכח כדברי תוס' דאי נימא זכין לקטן מן התורה וא"כ שליח שזוכ' לקטן מהני מן התורה תיקשי בהא דאמרי' פ"ק דמציעא דקטן לית ליה חצר ומשום דלא ילפינן מציא' מגט או משום דלא ילפי' קטן מקטנה ונהי דחצר דגברא לא הוי משום יד אבל לא גרע משליחות ושליח נמי זוכה לקטן מן התורה והוא קושיות הראב"ד כמו שיבואר בס"ק י"א ע"ש אע"כ דאפי' במידי דזכות אין זכין לו ומש"ה אין לו חצר דנהי דגדול זוכה לקטן מדרבנן אבל בחצירו לא תיקנו זכי' אבל אי נימא דזכין לקטן מן התורה א"כ כי היכא דחצירו של אדם זוכה שלא מדעתו בגדול אמאי אינו זוכה נמי לקטן נהי דלאו ידו הוא ליהוי כשליח הזוכ' כיון דלא גרע משליחות ומוכח מזה דל"מ זכיה לקטן ומשום דזכי' גופי' אינו אלא משום שליחות וחצר דזוכ' לגדול נמי אלא משום שליחות ובקטן דליכא שליחות ליכא זכיה ומדרבנן לא תיקנו בחצירו ודוק היטב. ומ"ש עוד הש"ך שוב מצאתי להדי' כדברי התוס' ר"פ בן סורר שכתבו דקטן אית ליה זכיה מדאוריית' כו' והגם שהביאו ראיות אחרות לזה לפענ"ד אי' נמי ראיה ברורה מדרב גידל כו'. ואין ענין זה לזה כלל דתוס' ר"פ בן סורר ובפ' המקבל דף ס"ד ובפ"ק דקידושין די"ט התם מיירי שזוכה הקטן מנפשי' ע"י דעת אחרת מקנה וכמו שמחלקין שם בין מציא' למתנ' ע"ש תוס' ר"פ ב"ס שהקשו דהיכא משכחת גזל קטן ומאין בא לו ממון ותי' בדעת אחרת מקנה יש לו זכי' והיינו מדנפשי' והך דרב גידל מיירי במזכ' ע"י אחר והוא נשיא א' ממטה ותמהני במה שחשב דבר זה למציא' ואינו ענין זה לזה כלל. ועי' בסי' רל"ה ס"ק ד' שכתבו שטת תו' והפוסקים דגבי מתנה זוכה הקטן בעצמו מן התורה ואלו ע"י אחר אין זכין לו מן התורה ואע"ג דכתבנו שם דעת הדמב"ם דהא מהני דעת אחרת מקנה היינו משום זכי' וזוכ' הקטן מנפשי' ע"י דעת אחרת המזכ' אבל שטת התוס' והפוסקים דדעת אחרת מקנה אינו משום זכיה כלל וכלל וז"ב. והא דתנא בתוספת' אפוטרופסין תורמין ומעשרין על נכסי יתומים מוכרין בתים שדות וכרמים בהמה ועבדים ושפחות להאכיל ליתומים ולעשות להם סוכה ולולב וציצית וכל מצות האמורות בתורה ולקנות להם ס"ת נביאים וכתובים דבר הקצוב מן התורה וע"ש וא"כ נראה דפדיון הבן נמי דבר הקצוב הוא התם נראה דאינו אלא מדרבנן דהא תני נמי לולב וסוכה וקטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו. ואא"ז בס' מעד"מ כ' דאין הב"ד יכולין לפדותו כשהוא קטן דכל עוד שהוא קטן אינו בר חיוב' כלל ע"ש וע' תוס' פ"ד דב"ק דף ל"ט ד"ה ור' יוחנן אמר ע"ש שכתבו דאין נזקקין ב"ד במלוה הבאה מחמת עצמה משום דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ע"ש א"כ בבכור דהוי חוב מחמת עצמו ומשום אין מקבלין עדות שלא בפני

בע"ד ליח ביה דה"ל דבר ברור וכה"ג מקבלין כמבואר בסי' ק"י אלא דנראה כדברי אא"ז דקטן אינו בר חיוב' כלל אפילו בחוב הבאה מחמת עצמו דלא מיבעי' למ"ד שעבודא לאו דאוריית' אלא פריעת ב"ח מצוה וקטנים לאו בני מיעבד נינהו אלא אפילו למ"ד שעבוד' דאוריית' נמי אין השעבוד חל אלא היכ' דאיכ' חיוב הגוף נכסוהי אינון ערבין אבל קטן דאינו בחיוב הגוף דאפילו גנב וגזל פטור ונכסוהי לא הוי ערבין במקום דליכ' לוה ואכתי צ"ע:

סעיף ח

ולגדול בין בפניו בין שלא בפניו. כ' בתרומת הדשן סי' קפ"ח וז"ל אשה בעל הבית לשה לה משרתת שלה עיסה והלכ' לחוץ קודם שהפריש' חלה וקודם שחזר' נתחמצ' העיס' כל צורכה שאם עוד תשהה שלא תאפה תקלקל העיסה ובשביל כך רוצה המשרתת להפריש חלה בלי רשות בעה"ב שרי למיעבד הכי או לאו תשוב' יראה דש"ד למיעבד הכי דכיון דמתקלקל זכות הוא לבעה"ב וקי"ל זכי' מטעם שליחות אתרבי וכו' וה"נ המשרתת נעשית שלוח' אפילו שלא מדעת' מטעם דזכות הוא לה ואפילו אין כאן חשש קלקול העיסה כו' ואף ע"ג דאמרינן בפ"ק דחולין דהאומר לשלוחו צא ותרום ושמע אינש אחריני ואזל ותרם דאין תרומתו תרומה כו' שהרי צוה לשלוחו לתרום מ"מ הואיל ולדידי' לא עביד שליח ל"מ וי"ל דדוק' התם כו' דאיכ' למימר דדעת בעה"ב דשלוחו דוקא יתרום משום דיודע ומכיר באיזו מדה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה כו' אבל בהפרשת חלה בזמן הזה דהכל שוין לטול בכזית ולשרוף אין לו' כלל קפיד' וביבמות פ' האשה שלום בעי תלמוד' המזכה לאשתו במקום יבם או במקום קטטה ומוכח בהדי' התם אי הוי זכות היה מועיל משום זכין לאדם שלא בפניו וכו' וה"ה לענין הפרשת חלה ואי ק"ל הא דתני' בפ"ב דמציע' כיצד התורם שלא מדעת תרומתו תרומה כו' עד הרי שמצאו וא"ל בעה"ב כלך אצל יפות לא שויא שליח משום דבעינן שלוחכם דומי' דאתם מה אתם לדעתכם אלמ' אף ע"ג דידעינן בתר הכי דניח' ליה במה שתרם אפ"ה לא הוי שליח כיון דמעיקר' לא לדעת הוי. ולא דמי כלל דהתם בשעה שנעשה שליחות לא ידעינן כלל דניח' ליה אלא דאח"כ שמעינן מיני' או דחזינן מיני' דניחא ליה ובעינן למימר דלמפרע הוי שליח הא ל"מ משום דבעינן למידע בשעה שנעש' שליח דזכות הוא וניחא לי' וכה"ג הוי דומי' דאתם דאנן סהדי אי הוי הכא הוי ניחא ליה אבל היכא דבשעה שנעשה שליחות לא ידעינן לא הוי דומי' דאתם עכ"ל. ובי"ד ברמ"א סי' שכ"ח פסק במשרתת כדברי תה"ד והט"ז שם כתב דאפילו ליכ' קלקול העיסה מהני הפרשת משרתת משום זכין לאדם שלא בפניו ע"ש. ואם כי ידעתי מיעוט ערכי להרהר אחר פסקי מוהרא"י ובפרט שכבר

הלך אחריו הרמ"א והט"ז אמנם לענ"ד תו' והרשב"א לא ס"ל הכי עיין בנדרים דף ל"ו כתב שם הרשב"א ז"ל הא דאיבעי' להו התורם משלו על של חבירו צריך דעת או לא מי אמרינן כיון דזכות היא לו כו' קשיא לי דהא שליחות לאו מדין דניח' ליה או לא ניחא לי' אלא גזירות הכ' דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם. ותדע לך שהרי האומר לחבירו צא ותרום לי והלך ומצאו תרום למ"ד אין חזקה עושה שליחותו אמרינן בפ"ק דחולין דלמא שמע אינש אחריני יתרם ורחמנ' אמר אתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם ואע"ג דהתם ניחא ליה שתיקן כריו וי"ל דתורם משלו על של חבירו שאני דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי אבל בתורם משלו על של חבירו כיון שאינו של בעל הכרי לא בעינן שליחותו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכות לו וזכין לאדם שלא בפניו אי לאו זכות דמצוה דנפשי' עדיף עכ"ל וכ"כ תוס' שם בנדרים ע"ש וא"כ בהאי דמשרתת דמפרשת חלה משל בעה"ב אין בזה משום זכות דלא אמרינן זכין לאדם שלא בפניו אלא היכא דזוכה המקבל באיזו דבר כמו במזכה חפץ לפ' או במזכה גט לאשתו דזוכה האשה בגט או במפריש משלו אבל מפריש משל בעה"ב אין זה זכות אלא ניחות' איכ' ושליחות' לאו מתורת ניחותא הוא ובעינן לדעתכם דוקא וגם מ"ש בתה"ד דמשום קלקול עיסה חשיב זכות לא הבנתי דהא אחר שתאפ' נמי תוכל להפריש ואע"ג דמצותו בעיסה אבל כל דלית' לבעה"ב בשעת לישה תוכל להפריש אחר אפיה. והנה אחר דאנהרינהו לעיינין הרשב"א וגם התו' כתבו שם בביאור היטיב מה בין זכות לשליחות וא"כ נראה דלא תפריש המשרתת ואם תקלקל העיסה תפריש בעה"ב אחר אפיה וכמ"ש דבעינן כה"ג דעת בעה"ב כיון דמפריש משל בעה"ב) (וכן נראה מדברי תוס' בנזיר דף י"ב שהקשו בהא דאשה עושה שליח לחברת' שתפריש חלה אחר הלישׁ' והוא דשלבל"ע כיון דעושה שליח קודם הלישׁ' ע"ש ואי נימא דלא בעינן כלל דעת בעה"ב אלא משום דזכות הוא ואפילו בלא קלקול העיס' א"כ לא גרע מה שעושית שליח מאלו לא עשתה שליח כלל והפרישׁ' בעצמ' וע"ש בתוס' שהקשו האידנ' דנהגו בכך ע"ש ואף ע"ג דהשת' שיעורי דחלה כולם שוים אלא משמע דס"ל כמ"ש דכל שמפריש משל בעה"ב אין זה זכות אלא שליחות וכמ"ש ולכן נראה להחמיר שלא תפריש המשרתת בעצמה:

סעיף ט

שמי שמתחייב לקטן בין בקנין בין בשטר. וכ"כ תוס' פ' התקבל והר"ן שם דקטן אינו זוכה אלא בדבר שתחת ידו וכגון במשיכ' וע"ש. ונראה לי דכי היכא דקטנה אית לה זכי' בקנין סודר וכמ"ש הרמב"ם ומשום דאית לה חצר אית לה נמי קנין חליפין ואף על

גבי דאינו תחת ידה וכ"כ הטור וש"ע סי' ר"ל סעיף ו' ה"נ אית לה שטר ומי שמתחייב לקטנה בשטר והגיע שט"ח לידה זכתה בחוב ודוקא במתחייב לקטן בקנין או בשטר הוא דלא מהני אבל קטנה אית לה שטר דלא גרע מחליפין:

סעיף י

וכן ארבע אמות של אדם בתוס' פ' אלו נערות כתבו דלא תיקנו ארבע אמות בגניבה וכן כתב הרא"ש פ"ק דמציעא ע"ש. ואא"ז בס' מעד"מ הקשה על הרא"ש דכיון דפסק דארבע אמות אינו קונה ברה"ר משכוני נפשיה אדידי' למה לי' עיין שם והובא בש"י וכ' עלה דלא דק דנפק' מיניה לסימט' ולצדי רה"ר עיין שם: ולפענ"ד שפיר דק היטב והוא דכיון דאפילו גגו וחצירו דודאי קונה בגניבה אפ"ה אינו חייב עד שיכניסנ' לרשותו וכמ"ש בש"ע סי' שמ"א סעיף ד' ועיין לשון רש"י פ"ק דמציע' דף י' גגו חצירו שהפרה נכנסה לחצרו ונעל בפני' עיין שם ומבואר דאם לא עשה שום מעשה אלא שהפר' נכנסה לרשותו ובדעתו לגונבה אף על גב דחצירו כה"ג קונה במציא' ומתנה אפ"ה בגניב' וגזילה אינו קונה במחשב' עד שיעשה מעשה ומש"ה בעינן נעל בפניה כמ"ש רש"י או שיכניסנ' בעצמו לרשותו ועמ"ש בסי' שמ"ח ס"ק ב' וא"כ מכ"ש בסימט' ד' אמות אם הפרה נכנסה לתוך ד' אמותיו וזה לא עשה שום מעשה דאינו מתחייב במחשב' ואינו קונה אלא ער שיכניסנ' לרשותו כמ"ש בש"ע סי' שמ"ו דנעל בפני' ל"ש בסימט' וכשיכניסנ' תוך ד' אמותיו ממילא קונה מטעם דמשיכה בסימט' קונה מתורת משיכה ואם כן ליכא נפקות' בד' אמות בגניבה אלא אי אמרי' ד' אמות קונה ברה"ר שפיר משכחת לה שיכניסנה בתוך ד' אמותיו ומשיכ' ליכא ברה"ר אבל בסימט' כיון דבמחשב' לא נתחייב עד שיכניסנ' לד' אמותיו אם כן ממיל' הוי ליה משיכה וא"כ שפיר קא קשיא ליה לאא"ז ודו"ק ומ"ש בהגהות מיימוני ובאגור' לא תיקנן ד' אמות בגניבה אף בסימט' לרווח' דמלת' כתבו דלפי מ"ש אין צורך ד' אמות בסימט':

סעיף יא

אבל הקטן אינו זוכה עד שתגיע המתנ' לידו בפ"ק דמציע' דף י"א איפלגי ר' יוחנן וריש לקיש בחצר דקטן מ"ס יש לו ומ"ס אין לו ואמרו שם לענין גט כ"ע לא פליגי דחצר משום ידה אתרבי כי פליגי לענין מציאה מ"ס ילפינן מציאה מגט ומ"ס לא ילפינן מציאה מגט לישנ' אחריני בקטנה כ"ע לא פליגי דחצר משום ידה אתרבי כי פליגי לענין קטן מ"ס ילפינן קטן מקטנה ומ"ס לא ילפיכן קטן מקטנה ואיכא למידק נהי דחצר דגבר' משום שליחות לא משום יד הא בשליחות גופה היכא דזכות הוא זכין לקטן או מדאוריית' או דרבנן כמבואר בפוסקים וא"כ הא דאין שליחות לקטן היינו במידי דלא הוי משום

שליחות וא"כ בחצר דמציאה אמאי אין החצר זוכה לקטן כמו שזוכ' לגדול חצירו שלא מדעתי כיון דבמירי דזכות קטן וגדול שם הוא ונהי דאינו משום יד ליהוי כאחר נמי מהני במידי דזכות. והנה לשטת הפוסקים דזכין לקטן אינו אלא מדרבנן ומשום דזכי' גופה אינו אלא בתורת שליחות ניחא שפיר דאע"ג דתיקנו זכי' לקטן היכא דגדול זוכה עבורו אבל בחצירו לא תקנו ועמ"ש בס"ק ט' דזה הוא דהוכיחו תוס' שטתי' דחצר אינו אלא משום שליחות ודלא מהני זכי' לקטן מן התור' אבל לשטת הפוסקים דזכין לקטן מן התור' א"כ חצר דקטן אינו אלא משום שליחות הא בזכי' אית ליה ואין לך זכות גדול ממציא' או מתנה:

אמנם מצאתי בהשגות הראב"ד פ' כ"ט ממכירה שכתב הרמב"ם דקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום שהקטן כמי שאינו בפניו וזכין לאדם שלא בפניו וכתב עלה הראב"ד א"א מעתה לפי דבריו אם קנה מטלטלין ושכר את מקומן למה אמר למעלה שלא קנה והלא המוכר זוכה לו המטלטלין ע"י שכירותו ובכל מיני זכיה זכין לאדם שלא בפניו הלכך זכה בשכירות מקום וכשאמרו אין לו חצר ואין לו ד' אמות לענין מציא' בלבד אמרו עכ"ל. ולפ"ז ניחא דהיכ' דדעת אחרת מקנ' אותו כמו במתנ' באמת חצירו זוכה לקטן ומשום דלא גרע משליחות דאית ליה במידי דזכי' אלא הא דאמרו אין לו חצר ולא ד' אמות היינו במציא' משום דליכ' דעת אחרת מקנה לא מהני נמי זכיה לקטן ע"י חצר. והרב המגיד שם כתב ז"ל ומ"ש הר"א ז"ל שלא אמרו אלא במציא' יש לדון בדבר ואין לי בו הכרע עכ"ל. ונרא' כדברי הראב"ד מהא דאמרו בגמ' כי פליגי לענין מציא' מ"ס ילפינן מציא' מגט וכבר כתבו דהך ילפינן מציא' מגט היינו מדרבנן דהא מן התורה נהי דחצר משום יד הא אפילו ביד גופי' נמי מציאת חש"ו אינו אלא מפני ד"ש ע"ש ולמה אמרו לישנא דמציא' ולדרבנן טפי ה"ל למימר לענין מתנ' וא"כ יהי' ילפינן מתנה מגט מדאוריית' דהא במתנ' זוכה הקטן בידו מן התור' וכמבואר בפוסקים או כי פליגי לענין ממונ' מ"ס ילפינן ממונא מגט ותיהוי בכלל מתנה ומציא' וליהוי לענין מציא' מדרבנן ולמתנה מדאוריית' אע"כ דגבי מתנ' אפילו למ"ד חצר משום שליחות אית ליה בתורת זכיה ומש"ה נקט לישנ' דמציא' וזהו דקדוק נכון:

אמנם נראה דאפילו להראב"ד דס"ל דחצר דמציא' אינו זוכה לקטן משום דליכ' דעת אחרת מקנה היינו דוקא חצרו אינו זוכה לו אבל גדול שפיר זוכה לקטן אפילו במגבי' מציא' ומשום דהגדול הוא הדעת אחר' וכן מוכח בגר קטן שמטבילין אותו ע"ד ב"ד ומשום זכיה ולמדו מזה רבוות' דזכין לקטן מן התורה וכן מוכח בהדיא פ"ק ח' בשלמ'

חרש קנה דקא מגביה ליה בן דעת ומבואר דגם במציא' כשזוכ' לו גדול מהני והוא דעת הזוכ' ודוק' חצירו כיון דליכ' דעת מזכה כלל בזה הוא דלא מהני לקטן ודו"ק:

סעיף יב

מוציאין מידו ונותנין לבעה"ב. בש"ך הקשה בזה על הש"ע דכיון דס"ל בכ"מ בספיק' דדינא מהני תפיס' א"כ אמאי מוציאין מידו והא הוא בעי' דלא מיפשט' ע"ש. וראיתי מ"ש בזה הגאון חכם צבי בהגהת הט"ז וז"ל ונלענ"ד שנעלם מש"ך דברי הנימוקי יוסף שהביא הב"י בס"ס זה דמתנה לעולם לא נפקא מרשות נותן עד דאתי לרשות מקבל עכ"ל ואם כן לא דמי לשאר ספיקות שבתלמוד עכ"ל ותמה אני על עצמי שלא זזה הקושי' כלל דודאי מתנה לא נפק' מרשות נותן עד דאתי לרשות זוכה ומש"ה בספיק' מוקי לה בחזקת מרא קמא שהוא הנותן ולאפוקי הפקר דכבר יצא מרשות מרא קמא אלא דכיון דלדעת הרמב"ם וש"ע אפילו נגד חזקת מרא קמא מהני תפיס' וא"כ המקבל שהוא מוחזק ותפוס איך מוציאין אותו מידו והוא פשוט בדוכתי טובא דאפילו במתנה ומכר היכ' דאיכ' ספיק' אם קנה המקבל כשתפס לא מפקינן מיניה וכמ"ש בש"ע סי' ר"ב סעיף ג' גבי שדה לאחד ומטלטלין לאחר דאם תפס לא מפקינן ומשום דהוא איבעי' דלא איפשט' וכן בש"ע סי' רמ"ח סעיף י"א האומר נכסי לפ' דס"ת ואם תפס המקבל אין מוציאין אותו מידו והוא בדוכתי טובא דמהני תפיסה כיון דהוי ספק שמא כבר יצא מרשות נותן לרשות מקבל והמקבל תפיס בה דמהני תפיס' וזה פשוט. וביותר תמיה מ"ש הגאון ח"צ דבמתנ' לעולם לא נפקא כו' דהא בש"ע כתבו לענין הפקר דשפיר יצא מרשות קמא ועיין מה שכתבתי בקונטרס הספיקות כלל ח' סי' ר':

סימן רמד

סעיף א

ויש מכשירין באומר אמרו. והיינו דאע"ג דמילי לא מימסרי לשליח היינו היכא דאחד נעשה שליח בדבר אינו יכול למנות שליח אחר במקומו היכא דה"ל מילי אבל באומר אמרו כשר. וע' בטור שכת' כן בשם הרמב"ן שמחלק בין גט למתנה דהיינו גבי גט פסול אפי' אומר אמרו ומשום דבעי לשמה אבל גבי מתנה מהני אומר אמרו ע"ש ומיהו דעת הרמב"ם דמכשיר אומר אמרו במתנה דהיינו דוקא באומר אמרו לפ' דהוי כעושה שליח שלא בפניו אלא דגבי גט אפי' כה"ג פסול ומשום דבעי לשמה ובעינן דוקא שהבעל יצוה לעדים ולא מהני שלא בפניו. וגבי גט נמי בשליח קבלה כה"ג באומר אמרו לפ' מהני כיון דה"ל כעושה שליח שלא בפניו ובשליח קבלה לא בעי לשמה אלא בכתיבה וחתימה

אבל באומר אמרו מדעתכם דפסול משום דמילי לא מימסרי לשליח אין חילוק בין גט למתנה דמשום לשמה אין לחלק כיון דאומר אמרו הם במקום הבעל לעשות שליח והם עושין שליח בפניהם אלא משום מילי פסול ובזה אין לחלק בין גט למתנה וכן מבואר בהדי' בר"ן שם פ' התקבל שהביא דעת הרמב"ן ע"ש. ומסתימת הטור שכ' בשם הרמב"ן לחלק בין גט למתנה משמע דבמתנה כשר אומר אמרו סתם אפי' אינו מיחד לשליח לו' אומר (אמרו) לפ' וצ"ע אלא דבאה"ע סי' קמ"א נראה דעת הטור דאפי' בגט נמי כשר אומר אמרו:

סעיף ב

בשטר מתנה. ואם עושה שליח להוליך מתנה לפ' והשליח רוצה לעשות שליח במקומו נראה דאפי' שליח להולכה בגט שליח עושה שליח ומשום דמוסר לו הגט לא הוי מילי הא במתנה כה"ג לא מהני אע"ג דמוסר לו המתנה. לפי מ"ש במרדכי פ' האיש מקדש ז"ל פסק הקדוש מרדוש דהעושה שליח לקדש ומסר לו הטבעת לקדש אפי' איתנס בדרך אינו יכול לעשות שליח אחר משום דמילי נינהו ולא מימסרי לשליח ואע"ג דגבי גט קי"ל שליח עושה שליח ולא הוי מילי משום מסירת הגט והכא נמי הא איכא מסירת הטבעת לא דמי דגבי אשה מתגרשת בע"כ ומיד כשהגיע הגט ליד השליח הרי היא כאלו מתגרשת הלכך לא הוי מילי שהרי השליח יכול לגרש' בע"כ דיד השליח כיד הבעל אבל שליח של קידושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת הלכך ה"ל מילי עכ"ל ועיין רמ"א באה"ע סי' ל"ה. וא"כ ה"ה הכא במתנה כיון דאם לא רצה המקבל אינו מתנה ה"ל מילי אפי' מסר לו המתנה. ועיין בגיטין דכ"ט איכא בינייהו שליח מתנה ופרש"י ז"ל באומר לשני עדים כתבו ולמ"ד משום בזיון יכול למוסרו לאחר ולמ"ד משום מילי אין יכול למסרו לאחר ע"ש. ואין לדקדק מזה דס"ל דרש"י דמסירת השטר או מתנה מהני מדכתב אומר לשני עדים כתבו ומשמע דוקא כתבו הוא דה"ל מילי אבל מסר שטר מתנה או חפץ לכ"ע יכול למוסרו לאחר. יש לו' דרש"י נקט כתבו משום דאמרו התם שליח מתנה בפלוגתא' דרב ושמואל דרב אמר מתנה אינה כגט ושמואל אמר מתנה הרי הוא כגט וגבי גט ודאי מסירת הגט מהני ששליח עושה שליח להולכה כיון דהוא בע"כ ומש"ה פירש"י לענין כתבו. ובפ' כל הגט (גיטין דף כ"ט) ההוא גברא דשדר לה גיטא לדביתהו אמר שליח לא ידענא לה א"ל זיל יהביה לאבא בר מניומי דאיהו ידע לה וליזל וליתביה ניהליה אתא ולא אשכח לאבא בר מניומי אשכחיה לר' אבוהו ור' חנינ' בר פפא ור' יצחק נפחא ויתיב רב ספרא גבייהו אמרו ליה מסור מלך קמי דידן דכי מייתי אבא בר מניומי ניתביניה ליה ליזל וליתב' ניהלה אמר להו רב ספרא והא

שליח שלא ניתן לגירושין הוא ופרש"י השליח הזה לא ניתן לגירושין אך למוסרו לאבא בר מניומי הלכך לאו במקום בעל קאי למוסרו ליד אחר ע"ש. והקשה בס' פני יהושע נהי דלא מצי שליח ליתן הגט ליד האשה כיון דלא ניתן לגירושין אבל למוסרו לאבא בר מניומי דנעשה שליח למה לא יעשה שליח במקומו למוסרו לאב' בר מניומי וע"ש שהאריך ולפי מ"ש הקדוש מרדוש ניחא דכיון דאבא ב"מ אי בעי לא מקבל ליה ה"ל מילי ולא מימסרי לשליח:

אמנם קשה מהא דאמרי' ספ"ב דגיטין גבי אשה מביאה גיטה שאומרת בפני נכתב ובפ"נ וע"ש דמוקי לה באומר לה הוי שליח להולכה עד דמטת להתם וכי מטית להתם שוי את שליח להולכה וקבלי גיטך מיניה והתם אינו בע"כ ולא שייך למימר תכף מכי מטא ליד האשה בתורת שליחות להולכה ה"ל כאלו נתגרשה כיון דהיא עצמה השליח ואם לא תאבה האשה לא תתגרש ואפשר לו' דאף על גב דשליחות דידה הוי מילי והוא שליחות ראשון אבל בשעה שמוסרה לשליח שני כיון דהשני יכול לגרשה בע"כ תו לא הוי מילי אלא מעשה. אלא דאכתי תיקשי לפי מ"ש בתשובת מוהר"ם פדאוי בסדר הגט דמשביעין את השליח שאם יעשה שליח שלא יבטלנו ע"ש ואם כן כיון דהשליח הראשון יכול לבטל שליח השני א"כ אפי' בתר דמטא ליד שליח שני נמי אכתי הוי ליה מילי דאם לא תאבה האשה אינו יכול לגרש כיון שיכולה לבטלו ולכן נראה לענ"ד דלשטת הקדוש מרדוש צריך לו' האי דאשה מביאה גיטה כו' ובאומר לה הוי את שליח להולכה כו' וכי מטית להתם שוי את שליח כו' משום דאומר אמרו לא הוי מילי ומהני וכדעת כמה פוסקים ראשונים. ולפ"ז גבי מתנה היכא דמסר השטר או גוף המתנה ע"י אומר אמרו ודאי מהני דאם באנו לחוש לדעת הקדוש מרדוש א"כ אומר אמרו מהני כי היכא דלא תיקשי מהך דספ"ב דגיטין ובזה יתיישב מאי דקשיא לן בסי' קפ"ב בכח הרשאת השליח דעושה שליח בגיטין אפילו עד מאה דהא השתא ליתיה לגירושין בע"כ מחמת חרם ר"ג וה"ל מילי לדעת הקדוש מרדוש ע"ש ולפי מ"ש דלשטה זו ע"כ אומר אמרו מהני ובהרשאה דידן כ' רשות לעשות שליח וה"ל אומר אמרו:

סעיף ג

ויתנוהו לפלוני והיינו שליח הולכה ובשליח קבלה אין שליח עושה שליח כמבואר בסי' קמ"א סעיף מ"ג ע"ש ומשום דה"ל מילי. ונסתפקתי בעושה שליח לקבלה למשוך חפץ שקנה דרך מקח וממכר או במתנה ובהגיע החפץ לחצירו של שליח דכיון דחצר דגברא משום שליחות כמבואר בטור וש"ע וסי' רמ"ג ובשליח קבלה אין שליח עושה שליח והנה כתוב הטור באה"ע סי' קמ"א ז"ל האשה עושה שליח לקבלה והיא מגורשת

בקבלתו מיד כשיגיע הגט לידו ובהא מספקא לן אם דינו כדין האשה לכל דבר לענין אם זרק הגט לחצירו או לתוך ארבע אמותיו שתהי' מגורשת ומסתברא שדינו כדין האשה לכל דבר עכ"ל. ויראה שזהו ספיקו של הטור דכיון דחצר דגברא משום שליחות ובקבלה אין שליח עושה שליח. ובב"י שם כת' ז"ל לא ידענא מהיכן הוי ס"ד לפלוגי ביניייהו ע"ש ולפי מ"ש ניחא וכבר כת' במשנה למלך פ"ו מהל' גירושין על דברי הב"י הנז' שדברי הטור הוא מירושלמי פ' האומר ר' אלעזר שאל חצירו של שליח מהו שתעשה כידו וע"ש שכת' בשם שדה יהושע בפי' הירושלמי מי אמרינן כיון דחצר דאשה מידה אתרבי והכל דבר אחד ה"נ בשליח שהיא כעצמה או דלמא כיון דשליח נמי מיד' אתרבאי לא אמרינן ריבוי דריבוי ולא איפשטא עכ"ל. ולא אתברר האי פירושא דהא שליחות לאו מיד' אתרבי אלא מושלח ושלח' וגם ריבוי דריבוי אין לחלק בכך ולפי מ"ש מדוקדק חצר שליח מהו שתעשה כידו ומשום דבתורת שליחות אי אפשר דה"ל מילי אלא מהו שתעשה כידו כיון דחצר דידה משום ידה ה"ה בשליח דידה הוי חצרו כידו. וא"כ לפ"ז גם אחרי הכרעת הטור שכתב שדינו כדין האשה אינו אלא בחצר שליח דאשה דכיון דחצר דאשה משום יד ה"נ חצר שלוחה אבל בממונא כה"ג חצר שליח אינו קונה למקבל:

אמנם נראה ראיה דחצר דשליח מהני מהא דאמרינן בפ' הספינה דף פ"ה גבי ארבע מדות במוכרין כו' ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח ברשות הלה המופקדים אצלו לא קנה עד שקיבל או עד שישכור את מקומו וכיון דאם קיבל עליו הנפקד זוכה לוקח ע"י חצר דנפקד ומוכח מזה דשליחות דנפקד מימסר לחצר דהא חצר דנפקד דקונה אינו אלא משום שליחות דנפקד זוכה חצירו ושלא ע"י הנפקד אין חצר דאחרים קונה לו וע"ש בתוס' ד"ה הכי גרסינן. ולכן נראה דכיון דזכי' אינו משום שליחות לפי מ"ש בסי' רמ"ג מש"ה שליח עושה שליח ומה"ט נמי חצר דשליח זוכה למקבל ודוקא גבי גט הוא דמספקא לן בחצר דשליח דגט חוב הוא ואפילו נתרצית האשה וכמ"ש הרשב"א ר"פ הזורק ע"ש ומש"ה אי לאו דחצר דשליח דינו כדין האשה שליחות לא מימסר לחצר אבל זכיה אינו משום שליחות. וכן מוכח דשליח עושה שליח בקבלת חפץ דרך מתנה או דרך מקח מהא דמעמד שלשתן איתי' ע"י שליח המקבל וכמבואר בטור וש"ע סי' קכ"ו ע"ש ואע"ג דמעמ"ש גופיה אינו אלא בתורת זכיה ושליחות דמה"ט לא מהני מעמ"ש בנכרי אלא מוכח דגבי זכי' כיון דאינו משום שליחות כמ"ש בסי' רמ"ג שם מש"ה שליח עושה שליח וגם במקח וממכר כל שנתרצה חשיב זכות ודו"ק. ודעת המרדכי פ' התקבל דשליח לקבל' נמי עושה שליח והא דאמרי' מילי לא ממסרי לשליח היינו היכא דגוף השליחות אינו אלא כגון באומר כתבו כיון דעדיין לא נגמר הגט לא הוי גמר מעשה אבל

כשעושה שליח על גמר מעשה לא הוי מילי ומימסר לשליח ע"ש והא דקרי לכתיבה וחתימה מילי משום דלא נגמר הגט. ואשכחן הכי ר"פ השולח ע"ש חוזר ומגרש או אינו חוזר ומגרש כו' רב נחמן אמר חוזר ומגרש בו כו' הכי השתא התם דיבור ודיבור הוא ואתי דיבור ומבטל דיבור וע"ש בתוס' דאם בטלו בפירוש מודה רב נחמן דבטל הגט דכל זמן שלא הגיע ליד האשה הוי דיבור ע"ש ואם כן ה"נ בעושה שליח לקבל' דגוף הקבלה מיקרי מעשה ומימסר לשליח אבל כתיבה וחתימה דעדיין לא הגיע ליד האשה מיקרי דיבור הוי מילי. ולפי זה יש מקום לחלק בין אומר כתבו לאומר חתמו דחתימה מיקרי מעשה יותר מכתיבה לפי מ"ש תוס' שם ר"פ השולח דאחר החתימה הוי גמר מעשה ואינו יכול לבטלו ע"ש. וניחא ליישב בזה קושיות תוס' פ' התקבל (גיטין דף ס"ו) ד"ה כתב ידו שכתבו שם ז"ל דה"ה דהוי מצי למימר איפכא אי סבירא לן דהאי כתובו כתב הגט הא כתב ידו כשר כו' ע"ש. ולפמ"ש לחלק בין כתיבה לחתימה איכא למימר דכתב ידן לא הוי מילי משום דהוי מעשה אבל כתיבה לא הוי מעשה. אמנם לפי המסקנא צ"ל דגם החתימה ה"ל מילי לפי מה דאמרו כתבו כ' ידן ור' יוסי דאמר יכתבו ויתנו היינו חתימה ושמואל מפרש טעמא דר' יוסי משום מילי לא מימסרי לשליח אלא דלפי ס"ד דהאי כתבו כ' הגט מצינו לו' דחתימה הוי מעשה ומימסר לשליח וכמ"ש תוס' בפ' השולח שם דאחר החתימה חשוב גמר מעשה אולם נראה ראיה דשליח קבלה ה"ל מילי אע"ג דהשליחות על גמר מעשה מהא דאמרינן בפ' כל הגט (גיטין דף כ"ט) בטעמא דיכתבו ויתנו לאביי משום בזיונא ולרבא משום דה"ל מילי ולא מימסרי לשליח ע"ש והרי נתינה הוי גמר מעשה ואפ"ה לא מצי משוי שליח על הנתינה דהא תני יכתבו ויתנו ואם כן הנתינה נמי לא מימסרא לשליח אף על גב דיכתבו בעצמן ואין לך גמר מעשה מנתינה אלא צריך לו' דכיון דלא מסר להם הגט ה"ל מילי ואינו נקרא מעשה אלא במוסר לו הגט וא"כ ה"ה שליח לקבלה שאין בו מסירת הגט דהוי מילי אע"ג דהוא גמר מעשה וע"ש בחידושי רשב"א ואינו מובן:

אך קשה דכיון דתנו יכתבו ויתנו מוכח דנתינה נמי כיון שלא מסר להם הגט ה"ל שליחות דנתינה נמי מילי ובפ' המקבל (דף ס"ג) משמע דנתינה לא הוי מילי אע"ג דלא מסר הגט ע"ש בעא מיניה רבא מרב נחמן כתבו ותנו לשליח מהו סלוקי סליק להו או דלמא לטרחא דידהו חייש ע"ש והיכי מצי אמר כתבו ותנו לשליח דהא ה"ל מילי כיון דלא מסר הגט ומשמע דאפי' לא מסר להם הגט נמי חשיב מעשה באומר על הנתינה ואי נימא אומר אמרו כשר ניחא אבל לדעת הפוסקים באומר אמרו פסול קשי' ומל' רש"י שם נראה שתיקן דבר זה ע"ש ז"ל כתבו ותנו לשליח שלי שמניתי וכן עשו ע"כ וכיון

דכבר נעשה שליח מפי הבעל א"כ אפי' ע"י כותי יכול לשלחו ליתנו לשליח שלו שעשה כבר אלא דלשון הרמב"ם משמע דלא מיירי בשליח שעשה כבר ע"ש פ"ט מגירושין ז"ל אמר לשנים כתבו וחתמו ותנו לפ' שיוליך לאשתי או תנו לשליח שיוליך לה א' מהם כותב ושניהם חותמין ונותנין לשליח כו' ומדכתב סתם או תנו לשליח משמע דלא בעינן שליח שמניתי ואם כן קשיא דה"ל מילי ובעיקר הדבר צריך התבוננות דלפי מה שנראה מבואר מהא דתנן הרי אלו יכתבו ויתנו דנתינה נמי לא מימסר' לשליח ואמאי הוי מילי דמ"ש מוסר הגט בשליחות להולכ' דלא הוו מילי ומשום מסירת הגט דהוי מעשה וה"נ אחר שכבר נכתב ונחתם בידם הגט הרי הוא נמי כמו שליח הולכ' ואף על גב דמעיקר' בשעה שאמרו כתבו ותנו לא היה מסירת הגט השתא מיהת בשעה שעושין שליחות על הנתינ' כבר הגט בעולם תו לא הוי מילי וצ"ע. שוב ראיתי בס' גט פשוט סי' ק"כ שנסתפק בזה באומר לשנים תנו גט או לשלשה כתבו וחתמו ותנו גט וכתבו וחתמו הם כמו שאמר הבעל אך לענין הנתינ' עשו שליח מי נימא לענין הנתינ' יכולין לעשות שליח כשליח גט דעלמ' דיכול לעשות שליח או דלמא בשליח הולכ' דעלמ' כיון דמתחל' הבעל מסר לו גט בידו יכול לעשות שליח אבל הכא דלא מסר להם דבר אלא מילי וא"ל כתבו ותנו אע"ג דכתבו וחתמו הן גם לענין הנתינה אין יכולין לעשות שליח כיון דמעיקר' ה"ל מילי וללישנ' דמתני' יראה למידק דגם לענין נתינה בכה"ג הוי מילי דכיון דבין בדברי ר"מ בין בדברי ר' יוסי איכפל תנא וקאמר הרי אלו יכתבו ויתנו וע"ש שהבי' נמי ראיה מדברי רש"י פ' התקבל הנזכר שכתב תנו לשליח שמניתי ות"ל כוונתי לדברי הגדול. וכ' שם עוד ז"ל והרציתי הפסק הזה לפני מרן הרב המובהק מוהר"ר משה גלאנטי ואנהיר לעיינין כי יש ללמוד דבר זה מתוך דברי התוס' בפ' כל הגט (גיטין דף כ"ט) שכתבו שם משום בזיון דבעל פי' בקונ' שעליו לכתוב הגט ואינו רוצה שידעו בו רבים שאינו יודע לכתוב והא דקאמר יכתבו ויתנו אגב יכתבו נקט יתנו א"נ ע"י שיאמרו לאחר ליתן ירגיש בדבר שהבעל לא כתבו ומקפיד גם על הנתינה עכ"ל וא"כ לפי תירוצא קמא יתנו לאו דוקא ויכולים לעשות שליח ואפילו לפי תי' שני דיתנו דוקא לטעמיה דבזיון אבל לפי טעמא דמילי לא חיישינן בנתינה עכ"ל. ולדידי משמע מדברי תוס' דנתינה ודאי ה"ל מילי מדלא הקשו מהא דקאמר יכתבו ויתנו אלא לפי מה שפרש"י בטעמא דבזיון דירגישו שהבעל אינו יכול לכתוב הוא דקשיא להו מנתינ' ומשמע דלרבא דאמר משום מילי לא מימסרי לשליח ניחא הא דתנן יכתבו ויתנו ולכן נראה לפמ"ש בתוס' רי"ד פ' האיש מקדש בעוש' שליח להולכ' לקדש בכסף אין שליח עושה שליח ואפילו מסר לו הכסף דלא דמי לגט שהגט היא דבר המגרש שאם נאבד הגט אין כח לשליח לגרשה אבל

כסף קידושין שמסר לו אם נאבד יכול לקדש משלו ונמצ' דעיקר השליחות מילי והלכך לא מימסר לשליח וע"ש וכן כתב בשלטי גבורים ר"פ האיש מקדש לחלק בקידושין בין קידושי כסף דאין שליח עושה שליח ובין קידושי שטר כיון דהוא דבר המקדש שליח עושה שליח ע"ש. ועיין באה"ע סי' ל"ה בב"ש שם ומש"ה היכא דבעל מוסר הגט ביד שליח להולכה דהוא דבר המגרש שליח עושה שליח אבל באומר כתבו ותנו דאם נאבד הגט אפילו אחר חתימה יכולין לכתוב גט אחר דלא נגמר שליחות עד אחר שיגיע לידה וא"כ אפילו אחר כתיבה וחתימה עדיין מילי נינהו וא"כ בשעה שאמר הבעל כתבו ותנו לא מסר להם אלא מילי וכמו בקידושי כסף מש"ה צריך שיכתבו ויתנו אפילו הנתינה לא מימסר לשליח ודו"ק ובזה יראה הא דכתב רש"י פ' התקבל גבי כתבו ותנו לשליח דהיינו לשליח שמניתי והרמב"ם דסתם משמע דלא בעי שליח שמניתי וכמ"ש לעיל. והיינו משום דרש"י לטעמיה דמפרש ספיקא דאיבעי' כתבו ותנו לשליח וכן עשו ואבד בדרך מי אמרי' עשו כל שליחותם ונסתלקו או דלמא האי נמי עד שיבא גט לידה ותתגרש עשאן שליח לכתוב ע"ש. והרמב"ם לטעמיה דמפרש ספיק' דכתבו ותנו לשליח לענין אם נמצא הגט בטל או פסול וכתב הב"י בסי' קכ"ב דלדעת הרמב"ם לא הוי ספיקא אלא בנמצ' הגט פסול אבל אם נאבד אחר שהגיע ליד השליח ודאי לא מצי כתבי גט אחר וכבר עשו שליחותן: ומש"ה רש"י לשטתו דספיק' הוי אם יכולין לכתוב גט אחר אם נאבד ביד השליח ואם כן היכא מימסר לשליח כלל דהא ה"ל מילי כיון שהגט אינו דבר המגרש כיון שיכולין לכתוב גט אחר וה"ל כמו קידושי כסף וכמ"ש. אבל הרמב"ם לשטתו דאיבעי' אינו אלא בנמצ' הגט פסול אבל אם כתבו וחתמו הגט בכשרות ומסרו לשליח שוב אין יכולין לכתוב גט אחר כיון שכבר עשו שליחותן וא"כ בשעה שמסרו לשליח אותו הגט הוא המגרש וה"ל מעשה לדידהו ובאין כאחת המעש' והשליחות אבל במתני' דאומר כתבו ותנו אפילו אחר שמסרו לשליח הולכה נמי אכתי ה"ל מילי דכל זמן שלא הגיע ליד האשה יכולין לכתוב גט אחר וא"כ גם הנתינה ליד שליח הולכה ה"ל מילי עד שיגיע הגט ליד האשה ומש"ה צריכין הן עצמם שיכתבו ויתנו והוא דבר המתקבל ודוק:

סימן רמה

סעיף א

שאם קנו מידו מהני לשון אתן בפ"ט מהל' זכיה ומתנה כתב הרב המגיד בשם הרשב"א שנחלקו בקנין אתן וכ' עלה ז"ל וצ"ע באתן לך היאך יקנה שהרי נתבאר פ"ד דהכותב

בשטר אתננו לא קנה כדאית' בגיטין ואפשר לדעתם דטפי עדיף קנין משטר עכ"ל ומזה הוא דכתבו האחרונים פשיטות לחלק בין קנין לשטר וע' ב"ח והאי דשטר הוא בפ' השולח (גיטין דף מ') אתננו ר' אומר קנה וחכ"א לא קנה וא"ר יוחנן וכולן בשטר וא"כ מבואר דגבי שטר לא מהני אתן. אמנם אין זה מוכרח כיון דהרב המגיד לא כתבו בפשיטות ובלשון אפשר הוא ומה דקשיא מהך דפ' השולח נראה כיון דאפילו למ"ד קנין אתן מהני ולא הוי קנין דברים אבל עדיין לא זכה בו אלא דמהני קנין אתן לענין שמחויב ליתנו וכמ"ש בתשו' מוהרי"ו סי' קמ"ג על מי שכ' לאשתו בשעת קנס שיעשה כ"וכ לכתובה כו' דאע"ג דיש מרבותינו פליגי ואמרי באתן לך מהני ק"ס היינו משום דכיון דקיבל עליו בק"ס צריך ליתן ולקיים מה שקיבל עליו בק"ס כו' אבל כל זמן שלא נתן לא זכתה וע"ש וע' בית שמואל באה"ע סי' נ"ט וז"ל עוד יש לפרש אפילו אם עשה ק"ס ליתן מתנה לפ' אין שום זכות למקבל אלא כופין את הנותן לקיים את הקנין ואם מת ולא נתן אין מוציאין מיורשיו ע"ש. וא"כ א"ש הא דתני באתננה ר' אומר קנה וחכ"א לא קנה דעיקר פלוגתא אינו אלא אם קנה עכשיו דלרבי זוכה וחכ"א לא קנה והיינו דעכשיו לא קנה כיון דהוא לשון הבא אבל מודי חכמים דמחויב ליתן כאשר כתב בשטר. שוב ראיתי בס' בני יעקב ומפרש נמי להך ברייתא דאתננה דהיינו אם קנה עכשיו. ובתוס' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ט) ד"ה דהא דקא מגמרי ע"ש ז"ל ועוד היה אומר ר"י דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא באומר לו פה אל פה וחזר בו ר"י מדקאמר בהשולח דף מ' עשיתי פ' עבדי ב"ח וכו' אמר ר' יוחנן וכולן בשטר וא"כ הא דתני בתר הכי אעשנו בן חורין ר' אומר זכה וחכ"א לא זכה אלא כופין את היורשין כו' ע"ש והיינו דגרסי שם בברייתא וחכמים אומרים לא זכה וכופין את היורשין וכמ"ש שם בחידושי מוהרש"א ואי נימא דקנין אתן מהני וה"ה שטר לענין שיתחייב ליתן א"כ למה תני וכופין את היורשין ליתני בדידיה לא זכה וכופין אותו לשחררו במה שכ' אעשנו בן חורין. מיהו נראה דגבי עבד כיון דיד עבד כיד רבו ואמרי' ר"פ הזורק יד דעבד דמהני היינו משום דגטו וידו כאין כא' ע"ש וכיון דלא זכה עכשיו ועבדו הוא אין יד זוכה לו בשטר שיתחייב לשחררו כיון דיד עבד כיד רבו וכיון דלא זכה עכשיו גם בחיוב לשחררו לא זכה וכמ"ש וע"ש בתוס' פ' מי שמת דמוכרח דלא הוי גרסי בברייתא וכופין את היורשין אלא בשחרור אבל לא בשדה דתוס' שם סברי דלא אמרינן מלדה"מ היכא דלא הושלש אלא בעבד שמוחזק בעצמו ודו"ק ועמ"ש בסי' רנ"ב ס"ג:

סעיף ב

ואם יש לו בע"ח. כ' בסמ"ע ז"ל נראה דמור"ם איירי בבע"ח שיש לו על המקבל שטר בעדים דאז כל נכסים משועבדים לו ולאו כל כמיניה להפקירן ולאפקועי ממשועבדים מאחר דכבר זכה בו המקבל. ובט"ז כ' ז"ל בסמ"ע פי' דמיירי בשטר ולענ"ד דה"ה במלוה ע"פ כיון שאין לו ממה לשלם אלא מזה אין בידו להפקירן ולהזיק בידים לחבירו ויש הוכחה לזה ממה דק"ל דאין אדם נאמן לומר על מה שת"י שהוא של אחרים כמ"ש בסי' צ"ט ואם יכול להפקירן יהיה נאמן במגו שהיה עכשיו מפקירו אע"כ דאינו יכול להפקירן עכ"ל. ואינו הוכחה לפענ"ד דהא במתנה ודאי יכול ליתן ואין בע"ח גובה ממתנת מטלטלין א"כ בלא"ה יש לו מגו אלא כבר כתבו בו ראשונים גם אחרונים או משום דהוי מגו במקום חזקה דחזקה כל מה שיש ת"י הרי הוא שלו או משום דאינו רוצה ליתן שלא ירצה להחזיר לו אבל באומר שהוא של אחרים יודעין שאינו שלהם והובא דברי תוס' והרב המגיד בזה בש"ך בסי' כ"ט ע"ש א"כ ה"ה דמגו דמפקיר אינו מגו מהנך טעמי. אלא דבעיקר הדין נראה כדברי הט"ז דאפילו במלוה ע"פ נמי בע"ח גובה מהפקר וראיה ברורה מהא דכ' בש"ע סי' ער"ה סעיף ל"א גר שמת ובזו ישראל נכסיו והיה עליו מן חובות כל מלוה שנגבית מן היורשין ומן הלקוחות נגבית נמי מאלו ואין גובין מהם אלא בשבועה וכ"כ בטור שם ומבואר דכל מלוה שנגבית מן היורשין גובה מהפקר וא"כ מלוה על פה דנגבית מן היורשין גובין מהפקר ואפילו בהפקר מודעת נמי מלוה ע"פ גובה וכדמוכח מדברי הרב המגיד פ"ח מזכי' ז"ל כ' בעל העיטור אם ישראל יש לו מלוה בשטר או בעדים על המת ומת בתוך זמנו הרי הוא כמשכון של גר ביד ישראל ואם בא ישראל אחר והחזיק בנכסיו של גר אינו יכול להחזיק כשיעור החוב עכ"ל. ומ"ש בתוך זמנו אעדים קאי דאי בשטר אפילו לאחר זמנו וכ"כ הרשב"א כדבריו ואמר אף על גב דכשמת הגר נעשו כל נכסיו הפקר אין שעבודו של זה נפקע דלא עדיף הפקר מהקדש ובהקדש דמים קי"ל בערכין דמיסיף עליו דינר ופודה הנכסים וכן נ"ל אפילו אין לו אלא מטלטלין והא דקאמר משכונו של גר ביד ישראל משום דבעי למימר ובא ישראל אחר והחזיק בה קנה השאר עכ"ל הרשב"א ועיקר עכ"ל ומדכתב דלא עדיף הפקר מהקדש דמים ממילא מוכח דאפילו הפקר מדעת אינו מפקיע מידי שעבוד ואפילו במלוה ע"פ ועוד למדנו מדברי הרשב"א דאפילו במטלטלין דמדינא דגמ' לא משתעבד אפילו במלוה בשטר ומהפקר גובה אפילו במקום שאינו גובה מיורשין כגון מטלטלי דיתמי דלא משתעבד אבל מטלטלי דהפקר משתעבד מדכתב הרשב"א והא דקאמר משכונו של גר כו' דהוא מטלטלין וצ"ל הא דכ' בש"ע סי' ער"ה כל מלוה שנגבית

מן היורשין כו' לא בא אלא לענין דינא דפרעון דהיינו במקום דלא חיישינן לפרעון והוא בשלש דרכים שנגבית מן היורשין כמבואר בסי' ק"ח אבל באמת אפי' במטלטלין דאינו נגבית מיורשין גובין מן ההפקר ומשום דגרע מיורשין ומשום דהשתא תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי להכי כתב כל מלוה שנגבית מן היורשין ולדינא דגמ' הפקר גרע מיורשין וכמ"ש ועמ"ש בסי' קי"ז סק"ג:

שוב ראיתי בשלטי גבורים פ' חזקת (דף קפ"ד) ז"ל ומסופקני אם הדין כך בארם שהפקיר כל נכסיו ובאו אחרים לזכות בהם אם דנים כמו הזוכה בנכסי הגר לענין פריעת החובות שזכרנו או דלמא כיון דדרך להשתעבד לבע"ח נכסים דעתיד למיקני אכתי שעבוד הבע"ח על המפקיר הוא וצ"ל עכ"ל. ולי נראה דלית ביה ספיקא דודאי אינו גובה דכיון דכתב הרשב"א דלא עדיף הפקר מהקדש וגבי הקדש נמי שעבוד נכסים אכתי על הבע"ח בעתיד למיקני דאינו בכלל הקדש דאין אדם מקדיש דשלב"ל ואפילו לא כ' לו דאקני ממילא משועבד מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפי' וכיון דמדינא גובה מהקדש דמים והא דמוסיף דינר אינו אלא משום שלא יאמרו כו' א"כ מהפקר ודאי גובה וז"ב:

סעיף ג

גובה ממנה כ' בסמ"ע ז"ל אין לפדש דכוונת מור"ם הי' למ"ש הנ"י בפ' י"נ והביאו בד"מ דכתב דאף אם הוא הפקר וכל הקודם ב' זכה מ"מ אם קדם בע"ח וזכה בו נפטר המקבל מחובו ולא מצי למימר האי מהפקירא קא זכינא וחובי במקומו עומדת ע"ש דאם כן לא ה"ל למור"ם לכתוב בהאי לישנא דבע"ח גובה ממנו עכ"ל. ותמהני בזה כיון דבהפקר קודם זכה אמאי לא יכול הבע"ח לזכות בו מתורת הפקר כמו שאר כל אדם והחוב כדקאי קאי ואי משום דבע"ח גובה מהפקר וכמ"ש בסק"ג וכיון דשעבודו עליו לא מצי זכי ביה מתורת הפקר דהא בע"ח נמי גובה ממתנת שכ"מ ואפ"ה בשכ"מ שאומר מנה לפ' בעל חובו רצה בחובו נוטלו רצה במתנתו נוטלו וכמבואר בש"ע סי' רנ"ג סעיף ח' ע"ש וא"כ בהפקר נמי רצה בחובו נוטלו רצה מהפקר זוכה: והמעיין בדברי נמוקי יוסף יראה דאין זה מוזכר שם וז"ל הנ"י שתק ולבסוף צווח קנינהו וכל הקודם בהם זכה בהם כדאמר בכריתות פרק המביא אשם אמר ר"ל הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בה כל המחזיק בה זכה בה ואסיקנא התם כר"ל וטעמא דהנותן כבר סילק עצמו מהם אמר המחבר וכיון דשתק זה קנאה לענין שלא תחזור לנותן ומיהו אם באים בעלי חובות של מקבל וגובין ממנה בעל חוב המקבל נפטר הלה מחובו זה נראה דעת הריטב"א ז"ל עכ"ל והיינו אם באו בע"ח של מקבל וגובין ממנה ומשום דהפקר אינו מפקיע מידי שעבוד וכמ"ש הרשב"א ועמ"ש בסק"ג נפטר המקבל מחובו אע"ג דכבר הפקיר המקבל כיון

שנפרעין מהם מפטר מחובו וזה פשוט בכוונת נ"י דאלו למ"ש הסמ"ע דמיירי שבא בע"ח והחזיק מהפקר לא שייך לישנא דבאים בע"ח של מקבל וגובים ממנה כיון דמהפקירא קא זכו לא בתורת גבי' וזה נמי כוונת ד"מ שם ע' שם וזה נמי הך דינא שכתב הרמ"א דכ' ואם יש לו בע"ח גובה ממנו היינו מאחרים הזוכים אבל הבע"ח עצמו שהחזיק בהפקר רצה נוטלו בחובו רצה נוטלו מן ההפקר בתורת זכיה וכמו בשכ"מ סי' רנ"ג סעיף ח' וכמ"ש וזה ברור. ודע דהא דבע"ח גובה ממנו היינו בדלית ליה נכסי אבל באית ליה נכסי המחזיקין בהפקר אומרים הנחתי לך מקום לגבות ואחרון אחרון נפסד אין לו גובה משלפניו וכמבואר בטור וש"ע סי' ער"ה סעיף ל"ה ע"ש ומכ"ש אם יש מקום לגבות אצל הלוה אלא דמיירי שאין לו לבע"ח ממה לגבות עכשיו וע' מ"ש בסי' קי"א סק"א:

סעיף ד

וי"א שאם היתה מתנת שכ"מ. ע' ש"ך שפי' דהיינו מ"ש הטור בשם הרא"ש דבשכ"מ אם שתק מתחלה בשעה שאמר ליתנה לו ה"ל כאלו שתק בשעה שבא לידו דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין וכ"כ הרי"ף והובא בסמ"ע והא דכ' בל' וי"א לפי שהרמב"ם לא חילק ובסמ"ע ס"ק ט"ו כתב דאפשר גם הרמב"ם ס"ל הכי לדינא אלא דלא איירי שם פ"ד מזכי' מדין מתנת שכ"מ ע"ש. ואיכא למידק נהי דמתנת שכ"מ ככתובין ומסורין וכאלו מטא לידי' דהא מתנת שכ"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה ואלו אמר משוך פרה זו ולא תיקנה אלא לאחר שלשים שניהן חוזרין הנותן והמקבל כיון דעדיין לא זכה בה וא"כ ה"נ במתנות שכ"מ אפי' נתרצה בפי' אמאי לא יוכל לחזור בו המקבל קודם שמת שכ"מ כיון דעדיין לא זכה בה וכן במקדש לאחר שלשים שניהן חוזרין האיש והאשה וכיון דחוזר בו א"כ הדרא לנותן וצ"ע: ונראה לפמ"ש הרא"ש ספ"ק דגיטין גבי הולך מנה לפ' וז"ל ואי שכ"מ הוה חזינן אי איתי' למקבל בשעת מתן מעות יחזרו ליורשי מי שנשתלחו לו דקי"ל דברי שכ"מ ככתובין ומסורין ואע"ג דלא קני אלא לאחר מיתת הנותן אפ"ה קונה אע"פ שמת מקבל בחיי נותן ואפי' נולדו יורשי מקבל אחר מיתת הנותן ואע"ג דבשעת מיתת הנותן לא היה ראוי לקנות וגם המקבל לא קנה בחייו כיון שמת בחיי נותן אפ"ה קנה משום דדברי שכ"מ לענין לקנות לאחר מיתה חשובין ככתובין ומסורין למפרע משעת נתינתו הלכך כיון דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות הוברר הדבר שזכה משעת המתנה ומורישו ליורשיו עכ"ל וא"כ ה"נ כיון דאחר שמת הוברר הדבר שזכה למפרע משעת המתנה ומש"ה אין המקבל יכול לחזור כיון דכבר זכה בה תיכף אם ימות. ומיהו לפי שטת הרשב"א בחידושיו ספ"ק דגיטין דאין מתנת שכ"מ קונה אלא לאחר מיתה והא דמת מקבל בחיי נותן מהני במתנת שכ"מ היינו משום דהולך כזכי בשכ"מ ומשום

דאלים דיבוריה וכן בטור סי' קכ"ה בשם הרמ"ה דטעמא משום דהולך כזכי ע"ש וכן משמע מדברי הר"ן ספ"ק דגיטין שם תמה על דברי תוס' שכתבו דזוכה מקבל למפרע דהא מתנת שכ"מ אינו אלא לאחר מיתה וכיון דמת מקבל אינו קנין למת ע' שם וא"כ לשטת הרמ"ה והרשב"א והר"ן דמתנת שכ"מ אינו זוכה אלא לאחר מיתה ולא למפרע א"כ ודאי במתנת שכ"מ אפי' נתרצה המקבל בפירוש יכול לחזור המקבל קודם שמת הנותן והדרא למארי' וא"כ שפיר קדם ב"י לכתוב דין זה בשם י"א דלאו כ"ע הכי סברי וכמ"ש ודו"ק ועמ"ש בסי' קכ"ה ס"ק י' ובסי' ר"ן סק"א:

סימן רמו

סעיף א

אכול עמי צריך לשלם. עיין ש"ך שהניח בצ"ע והוא דבתה"ד כתבו בשם מוהרי"ח ולמדו מאומר לחבירו קרע כסותי שבור כדי דמותר לקרוע וחייב לשלם וכיון דבקרע כסותי גופי' קי"ל דוקא היכא דאתי לידי' בתורת שמירה אבל אי לא אתי לידי' בתורת שמירה פטור א"כ הכא אמאי חייב ע"ש ונראה לענ"ד בזה והוא דלכאורה נראה הא דמחלק ס"פ החובל דאע"ג דאמר ליה קרע צ"ל והפטר אבל לא אתי לידי' בתורת שמירה א"צ לו' והפטר דטעמא הוא משום דכל דאתי לידי' בתורת שמירה לא היה הכוונה לפטור עד שיאמר לו והפטר אבל לא אתי לידי' בתורת שמירה הכוונה היה ע"מ ליפטר ובשניהן אם ידוע הכוונה ע"מ ליפטר אפי' אתי לידיה בתורת שמירה פטור. אבל אין זה נראה לענ"ד חדא דלישנא קרע כסותי יתפרש בשני ענינים דלא אתי לידיה בתורת שמירה הכוונה ליפטר ובאתי לידיה בתורת שמירה אין הכוונה כן. ולכן נראה דבאומר קרע כסותי אין בלשון זה והפטר אלא דאפ"ה ממילא פטור כיון דברשות בעלים עביד ממילא פטור ולא חייבו תורה בנזק אלא דהיכא דהמזיק עביד מדעתי' דנפשיה אבל ברשות בעלים אין בו חיוב כלל. ולמדנו דבר זה מדברי שטה מקובצת פ' אלו נערות (כתובות דף ל"ו) בהא דמשמע בירושלמי דקנס אינה יכולה למחול משום דקנס אין אדם זוכה עד העמדה בדין וכ' עלה בשטה ז"ל ואעפ"כ נראין הדברים שיתומה ומפותה אין לה קנס כו' הא למה זה דומה לאומר לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסייך כו' ועוד קרע שיראים שלי והפטר הוא שלא הקנס בלבד מחלה לו אלא גופה מסרה לו לעשות בה כרצונו והיא שגורמת ועושה הכל עכ"ל וע"ש וא"כ קרע כסותי לאו משום מחילה ופטור הוא דאפי' ביתומה ומפותה דלא שייך מחילה דה"ל דשלבל"ע אלא משום דליכא דין נזק כלל היכא דעבד ברשות בעלים ואיהו דאזקיה לנפשי' כמ"ש בשטה והיא שגורמת ועושה

הכל והיכא דאתי לידיה בתורת שמירה אע"ג דאמר קרע כסותי כיון דכבר נתחייב אין המעשה משתנה בחילוף הדברים וכמ"ש במרדכי ס"פ החובל במי שהיה בידו מלוה ואח"כ אמר לו יהי' בידך למחצית שכר דלא נשתנה בחילוף הדברים ומייתי ראיה מהא דאתי לידיה בתורת שמירה דאע"פ שאומר לו דברים שנראה שאינו חושש בפקדונו אפ"ה חייב עד שיאמר והפטר ע"ש וא"כ אתי לידיה בתורת שמירה דאע"ג שאומר לו קרע כסותי וברשות בעלים לא מיפטר עד שיאמר והפטר וא"כ בין אתי לידיה בתורת שמירה בין לא אתי לידי' בתורת שמירה אין בו בלשון קרע כסותי לשון והפטר דאין הדיבור מתחלק לשני פירושים אלא דכן הדין דלא אתי לידיה בתורת שמירה כל שאומר קרע כסותי ממילא פטור וכמ"ש כיון דמדעת בעלים אין בו דין נזק כלל דניזק הוא דאזקי' מנפשיה והיכא דאתי לידיה בתורת שמירה כה"ג לא מיפטר כיון שכבר נתחייב ומש"ה צריך לשון והפטר. וא"כ לפ"ז בא ואכול עמי דאין חיובו משום תורת מזיק אלא משום שנהנה וא"כ אפי' עבדי' מדעת בעלים לעולם הוא חייב לשלם מה שנהנה דיורד לתוך שדה חברו שלא ברשות נמי חייב לשלם מה שנהנה אע"ג דעבדי' מדעתיה דגבי נהנה ודאי חייב כל כה"ג אלא דלא לימא דלשון בא ואכול עמי הוי נמי לשון והפטר וא"כ ודאי פטור לזה מייתי מוהרי"ח ראי' מקרע כסותי שבור כדי דאין בלשונו לשון והפטר דאי הוי בו לשון פטור אין לחלק בין אתי לידי' בתורת שמיר' דהיכא דפוטרו בפירוש ודאי פטור וכיון דאין בו לשון והפטר ממילא חייב כיון דלא פטרו ואי משום דעביד מדעת בעלים גבי נהנה ודאי חייב דלא גרע מיורד לתוך שדה חבירו ונטעה דודאי חייב ודו"ק וזה נכון:

סעיף ב

צריך לשלם לו. במוהרי"ט חלק אה"ע סי' כ"א ע"ש שהקשה על האי דינא דתה"ד מהא דפ' הזרוע בחולין דמייתי הרי שאנסו מבית המלך גורנו בחובו אם חייב לעשר ואמרו שם משום דקא משתרשי ליה והיינו משום דנהנה דאל"כ היו לוקחים פירות אחרים והקשו בתוס' שם א"כ מתנות כהונה שאכלן אמאי פטור הא משתרשי ליה ותירצו דלא דמיא דאע"ג דאכלן אפשר שהיה מתענה עכ"ל ומ"ש באומר לחבירו אכול דלא מצי למימר הייתי מתענה ונ"ל דלא דמי דהתם מזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור משום דממון שאין לו תובעין הוא ומשום מזיק לא מחייב אלא משום נהנה וזה לא נהנה אבל באוכל משל חבירו משום מזיק מיהא מחייב עכ"ל מוהרי"ט. אמנם לפי מה שמבואר מדברי רמ"א בסי' שס"ג סעיף י' נראה דמשום מזיק לא מחייב ע"ש שכתב האומר לחבירו דור בחצירי אין צריך ליתן לו שכר וכאן כ' בא ואכול עמי צריך לשלם וע"כ צריך לו'

משום דהתם מיירי בגברא דלא עביד למיגר דזה לא נהנה אלא דחצר דקיימא לאגרא וזה חסר וכיון דאומר דור בחצירי פטור כיון דעביד מדעתי' אבל גברא דעביד למיגר וזה נהנה ודאי חייב וכמ"ש שם בש"ך ע"ש וא"כ מוכח דמשום נהנה הוא דמחייב דמשום מזיק מ"ש דור בחצירי דפטור ועמ"ש בסק"ד דעיקר חיובא דאכול עמי אינו אלא משום נהנה דאע"ג דמדעת בעלים לא גרע מיורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות ע"ש. ולכן נראה דודאי אאכילה חייב משום נהנה ואע"ג דהיה מתענה טפי עדיף ליה אכילה. וראיה ברורה מפ' אלו נערות (כתובות דף ל) גבי תרומה כיון שתחב לו חבירו בבית הבליע' וע"ש ברש"י דמפרש דמחייב משום הנאת מעיו וע"ש בתוס' והתם ליכא לחיובי כלל מתורת מזיק כיון דבע"כ תחב לו חבירו ומוכח מזה דהנאה בכלל אכילה ואינו יכול לו' הייתי מתענה אלא דגבי מתנות כהונה כשם שאינו חייב על היזקו משום דה"ל ממון שאין לו תובעין כך אינו חייב על הנאתו כיון דהוא ממון שאין לו תובעין אלא היכא דמשתרשי לי' עכשיו כמו בלוקח המלך את גורנו דמשתרשי ליה עכשיו דאל"כ היו לוקחים פירות אחרים ומש"ה חייב לשלם עבור הריוח שהרויח הפירות שבביתו וברשותו ולזה הקשו בתוס' דבאכיל' נמי משתרשי ליה דהיה צריך לקנות פירות אחרים לאכילה לזה כתבו דיכול לו' הייתי מתענה ולא חשיבי הנך שבביתו משתרשי ליה ומשום הנאה אע"ג דא"ל במה שלא היה צריך להתענות במתנות כהונה פטור על הנאתן כשם שפטור על היזקן ובמשתרשי לבד הוא דמחייב אבל הכא דמחייב על הנאה א"כ הנאה בכלל אכילה כמו דמוכח מפ' א"נ דמחייב על הנאת מעיו וז"ב:

סימן רמז

סעיף א

הרי אלו ינתנו לבנים ולבנות. ועיין סמ"ע שכ' דאם שניהם נשואות ודאי כלותיו קודמין דצורכיהן על בניו בעליהן משא"כ צורכי בנותיו דיש להם אנשים שיעשו צרכיהן וכמ"ש בסעיף שאח"ז בשלח לבני ביתו וכ"ש בשלח שיתנו לבניו עכ"ל. ובב"ח השיג וכתב דכיון דמפרש שיתנו לבניו ודאי אין כלותיו בכלל כיון דמיעט אותן דכלותיו אינו בכלל בניו ודוקא בנותיו הוא בכלל בנים אבל לא כלותיו משא"כ בשלח לבני ביתו דכלותיו בכלל בני ביתו וע"ש ובש"ך הביאו אלא שטעות בדפוס:

סעיף ב

יחזרו הנכסים לקרוביהם. כת' בנימוקי יוסף בפ' מי שמת גבי ההוא דאמר נכסי לבני וז"ל והדבר ידוע שהאומר נכסי לבני או לבנותי כולם בכלל ואפי' הם מאה לא אמרי'

בהא מיעוט רבים שנים וכן האומר לקרובי או לקרובתי יש בכלל כל הקרובים שהם פסולים לעדות ודבר פשוט הוא וכן הוא בתשו' רבותינו עכ"ל הריטב"א ונראה מדברי תוס' דאומר נכסי לקרובי כל הקרוב קרוב קודם ואפי' היו הכל קרובים הפסולים לעדות אמרינן קרוב קרוב קודם והוא בפ' חזקת (בבא בתרא דף ל"א) קריבי' דרב אידי בר אבין שכיב ושביק דיקלא רב אידי בר אבין אמר אנא קריבנ' והאי גברא אמר אנא קריבנ' טפי וע"ש בתוס' שכתבו גירסת שכיב ושביק דיקלא דהיינו שהיה מצווה ליתן דיקלא לקרובים וע"ש ואי נימא דכל הקרובים הפסולים לעדות שוין בכלל א"כ אחיו עם שני בשני שוין וא"כ מאי נפקא מיניה דזה קרוב טפי או לא ומוכח בזה דס"ל לתוס' דקרוב קרוב קודם אלא דבתוס' שם כתבו גירסא לסוף אייתי סהדי דאיהי קרוב ולא גרסי טפי ומשום דאין ספק מוציא מידי ודאי וע"ש וא"כ איכא למימר דלהאי גירסא דהי' בצוואה שיתן דקל לקריביה דלא גרסי אלא לסוף אייתי סהדי דהוא קרובי' ולא גרסי טפי ומשום דאייתי סהדי דאיהו קרוב הפסול לעדות ורב אידי לית ליה סהדי דאיהו קרוב הפסול לעדות ואמרינן ספק מוציא מידי ודאי:

סימן רמח

סעיף א

ואם היה הראשון ראוי ליורשו בפרק י"נ (דף קל"ג) שלח רב אחא בר רב עויא לדברי ריב"ב נכסי לך ואחריך לפ' אם הי' ראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שאינו לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק ושטת הרמב"ם בזה דהיינו דוקא באומר סתם נכסי לך דאמרינן שאין בלשון זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק אבל באומר בהדיא נכסי לך במתנה מהני הפסק ע"ש ושטת הפוסקים אינו כן אלא אפי' אמר בהדי' לשון מתנה נמי ירושה היא וירושה אין לה הפסק ובחידושי הרמב"ן כת' בשם הר"ר יוסף הלוי שהקשה מהא דאי' (דף קכ"ט) האומר תנו שקל לבני בשבת ואם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהם אין נותנין להם אלא שקל ואמאי הא ירושה אין לה הפסק וניחא ליה כיון דאיהו אמר אל תתנו אלא שקל לאו ירושה היא אלא בשקל והיכי דמי ירושה כגון נכסי לבני ותנו לו מהם שקל אבל הכא לא מורית להו אלא שקל בשבת ואכתי קשה כיון דאמרינן ירושה אין לה הפסק אלמא אין מקבל מתנת שכ"מ קונה אלא עם גמר מיתה וכל שלא קנה בשעת גמר מיתה אלא לאחר זמן אינו בדין שיקנה לפי שחלה עליו ירושת תורה של יורש ורחמנא אמר אין לה הפסק כו' וווהשתא ודאי קשיא דתני שקל לבני בשבת אע"ג דלא אקני להו אלא שקל מ"מ לא

אמר אלא אם מתו ירשו אחרים ואחרים ודאי לא ירתי ולא זכו אלא לאחר שמתו בניו דקי"ל כל אם בלא מעכשיו לא קני עד דמקיים תנאה וכיון שכן כבר חלה ירושה דבנים כו' וה"ל למימר ירושה אין לה הפסק. ובר מן דין לדברי רב אחא אין לך שכ"מ נותן בתנאים וקשיא האי דאמרינן התם ארבעה מאה זוזי לפ' ולנסיב ברתא כו' ואמאי כיון דלא ירית עד שיתן מדין התנאים הא כבר חלה ירושה וירושה אין לה הפסק ואפשר לו' דלא דייקינן כו' האי אלא התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה ולהעביר מן היורש ובכלל זה נתנה רשות להנחיל לאחר זמן וירושה עוברת ונפסקת מן היורש ורב אחא בר רב עויא בנכסי לך דוקא קאמר דכיון דמתחיל בירושה דהתורה והנחילו בה שוב אינה נפסקת ממנו והלכך בשותק ואומר סתם אם מתו בניו יירש פ' זכה בהן וצ"ע ואיכא דמחי לה אמוחא דשאני הכא דשוינהו לנכסי ביד שליש דהא אמר תנו ולא ירושה היא ויעשה השליש מה שהושלש בידו עכ"ל וע"ש דבריו הנחמדים מפז. ושטת הרמב"ם בזה דהיכא דאומר בהדיא לא משום ירושה אלא משום מתנה מהני אחריך לפ' אע"ג דראשון ראוי ליורשו ובב"י כת' בשטת הרמב"ם דס"ל דהיכא דהנכסים ביד שליש אפי' אמר בל' ירושה לא זכו בה הואיל והנכסים ביד שליש וכן היכא דליתיה ביד שליש ואומר בהדיא לא משום ירושה אלא משום מתנה נמי מהני אחריך ע"ש ובשו"ת מוהרי"ט חלק ח"מ סי' ע"ד כת' על דברי ב"י ז"ל ותימה כיון דמתורת ירושה זכו בהו כי הוי ביד שליש מאי הוי כל היכא דאיתנהו ברשות יורש איתנהי וכ"ת ל' מתנה נמי לדידהו ירושה הוי וכשלא היה בידם הוי הפסק לא דמי בסתם מתנה כיון דשוינהו שליש כמאן דמעקרא מתורת ירושה לגמרי היא ואוקמה בדין מתנה אבל אם אף כשנתנה ביד שליש אמר שירשו אכתי דין ירושה יש לה דאפי' תימא שהודה שרצונו לפסוק רחמנא אמר אין לה הפסק וכבר ראיתי לרב מוהרש"ך שחולק על הרב ב"י בזה וע"ש:

ונראה לקיים דברי הב"י והוא דודאי אם הראשון ראוי ליורשו כיון דירושה אין לה הפסק לא מהני ואחריך לפ'. מיהו נראה דהיינו דוקא מדין מתנת שכ"מ אין אחריך זוכה כיון דירושה אין לה הפסק ודיורש נינהו אבל משום מצוה לקיים דברי המת אפי' ראשון ראוי ליורשו נמי צריך ליתן לאחריו לקיים דברי המת ולא שייך בזה ירושה אין לה הפסק דהא משום מצוה לקיים דברי המת אינו זוכה המקבל אלא שצריכין היורשין לקיים דברי המת וכמ"ש רי"ו הובא בש"ך סי' רנ"ב ואם קדמו ומכרו אין המקבל מוציא מיד הלוקח אבל מתנת שכ"מ זוכה המקבל ומוציא מיד הלוקח שקנה מן היורש ע"ש וכיון דמלד"ה אינו עושה קנין אלא מצוה הוא דרמי על היורשין היכי שייך בזה ירושה אין לה הפסק אנן נמי לא מפסקינן ודיורש נינהו אלא שמחיוב היורש ליתן כדי לקיים

מצוה וכיון דבהושלש מתחלה לכך מצוה לדה"מ כמבואר בסי' רנ"ב צריך היורש לקיים מצוה דרמי עלי' ונהי דמשום מתנת שכ"מ לא מצי זכי בגוף הנכסים כיון דיורש יורשה ירושה עולמית אבל היורש צריך לאחריך משום מצוה וכמ"ש וא"כ לדינא בהושלש מתחלה לכך נראין דברי הב"י דצריכין היורשין ליתן לאחריך ודו"ק ועמ"ש סק"ה ובסי' רנ"ג סק"ט:

סעיף ב

ואפי' אם גם השני ראוי לירש. בחידושי הרמב"ן (דף קכ"ט) בהא דאמרי שם ת"ש נכסי לך ואחריך ירש פ' ואחרי אחריך ירש פ' מת ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי ואם מת שני בחיי ראשון יחזרו נכסים ליורשי ראשון והא הכא דכשתי שדות ושני בני אדם דמי דקנה וכ"ת ה"נ בראוי ליורשו וריב"ב הוא אי הכי מת שני קנה שלישי הא שלח רב אחא בריה דרב עוירא לדברי ריב"ב נכסי לך ואחריך לפ' אם הראשון ראוי לירש אין לשני במקום ראשון וכת' עלה ז"ל ומדמקשינן הכא מדרב אחא שמעי' מיניה דנכסי לך ואחריך לפ' וראשון ראוי ליורשי אע"פ שהשני נמי ראוי לירש אין לשני במקום ראשון כלום דהא ברייתא ואחריך ירש פ' ואחרי אחריך ירש פ' תרווייהו קשיין וחרווייהו מתוקם בראוין לירש ואפ"ה אין לה הפסק לשל ראשון שכיון שחלה ירושה לידו שוב אינה נפסקת ממנו דומיא דירושת תורה הבאה מאלי' שאינה נפסקת והוצרכתי לכתוב זה מפני שנמצא למקצת המחברים שאמרו בשני ראוי ליורשו יש לה הפסק ואין דבריהם עולים בשמועה ולא נכונים בטעם וכ"כ הר"י הלוי ז"ל כדברינו עכ"ל. ולענ"ד נראה טעם האומר בשני ראוי ליורשו יש לה הפסק לפמ"ש הרמב"ן והר"ן דכי היכא דאחריך לעצמי משייר הגוף לעצמו ואין לראשון אלא פירות ה"נ באומר ואחריך ליורשי וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו (דף קל"ז) בהדי אתתא דאקני' לדיקלא לרב ביבי כל ימי חייו אזיל אקני' לבנו וא"ל רב פפא ה"מ לאחר אבל לעצמו לא וז"ל הלכך ל"ש נכסי לך ואחריך לפ' ול"ש נכסי לך ואחריך לעצמי כו' והיינו טעותיה דרב ביבי ורב פפי שבשי' דה"מ ליתנהו אלא לאחר דלא קני ולא מחיל זכותו אלא לאחר אבל לעצמו בין שאמר נכסי לך כל ימי חייך סתם או שפי' ואחריך לי מוכר נותן מוציא מיד הלקוחות דשיור הוא וזכותו קיים לו מעכשיו בנכסים דלאחר משום אחריך הוא דמסלק נפשיה מנכסים וכאן משום אחריך משייר לו זכות בנכסים מעתה ושמעינן מינה אחריך ליורשי שיור הוי וזכות יורשים קיים להו מעכשיו ע"ש והיכא דאמר ואחריך לפ' מעכשיו לא אמרינן ירושה אין לה הפסק דהא הראשון אין לו אלא פירות וכמ"ש הר"ן והרשב"א והוא דעת הרמ"א סעיף ה'. ומבואר שם ומש"ה בשני ראוי ליורשו אמרינן דאחריך מעכשיו קאמר

דאע"ג דהראשון נמי ראוי ליורשו מכל מקום כיון דאחריך ראוי לירש ה"ל שיור ששייר לאחריך במתנתו כמו באחריך לעצמי. ובש"ס דמקשה והא אמר רב אחא כו' אם הראשון ראוי לירש כו' היינו משום דאי נימא טעמא דזוכה היינו משום דראוי ליורשו וה"ל כמו אחריך מעכשיו דליורשו בעין יפה משייר במתנתו וכן אחריו לשלישי נמי במעכשיו קאמר וכמ"ש דמש"ה יש לה הפסק מראשון כיון דלא נחית הראשון בגוף השדה אלא לפירות על זמן דהיינו כל ימי חייו א"כ הא דתני שם אם מת שני בחיי ראשון יחזרו נכסים ליורשי ראשון אמאי דהא כיון דלראשון אין לו אלא פירות ואחריו לשני נמי ע"כ אינו אלא לפירות והוא גם כן מעכשיו אחריך יירש פ' הוא מעכשיו ואם לא זכה הג' כיון שלא בא ליד השני אבל הראשון נמי לא זכי כיון שלא היה לו מעולם אלא פירות כל ימי חייו ולנותן הוא דהדרא וע"כ מדמוקי לה בראוי ליורשו ותני עלה מת שני יחזרו נכסי ליורשי ראשון ע"כ ס"ל דהראשון נחית לגוף ולא אמרי' אחריך ליורשי מעכשיו קאמר דס"ל כרב ביבי דאין בין אחריך לעצמי או אחריך לאחר וא"כ כיון דע"כ צ"ל דהראשון לגוף נחית דאל"כ אמאי מת שני יחזרו ליורשי ראשון וכיון דנחית לגוף הרי שלח רב אחא ב"ר עוירא ירושה אין לה הפסק אבל לדידן דקי"ל כרב פפי דשבשי' לרב ביבי ואחריך ליורשי ה"ל כמו אחריך לעצמי דאין לראשון אלא פירות כל ימי חייו ואחריך במעכשיו הוא דזכה ובמעכשיו לא אמרינן ירושה אין לה הפסק וכמו שכת' הרמ"א סעיף ז':

סעיף ג

ובאו אח"כ לדון בדיני ישראל. והוא מדברי ריב"ש ובתשובת תשב"ץ ח"א סי' ס"א חולק על האי דריב"ש וכת' שם ח"ו להפקיע זכותו ולאבד זכות ישראל ע"ש המוהרי"ט חלק ח"מ סי' ו' הסכים להאי דתשב"ץ ע"ש:

סעיף ד

אבל הבריא שנתן. וכת' הרב המגיד בטעמא דכיון שהעלינו שאין הבריא יכול להעביר נחלה בכ' ירושה אלא בלשון מתנה ואם היה בלשון ירושה אינה כלום א"כ ודאי מתנה יש לה הפסק עכ"ל. ומוהרי"ט בחלק ח"מ סי' ו' ז"ל ובר מן דין בדינא דבריא כת' הרב המגיד וכו' והך מלתא דבריא איבעיא ולא איפשטא בגמ' ומשמע דלר"ח דבעי' אפשיטא אין חילוק בין שכ"מ לבריא ואפי' לדידן דלא איפשטא נהי דלא מפקינן משאר יורשים מספק אבל עכשיו שהספק בין היורשים לאחריך פשיטא דלא אמרינן שזוכה אחריך מספק ואין לו' דלא מספקא לן אלא בלשון ירושה אבל בלשון מתנה לא דהא ע"כ רב אחא פשיטא ליה דכל דמהני ביה לשון ירושה כי אמר נמי ל' מתנה אינו זז מתורת

ירושה ולכך הרב המגיד תלאן זו בזו אלא שאין דברי הרמב"ם אלא בבן בין הבנים שאם היה בריא אינו זוכה במתנה מספק כלל ומוקמינן ליה בחזקת כל היורשין והאיך יזכו בו אחריך אבל אם אין שם יורש אלא הוא אפי' ברי' במתנת בריא אין לאחריך כלום כיון דספיקא הוא אמרי' ביה אינו ל' מתנה אלא לשון ירושה ואין אחריו הפסק וזה ברור עכ"ל:

אמנם מסתימת דברי הרמב"ם וש"ע נראה דלא מיירי דוקא בבן בין הבנים דכל כה"ג ה"ל לפרושי אלא משמע אפי' אם אחריך אינו יורש כלל נמי זוכה אחריך. ולכן נראה דודאי בשכ"מ אפי' אומר לשון מתנה אפ"ה אינו אלא ירושה וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו דמה שהוא שלו בירושה אינו יכול ליתן לו במתנה וירושה דידיה נמי תורה היא שהתורה נתנה לו רשות ליתן לו נכסיו וירושה היא ע"ש ומיהו בשכ"מ כיון דאינו אלא לאחר מיתה ירושה היא שהתורה נתנה לו רשות ליתן לו וירושה היא אבל בבריא אפי' לדעת ר"ח דיכול להנחיל למי שירצה היינו באומר לשון ירושה ולאחר מותו אבל מתנת בריא דהיינו הגוף מהיום דאי לאחר מיתה אינו מתנה כלל וכיון דנותן במתנת בריא מהיום ודאי אין זה ירושה של תורה כלל אלא מתנה ויש לה הפסק וכיון דבחייו ה"ל מתנה לא הדרא ירושה לאחר מיתה ועוד דכיון דמחיים הקנה האב לבן בנו בתורת מתנה גוף מהיום כמו במתנת בריא א"כ אסתלק אב לגמרי דנתן ליורש במתנת בריא ואחריו לפ' א"כ לא מצי ירית לה כלל כיון דליתיה דאבוהו וכמו דאמרי' בס"פ השולח ע"ש ר"מ סבר קנין פירות כקנין הגוף ובהא במיתת אביו הוא דלא ירית ולא מידי והלכך מת אביו ואח"כ הקדישה צריכי קרא ור"י ור"ש סברי קנין פירות לאו כקנין הגוף ובהא במיתת אביו השתא הוא דקא ירית ע"ש והכא באומר אחריך לפ' דה"ל קנין הגוף לראשון ואין לשני אלא מה ששייר ראשון וא"כ במיתת אביו לא ירית ולא מידי דהתם בשדה החוזרת ביובל ירית במיתת אביו למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף כיון דהגוף לאביו ויש לו זכות לחזור לו ביובל אבל באומר אחריך נסתלק הנותן לגמרי וקנין הגוף לראשון ודאי לא ירית במידי דלאו דאבוהי ועמ"ש בסי' קי"א סק"ג ודו"ק. ועוד נראה כיון דבמתנת בריא לא משכחת כלל ואחריך לפ' אלא באומר ואחריך מעכשיו לפ' וכמו שנתבאר ובאחריך מעכשיו גם בשכ"מ יש לה הפסק כמו שכת' הרמ"א סעיף י"ז דהראשון לא נחית אלא לפרי והיינו דע"כ מתנת בריא באחריך מעכשיו הוא דאם אינו במעכשיו א"כ לא קני אחריך עד שימות הראשון א"כ ממ"נ אם קדמה מיתת הנותן למיתת המקבל הראשון א"כ לא זכי אחריך כלל אפי' נתן לו בשטר והשטר ביד אחריך בעין דאין קנין לאחר מיתה וכדאמרי' גבי גט היכא דמתנ' שלא יחול הגט עד אחר י"ב חדשים ומת קודם י"ב

חודש דאין גט לאחר מיתה ואם מת הראשון קודם הנותן א"כ כבר זכה האחריך בעוד הנותן קיים ולא שייך בזה ירושה אין לה הפסק כיון דזכה בעוד הנותן קיים ולא נחית הראשון לירושה כלל ולא משכחת שיזכה אחריך אחר מיתת הנותן אלא באומר מעכשיו ובמעכשיו לא אמרינן אין לה הפסק וכמ"ש הרמ"א סעיף ז' וא"כ הא דבמתנת בריא לא אמרינן ירושה אין לה הפסק הוא אפי' לדעת ר"ח וזה ברור ודו"ק ועמ"ש ס"ק י"ג:

סעיף ה

לפיכך אם נתן המעות על יד שליש ע' ב"י שכת' לשטת הרמב"ם דבשנתן ע"י שליש אפילו אמר לשון ירושה נמי לא זכו בהו יורשין הואיל ואיתנהו ביד שליש ע"ש ועמ"ש בסק"א במה שהשיג על זה במוהרי"ט חלק ח"מ סי' ע"ד וכתבנו דלדינא דברי הב"י נכונים דנהי דמשום מתנת שכ"מ ל"מ כיון דירושה אין לה הפסק אבל משום מלד"ה צריכין היורשים לקיים אפי' היכא דהוי יורשין כיון דמלד"ה אינן קונין אלא שמוטל מצוה על היורשין לקיים דברי המת וע"ש. והנה ראיתי במוהרי"ט חלק ח"מ סי' ו' שכ' דלא אמרי' כלל מצוה לקיים דברי המת היכא דזכ' בנו בתורת ירושה אע"פ שאמר ואחריך בטלה קנינו מטעם דרחמנא אמר אין לה הפסק וה"ל מתנה עמ"ש בתור' היאך אפשר לו' שמצוה לקיים דבריו ולבטל דברי תורה השתא מתנתו נפקעת מפני דברי תורה דבריו מצוה לקיים במקום ביטול דברי תורה וע"ש. ולענ"ד נראה כמ"ש בסק"א והוא דהא כיון דמצוה לקיים דברי המת אינו קנין וכמ"ש רי"ו דאם קדמו ומכרו היורשין אין מוציאין מהם לקיים דבריו וא"כ היכי משכחת כלל מצוה לקיים כיון דיורשין נינהו ובירוש' נחיתי ואין לה הפסק אע"כ כיון דאנן לא מסלקי' להו מירושה אלא שאנו אומרים דעליהם מוטל לקיים דבריו וא"כ באחריך נמי על היורשין לקיים דבריו ודוקא במתנת שכ"מ דעושה קנין הוא דאמרי' ירושה אין לה הפסק ולא זכי אחריך במתנת ירושה להפסיק הירושה אבל מלד"ה דאין עושה שום קנין וכמ"ש רי"ו ואינו אלא מצוה על היורשין וא"כ לא מפקינן ירושה כלל:

סעיף ו

וכן דין השלישי עם השני. ובס' מלחמות להרמב"ן כתב דהיינו דוקא באומר ואחריך לפ' ואחרי אחריך לפ' דבזה כי אתי שלישי בתר שני דוקא ואם מת שני בחיי ראשון וחזרו ליורשי ראשון אבל באומרו נכסי לך כל ימי חייך ואחר מיתתך לפ' ואחר מות שני לשלישי כיון דלא הזכיר לשון ואחריך בזה אמרי' מת שני בחיי ראשון ונתן לשלישי ע"ש פ' יש נוחלין גבי מעשה דהאי סבתא:

סעיף ז

ועשאם תכריכים למת מעשיו קיימים. עמ"ש בסי' קי"ז סק"א:

סעיף ח

לעשר שנים ואח"כ לפ' ולדעת הרמב"ן נראה בחידושיו פ' י"נ דף ל"ז דגם באומר נכסי לך לעשר שנים ואח"כ לפ' כיון דנותן סילק נפשי' לגמרי מנכסים אלו הוי כמו אחריך לפ' ואם מכר ראשון מכרו מכור:

סעיף ט

וכן אם נתנם מתנת שכ"מ בפ' י"נ (דף קל"ז) ומודה שאם נתן במתנת שכ"מ לא עשה כלום מ"ט אמר אביי מתנת שכ"מ לא קנה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך וכתב רשב"ם ז"ל אם נתנו אותן ראשון במתנת שכ"מ כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום והשני מוציא מיד הלקוחות א"נ כשהי' שכ"מ נתנה דשתי מתנות הללו שוין כדאמרן לעיל איזהו מתנת ברי שהוא כמתנת שכ"מ עכ"ל וכ"כ בנימוקי יוסף וקשה לי דהא רשב"ם שם (דף קל"ה) במתנת בריא שהיא כמתנת שכ"מ במהיום ולאחר מיתה מפרש דהוי כמתנת שכ"מ דלא קני פירא אלא לאחר מיתה ומיהו בהכי עדיפא משכ"מ דמתנת שכ"מ יכול לחזור בו וליתן לאחר אבל מתנת בריא דמהיום ולאחר מיתה אינו יכול למכור עוד הגוף כל ימי חייו אלא פירות ע"ש וא"כ היכי קדמו אחריך דהא גבי אחריך כיון דאית ליה לראשון הגוף יכול למוכרו ואין לשני אלא מה ששייר ראשון ובזה שנתן מהיום ולאחר מיתה הקנין הגוף מהיום הרי לא שייר כלום ומכי מיית ממיל' הפירות של הלוקח כיון דהגוף שלו מהיום ולא נשאר פירי אלא לחיי המוכר וא"כ ודאי לוקח קדים לאחריך וצ"ע ומיהו לדעת תוס' שם דף קל"ה דמפרשי מהיום ולאחר מיתה היינו מתנת ברי' והוא מהיום אם לא אחזור ביה עד לאחר מיתה ע"ש ובזה נראה דאם נתן הראשון כה"ג ה"ל אחריך קדים ואע"ג דלא חזר בו מחיים וא"כ לוקח קדים משום דכיון דשייר הראשון לנפשיה זכות שיוכל לחזור בו ה"ל של אחריך כיון דאכתי לא סילק נפשיה הראשון. והא למה זה דומה למ"ש הרב המגיד פ' י"ב מזכיה בדברי הרמב"ם שכתב הי' חוב על הראשון ובא בע"ח לגבות אין ב"ד מגבין והרי הוא של השני וכתב הה"מ שם בטעמא דוקא מכר או נתן שא"א לסלק הקונה במעות ודאי זכה המקבל אבל בשעבוד דיכול לסלק במעות ואינו מסתלק עתה לגמרי ע"ש וא"כ ה"ה בזה כיון דיכול לחזור בו א"כ לא נסתלק לגמרי מש"ה ה"ל דאחריך. וראיה לזה דהא כתבו תו' והרא"ש ספ"ק דגיטין שם דאמרו בהולך מנה לפ' והנותן שכ"מ דהיכא דמית מקבל בחיי נותן דזכו יורשי מקבל וכתבו שם משום דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמי למפרע משעת

נתינה הלכך כיון דאיתי' למקבל בשעת מתן מעות הוברר הדבר שזכה למפרע בשעת המתנ' והורישו ליורשיו ע"ש וכ"כ בטור סי' ר"ן ז"ל בין אם כתב או אמר נכסי לפ' קונה לכשימות למפרע משעת נתינה ע"ש וא"כ הא דאמרו בגמ' מתנת שכ"מ לא קנה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך הא זכי למפרע וא"כ קדים המקבל לאחריך וע"כ כמ"ש דכיון דעדיין לא נסתלק הנותן דהא שכ"מ מצי חוזר עד שעת מיתה א"כ קדים אחריך וא"כ ה"ה במתנת ברי כה"ג מהיום ולאחר מיתה אם לא אחזור בו כיון דיכול לחזור ה"ל דאחריך וזה ברור. אבל לפי פי' רשב"ם דגוף מהיום דאינו בחזרה כלל ונסתלק לגמרי ודאי דאין לו לשני אלא מה ששייר ראשון והרי לא שייר מידי וצ"ע:

סעיף י

ולא אמרי' בכה"ג ירושה אין לה הפסק היינו משום דכיון דאמר ואחריך מהיום א"כ אין לו לראשון אלא פירות א"כ לא נחיתי לירושה כלל בגוף הקרקע:

סעיף יא

ויש חולקין וס"ל דאין לחלק בין אמר מהיום או לא כתב הסמ"ע ז"ל פי' י"ח ואומרים בירושה דאין לה הפסק אפי' בכה"ג כיון דעכ"פ זכה בפירי כל ימי חייו זכה גם בגוף אבל ג"כ מודי דאין כח ביד הראשון למוכרו אם אמר מהיום לפ' וע"ש ולענ"ד נראה דטעמא דיש חולקין משום דס"ל דגם באומר ואחריך מעכשיו נמי אית ליה לראשון קנין הגוף ויכול למוכרו אלא דהוי כאלו התנה דאם שייר הראשון יהיה לאחריך מהיום ומשום דאנן נמי קי"ל כרב הונא דאמר באומר אחריך כאומר מעכשיו ואפי' אי קדים הראשון וזבין זביני' זביני ומשום דה"ל כאלו התנה דאם שייר הראשון יהי' לאחריך מעכשיו והוא שטת בעל המאור ודעימי' כמה פוסקים ומש"ה אמרי' ביה ירושה אין לה הפסק כיון דהראשון יכול למוכרו הרי נחית גם לגוף בירושה: וכן משמע מדברי ריב"ש סי' קס"ח ז"ל גם הרשב"א ז"ל בתשובה לא מצא דרך להפסיק ירושה אלא בנותן במתנת ברי בקנין ואומר ואחריך מעכשיו לפ' אבל במתנת שכ"מ אפי' באומר ואחריך מעכשיו לפ' אין לה הפסק והביא ראיה מדאמר רב הונא שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחר רואין אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם לאו נוטלן משום מתנה ופי' רש"י התם דלענין הא דאמר רב אחא ברי' דרב עוירא אמר הכי דאמר ואחריך לפ' אם ראוי ליורשו אין לה הפסק ואע"ג דרב הונא גופיה ס"ל בעובדא דסבתא דאומר אחריך כאומר מעכשיו וע"ש והיינו משום דרב הונא ודאי לא פליג אדרשב"ג דאם מכר מהראשון אין לשני אלא מה ששייר ראשון אלא משום דה"ל כמו תנאי שאם שייר הראשון יהיה לאחריך מעכשיו וס"ל נמי דמה"ט לאו ראיה הוא לבעל כיון דלא מכר הראשון איגלאי מלתא למפרע דמוחזק הוי לבעל

ואנן ס"ל התם בעובדא דסבת' כיון דאי קדם ומכר זביני זביני' ה"ל ראוי ובב"י מבואר יותר ע"ש בשם הרשב"א דירושה אין לה הפסק אפילו במעכשיו אי נימא דגם באחריך מעכשיו יכול הראשון למכור אבל אי נימא דאינו יכול למוכרו יש לה הפסק וע"ש והיינו כמ"ש דודאי אי נימא דאין הראשון יכול למוכרו הרי צ"ל דאין לו לראשון אלא פירות ובגוף אין לו כלל וא"כ לא נחית לירושה בגוף כלל אלא הגוף מהיום לאחריך א"כ כי נחית לפירי בירושה מאי הוי כיון דאין לו ירוש' בגוף כלל אלא טעמא דיש חולקין דס"ל דגם אם מכר הראשון מכרו ומשום דאינו אלא תנאי ומש"ה כיון דנחית לירושה אין לה הפסק דהא הגוף שלו וזה ברור:

סעיף יב

אבל אם אמר אחריך לי או ליורשי. ונראה דהרמ"א ס"ל דאחריך ליורשי כאומר אחריך לי ומש"ה בשניהן אם מכר הראשון לא עשה ונלא כלום והוא דעת הרמב"ן בחידושיו פ' י"נ גבי עובדא דרב עובי דאקני' לבנו וא"ל דרב הונא ברי' דר"י אפי' רשב"ג לא קאמר אלא לאחר אבל לעצמו לא: וכתב שם ז"ל דהני מילי ליתנהו אלא לאחר דלא קני ולא מתיל זכותו אלא לאחר זמן אבל לעצמו בין שאמר נכסי לך כל ימי חייך סתם או שפי' ואחריך לי אם מכר ונתן מוציא מיד הלוקח דשיור הוא וזכותו קיים לו מעכשיו בנכסים דלאחר משום אחריך היא דמסלק נפשיה מנכסים וכאן משום אחריך משייר לו זכות בנכסים מעתה ושמעינן מינה דאחריך ליורשי שיור הוי וזכות יורשים קיים לי מעכשיו כו' ומכאן ואילך זכות שיש לו בנכסים משויר לו וליורשיו ואף כשאמר נכסי לך ואחריך ליורשי ה"ה והוא הטעם שהרי לא מיעט ליורשים כלום אלא פירש ששייר להם במתנתו והלכך אם מכרו יורשין מוציאין מיד הלוקח ולענין ראוי ומוחזק ה"ל לגבי יורשין שדה החוזרת ביובל דהוי מוחזק כדאי' בגיטין ומכאן נמחק גירסת הר"ר שמואל ז"ל שגורס במעש' דסבתא ובתרה לירתאי אלא ובתרה לירתה וכ"כ בנוסח ספרד וזו היא גירסת הגאונים ז"ל עכ"ל: ולפ"ז קשה טובא דמשמע דהרמ"א ס"ל במי שאמר נכסי לפ' ואחריו ליורשי דאם אין לבת יורש אלא בעל אינו יורש דה"ל ראוי דכן כתב באה"ע סי' צ' בסעיף ב' בש"ע שם והרמ"א אינו מגיה עליו כלום ומשמע דמודה ליה והא לפי מה דס"ל להרמ"א דאחריך ליורשי אם מכר הראשון לא עשה ולא כלום וע"כ ס"ל דאחריך ליורשי כאומר מעכשיו ליורשי וא"כ ס"ל כשטת הרמב"ן א"כ ה"ל מוחזק כמו שדה החוזרת ביובל דאינו לראשון אלא לפירי. וגם בסמ"ע משמע דכה"ג ה"ל ראוי ואמאי דהא כיון דהראשון אינו יכול למכור ה"ל מוחזק וצ"ע: והנה ראיתי בב"ש שם סי' צ' שם וז"ל ולכאורה תימה הא פסק שם הרמ"א בח"מ סי' רמ"ח אם אמר נכסי לך ואחריך ליורשי

מכירה של הראשון בטילה אפילו לא אמר מעכשיו א"כ למה פסק כאן דהוי לבעל ראוי ודוחק להגי' כל הספרים ואחריו ליורשיו וע"ש שכתב לישב לפי מה שראה במרדכי פ' י"נ דלמה להן בש"ס הטעם דהוי ראוי לבעל משום דאי קדים סבתא וזבין זביני' זביני תיפוק ליה אפי' אינו יכול למכור הוי ראוי משום דלא בא לידו ותירץ טעם זה נצרך למה דס"ל בש"ס אחריך כמעכשיו דמי וה"ל כאלו בא לידו מש"ה נצרך לטעם אי קדים הסבתא ומכרה אבל אם היה המכירה בטל ואחריך כמעכשיו אז הוי מוחזק לבעל. לפ"ז לדידן דקי"ל אחריך לא הוי כמעכשיו אז אפי' היכא דהמכירה בטיל' מ"מ לא הוי מוחזק כיון שלא בא לידו לפ"ז שפיר מ"ש כאן אפילו אם אמר ואחריך ליורשי דאין הראשון יכול למכור מכל מקום הוי ראוי כיון שלא בא לידו עכ"ל וע"ש. ונראה שלא תיקן כלום דהא טעמא דאחריך ליורשי אין הראשון יכול למכור היינו כמ"ש הרמב"ן דזכותו קיים ליה מעכשיו דאם אינו כמו מעכשיו א"כ אמאי אין הראשון יכול למוכרו דמה לי אחריך לאחר או ליורשי וע"כ משום דאחריך לעצמי או ליורשי ה"ל כמו מעכשיו וא"כ כיון דהוי כמעכשיו והראשון אינו יכול למוכרו ודאי מוחזק הוי לבעל כמו שמבואר מדברי הרמב"ן שתלאן זו בזו. ובש"ך כתב להגי' כל הספרים באה"ע סי' צ' ואחריו ליורשיו אבל באומר ואחריו ליורשי בעל ירית לדעת הרמ"א ע"ש ואכתי תיקשי בדברי הרמ"א שכתב באומר אחריך ליורשי דאם היה לו בת ואין לה זרע אין שאר יורשים עומדין במקומה אא"כ אמר מעכשיו ליורשי דאז זכתה הבת מחיים והוא מדברי הטור. וכיון דלדעת הרמ"א באומר אחריך ליורשי אין הראשון יכול למכור ע"כ ס"ל כשטת הרמב"ן דכל שאומר לעצמי או ליורשי מעכשיו קאמר א"כ למה בעינן מעכשיו הא כל אחריך ליורשי מעכשיו הוא והטור לטעמיה דלא ס"ל אחריך ליורשי דאין הראשון יכול למכור אלא דוקא באחריך לעצמו הוא דאין הא' יכול למוכרו אבל הרמ"א דס"ל דאחריך ליורשי נמי אין הא' יכול למוכרו א"כ כל אחריך ליורשי כמעכשיו הוא וצ"ע. ולכן נלענ"ד בשטת הרמ"א דודאי ס"ל באחריך ליורשי סתמא לא הוי כאומר מעכשיו וכמו שנראה מדבריו במה שמחלק באחריך ליורשי ואין לבת זרע בין אומר מעכשיו או לא והא דס"ל באומר אחריך ליורשי דאין הא' יכול למוכרו היינו משום דכל לעצמו או ליורשיו ה"ל כמו תנאי דודאי קפיד שיהי' משוייר לעצמו או ליורשיו ומש"ה אם מכר לא עשה כלום דהא אפי' באומר אחריך לאחר נמי לכתחלה אינו רשאי למכור ומשום דקפיד הנותן שיהי' משויר לאחריו אלא דבדיעבד אינו רוצה הנותן שיתבטל משום כך מתנות הראשון. וכעין זה מצינו בתה"ד סי' שי"א גבי מתנה ע"מ להחזיר דכי אי' בעינא צריך להחזיר גוף החפץ וקפיד לכתחלה ובדיעבד אינו רוצה שיתבטל ויוצא תנאי בחזרת דמיו ע"ש והיכא דאומר

אחריך לעצמו קפיד והוי תנאי ממש שיהיה משוייר לעצמו וכן באומר אחריך ליורשי קפיד בתנאו שיהי' משוייר ליורשיו וא"כ הרי הוא נותן לראשון הגוף ופירות ואחריו ליורשי היינו בתנאי וכמ"ש ומש"ה אם מכר הראשון לא עשה ולא כלום דנתבטל המתנה למפרע אם לא יהי' שיור ליורשיו וכעין זה כתב הרא"ש פ' י"נ (דף קל"ז) בהא דאמרו שם אתרוג זה נתון לך במתנה ואחריך לפ' נטלו ראשון ויצא בו באנו למחלוקת ר' ורשב"ג וכו' עד כאן לא פליגי ר' ורשב"ג אלא דמ"ס קנין פירות כקנין הגוף אלא הכא אי מיפק לא נפיק בה למאי יהבי' אלא מיפק כ"ע ל"פ דנפיק בה מכרה או אכלה באנו למחלוק' רבי ורשב"ג וכתב עלה הרא"ש ז"ל אף לרבי יצא דאם לא נתנו לו ע"מ שיהי' גם הגוף שלו בשע' שנטלו לצאת בו א"כ לא נתן כלום שהרי בענין אחר אינו יכול לצאת בו ומה שאמר ואחריך הוי כאלו אמר הרי הוא נתון לך ע"מ שתתנהו אחריך לפ' כו' אבל אם מכרו או אכלו לרבי לא יצא שהרי לא נתקיים התנאי ולא היתה המתנה לרשב"ג יצא דאין לשני אלא מה ששייר ראשון וע"ש וא"כ ה"נ באומר ואחריך לעצמו או ליורשי גם לרשב"ג דקי"ל כוותיה ודאי קפיד בטובת עצמו ויורשיו והוי כמו תנאי ע"מ שיהי' משויר לו או ליורשיו ולפ"ז ניחא כיון דאחריך ליורשי לא הוי כאומר מעכשיו המכירה דבטלה אינו אלא משום תנאי א"כ ודאי ה"ל ראוי לבעל כיון דאכתי לא אתי לידה וכמ"ש הב"ש וזה נכון ודו"ק: אלא דאיכא למידק לפמ"ש הרא"ש בהא דאמרו שם פ' י"נ (דף קל"ז) במחלוקת דר' ורשב"ג דפליגי בקנין פירות כקנין הגוף נימא דר' נמי סובר דראשון יש לו קנין הגוף עם פירות והא דס"ל לרבי דשני מוציא מיד הלקוחות היינו משום דס"ל לר' דכל האומר אחריך לפ' הוי כמו תנאי וכמו דס"ל לר' באתרוג. ונראה דאי משום תנאי א"כ כל שמכר הראשון נתבטלה מתנת הראשון א"כ גם השני לא זכה דהא לא קאמר ואחריך לפ' ואם הראשון לא זכה גם השני אינו זוכה וכדאמרינן מת שני בחיי הראשון דלא אתי ליד שני אין לו לג' וכעין זה כתבו תוס' פ' המגרש בהתנה ע"מ שלא תנשאי לפלוני והלכה ונשאת לפ' דנתבטל הגט ע"ש ואע"ג דאין ממש בנישואין אלו דהא אינה רשאי לינשא לפ' ואפ"ה נתבטל הגט א"כ ה"נ אם מחמת התנאי הוא א"כ בטל' מתנת הראשון א"כ השני היכא מוציא מיד הלקוחות הא ואחריך קאמר ואם לא זכה ראשון אין לו לב' אע"כ מדס"ל לר' דהשני מוציא מיד הלקוחות וזכה הב' ע"כ דגם הראשון זכה וא"כ אינו מכח תנאי אלא משום דראשון אין לו אלא קנין פירות ובאתרוג דע"כ נותן לראשון את הגוף לצאת בו וכי מכרה או אכלה כיון דלר' קפיד על האחריך ביותר ה"ה כמו תנאי ולא יצא הראשון ואין ה"נ דאם מכרה דגם לאחריו אין לו וכמ"ש כיון דלא אמר אלא אחריך ואם לא זכה קמא לא זכה בתרא ולרשב"ג דלא קפיד הנותן

באחריך מש"ה ס"ל באתרוג דאם מכרה או אכלה הראשון דלא עבר בתנאו כלום בדיעבד ויוצא הראשון אבל לעצמו או ליורשיו גם לרשב"ג קפיד לטובת עצמו ויורשיו כמו לר' באתרוג ואם מכרה הראשון נתבטלה מתנה והרי הוא למפרע של הנותן וזכו יורשיו מכח הנותן דהא בירושה דממילא ודו"ק: אמנם כל זה כתבנו ליישב שטת הרמ"א אך מדברי הפוסקים לא משמע הכי דהא הך דאחריך ליורשי עיקרא דהאי מלת' הולידו והצמיחו הרמב"ן בחידושיו וחזינן דאתי עלה משום דה"ל מעכשיו וא"כ ממיל' לירוש' הבעל הוי מוחזק וכמ"ש הרמב"ן וכן בהאי דאחריך ליורשי והיה לו בת ואין לה זרע שאר יורשין עומדין במקומ' אפי' לא אמר בפירו' מעכשיו וכמ"ש כיון דכל אחריך ליורשי ה"ל מעכשיו והטור דמחלק בכך משו' דס"ל באחריך ליורשי דלא הוי כלל כמעכשיו ויכול נמי הראשון למוכרו אלא דוק' באחריך לעצמו הוא דאין הראשון יכול למכו' וכמ"ש אבל לדע' הרמב"ן סתמ' מעכשיו הוא והנלענ"ד כתבתי ודו"ק:

סעיף יג

בעל לוקח הוי בתשוב' מוהרש"ך ח"ג סי' קל"ה בצווא' שניו' ליתן ללא' הנכסי' ואחרי ליורשי' הנולדי' מגופ' וכתב החכ' השלם הכות' דכיון שלא הית' פנוי' בשעת קבל' המתנ' ונשא' אח"כ לבעל בעל בנכסי אשתו לוקח וזכה בהם הבעל ע"ש. והשיג עליו מוהרש"ך ז"ל אך אמנ' ממקו' אחר יש לתפו' על הכות' תפיס' רבה וגדול' ודבריו דברי' בטלי' לא יעלו על לב ויש להפלא הפלא ופלא אם הוא רב כמו שכינהו החכם השלם הפוסק איך יצא מפיו טעות גדול כזה כי דברים הללו לא יטעה בהם תלמיד טועה שכל מי שיביט וישקיף השקיפה מועטת יבין ויבחין שאין מקום לו' שיזכה בעל לאה אפי' אם הצוואה תהי' קיימת מטעם בעל בנכסי אשתו לוקח דכיון שראובן המצוה הנז' צוה על הבתים שיהי' ללאה בתו ואחריה ליורשים הנולדים לה מגופה וא"א שיהי' לה יורשין מגופה אם לא תנשא לבעל ואם האשה הזאת כשתנשא לבעל מיד זכה בנכסים כדין בעל בנכסי אשתו איך היה אפשר לראובן להתנות שיזכו אחריה יורשים הנולדים מגופה כיון שקדמה להם זכיית הבעל בנכסי האשה אלא ודאי נראין הדברים שכוונת ראובן בצוואתו גלוי לכל שהיתה לבעל מהיות זוכה בבתים. וכבר חשבתי להליץ על טעות הכותב ולו' שאפשר שמה שהתנה ראובן על יורשים הנולדים מגופה שכיון ע"י זנונים באופן שאפשר שיהי' לה יורשים מגופה ולא תנשא לבעל וכו' בלי ספק אם לזה כוון הכותב לא יפה כיון שהדברים אלו הם מוקצים מן הדעת מחמת איסור ומחמת מיאוס להוציאם מן השפה ולחוץ כו' וע"ש. ובענ"ד איני רואה שום הפלאה בזה דודאי האומר לפנוי' נכסי לך ואחריך לפ' לכתחלה אין לה להכניס נכסים אלו לבעל דהא לכתחלה

אסור למכור ובעל לוקח אלא דאם נשאת לבעל והכניסה נכסים אלו לבעל הוי לוקח וכן משמע ס"פ מי שהיה נשוי דלכתחלה אין לה להכניסם לבעל וא"כ כיון דלכתחלה אינה רשאה תשב עד שתלבין ראשה דהא לא תנשא לכתחלה אלא ודאי הנשואין לכתחלה שריא אלא דלכתחלה אין לה להכניסם לבעל וצריכה לסלק לבעל מנכסים אלו ובאופן דמועיל סילוק כמו בארוסה וכיוצא ואם עברה והכניסה לבעל הוי לוקח וא"כ ה"נ זה שהתנה בצוואתו ואחריה ליורשי' מגופה היינו אם יהי' שיור אחריה כגון שלא תכניסתם לבעל דהא לכתחלה אין לה להכניס לבעל ואם עברה ולא שיירה לעצמה אלא הכניסה הכל לבעל הרי בעל לוקח הוי וזה פשוט וברור:

אמנם נראה לענ"ד בנדון זה שהתנה ואחריה ליורשיה מגופה כאן דהוי לדבר שלא בא לעולם לא זכו יורשים מגופן ואפי' במתנת שכ"מ דכל ליתיה בבריא ליתיה בשכ"מ וכמו שכת' הרא"ש בתשובה כלל פ"ד ז"ל שלא אמרו נכסי לך ואחריך לפ' אלא למי שהוא בעולם אבל למי שאינו בעולם לא ואע"ג דקי"ל כל האומר אחריך לאו כאומר מעכשיו אלא כשימות ראשון ובהאי שעתא ליתיה למקנה בעולם כו' ואיכא למימר שתתקיים אע"פ שאין הקונה בעולם לא דמי דכל מתנת שכ"מ ליתיה למקנה בעולם בשעת קני' בין למ"ד עם גמר ובין למ"ד לאחר מיתה ומש"ה מהני באחריך דמה לי שתחול הקנין מיד אחר מיתתו או לאחר זמן אידי ואידי ליתיה למקנה בעולם בשעת קנין אבל לענין קונה לא מצינו שחלקו בין מתנת שכ"מ לשאר מתנות וכי היכי דבעלמא אין אדם מקנה למי שאינו בעולם ה"ה בשכיב מרע וע"ש. ולא הי' צריך הרא"ש לו' לא מצינו שחלקו בין מתנת שכיב מרע לשאר מתנות דהא מוכח להדיא כן בש"ע דלא מהני מתנת שכ"מ לנולדים דהא בהאי דאמר נכסי להאי דמעוברת דף קמ"ז ע"ש דלא קני אלא בבנו ומשום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו אבל באחר לא ואפילו בבנו דוקא בעובר וע"ש דמיירי בשכ"מ וא"כ כיון דלנולדים לא מהני הקנאה א"כ יורשים מגופה לא זכו וכיון דאחריך נסתלק ממילא קם לה ביד בעל שהוא כלוקח ואפי' לפי דעת מוהרש"ך דבמה שאמר וליורשים הנולדים מגופה דעתו הי' לסלק לבעל וכן אפילו באומר לנשואה ואחריך ליורשי מגופה דודאי סילק את הבעל אפ"ה כיון דאחריך לא זכה ממילא זכה בעל דלא סילק לבעל אלא מכח אחריך וכמו שכתב חכם צבי בתשובותיו סי' ל' ע"ש דכי היכי דאומר ואחריך לפרש דסילק ליורשי קמא ואפ"ה אם אחריך נסתלק וכגון שמת קודם הראשון קמה לה ביד יורשי ראשון וה"ה באומר לנשואה ואחריך לפ' לא סילק לבעל אלא עבור אחריך והיכא דאחריך כבר נסתלק קמה לה ביד בעל וע"ש וא"כ ה"נ אפי' באומר

לנשואה ואחריך ליורשי מגופה כיון דיורשי מגופה לא זכו ה"ל כמו נסתלק אחריך וזכה הבעל וזה ברור:

סימן רמט

סעיף א

הנותן מתנה לעבד ואם נותן מתנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו לא מהני אלא דאם אומר לעבד ע"מ שתעשה בו דבר מיוחד כת' בפרישה בי"ד הל' עבדים כה"ג מהני ולא זכה האדון וע"ש. ובט"ז בי"ד שם השיג על הפרישה וכת' דלא עלה על דעת שום פוסק לו' דמהני בעבד ע"מ שתעשה בו דבר מיוחד והפרישה דמשוה עבד לאשה לא דק אלא דוקא בכסף ע"י אחרים היינו שנותנין לו ע"מ שיצא בו לחירות דאין נותנין לעבד כלום ע"ש. ונעלם ממנו דברי הרמב"ם פ"ג מזכי' וז"ל נתן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה ולעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו קנה האדון וקנה הבעל אבל הנותן מתנה לאשה או לעבד והתנה עמהן הנותן בגופה של מתנה שתהי' לכך וכך לא קנה האדון ולא קנה הבעל עכ"ל וע' ש"ך שם בי"ד שהסכים ג"כ לדברי הפרישה:

סעיף ב

האדון קונה גם הגוף. כת' בתשובת לחם רב סי' ק"ל דמה שקנה עבד קנה רבו אפי' מה שקנה קודם שנמכר לרבו ע"ש. וכן נראה מוכח מכמה סוגית בש"ס דפריך גבי עבד מה שקנה עבד קנה רבו בפסחים פ' האשה גבי פסח ולא מוקי לה בנכסים שקנה קודם שנמכר אלא ודאי דמה שקנה עבד קנה רבו לעולם. וכן נראה מירו' פ' השולח גבי מי שחציו עבד וחציו בן חורין מצא מציאה ביום של רבו לרבו ביום של עצמו לעצמו ולית מחר בעי ועבדה ליה למאריה ע"כ והיינו ביום מחר דהוי יום של רבו צריך למיתבי' לרבו המציאה שמצא ביום של עצמו ומשום דמה שקנה עבד קנה רבו אפי' מה דקנה בהיותו בן חורין. אלא דמסוגיות הש"ס דילן פ' השולח (גיטין דף מ"ב) לא משמע כן ע"ש דאמרו נגחו שור ביום של רבו לרבו ביום של עצמו לעצמו ומשמע דהוא לעצמו ולא שקיל מריה מיניה ביום מחר. ונראה דירו' לסוגיא דידיה אזיל דאמר שם בירו' קידש אשה ביום של מריה אין חוששין לקידושין ביום של עצמו חוששין לקידושין. ומסוגיא דידן מבואר דאין העבד מתחלק לאיסור ע"ש פרק השולח דמ"ב שם אלא מעתה ביום רבו ישא שפחה וביום עצמו ישא בת חורין ומשני באיסורא לא קאמרינן ופרש"י דאין האיסור נתחלק אלא למלאכה ושבח נתחלק ומש"ה כיון דתלמודא דידן לעולם הוא חצי עבד וחצי בן חורין בין ביום של עצמו בין ביום של רבו אסור בשפחה ובבת חורין וא"כ הא דנתחלק

למלאכה אינו אלא כמו חצר שאין בו דין חלוקה ועובד רבו עמו יום א' שלם אע"ג דהוא חצי בן חורין עבור שעבד לעצמו בחצי עבד דרבו וא"כ זה שעבד רבו יום שלם הוי כאלו נתן אחר לרבו פרוטה בכדי שיהי' עבד עובד לעצמו יום א' וה"נ הכא במה שעובד בחצי חירות עובד לעצמו בחצי עבדות ונתחלק כה"ג המלאכה ושבחו ומש"ה אין הרב זוכה ביום מחר במה שקנה לעצמו כיון דכבר נתן חלף עבודתו במה שעובד לו בצד חירות. אבל הירו' דס"ל דנתחלק ג"כ לאיסור ואם קידש ביום רבו אין חוששין לקידושיו וביום עצמו חוששין לקידושיו א"כ ה"ל יום עצמו בן חורין גמור וביום רבו עבד גמור א"כ מה דעבד ביום עצמו שהוא בן חורין אח"כ כשנעשה עבד ביום רבו מה שקנה עבד קנה רבו אפי' מה שקנה שנעשה עבד ומשום דלית כאן שיתוף כלל אלא ביום רבו עבד גמור וביום עצמו ב"ח גמור. וטעמא דתלמודא דידן דס"ל דאינו נתחלק לאיסור. כבר מבואר מתוך מ"ש בסי' קע"א סק"א ע"ש ומשום דלא מצינו עבד חוזר ומשתעבד דקדושת הגוף כיון דחייל שעה אחת תו לא פקע וכמ"ש תוס' פ' השולח (גיטין דף מ') ומש"ה לעולם אינו אלא חצי עבד וחצי ב"ח ואסור בשפחה ובבת חורין ואינו מתחלק אלא למלאכה ומשום דה"ל כמו חצר שאין בו דין חלוקה דנשתעבד חלקם זה לזה שישתמש זה בשל זה וע"ש וטעמא דירו' פ' השולח נראה ע"כ דס"ל דגם לאיסור מתחלק ואי משום דקדושת הגוף לא פקע בכדי אפשר דס"ל קדושת הגוף בכדי פקע וכדס"ל לאביי בנדרים דכ"ט ע"ש. ואין להקשות דהא גמרינן לה לה מאשה וגבי אשה אמרי' בפ' המגרש היום אי את אשתי ולמחר את אשתי דכיון דפסק' פסקה וא"כ בעבד נמי נימא הכי דליתיה דכיון דחצי עבד וחצי ב"ח לא משכחת לה אלא בקידושי כסף או בעבד של ב' שותפין וכדאי' פרק השולח דמ"ב דבשטר הוי שיור בשחרור וגבי כסף לא גמרין לה לה מאשה וגבי עבד של ב' שותפים כיון דזה משחרר כל חלקו ואינו חוזר לא ה"ל פסקה זה הנרא' לענ"ד דירוש' ובסוגיא דידן ודו"ק: ירו' פסחים פרק האשה ר' חייא בשם ר' יוחנן מי שחציו עבד וחציו בן חורין קידש אשה אין חוששין לקידושין ודכוותה גירש אין חוששין לגירושין שמואל אמר חוששין לגירושין אתיא דשמואל כר' יודא דתנינא תמן גנב מי שחציו עבד וחציו ב"ח ר' יודא מחייב וחכמים פוטרין ע"כ. ובמשנה למלך פ"ב מקרבן פסח הביא הך דירו' וכת' עלה ז"ל ולא ידעתי מהו דכיון דקידושין לא תפסי בה גירושין היכי משכחת לה הא אין קדושין מעיקרא ונ"ל לו' כגון שקידש אשה חציה שפחה וחציה בת חורין דאפשר דהתם תפסי קידושין מכיון דבת מיניה הוא וסבור הייתי לו' שאין הכוונה אם גירש את אשתו אלא כי האי דאמרי' בשלהי המביא תניין אין העבד נעשה שליח לקבל גט אשה מיד בעלה אבל מן הירוש' דפ' השולח אינו נראה כן אלא דס"ל לירוש' כסברא דדחי

גמ' דידן דקאמר קידש עבד ביום של רבו הרי אין קידושין תופסין בה ביום שלו הרי קידושין תופסין בה ומיהו מה דמדמה לה לשמואל כר' יודא לא ברירי לי ודאי דאם כן מ"ש קדושין מגירושין ובפרק הנחנקין קא מפרש טעמא רר' יודא משום דאין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות עכ"ל:

והנה מ"ש במשנה למלך דמשכחת גירושין בקידש בת מיניה דהיינו חצי שפחה וחצי ב"ח. קשה מהא דבפ' השולח (גיטין דף מ"ב) בעי לה בחצי עבד וחצי ב"ח שקידש בת חורין מהו כו' הא לא שייר בקנינו ואמרי' עלה ת"ש המית מי שחציו עבד וחציו ב"ח נותן חצי כופר ליורשיו ואי אין קידושין יורשין מנא ליה וע"ש דמשני ראוי ואין לו וה"ל לאוקמי שקידש בת מיניה דהיינו חצי שפחה וחצי ב"ח דקידושין תופסין ואית ליה יורשין ועוד דאפי' נשא בת חורין נמי אית ליה יורשין לפמ"ש תוס' להקשות דהיכי תלי יורשין בקידושין כיון דאפי' ממזר נמי יורש הוי וכ' דגבי עריות כיון דשייך קידושין לעלמא הוי יורש אבל היכא דלא שייך ביה קידושין כלל לית ליה יורשין ע"ש ואי נימא דבר קידושין הוא בבת מיניה א"כ אפילו קידש בת חורין דלא תפיס בה קידושין אית ליה יורשין כמו בעריות אלא ודאי דאין לחלק בכך ומאן דס"ל דאין קידושין תופסין בבת חורין ה"ה בבת מיניה אין לו קידושין ומ"ש במ"ל הכוונה ע"פ ירו' דפ' השולח דלא ס"ל כגמ' דידן וא"כ צ"ל דמה דאמר ר' יוחנן מי שחציו עבד קידש אשה אין חוששין לקידושין היינו ביום רבו ומה שאמר גירש היינו בקידושין שקידש ביום עצמו ואין חוששין לגירושין והוא נגד הירו' שם פרק השולח דאמרו שם קידש אשה ביום עצמו חוששין לקידושין ולא כך אמר ר' חייא א"ר יוחנן מי שחציו עבד כו' אין חוששין לקידושין וא"כ צ"ל דר' יוחנן ס"ל דאפי' ביום עצמו אין חוששין לקידושין ולפמ"ש מ"ל א"כ ר' יוחנן ע"כ ביום רבו קאמר אלא ודאי דר' יוחנן לעולם ס"ל דאין חוששין לקידושין אפי' ביום עצמו מדאמר לא כן א"ר יוחנן וא"כ גירושין היכי משכחת לה. ולכן נראה הכוונה כמ"ש במ"ל דהיינו גירש לענין שליח הגט ומ"ש דמירו' פ' השולח אינו נראה כן אינו מוזכר שם נגד זה. וטעות נפל בדפוס ואיפכא קאמר דסבר הי' לפרש הכוונה גירש בקידש ביום עצמו וכירו' דפליג על ש"ס דידן אלא דאינו נראה כן מירו' דפ' השולח והיינו מדאמר לא כן א"ר יוחנן וכמ"ש ולזאת עיקר הכוונה לענין גירש דהיינו בשליח הולכה דכה"ג אין חוששין לגירושין משום דלא הוי בר כריתות וכדאי' בפ"ב דגיטין וזה אינו סותר כלל שם בירו' פ' השולח. ומ"ש במשנה למלך דמה דמדמה לה לשמואל כר' יודא לא ברור דא"כ מ"ש קידושין מגירושין ודאי שמואל דנקט חוששין לגירושין ה"ה לקידושין ויראה משום ס"ל כהאי דירו' דפ' השולח דקידש ביום עצמו חוששין לקידושין

ומש"ה ס"ל דחוששין לגירושין לעולם אפי' ביום רבו ומשום דה"ל בר כריתות כיון דיכול לקדש ביום מחר וכמו בקטן דנראה בש"ס דחשיב כריתות דלא ממעט קטן בשליח הגט אלא משום דקטן לאו בר שליחות הוא וע"כ צ"ל כיון דזמן ממילא קא אתי חשיב בר כריתות ומש"ה בגירש דהיינו בשליח הולכה חוששין לגירושין לעולם אפי' ביום רבו ומש"ה נקט גירושין ולא נקט קידושין ומשום דקידושין אינו אלא ביום עצמו אליבא דשמואל וגירושין ואפי' ביום רבו ומשום דחשיב ליה בר כריתות כיון דזמן ממילא קא אתי וכמ"ש: והא דמייתי מדר' יודא גנב מי שחציו עבד נראה לפמ"ש חוס' פרק הנחנקין (סנהדרין דף פ"ח) בהא דממעט מאחיו ופי' תוס' משום דאין זרעו מיוחס אחריו אינו קרוי מאחיו ע"ש ומש"ה מייתי ראיה לשמואל מהא דס"ל דגונב חצי עבד חייב וע"כ ס"ל דהוי מאחיו ומשום דזרעו מיוחס אחריו ומשום דהוי בר קידושין וכמ"ש תוס' פ' השולח דיורשין בקידושין תליא וא"כ מוכח דחצי עבד שקידש ביום עצמו ה"ל קידושין ומש"ה ה"ל נמי מאחיו דזרעו מיוחס אחריו ואית ליה יורשין וה"ל נמי בר כריתות כיון דאית ליה קידושין כמו שכת'. ונרא' לפרש בהא דס"ל לשמואל דחצי עבד שקידש ביום עצמו הוי קידושין ומשום דמתחלק נמי לאיסור וכדעת הירו' פ' השולח וממילא ה"ל בר כריתות אפי' ביום רבו וכמ"ש דזמן ממילא אתי וכמו קטן ור' יוחנן פליג וס"ל דלעולם אין לו קידושין ומשום דס"ל ראינו מתחלק לאיסור אלא לענין ממונא וכש"ס דילן והוא משום דשמואל לטעמיה דס"ל בפ' השולח דמפקיר עבדו יצא לחירות ומשום דכתיב עבר איש וא"צ גט שחרור ע"ש א"כ כי היכי דמתחלק לענין ממון וה"ל ביום עצמו בן חורין גמור כיון דאינו עבד איש ור' יוחנן לטעמיה דס"ל בפ' השולח שם דמפקיר עבדו צריך גט שחרור להתירו בבת חורין וא"כ לאיסור לא מתחלק ולעולם חצי עבד הוא אפי' ביום עצמו ואין לו קידושין ומייתי ראיה לדשמואל מדר' יודא דס"ל גונב חצי עבד חייב ומשום דבתלמודא דידן פ' הנחנקין שם מייתי לה ממיעוט אחר מיעוט אבל בירו' פ' הנחנקין שם אמרו טעמא דר' יודא משום דס"ל מאחיו ואפי' מקצת אחיו ורש"י שם פרק הנחנקין כת' מיעוטא דאחיו היינו משום דעבד אינו רשאי לבא בקהל ע"ש וא"כ מאחיו אפילו מקצת אחיו היינו כיון דביום עצמו מותר לבא בקהל א"כ ה"ל מקצת אחיו אבל אי נימא כר' יוחנן דאפי' ביום עצמו אין לו קידושין ומש"ה אין לו שליחות לגירושין משום דלא ה"ל בר כריתות כלל א"כ אפי' מקצת אחיו ליכא כיון דלעולם אסור לבא בקהל אע"כ דס"ל לר' יודא דביום עצמו מותר לבא בקהל מש"ה חייב הגונב אפי' ביום רבו דה"ל מקצת אחיו כיון דמותר לבא ביום עצמו בקהל ודו"ק ועמ"ש בסי' קע"א סק"א:

סימן רנ

סעיף א

שדברי ש"מ ככתובין ומסורין. כת' הטור וז"ל בין אם כת' או אמר נכסי לפ' קונה לכשימות למפרע משעת נתינה אפי' בלא קנין כת' הב"י קשיא לי שהרי אמרו מתנת שכ"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה עכ"ל. אמנם דברי הטור ע"פ דברי תוס' והרא"ש ספ"ק דגיטין דאי' שם בהולך מנה לפ' והנותן ש"מ ומית מקבל בחיי נותן דיתן ליורשי מקבל וכתבו שם תוס' משום דה"ל למפרע ובאשר"י שם ז"ל אפי' המקבל מת בחיי נותן ואפי' נולדו יורשי מקבל אחר מיתת הנותן אע"פ שבשעת מיתת הנותן לא היו ראויין היורשין לקנות למ"ד המזכה לעובר לא קנה וגם המקבל לא קנה בחייו כיון שמת בחיי הנותן אפ"ה קנו משום דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמי למפרע משעת נתינה הלכך כיון דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות הוברר הדבר שזכה משעת המתנה והורישו ליורשו עכ"ל. וא"כ דברי הטור נכונים דנ"מ שהם כמסורין למפרע שיזכה בהן יורשי מקבל אפילו מית מקבל בחיי נותן והא דאמרו פ' י"נ דף קל"ז באומר נכסי לך ואחריך לפ' דאם מכר ראשון מה שעשוי עשוי ואין לשני אלא מה ששייר ראשון ומודה שאם נתנם במתנת ש"מ דלא עשה כלום מ"ט מתנת שכ"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך והא לפי דעת תו' והרא"ש והטור דזוכה למפרע א"כ מתנת שכ"מ קדים דהיינו משום דכיון דעד שימות הנותן יכול לחזור ולא נסתלק הנותן עדיין שיורא הוי וקנה שני וכמ"ש בסי' רמ"ח סק"ט וע"ש:

איברא מדברי הרשב"א והר"ן שם ספ"ק דגיטין נראה מבואר דמתנת שכ"מ אינו אלא לאחר מיתה והא דהולך מנה לפ' ומית מקבל בחיי נותן דזוכין יורשי מקבל היינו משום דגבי שכ"מ אמרינן הולך כזכי ע"ש הובא דבריהם בסי' קכ"ה סק"ו ונפקא מיניה היכא דלא מסרם לשליח ומצוה ליתן ומת מקבל בחיי נותן דלדעת הרשב"א לא זכה המקבל ואין להם ליורשים כלום ולדעת תוס' והרא"ש והטור זכה המקבל למפרע וזכו יורשיו אחריו. וע' מ"ש בסי' רמ"ה סק"ו:

אלא דמתשובת הרא"ש נראה דמתנת שכ"מ אינו קונה למפרע ע"ש כלל פ"ד סי' א' וז"ל שלא אמרו נכסי לך ואחריך לפ' אלא למי שהוא בעולם אבל למי שאינו בעולם לא אע"ג דקי"ל כל האומר אחריך לאו כאומר מעכשיו אלא כשימות ראשון ובהאי שעתא ליתיה למקנה בעולם כו' ואיכא למימר שתתקיים אע"פ שאין הקונה בעולם לא דמי דכל מתנת ש"מ ליתי' למקנה בעולם בשעת קני' בין למ"ד עם גמר מיתה ובין למ"ד לאחר מיתה ומש"ה מהני באחריך דמה לי שתחול הקנין אחר מיתתו מיד או לאחר זמן אידי ואידי

ליתיה למקנה בעולם בשעת קניה אבל לענין קונה לא מצינו שחילקו בין מתנת שכ"מ לשאר מתנות ע"ש ואי נימא דמתנת שכ"מ קונה למפרע א"כ היכא מוכח מכל מתנת שכ"מ כיון דזוכה למפרע הרי איתיה למקנה בעולם. ומיהו כיון דבפסקיו כת' דזוכה למפרע בתר פסקיו אזלינן נגד תשובתו. אלא מי מהני נמי מתנת שכ"מ גם לאחר מיתה דהא באחריך לפ' דקי"ל דלאו כאומר מעכשיו ואפ"ה זכי אחריך אע"ג דליתיה למקנה בעולם וכמ"ש הרא"ש בתשובה דבזה אין חולק אלא דזוכה ג"כ למפרע היכא דאפשר ונ"מ במית מקבל בחיי נותן וכמ"ש והיכא דמצוה ש"מ בפי' שלא יתנו לו אלא לאחר מיתתו כמה שנים נמי זוכה וכדמוכח מהאי דאחריך דבצוואות שכ"מ לא איכפת לן במקנה בעולם אלא דאיתי' לקונה בעולם וכמ"ש הרא"ש בתשובה. והא דכת' הרא"ש בתשובה דכל מתנת שכ"מ ליתיה למקנה בעולם בשעת קני' בין למ"ד עם גמר מיתה צ"ל דס"ל דגוסס מתנתו אינו מתנה דאל"כ הוי איתיה למקנה בעולם:

שוב ראיתי בב"ח שכ' בטור דה"ל ככתובים ומסורין למפרע וז"ל דצ"ל לכשימות קונה מטעם דחשבי' ככתובין ומסורין למפרע ולאפוקי דלא אמר ככתובין ומסורין לאחר מיתה דא"כ לא קנה דאין שטר לאחר מיתה ומש"ה כתב במרדכי ס"פ י"נ דפסק רגמ"ה על א' שצוה לאפוטרופס שמינה בחייו שהם יחלקו הנכסים כמו שירצו דאין בדבריו כלום דחשבינן ליה כאלו צוה שיכתבו וימסרו לאחר מיתה ואין שטר לאחר מיתה כו' ולפיכך צ"ל דככתובין ומסורין למפרע משעת נתינה שיקנו לאחר מיתה דמי וכ"כ רבינו למעלה סי' קכ"ה עכ"ל ואינו נראה לענ"ד דודאי מתנת שכ"מ גם לאחר מיתה מהני וראיה מוכרחת ואחריך לפ' דלא הוי כאומר מעכשיו וזכי לאחר מיתה דהא אחריך אינו זוכה למפרע וכמו שכ' הרא"ש בתשוב' והאי דאין שטר לאחר מיתה במתנת ברי נאמרה אבל במתנת שכ"מ לא בעינן למקנה בעולם וכמ"ש וכן מוכח בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ב) מזכה לעובר לא קנה ואיתבי' רב נחמן ממתני' דתנן אם ילדה אשתו זכר יטול מנה כו' ואמרו שם ולימא ליה כשתלד ע"ש והתם ודאי בשכ"מ מיירי וכדתנן שם במתני' ואם אין שם יורש אלא הוא יורש את כולה וכיון דמיירי בשכ"מ היכי מהני לכשתלד הא אין קנין לאחר מיתה והתם ליכ' למימר דזוכה למפרע דהא מזכה לעובר לא קני ולא זכה אלא לכשתלד. ועוד אי במתנת ברי מיירי ודאי צריך להיות המקנה בעולם לכשתלד והתם כבר מת קודם שתלד וכדתנן ואם אין שם יורש אלא הוא אלא ודאי דשכ"מ קונה אפי' ליתיה למקנה בעולם והא דאין שטר לאחר מיתה היינו במתנת בריא וכמ"ש: והנה אפשר לומר הא דכתב הטור דזוכה למפרע לכשימות היינו לפמ"ש בנ"י פ' י"נ בהא דנותן שכ"מ לזמן מה אחר מותו והיכי מהני הא אמר

רב אחא באומר ואחריך לפ' דאם הראשון ראוי ליורשו אין לאחריך כלום דירושה אין לה הפסק וה"נ כיון דכבר ירתי יורשים אין לה הפסק וכתב שם משום דדברי שכ"מ הוי ככתובין ומסורין מעכשיו והזמן אינו אלא לקיומי תנאיה ע"ש וא"כ ע"כ צ"ל דזוכה למפרע דאל"כ ירושה אין לה הפסק. אלא דאכתי לא היה צ"ל כמסורין למפרע דאפי' א"נ לאחר מיתה הוי כמסורין והזמן אינו אלא לקיומי תנאי' נמי לא שייך ירושה אין לה הפסק כיון דלא נחתי לירוש' כלל דהא לאחר מיתה תיכף זוכה המקבל אולם בדברי הנ"י קשיא לי הך לכשתלד דהתם א"א לומר דזוכ' תיכף או לאחר מיתה והזמן לקיומי תנאי' כיון דמזכה לעובר לא קנה ואינו זוכה כלל אלא לכשתלד. ולכן נרא' כמ"ש הרמב"ן פ' י"נ בהא דנותן שכ"מ לאחר זמן והא כבר חלה ירושה ואין לה הפסק משום דלא דייקי' כולי האי אלא התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה וכן בכלל זה נתנה רשות להנחיל לאחר זמן ירושה עוברת ונפסקת מן היורש ורב אחא בנכסי לך דוקא קאמר דכיון דאתחיל בירושה דתורה והנחילו בה שוב אינה נפסקת ממנו אבל בשותק ואומר סתם ליתן אחר זמן מהני ע"ש והובאו דבריו בסי' רמ"ח סק"א ע"ש מ"ש הב"ח וראיה מהא דצווה לאפוטרופוס ליתן התם שאני משום דלא צוה ליתן במתנה מדעת עצמו אלא שאפוטרופסים יעשו כמו שירצו דבזה ליכא לשון מתנה וכבר נפלו נכסי קמי יתמי אבל היכא דצוה ליתן כמו מתנת שכ"מ אפי' אומר לאחר זמן ואפי' בגוונ' דא"א לזכות למפרע וכמו בהאי דלכשתלד נמי מהני מצד תקנת חכמים בשכ"מ דלא בעינן אית' למקנה בעולם כמו שמבואר מדברי הרא"ש בתשוב' הנז' ומדברי רמב"ן הנז' אלא דנ"מ היכא דאפשר לזכות למפרע זוכה למפרע ונ"מ היכא דמית מקבל בחיי נותן דזכו בה יורשי מקבל וכמ"ש תוס' והרא"ש ספ"ק דגיטין ודו"ק:

סעיף ב

אע"פ שקנה מידו. כ' בסמ"ע נראה דה"ה אם היה לו חוב א' ומחל לו חובו בכלל צוואתו ומתנתו בכולה אע"ג דמחילה א"צ קנין מ"מ לא עדיף המחילה דחוב מקנין בשאר דברים ואם עמד חוזר עכ"ל ואע"ג דכתב בטור סי' קכ"ה דאם הוציא המטלטלין מתחת ידו זוכה המקבל ואינו יכול לחזור בו וכ"כ בסמ"ע ס"ק מ"ד ע"ש היינו דאם ימות לא מהני חזרה אבל אם עמד חוזר דלא יהיב אלא אם ימית ואפי' למ"ש בסי' קנ"ה סק"ו בשם הרשב"א והריב"ש דאפי' עמד אינו חוזר התם ה"ט משום דחזינן דטרח להוציא המטלטלין מת"י ש"מ דגמר ומקנה בעין יפה שלא יוכל לחזור כלל אפי' יעמוד אבל במחילת החוב דלא חזינן שום הוכחה מן השכ"מ דגמר ומקנה כיון דהחוב ממילא תחת ידו ומש"ה לא עדיף משאר דברים שקנו מידו דיכול לחזור אפי' אם ימות וה"נ במחילת החוב. ובשו"ת

מוהר"ם מרוטנבורק סי' תתל"ב ז"ל וששאלת ראובן הלוה לשמעון מעות לימים חלה ראובן עד למות וציוה לביתו ובא שמעון ומחל לו החוב ואם ימות יוסיפו לך ליטרא מפשוטי' ושוב עמד מחליו וחזר בו נראה דיכול לחזור בו ממה נפשך אם מתנת שכ"מ משוית ליה אמרו רבנן מתנת שכ"מ במקצת בעי קנין אי מתנה מצווה מחמת מיתה אמרו רבנן אם עמד חוזר אע"ג דקנו מידו עכ"ל. ולא הבנתי מ"ש אם מתנת שכ"מ כו' אמרו רבנן מתנת שכ"מ במקצת עי קנין הא מחילה אינה צריכה קנין וצ"ע:

סעיף ג

המתנה בטילה ממילא. ז"ל הש"ך אפי' הגיע לידו המתנה קודם שעמד כן משמע לקמן סעיף ד' בהג"ה וכן מוכח בטור ומחבר לעיל ס"ס קכ"ה וכן מוכח בטור ורמב"ם פ"ט מזכיה ולפ"ז צ"ל מ"ש הרשב"א הובא בתשובת ר' בצלאל סי' ט"ו דהך דרב הונא ס"פ גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה) דשכ"מ שהקדיש מיירי שמסר המתנה ליד ההקדש כו' ר"ל שמסרם להקדש שתהיה המתנה מהיום וע"ש. ולא ידענא מאי קשיא ליה בדברי הרשב"א דהתם מוקי לה דמיירי שמסרם ליד הגזבר דאל"כ נאמן משום דמגו דאי בעי חוזר ביה ע"ש. ולזה מוקי לה הרשב"א שמסרם ליד הגזבר ע"ש והיכא דשכ"מ צוה ליתן ומוסרו ליד המקבל ודאי א"י לחזור בו אם ימות וכמבואר בש"ע סי' קכ"ה וע"ש דאפי' אמר לשליח הולך דאינו יכול לחזור ואם ימות ה"ל מתנה למפרע והתם בפ' גט פשוט דמיירי דלא עמד ומשום הכי הקדישו קיים דלא מצי חזר כלל ומכ"ש באומר לגזבר שיזכה לצורך הקדש דאינו חוזר כלל דהשתא הולך כזכי שם בסי' קכ"ה מכ"ש זכה ממש דאין יכול לחזור. ולפמ"ש בסי' קכ"ה סק"ו בשם הרשב"א אפי' אם עמד אינו חוזר כשמסרה ליד המקבל או לשליח וא"ל הולך דהוי כזכי בשכ"מ ע"ש אלא דה"מ כשמסרם השכ"מ ליד מקבל או לשלוחו אבל היכא דשכ"מ לא הוציא מתנתו מת"י אלא שהמקבל בעצמו תפסה ודאי חוזר ואפי' מת אחר כך נתבטלה המתנה משום דכל היכא שהשכ"מ בעצמו צוה להוציא תכף המתנה מידו ליד המקבל אמרינן דגמר ומקנה אבל היכא דלא הוציא שכ"מ מת"י אלא שבא מעצמו ליד מקבל ע"י תפיסה זה לא מהני כלום ועמ"ש בסק"ב והיינו הך דרמ"א סעיף ד' והך דטור ס"ס רנ"א אבל הך דרשב"א בתשו' ר' בצלאל דמיירי שהשכ"מ בעצמו מסרו ליד גזבר דכל כה"ג ודאי אינו חוזר וזה פשוט וברור:

סעיף ד

הודה על נכסיו. ע' סמ"ע שכתב דמיירי דאמר אתם עדי כו' ולא כע"ש שכתב ז"ל ואין צריך לומר אתם עדי שאין אדם משטה בשעת מיתה כו' דאכתי איכא למיחש שמא שלא להשביע אמר כן ע"ש ועמ"ש בסי' פ"א ס"ק כ"ד:

סעיף ה

דלא כדברי החולקין. והמה הרא"ש והטור דסבירא להו דאינו חוזר מספיקא. ובאשר"י הטעם משום דלא אמרי' אומדנא לבטל המתנה אלא אומדנ' הברור אבל בספיקא לא אמרי' אומדנא ומה"ט דשכ"מ שכתב כל נכסיו ועמד אינו חוזר דשמא יש לו נכסים במדינה אחרת וה"ה הכא בהנך בעיות דהקדש וחולק לעניים כיון דשכ"מ שחוזר אינו אלא משום אומדנא ובהנך דלא ברירי אומדנא אינו חוזר ע"ש. ונראה ביאור דברים משום דקיי"ל דברים שבלב אינן דברים והא דמהני אומדן דעתי' שהיה לזה התנאי אע"ג דלא פירש היינו משום דכיון דאומדנא כך ה"ל דברים שבלב כל אדם דמהני וכמ"ש במרדכי גבי נדרי אונסין באומר בלבו היום ועמ"ש סי' י"ב סק"א ע"ש. וא"כ היינו דוק' אומדנ' דברירי ה"ל דברים שבלב כל אדם אבל באומדנ' דמספק' אע"ג דהנותן מחשבתו היה לתנאי ה"ל דברים שבלב כיון דאינו בלב כל אדם:

סעיף ו

וכן דין הקדש כדין מתנה שיוכל לחזור בו. ז"ל הטור ואם הקדיש נכסיו או נתנן לעניים מיבעי' אי הוי דינו כמו נותן וחוזר בו אם יעמוד או לא ולא איפשיט' ע"ש. ונראה דלא מיבעי' אלא בעמד אבל אם חזר בעודו שכ"מ ומית אח"כ אפי' נימא דלא מהני חזר' ומשום דגמר בדעתו להקדש ולעניים דליהוי הקדש גמור מחיים אכתי אינו אלא נדר והנודר ומת אין היורשין צריכין לקיים נדרו וכמ"ש הרמ"א בסי' רנ"ב ואם כן לא נפקא מיני' אלא בחיי הנודר ולענין עמד חוזר ומש"ה ניחא דכת' הטור וחוזר בו אם יעמוד ולא כת' סתם וחוזר בו דהיינו בין יעמוד או ימות ומשום דאם ימות ליתי' לנדרו דהא נודר ומת אין היורשין צריכין לקיים נדרו וה"ה הקדיש דעכשיו בהקדשות שלנו לא אמרי' אמירה לגבוה אלא מטעם נדר הוא ומש"ה כת' אם יעמוד והא דכת' הרמ"א וכן דין הקדש כדין מתנה שיוכל לחזור בו כמו במתנה היינו נמי אם יעמוד ואע"ג דכבר כתבו בש"ע אם עמד נתבטל מ"מ קמ"ל דאפי' חזר' בפירוש לא מהני ולאפוקי מדעת מהרד"ך סי' ל' שכת' דאפי' לדברי הרא"ש דוק' מסתמ' אם עמד אין המתנה בטילה אבל חזרה בפירוש מהני והובא בד"מ ע"ש לזה כ' הרמ"א דלא כדברי החולקין וכן דין הקדש כדין מתנ' דיוכל לחזור בו דהא לדעת החולקין אפי' חזר' בפירוש לא מהני ומש"ה נרשם בזה טור והוא מדכת' הטור וחוזר בו אם יעמדו וכת' עלה דהרא"ש ס"ל דנתקיימה ההקדש. ובסמ"ע כת' וכן דין הקדש כדין מתנה שיוכל לחזור אם חזר בעודו שכ"מ ומת אח"כ ע"ש ולפי מ"ש א"כ במת אח"כ אפי' לדעת הרא"ש דנתקיימה נדרו והקדישו נמי אין היורשין צריכין לקיים הצוואה דאי מדין מתנת ש"מ הרי חזר ונתן לאחרים ואי משום

נדרו הנודר ומת אין היורשין צריכין לקיים נדרו וכן בהקדשות שלנו דאינו אלא מתורת נדר ועמ"ש בטור וש"ע סי' צ"ה דנשבעין על הקדשות שלנו וזה ברור. ובריב"ש סי' קס"א ז"ל ומה שאמרת שקודם שבא היורש החזיקו עניים בחלקם אין זו חזקה אלא תקיפה במה שאינו שלהם שהרי היורש שבא לירש מחמת קורבה חזקתו בנכסים ברורה והקדש ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ואפשר שאם הי' ספק בשניהם כגון שלא בא מחמת קורבה אלא ששניהם באים לזכות מכח הצוואה ויש בה ספק אם היה אפשר שתועיל להקדש תפיס' במטלטלין לא בקרקעות וע"ש. ולפי מ"ש נראה דאם היה ספק בשניהם ולא באו מחמת קורבה אלא שהקדיש נכסיו וקודם שמת חזר ונתן לאחרים דאין להקדש כלום וזכו אחרים במתנתן דכיון שמת בטל נדרו ואין היורשין צריכין לקיים נדרו וא"כ מכח מתנת שכ"מ זכו מקבלים אחרים כיון שחזר מן הקדש אין להקדש בתורת מתנת שכ"מ ולאחרים יש להם זכיה בתורת מתנת שכ"מ ואפי' לדעת הרא"ש דהקדש קיים כיון שמת פקע נדרו וכמ"ש וזכו מקבלי המתנה זה הנרא' לענ"ד ברור. אמנם קשה דמשמע מפוסקים דהקדיש וחילק לעניים ומת ולא חזר בו דודאי צריכין לקיים הצואה ואמאי הא כיון דמספקא לן בחילק לעניים אם חוזר כשיעמוד והיינו משום דמספקא שמא גמר להקדיש מחיים וא"כ כשמת נימא שמא גמר להקדיש מחיים ואם כן תו ליכא משום מתנת שכ"מ וכמ"ש הרמ"א בסעיף ט' דמתנת שכ"מ שכתוב בו שמקנה לו מהיום הוי כמתנת בריא וצריכה קנין דדין מתנת שכ"מ אינו אלא היכא שדעתו לאחר מיתה וא"כ לא זכו עניים בתורת מתנת שכ"מ ומדין נדר אין היורשין צריכין לקיים נדרו. והנה בטור וש"ע לא כתבו אלא עמד וניחא אבל מדברי האחרונים משמע דאם מת ולא חזר ודאי צריכין לקיים ההקדש ואמאי דהא אם הכוונה היה מהיום לית בי' לא משום מתנת שכ"מ ולא משום נדר וצ"ע בזה וע' בריב"ש סי' ר"ז בצוואה שכתוב בי' שאף אם יתרפא תהי' צוואה קיימת דהוי דברים בעלמא שהרי אין כאן שכ"מ וכל שמוציא צוואתו מכלל שאר צוואת שכ"מ אין מקיימין דבריו כדי שלא תטרוף דעתו כמו שאין מקיימין מתנת שכ"מ במקצת אפי' כשמת אלא בשקנו מידו כו' שלא תקנו חכמים אלא כשחלה החולי אשר ימות בו וכוונתו להקנות מחמת מיתה שלא יהא צריך לדרכי הקנאות אלא דבריו ככתובין ומסורין. וכן נמי מה דאמרינן בגמ' שכ"מ שהקדיש כל נכסיו מהו הפקיר כל נכסיו חילק כל נכסיו מהו היינו לו' אע"ג דנותן כל נכסיו לאחרים איכא אומדנא מחמת מיתה הכא גבי הקדש והפקר וחילוק לענים איכא למימר דלאו מחמת מיתה עבד אלא כבריא ואינו חוזר ובהקדש והפקר אף בבריא דבריו ככתובין ומסורין וגבי חילק לעניים נמי באמירה בעלמא סגי כדדרשי' בפיך זו צדקה אי נמי דמיירי באחת מדרכי הקנאות

דלאחרים אפילו בקנין אם עמד חוזר ובהכי איבעי' לן אבל לא לו' דמה שאינו קונה בבריא יקנה משום אומדנא בשכ"מ כשנותן במתנת בריא אז כשמוצי' צוואתו מכלל צוואת שכ"מ עכ"ל וא"כ מבואר דחילוק לעניים אינו אלא משום בפיך זו צדקה וכיון דנודר ומת אין היורשין צדיכין לקיים נדרו היורשין פטורין לקיים את הצוואה ולפי מה דמספקא לן דלאו מחמת מיתה עבד אלא במתנת בריא א"כ אפילו מת ולא חזר אין היורשין צריכין לקיים הצוואה אלא כשחילק לעניים באחת מדרכי הקנאות ומת ולא חזר ודאי היורשין צריכין לקיים דבריו דממ"נ או במתנת בריא או במתנת שכ"מ כיון דלא חזר הו"ל לפחות מתנת שכ"מ. ולפי שמדברי האחרונים בתשובות נראה פשוט בחילק לעניים ומת ולא חזר דצריכין היורשין לקיים הצוואה וגם מדברי סמ"ע שכת' דין הקדש כדין מתנה שיוכל לחזור קודם שמת ולפי מ"ש אפילו לא חזר ומת נמי אין בצוואה כלום ומטעמא שכתבנו וצ"ע:

סעיף ז

כדי פרנסתו. עמ"ש בסי' צ"ח סק"ו:

סעיף ח

גוסס מתנתו מתנה. בקידושין פרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ט) תניא יכיר יכירנו לאחרים מכאן א"ר יהודה נאמן אדם לו' זה בני בכורי וכו' וחכמים אומרים אינו נאמן ופריך לרבנן יכיר למה לי בצריך היכרא ופריך פשיטא מגו דאי בעי יהיב לי' כולי' נכסי' ומשני בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ופי' רש"י דנתינה דגוסס לאו כלום היא ובתוס' הקשו מהא דתנן פ' מי שאחזו שחט בו שנים או רוב שנים ורמז ואמר כתבו גט לאשתי כותבין ונותנין וכן מהא דאמרי' פ' כל הגט במביא גט ממד"ה והניחו חולה דנותנו בחזקת שהוא קיים ל"ש אלא חולה אבל גוסס לא דשמא מת אלמא דגוסס דבריו קיימים ע"ש. ובאשר"י כת' דהאי דפ' כל הגט שאני דנתנו לשליח כשהוא בריא אלא שהניחו גוסס דהשתא אין אנו צריכין לדבריו ולענין זה הרי הוא כחי ע"ש ומוהרי"ט בחידושיו כת' לדברי תוס' יש לו' כיון דאלו נתנו בידו לא מהני כיון שהוא גוסס על ידי שליח נמי לא מהני דמי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושלוחו מצי עביד ע"ש ועמ"ש בסי' קפ"ח סק"א ושטת תוספות שם דגוסס דבריו קיימים והכא גבי מתנה היינו טעמא דלא מהני משום דמסתמא גוסס אינו יכול לדבר אבל אם היה מדבר פשיטא דדבריו קיימים והא דנקט גוסס ולא נקט חולה שנשתתק משום דמסתמא יתרפא ויהי' בידו להקנות אבל גוסס אין רגילות להתרפא וחולה נמי שנשתתק והרכין בדאשו דבריו קיימים עכ"ל:

וראיתי בס' גט פשוט סי' קכ"א ז"ל ואי' למידק אם כוונת תוס' במ"ש דמתנ' גוסס אינו כלו' כשאינו יכול לדבר משום שאינו שפוי בדעתו מהו זה שהוקשה להם דלא נקט חולה שנשתתק כו' הלא התי' מבואר בו משום דסתם חולה שנשתתק שפוי בדעתו כו' ולכן יראה לי דהתוס' מפרשי כפי' רשב"ם פ' י"נ בנכסים שנפלו לו כשהוי גוסס ואין יכול לדבר ואין בו כח ליתן וכוונת דבריה' הוא זה דבגמרא הקשו יכיר למה לי אי לימא לתת לו פי שנים פשיטא דנאמן מגו דאי בעי יכול למיתבי' לי' מתנה ואוקמא דקרא איצטרך בנכסים שנפלו לו כשהוי גוסס ואין יכול לדבר וכיון דא"י לדבר ולומר אני נותן מתנה זו לפ' אע"ג דע"י שאלה אם שאלוהו אתה רוצה ליתן מתנה זו והרכין בראשו והוא שפוי בדעתו הוי מתנה מ"מ כיון דהוא לבדו אינו יכול לדבר אלא צריך שיאמרו לו אחרי' והוא ירכין בראשו לית כאן מגו דאי בעי מיתבי' ליה ולכן איצטרך יכיר דנאמן לומר זה בני בכורי לתת לו פי שנים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס דלית ביה מגו דאי בעי למיתבי' לי' כיון שאינו יכול ליתנו לו ע"פ דיבורו לבד אם לא על פי שאלת אחרי' וירכין בראשו ובכה"ג לא חשיב מגו זו היא כוונת רשב"ם למדקדק בדבריו כו' וזו היא ג"כ כוונת תוס' דמפרשי כפי' רשב"ם והקשה להם מה דלא נקט חולה שנשתתק דבי' נמי לא חשיב מגו ותירצו דלא נקט חולה שנשתתק משום דמסתמא יתרפא מה שאין כן גוסס דאין רגילות להתרפא כו' ע"ש. אמנ' כן דבריו עריבים וחביבים אבל אינו עולה פירושו כלל לא בגמר' ולא ברשב"ם דמפירושו נראה שהוא מפרש דאומר זה בני בכור כשהי' גוסס ומש"ה לית ליה מגו דבידו למיתבי' לי' כיון שאין יכול לדבר ותלוי ביד אחרי' לומר לו אתה רוצה ליתן וא"כ למה אמרו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס הא הנכסים יכול להיות אצלו מימים ושנים אלא כיון דהכרה על הבכור הוא בשעה שהוא גוסס לית ליה מגו כיון דאין בידו למיתבי' אלא ביד אחרי' שישאלוהו. ומדנקט בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס משמע דהכרה על הבכור אמר בעודו בריא אלא דפריך שם מגו דאי בעי למיתבי' כוליה וכר' מאיר דאמר אדם מקנה דשלבל"ע ולזה משני בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס דלאו בר אקנויי וכיון דלפי פ' גט פשוט גוסס נמי שפוי בדעתו אין אנו צריכין לדיבורו ולא לדיבור אחרי' שישאלוהו אתה רוצה ליתן כיון שנתן כבר. ועוד דלדבריו צ"ל דהכרה על הבכור הי' ע"י אחרים כיון שאינו יכול לדבר וזה אינו עולה בסוגיא כלל שאמרו בנכסים שנפלו כשהוא גוסס והכרה היה כבר בעודו בריא ומגו דאי מיתבי' לי' נמי כבר בשעה שאמר זה בני בכור וזה פשוט ועיקרא דמלת' כמ"ש מוהרי"ט בחידושיו בכונת תוס' דכל שאינו מדבר הוא בחזקת שאינו שפוי בדעתו ולכן הקשו אמאי לא נקט חולה שנשתתק דנמי הוי בחזק' שאינו שפוי וכתבו משום דמסתמ' יתרפא ואח"כ כתבו דחולה יכול

להרכין אבל גוסס אפי' להרכנה לא חזי ע"ש. וא"כ גוסס שאינו יכול לדבר בין לפי' רש"י בין לפי' תוס' אין מעשיו כלום אפי' נתן כל נכסיו שיהי' לו ואליבא דר' מאיר דאית לי' אדם מקנה דשלבל"ע כיון דבשעה שנפלו הנכסים לאו בר אקנויי הוא ל"מ אלא בגוסס שיכול לדבר לדעת תוס' מעשיו קיימים ולשטת רש"י כל גוסס אפי' יכול לדבר אין מעשיו כלום. ובשטת רש"י דס"ל דגוסס אין מעשיו כלום קשה לי מהא דאמרי' פ' י"נ (דף קל"ז) מודה רשב"ג דאם נתנו במתנת ש"מ לא עשה כלום מ"ט אמר אביי מתנת שכ"מ לא קני אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך ומי אמר אביי הכי והא אתמר מתנת שכ"מ מאימתי קונה אביי אמר עם גמר מיתה ומסיק הדר בי' אביי מהאי וממאי דמהאי הדר בי' דלמא מהא הדר בי' לא ס"ד דתנן זה גיטך אם מתי זה גיטך מחולי זה זה גיטך לאחר מיתה לא אמר כלום ופי' רשב"ם ושמעי' מיני' דלאחר מיתה קא מגרש לה וה"ה למתנתו דאי עם גמר מיתה א"כ הוי גט ואמאי קתני לא אמר כלום ע"ש ולפי שטת רש"י דגוסס אין מתנתו וגיטו כלום א"כ אפי' עם גמר מיתה נמי לא הוי גט דה"ל גוסס ואין לומר משום דהתם כבר נתן הגט בידה בעודו ברי' דהא בנכסים שנפלו כשהו' גוסס נמי כבר נתן בעודו ברי' דהמגו דאי בעי למיתבי' היינו בעודו בריא אלא משום דנכסים נפלו כשהו' גוסס ולאו בר אקנויי הוא בשעת גמר הקנין וא"כ ה"ה בגט עם גמר מיתה לאו בר מגרש הוא וע' בתשובת הרא"ש כלל פ"ד סי' א' ע"ש שכ' דכל מתנת שכ"מ ליתי' למקנה בעולם בשעת קנין בין למאן דאמר עם גמר מיתה בין למאן דאמר לאחר מיתה ע"ש והובא בס"ק א' ע"ש ומשמע דעם גמר מיתה חשיב ליתי' למקנה בעולם וקשיא מהך סוגי' הנז' וצריך עיון:

סעיף ט

המפרש בים. והוא דעת הרי"ף והרמב"ם דכל אלו ארבעה ה"ל כמצוה מחמת מיתה והוי ככתובי' ומסורים ובאשר"י כ' שהר"ר יונה חולק על רב אלפס ע"ש וגם הרב המגיד כ' שהר"ר יונה והרמב"ן חולקין בזו על רי"ף ורמב"ם וע' בנימוקי יוסף פ' מי שמת שכ' על דברי הרי"ף ז"ל ומתוך דברי הרב ר' יונה למדתי דהרבה מהם הולכין להשתקע שם ומש"ה יהבי דאפשר דמספקי אם ישתקעו ולפיכך כשלא נשתקעו וחזרו חוזרין במתנתן אפי' במתנה במקצת ובקנין חוזר כדין כל המצוה מחמת מיתה עכ"ל ונראה מזה דהרב ר' יונה ס"ל כרי"ף ורמב"ם ואפשר דהר"ר יונה ס"ל דלענין חזרה הוא דהוי כמצוה מחמת מיתה דכיון דנתן ע"מ להשתקע שמה וחזר לביתו מש"ה הוי המתנה בטילה אבל לענין מתנה שיהיו דבריהם ככתובין ומסורין בלי שום קנין כדין מצוה מחמת מיתה בזה הוא דפליג על רי"ף ורמב"ם דגם בשכ"מ לא תיקנו שיהי' דבריו ככתובין ומסורין בלי שום

דרכי קנין אלא כדי שלא תטרוף דעתו עליו הוא דמקנה באמירה אבל מפרש בים ויוצא בשיירא אינו קנין באמירה גריד' אלא דמלשון הנ"י שכתב על דברי הרי"ף ומתוך דברי הר"ר ר' יונה למדתי משמע דהר"ר יונה נמי ס"ל כרי"ף כבר כתבו ברא"ש ובבה"מ דהר"ר יונה חולק ובטור כתב בשם הרא"ש דאין סברא לומר במפרש בים ויוצא בשיירא ונותנין במקצת לו' דיהיו חשובים כמצוה מחמת מיתה לחזור במתנתן ע"ש ומשמע דאפילו לחזור במתנתן כשחזרו לביתם נמי לא הוי כמצוה מחמת מיתה:

סעיף י

שכתוב בו שמקנה לו מהיום הוי כמתנת ברי' וצריכה קנין. והוא בנ"י פ' מי שמת בשם הרמב"ן ע"ש וכ"כ בריב"ש סי' רי"ז בצוואה שכתוב בה שתהי' קיימת גם אם תתרפא וע"ש שהעלה דאין בה ממש ומשום דאין כאן שכ"מ ואין במקום זה לקיים דבריו כדי שלא תטרוף דעתו עליו שמעתה בריא הוא וכל שמוצי' צוואתו מכלל שאר צוואת שכ"מ אין מקיימין דבריו שלא תטרוף דעתו עליו כמו שאין מתנת שכ"מ במקצת אפי' כשמת אא"כ קנו מידו דכיון שדעתו להקנות לעולם הרי הוא כבריא אע"פ שהוא שכ"מ ואין חוששין לטירוף דעתו ה"נ כיון שהוא רוצה להוציי' צוואה זו מכלל צוואת שכ"מ אין בדיבורו כלום ואין מקיימין דבריו ע"ש. ובזה נראה לפענ"ד לישב קושיות תו' פ' גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה) בהא דאמרי רב ושמואל שכ"מ שאמר מנה לפ' בידי אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין ופריך עלה מכלל דרב ושמואל דלא נקט שטרא אמר תנו נותנין והא מלוה ע"פ היא ורב ושמואל דאמרי תרוויהו מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשין. והקשו תו' ז"ל וא"ת והא דברי שכ"מ ככתובין ומסורין מאחר דאם כתבו ונתנו היו נותנין השתא אמאי אין נותנין כמחלק כל נכסיו וי"ל דלא דמי דהיכא דנותן מטעם מתנה בודאי תיקנו שיהיה ככתובין ומסורין שמא תטרף דעתו עליו אבל מצוה להם ליתן מכח מלוה ולא מטעם אחר אין לו אלא מכח מלוה כאשר בתחלה והלכך אין נותנין עכ"ל. ולפמ"ש הריב"ש והנ"י דבאומר מהיום דכיון שרוצה להקנות לעולם הרי הוא כבריא כו' א"כ זה שאמר מלוה לפ' בידי תנו לו הרי שרוצה להקנות מהיום אפי' אם יתרפא כיון דהוא רוצה לפרוע חובו וא"כ תו ליכא תקנת שכיב מרע ודוק. וע' בפ' אע"פ (כתובות דף נ"ה) ושם הוכיחו דרב אזיל בתר אומדנא מהאי מתנתא דהוי כתוב בי' כד קציר ורמי בערסי' ואמר רב ארכבי' אתרי ריכשי ע"ש. דכיון דכתוב בי' קנין הוי כמתנת בריא דאם עמד אינו חוזר והוי כמתנת ש"מ שאם אמר הלואתי לפ' הלואתו לפ' ובשטה מקובצת שם הקשה דהיכי מוכח דאזיל בתר אומדנא דהא משום דאלים לי' כח קנין ס"ל דהרי היא כמתנת בריא והרי הוא מפורש כן בהדי' ואין כאן אומדנ' וכיון

דעביד כן כד קציר ורמי בערסי' אלמא רבעי דליהוי דידיה נמי כדין מתנת שכ"מ ותרי ריכשי מפורשין בה בהדי' ואין אנו צריכין לאומדנ' ע"ש ועמ"ש תוס' בזה ונראה דכיון דכת' כל נכסיו בשטר ובקנין והרי הוא רוצה להקנות הכל מעכשיו וא"כ נהי דהי' דעתו שיזכה נמי במתנת שכ"מ כגון דכתוב בי' כד קציר ורמי על ערסי' הא כל שמקנה מהיום אינו מועיל דברי שכ"מ וא"כ אמאי הוי הלואתו לפ' אע"כ דאזיל בתר אומדנא וס"ל שהי' דעתו דכי שראוי לקנות בקנין ובשטר ליהוו כמתנת בריא ומהיום וכל מה שאינו ראוי לקנות ע"י קנין ושטר כמו הלואה לא יקנה מהיום אלא לאחר מיתה כדין מתנת שכ"מ וא"כ ע"כ דאזיל בתר אומדנא דבלא אומדנא ודאי כיון דהקנה בקנין אחד ובשטר אחד ודאי הכל נעשה על זמן אחד ומהיום וא"כ לא קני כלל בתורת מתנת שכ"מ אלא משום אומדנא פלגינן דיבורי' דידי' ואמרי' דראוי לקנין בקנין ומעכשיו ושאינו ראוי לקנין יהי' לאחר מיתה ובתורת מתנת שכ"מ ודוק:

סעיף יא

שמא נשארו לו נכסים אחרים בראש"ש כת' הטעם משום דמספיקא לא מבטלינן המתנה ע"ש ומה"ט נמי פסק בספיקא דהקדיש וחילק לעניים דמספיקא לא מבטל ההקדש וע"ש ובסמ"ע סק"י הקשה על הש"ע דס"ל בהקדש וחילק לעניים דבטל ההקדש מספיקא ואלו כאן ס"ל ומספיק' לא מיבטל המתנה ע"ש ולא קשה מידי דכבר כתב הרשב"א בהא דאמרי' שמא יש לו נכסים אחרים הוא משום דהקנין מורה שיש לו נכסים במדינה אחרת דאם אין לו נכסים למה לו הקנין הא דברי שכ"מ כמסורין אלא משמע דרוצה ליתן מתנת בריא ומשום דיש לו נכסים במדינה אחרת ע"ש וא"כ לא קשה מידי וכן בנימוקי יוסף שם כת' וז"ל ואע"ג דה"ל לאוקמי ממונא בחזקת מארי דספק הוא כו' מ"מ כיון דאוקמה מתני' באומר כל נכסי משמע דהכא אמר שדה פ' לפ' ומדקאמר הכי ולא קאמר כל נכסי מוכח מלתא שפיר דאית ליה עוד נכסים במדינה אחרת כו' ע"ש ולפמ"ש בנימוקי יוסף נמי לא קשה מידי. וע' משנה למלך פ"ט מזכי' שהקשה על האי דרשב"א מהא דתנן לא כת' בה שכיב מרע והנותן או' שכ"מ הייתי והמקבל או' בריא היית דפליגי ר"מ וחכמים והא ודאי בקנין איירי דבלא קנין ליכא מתנה כלל וכיון דהיה קנין נימא דודאי בריא היה כיון שאין דרך מתנת שכ"מ להקנות בקנין ע"ש ונראה דהתם משום ריעותא דאיתיה בגוה במה דלא כת' בה כד הוי מהלך על רגלוהי בשוקא וכדאמרי' שם בגמ' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ד) וכן אמר רבא ראיה בעדים א"ל אביי מ"ט אילימא מדכולהו כתיב בהו כד הוי מהלך על רגלוהי בשוקא והא לא כתיב בה הכי ש"מ שכ"מ היה אדרבה מדכולהו כתיב בה כד קציר ורמי בערסיה והא לא כתיב ביה הכי ש"מ בריא הוי איכא

למימר הכי ואיכא למימר הכי אוקי ממונא בחזקת מארי' וא"כ היינו טעמא דלא מחזקי' אותו בברי' אע"ג דכתב בה קנין מה שאין דרך לכתוב כן גבי שכ"מ משום דלא כת' בה כד מהלך כו' ש"מ דשכ"מ הי' ואע"ג דלא כתב בה נמי כד קצר כו' מידי ספיקי לא נפקא כיון דאית בי' נמי ריעותא דלא כת' בה כד מהלך וכו' אבל היכא דליכא שום ריעותא אמרי' מדקנו מידו ש"מ שרצה ליתן מתנת ברי' ומדאמרי' מ"ט אלימ' מדכולהו כתיב כד מהלך והא לא כת' בה הכי ש"מ שכ"מ הי' אדרבה כו' ולמאי צריך הוכח' בשכ"מ הי' מדלא כת' כד מהלך תיפוק לי' דלא ידעי' אי ברי' אי שכ"מ מוקמינן נכסי' בחזקת נותן. ולפמ"ש הרשב"א דקנין מורה שהי' מתנת ברי' דגבי מתנת שכ"מ לא הי' צריך קנין לזה מקשו אביי מ"ט דהא כיון דכתיב קנין ש"מ ברי' אילימא מדכולהו כתיב כד מהלך והא לא כתיב בה הכי ש"מ שכ"מ ומש"ה אע"ג דכתיב בה קנין מרע לי' במה דלא כת' בה כד מהלך אדרבה מדכולהו כתיב כד קצר והא לא כת' הכי ש"מ ברי' הוי וכיון דלא מוכח מתוך הכתב א"כ ראוי לו' שהי' ברי' מצד הקנין דמורה שהי' ודאי מתנת ברי' וכמ"ש הרשב"א לזה משני איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי ומידי ספיקא לא נפק' ואין הקנין מכריע הספק כיון דאית בה ריעותא דלא כתב כד מהלך וכמ"ש ואוקי ממונ' בחזקת מארי':

סימן רנא

סעיף א

על המקבל להביא ראיה. ז"ל הרמב"ם ואם היו המטלטלין ביד המקבל מתוך שיכול לו' שלי הן ישבע היסת שבריא היה עכ"ל ע"ש פ"ט מזכי'. וכת' הרב המגיד ז"ל נראה דאפי' ליכא מגו כיון שיש עדים שמחמת מתנה זו בא לידו חזר הנותן להיות מוציא מחבירו עליו הראיה אחר שהמטלטלין ביד המקבל וזה החלק צ"ע עכ"ל. ובש"ך כת' דאין כאן צ"ע וכ"כ בכסף משנה שם שהדבר פשוט כרמב"ם וכן דעת הטור והרב כאן דכי היכא דבעלמא אם יש עדים וראה אינו יכול לו' נתת לי במתנה ה"ה הכא כיון דאין העדים יודעין אם קנה במתנה וקי"ל דמתנת שכ"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה א"כ אם היה מתנת שכ"מ הרי מעולם לא יצאת מיד הנותן וא"כ זה המקבל צריך להביא ראיה דאל"כ בעלמא נמי נימא יהא נאמן שלקח או נתן לו במתנה אלא ודאי כיון דאית עדים וראה ברשותא דמרא קאי וה"ה הכא עכ"ל. אבל נראה דהרב המגיד מירי שידוע שהנותן הוציא המתנה מתחת ידו למקבל וכמ"ש כיון שיש עדים שמחמת מתנה זו באה לידו ובזה קונה לאלתר אם ימות ואינו יכול לחזור וכמ"ש הטור וש"ע בסי' קנ"ה ואם כן כיון

דכבר יצא מרשות הנותן אם יתקיים התנאי והוא שימות והשתא דמספקא לן אם נתן במתנת בריא ולא היה שום תנאי או שנתן במתנת שכ"מ והוי כמו תנאי אם ימות דאם עמד חוזר וכמ"ש בש"ע סי' קכ"ה דאין הנותן יכול לחזור בו כל זמן שלא עמד כיון שזיכה ומסר ליד מקבל או שלוחו אבל אם עמד חוזר. וע"ש בטור. וכיון דהיכא שהוציא הנותן המתנה מתחת ידו למקבל אין זה כמתנה שיכול לחזור בו אלא דהוי כמו תנאי אם ימות וא"כ יש כאן מתנה ודאי אלא שנסתפק אם יסתלק מחמת התנאי או לא הוי תנאי כלל אלא מתנת בריא ממש ובכה"ג מוקמינן המתנה ביד המקבל וכמ"ש הרשב"א בתשו' סי' תתקע"ב הובא בב"י סי' כ"ט וסי' מ"ו על ראובן שהוציא שטר על שמעון שמכר לו כרם והלה טוען כי לא מכרו לו אלא על תנאי שאם יפרע לו ש' דינרין שהלוה לו לזמן פ' יחזיר לו השטר ויבטל המכר והביא עדים כדבריו ופסקו הברורים שאפי' עדי השטר העידו בפירוש שלא היה תנאי אוקי תרי להדי תרי ואוקי נכסי בחזקת מאריה כו'. ואין דמיונם עולה יפה דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד לכרם זה שהחזיקו המוכר בכסף ובשטר אלא שהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן פ' שתתבטל המכירה וכיון שהחזיק זה כדין אלא שזה טען שיש לו להסתלק מחמת תנאי ומביא עדים וזה טוען שאין מכירתו מתבטל ומביא עדים העמיד בחזקת שהוא מוחזק עכשיו וכו' ואע"פ שאין הקרקע נתפס וע"ש. ואם כן מכ"ש הכא במטלטלין היכא שידוע בעדים שמחמת מתנה באה לידו א"כ תו לא הוי כמו מתנת שכ"מ דאינו מתנה כלל עד אחר מיתה אבל זה שזיכה ומסר ליד המקבל הרי זו מתנת בריא ממש אלא שאם היה שכ"מ הוי כמו תנאי אם ימות וכיון דכדין ירד אלא שנסתפק בתנאי הרי זה בחזקת המקבל דהשתא בקרקע כה"ג מוקי בחזקת המקבל מכ"ש במטלטלין ואפי' ליכא מגו. מיהו זה דוקא שהגיע לידו מיד הנותן לשום מטלטלין דכל כה"ג הוי מתנת ברי' ממש אלא שהוא על תנאי אם ימות אבל אם נתן לו ע"י שטר וקנין ותפס אח"כ המקבל דכל כה"ג אם הי' שכ"מ אין בזה דין מתנת בריא כלל אלא מתנת שכ"מ ממש ויכול לחזור בו אפי' לא עמד וכיון דאנו מסופקים דשמא הי' שכ"מ א"כ לא יצא כלל מרשות הנותן והמקבל שלא כדין ירד כיון דשכ"מ אינו מהני אלא לאחר מיתה וכל כה"ג אין המקבל נאמן אלא במגו ומזה הוא דמיירי הרמב"ם וכן הטור והרמ"א בכה"ג שבא אח"כ ליד המקבל אבל הרב המגיד בחלקו מיירי שידוע בעדים שבא לידו מחמת מתנה זו היינו שמסרו לו לשום מתנה דכל כה"ג אינו מתנת שכ"מ אלא מתנה בתנאי וכיון שנסתפק אם היה תנאי ויש לו להסתפק כשעמד או לא הרי זה בחזקת המקבל ודו"ק:

סימן רנב

סעיף א

שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים. והוא לשון הרמב"ם פ"ח מזכיה והיינו משום דחיוב מזון האשה והבנות וכתובת בנין דיכרין בגמר מיתה ומתנת שכ"מ אינו אלא לאחר מיתה ממש וקדמו למתנת שכ"מ. והרי"ף כת' ז"ל משום דמתנת שכ"מ לא קני אלא לאחר מיתה לא דחיא תקנתא דרבנן דמזונות אלמנה ובהדי הדדי קא אתי' לאחר גמר מיתה הלכך לא דמי חדא מינייהו לחברתה עכ"ל. וכן נראה מוכח כדברי הרי"ף משום דלדעת הרמב"ם קשיא לי טובא דהא בכתובות בנין דיכרין אינון ירתין תנן ולא יסבון וכדאיתא פרק מי שמת וא"כ ירתין אינו אלא אחר גמר מיתה. ובתשובת הרשב"א ח"ג סי' קכ"ה דאיתי שכתב וז"ל ע"ד שאלתם שכ"מ שאמר תנו מנה לפ' לאחר שישא פלונית או לאחר שנה מי נימא בכי הא כבר זכו יורשין לכ"ד בירושתם ושוב אין לה הפסק. תשובה כל כי הא לא אמרו שא"כ בטלת כל מתנת שכ"מ דלפי דעתו ירושת היורשין חלה עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ אינה אלא לאחר גמר מיתה ואם אתה אומר כן כבר קדמה הירושה ואין לה הפסק עכ"ל וע"ש ומאד יפלא בעיני לו' ירושת היורשים עם גמר מיתה כי נראה דודאי ירושה אינו אלא לאחר מיתה ודבריו צע"ג: אך קשה כיון דבהדי הדדי קא אתיא היכי אלמנה קודמת כיון דמתנת שכ"מ בהדי הדדי חייל ונימא יחלוקו. ובנ"י שם כתב משום דתקנת מזונות קודמת בתקנה ואכתי אינו מובן ע"ש. ונראה לפי מה דאמרי בתמורה דף כ"ה אמר על הבכור עם יציאת רובה עולה עולה הוי או בכור ומסיק לאו היינו דבעי אילפא אמר על הלקט עם נשירת רובו יהי' הפקר ואמר אביי דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ופרש"י כיון דבהדי הדדי חיילי ודאי דברי הרב שומעין ולא דברי התלמיד וה"ה בבכו' דברי הרב קודמין ובכור הוי וע"ש וא"כ ה"נ כיון דבהדי הדדי אתי דברי הרב קודמין והוא תקנת חכמים שתיקנו מזונות וזה שנתן במתנת שכ"מ דברי תלמיד ודו"ק ועמ"ש בזה בתשובת ב"ח החדשים סי' פ"ג ונראה עיקר כמ"ש:

וע"ש שהעלה בשאלה שם בראובן שחלה וקרא לאשה אחת ונתן בידה כ"ט זהובים הגריים וכך אמר לה הרי הזהובים הללו נתונים בידך כדי שתחזירם לי אם אעמוד מחולי זה ואם אמות תן מחצה הסך לבתי היתומה קרובתך ומחצה האחר תן לאשתי השני' ומת הנותן ובאה אשתו ותובעה כל הסך בכתובתה וע"ש שהעלה הדין עם אלמנה ע"פ דברי הרמב"ם שכת' שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים ומשום דבעידנ' דבעינן למימר הוברר הדבר שהרי קדמה זכייתו שהוא עם מיתת הנותן לזכיית מקבל דאינו אלא לאחר גמר מיתה וע"ש. ולע"ד דע"כ לא אמרו דמתנת שכ"מ מאוחר לכתובה או בהדי הדדי כדברי

הרי"ף אלא במתנת שכ"מ ממש אבל זה שהוצי' המתנה מתחת ידו ומסרה למקבל דאינו חוזר במתנתו אלא אם יעמוד ומשום דהוי מתנת ברי' ובתנאי אם ימות יזכה למפרע וכמ"ש בטור וש"ע סי' קכ"ה א"כ ה"ל מתנת בריא שנתקיים התנאי כיון דמת וזוכה ודאי למפרע ומה דאמר אם ימות אינו מגרע כח המתנה כיון דכל שכ"מ שנותן ומוציא המתנה מתחת ידו נמי אינו אלא אם ימות ואפ"ה כל שמת אח"כ זוכה למפרע ואינו בחזרה א"כ מתנת שכ"מ קודמת:

א) שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים. והוא לשון הרמב"ם פ"ח מזכי' והיינו משום דחיוב מזון האשה והבנות וכתובת בנין דכרין חיובן עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ אינו אלא לאחר מיתה ע"ש מ"ש הרב המגיד. אבל הרי"ף כת' ז"ל משום דמתנת שכ"מ לא קני אלא לאחר מיתה לא דחיא תקנתא דרבנן דמזונות אלמנ' ובהדי הדדי קאתי לאחר גמר מיתה הלכך לא דמי חדא מינייהו לחברתה ע"ש וכן נראה מהא דאמרו בפ' מי שמת גבי כתובת בנין דכרין אינון ירתון ולא יסבון וירתון אינו אלא אחר גמר מיתה אלא דטעמא בעי הך דכיון דבהדדי אתי א"כ מ"ט מזונות קודמין ובנ"י שם כת' משום דתקנת מזונות קודמת בתקנה ע"ש. ואכתי אינו מובן דנהי דקודמת בתקנה מ"מ כיון דלא חייל עד אחד מיתה הרי מתנת שכ"מ אתי בהדי הדדי עם חיוב מזונות ומ"ט קודמין המזונות ונראה טעמא דקודמין המזונות אע"ג דאתי בהדי הדדי הוא משום רברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכדאמרינן בתמורה דף כ"ה אמר על הבכור עם יציאת רובה עולה עולה הוי או בכור ומסיק לאו היינו דבעי אילפא אמר על הלקט עם נשירת רובו יהי' הפקר ואמר אביי דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ופרש"י כיון דבהדי הדדי חיילי ודאי דברי הרב שומעין:

סעיף ב

בכתובה ובמזונות כת' הב"י ז"ל כתב הרשב"ץ מה שצוה ראובן להקדשות ופרעה האלמנה מקצתן ומתה ויורשיה אין רוצין להשלים לפרוע ההקדשות מן הדין כיון שהנכסים מטלטלין ותפסה האשה לאחר מיתת בעלה הרי הם בחזקת היורשין בפרעון כחובתה ואם יש שם קרקעות כיון שלא נשבעה אלמנה ימכרו הקרקעות וישלימו ההקדשות כו'. ותמהני עליו וכו' ועוד אעיקרא דדינא פירכ' שכתב דמטלטלין שתפסה ומתה עד שלא נשבעה על כתובה שהם של יורשין ואיני יודע מנין לו זה דכל שלא נשבעה משמע לי דלא מהני תפיסה ויורשי הבעל מוציאין מיד יורשין עכ"ל ותימה על תמיהתו דהא כבר כ' בעה"ת שער י"ד ח"ב וז"ל ומסתברא דאי קדמי יתמי המלוה ותפסו אע"ג דמת לוה בחיי מלוה כיון דתפס לא מפקינן מיניה דכיון דאסקינן דדיינ' דעבד

כר"א עבד ולא מהדרינן עובדא וקי"ל דעבד אינש דינא לנפשיה ה"נ כמאן דאזל לב"ד ודנו ליה כר"א ע"ש. וכן דעת רוב הפוסקים וכן פסק הב"י בש"ע סי' ק"ח סעיף י"א במת לוה בחיי מלוה דאם תפסו יורשי המלוה לא מפקינן ע"ש. וא"כ מה זה שכת' ואיני יודע מנין לו זה כיון דדברי הרשב"ץ ברורין וכמ"ש:

סעיף ג

מצוה לקיים דברי המת בתוס' פ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ט) ד"ה דקא מגמרי טענתא ז"ל ועוד היה או' ר"י דלא אמרינן מצוה לדה"מ אלא באו' לו פה אל פה כו' וחזר בו ר"י מדאמר בהשולח (דף מ') עשיתי פ' עבדי בן חורין כו' אמר ר' יוחנן וכולו בשטר וא"כ הא דתני בתר הכי אעשנו בן חורין ר' או' זכה וחכ"א לא זכה אלא כופין את היורשין כו' מיירי נמי בשטר וכו' ע"ש. והנה בש"ס לפנינו שם פרק השולח לא הוזכר בברייתא שם לישנא דכופין את היורשין וכת' בחידושי מוהרש"א דצ"ל דתוס' איתי להו גירסא בהך ברייתא שם דחכ"א לא זכה וכופין את היורשין ונראה דכוונת תו' למה דתני בתוספתא פ"ט דבבא בתרא וזה תוארה האומר נתתי שדה פ' לפ' כו' תנתן לו ר' או' זכה וחכ"א לא זכה וכופין את היורשין לקיים דברי המת האומר עשיתי פ' עבדי בן חורין כו' יעשוהו בן חורין ר' או' זכה וחכ"א לא זכה וכופין את היורשים לקיים דברי המת ע"ש ונראה שזאת הברייתא היא בפ' השולח (גיטין דף מ') ואע"ג דשם תני לישנא דאתננה ובתוספתא תני לישנא דתנתן דאידי ואידי לישנא דלהבא משמע לחכמים והרי מבואר שם דכופין את היורשין לקיים דברי המת ואע"ג דשם פ' השולח תני ר"מ ובתוספתא תני ר' מ"מ חדא הוא הברייתי' והתוספתא הנז' וא"כ כבר תני שם וכופין את היורשין:

אמנם קשה דהא בשדה נמי תני שם וכופין את היורשין ודעת תוס' שם דלא אמר מלדה"מ אלא היכא דהושלש מתחלה לכך ובעבד דאמרינן כופין את היורשין לשחררו היינו משום דעבד מוחזק בעצמו ע"ש וא"כ היכי כופין בשדה משום מצוה לדה"מ. והן אמת דהרמב"ן הוכיח מתוספתא הנז' דאמרו בשדה מלדה"מ ש"מ דאפ"ה דלא הושלש נמי והובא בר"ן פ"ח דגיטין ע"ש וכיון דלפמ"ש התוס' כיוונו להך תוספתא הנז' וא"כ היכי מצינו שדה. ונראה לפמ"ש הרב המגיד פ' כ"ב ממכירה וז"ל שאף במתנת שכ"מ אע"פ שאין הנודר קיים מצוה לקיים דברי המת כמו שהוא מחויב אם היה קיים ועיקר עכ"ל והיינו דאע"ג דדעת הרמב"ם דלא אמרינן מצוה לדה"מ היכא דלא הושלש אבל בנודר ומת כיון דאלו הי' קיים מחויב ליתן א"כ במת אמרי' מלדה"מ אע"ג דאין על היורשין משום נדר מצוה לדה"מ ומשום דהחיוב שחייב מחיים לקיימו לא גרע מהושלש והובא בסי' רי"ב סק"ז ע"ש. וכבר כתבנו בסי' רמ"ה סק"א לדעת הפוסקים דקנין אתן מהני

הא דתני בשדה בכותב בשטר אתננו דחכ"א לא זכה היינו דלא זכה עכשיו אבל מחויב הניתן לקיים כאשר כת' בשטר וכמו בקנין אתן דאפי' לדעת הפוסקים דמהני קנין אתן היינו שכופין אותו לקיים כאשר קנו מידו אבל עדיין לא זכה וע"ש. וכיון דכופין אותו בחייו ליתן השדה כאשר כתב בשטר אתננה א"כ לא גרע מהושלש וכופין היורשין משום מלדה"מ כמו בנודר שכתב הה"מ שזכרנו דמלדה"מ כמו שהוא מחויב אם היה קיים. וגבי עבד דשם בסי' רמ"ה כתבנו דכיון דבאעשנו בן חורין לא זכה ואכתי עבדו הוא אינו זוכה בשטרו להיות רבו מחויב לשחררו כיון דיד עבד כיד רבו וגיטו וידו באין כא' לא שייך כאן כיון דלא יצא לחירות על שטר זה וע"ש. וכיון דאין כופין אותו בחייו ע"כ האי דעבד משום דעבד מוחזק בעצמו וכמ"ש תוס' שם ודו"ק. ונראה דאע"ג דתני בתוספתא יתנהו יעשהו כולן לשון עתיד הן וה"ל כקנין אתן וכמ"ש:

סעיף ד

והוא שנתנו עכשיו לשליש לשום כך. בתוס' פרק מי שמת הקשו מהא דאמרינן בגיטין פ' השולח (גיטין דף מ') פ' שפחתי עשתה לי קורת רוח כופין את היורשין כו' משום מלדה"מ והתם לא הושלש בידו מידי וצ"ל דגבי שחרור יש לנו לו' יותר מלד"המ מבשאר דברים ע"ש וסתמו הטעם דיש לנו לו' יותר מלדה"מ והר"ן פ"ק דגיטין כתב ז"ל י"ל דשניא היא דזכו בה שמים וזכתה היא בעצמה ועדיפא ממוציא דבר מרשותו ומניח ביד אחרים עכ"ל ובעל העיטור כתב נמי הטעם משום דזכו בה שמים וע"ש. מיהו נרא' דזכו בה שמים לא שייך אלא היכא שצוה לשחרר דאחר השחרור ה"ל עם קדוש ושייך ביה זכו שמים אבל היכא שאילו אומר לשחרר אלא שלא יעשו בו עבודה קשה הא אין בזה כלום לשמים ותיקשי מהא דאמרינן פרק השולח שם פ' שפחתי עשתה לי קורת רוח כופין את היורשין ועושין לה קורת רוח ומפרש לה הרי"ף ז"ל ומאי קורת רוח דעבדין לה דאי אמרה האי עבידתא לא מצינו למיעבדי' לא כייפינא לה ע"ש ולא שייך בזה לשמים כיון דאכתי שפחה היא ואפשר דמה"ט כת' רש"י פרק השולח שם ועושין לה קורת רוח ואפי' אין רוח נתקרה בלא שחרור לשחרריה עכ"ל והיינו כיון דאית בה זכיה לשמים כיון דאם רוצה בשחרור מחויבין לשחררה אמרינן מלדה"מ בכל דבריו אפ"ה דאינה רוצה בשחרור אלא בקורת רוח שיעשה לה כחפצה ודו"ק מיהו הרא"ש פ' מציאת האשה כתב ז"ל התם נמי כביד שליש דמי לפי שהיא מוחזקת בגופה עכ"ל ואע"ג דכבר כתבנו בסי' רמ"א סק"ג דעבד אינו נקרא מוחזק נגד רבו ומשום דה"ל כשורו וחמורו ויד עבד כיד רבו מ"מ לזה חשוב מוחזק דלא גרע מהושלש לכך דה"ל נמי בחזקת בעלים הראשונים לכל דבר:

סעיף ה

מי שנשבע או נדר ליתן לפ'. והיינו משום דשבועה אינו עושה קנין וכן בנודר לעניים אינו עושה קנין ומשום דלא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט אלא בקדושת הגוף או בקדושת בדק הבית אבל נודר לעניים אינו כמסירה אלא שמחויב לקיים נדרו ומשום דכתיב בפיך זו צדקה וכיון דמת אין היורשין צריכין לקיים שבועת אביהן או נדר אביהן ואפי' או' ה"ז לעניים ומעשה בא לידי באחד שנדר בחייו ליתן מעשר כספים מנכסיו וכבר חילק בחייו מקצתו וקודם מותו ציוה שיתן מעשר מנכסיו כפי הנדר שנדר בחייו. וכן באו אלי מעניי העיר לכוף את אפטרופסי יתמי המנוח לקיים הצוואה ואחר העיון לא מצאתי עצמי כמחויב בדבר הזה לפי שנראה לי שאין ממש בצוואה זו. והוא דכיון דנודר ומת אין היורשין מחויבין לקיים נדרו. וא"כ משום נדר שנדר בעודו בריא אין היורשין מחויבין ואי משום מתנת שכ"מ נראה דבזה לא אמרינן תקנת שכ"מ מהא דאמרינן פרק גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה) בהא דאמרי רב ושמואל שכ"מ שאמר מנה לפ' בידי אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין ופריך מכלל דרב ושמואל בדלא נקיט שטרא בידיה אמר תנו נותנין והא מלוה ע"פ הוא ורב ושמואל דאמרי תרווייהו מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשין וכתבו תוס' ז"ל וא"ת והא דברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמי מאחר דאם כתבו ונתנו היו נותנין השתא אמאי אין נותנין כמחלק כל נכסיו וי"ל לא דמי דהיכא דנותן מטעם מתנה בודאי תיקנו שיהי' ככתובין ומסורין שמא תטרוף דעתו עליו אבל אם מצווה להם ליתן מכח מלוה ולא מטעם אחר אין לו אלא מכח מלוה כאשר בתחלה והלכך אין נותנין עכ"ל. וה"נ כיון שאמר ליתן משום הנדר שנדר בחייו וא"כ אין לעניים אלא מכח נדר כאשר בתחלה והנודר ומת אין היורשין מחויבין לשלם. והיות כי משמעות הפוסקים בתשובותיהם אינו נראה כן וע' בשו"ת הר"ן סי' א' בכיוצא בזה דהיה מצוה ליתן את הנדר שהיה לו לתלמוד תורה וע"ש דפסק דמחויבין ליתן לתלמוד תורה אלא דמשמע שם דמחויבין לקיים הנדר שנדר בחייו וע"ש ואלו מדברי הרמ"א מבואר דמשום נרר ודאי יורשין פטורי ועמ"ש בסי' ר"ן סק"ט דהיכא דאומר מנה לפ' בידי דה"ל כאומר מהיום כיון שרוצה לפרוע חובו ובנודר מהיום ליכא תקנת שכ"מ וכתבנו בזה ליישב קושיות תוס' הנז' וא"כ ה"ה הכא נמי כיון שנדר בחייו ואומר שיותן לעניים לפי הנדר שנדר בחייו הרי רוצה לזכות להם מהיום וליתא בתקנת שכ"מ כמבואר ברמ"א סעיף ז' בסי' ר"ן שם ועמ"ש שם סק"ו ואכתי צ"ע מיהו בסי' ר"צ סק"ב שם כתבנו ליישב דברי הב"י בתשובה שפסק בנודר ומת מחויבין היודשין לקיים כפי הנדר ודו"ק. ולפמ"ש

בסק"ג בשם הרב המגיד פ' כ"ב ממכירה דהיכא שהיה אביו מחויב בעודו קיים כופין את היורשין משום מצוה לדה"מ א"כ ה"ה הכא:

סימן רנג

סעיף א

רצו כותבין רצו עושין דין. בפ' י"נ (דף קי"ג) והיה ביום הנחילו את בניו ביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל נחלות בלילה כו' דלמא דין נחלות קאמרת דתניא והיתה לחוקת משפט אורעה כל הפרשה כולה להיות דין ופי' רשב"ם לענין זה שצריך שלשה לחלוקת נחלה כמו בדין ע"ש ובתוס' הקשה דא"כ ה"ל למימר חלוקת נחלה קאמרת ולא דין נחלות אלא מפרש ר"י אורעה כל הפרשה כולה להיות דין לענין שע"כ של בנים נעשים דיינים אותם העומדים שם בשעת צוואה ועושים דין ולא מצי האי למימר איני רוצה לדון לפניכם אלא לפני ב"ד הגדול או לפני ב"ד חשוב בעירי ולא מיירי במתנת שכ"מ דהא לא הוי ככתובין וכמסורין אלא מדרבנן אלא מיירי שנותן בקנין גמור במתנת ברי' מעכשיו אם ימות וקרי לה נחלה לפי שהוא כעין נחלה שאינו קונה אלא לאחר מיתה ולר' יוחנן בן ברוקה אתי שפיר אפי' בלא קנין דאמר במתני' אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים מן התורה עכ"ל. וכתב הרא"ש בשם הר"ר יונה דכיון דאמרו רבנן דברי שכ"מ ככתובין ומסורין אף בצוואה שמצוה ליתן לאחרים שאין ראוין ליורשו כך הוא הדין לשלשה העומדים לשם נעשו דיינים דמתנת שכ"מ כירושה שוי' רבנן והרי אינה נחלה אלא לאחר מיתה כעין ירושה וכל דתיקון רבנן כעין דאורי' תיקון ורב יהודה סתמא קאמר למילתיה בשלשה שנכנסו לבקר לא שנא במחלק לבניו לא שנא במחלק לאחרים עכ"ל. וכן כ' בטור שלשה שנכנסו לבקר החולה כו' ואין אחד מהם יכול לו' לב"ד הגדול קא אזלינא ל"ש אם חילק נכסיו לבניו ל"ש אם צוה ליתן כל נכסיו לאחרים ע"ש. ונראה דאע"ג דתוס' כתבו דלא מיירי במתנת שכ"מ היינו משום דר' יהודה דאמר אורעה כל הפרשה להיות דין ופרשה ודאי לא מיירי מזה כיון דתקנת שכ"מ אינו אלא מדרבנן אבל תוס' מורי דאחר שתיקנו חכמים תקנת שכ"מ ככתובין ומסורין דרצו עושין דין דמה לי נחלה דאוריי' או נחלה דרבנן והב"י כת' על דברי הטור ז"ל אע"פ שהתוס' כתבו כדברי הרא"ש ודלא כהר"ר יונה דברי רבינו מבוארים כדברי הר"ר יונה וכן בדין שהרי גם הרא"ש לא נחלק עליהם עכ"ל ולפמ"ש גם התוס' לא נחלק בזה אלא דהפרשה לא מיירי מזה וע"ש בטור וז"ל ופי' עוד הרשב"ם דמיירי במתנת שכ"מ במקצת בקנין ולא נהירא דהאי יש לה דין מתנת בריא לכל דבר ואין יכול לעשות דין אלא לא איירי אלא

בשכ"מ שמחלק כל נכסיו כדפרישית עכ"ל והיינו דקרא ודאי לא איירי אלא במחלק לבניו וכריב"ב דאם צוה לאחרים אינו אלא מדרבנן ומימרא דרב יהודא בגוף הדין ודאי ה"ה במחלק לאחרים כיון דהוי נחלה דרבנן עכ"פ הוי כמו דאורייי' ורצו עושין דין אבל מתנת בריא בקנין ס"ל להטור דהא אינו נחלה כלל ולא חדית התורה דרצו עושין דין אלא בנחלה אלא דהב"י הקשה לדעת הטור דלא מיירי בקנין מהא דאמרי שם בגמרא קנין מאימתי חוזר רבה אמר כל זמן שיושבין רב יוסף אמר כל זמן שעסוקין באותו ענין אמר רב יוסף כוותי דידי מסתברא דאמר רב יהודה שלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין ואי ס"ד כל זמן שיושבין ליחוש דלמא הדר ביה כלו' לדידי מיירי דסליקו מענינא לענינא ומהכא משמע בהדיא דתלמודא סברא דהא רב יהודה דמיירי במתנה שיש בה קנין וכמ"ש רשב"ם ואלו היה מדקדק בזה לא היה כותב עליו דלא נהירא עכ"ל. והב"ח כתב ליישב דברי הטור דרבינו סובר דבמתנה במקצת בקנין לא מצי מיירי קרא דלא קרי לה נחלה כלל ואין יכולין לעשות דין דלגבי נחלה עשאן תורה דיינים וזו אינה נחלה אלא דין מתנת בריא לכל דבר אלא ודאי מיירי במתנת שכ"מ בכולה במחלק נכסיו ובע"כ צריך לפרש דמיירי נמי באינו יכול לחזור דאם יכול לחזור אין עושין דין אם כן צריך לומר דקרא קאמר במחלק נכסיו ובקנין והיינו דקאמר בפירוש אני מקנה בקנין לכל אחד מעכשיו אם ימות דהשתא לא מצי לחזור בו קודם מותו לא לעצמו ולא לאחרים ואם לא עמד מחליו המתנה קיימת וכיון דלא יכול לחזור בו וכדמפרש התם דמשהה לבתר דסליקו מענינא הלכך עושין דין והא דקרי לה נחלה ועושין דין לפי שאינו קונה למפרע אלא לאחר מיתה אבל אם עמד חוזר בו וכמבואר בתוס' להדיא בד"ה אורעה כל הפרשה ומביאו ב"י ושארי ליה מאריה לב"י שכתב על דברי רבינו שלא היה מדקדק בכאן כי דבריו הם בדקדוק מופלג וכדפרישית עכ"ל. והנה המעיין יראה דלא תיקן הב"י כלום דהא בתוספות כתבו דהוי כעין נחלה כיון שנתן במתנת בריא מעכשיו אם ימות וקרי לה נחל' לפי שאינו קונ' אלא לאחר מיתה ע"ש א"כ אפי' במתנ' במקצ' שקנו מידו מעכשיו אם ימות ה"ל נחלה ואם מקנה מעכשיו בלי שום תנאי א"כ אפי' מתנת שכ"מ בכולה לא הוי נחלה כיון דקנו מחיים ובטור שהשיג על הרשב"ם וכתב דמיירי בשכ"מ שמחלק כל נכסיו ע"כ ס"ל דאפי' בתנאי אם ימות נמי לא הוי לי' נחלה כיון דקונה מהיום ואם ימות אינו אלא תנאי דאי נימא דתנאי אם ימות הוי לי' נחלה וכמו שכת' תוס' א"כ למה כת' על דברי רשב"ם ולא נהירא דהאי יש לה דין מתנת בריא אלא מיירי במתנת שכ"מ בכולה וכיון דמפרש לה הב"ח בקנין ובתנאי אם ימות א"כ יכול להיות נמי במתנה במקצת ובתנאי אם ימות דמה לי בכולה או במקצת

כיון דבשניהן הקנין הוא והתנאי דאם ימות עושה נחלות. אלא ודאי דהטור ס"ל דכל קנין אפי' בתנאי אם ימות נמי אינו קרוי נחלה כיון דאילו אלא תנאי הוי מתנת ברי' לכל דבר ודלא כדברי תוס' ולזה מפרש במתנה בכולה והיינו כריב"ב דמנחיל לכל מי שירצה וכיון דמיירי בלא קנין א"כ קושיות הב"י עצומה על הטור מהא דהוכיחו בש"ס קנין מאימת חוזר. ועוד דנהי דמפרש דברי הטור במתנת שכ"מ בכולהו ובקנין ובתנאי אם ימות מה נעשה בדברי הרא"ש דהו' אינו מפרש לה כלל בקנין ע"ש וז"ל רצו עושין דין כו' ואליבא דריב"ב דאמר על מי שיורשו דבריו קיימין וכו' וכת' הר"ר יונה דמסתבר' דכיון דאמרו רבנן דברי שכ"מ ככתובין ומסורין כו' דנעשו דיינים דמתנת שכ"מ כירוש' שוי' רבנן כו' ורב יהודה סתמא קאמר למילתי' דשלשה שנכנסו לבקר ל"ש במחלק לבניו ול"ש במחלק לאחרים עכ"ל. והרי מבואר דמפרש מלתא דרב יהודה כריב"ב ולא מיירי בקנין ואח"כ כת' דברי הר"ר יונה דמיירי נמי בנחלה דרבנן וא"כ לא מיירי בקנין כלל ומשום דס"ל דלא הוי נחלה כל שנעשה בקנין וכמ"ש וא"כ היכי מפרש לה להאי דקנין מאימתי חוזר כיון דלא מיירי בקנין כלל ובלי ספק דהטור בשטת אביו הרא"ש קאי ומ"ש אלא מיירי במתנת שכ"מ היינו בדין נחלות דריב"ב או בנחלה דרבנן והוא מתנת שכ"מ והב"י יפה דקדק בדברי הטור וכמ"ש. ולכן נראה לע"ד בישוב קושיות הב"י והוא דהרא"ש והטור סברו דכל שנעשה בקנין לא הוי נחלה וכמ"ש אלא מילתיה דרב יהודה הוא כריב"ב דמנחיל לבניו למי שירצה ואורעת הפרשה אינו אלא בנחלה דאורי' וע"כ כריב"ב ובמחלק לבניו דנהי דתורה אמרה דיכול להנחיל ולעשות יורש לזה רשאי וכח לו לו' פ' בני ירש כך וכך ופ' בני כך וכך וע"פ חלוקת המנחיל עושין דין ואם רוצה אח"כ לחזור ולו' פ' בני לא יירש כך תו אינו רשאי דכיון דהתורה נתן לו כח לעשות אותו יורש בכך וכך וה"ל יורש גמור בסך זה והדר כשאמר שלא יורש כך לאו כל כמיניה כשם שאינו יכול לו' פ' בני לא יירש שאין בדבריו כלום וכמ"ש בטור וש"ע סי' רפ"א והוא מבואר פ' י"נ. ה"ה בריבה לא' ומיעט לא' באופן המועיל דהיינו שאמר פ' בני יירש כך וכך ופ' בני כך וכך ונעשה יורש גמור מן התורה במרובה תו לא מצי חזר אח"כ לו' פ' בני לא יירש סך המרובה כיון דכבר נעשה יורש גמור במרובה וכמ"ש. אם לא שיאמר אח"כ פלוני ובני יירש כך וירבה לאחר וימעט לזה שריבה בלשון יורש כך וכך אבל חזרה מדברי הראשונים דהיינו שיאמר על המרובה לא יירש כך וכך לא מהני חזרה כיון דכבר נעשה יורש וכמ"ש אבל עכ"פ כל זמן שעסוקין באותו ענין יכול לחזור לגמרי מדבריו הראשונים במה שריבה לזה ולו' לא יירש הריבוי דכיון דטעמא דקנין חוזר כל זמן שעסוקין באותו ענין דאכתי לא עלה הדבר במוסכם אצלו א"כ הך מלתא דפ' בני

יירש כך וכך לא עדיף מקנין או ת"כ הנהוג בין הסוחרים וחוזר כל זמן שעסוקין באותו ענין ומשום דכל דבר שלא נעשה בגוף הדבר כמו משיכה ומסירה נעשה פתאום ויכול לחזור כל זמן שעסוקין באותו ענין ועמ"ש בסי' קצ"ה וא"כ הא דעושין דין ע"פ חלוקת המנחיל ע"כ דסליקו מענינא דאל"כ אכתי יכול לחזור במה שהנחיל וריבה לזה ולמ"ד כל זמן שיושבין א"כ אין עושין דין כיון דיכול לחזור במה שריבה דלא עדיף מקנין כיון דטעמא דקנין משום דאינו נעשה בגוף הדבר הנקנה ונעשה פתאום א"כ ה"ה בזה יכול לחזור במה שריבה וא"כ היאך עושין דין אע"כ מוכח דקנין אינו חוזר כל דסליקו מענינא וא"כ ה"ה בריבה לא' ע"פ דבריו שעשה לזה יורש גדול אינו יכול לחזור. ואע"ג דלפמ"ש אכתי יכול להרבות לזה שמיעט ולהמעיט לזה שריבה בלשון ירושה לו' פ' בני יירש כך ופ' בני כך זה אינו מיקרי חזרה דנהי דה"ל יורש גמור התורה נתנה רשות להנחיל בלשון ירושה ולרבות לזה ולמעט לזה וא"כ שפיר עושין דין ע"פ חלוקת המנחיל שעשה לזה יורש גדול ועושין דין דזה יהי' יורש גדול ואם ינחיל אח"כ להיפך א"ז ביטול לדבריו הראשונים דהא דבריו הראשונים קיימים דהוי יורש במרובה אלא משום דיש לו רשות לרבות לזה ולמעט לזה בלשון ירושה ולא עדיף מבכור דירת פי שנים ואי לאו דאינו יכול למעט חלק בכורה אפי' בלשון ירושה יכול לו' בני בכורי יורש כך וכך וכיון דא"ז ביטול לדבריו הראשונים שפיר עושין דין דהא לפמ"ש תוס' דמיירי בקנין ובתנאי אם ימות ועושין דין אע"ג דלא אתברא אם ימות אלא כיון דע"פ דבריו עושין דין ודבריו ליתיה בחזרה ה"ה בזה דבריו ליתיה בחזרה לו' לא יירש כפי מה שריבה דכבר נעשה יורש בפי שנים אבל א"נ דקנין חוזר א"כ ה"ל חוזר מדבריו הראשונים לו' לא יירש מה שריבה וא"כ כיון דדבריו איתיה בחזרה אין עושין דין ודו"ק. וכן מוכח מדברי הטור שכת' אלא לא אייר אלא בשכ"מ שמחלק נכסיו וכדפרישית ואין יכולין לעשות דין עד דמשהה לבתר דסליקו מענינא בענין שאין יכול לחזור בו עכ"ל וכיון דהטור לא מיירי בקנין וכמ"ש דאזיל בשטת הרא"ש אביו א"כ מה זה דסליק מענינא בענין שאין יכול לחזור בו ולפמ"ש צריך שהות שלא יוכל לחזור במה שריבה לא' ולו' לא ירש דכל זמן דעסוקין באותו ענין דבריו כמאן דליתיה דנעשה פתאום ויכול לחזור במה שריבה ולו' לא יירש וכמ"ש זה הנראה לענ"ד בישוב דברי הרא"ש והטור אחר העיון ודו"ק. אלא דאכתי איכא למידק בדברי הרא"ש שכת' דרב יהודא סתמא קאמר ל"ש במחלק לבניו ל"ש במחלק לאחרים ובמתנת שכ"מ דכל דתיקון רבנן כעין דאו' תיקון דהא בגמ' שהוכיחו קנין מאימתי חוזר מהא דאמר רב יהודא רצו עושין דין כו' ליחוש דלמא הדר ביה רשב"ם פי' דלישנא דרב יהודא דאמר רצו עושין דין משמע באותו מעמד ע"ש וא"כ היכי מצי מיירי במחלק

לאחרים ובמתנת שכ"מ דהא שכ"מ ודאי חוזר עד שעת מיתה. ונראה דהרא"ש מפרש דלאו מרב יהודה מוכח לן דאית למימר דרב יהודה דאמר רצו עושין דין לאחר מיתה קאמר אלא דמגוף הקרא קא דייק דהרא"ש כתב שם והיה ביום הנחילו את בניו ואליביה דריב"ב דאמר במתני' על מי שראוי לירש דבריו קיימין וכו' והיינו דקאמר ביום נגמרה הנחלה ע"פ העומדין שם ולא בלילה משמע דביום נגמרה באותה שעה ובאותו מעמד אבל מילתא דר' יהודה במתנת שכ"מ מיירי ודאי לאחר מיתה בענין שאין בו חזרה וקרא מיירי בנחלה דאוריי' ואין בו חזרה וכמ"ש והטור נמי שכתב ואין יכולין לעשות דין עד דמשהה בתר דסליקו מענינא מיירי במחלק לבניו וריבה לא' ומיעט לא' אבל במתנת שכ"מ ודאי לעולם חוזר ודו"ק. ועמ"ש בסק"ב ומתיישב טפי:

סעיף ב

ולדון בכל דברי ספק. פ' י"נ שם פריך וניחוש דלמא הדר ביה ומסיק דסליק מענינו ופרשב"ם דכל זמן דמצי לחזור בו דיניהם לאו דין כלל אע"ג דלא הדר ביה אא"כ ע"ש. ותוס' פירשו דהוי אטרוחי בי דינא בכדי ע"ש. ותמיהני במה שלא הובא בש"ע ולא ברמ"א הך דסליקו מענינא וכמבואר בש"ע דבין לפרשב"ם ובין לפי' תוס' עכ"פ אין להם לדון דסליקו מענינא. וגם הרמב"ם בפ"ג מהל' סנהדרין שכת' שם הך דשלשה שנכנסו לבקר כו' רצו עושין דין השמיט הך דסליקו מענינא ואפשר כיון דלפי' תוס' אינו אלא משום אטרוחי בי דינא בכדי ואינו אלא עצה לדיינים שלא יטריחו בכדי ואם ירצו ידונו שפיר מש"ה השמיטו הרמב"ם וש"ע ורמ"א אלא מדברי הטור שהביא פרשב"ם ופי' תוס' משמע לכתחלה לא ידונו וצ"ע. ובחידושי הרמב"ן כת' י"מ ליחוש שמא אח"כ חזר בו וקשיא לי אי הכי גבי מתנת שכ"מ דכתבי ומגו מרעי' איתפטר היכא דיינין ביה וליחוש דלמא הדר ביה וע"ש וכן הקשו בתוס' שם וע"ש בחידושי הרמב"ם שכת' על פרשב"ם דאין הדין כלל כיון שיכול לחזור ויפה כוון עכ"ל ועמ"ש בסי' ג' סק"ד ולייישב דברי המפרשים נרא' לפמ"ש הרמב"ן בשם הרב ר' יהודה הנשיא אלברצלוני בשם י"א שלא אמרו שיכול לחזור בקנין בעסוקין באותו ענין אלא במתנת שכ"מ במקצת דכל שעתא מידק דייק ויהיב והדר ביה עד דסליקו מענינא לענינא אבל בבריא לא מצי למיהדר ביה כלל אלא תכ"ד ודבר הלמד מענינו הוא ובענינא דש"מ אתמר ע"ש וא"כ דוקא בעסוקין באותו ענין מעיקרא לא גמר בלבו לחלוטין אלא ליישב עוד בדעתו עד דסליקו מענינא אבל כל דסליקו מענייניא דכבר גמר בדעתו לזה ל"ח שמא חזר מדעתו הראשונה וכן אפי' לדידן דס"ל דאפי' בבריא חוזר בקנין עד דסליקו מענינא נמי אינו אלא משום דכל דבר שאינו עושה בגוף החפץ שרוצ' להקנו' דהיינו קנין סודר בת"כ הנהוג בין הסוחרים דכיון

דנעשה פתאום אינו דיעה שלימה עד דסליקו מענינא וכיון דמה"ט חוזר משום דהוא דבר הנעשה פתאום ואינו דעת שלימה מש"ה חיישינן שמא כבר חזר בו אבל היכא שידוע שגמר בלבו בדעה מיושבת למיהב לא חיישינן לחזרה עד דאית עדים שחזר ועמ"ש ס"ס ק"א ועש"ך סי' קי"ב סק"ב שהכריע גבי דאקני דאינו יכול לחזור בו קודם שבא לעולם דא"כ מאוחר אמאי כשר נהי דדאקני משתעבד ניחוש שמא חזר בו בפני עדים וע"ש וא"ז ראיה דהא מבואר בתוס' ורמב"ן דלא חיישי' לחזרה דא"כ היכי מהני מתנת שכ"מ ניחוש שמא חזר בפני עדים ואפי' בלקוחות אין חוששין שמא חזר בו וכדמוכח מספ"ק דמציעא דף י"ט גבי הא והא במתנת שכ"מ הא והא בבריא אלא דאכתי אפשר לקיים דברי הש"ך דכיון דמשמע מדברי תוס' דשמא חזר בו לא חיישינן אבל שמא יחזור בו אח"כ חיישינן שפיר דהא מפרשי הא דפריך וליחוש שמא הדר בי' היינו משום אטרוחי בי דינא כיון דיחזור אח"כ ה"ל בכדי ומאוחרין דכשרין היינו כמו שיכתוב השטר ביום הלואה ולאחר הזמן א"כ מאוחרין אמאי כשר לכתחלה ניחוש שמא יחזור בו אח"כ ודוק:

סעיף ג

אבל בלילה כותבין ואין עושין דין. פ' י"נ דף קי"ד שם כ' הרשב"א ז"ל אבל היכא דראו בשעה שאין יכולין להיות דיינים כגון בלילה האי ראי' ראיית עדים הוא שרואין בדבר ולא ראיית דייני' הוא והלכך ע"פ ראייתם דהיינו כאלו הם עדים אין יכולין הן עצמן להיות דיינים ע"פ ראיית עצמן דאין עד נעשה דיין ומיהו ב"ד שהעידו עדים לפניהם עדות בלילה עדות גמורה היא ויכולין לדון למחר ביום אבל ראיה דידהו שרואין בלילה לא חשבינן כאלו הועד לפניהם בלילה דכיון דלא חזי בהאי שעתא לדינא ראי' דידהו אינה כשמיעה ממש ששמעו מפי עדים בלילה אלא הן עצמן נעשו עדים ושוב לא יהיו דיינים בעדות עצמו עכ"ל. אבל בתוס' והרא"ש הוכיחו מזה דלילה אפי' בדיעבד פסול דאם הי' כשר כששמעו בדיעבד א"כ לא תהא שמיעה גדולה מדאי' ע"ש אבל שטת הרשב"ם לחלק דע"פ עדים אחרים כשר בלילה בדיעבד אבל לא תהא שמיעה גדולה מראי' לא אמרי' בלילה כיון דלכתחלה לילה פסול לדין אין עליהם שם דיינים אלא עדים ואין עד נעשה דיין ועמ"ש בסי' ז' סק"ו: וראיתי בשו"ת נודע ביהודא חלק אה"ע סי' נ"ח בשטר קידושין שנכתב שלא מדעת שניהם דה"ל מפי כתבם ע"ש ז"ל ועלה בדעתי כיון שחתומים בו שלשה ושלשתן היו אצל הקידושין נעשין ב"ד דלא תהא שמיעה גדולה מראי' וב"ד יכולין לכתוב בלי שאלת בעלי הדברים ואמנם לפי המבואר בשטר גוף המעשה נעשה בלילה וממילא ל"ש שמיעה גדולה מראי' שכיון שהוא לילה ע"כ נעשו עדים ולא דיינים ואמנם לדברי הי"א שמביא רמ"א בסי' ה' סעיף ב' בהג"ה שבדיעבד גם

בלילה דיניהן דין היה מקום להחמיר בזה עכ"ל ובסיום הפסק ז"ל אבל כבר כתבתי שגם את השטר אין יכולת בידינו לדחותו כיון שהי' שלשה חיישי' לדעת הרשב"ם שפוסק דגם בלילה דיניה' דין ולכן נלענ"ד שבתולה זו צריכה גט ובלא גט אסורה לעלמא עכ"ל: ואיני רואה מקום להחמיר בזה דהא לדעת הרשב"ם דלילה כשר בדיעבד א"כ הא דאמרי' בלילה כותבין ואין עושין דין צריך לחלק דלילה כשר בדיעבד היינו דוקא מפי אחרים אבל הן עצמן כשראו בלילה נעשו עדים ולא דיינים ולא אמרי' לא תהא שמיעה גדולה מראי' כשראו בשעה שאין דנין לכתחלה וראי' ל"מ כשמיעה אלא ביום שראוי להיות דיינים לכתחלה וא"כ בלילה לא הוי דיינים אלא עדים וה"ל מפי כתבם דאי נימא דלילה כשר בדיעבד ולא תהא שמיע' גדולה מראי' א"כ היאך יפרש הך דליל' כותבין ואין עושין דין שאמרו להדי' בגמ' וע"כ צ"ל אחת משתי פנים או דליל' אפי' בדיעבד פסול כדעת תוספו' והרא"ש או דליל' כשר בדיעבד היינו מפי ?אחרי' אבל לא בראיי' עצמן וא"כ לכ"ע כשראו בליל' לא נעשו דיינים ואין כאן מקום כלל להחמיר חומרי שניהם כיון דאמרו להדיא בליל' כותבין ואין עושין דין וזה פשוט וברור:

סעיף ד

אם יצא עליו שט"ח גובה מהאחרון בפ' י"נ דף קל"ח ת"ר שכיב מרע שאמר תנו מאתי' זוז לפ' ושלש מאות זוז לפ' וארבע מאות לפ' אין אומרים כל הקוד' בשטר זכה לפיכך יצא עליו שט"ח גובה מכולם וכ' רשב"ם ז"ל אם יצא עליו שט"ח קודם שקיבלו המעות א"נ כגון דהוי מאתים זוז ושלש מאות זוז שדות ששוה כך וכך דמים הלכך אפילו אחר שגבה גובה בע"ח מהם דמקבלי מתנות שכ"מ כיורש שויה רבנן ומקרקעי דיתמי משתעבדי לבע"ח עכ"ל. ואיכא למידק במ"ש הרשב"א אם יצא עליו שט"ח קודם שקיבלו המעות דהא כיון דמיירי במטלטלין א"כ כי לא קבלו מעות מאי הוי כיון דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין ה"ל כמו מלוה ופקדון בידו לא משתעבדי לבע"ח דקי"ל כר' עקיבא דאמר בפ' הכותב (כתובות דף פ"ד) דינתן ליורשים משום שכולן צריכין שבועה והיורשין אין צריכין שבועה וה"נ במתנת שכ"מ דהוי כיורש דינתן ליורש ולא לבע"ח ואפשר דאתיא כר' טרפון דס"ל דבע"ח גובה ממלוה ופקדון שביד אחרים. ויותר נראה דאפי' לר"ע נמי כיון דטעמא דר"ע דאמר ינתן ליורשין שכולן צריכין שבועה אין זה עיקר הטעם וכמ"ש תוס' והרא"ש שם בשם הירו' הגע עצמך שפטרן משבועה זו תורה וזו אינו תורה ופי' תוס' והרא"ש דלאו בשבועה תליא מלתא אלא בדין גוביינא שכולם מחוסרין גובייא וראויין לשבועה כל היכא שלא פטרן והיורשין אין מחוסרין גובייא דכל היכ' דאיתי' לממונא ברשותי' קאי וע"ש ובמתנת שכ"מ אע"ג דכתובין ומסורין אפ"ה מיקרי מחוסר גובייא

וכמ"ש בתה"ד סי' ש"ן במי שצוה ליתן לבת בנו עשרים זהובים ומתה ובעל האשה תובע בעשרים ליטרא וכת' שם דלא הוי מידי משאש בתביעת הבעל משום דכה"ג לא בא ממון זה ליד אשתו מעולם ומחוסר גובייא חשיב ראוי ואין הבעל יורש את אשתו בראוי וגרע טפי ממלוה בשטר דאית לה לאתתא בנכסי מלוג שלה דלא ירית בעל משום דחשיב ראוי עכ"ל וכיון דמתנת שכ"מ כל שלא הגיע ליד המקבל חשיב מחוסר גובייא וראוי א"כ המקבל לא עדיף זכותי' מן המלוה דאי משום דבע"ח מחוסר גובייא הא מתנת שכ"מ נמי מחוסר גובייא. ודוקא היורש הוא דחשיב מוחזק נגד בע"ח אפי' במלוה שביד אחרים כיון דהבע"ח מחוסר גובייא מן היורש אבל מקבל מתנת שכ"מ דהוא כיורש הוא עצמו מחוסר גובייני' ומודה ר' עקיבא כגון זה לר' טרפון דינתן לבע"ח ואכתי צ"ע ועמ"ש בס"ק:

סעיף ה

אין לו גובה משלפניו. כת' הר"ן ר"פ הנזקין ז"ל וא"ת והיכי קרי למתנת שכ"מ משעבדי דאי הכי מלוה ע"פ גו זימני' ומזון האשה והבנות לא יגבה מהן וליתי' מדאמרי' פ' י"נ השתא ירושה דאורייתא אלמנה נזונת מנכסיו מתנת שכ"מ לא כ"ש וי"ל דהכ' במתנת שכ"מ במקנת ובקנין דמתנת ברי' הוא אבל במתנת ש"מ בכולה קמא בינונית ובתר' זיבורית ובינונית דקמ' גבי וכן דעת הרי"ף והרמב"ן ז"ל וע"ש וכ"כ בעה"ת הובא בב"י סי' קי"א ע"ש ולפ"ז קשה בדברי הטור שכתב דין שכ"מ ואח"כ כת' וה"ה נמי בברי' שזיכ' להם ע"י אחר דינא הכי ע"ש וכן כת' הרמ"א וה"ה בבריא כו' ומשמע דרישא לא מיירי במתנת ברי' א"כ הדרא קושיות הר"ן לדוכתי' וכן מסתימת לשון הש"ע משמע דאיירי במתנת שכ"מ ממש. ולכן נראה דס"ל לטור וש"ע דאפי' במתנת שכ"מ בכולה נמי קמא בינונית ובתרא זיבורית גובה מהאחרון דלא כדעת הרמב"ן והר"ן אלא כדעת הרשב"א שכ' וז"ל דכי אמרי' בפ' הנזקין דמשועבדין דמתנה אפי' דשכ"מ כמשועבדים דלקוחות לא אמרי אלא במקום דליכא פסיד' למלוה אלא בין בינונית לזיבורית דמ"מ גובה הוא חובו אבל במקום שיפסיד בע"ח חובו לגמרי ודאי טריף ממתנת שכ"מ במקום פסיד' גמורה כמזון האשה והבנות ומלוה ע"פ דכירושה שוי' רבנן למתנת שכ"מ וה"ה לכתובת בנין דכרין עכ"ל ע"ש בדברי הרב המגיד שכתבו בשם הרשב"א ובעיקר הקושיא שנתקשו בו הרמב"ן והרשב"ם והר"ן עמ"ש ישוב נכון בסק"א והוא דאפי' בירושה אלו משכחת כה"ג יורש קמא ויורש בתרא וקמא בינונית ובתר' זיבורית דגובה מאחרון וראיה מדברי טור וש"ע ס"ס ער"ה במחזיק בנכסי הגר דגובה מאחרון ע"ש אע"ג דמחזיק בנכסי הגר אין לו אלא דין יורש וע"ש:

סעיף ו

דהוי כאלו אמר שני צוואות והוא מתשובת תה"ד סי' ש"ן ז"ל ראובן צוה מחמת מיתה שינתן מנכסיו לבת בנו עשרים ליטרא ותקנה בהם חגורה אחת יפה ונפטר ראובן אח"כ כמו חדש ימים נפטר גם האשה בת בנו קודם שהגיע המעות לידה כו' השיב בן ראובן אבי לא צוה אלא שתקנה חגורה עבור אותם ך' ליטרא והנ' נפטרה בזמן מועט אחר פטירתו וע"כ נתבטל מחשבתו וצוואתו והבעל טוען לא נתבטל בשביל כך הדין עם מי. תשובה יראה הדבר צריך דיקדוק כו' נראה לכאורה דשפיר טען וכה"ג איתי' במרדכי פ' אע"פ באחד שנדר והקצה מעות לצדקה יתומה להשיאה בהן ונפטרה היתומה קודם שהשיאה ופסק רבינו חיים כהן דלא זכו יורשי היתומה באותן מעות כל עיקר משום דאמדי' לדעתי' שלא הקצה אלא ע"מ לעשות בהם מצוה וכו' אמנם נראה דבנ"ד ליכא אומדנ' דמוכח כלל כי התם דאיכא אומדנ' גדולה שלא כוון לעשות זה במעות הללו אלא חפצי שמים ולא ליתנם במתנה לאינש דעלמא משא"כ בנ"ד דאמרי' פ' י"נ ופ' מי שמת דעתו של אדם קרובה אצל בניו וה"ה מסתמא אצל בת בנו ונוכל לו' דגמיר ויהיב להקנות לה הכ' ליטרא מנכסיו בלי תנאי ומה שצוה שתקנ' בהם חגורה יפה כדי להראות לה חבה יתירה שהיא זכורה על קשוטי' בשעת פטירתו כו'. עוד הי' מראה לזכות הבעל מטעם אחר דגרסי' פ"ב דביצה האי גבר' דאמר הב ד' מאות זוז לפ' ולינסוב ברת' אמר ר"פ ד"ה ת' זוזי שקיל ברת' אי בעי נסיב ואי בעי לא נסיב טעמא דאמר הבו לי' ת' זוזי ולינסוב ברתא אבל אומר לינסוב ברתא והבו לי' ד"מ זוזי אי נסיב קא שקיל אי לא נסיב לא שקיל ומוכח התם מפי' רש"י ותוס' שהטעם הוא משום דאמרי' תפוס לשון ראשון ומיד כשאמר הבו לי' ד' מאות לפ' זכה בהן משום דככתובין ומסורין דמי ומאי דקאמר אח"כ ולינסוב ברתא אי בעי עביד אי בעי לא עביד וה"ה בנ"ד כו'. אמנם כל ימי תמהתי אהאי פסקא דתלמוד' דבשלמא הא דקאמר לעיל מיני' האומר הרי עלי עולה ואצא בו ידי חגיגה אי' למימר בי' תפוס לשון ראשון משום דיצא מפיו הרי עלי תו לא מצי למיהדר אבל שכ"מ מצי לחזור מדבריו לגמרי אי בעי וכ"ש דמצי אח"כ להתנות כמה שירצה היאך נוכל לו' תפוס לשון ראשון. ע"כ נראה דצריך לדקדק יפה אי אתינ' לדמוי' להא מלתא אחריתי. אמנם הסמ"ג במצות מקח וממכר מפרש טעמא דהאי מימר' משום היכ' דקאמר הבו לי' ד"מ זוזי ולינסוב ברתא ר"ל שתי צוואו' דליתבי' לי' ד"מ זוז וליתבי' לי' נמי ברתא לכך אי בעי נמי לקבל רק צוואה קמיית' ולא בתריית' מצ' למיעבד אבל כי קאמר לינסוב ברת' וליתבי' לי' ד' מאות אמרי' דחד צוואה היא ותנאי הוא דקאמר לי' אי נסיב שקיל ואי לא לא ולפ"ז בנ"ד ע"כ חד צוואו' היא ולא אזלינן בתר לשון ראשון

ורב אלפס מייתי האי עובדא ופיסקא בפ' מי שמת ומפרש נמי כמו בסמ"ג דלעיל ונראה דהרוצה לידחק קצת יתיישב לו דרש"י ותו' נמי ס"ל לפרש הכי עכ"ל. והעתקתי כל דברי התשובה. היות נפלאתי בזה דאיך סתם הרמ"א ע"פ תה"ד דהו"ל שני צוואות כיון דלפנינו התשוב' הנ"ל דמסיק דהכא הוי חד צוואה ולפי שדיבור המתחיל אמנם בסמ"ג במצות מקח וממכר כו' נרשם שם הג"ה. ואפשר דסבור הרמ"א דזה אינו מדברי תה"ד וסיום פסק משום תפוס לשון ראשון. אלא דא"כ לא הי' לרמ"א לכתוב דהוי כאלו אמר שני צוואו' אלא הכי ה"ל למימר דתפוס לשון ראשון. ועוד דכל הדברים שמה מתה"ד הוא וכן בתשובת דברי ריבו' סי' קכ"ט וסי' ק"ל בא' שצוה ליתן לבתו ת"ק לבנים אם תקח בהם מנאטו אחד או שפחה אחת לגידול הבנים ומתה ולא לקחה מנאטו והעל' שם דהצוו' בטילה והביא שם לשון הת"ה שכת' בנ"ד הוה צואה אחת וא"כ השתא התם שלא אמר אם תקח חגור' אלא ותיקח חגורה הוי צוואה אחת כ"ש בזה שאמר אם תקח וע"ש ולכן דברי הרמ"א שכת' דהוי שתי צוואות צ"ע. ואכתי בעיקר הדין נראה לקיים האי פסקא דרמ"א והוא מטעם הראשון שכת' תה"ד משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ונוכל לו' דגמיר ויהיב הכ' ליטרא בנכסיו בלי תנאי ובזה יתכן הא דשינה הרמ"א מלשון התה"ד שבתה"ד כתב המעשה לבת בנו והרמ"א כתב בצוה ליתן לבתו ולפי מ"ש דהכ' הוי חד צוו' אלא דבצוה לבתו ה"ל דעת קרובה אצל בתו וגמר ויהיב בלא תנאי אבל בת בתו לא הוי דעת קרובה אצלה ודלא כתה"ד דס"ל נמי דעת קרובה בבת בנו וכמ"ש הרמ"א בסי' ר"י דבן בנו כאחר דמי ועמ"ש בסי' ר"י סק"ג דדברי רמ"א סותרין שם ומ"ש בסי' רנ"ז סעיף ב' והתם בתשובת דברי ריבות נמי רצה לו' דזוכה הבת משום דעתו של אדם קרובה כו' אלא משום דשכ"מ לא רצה לצוות כלום לבתו ומשום דהתרעם עליה שגזלה אותו בחייו ועתה רוצה עוד אחר מותו אלא ע"י הפצרת האנשים שהיו שם הוכרח לשמוע אליהם דלא שייך ביה דעתו של אדם קרובה אצל בנו ואין לה אלא כמו שאמר אם תקח מנאטו אחת וע"ש וא"כ ה"נ באומר תנו לבתי ק' זוז ותקנה בהם חגורה מחמת דעת קרובה אמרינן דגמר ויהיב בלי תנאי אבל באומר תנו ק' לאחרים ותקנה בהם חגורה ה"ל חד צוואה וכמבואר בתה"ד ובדברי ריבות) (אלא דאכתי צ"ע כיון דפסק בש"ע סעיף ט"ו באומר לנדוניא דה"ל כמראה מקום ע"ש א"כ ה"ה הכא וע' מ"ש סק"ט:

סעיף ז

תנו ק"ק זוז לפ' לנדונייתא. ס"פ נערה ההוא דאמר להו נדוניא לברת' זיל נדוניא אמר רב אידי בר אבין פורנא ליתמי ופרש"י נדוניא לברתא קצוביו היו תכשיטי הבנות כך וכך לבושים פורנא ליתמי הריוח ליתומים ולא אמרינן נתיב לה דמי הנדוניא כיום

הצוואה ע"ש. וכתב הרא"ש ז"ל ובספרים כתוב ת' זוז נדוניא לברתה אותה גירסה נ"ל עיקר דאם לא הזכיר סכום המעות מה חידוש הוא זה דפורנא ליתמי אבל עתה שהזכיר סכום המעות שהיתה הנדוניא שוה באותה שעה השתא הוי חידוש אע"פ שהזכיר סכום המעות הריוח ליתומים כי לא הי' דעתו אלא שיתנו לה הנדוניא עכ"ל וז"ל הטור ואם אמר תנו לבתי לנדוניא כך וכך חפצים במאתים זוז והוקרו או הוזלו הריוח וההפסד הוא ליתומים ע"ש:

והנה ביאור הדברים במה שמחלק בש"ע בין אומר תנו ק"ק זוז בנדונייתא ובין אומר לנדונייתא וכתב הסמ"ע צ"ע דלא מצאתי בשום מקום חילוק זה וגם הטור כת' לנדוניא ולכן כת' דעיקר הוא דברישא אמר ק"ק זוז לפ' ולא אמר תנו ובסיפא אמר תנו ע"ש ותמהני דאם לא אמר תנו לאו כלום הוא וכמ"ש הרמ"א סעיף ב' דוקא שמזכיר ל' מתנה אבל אם אמר כך וכך לפ' בנכסי לאו כלום הוא ואם כן אפי' שתנשא אין צריכים לקיים צוואתו ובע"כ אמר ל' תנו אלא שקיצר בש"ס דידוע דצריך ליתן באופן שיהי' דבריו קיימין ולישנא דגמ' נמי בהאי דאמר נדוניא לברת' ודאי אמר לשון תנו וכמ"ש אמנם מה שמחלק בש"ע בין אמר בנדוני' ובין אמר לנדוני' היינו משום דנדוניא הוא שם העצם לתכשיטי הבנות ומש"ה כשאומר תנו כך וכך חפצים במאתים זוז והוא לתכשיטי הבנות מש"ה הריוח וההפסד ליתומים כיון שצוה ליתן בחפצים אבל אם אומר תנו ק"ק זוז לנדוני' והוא שיותן לה מעות מזומן והיא תקח בהם חפצים לתכשיטין הריוח והפסד לברת' ומשום דצוה ליתן במעות מזומן מגיע לה מעות מאתים זוז ומה שאומר לנדוניא אינו אלא כמראה מקום וזה כוונת הש"ע אם אמר ק"ק זוז לפלוני בנדונייתה דהיינו חפצים שהוא נדוניא והוא תכשיטי בנות א"כ אין לה אלא החפצים ואין צריכין ליתן עד שתנשא ותצטרך כו' אבל האומר תנו ק"ק זוז לפ' לנדוניא היינו שיתן לה מעות מזומן לצורכי נדוניא אינו אלא כמראה מקום וזכתה מעכשיו בסך מאתים זוז. והטור אע"ג שכתב לנדוניא כיון שכתב כך וכך חפצים במאתים זוז וכיון שהזכיר החפצים בסך מאתים זוז אין חילוק בלשון נדוניא או לנדוניא כיון שאומר בפי' תנו כך חפצים ועיקר תליא בין ל' חפצים למעות מזומן וש"ע בסתם קאמר דלשון בנדוני' היינו חפצים ואומר לנדוני' היינו מעות שתקנה בהם חפצים אבל הוא לא אמר כך וכך חפצים וז"ב והארכתי בזה יען כי בסמ"ע הסיע דברי הש"ע לכוונה אחרת ועיקר כמ"ש. וז"ל הריטב"א ס"פ נערה שם הובא בשטה מקובצת האי דאמר נדוניא לברתא פ' ושכ"מ היה דמקנה באמירה וכלים של נדוניא הרגילים היו ידועים ובשעה שצוה עליהם היו נמכרים ביוקר בשוק ובתר הכי זול נדוניא והיתה היא תובעת העודף כו' ואמר רב אידי פורנא ליתמי

שלא נתכוין האב אלא שיתנו לה נדוניא הרגילה הן ביוקר הן בזול וה"ה דאי אייקר דוורא ליתמי ושמעתי מרבותי שאין להם לתת לה עד שתנשא ותצטרך לכך ואם מתה בנתיים אין ליורשי' כלום אבל האומר תנו מאתים זוז לפ' לנדונייתה חייבין לתת לה ק"ק מעכשיו ויוקרא וזילא דידה הוי ולא עוד אלא אם מתה קודם שתנשא זכו בהם יורשי' דכה"ג לא הוי קפידא אלא כמראה מקום וכהאי דפ' השוכר בנותן דינר לעני ליקח בהם חלוק שרשאי ליקח בו טלית וכ"כ הרשב"א עכ"ל. והוא כמ"ש דברישא אמר נדוניא היינו כלים של נדוניא הרגילים וכיון שלא ציוה ליתן אלא כלי נדוני' מש"ה הריוח ליתמי ואין להם ליתן עד שתצטרך ובסיפא אמר תנו מאתים זוז לנדוניא היינו שיתנו לה מעות מזומן והיא תקח בהם כלי נדוניא ה"ל כאומר תנו דינר לעני ליקח בהם חלוק וכמ"ש הריטב"א והטור שכתב שאמר המצוה כך וכך חפצים א"כ אפי' הזכיר סכום מעות כיון שלא אמר כך סכום מעות שתקנה בהם חפצים אלא חפצים כך וכך בעד מאתים זוז א"כ ל' לנדוניא לאו כלום הוא כיון שאומר כך וכך חפצים במאתים זוז אין לה אלא החפצים בעת שתצטרך והריוח ליתומים וכל זה פשוט:

סעיף ח

ואם אומר אם מתו יירשו אחרים תחתיהם כת' הב"י וז"ל ואמאי דקתני אם מתו יירשו כ' ופ' פרש"י אם מתו בלא בנים וטעמו משום דהא קי"ל שאם הראשון ראוי ליורשו אין לאחריך כלום דירושה אין לה הפסק לכך פי' דבמתו בלא בנים קאמר וכו' ואפשר כיון דכשמתו אלו כולם בלא בנים יורשים דידהו הוי אחי האב והנך מכח דאב ירתי יכול להתנות זה שלא יירשו כיון דמכחו הוא דירתי ולא אמרו דירושה אין לה הפסק אלא בנותן לבנו ויש לבן הזה בנים או אחים דלאו מכח דאב הנותן יורשו והשתא בדוקא כת' רש"י בלא בנים ולא כתב בלא יורשים ואיכא למידק דהאי יירשו אחרים דתני היכי מהני והא קי"ל דלשון ירושה למי שאינו ראוי לירש לאו כלום כו' לכך נ"ל דבראויין הנך לירש מיירי וא"ת א"כ בלא אמירתו היו יורשין אותו י"ל הבמ"ע כגון שצוה להוריש אחר בניו יורש בין היורשין כגון אח בין האחים שאילולי אמירתו היו חולקין בין כולם והשתא אחד או שנים מהם נוטלין הכל עכ"ל וע"ש בב"י שכת' על פרש"י שמתו בלא בנים ז"ל והוא דרך מחודש בישוב הא דאומר תנו שקל לבני בשבת כו' עם ההוא דירושה אין לה הפסק וע"ש. ובתשו' מוהר"א ששון סי' קפ"ח שפך סוללה לסתור את כל דברי הב"י וכת' שנעלמה ממנו הגמרא בפ' י"נ (דף קכ"ט) ושם אמר רב ששת מנא אמינא לה דתניא האומר תנו שקל לבני בשבת וכו' ואם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהם כו' הוא מותיב לה הוא מפרק לה בראוי ליורשו וריב"ב הוא ת"ש נכסי לך ואחריך יירש

פ' ואחרי אחריך ירש פ' מת ראשון קנה שני מת שני קנה ג' ואם מת שני בחיי ראשון יחזרו נכסים ליורשי ראשון והא כשתי שדות ושני בני אדם דמי וקתני דקנה וכ"ת ה"נ בראוי ליורשו וריב"ב היא אי הכי מת שני קנה ג' והא שלח רב אחא בריה דרב עוירא לדברי ריב"ב נכסי לך ואחריך לפ' וראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שא"ז לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק כו' לימא תיהוי תיובתא דריש לקיש כו' לא קשיא כאן תכ"ד. ומאי פריך לימא דמת השני בלא בנים ומש"ה הוי דג' דהג' ראוי לירש כשמת השני בלא בנים וע"ש שהאריך וגם בעיקר הסברא חולק והעלה דאפי' מת בלא בנים ג"כ ירושה אין לה הפסק אלא שכת' שדברי רש"י אין לו ביאור והניח דברי רש"י בצ"ע וע"ש. וגם בש"ך הסכים לדברי מוהר"א ששון וז"ל אע"ג דאותן אחרים אין ראוין לירש מכל מקום מהני בהו ל' ירושה מכח לשון מתנה שאמר תנו שקל לבני ללשון ירושה דאחרים שהוא תכ"ד וכמ"ש סי' רפ"א סעיף ז' והכי מוקי לה פ' י"נ ודלא כב"י כו' דא"כ לישנו הכי בגמרא דאין לב' בנים ע"ש והוא קושיית מוהר"א ששון ולענ"ד דברי רש"י נכונים וגם דברי הב"י יתיישב היטב והנה מ"ש הש"ך דאע"ג דאותן אחרים אין ראוין לירש מכל מקום מהני בהו לשון ירושה שאמר תנו לבני שקל ללשון ירושה דאחרים שהוא תכ"ד. נראה דע"כ לא מהני לשון מתנה ללשון ירושה תכ"ד אלא כשנותן בלשון מתנה לאחרים אבל לשון המתנה בראוי ליורשו היא גופה לשון ירושה היא ולא לשון מתנה וכמ"ש הרי"ף פ' מי שמת גבי איסור גיורא דמתנת שכ"מ כירושה שויה רבנן וגר ליתיה בירושה ושם כת' דכל שראוי ליורשו והוא בנו כלשון ירושה היא ולא קנו והיינו דשלח רב אחא בריה דרב עוירא לדברי ר' יוחנן נכסי לך ואחריך לפ' ראשון ראוי ליורשו אין לאחריך במקום ראשון כלום לפי שאינו ל' מתנה אלא ל' ירושה וירושה אין לה הפסק עכ"ל וע"ש בדברי הרמב"ן בחידושיו שכתב וז"ל ומכאן יש ללמוד דאפי' היכא דאמר בל' מתנה שוי' רבנן כירושה וכדכתיבנא עכ"ל וע"ש בדברי הרמב"ן פ' י"נ בהא דשלח רב אחא נכסי לך והראשון ראוי ליורשו ז"ל אבל בחיבור הגאונים ראיתי שאפילו אמר בפי' ל' מתנה אמרי' ל' ירושה ואפי' אמר לשון מתנה כירושה חשבי' ליה דמה שהוא שלו בירושה אינו יכול ליתן לו במתנה וירושה דידיה נמי תורה היא שתורה נתנה לו רשות ליתן לו נכסיו וירושה היא ע"ש וא"כ כיון דבניו ראוי לירושה א"כ לשון מתנה לבניו נמי ל' ירושה הוא וא"כ כי הדר קאמר יירשו אחרים תחתיהן אם אחרים אין ראוין לירש ולא מהני בהו לשון ירושה לא מהני בהו לשון מתנה דאמר לבניו כיון דאיהו אינו לשון מתנה אלא ירושה וכמ"ש הרמב"ן דאין לו כח ליתן במתנה למי שהוא שלו בירושה וא"כ הוכרח רש"י לפרש שמתו בלא בנים ואחרים נמי ראוין ליירש

וכמ"ש. ובזה ניחא לענ"ד הא דאמר רב ששת מנא אמינא לה כו' הוא מותיב והוא מפרק לה בראוי ליורשו וריב"ב הוא ולכאורה רב ששת אינו צריך לפירוקא כיון דס"ל דמהני לשון מתנה ללשון ירושה והרשב"ם כת' דהוא מפרק לה לאינך אמוראי דפליגי עליו ע"ש ולפמ"ש ניחא דרב ששת נמי מפרק לה דלא תיקשי לפי מה דאמר רב אחא נכסי לך ואחריך לפ' דאם הראשון ראוי ליורשו אין לשני כלום ומשמע דאפי' אומר לשון מתנה דסתמא קאמר דלעולם אין לב' במקום ראשון כל שראשון ראוי ליורשו וע"כ משום דס"ל דכל שראוי ליורשו לעולם ל' ירושה היא ואין לו כח ליתן במתנה וכמ"ש הרמב"ן וכי היכא דלא תיקשי לרב אחא דלדידיה לא מהני ל' מתנה ללשון ירושה כיון דראשון ראוי ליורשו איהו גופיה לשון ירושה לזה מפרק לה בראוי ליורשו ומה דקשיא להו למוהר"א ששון ולש"ך בהא דפריך מנכסי לך ואחריך יירש פלוני ואחרי אחריך יירש פלוני כו' מת שני קנה ג' והא אמר רב אחא ואמאי לא משני דמת שני בלא בנים כו' נראה ליישב והוא דכיון דלשון אחריך אינו אלא עם גמר מיתה וכדאמרי' פ' י"נ דף קל"ז גבי ואחריך לפ' דאם קדם הראשון ומכר מה שעשה עשוי ומודה שאם נתנו במתנת שכ"מ לא עשה כלום מ"ט אמר אביי מתנת שכ"מ לא קנה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך ופרשב"ם דאחריך עם גמר מיתה משמע משעה שאין הראשון צריך לנכסים וכן פסק הרמב"ם פ' י"ב מזכיה וטור וש"ע סי' רמ"ח וכיון דשני ראוי ליורשו ירושה אין לה הפסק וא"כ היכי מצי אמר ואחרי אחריך יירש פ' כיון דהוא לעולם לב' כל ימי חייו דשני ונהי דמת השני בלא בנים עכ"פ עם גמר מיתה אינו יכול לסלק לשני כיון דירושה אין לה הפסק וכיון דלא אמר אחר מיתת השני יהי' לג' אלא ואחרי אחריך וא"כ ל' ואחרי הוא עם גמר מיתה ואין לו כח בזה משום דשני ראוי ליורשו ואין לה הפסק עד אחר מיתת הב' ולא זכה הג' אפי' אחר מיתת השני כיון דלא אמר ואחר מיתה אלא ואחרי אחריך וכיון דנתבטל לשון ואחרי אחריך א"כ לא זכה הג' אפי' ראוי ליורשו אלא חולק בין שאר יורשין כאלו לא אמר ואחרי אחריך ומש"ה צריך לשנויי תכ"ד וא"כ מיירי דכולהו אינן ראוין ומהני ל' מתנה דראשון ללשון ירושה דאינך משא"כ בהאי דאם מתו יירשו אחרים תחתיהן ומתו בלא בנים כיון דאחרים נמי ראוין לירש זכו אחרים כיון דירושת הבנים לא היה הפסק וכל ימי חייהם ירתי ואח"כ אם מתו יטלו אחרים וכמו שאמר א' או שנים בין הראוין ליירש וזה נכון:

אמנם במ"ש הב"י דכיון שמתו אלו כולם בלא בנים יורשין דידהו הוי אחי האב והנך מכח דאב ירתי ויכול להתנות זה שלא יירשו כיון דמכחו הוא דירתי כו' אלא בנותן לבנו ויש לבן הזה בנים או אחים דלא מכח דאב הנותן ירתי. וזה נראה תמוה דהא גם באחי

הבן מכח דאב ירתי דהא האב קודם לכל יוצאי יריכו וכבר הניח בד"מ בצ"ע וע"ש שכת' וא"כ אין חילוק בין אחיו לאחי האב ואף בין בניו לשאר יורשים אינו נראה מדברי שאר פוסקים לחלק בכך ע"ש ובעיקר סברא שכת' הב"י דכשמתו בלא בנים ויורשין דידהו הוי אחי האב נראה דיכול להתנות שיירש א' מהם או שנים. והוא דכיון דאחר מיתת הבן חזר הירושה לאב דאב קודם ואחי האב דירתי מכחו ירתי וא"כ כשם שבחייו אם אין לו בנים אלא שלשה או ארבעה אחין יכול לו' להנחיל אחד מהם או שנים וכמבואר ברמב"ם פ"ד מנחלות דיכול לו' פ' אחי ירשני מכלל האחים. וא"כ ה"נ יוכל להנחיל בירושה שיגיע לו אחר מותו ויפלו לאחיו שפ' אחי יירשני מכלל האחים. אמנם במ"ש הב"י ולא אמרו ירושה אין לה הפסק אלא בנותן לבנו ויש לבן הזה בנים או אחים דלאו מכח דאב הנותן ירתי היא פליאה דודאי כי היכא דמצי האב להנחיל לאח מן האחים שלו כשימות הבן וכמ"ש דכשם שמצי להנחיל לאח מן האחים בירושתו בחייו כן נמי כשימות הבן ויפלו נכסים בקבר לדידיה דאב קודם ומנחיל לאח מן האחין ה"ה נמי כשימות הבן ויש לו אחים והוא בנים של האב הנותן וכשימות הבן חזרו הנכסים בקבר לנותן ומצי להנחיל לבן בין הבנים וצ"ע. אלא דמ"ש בד"מ דאין חילוק בין אחיו לאחי האב ולעולם אין לאב כח להנחיל לאחד מהן נראה לענ"ד דכיון דמבואר מדברי רש"י דכשימותו בלא בנים מצי להנחיל לאחי האב הנותן ה"ה כשימותו בלא בנים ויש לבן אחים והוא בני האב הנותן דמצי להנחיל בין הבנים כיון דאחר מיתה נפלו נכסים קמי' בקבר מצי להנחיל בירושתו לבן בין הבנים וכדמוכח בגמ' שם דמשני בהא דאם מתו יירשו אחרים תחתיהם בראוי ליורשו אלא דאם יש לבן בנים הוא דלא מצי להנחיל לאחד יותר כן נלענ"ד ודו"ק. איברא דעת הפוסקים נראה שאין מחלקין בכך ואפי' באחי האב ומת הבן בלא בנים נמי לא מצי להנחיל לאח מן האחים וכמ"ש בד"מ ונראה טעמיה משום דאמרי' בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"א) גבי אומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה דפריך מיניה למ"ד המזכה לעובר לא קנה ומשני ריב"ב הוא דאמר בראוי ליורשו דבריו קיימים ופריך אימר דאמר ריב"ב לדבר שישנו בעולם לדבר שאינו בעולם מי שמעת ליה ע"ש וכיון דאפי' בראוי ליורשו לא מהני אלא בדבר שישנו בעולם מש"ה באין לו בנים יוכל להנחיל לאח מן האחין דהוא עכשיו ראוי ליורשו אבל ביש לו בנים דאחיו אינו ראוי ליורשו אלא שאומר דכשימותו בנים בלא בנים ויפלו נחלתו לפני האחין להנחיל לאח מן האחין ה"ל דשלבל"ע ולא מהני אפי' בראוי ליורשו כמו בנולדים דלא מצי להנחיל אפי' בלשון ירושה ואע"ג דבנכסים שיפלו אחר מיכן נראה דמצי להנחיל בראוי ליורשו בלשון ירושה דהא דעת ר"ח דאפי' בבריא מצי להנחיל בלשון ירושה ומשמע אפי' בנכסים שנפלו אחר

מיכן היינו משום דגוף היורש איתיה בעולם והתורה נתנה לו רשות להנחיל למי שירצה וכיון דנעשה יורש ממילא זכיה בנכסים שנפלו לו גם אחר מיכן אבל בנולדים דליתיה ליורש בעולם לא מצי להנחיל ולעשות אותו יורש ועמ"ש בסי' קכ"ה סק"ו במ"ש דהיכא דמית מקבל בחיי נותן דזכו יורשי מקבל ואע"ג דמתנת שכ"מ אינו קונה אלא לאחר מיתה ואין קנין למת ומשום דמתנת שכ"מ כירושה שויה רבנן ואפי' באומר הלואתי לפ' זכה משום דאיתא בירושה ונעשה המקבל יורש וזכה בקבר להנחיל ליורשיו אבל אמר לנולדים דלא מהני אפילו במתנת שכ"מ וכדמוכח בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"א) ומשום דלא מצי להנחיל למי שאינו בעולם כלל. וטעמ' דרש"י דס"ל דמצי להנחיל לאח מן האחין כשימותו בנים בלא בנים נראה דס"ל כשטת הרב אב"ד שהובא ברמב"ן פ' י"נ (דף קל"א) ע"ש בגמ' משום דמפיק לה בלשון ירתין והקשה הרמב"ן מהא דפ' מי שמת אימר דשמעת ליה לריב"ב לדבר שישנו בעולם לדב' שאינו בעולם לא אמר וכתב בשם הרב אב"ד דהא דאמרו פ' מי שמת ולימא ריב"ב דס"ל דיש חילוק בין ראוי ליורשו לאינו ראוי ליורשו דלשון ירושה דלא מהני בא' מהני בראוי ליורשו ה"נ אע"ג דבעלמא עובר לאו בר זכי' אבל עובר ראוי ליורשו אית ליה זכיה ולהאי פירושא איכא למימר דהיכא דאמר בלשון ירושה ובראוי ליורשו מהני בנולדים וכדאמרינן הכא עכ"ל וא"כ כיון דאפי' בנולדים מהני בראוי ליורשו ה"ה ה"נ יכול להנחיל לאחד מן האחין כשימותו בנים בלא בנים. אלא דכבר כתב הרמב"ן על דברי הרב אב"ד ואינו נכון ע"ש וא"כ אפשר לומר דכיון דהך בריית' דתנו שקל לבני מוקי לה בפ' מציאת האשה (כתובות דף ס"ט) כר"מ דאית ליה מצוה לקיים דברי המת ולר"מ דאית ליה דמהני לאחר שאתגייר וכתבו תוס' בגיטין פ"ק (דף י"ג) דאע"ג דבנולדים דהוא לדבר שלבל"ע מודה ר"מ דלא מהני אלא משום דהגוף בעולם מהני לר"מ א"כ ה"נ לר"מ מהני כיון דהאחין בעולם אבל לדידן דלית לן דר"מ בלאחר שאתגייר ה"נ לא מהני. ונראה דרש"י הוכרח לפירושו כשימותו בנים בלא בנים דבגמ' מוקי לה פ' י"נ (דף קכ"ט) בראוי ליורשו ופרשב"ם כמ"ד דס"ל לריב"ב דיכול להנחיל בת במקום בן ואח במקו' בן כיון דאי ליתיה לבן בת תירש או אח וע"ש וכיון דמסקינן דלא אמר ריב"ב אלא בבן בין הבנים להכי מפרש ל' ירושה דאמר ואם מתו יירשו אחרים תחתיהם דהיינו כשימותו בלא בנים וכמ"ש בביאורי וגם ל' מתנה דבנים לא מהני לל' ירוש' דכיון דבני איתנהו בירוש' ל' מתנה דידהו לא הוי אלא ל' ירוש' וכמ"ש ודו"ק היטב:

סעיף ט

דמטבע אינו נקנה בחליפין ומשום דכל האומר מנה סתם מנה טבוע קאמר ולא שוה. ואיכא למידק בהא דאמרינן פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"א) דמתנת שכ"מ במקצת בעי קנין איתבי' רבינ' לרבא האומר תנו גט זה לאשתי שטר שחרור זה לעבדי ומת לא יתנו לאחר מיתה תנו מנה לפ' ומת יתנו לאחר מיתה וממאי דלא קנו מיניה דומיא דגט מה גט דלאו בר קנין אף האי נמי דלא קנו מיניה ע"ש ואי נימא דוקא קאמר כי קנו מיני' מאי הוי הא מטבע אינו נקנ' בחליפין ואין לומר דהאי קנו מיניה לאו בקנין סודר קאמר אלא בקנין המועיל והיינו קנין אגב ואע"ג דסת' קנו היינו קנין סודר דכבר כתבו תוס' פ' אע"פ (כתובות דף נ"ה) ד"ה מתנת שכ' מדסת' קנו מידו היינו ק"ס אבל קנו מיני' י"ל קנין המועיל ע"ש דאם כן תיקשי לשטת רש"י דס"ל ר"פ הזורק דגט נמי נקנה באגב קרקע ע"ש וא"כ מאי קאמר דומיא דגט מהגט דלאו בר קנין הא משיכ' ואגב גבי גט נמי מהני וקנין סודר במנה נמי לא מהני וצ"ע ועמ"ש סי' ר"ב סק"ד:

סעיף י

אם לא אמר מנכסי או לשון אחר בתשוב' הרשב"א הובא בב"י ז"ל ומסתבר' שאם אמר אני נותן לפ' מנכסי אין זה כאומר תנו מנה לפלוני מחמר' דהתם שפרט מחמר' מכלל שאר נכסיו אנו אומדין דעתו דליפות כחו הוא שאמר אבל זה שכלל כל נכסיו איזה יפוי כח יש כאן שמה שאמר מנכסי י"ל שלא אמר אלא כדי שלא תאמר דמנה טבוע קאמר ואם אין לו אינו נוטל כלום ולפיכך פי' ואמר מנכסי וע"ש. ובתשו' מבי"ט כתב דאפי' אית לי' מנה בהלואה בשטר על אחרים לא זכה המקבל דמנ' בעין דוקא קאמר הובא בש"ך. ואיכא למידק בהא דאמרי' ספ"ק דגיטין [דף י"ג] עלה דמתני' דתנ' תנו מנה לפ' ומת יתנו לאחר מיתה אמר ר' יצחק בר שמואל בר מרתה משמיה דרב והוא שצבורין ומונחין בקרן זוית במאי עסקינן אילימ' בברי' והא לא משך ואלא בשכ"מ מאי ארי' צבורין כי אין צבורין נמי דהא קי"ל דברי שכ"מ ככתובין ומסורין כו' רב פפא אמר לעולם בשכ"מ וכדאידך דרב דאמר שכ"מ שאמר תנו מנה לפ' מנכסי מנה זה נותנין מנה סתם אין נותנין חיישי' שמא מנה קבור קאמר ונימא לעולם בשכ"מ והא דאמר רב והוא שצבורין ומונחין היינו דוקא שהניח מנה צבור אבל אם אמר תנו מנה ולא הניח אחריו מנה צבורין ומונחין אין לו למקבל כלום כיון דמנה בעין קאמר והא ליתי ליה: ויראה לענ"ד לפמ"ש תוס' שם דאית ספרים דגרסי שכ"מ שאמר תנו מנה לפ' מנכסי נותנין מנה זה נותנין מנה סתם אין נותנין שמא מנה קבור קאמר ומפרש ר"י דה"פ דכשאמר מנכסי נותנין אפי' אמר מנה סתם ולא חיישינן למנה קבור כיון שמצוה לתת לו משלו רוצה

שיתנו מ"מ והא דקתני מנה זה נותנים מנה סתם אין נותנים כשאינו מצוה לתת לו משלו אלא שמודה ואמר תנו מנה לפ' פקדון שיש לו בידי ולכך במנה סתם אין נותנין דלמ' מנה קבור קאמר שמודה שהוא שלו ומתני' איירי בפקרון ולהכי בעינן צבורין דבלא צבורין חישינן למנה קבור. והקשו בתו' דהא עד השתא מיירי מנותן כדפריך אימ' בברי' והא לא משך וכאן בא לפרש בענין אחר במודה דהיה לו זה לפרש בהדי' ועוד הקשו תוס' שם דהיא גופה קשי' למה לא אוקמ' רב למתני' בנותן ע"ש. ולפמ"ש נראה דודאי מתני' בנותן מיירי וכדתנן תנו מנה לפ' אלא דס"ד דמקש' אי בשכ"מ מאי אירי' צבורין דמנה דקאמר לאו מנה בעין קאמר אלא שוה קאמר וכדס"ל לרב במודה במקצת בפ' שבועת הדיינין וכקושיות הר"ן לזה משני כאידך דרב דאמר תנו מנה לפ' מנכסי נותנין והיינו בנותן וכמ"ש תו' דדעתו שיתנו לו בכל מקום ומדאמר רב מנכסי משמע דבעי מנכסי דאי לאו מנכסי אם לא היה מנה בעין ומגול' לא הי' נותנין כיון דמנה טבוע קאמר לזה אמר מנכסי נותנין אפילו ליכא מנה בעין וכמ"ש הרשב"א וא"כ מוכח מאידך דרב דמנה דוקא קאמר היכא דלא אמר מנכסי ומתני' דתני תנו מנה לפ' סתם ולא אמר מנכסי מש"ה אמר רב והוא שצבורין ומונחין היינו שיהי' מונח מנה בעין ומגול' הא אי ליתי ליה מנה בעין אין נותנין ומשום דנותן דוקא קאמר וטוען שוה קאמר כמ"ש הר"ן ובבעה"ת שטר כ"ח כתב דמשמע קונה אפי' אמר סתם תן מנה לפ' והביא ראי' מהא דמוקי מתני' דתנו מנה לפ' אליבי' דרב דמיירי במעמ"ש והתם לא קאמר מנה לי בידך אלא מנה סתם וע"ש והקשה בגי"ת דהא לרב פפא דמוקי בשכ"מ ומשום מנה קבור ע"כ מתני' לא מיירי במנה סתם אלא במנה זה ואע"ג דלא נזכר במשנה דאל"כ חיישי' למנה קבור וא"כ ה"ה לרב זביד ע"ש ולפי מ"ש ניחא דס"ל דמתני' לא מיירי במנה זה אלא כדקתני תנו מנה סתם ולמנה קבור לא חיישי' אלא במודה במנה פקדון וכך מפרש ר"י והא דבעי צבורין ומונחין היינו שיניח אחריו מנה צבורין וכאידך דרב דאמר במנה סתם נותנין והיא בנותן ואמר רב תנו מנה לפ' מנכסי נותנין וכיון דמנכסי אינו ליפות כחו וכמ"ש הרשב"א אלא מנכסי אמר דלא נימא מנה טבוע קאמר ומוכח דהיכ' דלא אמר מנכסי בעי' מנה מגולה ונותנים דלא אמר מנכסי מש"ה בעי צבורין ומונחין דאם לא הניח אחריו מנה צבור אין נותנין ודוק. ולישב לדעת הרא"ש דס"ל דמעמ"ש לא קנה עד שיאמר מנה לי בידך ורב זביד מוקי למתני' במעמ"ש ולא תני מנה זה. נראה לפי מה שאמרו שם (דף י"ג) אמר רבא מסתברא מילתי' דרב בפקדון אבל במלוה לא והאלהים אמר רב אפי' במלוה כו' וטעמא מאי כו' הני תלת מילי שוינהו כהלכת' בלא טעמא. וכ' רש"י וז"ל וטעמא מאי במלוה קנה והא ליתי' בעינ' דליקני ע"ש. ומשמע מדבריו דבפקדון ניחא ואמאי וכתבנו בזה בסי' קנ"ו

סק"ג והוא דודאי טעמא דהוצרכו לתקן מעמ"ש הוא משום דתקנת סוחרים כמ"ש תוס' והרא"ש שלא יצטרכו לחזור על הקנינים וא"כ אין זה קושיא מ"ט מועיל הקנין דהא בכמה מקומות אשכחן שתיקנו חכמים קנינים שאינן מן התורה כמו משיכה משום שמא יאמר נשרפו חיטך א"כ כיון דהוצרכו לתקן קנין מעמ"ש משום הסוחרין תו לא קשה מ"ט אלא במלוה הוא דמקשה מ"ט דכיון דאין קנין נתפס בהלואה א"כ נהי דעשו תקנה שיהיה מעמ"ש קנין הא אינו בר קנין לזה כתב רש"י מ"ט במלוה קנה ואפילו לדעת רש"י פ' אע"פ (כתובות דף נ"ה) דמלוה נקנה אג"ק אבל לחודי' אינו בקנין וכמ"ש תוס' פ' מי שמת בהא דפריך והא הלואתי לפ' ליתי' בברי' ע"ש ומסיק דמעמ"ש הוא הלכת' בלא טעמא וברא"ש כתב ודבעינן במעמ"ש דוקא מנה לי בידך דכיון דמעמ"ש הוא הלכתא בלא טעמא מש"ה צריך דוקא מנה לי בידך אע"ג דמסתמ' נמי על מנה שיש לו בידו אמר וע"ש. וכיון דרב זביד מוקי להא דאמר רב והוא שצבורין כו' במעמ"ש ס"ל דלא אמר רב מעמ"ש אלא בפקדון וכמבואר שם בגמ' ובפקדון לא הוי הלכתא בלא טעמא וכנראה מרברי רש"י דבמלוה הוא דמסקי' לה הלכת' בלא טעמא וכיון דהוא הלכת' בטעמא לא בעי נמי מנה לי בידך כיון דסתמ' על מנה שיש לו בידו אומר ובזה יתיישב קושיות תוס' שם בהא דאמר רב פפא לא אמר כרב זביד דס"ל כי קאמר רב מעמ"ש קונה ל"ש מלוה ל"ש פקדון דהקשו רב גופי' אמאי לא מוקי מתני' משום מעמ"ש לא ליבעי ציבורין ע"ש ולפי מ"ש ניחא דכיון דס"ל ל"ש מלוה א"כ ה"ל הלכת' בלא טעמא ובעי מנה לי בידך וכמ"ש הרא"ש ובמתני' לא תני מנה זה אלא מנה סתם:

סעיף יא

מי שנתן נכסיו לבניו ולבתו. ואם הבעל יורש את אשתו במתנת שכ"מ שניתן לה ועדיין לא גבתה. עיין באה"ע סי' ק' ברמ"א שם סעי' ב' ז"ל האב שצוה לתת מתנה לבנו לאחר ב' או ג' שנים כו' מקרי ראוי ואין אשת הבן גובאת כתובתה מזה. וכ' שם בחלקת מחוקק דאפי' צוה סתם ליתן מתנה לבנו נמי הוי ראוי דהמעיין במוהרי"ו אע"פ שהתחיל בלשונו כיון דכתב בשטר לפרוע לאחר שנתים המדקדק אח"כ בלשונו דמדמה לה לשכר שכיר אע"ג דקודם מיתתו מיד כשגמר המלאכה יש לו חוב אצל בע"ה מ"מ מאחר שלא גבה עדיין מקרי ראוי ע"ש. וב"ש שם ב' דבתשו' מוהרי"ו שם מיירי שהאב התחייב א"ע ליתן לבנו איזה סך אז אפי' אם הגיע הזמן מקרי ראוי אבל אם צוה ליתן לבנו במתנת שכ"מ איזה סך הוי כמסורין לידו ולכן אם לא קצב זמן הוי ראוי ודומה למ"ש הרב ר' בצלאל בתשובה אם נתן מתנה לאשה ולא גבתה עדיין ומתה הבעל יורש המתנה משום דהוי כמסורין בידה אלא אם לא הגיע זמן פרעון אז הוי ראוי ע"ש. ונראין דברי ח"מ דכן

מבואר להדיא בתשובת תה"ד סי' ש"ן ז"ל ראובן צוה מחמת מיתה שיתן מנכסיו לבת בנו עשרים ליטרא ותקנ' בהם חגורה א' יפה ונפטר ראובן אח"כ כמו חדש ימים נפטרה גם האשה בת בנו קודם שהגיע המעות לידה והניחה בן קטן והיה חי אחר פטירתה כמו שנה ונפטר גם הוא והנה בעל אשה תובע הכ' ליטרא מחמיו בן ראובן כי עדיין לא הוציא מידו וכו' תשובה יראה הדבר צריך דיקדוק כמו שאבאר ונראה דודאי אם לא היה שום זרע לאשה זאת לא הוי מידי משא בתביעת הבעל משום דכה"ג לא בא ממון זה ליד אשתו מעולם למחוסר גוביינא חשיב ראוי ואין הבעל יורש את אשתו בראוי וגרע טפי ממלוה בשטר דאית ליה לאתתא בנכסי מלוג שלה דלא ירית לה בעל משום דחשיב ראוי אע"ג דהאי ממון אתי לידיה כבר אבל כיון דהוי להאי אתתא בן והניחה אותו חי אחר מותה אותו בן יירש וכו' ומבואר להדיא דמתנת שכ"מ שלא גבתה חשיב ראוי וכן בתשובת דברי ריבות סי' קכ"ח שם פסק דאין הבעל יורש ממתנת שכ"מ שנותן לאשתו דה"ל ראוי ע"ש וא"כ ממילא דה"ה בנותן לבן מתנת שכ"מ דאין האשה גובאת מיניה כתובתה כיון דה"ל ראוי מיהו נראה דהיינו דוקא שנותן מנכסיו דחשיב מחוסר גוביינא אבל שכ"מ שנתן דבר מסויים כגון חפץ וכיוצא דכל היכא דאית' ברשות' דמקבל איתיה ואינו אלא כמו פקדון ולא הוי ראוי בין לכתובה בין לירושת הבעל:

סעיף יב

שחייב לטובי'. עש"ך שכת' ז"ל דין זה צל"ע לפי שהיא דברי הר"ן פ' הכותב והוא ס"ל כשטת רש"י דאומרין דעת הנותן ומש"ה בחוב ופקדון לא שייך שודא ואמרינן חולקין אבל לפי דעת ר"ת דשודא תלוי בדיין למי שירצה ליתן א"כ אין לחלק בין מתנה לחוב ופקדון ע"ש ולא קשה מידי דכבר כתבו תוס' פ' מי שהיה נשוי (דף נ"ד) בשם ר"ת ד"ה לימא רב דאמר כר"מ ע"ש בהא דתנן היו כולם יוצאין בשעה אחת חולקין וכתבו דגם בע"ח וכתובת אשה כ"ע מודו דיחלוקו דחשו רבנן לפסידא דבע"ח משום נעילת דלת ולכתובת אשה משום חינא אבל בלקוחות א"נ במתנה עביד שודא עכ"ל ומבואר דר"ת נמי מודה דבחוב חולקין דאם לא כן תיקשי מתני' דתנן היו כולן יוצאין בשעה אחת חולקין ולפ"ז בפקדון אמרינן שודא לדעת ר"ת דלא שייך ביה נעילת דלת. וראה איך דברי הרמ"א בדקדוק היטב דהר"ן כתב שם לפרש התוספתא בחוב ופקדון דלא שייך שודא ע"ש והרמ"א השמיט פקדון ולא כתב אלא חוב ומשום דהר"ן ס"ל לשטת רש"י דתלי בדעת הנותן א"כ חוב ופקדון שוה אבל לדעת ר"ת דתלי בדעת הדיין גם בחוב ופקדון שייך שודא אלא דבחוב חשו לנעילת דלת וגבי פקדון גם דינא דשודא לזה כתב הרמ"א שחייב לטוביה דבזה לכ"ע לא אמרי שודא ודו"ק:

סימן רנה

סעיף א

לפיכך אם אמר זה דרך הודאה. עמ"ש בזה בסי' פ"א:

סעיף ב

המקדיש כל נכסיו. וכת' בע"ש דאפי' תכ"ד אינו יכול לחזור בו וע' סמ"ע שהשיגו ודברי ע"ש המה דברי הרמב"ם בפירוש פרק כיצד מערימין וז"ל וא"ר יוסי הרי זו שלמים ואח"כ נמלך וחזר ואמר ולדה עולה ואף ע"פ שהוא תכ"ד אין סומכין אלא על דיבור הראשון ולפי שהעיקר בידינו תכ"ד כדיבור זולתי במקדיש וממיר ומגדף ועובד ע"ז ומקדש ומגרש ואלו ששה דברים הוציא אותו בגוף הש"ס מקדיש וממיר הרי נתבאר במקום הזה ובסוף נדרים הוציאו מגדף ועובד ע"ז ומקדש ומגרש וכו' והלכה כר' יוסי עכ"ל וכ"כ הברטנורה שם וכ"כ בתוס' במנחות (דף פ"א ע"ש) ובש"ך כתב ז"ל אכן תמיהני מאד על הרמב"ם וברטנורה וכסף משנה והתוס' דאישתמיטתיה ש"ס ערוך פ' מרובה (בבא קמא דף ע"ג) איפלגי רבנן ור' יוסי גבי עדות ואמר התם בש"ס אלא בתכ"ד קא מפלגי רבנן סברי תכ"ד לאו כדיבור דמי ור' יוסי סבר כדיבור דמי וסבר ר' יוסי תכ"ד כדבור דמי והתנן ה"ז תמורת עולה ונמלך ואמר תמורת שלמים הרי זו תמורת עולה והוינן בה נמלך פשיטא ואמר רב פפא נמלך תכ"ד קאמרינן אמרי תרי תכ"ד הוי חד כדי שאילת שלום תלמיד לרב וחד כדי שאילת הרב לתלמיד כי לית ליה לרבי יוסי כדי שאילת שלום תלמיד לרב שלום עליך רבי כדי שאילת הרב לתלמיד שלום עליך אית ליה הרי להדיא דהקדש וממיר דינו כשאר דברים דהא פריך מהתם לעדות ומשני דתרי תכ"ד הוי וכו' וע"ש שהעלה דמהני תכ"ד בהקדש כמו בשאר דברים. וכן הקשה בס' ברכת הזבח ע"ש: ובמשנה למלך פ' ט"ו מהלכות מעשה קרבנות כת' ליישב וז"ל והנראה לי לו' דרבינו דחה סוגיא זו דמרובה מהלכה לפי שהוקשה לו קושיות תוס' שהקשו תימא דרב אחא מדיפתי דאמר פ"ק דמכות פ' שבועת העדות דתכ"ד כדיבור והוא כדי שאילת תלמיד לרב כמאן דלרבנן לית להו כדי דיבור ואפי' דיבור קטן ור' יוסי נמי בתלמיד לרב מודה דלאו כדיבור דמי עכ"ד. ומכח קושיא זו הכריח רבי' דסוגיא דמרובה היא אליביה דמ"ד פ' שבועת העדות דתכ"ד כדי שאילת הרב לתלמיד ולדידיה ניחא דלא תיקשי דר' יוסי אדר"י וכו' אך לרב אחא וריש לקיש דריש פ"ד דנזיר דאית להו דאפי' כדי שאילת תלמיד לרב כדיבור דמי א"א לתרץ קושי' דר' יוסי אדר' יוסי כסוגיא דמרובה דא"כ אתי דלא כמאן וע"כ אית לן למימר לדידהו טעמא דר' יוסי בתמורה הוא משום דבהקדש לא אמרינן תכ"ד כדיבור וכו' דשאני הקדש דלא מהני חזרה ואנן פסקי' הלכתא כר' יוסי כו'

והנה מה שתירצו תוס' לקושי' זו לא הבנתי דבריהם דמה שהביאו מסוגיא דנזיר ומפ' בתרא דנדרים אין ראיה משם אלא דתכ"ד כדיבור ודלא כרבנן דר' יוסי אך מה שתמהו דמנא להו דהוי כדי שאילת תלמיד לרב דהוי דלא כמאן לא ידעתי היאך העלו מזור לקושי' זו והדבר צריך תלמוד עכ"ל ודברי התוס' פשוטים וברורים דכתבו שם דרב אחא דס"ל דתכ"ד כדי שאילת תלמיד לרב ס"ל כברייתא דמי שאמר הריני נזיר ושמע חבירו ואמר ואני (דף כ') עכ"ל והיינו דשם ברייתא תני מי שאמר הריני נזיר ושמע חבירו ושהה כדי דיבור ואמר ואני הוא אסור וחבירו מותר וכמה כדי דיבור כדי שאילת שלום תלמיד לרב. והרי מפורש תכ"ד דרב אחא. ומ"ש במשנה למלך דמה שהביאו מסוגיא דנזיר ומסוגיא דנדרים כו' המעיין בתוס' ב"ק שם לא הזכירו סוגיא דנדרים לענין תכ"ד גדול ולא הביאו סוגיא דנדרים שם אלא בהא דקי"ל תכ"ד כדיבור ובשיעור כמו דיבור הביאו ראיה מהך ברייתא דנזיר ושם מפורש כדי דיבור שאילת תלמיד לרב עד שתמה אני על עצמי במ"ש משנה למלך על דברי תוס' לא הבנתי. ולענ"ד נראה דודאי הרמב"ם דחה סוגיא זו דמרובה ומה שהביאו לזה נראה מהא דאמרי' רפ"ב דנזיר בהא דתנן הריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבילה ב"ש אומרים נזיר ובית הלל אומרים אינו נזיר. ומקשי בגמ' עלה דב"ש אמאי מכל אשר יעשה מגפן היין אמר רחמנא כו' ב"ש סבר כר"מ דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וב"ה סבר לה כר' יוסי דאמר בגמר דבריו אדם נתפס והאי נדר ופתחו עמו הוא. וב"ש נמי האי נדר ופתחו עמו אלא ב"ש סבר לה כר"מ דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכיון דאמר הריני נזיר ה"ל נזיר כי קאמר מן הגרוגרות ומן הדבילה לאתשיל הוא דקאתי וב"ש לטעמייהו דאמרי אין שאלה בהקדש וכיון דאין שאלה בהקדש אין שאלה בנזירות וב"ה סבר לה כר' שמעון דאמר שלא התנדבו כדרך המתנדבים וכתבו תו' לאתשיל קא אתי לאו דוקא לאתשולי דהא לא בא לשאלה אלא מתחרט וחוזר בו כאדם שבא לשאול על נדרו לחכם מחמת חרטה שהחכם מוצא לו פתח וחרטה והוי נדר טעות ובטל והקשה תיפוק ליה דאין בו חרטה וכתבו דשאני הכא דתכ"ד הוא וא"צ חרטה ולב"ש לא מהני ביה שאלה בהקדש וה"נ לא מהני שאלה בנזירות והא דהוצרך לומר טעמא דב"ה שלא התנדב כדרך המתנדבים תיפוק ליה דסברי שאלה בהקדש דאם כן נהי דנזיר מיין לא הוי נזיר מגרוגרות ודבילה מיהא ליהוי לכן אמרו דסבר ב"ש כר"ש שלא התנדב כדרך המתנדבים ומבואר מסוגיא דנזיר דכל היכא דלא מהני שאל' לחכם הוא הדין דלא מהני חזרה דתוך כדי דיבור דהא טעמא דב"ש דלא מהני חזרה תכ"ד משום דסברי אין שאלה בהקדש ומשום דחזרה תוך כדי דיבור לא משוי דיבור קמא אלא כמו דבור בטעות וכיון דסברי ב"ש הקדש טעות שמיה הקדש ולא

מהני שאלה ה"ה תכ"ד לא מהני. ובא וראה לשון הרמב"ם פ"ב מהל' שבועות הל' י"ז ז"ל מי שנשבע והיה פיו ולבו שוין בשבועה ואחר שנאסר חזר בו מיד תוך כדי דיבור והוא כדי שיאמר שלום עליך רבי ואמר אין זו שבועה או נחמתי או חזרתי וכיוצא בדברים אלו שענינם שהתיר מה שאסר הרי זה מותר ונעקרה השבועה שזה דומה לטועה עכ"ל הרי מבואר דחזרה דתכ"ד אינו אלא משום דה"ל כמו טעות נדר וכמ"ש. וכיון דקי"ל דאין נשאלין על התמורה וכמ"ש הרמב"ם פ"א דתמורה ז"ל המתכוין לומר תמורת עולה ואמר תמורת שלמים הרי זו תמורה ולוקה והוא מסוגיא דנזיר (דף ל"א) טעמא דב"ש דהקדש טעות שמיה הקדש דילפי תחלת הקדש מסוף הקדש מה תמורה אפילו בטעות אף הקדש בטעות וב"ה סברי הני מילי סוף הקדש אבל אחותי הקדש בטעות לא מחתינן וכן הוא בתמורה (דף ט"ז) יהיה לרבות שוגג כמזיד ע"ש. וכ"כ הרמב"ם פ"ד מנדרים דאין נשאלים על התמורה ע"ש. ואם כן נקוט מיהא פלגא בידך דגבי תמורה לא מהני חזרה תכ"ד כיון דחייל בטעות. ואם כן סוגיא דמרובה דפריך לר' יוסי מתמורה אידחית מקמי סוגיא דנזיר דמוכח מיניה דלב"ש דאין שאלה בהקדש לא מהני חזרה תכ"ד וממילא לדידן בסוף הקדש דלא מהני שאלה ל"מ חזרה דתכ"ד אלא דכיון דנמלך דר' יוסי ודאי בחד גווני מיירי דתני לה בהדי הדדי ע"ש בתמורה במשנה האומר וולדה של וזו עולה והיא שלמים כו' ואמר ר' יוסי אם לכך נתכוין מתחלה כו' ואם משאמר הרי זו שלמים נמלך ואמר וולדה עולה הרי זו וולדה שלמים ה"ז תמורת עולה תמורת שלמים כו' אמר ר' יוסי אם לכך נתכוין מתחלה כו' ואם משאמר תמורת עולה נמלך ואמר תמורת שלמים הרי זו תמורת עולה ופריך עלה בתמורה (דף כ"ה) נמלך פשיטא ומוקי לה תכ"ד וכיון דנמלך דר' יוסי בתמורה הוא אפילו תכ"ד קטן ומשום דלא מהני חזרה כלל תכ"ד היכי דחייל בטעות וכדמוכח מסוגיא דנזיר אליביה דב"ש בתחלת הקדש וממילא לדידן בסוף הקדש אם כן ממילא נמלך דר' יוסי בעולה ושלמים נמי אפילו תכ"ד קטן דיניד עליו ריעו מה שאמר נמלך בתמורת עולה וע"כ צריך לומר דמשום חומרא דהקדש לא מהני חזרה תכ"ד אפילו תכ"ד קטן ובנזירות אף על גב דאיתקדש להקדש כמו שאמרו שם בטעמא דב"ש דכתיב קדוש יהיה גדל פרע היינו דוקא לב"ש דמדינא הקדש טעות שמיה הקדש וכיון דאיתקש נזירות להקדש ממילא חייל נמי בטעות אבל לב"ה דהקדש טעות לא שמי' הקדש אלא משום חומרא דהקדש הוא דלא מהני חזרה תכ"ד וכמו במקדש ומגרש וא"כ נזירות לא חמירא כולי האי. ובש"ס דפריך במרובה מר' יוסי דתמורה ומסיק עלה תרי תכ"ד אידחיא מסוגיא דנזיר דמוכח דכל היכא דחייל בטעות לא מהני החזרה תכ"ד וממילא מוכח נמי בהקדש כיון דחד לישנא דנמלך א"ר יוסי ובגווני דמיירי בתמורה

מיירי נמי בהקדש. ובתוס' מנחות דף פ"א ד"ה חודה מחולין ולחמה מן המעשר ז"ל יביא היא ולחמה מן החולין דלא מצי הדר ביה אפילו תכ"ד דלא מיבעיא לב"ש דאמר גבי נזיר מן הגרוגרת ומן הדבילה תפוס לשון ראשון אלא אפילו לב"ה דחשבי ליה נדר ופתחו עמו לא דמי להכא דבעי למיהדר ולא מצי הדר ביה דאמירה לגבוה במסירה להדיוט ואמרי' נמי פרק בתרא דנדרים והלכתא תכ"ד כדיבור חוץ ממגדף ועכו"ם ומקדש ומגרש וגבי תמורת עולה ותמורת שלמים מוכח בתמורה פ' כיצד מערימין דבנמלך אפי' רבי יוסי מודה דאפילו תכ"ד הרי זו תמורת עולה ושלמים נמי עכ"ל ודבריהם צריך ביאור וראיתי בספר ברכת הזבח דמוחק הני שני תיבות ושלמים נמי ע"ש. ולענ"ד נראה כוונת תוס' כמ"ש דמייתי ראיה מתמורה דנמלך דמיירי ביה ר' יוסי ודאי אפילו תכ"ד קטן דאפילו לב"ה לא שייך בזה נדר ופתחו עמו כיון דלא מהני פתח חרטה בסוף הקדש וכמו לב"ש בתחלת הקדש אם כן שלמים נמי היינו דרישא דרבי יוסף דמיירי בנמלך דשלמים נמי לא מהני חזרה תכ"ד כלל דבחד גווני מיירי וכמ"ש וזה ברור ומקום הניחו לי להתגדר. () ומדברי תוס' מבואר דטעמא דלא מהני חזרה בהקדש תכ"ד היינו משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט. ואע"ג דבמסירה להדיוט גופיה מהני חזרה תכ"ד וכמבואר בש"ע סי' קצ"ה סעיף ז' ועמ"ש שם סק"ז היינו משום דגבי הדיוט מסירה ומשיכה גרידא אינו עושה קנין אם אינו אומר להקנות לו וכן אמירה גרידא שאומר להקנות אינו עושה קנין עד שימשוך ומש"ה כיון דמשיכה אינו עושה קנין אלא ע"י דיבורו שאמר לו קני יכול לחזור תכ"ד מדיבורו קמא וה"ל משיכה או מסירה בלא דיבור אבל בהקדש אמירה דידיה מעשה הוא כמסירה מש"ה אינו יכול לחזור בו. ודע דגם מאור עינינו רש"י נראה דס"ל דלא מהני חזרה תכ"ד גבי תמורה והקדש וע"ש בתמורה דף כ"ה דאמרי שם נמלך פשיטא אמר רב פפא נמלך תכ"ד קאמרינן וכתב רש"י ז"ל תכ"ד כדי שאילת תלמיד לרב או רב לתלמיד למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה עכ"ל א"כ למ"ד תכ"ד היינו רב לתלמיד מיירי ר' יוסי תכ"ד רב לתלמיד ואנו רבי יוסי ס"ל בעדות תכ"ד כדיבור ע"כ צ"ל מסוגיא דמרובה אידחיא וכמ"ש ואם כן נראין דברי הרמב"ם ותוס' וברטנורה וכסף משנה והראב"ד דאודי ליה בשתיקה ולפמ"ש גם דעת רש"י הכין הוא דלא מהני חזרה תכ"ד בתמורה והקדש: אמנם נראה בהקדשות שלנו דלא הוי לא קדושת הגוף ולא קדושת בדק הבית אלא לעניים וכמבואר בטור וש"ע סי' צ"ה ובנודר לעניים לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ואינו עושה קנין אלא דצריך לקיים נדרו ומשום דכתיב בפיך זו צדקה אם כן לא עדיפא מנזירות דמהני חזרה תכ"ד וזה ברור:

סעיף ג

שמא יעשו קנוניא על ההקדש בס"פ גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה) אמר רב הונא שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ודוקא שכ"מ דאין אדם חוטא ולא לו אבל בבריא חיישי' לקנוניא. והקשו בזה דכיון דקי"ל כב"ה דיש שאלה בהקדש למה לא יהיה נאמן במגו דאי בעי מתשיל עלה ובחידושי הרמב"ן מפרש לה בנודר ע"ד רבים דליתיה בשאלה ע"ש והרשב"א מפרש לה במסרם ליד גזבר דתו ליתי' בשאלה ומפרש לה בש"ך דלא גרע כח הקדש מכח הדיוט דכל שנעשה בקנין תו ליתי' בחזרה ודוקא בקדושת פיו מהני שאלה דאתי דיבור ומבטל דיבור וע"ש ועיין בש"ך שהאריך בזה במה דקשיא על הרמב"ם דפוסק כרב הונא וגם פוסק כר' אליעזר בערכין פ' שום היתומים וכמ"ש בפ"ק דערכין המקדיש כל נכסיו ואח"כ גירש את אשתו ובאתה לגבות כתובה מן הפודה אינו גובה עד שידירנה הנאה וע"ש. ולפי דבריו אתיא דר' הונא כפשט' ובפ' שום היתומים מוקי לפלוגתא דר"א ור' יושיע ביש שאלה בהקדש קא מפלגי ור' אליעזר כב"ש ור' יושיע כב"ה וכיון דקי"ל כב"ה ליכא חשש קנוניא כיון דאי בעי מתשיל עלה וכבר הקשה קושיא זו בר"ן פ' אלמנה ניזונית וז"ל אלא שהרמב"ם ז"ל פסק כר' אליעזר ותמה אני למה ואפשר דסמך לו אדרב הונא דאמר התם שכ"מ שהקדיש כל נכסיו כו' ומשמע דוקא בשכ"מ הא בבריא חיישי' לקנוניא ואין מאמינין אותו מתוך שיכול להפקיעו בשאלה ואי מהא לא אריא דהתם דדיבורא בעלמא קיל לי' טפי משאלה ומש"ה חיישי' אבל מעשה קשה דגירושין לא עביד כיון דאפשר בשאלה ומש"ה לא חייש ר' יהושע עכ"ל. וכן כתבו תוס' לחלק הא דרב הונא משום דדיבורא קיל ליה טפי משאלה וע"ש פ' שום היתומים:

ואכתי קשיא לי בהא דכתבו בטעמא דרב הונא משום דקיל לי' טפי דיבורא משאלה מהא דאמרו ר"פ האשה רבה הא לא דמיא אלא לחתיכה ס' חלב ספק שומן ואמר ברי לי דשומן הוא דמהימן כו' מידי דהוה אטבל והקדש וקונמות האי טבל ה"ד אי דידיה משום דבידו לתקנו כו' החדש נמי אי קדוש' דמים משום דבידו לפדותו ואי קדושת הגוף אי דידי' משום דבידו לאתשולי עלי' ואי דאחר ואמר ידענא בי' דאתשיל מארי' עלי' היא גופה מנלן. ומבואר דכל הקדש דידי' נאמן לומר דאתשיל עלה ומשום דבידו לאתשולי ואם כן יהיה נאמן במגו דאי בעי אמר דכבר אתשיל עלה ועוד דהתם גופא אמאי נאמן לומר דאתשיל עלה משום בידו לאתשולי עלה הא דיבורא קיל לי' טפי משאלה ומיהו התם לאו בתורת מיגו אתינן עלה וכמ"ש הרא"ש פ' הנזקין דהא אמרו משום דבידו לפדותו ואין חשיב מגו דשמא אינו רוצה לפזר מעותיו בפדיון אלא טעמא משום דכל

שבידו ע"א נאמן באיסורין אף על גב דאתחזיק ע"ש ואכתי תיקשי דה"נ בבריא שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי ליהוי נאמן משום בידו למיתשל וכל שבידו הרי הוא כבעלים דנאמנין בשלהן וכן אפילו לפי מה דמפרש לה הרשב"א כשמסרם ליד גזבר דליתי' בשאלה אכתי יהיה נאמן משום דבידו לפדותו ואע"ג דהקדיש כל נכסיו ולית לי' מידי דודאי התם נמי ר"פ האשה רבה אפי' הוא עני עכשיו נאמן משום בידו לפדותו והיינו משום דאינו בדין מגו וכמ"ש הרא"ש אלא משום בידו דה"ל כבעלים ונראה דהא דנאמן בהקדש לו' דאיתשל עלי' ומשום דבידו לאתשולי או לפדותו היינו משום דע"א נאמן באיסורין כל שבידו ואפילו איתחזק איסורא אבל בממון ודאי לא יקום ע"א באיש אפילו בידו אלא היכא דאית ליה מגו ממש נאמן מדין מגו והכא שאמר מנה לפ' בידי והרי הוא כאומר שזה הוא ממון פ' ובזה אינו נאמן משום בידו אלא משום מגו והכא לא הוי מגו וכמ"ש הר"ן משום דדיבורא קיל לי' וכן לפמ"ש הרשב"א לית לי' לאתשולי עלי' אלא בידו לפדותו וזה לא חשיב מגו כמ"ש הרא"ש פ' הנזקין ואינו נאמן בממון אלא במגו והכא ה"ל דין ממון במה שאומר מנה לפ' בידי וכמ"ש אלא דאכתי לבי מהסס במ"ש תוס' והר"ן בהא דרב הונא אינו נאמן במגו ומשום דדיבורא קיל לי' משאלה אבל גירושין מעשה ומש"ה נאמן במיגו דשאלה והא אמרו ביש לו בנים דנאמן משום דבידו לגרשה וכן בגרשתי את אשתי משום דבידו לגרשה אלמא אמרי' מגו כהאי אע"ג דהאי דיבורא והאי מעשה:

סעיף ד

אבל חולה שהקדיש כל נכסיו. כתב הרי"ף בפ' גט פשוט אמר רב הונא שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש כו' וה"ה היכא דליכא שטרא בידי' אם אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את בניו עכ"ל וכתב הרמב"ן עלה בחידושיו וז"ל ומ"ש הרב ז"ל בהלכות בהא דרב הונא שהקדיש כל נכסיו כו' אבל תמהני במה שאומר וה"ה היכא דליכא שטרא בידי' ואמר תנו נותנין והא מלוה ע"פ אינו גובה ממשועבדין ונראה שכך הוא אומר אע"ג דלא נקט שטרא בידי' אלא שכ"מ הוא שצוה ואמר יש לפ' עלי מנה בשטר תנו אותו לו נותנין דאיהו ודאי קושטא קאמר ולא משקר והרי הוא כמו שמוציא שטר לפנינו דהא שכ"מ לא משקר א"נ במתנה פקדון או בקרקע והמקום ידין אותנו לזכות עכ"ל. וכבר כתבנו דעתינו הקלושה והרטושה בסי' ק"ד סק"ג דדברי הרי"ף משמע דלא מיירי ממנה פקדון או קרקע אלא ממלוה וגם לא מיירי שהיה לו מלוה בשטר אלא דדברים ככתבן והוא במלוה ע"פ ממש אלא דס"ל להרי"ף דמלוה ע"פ נמי גובה מהקדש דמים

ואפילו מטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לבע"ח מדינא דגמ' אבל מהקדש דמים גובה וכן מהפקר ע"ש ועמ"ש בסי' רמ"ה ס"ק ג'. ומ"ש הרמב"ן דמיירי שאמר יש לפ' עלי מנה בשטר קשה דא"כ אפילו לא אמר תנו נמי ל"ש השבעה דבאומר חייב אני לך מנה אלימא מילתא דשטרא כמאן דאמר אתם עדי ועמ"ש בזה בסי' פ"א ס"ק י"ח. ובש"ך העלה כדברי הרמב"ן שכתב דמיירי במודה במנה פקדון וכתב וז"ל ובזה ניחא לישב קושיות הרמב"ן והרשב"א שהקשו דבלא"ה יהי' נאמן במגו דאי בעי מתשיל ולפמ"ש הכל ניחא דהוי מגו במקום חזק' דכל מה שהיא ת"י אדם הרי הוא שלו וגם קושיות התוס' והרמב"ן ושאר פוסקים שהקשו שיהיה נאמן במיגו שהיה יכול לחזור הכל ניחא ע"ש. ולפמ"ש הרמב"ן דמיירי במודה במנה פקדון א"כ צ"ל דהיכא דנקט שטרא בידי' אינו אומר שלא להשביע וכמ"ש תוס' שם לענין שבועה דלא בעי משום דכל נקט שטרא אינו אומר שלא להשביע שלא יסברו העולם שההודאה היא באמת כיון דנקט שטרא ע"ש. וא"כ לפמ"ש הרמב"ן צ"ל אפילו בשטר פקדון דלאו כלום הוא כיון דנאמן לו' החזרתי במגו דנאנסו וגרע משטר מלוה אפ"ה כל דנקט שטרא אינו אומר שלא להשביע. ומזה כתבנו בסי' ס"ט ס"ק ו' ובסי' פ"א ס"ק כ"ו דה"ה דהיכא דאיכא כתב יד הלוה ומורה שאינו פרוע דלא מצי טעין שלא להשביע דכת"י הלוה לא גרע משטר פקדון דנאמן לטעון החזרתי במגו דנאנסו ואפ"ה כל דנקט שטרא אינו נאמן לו' שלא להשביע:

אמנם נראה לכאורה מדברי תוס' רפ"ק דגיטין דכה"ג אפי' איכא שטרא נאמן לו' שלא להשביע ע"ש ד"ה ואם יש עליו עוררין וז"ל ועוד יש לדקדק מס"פ גט פשוט דטענינן ליתמי מזויף דאמר רב הונא שכ"מ שהקדיש כל נכסיו כו' ומסיק דרב הונא בשטר מקוים ורב ושמואל בדנקט שטרא שאינו מקוים אמר תנו קיימי' לשטרא לא אמר תנו לא קיימי' לשטרא פירשו דשמא שלא להשביע את בניו אמר ואי לא טענינן ליתמי מזויף מ"מ יגבה דהא נקט שטרא ואין לומר דטענינן ליתמי פרוע דהא רב אית לי' מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו עכ"ל וע"ש. והא לשמואל נמי תיקשי לא אמר תנו נהי דלא קיימיה לשטרא כיון דלא טענינן ליתמי מזויף פרוע נמי לא ליחוש כיון דהודה והיכא דאיכא שטרא אינו אומר שלא להשביע ומשמע מדברי תוס' דהא דנקט שטרא אינו אומר שלא להשביע אלא היכא דאיכא שטרא מעליא אלא דהמלוה צריך שבועה בזה הוא דאינו אומר שלא להשביע כיון דאי' שטרא מעליא אבל היכא דאינו נאמן על שטרו לטעון פרוע כמו במלוה על פה אינו חושש בשטר כזה. ומש"ה כיון דנאמן לומר פרוע במגו דמזויף לא הוי עלה דין שטר כלל ואם כן ה"ה בשטר פקדון דנמי נאמן החזרתי במגו דנאנסו לא הוי עלה דין שטר ואפילו בנקט שטר אי נמי יהיה נאמן לומר שלא להשביע ואפשר

דתוס' נמי סבירא ליה דאפילו בשטרא דנאמן עלה הלוה לומר פרוע או החזרתי נמי תו לא מצי למימר שלא להשביע דמתיירא מן העולם כמו בשטרא מעליא אלא דעדיפא להו להקשות לרב דלשמואל דמצי לדחויי דשטרא כה"ג שיכול לטעון פרוע נאמן לומר שלא להשביע וכמ"ש אלא דבעיקר דברי הש"ך במ"ש ע"פ דברי הרמב"ן לישב דתו לא מהימן בשום מגו דשאלה או במגו דאי בעי חוזר דה"ל מגו במקום חזקה. הנה לפמ"ש הר"ן פ' האומר ז"ל ולענין הלכה קי"ל כרבי דאינו נאמן לאיסור דמה לי לשקר בעדים דקי"ל הלכה כרבי מחבירו ואף על גב דבפ"ק דב"ב ובפ' האשה שלום (יבמות דף קי"ד) איבעי' לן אי אמרי' מגו במקום חזקה אי לא התם הוא דמצי שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו הוא שהיה יכול לו' לעדים כתבו גט לאשתי סמוך למיתתו ע"ש וא"כ ה"נ אע"ג דהוי מגו במקום חזקה הוי מגו דבידו לאתשולי אי לחזור דבזה שפיר מהני אפי' במקום חזקה ועמ"ש בסי' צ"ט סק"ג:

סימן רנו

סעיף א

ושתוקי יש לו דין גר. ז"ל הת"ה סי' שנ"ב פלוני א' שתוקי ולא הי' לו זרע והי' לו בית ונטה למות וצוה במתנת שכ"מ לתת הבית לאמו וכשמת בא ראובן והחזיק בבית כדין המוחזק בנכסי הגר כחו של מי יפה של ראובן מחמת חזקה או של האם מחמת הצוואה. תשובה נראה דחולקין הבית שוה בשוה כמו שאבאר ונראה דהאי שתוקי דין גר ממש יש לו ולא מיבעיא היכא דבדקינן לאמו ולא ידעה ממאן נתעברה דודאי אינו נוחל ומנחיל דלא ידע אבוה מאן הוא אלא אפי' אמרה אמו מפ' נתעברתי מוכח פ"ק דכתובות אע"ג דנקט כר' גמליאל וכאבא שאול פ' בתרא דקידושין דקרי לשתוקי בדוקי והיכא דקאמר' לכשר נבעלתי נאמנת על הולד אפי' ברוב פסולין היינו משום דאשה מזנה בודקת ומזנה ולכך מהימנת על הולד אע"ג דלית ליה חזקה לכשרות אבל לענין ירושה להאמינה מפ' נתעברתי וירש אותו פ' או משפחתו דהתם לא שייך טעמא דאשה בודקת ומזנה ודאי לא מהימנא אא"כ מודה שממנו נתעברה דפריך התם אילימא דמשתקין אותו מנכסי אביו פשיטא מי ידעינן אבוה מנו כו' וקבעי לאוקמי לענין ירושה והיינו ע"כ שהאשה מעידה שמפלוני נתעברה ואפ"ה פריך פשיטא דמשתקין אותו כו' ואפי' תפס מפקינן מיניה כיון דלא מהימנא שיירש הוא את פ' ומשפחתו וא"א א"כ שיהי' נוחל ומנחיל והרי הוא כגר גמור ובגר פליגי רבוותא אי מהני צוואת שכ"מ דידי כו' לדעת רב אלפס וחביריו זכתה האם במתנת שכ"מ וזכיית ראובן לאו כלום דמיד כשמת השתוקי קם הבית בחזקת

אמו ולא בא לכלל הפקר לעולם ולדעת אשר"י וראב"ד לא קנתה האם כלום במתנת שכ"מ ובמיתת השתוקי נעשה הבית הפקר וזכה בו ראובן ובפלוגתא דרבוותא כה"ג דלא תפיס חד מינייהו דינא הוא דחולקין וע"ש שהאריך. ולא ירדתי לסוף דעתו הרמה דנהי דאינה נאמנת לו' מפלוני נתעברתי לירש אותו ומשפחתו אבל עכ"פ בזה נאמנת לו' מישראל נתעברתי משום חזקה דבודקת ומזנה אלא דלומר מפ' ליכא חזק' דבודקת דשמא מישראל אחר אמנם כיון דודאי נאמנת לו' מישראל נתעברה מה בכך דאין יודעין מי הוא היורש שלו סוף סוף יורשין אית ליה ומי שבא מארץ רחוקה מוחזק בישראל ואין אנו יודעין אותו ומשפחתו ודאי איתיה במתנת שכ"מ כיון דיש לו יורשין ודוקא גר דליתיה בירושה כלל וצ"ע. ואין לו' דחזקת בודקת ומזנה לא מהני אלא לענין איסור ולהכשיר הולד אבל לא לענין ממון ומשום דלא עדיף מרובה דאין הולכין בממון אחר הרוב דהיינו דוקא במוחזק בהיתר אבל היכא שבא לידו שלא כדין אזלינן בתר רובא וכמ"ש תוס' ס"פ האשה שנתארמלה גבי תינוק מושלך להחזיר אבידתו ברוב ישראל וזה נמי שהוחזיק שלא כדין בא לידו כיון דזכה האם מחמת הצוואה כיון דחזקה מסייע לה שנתעברה מישראל ואין לך אדם בישראל שאין לו יורשין אע"ג דאנן לא ידעינן מאי נינהו וכמ"ש ומדברי תרומת הדשן מוכח דהוי מהני חזק' דבודקת ומזנה מהני גם לממון אלא משום דלומר מפ' ליכא חזקה וא"כ כיון דנאמנת עכ"פ לו' מישראל הרי הוא כישראל כשר שנתערב בין השבטים דלא ידעינן יורשין דידי' ואפ"ה ודאי אית בצוואת שכ"מ וכמ"ש וצ"ע. ועוד קשה לי במ"ש בתה"ד ובפלוגתא דרבוותא כיון דלא תפיס חד מינייהו דינא הוא דחולקין כו' דהא כיון דראובן כבר החזיק בבית אין לך תפיסה גדולה ואף ע"ג דהשתא אינו בתוכו חשיב מוחזק ותפוס בחזקתו הראשונה ואע"ג דבקרקע לא מהני תפיסה היינו נגד חזקת מרא קמא אבל היכא דליכא חזקת מרא קמא גם בקרקע מהני תפיסה כיון דלא שייך ביה קרקע בחזקת בעלים הראשונים שפיר מהני ביה תפיסה ואפשר דמה"ט כת' הרמ"א ואם שניהם מוחזקין ולא כת' כלשון הת"ה היכא דשניהן אין מוחזקין משום דאם כן הוי מהני חזקת המחזיק דע"כ החזיק כראוי בנכסי הגר. וממילא הוי נמי תפוס וכמ"ש ולזה כת' דאם שניהן מוחזקין דהיינו גם הראשון החזיק אח"כ אך הא דלעיל קשיא דלא הוי עלה דין גר כלל כיון דנאמנת לו' מישראל וכמ"ש:) (

סעיף ב

נתן הגר מתנה לבנו בתשו' הרא"ש כלל ט"ו סי' ב' ששאלתם שאמרה הגיורת בשעת הצוואה נכסי לשמעון ולאשתו ועוד אמרה כך וכך יתן שמעון ליתומה פ' עתה טען אם זו החזקה קיימת שהחזיק ראובן כבר זכיתי אני בנכסים שכבר החזקתי בהם ואיני רוצה

לקיים צוואת הגיורת שאמרה שינתן ליתומים יראה לי שאין הדין עם שמעון מאחר שהיה אפוטרופא של היתומה לשמור ממונה והיה כוונתו לזכות לה כמו שצותה הגיורת ליתן לה הרי כבר זכה לה אלא שעתה נתחדש אצלו דבר ונודע לו שאין בצוואתה כלום וכל מי שמוחזק בנכסים זוכה מהפקר הוא ורוצה לחזור במה שכבר זכה לה ואינו יכול דקי"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ואינו יכול לו' אני כוונתי לזכות לה במתנ' שנתנה לה והיא אינה כלום ומן ההפקר לא כונתי לזכות לה בהם נמצא שלא זכתה היתומה מעולם הא לאו מלתא היא שהרי מ"מ כוון לזכות בהם והשאיל לה כחו ורשותו שיזכה לה אם לא תוכל לזכות מכח מתנה תזכה מן ההפקר כיוצא בזה אמרינן ביבמות דף נ"ב העודר בנכסי הגר וכסבור של גר אחר הוא אע"פ שלא נתכוין לזכות בנכסי גר זה שהי' בעל הנכסים מכל מקום כיון שהי' כוונתו לזכות זוכה אפי' אם הנכסים של אחר וכן בנדון זה כוון לזכות לה באלו הנכסים אם לא תזכה מכח מתנה תזכה מכח הפקר עכ"ל וש"ע דפסק דגר איתיה בצוואת שכ"מ לאחר אלא דוקא לבנו הוא דלא מהני ולזה שינה מלשון הרא"ש וכת' נתן הגר מתנה לבנו וכמ"ש בסמ"ע אלא דאכתי תיקשי במ"ש שצוה שיתן בנו מנה ליתומה פ' וכוון ליתומה אחר תיפוק ליה דזכתה בצוואת שכ"מ אפי' בלא הפקר ונראה דכיון שלא צוה שיותן ליתומה אלא צוה ליתן לבנו ובנו יתן ליתומה וכיון דבנו לא זכה מחמת הצוואה היתומה דבאה מכחו נמי לא זכתה אלא בתורת הפקר ואכתי לבי מהסס בזה דהא ודאי אם צוה ליתן מתנה לבנו ובנו יתן מנה ליתומה ושתזכה היתומה מכח הבן וה"ל כאומר קנה ע"מ להקנות ס"פ אין בין המודר בנדרים א"כ איך אפשר שיזכה הבן במנה של יתומה ליתומה דהא אין אדם זוכה בשלו לאחר אלא ע"י אחרים ואם מתנת היתומה הוא מכח המצווה אם כן נהי דאמר הצוואה לבנו וליתומה ה"ל כמו קני את וחמור דקי"ל דחמור לא קנה והאדם קונה מחצה וה"נ בנו לא זכה והיתומה ראוי שתזכה וגם בעיקר דברי הרא"ש שמדמה לה לעודר בנכסי הגר וכסבור של גר אחר לא הבנתי דהתם חזקתו לשם קנין ומה לי בגר זה או בגר זה סוף סוף נתכוין להחזיק בנכסי הגר לשם קנין אבל בזה שצוה ליתן ליתומה ודברי שכ"מ ככתובין ומסורין אם כן כבר זכתה יתומה בחלק' בכל מקום שהוא ואם כן שמעון שהחזיק לטובת היתומה לאו משום קנין הוא כיון דסבור שלה הוא על ידי צוואת שכיב מרע דכמסורין לידה ולא היה בדעתו אלא לשמור ממון שלה וכיון שנתחדש לו שאינו ממון שלה למה לא יוכל להחזיק כמו אדם אחר כיון שחזקתו הראשונה ליתומה לא היה לשום קנין דצוואת שכ"מ אינו צריך קנין וכסבור שלה הוא וצ"ע:

סעיף ג

כופין את היורשין ומשחררים בירושל' פ"ק דגיטין תני התם תנו שטר שחרור זה לעבדי ומת רבי אומר לא זכה וחכמים אומרים זכה וכופין את היורשין לקיים דברי המת אמר ר' זירא בסתם חולקין מה אנו קיימים אם באומר שחררו אף רבי מודה ואם באומר כתבו ותנו אף רבנן מודי אלא כן אנו קיימים באומר תנו רבי אומר האומר תנו כאומר כתבו ותנו רבנן אומרים האומר תנו כאומר שחררו ובתוס' גיטין דף י"ג וב"ב דף קנ"ח הקשו בהא דדייק בש"ס על מתני' דאומר תנו שטר שחרור לעבדי ולא אמר כתבו דמיירי בבריא דאי בשכ"מ אפילו כתבו נמי ודלמא הא דתני במתני' האומר תנו לאשמעי' דאפ"ה אין כופין היורשין לשחרר ולא אתי כרבנן אלא כרבי ע"ש ונראה לפי מה דגרסי' במתני' תנו שטר שחרור זה א"כ ודאי לא שייך מצוה לקיים דברי המת דאפי' יתנו שטר שחרור זה לאו כלום הוא דאין שחרור לאחר מיתה ובשם היורשין לא מצי מיתבי' שטר שנכתב בשם אדון אחר ובעינן לשמה כמו בגיטין ולא שייך פלוגתא דרבי ורבנן אלא באומר תנו שחרור סתם דסברי רבנן כאומר שחררו דמחויבין היורשין לכתוב שחרור בשמם וא"כ שפיר אתיא נמי כרבנן. ובזה יתיישב מה דהקשו תוס' על גירסת ר"ת דגרס במתני' זה גבי גט ושחרור דאי הוי שום חידוש במאי דתני זה א"כ מאי פריך אי בשכ"מ ליתני כתבו ואי תני זה לאשמעי' שום חידוש לא הוי מצי למיתני כתבו ע"ש. ולפמ"ש נראה הא דתני במתני' זה משום שחרור הוא העיקר דרצה לאשמעי' דלא יתנו לאחר מיתה ובאומר תנו מחויבין היורשין לשחררו וכרבנן דמצוה לקיים דברי המת ולכך תני זה דתו לא שייך מלד"ה וכמ"ש ולזה פריך אי בשכ"מ ליתני כתבו וגבי כתבו רבנן נמי מורה דאע"ג דכתבו דשכ"מ ה"ל כאומר כתבו ותנו כיון דבאומר כתבו ותנו נמי רבנן מודה: ומדברי רש"י נראה דגבי כתבו נמי הוי מצי למיתני זה ע"ש ד"ה הא לא אמר תנו כו' מדלא תני האומר כתבו גט זה לאשתי ומת לא יתנו לאחר מיתה ע"ש. ואין לו ביאור דמה אולמ' דהאי נייר מנייר אחר ומה תוסף כח נייר זה וצ"ע ועמ"ש בסי' ס"ו ס"ק י"ז:

סימן רנז

סעיף א

או לאחר שלשים יום לא קדוש כלל. והוא מתשובת הרשב"א סי' תקמ"ג וז"ל אבל הקדש בדק הבית אינו כן שאני סבור שכל מקדיש שדהו לבדק הבית מעכשיו ולאחר מיתה או מעכשיו ולאחר שלשים לא אמר כלום לפי שכל הנותן לחבירו מעכשיו ולאחר מיתה קי"ל גופא קני מהיום ופירי לאחר מיתה אבל לגבוה והקדש א"א לו' כן לפי שא"א

שהאילן של הדיוט יונק משדה הקדש אא"כ שייר מקום היניקה והראיה מהאי דשלהי המוכר בית ר"ש אומר המקדיש את השדה לא הקדיש חרוב המורכב וסדין השקמה ותני עלה מ"ט הואיל ויונקין משדה הקדש כו' אלמא כל כמה דלא שייר מקום היניקה בפי' א"א כ"ש זה שמשייר כל הפירות וא"ת ומה ראית לבטל כל ההקדש מפני שיור זה אדרבה נבטל השיור מפני ההקדש הלא היה הקרקע בחזקת בעלים וכיון שאתה צריך לבטל אחד מהם אוקי ממונא בחזקת מאריה וכדגרסי' בירושלמי גבי פלוגתא דר' ורבנן באומר זה גיטך מהיום ולאחר מיתה דרבי סבר מגורשת דתנאה הוי ורבנן סברי מגורשת ואינה מגורשת דמספקא להו אי תנאה אי חזרה וגרסי' התם בירושלמי אף בהפקר כן שדה זו מובקרת מעכשיו ולאחר שלשים על דעתי' דר' מובקרת ועל דעת' דרבנן אינה מובקרת שאי אפשר לו' שיהי' השדה מובקר לאחרים והפירות לבעלים וכיון שכן הרי ההפקר בטל לגמרי ואע"ג דגבי גט מגורשת ואינה מגורשת לא דמי דהתם כיון דמספקא לן אי תנאה אי חזרה הלכך אזלינן לחומרא וחולצת ולא מתייבמת כו' ואתה צריך לבטל אחד מהם אוקי ממונא בחזקת מאריה עכ"ל. והנה מזה דכת' הרמ"א דהמקדיש קרקע מהיום ולאחר שלשים לא קדיש כלל כיון דאי אפשר לו' גוף מהיום. ולפי שיש בזה מקום עיון צריך אני להאריך קצת בנדרים דף כ"ט בהא דתנן נטיעות אלו קרבן עד שיקצצו אמר בר פדא פדאן חוזרות וקדישות עד שיקצצו נקצצו פודאן פעם אחת ודיו ועול' אמר כיון שנקצצו שוב אין פודאן כו' ומשום דס"ל קדושה פקעה בכדי א"ל אביי וקדושת הגוף לא פקעה בכדי והתניא שור זה עולה כל שלשים ולאחר שלשים יום שלמים כל שלשים יום עולה לאחר ל' יום שלמים אמאי קדושת הגוף נינהו ופקעה בכדי הבמ"ע דאמר לדמי אי הכי אימא סיפא לאחר שלשים עולה ומעכשיו שלמים אא"ב חדא בקדושת הגוף וחדא בקדושת דמים היינו דאיצטריך למתני תרתי וכו' לימא תיהוי תיובתי' דבר פדא דאמר קדושת דמים לא פקעה בכדי אמר רב פפא אמר לך בר פדא הכי קאמר אם לא אמר מעכשיו שלמים לאחר שלשים יום עולה הוי מידי דהוי אאומר לאשה התקדשי לי לאחר שלשים דמקודשת אע"ג שנתאכלו המעות פשיטא לא צריכא דהדר ביה הניחא למ"ד אינה חוזרת אלא למ"ד חוזרת מאי איכא למימר אפי' למ"ד חוזרת הכא שאני דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכת' שם הר"ן ז"ל וא"ת ותיהוי נמי כמסירה אכתי אמאי לא מצי הדר ביה כיון דלא חייל הקדש עד אחר שלשים דנהי דאמרינן משוך פרה זו ולא תיקנה לך עד לאחר שלשים דעומדת בחצירו קנה היינו דוקא כי לא חזר בנתיים אבל חזר בו ודאי אפילו עומדת בחצירו מצי הדר ביה כיון דלא קנה עד לאחר שלשים ולגבוה נמי נהי דהוי כמסירה כיון דהשתא לא חייל אמאי לא מצי הדר ביה וי"ל דכי אמרינן

אמירה לגבוה כמסירה להדיוט בקנין ממש של הדיוט קאמר וכמאן דאמר מעכשיו ולאחר שלשים יום קאמר וכו'. ומיהא שמעי' דהאומר סלע זו לצדקה לאחר שלשים דלא מצי הדר ביה דאמירה כמסירה גמורה להדיוט דמי אבל הרשב"א ז"ל כתב דאפשר דכי אמר הכי הני מילי לבד פדא דס"ל קדושת דמים לא פקעה בכדי אבל לאביי ורבא דס"ל דקדושת דמים פקעה בכדי מוקי ברייתא כפשטיה ונהי דתיקשי ליה תרוייהו בקדושת דמים למה לי אפשר דדחיק אנפשיה לו' זו ואצ"ל זו כדאשכחן בש"ס טובא הלכך לדידהו אפשר דנהי דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הני מילי כמסירה גרידא בלא מעכשיו אבל במסירה דמעכשיו לא דאי אפשר שיקנה יותר אמירה ממסירה הלכך לדידהו האומר הרי זו עולה לאחר שלשים יוכל לחזור בו וע"ש ומתבאר מדבריהם דהמקדיש לאחר שלשים קדוש מיהא הוי אליביה דכ"ע אלא דלדעת הרשב"א יכול לחזור בו ולדעת הר"ן אינו יכול אבל כל זמן שלא חזר בו חלה קדושה דלא גרע ממסירה בלא מעכשיו. וא"כ במקדיש מהיום ולאחר שלשים דלא שייך ביה גופא מהיום ופירי לאחר שלשים לא גרע ממקדש את האשה מהיום ולאחר שלשים דפסק הרשב"א בתשו' סי' תש"ז כרב דהוי ספיקא אי תנאה אי חזרה ע"ש וא"כ ה"נ גבי מקדיש מהיום ולאחר ל' דה"ל ספיקא אי תנאה אי חזרה ממה שאמר מהיום ורוצה להקדיש לאחר ל' א"כ לאחר שלשים מיהא קדוש אם לא חזר. וא"כ הרשב"א בתשו' סי' תתקס"ג מיירי שחוזר בו קודם שלשים אבל הרמ"א שכת' לא קדוש כלל ומשמע דלא חלה הקדושה כלל ואמאי לא ליהוי בספיקא דתנאה או חזרה וכן במפקיר נמי מיירי ע"כ כשחזר תוך שלשים ואם לא חזר אינו יוצא מידי ספיקא דתנאה או חזרה והוי הפקר ואם כן ה"ל לרמ"א לו' אם חוזר בו אינו קדוש ועמ"ש בסי' רנ"ח סק"א:

ועוד נראה לענ"ד ברור דע"כ לא קאמר הרשב"א דלא שייך גופא מהיום אלא בהקדש בדק הבית דא"א שאילן של הדיוט יונק משדה הקדש וכמ"ש הרשב"א מהאי דשלהי המוכר הבית אבל הקדשות שלנו דאינו אלא דין הדיוט ולעניים הוא וכמ"ש הטור וש"ע סי' נ"ה ע"ש א"כ שפיר מהני ביה גופא מהיום ופירי לאחר שלשים יום וכיון דהשתא ליכא דין הקדש בדק הבית לא היה לרמ"א להביא דין זה. שוב מצאתי להדיא כדברינו אלה בריו"ו נתיב י"ט ח"א דף קפ"ז וז"ל המקדיש שדה ושייר פירות לעצמו לא אמר כלום דגוף להקדש ופירות להדיוט לא אפשר כן דיקדק הרשב"א פרק המוכר הבית מהאי דהקדיש שדה לא הקדיש אלא חרוב המורכב כו' ונ"ל דבהקדש עניים דבריו קיימים עכ"ל ואם כן השתא דלית לן הקדש בדק הבית ליתיה להאי דינא דרשב"א וז"ב:

סעיף ב

לבן בנו הוי כאלו נתנה לבנו והוא בד"מ ז"ל ובתה"ד סי' ש"ן משמע דה"ה אצל בן בנו ע"כ ועמ"ש בסי' ר"י ס"ק ד' דדברי הרמ"א סתרי אהדדי דשם פסק כדברי הרא"ש דבן בנו כאחר ואין לחלק דהתם לענין מזכה לעובר הוא דהוי כאחר והכא הוי כמו בנו דהא למדו מדברי תה"ד ושם כתבו לענין דעתו של אדם קרובה אצל בנו דאמרו פ' מי שמת לענין מזכה לעובר וע"ש וכיון דהתם לענין מזכה לעובר פסק כדברי הרא"ש א"כ ה"ה הכא ה"ל כאחר וצ"ע ונראה שהש"ך הרגיש בזה ברמיזה:

סעיף ג

וקנין פירות אינו כקנין הגוף. והוא בס"פ החולץ דאיפסק' הלכת' כריש לקיש בתלת וזהו חדא מינייהו ובתוס' ס"פ השולח הקשו בהא דאמרו שם בגמ' אי לאו דאמר ר' יוחנן קנין פירות כקנין הגוף לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש דאמר רבי אסי א"ר יוחנן האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ואי ס"ד לאו כקנין הגוף לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד וא"כ אנן היכי מצינו ידינו ורגלינו כיון דקי"ל כריש לקיש דלאו כקנין הגוף וקי"ל נמי האחין שחלקו לקוחות הן וע"ש שכתבו דדוקא בהאי לחודיה קי"ל כריש לקיש משום דאבא לגבי בריה מחיל אבל בעלמא קנין פירות קנין הגוף ע"ש אבל לשטת הפוסקים נראה דבכל דוכתי קנין פירות לאו כקנין הגוף:

ובחידושי הרמב"ן כתב בפ' בית כור וז"ל בשם הרב ז"ל ופריך דשאני בכורים דגלי בהו רחמנא קנין פירות מדכתיב ולביתך כו' ומיהו האי טעמא דאמרן דשאני בכורים לא דייק ובפ' ?י"כ אקשינן והא אפלגי חדא זימנא ולא מפרקינ' בכורים שאני ובמציעא מייתי ראיה מבכורים לשאלה בבעלים דאשה ובעלה אלא אי איכא לאפלוגי הכי הוא דאיכא לאפלוגי דבענין האחין יש ברירה משום דאבא לגבי בריה אחולי אחיל מה שאין אתה יכול לו' כן בבכורים של מוכר שדהו לפירות וזהו הטעם המפו' בגמ' עכ"ל ואין לזה ביאור כלל במ"ש דגבי אחין יש ברירה משום דאבא לגבי בריה כו' ונראה שכיון למ"ש תוס' דלא קי"ל כריש לקיש אלא במכר הבן ומשום דאבא לגבי בריה מחיל ומ"ש דבענין האחים יש ברירה נראה שט"ס הוא והכי קאמר אלא אי איכ' לאפלוגי הכי הוא דאיכ' לאפלוגי משום דאבא לגבי בריה אחולי אחיל. ולענ"ד נראה דאע"ג דק"ל כריש לקיש דקנין פירות לאו כקנין הגוף היינו דוקא היכא שאין לו אלא פירות ולית ליה בגוף כלום כמו האי דמכר הבן אבל קנין פירות דיובל הוי כקנין הגוף טפי ומשום דבשדה יובל רשאי לחפור בו בורות שיחין וברמב"ם פ' כ"ג מהל' מכירה ז"ל המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב הרי זו מכירה ומשתמש הלוקח בגוף כו' ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן

קצוב ובין המקנה אותו לפירותיו שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יהרוס ולא יבנה אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל והיינו נמי דינא דיובל דה"ל קונה לזמן קצוב וחופר ובונה והורס וכן נראה שם מדברי הראב"ד ז"ל עוד אפשר מוכר שדהו לששים שנה או לחמשים שנה שיעשה בו כל חפצו כל ימי המכר מפני שהוא כמוכר בזמן היובל עכ"ל. וא"כ ה"ל קנין הגוף ממש אלא הא דקרי ליה בש"ס קנין פירות היינו משום דכל שאינו קנוי קנין עולם ה"ל קנין פירות וכמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט באומר לאשה היום את אשתי ולמחר אי את אשתי ז"ל דנהי דס"ל לאביי דאפילו קדושת הגוף פקעה בכדי באומר לאשה היום את אשתי כו' לא נפקא בלא גט והיינו טעמא משום דכל קנין שאינו עולמית קנין פירות בלחוד מיקרי כדמוכח בפ' השולח גבי מוכר שדהו לחבירו בזמן שהיובל נוהג כו' וקנין דמים באשה לא אשכחן א"א להיות אשתו לזמן ידוע בלבד שכל כיוצא בזה לאו קנין הגוף הוא עכ"ל וא"כ טעמא דריש לקיש אינו אלא משום דכיון שאינו קנוי קנין עולם אינו אלא קנין פירות אע"ג דקנוי לו הגוף עד היובל ואנן ס"ל דקנין פירות כהאי דהיינו מה שאינו קנוי קנין עולם הו"ל כקנין הגוף ובהאי קנין פירות דלית ליה לאב אלא קנין פירות ולית ליה בגוף כלום דהא נתנו לבן מהיום בזה הוא דלא הוי כקנין הגוף וזה הטעם נראה מפורש בגמ' ס"פ השולח שם בהא קאמר ריש לקיש דכי קא נחית אדעתא דפירי נחית אבל בהך אדעתא דגוף נחית והיינו כמ"ש דביובל הגוף שלו עד היובל להרוס ולחפור בגוף השדה כאדם העושה בשלו והא דמייתי בפ' השואל ראיה מבכורים לשאלה בבעלים דאשה ובעלה היינו משום דקנין פירות שיש לבעל בנכסי אשתו נמי יכול לבנות ולהרוס בגוף הקרקע דקנאה לגמרי כל ימי חייו וכמ"ש בסמ"ע סי' רי"ב ע"ש ודו"ק ועמ"ש בסי' קי"ז סק"ג ומ"ש בסי' קמ"ט סק"ב וע' רשב"ם דף קל"ו בהא דאמר ריש לקיש מביא ואינו קורא וז"ל דלהכי מביא משום דכתיב אשר תביא מארצך דארצך קרינא ביה והקשו בתוס' דאי קרינן ביה מארצך ומשום קנין פירות א"כ אמאי אינו קורא וליהוי נמי קורא על האדמה אשר נתת לי ע"ש: ונראה ליישב פי' רשב"ם לפמ"ש הר"ר אביגדור כהן צדק והוא בתשובת הרא"ש כלל ל"ה ז"ל ואותה ששנינו אין אדם יוצא ידי חובתו בי"ט ראשון בלולבו של חבירו אע"ג דיהיב ליה בפירוש הנאת שימושו דהיינו נטילתו לצאת בו לא נפיק ביה עד דמקני' ליה קניית הגוף לשעה לכל הפחות התם היינו טעמא דכתיב לכם משלכם דקנין הגוף סגי ולא בהנאת שימוש לחוד וא"ת הלא מתנה ע"מ להחזיר קנין פירות בעלמא קרי לה בפ' י"נ ונפיק ביה י"ל דלהכי קרי ליה קנין פירות שאינו יכול לאוכלו אבל מיהא קנין הגוף לשעה מיקרי ובהכי סגי

דולקחתם לכם משלכם משעת לקיחה קפיד רחמנא שיהיה משלו והא איכא והכי מסיק התם בהדיא דאפי' מאן דפליג במכיר' ואכילה למיפק כ"ע לא פליגי דנפיק עכ"ל ע"ש ולפ"ז ניחא דכיון דביובל קנין הגוף לשעה הוי וכמ"ש דרשאי לחפור עד היובל אלא לפי שאינו קנין עולם קרי ליה קנין פירות ואם כן מביא דכיון דכתיב אשר תביא מארצך וא"כ בשעת הבאה קפיד רחמנא שיהיה מארצך וסגי בזה שהיה בשעת הבאה שלו ממש כמו באתרוג דקרינן בקנין הגוף לשעה ולקחתם לכם משלכם ואינו קורא על האדמה אשר נתת לי כיון דאינו קנוי קנין עולם לא הוי אלא קנין פירות לא מצי אמר על האדמה אשר נתת לי כיון דהאדמה השתא אינו שלו אלא לשע' לא הוי אלא קנין פירות ודו"ק. ועמ"ש בסי' רמ"א דיוצאין באתרוג הקנוי קנין הגוף לשעה וכדברי הר"ר אביגדור כהן צדק וראיה ברורה לזה כיון דלריש לקיש מביא מה"ט שכתבנו דקרי' ביה מארצך ודו"ק:

סימן רנח

סעיף א

הזמן מוכיח. בירושלמי תמן תנינא הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום לאיזה דבר כתוב בה לאחר מיתה לשייר לו פירות בגט אין גיטו ברור לאיזו דבר כתב לה לאחר מיתה לשייר לו גופה אמר רבי אבון בר כהנא קומי רבי אילא שייר לו מעשה ידיה אמר ליה לא מצינו אשה נשואה לזה ומעשה ידיה של זה והוי רבי זעירא מקלס ליה וצווח ליה בנייה דאוריית' אף בגט שחרור כן הרי זה שחרורך מהיום ולאחר ל' על דעתיה דר' הרי זה גט על דעתיה דרבנן אינו גט אף בהפקר כן שדי מובקרת מעכשיו ולאחר שלשים על דעתיה דר' מובקרת על דעתיה דרבנן אינה מובקרת ע"ש היינו משום דרבנן אית להו באומר מהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט ומשום דספקא להו אי תנאה אי חזרה וה"נ נחלקו באומר מהיום ולאחר ל' יום וחוזר תוך ל' דהוי נמי לרבנן גט ואינו גט כיון דמספקא להו בחזרה או בתנאה ואם חזרה יוכל לחזור תוך שלשים ולרבי דס"ל תנאה הוי ודאי גט ובמשנה למלך פרק ח' מעבדים הביא הירושלמי והקשה עלה בהא דאמרו אף בהפקר כן דבשלמא בשחרור ניחא משום דלא מצינו עבד משוחרר ומעשה ידיו לרבו אבל בהפקר למה לא נימא כמו בכותב לבנו מהיום ולאחר מיתה דגופא מהיום הפקיר ופירי לאחר שלשים וע"ש שהניח בקושיא ונעלם ממנו דברי הרשב"א בחידושיו פרק מי שאחזו שהביא הירושלמי הנז' כו' אף בהפקר כן כלו' שא"א שיהיה השדה הפקר והפירות לבעלים וע"ש וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' תקס"ג הובא בסי' רנ"ז סק"א ע"ש ונראה טעם הדבר משום דהפקר בעי' דומיא דשמיטה שיהיה מופקר לכל דכתיב

והשביעית תשמטנה ונטשתה יש לך נטושה אחרת זו הפקר וכיון דשייר פירי לעצמו אין זו נטישה גמורה. והא דכתב בטור וש"ע א"ח סי' רמ"ו דאם השאיל או השכיר בהמתו לעכו"ם והתנה עמו שיחזירנה קודם שבת ועכבה בשבת יפקירנה היינו משום דהתנה שיחזירנה קודם שבת א"כ הוי הפקר גמור ולפ"ז אם שכח והשכירו לחודש לא מהני הפקירו כיון דגוי משתמש בו בשאלה או בשכירות לא מצי מפקיר לגוף ואפשר לחלק דהיכא דשייר פירי לעצמו הוא דלא מצי מפקירו אבל השכירו מתחל' יוכל להפקירו בימי משך השכירות כיון דאין השכירות לעצמו אלא לשואל או לשוכר ואכתי צ"ע בזה: אמנם בטור א"ח שם בסי' רמ"ו כתב בשם הסמ"ג להשכיר בהבלעה ולהפקיר ובשם הרב פרץ להפקיר ליום השבת ע"ש והא בשכירות הפירות לעכו"ם וע"ש ב"י שכתב דביום השבת שום אדם לא יזכה כיון דרשות עכו"ם עלה או בשאלה או בשכירות ע"ש ומוכח מזה דשאלה או שכירות יכול להפקיר עוד שם במשנה למלך הקשה כיון דלרבנן ס"ל במהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט ומספקא להו אי תנאה או חזרה א"כ בשחרור כיון דהעבד מוחזק בעצמו גם לרבנן ליהוי גט משום ספיקא דתנאה ע"ש ולפמ"ש בסי' פ"ח סק"ט דעבד לא הוי מוחזק מספיקא כיון דעבד גופו קנוי לבעלים והוא כשורו וחמורו ואם עדיין עבדו הרי הוא וחזקתו לרבו וכבר כתב מוהרי"ט ח"א סי' קנ"א ומוהרי"ט בחלק ח"מ סי' ל"ז דהיכא דהספק הוא בתפיסה עצמה בזה לא מהני תפיסה מספק וגבי עבד חשיב תפיסה מספק דאם עדיין עבד הוא אינו תפיס כלל כיון דהוא כשורו וחמורו ויד עבד כיד רבו וכיוצא בזה כתב הרא"ה סוף פ"ק דכתובות וז"ל דוקא מחצה על מחצה אבל רוב עכו"ם משלם נזק שלם ותימה אכתי לימא להו אייתי ראיה דלאו ישראל אנא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב איכא למימר דכיון דאם איתיה דהוי עכו"ם לית ליה חזקה דממונא והשתא מספקא לן בגופי' אי הוי עכו"ם לא אמרי' בהא אין הולכין בממון אחר הרוב דלא אתמר אלא להוציא מחזקתו עכ"ל וכ"כ הרשב"א ספ"ק דכתובות ע"ש והיינו משום דכיון דטעמא דעכו"ם דכתיב ראה ויתר גוים ולית ליה חזקה דממונא כיון דמדין הפקר אתי' עלה והשתא דמספקא לן אי הוי מוחזק או לא אין חזקתו כלום וכ"כ הרב המגיד בפ' ט"ו מה' איסורי ביאה דברוב עכו"ם אם נגח תורא דידיה לתורא דידן צריך לשלם ולא אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב לפי שאין לו חזקת ממון כיון שהוא מסופק אם הוא עכו"ם עכ"ל ובחידושי מוהרי"ט ספ"ק דכתובות הקשה דכיון שהוא מסופק ה"ל איני יודע אם נתחייבתי ע"ש. אבל דברי המגיד המה דברי הרשב"א והרמ"ה. משום דעכו"ם לית ליה חזקת ממון ה"ל ספק בחזקתו. וא"כ מכ"ש בעבד דאין

לו חזקה נגד רבו דהוי כמו יד רבו וכמ"ש וכיון דמספקא בתפיסה עצמה לא הוי חזקתו חזקה וא"כ מוקמינן אותו בחזקת מאריה קמא ודו"ק ועמ"ש בסי' דמ"א ס"ק ג':

אמנם קשיא לי מאי נפקא מיניה בין תנאה לחזרה בשיחרור ובהפקר. לפמ"ש רש"י ר"פ האומר גבי מקדש מעכשיו ולאחר ל' ע"ש דאמרו דרב מספקא ליה אי תנאה אי חזרה ופרש"י תנאה אם לא אחזור תוך שלשים או חזרה ממה שאמר מעכשיו ע"ש וא"כ לר' דאמר תנאה נמי לא הוי שחרור אם חזר תוך שלשים כיון שהתנה אם לא אחזור וכן בהפקר ואם לא חזר תוך שלשים אם כן לרבנן נמי דסברי ספיק' דחזרה והיינו שחזר ממה שאמר מעכשיו מכל מקום כל שלא חזר שחרורו שחרור וכן הפקירו הפקר וגבי שחרור אפשר דהוי נפקא מיניה בנקרע גט שחרור קודם שלשים ולא חזד דלר' תנא' הוי ושחרור מהני ולרבנן דסבירא להו ספק חזרה א"כ כל שנקרע תוך שלשים לא מהני אלא דאכתי תיקשי מהפקר וצ"ע לפמ"ש הרשב"א בתשו' סי' תש"ז לפרש בהא דאמר רב תנאה גבי מעכשיו ולאחר שלשים דתנאה היינו אם שלשים ואם כן למ"ד תנאה אינו יכול לחזור ולרבנן דסברי חזרה יוכל לחזור תוך ל' וא"כ ניחא דנ"מ אם חזר תוך ל' אבל לפי פירוש רש"י קשה ואמרו שם בירושלמי אף בהקדש כן כל עמא מודי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ונראה ביאורו דס"ל דבהקדש לאחר ל' אינו יכול לחזור תוך ל' וכמ"ש הר"ן בנדרים (דף כ"ט) במקדיש לאחר ל' אינו יכול לחזור ואע"ג דבמסירה להדיוט ואמר משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' וקיימא בחצר המקבל וחזר תוך ל' יכול לחזור אפ"ה מסירה דהקדש הוי כאלו פירש מעכשיו וע"ש דמסיק ז"ל ומהא שמעינן דאומר סלע זו לצדקה לאחר ל' דלא מצי הדר ביה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ע"ש וא"כ בהקדש כ"ע מודי דנהי דנימא חזר ממה שאמר מעכשיו כיון דאם אמר לאחר ל' גרידא נמי אינו יכול לחזור משום דאמירה לגבוה כו' אבל דעת הרשב"א הובא בשם הר"ן דיכול לחזור במקדיש אחר ל' תוך ל' ע"ש א"כ קשיא הך דירושלמי ועמ"ש בסימן רנ"ז סק"א. ואפשר לפרש כוונת הירושלמי לפמ"ש הרמב"ם פט"ו ממעשה קרבנות והתוס' במנחות (דף פ"א) דבהקדש אינו יכול לחזור תוך כדי דיבור ומשום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט והארכנו בזה בסי' רנ"ה סק"ב ע"ש א"כ בהקדש כי אמר מעכשיו ולאחר ל' כ"ע מודי דליכא לספוקי בחזרה כיון דאינו יכול לחזור אפי' תוך כדי דיבור ומשום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט א"כ ה"ל כאלו לא אמר אלא מעכשיו גריד'. אי תנאה הוי. וא"כ אינו יכול לחזור תוך ל' וכמ"ש דתנאה הוי היינו אם יהיה ל' אבל אם אמר לאחר ל' גרידא גם בהקדש יכול לחזור תוך ל'. אלא דאכתי תיקשי הך דרמ"א סי' רנ"ז סעיף א' במקדיש

מהיום ולאחר שלשים אינו קדוש כלל והוא מתשובת הרשב"א סי' תקס"ג והא ממ"נ קדוש אי חזרה לא מהני בהקדש ואי תנאה נמי הוי הקדש וצ"ע ועמ"ש בסי' רנ"ז סק"א:

סעיף ב

וה"ה דנותן יכול לחזור תוך ל' והוא מדברי הטור בשם הרמ"ה וז"ל הא דאמרי' זמנו של שטר מוכיח היינו דוקא בכותב נכסיו לאחר מותו אבל הכותב נכסיו לאחר או לבנו לאחר ל' ומת תוך ל' לא קנה וכו' וה"ה אם מת מקבל בתוך ל' לא קנה מקבל בקבר להנחיל ליורשיו וה"ה היכא דאקנינהו נותן לנכסים לאחריני ביני וביני בתרא קני עכ"ל וכתב הב"י עלה בשם הרב המגיד שלא ראה לא' מן המפרשים שחילק כן וע"ש שהעלה דלעולם אמרינן זמנו של שטר מוכיח: אמנם נראה דאפי' נימא גם בזה זמנו של שטר מוכיח לא עדיפא מאומר בפירוש מהיום ולאחר שלשים דכתבו תוס' פ' האומר (דף ס"ג) דקי"ל כר' יוחנן דאמר שיורא הוי וקידושי שני חיילי וגבי קנין צריך להיות עומד בסוף ל' במקום הראוי לקנין דהיינו סימטא ולא ברה"ר ומהיום לאחר מיתה אינו לא תנאה ולא חזרה אלא שיורא והיינו שמתחיל מהיום וכלה לאחר ל' ע"ש וא"כ כל שמת מקבל או נותן או חוזר קודם ל' לא הוי קנין כיון דשיורא הוי עד אחר ל' וגמר הקנין הוא סוף שלשים וכל שחזר קודם גמר הקנין ודאי מהני חזרה וה"ה מת נותן או מקבל תוך ל' דלא מהני וע"ש בתוס' פ' האשה רבה (יבמות דף צ"ג) בהא דלא ס"ל לר' יוחנן במעכשיו ואחר ל' דה"ל ככותב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה דהכונה גוף מהיום ופירי לאחר מיתה ומשום דדוקא בכותב מהיום ולאחר מיתה שייך למימר הכי אבל מעכשיו ולאחר שלשים שיורא וכן נראה דהרמ"ה לא ס"ל כדעת תוס' דקי"ל כר' יוחנן דאמר שיורא אלא כשמואל שם דאמר תנאה הוי ומשום הכי צריך לומר דלא אמרו בזה זמנו של שטר מוכיח אבל לפי מה דקי"ל כר' יוחנן דאמר שיורא וכמ"ש תוס' ועמ"ש בסי' קצ"ה סק"ד ובסי' קצ"ז סק"ה א"כ אפי' נימא זמנו של שטר מוכיח כיון דאומר לאחר ל' ה"ל כאומר מהיום ולאחר ל' דשיור הוי ואין כאן לא תנאה ולא חזרה אלא שיורא וממילא כל שחזר או מת מקבל או נותן קודם גמר הקנין לא הוי קנין כלל כן נראה ודו"ק:

סימן רנט

סעיף א

ואפי' אם יחזירנה אח"כ בפ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ו) אמר רבא ראה סלע שנפלה כו' ואע"ג דאהדרי' לבתר יאוש מתנ' בעלמא הוא דקא יהיב לי' וברמב"ם פ' י"ד מאביד' כ' דעובר בכל האיסורין דאע"ג דאהדרי' לבתר יאוש מתנה בעלמ' הוא דיהיב.

וע' בתוס' שם מ"ש בזה וגם בעל המאור נתקשה בזה פ"ב דבבא מציעא שם דלמה עובר משום בל תגזול הא מתקן לאוי' שהרי קיים העשה שבה והשיב את הגזילה וגזלן מצותו בהשב' ואפי' לאחר יאוש נמי שקנה הוא הגזילה עצמה אבל דמים משלם וא"כ מתקן לאוי' ע"ש. והרמב"ן בס' מלחמות שם כ' בישוב קושי' זו וז"ל והכא הוא סברא דגאון ז"ל דגזילה ואבידה היא זו ואבידה היא נקנית ביאוש היכא שלא נטלה וגזילה אינה נקנה ביאוש מדאורי' לעולם ואם תמצא לו' נקנה דמים מיהא משלם וזו כיון שנטל' ע"מ לגזלה ולא ע"מ להשיב' הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה ולא ע"מ לגוזל' קודם יאוש א"א לקנותו ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא ולכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים אבל בזו שע"מ לגוזלה נטלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצ' מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה אשר גזל שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה הלכך אע"פ שהחזיר' עובר בכולן וזה הפירוש ברור ונכון עכ"ל ודבריו צ"ל הא דאמרי' ריש פרק אלו מציאות גבי יאוש שלא מדעת אע"ג דשמעינן דמייאש אח"כ באיסור' אתי לידי' דאין הטעם משום דבאיסור' אתי לידי' כיון דבאיסור' לא הוי אלא בגזילה ממש דגזל בידים אבל אבידה לעולם חשיב בהיתרא אתי לידי' אלא הטעם משום דבאיסור' אתי לידי' היינו קודם יאוש וכבר נתחייב בהשב' ותו ל"מ יאוש דשומר שכר שלו הוא וידו כיד הבעלים וכן מבואר להדי' בשטה מקובצת שם ריש פרק אלו מציאות בשם הריטב"א דז"ל אע"ג דמייאש לבסוף ל"מ ואפי' למ"ד בעלמ' יאוש כדי קני שאני הכא שנטלה בתורת גזל כיון שבשעת נטילה לא זכה הרי ידו כיד הבעלים וכנפקד שלהם שאין יאוש מועיל בו והיינו דאמרי' לעיל דכי אתי לידי' באיסור' אתי לידי' ולאו באיסור' ממש שהרי לא נתכוין לגזול וחייב הוא ליטלו כיון שיש בו סי' אלא בשעת איסור קאמרינן כלומר דכי אתי לידי' ברשות בעלים קיימ' וכנוטל מידו וז"ב עכ"ל ע"ש ועמ"ש בסי' קס"ג סק"א ובסי' רס"א סק"א ובסי' שס"א סק"ב:

והנה ממ"ש הרמב"ן הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים משמע דל"מ יאוש אלא ברשות שאינו שלו דוקא. וקשה מהא דאמרו פ"ק דכריתות דף ז' שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם וזכה בו זכה ומשמע אפי' השור עודנו בביתו וברשותו מיהו התם יש לו' דמצד הפקר אתינן עלה וכן משמע מלשון הש"ס שם ומלשון הרמב"ם פ' י"א מנזקי ממון ז"ל שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה שהרי אם נגמר דינו הפקירוהו בעליו ע"ש והפקר ודאי מהני אפי' ברשותו ממש ועמ"ש בסי' ת"ה סק"ב אלא דבר"פ אלו מציאות גבי תאינה הנוטה לדרך ומצא תאינה תחתי' דהוי נמי

מטעם יאוש ע"ש דף כ"א ואע"ג דהתאינה ברשותו וכן שם פ' אלו מציאות גבי מוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות דהרי אלו שלו ושם דף כ"ד ס"ד בש"ס דמשום יאוש הוא ואע"ג דחצר השותפין הוא וכדאמרי' בנדרים [דף מ"ו] והרי בה"כ דהוי כמו חצר שאין בו דין חלוקה ע"ש וא"כ לא נפיק מרשותו ואפ"ה מהני בי' יאוש וכן בהשולח דף מ"א גבי נתייאשתי מפ' עבדי משמע בתורת יאוש ואע"ג דעבד חשב לעולם ברשותו דיד עבד כיד רבו ולכן נראה דהרמב"ן לא אתי לאפוקי רשות בעלים אלא ברשותו נמי מהני יאוש כל היכ' דלא אתי חצירו וזכה לו וכמו האי דכתב הרמ"א בסי' רס"ח ע"ש אלא דכתבו להא שידו כיד הבעלים ושומר שלהם הוא הלכך אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים היינו דכיון דהשומר אינו מתייאש שהרי הוא ת"י וידו כיד הבעלים א"כ יאוש דבעלים ל"מ אבל היכא שמונח בחצירו בענין דחצירו לא קנה לו וכמ"ש הרמ"א בסי' רס"ח מהני יאוש שפיר:

אמנם יש מקום עיון בהא דאמרו ר"פ א"מ אתמר יאוש שלא מדעת אביי אמר לא הוי יאוש רבא אמר הוי יאוש כו' בדבר שיש בו סי' כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש ואע"ג דמייאש לבסוף לא הוי יאוש דכי אתי לידי' באיסור' אתי לידי' דליכי ידע דנפל לא מייאש כו' כי פליגי בדבר שאין בו סי' אביי אמר לא הוי יאוש דהא לא ידע דנפל מיני' רבא אמר הוי יאוש דלכי ידע דנפל מיני' מייאש כו' ולפמ"ש הגאון והרמב"ן דאבידה שנטלה ע"מ שלא להשיבה נקנה הוא ביאוש כיון דלאו באיסור' אתי לידי' וידו כיד בעלים נמי לא הוי כיון דנטלה שלא להשיבה א"כ הא דאמרו בדבר שיש בו סי' כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש אע"ג דמייאש לבסוף אם נטלה ע"מ לגוזל' ולא להשיב' א"כ כי מייאש מיני' לבסוף נקנה היא ביאוש. ואם נטלה ע"מ להשיבה א"כ אפי' נתייאש מרי' מיני' מקמי דתיתי לידי' נמי לא קני לה כיון דלא נתכוין לקנות' אלא להשיבה לבעלים. ונראה דנהי דלא קני לה כשנטלה להשיבה כיון דלא נתכוין לקנות' מצי קני לה אח"כ כיון דכבר נתייאש מארי' מיני' וידו כיד הבעלים לא הוי אלא היכא שנטלה ע"מ להשיב' קודם יאוש דהוי לי' שומר אבידה והוי לי' שומר שכר של הבעלים ה"ל ידו כידו אבל כי מטא לידי' אחר יאוש דאין שומר אבידה כלל כיון דלא נתחייב כלל בהשבה א"כ נהי דלא קנה בשעת הגבהה משום דלא נתכוין לקנות' מצי קני לה אח"כ בעת שירצה כמ"ש ומשום מגבי' מציאה לחבירו נמי לא הוי דלא מיירי שנתכוין להגבי' לזכות לבעלים אלא שנטלה שלא יזכה הוא בה אלא להשיבה ליד הבעלים אבל לא בתורת זכי' לבעלים וכמ"ש וכן כי פליגי ביאוש שלא מדעת נמי מיירי כי האי גוונ' שנוטל' ע"מ להשיב' דלמאן דאמר לא הוי יאוש כי נטלה ע"מ להשיב' צריך להחזירו לבעלים כיון דנתחייב בהשבה וה"ל

שומר אבידה וידו כיד הבעלים וא"כ אפי' מייאש מארי' מיני' אח"כ ל"מ כיון דידו כיד הבעלים ולמאן דאמר הוי יאוש כי נטלה ע"מ להשיבה יוכל לזכות בו אח"כ כשירצה דלא הוי עלה שומר אבידה כלל כיון דיאוש שלא מדעת הוי יאוש לא מתחייב בהשבה וכמ"ש אבל בנטלה ע"מ לגוזלה ולזכות לעצמו לא מצי מיירי דא"כ אפי' בדבר שיש בו סי' נמי קני לה כי מייאש מארי' מיני' אח"כ והא דאמרו באיסור' אתי לידי' היינו דאתי לידי' בשעת איסור והוי ידו כיד הבעלים וכמ"ש הריטב"א ודוק:

סעיף ב

ושיש סי' בגופה בפרק ב' דמציעא [דף כ"ז] איבעי' להו סימנין דאוריית' או דרבנן מאי נפקא מינ' לאהדורי גט אשה בסימנין אי אמרת דאוריית' מהדרינן ואי אמרת דרבנן כו' באיסור' לא עביד רבנן תקנת' כו'. ועלת' בספיק' וכדאמר בגמ' פרק קמא דמציעא (דף י"ח) רב אשי מספק' לי' סימן דאוריית' או דרבנן וכן הסכמת כל הפוסקים וכמבואר בטור וב"י וש"ע סי' י"ז שלא להתיר בעדות אשה ע"י סימנין והקשו בזה מהא דאמרי' בחולין פרק אותו ואת בנו (חולין דף ע"ט) בהא דאמר עייל לי הני דמיין להדדי ואמרינן עלה שמע מינה סימנין דאוריית' וראיתי בש"ע הקטנים בשם הרב הגאון מוהר"ר עוזר להוכיח מזה דשני סימנין דאוריית' דה"ל כמו סי' מובהק והתם שני סימנין היו ע"ש. אמנם נראה דלא קשה מידי לפי מ"ש הר"ן בחידושיו לחולין שם ז"ל סימנין דאוריית' פירש"י דמסימני אבידה קאמר והקשה הרמב"ן מה ענין זו לזו אפי' כשתמצא לומר סימנין אלו דאוריית' י"ל שאין מחזירין אבידה בסימנין דלמא מחזי חזא א"נ כסומ' בארוב' אלא ודאי סימנין אלו קאמרינן שהן עיקר לסמוך עליהן בענין זה וגמר' גמירי לה והאי דומיא דאמרי' בפרק אלו טריפות גבי סימני ביצים סימנין לאו דאוריית' עכ"ל וא"כ התם הגמ' גמירי לה לסמוך בהנך סימנין דדמין באודני כו' וה"ל כמו סימני חיה ובהמה וז"ב: והנה בזה נראה לפענ"ד הא דבעי לה לאהדורי גט אשה בסימנין ולא קאמר נפקא מינה לעדות אשה במיתת הבעל בסימנין ולפמ"ש הרמב"ן י"ל דס"ל דגבי הכרת מת ודאי מהני סימנין מן התורה אלא דבעי לה לאהדורי גט אשה דיש לומר מחזא חזא או כסומא בארוב' ובעדות אשה דנאמן עד אחד ולא חשיד למשקר אלא להכרה בסימנין ודאי מהני מן התורה:

ולפי זה כיון דבעי לה לאהדורי גט אשה ומשום דגבי גט אין השליח נאמן וכמ"ש הרשב"א והר"ן דחשו למשקר משום דלא ניחא ליה דלהוי תרעומת הבעל עליה או משום נוגע בשכרו י"ל דסימן לא מהני ומשום דמחזי חזא או כסומא בארוב' לזה הוכיחו שם מהא דאמרו אף השמל' היתה בכלל כו' אף כל דבר שיש לו סימנין והיינו דא"כ באבידי'

לא מהני סי' משום דמחזי חזי וכסומ' בארוב' ומשני סי' כדי נסבה והדר פשט לה מחמור בסי' אוכף ודחי לה בעדי אוכף. והקשו בזה דאמאי לא משני בסימן מובהק דודאי מהני. ולפמ"ש י"ל כיון דבעי לה לאהדורי גט אשה ולא בעי לה בהכרת מת בסימן אלמא דס"ל דסימן דאורייתא אלא באבידת הגט משום מיחזא חזי כו' א"כ מה לי סימן מובהק או לא כיון דאמרי מיחז' חזי או כסומ' בארובה והדר פשיט לה כתנאי דתניא אין מעידין על השומ' אליעזר בן מהבאי אומר מעידין על השומ' מאי לאו בהא קמפלגי דת"ק סבר סימן דרבנן ואליעזר בן מהבאי סבר סימן דאוריית' היינו דפשיט מת"ק דהלכתא כוותיה וכיון דסברי סימן דרבנן אפי' בהכרת מת דהתם לא חשוד למשקר כיון דעד אחד נאמן בעדות אשה ואפ"ה סברי סימן דרבנן א"כ מכל שכן באבידה דהוי דרבנן ואפי' לא אמרו כסומ' בארוב' ולא חזי ליה כיון דגוף הסימן דרבנן ודחי לה דכולי עלמא סי' דאורייתא והכא בשומא מצוי בבן גילוי קמפלגי או בסימנין העשוין להשתנות קמפלגי וא"כ לפי זה אכתי אפשר באבידה' לא מהני ומשום הנך טעמא דמשקר וכמ"ש דמחזי חזי כו' איבעית אימא דכ"ע סי' דרבנן והכא בשומ' סימן מובהק קמפלגי כו' ובזה ודאי שפיר מהני סימן מובהק כיון דלא חשוד למשקר בעדות אשה כמ"ש ואכתי נ"מ באבידת הגט בסימן מובהק דמשום מחזי חזי או כסומ' כו' אפי' סימן מובהק לא מהני: ובזה נראה לענ"ד ליישב דברי הרמב"ם שכתב בפ"ז מהל' נחלות וז"ל או שנהרג ולא הכירו פניו אבל אם הי' להם סי' מובהקים בגופו בכל אלו הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרו אחר כך יורדין לנחלה בעדותן אע"פ שאין משיאין אשתו שאני אומר לא החמירו בדברים אלו רק מפני איסור כרת עכ"ל ע"ש. ודבריו נראין תמוהין מאד דהא בש"ס משמע דבעי לה מדאורייתא וכמו שאמרו שם בגמ' למ"ד סימן דרבנן איך מחזירין אבידה בסימן ואמרו משום תקנת' ע"ש וא"כ איך כ' דלא החמירו בסימן אלא מפני איסור כרת וליכא למימר דמיירי מסימן מובהק ביותר דבזה אפי' בעדות אשה אנו מתירין וע"כ מיירי מסי' אמצעי וע' כסף משנה פ' י"ג מגירושין:

ולפי מ"ש נראה דאיבעי' שם בב"מ (דף כ"ז) ודאי בעי לה מדאורייי' וכדאמרו שם היכי מחזירין אבידה' בסימן ופשיט לה נמי מחמור בסימן אוכף דקר' אלא דזה הוא באבידה' הוא דבעי לה ומשום מיחזי חזי או שאומר כסומ' בארוב' אבל היכא דהסימנין אמת ודאי מהני סי' מן התורה מדלא בעי לה אלא לאהדורי גט ולא בעי לה בהכרת מת להתיר לאשה וכמ"ש והא דלא סמכינן בעדות אשה בסימן היינו ממימרא דרב אשי בפ"ק דמציעא (דף י"ח) דקאמר נקב יש בצד אות פלוני אבל נקב בעלמא לא רב אשי מספקא ליה סימנין אי דאורייי' אי דרבנן והתם ליכא למימר משום ספיקא דבעי לה באבידה ומשום חשש משקר

דמחזי חזי וכמו שכתב דאם כן סימן מובהק ביותר נמי לא מהני וכמו שכתב כיון דמחזי חזי או שאומר כסומ' בארוב' וע"כ בענין שאין בו חשש משקר ואפ"ה בעי סימן מובהק ביותר א"כ ע"כ מוכח דלאיסור כרת ל"מ הסימן מצד עצמותו אע"פ שאין בו משום משקר וסובר הרמב"ם דגם רב אשי לא מספקא ליה בדאו' אלא ס"ל דמן התורה ודאי מהני סי' מצד עצמות' כל שאין בו משום שקר אלא מספקא ליה אי אחמירו ביה רבנן אי לא והיינו דקאמר רב אשי מספקא ליה סי' אי דאוריית' אבל מדרבנן ל"מ משום חומרא דכרת אי דרבנן והיינו דאפי' מדרבנן נמי מהני ולזה בעי סימן מובהק ביותר אבל בעלמא לא החמירו ומשום הכי כתב הרמב"ם דיורדין לנחלה בעדותן אע"פ שאין משיאין את אשתו וכדמוכח מדרב אשי דמספק' לי' בעצמות הסימן אינו אלא חומרא באיסור כרת וכמ"ש ויתיישב בזה דברי הרמב"ם פ"ג מגירושין ז"ל הי' לעדים בגט סימן מובהק כגון שאמרו נקב יש בצד אות פ' ובהשגות ז"ל כ' הראב"ד ז"ל ואפי' לשליח עכ"ל ולפמ"ש י"ל דכיון דהשליח חשיד למשקר וכמ"ש הרשב"א והר"ן וא"כ ה"ל ספיקא דש"ס בב"מ נ"מ לאהדורי גט ומשום מחזי חזי וא"כ סי' מובהק גמור נמי ל"מ כיון דמשקר בסימן ולא שאומר כסומ' בארוב' לזה כתב הי' לעדים דאין בהם משום משקר אלא ספיקא דרב אשי בעצמות הסי' אי אחמירו ביה רבנן אי לא ובסי' מובהק גמור לית גימגום בעצמות הסי'. והרב המגיד שם כתב ז"ל ובהשגות אמר אברהם אפי' לשליח ונראה שאף רבינו יודה בזה ומוכיח מן הגמ' עכ"ל ולפמ"ש י"ל דס"ל להרמב"ם דהשליח אינו נאמן אפי' בסי' מובהק גמור ומטעמא שכתבנו ומאי דאמר רב אשי כגון דקאמר נקב יש בצד אות פ' היינו דקאמרי עדים ודוק וראיתי לחקור בסימנין אם הוא דוקא באבידה אבל להוציא ממון ל"מ סימנין והנה ביבמות (דף קט"ז) גבי שומשמי משמע דאם היה סי' מובהק הוי מהני לאפוקי ממונא וכן בש"ך רצ"ז האריך בענין סימנין להוציא על ידן והעלה בפשיטות דסי' מובהק ודאי מהני ואפי' במגו אינו נאמן דה"ל מגו במקום עדים ע"ש:

אמנם בעיקר סימנים קשה לי טובא דנראה דל"מ שום סי' להוציא דבחולין דף צ"ו אמר רב יצחק ברי' דרב משרשי' תדע דטביעות עינא עדיף מסימנ' דאלו אתו בתרי ואמר פלני' דהאי סימנא והאי סימנ' קטל נפשי' לא קטלינן לי' ואלו אמרי בתרי אית לן ט"ע בגוי' קטלינן לי' וכתבו שם תוס' ד"ה פלני' דהאי סי' וז"ל וא"ת והאיך מחזירין שטר ע"פ סימנין והא אי אתו סהדי ואמרי פלניא דהאי סי' והאי סי' לוה מפ' מנה לא מפקינן מיני' וי"ל דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מחזירין שפיר אבל ממון שביד בעלים אין להוציא ע"י סימנין דה"נ לא הוי מפקינן חפץ מיד בעלים אי אתו סהדי ואמרי האי חפץ דהאי סימנא והאי סימנא דפלניא הוא עכ"ל. ומבואר דאין להוציא

כלל ע"י סימנין ומשמע אפילו בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר וראה עתה בידו דאין לומר לקוח נמי לא מפקינן כמו דלא מפקינן ממונא אלו אתו בתרי ואמרי פ' דהאי סי' והאי סי' לוה מפ' מנה וא"כ בהך דאשה שלום בהנך שומשמי שאמרי חושבנא אתרמי ומשמע הא סי' מובהק מהני ולפי מה דמוכח מפ' ג"ה (דף צ"ו) בתוס' הנזכר מוכח דל"מ סימנין כלל לאפוקי ממונא וכן בהך דא"נ דף ע' שאמרו דוקא דהבא פריכא אבל כלים דלמא יהבי סימנין היכי מהני סי' להוציי ממון ולכן נראה דהך דפ' א"נ וכן הך דפ' האשה שלום דמיירי שהפקידו בעדים וכמ"ש תוס' שם וכיון דראו עדים איך שהפקידו בסי' זה וראו נמי זה הסי' עתה בידו אמרי' דהוא אותו חפץ שהפקידו ולא מהימן לו' החזרתיו וזה חפץ אחר בסי' כזה דמסתבר יותר שהוא אותו הפקדון אשר הופקד בידו בסי' כזה מש"ה מהני להוציא שם פ' א"נ וכן בהנך שומשמי אי לאו דחושבנ' אתרמי הוי מפקינן מיניה כיון שהיו עדי פקדון בסי' זה אבל כל דליכא עדי פקדון אלא שראו עדים עתה ביד שמעון חפץ ואמרי האי חפץ דהאי סימנא והאי סימנא הוא של ראובן אע"ג דהוא מדברים העשוין להשאיל ולהשכיר מצי טען להד"מ ול"מ סי' כלל להוציא ממון ואמרי' אתרמי סימנ' כסימנ' ואכתי איכא למידק מהא דאמרו פ' י"נ (דף קכ"ח) הי' יודע בעדות קרקע ונסתמא פסול ושמואל אמר כשר אפשר דמכוין מצרנה' אבל גלימא לא ורב ששת אמר אפי' גלימ' אפשר דמכוין מדת ארכו ומדת רחבו אבל נסכא לא ורב פפא אמר אפילו נסכא אפשר דמכוין מדח משקלותיו ע"ש ומוכח מזה דמהני סימנא לאפוקי ממונא ואע"ג דהנך כולהו אמוראי אתותבו ע"ש מהא דתני' הי' יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו פקח ונתחרש פיתח ונסתמא פסול תיובתא דכולהו תיובת' היינו משום דעומ' פסול הוא וה"ל תחלתו בכשרות וסופו בפסול כמו עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו אבל פיתח מעיד שפיר כה"ג ע"י סימני מדה ומשקל וא"כ נראה מוכח דמהני סימנא להוצי' ואפשר דקרקע כיון שאין אדם תופס בה אע"ג דבחזקת בעלים הראשוני' הוא מהני סימנא להוצי' מחזקת מרא קמא משא"כ מטלטלין שהוא תפוס ומוחזק בהם יותר הוא דל"מ סימנא להוצי' גלימ' ונסכ' מיירי באביד' שאין אדם מוחזק בה. וע' בנ"י פ' א"נ גבי הני זוזי דיתמי כו' בדקינן גברא דאית לי' דהבא פריכ' ע"ש שהקשה כיון דבמשקל הוו סי' מה מהני דהב' פריכא וי"ל דמשקל לא הוי סי' אלא באבידה דלאו אפוקי ממונ' ממארי' הוא אבל היכא דהוי אפוקי ממונא ממארי' ולמיתב לי' לאחר כי הכא דטענינן דלאו דידי' לא יהבינן לי' אלא בסי' מובהק אבל משקל שהוא סי' דכל דהוא לא עכ"ל וע"ש ולדבריו תיקשי הא דאמרו פ' י"נ אפי' נסכ' אפשר דמכוין מדת משקלותיו וצ"ל נמי דמפרשי לה באביד' ובמרדכי פ' האשה שנתארמלה ז"ל ור"ת

השיב תשובה ששניהן כשרין לגבות בהן שהרי כשאנו באין לקיים החתימה מהחתימה מ"ט בעינן שני שטרות לפי שבשטר אחד אין אדם יכול להכיר ענין חתימת העדים דזמנין דשבקי רווח' וזמנין דמשוך לגגי' דחי"ת וזמנין תליא לכרעי' וזמנין לא עביד וכו' ועוד צא ולמד מדאמרי' הי' יודע בעדות קרקע ונסתמ' כו' אפילו כוון מדת מצרנה' ומדת גמיו בגלימא ומשקל בנסכ' לא מהימנין להו דכולהו אמוראי איתותבו אלמא דעיקר העדות בטביעות עין ולא לדמות מלתא למלתא אלא דתקנה עבדינן בקיום משום פסיד' דלקוחות עכ"ל ומבואר דאין מוציאין ממון אלא ע"פ טביעת עין דוקא וכמ"ש מהך דחולין פ' דהאי סימנ' כו' לוה מפ' מנה דאין מוציאין ממון אמנם מ"ש ר"ת ראי' מהך די"נ בהי' יודע עדות קרקע ונסתמ' כו' דכולהו אמוראי איתותבו קשי' לן דהא אדרבה מדאמרי הנך אמוראי אפשר דמכוין מדת גמיו ומשקל משמע דסימנין מהני והא דאיתותבו אינו אלא משום דה"ל תחלתו בכשרות וסופו בפסול וסומא פסול לעדות אפי' להעיד בט"ע דקלא דהאי גבר' לוה מפ' מנה ומשום דהתורה פסלו לעדות ומה"ט נמי סומא פסול להעיד אע"ג דיכול לכוין ע"י סימנין ומשום דאינו עד וכבר הנחנו דברי ר"ת בצ"ע בסי' מ"ו סק"ח ע"ש. ונראה לישב דברי ר"ת לפמ"ש הר"י פ"ב דגיטין בהא דאמרו סומ' כשר להביא גט ומצי אמר בפני נכתב ובפ"נ וז"ל דאמרי בגמ' דהא דקתני פיתח ונסתמ' וחזר ונתפתח לאו דוקא דה"ה אפי' לא חזר ונתפתח ואיידי דקתני סיפ' שפוי ונשתטה וחזר ונשתפה טעמ' דחזר ונשתפה תנא נמי חזר ונתפתח ודייק' רב אשי מדקתני זה הכלל דמשמע דטעמ' משום דגוי הוא דבעי תחלה וסוף אבל סומא דלא הוי טעמא משום פסול לא בעי תחלה וסוף אלא תחלה לחודיה דמצי למימר בפ"נ וכו' וא"ת והא אית לן למיפסלי' משום דבכולהו עדיות בעי' תחלתו וסופו בכשרות ומ"ה פסלינן פיתח ונסתמ' בארע' אע"ג דמצי מכוין מדת מצרנהא ובגלימ' מדת ארכה ובנסכ' משקלותיו כדאי' פ' י"נ י"ל דהתם היינו טעמא משום דלמא לא מכוין שפיר ואפי' תימא דמצי מכוין איכ' למימר דגזרו רבנן אבל גט אשה כיון דאכתוב קמי' ואימסר לידי' כשהוא פקח אע"פ שנסתמ' כל שיצא גט מתחת ידו יכול לו' גט זה שבידי בפ"נ ואפי' נימא דבעלמ' גזרינן הכא ל"ש למיגזר דהא לא אתי לאחלופי עכ"ל וכ"כ הרמב"ן בחידושיו לגיטין שם. ומבואר מדברי הרמב"ן והר"ן דסומ' אינו פסול הגוף כלל אלא הא דל"מ פיתח ונסתמ' היינו משום דלא מצי מכוין לה וא"כ מוכח דסימנין ל"מ אלא דוק' בט"ע וס"ל לר"ת דאינו משום גזור רבנן אלא משום דסימנין ל"מ מדינ' אבל בתוס' שלפנינו פ"ב דגיטין דף כ"ג מבואר דטעמ' דפיתח ונסתמ' פסול משום תחלתו בכשרות וסופו בפסול וסומא ה"ל פסול הגוף וכמ"ש וע"ש ז"ל והא דאמרי' בי"נ הי' יודע לו עדות כו' פיתח ונסתמ' פסול

שאני הכא דגבי גט אפי' אשה נאמנת וכ"כ תוס' פ' י"נ שם דף כ"ח דגבי גט אקילו תחלתו בכשרות וסופו בפסול וע"ש וא"כ טעמ' דפיתח ונסתמ' משום תחילתו בכשרות וסופו בפסול וסומ' פסול הגוף הוא משום דכתיב או ראה פרט לסומ' כדתני בתוספת' וכמ"ש בסי' מ"ו סקי"ט ס"ד וא"כ סומ' פסול להעיד אפי' ע"י ט"ע דקל' אלא דלפמ"ש בסי' פ"א סקי"ג אפי' פיתח אינו מעיד ע"י ט"ע דקל' וכיון דלפמ"ש תוס' א"כ סומ' פסול הגוף וטעמ' דפיתח ונסתמ' אינו אלא משום סופו בפסול וא"כ אינו מוכח דסי' ל"מ אלא דכבר הוכחנו מהך דחולין פ' דהאי סי' לוה מפ' מנה דל"מ וכמ"ש תוס' להדיא דאין מוציאין ממון על פי סימנין:

סעיף ג

או הפקר ב"ד עיין ש"ך סי' שנ"ו שכתב וז"ל דעיקר הטעם אינו כו' דמכל מקום דייניגן הכי משום דגם בישראל דיינין הכי ובתה"ד אתי שפיר טפי דכתב הכי דייני עתה כו' ואף על גב דמנהג גרוע שהוא נגד תורה לא אזלינן בתרי' יש לו' דהאי מנהג שנתקן כך דפשיטא שיש כח ביד הדור לתקן תקנה ועוד דגם בדינא דמלכותא כך הוא עד כאן לשונו. אמנם נראה דזה לאו מנהג גרוע אלא מנהג טוב וישר הוא דכיון דאמרו בגמרא דאבידה דלאחר יאוש מחזירין לפנים משורת הדין והוא משום ועשית הישר והטוב דמהכא נפקא לן לפנים משורת הדין וכן ביאוש ושינוי רשות אמרו בפרק הגוזל בתרא בירא שמים מחזיר לבעלים הראשונים ומשום הכי כשראו חכמי הדור לתקן שיחזיר לאחר יאוש אין זה מנהג גרוע ח"ו וכן כ' במרדכי פרק אלו מציאות ז"ל אמר ליה לפנים משורת הדין ואשכחנ' נמי בפרק הגוזל בתרא חייב בבא לצאת ידי שמים וכיון דחזינן דהוי כייפי להו להני כדאי' פרק האומנין גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות דתני רב יוסף והודעת להם את הדרך כו' וכן פסק ראב"ן וראב"י דכייפינן להו לעשות לפנים משורת הדין עכ"ל והיינו דאף על גב דבעלמא לא כייפי למיעבד לפנים משורת הדין הכא ראו הב"ד לתקן תקנה זו ואין זה מנהג גרוע כיון דיאות למיעבד לפנים משורת הדין ובפרט שהוא נמי דמ"ד. ותדע דהא כתב הרמ"א סעיף ה' דאם הוא עני ובעל אבידה עשיר א"צ להחזיר וכיון דכתב דהשתא דינא הכי משום דמ"ד א"כ למה נהדר פני דל דודאי עני ועשיר משפט אחד הן מצד דמ"ד או מצד הפקר ב"ד. ודוחק לו' דהרמ"א סעיף ה' מיירי היכא דליכא דמ"ד וליכא נמי הפקר ב"ד אלא כיון דעיקר הטעם אינו משום דמ"ד אלא משום דראוי נמי למיעבד לפנים משורת הדין להכי דיינין הכי בישראל ועשו כפי' לעשות הישר והטוב ולפנים משורת הדין אינו אלא למי

שהיכולת בידו ומשום הכי אין העני מחויב להחזיר ודי לו לעני במשפט כתוב ועמ"ש בסי' שנ"ו סק"ד:

סימן רס

סעיף א

דהוו כחצר של שניהם. ז"ל הרא"ש בתשובה כלל י"א סי' ד' שאלת על שמעון הדר עם ראובן בביתו ומעלה לו שכר וקנה שמעון מציאה בתוך הבית אם הוא של שמעון או של ראובן משום שזכתה לו חצירו נראה לי דכיון דמעלה לו שכר שכירות ליומיה ממכר היא והוי כמו חצר השותפים וגרסינן בפרק המוכר הספינה (דף פ"א) אמר רב ינאי א"ר יוחנן חצר השותפין קונין זה מזה וכ"ש מאינש דעלמא אם היה צבי שבור נכנס לבית יהיו זוכים בהם שניהם כי חצירם זכתה להם והוי כשנים שהגביהו מציאה אבל הקונה מציאה מן הגנב אין זה דבר הפקר דשייך ביה למימר חצירם קנתה להם וכו' עכ"ל:

ותמהני במ"ש מהא דפ' המוכר הספינה דחצר השותפין קונין זה מזה דשם מבואר להדי' דהא דאמר ר' ינאי חצר השותפין קונין זה מזה מוקי לה שם דהיינו דוק' במודד לתוך קופתו דקונה לו הקופה אבל ע"י חצר השותפין אין קונין זה מזה וכ"כ תוס' בקידושין פ"ק (דף ח) בהא דאמרו ואם היה סלע של שניהם דפרש"י מתורת חצר והקכו תוס' מהך דר' ינאי דחצר השותפין אין קונין זה מזה אלא במודד תוך קופתו וצ"ע. ולולי דברי הרא"ש נראה לענ"ד דאפי' מציאה דאתי מעלמ' נמי אין חצר השותפין קונה אלא דהמוצ' זכה מהא דאמרו בירושלמי ס"פ הבית והעלי' כותל שבין שתי מחיצות ונפל רב ושמואל חד אמר מחצה לזה ומחצה לזה וחד אמר כולו לזה וכולו לזה מה מפקה מביניהון מצלא מציאה מאן דאמר מחצה לזה ומחצה לזה מחציו והילך לזה ומחציו והילך לזה ומאן דאמר כולו לזה וכולו לזה המוצא זכה. וביאור הדברים נראה דמ"ד מחצה לזה ומחצה לזה א"כ לא הוי חצר השותפין כלל אלא כל א' מכיר מקומו ומחציו והילך לזה קונה המציאה ומחציו והילך לשני קונה המציא'. אבל למ"ד כולו לזה ה"ל חצר השותפין ולא קנו כלום דחצר אינו קונה אלא שיה' חצירו לבדו ומשום הכי זוכה המוצא ועמ"ש בסי' קצ"ז סק"ה וטעמ' דהך מלת' נראה כיון דאפי' בשנים שהגביהו מציא' אמרו בפ"ק דמציע' דף ח' דתיהוי כמאן דמנח בקרקע ולא ליקני לא זה ולא זה אלא משום דכל אחד ה"ל מגביה מציאה לחבירו ע"ש וא"כ דוק' התם דשתי ידים זוכות בו אמרינן דידו של זה זוכה לחבירו וכן ידו של זה זוכה לחבירו אבל בחצר השותפין דאינו אלא יד אחת ואותו היד משותפת לשניהם א"כ לא זכה לא זה ולא זה וה"ל כמאן דמנח בקרקע. וכן

משמע בתשובת מוהר"ם בר"ב סי' שכ"ה ע"ש על אודות אשר היו בין ראובן ושמעון ולוי הדרים בבית אחת וקנו ראובן ושמעון מציאה מגוי שהרויחו בו זקוק ולוי תקפם לדין וטען שגם הוא זכה בחלק שלישי לפי שהוא דר בבית עמהם וזכתה לו מציאה ע"ש סוף דבריו ז"ל ומיהו אם לא התנו מתחלה לחלוק בכל מיני רווחים לא קנה לוי זה הכלל אם לא הי' מן הקונים וגם לא אמר להיות שותף אע"ג דקי"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו בראה אותן רצין אחר מציאה שזכתה לו שדהו ומוקי לה והוא שעומד בצד שדהו בחצר שאינו משתמרת לדעתו ואחר שלא התנו מתחלה כשהשכירו הבית לחלוק בכל מיני רווחים לא קנה לוי דכל הקודם במציאה זכה ולא יתן לחבירו ועוד דפסק ר"ת כר' אליעזר בן יעקב דשותפין שנדרו הנאה זה מזה מותרין לכנס לחצר ופי' ר"י משום דיש בריידה דהכי קי"ל גם בנדון הזה כל אחד קונה בחצירו דיש ברירה כו' ושלום מאיר בר' ברוך. ומבואר דאפי' במציאה שהו' תוך חצר השותפין לא קנו השותפין אלא כל הקודם במציאה זכה דהא לדעת מוהר"ם שם קנו מציאה מן הגוי דין מציאה אית לה ואפ"ה כת' דלא קנה לוי ואלו לדעת הרא"ש במציאה זוכה לשותפין ובטעמ' שכ' מוהר"ם משום דקי"ל כר"א בן יעקב ומשום ברירה א"כ נראה דוקא אחד מן השותפין הוא דמצי זכה במציאה ומשום דאמרי' ברירה שהוא של זה אבל אינש דעלמ' לא מצי זכי ביה ואפשר לפרש נמי הירושלמי הנז' מ"ד כולו לזה וכולו לזה המוצא זכה היינו המוצא הוא אחד הוא מהשותפין ומשום ברירה ועל כל פנים נראה מוכח מדברי מוהר"ם בחצר השותפין שהי' בו מציאה וקדם וזכה א' מן השותפין דזוכה ומשום ברירה ודו"ק היטב:

סימן רסא

סעיף א

דאבידה מדעת הוי הפקר. והו' מדברי הטור והב"י כתב על דברי הטור דלאו מלתא היא שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירם כו' ופסק כדברי רמב"ם ע"ש ובש"ך כתב וז"ל ולפי עניות דעתי לא ירדו לסוף דעת הטור דאין כוונת הטור להשיג בסבר' דמסתמ' כיון דאינו מפקח על נכסיו מפקירם אלא כוונתו להשיג דאבידה מדעת דאמרינן בש"ס בכל דוכתי פירושו דהוי הפקר וכמו שמוכח גבי אשפה שאינה עשוי לפנות דקאמר בש"ס אבידה מדעת היא והיינו על כרחך דהוי הפקר והוי שלו והכי נמי מוכח בש"ס ריש פרק אלו מציאות דקאמר תא שמע פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל מיניה אמר מר עוקב' הכא במכנשת' דבי דרי עסקי' דאבידה מדעת הוא אלמא דאבדה מדעת דהכא אין פירושו כמו אבידה מדעת דהתם והוא דוחק גדול עכ"ל:

ולענ"ד אין זה מן המדה במה דכייל הש"ך דאבידה מדעת כיון דאשכחן בחד דוכתי דהוי הפקר דהכי הוא בכל מקום דהא אשכחן אבידה מדעת הוא אלמא דהאבידה מדעת פירושו בכל דוכתי שהיא הפקר ולהרמב"ם צ"ל דאבידה מדעת בפרק הספינה דף פ"ז והתם ודאי אינו הפקר ע"ש דאמרו בשלמ' באיסר ושמן פליגי דרבנן סברי לאדועי' שדרי' ורבי יהודה סבר לשדורי ליה שדרי' אלא שיבר צלוחית אבידה מדעת היא ומסקינן שנטלה למוד בה אחרים ושואל שלא מדעת גזלן וקי"ל כרבנן וכמבואר בטור וש"ע סי' קפ"ח דעל הפונדיון חייב ועל הצלוחית פטור משום דאבידה מדעת היא ולא הי' צריך לשומרו יותר מבעל הבית ועל הפונדיון דחייב היינו משום דהאיסר נשאר ביד חנוני ואם מחזיר אותו האיסר בעצמו גם באיסר פטור כיון דהוא נמי אבידה מדעת וכל זה מבואר שם מן הגמ' ובפוסקים ואי נימ' דאבידה מדעת הוי הפקר א"כ למה יתחייב על הפונדיון כיון דהאיסר גופיה הפקר וכל מה דיהיב בעד האיסר אינו אלא מתנת חנם וכן בצלוחית כשנטלה למוד בה ה"ל גזלן כיון דהוא אבידה מדעת הרי הצלוחית לגמרי שלו ואם כן ע"כ צ"ל דהך אבידה מדעת דהתם אינו לשון הפקר וכיון דפירושו מתחלף אם כן ראיית הש"ך אינו. ולפע"ד נראה דאם ראוי לו' שלא יתחלף לשון אבידה מדעת פעם בלשון הפקר ופעם לא וכמ"ש הש"ך אם כן נראה מוכח כדברי הרמב"ם דאבידה מדעת בכל דוכתי בש"ס אינו לשון הפקר דהא מדאשכחן בש"ס פרק הספינה שם דודאי אינו לשון הפקר וכמ"ש א"כ ראוי לו' בכל דוכתי דאינו לשון הפקר. ומ"ש הש"ך מאשפה שאינה עשויה לפנות אינו ראיה לפמ"ש בסמ"ע סי' ר"ס סקנ"ד דגם שם לדעת הרמב"ם אינו הפקר ע"ש. ומ"ש ראיה מריש פרק אלו מציאות במכנשתא דבי דרי כו' דאבידה מדעת הוא. נראה דהתם פריך לאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואע"ג דמייאש לבסוף ומשום דאתי לידיה באיסור' ת"ש פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל ומשני במכנשת' דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא והיינו כיון דהשתא מייאש לבתר דידע אלא דלא ידע בשעה שנפל ובאיסו' אתי לידי' לזה קאמר דהיינו באבידה מדעת מיירי ובאבידה מדעת לא שייך באיסור' אתי לידי' דטעמ' דהיכ' דאתי לידיה באיסור' תו לא קני ביאוש כתבו תוס' במרובה דף ס"ו משום דכבר נתחייב בהשבה ע"ש ובאבידה מדעת שאינו מחויב בהשבה דכתיב אשר תאבד פרט למאבד מדעת א"כ קני לה ביאוש אח"כ אע"ג דאתי לידיה קודם יאוש ויותר נכון לפי מ"ש הרמב"ן בס' המלחמות בהא דאמר רבא סלע שנפלה כו' דאע"ג דאהדרינ' בתר יאוש מתנה בעלמ' הוא דיהיב ע"ש שכ' דאביד' שנטלה שלא ע"מ להשיבה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש כמו אבידה ודוק' נטלה ע"מ להשיבה דהוי שומר אבידה ושומר שכר של הבעלים והוי ידו

כיד בעלים ע"ש הובא דבריו בסי' רנ"ט סק"א ע"ש ואם כן באבידה מדעת שאינו שומר אבידה דאבידה מדעת אינו מחויב בהשבה הרי היא כמונח בקרקע ונקנית ביאוש בתר דתיתי לידיה ומש"ה במכנשת' דבי דרי דאבידה מדעת וקונה ביאוש אח"כ ודו"ק:

ובשו"ת ב"ח סי' צ"ז כתב באחד שהיה לו מטבע זעקסיר ונתן המטבע לתנוקת שלו לשחוק והגיע המטבע ליד הנער משרתו וקידש בו אשה ע"ש שכ' ז"ל כיון שלא חשש לשמור לאותו מטבע ונתנו לתנוקת לשחוק בו ה"ל הפקר דכל אבידה מדעת הוי הפקר לדעת הטור בח"מ סי' דס"א ואע"ג דאין כן דעת הרמב"ם בפ' י"א מה' גזילה שכ' המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו וכו' ואע"פ שאסור לרואה ליטול דבר זה לעצמו אין זקוק להחזיר שנא' אשר תאבד פרט למאבד מדעתו. ונראה ודאי הרמב"ם מצא דרשה זו בתוספתא או בירושלמי והשתא דייק מדאיצטריך אשר תאבד דאין נזקקין למאבד מדעתו מכלל דאסור ליטלה וכו' מ"מ נראה להביא ראיה לדעת הטור החולק עליו מדאי' ר"פ אלו מציאות במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא אלמא משמע דאבידה מדעת הוי הפקר עכ"ל וע"ש:

אמנם בנדון הב"ח שנתן לתנוקת לשחוק אליבא דכ"ע לא הוי הפקר וכמו שמוכח בהדיא בש"ס פרק הספינה בשולח בנו קטן אצל החנוני ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר כו' דחייב לשלם ואע"ג דהפונדיון שנתן ביד הקטן הוי אבידה מדעת וכן הצלוחית ה"ל אבידה מדעת כמבואר שם פרק הספינה ואפ"ה אם נתן החנוני את הצלוחית למוד בה חייב לשלם כמבואר שם בש"ס וכן כ' הטור להדיא סי' קפ"ח ע"ש ומבואר דנותן לקטן אע"ג דה"ל אבידה מדעת אפ"ה לא הוי הפקר ובע"כ צ"ל דהטור לא קאמר דאבידה מדעת הוי הפקר אלא במניח במקום שאינו משתמר אבל נתן לקטן אע"ג דאבידה מדעת הוא אפ"ה אינו הפקר וא"כ התם נמי בנדון הב"ח דנתן לתנוקת לכ"ע לאו הפקר הוא וא"כ אין חוששין לקידושין ואין לחלק בין נתן לשחוק או נתן לו סתם וזה ברור:

ובהגהות אשר"י פ' ז"ב כתב גבי ראה א' שהטמין אביהם בשדה מעות ואמר של מעשר שני הם וז"ל ודוקא שהטמין במקום המשתמר דאי במקום שאינו משתמר הוי אבידה מדעת עכ"ל ומשמע דס"ל כדעת הטור דבמקום שאינו משתמר הוי הפקר:

סימן רסב

סעיף א

כיון שבא לידו קודם יאוש ומשום דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. וברי"פ אלו מציאות פריך לאביי מהא דתנן ואם אמר לו כלך אצל יפות כו' תרגמא רבא אליבא

דאביי דשוי' שליח ה"נ מסתברא דאי לא שויא שליח הא בעינן לדעתיכם ע"ש. והקשה הב"י מזה בי"ד סי' של"א על הרמב"ם שכ' בפ"א מתרומות וז"ל התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם אם בא בעל הבית ואמר ליה כלך אצל יפות אם היה שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה ואם ליקט בעה"ב והוסיף בין כך ובין כך תרומתו תרומה עכ"ל וכיון דאנן קי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש לא מהני כלך אצל יפות אלא בדשוייה שליח. וע"ש שהעלה דהרמב"ם סמך עצמו על סוגי' דקידושין דף נ"ב וממילא אידחי' הך סוגיא דר"פ אלו מציאות דשם אמרינן האי סרסי' דקדיש בפרוזמ' דשיכר' אתא בעל הבית ואמר אמאי לא אתית מהאי חריפ' אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא גבי תרומה ומשמע דאפי' בכה"ג שליקט שלא ברשות כי אתא בעה"ב ואמר כלך אצל יפות וגלי אדעתי' דניח' לי' אע"ג דמעיקר' לא ידע מהני והטעם משום דמצוה שאני ומהני אפי' לא ידע מעיקר' ומשום דמסתמ' ניח' ליה מעיקר' ע"ש. ובט"ז שם האריך בזה והעלה גם כן כדברי הב"י דסוגי' דפרק אלו מציאות אידחי' ומשום דניחות' דמצוה שאני ואמרי' מדהשת' ניח' לי' מעיקר' נמי ניח' ליה ואע"ג דמעיקרא לא ידע ע"ש. וכן נראה לענ"ד מוכח מהא דאמרי בעירובין דף ע"א בהא דפליגי ב"ש וב"ה בביטול רשות משחשיכה וסברי ב"ה דמהני וטעמ' דב"ה אמרי שם דה"ל כאומר כלך אצל יפות ופרש"י כי היכא דאמרינן בכלך אצל יפות מדהשת' ניחא ליה מעיקר' נמי ניח' ליה בביטול רשות נמי דמעיקר' ניח' ליה אלא דשכח ולא ידע ע"ש ומבואר דכלך אצל יפות מהני אפילו בדלא שוי' שליח וע"כ משום ניחות' דמצוה שאני וכן מוכח מהא דכתבו הפוסקים דמותר ליטול אתרוג של חבירו או לישב בסוכת חבירו שלא מדעתו משום דניח' ליה לאינש למיעבד מצוה בממוני' ואע"ג דהשת' מיה' לא ידע וכבר כתבו תוס' ר"פ א"מ דאם נותן אדם לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו אע"פ שיודע בחבירו שיתרצה אלו יודע אפ"ה אסור לאוכלו כיון דהשת' מיהא לא ידע כיון דקי"ל כאביי ע"ש וכ"כ שם בהגהת אשרי ובמרדכי וא"כ היכי מותר ליטול אתרוג של חבירו בלתי ידיעה ע"כ משום ניחות' דמצוה שאני דלא בעינן ידיעה וכמ"ש הב"י ובשו"ת כתבתי בזה באחד ששכח מחמת אונס לבטל חמצו בע"פ קודם שש ואחר שש נזכר וביטל חמצו והעליתי דמותר בהנאה אחר פסח כיון דכבר העלו אחרונים להתיר כל שביטל אפי' בלא מכירה כיון דעכשיו כבר נהגו כ"ע בנוסח כל חמירא לא חיישינן להערמה שבודאי יעשה כסדר הזה אלא דבנדון זה גם בטול לא היה לו בממונו וכתבתי מהך סוגיא דעירובין בביטול משחשיכה דה"ל כמו כלך אצל יפות ואמרינן מסתמ' ניחא ליה מעיקר' אלא ששכח ולא ידע א"כ ה"ה בזה

שנזכר אחר שש וביטל אמרי' מעיקר' ניחא לי' אלא ששכח ולא ידע והא דאמרי' פ"ק דפסחים דף ז' ולבתר איסור' לא מצי מבטל לי' והתני' היה יושב בבה"מ ונזכר שיש חמץ בתוך ביתו א' שבת וא' י"ט מבטלו בלבו כו' י"ט בתר איסור' הוא ולא אמרי' מעיקר' ניח' ליה בביטול אלא ששכח ולא ידע דאפשר לו' הך סוגיא נמי אידחי' מהך סוגי' דעירובין כמו דאידחי' הך סוגי' דא"מ וא"כ הא דאחר זמן איסור' לא מצי מבטל לי' היינו בידע מעיקר' ולא ביטל אבל שכח ולא ידע ה"ל כמו הך דעירובין דביטל משחשיכה. אמנם חלילה להקל בזה כיון דמדברי הפוסקים בא"ח לא משמע הכין אלא שכתבתיו לסניף שהי' שם עוד הרבה צדדי היתר:

אלא דגם לפמ"ש הב"י בישוב דברי הרמב"ם משום ניחות' לא בעינן ידיעה אכתי תיקשי במ"ש הרמב"ם או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם לעצמו ע"ש ובזה דליקט לעצמו ל"ש ניחות' דמצוה דבתורם דבע"הב הוא דשייך לו' ניחות' דמצוה כיון דעליה רמי' מצוה להפריש תרומה אבל פירות חבירו אין המצוה עליו ובט"ז שם נמי קשי' לי' קושי' אחריתי בדברי הרמב"ם ע"ש וכתב דמיירי דכל מה שליקט הכל תרם ולא נשאר כלום אצלו דאין כאן גזל דהוכיח סופו על תחלתו כאלו ליקט מתחלה כולו לשם תרומה ע"ש ולא נהיר' לענ"ד דאפי' ליקט מתחל' כולו לשם תרומה כיון שתרם על פירות שלו ליתי' בזה משום ניחות' דמצוה כיון דלאו עליה רמי' ואע"ג דאמרו ניח' ליה לאינש למיעבד מצוה בממוני' היינו היכא דלא עבדי' חסרון ממון אבל היכ' דאיכ' חסרון ממון לא ומה"ט כתבו הפוסקים בספרים היכ' דיש קלקול וחסרון ממון אסור לו להשתמש בלתי ידיעת בעלים: והנה לפמ"ש הש"ך בסי' שנ"ח לחלוק על דברי תוס' שכתבו בפ' א"מ דאסור ליטול משל חבירו בלי ידיעה אע"ג דידוע לו שמא יקפיד ומשום דה"ל יאוש שלא מדעת ובש"ך העלה דמותר ומשום דיאוש שלא מדעת שאני דגם בתר דידע דנפל לא הי' מתייאש אלו הי' ידע מקום האבידה. והא דמדמה בש"ס טומאה ותרומה התם טעמא אחריני משום דלענין תרומה וטומאה בעינן ידיעה ממש ע"ש וא"כ היכ' דליקט לעצמו אין בזה משום גזל כיון דרשאי ליקח לעצמו היכ' דידוע דניחא ליה ולא אמרינן בזה יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אפי' היכ' דליכ' משום ניחות' דמצוה ובש"ס דמדמה לה ליאוש שלא מדעת אינה אלא היכ' דליקט לתרום תרומה על של בעה"ב דבזה בעינן ידיעה ממש וכמ"ש הש"ך דתרומה וטומאה בעינן ידיע' ממש ובליקט לתרום לבה"ב ה"ל ניחות' דמצוה ולא בעינן ידיעה מדעת. אלא שדברי הש"ך המה נגד דברי תוס' והג"א והגהת מרדכי פרק א"מ שם. ולכן נרא' לפמ"ש הרמב"ן בס' המלחמות פרק מרובה בהא דאמרי' הגנב והגזלן תרומתן תרומה והקדשן הקדש משום

יאוש ושינוי השם. וכ' עלה דאין הטעם משום הצטרפות יאוש ושינוי השם דכל היכא דהאי לחודיה ל"מ גם ע"י צירוף ל"מ אלא דעיקר הקנין הוא בשינוי השם לחודי' דהוי קנין כמו בגנב עלה ונעשה איל אלא הא דבעינן יאוש היינו כדי שיהי' מקום שיהי' חל עליו שינוי השם דאי ליכ' יאוש ליכ' שינוי השם כלל כיון דהבעלים מרדפין אחריו והוי שינוי החוזר וכל שנתייאשו בעלים מצא מקום לחול שינוי שמו ובטלה ונעשה איל דהשם חל ממיל' לא בעי יאוש ע"ש וע' תוס' מרובה דף ס"ז ד"ה הא לאו הכי. וא"כ נראה דגבי תרומה והקדש סגי נמי ביאוש שלא מדעת כיון דעיקר הקנין הוא שינוי השם אלא שלא יהיו בעלים מרדפין אחריו דכל זמן שרודפין אין מקום לשמו שקרא לה וכיון דלכי מתיידע לי' ודאי מייאש ולא ירדוף אחריו וניח' ליה בשינוי שמו א"כ ממילא קני לה בשינוי שם ומש"ה היכ' שליקט לעצמו ועשאן תרומה על פירות שלו קני לה בשינוי שם כיון דניח' ליה. אע"ג דלא ידע כיון דלכי מתיידע ניחא ליה אבל היכ' דליקט לתרום לבעה"ב דבזה ל"ש שינוי השם דאינו קונה אלא בגנב וגזלן אבל בליקט לעצמו קונה בשינוי שם כמו בגנב וגזלן. וע' תו' ר"פ לולב הגזול ד"ה כי גזזי אוונכרי ז"ל וא"ת האי יאוש שלא מדעת הוא כו' י"ל דלא מקרי יאוש שלא מדעת אלא היכא דבא לידו קודם שידעו הבעלים שנאבד אבל הכא ידעו הבעלים ונתייאשו מקודם אלא דאין יאוש לקרקע ע"ש והתם עיקר הקנין ביאוש לכשיתלשו ואע"ג דלא ידע מתלישתן מהני ליה וא"כ נראה דמכ"ש בגנב וגזלן שתרומתן תרומה והקדשן הקדש ע"י שינוי השם עיקר הקנין והיאוש אינו אלא שלא ירדפו הבעלים דכל זמן שמרדפין ליכא מקום לשמו כלל וכיון דידוע דניחא ליה סגי לה ביאוש שלא מדעת שיחול שינוי שמו וא"כ ממילא קונה בשינוי השם וכמ"ש וא"כ ניחא הך דליקט לעצמו ודוק:

סעיף ב

ואם מראים הדברים שהם של אדם אחד בגמ' וברמב"ם ופוסקים סתמו הדברים ולא ידעינן שיעור הקורבה כמה ער שיהי' נראה שהוא מן הכלי. ונראה מהא דאמרי' בע"ז ר"פ ר' ישמעאל גבי אבנים שנמצאו בצד מרקוליס ואמרו שם במקורבות כ"ע ל"פ דאסור כו' ובמסקנ' שם בש"ס אמרו דמודה ר"ע בנמצא אבנים תוך התפיסה של המרקוליס שהוא תוך ד' אמות ע"ש פירש"י וא"כ נרא' דה"ה הכא עד ד' אמות ה"ל מן הכלי יותר מד' אמות לא הוי מן הכלי ולשטת תוס' שם גם למסקנ' דגמ' לא הוי מחורבות אלא שיעור אמה או חצי אמה ויותר מכן ה"ל רחוקות והא דאמר ר"ע תוך התפיסה אסור דהוא ד' אמות היינו משום דעושין מרקוליס קטן בצד מרקוליס גדול ע"ש וא"כ ה"נ מצא פירות בצד הכלי לא הוי מן הכלי אלא בנמצא תוך חצי אמה או אמה. אמנם קשה דהא

קי"ל רוב וקרוב הלך אחר הרוב וכדאית' פ' לא יחפור וכתבו שם תו' דאפי' בקורבה דמוכח אזלינן בתר רוב' וא"כ מתני' דמצא פירות בצד הכלי אמאי לא אזלינן בתר רובא ואינו של בעל הכלי וכן שם במרקוליס דאמרו במקורבות כ"ע ל"פ דאסורות אמאי לא אזלינן בתר רובא ולאו מן המרקוליס הוא. והנה לפמ"ש הרמב"ן פ' לא יחפור שם ניחא ע"ש שכתב ז"ל אבל ענבי מצנעי פי' ודאי דמצנעי ואפי' לר' חנינא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב אסור דכי הא לאו קרוב בלחוד הוא אלא במקומו ממש וחזקה כאן נמצא כאן הי' וה"ל קרוב ומצוי וליכא למ"ד רוב עדיף עכ"ל וא"כ ה"נ י"ל במקורבות למרקוליס תוך ד' אמות לפי' רש"י או תוך אמה לפי' תו' לאו קרוב בלחוד הוא אלא חשיב מקומו ממש וה"ל קרוב ומצוי וה"ה ה"נ במצא פירות בצד הכלי. ובזה ניחא הא דאמרו במקורבות כ"ע ל"פ דאסור דהיינו ד' אמות ובכל מקום קרוב מיקרי עד כמה שמקורב לזה טפי מזה ה"ל קרוב אלא משום דרוב וקרוב הלך אחר הרוב להכי בעינן ד' אמות בכדי שיהי' מקומו ממש אבל לפמ"ש הרא"ש שם פ' לא יחפור דלדידן נמי עינבי שרי כיון דקי"ל כר' חנינ' דרוב וקרוב הלך אחר הרוב ע"ש וא"כ אפי' במקומו ממש אמרינן רוב וקרוב הלך אחר הרוב א"כ קשי' הך דמצ' פירות בצד הכלי וכן הך דמרקוליס דאפי' תוך אמה נמי ניזל בתר רובא כיון דרוב' עדיף וצ"ע. ובתורת חיים פרק לא יחפור העלה שם דהא דא"ר חנינא רוב וקרוב הלך אחר הרוב דהיינו דוק' בקורבה דאינו מוכח אבל קורבה דמוכח קרוב עדיף וע"ש שכתב דעד חמשים אמה ה"ל קורבה דמוכח. אמנם ר"פ ר' ישמעאל שם מוכח להדיא דרחוק מן המרקוליס יותר מד' אמות ודאי מותר דהא ס"ל לר"ע דחוץ לתפיסה מותר ואי נימ' עד חמשים אמה חשיב קורבה דמוכח ועדיף מרובה א"כ חוץ לד' אמות אמאי מותר. וע' ב"ש באה"ע סי' י"ז ס"ק ס"ט וז"ל וכל זה איירי כשנמצ' בבגדיו אשר לבוש ארנקי או נמצ' בידו טבעת אבל אם נמצ' ארנקי סמוך לו לא מהני כי יש לו' הארנקי מונח מאז ומקדם ואין לדמות דינים אלו להא דאמרי פרק א"מ אם נמצ' פירות סמוך לכלי כמ"ש בח"מ סי' רס"ב ופשוט בעיני עכ"ל ופשיטותיה דידיה לא נדע דנרא' דהו' דומה ממש להך דהכא וכן בהאי דר"פ רבי ישמעאל דאמרו במקורבות כ"ע ל"פ דאסור ושיעור סמיכת הארנקי לגוף נראה נמי דהוא תלי' במחלוקת רש"י ותוס' במקורבות דמרקוליס מתוך אמה עד ד' אמות וכמו שכתבתי:

סימן רסד

סעיף א

העבירו אין לו אלא שכרו הראוי כתב הריטב"א פ"ק דקידושין דף ח' וז"ל ומכאן ללוקח סימנין הרבה בדמים יקרים מפני חולי הדוחק דלא מחייב אלא בדמיהן וכן כל כיוצא בזה עכ"ל:

סעיף ב

ואם היה צייד. ז"ל הסמ"ע וע"פ ודרישה שם הוכחתי מדברי הרא"ש והטור והרמב"ם דכל מה דפסק עמו ממש קאמר ואפי' אינו נראה לעינים שהיה לו ריוח כל כך אם היה צודה דגים מ"מ כיון דעכ"פ היה לו לצוד דגים ואפשר שהיה עולה במצודתו כך דגים כשיעור פסיקתו שכר זה מש"ה צריך ליתן לו כל שכרו עכ"ל וע"ש. ונראה מדבריו שאם נראה לעינים בבירור שא"א בשום פנים להעלות כ"כ דגים כמו שיעור פסיקתו א"צ ליתן אלא כשיעור שהיה יכול לצוד. אבל לעד"נ מלשון הרא"ש. דכל כה"ג נמי צריך ליתן כל מה שפסק ע"ש פ' א"מ ז"ל אבל אינו מחויב להניח מלאכתו ולהשיב אבידה ולפרוק ולפחות משכרו אבל אם יש שם ב"ד או הבעלים והם אומרים לו הנח מלאכתך והשב או פרוק ויתנו לך כל שכרך חייב ליתן לו כל שכרו אף אם פסקו לו יותר מן הראוי לו מידי דהוי אטול דינר והעבירני דנותן לו שכרו משום דאמרינן פרק הגוזל מ"ש רישא ומ"ש סיפא אמר רמי בר חמא הכא בצייד השולה דגים מן הים דא"ל אפסדני כוורא בזוזי וכיון שיש לו קצת הפסד יטול כל מה שפסק לו עכ"ל ומדכת' אם יש לו קצת הפסד יטול כל מה שפסק א"כ מבואר דא"צ שיהיה עולה במצודתו כשעור מה שפסק לו. וכן כתב אא"ז בס' מעד"מ על הרא"ש שם וז"ל וכיון שיש לו קצת הפסד וכו' כדאשכחן כה"ג בפרק כיצד הרגל כמ"ש לעיל עכ"ל והיינו שאמרו שם גבי זה נהנה וזה לא חסר דפטור דאם חסר קצת כמו בשחרוריתא דאשייתא מגלגלין עליו את הכל וה"נ בטול דינר והעבירני מיקרי זה נהנה דהא צריך למעבור' אלא דאם לא היה חסר כלום ה"ל זה נהנה וזה לא חסר אבל אם יש לו הפסד קצת מגלגלין עליו כל מה שפסק דמה לי משתמש בביתו או משתמש בגופו ואם כי מדברי האחרונים לא נראה הכי אבל מדברי הרא"ש ומעד"מ מבואר להדיא דאפי' בהפסד קצת צריך ליתן כל מה שפסק:

סעיף ג

ובשדכנות אין לו אלא שכרו. ולפמ"ש בסק"ב דאפילו היכא דיש לו הפסד קצת נמי מגלגלין עליו הכל א"כ בשדכנו' כיון דרוב פעמים שמפסיד השדכן בביטול ימים ושעות

עכ"פ פרוטה שהיה יכול להרויח מגלגלין עליו הכל ומחויב לשלם לו כל מה שפסק אם לא שעשה השדכן פעולתו בדיבור בלי שום ביטול זמן באופן שלא היה לו שום הפסד וגם בלא"ה דעת מוהרש"ל בפ"ק דב"ק דבשדכנות משלם כל מה שפסק ועמ"ש בסק"ד:

סעיף ד

אבל אם נתן לו. ואם נשבע או בת"כ ליתן לו נראה שצריך ליתן לו כל שכרו כיון שנשבע דעיקר הטעם דאינו אלא משטה אני בך ושבועה מסלק השטאה אפי' מת צריכין היורשין לשלם ואע"ג דנודר או נשבע ומת אין היורשין צריכין לקיים נדרו כמבואר ברמ"א סי' רנ"ב היינו משום דשבועה ונדר אין עושין קנין ואם הוא בחיים מחויב לקיים נדרו והיורשין פטורים אבל בשכירות שנקנה בדיבור אלא דהיכא דאין לו אלא שכרו היינו משום השטאה וכיון דשבועה מסלק השטא' א"כ ממילא חוב עליו לקיים כפי מה שפסק כיון דשכירות נקנה בדיבור וכמ"ש בסי' פ"א סק"ד וס"ק כ"ה ע"ש. וכן אם הבטיח שכרו לעני נמי מחויב ליתן כל מה שפסק וכמבואר בתשובת מיי' לס' משפטים סי' ס"ד וז"ל תשובת רבי על ראובן שנדר לשמעון חתנו ב' ליטרא כדי שיהיה לומר עם בנו נינו של ראובן זה ועתה רוצה ראובן לחזור בו כיון שלא היה קנין בדבר ואינו חפץ ליתן לו אשיב בקצרה למרבה המשרה אם שמעון ירד מנכסיו כל כך עד שלא היו לו מאתים זוז והיה צריך ליטול צדקה אז כל מה שנדר לו חמיו בדיבור בעלמא חייב ליתן לו כדאיתא בירושלמי פ' הזהב אמר ליתן מנה לחבירו וביקש לחזור בו חוזר הדא דתימא בעשיר אבל בעני נעשה נדר ומשום דמצווה שמעון ללמוד עם בנו לא גרע בהכי דאלו אמר לו בדיבור בעלמא בלא תנאי מנה אני נותן לך נעשה נדר ואם ראובן הוא מודה בדברים חייב ליתן לו מה שנדר השתא דכפר ישבע היסת שלא נדר לו ויפטור עכ"ל וא"כ ה"נ בעני נעשה נדר ומשום דלא גרע מאלו אמר לו בדיבור בעלמא וצריך ליתן לו כל מה שפסק ועמ"ש בסי' פ"א סק"ג:

סימן רסה

סעיף א

כגון שהיה עוסק במלאכה עמ"ש בסי' ט' סק"ב:

סעיף ב

פסקו לו יותר מן הראוי ז"ל הסמ"ע כן הוא נמי לשון הטור ושם כתבתי והוכחתי דר"ל יותר ממה שראוי לאדם אחר דנוטל פחות מכדי מלאכתו כדי לישב בטל ומטעם שכתבתי לפני זה אבל אם פסקו לו יותר מדמי מלאכתו ודאי א"צ ליתן לו כי אמר לו

משטה הייתי בך אפי' לדבר הרשות וכ"ש בזה שמצות השבה עליו לקיימו עכ"ל ועמ"ש בסי' רס"ד ס"ק ב':

סימן רסח

סעיף א

שנים שבאו כא' **לתוך ד' אמות.** בפ' הזורק (גיטין דף ע"ח) ה"ד מחצה על מחצה אמר ר' שמואל בר רב יצחק כגון שהיו שניהן עומדין בארבע ופריך וליחזי הי מינייהו קדים וכ"ת דאתי תרווייהו בהדי הדדי הא אי אפשר לצמצם. ומזה מבואר דכל דאתי קודם זכה בד' אמות ושוב אין השני הבא אחריו זוכה בד' אמותיו של הראשון וכן מבואר בש"ע אה"ע סימן ל' סעיף ד'. וא"כ הכי נמי מ"ש הרמ"א שנים שבאו כאחד אע"ג דאי אפשר לצמצם קנו שניהן היינו מספק חולקין ואינו מדוקדק מ"ש הרמ"א או שעומדין שניהם ונפלה המציאה תוך אמותיהן דקנו שניהן דממ"נ אי קדים אחד כבר זכה בד' אמותיו אע"ג דהמציאה נפלה אח"כ כמו גבי גט וקידושין ואי עומדין שניהם היינו שבאו בבת אחת הא אי אפשר לצמצם ואי מספיקא היינו רישא דמה לי המציאה היה כבר מונח או שנפל המציאה אחר כך כיון דאין הספק אלא בד' אמות הי מינייהו קדים:

סעיף ב

חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכתב מוהרי"ט ח"א סי' ק"צ ז"ל מיהו י"ל דידו עדיף מעודר בנכסי הגר דאשכחן חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכיון דחצירו קונה לו שלא מדעתו כ"ש ידו ועודר שאני דמדין חזקה הוא ולא מדין זכיה עכ"ל ונראה דהא דכ' דידו קונה לו שלא מדעתו מכ"ש דחצירו תליא במחלוקת רש"י ותו' דרש"י כתב בפ"ב דכתובות (דף ל"א) דהגבהה אפילו בידו בעי' שלשה טפחים ובתוס' שם הקשו על רש"י וכתבו דכל שבידו אין צריך הגבהה שלשה דהא תנן זרק לתוך קלתה מגורשת ע"ש וא"כ כיון דכל שבידו לא גרע מחצירו א"כ ה"ה לענין שיקנה שלא מדעתו נמי אבל לשיטת רש"י דידו אינו קונה אלא בהגבהה ג' טפחים וא"כ אינו קונה לו ידו בתורת חצר אלא בתורת קנין הגבהה וכל קנין צריך כוונה ושלא מדעתו אינו קונה. וע' בשטה מקובצת פ"ב דכתובות שם בהא דפרש"י דאי בעי גחין ואכל תוך שלשה דלאו הגבהה הוא וז"ל בתוס' שלנו הקשה דמה הגבהה שייך בדבר שהוא תופס בידו דנותן בידה אמר רחמנא ואמר בגיטין פ' הזורק זרק לתוך קלתה כו'. ולי נרא' דברי רש"י עיקר דאפי' ידו הוצרכו ללמוד שיקנה מהא דאמר רבא לענין שבת ידו של אדם חשובה לו כד"א וכמו שפרש"י לקמן בשמעתין דמגרר והיינו משום דלא מצינו בדרכי הקניות אלא

הגבהה ומשיכה ומסירה והלכך אין למידין מגיטין לדרכי הקניות ויש לזה ראיות ואין להאריך עכ"ל עוד שם כת' דס"ל לרש"י דאע"ג דלענין גט כתיב ונתן בידה שמא היינו דוקא כשמגביה שלשה מן הארץ והאי דקלתה שאני משום דהוי הכלי שלה וקני מדין רשותו עכ"ל. וכיון דלדברי רש"י מוכח דידו אינו קונה מדין רשותו דרשותו לא בעי הגבהה שלשה וידו בעי הגבהה שלשה וכיון דאינו אלא בתורת קנין הגבהה הרי הוא כמו משיכה דאינו קונה שלא מדעתך כמו בעודר בנכסי הגר:

סימן רסט

סעיף א

המגביה מציאה לחבירו. כת' הסמ"ע ז"ל פירוש ראובן שאמר בשעה שהגביה המציא' מע"ג קרקע הריני מגבי' מציא' זו כדי לזכות בה לשמעון קנאה שמעון ע"כ. ובש"ך כתב ול"נ דאפי' לא אמר כלום אם מודה שהי' כוונתו לכך וכן משמע מדברי הפוסקים עכ"ל. ונראין דברי הסמ"ע דכיון דקי"ל דברים שבלב אינן דברים א"כ מחשבה גרידי' לאו כלום היא. וכן נרא' מהא דכתב בש"מ סי' רי"ב שעיף ח' קנה קרקע אדעת' שיעשנו הקדש דלא מהני הקדש בלב ע"ש ואי נימ' דזוכה לחבירו במחשב' א"כ התם נמי נימ' דזוכה הקדש מדין מגביה מציאה לחבירו דמהני נמי להקדש כדאית' בנדרים (דף ל"ב) הי' לפניו ככר של הפקר והקדישו דמפרש לה הר"ן דאמר שיזכה לד' אמותיו להקדש ע"ש וכן מבואר בירושלמי פ"ק דפרה בהא דאמר דוד ואני בעניי הכינותי ע"ש במגביה מציאה ראשון ראשון להקדש אלא צ"ל דאפי' זוכה לחבירו נמי צריך דיבור ובמחשבה לזכי' לא מהני: אמנם בפ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ב) גבי בגדים וצבע שצבע לשמן ע"ש דפריך וכי מי הודיע לצבע שיקנה צבעו לאשה ע"ש ומשמע דהבעל זוכה לאשה בבגדים וצבע שצבע לשמן במחשבה גרידי' ואפשר דהתם מיירי נמי שאמר מתחלה לפני עדים שקונה לשמן אלא שלא הודיע לצבע כו' וכן נראה מוכרח דאי לא תימ' הכי היכי נאמן לאפקועי כח הקדש במה שאומר שקנה וצבע לשמן ואכתי צ"ע. והאי דסי' רי"ב י"ל דלא קנה בתחלה להקדש דאם קנה להקדש הוי זוכה הקדש מדין מגביה מציאה לחבירו אפי' במחשבה לפמ"ש בש"ך אלא שקנה קרקע אדעתא שיעשנו הוא הקדש וא"כ הקדש לא זכה עד שיעשנו הקדש ומה שמחשבתו הי' לעשותו הקדש הוי נדר שבלב ומש"ה לא מהני. ולפמ"ש בסי' קפ"ג סק"ג בשם רי"ו שאם קנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו דלא קנה חבירו אפילו אמר בפני עדים לצורך חבירי אני קונה במעותי ומשום דדעת המוכר לאקנוי' לבעל המעות ולא קנה חבירו עד שיודיע למוכר ע"ש א"כ בהקדש אפי' קנה

אדעתא דהקדש נמי לא קנה הקדש כיון דקנאה במעותיו צריך הודעה למוכר. מיהו אם אמר לו אדעתיה ראובן בפ' תיגבי' מציאה לו והגביה במחשבתו לזכותו לראובן קנה ראובן דזה אינו דברים שבלב אלא דברים שבלב כל אדם דכיון ששתק אדעת' דידי' ודאי אגבהי' וה"ל דברים שבלב כל אדם דמהני וכמ"ש בסי' י"ב סק"א ע"ש:

סעיף ב

הגביה וחרש ופקח ונסתפקתי חרש ופקח שהיו שניהם רוכבין או מנהיגים מי הוי כמו הגביהו שניהם דלא קנו כלל או דלמא דוקא גבי הגבהה בעינן שיגביה אחד כולו מע"ג קרקע וכיון דתפיס ליה חדש ה"ל כמונח חציה ע"ג קרקע אבל רכוב או מנהיג דהוי קנין דאזל מחמתי' לא מבטל א' קנין חבירו וקנה פקח כולו:

והנה בפ"ק דמציעא (דף ח') משמע דגם בשניהן רוכבין כל אחד מבטל קנין חבירו אי לאו דמגביה מציאה לחבירו ע"ש בש"ס דרצו להוכיח דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו מהא דתנן זה אומר כולי שלי וז"א חציו שלי הא תו למה לי ש"מ ממשנה יתירה המגביה מציא' לחבירו קנה חבירו ופרש"י ומשום הכי יחלוקו דאמרינן שניהם הגביהו וה"ל כל אחד מגביה מציאה לו ולחבירו דאי משום דלא ידעינן הי מינייהו משקר הא מרישא שמעינן וע"ש ددחי לה עד דמייתי אלא מהא שנים רוכבין ע"ג בהמה הא תו למה לי אלא ממשנה יתירה ש"מ המגביה מציאה לחבירו כו' משמע דגבי שניהם רוכבין נמי צריך למגביה מציאה לחבירו ואי לאו דמגביה מציאה לחבירו קונה חבירו קנין אחד מבטל קנין חבירו ולא קנו שניהם וא"כ חרש ופקח דלא שייך מגביה מציאה לחבירו לא קנה כלל:

אמנם בשטה מקובצת שם כת' בשם הריטב"א בהא דמייתי משניהם רוכבין היינו דמייתי ממשנה יתירה דקמ"ל דכי היכא דבשניהם רוכבין החלוקה היא מצד שקנו שניהם יחד ברכיבה ה"נ בריש' בשנים אוחזין בטלית החלוקה הוא מצד שקנו שניהם יחד בהגבהה ע' שם ומשמע דברכיבה קנו שניהם אפילו בלא טעמא דמגביה מציאה לחבירו ומשום דקנין דאזיל מחמתי' לא מבטל א' קנין חבירו וא"כ בחרש ופקח שרכבו יחד או הנהיגו קנה פקח כולו אבל מדברי רש"י שם נראה דגם ברכיבה מצד מגביה מציאה לחבירו היא ע"ש (דף ח') וברש"י פ"ק דמציעא (דף ט') ד"ה אלא רכוב במקום מנהיג וז"ל שניהם באים לפנינו זה רכוב וזה מנהיג ז"א כולה שלי וזה אמר כולה שלי אמר שמואל חד קני ע"ש ונראה מלשון רש"י דלענין קנין לא מספקא ליה הי מינייהו עדיף אלא לענין מוחזקין מספקא ליה הי מינייהו עדיף אלא לענין מוחזקין מספקא ליה מי מיקרי מוחזק טפי אי רכוב אי מנהיג אבל בתוס' שם כתבו דלענין מוחזקין ודאי שניהם שוין ולא מספקא אלא

לענין קנין הי מינייהו עדיף. ונרא' דרש"י דס"ל דגבי שניהם רוכבין נמי מבטל אחד קנין חבירו אי לאו משום מגביה מציאה לחבירו וכיון דהתם מספקא ליה רכוב עדיף משום דתפיס במוסירה ודאי מוסירה לא קנה אלא דקנין רכוב משום אזלי' מחמתי' ומספקא ליה משום דרכוב תפיס במוסירה משוה ליה להיות עדיף ממנהיג וכיון דנרא' דעת רש"י דבשניהן רוכבין נמי מבטל א' קנין חבירו וא"כ היכי מצינו למימר דדכוב עדיף לקנין משום תפוס במוסירה דהא מוסירה אינו קונה ואינו אלא מצד אזלא מחמתי' ומנהיג דהוי נמי אזל' מחמתי' משוי ליה המוסירה להיות עדיף וע"ש בתוספות והא קנין דאזלא מחמתי' דרכוב לאו כלום הוא כיון דאזלא נמי מחמתי' דמנהיג ומבטל א' קנין חבירו ומשום מגביה מציאה לחבירו לא שייך כיון דאמרת מנהיג לא קנה וה"ל כמו חרש ופקח דלא זכו תרוייהו כיון דחרש מבטל קנין הפקח וה"נ מבטל המנהיג קנין דאזיל מחמתי' דרכוב ומשום תפיס במוסירה לחודיה אינו קונה. להכי כת' רש"י לפרש משום מוחזקין הוא דמספקא ליה מי עדיף אבל לקנין ע"כ שניהן שוין דאי אמרת רכוב קנה ומנהיג לא קנה א"כ רכוב נמי לא קנה וכמ"ש: ותוס' דמפרשי לה לענין קנין נרא' דסברי כשיטת הריטב"א דבשניהן רוכבין א"צ לטעמי' דמגביה מציאה לחבירו ומשום דאזיל מחמתי' אילו מבטל א' קנין חבירו וא"כ שפיר מצינו למימר דרכוב קונה ומנהיג לא קנה וקנין דרכוב משום דאזלא מחמתי' ועדיפותא דידיה משום תפוס במוסירה ומנהיג לא מבטל את אזלא מחמתי' דרכוב. ובזה ניחא לשון רש"י פ"ק דמציעא (דף ח') ד"ה ש"מ רכוב קני וז"ל וכיון דשלא במקום מנהיג קנה כו' במקום מנהיג פליגי עכ"ל. וכולם תמהו בדברי רש"י דהא הכי ס"ד בש"ס אמימרא דרכוב קני ואפי' רכוב במקום מנהיג ס"ד דחד מינייהו עדיף וע' בשטה מקובצת שהאריך הרבה ליישב דברי רש"י וע"ש מהרש"א. ולפמ"ש ניחא דרש"י ס"ל דהא דבעי לה רכוב במקום מנהיג היינו לענין מוחזקין בז"א כולה שלי אבל לענין קנין פליגי דליכא למימר דרכוב עדיף דא"כ לא קני כלום במקום מנהיג דכל א' מבטל קנין אזלא מחמתי' דחברי' ומתוך שזה לא קני זה לא קני כדאמרי' גבי חרש ופקח ומש"ה כת' רש"י לענין קנין פליגי ודוק:

סעיף ג

ואין המגביה נאמן. עמ"ש בסי' פ"ג ס"ק ב':

סעיף ד

ואם אמר לו תנה לי. עמ"ש בסי' קכ"ה סק"ג:

סימן רע

סעיף א

ומציאת בתו הנערה באה"ע סי' ל"ז נסתפק בחלקת מחוקק ס"ק א' שם אם האב זוכה במתנת' וע"ש ב"ש. ולי נרא' דזוכה במתנתה מהא דכת' בש"ע א"ח סי' שס"ו סעיף ט' שאינו מזכה עירוב ע"י בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפי' הם גדולים ולא ע"י בתו אפי' אינה סמוכה על שולחנו (כל זמן שלא במזכה ע"י בתו) עד שתבגור הא יד בתו לענין מתנה כיד אחר אלא ודאי זוכה במתנהו עד שתבגור וע"ש א"ח בב"י שם וכן מבואר בדברינו לעיל סי' קמ"ט:

סימן רעג

סעיף א

הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו כו'. והוא ל' הרמב"ם פ"ב מנדרים וכ"כ בטור וע' ב"י שכתב ז"ל כתב הרמב"ם ההפקר הרי הוא כנדר ואסור לחזור בו פי' שיחזור ויאמר אני חוזר מדיבורי כיון שלא עשיתי קנין אלא הרי הוא כנדר דכתיב ביה לא יחל דברו ואע"פ שהו' עצמו יכול לזכות בו זהו מדין הפקר אבל לא מתורת חזרה עכ"ל: והנה מסופקני לפי מה שאבאר דהא דאסור לחזור אינו אלא משום דהוי כמו נדר שאסור לחזור א"כ נראה דהפקר אינו עוש' קנין דאי עושה קנין מאי ענין נדר לכאן הא תיפוק ליה דכבר יצאה מרשותו אלא ע"כ נרא' דהפקר אינו עוש' קנין אלא הא דאינו יכול לחזור בו היינו מתורת איסור בל יחל. וא"כ הפקיר ומת אפשר דהוא של היורשין כיון דאינו אלא משום נדר והנודר ומת אין היורשין מחוייבין לקיים נדרו וכמבואר בסי' נ"ב ברמ"א. והא דאמרי' פ' השולח (גיטין דף מ) המפקיר עבדו ומת אותו העבד אין לו תקנה ולא אמרינן דכי מת פקע הפקירו היינו משום דהתם כבר זכה העבד בעצמו בעודו חי ואחר שזכה בהפקר ודאי קנין אית ליה בהפקרא אבל הפקיר ועדיין לא זכה בו שום אדם אפשר דכי מית פקע הפקירו:

אמנם פ"ק דשבת במה שאמרו שם לב"ש דס"ל שביתת כלים דנר וגיגית אפקורי מפקיר להו נראה דהפקר עושה קנין דאם אינו עוש' קנין אלא משום נדרו הוא דאסור לחזור בו א"כ אכתי שלו הוא ומצווה על שביתת כליו אלא דלפמ"ש הרשב"א בחידושיו שם דאפקורי מפקר להו היינו הפקר ב"ד ע"ש שכתב דלב ב"ד מתנה עליהן א"כ ניחא דהפקר ב"ד ודאי עוש' קנין ויוצאה לגמרי מרשות בעלים אלא בהא דאמרו פ' ר' אליעזר דמילה (שבת דף קל"א) גבי ציצית הואיל ובידו להפקירו ופרש"י דנפיק מרשותיה ותו לא רמו

חיובי' עליה ע"ש. א"כ משמע דלגמרי יוצא מרשותו דאי מטעם נדר אכתי שלו הוא אלא שאסור לחזור בו. ואפשר לו' דנהי דהוי שלו מ"מ אינו ברשותו כיון דאסור לחזור בו ודבר שאינו ברשותו נמי חשיב כמו שאינו שלו ופטור מציצית:

ובזה נרא' לענ"ד הא דס"ל לרש"י פ"ק דמציעא (דף י"ב) גבי מתגלגל דהפקר מדעת חשיב דעת אחרת מקנה וגריס שם אפקרי' ובתוס' הקשו דהא כיון דאפקרינן יצא מרשותו ע"ש אבל דעת רב יהודא גאון נמי היא דהפקר מדעת חשיב דעת אחרת מקנ' וכ"כ בנ"י שם ונראה דכיון דהפקר אינו יוצא מרשותו אלא שאסור לחזור בו וא"כ הזוכה בו מיד בעלים הוא זוכה כמו נודר לעניים דהעניים הזוכים בו מיד בעלים המה זוכין וחשובה דעת אחרת מקנה אע"ג דהנדר כבר נעשה. ואפשר לומר נמי מה"ט שטת רש"י בביטול חמץ משום דכתי' תשביתו ובתוס' כתבו משום הפקר דכתיב לך שלך כו' אבל אתה רואה של אחרים ע"ש ריש פסחים. דכיון דהפקר אכתי של הבעלים אלא דרביע עליה האיסור בל יחל וא"כ אכתי שלו הוא ולא הוי של אחרים ואע"ג דכתבנו דעכ"פ דבר שאינו ברשותו מיקרי חמץ עשאו הכתוב כאלו ברשותו דהא אמרו שני דברים אינו ברשותו חמץ ובור ומש"ה כתב רש"י משום תשביתו:

אמנם מה נעשה שלא מצאתי מקור הדין מאין יצא להם דהפקר הוא משום נדר וכל הפוסקים ראשונים גם אחרונים הלכו אחרי דברי הרמב"ם בזה ולא ידענו איה מקור הדבר הזה והנה שם בפ"ב מה' נדרים כתב הרב המגיד שהוא פשוט ס"פ אין בין המודר וכן רמזו עליו במגדול עוז ובהגהת מיי' ע"ש. ואנחנו לא נדע משם ראיה לזה אלא להא שכת' הרמב"ם שם ואפי' זה שהפקיר דינו בו כדין כל אדם אבל במ"ש הרמב"ם דהפקר הוא כנדר ואסור לחזור בו לא נמצא שם מזה:

והנה ראיתי בב"י א"ח סי' תל"ד במ"ש הר"ן דשלוחו אינו יכול לבטל דכיון דביטול מתורת הפקר שליח לא מצי לבטל שהרי אם אמר אדם לחבירו הפקר אתה נכסי אין בכך כלום וכתב עלה הב"י בטעמא דהפקר ליתא ע"י שליח דהיינו משום דהפקר מתורת נדר כדמוכח פ"ק דנדרים וכדכתב הרמב"ם בהל' נדרים וכיון דדין נדר יש לה מש"ה לא מהני שליחות שהאומר לחבירו קבל עליך נדר זה בשליחותי שאהא אסור בו אינו כלום עכ"ל. ונראה מדבריו דהא דהפקר מתורת נדר מקומו הוא בפ"ק דנדרים והיינו מדאמרי' פ"ק דנדרים שם דף ז' יש יד להפקר או דלמא אין יד להפקר אלא לעניים אבל הפקר בין לעניים בין לעשירים. ומדאמרי' הפקר היינו צדקה אלמא דהוא מתורת נדר. אלא דבעיני יפלא דא"כ ה"ל לרב המגיד ומ"ע והגהת מיי' להראות מקום זה. ועוד דכיון דאיבעי' להו בש"ס יש יד להפקר ועלתה בתיקו וע"ש בר"ן דכת' ספיקא לקולא א"כ

מוכח דאינו מתורת נדר וצדקה דאי בתורת נדר וצדק' ודאי יש יד לנדר וצדקה והיכי כתבו כולם בפשיטות דהפקר מתורת נדר וכן היא גופה מספקא בש"ס אם הוא מתורת צדקה או לא וצ"ע וע' דרישה:

סעיף ב

ומהו ההפקר. כתב הב"ח ז"ל הרמב"ם שיאמר נכסי אלו הפקר לכל נראה מלשונו זה דאם לא אמר אע"פ שהשליך כיסו לרה"ר לא הוי הפקר ולטעמיה אזיל שכ"כ בפרק י"א מגזילה אלא דקשי' לי עלה מהא דקאמר ר"פ א"מ במכנשתא דבי דרי עסקי' קב בד' אמות נפיש טרחייהו לא טרח איניש ושקל להו אפקורי מפקר להו ותו קאמר התם הכא במכנשת' דבי דרי עסקי' דאבידה מדעת היא אלמא דבסתמא הוי הפקר וע"ש מה שמחלק וע' מ"ש בזה בסי' רס"א סק"א:

סעיף ג

כל שלשה ימים. בירו' פ' כל שעה המבקיר חמצו בי"ג לאחר הפסח מהו ר' יוחנן אמר אסור רשב"ל אמר מותר אמר ר"י לר' פנחס נהור את כד הוינן אמרי' אתי דר' יוחנן כר' יוסי ודרשב"ל כר"מ אינו כן אלא ר' יוחנן חשש ורשב"ל לא חשש להערמה:

וראיתי בשו"ת חות יאיר בסי' מ"ח ושם כתו' תשובת הגאון בעל עבודת הגרשוני וז"ל ולע"ד שכוונתו הוא על פלוגתא דר"מ ור' יוסי בנדרים פ' אין בין המודר בירו' הלכה יוד וז"ל תניא ר"מ אומר כיון שאדם מבקיר יצא דבר מרשותו ר' יוסי אומרו אין הפקר יוצא מתחת יד בעלים אלא בזכי' ודברי הירו' מבוארים שר' יוסי אמר לר' פנחס שמתחלה היו אומרים שר' יוחנן ס"ל כר' יוסי דאמר אין הפקר יוצא אלא בזכי' כו' ע"כ אסור כי אין הביטול מועיל לו כיון שלא זכה בו אחר ורשב"ל סבר כר"מ כיון שאדם מבקיר יצא מרשותו ע"כ אמר מותר כי סגי במה שביטל אע"פ שלא זכה בו אחר עכ"ל וכת' עלה בעל חות יאיר שם ז"ל לעד"ן דאשתמיטתיה להגאון הזה סוגיות ש"ס דידן דמסכת נדרים סוף דף מ"ג הביאו הרמב"ם והטור ח"מ סי' רע"ג דחילקו בהפקר דשדה בין תוך ג' ימים או אח"כ משא"כ בשאר הפקר לכ"ע נסתלק בעלים ממנו דאי לאו דאשתמיט היה זוכרו עכ"ל:

ולא מצינו חילוק זה בשום פוסק לחלק בין הפקר דשדה תוך ג' לשאר הפקר זולת בתוס' ס"פ אין בין המודר כתבו לחלק לר' יוסי דדוקא בקרקע שייך רמאות ובעינן שלש' אבל במטלטלין דליכא רמאות סגי באחד ע"ש וגם בזה נרא' דעת כל הפוסקים שאין לחלק בכך ובתו' פסחים דף ו' נמי כתבו בביטול שהוא משום הפקר הא דסגי בינו לבינו הוא משום דהוי ניחא ליה ולא כתבו משום דהוי מטלטלין ובר"ן שם הקשה לר' יוסי דס"ל

עד דאתי לרשות זוכה היכי מהני במחילה ע"ש וגם בהפקר תוך ג' דיכול לחזור לא מצינו לחלק בין קרקע למטלטלין וגם במטלטלין תוך ג' יכול לחזור וכמבואר מדברי הסמ"ע לפנינו וכן נראה מדברי הב"י בא"ח סי' תל"ד ע"ש וזה פשוט ועמ"ש בסי' ס"ו סקי"א גם בתוס' שם סוף פ' אין בין המודר שכתבו לחלק לר' יוסי בין קרקע דשייך רמאות יותר למטלטלין היינו לפמ"ש שם בשם ר"י דטעמא דר' יוסי מדרבנן ע"ש אבל בירו' דס"ד דפליגי ר' יוחנן ורשב"ל בפלוגתא דר' יוסי ור"מ ודאי ס"ל דטעמא דר' יוסי דסבר עד דאתי לרשות זוכה הוא מדאו' וכדס"ד בש"ס דילן ס"פ אין בין המודר שם דלסוף הוא דמסיק טעמא דר' יוחנן משום הערמה וכיון דטעמא דר' יוסי עד דאתי לרשות זוכה אין מקום לחלק בין קרקע לשאר הפקר כיון דאין הטעם משום רמאות ולזה איני רוא' שום השגה על דברי הגאון בעל עבודת הגרשוני:

סעיף ד

הלוקח דגים מתוך מצודתו של חבירו בקידושין פ' האומר תוס' ד"ה עני המהפך בחררה כתבו שם בשם ר"ת דליכא איסור אלא בשכירות ומקח וממכר אבל במציאה והפקר לא נקרא רשע והקשו והא דאמרי' פ' לא יחפור מרחיקין מצודת הדג כמלא ריצת הדג אע"פ שהוא הפקר וכתבו בשם רבי' מאיר אביו של ר"ת דמיירי בדג מת שכן דרך הדייגים להשים במצודה דג מת והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג וכיון שזה פורס מצודתו תחלה וע"י מעש' שעשה זה מתאספים שם סביב אותו הדג ודאי אם היה חבירו פורש הוי כאלו גוזל לו ויוכל לומר לו תוכל לעשות כן במקום אחר ע"ש:

לענ"ד נראה לולי דברי התוס' דכה"ג ה"ל גזל גמור ומוציאין ממנו בדיינים ומשום דכל כה"ג קנה הראשון קנין גמור במשיכה דה"ל אזלי מחמתי' וכמ"ש תוס' בקידושין פ"ק דף כ"ו בהא דפריך פיל לר' שמעון במה מקנ' ומשני בחבילי זמור' ופי' תוס' בשם הרב ר' משלם דלהכי נקיט חבילי זמורה שהוא מאכל פיל ומגביהין חבילי זמורה למעל' והוא קופץ ומגבה עצמו מן הארץ ואוכלן וחשיב הגבהה בהכי דכה"ג אשכחן ס"פ שלוח הקן דף קמ"ב כי היכי דניגבינהו וליקני' ע"ש וא"כ ה"נ הדגים המה מגביהין עצמן ובאין סביב הדג המת וחשיב הגבהה בהכי:

ונראה דלא מיבעי' אם הים הוא סימטא וכהאי דסי' קצ"ח סעיף י"ג גבי ספינ' שיש בים או ברקק מים שהים כסימטא ע"ש א"כ אין לך משיכה גדול' דהא אזלינן מחמתי' וכמו קורא לה והיא באה אלא אפילו אם הים הוא רשות הרבים נרא' דקני לה כיון דהוא מתורת הגבהה וכת' תוס' גבי פיל שמגבי' עצמו מהארץ וה"נ הדגים מגביהים עצמם והגבהה קונ' בכל מקום ואפי' ברשות מוכר ועמ"ש בסי' קצ"ז סק"א דאפילו אם אינו

מגביה ממש אלא אפילו הוא מוגבה מכחו וכמו האי דזיל טרוף אקן כי היכא דלגבינה' מכחו נמי קונה בכל מקום:

ובחידושי הרשב"א פ"ק דקידושין בהא דאמרו פיל במה יקנ' שם הביא דעת היש מפרשים דבחבילי זמור' היינו הגבה' שהוגב' מכחו וכת' עלה וז"ל וקשיא לי אם אינו מגביה ממש כיון שעומד באויר חצירו של מוכר היכי קונ' לה לוקח והא קי"ל דאויר חצירו כחצרו וכל שסופו לנוח כנח ע"ג קרקע חשבינן ליה וכדאמרינן במציעא פרק השואל גבי הקולט מן האויר הרי אלו שלו וצ"ע עכ"ל:

ולענ"ד נראין דברי הרב ר' משלם דהא אשכחן בהאי דזיל טרוף אקן כת' היכא דליגבינהו ולקנינהו והתם נמי היונים מגביהין מכחו בשובך שהוא בעל היונים וכן נרא' דעת התוס' פרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) שהקשו בהא דאמרו שם בדוחף מטבע לים בדאדי' אדויי חייב והקשו אע"ג דלא אדיי אמאי פטור הא הי"ל הגבהה מכחו וכ' לחלק בין הגבהה דרך עליה להגבהה דרך ירידה ותיפוק ליה דהתם הגבהה שהוגב' מכחו במה שהפילו לארץ הי' ברה"ר וכן במה שהקשו שם מהא דעני המנקף בראש הזית דאינו אלא מפני דרכי שלום והא ה"ל הגבהה מכחו ע"ש ושם נמי הגבה' שמכחו ברשות בעל הזיתים הוא אלא ודאי דס"ל לתוס' דכל הגבהה הן בידו ממש הן במוגב' מכחו נמי הוי כדין הגבהה שקונ' בכל מקום וכן משמע מהא דאמרו אביי ורבא פ' הספינ' דף ע"ז משיכ' קונ' בסימט' הגבהה קונ' בכל מקום וכיון דהגבה' שמוגב' מכחו נמי בכלל הגבה' היא הרי הוא בכלל דברי אביי ורבא שאמרו הגבה' קונ' בכל מקום וא"כ גבי פיל נמי כיון שהוא מוגב' מכחו מן הארץ הרי הוא קונ' אפי' באויר חצרו של מוכר וכדינא דהגבה' קונ' בכל מקום וא"כ כי היכא דס"ל להרב ר' משלם גבי פיל דקונ' ע"י הגבה' שמוגב' מכחו ע"י חבילי זמור' א"כ הוי במצודו' הדגי' כל כה"ג שמשי' בתוך המצוד' דג מת והדגי' באין סביבותיו ה"ל הגבה':

ובחידושי הרמב"ן פרק לא יחפור (בבא בתרא דף כ"א) ז"ל שאני דגים דובבי סירא מפרש בערוך שהם מביטים למרחוק וכשאוכלין כאן הם נותנים עינים לראות אם יש מזונות במקום אחר ופעמים שנצודו ברשת ומתוך שהם רואים מזונות במקום אחר הם אוכלין שם וזה גזל גמור הואיל וכבר נצודו עכ"ל. ולפמ"ש ראוי להיות גזל גמור ממש אחר שכבר הוגב' מכחו ואפי' ברשת שאין לו תוך והנלע"ד כתבתי:

סעיף ה

הפורש מצוד' בשדה חבירו. כת' הרב המגיד פ"א מזכי' וז"ל לפי שזה שפרס מצוד' בשד' חבירו שלא ברשות לא תיקנו חכמים שיהי' בהם גזל מפני דרכי שלום וכת' תדע

לך שהרי אמרו שם דבמצוד' שיש להם הלוקח משם הוא גזלן ואי ברשות חבירו לא קנה ק"ו מכליו של לוקח ברשות מוכר שאע"פ שיש שם דעת אחרת מקנ' דלא קנה אלא ודאי בפורש שלא ברשות אפי' יש למצוד' תוך קנה בעל הקרקע אם היא חצר המשתמר ואם אינו משתמר בעומד תוך שדהו ואמר זכת' לי שדי קנה עכ"ל. וע"פ זה הוא סעיף זה:

ובלחם משנה שם ז"ל ותמיהא לי טובא דכי היכ' דקי"ל כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה לוקח ה"נ קי"ל דכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח וכדכת' בפ"ז ממכיר' וא"כ כי היכי דהרב המגיד דן ק"ו לשלא יזכ' בעל המצוד' גם כן נדון ק"ו לשלא יזכ' בעל השד' ונא' מה התם דעת אחרת מקנ' אותן לא קני רשותו ללוקח משום דמפסיק כליו של מוכר כאן דליכא דעת אחרת מקנ' אינו דין שלא תקנ' רשותו לבעל השדה כיון דהמצוד' שיש לו תוך שהוא כלי מפסיק וע"ש שהאריך בקושיא והניח בצ"ע:

ולענ"ד נרא' דכליו לא מיקרי אלא היכא שיש לו רשות להניח שם כליו וכדמוכח מתוס' פרק הספינ' דף פ"ה שהקשו מאי קא מבעיא בכליו של לוקח ברשות מוכר הא אמרינן התם דכליו של לוקח ברשות הרבים לכ"ע לא קנה כו' ותירצו דוקא ברשות הרבים משום דמאן שביק ליה אבל בכליו של לוקח ברשות מוכר מספקא ליה דאפשר משאיל לו מקום כי היכא דליקני ברוצ' למכור וע"ש ובטור סי' ר' כת' בשם הרמ"ה דמיירי דהמוכר נתן לו רשות לאנוחי כליו ברשותו אלא כיון דלא א"ל זיל קני בפירוש לא יהיב ליה אדעתי' לאקנויי ע"ש וכה"ג נמי כליו של מוכר ברשות לוקח משום דהמוכר מכניס כליו ללוקח ברשות לוקח מש"ה מספקא להו בש"ס אי קנה לוקח משום שכליו של מוכר המה מפסיקין ומבעיא להו אם מתבטל הכלי אצל הרשות או לא אבל הכא בפורס מצוד' שלא ברשות בעל השד' לא מיקרי כליו להפסק' כלל וקונ' בעל השד' ומה שכת' הרב המגיד לדון ק"ו מכליו של לוקח ברשות מוכר שאע"פ שיש שם דעת אחרת מקנ' בתרתי הוי ק"ו דכליו של לוקח אינו אלא כשהניח ברשות מוכר וגם איכא דעת אחרת מקנ' ומכ"ש פורע שלא ברשות דלא מיקרי כליו כלל גם ליכא דעת אחרת מקנ' אבל בעל השד' שפיר קונ' דלא מיקרי כליו להפסק' כיון שמכניס שם בשד' שלא ברשות לא מפסיק כלל וזה ברור ודו"ק:

סימן רעה

סעיף א

כיון שהכיש בה מכוש אחד קנה את כולה. נסתפקתי מחזיק בנכסי הגר והיו בתוכ' מטלטלין אם קנה בתורת אגב דאפשר קנין אגב לא מהני אלא בדעת אחרת מקנ' ומעצמו

אינו זוכ' בתורת אגב ונ"מ היכא דלית ביה משום תורת חצר וכגון שאינו משתמר ולא אמר זכת' לי שדי והנה לכאור' נרא' מהא דמשמע דקונין בתים בחזק' בנכסי הגר וכדאמרו פ' חז"ה דף ל"ג שני בתים זה לפנים מזה ולדעת הפוסקים דבית ה"ל דין תלוש ולבסוף חיברו דהוי דינו כתלוש כמבואר בסי' צ"ה ע"ש מ"ש בסק"ג בשם מגן אברהם סי' תרל"ז דלשיט' זו הא דבתים נקנ' היינו בתורת אגב וע"ש וא"כ מוכח דהפקר נמי נקנ' בתורת אגב כיון דמוכח בש"ס דבתים נקנ' בחזק' מנכסי הגר אלא דמצינו למימר דהבית נקנ' בתורת חצר כיון דקונ' הקרקע שתחתיו בחזק' לפמ"ש בסי' ר"ב דמהני חצירו ומתנתו באין כאחד ע"ש סק"ג:

אמנם נרא' ראי' ברור' דקונ' מעצמו בנכסי הפקר בתורת אגב מהא דאמרי' פרק הגוזל (בבא קמא דף קי"ז) בפלוגתא דר' אליעזר ורבנן בגוזל קרקע ושטפ' נהר אם קרקע נגזלת כו' וכדתניא הגוזל את הפר' ושטפ' נהר חייב להעמיד לו פרה דברי ר' אליעזר וחכמים אומרים אומר לו הרי שלך לפניך התם במאי קמפלגי אמר רב פפא הבמ"ע כגון שגזל שדה מחבירו והית' פרה רבוצ' בו ושטפ' נהר ר' אליעזר לטעמי' ורבנן לטעמייהו וכת' רש"י ז"ל פרה רבוצ' כו' וגזלן לא משכ' והוי כקרקעות ולר' אליעזר דאמר שדה נגזלת קונ' פרה עמה וחייב לשלם דמטלטלין נקנין אגב קרקע ולרבנן לא קנה שדה ולא פרה שבה עכ"ל והתם גבי גזלן דליכא דעת אחרת מקנ' וצריך קנין להתחייב באונסין כמו קנין לקנות וקונ' בקנין אגב לחיוב דידיה א"כ מוכח דמהני קנין אגב אפי' בנכסי הפקר. והא דכת' רש"י משום קנין אגב ולא מפרש לה בתורת חצר כיון שקונ' הקרקע קונ' הפר' שבה דחצר אינו קונ' אלא משום רשות וגזלן לא קנה אלא להתחייב באונסין אבל בגוף החצר אין לו כלום דאע"ג דבכל הני דנגזלין אינו משלם אלא כשעת הגזיל' ואינו צריך לשלם במה שנשתמש בה וכמבואר בש"ע בסי' שס"ג וברמ"א סי' שע"א ע"ש אין זה כמו חצר השכור' דברשות בעל החצר ירד ה"ל רשותו אבל גזלן שלא ברשות ירד וא"ז חצירו כלל לקנות ע"י חצירו אע"ג דלר' אליעזר אינו משלם אלא כשעת הגזיל' ומש"ה מפרש לה בקנין אגב ואם כן מוכח ברור דמהני קנין אגב בנכסי הגר:

אמנם חלוקין הם נכסי הפקר מנכסי מתנ' בזה היינו דבנכסי מתנ' קי"ל דאגב לא בעי צבורין וכמבואר בש"ע סי' ר"ב אבל בנכסי הפקר ודאי בעי צבורין ואם אחד מחזיק בנכסי הגר וירצ' לקנות אגב כל המציאות שבעולם ודאי לא מהני וטעמא דהך מלתא נרא' והרי דתורת אגב כיון דצ"ל הנותן קני אגב קרקע א"כ בנכסי הפקר לא שייך זה ואפי' יאמר המחזיק בקרקע אני רוצ' לקנות אגבי' לא מהני זיל קני אלא היכא דאי' דעת אחרת מקנ' ולא דהיכא דצבורין בתוכו דאינו צ"ל קני אגב קרקע כמ"ש הרמב"ם פ' כ"ב

מה' מכיר' ובש"ע סי' ר"ב סעיף ב' ומפרש לה דהא דאמר בש"ס דאגב לא בעי צבורין והיינו היכא דאומר לו זיל קני אגב קרקע אבל אם לא אמר קני אגב קרקע בעי צבורין ע"ש בדברי הרב המגיד ומשום דכל שבתוך הקרקע המה צבורין הרי הוא כמו הקרקע ממש וכמ"ש בסמ"ע סי' ר"ב ע"ש. ומש"ה מהני נמי בנכסי הפקר כל שצבורין כיון דהוא כמו קרקע ממש וכיון דקנ' הקרקע קונ' המטלטלין שבתוכ' אבל כל שאינו צבורין דצ"ל קני אגב והך אמיר' דזיל קני אגב צריך דעת אחרת ומש"ה לא מהני בהפקר לזכות בתורת אגב אלא המטלטלין שצבורין בתוכם. ומה"ט אמרו בש"ס פ' הגוזל שם הבמ"ע שגזל שדה מחבירו והית' פרה רבוצ' בתוכ' ולמה אמרו רבוצ' בתוכ' כיון דהוא בתורת אגב וכמ"ש רש"י ואגב לא בעי צבורין אלא הוא מה"ט שכתבנו דהך אמיר' זיל קני אגב צריך דעת אחרת ובגזלן ליכא דעת אחרת אבל פרה רבוצה בתוכ' לא בעי אמיר' אלא שנקנ' אג"ק משום דה"ל כמו הקרקע ומש"ה מהני אפילו בלא דעת אחרת. ומזה נרא' לענ"ד ראי' ברור' לדברי הרמב"ם במ"ש לחלק באגב בין צבורין לאינן צבורין לענין אמיר' דזיל קני אגב וכבר הקש' עליו הרב המגיד שם והר"ן והרא"ש במ"ש הרמב"ם דצבורין לא בעי למימר זיל קני אג"ק. ולפמ"ש ראי' ברור' להרמב"ם מהא דאמרו בפ' הגוזל כגון שהית' פרה רבוצ' בתוכו והוא מטעם אג"ק וכמ"ש רש"י וא"כ מי אמר הגזלן בשע' שגזל' הנני קונ' לגזיל' את הפר' אג"ק אע"כ דלא בעי למימר בצבורין זיל קני אג"ק אלא הרי הוא כמו הקרקע ומש"ה אמרו כגון שהית' פרה רבוצ' בתוכ' וכמ"ש ודו"ק וזה נכון:

אמנם לפי זה קשה בהא דאמרו פ"ק דמציע' ד' י"א והוא שעומד בצד שדהו איתבי' ר' אבא לעולא מעש' בר"ג וזקנים אמר ר"ג עשור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכ' לו וכו' וכי ר' יהושע ור' עקיבא בצד שדהו של ר"ג היו עומדין א"ל דמי האי מדרבנן כדלא גמירי אינשי שמעתא ר"ג מטלטלין אג"ק הקנ' להם ר' זירא קיבלה רב אבא לא קיבלה אמר רבא שפיר עביד דלא קבלה וכי לא הי' להם סודר לקנות ממנו בחליפין אלא טובת הנא' אינה ממון לקנות ממנו בחליפין הכי נמי טובת הנאה אינה ממון לקנות עג"ק ופירש"י אינה ממון לקנות ע"ג קרקע בקנין שהקרקע נקנית אלא אפקורי בעלמא אפקורי גבייהו וכי אוגר להו מקומו קנת' לו חצירו כשאר הפקר וע"ש:

ולפי מ"ש דהפקר נקנה אג"ק כל שצבורין בתוכו א"כ מאי פריך רבא מחליפין הא בחליפין ודאי לא נקנה כיון דטובת הנאה אינה ממון והפקר הוא וא"כ לא מצי בעלים להקנותו בחליפי סודר כיון דלאו דבעלים נינהו אבל אג"ק שפיר נקנה כיון דטובת הנאה אינ' ממון ולאפקורי בעלמא הוא שפיר קונין מנפשייהו אג"ק כמו שזוכה הפקר בתורת חצר:

ונראה ליישב לפמ"ש בשטה מקובצת שם ז"ל טובת הנאה אינה ממון נ"ל דאפי' תימא ממון אינו ממון חשוב לקנות ע"י חליפין ואתיין סוגיא בין למ"ד טובת הנאה אינו ממון ובין למ"ד ט"ה ממון ואע"ג דאינו נקנה בחליפין ולא אג"ק הני מילי מפני שאין קנינים אלו חשיבי אלא גריעי אבל אם אמר אדם לחבירו הרי לך מנה ונתן לו והקנה ט"ה שיש לך בפירות אלו קנה דאלת"ה ה"ל למימר ט"ה אינה ממון ואינ' נקנית ומדקאמר אינה ממון לקנות בחליפין משמע דאין גוונ' דנקנה טובת הנאה עכ"ל ודבריו מוכרחין דהא אשכחן רבא דס"ל בהדיא טובת הנאה ממון בנדרים דף פ"ה ע"ש. אלא ודאי דהכי קאמר רבא וכי לא היה להם סודר לקנות בחליפין אלא טובת הנאה אינו ממון לקנות בחליפין והיינו משום דקנין חליפין הוא קנין גרוע ואינו נתפס בטובת הנאה שהיא ממון קל ה"נ ט"ה אינה ממון לקנות אג"ק דהוא נמי קנין גרוע וע' שו"ת מוהרי"ט חלק י"ד סי' ה' ועמ"ש בסי' ש"ן סק"א. ולפ"ז ר' יושיע ור' עקיבא מעצמן לא מצי זכי בתורת הפקר דנקנה אג"ק כיון דס"ל לרבא טובת הנאה ממון ויש לו בעלים והבעלים לא מצי להקנותן בקנינים הגרועי' שהוא חליפין ואג"ק וא"כ אכתי דבעלים נינהו ולאו הפקר הוא:

ובזה ניחא ליישב דברי הרי"ף בפ"ק דמציעא דכת' דבעינן עומד בצידו ואפי' בדעת אחרת מקנה ודלא כר"פ שם דאמר דעת אחרת מקנה שאני וכן דעת הרמב"ם והש"ע סי' י' ע"ש והקשו עליו דא"כ האי עובדא דר"ג וזקנים משום תורת אגב הוא וכיון דאנן קי"ל ט"ה אינה ממון ודאי הבעלים לא מצי להקנותו ובתורת חצר לא הוי כיון דלא היו עומדין בצד שדהו ובש"ך סי' ר"ג כתב להקשות על דברי הרמ"א שכת' טובת הנאה אינו ממון לקנות בחליפין והוא מדברי הגהת מיי' בשם בעל העיטור והקשה על בעל העיטור שכת' באות שכירות דבשכירות לחודי' לא קנה בלא אגב וכיון דע"כ מפרש להך עובדא דר"ג וזקנים בתורת אגב דהא בחצר לא זכה כיון דחצר שכורה ס"ל דלא קנה וא"כ מוכח דטובת הנא' נקנה באגב ובחליפין וע"ש: ולפי מ"ש יתיישב דברי הרי"ף דכיון דהרי"ף והרמב"ם ס"ל טובת הנאה אינה ממון וא"כ אפקורי בעלמא הוי ומצי זכי ר' יושיע ור"ע מדנפשייהו בתורת אג"ק כיון דהפקר נקנ' אג"ק ורבא דס"ל טובת הנא' ממון בנדרים דף פ' הוא דלא מצי קני רבי יושיע ור"ע מנפשייהו כיון דאית להו בעלים והבעלים לא מצי להקנותו בקנין חליפין ואגב משום דהוא קנין גרוע וכמ"ש אבל לדעת הרי"ף והרמב"ם דטובת הנאה אינה ממון ולית ליה בעלים כלל מצי זכי מנפשייהו בתורת הפקר ואג"ק כל שצבורין בתוכו וכמ"ש. ודברי בעל העיטור נמי ניחא דודאי ס"ל טובת הנאה אינה ממון ואין הבעלים יכולין להקנותו ואפילו להוריש איכו יכול וכמ"ש הרמ"א בסי' רע"ו ע"ש אלא דכת' הש"ך שם דהיינו דוקא כשהוא ביד אחר לא מצי בעלים כלל להקנותו

כיון דלאו דידהו נינהו אבל כשהוא בידו זוכה בו ע"ש וא"כ שפיר זכו ר' יושיע ור"ע כיון שהוא תחת ידם בתורת אגב כמו בהפקר וכמ"ש. ובמרדכי שם פ"ק דמציעא הקש' בהא דמשני רב פפא ושם דעת אחרת מקנה שאני דהא כיון דטובת הנאה אינ' ממון ליכא דעת אחרת מקנה אלא מעצמו זוכין בו וע"ש שכת' כיון דהקנה להם את החצר גם כן ובחצר ה"ל דעת אחרת עיין שם:

ולפי מ"ש ניחא כיון דקושיות רבא אינו אלא משום דס"ל ט"ה ממון וכמ"ש ומש"ה רב פפא שפיר משני דעת אחרת מקנה שאני דהא אגב וחליפין חשיבי קנינים גרועים ואינם נתפשים בטובת הנאה אבל חצר דהוא קנין טוב שפיר נקנה להם בתורת חצר דעת אחרת מקנה כיון דטובת הנאה ממון. ולכן נראה דהרי"ף והרמב"ם לטעמייהו במה דלא ס"ל הא דרב פפא וכן דעת הש"ע בסי' ר' אלא אפי' בדעת אחרת בעינן עומד בצדו דהא ליכא למימר טעמא דר"ג וזקנים משום דעת אחרת מקנה וכדרב פפא כיון דס"ל ט"ה אינה ממון אם כן ליכא דעת אחרת כלל וכמו שהקשה במרדכי אבל הרא"ש דפסק כדר' פפא שם בפ"א דמציעא משום דאזל לטעמיה שכת' דטובת הנאה ממון כמבואר ברא"ש פרק האיש מקדש דס"ל כר' חננאל דט"ה ממון א"כ שפיר אתיא כדרב פפא משום דקונה בתורת חצר שהוא קנין טוב:

אמנם אכתי איכא למידק כיון דהתם בעובדא דר"ג וזקנים הי' שנת הביעור דצריך להוציא מתחת ידו המתנות לכהן וללוי ולעני כמ"ש תו' שם בעובדא דר"ג וזקנים. וכיון דאפי' למ"ד טובת הנאה ממון אינו אלא בערך טובת הנאה הוא דאית להו לבעלים חלק וכמ"ש תוס' פ"ק דמציעא דף ז' בהא דאמרו שם תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו והקשה אמאי אין מוציאין יאמרו הבעלים ליתן לכהן אחר ותירצו דאינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו בו למ"ד ט"ה ממון עכ"ל ואם כן אכתי תיקשי נהי דט"ה ממון אכתי היכי מצי זכי בתורת חצר ובדעת אחרת מקנה לרב פפא נהי דזכה בערך טובת הנא' ע"י דעת אחרת מקנ' אבל גוף המתנות היכי מצי זכי כיון דאין להם לבעלים כלום בגוף המתנות וליכא דעת אחרת בגוף התבוא':

והנה לדעת הריטב"א ס"פ האיש מקדש דכת' בגונב תרומ' למ"ד ט"ה ממון הוי כל התרומ' שלו וצריך הגנב לשלם כפל כפי ערך כל התרומ' ע"ש א"כ ניחא לרב פפא משום דט"ה ממון הוי כל התבוא' של ר' גמליאל ע"י טובת הנא' ממון ושפיר נקנ' להם ע"י חצר ובדעת אחרת מקנ' אבל לפי מה שמבואר מדברי תוס' פ"ק דמציעא דאפי' למ"ד טובת הנא' ממון אינו אלא בערך ט"ה אם כן קשיא היכי זכו בגוף התבוא' ע"י חצר ודעת אחרת וכמ"ש. ולדברי ריטב"א יתעורר קושיות תוס' פ"ק דמציעא בהא דתקפו כהן אין

מוציאין יאמרו הבעלים ליתן לכהן אחר וצ"ע. ולכן נרא' דלתירוצא דר' פפא הוי זכיית רבי יושיע ור"ע בתורת חצר וגם בתורת אגב דהיינו גוף התבוא' כיון דלית להו בעלים זכו בתורת אגב כמו שאר דבר הפקר ובערך ט"ה דהוי ממון ויש לו בעלים וקנין אגב אינו נתפס בו משום דה"ל קנין גרוע נקנ' בתורת חצר ודעת אחרת מקנ' כיון דבערך טובת הנא' ממון יש לו בעלים שפיר מהני בהו חצר ודעת אחרת מקנ'. ובזה ניחא ליישב מה דהקש' בש"ך בסי' ר' לדעת הרא"ש דפסק כר' פפא דחצר ודעת אחרת הי' הקנין א"כ הא דבעיא בש"ס פ"ק דקידושין דף כ"ו שדה במכר ומטלטלין במתנ' ופשוט לה מעובדא דר"ג וזקנים דהא לר' פפא ה"ל בתורת חצר ואם כן היכי פשיט מיניה קנין אגב. ולפמ"ש דלר' פפא נמי צריך קנין אגב דע"י חצר ודעת אחרת לא הי' נקנ' להם גוף התבוא' אלא בערך ט"ה שהוא ממון לבעלים ואינו נקנ' גוף התבוא' אלא בתורת אגב א"כ שפיר פשיט מינה קנין אגב והא דבעי למיפשט שם דבעי צבורין מדהקנ' להם מקומו דוקא. ולפי מ"ש בהפקר ודאי בעי צבורין אין זה קושיא דכבר דחו לה שם בטעם אחר שאמרו כי היכי דלא לטרחינהו אלא הא דפשיט שכירות בקרקע קשיא ולפמ"ש ניחא דגם לר' פפא צ"ל קנין אגב. ובזה נכון שיטת הרי"ף והרמב"ם ובעל העיטור ושטת הרא"ש הכל מיושב כהוגן ותן לחכם וגו':

וכאשר כתבתי הדברים לגדול אחד השיב וז"ל ונ"ל ראי' ברור' מש"ס פ"ק דקידושין דף כ"ז דבעי שדה לא' ומטלטלין לאחד מאי ואמאי לא בעי בש"ס איפכא שאם קנה קרקע אצל א' ומטלטלין אצל אחד ואמר הקונ' שיקנ' המטלטלין אלו אג"ק של זה אלא ודאי דלא אזלינן כלל בתר דעת הקונ' רק בתר דעת המקנ' א"כ בהפקר לא קנה המטלטלין אג"ק ועוד ראי' מתוס' פ' אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ו) ד"ה בדשתיק וא"ת וליקנ' ליה חצירו לבעל הגל ע"ש ואמאי לא הקש' דליקני ליה לבעל הגל בתורת אגב אלא ודאי לא שייך אגב בהפקר וגם תירוצם לא הוי שייך על קושיות אגב עכ"ל. אין זו השג' דמ"ש דאמאי דלא בעי בקנ' קרקע אצל א' ומטלטלין אצל אחר ודאי מודינא בשני בני אדם דהבעלים מחלקין דהא בקונ' מאדם אחד וליכא מצר מפסיק קנה בחזקה אחת כולה ואילו קנה משני בני אדם אע"ג דליכא מצר מפסיק צריך חזק' לכל א' וא' דרשות המוכרין מחלקן. וכיון דטעמא דקונ' הפקר בתורת אגב כל שצבורין בתוכו היינו משום דה"ל כמו גוף הקרקע ובשני בני אדם אפי' הן מחוברין רשות המוכרין מפסקת ביניהם: ומה שהביא ראי' מדברי ר"י פ' א"מ במה דלא הקשו מתורת אגב אינ' ראי' כלל דודאי כל הקנינים משיכ' ומסיר' וחזק' צריך דעת לקנין אלא חצירו של אדם הוא דזוכ' שלא מדעתו ומש"ה לא קשיא להו דליקני בתורת חצר דקונ' שלא מדעת אבל אגב צריך דעת

לקנין ועיין שו"ת מוהרי"ט ח"א סי' ק"נ וז"ל מיהו י"ל דידו עדיף מעודר דאשכחן חצירו של אדם קונ' שלא מדעתו כו' וכיון דחצירו קונ' שלא מדעתו כ"ש ידו וכו' ועודר שאני דמדין חזק' היא ולא מתורת זכי' ע"ש. וא"כ אגב הרי הוא כמו כל הקנינים דצריך דעת ועמ"ש בסי' רס"א סק"ב:

ושוב מצאתי להדיא בחידושי הרשב"א כדברינו דהפקר נמי נקנ' בתורת אגב ע"ש פ' הפר' דף נ"ב וז"ל ושטרא נמי לא קנה דלאו אדעתא דשטרא מחזיק כלומר וכל שהחזיק בקרקע יכול להוציא השטר מידו דהמחזיק בקרקע קנה השטר בכל מקום שהוא דשטרא אפסרא דארעא עכ"ל. וזה שהחזיק בקרקע דקונ' השטר בכל מקום שהוא אינו אלא בתורת אגב וכמבואר בפ' הספינ' דף פ"ו בהא דתני שם שלש' שטרות כו' ע"ש והתם פ' הפר' מיירי בנכסי הגר א"כ מוכח דקונ' אג"ק בהפקר ואע"ג דכתבנו דהפקר בעי צבורין היינו משום דשטרא אפסרא דארעא ה"ל כמו קרקע ואינו צ"ל קני השטר אג"ק וזה ברור:

סעיף ב

המחזיק בשטר מנכסי הגר. משמע דמיירי בשטר מכר א"כ בעה"ת ז"ל לאו במחזיק בשטרי חובותיו קא שאיל דהתם פשיטא דפריעי נינהו ועש"ך סק"ז ועמ"ש בסי' ש"ו סקכ"ד:

סעיף ג

ואין דעתו לקנות. ונרא' דאם עשה שליח לגדור ולבנות בנכסי הגר כדי לקנותו אע"ג דהשליח לא ידע שהם נכסי הגר וכסבור שהוא של המשלח נמי קנה המשלח כיון דשליח של אדם כמותו והרי המשלח נתכוין לקנות וכן משמע בשטה מקובצת פ"ק דמציעא דף י' א"ר יוחנן המגביה מציא' לחבירו קנה חבירו וא"ת משנתינו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי וכ' עלה הקשו בתוס' דהא אמרינן פ"ק דגיטין כל האומר תנו כאו' זכה כו' והרא"ש תירץ דהכא לא הוי תן כזכי שהרי הרכוב אינו רוצ' שידע המהלך שהוא מציא' שלא יזכ' בו לעצמו אלא רוצ' שיהי' סבור שממנו נפל ואו' תן לי דבר זה ולא הי' בדעתו לזכות הלכך אם אחר שהגבי' הרגיש ואמר אע"פ שהגבהתי לצורכך אני רוצ' לזכות בה זכה בה עכ"ל ומבואר דאע"ג דלא ידע המהלך שהוא מציא' אפ"ה הוי קנה חבירו כמו המגבי' מציא' לחבירו אי לאו משום דאמר תנה לי דלא עשאו שליח אלא ליתנו לו אבל אם אמר לו הגב' לי דבר זה והשליח לא ידע שהיא מציא' קונ' המשלח בהגבהה של זה. וכן משמע בתוס' פ"ק דמציעא דף י' בהא דאמרו אין שליח לדבר עביר' והקשו מהא דתנן הי' מושכו ויוצא דחייב כו' הגונב במשיכת השומר ותירצו כיון שאין השומר יודע שהוא גנוב וה"ל כחצר דבע"כ מותיב ביה ע"ש. וכיון דגנב וגזלן להתחייב

באונסין צריך קנין כמו במכיר' ונתינ' וזה השליח לא נתכוין לקנותו לגזיל' כיון דלא ידע שהוא גנוב היכי יתחייב המשלח אלא ודאי כיון דשליח של אדם כמותו והמשלח מתכוין לקנין סגי בכוונת המשלח מיהו בשליחות הגט בשליח להולכ' כה"ג שהשליח לא ידע שהוא גט ודאי לא מתגרשת כיון דהשליח צריך להתירה ולומר הרי את מגורשת ומותרת לכל אדם:

סעיף ד

וכסבור שהם שלו לא קנה. ודע דכל זה הוא דוקא במציא' ובנכסי הגר אבל במתנ' כה"ג קנה כיון דאית דעת אחרת מקנ' אע"ג דהמקבל לא ידע כיון שהחזיק בו זכה ולמדנו אותו מתורתו של הראב"ד הובא בנימוקי יוסף פ' חזקת גבי ר' ענן וז"ל ושמעינן מהכא דאלו ידע המזכ' אע"ג דלא ידע ר' ענן שהוא הזוכ' קנה כו' ואע"ג דאמרי' פ' ר"ג העודר בנכסי הגר וכסבור שלו לא קנה כיון שזוכ' גופי' לא ידע תי' הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנ' עכ"ל וכ"כ הרשב"א בחידושיו פ"ב דגיטין דף כ' גבי זקן שהלו' לכל בני הכפר וכת' שטרותיו ופריך עלה והא בעי' שטר מקנ' ואמרו דאקנויי מקנ' להם ע"ש והקש' דהא הלוים לא ידעו דזקן מקנ' להם ומ"ש מעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הוא דלא קנה ותי' משום דשאני דעת אחרת מקנ' ע"ש. ועמ"ש בסי' קמ"ב סק"א וכל זה נרא' שנעלם מעיני האחרונים לפי שראיתי שכתבו בפשיטות בתשו' צמח צדק בסופו גבי הקנאת פרה לאפקועי מבכור' שאע"פ שמשכו עכו"ם כל שלא נתכוין לקנותו בזה לא קנה כמו בעודר בנכסי הגר וכ"כ בפשיטות בתשו' עבודת הגרשוני סי' ק"ב וכתבו ג"כ שם בשם תשו' מוהר"י מינץ דאע"פ שהעכו"ם יוליך הבהמ' להשקות' לא קנה כיון שלא נתכוין לקנין כמו בעודר בנכסי הגר וע"ש והרי מבואר מדברי הראב"ד והנימוק"י והרשב"א דכל כה"ג דאי' דעת אחרת מקנ' קונ' המקבל אפי' לא נתכוין לשום קנין. ואין להקשות מדברי הרשב"א הובא בב"י סי' קצ"ח בהא דמסיר' קונ' ברה"ר ומשיכ' דוקא בסימטא וז"ל ואע"ג דמסיר' בכלל משיכ' משום דכיון שמשך גלי אדעתי' במשיכ' ניחא לי' דליקני במסיר' לא ניחא ליה דליקני ע"ש והא בדעת אחרת מקנ' לא בעי כוונ' לקנין משום דהיינו דוקא בלא כוונ' אבל אם כוון שלא לקנות ודאי אינו קונ' בע"כ וכיון דגלי אדעתי' דבמסיר' לא ניחא ליה דליקני אלא במשיכ' אינו קונ' בע"כ במסיר' והא דכת' הטור בסי' זה וז"ל וכ' הרמ"ה ז"ל ה"ה נמי בלוקח דינא הכי אבל רב האי כת' דלוקח יקנ' בכל ענין דלעולם איכא הוכח' דאדעתא למיקני עבד דאי בפניו כל זמן שעסוקין באותו ענין ואי שלא בפניו וא"ל לך חזק וקני מסתמא שליחותי' דמקנ' עבד ואדעתא למקני עבד עכ"ל. ותיפוק לי' דבדעת אחרת לא בעי כוונ' לקנין כלל. היינו משום דשאני התם

דצריך חזק' שיהי' מעשיו מוכיחין לתיקון הקרקע ואם אין מעשיו מוכיחין לכך אפי' הי' הכוונ' שלו לתיקון הקרקע אינו חזק' עד מעשיו מוכיחין שעוש' לתיקון הקרקע ומש"ה ס"ל להרמ"ה דה"ה בלוקח נמי דינא הכי כיון דכל שאין מעשיו מוכיחין שעוש' לתיקון הקרקע אינו חזק' כלל א"כ אפי' בדעת אחרת לא מהני אלא היכא שהמקבל עוש' חזק' הידוע שמעשיו מוכיחין לתיקון הקרקע דהוא חזק' המועיל אלא דצריך נמי כוונ' לקנין ובדעת אחרת א"צ כוונ' לקנין וסגי לה בדעת מקנ' אבל כל שמחוסר אופן החזק' לאו כלום הוא ורב האי ס"ל דבלוקח ה"ל מעשיו מוכיח דאי באומר בפניו כו' אי שלא בפניו כו' אדעתא למיקני עבד ע"כ ה"ל מעשיו מוכיחין אבל בחזק' דנעל גדר דודאי עוש' תיקון הקרקע אלא שמחוסר כוונת קנין סגי בדעת אחרת מקנ' וכמ"ש ודו"ק:

אך קשה מהא דכת' בטור י"ד סי' קל"ב ז"ל הי' עכו"ם מודד הגביהו תחל' לקנות קנאו כו' וכת' עלה הב"י ז"ל פי' אע"פ שהגבי' בשעה שהוא מודד לא קנה מפני שאות' הגבהה לא הי' לקני' אלא למדיד' עכ"ל. והא לפמ"ש בדעת אחרת מקנ' אינו צריך כוונ' לקנין. ונרא' דיש ליישב לפמ"ש בסי' רנ"ה סק"ד מדברי הדמב"ם דהא דמהני דעת אחרת מקני גבי קטן שיזכ' מן התור' היינו משום דזכין לאדם שלא בפניו ואע"ג דאין אדם זוכ' בשלו לחבירו אלא ע"י אחר היכא דהמקבל עוש' הקנין אלא שהוא מחוסר כוונ' מהני ליה דעת אחרת מקנ' מצד זכיי' שזוכ' לו שזוכ' שלא בפניו ע"ש. וא"כ בעכו"ם אפשר לומר דלא מהני דעת אחרת מקנ' כיון דאין זכי' לעכו"ם. ובזה יתיישב מה דהקש' משנ' למלך פ"ד ממכיר' בדברי הטור שכת' בסימן ר' גבי הכניס לוקח את החמרים שכת' שם וז"ל והראב"ד כת' דאפי' מדד ללוקח על החמרים לא קנה שלא נתכוין למשיכ' ולקנות במדיד' זו דלמדיד' בעלמא נתכוין וכת' עליו הטור ולא מסתברא ואלו בי"ד ס"ל סברא זו ע"ש. ולפמ"ש י"ל הא בעכו"ם הא בישראל דמהני דעת אחרת ומשום זכי' ועמ"ש בסי' רנ"ה סק"ד שם דגם במקח שייך זכי' כל שרוצ' לקנותו ובעכו"ם לא מהני זכי'. אלא דקשיא דברי הראב"ד שכת' שלא נתכוין אלא למדיד' הא הראב"ד ס"ל דמהני בדעת אחרת אפי' בלא כוונ' וכמ"ש הנ"י בשמו ואולי תרי ראב"ד נינהו וצ"ע. ובשו"ת חכם צבי סי' א' ז"ל צריך חקירת חכם אי הוי הך כוונ' דבעינן בחליצה היינו מטעם דמצו' היא וכעין כוונת המצות דפסקו רוב הפוסקים דמצות צריכות כוונ' או כעין כוונת הקנאות דבעינן דעת מקנ' וקונ' וכאותו שאמרו העודר בנכסי הנר וכסבור שלו הוא דלא קנה משום דלא מכוין למיקני כו'. והנרא' לע"ד דכוונ' זו האמור' בחליצ' אינ' אלא מטעם הקנא' ובהכי ניחא לי מה דקש' להו לתוס' פ' מצות חליצ' אמאי אמרינן דקטנ' חולצת והא לאו בת דיע' היא ולדידי לא קשה משום דכיון דמתורת הקנא' אתינן עלה והרי הוא זוכ' לעצמ'

מן התור' היכא דדעת אחרת מקנ' אותו וכמ"ש תוס' ר"פ בן סורר ומור' עכ"ל ולפמ"ש דבדעת אחרת מקנ' אין המקבל צריך כוונ' לקנין א"כ היכא מצינו לומר דכוונת חליצ' הוא כוונת הקנא' א"כ למה אמרו עד שיתכוונו שניהם הא דעת האש' אינ' צריכ' להקנא' כיון דאין דעת אחרת מקנ' ועמ"ש בסי' רמ"ג סק"ה דהא דקטן קונ' בדעת אחרת מקנ' היינו משום דאין צריך כוונת הקנא' למקבל בדעת אחרת מקנ' ע"ש:

עוד שם בתשו' הנזכר וז"ל וראיתי להרב מוהרי"ט בתשו' שכ' וז"ל איברא דלא אמרו שם בגמ' עד שיכוונו שניהם אלא למעוטי חליצ' מועטת כו' אבל היכא דסברי ליה וסבר שבחליצ' זו נפטרת ממנו אינו צריך שיהא בכוונת הלב באותו שעה וע"ש שהשיג על ראיות מוהרי"ט:

אמנם מצאתי בחידושי הרמב"ן כדברי מוהרי"ט ע"ש דף ק"ז בהא דאמרו שם גבי חליצת חרש משום דלאו בני קריא' נינהו והקש' תיפוק ליה דבעי עד שיתכוונו שניהם כו'. ואיכא למימר אע"פ שחרש כשוט' לענין מצות מ"מ יש לו מקצת כוונ' כשאחרים עומדים על גביו והא דתניא עד שיתכוונו שניהם לאפוקי חלוץ ובכך אתה כונס' וכיוצא בה אבל נתכוין להוציא' ממנו בחליצ' זו היינו כיוונו וחרש יכול לכוין כוונ' זו ברמיז' דדעת' קלישא אית ליה ומשום הכי לא מעכב' ביה אלא קריא' וע"ש והרי כתוב' על הספר להרמב"ם כדברי מוהרי"ט:

סעיף ה

והמחזיק בנכסיו יש לו דין יורש. עמ"ש בסי' קי"ז סק"ג ובסי' רמ"ה סק"ג:

סעיף ו

אחרון נפסד. עמ"ש בסי' רנ"ג סק"ה ובסי' ק"ז סק"י:

סימן רעו

סעיף א

אפילו הי' קטן בן יומו. כת' הרמב"ם פ"א מנחלות ז"ל אפי' הי' קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו הואיל וחי אחר אמו שעה אחת ומת הרי זה נוחל את אמו ומנחיל הנחל' ליורשיו ממשפחת אביו עכ"ל. וע"ש בדברי הרב המגיד שהניח בצ"ע מ"ש הרמב"ם דאפי' לא כלו לו חדשיו נוחל ומנחיל ובפ"א מה' יבום מפרש לה הרב המגיד דהיינו בלא גמרו סימניו ע"ש והאחרונים דחאו לדברי הרמב"ם לגמרי ובתשובת לחם רב סי' קפ"ה כתב בנדון ירושת הנפל דאין לומר קים לי כרמב"ם דאין לומר קים לי כפי' גאון היכא שכל חכמי ישראל חולקין עליו וע' בתשובת מוהרש"ך סי' קצ"ו:

ולענ"ד דברי הרמב"ם מוכח מדברי הגמ' פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ב) אמר רב נחמן המזכ' לעובר לא קנה לכשתלד קנה כו' ורב ששת אמר אחד זה ואחד זה קנה אמר רב ששת מנא אמינא לה דתניא גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ושמעו שיש לו בן או שהית' אשתו מעוברת חייבין להחזיר החזירו הכל ואח"כ שמעו שמת בנו או שהפילה אשתו החזיק בשני' קנה בראשונ' לא קנה ואי ס"ד עובר לא קנה למה להו אחזוקי בשניה הא אחזיקו לה חדא זמנא אמר אביי ירושה ממילא שאני רבא אמר שאני התם דרפויי מרפיין בידייהו מעיקרא ת"ש תינוק בן יום א' נוחל ומנחיל בן יום א' אין עובר לא. וכתבו תוס' שם וז"ל הקשה הר"ר אפרים דליפרך לה מרישא דהך משנ' דתני רישא פ' יוצא דופן בן יום אחד פוסל ומאכיל דוקא בן יום א' אבל עובר לא אלא המזכ' לעובר לא קנה וקשיא לרב ששת דהשתא לא מצי לשנויי כדמשני אסיפא וכו' ונראה לר"י דסבר רב ששת דלרבנן דר"י נמי עובר אית ליה זכיה מטעמא דעובר אינו פוסל משום דסמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקיבות וה"ל זכרים מיעוטא וכו' וא"ת לעיל דאמר החזיק בשניה קנה בראשונ' לא קנה אמאי לא קנה המחזיק בראשונ' כיון דלבסוף הפילה דהא בפ' אלמנה (דף ס"ו) אמרינן דזכרים מיעוטא משום מיעוטא דמפילות ואין לעובר שסופו להיות נפל חלק בעבדים וי"ל דהתם תלינן שמא כבר בשעת אכילת העברים מת העובר בבטן ולית ליה זכיה עכ"ל וכ"כ תוס' פ' אלמנה לכ"ג (יבמות דף ס"ו) ע"ש ד"ה אין חוששין למיעוט וא"כ לפנינו ראיה ברורה לדברי הרמב"ם דנפל בר ירושה הוא מדאמרי' המחזיק בראשונ' לא קנה אע"ג דשמעו שהפיל'. ובסמ"ע השיג על הע"ש וכ' וז"ל דאף דהרמב"ם כת' פ"א מנחלות דכשנולד אע"ג דלא כלו חדשיו אפ"ה יורש את אמו הלא כתב הה"מ שם עליו דדבריו צ"ע שלא ידע ראיה ברורה בדבריו ע"ש והלא לפנינו ראיה ברור' מהא דשמעו שהפילה. וביותר תמה אני במ"ש הפוסקים דאין לומר קים לי כהרמב"ם הואיל וכל חכמי ישראל חלוקין עליו. וכיון דהתוס' נמי סברי הני דנפל נוחל ומנחיל והרמב"ם והתוס' בחדא שיטא קיימי אשר כל בית ישראל נשען עליהם מאן ספין ומאן רקיע להוציא ממון נגד הרמב"ם והתוס' היכא שאומר קים לי כהרמב"ם והתוס': אמנם קשיא לפי שיטת הרמב"ם ותוס' דנפל בר ירושה מהא דאמרי' פרק אלו נערות (כתובות דף ל"ט) בעי רבא יש בגר בקבר או אין בגר בקבר יש בגר בקבר ודבנה הוי או דלמא אין בגר בקבר ודאביו הוי כו' ומי מעברא וכו' וכ"ת דאיעברה כשהי' נערה ואולידה כשהי' נערה ובשיתא ירחא מי קא ילדה והא אמר שמואל אין בין נערות לבגרות אלא ששה חדשים בלבד אלא הכי קא מבעיא ליה יש בגר בקבר ופקע אב כו' ואי נימא דנפל בר ירושה ונוחל ומנחיל א"כ שפיר מצי למימר דבנה הוי ואיעבר' כשהי' נערה ואולידה כשהי'

נערה ונולד לחמשה חדשים ויותר וחי אחר אמו כמה ימים ואם יש בגר בקבר דבנה הוי להנחיל למשפחת אביו וצ"ע וצריך נגר דליפרקני'. אולם דעת הרמב"ן והרשב"א פרק אלמנה לכ"ג ונימוקי יוסף שם והרב המגיד וכסף משנ' דנפל לא הוי בר ירושה כלל. ומה שהוכיחו תוס' מהא דתני או שהפילה אשתו המחזיק בראשונ' לא קנה דנפל בר ירושה. כת' בחידושי הרמב"ן שם דהא דתני הפילה אשתו היינו שיצא הפדחת ואח"כ מת ע"ש פ' אלמנה לכ"ג. ולשון הפילה אשתו אינו משמע כדברי הרמב"ן דאם יצא הפדחת והרי הוא כילוד הרי הוא בן קיימא שמת אח"כ ומשמע הפילה לשון נפל ממש וכדברי תוס' ועוד דא"כ היכא מוכח מגר שמת דעובר ירית הא כיון שיצא הפדחת בחיי' הרי יורשו כשיצא הפדחת וממילא נתבטל חזק' הראשונה וצ"ע. והרשב"ם כתב שהפילה אשתו היינו שמת בבטן אמו ע"ש. ונראה לפ"ז דאמרינן ר"פ החולץ גבי חולץ למעוברת והפילה דר' יוחנן אמר אינ' צריכה חליצה וריש לקיש אמר צריכה חליצ' וטעמא דר' יוחנן שם אם יבא אליה ויאמר דהא דמעברה אפילו מפלת מי לאו בת חליצה ויבום היא השתא נמי אגלי מלתא למפרע וריש לקיש אמר אגלי מלתא למפרע לא אמרינן וכת' בנ"י שם ז"ל ואע"ג דהפילה לבסוף לא אמרינן אגלי מלתא למפרע ואע"ג דבהרבה מקומו' קי"ל אגלי מלתא למפרע שאני הכא אם בשע' שחלץ לה היה ודאי שלא היתה ראויה לבא לכלל לידה אין ה"נ דהאי עיבור כמאן דליתיה וחליצ' שחלץ לה כשירה אלא שאני הכא דחייש דלמא באותו שעה ראוי' היתה לילד ולד גמור אלא שאח"כ גרם לה איזה דבר להפיל ונמצא דחליצה דמעיקרא לאו כלום היא עכ"ל וא"כ ניחא הא דמחזיק בראשונ' לא קנה אף ע"ג דהפיל' אשתו כיון דרוב נשים אינן מפילות והשתא שהפילה אמרי' השתא היא דהפילה וכמ"ש הפוסקים בסי' פ"א בי"ד גבי גבינות כשנמצאת טריפה דמוקי אחזק' מכח רובא ואמרי' השתא היא דנטרפה וה"נ אמרי' כיון דרוב נשים ולד מעליא קא ילדן א"כ בשעה שהחזיק אותו עובר ראוי להולד ולד קיימא ואח"כ גרם לה איז' דבר שהפיל' ואמרינן השתא דהפילה דקי"ל כריש לקיש שם דאגלי מלתא למפרע לא אמרינן ע"ש ר"פ החולץ ומש"ה המחזיק בראשונ' לא קנה כיון דאז היה העובר ראוי להולד בן קיימא ומשום רובא דרוב נשים ולד מעליא קא ילדן והשתא דגרם לה איזה דבר להפיל. אבל בפ' אלמנה שם אמרי' סמוך מיעוטא דמפילוח למחצה נקיבות והיינו לומר דהשתא העובר אינו ראוי להולד בן קיימא והוא ולד הראוי להפיל ואע"ג דרוב נשים ולד מעליא קא ילדן סמוך מיעוטא למחצ' דנקיבות וכיון דהשתא הוא ולד הראוי להפיל אם כן השתא נפל הוא מחמת סמוך מיעוטא ונפל לאו בר ירושה אלא בשמעו

שהפילה דהתם אינו אלא מחמת שהפיל' א"כ אמרינן השתא הוא דהפילה משום רובא אלא דרוב נשים אינן מפילות וזה נכון ודוק:

סעיף ב

או טובת הנא' בעלמא שאינו ממון. בשל"ה בענין צדק' ומעשר האריך בפסק זה והעל' דמעות מעשר שביד אדם ירא' שיחלוק בחייו לענייי' כי אם מת ונשאר אחריו מעות מעשר אין היורשין יורשין אוחם כיון דטובת הנא' אינו ממון וע"ש שהאריך בראיה מדברי המרדכי פ"ק דמציע' דאפי' חצר נמי לא זכי בטובת הנא' שאינו ממון כיון דליכא דעת אחרת מקנה והא דזכו זקנים בתורת חצר בעובדא דר"ג וזקנים שאני התם דהיה מקנה להם חצירו כמו כן אבל היכא דאינו מקנ' להם משלו אלא מתנות כהונה ולויה ה"ל כמו מציא' דאינו זוכה חצירו. וסיום הפסק ז"ל על כן מבורר פסק זה מי שמת והניח מעות מעשר שאין בהם רק טובת הנאה ליכא שום זכיה ליורשין בה ולא בשום הקנא' שבעולם על כן יחלק בחייו כי אם בניו יחזיקו בטובת הנאה זו שלא כדין הוא ולא שייך למימר דחצירו קונה להם דאין נקנית לאדם דבר שאינו ממון דכמו שאינו יכול להקנות כך אינ' קונה ע"ש. ומדברי הש"ך מבואר דהא דאין אדם יכול להקנות ולהוריש טובת הנאה היינו כשהוא ביד אחרים אבל אם הוא תחת ידם זוכין בה ויכלין לחלוק נמי שירצו עיין שם:

אמנם לדינא נראה לענ"ד עיקר כדברי השל"ה והוא דכיון דדעת התוס' בנדרים (דף פ"ד) דאפי' לבעלים אין להם טובת הנאה במעשר עני אלא בימות הגשמים ולא בימות החמה. והובא בר"ן וברא"ש דברי הספרי דרמי כתיב ונתת וכתיב והנחת ומשני כאן בימות החמה כאן בימות הגשמים הרי מבואר דאפי' לבעלים אין להם ט"ה אלא משום דכתיב ונתת ונתנ' לו התור' רשות ליתן. ומש"ה אית ליה ממילא ט"ה שבה אבל במקום דלא כתי' ונתת אין לו טובת הנא' ואע"ג דהמעשר ברשותו אין לו זכי' לחלוק לכל מי שירצ' אלא צריך להניחו בשד' דכל מי שירצ' יטול וא"כ כשמתו הבעלים וכן כשזכ' בו אחר דלא כתי' ונתת אלא לבעלים א"כ מאין יבא להם זכות טו"ה וכשזכ' בו אחר ומחלקו למי שירצ' עביד שלא כדין דלא כתי' ונתת אלא לבעלים ואפילו לבעלים אין להם ט"ה במקום דלא כתיב ונתת וא"כ יורשין צריכין ליתן לעני הנמצא ראשון או לבזבז לפניהם מי שירצ' יטול אבל טובת הנא' פקע לגמרי מכי מתו הבעלים דלא שייך שום טובת הנא' אלא לבעלים דכתי' בהו ונתת וזה ברור. אך קשה מהא דכת' הרמ"א בסי' ל"ז אע"פ שהגזבר מחלק הממון למי שירצ' למ"ד טובת הנא' אינו ממון ומ"ש והיינו דקרובי גזבר כשרין להעיד ומאין יבא לו לגזבר לחלק למי שירצ' כיון שאין טובת הנא' אלא לבעלים

דכתי' ונתת. וצריך לומר דכל זמן שהבעלים קיימים ומוסרין לגזבר לחלק למי שירצ' שליחותיה דבעלים עביד כיון דהבעלים יש להם רשות לחלק אבל היכא דמתו הבעלים פקע ט"ה לגמרי. או משום דגזבר שאני דיד עניים הוא וסומכין עליו ואית ליה רשות לחלק למי שירצ' אבל אדם אחר ודאי לא וכמ"ש:

סימן רעז

סעיף א

כותבין הרשא'. בתוס' פ' י"נ (דף קכ"ז) הקשו לרב פפי דס"ל אין לבכור קודם חלוק' היכי מהני הרשא' ותירצו דשויה שליח ע"ש. ועמ"ש בסי' קכ"ג סק"א בשם הרמב"ן דמצד שליחות לא מהני דאע"ג דשליח של אדם כמותו מ"מ מצי אמר לאו בע"ד דידי את ושורש הרשא' מבואר שם ע"ש:

סעיף ב

אפי' אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל בני הוא ובכורי זה הוא דעת הרמב"ם דנאמן לו' האב זה בני ובכורי. אבל לדעת הרשב"ם ותוס' דאין האב נאמן בהכרה אלא כשהוחזק בבנו לו' בכור הוא אבל אם אינו מוחזק בבנו אינו נאמן בתורת יכיר אלא מכח מגו דאי בעי יהיב ליה כולי' נכסי' עיין בדבריהם פ' י"נ (דף קל"ד) ודעת הרא"ש נרא' כדעת הרמב"ם דנאמן לו' זה בני ובכורי בתורת הכרה אפי' בלא מגו ע"ש. ואיכא למידק בהא דאמרו פ"ב דכתובות (דף כ"ב) דתניא הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומ' ואינו נאמן להשיאו אשה דברי רבי אמר לו ר' חייא כו' ואמר לו אני מאמינו להאכילו בתרומ' שבידו להאכילו בתרומ' ואיני מאמינו להשיאו אשה שאין בידו להשיאו אשה ע"ש. ואי נימא דנאמן בתורת הכרה אפי' באינו מוחזק בבנו א"כ אמאי אינו נאמן להאכילו בתרומ' אפי' בלא מגו דכי היכי דנאמן למשוי בן גרוש' וחליצ' ה"נ יהי' נאמן להכשירו לכהן וכמ"ש בנ"י פ' אלמנ' לכ"ג דהיכא שהבעל טוען ברי שהוא כשר והיא מכחשתו י"א דהולד ספק ממזר כיון דברי וברי הוא וי"א שאם הי' טוען שלא זזה ידו מתוך ידה שהוא נאמן להכשירו דכיון שהאמינו התור' לפוסלו כ"ש שנאמן להכשירו דאית לאמו חזק' דכשרות וכו' וכת' הריטב"א שהוא טעמא דמסתבר עכ"ל ע"ש. וא"כ ה"נ כיון שהאב נאמן לומר בני זה בן גרוש' וחלוצ' בתורת יכיר אמאי אינו נאמן להאכילו בתרומ' ובתורת יכיר אפי' בלא מגו בשלמא הא דאינו נאמן להשיאו אשה אפשר שהוא משום מעל' דיוחסין אבל לתרומ' אמאי אינו נאמן וצ"ע. ומזה נרא' כדעת הרשב"ם ותוס' דאב אינו נאמן בתורת יכיר אלא במוחזק שהוא בנו ומש"ה אינו

נאמן להאכילו בתרומ' אלא משום בידו כו'. וזה נרא' לי טעמא די"א שכ' בנימוקי יוסף דהולד ספק ממזר והאב אינו נאמן להכשירו כיון דאינו יודע אם הוא בנו. וגם הא דנאמן לומר בני זה ממזר נמי אינו אלא בבנו דוקא וכמ"ש בשלטי גבורים פ' עשר' יוחסין ז"ל ואף כשהאמינו תור' לאב לא האמינו אלא כשהוא אומר שהוא בנו אלא שנולד בפסול שאמו הית' אסור' עליו משום איסור אחר ושמא לא הכיר בה עד עתה אבל אם אומר שאשתו זינת' תחתיו ומאחר נתעבר' ואין זה בנו אינו נאמן עליו שעל בנו האמינו תור' ולא על שאינו בנו עכ"ל. וא"נ בין לפוסלו בין להכשירו אלא בידוע שהוא בנו אבל למשוי בנו אינו נאמן בין להכשירו בין לפוסלו וכן הא דאמרינן פ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ז) בעובר על בית המכס אמר זה בני ואח"כ אמר זה עבדי דנאמן היינו נמי בידוע שהוא בנו אלא דהספק' על אמו מה היא ישראלית או שפח' וכמ"ש בש"ג דאינו נאמן לפוסלו אלא כשהוא אומר שהוא בנו. ומש"ה באומר בני זה וכהן אינו נאמן בתורת הכרה כיון שאינו ידוע שהוא בנו. אך בירושלמי שם דאפי' בידוע שהוא בנו נמי אינו נאמן להכשירו לכהונ' ע"ש חד בר נש אתי לקמיה דרבי א"ל בני זה וכהן הוא א"ל בנך הוא אלא שאינו כהן א"ל ר' חייא אם האמינו אתה שהוא בנו מאמינו אתה שהוא כהן ואם אין אתה מאמינו שהוא כהן אל תאמינו שהוא בנו ויעש' בהרחק עדות ויהא נאמן עליו איכא למימר בנו הוא אלא שאני אומר שהוא בן גרוש' או בן חלוצ' והיינו שכיון שאין בנו הרי הוא נאמן להעידו בהרחק עדות כיון שרחוק הוא וא"ל ר' אני מאמינו שהוא בנו אלא שהוא בן גרוש' וחלוצ'. וכיון שהוא בנו למה לא יהי' נאמן בתורת הכרה דכיון דנאמן לומר בני זה בן גרוש' וחלוצ' כ"ש שהוא נאמן להכשירו וכמ"ש בנ"י ומשמע מזה דלפוסלו הוא דנאמן אבל לא להכשירו וצ"ע:

סימן רעח

סעיף א

הניח להם פרה מושכרת. ברייתא פרק י"נ (דף קכ"ג) ואמרי עלה מני רבי היא ואח"כ מייתי בש"ס מימרא דר' פפא דאמר דיקלא ואלים ארעא ואסיק שרטון כ"ע לא פליגי דשקיל כ"פ בחפיר' והוי שובלי ע"ש. וכיון דברייתא מוקי כרבי ואנן קי"ל כרבנן לכן קשיא על הרמב"ם דפסק כהאי ברייתא. ובסמ"ע כת' ליישב דהרמב"ם מפרש הסוגיא דקאמר הא מני רבי דרך קושיא ור' פפא אתי לתרוצי דאתי' אפי' כרבנן ומשום דפר' מוחכרת דומ' לדיקלא ואלים דכ"ע ל"פ דשקיל ע"ש. ובזה ניחא ליישב קושיות תוס' שם ד"ה וקסבר מתנות שלא הורמו וז"ל ותימ' דבסמוך מוקי לה כרבי ובסוף פ"ב דקידושין

דף נ"ח אית ליה לר' דלאו כמי שהורמו דמיין ע"ש. ולפמ"ש בסמ"ע דבש"ס קאמר דרך קושיא הא מני רבי ואיכ' למימר דהוי קושיא הא מני רבי והך ברייתא הא ס"ל מתנות שלא הורמו כמי שהורמו א"כ אי רבי קשיא דס"ל לאו כמי שהורמו ומתרץ ר' פפא בדיקלא ואלים כ"ע ל"פ דשקיל וא"כ אתי' שפיר כרבנן וא"כ דברי הרמב"ן מוכרחין דע"כ ברייתא לא אתיא כרבי אלא כרבנן אלא דלא ירדנו לכוונת תוס' כי לא שמענו דס"ל לרבי לאו כמי שהורמו ושם דף נ"ח בקידושין נימא כתנאי הגונב טבלו של חבירו משלם לו דמי טבלו דברי רבי ור"י בר"י אומר אינו משלם אלא דמי חולין שבו מאי לאו בהא קמפלגי דמ"ס ט"ה ממון ומ"ס ט"ה אינה ממון לא דכ"ע ט"ה אינה ממון והכא בנכסים שנפלו לו מבית אבי אמו כהן ובמתנות שלא הורמו קמפלגי מ"ס כמי שהורמו ומ"ס לאו כמי שהורמו ופרש"י רבי סבר כמי שהורמו ואב"א דכ"ע כמי שהורמו כו' ע"ש הרי דאמרו רבי סבר כמי שהורמו ואולי גרסי כגירסת הרשב"א בחידושיו דגריס ואב"א דכ"ע לאו כמי שהורמו. אלא דכבר דחה שם הרשב"א גירסא זו ועוד דאפי' לפי גירסא זו אינו מוכרח לאוקימתא שם לומר דפליגי דוקא אי נימא דכ"ע לאו כמי שהורמו דגם אי נימא דכ"ע כמי שהורמו נמי שפיר מתוקם שם פלוגתייהו ע"ש בש"ס. ואיך כתבו בפשיטות דר' סבר לאו כמי שהורמו. מיהו בנדרים אשכחן דס"ל לרבי לאו כמי שהורמו ע"ש דף פ"ה דס"ד לאוקמי אליבי' דרבי דס"ל לאו כמי שהורמו ע"ש דאמרו לא דכ"ע ט"ה אינו ממון והכא במתנות שלא הורמו קמפלגי ופריך עלה ואי ט"ה אינה ממון מה לי הורמו מה לי לא הורמו אלא היינו טעמא דרבי קנסוהו רבנן לגנב והרי אידחי הך אוקמתא דס"ל לרבי לאו כמי שהורמו וע"ש באשר"י בנדרים וז"ל וסוגיא דהכא תמוה מאד דע"כ המתרץ דמוקי פלוגתא במתנות שלא הורמו אי אפשר לפרשו אלא כדמפרש לה בקידושין וא"כ מה הקשו תו מה לי הורמו וכת' רבינו שהמקש' לא הבין דברי המתרץ ולא חש לפרש על דבריו ואמר לו תירץ אחר עכ"ל וא"כ לא קאי כלל הך אוקמתא לו' דרבי ס"ל לאו כמי שהורמו לא בקידושין ולא בנדרים וצ"ע:

סעיף ב

רועה באפר וילדה הבכור נוטל בה והוא בברייתא שם ומפרש לה הרשב"ם דנוטל בה היינו בשכירות וכן בהגהת אשר"י מפרש להאי נוטל בה דהיינו בשכירות ומיירי מוחכרת ומושכרת בשטר דאם לא כן אפי' רבי מודה דרבי לא קאמר אלא בשטר ע"ש והרמב"ם דפסק כרבנן ואינו נוטל אפי' במלו' בשטר לכן צ"ל (נוטל בה היינו) כמ"ש הסמ"ע נוטל בה היינו מפרה גופה ומשבתה ע"ש ולכאור' אפשר לומר דנוטל בה היינו בפר' גופ' ודלא נימא דפר' גופה ראוי היא כיון שמושכרת היא וכמ"ש תוס' דף קכ"ג ד"ה

הית' מוחכרת ע"ש אלא דלא משמע הכי בש"ס שם. דפריך השתא מוחכרת ומושכרת אמרת שקיל רועה באפר מיבעי הא קמ"ל מוחכרת ומושכרת דומי' דרועה באפר מה רועה באפר שבחה דממילא ולא קא חסרה בה מזוני אף מוחכרת ומושכרת דלא חסרי בה מזוני ע"ש ואי נימא דנוטל בה היינו בפרה גופא דלא נימא ראוי א"כ היכא שייך בה גופא דלא חסרי מזוני ולכן צ"ל כדברי הסמ"ע דהיינו בה בשבח הפר' ובשבחה אינו נוטל אלא דומיא דרועה באפר דלא חסרה בה מזוני ובלחם משנ' הבין דברי הרמב"ם דנוטל בה היינו מן השכירות והקש' מהא דאמרו בערכין דף מ"ז גבי ספינ' בים והא איכא שכירות ומפני שכירות אינו משתלמת אלא לבסוף ומה"ט הוי עני וא"כ ראוי הוא וי"ל דאנן קי"ל ישנו לשכירות מתחל' ועד סוף א"נ כיון ששכרה בחיי אביו לא מיקרי ראוי ומ"מ עני חשבי' ליה בערכין כיון דעדיין לא בא לידו והראשון עיקר עכ"ל ודבריו תמוהין דנהי דישנו לשכירות מתחל' ועד סוף וגם שכרו בחיי אביו לא עדיף ממלו' שהגיע זמן הפרעון בחיי אביו ואפ"ה אינו נוטל ממנו ואפילו הוא נמי מלוה בשטר. ולכן עיקר כמ"ש בסמ"ע דנוטל בה היינו משבחה אבל משכירות ודאי לא:

סעיף ג

ובולדה פי שנים. והראב"ד השיג דאינו אלא לרבי אבל לרבנן דקי"ל כוותיה אינו נוטל בולדה ע"ש והרב המגיד כת' דולד לא מיקרי אשתני דעובר ידך אמו וה"ל כלא אשתני וע"ש שסיים מזה הטעם צ"ע ומ"מ כוונת רבינו כך הוא כמ"ש עכ"ל:

ולענ"ד נרא' דהרמב"ם לטעמי' שכת' בפ"א מגניב' הית' מעוברת בשעת גניב' וילדה כו' דמשלם אותה ואת וולדותיה ע"ש. והראב"ד שם השיג דלידי' חשיב שינוי. וכתבו בסי' שנ"ד סק"ח בטעמא דהרמב"ם דהולד לא חשיב שינוי מהא דאמרינן בע"ז (דף מ"ז) המשתחו' לקמת חטין מהו למנחות יש שינוי לנעבד או אין שינוי לנעבד אמר מר זוטרא בריה דר"נ ת"ש כל האיסורין לגבי מזבח ולדותיהן מותרין ותני עלה ר' אליעזר אוס' כו' וה"נ כעברו ולבסוף נרבעו דמי ודחי לה הכי השתא התם מעיקרא בהמ' והשתא בהמ' דשא היא דאחידא באפה הכא מעיקרא חיטין והשתא קמחא ע"ש ומבואר דלידה לא חשיב שינוי ומשום דמעיקרא בהמ' והשתא בהמ' אלא שדלתי הרחם סגורים בפני' וע"ש ומש"ה ס"ל ה"נ דלא הוי ראוי לענין בכור כיון דלא חשיב שינוי כלל והראב"ד לטעמי' דס"ל לענין גנב וגזלן דהולד חשיב שינוי ומש"ה ס"ל דהוי ראוי. ולפי זה דוקא היכא דנתעבר' בחיי אביו דאז נוטל בולדה אבל הניח פרה ריקנית ונתעבר' וילדה אינו נוטל בזה פי שנים וז"ב:

סעיף ד

הניח להם עבד. והיינו דוקא אם הבכור כבר אמר שרוצ' בחלוק' ומכי אמר שרוצ' לחלוק זכה תיכף בחלק בכורתו וכמ"ש הר"ן הובא בב"י וע"ש. אבל אם עדיין לא אמר הבכור שרוצה לחלוק וחכרוה או שכרוה אין הבכו' נוטל פי שנים בשכירות ששכרו אחר מות אביהם וכן מבואר מדברי תוס' פ' י"נ (דף קכ"ג) ד"ה היתי' מחוכרת ע"ש ונראה דה"ה הניח להם אביהם מעות והיורשין העלו את המעות בהלואת ריבית קורם שגילה הבכור דעתו שרויה בחלוקה דאין הבכור נוטל פי שנים בריבית שהעלו אחר מות אביהם דהלואת ריבית הרי הוא כמו חכרוה או שכרוה:

סעיף ה

ואם עשו בהם שינוי. בפ' י"נ (דף קכ"ו) אמר רב הונא אמר רב אשי בכור שמיחה מיחה אמר רבה מסתברא טעמא דרב אסי בענבים ובצרום זתים ומסקום אבל דרכום לא רב יוסף אמר אפי' דרכום ופריך דרכום מעיקרא עינבי והשתא חמרא כדאמר רב עוקבא בר חמא ליתן לו דמי היזק ענביו ה"נ נותן לו דמי היזק ענביו והיכא אתמר דרב עוקבא אהא דאמר רב יהורה אמר שמואל בכור ופשוט שהניח להם אביהם ענבים ובצרום זתים ומסקום בכור נוטל פי שנים אפי' דרכום מעיקרא ענבי כו' אמר מר עוקבא כו'. וז"ל תוס' לפי' הקונ' דטעמא משום דקנאו בשינוי קשיא דהיכי פריך מעיקרא ענבי והשתא חמרא הא איכא למ"ד בהגוזל קמא (דף צ"ה) שינוי במקומו עומד וע"ש שהניחו בקושי'. ולעני"ד נראה דשמואל אשכחן דס"ל להדיא דשינוי קונה כדאיתא בהגוזל (דל"ד) מדאמר שמואל אין שמין לגנב ולגזלן ש"מ דשינוי קונה ופריך לה מהא דאמר שמואל אמרו הלכה כרשב"א ומשני אמרו ולדידיה לא ס"ל ע"ש וכיון דשמואל ס"ל שינוי קונה כיון דס"ל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן א"כ אדשמואל שפיר פריך דרכום מעיקרא עינבי ולרב יוסף נמי אשכחן דס"ל שינוי קונה וכמ"ש תוס' להדיא פ' מרובה (בבא קמא דף ס"ו) ד"ה מי איכא למ"ד שינוי מעשה לא קני ע"ש שכתבו דרב יוסף לא פליג ארבא אלא ביאוש אבל במאי דאמר רבה שינוי קונה לא פליג וע"ש דאפי' בשינוי דהדר ס"ל שם לרב יוסף דשינוי קונה וכדרב' וא"כ פריך נמי שפיר אדרב יוסף מעיקרא עינבי. ובנ"י כתב ז"ל הא דרכום כיון דמעיקרא ענבי והשתא יין כיון דאשתני והשביח מחמת היתומים אינו נוטל פי שנים ומשמע טעמא דמלתא דכיון דאינו נוטל מדינא במה שהשביחו יתומים אלא מפני שמיחה די אם נוטל משום מחאתו במה שהיה נמצא בידו ומוחזק בו קודם לכן אבל יין שלא היה נמצא בידו אינו נוטל אפי' מיחה עכ"ל וכיון דאינו מפרש לה משום שינוי א"כ קושיית תוס' ממילא מתרצה:

סעיף ו

אע"פ שהיה בשטר. פ' י"נ (דף קנ"ז) ירשו שט"ח בכור נוטל פי שנים וכת' הרשב"ם דכיון דמוחזק בשטר ועל פי השטר גובין את המלוה הרי הוא כאילו השטר השביח' דהיינו נכסים ששבחו ממילא ומיהו אליבא דרבנן אינו נוטל פי שנים והקשו בתוס' דא"כ אמאי אמרו רבנן דאין הבכור נוטל פי שנים דכיון שיחלוקו השטרות ויטול בשטרות פי שנים שהן הגוף יטול גם השבח אח"כ שהיה המלוה דפשיט' דאחר שיחלוקו שיבא מחלקו שלו הוה וע"ש. ונראה דאפשר לומר דהרשב"ם ס"ל כדעת הרשב"א בתשובה דאין חולקין בשטרות ומשום דאין גופן ממון והובא בב"י סי' קט"ו ע"ש: וא"כ ניחא דלרבי דנוטל בשבח שהשביחו קודם חלוקה וכיון דשטר מוחזק הוא וע"פ השטר גובין ה"ל שבח נכסים ונוטל פי שנים אבל רבנן דסברי דאינו נוטל בשבח שהשביחו קודם חלוקה מש"ה אינו נוטל ממלוה בשטר פי שנים דלחלוקה אין כופין כיון דאין גופן ממון וה"ל לעולם קודם חלוקה. אך קשה בהא דנרא' מדברי רשב"ם דאפי' רבי לא ס"ל דנוטל פי שנים במלוה אלא במלוה בשטר וכ"כ שם רשב"ם להדיא דדוקא בשטר סובר רבי דנוטל פי שנים אבל במלוה ע"פ אפי' בעדים כיון דמצי טען פרעתי לא הוי מוחזק ע"ש וכ"כ בהגהת אשר"י פ' י"נ דוקא בשטר סוב' רבי אבל לא במלוה ע"פ ע"ש ובפ' שור שנגח (בבא קמא דף מ"ג) שם משמע דרבי אפי' מלוה ע"פ נמי חשיב ליה מוחזק ע"ש ולוקמה לרבה בגבו מעות ולרב נחמן בגבו קרקע ומשני הני מילי לבני מערבא וכי קאמרי אינהו בגרוש' כרבי ע"ש והתם מלוה ע"פ הוא ואפי' למ"ד מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר היינו למשעבדי אבל פרעתי מצי טעין ועוד דאפי' היכא דליכא למימר טענת פרעתי נמי מודה ר' במלוה ע"פ לפמ"ש הרשב"ם טעמא דרבי משום דמוחזק בשט' וע"פ השטר גובין וא"כ במלוה ע"פ ליכא מוחזק כלל וצ"ל דמ"ש הרשב"ם אבל מלוה ע"פ לא משום דמצי טען פרעתי לרווחא דמלתא כתב. דהא תיפוק ליה דאינו מוחזק כלל וא"כ קשיא הך דב"ק בגרושה וכרבי כיון דהתם במלוה ע"פ הוא וצ"ע:

סעיף ז

היה לאב מלוה ביד הבכור. במשנ' למלך פ"ג מנחלות ז"ל בתשובה להרמב"ן סי' ס"ג דהכריע דיורש הבעל היכ' דזכה בהם כבר כמהרי"ן מג"ש וכרי"ף היכא דלא זכה בהם הבעל וכ"ת סוף סוף קשיא על הרב כיון שכבר הכריע לעיל איך חזר וכת' דמלוה שעל הבעל פליג ואמאי פליג נראה ליישב דאף ע"פ שהכריע הרב ביניהם היינו כשאין הבעל מוחזק בהם אבל כשהבעל מוחזק בהם דהיינו מלו' שעמו לא רצה לסמוך על דעתו להוציא מידו ולכך פלגי כדין בכור זהו הנראה עכ"ל. ומ"ש לא רצה לסמוך על דעתו כו'

אינו צריך לכך דודאי אפי' לדעת הרי"ף דבעל לא ירית מלוה ומשום דה"ל ראוי לא גרע מבכור דודאי אינו נוטל במלוה ואפ"ה במלו' שעמו פלגי וכן מבואר שם להדיא בתשובה להרמב"ן ז"ל ומלוה שיש לה אצל הבעל אפי' דשיירה לעצמה מעיקרא ואפי' כתב לה דין ודברים אין בהם אפ"ה הבעל יורש מחצית אותה מלוה לפי שאמרו פ' י"נ גבי בכור במלו' שעמו פלגי דמספקא לן אם היא מוחזקת אצלו או לא ונוטל באות' המלוה מחצית הבכורה ע"ש:

סעיף ח

אבל במשכון של כותי לא מיקרי מוחזק. ומשום דישראל מכותי לא קנה משכון. בש"ך כתב ז"ל מיהו אם קיבל עליו הישראל אחריות דכת' הרא"ש פ' כ"ש דהישראל עובר עליו נראה דגם מוהרי"ק מודה דמקרי מוחזק וצ"ע האידנא בסתם משכנות של עכו"ם דאפי' נאנס או נשרף פטור הלוה בדיניהם רק שאין המלוה משלם היתרון ששוה המשכון יותר מחובו ע"ש ולי נראה דהכא לא תליא מידי באחריות ודוקא גבי חמץ כתבו הרא"ש דישראל עובר עליו אם אחריותו עליו משום דגבי חמץ דבר הגורם לממון כממון כדאי' בגמ' פ"ק דפסחים בעירו חמירא דבני חילא ומשום דכתי' לא ימצא כמבואר שם בש"ס אבל לענין קנין ומוחזק אין אחריות מהני כלל דקי"ל בכל דוכתי דבר הגורם לממון לאו כממון דמי והכא בעינן קנין בגוף המשכון דליהוי מוחזק וכיון דישראל מכותי לא קנה משכון ודאי אין הבכור נוטל אפילו אחריותו עליו וזה נראה פשוט וברור:

סעיף ט

משכונא של קרקע באתרא דלא מסלקי. ובטור כתב בשם הראב"ד דאפי' באתרא דמסלקי היכא דגובה מגופא דארעא מיקרי מוחזק ע"ש ועיין ש"ך. ונראה לפ"ז דאם הבכור היה חייב לאביו במשכנתא באתרא דמסלקי יוכל הבכור לסלק האחין מגופה דארעא כי היכא דלשקול פי שנים בשלימות ואע"ג דאית ליה לבכור זוזי וצריך לסלק הבע"ח בזוזי כיון דאית ליה פסידא יוכל לסלק בקרקע וכמ"ש תוס' והרא"ש פ' מי שהיה נשוי גבי ראובן שמכר שרה לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה ובא בע"ח דראובן דאי פקח שמעון מגבי' ליה קרקע והדר גבי ליה מיניה וכ"כ בטור סי' ק"א ואע"ג דהכא גבי בכור אינו אלא מניעת ריוח אין לחלק בכך ועמ"ש בסי' ק"א ס"ק ה':

סעיף י

במה דברים אמורים כשלא מיחה. והוא דברי הרמב"ם וזהו נמי שטת ר"ח שהביא הרשב"א פ' י"נ דף קכ"ו ע"ש ומה שהקשה עליו הרשב"ם לא קשה מידי לפי דברי הרמב"ם ע"ש:

סעיף יא

אבל אם דרכום וחלק עמהם בשוה. קשה לי בזה דבשלמא מיחה בענבים וחלק בזתים דהיה יכול ליטול חלק בכורה מן הזתים וה"ל ויתר חדש ואמרינן דויתר בכל הנכסים אבל בענבים מכי אמר לחלוק בשוה תו אינו יכול לחזור בענבים וכמבואר בטור בשם הראב"ד וזה נמי דעת הש"ע דבמה שויתר ודאי אינו בחזרה דאל"כ מאי מהני ויתור וכיון דתו אינו בחזרה מענבים א"כ אחר שנעשה מן הענבים יין ע"כ צריך לחלוק בשוה אפי' לא ירצה לוותר עתה כיון דענבי האחין הוציאו יין א"כ לא מצי מוחה ביין וצ"ע:

סעיף יב

ולא לפרוע פי שנים רשאי. בתוס' פ' י"נ דף קכ"ו ד"ה והלכתא יש לבכור קודם חלוקה וז"ל והא דאמרינן ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי לא הוי טעמא משום דיש לו קודם חלוקה דאפי' אין לו לבכור יכול לומר איני נותן ואיני נוטל דלא משום שרוצה להסתלק מן הבכורה לגמרי ולא יוכל לחזור ולתובעו קאמר אלא הכי קאמר להו איני נוטל וכל זמן שלא נטלתי לא תוכלו לתובעני כלל ע"ש. ועמ"ש בסי' ט' סק"א גבי שוחד דצריך תביעה והוא חייב לאחר דכופין את הלוה שיתבע בכדי שיוכל לקיים מצות פריעת בע"ח ושם כתבנו הא דבכור רשאי לומר איני נותן ואיני נוטל ולא כייפינן ליה דלתבע חלק בכורה לקיים מצות פריעת בע"ח משום דגבי בכור מכי אמר איני נוטל תו אינו יכול לחזור ולתבוע ע"ש. וא"כ לפי מ"ש תוס' דגם הבכור יכול לחזור ולתבוע חלק בכורה א"כ אמאי לא כייפי' ליה לתבוע. דלפי מ"ש תוס' פ' י" דף קכ"ד ד"ה ואם אמר איני נוטל דמיירי בחוב אביהם ונ"מ ביתומים קטנים וכן פי' רשב"ם שם וכיון דהבכור לא נתחייב כלל אלא דכל זמן שהוא יורש מחויב לפרוע חוב אביו וכל זמן שאינו רוצה בחלק בכורה לא כייפינן ליה שיהיה יורש ושיהיה מחויב לפרוע אבל בחוב עצמו כייפינן ליה לתבוע ור"ת דמפרש שם דף קכ"ד בחוב עצמו היינו למסקנא דקי"ל יש לבכור קודם חלוקה וליתי' בחזר' ואינו יכול לחזור ולתבוע חלק בכורה ובזה לא שייך כפיה דמאי עבד וכמ"ש בסי' ט' שם. ולשטת הראב"ד דגם הפשוט יכול לומר איני יורש ואיני פורע וא"כ נ"מ דבכור אינו אלא דשוב אינו יכול לחזור בו. וא"כ הא דאמרינן פ' י"נ דף קכ"ו אמר רב אסי בכור שנטל חלק כפשוט ויתר מאי ויתר רב פפי אמר ויתר בכל הנכסים רב פפא אמר ויתר באותו שדה קסבר אין לו לבכור קודם חלוקה ומ"ד ויתר בכל הנכסים קסבר יש לו לבכור קודם חלוק' ומדאחיל בהא אחיל בכולהו. ולרב פפא דסבר אין לו לבכור קודם חלוקה דיכול לחזור ולתובעו אם כן האי ברייתא דאיני נותן ואיני נוטל רשאי תיקשי דאי לבע"ח גם הפשוט יכול לומר איני יורש ואינו פורע וכמבואר בטור

בשם הראב"ד ואי לחזרה גם בכור יכול לחזור לרב פפא. ונרא' דגם רב פפא דס"ל אין לבכור קודם חלוקה נמי מכי אמר איני נוטל תו ליתיה בחזר' כיון דמהני סילוק בדבר שלבל"ע וניתיה תו בחזרה וכמ"ש בסי' ר"ט סקי"א. אלא דלמ"ד יש לבכור קודם חלוקה ה"ל כאלו הגיע לידו מתנה בבת אח' מסך אלף זהו' וזה שויתר בשעת חלוק' אפילו לא היה החלוקה אלא בשדה אחת מכי גלי אדעתיה שאינו רוצ' במתנתו ויתר בכל הנכסים ולמ"ד אין לבכור קודם חלוקה וא"כ מגיע לו מתנתו שהוא חלק בכורתו שלא בבת אחת אלא לחלקים בכל עת חלוקה ומש"ה סבר רב פפא ויתר באות' שדה קסבר אין לבכור קודם חלוקה ומה דאתי לידיה אחיל אידך לא אחיל. ומדברי הרשב"ם נראה דלא גריס מה דאתי לידיה כו' ומשום דסבר אפי' מחל לו בפי' לא מהני וע"ש. ולפמ"ש נראה דאם אמר בפי' איני נוטל בכל הנכסים לכ"ע ליתיה בחזרה ומשום סילוק בדשלבל"ע אלא דלמ"ד אין לבכור קודם חלוקה אע"ג דויתר באותה שדה לא ויתר בכל הנכסים כיון דאינו מתנה אלא לחלקים ואמרי' מה דאתי לידיה אחיל וכמ"ש וא"כ א"ש הך דאיני נותן ואיני נוטל נ"מ לחזרה אליבי' דכ"ע כיון דאו' בפי' איני נוטל בכל הנכסים ודו"ק:

סעיף יג

שאם רוצה לחזור בו אינו יכול. והמה דברי הראב"ד הובאו בטור ומשום דמתנה קרי' רחמנא וכיון דאמר אי אפשי בה דבריו קיימים הלכך מכי אמר איני נוטל לא מצי הדר ביה ע"ש. ונסתפקתי בבכור שאמר בחיי אביו איני רוצה בחלק בכורה מי הוי דבריו קיימים או לומר דאין בדבריו כלום וכמו בפשוט שאינו יכול לסלק עצמו מירושת אבותיו והנה ר"פ הכותב פריך וכי כתב לה מאי הוי ומשני כדרב כהנא דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליו שלא יירשנה וכדרבא דאמר רבא כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כו'. ופי' תוספות משום דהוי מדרבנן יכול להתנות אבל בדאורייתא אינו יכול להתנות וע"ש ושטת הר"ן ודעימי' דגם בדאו' מהני סילוק והא דאינו מועיל סילוק מנחלת אבותיו היינו משום דראוי לירש בכל שעה והוי כאלו בא לידו ע"ש ר"פ הכות'. והרב המגיד כת' פ"א מנחלות וז"ל דאיכא מ"ד דטעמא דרב כהנא דאמר נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליו שלא יירשנ' משום דירושת הבעל מד"ס ויש מי שפי' מפני שבאה לו ע"י מעשיו ואינה כירושת משפחה עכ"ל. וניחזי אנן אליביה דמאן דמספקא לן לשטת תוס' דטעמא דלא מהני סילוק מנחלת אבותיו משום דבדאו' לא מהני סילוק וכמ"ש תוס' ר"פ הזורק ד"ה כדרב כהנא ע"ש. וכיון דמהני בבכור סילוק אחרי מות אביו דהוי מן התורה אלא משום דמתנה קרי' רחמנא ויכול לומר אי אפשי בה א"כ מה"ט נמי סילוק בחיי אביו ועמ"ש בסי' ר"ט סק"י. לשטת הר"ן

דלא מהני סילוק מנחלת אבותיו דחשיב כאלו בא לידו והיינו דאע"ג דלענין מקנה ה"ל דשלבל"ע דאמר מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום אפ"ה לענין סילוק חשוב כמו בא לידו כיון שראוי לירש בכל שעה לא מהני בזה סילוק וכיון דבכור אפי' אחר מות אביו דיותר בא לידו ואפ"ה מהני סילוק משום דמתנה קרי' רחמנא א"כ פשיטא דלא מגרע בזה שמסלק בחיי אביו משום דכאלו בא לידו הוא כיון דאפי' אחר מות אביו יכול לסלק ולומר איני נוטל. לשטת מפרשים שכת' הרב המגיד דדוקא בבעל שבא על ידי מעשיו לא בירושת משפחה דהוא ממילא כיון דבכור ודאי מסלק נפשיה אחר מות אביו ומשום דמתנה קרי' וא"כ בדידיה תליא אם אמר איני רוצה אינו זוכה א"כ חשיב נמי ע"י מעשיו ומהני הסילוק בחיי אביו נמי וא"כ לכל השיטות נראה דלא שנא גבי בכור בין מחיי אב או אחרי מות אביו. וכן נרא' ראיה מהא דאמרינן פ' י"נ דף קנ"ו בהא דתנן האומר איש פ' בני בכור לא יטול פי שנים לא אמר כלום מפני שמתנ' עמ"ש בתורה ואמרי עלה לימא מתני' דלא כר' יודא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים כו' אפי' תימא רבי יודא התם ידעה וקא מחלה הכא לא קא מחיל ע"ש ומדאמרו הכא לא קא מחיל משמע הא אם הבכור מוחל מהני ואע"ג דגבי פשוט וודאי לא מהני מה דמחל ומהנך טעמים שזכרנו אבל בבכור מהני וכמ"ש. וכן נראה מדברי רשב"ם שם ז"ל הכא לא קא מחיל מה הנא' יש לו לבן שימחול ואע"פ ששתק הבן אין זו מחילה דאינו רוצה להכעיס את אביו עכ"ל ומשמע דמחל מהני אלא מדברי הנימוקי שם משמע דלא ברירא ליה האי מלת' ע"ש ז"ל ואפי' ר' יודא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים אמרי' הכא דלא מצי מתני משום דהכא לא מצי מחיל דדבר שלא בא לידו של בן אינו יכול למוכרו ולא למוחלו ואפי' הוי מצי מחיל ודאי לן דלא מחיל ואע"פ ששותק כדי שלא יכעוס אביו הוא דעבר עכ"ל. אבל מלישנא דש"ס מבואר להדיא במה שאמרו הכא לא מחיל ומשמע הא מחיל מהני ואע"ג דה"ל דשלבל"ע ואינו יכול למוכרו אכל למחול יכול ומשום סילוק וכמ"ש. ובהגהת אשר"י שם במתני' דאומר איש פ' בני בכור לא יטול פי שנים וז"ל אבל אם מחל הבכור בפי' הוי מחילה משום דמתנה קרי' רחמנא וע"ש ומזה מבואר להדיא כדברינו דמהני מחילה מחיים של אביו ומשום דמתנה קרי' רחמנ'. אלא שכת' שם בהג"א ז"ל ובירושלמי אפי' מחל בפי' לא הוי מחילה דבע"כ הוא שלו עכ"ל ואם כי לא מצאנו כעת מזה בירושלמי כיון דבש"ס דילן נראה דמהני מחילה גבי בכור א"כ אזלינן בתר ש"ס דידן וגם טעמ' דירושל' לא נודע דמ"ש בהג"א דבע"כ היא שלו דהא בהדיא שנינו ואם אמר איני נוטל רשאי וכבר כתבו דאחר מיתת אביו יכול לסלק וליתיה בחזרה הרי דאינו

שלו בע"כ ועוד דבהדי' אמרו מתנה קרי' ואין מתנה בע"כ וא"כ נראה דמהני מחל בפי' אפי' בחיי אביו:

ואפשר לומר זה בענין יעקב שקנה הבכורה מעשו והוא דבר שלא בא לעולם ובריב"ש סי' שכ"א כת' דקודם מתן תורה דשלבל"ע נמי קונה ולפמ"ש אפשר דאבד עשו הבכורה במה שאמר למה זה לי בכורה דהוא מדין סילוק ועיין בר"ן פ' האשה שנפלה גבי האי גברא דנפל' ליה יבמה בפומבדיתא בעי אחוה למיפסלי' בגיטא מיניה א"ל מה דעתך אי משום נכסי בנכסי פליגנא לך ופי' שהתנ' זה לחלוק עמו וקנו מידו וכת' הר"ן ז"ל ותמה אני ואפי' אמרינן דהיכא דיבם ואח"כ מכד דליהוי זביניה זבינא הכא קודם שיבם היאך יועיל דהא ה"ל כאומר שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תקדש דלא קדשה וכו'. ונרא' לי דהכא מיירי כגון שלא היו אלא שני אחים וכל שלא יבם אחד מהם הית' יד שניהם שוה בנכסים ולפיכך הי' יכול הבכור להתנות שלא יזכה בנכסים יותר מחמת יבומו. דה"ל כדאמרי' ר"פ הכות' דנחל' הבא' לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא ירשנה וה"נ יכול להתנות קודם יבום שלא יזכה מחמת יבומו שהוא עתיד ליבם יותר בנכסים עכ"ל. והנה הר"ן לטעמו דס"ל דאפילו בדאורייתא מהני סילוק אלא הא דלא מהני סילוק בנחלת אבותיו משום דחשיב כאלו בא לידו וא"כ בזה. שלא יבם עדיין לא חשיב כבא לידו. אבל לשטת תוס' דבדאורייתא לא מהני סילוק א"כ תיקשי הך דפליגנ' לך בנכסי שהוא מדין סילוק. ולפמ"ש דגם לדעת תוס' מהני סילוק בבכור משום דמתנ' קרי' רחמנא א"כ יבם נמי מהני ליה סילוק דיבם נמי בכור קרי' רחמנא וכמו שאמרו בש"ס דכתי' והי' הבכור אשר תלר ועמ"ש בסי' ר"ט סק"י. אמנם מלשון רש"י שכת' וקנו מידו משמע דאינו מדין סילוק דסילוק לא בעי קנין וא"כ תיקשי קושי' הר"ן דהיכי מהני קנין בדבר שלבל"ע. ובני היניק המופלא כמר זאב וואלף שיחי' אמר בזה כיון דמשמע שלא היו כי אם שני אחים יחדיו וכמ"ש הר"ן א"כ שפיר מהני פליגנא לך בנכסי ובקנין והיינו שמוכר לו חלק פשיטות דידיה והוא יכול למוכרו קודם חלוק' וכמ"ש תוס' פ' י"נ דף קכ"ו ע"ב ד"ה לא עשה כלום:

סעיף יד

ואפי' נגנבו לו ספרים כת' בדרכי משה וז"ל כת' המרדכי ריש י"נ דאם גנבו גוים ספר ואחר מותו החזיר' דמסתמא לא נתייאשו הבעלים לא מקרי ראוי דכל היכא דאי' ברשות בעלים איתיה וכן אי איתי ליה קרקע מהיום ולאחר מית' הוי מוחזק וכ"כ בנימוקי יוסף דף רי"א וכת' עוד שם דאם גזלו ממנו קרקע והוחזר לו הוי מוחזק דקרקע אינה נגזלת ונ"ל דה"ה ספרים כדברי המרדכי דלא מתייאשי מספרים כמו שנתבאר לעיל אבל שאר

מטלטלי אע"ג דלא מתייאשו מנייהו מקרי ראוי עכ"ל. והיות כי דרכי הרמ"א נעלמו מאתנו לענ"ד ולכן הוכרחתי להאריך קצת בזה. והנה ז"ל המרדכי ר"פ י"נ ורבינו מאיר השיב על הספר שגנבו כותי ואחר מיתת הבעל החזיר והבעלים מסתמ' לא נתייאשו דמחייב לאהדורי אין לומר דראוי היא ואין האשה נוטלת בראוי כבמוחזק דכל כה"ג אינו נקר' ראוי דכל היכא דאי' לספר ברשות בעלים איתיה ובחזקתן דלא גרע ממלו' דאע"ג דחשבי' ליה ראוי גבי בכור פ' י"נ גבי כתובת אשה לא חשבינן ליה ראוי בין גבו קרקע בין גבו מעות כמו שפי' ר"י שם ואפי' ממלו' של כותים נמי גבו כמ"ש רבינו יהוד' מפריש בפ' מי שמת גבי הלואתי לפ' ופ' נערה גבי הלכ' כאנשי גליל והכי עמא דבר עכ"ל. ומזה למד הרמ"א דספרים הגנובין מיקרי מוחזק אבל לענ"ד נרא' מדברי המרדכי דלא אמרו אלא לגבייתן כתוב' וכמ"ש דלא גרע ממלו' דה"ל ודאי ראוי גבי בכור ואפ"ה אשה גביא מיני' והטעם מבואר משום שעבודא דרבי נתן וגבי גניב' וגזיל' נמי שייך שעבודא דר' נתן כיון דאפי' בפקדון שייך דינא דר' נתן כמבואר בש"ע סי' פ"ו סעיף ד' אבל לגבי בכור לא עדיף ממלו' וכשם שאין הבכור נוטל ממלו' ה"נ אינו נוטל מספרים הגנובים וצ"ע וכן משמע מדברי הנימוקי יוסף במתני' דבנות צלפחד ע"ש ז"ל שמעי' נמי שאם הי' לאביו קרקע שהוא ביד הגזלן יש לו לבכור בה חלק דקרקע אינה נגזלת עכ"ל וממילא משמע דמטלטלין שנגזלין וחשיב אינו ברשות להקדש ולמכירות ה"ל ראוי וספרים נמי בכלל' כיון דמטלטלין נינהו וגם בעיקר דברי הרמ"א במה שמחלק בין ספרים לשאר מטלטלין דגבי שאר מטלטלין אע"ג דלא נתייאשו הבעלים ה"ל ראוי ומאי עדיפותי' דספרים כיון דמעלת הספרים משום דאינו מתייאש מהם ואם כן מ"ש שאר מטלטלין שידוע שלא נתייאש מהם) (והנרא' לענ"ד ליישב דברי הרמ"א במה שמחלק שאר מטלטלין אע"ג דלא נתייאשו הבעלים מספרים הגנובים דסתמן אינו עומד ליאוש הוא לפי מ"ש תוספות פרק י"נ דף קכ"ו ד"ה לא עשה ולא כלום ז"ל דהא דאמרינן בכור מתנ' קרי' רחמנא היינו דוקא בדבר שאינו מצוי ומש"ה כתי' אשר ימצא לו לגלויי דמתנ' קרי' רחמנא היינו דוקא בדבר שאינו מצוי ע"ש וכ"כ הרי"ף שם ז"ל דלא אמרו יש לבכור קודם חלוקה אלא במה דאתי לידיה דאבוהו ואיתיה השת' ברשות' דממעטינן מכל אשר ימצ' דבר שאינו מצוי כגון שבח אבל דיקל' ואלים ארעא ואסיק שרטון שפיר הוי ברשותי' ולא מקרי ראוי עכ"ל. והיינו דאע"ג דבכור מתנ' קרי' רחמנ' ודשלבל"ע ליתיה במתנ' ואפי' שבח דממיל' נמי ה"ל דשלבל"ע דמה"ט דעת כמה פוסקים דשבח' דממיל' צריך כתיבת דאקני וכמבואר בסי' קט"ו ע"ש. אלא דתור' לא מיעטה מטעם מתנ' אלא דבר שאינו מצוי אבל דבר המצוי וברשותו אע"ג דלית' במתנ' כמו דיקלא ואלים כיון דמצוי היא לא

ממעט מטעם מתנ' וא"כ שאר מטלטלין כיון דסתמן עומד ליאוש אע"ג דזה לא נתייאש ועומד וצווח אינו מצוי מיקרי דהא מה"ט סתמו עומד ליאוש לפי שאינו מצוי שיחזור אבל ספרים שסתמן אינו עומד ליאוש ומשום דשכיח טובא שיחזור הספרים דסתמן יבואו ליד ישראל וא"כ ה"ל מצוי אע"ג דלית' בתורת מתנ' וכשם שאין יכול להקנות שאר מטלטלין הגזולין כן אינו יכול להקנות ספרים הגנובין לא ממעט משום מתנ' קרי' כיון דמצוי לא ממעט וכמ"ש הרי"ף והתוס' זה הנרא' ליישב דברי הרמ"א. אמנם בעיקר הדין צ"ע כיון דלמדו מדברי המרדכי וכבר אמרנו דשם לא כתבו אלא לגביית כתוב' ומשום דלא גרע ממלו' ועוד דאם באנו לחלק בין דבר שסתמו עומד ליאוש או לא כמ"ש א"כ ה"ל להרמ"א נמי לחלק בין גניב' וגזל' וכמבואר בסי' שס"א סעיף ג' סתם גזיל' לא הוי יאוש. ובגניב' נמי דעת כמה פוסקים דאם כותי גנבו סתמו לא הוי יאוש וכן העלה בש"ך בסי' שס"ח. ולכן לולי דברי הרמ"א נרא' לענ"ד דכל מטלטלין הגנובין והגזולין בין ספרים ובין שאר מטלטלין כל שאינו ברשותו להקדישו ולמוכרו ה"ל ראוי ועיין בהגהת אשר"י פ' י"נ גבי הניח להם אביהם פרה מושכרת וז"ל אבל מושכרת בלא שטר מספק' ליה אליבי' דרבנן אם נוטל פי שנים מפרה עצמה כיון שיכול לכפור ומדרבי נשמע לרבנן כמו דלרבי לא שקיל ממלו' בלא שטר וכן בשבח הפר' ה"ה מפר' לרבנן וכרבנן קי"ל מוהרי"ח עכ"ל וכיון דאפי' מפרה מושכרת לא שקיל בלא שטר כ"ש מגזילת ספרים ואע"ג דמשמע מדברי הפוסקים דנוטל מפרה מושכרת ולא ס"ל הך דהגהת אשר"י היינו משום דפרה מושכרת ברשותו לגמרי להקדישו ולמוכרו כמו פקדון וכמ"ש בסי' רי"א סק"ג אבל גזולין וגנובין דאינו יכול ליתנו במתנה נראה דהוי ראוי והנלענ"ד כתבתי:

סעיף טו

מיקרי מוחזק. מסופקני באחד שנשבע ליתן מתנה לחבירו חפץ פלוני ומת המקבל קודם שהגיע המתנה לידו אם הוי ראוי לגבי בכור כיון דשבועה אינו עושה קנין אי נימ' כיון דצריך לקיים שבועתו ואסו' לו לחזו' ה"ל החפץ שנשבע לתת לו כמו מוחזק. והנה יש ללמוד דבר זה דהוי מוחזק מדברי תוס' פ' י"נ דף קכ"ג ד"ה הכא במכירי כהונה וז"ל בכל דוכתי עביד מכירי כהונה מוחזק בפ' כל הגט (גיטין דף ל') והיינו טעמא משום דזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפי' בדברים בעלמא ואף ע"פ שאם רצה לחזור בו יכול מ"מ כל כמה דלא הדר ביה הוי כמוחזק עכ"ל. וא"כ מכ"ש בנשבע או נתן ת"כ ליתן חפץ פ' דהוי מוחזק לגבי בכור מיהו קשה מהא דאמרינן פ' י"נ דף קכ"ה גבי האי דאמר נכסי לסבתא ובתרה לירתי ה"ל ברתא דהוי נסיב' שכיב' ברת' בחיי בעלה ובחיי סבת' בתר דשכיבה סבתא אתא בעל וקא תבע ומסקינן דה"ל ראוי כיון דאי קדים סבת'

וזבנה זבינ' זבינא והתם נמי אסור לראשון למכור כדאמרינן פ' י"נ דף קל"ז דאין לאחריך אלא מה ששייר ראשון והמשיא עצה למכור כרשב"ג הוי רשע ערום. וכן מבואר בש"ע סי' רמ"ח סעיף ג' אע"פ שאמרנו אין לשני אלא מה ששייר ראשון אסור לראשון למכור ע"ש וכיון דאסור למכור אמאי הוי ראוי כיון דאסור לה לסבתא למכור. ונראה דלשטת הרי"ף והרמב"ם והרשב"ם והטור בסי' רמ"ח ניח' דהם פירשו לדידן אחריך לאו כאומ' מעכשיו ובלא"ה לא גבי בעל כיון דאשתו לא זכתה אלא אחר מיתת הסבת' אלא דלא נימ' אחריך כאומר מעכשיו אמרו בש"ס לראיה כיון דאי קדים סבתא וזבנה זבינא זביני ואי כאו' מעכשיו לא מצי סבתא לזבנה וכיון דמצי זבנה מוכח דלאו כאומר מעכשיו וכמ"ש רשב"ם שם מסתבר טעמי דבני מערבא דחשבי ליה ראוי דליכא למימר כאו' מעכשיו דהא אי קדים וזבנה זבינה זביני ע"ש. וא"כ טעמא דראוי הוא ומשום דאחריך לאו כאו' מעכשיו והך טעמא דאי קדים וזבנה אינו אלא לראיה דלא הוי כמעכשיו וכמ"ש שם רשב"ם וא"כ קדים וזבנה היינו בדיעבד וראוי הוי כיון דלאו כאומר מעכשיו וזה הוא נמי שטת הרי"ף והרמב"ם והטו' בסי' רמ"ח וכך הוא נמי שטת הרמב"ן בס' המלחמות אלא דשטת בעל המאור דאחריך כאומ' מעכשיו ואפ"ה הוי ראוי כיון דאי קדים וזבנה זבינא זביני א"כ לדידיה תיקשי כיון דלא הוי ראוי אלא מה"ט דאי קדים וזבנה וכיון דאסור לה למכור אמאי לא הוי מוחזק אבל דעת רוב הפוסקים דאחריך אינו כמו מעכשיו וכמו שפי' רשב"ם וא"כ לא קשה מידי ועמ"ש בסי' רמ"ח סק"ו. אח"כ מצאתי בתשובת מוהר"ל סי' ע"ד ז"ל ומה שתלית הטעמים דמכירי כהונה משום דאסור לחזור ליתי' דהא נכסי לך ואחריך לפ' איסור גמור לראשון למכור ואפי' המשיא עצה מיקרי רשע ערום ואפ"ה מה"ט דאי קדים סבתא וזבנה משווינן ליה אלא טעמא דאינו יכול לחזור בו וכדמוכח האי דתקפו כהן עכ"ל. ונהניתי שכוונתי בקושי' לדעת הגדול ולפי מ"ש דשטת כל המפרשים משום דאחריך לאו כאומר מעכשיו לק"מ לבד לבעה"מ תיקשי ומ"ש מוהרי"ל דמכירי כהונה אינו משום איסור אלא שאין יכול לחזור בו. תמה אני דהא מבואר להדיא בדברי תוס' שזכרנו בפ' י"נ דף קכ"ג דמכירי כהונה אינו אלא משום איסור דה"ל מתנה מועטת ומ"ש מוהרי"ל ז"ל שם במכירי כהונה כיון דמכירי חשיב מוחזק ודאי ויכול לתופסו בע"כ של הנותן כדאי' בתוס' פ"ק דמציעא אתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו וז"ל וא"ת הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר ויש לומר כאן במכירי כהונה אלמא דהוי ממש מוחזק כאלו הוא כבר שלו ותקפו כבר וע"ש. ולענ"ד דודאי מכירי כהונה אינו אלא משום איסור וכמ"ש תוס' שזכרנו אלא דהתם דכבר תקפו כהן קודם שחזר תו ליתיה בחזרה כיון דמכירי כהונה חשיב כמו הבטחה שיתן לו כל

המתנות וכבר תקפו תו ליתיה בחזרה כיון דכבר זכה בו וה"ה במתנה מועטת דיכול לחזור ואסור לו לחזור ואם הלך המקבל בעצמו ומשך תו ליתיה ברשותיה לחזור דה"ל כנותן לו רשות לזכות בו כיון דאסור לו לחזור ועמ"ש בסי' ר"ד סק"ג:

סימן רעט

סעיף א

האומר זה בני. עיין סמ"ע שכת' דאם אינו ידוע שהוא בנו אינו נאמן לומר בני ובכור הוא אלא בתורת מגו ולא בתורת הכרה והיכא שהוא נגד חזק' כגון שהי' מרחיק אותו בתכלית הריחוק דהוי חזק' שאינו בנו אפי' במגו אינו נאמן לפי שהוא מגו במקום חזק' ואח"כ כת' ומיהו י"ל דלא מן הסברא לחוד אמרו כן אלא ס"ל לחכמים דקרא דיכיר שהוא בכור בכל ענין קאמר אפי' אינו יודע שהוא בנו ועמ"ש בסי' רע"ז סק"ב. ועיין פ' י"נ דף קכ"ז לרבנן יכיר למה לי בצריך היכר למאי הלכתא למיתב ליה פי שנים לא יהא אלא אחר אלו בעי למיתב ליה במתנ' מי לא יהיב ליה וכ' רשב"ם בשלמא לר' יהוד' טובא אשמעינן דמהימן אב אפי' במקום חזק' כו' דהא קי"ל דמה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן ע"ש וקשה לפמ"ש הר"ן בקידושין גבי אומר יש לי בנים דנאמן אפי' היכ' דמוחזק לן באחי וז"ל ואע"ג דבפ"ק דב"ב וביבמות פ' האשה שלום איבעי' להו אי אמרינן מגו במקום חזק' או לא התם הוא מגו שהי' יכול לטעון טענ' אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו הוא שהי' יכול לומר כתבו ותנו גט לאשתי ע"ש ומבואר דמגו דבידו לעשות מעשה אפי' נגד חזק' מהימן. ועיין בדברי הרב המגיד פ"ג מה' יבום ושם נרא' מדבריו דאפילו במוחזק לן דלית ליה בנים אפ"ה נאמן לומר יש לי בנים וע' ש"ע אה"ע סי' קנ"ו ובדברי ב"ש שם וא"כ מאי פריך לרבנן יכיר למה לי הא לר' יודא נמי תיקשי דאם יש עדים שאינו בנו ודאי אינו נאמן אפי' לר' יהודה ואי נגר חזקה כיון דאית ליה מגו דבידו למיתבי' אפי' נגד חזקה מהימן במגו כי האי דיכול לעשות מעשה: ולכן נראה לולי דברי הרשב"ם דלר' יהודה למיתבי' ליה פי שנים לא צריך קרא כיון דמהימן במגו אלא לר' יהודה דריש מיכיר לומר בני זה ממזר או בן גרושה וא"כ בזה ודאי צריך יכיר דליכא מגו אבל לרבנן דאינו נאמן לפוסלו ואפילו ליכא חזקה וכדתנן פ' עשרה יוחסין נאמנין על העובר וחכמים אומרין אין נאמנין ע"ש בגמ' דאמרו אפי' עובר דלית ליה חזקה דכשרות וע"ש ויכיר לרבנן אינו אלא למיתביה ליה פי שנים ומש"ה פריך למאי הלכתא למית' ליה פי שנים לא יהא אלא אחר:

ולפ"ז נראה דמ"ש בש"ע אע"פ שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו הרי זה נאמן ומשמע הא מוחזקים שאינם קרוביו ודאי אינו נאמן בשאר יורשין ולפי מ"ש בשם הרב המגיד והר"ן דאפי' נגד חזק' נאמן במגו דבידו לעשות א"כ אפי' מוחזקי' שאינן קרוביו ה"ל מגו דבידו לעשות מיהו בש"ע אה"ע סי' קנ"ז סעיף ז' היה מוחזק באחים ואמר בשעת מיתתו אין לי אחים אינו נאמן ואע"ג דכת' הרב המגיד דאפי' הוחזק שאין לו בנים ואמר יש לי בנים דנאמן במיגו התם משום דבנים בדידי' תלי' והוא אומר יש לי בנים ע"ש וא"כ בשאר יורשין אינו נאמן נגד חזק' אלא דאכתי תיקשי גם לדברי הרב המגיד שכת' דיש לי בנים משום דבדידיה תלי' נאמן אפי' נגד חזק' א"כ לר' יוד' נמי תיקשי יכיר למה לי וצ"ל כמ"ש דלרב יוד' יכיר כדי לפוסלו אלא דבטור סי' קנ"ז הבי' שני דיעות גם במוחזק שיש לו אחים ואומר אין לי אחים דנאמן והוא דעת הרמ"א וכן דעת הר"ן וא"כ לשטה זו ע"כ משום מגו דבידו לעשות אפי' לסתור החזקה לגמרי נאמן במגו דבידו לעשות א"כ אפי' בשאר קרובים נמי אפי' מוחזקין שאינן קרוביו והו' אומר שקרובו הוא נאמן במגו דבידו לעשות וע' סי' קנ"ו שם ב"ש סקי"א:

סעיף ב

ונאמן על כל נכסים בלחם משנה פ"ד מנחלות הקשה על הטור דכיון דבאומר זה אחי לא האמינו תור' ואינו נאמן אלא במגו אי בעי יהיב ליה וכמ"ש הרב המגיד א"כ היה לו לחלק בין נכסים שיש לו עכשיו ובין נכסים שיבואו אח"כ דודאי אינו נאמן דליכ' טעמ' דמגו וע"ש ונרא' דלפמ"ש בסי' ס' סק"ה במ"ש כסף משנה פ' י"א ממכירה ליישב דברי הרמב"ם דלא מהני קנין בדבר שאין לו קצב' והקשו עליו מהא פריך יכיר למה אלו בעי יהיב ליה כל נכסיו והו' דבר שאין לו קצבה וכת' עלה דאפשר לו להודו' שחייב לו אלף אלפים דינרי זהב ולשעבד לו מטלטלין אג"ק ואין לו' שמא בשעת מיתתו יהיו לו נכסים יותר שא"כ אין לדבר סוף אלא כיון שיכול לשעבד עצמו בממון רב אמרי' מגו ע"ש. והקש' משנה למלך דא"כ מאי משני בנכסים שנפלו אחר מיכן הא בחיוב מהני אפי' לרבנן בדבר שלא בא לעולם. וכתבנו שם משום דמן התורה כשם שאין אדם מקנה דשלבל"ע כך אינו משעבד דלשבל"ע והא דקי"ל דאקני משתעבד כת' הרשב"ם פ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ז) דהו' מדרבנן שלא תנעול דלת בפני לוין וא"כ לרבנן א"ש דיכיר צריך דאפי' יתחייב עצמו באלף אלפים דינרי זהב לא יגבה מן היורשין אלא בתורת שעבוד ודאקני מן התור' לא משתעבד וא"כ שפיר משני בנכסים שנפלו אחר מיכן וע"ש וא"כ האידנ' שכבר תיקנו דדאקני משתעבד א"כ לעולם יש מגו לחייב עצמו באלף אלפים דינרי זהב וכמ"ש בכסף משנה דלשעבד דקנה ושיקנה:

סעיף ג

כי לא הי' אביהן בנו. ונרא' דמיירי שכבר הוחזק אביהן בבנו ומש"ה אינו נאמן אף על הירוש' כיון דבתורת הכרה אינו נאמן כשמת הבן ובתורת מגו נמי אינו נאמן כיון דהוא נגד חזק' אבל היכא דאינו נגד חזק' דהיינו דלא אתחזק בבנו ואינו אלא ספק שקול מהימן לומר שאביהן לא הי' בנו ולהעבירן מנחלתו במגו דאי בעי יהיב כולי נכסי לאחרים. ואפשר ליישב בזה דברי מוהרי"ק סי' קמ"ה בזה דנרא' מדבריו דאפי' מת הבן נאמן לומר שהוא בכור וע"ש ומשום דמיירי שאינו נגד חזק' א"כ נאמן במגו וכמ"ש שם מוהרי"ק וגם הי' מוחזק לבכור על פי כל השכנים ועמ"ש בסי' רפ"ד סק"א:

סעיף ד

איתחזיק אימ' בבת ישראל כ' בסמ"ע דהיינו דוקא בברי כשלא נודע מי ילדתו יכול לפוסלו ולומר בני זה ממזר כו' ואמרינן לאו מאשתו נולד אלא מחייבי כריתות אבל כשידוע שאשתו ילדתו תו אי אפשר לפוסלו כיון דידוע דאשתו ילדתו ובנו הוא א"א להיות ממזר אם לא שאמר שאמו היא אשתו ממזרת כו' וע"ז לא האמינו תור' לשוי לאימיה שהי' בחזקת כשרות לממזרת כמו שאינו נאמן לשוי' שפח' וא"א לפוסלו אלא כשאומר זה שאשתי ילדתו אינו בני שלא נתעבר' ממנו וממילא הוא ממזר ואע"פ שאמו זאת בחזקת כשרות מ"מ כיון שהאמינו התור' בבנו היא נעש' חשודה ממילא עכ"ל. ולא אתברר דא"כ גבי ממזרת ושפח' נמי נימא הכי התור' האמינו וממילא היא ממזרת ושפח' כמו שנעשית חשודה ממילא ובנימוקי יוסף כת' ז"ל וא"ת והאיך נאמן לשום עצמו רשע שנשא גרוש' או חלוצ' והיינו באומר בני זה בן גרוש' וחלוצ' י"ל כגון שאמר שוגג הייתי ובאומר על בנו ממזר אין אשתו נאסרה שיפסלו הבנים שיהיו אח"כ משום בני זונה דאימר שוגגת הוי ואינה נאסרת באשת ישראל ואפי' אומר שהי' מזידה אינו נאמן להפסידה כתובתה ולא על הבנים שיולדו אח"כ לפוסלם מן הכהונ' הריטב"א ז"ל עכ"ל. וא"כ ניח' דבאומר שלא נתעבר' ממנו לא נעשית היא חשודה בכך דאימר שוגגת הית' ואפי' אומר מזידה הית' פלגינן דיבורי' והאמין אותו התור' שאינו בנו ולא נתעבר' ממנו אלא שאינה מזידה אבל באומר ממזרת או שפח' הרי הוא נגד חזקת כשרות בודאי אלא דאכתי קשי' מ"ש בממזרת ושפח' דאינו נאמן ומשום דהו' נגד חזקת כשרות ומ"ש בן גרוש' וחליצ' דנאמן כיון דהיא מוחזקת בכשיר' לכהונ' היכא נאמן לומר שהיא מפסולי כהונ' ומ"ש מפסולי קהל ישראל או מפסולי קהל כהונ' ולפמ"ש בשש"ז פ' י"ג דע"א נאמן לומר גרוש' או זונה אשה זו ואין זה דבר שבערו' וכמ"ש הרמב"ם פ' ט"ז מה' סנהדרין ז"ל א"צ שני עדים אלא בשעת מעש' אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק כיצד אמר

ע"א חלב כליות הוא זה כו' גרוש' או זונה אשה זו ואכל או בעל אחר שהתר' בו הרי זה לוקה אע"פ שעיקר האיסור בע"א עכ"ל ומוכח מזה דע"א נאמן לומר גרוש' וזונ' למשוי אותה איסור לכהונ' כמו שנאמן לומר חלב הוא זה ואין בזה משום דבר שבערוה וא"כ אפשר לומר דממזרת ושפח' דודאי ה"ל מדבר שבערוה וצריך שנים ואינו נאמן לומר שאמו שפחה או ממזרת וכמ"ש שם פי"ג דאפי' לומר זה בן גרוש' וחלוצ' כיון דפוסלו בגופו אין ע"א נאמן וצריך שנים ע"ש אבל לומר גרוש' או זונה דאין פסולה בגופה דהיינו שלא נולד הגוף בפסול ע"א נאמן כמו שנאמן לומר נתנסך יינך וע"ש ומש"ה אינו נאמן לומר בן גרוש' וחלוצ' אלא בתורת יכיר אבל במה שאומר שאמר גרוש' נאמן כמו שנאמן עד א' דעלמ' לומר גרוש' או זונה ואכתי צ"ע:

סימן רפ

סעיף א

אמר שמעון אין לוי זה אחי והוא מדברי הרמב"ם פ"ד מנחלות ומשנ' למלך הקש' דאמאי לא יטול שמעון בנכסי לוי דהא כי היכא דיש הודאת שמעון דאין לו חלק בנכסי לוי כמו כן יש הודאת ראובן שיש לשמעון חלק בנכסי לוי וע"ש. ואחי הרב החכם השלם מוהר"ר יהוד' ש"ן אמר בזה דכיון דהיכא דאיכא הודאת בע"ד שחייב והודאת תובע להיפך שאינו חייב ה"ל כמו תרי ותרי וכמבואר בסי' פ"ח סק"ט ע"ש כמו ספיק' דאינו אלא תרי ותרי דבע"ד נאמן בעדים ומש"ה גבי יורשין דהיכא דא' ודאי והשני ספק אין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ ה"נ ה"ל ראובן ודאי ושמעון ספק ומוקי הנכסים בחזקת ראובן עכ"ל ודו"ק:

סעיף ב

וספק אם ניתן להם בן לא חיישינן שמא ילדו. ז"ל תה"ד אמנם בפרק בתר' דיבמות מוכח דרוב נשים מתעברות ויולדות וא"כ אמאי לא ניזל בתר רובא ואע"ג דקי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב כו' הא הוכיחו תוס' פ' לא יחפור בשמעתא דניפול דדוקא היכא דאיכא חזקת ממון נגד הרוב אבל בנ"ד דאין א' מהם מוחזק שהירוש' מונח ביד ב"ד ניזל בתר רוב' וכו' ונרא' דהא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב היכא דאיכא חזקת ממון אע"ג דבשאר דוכתי רוב' וחזק' רוב' עדיף דשאני חזקת ממון דאית ביה טעמ' הממע"ה ורוב' לא מיקרי ראי' וא"כ נרא' דדמי' נדון דידן ממש להאי דפ' החולץ ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנ' וכו' גבי נ"ד נמי אשר אחי גד ודאי הוא לפנינו לירש את אחיו ואינו ידוע שום קרוב לירש יותר ממנו וא"כ אי לא משום רוב' דלעיל היו הנכסים

בחזקתן ואין כח ברוב להוציא ממון מחזקתו ואשר"י קרי לה כה"ג מוציא נחלה מחזקתו לעיל גבי ספק ויבם עכ"ל:

והנה אכתי לא אתברר לענ"ד לומר משום מוצי' נחל' מחזקתו לא מהני רוב' דהא באשר"י שם גבי ספק ויבם ז"ל לימא ליה יבם לספק אני אחיו של מיתנ' ואני יורשו בודאי דהנכסים הם בחזקת השבט ואתה ספק אם אתה יורשו כלל שאם בני אתה ולא בנו אין לך שום ירוש' בחיי ולא תוכל להוציא הנחל' מחזקתה מספק ע"ש. והיינו משום דאין ספק מוציא מידי ודאי וכיון שזה ודאי יורש וזה ספק ה"ל ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי וזה הוא דקרי ליה באשר"י מוציא נחלה מספיק' וא"כ כיון דרוב' הוא לו' שודאי ילדו ה"ל ודאי ודאי כמו שאמרו בנדה (דף מ"ו) דפריך ואין ספק מוצי' מידי ודאי והתני' מעשה בשפחתו של מציק כו' וטהרוהו מפני שחולדה וברדלס מצויין שם כו' כיון דחולדה וברדלס מצויין שם ודאי גררוהו ע"ש וא"כ כיון דלא אתי הרא"ש אלא משום דאין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ היכ' דאי' רובה כמו בזה דרוב נשים מתעברות ויולדות ה"ל ודאי ולא ספק. וכן נרא' מדברי הרא"ש פ"ב דיבמות שכת' בשם רב נטרונאי גאון בהי' לו שפח' והוליד ממנה בן דאם ת"ח הוא או אדם כשר הרי זה יירשנו ואעפ"כ אינו נושא בת ישראל ועיין בטור סי' רע"ט וכן פסק בש"ע שם ע"ש ולא אמרי' כיון דהוחזק' הנחל' לאותו שבט ובן השפח' ספק ואין מוציאין הנחל' מחזקתה בספק אע"כ כיון דת"ח הוא או אדם כשר דאית ביה נמי חזק' דאין אדם עושה בב"ז ומסתמ' שחררו וה"ל ראי' שבן יורש הוא והתם דאסור בבת ישראל ולא דסמכי' עלה באיסור' ואפ"ה מהני להחזיקו ביורש נגד שאר היורשין בודאי מכ"ש רוב' דמהני באיסור דמהני להחזיקו ביורש נגד השבט ומשום דה"ל ודאי ולא עדיפ' חזק' דאין אדם עושה בב"ז מהך רוב' דרוב נשים מתעברות. ועמ"ש בש"ש ו' פ"ז בהא דלא אזלי' בממון בתר רוב משום חזקת ממון ובעלמ' רוב' וחזק' רוב' עדיף משום דחזקת ממון עדיפ' מכל החזקות דכל החזקות דעלמ' שנסתפקנו אשה זו אם נתגרש' או לא בהמה זו אם נטרפה או לא ומוקי לה בחזקת קמא אבל השת' ליכ' חזק' דהא נסתפקנו אם כבר יצאה מחזקתה הראשונ' או לא אבל חזקת אמון דהממון תחת ידים דנתבע וא"כ השת' מוחזק בו בודאי ומש"ה רוב' לא מהני. ולפ"ז היכ' דהספק שנסתפקנו בקרקע אם מכרו מרא קמא או לא וכיוצא שפיר מהני רוב' אע"ג דבכולי ספיק' מוקמי' בחזקת מרא קמא ומשום דמרא קמא לא עדיפ' מחזקת אשת איש דמעיקר' כיון דהשת' אין אדם מוחזק בה וע"ש וא"כ ה"נ אע"ג דהוחזק' נחלה באותו שבט כל שאין אדם מוחזק בה מהני רוב'. אלא דבנדון תה"ד בהך רובה דנשים מתעברות ויולדת אית בהו נמי מיעוט' דמפילות וכיון דהך מיעוט דמפילות מן הרוב

אתה מסלקו דהיינו מחלק המרוב' שמתעברות יש קצתן דמפילות וחשוב לעמור כנגד הרוב וכמ"ש הרשב"א בחידושיו פ' האשה שהלכה ע"ש ומשמע דכל שהמיעוט מן הרוב ממש אינו רוב אפי' מן התור' וא"כ ה"נ אין אנו חוששין להך רוב' דנשים מתעברות כיון דמיעוט מתוך הרוב הוא במה שיש נשים שמפילות והנלע"ד כתבתי:

סימן רפא

סעיף א

בכור לא יטול פי שנים. כתב בספר המצות להרמב"ן בהשגותיו להרמב"ם וז"ל מצוה י"ב שנמנעו בהנחילנו הבנים מהעביר הבכורה מן הבן הגדול אל יתר אחיו אבל מנחיל אותו פי שנים כמשפט הבכור' והוא אומרו יתעלה לא יוכל לבכר את בן האהובה ע"פ בן השנוא' הבכור כי את הבכור בן השנוא' יכיר ובגמ' פ' י"נ (דף ק"ל) אמרו לא יוכל לבכר מה ת"ל לפי שנא' והיה ביום הנחילו את בניו נתנה התורה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה יכול אף זה כן ת"ל לא יוכל לבכר ואל תחשוב שלא יהיה זה מניע' אלא דין מדיני נחלות שילמדנו הכתוב שאין האב יכול להעביר הירושה ממנו ועל כרחו יירש פי שנים אבל באמת מניעה היא שאם אמר האב במותו איש פ' בני בכורי לא יירש פי שנים או שאמר יקח הבכור כפשוט בשוה עבר על לאו הזה וכו' ומפני מניע' שמנעתו התור' מעשות כן דנו בו כמתנ' עמ"ש בתור' שלא יתקיים דברו ומ"מ עבר אהורמנ' דרחמנ' וכו' ולשון ספרי לא יוכל לבכר מלמד שאינו רשאי לבכר יכול לא יבכר ואם ביכר יהא מבוכר ת"ל לא יוכל לבכר הא אם ביכר אינו מבוכר כי כשלא אמר הכתו' לא יבכר ואמר לא יוכל לבכר למד שאינו ראוי ושאינו יכול לדבר כן וכן כל המקומות שבא בהן בתורה לא יוכל לעשות כולם לשון מניעה ואיסור הן ואונקלוס תרגם בכולם לית לך רשו וכן בזו והוא בלשון לא יעשה כן והנרא' שיש עוד בזה מצות עשה שאמר יתעל' כי את הבכור בן השנואה יכיר לתת לו פי שנים וגם זו מצוה שהו' חייב להכירו ולתת לו פי שנים והנה המעביר בכורה מן הגדול עובר בעשה ול"ת ושתיהן שכחם הרב וכו' ולא תחשו' שיהי' זה לאו הבא מכלל עשה מלבד אבל הוא מצוה להנחיל לו וכן שיודיע אותנו מי הוא הבכור ויצו עליו בבכור' ואמנם שתתקיים המצוה בשתיקתו אם נודע בבכורה עכ"ל. ובפ' י"נ (דף ק"ל) אמר רבא מ"ט דריב"ב אמר קרא והיה ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצ' א"ל אביי הא מלא יוכל לבכר נפק' ופרשב"ם מדאמר רחמנ' דחלק בכורה אינו יכול להעביר מכלל דחלק פשיטות יכול לשנות ע"ש ולפי דברי הרמב"ן דלא יוכל לבכר הוא לאו א"כ היכ' מוכח מיניה דחלק פשיטות דלמא

חלק פשיטות נמי אינו יכול לשנות אלא דגבי בכור גלי קרא למיקם עליה בלאו לפי שעבר אמימר' דרחמנ' ובחלק פשיטות לא מהני מעשיו אבל איסור' ליכ' וכן בסמוך שם ויאמר לא יוכל לבכר מה ת"ל והיה ביום הנחילו את בניו שיכול והלא דין הוא ומה בכור שהורע כחו שאינו נוטל בראוי כבמוחזק אמרה תורה לא יוכל לבכר פשוט שיפה כחו לא כ"ש ת"ל והיה ביום הנחילו את בניו ע"ש ותיפוק לי' מלא יוכל לבכר לא נשמע כלל דחלק פשיטות יכול לשנות כיון דגבי בכור מלתא אחריתי הוא דחדית דהיינו למיקם בלאו משא"כ בשאר ירושות דליכ' איסור' אבל לעולם לא אהני מעשיו אפי' בשאר ירושות ונראה דמוכח מדכתי' לא יוכל לבכר דאי לאיסור לאו גרידא הל"ל לא יבכר וכמ"ש הרמב"ן בפירושו לספרי וכיון דכתי' לא יוכל לבכר לגלויי נמי דלא אהני מעשיו וא"כ שפיר מוכח דבשאר ירושות יכול לשנות. ובזה ניחא ליישב קושיות תו' שם שהקשו לריב"ב למה לי והיה ביום הנחילו את בניו דע"כ ליכא למימר דמק"ו ילפי' שלא יוכל לשנות חלק פשיטות דא"כ לישתוק מלא יוכל לבכר וממילא ידעי' דאינו יכול לשנות לא חלק פשיטות ולא חלק בכורה דה"ל מתנה עמ"ש בתורה וע"כ לא יוכל לבכר לא איצטריך אלא למעוטי חלק פשיטות וע"ש ובפ"ק דתמורה (דף ה') סובר אביי דכל מה דאמר רחמנ' לא תעביד אי עביד מהני דאי לא מהני אמאי לקי ופריך שם מבכור ומעשר דכתי' לא יגאל ולא מהני ומשני שאני התם דגלי קרא הם בהוייתן יהא ע"ש אלמ' היכי דלא גלי קרא אי עביד מהני דאי לא אמאי לקי וא"כ ניח' ליישׁ' במה שהקשׁ' דא"כ לישתוק מלא יוכל לבכר וממיל' ידעי' דאינו יכול לשנות כו' דה"ל מתנה עמ"ש בתורה והיינו דלישתוק מלא יוכל ולא לכתו' אלא לא יבכר ללאו כמ"ש דכיון דכתי' ללאו הוצרך לכתו' דלא מהני דאי לא כתיב דלא מהני הוי אמינ' מדכתי' לא יבכר בלאו ע"כ אי עביד מהני דאי לא אמאי לקי וכדס"ל לאביי ומש"ה צריך קרא לגלויי דלא מהני כמו בבכור ומעשר. ועיין משנה למלך שכת' בפ"ח מה' מלוה בשם מוהר"ש יפה דהלכה כאביי ע"ש וכן משמע מדברי הרמב"ם פ"ז מבכורות ז"ל ויראה לי שהמוכר מעשר לא עשה כלום ולא קנה הלוקח ולפיכך אינו לוקה כמוכר חרמי כהנים שלא קנה הלוקח ע"ש ומשמע דס"ל דכל היכ' דלא אהני מעשיו אינו לוקה וזה כדברי אביי וע"ש בלחם משנה:

אמנם במ"ש הרמב"ן דמצוה הוא להנחיל לו וכן שיודיע אותנו מי הוא הבכור ויצוה עליו בבכורה כו' קשיא לי טובא מהא דפריך פ' י"נ (דף קכ"ז) בשלמ' לר' יוד' הייינו דכתי' יכיר אלא לרבנן יכיר למה לי ומשני בצריך היכרא ופריך למאי הלכת' למית' ליה פי שנים לא יהא אלא אחר אלו בעי למיתבי' ליה במתנה מי לא יהיב ליה ע"ש ומאי קושי'

דהא אכתי איצטריך יכיר למצוה דאם לא נודע לנו מי הבכור שהוא יכיר ויודיע אותנו מי הוא הבכור שיצוה עליו בבכורה וכעת צ"ע:

סעיף ב

פ' אחי ירשני בכלל אחי וקשה לי דהא האב קודם לכל יוצאי יריכו אם האב מת יורש בקבר להנחיל לבניו בשוה וא"כ היכי מצי להנחיל בירושת אביו לאח אחד בין האחים כיון דבאים מכח ירושת אביהם. ואפשר דלמד הרמב"ם דין זה מלשון התוספת' דתני אמר על בת בין הבנים או על אח בין הבנות לא אמר כלום ומשמע דאח בין האחים מהני דבריו וכן נראה מל' הרי"ף פ' י"נ דאח בין האחים דבריו קיימים וטעמ' נראה דאע"ג דהאחים באים בכח ירושת אביהם מ"מ כיון דהאב יורש מכחו יכול הוא להנחיל למי שירצה. ולפ"ז נראה דה"ה היה לו בן ומת ויש לו ממנו בני הבן יוכל להנחיל לא' מבני הבן ולומר פ' בן בני יורש מכלל שאר בני הבן ואע"ג דבן הבן מכח אביהם הוא יורש מ"מ כיון דמכחו הוא דירית הבן לבניו יכול להנחיל לבן בנו בין שאר בני בנו:

סעיף ג

דבריו קיימים. ונראה לי שדבריו קיימים כיון דהתורה נתנה לו רשות לעשות יורש בין היורשין למי שירצה א"כ ה"ל הוא היורש ואינו יכול לחזור אח"כ ולומר שלא יירש כיון שכבר נעשה יורש כפי הסך שריבה לו אינו יכול למעטו בלשון לא יירש הריבוי כיון דכבר נעשה יורש תורה זה שריבה לו והו' יורש גמור ה"ל מתנה עמ"ש בתורה אבל אם ריבה לזה ומיעט לזה וחוזר מדבריו ומיעט לזה וריבה לזה בלשון ירושה ודאי כיון דהשני ג"כ יורש יכול לחזור ולעשות יורש לזה בריבוי ואפי' עשאו לאחד בין הבנים יורש בכולה יכול לחזור לעשות לשני יורש בכולה כיון דהשני ג"כ יורש דהא לא מהני דבריו אלא מה שאמר פ' בני יירש הכל ומה שאמר השני לא ירש אין בדבריו כלום כמ"ש הטור בשם הרמ"ה דכמאן דליתי' דמי א"כ אכתי שני נמי ראוי ליורשו ויכול לומר על השני יירש הכל אבל לומר על אותו שכבר ריבה בירושתו בל' לא יירש על הריבוי אינו יכול דכיון דכבר נעשה יורש ה"ל מתנה עמ"שב אבל אם עדיין עסוקין באותו ענין וריבה לזה יכול לחזו' ולומר לא יירש הריבוי כיון דאפי' בקנין יוכל לחזור כ"ז שעסוקין באותו ענין ומשום דפתאו' נעש' א"כ ה"ה בזה אבל בתר דסליקו מענינ' תו לא יוכל לחזו' בל' לא יירש אלא לעשו' השני יורש ולהפך דבריו בל' ירוש' וכמ"ש וזה מבוא' מתוך דברינו עי' סי' רנ"ג סק"א ע"ש:

סעיף ד

אבל בבכו' אם אמר יירש כפשוט כ' בתשו' מוהרי"ט חלק ח"מ סי' ע"א שאל' יעקב היו לו ב' בנים שם הבכו' ראובן ושם השני שמעון ופטר ראובן הבכור והשאיר אחריו בן א' ואח"ז נפטר יעקב אביו ונשארו אחריו נכדי בנו של ראובן הבכור ובנו שמעון וצוה לפני מותו שיחלקו כל נכסי עזבונו קרקעו' ונכסי' בין שניהם לחצאין כו' תשובה בן הבכור נוטל פי שנים כו' אפי' יש עדים שאמר האב כן בשעת מיתה לא אמר כלום ששינוי כו' דוקא בחלק פשיטות אבל בחלק בכורה לא ומחלק דמתני' דתנן ריבה לאחד ומיעט לא' והשוה להם את הבכור דבריו קיימים כשחילק נכסיו לשם מתנ' ובנ"ד שאמר שיחלקו לחצאין הרי השוה להם את הבכור כו' ואע"פ שיש לומר דלשון יחלוקו לשון מתנ' הוא כמ"ש הרא"ש בתשו' על ראובן שציוה כו' אבל הכא ביורשיו בנו ובן בנו יחלוקו משמע חלוקת ירוש' טפי ממתנ' שכוונתו שירשו נכסיו שוה בשוה עכ"ל אמנם הרמב"ן כת' בפירושו לתור' פ' תצא וז"ל על פני בן השנוא' הבכור וממה שאמר על פני בן השנוא' ירא' לי שאין המצו' הזאת וכדין זה נוהג אלא בחיי הבכור אבל אם מת הבכור בחיי אביו אע"פ שהוא יורש חלק בכורתו בקבר ומורישו מן האב אם רצה הזקן ואמר יירשו בני כך וכך בנכסי ובנו של בני הבכור יטול כך וכך בנכסי דבריו קיימים כדרך שהם קיימים במקום שאין שם בכור וכו' כי לא מצאתי על פני רק בחייו על פני אהרן אביהם על פני תרח וכן כולם עכ"ל. וא"כ בנדון מוהרי"ט כיון שמת הבכור ליתי' להך דינא דבכור וה"ל כמו במקום שאין בכור. וכיון דמוהרי"ט לא הביא דברי הרמב"ן ולא ראה דבריו בזה נרא' דודאי אלו הוי שמיע ליה דברי הרמב"ן לא הי' חולק:

סעיף ה

אבל אם אמר לשון מתנ'. עיין בסמ"ע שכת' דבהאי ריבה לא' ומיעט לא' בלשון מתנ' אין חידוש לענין פשוט דכבר נתבאר דאפי' בלשון ירוש' דבריו קיימים אם לא שאמר בלשון לא יירש ע"ש. ובש"ך כת' ז"ל תמיהא לי מלתא הא כת' לעיל סי' רנ"ג סעיף ב' דיטול לשון מתנ' הוא א"כ אמאי כת' כאן סעיף א' האומר איש פ' בני בכורי לא יטול פי שנים לא אמר כלום הא בלשון מתנ' מהני בכל ענין. ואפשר לו' דבכור שאני דל"מ אלא באומר בלשון מתנ' ובאומר בכורי יטול כפשוט אבל אם אומר בלשון לא יטול ל"מ כי אם בפשוט דע"כ בכור עדיף מפשוט כמבואר בסעי' ד' ומ"מ צ"ע לדינא עכ"ל. ולענ"ד ליתי בי' ספיק' כלל דודאי לשון יטול דהוא בקום ועשה ה"ל לשון מתנ' וכן יחזיק וזכה הוי לשון מתנ' אבל באומר לא יטול היינו לשון מתנ' דלא יטול מתנ' ובפשוט כיון דיורש ממיל' הוא א"כ לשון לא יטול בפשוט לאו כלום דנהי דלא יקח מתנ' יורש הוא. והנה

לשון המשנ' פ' י"נ [דף קכ"ו] האומר איש פ' בני בכורי לא יטול פי שנים איש פ' בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנ' עמ"ש בתורה ולמה נקט גבי בכור לא יטול וגבי פשוט לא יירש אלא נרא' משום דפשוט שיורש ממיל' הוא א"כ היכא שאומר איש פ' בני לא יטול עם אחיו ממילא לא אמר כלום אפי' נימא דמתנה עמ"ש בתורה תנאו קיים דלא עקר ליה מירוש' כלל כיון דלא אמר אלא לא יטול והוא לשון מתנה ולא יטול מתנה ויורש מיהא הוי כדינ' אבל בכור דמתנה קרי' רחמנא ובדעת הבכור תליא לו' איני נוטל א"כ כשבא להתנות עמ"ש בתורה גבי בכור אומר לשון לא יטול דהיינו שלא יזכה במתנה ולא אמר כלום מפני שהתנה עמ"ש בתורה מיהו היכא דאמר איש פ' בני לא יטול עם אחיו אלא אחיו יטול הכל וכן בבכור כה"ג שאמר פ' בני בכורי לא יטול פי שנים אלא אחיו יטלו עמו בשוה כיון דאמר על בניו האחרים לשון יטול הרי הם זוכים בלשון מתנה ואע"ג דהיכא דאומר לא יירש שמעון אלא ראובן לא אמר כלום לפי שתלה זה בזה הכא שאומר על אחיו לשון מתנה אע"ג דאומר בלשון אלא זוכים אותן המקבלים בלשון מתנה וכל זה פשוט וברור:

סעיף ו

וכת' לה ויוצאי חלצי' בנותי' ובני' נוטלין בשוה. והוא מפסקי מוהרי"ו סי' כ"ז וז"ל שטר ירושה שכתו' בו לבתי ולי"ח לא כתו' בו ליורשי י"ח אם מתה הבת בחיי אבי' ואח"כ מת האב י"ח זכרים ונקיבות יורשין בשוה וכ"כ האשר"י בתשו' סי' ע"ט היכא דציוה מחמת מיתה יתמי פ' יטלו בשוה דהכל קרוים יתמי בין זכרים בין נקיבות וקרא כתי' יוצאי ירך יעקב ודינה היתה בכלל ומוהרי"ו מולון הודה לדברי עכ"ל. ומשמע מדבריו דוקא מתה הבת בחיי אבי' ואח"כ מת האב הא מת האב תחלה ואח"כ מתה הבת כיון דכבר זכתה הבת אין לנקיבות כלום במקום זכרים אפי' כת' לה ולי"ח וא"כ הא דסתם הרמ"א בנותי' ובני' נוטלין בשוה הי' לו לפרש דוקא מתה הבת בחיי האב וצ"ע ובנחלת שבעה כ' בנוסח שח"ז וז"ל ומחויב אני לשלם הסך הנ"ל לבתי הנ"ל או ליוצאי חלצי' וכו'. ואין לכתו' יורשי י"ח רק בסתם י"ח והטעם מבואר להמעיין במוהרי"ו הביאו רמ"א סי' רפ"א עכ"ל וע"ש. וכוונתו לא ידענא דודאי טפי עדיף לעשות כשורה שהבנים ירשו ולא הנקיבות ומוהרי"ו לא צוה לכתו' לבתי ולי"ח אלא דכ' דשטר ירושה שכתו' בו לי"ח הבנים והבנות שוין אבל ודאי לכתחלה טפי עדיף דלא ליהוי בעבורי אחסנת' מברא לברת' וא"כ אדרבה ראוי לכתו' ליורשי' י"ח:

אמנם בעיקר דברי מוהרי"ו צ"ע דהיכ' יוכל להקנות לי"ח שיהי' כולם בשוה זכרים ונקיבות דהא קי"ל אין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם ובפ' י"נ פריך בכתובת בנין

דכרין הא הוי דשלבל"ע ומסיק דה"ל תנאי ב"ד וא"כ הכא דליכא תנאי ב"ד היכי מצי מקנה לדבר שלבל"ע כיון די"ח עדיין ליתי' בעולם ובע"כ צ"ל דעיקר השטר אינו אלא לבת שהיא בעולם אלא שתולה זמן פרעון קודם מותו שעה אחת לה או לי"ח וא"כ לא מני זכי י"ח אלא ע"י האם שיורשת בקבר מנכסי אבי' להנחיל ליורשי' א"כ אין לבנות ירושה במקום בנים והא דכת' לה ולי"ח אינו אלא לשופרי דשטר' דממיל' ירתי אמם וכמ"ש הרמ"א בסי' רמ"ח סעיף ז' וכיון דאי אפשר להקנות לי"ח אלא לבת א"כ מאין להם לבנות במקום בנים:

ובתשובת הרא"ש כלל פ"ד סי' ב' שם שאלה אם יש שום צד שיוכל אדם להנחיל נכסיו לבנו הגדול ובנו הגדול לבנו הגדול וכן עד סוף כל הדורות כמשפט המלוכה ושלא יהא זכות לשאר היורשין וע"ש שהעל' דל"מ כו' וז"ל ואף אם יקדים אותו ממון בתנאי שבנו הגדול יתן כך וכך ממון לשנה לאותו הקדש וכן בן בנו הגדול וכן לעולם גם זה נרא' דאינו כי אין תנאי מועיל לזכות למי שאינו בעולם אפי' בעל מנת כדמוכח פ' המוכר את הבית דגרסי' התם בן לוי שמכר את השרה לישראל ואמר לו ע"מ שמעשר ראשון שלי מעשר ראשון שלו לי ולבני מת יחזיר לפניו ופריך והא אין אדם מקנה לדשלבל"ע אע"ג דשייר מקום המעשר לעצמו אינו מועיל לגבי אותן בנים שלא באו עדיין לעולם ומצא שם דרך להתנות שיורש בנו הגדול תמיד דהיינו להתנות כשיולד לבנו הגדול בן שיזכה לו מיד בנכסים ע"ש. והרי מבואר דאי אפשר בשום צד להעביר ירושה אם לא על דרך תנאי שיזכה לו מיד בנכסים וכמ"ש הרא"ש וא"כ אפשר לו' דבמה שכת' ליוצאי חלצי' ה"ל כמו תנאי שתזכה הבת בשטר חצי זכר שלה לי"ח בשוה כשיולדו דהא תינח היכא דאיתא לשטר' תחות ידה כשתלד בנים ובנות ותוכל לזכות בשטר ליוצאי חלצי' בשוה אבל היכא דליתי' לשטר' תחות ידה אלא הוא ביד אחר מאי איכא למימר דהנפקר אינו יודע ואינו מכוין לזכות לי"ח ואפי' אי' לשטר ח"ז תחות ידה כיון דאין הבת מכוונת לזכות לי"ח ומתה א"כ לא זכו הבנות מעולם ובפרט שלא אמר לה מעולם תנאי זה שתזכה לי"ח שיולדו לה וא"כ ודאי נרא' דאין לבנות כלום כיון דהאב לא מצי מחייב עצמו לי"ח דה"ל דשלבל"ע ואפי' דרך תנאי ל"מ וכמ"ש הרא"ש ואינו אלא על תנאי לזכות כשיולד ובשטח"ז הנהוג לא עבדי לתנאים וכמ"ש א"כ אין לבנות כלום ואפי' הבנים אין זוכין מצד התחייבות האב להם אלא זוכין בנכסי אמם וכמ"ש א"כ בנים יירשו ולא בנות. ואפשר דמוהרי"ו נמי לא מיירי בשטר ירושה שכת' לבתי ולי"ח אלא היכא די"ח כבר היו בעולם וכהאי דרא"ש ביתמי פ' דבאו כבר לעולם אבל בשטח"ז דליתנהו לבנים ולבנות בעולם א"כ לא זכו אפי' הבנים אלא בתורת ירושת אמם ואין לבנות כלום

ותמה על הרמ"א שכתבו לענין שטח"ז והנלע"ד כתבתי) (ואפשר דה"נ ה"ל כאלו התנה שאם יולדו י"ח ממנה ויבואו לחלוק בירושת אמם יתן הבן מחלקו לבת ואם לאו לא יהי' בשטר ממש אבל עיקר כמ"ש דאין בזה שום תנאי מפורש ולכן נרא' כמ"ש דאין לבנות כלום:

סעיף ז

והלוה על ספרים אין בע"ח קונה משכון. והיא מתשו' מוהרי"ו סי' ק"ע וע"ש שכת' דאפי' משכון שלא בשעת הלואה אינו קונה אלא לקידושי אשה ולא לכל מילי ע"ש. ובסמ"ע הניח דין זה בצ"ע כיון דבסי' דע"ח כ' דבע"ח קונה משכון וע"ש מ"ש בזה. ובש"ך העלה דשלא בשעת הלואה כיון דלדעת רש"י קונה אפי' לאונסין ודאי אין לבת חלק בסרים וכיון דהיורשים מוחזקים אין הבת מוציא מידם ע"ש. ולענ"ד נרא' דודאי אע"ג דבע"ח קונה משכון אבל גוף החוב לא פקע ואם המלוה רוצה מחויב הלוה לסלקו לו בזוזי ואין הלוה יכול לסלק במשכון ואפי' לדעת רש"י דקונה משכון לאונסין כל שמחזיר לו משכונו מחויב לסלק בזוזי וכמבואר בסי' ע"ד וכיון דכותב לבת הן בראוי א"כ יש לה לבת זכי' בגוף החוב א"כ נהי דלית לה זכי' בספרים שהם המשכונות אבל בגוף החוב מיהא אית לה וצריך הלוה לשלם לבת כמו לבן ואם אין ללוה מעות ומסלק בגוף המשכון בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה בתורת גובייא בדמי שויו וא"כ ודאי גם לבת חלק בהם כיון דפורע בעד חוב שמגיע לבת ג"כ אבל בסי' ער"ה גבי בכור שפיר זוכה במשכון בטעמא דבע"ח קונה משכון וא"כ הוי לי' מצוי ביד אביהם ולא ראוי ואי נמי למשכון במכירה ומתנה כמבואר בסי' ס' אבל הכא נהי דאין לה לבת במשכון ספרים לא גרע מאלו אין כאן משכון כלל דזוכה הבת בגוף החוב ותובעת ללוה גוף החוב וכמ"ש דאפי' היכא דמסלק בגוף המשכון אינו אלא פרעון מכאן ולהבא וא"כ מ"ש הרמ"ה דאין בע"ח קונה משכון אינו אלא לרווחא דמלת' דאפי' במקום שקונה משכון נמי וכמ"ש כיון דאין בע"ח קונה משכון לפרעון ממש אלא יכול לכוף את הלוה לסלק לו בזוזי וז"ב:

סעיף ח

ואם היו המתנות שעה אחת קודם מיתתן. בטור כ' בשם הרא"ש שצריך להיות המתנות מהיום ושעה אחת קודם מיתתן ע"ש ונרא' דע"כ אין לומר מהיום ושעה אחת קודם מיתתן דהיינו הגוף מהיום ופירי שעה א' קודם מיתתן דא"כ דהגוף מהיום לכולן א"כ אין כאן מתנה כלל דחוזרת חלילה. וכן אין לומר מהיום ושעה אחת סמוך למיתתן דהיינו כמו מעכשיו ולאחר שלשים דשיורא הוי לר' יוחנן פ' האומר ומשום דמתחיל מהיום ונגמר לאחר שלשים וכמ"ש תוס' שם [דף ס"ג] ועמ"ש בסי' קצ"ה סק"ה דא"כ

הא תינח כשמתה הראשונה שפיר נגמר הקנין לשלשתן שהם בחיים אבל מתה השני' איך זוכין השנים הנותרים בכח מתנה שנתנה להם השני' דהא מה שזכתה השני' מן הראשונה לא הי' לה כח ליתן כיון דעדיין לא נגמר קנינה עד שעה אחת סמוך למיתה של הראשונה וה"ל דשלבל"ע. ולכן צ"ל מהיום ושעה אחת כו' היינו על דרך תנאי כמו דאמרי' לרב פ' האומר במעכשיו ולאחר שלשים דס"ל תנאה הוי ופי' רש"י תנאה אם לא יחזור קודם שלשים יהי' הקידושין חלין מעכשיו וכיון שמתה הראשונה זכו הנשארי' בכח מתנה כיון שלא חזרה ואינו חוזר חלילה דאחר מיתת הראשונה המה יכולין לחזור ממה שנתנו לראשונה כיון שהי' התנאי שיכולין לחזור עד שעה א' סמוך למית' ואם לא יחזרו יהיו חלין המתנות למפרע ודוק. מיהו נרא' דה"ה תנאי שתמות היא תחלה יהי' המתנה לאחיות שהם בחיים נמי מהני ועמ"ש בסי' רפ"ב סק"א:

סימן רפב

סעיף א

כל הנותן נכסיו לאחרים כת' בתשו' הרשב"ץ ח"ג סי' קמ"ז ז"ל. שאלתם שני בנים אחים שכתבו כל נכסיהם זה לזה בחייהם מהיום ולאחר מיתה וכו' וזה נוסח השטר באו לפנינו כו' ואמרו לנו הוו עלינו עדים וקנו ממנו בקנין גמור מעכשיו שאנחנו בני אחים שכל מי שיגיע זמנו להפטר כו' שכל מה שיניח מקרקעות ומעות כו' הוא לחבירו מתנה גמורה מפורסמת וכו' ורציתם לעמוד על דעתי אם השטר קיים תשובה וכו' אבל אם המתנות הם קיימים מתחלתן אם לא אם היו שני שטרות כל אחד הקנה לבן אחיו נכסיו מהיום ולאחר מיתה כל אחד הי' זוכה במתנתו מכח שטרו אם ימות בן אחיו וישאר הוא אחריו אבל אלו המתנות יצאו בשטר אחד וא"א שיתקיימו שתי המתנות אלא לאותו שנשאר קיים אחר בן אחיו וכיון שהשטר אי אפשר להתקיים בשניהן י"ל שהוא בטל מעכשיו כדאמרי' פ"ב דקידושין כל שאינו בזה אחר זה אפי' בבת אחת אינו. ובנדון הזה כיון שאי אפשר השטר הזה להתקיים בזה אחר זה שכיון שמת האחד אי אפשר לו לזכות במה שזכה לו בן אחיו אף הנשאר קיים לא זכה והוי זה כמי שהקנה לנולדים ולעובר דה"ל קני את וחמור דאע"ג דקי"ל דקנה מחצה התם שאני שהמקנה כבר נתכוין להקנות לזה מחצה וכו' אבל בנדון הזה שלא ידעו מי ימות תחלה איכ' למימר שכל אחד הי' מתכוין לקנות שישאר הוא קיים ולא נתכוין להקנות שימות הוא וכיון דאי' למימר הכא לא מפקי' ממונ' מספיק' ויתבטלו המתנות ואלו מת אחד מהם הי' אפשר לומר שזכה הנשאר מטעם בריר' דאמרינן הוברר הדבר שזה זכה מתחלה במתנה אבל אם עדיין

שניהם קיימים ליכ' ברירה ואם חזר בו א' מהם חזרתו חזרה ועוד דהא קי"ל דבדאוריית' לא אמרי' ברירה ובממונ' קול' לנתבע כמדומה שכל זה אין לו ענין בנדון זה לפי שכל אחד נעשה שטר מיוחד עכ"ל וע"ש ותמיה' לי מלת' דמ"ש שטר אחד או ב' שטרות דמ"ש כל שאינו בזה אחר זה כו' הא לא אמרי' אלא בקידש שני אחיות דזה הדיבור אינו בבת אחת משום שאינו יכול להיות בזה אחר זה והיינו כשם שאינו יכול לקדש שניהן בזה אחר זה כן אינו יכול לקדש שניהם בבת אחת אבל הכא דאין המתנה אלא לאחד באופן התנאי שיהי' או כל המתנ' לזה או כל המתנ' לזה ודאי אין בזה הך כלל דכל שאינו בזה אחר זה וכה"ג אשכח' נמי גבי שנים שנתערבו פסחיהם דמייתי פסח ומתנו ביניהם אם שלי נאבד כו' וכן להיפך ואע"ג דמאמר שניהם א"א להתקיים וגם לקני את וחמור נרא' דלא דמי כיון שזה נותן לזה בתנאי וכן אידך לזה בתנאי וברירה נמי לא שייך בתנאים כמבואר בסוגי' דברירה פ' כל הגט בתוס' שם. וכן מהיום אם מתי דמהני ואין בזה משום ברירה כיון דדרך תנאי אמר וצ"ע. ועמ"ש בסי' רפ"א סק"ח:

סעיף ב

שמעבירין בה הירושה. בתשב"ץ ח"ג סי' קמ"ז כת' ז"ל ובטופסי שטרות ראשונים יש שיור ארבעה זוזי וכת' גאון ז"ל דמשום כדי שתהא רוח חכמים נוחה הימנו כמ"ש בס' עיטור סופרים דמתנת שכ"מ כו' עכ"ל:

סימן רפד

סעיף א

ולא חיישי' שמא יש קרוב יותר ממנו. כת' הריב"ש בסי' מ"ז שמה שכת' הרמב"ם פ"ד מנחלות האומר זה בני או זה אחי או זה אבי או שאר היורשים אע"פ שהודה באנשים שאין מוחזקין שהם קרוביו יירשנו ואפשר שלא כת' אלא במי שאומר עליו שהוא קרובו בעת שהוא ראוי ליורשו כגון שהוא אחי אביו ובעת דברו אין לו קרוב יותר ממנו שאז הוא כאילו אמר שהוא ראוי ליורשו אבל אם בשעה ששמעו מפיו שהוא קרובו לא הי' בעת ההוא ראוי לירש כי היו לו קרובים יותר אע"ג שאח"כ נפטרו אין ראוי שיועיל עדותו שאמר שהוא קרובו דכל מלתא דלא רמי' עלי' דאינש אמר ולאו אדעתי'. והבי' ראי' מהאי דפ' ב"ש ביבמות גבי נטולה מן היהודים דלגבי יבם לא מסק' אדעת' דמיית בעל ונפל' לפני יבם וע"ש בתשו' מוהרש"ך ח"ב סי' צ"ד חולק על דברי הריב"ש וסיום הפסק ז"ל גם הר"ש בר צמח כפי מ"ש הרב הגדול מוהר"י קארו ז"ל חולק על כל מ"ש הריב"ש בזאת התשובה ושהקש' עליו והשיגו על כל דברים בתשו' הנז' עליה ראוי

לסמוך להעמיד הנחלה ביד הר"ר שלמה הנז' ועיין שם ועברתי על דברי השגות הרשב"א ובענ"ד כל דברי הריב"ש נראין נכונים וברורים וכמו שאבאר הרשב"ץ בח"א סי' נ"ח ז"ל כ' בקונטריס בשאלה השניה כי הבא לירש מחמת קורבה הבי' עדים ששמעו מנפתלי המת קורא לאביו של ראובן קרוב ושאלו לו איזה קורבה ביניכם וענה נפתלי בנים לשני אחים אנחנו ונסתפק השואל אם יספיק עדות כזה להחזיק ראובן קרוב אח שלא נתפרסם קורבתו ברבים אשר היתה ראוי להתפרסם ויהי' צריך לראייה יותר חזקה כהאי דאיסי בן יהודה הא יש ראיה יביא ראיה וכו' ואני אומר שאין בכאן ספק כלל שאין אחר עדות כלום דתרי כמאה וכו'. עוד נסתפק השואל כי באולי לא אמר נפתלי כן אלא כדי לחבב איש את רעהו ופטומי מילי וכו' ואני אומר שאין בכאן ספק כלל שבודאי כל מי ששמענו אותו קורא לאחר קרוב אפי' דרך שיחה בעלמ' מחתי' ליה להאי קרוב בנכסים ע"פ עצמו וכו' וכ"ש מפני קריאתו של בעל הנכסי' עצמו כדאמרינן פ' י"נ האי דאת' לקמי' דרבה בר רב חנן א"ל מוחזק אני בזה שהו' בכור א"ל מנא ידעת' א"ל דהוי קרי ליה בוכר' וכו' ואמרי' נמי התם גבי קריאת הקרוב עצמו כו' הוי א"ל זילי לגבי שכחת ברי רמסי רוקי' וכמו שהו' מוחזק בבכור מפני קריאה בעלמ' בין של אביו בין של אחרים כן הוא מוחזק בקורבה אחרת בין מפי קרוב עצמו בין מפי אחרים וכל שכן הוא אם בבכור שהורע כחו שאין נוטל בראוי כבמוחזק נתחזק בהכי בפשוט ושאר קרובים שנוטלין בראוי לא כ"ש וכו' וכיון שנתברר דאפי' בקריאה דרך שיחה בעלמ' אנו מחזיקין אותו מפי בעל הנכסים א"כ אין להסתפק כלל במה שנסתפק השואל מהאי דאיסי בן יהורה שהרי אפי' העידו אחרים שאינו קרובו כיון שקרובו בעל הנכסים החזיקו בקרוב אנו מאמינין אותו וכ"ש מסתמ' וכ"כ הרמב"ם פ"ד מנחלות ז"ל האומר זה בני או זה אחי וכו' אע"פ שהורה באנשים שאין מוחזקין שהם קרוביו יירשנו ונרא' שאפי' באנשים שאנו מוחזקין שאינן קרוביו נאמן אע"פ שלא פי' כן הרמב"ם אבל הדין דין אמת הוא וכו' הרשב"ם ז"ל כת' שאפי' הוחזק שאינו בכורו בעדים ואפי' הוחזק מפי עצמו שהוא אינו בכורו נאמן לומר בכורי אלא שהרמב"ן ז"ל חולק בהוחזק מפי עצמו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל מ"מ מודה שאם הוחזק מפי אחרים שאינו קרוב והוא אומר עליו שהו' קרובו נאמן אע"פ שאומר כן דרך שיחה וכמו שהוכחתי למעל' ואחר שכן הוא איך נסתפק בהאי דאיסי להצריכו עדים אחרים שאפי' העידו שלא כדבריו אין נאמנין ונתבאר זה כתו' בקונטריס כו' ז"ל עדיין יש לספק בנדון זה כי אפשר לומר שהמשנה וגם הרמב"ם לא דיברו אלא במי שאומרים עליו שהו' קרובו בעת שהוא ראוי ליורשו אבל בנפתלי זה שאמר על ראובן זה שהוא קרובו בשעה שהי' לו בנים ראוים לירש אפש' לא היתה

כוונתו על דעת שיירשנו ומילי דכדי נינהו כו' ומלת' דלא רמי' עלי' דאינש אמר ולאו אדעתיה ואני אומר שאין טעם זה עיקר שלא מפני הודאה של נפתלי היא שזוכה קרובו בירושה זו דירושה ממילא קא אתי וממון הקנו לו מן השמים ודבריו אין אנו צריכים להם להקנותו לו נכסיו שיצטרך שיאמר לו כן בשעה שהן ראוין לו ומה שאנו צריכין לדבריו אינו אלא להחזיקו בקרוב וכיון שלזה אין אנו צריכים עדות אלא חזקה בעלמ' אפי' הוחזקנו בזה קודם שהיו נכסים אלו ראויין לו הוי שפיר חזקה וכשמת בלא בנים ממילא הוא זוכה בנכסים אלו ודבר זה ברור. ויתבאר עוד משני פנים חדא שאם הי' זה אמת לא היו אחרים נאמנין בחזקה זו אלא בעל נכסים עצמו שהרי אפי' בעל נכסים עצמו אינו נאמן להחזיקו בכך אלא בשעה שהו' ראוי ליורשו דהוי כמחלק נכסיו על פיו וא"כ היאך יהיו אחרים נאמנין והם אין בידן לחלק נכסיו והא ודאי ליתי' שהרי החזיק בכור רבא בר רב חנן ע"פ אחרים דהוי קרי ליה בוכר' כדכתיבנ' ועוד שאם מפני טעם זה הוא נאמן לא הי' הדין להאמינו אלא כשאומר כן במתכוין לנחלה כיון שאינו נאמן בשעה שאינו ראוי ליורשו והא נמי לית' שהרי ר' חנינ' החזיק בכור בהאי דאמר זילי לגבי שכחת ברי דמסי רוקי' אע"פ שלא הי' מתכוין לנחלה והיה בנדון זה והטעם בכל זה שאלו הנכסים אינו זוכה בהם זה היורש מפני דיבורו שהרי מן השמים זכוהו בהם ודבריו אין אנו צריכין אלא להחזיקו קרוב ובכל דהו מתחזק עכ"ל:

ולענ"ד מכל השגות הנ"ל איני רואה סתירה לדברי הריב"ש דכבר נתבאר בש"ס ופוסקים דגבי בכור האב נאמן ומשום דכתי' יכיר ומש"ה נאמן אפי' נגד חזקה דהיינו שמוחזק שאינו בכור האב נאמן אם לא שיש עדים מעידים בפירוש שאינו בכור עדים נאמנין יותר אבל בשאר יורשין אינו נאמן בתורת יכיר אלא מרין מגו דאי בעי יהיב ליה כל נכסי' ומשום הכי בהוחזק שאינו קרובו אינו נאמן במגו דה"ל מגו במקום חזקה וכן בבכור לרבנן דלית להו יכיר ואינו נאמן אלא במגו כל שהוחזק שאינו בכור אינו נאמן במקום חזקה אלא דאנן קי"ל כר' יוד' דנאמן האב בבכור משום יכיר וכן מבואר להדי' ברשב"ם דף קנ"ז בהא דפריך לרבנן יכיר למה לי כו' מגו דאי בעי יהיב ליה ופרשב"ם איצטריך יכיר נגד חזקה אלא לרבנן דאינו נאמן נגד חזקה יכיר למה לי וע"ש. וכ"כ הרמב"ם להדי' פ"ד מנחלות ז"ל היינו מוחזקין בזה שהו' אחיו ואמר אינו אחי כו' אינו נאמן ע"ש ואע"ג דאית ליה מגו לאפקועי ירושת זה וליתנו במתנה לקרובו ומשום דאינו נאמן במגו נגד חזקה וכיון דבשאר קרובים אינו נאמן כלל בתורת עדות אלא משום מגו דאי בעי יהיב ליה כוליה נכסי א"כ כל שאמרו דרך שיחה בעלמ' ולא עלתה על לבו שיירשנה זה ע"פ דבורו לא שייך בזה מגו דאי בעי יהיב ליה כל נכסי כיון דלא עלתה על דעתו שזה יירשנו

על מאמר זה אבל גבי בכור דהו' נאמן בתורת הכרה ואינו משום מגו מש"ה נאמן אפי' דרך שיחה ובזה נסתלקו כל השגות התשב"ץ:

והנה ראשון השיג במ"ש הריב"ש אלו אמרו דרך שיחה וכת' עליו מהאי דקרי ליה בוכר' והוא קריאת אחרים ע"ש. ודאי ע"י אחרים אינו בכור עד שיעידו שנים בפני ב"ד אלא דכל שיש עדים דמוחזק בעיר לבכור לפי דקרו ליה בוכר' היינו חזקה שאנו סומכין על החזקות אבל אם אחרים קורין לו בוכר' ולא הוחזק בעיר על פיהם לבכור אלא לפעמים קורין לו בוכר' אין זה עדות וה"ל עד מפי עד וצריך שיבואו לפני ב"ד ויעידו שקרו ליה בוכר' בתורת עדות אבל חזקה שמוחזק בעיר דקרו ליה בוכר' שאני וכמבואר ברברי הרמב"ם פ"א מאיסורי ביא' ז"ל מי שהוחזק בשאר בשר וכו' איש ואשה שבאו ממד"ה הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקה בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עליה אבל תוך השלשים אין הורגין עכ"ל. והיינו נמי חזקה דהוי קרי ליה בעיר בוכרא אבל לא הוחזק לבוכר' אע"ג דקאמרי עדים שמענו דהוי קרי ליה אחרים בוכר' ה"ל עד מפי עד וכמ"ש וצריך עדות ממש ובנדון הריב"ש דלא הוחזק בקרוב וכמ"ש שלא נתפרסמה קרובתו וא"כ אינו אלא בתורת עדות דקרי ליה קרוב שני בשני א"כ כל שאמרו דרך שיחה לאו כלום כמ"ש אבל בהוחזק לעולם דרך שיחה הוא שמשיחין שזה הוא בכור וכמו באיש ואשה הנז' ומאי דמייתי התשב"ץ מקריאת הקרוב עצמו לפי שאמרו שם זילי לגבי שכחת ברי דמסי' רוקי' התם נמי ה"ל כמו הוחזק ע"פ האב דכ"ע הוי אזלי לגבי רוקא דההוא בוכר'. ועוד דכבר אמרנו דבכור שאני שהוא בתורת יכיר לא בעינן כוונה לירושה וכמ"ש. ומש"כ התשב"ץ שאין להסתפק מהאי דאיסי בן יהודה כיון דאפי' העידו אחרים וכו' הרשב"ם כת' שאפי' הוחזק שאינו בכורו כו'. ונפלאתי בזה דהרשב"ם לא כתבו אלא גבי בכור משום דהאב נאמן בתורת עדות דיכיר אמר רחמנא ומש"ה נאמן אפילו נגד חזקה אבל נגד עדים ממש ודאי דאפי' האב אינו נאמן אבל בשאר קרובים דעת הרשב"ם מפו' דאינו אלא בתורת מגו וא"נ נגד חזקה וכמ"ש הרשב"ם (דף קכ"ז) לרבנן דלית להו יכיר דאינו נאמן בהוחזק שאינו בכור ולדידן בשאר יורשים לא עדיף מבכור לרבנן וגם הרמב"ם כת' להדיא דאינו נאמן בשאר יורשין נגד חזקה וכמ"ש וא"כ ודאי ראוי לספק מהאי דאיסי כיון שלא נתפרסמה קרובתו במקום שהיה ראוי להתפרסם דאפשר ה"ל כמו הוחזק דאינו קרובו כיון שאין אדם רואה בקורבתו של זה ועוד אפשר בכוונת הריב"ש שנסתפק מהאי דאיסי לפמ"ש בעל המאור פ' חזקת גבי קרובים דרב אידי דאילו נאמן במגו היכא דיש רואה ע"ש א"כ ה"נ היה ראוי ליותר ראיה כיון שאינו נאמן במגו אלא במקום שאין רואה ובשאר יורשין אינו נאמן אלא במגו ויש

רואה אינו נאמן במגו. אלא דהרמב"ן במלחמות השיגו שם והעלה מכמה מקומות דנאמן במגו אפילו היכא דיש רואה ע"ש. אבל אין זה השגה על הריב"ש אם נסתפק בזה במה שהוא כבר בפשיטות לבעל המאור דאינו נאמן במגו וכמ"ש ומ"ש להשיג על הריב"ש במ"ש לפי שאמר בשעה שאינו ראוי לירש לפי שהיה לו בנים כו' והשיג משני פנים חדא שאם היה זה אמת לא היו אחרים נאמנין בחזקה זו אלא בעל נכסים עצמו וכו'. ותמהני בזה דהא אחרים ודאי אינן נאמנים עד שיהיו שני עדים כשרים ודאי על פיהם יקום דבר כיון שמעידין בתורת עדות ודאי אינו דרך שיחה ואפילו אינן בעלי נכסים ככל עדות שבתורה והריב"ש לא אמר אלא בזה שהוא אומר על נפתלי שהוא קרובו דאינו נאמן בתורת עדות אלא במגו ומש"ה כל דרך שיחה לאו כלום ומ"ש להשיג מהאי חזק' דאחזיק רבא בהאי דהוו קרי ליה בוכר' כבר נתיישב מתוך דברינו למעלה דזה הוי חזקה שהוחזק בעיר לבכור וכהאי דסוקלין ושורפין על החזקות וכמ"ש. גם מ"ש מהאי דשכחת ברי ג"כ נתיישב כנזכר ומ"ש להשיג שאם מפני טעם זה הוא נאמן לא הי' הדין אלא במתכוין לנחלה אבל במתכוין לדבר אחר לא והא נמי ליתי' שהרי ר' חנינא החזיק כו' שכחת ברי דמסיא רוק' אע"פ שלא היה מתכוין לנחלה כלל והטעם בכל זה כו' שהרי מן השמים זכוהו ודבריו אין אנו צריכין אלא להחזיקו קרוב ובכל דהו מתחזק ע"כ. הנה חזקה שאני וכמ"ש דהיינו שהוחזקו בעיר לאשת איש או לשאר בשר דסוקלין על חזקה זו וכן הוחזק בעיר לבכור ה"ל הוחזק לבכור ותו אינו צריך ראיה יותר והיינו האי דכ"ע קרי ליה בר בוכרא וכמ"ש אע"פ שלא שמעו עדים בזה סגי ליה בחזק' שהוחזק לבכור אבל נדון הריב"ש הוא במקום שלא הוחזק בקורבה ואין אנו יודעין אלא על פי דבורו של המת שקרא לזה קרובו וכיון דלא הוחזק בעיר ואין אנו מחזיקין בקרוב אלא שהמת היה נאמן בדיבורו אפילו בלא הוחזק וכמ"ש הרמב"ם דנאמן לומר זה אחי אפי' שלא הוחזק וא"כ כל דליכא חזקה בעיר ואינו אלא ע"י דיבורו ואינו נאמן אלא במגו דאי בעי יהיב ליה כולי נכסי ואם זה לא עלתה על דעתו לעשותו יורש בנכסיו ע"י דיבור זה היכי שייך מגו דאי בעי יהיב ליה כיון דלא נתכוין לנחלה כלל. ומ"ש תשב"ץ שדבריו אין אנו צריכין להקנות לו נכסיו שיצטרך שיאמר בשעה שהן ראוין לו אלא מן השמים ממון הקנו לו ודאי אם ידוע שזה קרוב אין אנו צריכין להקנא' וקונה מן השמים אבל זה שאינו ידוע בקרוב אלא ע"י מה שאמר המת והוא גופיה לא היה נאמן אלא במגו דאי בעי יהיב לי' כולי נכסי' וא"כ ודאי דבריו אלו צריכין שיהי' בהם כוונה לכך להורישו בנכסיו דאל"כ ליכא מגו וכמ"ש אלא דבכור שהוא נאמן בתורת יכיר אינו צריך כוונה לנחל' וכל זה ברור ופשוט. ובתשובת מוהרי"ק סי' קמ"ה ז"ל על אודות ראובן שהיו לו

שני בנים א' בכור וא' פשוט ומת הבכור בחיי אביו והיה בעת ההספד ויבך אותו אביו והיה אומר אוי על בני בכורי וגם היה מוחזק לבכור על פי השכנים כו' נראה דבר פשוט דמה שהי' אב קורא אותו בנו בכורו בשעת הספד דמהני לתת לו פי שנים ואע"ג דמסתמ' לא נתכוין האב באותו שעה כדי לזכות בנו בחלק הבכורה מ"מ פשיטא דלא גרע מהא דפ' י"נ דף קכ"ו ההוא דאת' לקמיה כו' א"ל זילי לגבי שכחת ברי דבוכר' הוא הרי לך בהדיא דאפי' שלא היה מתכוין האב אלא לענין רפוא' אפ"ה החזיקוהו לבכור על פיו וכו' ולפמ"ש בסי' רע"ט סק"ג בטעמא דמוהרי"ק שכת' דאב נאמן לומר בשעת הספידו שהוא בכורו ואלו מדברי הפוסקים דאינו נאמן בתורת יכיר אלא כשהבכור קיים וע"ש ברמ"א סעיף ב' וכתבנו דאע"ג דאינו נאמן בתורת יכיר נאמן הוא בתורת מגו כמו בשאר יורשין כל שאין חזקה נגדו והתם בנדון דמוהרי"ק לא היה חזק' נגדו אלא אדרב' מסייע. וא"כ לפי דברי הריב"ש דהיכא דאינו נאמן אלא משום מגו צריך כוונה לנחל' וא"כ האי דמוהרי"ק דלא כריב"ש. אמנם הסברא נכונה כדברי הריב"ש וכמ"ש דמשום מגו צריך כוונה להוריש אותו מנכסיו דאם אין בדעתו להיות יורש בנכסיו היכי שייך מגו דאי יהיב כל נכסיו כיון דלא בעי למיתב ליה כלל לא בחייו ולא במותו אלא ודאי עיקר תלי' בכוונה לירש. ובהשגות עוד שם ז"ל עוד כת' בתשובה ז"ל שאף אם נאמר שגם בענין זה יהיה ראוי ליורשו שכוונת נפתלי היה שיירשנו כל זמן שלא יהיה כו יורשים אחרים קודמים לו מ"מ כיון שלא נודע בפירסום ובא להוציא מיד אחר צריך להביא עדים שהוא קודם בירוש' ואין אחר קודם. ואני אומר שאין אנו צריכים לעדים שהוא הקודם בירושה ואין אחר קודם לו וכו' ולא נחוש לקרוב יותר קדים כיון שלא הוחזק והכי מוכח בפרק חזקת דאמרינן התם קריבי' דרב אידי שכיב ושביק דיקל' לקרובי אתא רב אידי אמר אנא קריב' אתא האי גברא אמר אנא קריבנ' טפי ויש גורסין לסוף אייתי סהדי דאיהו קריבי' ולא גרסי קריבי' טפי והרי לפי זה בהאי דיקלא הוחזק רב אידי כיון שהיה קרובו ולא היו יודעים שיש שם יותר קרוב החזיקוהו בנכסיו מסתמא אע"פ שהיה שם אחר שטוען אני קרוב יותר ממנו וכו' וכן נמי לגירסת הראב"ד ז"ל. לסוף אודי ליה דאיהו קריבי' כלומר ולא אודי ליה דקריב טפי ואפ"ה כיון דהאי אודי ליה לרב אידי ורב אידי לא אודי קם ליה בחזקת קרוב והאחר בחזקת רחוק ואע"פ שהיה אפשר שיהי' יותר קרוב ממנו כמו שהוא טוען מסתמא ירית ליה רב אידי ואביי ורבא ס"ל דמהדר פירי דאכל דכיון דאודי אודי וכדאיתא התם והרי בכאן הוצאות ממון ואפי' המוחזק טען שהוא ראוי בהן יותר מהתובע כ"ש אם הנכסים הם ביד מי שאינו טוען שהוא קרוב להתובע יש לו ראיה שהוא קרוב דודאי מחזקי ליה בנכסים כל כמה דלא אתי מאן דקריב טפי וע"ש. והנה

מה דנראה מדבריו לשטת הראב"ד דלסוף אודי דאיהו קרוב עדיין החזיק בטענתו לומר דהוא קרוב טפי ואפ"ה מוקי לה ביד רב אידי כיון דזה אודי לזה ורב אידי לא אודי וזה תמוה דא"כ ודאי האי גברא דאודי דרב אידי קרוב אלא דאיהו קרוב טפי היה נאמן במגו דקרוב טפי במגו דלא אודי לרב אידי בקורבתו ואמאי מוציאין ממנו הפירות שאכל דהא בתוס' שם פירשו להך גירסא דלסוף אייתי סהדי דאיהו קרוב והאי גברא טען דאיהו קרוב טפי דעל הפירות שאכל לא היה עדים אלא דהאי גברא אודי דאכל וטען דאיהו קרוב טפי וסברי אביי ורב' דמהדר פירי דאכל משום דמוציאין הקרקע מתחת ידו דעל הקרקע לית ליה מגו ומש"ה אינו נאמן על הפירות אפי' במגו ע"ש. אבל לשטת הראב"ד דגריס לסוף אודי א"כ אית ליה מגו גם על הקרקע כיון דטען דקרוב טפי אלא דלשטת הראב"ד לסוף אודי דרב אידי קרוב והאי גבר' אמר אנא קריבני' אבל אינו יודע אי קרוב טפי מרב אידי או לא ומש"ה כיון דאיהו אודי לרב אידי ורב אידי לא אודי לדידיה מוקי לה ביד רב אידי ובמגו אינו נאמן כיון דהאי גברא גופיה לא ידע אם קרוב טפי או לא וכן מבואר להדיא בספר המלחמות להרמב"ן ע"ש פ' חזקת. ובעיקר השגה דאין לחוש לקרוב יותר קדים ודאי דבר זה לא נעלם מעיני הריב"ש דאין ספק מוציא מידי ודאי אלא דכבר מחלק הריב"ש שם דהיינו דוקא היכי שידוע בסהדי שהוא קרוב ודאי ואידך ספק אבל במה שהקורבה דחזקה אין לומר בזה אין ספק מוציא מידי ודאי וע"ש והיינו כיון דליכא סהדי דהוא קרוב אלא במה שאמר נפתלי המת ואיהו גופיה אינו נאמן אלא במגו ושנאמר שהיה הכוונ' שיירשנו כל זמן שלא יהי' לו יורשים אחרים וא"כ כיון שאנו מסופקים שמאי שלו יורשין אחרים וכוונתו לא הי' לירש במקום שיש לו יורשין קודמין א"כ ה"ל ספק בגוף הקורבה וזה ודאי אין לך קורבה דחזקה יותר מזה ולכן צריך עכ"פ ראיה שאין לו יורשין קודמין וכל זה ברור:

סעיף ב

אבל היה לו סימנים מובהקים עמ"ש בסי' רנ"ט סק"ב:

סימן רצ

סעיף א

ב"ד חייבין להעמיד להם אפוטרופוס. כתו' בתשו' מוהרי"ן לב ח"ג סי' י"ז על אשה שציותה שתהי' דירתה פלונית מטיביליץ כו' ובזמן כו' מת אחד מאותן השנים ונסתפק שם אי דמיא הך מלתא להך פלוגתא דר' יונתן ור' יאשי' דאי' בכמה דוכתי דאי משמע שניהם כאחד דוקא או אי משמע כל אחד בפני עצמו וע"ש וזה הספק נסתפק שם בסי'

ס"ח בדין גט במי שאמר אם אבא ואתראה בפני האשה ובפני עדים אי תרתי בעינן או סגי בחד מינייהו וע"ש. ובתשו' מוהר"א ששון סי' נ"ב כ' עלה וז"ל כשראיתי דברי הרב הנז' באלו העניינים הוקשה אצלי שהרי כפי מה שנרא' מתוך התשובה הנז' הנה בין האשה המצווה ובין האיש המגרש כולם אמרו בלשון לע"ז שהאשה המצווה אמרה שו איר מנור פ' אי שו פרימו וכו' וכן המגרש נרא' שג"כ אמר בלשון לע"ז אי מי פארי שייר כו' אי דלא נטי עדים כו' באופן שכולם אמר אי כו' וכיון שכן נרא' לי דודאי בכה"ג שאמר אי בלשון לע"ז הוא לשון המחבר השנים הנז' ואין ביניהם שום פירוד לומר דנרא' לי מאי דפליגי ר' יונתן ור' יאשי' היינו היכ' דכתוב בלשונינו הקדוש וי"ו שהוי"ו הנז' פעם תהי' כוונתו חיבור ופעם פירוד כאומר או כו' אמנם בלשון לע"ז תיבת אי לעולם הי' מחברת ומדבקת העניינים הנז' וא"כ אין שום מקום וראי' מפלוגת' דר' יונתן ור' יאשי' לאומר בלשון לעז אי וזה נ"ל חילוק ברור אלא שלא ראיתי לרב הגדול הנז' שכ' כלל מזה החילוק רק חלק חילוק אחר אשר הוא עולה ג"כ בלב כל מעיין והיא דשמא יש חילוק בין לשון תורה ללשון בני אדם וכו' והוא החילוק בזה שחילק הרב הנז' מלשון תורה ללשון בני אדם הנה הוא אף בהנח' שיהי' הכל בלשון הקודש אבל החילוק אשר אני מחלק הוא מכח הלע"ז שבלשון לעז תיבת אי משמעותה חיבור ודיבוק ואין ה"נ שאם בלשון הקודש הית' כתובה תיב' כמו תיבת אי הכתוב' בלשון לע"ז דלא הוי פליגי ר' יונתן ור' יאשי' עכ"ל והנה מ"ש מוהרא"ש דלא פליגי ר' יונתן ור' יאשי' אלא היכ' דכת' וי"ו דפעם חיבור ופעם פירוד כו' לענ"ד אין לחלק בכך והוא מוכח מסוגיא דר"פ השואל ע"ש תני' ממשמע שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם איני יודע שאם אין בעליו עמו שלם ישלם אלא מה ת"ל בעליו אין עמו לומר לך הי' עמו בשעת שאלה אין צריך להיות עמו בשעת שבורה ומיתה ותניא אידך ממשמע שנא' בעליו אין עמו שלם ישלם כו' אביי סבר לה כר' יאשי' ומתרץ לקראי כר' יאשי' רבא ס"ל כר' יונתן ומתרץ לקראי כר' יונתן אביי ס"ל כר' יאשי' כו' בעליו אין עמו שלם ישלם טעמ' דליתי' בתרווייהו הא איתי' בחד' וליתי' בחדא פטור והא כתי' בעליו עמו לא ישלם טעמ' דאי' בתרווייהו הא אי' בחדא וליתי' בחדא חייב ע"ש רבא ס"ל כר' יונתן ומתרץ לקראי כר' יונתן דתני' אם בעליו עמו לא ישלם משמע דאי' בתרוייהו ומשמע דאי' בחדא וכו' וע"ש פי' רש"י טעמ' דאי בתרווייהו שלא הי' עמו לא בשעת שאלה ולא בשעת שבורה ומתה וכו' ע"ש, ומבואר מזה דכיון דפליגי ר' יונתן ור' יאשי' באביו ואמו קלל פליגי נמי בהא דבעליו עמו אי קאי אתרוייהו או אחדא ואי נימא טעמא דר' יונתן משום דוי"ו מורה פירוד והוא וי"ו המחלקת א"כ אינו ענין כלל להך דבעליו עמו אי קאי אתרוייהו או לא כיון דהתם לא

כתי' וי"ו המחלקת אלא ודאי משמע להדיא דאין לחלק בכך וזה ראי' ברורה אלא דמצד אחר יש להסתפק בממנה שני אפוטרופסים לפמ"ש בשטה מקובצת שם פ' השואל ז"ל כ' הריטב"א וקבלנו מרבינו בשם הר"ר פנחס הלוי אחיו שלא אמר ר' יונתן אלא בדבר שיש בו מניע' כגון לא תחרוש ולא תקלל וכיוצא בו אבל באומר שיעשה לפ' או שיתן ודאי שיעש' לשניהם משמע ולא מיפטר בחד מיניהו עכ"ל וא"כ זה שממנה שני אפוטרופסים ה"ל כמו מעשה לא מניעה ומוד' ר' יונתן דמשמע שניהם כאחד דוקא אלא דגם לשטה זו לא ירדנו לעומק דבריו כי מדברי הסוגי' דמדמה לה אין בעליו עמו שלם ישלם וכן בעליו עמו לא ישלם להך פלוגת' דר' יונתן ור' יאשי' אשר אין להם טובא לדבר שיש בו מניעה וצ"ע ובעיקר הדין בממנה שני אפטרופסין כבר כת' הרשב"א בתשו' דאם נסתלק א' מהם דאין צריכין למנות אחר וע"ש דלא בא עלי' מצד פלוגתא דר' יונתן ור' יאשי' אלא מצד המנהג והובא בב"י סי' רנ"ט בי"ד ע"ש וכ"כ הרמ"א שם סי' רנ"ט:

סעיף ב

מ"מ אם טען אפוטרופוס טענתו טענה עמ"ש בסי' ק"ח סק"ה דכ"ש אם היתומים גדולים וטוענין מלתא דלא שכיח' דטענתן טענה דלא גריעי מאפוטרופוס וע"ש דקשי' לן מהא דאמרינן פרק הגוזל בתרא הגוזל ומאכיל את בניו פטורים מלשלם הניח לפניהם גדולים חייבים קטנים פטורין ואם אמרו גדולים אין אנו יודעין חשבונות שחשב אבינו עמך פטורין ופריך משום דאמרי אין אנו יודעין פטורין וכת' שם הרא"ש משום דהוי מלת' דלא שכיח' לומר שאביהן חזרו ולקחו ממנו ומלת' דלא שכיח' לא טענינן ליתמי וכ"כ בעל המאור שם פרק הגוזל בתרא וכיון דכת' הרא"ש דוקא ב"ד אין טוענין מלתא דלא שכיחי אבל אפוטרופס מצי טעין וא"כ מכ"ש יתומים גופי' וע"ש מ"ש בזה. ונרא' כיון דאינו יודע אם החזרתי חייב ואפי' היכא דלא ה"ל למידע וכמ"ש בסי' ע"ה ס"ק ט"ז והא דיורשין פטורין במלוה ע"פ באמרם שמא פרע לך אבינו היינו משום דכיון דהב"ד טוענין עבורו ה"ל כמו טענת ברי ומה"ט במחויב שבועה ואיל"מ אפילו לא ה"ל למידע לדעת הרמב"ם ויורשין פטורי בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא היינו משום דטענינן ליתמי ה"ל כמו טענת ברי וע"ש וא"כ במלתא דלא שכיחא כי האי דאין אנו יודעין חשבונות שחשב אבינו עמך ה"ל מלת' דלא שכיחא כמ"ש בעל המאור והרא"ש ואין הב"ד טוענין טענה דלא שכיח ואם באים היתומים בטענת עצמן שמא חזר ולקח אבינו ה"ל אינו יודע אם פרעתיך דחייב אפי' לא ה"ל למידע:

סעיף ג

ב"ד פוסקין עליו צדקה אם הי' ראוי. בפ' נערה דף מ"ח אמר רב חסדא אמר מר עוקבא מי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר א"ל רבינ' לרב אשי מ"ש מהא דתני' מי שהלך למד"ה ואשתו תובעת מזונות ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין וכו' ולא דבר אחר א"ל ולא שאני לך בין יוצא לדעת ליוצא שלא מדעת מאי ולא דבר אחר רב חסדא אמר זה תכשיט רב יוסף אמר צדקה מ"ד תכשיט כ"ש צדקה ומ"ד צדקה אבל תכשיט יהבינן לה דלא ניחא לי' דתנוויל וע"ש בר"ן שהק' על הרמב"ם במה שפסק דפוסקין צדקה בנשתטה דהא דבר אחר היינו תכשיט וא"כ צדקה מנא לי' ע"ש ובכסף משנה סוף הל' נחלות כת' ליישב וז"ל ואפשר שטעם רבינו משום דמסתמא כל אדם ניחא ליה למעבד צדקה מממונו וגם כי ממונו של אדם משועבד לעשות צדקה ממנו וכשהלך למד"ה אין פוסקין צדקה מפני שהוא עוש' צדקה בכ"מ שהוא וה"ט דאיפלגי רב חסר' ורב יוסף בפי' ד"א דגבי מי שהלך למד"ה ולא איפלגי בד"א דגבי מי שנשתטה עכ"ל ומדברי כסף משנה שכ' דממונו של אדם משועבד לעשות ממנו צדקה נראה דס"ל דשייך בצדקה דין שעבוד כמו בשאר חובות אבל דעת הר"ן דבצדקה לית ביה משום שעבוד נכסי ע"ש פ' נערה כת' בשם הרשב"א דגבי צדקה לא נחתינן לנכסי' מהא דאמרינן גבי הלך לדעת דאין הב"ד נותנין צדקה מנכסיו ואי הוי נחתינן לנכסיה אפי' שלא בפניו נמי עכ"ל ומבואר דס"ל דליכא שעבוד גבי צדקה אלא דהר"ן שם הקשה על הרשב"א וז"ל ותמה אני היאך כ' דאפי' בדאי' לא נחתינן לנכסי' דהא אמרינן לעיל דמי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו וזנין וכו' ודבר אחר ואמרינן לעיל דהיינו צדקה ואם אי' דאפי' בפניו לא נחתינן לנכסי' כ"ש שלא בפניו לפיכך נראה דודאי בשביל צדקה יורדין לנכסיו בפניו וכמ"ש הרמב"ם פ"ז מהל' מתנות עניים מיהו שלא בפניו אפשר דביוצא לדעת לא נחתינן לנכסי' דאמרינן לעיל גבי מי שהלך למ"ה אבל לא ד"א עכ"ל. ואיכא למידק ממ"נ אם צדקה הוא בתורת חוב שייך בי' שעבוד נכסי א"כ שלא בפניו נמי ואם אינו אלא למצוה בפניו אמאי יורדין לנכסיו ועמ"ש בזה בסי' נ"ט סק"א דאפי' היכא דליכא שעבוד נכסי כיון דמצוה הוא וכופין אותו בשוטים לקיים המצוה גם זה הוא כפייתו להוריד לנכסיו וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו ס"פ בתרא דב"ב דאפי' למ"ד שעבוד' לאו דאורייתא ופריעת בע"ח מצוה נמי נחתינן לנכסיה מדין כפי' ומקיימין מצות עשה שלו בע"כ ע"ש ומש"ה שלא בפניו דליתי' בדין כפי' כיון דליתי' קמן לית לן למיחת לנכסיו היכא דלא אשתעבד נכסי ע"ש. וז"ל הרמב"ם פ"ז ממתנות עניים ומי שנותן פחות ממה שראוי לו ליתן ב"ד כופין אותו ומכין אותו מכות מרדות

עד שיתן מה שאמדוהו ליתן ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי ליתן עכ"ל ומשמע דוקא בפניו אבל שלא בפניו לא והוא מה"ט שכתבנו דליכא תורת כפי' שלא בפניו. וכ"כ בש"ע י"ד סי' רמ"ח כלשון הרמב"ם ויורדין לנכסיו בפניו ומשמע הא שלא בפניו לא ובש"ך שם ז"ל בפניו בב"ח נרא' שהבין דר"ל אפי' בפניו ואין ממתינין עד שיתן הוא בעצמו אלא כיון שלא רצה ליתן שוב אין שומעין לו ויורדין לנכסיו אף בפניו ול"נ דר"ל דוקא בפניו לאפוקי אם אינו כאן דאין יורדין לנכסיו עד דמודעינן לי' אם אפשר דלא גרע מחוב וכמו שנתבאר בח"מ סי' ק"ו וכן לעיל סי' רמ"ה בהג"ה עכ"ל. ותמהני על הב"ח וש"ך דהא מבואר להדיא בפ' נערה דמי שהלך למד"ה אין ב"ד יורדין לנכסיו לדבר אחר דהיינו צדקה וכמ"ש הר"ן ואין ממתינין עד דמודע לי' אלא אין נותנין כלל מנכסיו צדקה שלא בפניו והטעם כמ"ש דאין תורת כפי' שלא בפניו או כמ"ש בכסף משנה משום דנותן צדקה במקום שהוא וזה בלי ספק כוונת הרמב"ם וש"ע דוקא בפניו אבל שלא בפניו אין יורדין כלל לנכסיו:

אמנם מדברי הגהת מיימוני נראה מבואר דאפילו שלא בפניו יורדין לנכסיו לקיים מצות עשה שלו וע"ש שכת' בפ"א מהל' ת"ת וז"ל כת' מוהר"ם ז"ל דכייפינן לי' ללמדם או להשכיר להם מלמדים דמ"ש האי עשה דולמדתם אותם את בניכם משאר עשה דכייפינן לקיים עשה דסוכה וכן למ"ד פריעת בע"ח מצוה אמר בפרק הכותב דכופין אותו לפרוע וכשם שחייב למול את בנו ולפדותו דכופין אותו לקיים וכיון דהא מלתא חובה ה"ל כשאר בע"ח ועבדינן בהא מלתא כמ"ש רבינו אלפס וכו' ואי לא אפשר לשדורי לי' לאודועי עבדינן כרב נחמן עד כאן לשונו ולדברי מוהר"ם צריך לומר הא דבהלך למד"ה אין ב"ד יורדין לנכסיו כלל דסבירא ליה כשטת הר"ן פ' נערה דהא דאמרו בהלך למד"ה דאין יורדין לנכסיו לצדקה היינו בדלא אמיד וע"ש ומה"ט נמי נראה דפסק הרמ"א בסי' רמ"ה כדברי מוהר"ם משום דדעת הרמ"א באה"ע סי' ע"א כדעת הר"ן דוקא בדלא אמיד שאין הדבר עליו חוב גמור אבל היכא דאמיד יורדין לנכסיו במה שהוא מחויב בתורת צדק' אפי' בהלך למד"ה וע"ש בר"ן וכיון דהרמ"א ס"ל כדעת הר"ן שם באה"ע סע"א מש"ה פסק בת"ת כדעת מוהר"ם דאפי' שלא בפניו נמי יורדין לנכסיו לקיים מ"ע שלו אבל דעת הרמב"ם בפ' י"ב מהלכות אישות דאפי' באמיד אין יורדין לנכסיו בהלך למד"ה וכן דעת הש"ע באה"ע שם א"כ ודאי מ"ש הרמב"ם וש"ע ב"ד יורדין לנכסיו בפניו היינו דוקא בפניו ושלא בפניו אין יורדין כלל לנכסיו וזה ברור. מיהו נראה דלפמ"ש בכסף משנה בטעמא דהלך למד"ה אין ב"ד יורדין לנכסיו משום דעושין צדקה בכל מקום שהוא וא"כ בפניו נמי טעמא דמשום דכל שלא בפניו עושה צדקה במקום שהוא וא"כ יכול

להיות דמודה נמי הב"י להך דינא דמוהר"ם בתלמוד תורה דב"ד יורדין לנכסיו שלא בפניו להשכיר מלמד בתר דמודע ליה ומשום דהתם לא שייך הך טעמא דגבי צדקה דעושה במקום שהוא ובת"ת מחויב ללמד את בניו והבנים כאן ובעיקר דברי הכסף משנה שכת' דממונו של אדם משועבד לעשות ממנו צדקה ונרא' מיניה דס"ל שעבוד נכסיו בצדקה כמו בשאר חוב לענ"ד כן הדברים נכונים דכיון דקי"ל שעבודא דאורי' במלוה ומכ"ש במלוה הכתובה בתורה א"כ לא גרע מצות צדקה ממצות פדיון הבן דשעבוד' דאו' כמו שמבואר בפ' יש בכור וכן גבי עולת יולדת דמביאין יורשין עולתה למ"ד שעבוד' דאו' פ"ק דקידושין וכן נראה מהא דכת' הרמב"ם בנשתטה דב"ד יורדין לנכסיו לצדקה ואם אין בו משום שעבוד נכסי אלא מצוה הוא דרמי' עליה א"כ היכי מעשין את השוטה למצות כיון דפטור הוא מסוכה ומלולב אמאי יתחייב יותר בצדקה אלא נראה מזה דשעבוד נכסי אית ביה דממונו משועבד כמו בשאר חובות. ובזה ניחא לענ"ד פסק הב"י הובא בשאלות ותשובות רמ"א בנודר ומת דמחויבין היורשין לקיים נדרו וע"ש שהשיג הרמ"א בתשובה שם סי' מ"ח. אמנם נראה ליישב דברי הב"י דכיון דמצות צדקה יש בו משום שעבוד נכסיו א"כ ה"ה בנודר כיון דכתי' בפיך זו צדקה אית ביה נמי שעבוד ולא גרע משאר חוב דאפי' מלוה ע"פ דעת הרמב"ם וכמה פוסקים דשעבוד' דאורי' וכיון דשעבוד' רמי אנכסי כמו בפדיון הבן ובעולת יולדת דתורה צוה ליתנו נשתעבדו נכסים ה"ה בנדר דכתיב בפיך ודריש מינה פ"ק דר"ה זו צדקה שעבוד' אנכסי ומחוייבין היורשין לשלם מנכסי אביהן. ורמ"א שם האריך בראיות דנודר ומת אין היורשין צריכין לקיים נדרו ומ"ש ראיה מתשובת הריב"ש סי' שכ"ה ושל"ה דנשבע לקיים קנין בדשלבל"ע אע"ג דמחויב לקיים שבועתו אם מת אין היורשין צריכין לקיים וה"ה בנ"ד דאינו אלא משום נדר וע"ש: אמנם לפמ"ש דנודר נשתעבדו נכסי כיון דהתורה צוה אותו בכך דכתי' בפיך זו צדקה א"כ שבועה שאני דשבועה אינו אלא משום בל יחל דברו ואינו מדבר במצות שבממון אלא להרע או להיטיב שאוכל ושלא אוכל וא"כ ודאי לא שייך ביה אלא איסור בל יחל ונכסוהי לא אשתעבד לקיים השבועה ומש"ה יורשין פטורי אבל בפיך זו צדקה דבמצוה שבממון הכתו' מדבר ה"ל כמו שארי מצות שבממון שבתורה דנכסוהי אשתעבד: עוד שם ברמ"א ראיה מדברי המרדכי פ' מי שמת באלמנה א' שציותה בואו בחדרי אחר מותי וקחו כך וכך לצדקה ופסק מוהר"ם דמכח מתנת שכ"מ לא קנה הקדש דהא חזר' קודם מותה וכו' ואין לומר תתחייב לתת ממונא כך וכך לצדקה מטעם נדר דאין בל' זה לשון נדר וכו' ועוד נרא' לרבינו מאיר דאפי' אמרה אתן כך וכך לצדקה לאחר מותי לא נעשה נדר ומצי למיהדר ולא דמי לאומר סלע זו לכשיבא לידי אתננו לצדקה דהוי נדר כו' דהתם כשבא

חי הלכך בהאי שעתא אמרי' ליה קיים נדרך אבל בשכ"מ בשע' דהוי לנדריה למיחל ולקיים אותו כבר מת ונעשה חפשי מן המצות ע"ש והתם היינו טעמא דכיון דהנידר היה בפי' לאחר מותו א"כ בחייו לא חל נדרו ולא נשתעבדו נכסים. וראיתי שם בתשובת רמ"א בהג"ה וז"ל וכן משמע בתוס' פ"ק דערכין (דף ז) ע"ב דנודר ומעריך אין היורשין צריכין לקיימו דה"ל מלוה ע"פ ואינה נגבית מן היורשין וכן הוא בפ' האומר משקלי עלי (ערכין דף כ' ע"א) והיא משנה שלימה הנודר ומת אין היורשין חייבין לשלם עכ"ל הגה"ה והיא הג"ה תמוה דאדרב' מפורש תנן בפרק האומר משקלי האומר ערכי עלי ומת יתנו היורשין כו' דמיו של פ' עלי ומת הנודר יתנו היורשין. ובגמ' אמרו עלה ש"מ מלוה ע"פ גוב' מן היורשין ודחי לה כשעמד בדין וממילא לדידן דקי"ל מלוה ע"פ גובה מיורשין אפי' לא עמד בדין וכמ"ש הראב"ד פ"א מערכין ועש"ך ח"מ סי' ל"ט וגם מדברי תוס' (דף ד) לאו ראיה כלל ומבואר מדבריהם דלדידן דקי"ל כר' יוסי בגוסס ויוצא ליהרג ונודר ומעריך הזקן חייבין היורשין לשלם וזה פשוט שם אלא דלדעת הרמ"א שעבוד נכסי אינו אלא בערכין או בדמי עלי ולדעת הב"י נראה דס"ל דאפי' נודר לצדקה נמי נשתעבדו נכסי כמו כן. והא דהקשה הב"י בסי' רי"ב על דברי הרמב"ם שכת' בשכ"מ שאמר פירות דקל זה לעניים ומת דצריכין היורשין לקיים והקשה כיון דאינו אלא משום נדר וכיון שמת אין היורשין צריכין לקיים נדרו וע"ש והא לפמ"ש דנודר לעניים אית ביה שעבוד נכסים משום דהתם כיון דפירות דקל ה"ל דשלבל"ע ואין הנדר אלא על קרקפת' דגברי שכשיבואו פירות דקל לעולם מחויב לקיים נדרו אבל מהשתא לית ביה שעבוד נכסי כיון דה"ל דשלבל"ע ולא חייל אלא לכשיבואו יהיה מחויב לעמוד בנדרו וליתנו לעניים וכיון דמית ודאי פקע נדר אבל בנודר בדבר שבא לעולם דנדרו מהשת' חייל איכ' למימר דאית ביה נמי שעבוד נכסי ומוהרי"ט חלק ח"מ סי' ג' האריך בזה להוכיח דנורר ומת אין יורשין מחויבים בנדרו ומייתי שם ראי' מריבית דרחמנ' חייביה להחזיר כדכתי' וחי אחיך עמך ואם מת אין היורשין מחוייבין להחזיר וכן בגזל הגר דמחויב לקיים מצות השבה לכהנים ותנן בהגוזל קמא הי' מעלה את הכסף ואת האשם לירושלים ומת הכסף ינתן ליורשים וע"ש. ולפמ"ש דבנודר הטעם משום שעבוד נכסי א"כ תו לאו ראי' מריבית דיורשין פטירי דהתם גלי קרא דלית בהו משום שעבוד וכמ"ש הריב"ש סי' ש"ה דאין הב"ד יורדין לנכסיו בריבית קצוצה אלא מכין אותו עד שיחזיר ומשום דשעבוד נכסים ליכא בריבית תדע דהא הניח להם אביהם מעות של ריבית אין חייבין להחזיר ואלו בגזל מחויב לאהדורי כל שהגזיל' קיימת או שהניח להם אביהם אחריות נכסים אלא ודאי ליכא הכא אלא עשה דוחי אחיך עמך ע"ש בשם הרשב"א וכיון

דהא דבנים אין מחוייבין להחזיר נפקא לן מקרא בפ' איזהו נשך ע"ש דכתי' וחי אחיך עמך לדידיה אזהר רחמנ' לברי' לא אזהר וא"כ בזה גלי קרא דאין בו משום שעבוד נכסי כיון דלברי' לא אזהר וכמ"ש הרשב"א והריב"ש דמה"ט מיניה נמי אין גובין מנכסיו אלא מכין אותו. אבל בנודר לצדקה דלא גלי ה"ל כמו שארי מלוה הכתוב' בתור' וא"כ יורשין נמי מחוייבין להחזיר ובמשנ' למלך פ"ד ממלוה כת' וז"ל ודע שבעל החינוך כת' שיש אומרים דבריבית קצוצ' ב"ד יורדין לנכסיו ומוציאין ממנו כגזילות וחבלות ולסברא זו הא דאם מת דהבנים פטורין אפי' הניח אחריות נכסים גזירת הכתוב הוא עכ"ל. ולי נרא' דודאי דברי הרשב"א נכונים במה שהוכיח דליכא שעבוד בריבית מדגלי קרא דהבנים פטורין וכמ"ש הריב"א בשמו אלא הא דס"ל לי"א דב"ד יורדין לנכסיו היינו מדין כפיה וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו ס"פ בתרא דב"ב דאפי' למ"ד פריעת בע"ח מצוה שעבוד לאו דאוריי' ב"ד יורדין לנכסיו ומקיימין מצות עשה שלו בע"כ וכמ"ש בסי' ל"ט ע"ש ומ"ש מוהרי"ט ראי' מהא דתנן הכסף ינתן ליורשין כו' התם הטעם משום דכסף ואשם לכפרה ואין כפרה למתים ואפילו למ"ד שעבוד' דאוריית' דמביאין יורשין עולתה ולא חטאתה שהיא לכפרה ואפי' הכסף שכבר נתן אי לאו דמכפר מחצה מהדר ליורשין וכדאי' שם ר"פ הגוזל. ובשו"ת מוהר"ם אייזן שטאט ח"ב סי' קל"ד שם כת' דנודר ומת אין היורשין מחוייבין לקיים נדרו וכמ"ש הרמ"א סי' רנ"ב ומשום דלא אמרו אמיר' לגבוה כמסיר' להדיוט אלא גבי הקדש אבל בעניים אינו אלא משום נדר וע"ש שכת' וז"ל ותדע דהא הטור בי"ד סי' רנ"ח כת' אמירת אדם לגבוה כמסירתו להדיוט לפיכך מי שנדר לצדקה אי אפשר לחזור בו וה"מ בלא שאלה אבל אם מתחרט כו' שנשאל עליו ומתירו כל זמן שלא יצא מתחת ידו ואם מסר חובו במעמ"ש לגבאי' כו' א"א לחזור בו וכת' הב"ח דג"כ לא יוכל לשאל עליו דה"ל כאלו כבר יצא מת"י וכ"כ הש"ך ואי ס"ד דבצדקה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ממש איך כת' הטור שנשאל לחכם ומתירו אע"כ דקונ' מטעם נדר עכ"ל וא"ז ראי' כלל דהא בהקדש ודאי קונ' ממש כמסיר' ואפילו בקדשי מזבח נמי מהני שאלה אלא ודאי אתי דיבור ומבטל דיבור אלא דוקא היכא שקנ' הקדש במשיכ' או במעמ"ש דאז לא אתי דיבור ומבטל מעשה ומשום דלא גרע כח הקדש מכח הדיוט כל שנעש' בקנין המועיל וכמבואר בש"ך בסי' רנ"ה בשם תשובת מוהר"ב אשכנזי. עוד כת' שם הגאון מוהר"מ א"ש הא דאמרי' שור זה עולה בית זה הקדש שאפי' בסוף העולם קונה ונרא' דאם מת שמחויבים היורשין להבי' קרבנות אלו משום דהתם דחל עליהם הקדש קדושת הגוף איך יעלו בהקדש ע"ש וא"ז טעמו דהא אפילו באומר הרי עלי מנה לבדק הבית נמי מחויבין היורשין לשלם המנה אשר נתחייב כמו באומר דמיו של פ'

עלי אלא דלגבוה אמירתו כמסיר' להדיוט וקונ' הקדש מה שהקדיש או מה שהתחייב עצמו כאלו עשה בקנין המועיל להדיוט ומש"ה כיון שקנ' ההקדש את הדבר שהקדיש או החוב שהתחייב עצמו באומר עלי מנה לבדק הבית מחויבין היורשין לשלם ושעבוד נכסים אית ביה אלא בנודר לעניים הוא דס"ל להרמ"א כיון דנודר לעניים אינו עושה קנין דלא אמרו אמיר' לגבוה כמסיר' אלא בהקדש ולא לעניים ואינו אלא משום נדר וא"כ אינו אלא אקרקפתא דגבר' ולא על היורשין וכל זה פשוט:

אמנם לענ"ד נרא' דאפי' נימ' בנודר לעניים לית ביה משום שעבוד נכסים וכדברי הרמ"א בתשו' סי' מ"ח וכמו שנרא' מרברי הפוסקים מכל מקום נרא' דהיינו דוק' בנודר דאינו עושה קנין ואינו אלא משום נדר להכי אין בו אלא משום בל יחל וכמו בנשבע דאין על היורשין לקיים שבועתו אבל בצדק' נרא' לענ"ד כדברי כסף משנה כיון דכתיב' בתור' מצות צדקה הרי הוא כמו מצות הענקה דיש בו משום שעבוד נכסי וממונו משועבד ליתן לעניים והא דאין יורדין לנכסיו כשהלך למד"ה היינו כמ"ש שם בכ"מ משום דעושה צדקה בכל עת במקום שהוא. ובזה נרא' לענ"ד ליישב קושיות תו' בהא דאמרינן פ"ק דב"ב אכפי' ר' אמי לצדקה דהא אמרו כל מצות עשה שמתן שכרה בצדו אין ב"ד כופין עליה וע"ש וכבר נתקשו בו כל הראשונים. ולפמ"ש דבצדקה אית ביה שעבוד נכסי ליתן ממונו לצדקה וא"כ ממון עניים גבי' הוא כאלו חייב להם חוב ממש א"כ זה שאנו כופין אותו היינו להחזיר לעניי עולם מה שחייב להם ובזה ודאי אפי' מתן שכרה בצדו נמי מוטל על הב"ד להחזיר מה שחייב כיון דנכסוהי נשתעבדו ודוקא מצות עשה שאין בו משום שעבוד נכסי הוא דאמרי' כיון דמתן שכרה בצדו אין ב"ד כופין וזה נכון היטיב ועמ"ש בסי' כ"ו סקכ"א:

סעיף ד

דמי יימר דמשתבע ולא מיקרי פשיעה ז"ל המרדכי פ' המפקיד נשאל לרבינו מאיר על ראובן שטען על אפוטרופוס שלו שפשע שטען בב"ד מה שלא ציוה לטעון אמת שאפוטרופוס חייב בפשיעה כו' מיהו מה שאתם קורין פשיעה אם טוען ראובן אם היית טוען כדברי הוי משתבענא ושקילנ' או משתבענ' ולא משלמנ' והשתא לפי דבריך נשבע שכנגדו או שקיל בלא שבועה כל כה"ג לאו פשיעה ואפי' דינא דגרמי לא הוי אלא גורם לממון וכדאי' פ' שבועת העדות מי יימר דמשתבענא או מי יימר דמשתבע הוא ולא קי"ל כרבי שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון ולא מיקרי פשיעה אלא א"כ שכדברי ראובן הי' פטור בלא שבוע' וכרברי האפוטרופוס נוטל היאך בלא שבועה עכ"ל. וקשיא לי טובא דודאי הך חלוקה דאם הי' טוען כדברי ראובן הוה שקיל בשבועה ועכשיו נפטר

הנתבע בלא שבועה דזה לא מקרי מזיק ממון דבזה הוא דאמרו כה"ג דלאו ממון הוא שם שבועות דף ל"ב גבי הכל מודים בע"א כשכנגדו חשוד על השבוע' מי יימר דמשתבע ולא הוי העד כופר בכפירת ממון דמי יימר דמשתבע התובע אבל היכא דלפי דברי ראובן הוי נשבע ונפטר והשתא לפי טענת האפוטרופוס שקיל אידך בלא שבוע' בזה לא אמרו מי יימר דנשבע הנתבע דהא תנן בפ' שבועת העדות כפר אחד והודה א' הכופר חייב ואע"ג דהי' צריך הנתבע לישבע נגד העד וכל שבועת העדות אינו אלא במטלטלין ולא אמרינן דהכופר אינו כופר כפירות ממון דמי יימר דנשבע הנתבע אלא ודאי כל שאין לו על הנתבע אלא שבועה ולפי דברי העד יטול ממון ה"ל כופר כפירת ממון ולא אשכחן בגמ' מי יימר דמשתבע הוא והמשביע ע"א שפטור היינו משום מי יימר דלא נשבע ע"ש פ' שבועת העדות אבל לא אמרו מי יימר דמשתבע הוא אלא לר"ש דס"ל דבר הגורם לממון כממון וחייב לדידיה משביע ע"א משום מי יימר דמשתבע הוא ופרש"י שם דרוב בני אדם אין נשבעין לשקר ע"ש דף ל"ב ע"א והיינו משום דידוע לעד שבשקר נשבע וא"כ אינו אלא לרבי שמעון אבל לדידן דלא קי"ל כר' שמעון המשביע ע"א פטור ע"ש ולא אמרינן מי יימר דמשתבע הוא. וא"כ אדרב' מוכח דכל כה"ג דלא הי' על הנתבע אלא שבועה והשתא שקיל אידך בלא שבועה ה"ל ממון ממש מדחייב הכופר אע"ג דכבר נתחייב הנתבע שבועה ע"פ ע"א ומי יימר דמשתבע ונרא' דרבינו מאיר ס"ל מסברא דכי היכא דאמרינן מי יימר דמשתבע התובע ולא כפר ליה לתובע כפירת ממון ומשום דכל זמן שלא נשבע התובע אומר לו מי יימר דמשתבעית ה"נ בזה שראובן טוען אלו הוי טוען כדבריו הי' נשבע ונפטר והשתא לפי דבריו משלם ושקיל אידך בלא שבועה אומר לו נמי מי יימר דמשתבעת וא"כ לא הזקתיך כלום. אמנם אם הי' טוען כדברי ראובן הי' ראובן נוטל בלא שבועה ועכשיו כפי דבריו נשבע שכנגדו ונפטר דזה ה"ל ממש כהאי דכפר א' והודה א' כיון דהשבועה ביד שכנגדו לא מצי אמר מי יימר דנשבע שכנגדו דהא בכפר א' נמי כבר הי' חיוב שבועה על שכנגדו וה"ל כופר כפירת ממון ממש דהפסיד ממון ממש במה שכבש עדותו דהא אם הי' מעיד הי' נוטל ממון ועכשיו אין לו אלא שבועה ואם כן ה"ה גבי אפוטרופוס כה"ג מיקרי מזיק ממון ממש ודו"ק ואכתי צ"ע:

סעיף ה

התחיל להתעסק בצרכיהם אינו יכול לחזור בו והוא בתוספת' וע' טור וצריך להבין מ"ש מפועל דיכול לחזור בחצי יום ועיין מ"ש בסי' רצ"ג סק"ב בשם הריטב"א דאפילו שומר לזמן יכול לחזור תוך הזמן מהאי טעמא דפועל. ונרא' משום דטעמא דפועל חוזר היינו משום דכתי' כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים וכיון דאפוטרופוס מצוה

קא עביד הוה ליה עבד ה' והרב המגיד פרק י"א מנחלות במה שאמרו בגמרא מינהו אבי יתומים אי רמי שבועה עליה אתי לאמנועי וז"ל ומכאן נרא' ללמוד שאין ב"ד יכולין לכוף שום אדם להיות אפוטרופוס על יתומים ואינו חייב לקבל האפוטרופסות בע"כ ודבר ברור הוא שאין זה מצוה שהבית דין יכופו עליו עכ"ל הרי דס"ד שיכופו עליה בתחל' אלא שאין זה מצוה שהב"ד יכופו עליה אבל אם כבר התחיל בה כופין אותו שלא לחזור דכיון דמצוה הוא ולא שייך ביה עבדים לעבדים וכמ"ש:

סימן רצא

סעיף א

ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה וביוקרא וזולא. מבואר מדברי הרב המגיד דכל השומרין משלמין כשעת הפשיע' ע"ש פ"ה משאלה. וכ"כ בש"ך סי' רצ"ה סק"ו בפשיטות דכל השומרין משלמין כשעת הפשיעה. אמנם צריך להתבונן דמ"ש מגנב וגזלן דאין משלמין אלא כשעת הגזיל' והנה ראיתי בשטה מקובצת ס"פ המפקיד גבי איתבר ממילא משלם זוזי וז"ל משום דהשת' לא עביד ולא מידי אני תמה כיון דאמרינן דכי אי' הדרא למרא בעיניה ורחמנ' חייביה לגזלן באונס אמאי לא מחייב באונס דהשתא כו' ותברא דממיל' נמי איהו מחייב עלה דהא חייב באונסין כשואל אטו כה"ג מי לא משלם ד' ויש לומר דשאני שואל דמשעת משיכה מחייב במזונותיה ולא מחייב באונסין עד שעת שבורה ומתה וברשותא דמארי' הוא למכיר' וק"ו להקדש אבל גזילה כיון דמשעת משיכה חייב באונסין ונפקא נמי מרשות בעלים בהקדש לא מחייבינן ליה באונסין אלא דשעת משיכה דגזילה כשעת שבורה ומתה דשאול' להאי שעתא חייב עלה הרמב"ן ז"ל עכ"ל. ולפ"ז לדעת הפוסקים דשומרין מתחייבין משעת משיכ' שהוא תרי לישנ' בש"ס ר"פ אלו נערות בשומר מאימת מחייב אם משעת משיכה או משעת אונסין וא"כ להך לישנא דמחייב משעת משיכה תשלומין דידיה ביוקר' וזולא נמי כשעת משיכ' ואע"ג דמשמע בהדיא בש"ס ס"פ המפקיד דמשלם כשעת פשיעה ע"ש דמפרש פלוגת' דב"ש וב"ה בשולח יד דסברי ב"ש דילקה בחסר וביתיר וב"ה סברי כשעת הוצאה מן העולם ומוקי לה בנטלה לטלטל עליה גוזלות דב"ש סברי שואל שלא מדעת גזלן הוא וב"ה סברי שואל הוי מ"ש ומוכח דשואל אינו משלם אלא כשעת הוצא' מעולם איכא למימר דסברי כהך לישנא דשומר מתחייב משעת אונסין אבל למאן דפסק כהך לישנ' דשומר מתחייב בשעת פשיעה ומפרש לפלוגת' דב"ש וב"ה דפליגי בשבח גזילה כדמפרש לה שם במסקנא דאידחי הך אוקמת' ע"ש וא"כ לפ"ז איך כת' הרב המגיד

בפשיטות דשומר משלם כשעת הפשיע' כיון דדעת הרמב"ם פ"א משאל' דשומר מתחייב מעידן משיכה. וכן העלה בש"ך סי' שמ"א ע"ש אלא דבשטה שם כת' עוד ז"ל הריטב"א איתבר ממילא כו' וא"ת כיון דגזלן הוא וחייב באונסין למה אינו משלם כשעת אונסין דשואל כשעת אונס הוא דמשלם כדמוכח בשמעתין דלקמן וי"ל דשואל לא קני כלל ולא אפקי' מרשותיה כי הבעלים יכולין למוכרו ולהקדישו הלכך חיובו על שעת האונס אבל גזלן משעת גזילה אפקי' מרשות בעלים למכיר' ולהקדש וכיון שכן על האי שעת' בעינן לחייבו כל היכא דלא עבד בה מעש' אחריני עכ"ל. וגם בזה לבי מהסס דנרא' דאפי' מאן דפליג אדר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו בעלים שניהן אין יכולין להקדישו דהא ריש לקיש ס"ל פרק מרובה דגזלן יכול להקדיש אע"ג דאינו ברשותו ותנאי פליגי שם בזה ע"ש צנועין ור' דוסא אמרו דבר א'. ובזה כ"ע מודי דכל הגזלנין משלם כשעת הגזיל' דלפמ"ש הריטב"א תלי' זה בזה לפי שהגזלן אפקי' מרשות בעלים למכיר' ולהקדש מש"ה כשעת הגזיל' הוא משלם וא"כ למ"ד דיכול להקדיש דבר שאינו ברשותו כל הגזלנין משלמין כשעת הוצא' מן העולם ולא אשכחן מאן דפליג במתני' דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה. ועוד דבמרובה שם דף ס"ט אמרו רבי יוחנן סתמ' אחריני אשכח דתנן אין הגונב אחר הגנב משלם כפל ע"ש ולא אשכחו האי סתמא דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזיל' דמינה משמע דנפקא מרשות בעלים להקדש כמ"ש הריטב"א ולכן מסתברא כדברי הרמב"ן דגזלן משעת משיכה מתחייב אבל שומר משעת פשיעה ולהך לישנ' פ' אלו נערות דחייב משעת משיכ' כבר כת' הריטב"א דלהך לישנא נמי לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא כל כמה שהוא בחיים ברשותיה דמארי' איתיה וליכא על השומר שום חיוב אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיכ' חיובא עליה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכ' והובא בשטה מקובצת פרק השואל (דף צ"ה) וא"כ כיון דלא מחייב חיוב גמור משעת משיכה אלא דלכי נגנבה או נאנסה ואיכ' חיובא עליה משתעבדי נכסי למפרע א"כ לא משתעבדי נכסי אלא כערך החיוב בשעת אונסין ביוקר' וזולא דידיה אבל בגזלן רמי חיובא עליה ממש משעת הגזיל' ודו"ק. ועמ"ש סי' ש"מ סק"ג:

סעיף ב

אבל אם אמר לו הנח לפניך. ומשום דלא קיבל עליו שמירה אפי' ש"ח לא הוי ומש"ה פטור נמי מדין שבועה דלא רמי רחמנ' שבועה אלא בשומרין וזה אינו שומר ומיהו כת' הרמב"ם פ"ב משכירות ז"ל טען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך כו' נשבע היסת כו' וכולל בשבועתו שלא שלח בהן יד וכו' וכתבו בש"ע סי' רצ"ו סעיף ז' ומשמע דבשליחות יד חייב אפי' באומר הנח לפניך כ"כ בסמ"ע סי' רצ"ו שם דאם שלח

בה יד חייב באונסין. אמנם דכל שאומר הנח לפניך ושלח בה יד אינו חייב אלא מדין גנב וגזלן וכמו שאר כל אדם אבל שליחות יד דחדית רחמנ' לחייב בשומרין הוא ענין אחר ומזה פטור כל שאומר הנח לפניך. ומבואר בשטה מקובצת ע"פ המפקיד בסוגי' דשליחות יד וז"ל וגזלן ושואל שלא מדעת שייכי בכל אדם בין שומר בין אינש דעלמא אבל שולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמו מוכיח עליו וכדקאמר קרא גבי שומרין אם לא שלח ידו והנוטל לגזול על דעת ליטלה כולה או ליטלה מקצתה או שיחסרנה ולא ישלם לבעליו והוא חייב באונסין מכיון שמשך לדעת כן אע"פ שלא חסר והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל או מקצת ע"ד לשלם לבעלים עכ"ל. וע"ש עוד נ"מ בין שליחות יד דשומרין לגנב וגזלן וא"כ כל שאומר הנח לפניך אינו שומר ואינו חייב אלא מתורת גנב וגזלן והיינו שלא ע"מ לשלם אבל על מנת לשלם דפטור מאונסין לפמ"ש בשטה ואינו אלא מתורת שליחות יד דשומרין זה שאומר הנח לפניך פטור וא"כ זה שכת' הרמב"ם וש"ע סי' רצ"ו וכולל בשבועתו שלא שלח בה יד דמשמע דמיירי משליחות יד דשמו מוכיח עליו בדיני שומרין הוא לאו דוקא דכיון דאילו שומר לא הוי אלא כשאר אינש דעלמ' וא"כ אינו אלא שולח יד דחייב עליו כל אדם וכן הא דחדית רחמנא בשומרין לחייב משום שולח יד ע"י שלוחו מדכתי' על כל דבר פשע זה שאומר הנח לפניך דאינו שומר דאינו חייב אלא מדין גנב וגזלן פטור ע"י שליח:

סעיף ג

או שאמר לו הרי הבית לפניך. כת' מוהרי"ט חלק ח"מ סי' קט"ז בראובן שאמר לשמעון הולך פקדון זה לפ' א"ל איני מוליכו כי מתיירא אני פן יאבד בדרך וה"ז מחלוקת ע"כ אינו נוטלו מידך אם רצונך שאוליכהו דרך חסד השליכהו ארצה ואקימהו מן הארץ ויחשב אצלי כמציאה כי מקרי הדרכים רבים וישליכהו ארצה ויקימהו כו' ע"ש תשוב' כו' ז"ל אמנם בנ"ד לא התנה בהדיא שלא יתחייב באחריות אלא שאמר שישליכהו ארצה ואפי' אם נאמר שלשון זה הוי כאומר הנח לפניך או כאומר הא ביתא קמך זהו כשמניח הפקדון על דעת שנשאר שם ומעולם לא נעשה שומר עליו אבל בדבר שנמסר ע"ד להוליכו בידו לעיר אחרת ודאי בהאי שעתא דאגבהה דין שומר יש לו וכו' מכל מקום כיון שסוף סוף נעשה שומר עליהם שהוא יוליכם שם דין שומר יש לו דלא גרע משומר אבידה וכו' שהרי כת' הרא"ש בתשובה הביאו בטור בראובן שאמר לשמעון הולך לו עמך אלה המנעלים וא"ל הוליכהו על החמור ונאבדו המנעלים והשיב מה שאמרו הא ביתא קמך אפי' ש"ח לא הוי זהו בבית הנפקד שהוא במקום המשתמר אבל ראובן שנתרצה להוליך המנעלים עמו פשיטא שקיבל עליו שמירה כדין ש"ח שאם לא ישמרם בדרך ודאי

יאבדו עכ"ל. והנה הרא"ש ז"ל פסיקא ליה מלתא ואני לומדה מדין אבידה דפ' הגוזל כדפירשנו ומה שאמר כאן השליכהו ארצה ויחשב אצלי כמציא' ואע"ג דמציא' חמירה טפי דחשיב ש"ש עליו משום פרוטה דרב יוסף כו' ולא אמר כן אלא לענין ששנינו בנזקין המוצא מציאה לא ישבע כו' אף כאן מה שאמר יחשב אצלי כאבידה שלא ישבע עליה קאמר וראיתי שנהגו רוב העולם מקבלי פקדונות שמונעים מלקבל הפקדון מיד המפקיד ואומרים השליכהו ארצה כדי להפטר ויצא להם ממה שאמרו הנח לפני או ביתא קמך דפטור ומסרכי ממילתא למילתא שעושין כן אף בפקדונות הנתונות להם להוליכם אל ארץ אחרת שסופן להיות שומרין עליה כדכת' הרא"ש ז"ל ול"מ מה שאומר הנח לפניך דסוף סוף חייב בשמירתה כדין אבידה ומצווה עלי' כדכתי' לכל אבידת אחיך והו"ל ש"ש משום פרוטה דרב יוסף ומ"מ אהני להו דבהאי מעשה שעושין מגלי דעתייהו דלא בעי להתחייב שבועה וכו' ע"ש. ותמהני במה שדורש לשון הדיוט שהכוונה הי' לענין מוצא מציאה לא ישבע מה שלא נעלם כי לא זו הי' הכוונה אלא לפטור עצמם מאחריות לגמרי ותנאי זה ודאי מהני לכ"ע דאפי' לפי דעת הרא"ש דהאי ביתא קמך ל"מ במוליך למקום אחר היינו מטעמא שכת' הרא"ש דודאי קיבל עליו השמירה שאם לא ישמרם ודאי יאבדו והיינו בסתמ' שהכוונה הי' שהדבר ההוא יהיה שמור וא"כ אמרינן דבבית המשתמר הא ביתא קמך היינו שישמור המפקיד עצמו אבל במקום שאינו משתמר ודאי צריך הי' שמיר' וא"כ מסתמא רוצה שישמרנו בעצמו אבל בנדון זה שמוליכי הפקדון צווחי ככרוכי' ואין רוצין לקבלן בשמיר' היכי בע"כ יהיו שומרין. וגם מ"ש מוהרי"ט על דברי הרא"ש ואני לומד' מדין אבידה לענ"ד אין זה ענין לאבידה דודאי אם לא הי' הכוונה לשמירה אין בזה משום שומר אביד' כיון דאביד' מדעת הוא ותמה אני לדברי מוהרי"ט א"כ מי שנוסע למרחקים דרך מקום אחריות ישליך את פקדונו על עגל' שלו והוא בע"כ יהי' שומר אבידה אלא ודאי לא מצי המפקיד לעשות מנכסיו דין אבידה ולחייב את חבירו שישמרנו בע"כ ואפי' נימא דאין זה אבידה מדעת אפ"ה כל שהתנ' חבירו בתחלתו שאינו רוצ' להוליכו ולשומרו עד שיפטרנו מדין שמירה ודאי פשוט הדבר שאינו שומר בע"כ ואפי' הולך לאבוד כיון שידעו הבעלים שהוא מקום אחריות ואדעת' דהכי קיבלו וא"כ נראה פשוט דהכוונ' במה שאמרו מוליכי הפקדון השליכהו ארצ' הכוונ' לפטור עצמם ולפי שסוברין שיתחייבו בע"כ לכך עושין תחבולה זו לו' השליכהו ארצ' וכו' ועכ"פ נראה מחשבתם שאין רוצים בשמיר' וא"כ ודאי פטורים מכל אחריות וז"ב:

סעיף ד

לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר כסף. כת' בהגהת מרדכי פ' הכונס ראובן ששאל סייף משמעון שהיה לו במשכון מעכו"ם ושואל ממנו ממון הרבה בעד הסייף שאבדו והשואל לא ידע שהיה סייף יקר מצי אמר נטירות' דסייף יקר לא קבלתי עלי כדאמרי' גבי נתן דינר זהב לאשה וכמו חטין מחופין שעורין וצ"ע עכ"ל. וביש"ש פ' הכונס כת' וז"ל ובאמת שצ"ע גדול בשלמ' גבי דינר המפקיר גופ' פשע שאמר לו של כסף הוא אבל אם אמר לו סתם הזהר בו פשיט' דחייבת וכן התם דחיפן בשעורין וא"כ זה לא הי' לו לידע יותר משעורין אבל מה שאדם מפקיד גבי חבירו וראה אותו פשיט' דמקבל עלי' כל שויו בין רב בין מעט דאל"כ כל א' שיתן לחבירו בפקדון אבן טוב שוה מאה מנה פשיט' דחייב לשלם מאה מנה ולאו כל כמיניה לו' סבור הייתי ששוה כסתם אבן פשוט זהב או ב' עכ"ל. ובש"ך בסי' ע"ב ס"ק מ' כת' עלה וז"ל ולפענ"ד דשפיר יש לדמותו להך דדינר זהב דהתם מה שאמר המפקיד של כסף היא לאו פשיעה דעשה כן כדי שתקבל עלי' השמיר' וא"כ ה"ל לאסוקי אדעת' שהוא של זהב ושאמר כן כדי שיקבל השמירה ואפ"ה פטרינן מטעם דנטירות' דכספא קבילת עלי וכן משמע בתוס' והגהת אשר"י ונ"י פ' הכונס גבי הא דמיבעי' בש"ס התם בהאי גברא דבטש בכספא דחברי' דגבי דינר זהב דחייב בהיזק' משום דה"ל לאסוקי אדעתא שאמר כן כדי שתקבל השמירה דירא שאם הית' יודעת של זהב לא היתה שומרה עכ"ל ואע"ג דמסתמ' אם הפקיד אצלו אבן טוב פשיט' דחייב כל שויו דסתם אבן טוב רגיל שהוא יקר ולכך קיבל עליו בין יקר ובין זול אבל סייף דאין רגילות שיהיה יקר ע"כ מצי אמר נטירות' דסייף יקר לא קבלתי עלי וכו' ומ"מ כיון דהמרדכי גופי' מסיק על זה וצ"ע ודאי הוי ספיק' דדינ' עכ"ל הש"ך. אמנם כדי לברר דין זה דע שאמרו ס"פ הכונס אמר רבא הנותן דינר זהב לאשה ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא הזיקתה משלמת דינר זהב משום דאמר לה מאי הות לך גבה דאזקת' פשעה בו משלמת של כסף דאמרה נטירות' דכספא קבילת עלי נטירותא דדהב' לא קבילית עלי א"ל רב מרדכי לרב אשי אתון בדרב' מתניתו אנן ממתני' פשיטא לן חטין וחיפן שעורין וחיפן חטין אינו משלם אלא דמי שעורין אלמא מצי אמר נטירות' דשערי קבלית עלי ה"נ אמר' נטירותא דדהבא לא קבילת עלי וכו' ובתר הכי בעי לה בהאי גברא דבטש בכספא דכספת' שדיא בנהרא מי מנחי אינשי מרגניתא בכסא או לא תיקו וכתבו תו' אפי' יש עדים שהזיק מבעי' ליה דשמא לא ה"ל לאסוקי אדעתא ולא אמרינן מאי ה"ל גבי דאזקתי' כיון דלא רגילי אינשי כלל לאנוחי בי' ול"ד לדינר זהב דלעיל דאיבעי לה לאסוקי אדעת' לפי דפעמים שהוא אומר כן דירא שאם היתה יודעת

שהוא של זהב לא היתה שומרתו ולא דמי לארנקי בגדיש דרגילין טפי ממרגנית' בכסא עכ"ל. והנה הא דמזיק חייב טפי מפשיעה לכאורה נראה משום דמזיק חמיר טפי שהוא בידים משא"כ פשיעה ומש"ה בדינר של זהב חייב במזיק ממש ופטור מפשיעה אמנם ליכא למימר הכא דהא ר' יהודה מחייב במדליק ארנקי בגדיש אע"ג דאינו מזיק ממש בידים אלא פשיע' הוא דהוי וגבי דינר זהב ר' יהודה נמי מודה דפטור דהא אמרו שם אנן ממתניתא פשיטא לן דתני חטין וחיפן שעורין כו' והאי לישנא דר' יהודה הוא שם דתני ומוד' ר' יהודה לחכמים במשאיל מקום לחבירו להגדיש גדיש וכו' חטין וחיפן שעורין שאינו משלם אלא דמי שעורין וא"כ מ"ש מדליק ארנקי בגדיש דמחייב ר' יהודא שהוא נמי אינו אלא מדין פשיעה ולאו מזיק בידים הוא. ועוד דהא כבר כתבו תוס' פ' כיצד הרגל דאע"ג דאדם מועד לעולם בין שוגג בין במזיד אפ"ה באונס אפי' מזיק בידים פטור והעלו דאונס שהוא כעין אבידה חייב בו אדם המזיק ואונס שהוא כעין גניבה פטור וכן מבואר בטור ורמ"א סי' תכ"א וכיון דאפי' גבי שואל שהוא חייב בכל האונסין עלה בספק במרדכי לומר לא ידעתי שהוא סייף יקר א"כ מכ"ש אדם המזיק שיהי' פטור היכא דאינו ידוע לו שהוא של זהב כיון דאדם המזיק אינו חייב אלא באונס שהוא כעין אבידה ואפי' באונס שהוא כמו גניבה פטור. ולכן נרא' עיקרא דהך מלתא שחילקו בש"ס בין פשיעה למזיק לאו משום חומרא דמזיק שחייב יותר משום דמזיק בידים אבל פשיעה זילא לי' משום דאינו מזיק בידים אלא משום דכל השומרין לא נתחייבו בע"כ אלא משום דהתור' ירדה לסוף דעתן דברצונם מקבלין עליהם ש"ח בדין פשיעה וש"ש בגניב' ואבידה וכן שואל וכמבואר בתוס' פרק אע"פ דף נ"ו ע"ש ומש"ה כל שלא קיבל עליו השומר דין שמירה אינו מתחייב שלא מדעת ובחיפן שעורין או בהזהרי בו של כסף דלא קיבל עליו יותר משמירת כסף או משמירת שעורין וא"כ אפי' שואל כה"ג פטור כיון דלא קיבל עליו שמירה זו ה"ל כאינש דעלמא אבל בארנקי בגדיש דהתור' חייבו בע"כ לשמור אשו שלא יזיק מש"ה מחייב ר' יהודה דמחייב בנזקי ממון באש אפי' בארנקי בגדיש ולא מצי אמר לא ידעתי שהי' שם יותר כיון דממיל' רחמנא חייביה אבל בשומרין בעי' דעת השומרין שיקבלו עליהן השמיר' ובלא דעת לא מחייבי ובמשאיל מקום לחבירו להגדיש דכיון דלא נתחייב אלא משום קבלתו שקיבל עלי' לשמור גדישו דשלא ברשות אינו מחויב לשלם דא"ל תורא ברשותי מה בעי וכיון דאינו אלא משום קבלתו מצי נמי אמר בחיפן שעורין נטירות' דחטין לא קבילת עלי וה"ל בחטין שלא ברשות ולפי שרבנן סברי בארנקי בגדיש דאפי' מזיק בידים פטור לשטת תו' ומשום דלא רגילי אנשי כלל מש"ה בעי לה בכסא דכספ' אם דומה לארנקי בגדיש דפטור לרבנן או לדינר זהב דחייב

אבל בשומרין ודאי אפי' בש"ש דחייב בגניבה ואבידה אפ"ה פטור כל שאמר של כסף ומשום דכל השומרין אינו אלא מדעתן שרצונם להתחייב בכך וכמ"ש בשם התוס' וכל שלא ידעו מזה לא נתחייבו כלל. אח"כ מצאתי כדברינו אלה במלחמות להרמב"ן ס"פ הכונס וז"ל כד דייקת ומעיינת תמצא טעמא דפטור בפשיע' משום דמצי אמר נטירות' דדהבא לא קבילת עלי ואיני שומר וכו' וכן במשאיל כיון שרשאי להדליק בתוך שלו ואינו חייב אלא מכח שמירה אבל בממון שהזיק אע"ג דאינו אלא פשיעה כיון דרחמנ' רמיא עלי' נטירותא לא שייך ה"ט תדע דהא רבי יהודה מחייב במדליק ופוטר במשאיל אלא ודאי דלא אמרינן זה רק בשומר ע"ש ונהניתי שכוונתי לדברי רמב"ן ובחידושי מוהר"ם בגיליון באלפסי ראיתי שכת' וז"ל דהא דאמר רבא פשעה פטורה אינו אלא לרבנן דפטרי ארנקי בגדיש אבל לר' יהודה דמחייב במדליק ארנקי בגדיש אע"ג דאינו אלא פשיעה מחייב נמי גבי דינר זהב בפשיעה עכ"ל. וליתי' דהא אמרו אנן ממתנית' שמעי' כו' חטין וחיפן שעורין והתם מדברי ר' יהודא היא אלא עיקר כמ"ש הרמב"ן. לפ"ז נרא' באומר הזהרי של כסף אע"ג דאח"כ נודע לשומר שהוא זהב הרי הוא לגבי זהב כאינש דעלמ' ואינו שומר כלל בשמירת הזהב כיון דבשעת קבלתו לשמירתו לא קיבל על עצמו שמירת זהב וגרע מאומר הנח אבל בשואל כה"ג נרא' דחייב כיון דאפי' נתן לו רשות להשתמש בו והוא משתמש בו חייב א"כ ה"ה בזה נמי כיון שנשתמש בו אחר שנתברר לו שהוא זהב מתחייב באונסין כולי' כמו כל שואל דעלמ' וכיון דבשומרין אפי' נודע שהוא זהב אינו מתחייב בזהב כיון דלא קיבל עליו שמירת זהב וביוקרא וזולא כה"ג כגון שנתן לו שעורין לשמור ואח"כ נתייקר ועמדו שעורין בדמי חטין דודאי חייב ביוקר' כשע' הפשיע' וכמ"ש בסק"ח בשם הרמב"ן והריטב"א והרב המגיד פ"ח משאל' וכדמוכחי לה מש"ס ס"פ המפקיד וע"ש ולא מצי אמר נטירות' דיוקרא לא קבילת עלי כמו שאומר בחטין וחיפן שעורין דאע"ג דנודע לו אח"כ שהוא חטין אומר לא קבלתי עלי אלא נטירות' דשערי ולכן נ"ל מזה עיקר כדברי מוהרש"ל דכל בסתמ' מקבל עליו הכל כפי מה ששוה הי' בשעת הפשיע' והיינו נמי טעמ' דמקבל אבנים טובות בסתם דמקבל עליו כל יוקרא אלא דוק' בדינר זהב ובחיפן שעורין משום פשיעות' דמפקיד נגעו ביה וכמ"ש מוהרש"ל. וא"כ ממיל' דה"ק בסייף סתם כיון דכל השומרין מתחייבין ביוקר' דשעת הפשיעה אפילו נתייקר משעת קבלתו לשעת פשיעה בעשרה בדמיו וכיון דמקבל עליו יוקרא דלקמי' ה"ה בסייף סתם דכל שלא פשע בו המפקיד מחויב השומר בכולה יוקרא כפי ששוה בשעת הפשיעה. ומ"ש הש"ך דגבי דינר זהב לא פשע דה"ל לאסוקי אדעתא וכו' וכן משמע בתו' ובהגהת אשר"י ובנ"י גבי האי גבר' דבטש בכסא

דכספא התם ודאי לענין היזק דבידים ודאי ראוי שיתחייב המזיק דמאי ה"ל גבי' דאזקי' אלא דלא תיקשי בהא דבעי לה בכסא דכספא ולא פשיט לה מדינר זהב דחייב באזקי' ולזה מחלקין דהתם פשיטא דחייב המזיק דה"ל לאסוקי אדעת' שאומר של כסף כדי שתקבל השמיר' וה"ל נמי לאסוק' אדעת' שאפשר שהוא זהב אבל כסא מספקא ליה אם עביד אינש דמנח מרגנית' ואפשר דלא ה"ל לאסוקי' אדעתי' בכך ואם כן הא דמחלקין היינו לענין היזק אבל לשמירה מאי נימא דה"ל לאסוקי אדעתיה שהוא זהב ומה שאומר של כסף משום שלא תקבל שמירת זהב א"כ כיון דסבר שלא תקבל שמירת זהב הרי לא רמו עלה שמירת זהב ומאי ה"ל לאסוקי אדעת' שמא זהב הוא נהי דהוי זהב סברי וקבלי שלא תהי' שומר בשמירת זהב ולא קיבלה עליה שמירת זהב והמפקיד בעצמו במה שאומר של כסף לא רצה ממנ' שמירת זהב כיון דאמר ליה מש"ה של כסף כדי שתקבל עליה שמירה פחותה של כסף ולא שמירה יקר' ודאי ע"י הנאה לא יוכל להטיל עליה בע"כ שמירת זהב וא"כ דברי מוהרש"ל נכונים וברורים דכל שלא פשע המפקיד הרי בסתמ' סבור וקיבל כמה שוה שישלם דמי שויה ואפי' ביוקרא דלקמי' דהיינו כשעת פשיעה וכמ"ש וכן עיקר:

אמנם ראוי לספק בשומר אבידה שסבור שהוא כסף כגון שהי' מחופה כסף ובתוכו זהב מי נימא כיון דהתור' רמי עליה נטירות' בע"כ דכתי' ואספתו אל תוך ביתך ה"ל כמו ארנקי בגדיש לרבי יהודה דחייב אע"ג דאינו אלא פשיעה כיון דאינו תלוי בקבלתו. אי נימא דגם בשומר אבידה כה"ג פטור ואת"ל בשומר אבידה נמי כה"ג פטור בגנב וגזלן תפוחי זהב במשכיות כסף ולא ידע שהוא זהב מי נימא דדומה לשומרין ופטורין כה"ג או לא גרע ממזיק דחייב משום מאי ה"ל גביה דאזקתיה ה"נ מאי אית לך גביה דגזלתיה והנה לפמ"ש דעיקר כדעת מוהרש"ל דחיפן שעורין והזהר בו של כסף אינו אלא משום פשיעת המפקיד וא"כ בשומר אבידה וגנב וגזלן דלא באו לידם מיד הבעלים דנימ' בהו פשיעותא דבעלים וא"כ ודאי חייבין בשומר אבידה ומכ"ש בגנב וגזלן אלא דאכתי יש לומר דפטורין כיון דגנב וגזלן אל מחייבו אלא במשיכ' הראוי לקנין וידו אינו קונה כה"ג דלא ידע שהוא זהב וכמבואר ברמ"א סי' רל"ב סעיף י"ח בלקח בחזקת בדיל והי' בו זהב דלא קנה הראשון כיון דלא כוון להקנות ולא ידע אין ידו קונה לו כה"ג ע"ש וא"כ גנב וגזלן נמי כה"ג לא קניא להו יד להתחייב באונסין כיון דלא ידעו מזהב. ומה"ט נמי בשומר אבידה כיון דכל השומרין צריכין משיכ' לדעת הרמב"ם כשם שתיקנו בלקוחות כך תקנו בשומרין א"כ כל כה"ג דלא ידע מזהב לא הוי משיכה ובלא משיכה אפי' שומר אבידה לא נתחייב ואפי' לדעת תוס' והרא"ש דשומרין לא בעי משיכה אלא מכי נסתלקו

הבעלים משמירתן נתחייב השומר נרא' דהיינו דוקא בשארי שומרין כמו ש"ח ש"ש כו' כיון דקיבל עליו לשמור והבעלים נסתלקו משמירתן נתחייב השומר אבל גבי שומר אבידה ודאי בעי משיכה אליב' דכ"ע דכתי' ואספתו אל תוך ביתך והיינו דהתורה רמי עליה ליקח אותו תוך ביתו אבל כל זמן שלא משך אע"ג דראה אותו לא נתחייב בשמירה וכה"ג דלא ידע ליה בזהב לא הוי משיכה וכמו האי דסי' רל"ב וצ"ע. ולפמ"ש דעיקר כדברי מוהרש"ל בסייף סתם דכל שלא פשע המפקיד חייב השומר בכל דמי שויו זהו דוק' בשוה אבל אם אינו שוה והעכו"ם מעליל עליו ביותר משויו נרא' מדברי הסמ"ע שאם יודע הנפקד שהעכו"ם יעליל עליו חייב לשלם כפי מה שעלה העלילה אלא דהש"ך שם בסי' ע"ב חולק עליו וכת' דאפילו יודע מזה ומתכוין להזיק נמי אינו משלם ביותר מדמי שויו ובתשובת גאוני בתראי סי' נ"ט שם כת' דחייב לשלם במה שהעכו"ם מעליל עליו מדיני דגרמי וכו' וכן הוא המנהג פה ק"ק בריסק לפי הנשמע עכ"ל. וע' בתוס' מרובה דף ע"א גבי גנב שור הנסקל ומכרו דר' מחייב ומוקי לה בגנב שגנב מבית שומר כו' ור"מ ס"ל החזירו מוחזר וכר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון והקשו בתוספות תיפוק ליה דר"מ דאין דינא דגרמי ותירץ דמשום דינא דגרמי לא מחייב כפל כו' ע"ש ועוד תירצו משום דלא שייך דינא דגרמי אלא בשורף שטר דהשטר שוה לכל העולם אבל שור הנסקל אינו שוה אלא לשומר לפטור בו עצמו לא מחייב משום דיני דגרמי ע"ש וא"כ ה"נ להך תירוצא דגבי שור הנסקל לא שייך דד"ג לפי שאינו שוה אלא לשומר ה"נ בסייף שמעליל אינו שוה אלא לו לבדו לפטור את עצמו מן העכו"ם דהא אנן לא ס"ל כר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון אלא כר"מ דדאין דד"ג. אלא נרא' דאפי' לפי מ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי דגבי שור הנסקל נמי שייך דד"ג ע"ש דהיינו דוקא במזיק ממש אבל אם בפשיעה או בגניבה נרא' דודאי פטור אליב' דכ"ע משום דד"ג לא מחייב אלא במזיק ממש אבל דין שמירה ליתיה אלא בדבר שגופו ממון דאפילו שטרות ליתיה בדין שמירה משום דאין גופן ממון וא"כ שאל סייף נמי אם נאבד באונס או אפי' בפשיעה אינו משלם אלא דמי שויו מה שהעכו"ם מעליל דאינו אלא משום דד"ג ליתיה בדין שומרים כיון דאין גופו ממון ואפי' גנב וגזלן נמי אינו חייב אלא בדבר שגופו ממון אבל שטרות פטור אלא נרא' דאפי' מזיק בידים והעכו"ם מעליל נמי א"ז דומה להך גרמי דשור הנסקל דמחייב משום דד"ג לדעת הרמב"ן דהתם היכא דליתיה לשור בדין מחייב השומר כיון דלא מצי אמר הרי שלך לפניך אבל היכא שמעליל עליו כיון שגוף התשלומין שמשלם לעכו"ם אינו בדין לא מחייב עלה משום דד"ג:

סעיף ה

ובמקום שמשיכה קונה והוא דעת רש"י במרובה דף ע"ט וכן דעת הרמב"ם בפירוש המשניות שם ע"ש. וקשה לי בהא דאמרו ס"פ הזהב כי יתן איש אל רעהו כסף פרט לקרקעות ועבדים ושטרות ולמה לי קרא למעוטי שטרות משומרין הא תיפוק לי' דבעי משיכה בשומרין ובמקום שמשיכה קונה ואלו בשטרות משיכה לא קנה עד שיכתוב וימסור דהיינו שיכתוב לו קני לך איהו וכל שעבודיה ובשומרין לא שייך כתיבה והרמב"ם כת' דאפילו בעבדים ושטרות וקרקעות אם נאבד בפשיעה חייב והיכי משכחת לה קנין משיכה במקום שקונה גבי שטרות ועמ"ש בסי' צ"ה סק"ז דגבי קרקעות שפיר משכחת לה בנעל גדר ופרץ להתחייב בשמירה אבל שטרות קשיא. ולפמ"ש בסי' ס"ו סק"ח גבי שטר הפקר דליכא כתיבה ע"ש שכתבנו בשם מוהר"ם לובלין בתשו' דלא הצריכו כתיבה אלא מצד מוכר במקום ששייר המוכר זכות לעצמו אבל במפקיר דלא נשאר זכות למוכר קונה הזוכה בלא כתיבה ע"ש א"כ ה"נ בשומרין לא בעי כתיבה וסגי לה במשיכה ואכתי צ"ע:

סעיף ו

על דעת אשתו ובניו ובני ביתו הוא מפקיד. כ' הש"ך בתשו' ר"י לבית לוי סי' ל"ה תמה על ר"ש כהן ח"ב סי' פ"ה שכת' בפשיטות דהיינו דוקא בש"ח שהרי כת' הב"י בשם ריי"ו שתמהו רוב הפוסקים על הרמב"ם דאחר שרגילין הבעלים להפקיד אפילו ממעט בשמירתו פטור ע"ש בש"ך:

אמנם הב"י בבדק הבית כת' ז"ל וכת' הריטב"א על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד פי' על דעת אנשי ביתו ודוקא בשומר חנם עכ"ל ומזה נרא' מבואר כדברי מוהרש"ך אלא שדברי בדק הבית נרא' תמוה דהריטב"א לא כתבו אלא לפי ס"ד בש"ס דש"ש שמסר לש"ח חייב משום דגרע לשמירתו כת' עלה וז"ל ולפ"ז הא דאמר כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד דאי אתניס בידייהו פטור מוקמי לה בש"ח ואשתו ובניו נמי ש"ח דלא גרע לשמירתו כו' אבל נפקד ש"ש אע"פ שדרך הנפקד להפקיד לאשתו ובניו מחייב הנפקד אפי' באונסין מפני שהוא ש"ח אצלו וגרועי גרעי' לשמירתו ע"ש ואם כן ממילא נשמע דלדידן דקי"ל דש"ש שמסר לש"ח פטור באונסין משום דמסר לבן דעת א"כ בהאי דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו אפי' בש"ש מירי וע"ש עוד בריטב"א שכת' וז"ל א"נ י"ל דאפי' אשתו ובניו ש"ח כיון שאימתו מוטל עליהם. ועל כל ב"ב הרי הם אצלו כש"ש ויעשו מהם שמירה מעולה ולא יכפרו אותו ממון כאלו נפקד להם בשטר עכ"ל. ולזאת מהתימה על הב"י בבדק הבית שהביא דברי הריטב"א שאינם אלא לפי ס"ד בש"ס וכמ"ש ואפילו

לפי ס"ד דש"ס דגרעי' לשמירתו חייב נמי לא ברירא ליה לפמ"ש די"ל דאשתו וב"ב הם אצלו כש"ש: אמנם לפי מה שכתבנו בס"ק י"ב דעיקר כדברי הרמב"ם בש"ש שמסר לש"ח דאם אינו ידוע בעדים שנאנס מחויב ש"ש לשלם ע"ש וא"כ ה"נ במפקיד ע"ד אשתו ובניו כיון דאשתו ובניו ש"ח מצי אמר לדידך האמנתיו ולא מצי משתבע אשתו וב"ב לפוטרו מה"ט שכתבנו שם בש"ש שמסר לש"ח. אלא דנדון מוהרש"ך שם בראובן ששלח מנכסיו סחורה וראובן הי' פורע לשמעון שכר סחרתו ומשרת של שמעון הלך במקום שהי' הסחורה מונח וכו' ע"ש וזה נרא' דהוי ש"ש שמסר לש"ש דהא כיון דהוא משרת של שמעון ודאי בשכרו בא וכיון דכל המפקיד על דעת בני ביתו הוא מפקיד וזה נמי מבני ביתו והוי נמי ש"ש וא"כ לכ"ע פטור:

סעיף ז

אבל אם מסרם לבניו ובני ביתו הקטנים ירושלמי פ' המפקיד אמר ר' יוסי בר נש דיהב לחברי' פליטורין בשוקא מסרן לבנו ובתו הקטנים ונגנבו או שאבדו פטור מלשלם שאני אומר לא עלתה על דעתו לטעון פליטורין בשוקא ע"כ וכ' הריטב"א ודוקא בש"ח אבל בש"ש חייב דלהכי יהבי לי' אגרא דליטעון בשוקא או ?דלינטרינהו שפיר עכ"ל שטה מקובצת פ' המפקיד:

סעיף ח

אבל אם הוא חפץ מסויים נשבע השני. כ"כ הרב המגיד פ"ד משאלה בשם הר"ן ע"ש. אבל בשטה מקובצת אינו נרא' כן ע"ש דף מ"ב ז"ל משתבע איהו דאשלימנהו לאימי' פי' דאע"ג דתשבע אימיה דאשלימנהו לה לא מהימנא ועדות ברורה צריך לזו או שישבע כדרך שהי' נשבע שהניחה במקום המשתמר שזו היא שבועת השומרים ותו לא מידי הריטב"א עכ"ל. וכן נרא' דאף ע"ג דאשתו של שומר נמי מהימנא היינו בידוע שנתן לה אזי נכנסה היא תחתיו וכן ברגיל להפקיד אם ידוע שנתן לה הרי השני נכנס תחתיו אבל כל זמן שלא מסרו לשני אין השני נאמן בשבועתו אע"ג דמהימן ליה כיון שאינו בע"ד שלו אינו נאמן בשבועתו לפטור את הראשון וא"כ ה"נ כל זמן שלא נשבע שמסר לאימיה לא מהימנ' לישתבע עבורו כיון דאינה בע"ד שלו ועמ"ש בסק"ט. והרב המגיד דס"ל דנשבע השני נרא' דס"ל דזה שטען מסרתי למי שרגיל להפקיד או לבני ביתו דזה אינו משבועת השומרין אלא כמו טענת החזרתי למי שרצונך הי' למוסרם לו דכי היכא דהחזרתי לך אינו משבועת השומרין כן זה שאומר החזרתי למי שהרשות ליתנו בידו. אלא דתלי' דבר זה לענ"ד במחלוקת שנחלקו במפקיד ע"ד אשתו ובניו אם נתחייב הנפקד בפשיעתן והוא בטור שני דיעות. ולדעת הרמב"ם פטור הנפקד אפי' אם אין להם לשלם וא"כ

נסתלק הנפקד לגמרי במה שמסר לאשתו ובניו וה"ל כמו טענת החזרתי וכמ"ש אבל לדעת הרא"ש והטור דחייב בשאין להם לשלם וא"כ אשתו ובניו וכל הרגיל להפקיד ה"ל שומרין דנפקד אלא דה"ל כמקום המשתמר ויכולין למוסרו לה ומש"ה צריך הנפקד לישבע שמסרם במקום המשתמר וא"ז מטענת החזרתי אלא משבועת השומרין ממש. ומש"ה ס"ל לריטב"א דצריך הנפקד לישבע שמסרם לאימיה דהוא משבועת השומרין שהניחו במקום המשתמר ואח"כ נכנס השני תחתיו ונאמן לישבע שנאנס כיון שכבר מסרו לידו אבל כל זמן שלא נשבע שנתנם לאימי' לא מצי אימי' לישבע עבורו כיון שאינה בע"ד שלו ושמסרם לאימי' דה"ל מדין שבועת שומרין שהוא במקום המשתמר הניחו אבל הרב המגיד נראה דס"ל דנפטר הראשון לגמרי אפי' אין להם לשלם א"כ א"ז משבועת השומרין אלא טענת החזרתי וזה הנראה לענ"ד בטעמ' דהך מלת' שבין הרב המגיד ובין הריטב"א וא"כ דבר זה מידי ספיק' לא נפק' כיון דתלי' בשני דיעות הנז'. אמנם אכתי תקשי במ"ש הרב המגיד הא דמצרכינן לבן שישבע משום דזוזי לאו דבר מסוים הוא והאם לא היתה יודעת כו' לפיכך צריך הבן לישבע שהם הם וכיון דס"ל להה"מ דאפי' פשעה נמי פטור הבן וא"כ נעשה כאלו נתן רשות לתתן לאימיה וא"כ אפי' האם אינה יודעת מאומה כיון דאפי' פשעה פטור א"כ זה שטוען כבר החזרתי פקדונך למי שהרשות ליתן הרי נפטר בטענה זו ואפי' אין האם יכולה לישבע לא גרע מהיכ' דפשעה האם דפטור וצ"ע:

סעיף ט

לפיכך אם דרך הבעלי' להפקיד. כ' בתשו' חכם צבי סי' קכ"ו שנשאל בהא דאמרי' רפ"ק דמציע' גבי חנוני על פנקסו דאמרי פועלים את האמנתי' וכו' אם הפועלים רגילים להפקיד אצל החנוני אי מצי אמרי את האמנתיה כיון דהפועלים רגילים אצלו ונאמן הוא להם והשיב דאינו דומה להא דאמרינן בשומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד דלא מצי מפקיד למימר לדידך האמנתי דהתם השומר השני נכנס תחת הראשון וה"ל כאלו המפקיד עצמו הפקיד אצלו אבל כאן אע"ג דחנוני נאמן אצל הפועלים אכתי מצי אמרי מאי אית לחנוני בהדן ואין לנו דין ודברים עמו וע"ש:

סעיף י

תמיד דבר זה אצל השני. וכתב הריטב"א דהא דאמרינן דאם מסר למי שדרך הבעלים להפקיד אצלו פטור היינו דוקא שלא העני ולא נעשה חשוד בנתיים עכ"ל הובא בב"י:

סעיף יא

הרי השומר הראשון פטור מלשלם. כ' ב"י בשם תלמידי רשב"א שומר שמסר לאשתו ובניו ולמי שרגיל להפקיד אצלו דעת הרמב"ן שאם אינו נשבע השני שלא פשע בה אע"פ שאין אנו יודעין הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני שעליו לברר וכו' וכ"כ מורי הר"ש אבל לדעת רבינו דש"ש שמסר לש"ח ואין השני רוצה לישבע או שהלך למד"ה שהראשון פטור ואפי' הלה תובע בברי שנגנב דה"ל כזה אומר מנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי ע"ש. ובש"ך כתב להקשות מהא דאמרינן בש"ס דאפי' ש"ח שמסר לש"ש מצי אמר את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן אלמא דאפי' היכא שהשני רוצה לישבע חייב הראשון כיון שהוא אינו יכול לישבע כ"ש כשאין השני רוצה לישבע או שאין כאן לישבע וגדולה מזו כתב בת"ה סי' של"ג דאפי' לא מסר לשומר רק נאבד אצלו ואינו יודע אם בפשיעה אם באונס חייב דכל שומר צריך לישבע בבירור אבל לא שאינו יודע וע"ש שהאריך לחלוק על דברי נימוקי יוסף. ובסי' ש"מ סק"ד העליתי דהיכא דרגיל להפקיד אע"ג דאין השני רוצה לישבע פטור הראשון וע"ש מלתא בטעמ' וגדולה מזו כתב בהגהת אשר"י פ"ק דגיטין דאם נתן למי שרגיל להפקיד אפי' אומר השני שבפשיעה נאבד אינו נאמן דאומר הראשון את האמנתיו אני לא האמנתיו ע"ש ומדכ' אפי' אומר שבפשיע' נאבד כו' את האמנתי' ומשמע דאם ידוע שבפשיע' נאבד דחייב הראשון וכדעת הרא"ש וטור ואפ"ה כל שאינו ידוע שנאבד בפשיעה אפי' אומר השני שבפשיעה נאבד אומר הראשון את האמנתיו וכ"ש שהשני אינו בכאן דפטור הראשון וע"ש סי' ש"מ ע"ש באורך:

סעיף יב

והוא שלא ממעט בשמירתו והוא מדברי הרמב"ם וע' ב"י שכ' ז"ל וכתב במשרים נתיב ח"ב כ' הרמב"ם שאם מיעט בשמירתו וכו' ותמהו עליו רוב הפוסקים דמאחר שרגילים בעלים להפקיד אצלו שפטור הראשון ואפי' שמיעט בשמירתו שנתנו לשומר חנם עכ"ל. ואין לומר דס"ל להרמב"ם דכל כה"ג שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרעי' לשמירתו ה"ל פושע א"כ אפילו ראה הראשון ויכול לישבע נמי לחייב משום תחלתו פשיעה וסופו אונס. ע"כ דכיון שמסרה לבן דעת לא הוי פשיעה אם כן כיון דרגיל להפקיד אפי' הראשון לא ראה ישבע שני ששמר כראוי ויפטר. והנראה לענ"ד בדברי הרמב"ם שהם נכונים והוא דודאי כל שהפקיד למי שרגיל אצלו נכנס שני תחתיו דראשון ונשבע ששמר כראוי אבל אם לא מסר לשני אע"ג דזה שרגיל להפקיד ראה שנאנס לא מצי לישבע שראה שנאנס אם הראשון לא ידע אם באונס אם בפשיעה כיון דמצי אמר המפקיד איני רוצה

שישבע מי שאין לו עסק עמו אלא דוק' היכא דמסרו לו דאז הוא נכנס תחתיו וצריך לקבל שבועתו כיון דנכנס תחתיו והרי העסק עמו ועמ"ש סק"ט וא"כ כל שלא מיעט בשמירתו אלא ש"ש לש"ש ושואל לשואל הרי השני נכנס תחתיו ומקבל בע"כ שבועת השני וממיל' נפטר הראשון אבל אם מיעט בשמירה וכגון ש"ש לש"ח ואם בפשיעה הרי השני תחתיו דראשון אבל בגניבה ואבידה אינו נכנס תחתיו והשני פטור והראשון חייב א"כ חיישינן שמא נגנב או נאבד דכל כך לא נכנס השני והראשון חייב ואף ע"ג דהשני נשבע שנאנס אין מקבלין שבועתו כיון שלא נכנס תחתיו בגניבה ואבידה ושבועת השני אינו שלא פשע וכשנשבע שנאנס אינו אלא שבועה ליפטר את הראשון ובגניבה ואבידה אין עסק עמו ואם כן חיישינן שמא נגנב או נאבד וכן בשואל לש"ש דשואל חייב באונסין והשני פטור באונסין אלא במתה מחמת מלאכה פטור הראשון וחיישינן שמא באונס דבזה לא נכנס השני וכמ"ש ומש"ה רגיל להפקיד לא מהני אלא כשלא מיעט בשמירה והיינו שאינו נאמן בשבועה אבל כשיש עדים על אופן פטורים דראשון ודאי פטור וזה נכון:

וניחא בזה ליישב מה דקשיא לן בסק"ו על הב"י בבדק הבית שהבי' דברי הריטב"א במפקיד על דעת אשתו ובניו שהוא דוק' בש"ח ע"ש ומשום דנ"מ לדעת הרמב"ם דהשני אינו נאמן בשבועתו אלא כשלא מיעט בשמירה וא"כ מפקיד ע"ד אשתו ובניו נמי אינו אלא בש"ח אבל כשיש עדים ודאי מהני. ואין להקשות לפי מה דמשמע מדברי הרמב"ם דעיקר שבועת השומרין הוא שבועה שאינו ברשותו ואינך שבועת שלא פשע ושלא שלח בה יד מדין גלגול וכן נרא' מדברי ש"ע סי' רצ"ד וא"כ אפי' מיעט בשמירה נמי שבועה העיקרית אינו אלא שבועה שאינו ברשותו ושבועה זו בכולהו שומרין שוה חדא דכבר כת' מוהרא"ש בחלק ח"מ ח"א דלהרמב"ם שבועה שלא פשעתי נמי מעיקר שבועה וע"ש. ועוד דאפי' לדברי הרב המגיד וש"ע סי' רצ"ד דעיקר שבועה הוא שאינו ברשותו מ"מ צריך לישבע בבירור שנאנסה דאל"כ ה"ל איני יודע אם פרעתיך וכמבואר אצלינו בסי' ש"מ סק"ד. ועוד דאפי' בגלגול שבועה נמי כתבו דאמרי' משואיל"מ ואפי' טוען בעיקר שבועה טענת שמא וכמבואר בש"ך סי' ע"ה:

סעיף יג

ואם יש עדים ששמר השני כראוי. ולא אמרינן בש"ש שמסר לש"ח דגרועי לשמירתו דלהוי בכלל תחלתו בפשיעה וסופו באונס כיון שמסרו לבן דעת ובתוס' ס"פ הפועלים דף צ"ג כתבו ז"ל ושמא אפי' מסרו לש"ח ופטרו מפשיעה פטור דלא חשיב תחלתו בפשיעה בהכי עכ"ל:

סעיף יד

ויכול הוא לישבע על זה כת' הסמ"ע ז"ל פי' שיכול הוא לישבע שלא פשע השני ושלא שלח בה יד ע"ש ובש"ך כת' ז"ל ולא יפה פי' דברי הרמב"ם וש"ע דס"ל לקמן סי' רצ"ד סעיף ב' דעיקר שבועה הוא שנגנבה ושלא פשע ושלא שכח בה יד הוא רק ע"י גלגול ואם יש לו עדים שנגנב פטור א"כ ה"ה הכא אם יש לו עדים רק שנגנבה או שיכול רק לישבע שנגנבה אצל השומר השני פטור וכן הוא בראש פרק המפקיד להדיא דדין זה תליא בהך דינא דלקמן סי' רצ"ד וכן הוא בריו"ו וכו'. ודברי הסמ"ע נראין דודאי היכא דיש עדים לפוטרו מעיקר שבועה ליתיה לגלגול אבל היכא דליכא עדים אלא שיכול הוא לישבע שאינו ברשותו דשני ואינו ידוע לו אם פשע או נאנסה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אפי' בג"ש וע' ש"ך סי' ע"ה ס"ק נ"א דהעלה דאמרינן מתוך אפי' בג"ש ואפי' היכא דעיקר שבועתו ע"י טענת שמא ע"ש. והרא"ש פרק המפקיד לא כת' אלא היכא דיש עדים בעיקר השבועה דאז ליכא תורת גלגול אבל ליכא עדים וצריך לישבע עיקר שבועה ממילא יש גילגול וא"י לישבע משלם לפמ"ש הש"ך בסי' ע"ה סקנ"א. ואני תמה על הש"ך בזה דלפמ"ש הוא עצמו בסי' ע"ה דאמרינן בג"ש מתוך ודאי היכא דליכא עדים חייב ואפילו לדעת הפוסקים דלא אמרי' בג"ש מתוך נמי כל שאינו יכול לישבע שלא פשע ה"ל איני יודע אם פרעתיך וכמו שכת' בסי' ש"מ סק"ד וא"כ יפה ויפה פי' הסמ"ע: אמנם מ"ש הסמ"ע דיכול לישבע שלא פשע השני ושלא שלח בה יד ובזה שכת' שלא שלח בה יד בהא מלתא איסתפקא לי נלענ"ד נרא' דהראשון אינו חייב אלא כשפשע השני אבל בשליחות יד לא מחייב באונסין אלא אם שלח יד הוא בעצמו אבל כשמסרה לשני והשני שלח בה יד ואח"כ נאנסה אין הראשון מתחייב בשליחות יד דשני וכן משמע מדברי ש"ע שכת' ויכול הוא לישבע על זה ואי נימא דמתחייב באונסין כששלח השני בה ידו א"כ היכי משכחת לה דיוכל לישבע שלא שלח בה ידו מעולם וכי לא זזה ידו מתוך ידו ושמא עם סילוק ידיו שלח בה להשתמש בה איזו תשמיש ונתחייב באונסין אלא נרא' שאין הראשון מתחייב ע"י שליחות יד דשני. אמנם מדברי הרא"ש נרא' דחייב בשליחות יד דשני ע"ש פרק המפקיד גבי שומר שמסר לשומר ז"ל מתוך דברי אלפס שכת' דהיכא דאיכא עדים דנטרה שומר בתרא כי אורחיה ונאנס משמע דלא מסתיי' אי איכא עדים שנאנסה אלא שצריך להביא עדים דגם דנטריה כאורחיה ולא פשע ולא שלח בה יד ולפום מה דבעי למימר דעיקר שבועת השומרין לש"ח שנגנבה ולש"ש שמתה כדרכה ואינך שבועה ע"י גלגול מצינו למימר אי איכא עדים שנאנסה אין

כאן עוד שבועה עכ"ל ומשמע הא ידוע דודאי השני שלח בה יד הראשון חייב באונסין ע"י שליחות ידו דשני:

שוב ראיתי בחידושי ריטב"א פרק המפקיד גבי שוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דישבע השוכר שכדרכה מתה וז"ל ואי קשיא הא קשיא דשוכר אמאי פטור הא צריך לישבע שלא שלח בה יד השואל ולא מצי לאשתבועי דהא לא ידע וכו' אבל מפשיעה גמורה ודאי חייב הא' כאלו הוא עצמו פשע כיון ששלוחו פשע דה"ה לשליחות יד וי"ל דלא דמי שליחות יד לפשיעה דבשלמא פשיעה כיון שנאבדה הבהמ' בפשיעת השני חייב הראשון שהרי קיבל עליו לשומרו יפה ולא עשה שמסרה למי שפשע בה אבל שליחות יד למה יתחייב הראשון בשליחות יד השני כיון שלא נאבדה בהמה באותו שליחות יד הא לא דמיא אלא לאומר לשלוחו צא גזול שפטור המשלj דאין שלד"ע דבטביחה ומכירה הוא דרבינן מקרא דיש שליח אבל בעלמא לא עכ"ל ומבואר מדבריו דאין הראשון מתחייב בשליחות יד דשני וא"כ אפילו יש עדים שהשני שלח בה יד כיון שלא נאבדה בהמה באותו פשיעה הראשון פטור

אמנם קשיא לי טובא במה שכת' הריטב"א הא לא דמיא כו' דאין שלד"ע כו' אבל בעלמא לא דהא כי היכא דאתרבי בטביחה ומכירה שליח לד"ע ה"נ איתרבי בשליחות יד ע"י שליח בס"פ המפקיד מעל כל דבר פשע וצ"ע. ולכן נרא' דהיכא ידוע שהשני שלח בה יד הראשון חייב וכמ"ש מדברי רא"ש אלא דא"צ עדים רק דנטריה כאורחי' שנאנס וכיון דעיקר שבועה ליתיה ממילא ליתא לגלגול דשלח יד ודאי אליבא דכ"ע אינו אלא ע"י גלגול וכמבואר ברמ"א סי' רצ"ד ע"ש והוא מדברי הרא"ש הנז' והיכי דליכא עדים ויכול לישבע שנאנסה כגון שראה ואינו יודע אם השני שלח בה יד נרא' דלדעת הפוסקים דכל שעיקרי השבועה ע"י שמא לא אמרינן בג"ש משואיל"מ א"כ אינו חייב לשלם אע"ג דאינו יודע אם השני שלח בה יד ואפי' לפמ"ש דגם לדעת הרמב"ם וש"ע סי' רצ"ד דעיקר שבועה שאינו ברשותו אפ"ה אם אינו יודע אם בפשיעה אם באונס חייב משום אינו יודע אם פרעתיך ואפי' לדעת הפוסקים דאין אומרים מתוך בג"ש היכא דעיקר שבועה בטענת שמא היינו דוקא היכא דאינו ידוע אם בפשיעה אם באונס הוא דה"ל איני יודע אם פרעתיך דנכסי שומר משתעבד משעת משיכה ואפי' להפוסקים דנכסי שומר לא משתעבד אלא משעת פשיעה נמי ה"ל א"י אם פרעתיך דהחיוב התחיל משעה שמסרו לשני דזה ה"ל תחלת הפשיעה וכמבואר אצלינו בביאור היטב בסי' ש"מ סק"ד. אבל ספק שליחות יד ודאי אליבא דכ"ע ה"ל איני יודע אם נתחייבתי וכמ"ש הנימוקי בסוגיא דשאלה חצי יום דהיכא דשכרה חצי יום ואח"כ שאלה חצי יום ואינו יודע אם בעידן

שכירה מתה אם בעידן שאילה ודאי אליבא דכ"ע ה"ל איני יודע אם נתחייבתי עליה מעולם בחיוב אונסין וע"ש. וא"כ ה"ה כשנסתפק שמא שלח בה יד ה"ל איני יודע אם נתחייבתי באונס ומש"ה אפי' אינו יכול לישבע שהשני לא שלח בה יד נמי פטור אבל לדעת הפוסקים דאפי' בג"ש ועיקר שבועה הי' ע"י שמא נמי אמרינן מתוך א"כ כל שאינו יודע שהשני בודאי לא שלח בה יד חייב לשלם אלא דכבר כתבנו דהיא דבר שא"א לו לידע וכן נרא' מדברי ריטב"א שכת' ולא מצי לאשתבועי דהא לא ידע ולכן נרא' דמ"ש הש"ע ויכול לישבע אין הכוונה אלא טענת נאנסה דבזה יכול לישבע ומצד שליחות לא מחייב כיון דאינו אלא מצד גלגול וס"ל לש"ע דלא אמרינן בג"ש מתוך היכא דשבועה עיקרא בשמא או דלא אמרינן כלל דין מתוך בג"ש ואפ"ה צריך שיכול לישבע שנאנסה משום דאל"כ ה"ל א"י אם פרעתיך אבל ספק שליחות יד ה"ל איני יודע אם נתחייבתי וכמ"ש ודו"ק:

סעיף טו

אבל אם התנה שיתחייב אף באונסין עש"ך שכ' בשם מוהר"א ששון שנסתפק במתנה ש"ח להיות כשואל אם צריך שבועת שומרין. ועמ"ש בזה בסי' ש"א סק"ג:

סעיף טז

חייב אף בדברים בלא קנין. ואיכא למידק בהא ספ"ק דגיטין דף נ"ד רב ששת ה"ל אשרתא דסרבלי במחוזא א"ל לר' יוסף בר חמא בהדי דאתי אייתינהו ניהלי אזל יהביניה ליה אמרו ליה ניקני מינך היינו אונסא דאורחא אמר להו אין לסוף אשתמיט להו ואמאי צריך קנין לאונסא דאורחא כיון דנתחייב בדברים נמי דמתנה ש"ח להיות כשואל ותו מאי אהני ליה מאי דאשתמיט כיון דכבר נתרצה להם במה דאמר אין וכבר נתחייב בדברים בעלמא ונרא' כיון דטעמא דמתנה ש"ח להיות כשואל בדברים בעלמא אמרו בש"ס בהאי הנאה דקא מהימן להו וכמבואר בפ' הפועלים דף צ"ג וכיון דהתם דכבר נתנו לו וא"כ האי הנאה דקא מהימן ליה כבר עברה דהא בתר דיהבינהו ניהליה אמרי ליה ניקני מינך על אונסא דאורחא וא"כ אותו הנאה כבר עברה ואע"ג דמתנה ש"ח להיות כשואל אפי' בשומר לזמן ובתוך הזמן התנה להיות כשואל נמי מתחייב בדברים היינו משום דהמפקיד ודאי יכול לחזור תוך זמן ולהוציאו מידו תוך זמנו דהזמן אינו אלא לטובתו וא"כ בהאי הנאה דמהימן ליה להבא נמי גמר ומקני להתחייב בדברים אבל התם בני מחוזא כשיבואו לחזור לא מצי הדרי דקי"ל כרב דאמר אם בא לחזור אינו חוזר דכבר זכה למפקיד א"כ אותו הנאה הראשונה כבר עברה וכמ"ש ואח"כ שוב אינו בחזרה ולא שייך ביה בהאי הנאה דקא מהימן ליה ולפ"ז נרא' דה"ה בשוכר לזמן וקיבל

עליו תוך זמנו להיות כשואל לא מתחייב בדברים דהנא' הראשונ' ואח"כ שוב אינו יכול לחזור עד הזמן דבשוכר לזמן הוא טובת השוכר ודו"ק:

סעיף יז

אם בעליו עמו לא ישלם. נסתפקתי בשמירה בבעלים אם נשבע שבועת השומרין או לא. והנה מדברי תוס' נרא' דאפי' שמירה בבעלים בעי שבועת השומרין ומחויב לישבע שבועת התורה שבועה שאינו ברשותו ע"ש פרק הכונס (בבא קמא דף נ"ז) ד"ה ונמצא ש"ש משלם תשלומי כפל בטוען טענת ליסטין מזוין אבל אי גזלן הוא ניחא דטוען טענת גזלן ונמצא שהוא בידו לא משלם כפל וא"ת אכתי נמצא ש"ש משלם כפל בטוען טענת גנב בבעלים ושמא אין שייך כפל בטוען טענת גנב בענין זה ואפילו שייך אין לחוש א"נ הוי מצי למימר ולטעמיך ולא קאמר עכ"ל. א"כ משמע מדבריהם דאיכא שבועת השומרין בשמירה בבעלים דאי ליכא שבועה היכי משכחת כפל בטוען טענת גנב בבעלים דטוען טענת גנב אינו חייב עד שישבע בב"ד ובקפץ ונשבע לא משלם כפל כדמוכח בהגוזל קמא דף ק"ו וכמ"ש תוס' ר"פ מרובה ד"ה יצאו קרקעות וע"ש ואע"ג דמשכחת לה כפל בט"ג בבעלים ושבועה בב"ד ע"י גלגול דמסתימת דברי תוס' שכתבו בטוען ט"ג בבעלים ולא זכרו מדין גלגול משמע דשבועה בעי וכן נרא' כיון דלא כתי' אלא אם בעליו עמו לא ישלם וא"כ אין הפטור אלא בתשלומין משא"כ עבדים ושטרות וקרקעות אימעטי מדין שבועה אמנם לפמ"ש תוס' שמא אין שייך כפל בטוען ט"ג בענין זה א"כ כל דליכא כפל ממילא נמי ליכא שבועה דכבר כתבו תוס' ריש מרובה ד"ה למה לי למיהדר ע"ש דכתבו דכפל ושבועה הכל ענין א' וכל דאימעט מדין כפל אימעט מדין שבועה ע"ש וא"כ ממילא ליכא שבועה בבעלים כיון דליכא כפל:

שוב מצאתי בירוש' פ"ה משבועות דאיפלגי ביה אמוראי ע"ש אתמר אם בעליו עמו לא ישלם מהו שישבע ר' זירא אמר ישבע ר' חנינא ורבי עולא דאמרי תרוייהו אינו נשבע וע"ש ותמהני שלא הובא בראשונים או באחרונים להכריע בזה ואנחנו לא נדע וצ"ע:

ועיין בתוס' ס"פ הזהב (בבא מציעא דף נ"ח) בהא דאמר ר' יוחנן שקנו מידו וז"ל וא"ת דבפ' הפועלים דף צ"ג תנא מתנה ש"ח להיות כשואל וי"ל דהכא דפטור אפילו משבועה לא נשתעבד נפשיה בלא קנין א"נ התם כיון שמתחייב בשואל כסבורין העולם שהשאיל לו ובהאי הנאה משעבד נפשיה עכ"ל. ולפמ"ש דבבעלים ליכא שבועה א"כ היכא דהוי שמירה בבעלים ומתנה להיות חייב כשואל לא משתעבד בדברים שקנו מידו דשני התי' שבתוס' לא שייכי הכא כיון דשבועה ליכא וכן להיות כשואל כסבורין העולם שהוא

שואל כיון דאפילו שאלה בבעלים נמי פטור א"כ ה"ל כמו עבדים וקרקעות דלא משעבד נפשיה בדברים עד דקנו מיניה ועמ"ש בסי' ש"מ סק"א:

סימן רצב

סעיף א

או ע"י שלוחו. ילפינן לה ס"פ המפקיד מדכת' על כל דבר פשע וכת' בסמ"ע ז"ל ובפרישה כתבתי דנרא' דהיינו דוקא כשלא ידע השליח שהוא של אחרים או שאינו בר חיובא או שאין לו לשלם דאם לא כן הא קי"ל אין שליח לד"ע עכ"ל. וכת' הש"ך ז"ל בכאן הראה הגאון אמ"ו ז"ל כו' לפי שהכל תפסו על הסמ"ע כו' ואמרו דאישתמיטתיה ש"ס ערוכה דר"פ האיש מקדש דמבואר שם להדיא כו' משום דהוי שליחות יד וטביחה או מעילה שני כתובים הבאים כא' וכו' והגאון אמ"ו יישב דברי הסמ"ע כו' ככהנא מסייע כהנא ואמר דודאי לא נעלם מהסמ"ע דגבי שליחות יד שאני כו' דנפקא לן מעל כל דבר פשע אלא דקשיא למה יתחייב המשלח ישלם השליח אם יש לו לשלם ואין לו טענה דהשולח שלחו שהרי קי"ל דאשל"ד דברי הרב כו' דברי מי שומעין כו' למאי נ"מ אתי קרא גבי שליחות יד לחייב המשלח ומתרץ הסמ"ע משום דבעלמא יש מחלוקת בין הפוסקים די"א בשלא ידע השליח אמרינן יש שלד"ע וכו' וא"כ קאמר להפוסקים בעלמא היכא דלא ידע השליח אשלד"ע א"כ הכא גבי שליחות יד קרא אתי היכא שלא ידע השליח ולהפוסקים דבעלמא נמי אמרינן יש שלד"ע קרא אתי היכא דאין השליח בר חיובא וכו' דהריבוי אתי לחייב המשלח ולא לפטור את השליח הגע עצמך אם לא יהא למשלח לשלם ויהא לשליח לשלם יגרע כח המפקיד משאר בני אדם עכ"ל וע"ש בש"ך שכת' על דברי הסמ"ע שכן עיקר ובפרט לפמ"ש לעיל סי' קפ"ב דאפי' היכא דשליח לאו בר חיובא אשלד"ע וע' שם ולענ"ד גבי שליחות יד כ"ע מיקרי בר חיובא דאע"ג דשליחות יד דכתי' בשומרין שמו מוכיח עליו דלא מיירי בנתכוין לגוזלו ממש דא"כ אפי' שאר בני אדם נמי ומאי האי דחידש רחמנא בשומרין לחייב משום שליחות יד וע' בשטה מקובצת ס"פ המפקיד שכ' כמה אנפי בשליחות יד דשומרין ואינו בדין שאר בני אדם ועמ"ש בסי' רצ"א סק"ב מ"מ מיקרי השליח בר חיובא כיון דאלו הוי נפקד הי' חייב בדין שליחות יד דשומרים ולא אמרו דלא הוי בר חיובא אלא בכהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה אבל כהן לכהן מיקרי בר חיובא ואי מיירי דהנך לאו בני חיובא כלל וכגון בקטן או נכרי דאלו לית בהו דין שליחות כלל וגם בעיקר הדברים ליישב דברי הסמ"ע דלא רבי קרא אלא לחייב המשלח ולא לפטור את השליח אלמא לא מדין שליחות דהא

בהקדש דאתרבי שלד"ע ולא מעל אלא המשלח ולא השליח והנרא' לענ"ד בזה ליישב דברי הסמ"ע לפמ"ש הרמב"ם פ"ז ממעילה ז"ל שלא מצינו בכל התורה כולה שלד"ע לבד ממעילה בלבד שלא יתערב עמו איסור אחר עכ"ל ובש"ס מצינו עוד שליח לר"ע בטביחה ומכירה ובשליחות יד וראיתי במוהרי"ט בחידושיו פ' האיש מקדש שכת' ז"ל מ"ש הרמב"ם שבכל התורה כולה לא מצינו שלד"ע אלא במעילה והרי שליחות יד דהוי שלד"ע וכן בטביחה ומכירה וכו' וי"ל לדעתו דהא דגלי בשליחות יד לאו מדין שליחות הוא אלא מדין פושע שחייב הכתוב את השומר בין שפשע ע"י עצמו בין שפשע ע"י אחרים לפי ששמירתו עליו והיינו דכתי' על כל דבר פשע אפילו דיבור פשע מיקרי הא אמר לשלוחו לשלוח יד באחרים שלא נעשה שומר עליו פטור והא דעביד לה בגמ' שני כתובים היינו משום דאי סלקא דעתך דנילף ממעילה לשתוק בשליחות יד ונילף ממעילה מדין שליח של אדם כמותו אף בשל אחרים כ"ש בממון שנתמנה שומר עליו וכו' וטביחה נמי אפילו טבחו ע"י קטן דלאו בר שליחות הוא מתחייב דומיא דמכירה דלא קפיד קרא אלא על מה שנהנו ממנו בין מן הבשר בין מן הדמים והא דחשיב לה שני כתובים היינו נמי דאם כן לשתוק בטביחה ונילף ממעילה וע"ש ולפ"ז ניחא דברי הסמ"ע כיון דהרמב"ם כת' דלא מצינו שליח לד"ע אלא במעילה וא"כ ע"כ בשליחות יד דחייב רחמנא מדין פשיעה הוא ולא מדין שליחות ולזה קשיא ליה דישלם השליח דבמעילה דגלי רחמנא שליחות א"כ שליח של אדם כמותו וממילא פטור השליח אבל בעלמא דאין שליח לד"ע ואפילו בשליחות יד נמי לאו מדין שליחות דאשלד"ע בכל התורה כולה וא"כ ודאי תיקשי דיתחייב השליח לזה כת' שלשה דרכים באופן שפטור השליח דאל"כ אשלד"ע דלא אתרבי מעל כל דבר פשע אלא לחייב המשלח מדין פשיעה ומ"ש הסמ"ע או שאינו בר חיובא יבואר לפנינו הדרן לדברי מוהרי"ט ע"ש שהקשה דהא אכתי אצטריך בטביחה לחייב אפי' במידי דלאו בר שליחות וכגון בקטן וע"ש שכת' דלא אמרי ממעילה וטביחה ה"ל שני כתובין אלא לב"ש אבל לב"ה אית ליה שני כתובין במעילה ושליחות יד ולב"ה שליחות יד אפשר דלא מחייב אלא במידי שהוא בר שליחות וע"ש ולי נרא' דא"צ לחלק שליחות יד מטביחה וכמ"ש גבי טביחה דלאו מדין שליחות אלא משום שנהנה וכו' ה"ה בשליחות יד משום שפשע ומאי דקשיא ליה דאצטריך לרבויי קטן לאו קושיא היא דהא במעילה נמי חייב אפי' ע"י חש"ו וכדתנן במעילה שלח ביד חש"ו אם עושין שליחותו בעה"ב מעל וע"ש בתוס' מעילה דף כ"א ד"ה נתנו ע"ג הקוף וז"ל דכיון דשליח דמעילה בהוצאה ושינוי רשות הוא דהוי והכא הוי שינוי רשות ע"י שליחות בר דעת לכך מסתבר ליה לדמויי להנך דמייתי דאין קפידא בבר דעת ומ"מ אצטריך למילף

שליחות מתרומה דלא תימא אין שלד"ע ומבואר מדבריהם דבמעילה מחייב ע"י חש"ו ומשום דאתעביד שליחותא ואפ"ה אי לאו דרבי קרא במעילה של"ע לא הי' מחייב ע"י שליח וא"כ נרא' דה"ה בשליחות נמי מחייב ע"י חש"ו דהוא נמי משום הוצאה ושינוי רשות היא דהוה ועמ"ש בסי' קפ"ב ס"ק ג'. וא"כ שפיר קאמרי דה"ל שני כתובין טביחה ומעילה או שליחות יד ומעילה משום דא"כ ניליף ממעילה משום דאיתנהי נמי ע"י חש"ו ובטביחה ודאי משמע דאיתיה אפי' ע"י חש"ו מהא דאמרו שליחות בטביחה משום דכתי' וטבחו או מכרו מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר ומכירה ע"י אחר אפי' מכר לנכרי או לקטן דהא קטן קונה מן התורה היכא דאי' דעת אחרת מקנה וא"כ ה"ה בשליחות יד נמי אפי' ע"י קטן מחייב אלא דמשום שליחות לא אתרבאי אלא במעילה ומש"ה המשלח חייב והשליח פטור כיון דהוא כמותו אבל בטביחה אינו אלא משום שנהנה ובשליחות יד משום שפשע ומש"ה צריך הסמ"ע לפרושי דבמקום דהשליח פטור דאל"כ השליח חייב כיון דאין שדל"ע בכל התורה כולה וכמ"ש ולפמ"ש דבשליחות יד חייב אפי' ע"י חש"ו כמו במעילה אם כן שפיר כת' הסמ"ע או שהשליח אינו בר חיובא וכמ"ש משכחת לה דאינו בר חיובא כגון בחש"ו:

אלא דבעיקר דברי הסמ"ע קשיא לי דהא השליח בלא"ה פטור כיון דאינו שומר ושליחות יד דכתי' בשומרין אינו אלא בשומרין וא"ז מדין גנב וגזלן דאפי' בכל אדם חייב וכמ"ש בשטה מקובצת ס"פ המפקיד לפרושי הך מלתא דשליחות יד דחדית לן רחמנא בשומרין משא"כ בשאר בני אדם וע"ש ועמ"ש בסי' רצ"א סק"ב וא"כ שליחות יד דשמו מוכיח עליו דמיירי בדיני שומרין בלא"ה שליח פטור כיון דאינו שומר וצ"ע. ואפשר דמ"ש הסמ"ע או שליח אינו בר חיובא מיירי נמי בהכי דהיינו שאינו שליחות יד דגנב וגזלן אלא שליחות יד דחייב רחמנא בשומרין ואם כן השליח אינו בר חיובא כיון דאינו שומר פטור מלשלם או שאין לו לשלם דאפילו עושה שליח בשליחות יד דגניבה וגזילה שהוא בכל אדם נמי נ"מ דחייב המשלח באין לו לשליח לשלם. ובטור סי' ש"ן כת' וז"ל עשה שליח לשחוט לו בשבת והשליח שחט בשבת כת' הרמב"ם שהוא חייב עכ"ל. ובמשנה למלך פ"ג מגניבה כת' עלה שאינו מדוקדק משום דנהי דריבה הכתו' שליח לד"ע גבי טביחה היינו שלא יתערב עמו איסור אחר דאל"כ השליחות בטל מחמת האיסור אחר שנתערב עמו שאין בו משום שליחות לד"ע וכמ"ש הרמב"ם פ"ז ממעילה לענין מעילה שם דוקא קדשי בדק הבית ולא קדשי עולה וכיון ששלח לשחוט בשבת הרי יש איסור אחר וכו' והרמב"ם לא כת' אלא עשה שליח לשחוט סתם והשליח שחט בשבת ע"ש. ולפמ"ש מוהרי"ט בכוונת הרמב"ם שכת' דלא מצינו שלד"ע אלא במעילה וטעמא דטביחה ומכירה משום שנהנה

וכו' אם כן אפי' נתערב עמו איסור אחר כיון דלאו משום שליחות אתינן עלה אלא משום הנאה אבל במעילה שהוא משום שליחות לזה צריך שלא יתערב עמו איסור אחר דאל"כ השליחות בטל מצד איסור האחר ודו"ק:

סעיף ב

וכל דפריש מרובא קא פריש ותמיהא לן מלתא דהא אי' בירושל' פרק שור שנגח תני וכן שנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים ונגנבו חולקין לפי דמים ופריך והא תני באלין אבנים נגנבו מחצה לזה ומחצה לזה ופריק ר' שמלאי אבנים גסות הן. מבואר דבגסות שאין נבללין יחד מחצה לזה ומחצה לזה ואע"ג דרובא של א' מהם ודוקא במעות שדקין הן ונבללין יחד ולוקח הרבה ביחד ותלינן רובא במרובים ומיעוטא במועטין אבל בגסות מחצה לזה ומחצה לזה ואמאי ניזל בחר רובא וע' בנ"י ר"פ הבית והעליה ואפשר דירושלמי מיירי במקום גנבי ישראל דאז ה"ל קבוע וכמחצה על מחצה וכמ"ש בתשו' מיימוני לס' משפטים סי' כ"ח ז"ל אשר שאלת על ד' וה' כיסים אשר בתיבתך משלך ומשל אחרים ולקחה בתך ב' דינרים ואינה יודעת מאיזו כך אני דן בעיני כיון שלקחה מן הקבוע כמחצה על מחצה דמי ולא אזלינן בתר רובא ואין לחלק בין נפקד לאחר ולדמותו לנמצא ביד עכו"ם כיון שהישראל לקח מן הקבוע וכ"ש כאן שבתך לקחה הב' דינרים שהוא כמו נפקד דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד וכו' וכיון דהוי פלגא ופלגא הממע"ה שלום יצחק בר אברהם עכ"ל:

אמנם לולי דמסתפינא הייתי אומר במה שכתבו הפוסקים דאם נכרי לקח אמרינן כל דפריש מרובא פריש וכמ"ש בתשו' מוהרי"ל בשם תשו' מוהר"ח בעובדא דאתרוגים דעכו"ם מן הרוב לקח והובא בש"ך סקכ"ט ע"ש. ולענ"ד נראה דע"כ לא אמרו לחלק בין לקח עכו"ם ללקח ישראל אלא בלקח מתשע חניות מוכרות בשר שחוטה ואחד בשר נבילה דכיון דאיסור נבילה ליכא בנכרי ומש"ה לא הוי ביה דין קבוע כיון דאין הספק נוגע אליו כלל אבל באיסור גזל דנכרי מצווה כמו ישראל וחמיר ביה איסור גזל דאזהרתן היא מיתתן א"כ מה לי לקח ישראל ומה לי לקח נכרי וא"כ אפילו לקח נכרי שלא בפניו אמרינן ביה דין קבוע כמחצה על מחצה. וא"כ ניחא דברי הירושלמי באלין אבנים שנגנבו כיון דלעולם בגניבה ה"ל דין קבוע ואפילו נגנבו ע"י עכו"ם ודו"ק:

סעיף ג

ואם כשהוא גולל פתחו וקרא בו מותר. ע' סמ"ע שכת' דאם גוללו תוך שלשים אסור לקרות בו ובש"ך כת' דסירכא דלישנא דטור הוא נקט דהא לדעת הש"ע גלילתו הוא אחת לי"ב חודש וע"ש ונראין דברי הסמ"ע גם לדעת הש"ע הוא והוא דודאי כל שלשים יום

צורך הספר הוא דהא במציאה צריך לגלול א' לשלשים יום אלמא תיקון הספר הוא בא' לשלשים. אלא דבמפקיד מדעת שאני כיון דלא צוה לו ה"ל כמחל לו אותה טירחה אבל אם גוללו לשלשים יום ודאי תיקון הספר הוא וכמ"ש וא"כ מותר לקרות ביה כשגוללו לשלשים אפילו לדעת הש"ע דתיקון הספר לא ישתנה במפקיד אלא שמוחל לו אבל תוך ל' דאינו תיקון דהא אפילו באבידה לא הוצרך לגלול אלא א' לשלשים ומש"ה תוך ל' כשגוללו אסור לקרות בו וזה פשוט:

סימן רצג

סעיף א

אבל אמר להביא לו כת' סמ"ע ז"ל פי' הנפקד אומר למפקיד וכו' ולא כע"ש שכת' אבל אם אמר לו המפקיד וכו' וגם מצד הדין אין נראה וכיון דמיד שגילה המפקיד דניחא ליה בחזרה לא גרע הנפקד משליח ששלח המשלח שליח לקבל פקדונו ונאנס ביד שלוחו דהאחריות על המפקיד ע"ש ונראין דברי הש"ס לדינא דודאי שליח שאני דמשהגיע ליד שלוחו ה"ל כאלו הגיע ליד המפקיד דשלוחו כמותו אבל באומר לנפקד דעדיין לא יצא מרשות הנפקד ואפילו אומר לנפקד שלח לי ביד עבדך כנעני כיון דיד עבד כיד רבו לא יצא מרשות הנפקד וכמבואר בפ' השואל דף צ"ט וע' טור וש"ע סימן ש"מ ומכ"ש כאן שאמר לנפקד גופיה:

סעיף ב

ואם הפקידו אצלו לזמן. כ"כ הרב המגיד פ"ז משאלה שיכול לומר קבלת עליך שמירתו עד זמן ידוע. ובמשנה למלך שם הקשה מפועל דיכול לחזור בחצי יום ע"ש וכבר הקשה קושיא זו ריטב"א בחידושיו פ"ק דקידושין שם הביא בשם הראב"ד דתוך זמנו אין השומר יכול לחזור והקשה עלה מפועל ע"ש. וכבר כתבנו בישובו בסי' ע"ד סק"א דשומר שאני דנשתעבד נכסי לשלם אם יגנוב או יאבד בפשיעה ואפי' החזירו לבעלים תוך זמנו אם ש"ש הוא ונגנב אצל הבעלים הרי הוא נתחייב בגניבה ואבידה ובפשיעה פטור כיון שהבעלים קיבלו מדעתן לא גרע מש"ח ע' ש"ע סי' ע"ב סעיף ג' אבל אם החזיר לבעלים בע"כ אפי' ש"ח לא הוי בעלים וא"כ כל דין אחריות עליו בין ש"ח בין ש"ש אפי' כשהוא ביד הבעלים עד הזמן שנתחייב בדין שומרין וע"ש:

סעיף ג

אלא שהי' רגיל בעל הפקדון להפקיד וכו'. והוא מדברי הר"ן ספ"ק דגיטין ע"ש דאפילו אינו מוחזק כפרן כל שרגיל להפקיד וכן נמי אי שדר ליה פלניא גברא מהימנא א"י לחזור

בו וחייב באחריות אמנם קשה לי טובא כיון דדעת הש"ע בסי' רצ"א סעיף כ"ד בשומר שמסר הפקדון לאנשי ביתו ולא שמרו כדרך השומרין דפטור מלשלם כיון דמפקיד ע"ד אשתו ובניו והוא כדעת הרמב"ם וא"כ ה"ה במסר למי שרגיל להפקיד דאפי' פשע בו השני הראשון פטור דחד דינא אית ליה וא"כ היכי כת' דחייב באחריות כיון דנתנו למי שרגיל להפקיר וכן מבואר מדברי הרב המגיד פ"א משכירות ז"ל ומ"ש הואיל שהשומר הראשון חייב באחריותו כו' כבר נזכר טעם זה בגמ' ונ"מ שאם היו הבעלים רגילים להפקיד אצל השומר שמסר לו זה שאין הנפקד הראשון יכול לחזור בו שהרי כבר נפטר מאחריותו כמו שנתבאר למעלה בדין שומר שמסר לשומר עכ"ל. וכיון דדעת הש"ע נמי הכי הוא במוסר לאנשי ביתו ה"ה ברגיל להפקיד. ואע"ג דכת' הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק צ"ו דאפילו לדעת הרמב"ם וש"ע במסרו לאנשי ביתו ופשעו דפטור אבל בנתנו לאיש אחר אע"ג דרגיל להפקיד חייב בפשיעה ע"ש הנה כבר השיגו בשל"ד (הש"ך בס"ק ל"ד) שם והעלה בראיות ברורות דחד דינא אית להו ומאן דפוטר באנשי ביתו ה"ה ברגיל להפקיד ע"ש ועוד דהב"י כת' להדיא בסימן ע"ב דלדעת הרמב"ם דברגיל להפקיד נמי פטור הראשון אפי' פשע השני וכן נמי אי שדר ליה פלניא גברא מהימנא נמי הוי דינא דרגיל להפקיד וכמבואר בריש פ' הגוזל קמא (בבא קמא דף קי"א) ע"ש גבי שליח שעשאו בעדים ז"ל תימה אמאי חייב הוא באחריות ואונס הדרך והא א"י לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כיון דתפיס ליה באינש מהימנא וי"ל כו' ובע"כ חייב לשמור עד שיחזירנו לו בישוב במקום שהפקידו ולאו כל כמיניה להחזיר לו במדבר במקום סכנה עכ"ל ומבואר דכל דשדר ליה אינש מהימנא נמי הוי כמו רגיל להפקיד וא"כ לדעת הב"י כל שרגיל להפקיד פטור הראשון מכל אחריות ובש"ך סימן ק"כ סק"א כת' דמדסתמו הפוסקים דהלוה חייב משמע דחייב בכל ענין אפילו ליכא סכנת מדבר וכו' ונרא' דלק"מ דאנן קאמרינן דהכי קאמר אינש מהימנא שהוא מחזיק בנאמן ואני איני עושה אותו שליח ואיני סומך עליו אי סמכת את סמוך ונ"ד כהא דאמרו בפ' המפקיד דהיכא דרגיל להפקיד אצלו א"י לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דהתם הפקיד אצלו וגם התם דוקא ברגיל להפקיד דהרי אנו רואין שהאמינו משא"כ הכא עכ"ל. אבל דבריו נראין דחוין מדברי הר"ן ומדברי הש"ע כאן דכתבו בשדר ליה אינש מהימנא הוא אינו יכול לחזור ואי נימא בשדר ליה אינש מהימנא אכתי יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר א"כ לא הוי זכות כלל ואמאי אין יכול לחזור וליכא למימר דמ"ש בש"ע וחייב באחריות היינו אחריות הדרך ומיירי שמוליכו במקום סכנה וכמו שכת' תוס' פרק

הגוזל (בבא קמא דף ק"א) דלשון וחייב באחריות משמע סתמא ועוד דאי מיירי במקום סכנת מדבר אם כן ודאי אינו זכות כלל ואמאי אין יכול לחזור וצ"ע:

סימן רצד

סעיף א

תבעו הפקדון וכפר בו כ' בתשו' הרא"ש דוראן סי' כ' ז"ל וכ"ש שהיה תובעו לחלוק והוא דוחהו מיום ליום על כן חייב הוא בגניבתו ואבידתו ואני אומר שהסחורה ההיא היתה מונחת ביד מנדיל בתורת עושק מאחר שהיה אליעזר רוצה לחלוק והוא הי' מעכבו וכו' וקי"ל שהמעכב ממון חבירו בידו ה"ל עושק ומתחייב באונסין עכ"ל ותימהני במ"ש דקי"ל שהמעכב ממון חבירו כו' חייב באונסין כי לא מציינו בשום מקום דבר זה שוב מצאתי כדבריו בשו"ת רשב"ץ ח"ב סי' רס"ז ע"ש בשמעון שעיכב תחת ידו זהב לעשות טבעת וראובן הי' כות' לשמעון תן לי הזהב ובין כך ובין כך נכנסה בולשית בעיר אם זה הזהב באחריות שמעון האומן וע"ש שהשיב ז"ל ובנדון זה אם הנותן הזהב הי' דוחקו לעשות לו הטבעת והאומן הי' דוחקו לפי שהי' טרוד בשאר מלאכות כשאר האומנין עדיין הוה ש"ש ופטור אבל אם נותן הזהב הי' אומר לו כיון שעכבת מלאכתי עד עתה החזר לי הזהב אין דינו כדין האומן אלא כדין נפקד המעכב פקדונו בידו שלא ברצון המפקיד ואינו שומר עליו ונתחייב באחריותו שהרי בפשיעת עכובו נאנס עכ"ל. אמנם מסתימת הפוסקים לא משמע הכי ולא מחייב אלא כשכופר בפקדון דהוה לי' גזלן אבל מעכב פקדונו של חבירו אפילו שלא ברצון המפקיד אינו גזלן ולא דין עושק לו וכן משמע מדברי הטור ושולחן ערוך סי' ע"ב סעיף מ"ג והוא מתשו' הרא"ש באומר תן לי משכוני ואמר לו לך עתה ובא למחר אם נגנב קודם הזמן שקבעלו חייב המלוה וע"ש דאינו חייב אלא בגניבה ואבידה מדין מלוה על המשכון כש"ש אבל פטור מאונסין אע"ג דכבר פרע לו הלוה ואינו אלא פקדון גביה ומעכב פקדונו ומשמע אע"ג דמעכבו שלא ברצון הלוה ודוחהו בלך היום ושוב למחר דאינו חייב באונסין אלא הכופר בפקדון או שולח יד אבל במעכב פקדון נרא' דלא מחייב באונסין:

סעיף ב

במקום שיש עדים מצויים יביא ראיה בעדים. ס"פ האומנין איסי בן יהודה אומר שבועת ה' תהי' בין שניהם אין רואה הא יש רואה יביא עדים ונפטר ואיכא למידק דיש רואה אמאי חייב לשלם ליהמניה במגו דאי בעי אמר להד"מ או החזרתי דהא טעמא דשבועת השומרין גופיה כתבו הרמב"ם משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן והרא"ש כת'

משום דמגו דלהד"מ או החזרתי ה"ל מגו דהעזה וע' טור סי' רצ"ו וברמ"א שם. וא"כ הא תינח נשבועה אבל לממון דקי"ל אפילו מגו דהעזה מהני וכמבואר בש"ך בסי' פ"ב בכללי מגו וא"כ בין לטעמא דהרמב"ם בין לטעמא דרא"ש אמאי יתחייב ממון במקום שיש רואה הא אית ליה מגו דלהד"מ או החזרתי ואע"ג דבחשוד אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל ולא מהני ליה לאוקמי ממונא במודה במקצת במגו דכופר הכל משום דהתם גבי חשוד דין שבועה רמי עלה ובשבועה לא מהני מגו או משום דלאפטורי משבועה לא אמרינן או משום דהוי מגו דהעזה כדרבה וכיון שאינו יכול לישבע רמי שבועה אשכנגדו אבל בזה במקום שיש רואה ליכא דין שבועה כלל אלא חיוב ממון עד שיביא עדים ונפטר ואמאי הא ממון מהני ליה מגו ואפילו מאינו מעיז למעיז וע' מוהרי"ט חלק ח"מ סי' ע"ט שכתב דאפילו אומר שנאנס במקום שיש רואין נאמן במגו דאי בעי הוי טען תוך מבואת העיר נאנסתי דלא שכיחי רבים ע"ש וע' משנה למלך פכ"א ממלוה שכתב דהא כת' הרמב"ם ספ"ב משכירות בד"א כשהיה השומר יכול לטעון נאנסו ולא נצרך להביא ראיה אבל אם הי' צריך להביא ראיה על טענתו וכו' שומר שאני דמסתמא בביתו שמרה ומש"ה כת' הרמב"ם שאם אותן מקומות הי' חייב להביא ראיה אינו נאמן ע"ש וכיון דאפילו במקום שיש רואין היכא דאית ליה מגו נאמן א"כ הך דאיסי היכי משכחת לה דהא אית ליה מיגו דלהד"מ או החזרתיו ודוחק לומר הך דאיסי מיירי דאפקיד בשטר כיון דסתמא קאמר וגם הפוסקים סתמו. והנה לפמ"ש בעל המאור פ' חזקת גבי קריביה דרב אידי דלא מהימן לומר דר בה חד יומא במגו כיון דהדבר קלה להביא עדים לא מהימן במגו ע"ש א"כ ליתיה לדברי מהרי"ט ומשנה למלך כיון דיש רואה והוא אומר שנאנס במקום שיש רואה צריך להביא עדים דוקא ולא מהימן במגו כיון דקל הדבר להביא עדים במקום שיש רואה ועמ"ש בסי' רפ"ד סק"א וא"כ ניח' נמי מגו דלהד"מ או החזרתי דכיון דיש רואה וקל הדבר להבי' עדים לא מהימן במגו אלא דכבר השיגו הרמב"ן במלחמות שם והאריך בראיות דאפי' היכא דקל הדבר להביא עדים מהימן במגו ע"ש וא"כ קם דינא דמוהרי"ט והדרא קושיא לדוכתיה וצ"ע:

סעיף ג

ואם לא יביא עדים לדבריו ישלם ונרא' אפילו לדעת הרמב"ם וש"ע דשבועה העיקרית הוא שבועה שאינו ברשותו דאע"ג דידוע שאינו ברשותו שטוען שנאנסה כל שיש רואה צריך להביא עדים שנאנסה ואפילו לדעת הרמ"ה בטור דלא אמרו יש רואה אלא בשבועת השומרין אבל בטענת פקדון והחזרתי אפילו יש רואה א"צ עדים אפילו בשומרין צריך ראיה בעדים שנאנסה אפילו היכא דליכא שבועה דנאנסה וכן משמע ס"פ האומנין

בהאי עובד' דריסתקי דמחוזא דא"ל רבא אייתי ראיה שלא פשעת בה ובכל הנך עובדי דמייתי שם משמע דלא סגי בעדים שנשברה אלא צריך להבי' עדים שנשברה באונס וכן משמע מלשון הרמב"ם פ"ג משכירות וז"ל שומר שטען שנאנס אונס גדול כגון שבורה ומתה אם נאנס במקום שעדים מצוין שם מצריכין אותו ראיה על טענתו שנאנס ויפטור חוץ משבועת השומרין ע"ש ולא סגי ליה בעדים שראו שבורה ומתה דתו ליכא שבועה העיקרי' אלא ודאי במקום רואה צריך להבי' עדים על טענתו ואפילו לדעת הרמ"ה דלא אמרו אלא בשבועת השומרין משום דשבועת השומרין לאו דוק' אלא טענת השומרין וע"ש בטור בסי' קפ"ז ובב"י שם דכת' נמי כיוצא בזה כיון דע"י שמירה באה צריך ראיה במקום רואה ועמ"ש בסי' קפ"ז סק"א:

סעיף ד

ומגלגלין עליו בשבועתו שלא פשע. והיינו משום דס"ל דשבועה העיקרית היא שבועה שאינו ברשותו ואינך ע"י גלגול וכן הוא דעת הרב המגיד בדברי הרמב"ם והא דתנן במתני' ס"פ האומנין במעביר חביות ממקום למקום ושברה ר' יהודה אומר ש"ח נשבע שלא פשע וע"ש היינו שלא ראינו שבירה דאם ראינו שבירה תו ליכא שבועה שלא פשע וכן הא דכת' בש"ע סי' ד"ש סעיף ג' נשברה במקום שאין עדים מצויין נשבע שלא שברה בפשיעה ע"ש מיירי נמי שלא נמצאה שבירה לפנינו אלא שהוא טוען כן ואפשר עדיין ברשותו היא דאל"כ ליכ' שבועה שלא פשע והא דכת' הרמב"ם פ"ג משכירות אבל אם טוען שנאנס במקום שאין עדים מצויין שם אין מצריכין אותו ראיה אלא ישבע שנאנס ויפטור ואם הבי' עדים שלא פשע נפטר אף מן השבועה ע"כ ולא סגי ליה בעדים שאינו ברשותו משום דבריש' נקט גבי רואין דצריך עדים שנאנס' וכמ"ש בסק"ג לכן כ' גם במקום שאין רואין עדים שלא פשע ומוהרח"ש בחלק ח"מ ח"א כ' לדעת הרמב"ם דלא סגי בעדים שאינו ברשותו אלא דס"ל להרמב"ם דשבועה שלא פשע נמי הוי משבועה העיקרית וע"ש:

סעיף ה

והבי' עדים שנאנס לו גלימ'. והוא בטור בשם הרמ"ה והקשה הב"ח מסוגי' דר"פ המפקיד (בבא מציעא דף ל"ה) דפריך שם ואי אית' לדר' הונא כיון דמשתבע מלוה שאינו ברשותו היכי מצי מפיק לה ומשני רבא כשיש עדים שנשרפה אי הכי מהיכ' מייתי לה ונימ' דמיירי שראו עדים שנשרף לו בגד אחר ולא הכירו ובש"ך כת' ליישב משום דבעינן דוק' שראו עדים שנשרפה בגד כזו והתם ליכ' למימר הכי דא"כ יודעין כמה השוה ע"ש ודבריו צ"ע. ולי נראה דודאי שבועת השומרין הכתו' בתורה ליתיה בענין זה שראו עדים

שנאנס לו גלימא וכיון דהאונס ידוע ואין הספק אלא בבגד אם היא זו או לא דזה לא הוי מתורת שבועת השומרין וכמ"ש הרמ"ה אבל שבועה דר' הונא דהוא מתקנת חכמים דשמא עיניו נתן בה א"כ כל שלא ראו עדים אם נשרף בגד זו אכתי לא יצא מחשש דשמא עיניו נתן בה דהא שבועה זו אינה מלת' דשבועת שומרין דהא כל שמודה שפשע ורוצה לשלם ליכא תורת שבועת השומרין ואינה אלא שבועת המשנה דשמא עיניו נתן בה ואפי' באונס ידוע כיון שאינו ידוע אם זו היא הפקדון לא נפיק מחששא דשמא עיניו נתן בה אבל היכא שאינו רוצה לשלם ורוצה ליפטר עצמו מתשלומין בטענת אונס דכה"ג לא תיקנו חכמים דלא חיישי שמא עיניו נתן בה אלא היכ' שרוצה לשלם ומורה שפשע ואינו אלא בשבועת התורה ומש"ה כל שהאונס ידוע דתו ליכא שבועת השומרין דגזירת הכתו' אינו אלא במקום שלא ידעינן האונס וכמ"ש הרמ"ה ושבועת המשנה נמי לית ביה כיון דאינו רוצה לשלם לא חשו שמא עיניו נתן בה ומש"ה מיפטר לגמרי וזה נ"ל ברור ועמ"ש בסי' רצ"ב סק"ב:

סעיף ו

כיון שאילו היתה גלימא בידו והמפקיד אומר לא זו היא. ז"ל הב"ח וכת' הרמ"ה וכו' איכ' לתמוה היאך פוטרו משבועת השומרין במגו דא"כ עקרת לשבועת השומרין מן התורה היכא דאיתא מגו וזו לא שמענו ותו דלקמן ריש סי' רצ"ו כ' רבינו על שם הרמב"ם דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה והר' המגיד דכת' דכך היא דעת הרמ"ה ואף להרא"ש דאמרו מגו לאפטורי משבועה מ"מ בטענת אונסין ומעיז לא אמרינן מגו וא"כ הכא ודאי דמעיז לומר נאנסה של פקדון כיון דאיכ' עדים דמסייע ליה שראו שנאנס מידו גלימא ודאי דלא אמרינן מגו אף לדעת הרא"ש עכ"ל. ותימה על תימה דמה ענין מגו לכאן ולא עלה ע"ד הרמ"ה לדון בזה דין מגו ולא נעלם הכוונה של הרמ"ה מעין כל דאומר כיון שאלו היתה גלימ' בידו והי' אומר המפקיד לא זו היא והנפקד אומר זו היא דאין בזה דין שבועת השומרין ה"נ השתא שידוע בעדים שנאנס לו גלימ' כזו אלא שאינו ידוע אם היא של המפקיד ואם כן הספק אלא אם היא זו דכה"ג ליכא שבועת השומרין אם הספק אם היא זו או לא ומדברי הב"ח נרא' שהבין כוונת הרמ"ה שכת' כיון שאילו היתה גלימ' בידו רוצה לומר מגו ולא זו הכוונה וזה פשוט ואולי אגב שיטפיה כתבו הב"ח:

סעיף ז

נגנב הפקדון באונס ואח"כ הוכר הגנב. בס"פ הגוזל קמא בעי רבה זוטי נגנבה באונס והחזירה גנב בבית שומר ומתה בפשיעה מהו מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא ליה שמירתו או דלמ' כיון דהדר' הדרא. והביאו הרמב"ם פ"ח משאלה ופקדון עיין שם ומן

התימא שלא הביאו לא בטור ולא בש"ע ועיין בתשו' מוהרש"ך ספר ב' סי' ק"ך שעמד השואל בזה עיין שם. שוב ראיתי דגם הרי"ף השמיט בעי' זו:

ונראה דבר זה תליא בתרי לישני דש"ס פרק אלו נערות דלישנ' קמא חיוב שומר משעת משיכה ולישנ' בתרא משעת פשיעה וכן הוא פרק הגוזל קמא וע' בנ"י שכת' שם בשם הרא"ה דנ"מ לשואל חמור לרכוב עליה שלוחו ומתה בדרך ומתה מחמת מלאכה דלהך לישנ' דחיובא משעת משיכה ה"ל איני יודע אם החזרתי וחייב ולישנ' בתר' דחיוב משעת פשיעה ה"ל א"י אם נתחייבתי וע"ש וא"כ רבה זוטי דבעי מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא שמירתו ס"ל דחיוב' דשומר משעת משיכה וא"כ אונסין דמיפטר היינו משום דהוי כמו חזרה וא"כ כליא שמירתו אבל להך לישנ' דחיוב' דשומר משעת פשיעה וא"כ אונסין דפטור לאו מתורת חזרה הוא אלא משום דעדיין לא רמי חיוב' עליה אלא משעת פשיעה וא"כ ממיל' כל דהדר' לבית שומר אע"ג דנגנבה באונס לא כלת' שמירתו כיון דאונסין לא חשיב חזרה וממיל' חייב כל שמתה בפשיעה אח"כ כיון דאכתי לא הי' חזרה. ומש"ה הרי"ף והרא"ש והטור דס"ל כלישנ' בתר' דר' פפא דחיוב' דשומר משעת פשיע' וכמבואר בטור סי' שמ"א וע"ש בש"ך א"כ ליתיה כלל להך בעיא דרבה זוטי וכן הוא דעת רוב הפוסקי' דחיובא דשומר משעת פשיעה ועש"ך בסי' שמ"א. אבל דעת הרמב"ם פ"א מה' שאלה ופקדון דחיובא דשומר משעת משיכה ואם כן אונסין הוי חזרה ומש"ה הבי' בעיא דרבה זוטי דהוא נמי להך לישנ' דכיון דאונסין הוי חזרה א"כ כיון דנגנבה באונס כליא שמירתו. וז"ל הרמב"ם פ"ח משאלה נגנב הפקדון באונס והחזירו הגנב בבית שומר ומתה שם בפשיעה יש בדבר ספק אם כלתה שמירתו ונפטר או עדיין לא כלתה שמירתו לפיכך השומר פטור מלשלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין אותו מידם עכ"ל ומ"ש הרמב"ם והרי היא בהמה לא אדע הכוונה אמאי דוק' הרי היא בהמה וצ"ע. ועוד נ"ל בטעמ' דרי"ף והרא"ש והטור שהשמיטו דסברי דכיון דקי"ל כרבא שם ס"פ הגוזל קמא בהוכר הגנב דאפי' ש"ח קודם שנשבע מחויב לעשות דין עם הגנב ואע"ג דנגנבה באונס א"כ מוכח דלא כלתה שמירתו דאם כבר כלתה השמירה אמאי עושה דין עם הגנב וכיון דאפי' אחר שנגנבה באונס עושה דין עם הגנב פשיטא שחייב נמי בפשיעה כל שלא החזירו עדיין ליד בעלים ובש"ס שם ס"פ הגוזל אתמר נגנבה באונס והוכר הגנב אמר אביי אם ש"ח הוא כו' רבא אמר א' זה וא' זה עושה עמו דין כו' רבה זוטי הכי בעי לה נגנבה באונס והחזירה גנב בבית שומר וכו' ונרא' דהכי פירושא דרבא סובר דאפי' נגנבה באונס אפ"ה עושה דין אלמא דסביר' ליה דלא כלתה שמירתו ורבה זוטי הכי בעי לה כו' כיון דנגנבה באונס כלתה שמירתו אלמא לית ליה דרבא וכיון דאנן

קיימ' כרבא דעושה עמו דין דמחויב השומר לעשות עמו דין א"כ מכ"ש כשהחזירו לבית שומר ומתה בפשיעה כיון דלא כלתה שמירתו חייב בפשיעה וטעמ' דרבא דס"ל דלא כליא שמירתו על ידי אונס נרא' כמ"ש כיון דאונסין לא הוי חזרה אלא דלא רמי חיובא עליה ומש"ה כל שיכול השומר לתבוע ממנו ולהוצי' ממנו בדינא ודיינא הרי הוא מחויב לעשות כיון דעדיין שומר הוא עליה ורבה זוטי ס"ל דאונסין הוי חזרה ומשום דחיובא משעת משיכה ודו"ק. אח"כ מצאתי כדברינו אלה בשטה מקובצת לב"ק שכת' דלרבא דבהוכר הגנב דהוי שומר מכ"ש בהך דרבה זוטי ע"ש ונהניתי:

סימן רצה

סעיף א

שילם ולא רצה לישבע. כת' הב"ח ז"ל ש"ח שאמר פשעתי לא מקני כפילא עד שיאמר הריני משלם דסמיך דעתיה בדיבור' שאמר לו הריני משלם אבל כשאמר רק פשעתי עדיין לא מקני ליה כפילא והכי תני' בהדי' פ' המפקיד השוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הלה הריני משנם ואיני נשבע ואח"כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לשוכר הרי אע"ג דשוכר חייב בגניבה ואבידה והודה שנגנבה כדקתני ונגנבה ואפ"ה בעינן דוק' ואמר הריני משלם עכ"ל ואיני רואה ראיה דהתם ונגנבה דנקט מיירי בטענה הפוטרת וכמבואר להדי' בסוגי' דפרק הכונס (בבא קמא דף נ"ז שם) בהא דאמרו ליסטים מזויין גנב הוא לימא מסייע ליה השוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הריני משלם ואיני נשבע ואח"כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לשוכר סברוה כר' יהודה דאמר שוכר כנושא שכר ומדקתני ואמר הריני משלם ואיני נשבע מכלל דאי בעי פטר נפשיה בשבועה ה"ד כגון דקא טען טענת ליסטין מזויין וקתני ואחר כך נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לשוכר ש"מ ליסטין מזויין גנב ודחי מי סברת כר' יהודה דאמר שוכר כנושא שכר דלמא כר' מאיר ס"ל דאמר שוכר כש"ח דמי ואיבע"א כדמחליף רבה בר אבוה ותני שוכר כיצד משלם ר"מ אומר שוכר כש"ש ר' יהודה אומר כש"ח ר' זירא אמר הבמ"ע בטוען טענת לסטים מזויין ואח"כ נמצ' שאינו מזוין ע"ש. ומבואר דלכלהו אוקימתות טענת ונגנבה היא טענה הפוטרת ומשום הכי אינו חייב אכא באומר הריני משלם ואע"ג דמלשון רש"י ר"פ המפקיד משמע דמפרש לה בטענה המחייבו ע"ש ד"ה השוכר פרה ונגנבה. אך לשון רש"י צ"ע כיון דמבואר להדיא בש"ס פרק הכונס דגניבה היינו טענה הפוטרת וריטב"א בחידושיו הקשה בהא דאמר ר' פפא ש"ח שאמר פשעתי מקני ליה כפילא ז"ל וקשי' לן מאי קמ"ל ר"פ טפי ממתני' דאמרינן דשומר חנם מקני ליה כפילא ע"ש

ולפמ"ש דהך השוכר פרה ונגנבה מיירי בטענה הפוטרת אבל בטענה המחייבו מקני ליה כפילא אע"ג דלא אמר הריני משלם א"כ טובא אתי רב פפא לאשמועינן דש"ח שאמר פשעתי מקנה ליה כפילא היינו בדיבורא שאמר פשעתי אע"ג דלא אמר הריני משלם דר"פ לא קאמר אלא שומר חנם שאמר פשעתי מקני ליה כפילא ואינו ממתני' עד דאמר הריני משלם כיון דמתני' מיירי בטענה הפוטרת. אלא דלפמ"ש תוס' במתני' ר"פ המפקיד ד"ה ונגנבו בשם ריב"ן דמפרש מתני' דנגנבו היינו בפשיעה ולא רצה לישבע היינו שלא רצה לישבע לשקר ע"ש א"כ אפי' בטענה המחייבו תני שילם ולא רצה לישבע ומשמע דלא מקני ליה כפילא במה שהודה בטענה המחייבו. אך לפמ"ש תוס' ר"פ המפקיד ד"ה אלא מהא ליכא למשמע מיניה וז"ל תימה כיון דקשיא רישא לסיפא כו' וי"ל דשלם נקט לאביי דפרק הגוזל קמא לאורויי דאם נשבע ושילם דאין הכפל שלו ולרבא לאורויי שילם אע"פ שנשבע תחלה שהכפל שלו ולא רצה לישבע היינו לא רצה לעמוד בשבועה אבל אם אמר הריני משלם אם נשבע תחלה אין הכפל שלו עכ"ל. וא"כ מתני' אע"ג דמיירי בטענה המחייבו מכל מקום צריך לאורויי שילם לרבא דמיירי בנשבע תחלה א"כ אפי' באומר אח"כ הריני משלם לא מקני כפילא מכ"ש בהודה שפשע ובעי שילם דוקא ולאביי נקט שילם ולא רצה לישבע לאורויי דאם נשבע אע"ג ששילם לא מקני ליה כפילא. ולפמ"ש מדברי ריב"ן מוכח דש"ח שאומר פשעתי אע"ג דלא אמר הריני משלם מקני כפילא דהא לפי מה שפירש ריב"ן נגנבו בפשיעה ושילם ולא רצה לישבע היינו דלא רצה לישבע לשקר א"כ תיקשי מסוגיא דהכונס דהיכי מוכח משוכר פרה ונגנבה דמדקתני ואמר הריני משלם ואינו נשבע מכלל דאי בעי פטר נפשיה דהא כה"ג נמי תני במתני' ונגנבו ומפרשו לא רצה לישבע היינו שלא רצה לישבע לשקר. ולפמ"ש דבהודה בטענה המחייבו מקני ליה כפילא אפי' שלא אמר הריני משלם א"כ עיקר הוכחה מדתני אמר הריני משלם ואיני נשבע מכלל דאי בעי פטר נפשיה דאם נגנבה היא טענה המחייבו למאי צ"ל כלל הריני משלם דהא בברייתא לא מצינו למפרש כדמפרש לה במתני' דלרבא אמרינן דקמ"ל שילם ולא רצה לישבע אף ע"ג דנשבע תחלה ובזה ודאי דבעינן שילם ממש ולא מהני הודאה אבל ברייתא דתני ואמר הריני משלם ע"כ לא מיירי בנשבע תחלה דאם כן הריני משלם נמי לא מהני יותר מהודאה וכן לאביי כיון דאומר הריני משלם לא מהני יותר מהודה בטענה המחייבו ואם כן מוכח מדתני ואמר הריני משלם דנגנבה מטענה הפוטרת ודו"ק:

סעיף ב

קנה כל שבח דאתי מעלמא. עסמ"ע שכתב דאם הוקרה הבהמה אחר שהופקד בידו דא"צ הנפקד ליתן אלא דמי שויה כשעת הפקדון ע"ש. ובש"ך השיגו וכתב שנמשך אחרי דברי הרב המגיד שהשיג על הראב"ד והקשו עליו דהא ללישנ' בתרא דרב' עכ"פ מקני משעת גניבה וללישנ' קמא מקני ליה למפרע משעת פקדון ולפענ"ד עיקר כהראב"ד ולק"מ דנהי דקנה למפרע משעת פקדון מ"מ הא קאמר דנעשה כאומר לו לכשתגנוב ותרצה ותשלימני תהא פרתי קנויה לך מעכשיו ופשיט' אלו הוי תבע ליה לנפקד לקמן לבי דינא היה מוכרח לשלם לו כפי שעת התביעה אם לא היה רוצה לישבע דדלמא השתא פשע וכל השומרין משלמין כשעת הפשיעה א"כ הכי קאמר כשתגנוב ותרצה וחשלימני מה שיגיע לי על פי הדין אז תהא לך מעכשיו. וליכא לאקשויי א"כ מאי פריך א"ה אפי' גיזותיה וולדותיה נמי דהכי פריך דגוף הגיזות והולדות יהיה לנפקד כשירצה לשלם דמיהן יהיה הכל שלו למפרע ובברייתא משמע דחוץ מגיזותיה וולדותיה דלא קנה אותן כלל דאפי' ישלם כשעת התביעה וכו' מיהו היכא דאיכא עדים מתי נאבד אך אינם יודעי' אם בפשיעה או לא אינו חייב לשלם אלא כשעת האבידה וכו' ע"ש: והנה ז"ל הרמב"ם פ"ח משאלה כל הקונה הכפל קונה השבח הבאה מאליו כיצד הפקיד ד' סאין אצל חבירו והרי הן שוין סלע ונגנבו או אבדו ואמר הריני משלם ואיני נשבע ואח"כ נמצאו והרי הן שוין ארבעה סלע הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע וכתב הראב"ד א"א דוקא שבא השבח אחר ששילם או שאמר הריני משלם עכ"ל וההמ השיג וכתב דאימת קנה השומר פקדון זה אם נאמר בשעת תשלומין ולא קודם לכן בגמרא לא מצינו מי שמאחר קנייתו אלא עד סמוך לגניבה ואם נאמר דכל ששילם נתגלה הדבר שסמוך לגניבה קנה הפקדון א"כ כשנתייקר בנתיים לשומר נתייקר אא"כ נאמר דלענין יוקרא לא קנה אלא משעת תשלומין ואילך ומה שאמרו בגמרא סמוך לגניבה הוא לגבי כפל וזה דוחק. ודעת רבינו אפשר שהוא אפילו ממה שנתייקרה בין פקדון לגניבה וכלישנא קמא דרבא וכמ"ש ודוקא אם היה יכול ליפטר באמת אבל בחייב על דרך האמת ודאי כששילם כשעת גניבה שהרי מדין הוא חייב ובית דין היו מכריחין אותו בהודאת האמת עכ"ל ומבואר מדברי הרב המגיד דהיוקר שבא בין שעת גניבה לתשלומין ודאי לשומר אע"ג דחייב ע"ד האמת כיון שאין השומר צריך לשלם אלא כשעת פשיעה אבל דעת הש"ך דמשלם כשעת התביעה ומשום דפשיטא ליה אילו הוי תבע לקמן לדינא היה מוכרח לשלם כשעת התביע' אם לא הי' רוצה לישבע דדלמא השת' פשע. ולענ"ד אינו נראה מאי דפשיטא ליה כו' דדלמ' השת' פשע דודאי שבועת השומרין אינו אלא שאינו

ברשותו ושנאנס אבל אם השומר רוצה לשלם ואומר כך וכך היה שוה ובעה"ב אומר כך וכך אין זה משבועת השומרין ואינו צריך רק היסת ואם בעה"ב אינו יודע אין נשבעין בטענת שמא וא"כ השומר שטען שנגנב בשעת הזול אין משביעין אותו לומר שמא פשע כשעת היוקר כיון דאין זה משבועת השומרין אלא בדבר שאינו מצוי בשוק דצריך לישבע בנק"ח שמא עיניו נתן מגלגלין נמי כמה היה שוה אבל היכא דאינו נשבע שבועה זו כגון במאמינו או בדבר המצוי בשוק אין צריך לשלם כשעת התביע' אלא אם טוען שומר כך וכך היה שוה בשעת הפשיעה ישלם כדבריו ומדברי הרמב"ם והראב"ד דעלה קאי משמע דמיירי בדבר המצוי בשוק שהרמב"ם נקט ד' סאין והוא דבר המצוי דכה"ג אינו נשבע כמה היה שוה וע' ש"ע סי' ע"ב סעיף ט"ו שם. ומ"ש הש"ך מיהו היכא דאי' עדים מתי נאבד אך אין יודעין אם בפשיעה אינו חייב לשלם אלא כשעת התביעה. ולפמ"ש כל שיש עדים שנאבד אפי' אין יודעין מתי נאבד נמי אינו צריך לשלם כמו שעת התביעה כיון דאי' עדים שנאבד דתו ליתיה לשבועה דאינו ברשותו וכיון דרוצה לשלם ואומר שלא היה שוה בשעת הפשיעה אלא כך אינו צריך לשלם יותר ושבועה אין לו דכמה היה שוה כיון דאינו אלא ע"י גלגול שבועה דרב הונא וכמ"ש:

אמנם נרא' דאפי' ידוע שנתייקר קודם גניבה להך לישנ' דקונה למפרע משעת פקדון שבחא דשומר וכדמוכח מהא דפריך א"ה אפי' גיזותיה וולדותיה נמי ומה דמפרש לה הש"ך דפריך היכי דהוא רוצה לשלם דמי גיזות וולדות כו' לא יתכן לפי"ז מה דמשני ליה שבחא דמגופא לא עביד אינש דמקני דודאי כי היכא דגוף הפרה קונה ואינו חוזרת לבעלים לדעת החולקים על הרמב"ם ודאי גוף גיזות וולדות לא גרע דכיון דמשלם דמיהן קונה הגוף כמו בשאר פקדון דהא הוא שומר עליהם כמו בפרה עצמה ואם הגיזות וולדות לא נאבדו כלל אלא שהם בעין לא שייך לאקשויי מידי אפי' גיזות וולדות כששילם דמיהן יקנה הגוף כיון דלא מקנה הגוף בתשלומי דמים אלא כשנגנב או נאבד ואם ליתיה בעין והיינו שנגנבו או שאבדו ודאי לא גרעי גיזות מגוף הפרה דאינה חוזרת וכמ"ש ולכן נרא' דגם הראב"ד מודה דקונה משעת גניבה או משעת משיכה וא"כ התשלומין נמי אינו אלא כשעת קנייתו אלא דס"ל דלענין יוקרא לא קנה אלא משעת תשלומין ואילך והיא שטת הריטב"א נמי בפ' המפקיד ע"ש גבי אייקר כיפי וכו' הכא אטרחיה לבי דינא וז"ל וקשי' להך לישנא דאמר לעיל שבחא דמגופה לא אקני והכא שבחא דמגופ' היא ואפי' לא אטרחיה לא קני וכו' יש לחלק בין גיזותיה וולדותיה לאייקרא לפי דיוקרא חשיב ליה טפי שבח משבחא דעלמא וכן פי' הריב"ן וכו'. ולאו קושיא הוא כלל דמגופ' לא עביד אינש דמקני דלעיל היינו אותו השבח בשעה שתהא שם לא נגמר קנינו אצלו

שקנה אותו השבח אבל הכא אותו השבח דהיינו היוקר אחר ששילם לו בא שנגמר הקנין אצלו וה"ה אי לא אטרחיה שיהיה שלו תוספת עכ"ל. וזו היא שטת הראב"ד דס"ל דיוקר ה"ל שבחא דמגופה ובגמ' גבי אייקר כיפי משמע דקנה היוקר לזה צריך לחלק דאחר ששילם קנה היוקר ולא מה שהשביח קודם ששילם ובגמ' דאכתי לא אסיק הא מלתא שבחא דמגופה לא עביד אינש דמקני לזה פריך א"ה אפי' גיזותיה וולדותיה נמי עד דמסיק שבחא דמגופה לא עביד אינש דמקני א"כ לא קנה שבח דמגופ' עד אחר ששילם או שאמר הריני משלם וזה ברור בשטת הראב"ד אך דברי המגיד שכתב דקונה היוקר קודם ששילם והיינו דוקא אם היה יכול ליפטר באמת אבל בחייב ע"ד האמת ודאי כששלם כשעת גניבה שהרי הב"ד היו מכריחין אותו בהודאת האמת וצריך ביאור במ"ש דוקא אם הי' יכול ליפטר באמת דליכא לפרושי דהיינו שהי' עדים שנאנסה דכל כה"ג אפי' הכפל אינו קונה וכמ"ש שם הרב המגיד וכן דעת הרשב"א והנ"י ע"פ הירושלמי דכל כה"ג אינו מוכר קנסו היכא שיש לו עדים ליפטר עצמו ומשלם ונרא' דכל שאין עדים כלל וטוען שנאנסה ואומר הריני משלם ולא רצה לישבע דכל כה"ג הוא מקני ליה ואינו משלם אלא כשעת משיכה אבל בחייב ע"ד האמת היינו אם באו עדים שפשע אינו זוכה ביוקר משעת פקדון או שהודה בעצמו שפשע ורוצה לשלם נמי צריך לשלם כשעת הפשיע' כיון שהב"ד מכריחין אותו בהודאת האמת וא"כ הי' מודה שפשע בע"כ וצריך לשלם כמו שעת הפשיעה אבל אין עדים כלל חשיב יכול למפטר באמת והיינו באומר שנאנס' ורוצה לשלם דכל זמן שאין אנו יודעין שפשע בודאי א"כ חשיבא יכול ליפטר באמת ואדעתא דהכי מקני ליה שבחא כשעת משיכ' ומשום דניחא ליה במאי דמשלם ואינו רוצ' לישבע שישלם רק כשעת משיכה. ולפ"ז קיצר הסמ"ע במ"ש דאם הוקרה הבהמ' אחר שהופקד' בידו דא"צ לשלם אלא דמי שוי' כשעת הפקדון דזה אינו אלא אם טוען נאנסה ורוצ' לשלם אבל היכא דהוד' שפשע או דאיכ' עדים שפשע לא קנה היוקר משעת משיכ' ודו"ק):

סעיף ג

אבל לא שבחא דמגופ'. כתב הש"ך משמע אפילו השבח שבא אחר הגניב' וכו' וקרוב אצלי שכל הפוסקים מודים לזה כו' ואע"פ שהרב המגיד הבין מדברי המפרשים שחולקין לפענ"ד אינו מוכרח עכ"ל וע"ש. ולפמ"ש בשטת הראב"ד דס"ל דיוקר ה"ל שבחא דמגופא וכדעת תוס' שבריטב"א ואפי' קודם שבחא דאחר ששילם וכמ"ש בסק"ג וע"ש א"כ ה"ה בגיזות וולדות שבא אחר ששילם קונ' השומר ואע"ג דאין אדם מקנ' דבר שאינו ברשותו וכיון דלא קנה קודם הגניב' היכא קנה אחר שנגנב דכבר אינו ברשותו

משום דגוף הפרה קונה למפרע משעת משיכ' או סמוך לגניב' אלא דשבחא דמגופ' לא אקני היינו ששייר לעצמו גוף הפר' לשבחא דמגופא ולא שייר לעצמו אלא עד התשלומין וא"כ אחר ששילם ממיל' של השומר הוא כיון דכבר קנה הפר' בעודו ברשותו וה"ל כאומר קנה הגוף מהיום ופירי לאחר שלשים דאע"ג דנגנב קודם שלשים כבר קנה בעודו ברשותו וע' בשטה מקובצת ר"פ המפקיד שכתב איכ' דאמרו אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנוב ותרצ' ותשלמני וכו' וז"ל דוק' בגניב' אמרינן הכי אבל באביד' דכל היכ' דאי' מצי מקני ליה בשעת תשלומין דוק' מקני ליה וכן פי' מורי עכ"ל. ונרא' מדברי הפוסקים שלא חילקו בכך אלא אפי' באביד' נמי קונ' סמוך לאביד' או משעת משיכ'. ואין לומר דהראב"ד שכתב דוק' שבא השבח אחר ששילם דרוצ' לומר באביד' כיון דהרמב"ם כתב נגנבו או אבדו והראב"ד עלה קאי משמע גם בנגנבו ובע"כ צ"ל כמ"ש בסק"ג דס"ל כשטת התוס' שבריטב"א וכמ"ש שם. ובדברי שטה קשי' לי טובא במ"ש דבאביד' קונ' בשעת תשלומין כו' דהיכ' מצי קנה לה בלא משיכ' דהא מעות אינו קונ' ובגמ' משמע להדי' דאינו קונ' בלא משיכ' דהא להך לישנ' דנעש' כאומר לו סמוך לגניב' לא קנה בעומד באגם אלמ' דבעי קנין דוק' ומעות אינו קונ' וצ"ע ועמ"ש בסי' ס"א ובסי' קפ"ט סק"ב ע"ש:

סעיף ד

דמגופ'. ר"פ המפקיד פריך והא אין אדם מקנ' דשלבל"ע ואפי' לר"מ כו' כגון פירות דקל דעבידי דאתו וכו' והקשו בתוס' דהכא אפי' עבידי דאתי היאך יקנ' הכפל ששילם והא מעות אינו קונ' וכו' וי"ל דהמקש' הי' סבור דבשעת משיכ' הקנ' לו הפר' לקנות הכפל כשיבא אע"ג דבפ' מי שמת אמרינן בדקל לפירות אפי' רבנן מודי דקנ' היינו משום דעבידי דאתי אבל הכא דלא עבידי דאתי אפי' לר"מ לא קנה וכדמשמע פ' השולח (גיטין דף מ"ג) גבי מוכר עבדו לקנס תיבעי לר"מ תיבעי לרבנן וכו' ע"ש. ובחידושי הרשב"א פרק השולח שם בהך איבעי' דמוכר עבדו לקנס הקש' דאמאי לא אמרינן דאפי' לרבנן קני וטעמ' דגוף העבד מכר לכשיגחנו שור ועשה שותף עמו בעבד שלו ממש לענין קנסיו ובשאר דברים כגון למלאכתו ולעמוד לפניו יהי' של חבירו (צ"ל שלו) דאטו שותפים שקנו עבד והתנו ביניהם כך מי לא הוי קנסיו לשותף זה ומאי שנא הכא וה"נ קשי' לי בהאי דהמפקיד אמאי לא העמידה בכך וה"ל כמקנ' לו הפר' לענין כפילא וצריך לעיין עכ"ל: ולי נרא' ליישב דאמרו שם פרק השולח בהך בעי' דמוכר עבדו לקנס ת"ש יליד בית כו' מה יליד בית אע"פ שאין בו ש"פ אוכל אף קנין כספו אף על פי שאין בו ש"פ אוכל ואי אמרינן מוכר עבדו לקנס מכור מי איכ' עבדא דלא מזדבן לקנס וכתבו שם תוס' ז"ל וא"ת כי נמי אינו מקנה תיקשי שיכול למוכרו לגמרי וכו' ועוד י"ל אפי' מכרו

כולו אינו מכור דהא אינו שוה כלום ואינו מוכרו אלא לקנס ולקנס אינו מכור עכ"ל וכיון דאפי' מכרו כולו כל שאין שוה כלום אלא לקנס אינו מכור א"כ אפי' מכר לו גוף העבד ?לכשיגחנו אינו מכור כלל כיון דאינו שוה לו אלא לקנס אינו מכור והיינו נמי טעמ' דפרה לכפילא לא מהני אע"ג דמקנ' לו גוף הפר' להיות שלו לכפילא משום דאפי' מכר לו גוף הפרה לגמרי כל שאינו שוה כלום אלא לקנס אינו מכור ולא זכה הקונ' כיון דאין בו שוה ממון אלא לקנס ומתרצ' קושית הרשב"א לענ"ד. ולפ"ז נרא' כיון דמוכר גוף העבד לגמרי היכא דיש בו שוה פרוט' דאיתיה בתורת מכיר' דודאי ממילא נמי הקנס שלו כיון דקנה גוף העבד א"כ ה"ה במוכר עבדו למלאכ' ולקנס דזוכ' נמי בקנס ואע"ג דקני את וחמור לא קנה חמור וכן דבר שבא לעולם עם דשלבל"ע דאינו קונה דשלבל"ע הכא כיון דה"ל כשותף עמו וכמ"ש הרשב"א הרי הוא כמו שגוף העבד שלו לכשיגחנו אלא דכיון דאינו שוה כלום ואינו מוכרו אלא לקנס אינו מכור אבל היכא דשוה מידי ואיתיה במכיר' למלאכ' וכיוצא במידי דאית ביה ממון ומכרו נמי לקנסו הרי הוא כאלו קנה גוף העבד דשוה מידי דזוכ' בקנס אף ע"ג דחבירו שותף עמו בעבד לעמוד לפניו וכיוצ'. ולפ"ז במסקנ' דמסיק שבחא דמעלמ' עביד אינש דמקני שבחא דמגופה לא עביד אינש דמקני א"כ כל שבחא דמעלמ' מקנ' לו והיינו היוקר לדעת הרמב"ם וכמ"ש בסק"ג א"כ שפיר מהני פרה לשבחא דמעלמ' וקונ' היוקר גם הכפל ואין בזה משום מוכר עבדו לקנס כיון דהוא שותף עמו וקנה גוף הפר' במידי דממון והוא שבח יוקרא וכל שקנ' גוף הפרה במידי דאי' במכיר' ממילא זוכ' בקנס כשהוא שותף עמו וכמ"ש. ובזה ניח' ליישב דברי הרמב"ם שכתב בפ"ח משאל' ז"ל חזר' הבהמ' עצמה חוזרת לבעלים היא וגיזותיה וולדותיה שאין זה השומר קונ' שבח הבא מגופה אלא שבח הבא מאליו עכ"ל. ותמהו עליו דהא פריך לה בש"ס והא אין אדם מקנ' דבשלבל"ע ומשני נעש' כאומר פרה זו לכשתגנוב ותרצ' ותשלימני קנוי' לך מעכשיו כיון דגם לפי ס"ד דמקש' דהא אין אדם מקנ' דשלב"ע סבור דמקנ' ליה מעכשיו דהא מעות אינו קונ' אלא משום דסבור דמקני ליה פרה לכפיל' ולזה מקש' דה"ל דבר שלא בא לעולם ואם כן מה דמתרץ הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו היינו דמקנ' לו לגמרי גוף הפר' וא"כ היכי כתב הרמב"ם דפר' חוזרת וא"כ אינו אלא פרה לכפילא דכה"ג עלתה בתיקו גבי מוכר עבדו לקנס וכן כתב הרמב"ם פ"ח מעבדים ע"ש ולפי מ"ש ניחא דודאי למאי ס"ד דאינו מקנ' לו שום שבח מן הפר' אלא הכפל וכדפריך עלה א"ה אפי' גיזות וולדות נמי אלמ' ס"ד דאינו קונ' שום שבח א"כ פרה לכפילה ה"ל דבר שלא בא לעולם כמו מוכר עבדו לקנס ואפילו הוי שותף עמו לקנס וכמ"ש הרשב"א לא מהני כיון דאפילו מוכר עבדו לגמרי אם אין בו שוה פרוט'

ואינו אלא לקנס אינו מכור אבל במסקנ' דמסיק שבחא דמעלמ' עביד אינשי דמקני אם כן מקנ' לו כל שבחא דמעלמ' וכה"ג דאית ביה בגוף העבד דין ממון למידי ושפיר איתיה במכיר' זוכ' נמי בקנס כיון דגוף העבד שלו וממיל' נמי היכ' דהוא שותף הרי הוא קונ' כמו שלו לגמרי במאי דאתנו ביניהם וכמ"ש א"כ תו אינו צ"ל דמקנ' לו גוף הפר' לגמרי וסגי לה פרה לשבחא דאתי מעלמא וכמ"ש ודו"ק היטיב:

סימן רצו

סעיף א

אלא שאין זה מגו טוב. עמ"ש בזה בסי' צ"ג סק"א:

סעיף ב

כך כשטוען החזרתי צריך לישבע. מדברי הסמ"ע סי' קכ"א נרא' דהוא שבועת התור' ממש ומשום דאינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו מש"ה צריך שבועת התור' ממש כמו בנאנסו ע"ש וכן דעת מוהרש"ל וכן דעת הב"ח בסימן זה. אבל דעת הש"ך דאינו שבועת התור' ממש ע"ש בסי' קכ"א שכתב ונ"מ בין שבוע' דאורייתא ובין שבוע' דדבריהם לענין נחתינן לנכסיה ולענין היפוך ולענין חשוד ע"ש ולענ"ד נרא' כדעת מוהרש"ל וסמ"ע וב"ח מהא דאמרינן פרק כל הנשבעין (שבועות דף מ"ה) שבועת השומרים דחייב רחמנ' היכי משכחת לה לומר מתוך שיכול לומר להד"מ יכול לומר נאנסו דאפקיד ליה בעדים מתוך שיכול לומר החזרתי יכול לומר נאנסו דאפקיד ליה בשטר ואי נימ' דמפקיד בשטר וטוען החזרתי אינו צריך שבוע' מן התור' א"כ כי אפקיד ליה בשטר וטוען נאנסו נמי נימא מתוך שיכול לומר החזרתי וע"ש פרק כל הנשבעין דאמרו עלה מכלל דתרווייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים כו' בשטר צריך להחזיר בעדים וכתבו תוס' ז"ל תימה דלהימן בשבוע' במגו דנאנסו כדמוכח בפרק המוכר את הבית דבעי מיניה רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתיו ומסיק דמהימן בשבוע' כו' ותירץ ר"ת דהכי קאמר צריך להחזיר בעדים אם רוצ' ליפטר בלא שבוע' עכ"ל. וכ"כ תוס' פרק המוכר את הבית דף ט' ע"ש וא"כ מוכח דמן התורה בטוען החזרתי אינו פטור בלא שבוע' דאל"כ נאנסו מן התור' אמאי צריך שבוע' מתוך שיכול לומר החזרתי וזה ראי' ברור' ואע"ג דבתוס' פ' חז"ה כתבו תי' אחר ומחלקין שם בין שטר פקדון לשטר עיסקא ובעיסק' הוא דמהימן לומר החזרתי במגו דנאנסו ומשום דזייר ליה אפשיטי דספרי אבל בשטר פקדון אינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו משום חזק' דשטרא בידיה מה בעי ע"ש אבל מדברי הפוסקים מבואר דגם בשטר פקדון נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו

א"כ צ"ל כדברי תוס' פרק כל הנשבעין ופרק המוכר דהיינו הא דאמרו בשטר צריך להחזיר בעדים היינו ליפטור משבוע' וא"כ מוכח דהוי שבועת התור' ממש וכמ"ש ונ"מ שכתב הש"ך לענין היפוך וחשוד ואחותי לנכסיה הנה בדין היפוך כבר כתבנו בסימן פ"ז ס"ק י"ד דאפי' נימא דהוי שבועת התור' ממש יכול להפך ומשום דלא עדיפא משטר חוב דאם טוען השבע לי דאינו נוטל בלא שבוע' ודוק' אם רוצ' לפטור לגמרי צריך למגו דנאנסו וכיון דצריך למגו דנאנסו צריך שבוע' כמו בנאנסו אבל להשביע למלו' אינו צריך למגו דנאנסו כיון דאפי' בשטר חוב צריך המלו' שבוע' כשטוען השבע לי וא"כ כשמהפך על המפקיד ואומר השבע אינו נוטל בלא שבוע'. ולענין חשוד איכ' למימר דאפילו הוי שבועת התור' ממש נאמן החשוד לומר החזרתי במגו דנאנסו דאלו הוי טען נאנסו פטור כמבואר בש"ע סי' צ"ב הי' החשוד שומר כו' שהרי אינו טוען ודאי שאכלו ע"ש. ואפשר דהמפקיד נאמן לומר שלא החזירו במגו דאי בעי אמר בפני שלח יד בפקדון או אכלו דכה"ג תובע נשבע ונוטל כמבואר שם בש"ע סי' צ"ב ואע"ג דמגו להוצי' לא אמרינן היכא דאי' שטרא אמרינן מגו להוצי'. ולפי מ"ש בסי' פ"ג סק"ה דלא מהני מגו להוצי' בשטר' אלא בשטר דאית ביה אחריות נכסים לגבות ממשעבדי דכה"ג הוי כגבוי אבל שטרא דלית ביה משעבדי אלא לב"ח לא הוי כגבוי ולא אמרינן ביה מגו להוצי' א"כ שטר פקדון דאינו גוב' ממשעבדי לא מהני מגו דמפקיד דה"ל מגו להוצי' וראיתי בתומים בכללי מגו אות קי"ב שכתב על דברי הש"ך במ"ש נ"מ לפנין היפוך ונחתי לנכסי וז"ל ואני לא ידעתי מנין לו זה ואדרב' הסבר' והשכל מחייב ההיפוך דלדברי הש"ך מה מגו יש כאן הוא יודע דאינו יכול לישבע ורצונו להפך על שכנגדו כי יודע שכנגדו לא ישבע בכל הון ואם יטעון אותו טענה שיש בו ש"ד לא יוכל להפכו והוא אינו רוצה לישבע לשקר ולכן טוען טענ' שיוכל להפך ולהטיל שבוע' על שכנגדו ומה מגו יש כאן ומכ"ש בענין נחתי' לנכסיה וכי לא נוח לטעון טענ' שאם ימנע מלישבע שלא ירדו לנכסיו מצי טעין (ושיטעון) טענ' שאם לא ישבע כי אין רצונו לישבע לשוא נפשו שיהיו יורדין לנכסיו א"כ מה מגו יש בזה ובכל דיני מגו אם יש צד א' מאלף דנוח לו לטעון טענ' זו מטענ' אחרת דלא אמרינן וא"כ איך נימ' מגו כזו מה דנ"מ טוב' בין הך טענ' לטענ' אחריתי ולכן ברור כי הדעת של תור' מכרעת כי יש לו כל תוקף שבוע' דאוריית' בכל אופנים ולכן נשתמשו בו הרב' מחברים וקראוה ש"ד אף כי היא שבוע' דרבנן באמת הואיל ושוה לכל אופנים לש"ד וליכ' הבדל בינותם כלל ולא נ"מ לדינא וזה ברור עכ"ל. ואין בדבריו הכרע כלל דלימרי איהו לנפשיה שכתב דהוי שבוע' דרבנן אבל מדאוריית' אינו חייב לישבע והיכי הוי מגו מן התור' דהא נוח לו לטעון טענ' שיפטר לגמרי משבוע' מלטעון

טענ' שיצטרך לישבע ואם ימנע מלישבע יורדין לנכסיו והוא אינו רוצ' לישבע לשוא ואפ"ה אמרינן מגו מה"ת ופטור בלא שבוע' אע"ג דבטענת המגו יצטרך שבוע' וכמ"ש הש"ך בשם ספר הכריתות בכללי מגו ע"ש והשת' נמי דתיקון רבנן שבוע' חמור' בנק"ח אינו אלא כדין שבוע' דרבנן ולא נחתינן לנכסיה כיון דמן התור' פטור לגמרי ויש לה דין היפוך על שכנגדו כיון דמן התור' נאמן בלי שבוע' כלל וחכמים לא אתי לגרועי כח המגו שנאמן ע"י מן התור' בלי שום שבוע' אלא שאמרו שישבע בנק"ח וא"כ כל דין שבוע' דרבנן עלה ולא נחתינן לנכסיה ומ"ש בתומים דהוי שבוע' דרבנן ואפ"ה נחתינן לנכסיה המה שני הפכים בנוש' א' וזה פשוט וברור:

סימן רצז

סעיף א

והמפקיד נתן בו סימן. עש"ך שהאריך בזה והעלה דהיכ' דאומר סימן מובהק אינו נאמן לומר הני אחריני במגו דלקוח דה"ל כמגו במקום עדים ע"ש ועמ"ש בזה בסי' רנ"ט סק"ב דסימנין אפי' מובהקין לא מהני כלל להוצי' ממון וכזה מצאתי בריטב"א בחידושיו פרק הכותב (כתובות דף פ"ט) וז"ל חדא דידענא ביה דלא אמיד ועוד דיהיב סימנא ויש שפי' דתרוויהו צריכא והכי קאמר ליכא למיחש לדר' מישא דהא לא אמיד וכ"ת אכתי מנא ליה שהן של זה התובע הא קא יהיב סימנא ואין לשון ועוד נוח לו לפי זה לבר מהאי קשי' טובא אע"ג דלא אמיד מאי הוי מקרא מלא דיבר הכתוב יש מתרוששש והון רב וכו' ועוד כי יהיב סימנא מאי הוי הא לא אשכחן דמהני סימנ' להוצי' ממונא מרשות בעלים המוחזק ולא הוזכר אלא במציא' ויאוש בעלים וכי איכ' סימנ' ליכא יאוש בעלים והנכון מכל מה שפירש בזה דהכא עדי פקדון הוי כדאמר ההוא גבר' דמפקיד שבע מרגנית' אלמ' קי"ל כי הכא הוי אלא ע"י דלא היו העדים יודעים סימני מרגליות שהופקדו בפניהם ולא מצינן למימר לפקינהו דלחזינהו דיכול לומר בכדי מפקינ' ליה וכדאי' פרק חז"ה בעובד' דרמאי דפומבדית' וכיון דכן הוי לן למיחש דדלמ' הני דאשכחן ברשות היתומים אחריני נינהו דכיון דיהבי הני סימנין בפקדון בהכי סגי והרי הוא כאלו יש עדים ברורים שלפקדון שאלו הם אותו שהפקיד וע"ש. והרי להדי' כדברינו דסימנין לא מהני לאפוקי ממונא מרשות בעלים המוחזק והנך דפרק האשה שלום ודפ' א"נ היינו משום דהוי עדי פקדון וכיון דאיכא סימנ' אמרינן מסתמ' הוא זה הפקדון וכמ"ש ונהנתי שכוונתי לדעת הריטב"א אלא שכתב הריטב"א דלא אשכחן סימנא להוציא ממונא ומשמע דלית ליה בזה ראי' ברור' ולפמ"ש הכין מוכח מהך דחולין דף צ"ו וכמ"ש דאלו אתי בי תרי ואמרי

פלניא דהאי סימנ' והאי סי' לוה מפ' מנה דלא מפקינן עד דאתי בי תרי ואמרו ט"ע אית לן בגויה וזה הנרא' לענ"ד דברי ש"ע שכתב המפקיד אצל חבירו שלא בעדים נאמן לומר להד"מ דהיינו לא הי' שלך מעולם ואע"ג דהתובע יהיב סימנ' לא מהני לאפוקי ממונא. והסמ"ע והש"ך פירשוהו דלהד"מ היינו שטוען לקוח או שלקחו מאחר ולישנ' דלהד"מ משמע להד"מ ממש ומשום דה"ל טענה מחמת עצמו לומר להד"מ וסימנ' לא מהני להוצי' ואפילו בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דליכ' מגו יכול לטעון להד"מ דלא הי' שלך מעולם וסימנ' לא מהני אלא כשהפקידו בעדים וכמ"ש הריטב"א וכן הא דכתב בש"ע סי' קל"ד ס"ג וז"ל אע"פ שמסרו לו בעדים אם העדים שראו החפץ בידו אין מכירין בודאי שזהו של המערער אלא שנרא' להם בסימנין כמו שלו אם טוען לא נתתו לי מעולם נאמן אבל אם טוען נתתו לי לתקן ושוב לקחתי ממך אינו נאמן ע"ש ומדכתב אלא שנרא' להם בסימנין ולא מחלק בין סי' לסימן נרא' דאפי' סי' מובהק ממש לא מהני כל שטוען לא הי' שלך מעולם סימנ' לאו מלת' להוציא ממון מרשות בעלים המוחזק אלא היכא דאיכא עדי פקדון מהני סי' לומר דהני הם אותו שהפקיד וסי' משקל אפי' בעדי פקדון לא מהני כמו שמוכח מהך דפ' א"נ בדקינן גברא דאית ליה דהבא פריכא אבל כלים לא דיהיב סימנ' וכיון דכלים לא היינו כשיהיו עדי פקדון א"כ מוכח דמדת משקל לא מהני אפילו בעדי פקדון דהא בדהבא פריכא נמי איכא סימן משקל וכמ"ש הנ"י משום דמשקל הוי סי' כל דהו וכל זה נרא' ברור ודו"ק:

סעיף ב

והי' יודע הדיין שלא הי' המת אמיד והיינו דוקא בידוע שלא הי' אמיד אבל אם אינו יודע בודאי שלא הי' אמיד ליכא אומדנא כלל דהא ליכא ריעותא כלל כיון דלא ידעינן בבירור שאינו אמיד וכן לשון הרמב"ם פי"א מנחלות אם יודע הדיין שאינו אמיד ע"ש ואפי' העידו עדים לדיין שאינו אמיד אומדן דעתן אינו אומד וכמ"ש בש"ע וכתבתי זה לפי שראיתי במוהרש"א פ' הכותב (כתובות דף פ"ה) בהא דהקשו תוס' מפ' א"נ דמשמע דסי' לחודיה מהני ואפי' באמיד וכתב עלה ז"ל ויש לתרץ דהכי קאמר התם דלמא אתי אינש מעלמ' אחר מיתתו של הנפקד ויהיב ביה סימנ' ושקיל ליה כיון דלא ידעינן ביה דאמיד וכן כתבו התוס' שם עכ"ל: ונרא' מדבריו דצריך אמיד בבירור אבל אינו יודע שהוא אמיד מפקינן מיניה ודבריו תמוהין דהא טעמ' דלא אמיד הוא משום אומדן דעתן של הדיין ובעינן דוקא יודע בבירור שאינו אמיד ומ"ש דכ"כ התוס' שם המעי' בתוס' פ' א"נ כתבו שם לסברתם דסימנין מהני אפי' באמיד בודאי ע"ש אבל לומר דמהני הצטרפות לא ידעינן ביה דאמיד זה ודאי אין לו ביאור כלל וזה פשוט וברור:

סימן רצח

סעיף א

דבר שהם אמודים בו עמ"ש בסי' צ' סק"ג:

סימן רצט

סעיף א

ואם הפקיד אצל שנים הוי כהלו' לשנים. כ' בתשו' רמ"א סי' כ"ז ז"ל שני שומרים שקיבלו שמיר' ביחד לא אמרינן דהוי א' ערב ביד חבירו ואע"ג דכתב המ"מ פ' כ"ה ממלו' בשם הרמב"ן דאם הפקיד גבי שנים דינו כהלו' לשני' ס"ל דהרמב"ן לא מיירי בסתם פקדון אלא מיירי דהתנ' בהדייהו בפירוש וכמו ששנינו מתנ' ש"ח להיות כשואל וכו' וראי' מהא דאי' פ"ק דב"ק מסר שורו לחמש' בני אדם דאמרינן אם סילק א' עצמו מן השמיר' הנשארים חייבים כמ"ש שם הרא"ש ולא מצינו שיחייבו זה שנסתלק מטעם שנתערב בעד חבירו עכ"ל. ומדברי הרמ"א כאן ובריש סי' ע"ז בשנים שקבלו פקדון ביחד דכתב בסתמ' דה"ל דין ערב כמו בשנים שלוו יחד משמע דאפי' בסתמ' נעשו ערבין וא"כ תיקשי הך דמסר שורו לחמש' בני אדם. ובש"ך ריש סי' ע"ז כתב דהך דפ"ק דב"ק במסר שורו כו' לא מיירי מדין ערב אלא מדין מזיק ממש ואין ה"נ דחייב מדין ערב ע"ש אלא דא"כ לא ה"ל לטור וש"ע בסי' שצ"ו לסתום במסר שורו כו' דאם פשע א' מהם זה שפשע בשמירתו חייב ולא זכרו לחייב חבירו מדין ערב. והנרא' לענ"ד דלא קשה מידי דהתם רפ"ק דב"ק בהא דתנא הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו ומוקי לה בחופר בור תשעה ובא אחר והשלימו לעשר' ופריך ותו ליכא והאיכא נמי מסר שורו לחמש' בני אדם ופשע אחד מהם ויצא והזיק חייב ומשני ה"ד אילימ' דבלאו איהו לא מינטר פשיטא אלא דבלאו איהו נמי מינטר מאי קעביד ומפרט הרא"ש מאי קעביד ואינו חייב אלא בחלקו והתם ודאי כיון דמיירי דפשע א' מהם ויצא שור והזיק לאחרים אינו חייב אלא בחלקו דאע"ג דשנים שקבלו פקדון ביחד ה"ל ערבים היינו למפקיד אבל בעלמ' אין בו דין ערבות וכיון דחבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו היינו בהזיק לאחרים אין בזה דין ערבות ואם הוזק השור הוא דאית ביה דין ערבות לבעל הפקדון אבל הזיק לאחרי' אינו חייב אלא בחלקו וכיון דדעת הש"ע והרמ"א בסי' ע"ז דשנים שהלוו ביחד אין להם אלא דין ערב כל אחד בעד חבירו ולא נעשו ערבים קבלנים א"כ ל"ש דין ערב בהזיק לעלמ' ומש"ה סתמו בש"ע סי' שצ"ו דזה שפשע הוא דחייב כיון דמיירי במזיק לאחרים לית ביה דין ערב וזה ברור:) (

סימן ש

סעיף א

ואפילו בבא לציי"ש פטור. ונרא' הא דס"ל ליה להמחבר בסי' רכ"ב גבי מקח בלקח מחמש' בני אדם דחייב לציי"ש ואלו הכא ס"ל דבכרך אחד אפי' תבעי ליה פטור ואפי' לציי"ש משום דפקדון כל היכא דאיתיה ברשות' דמארי' איית' ואין הנפקד חייב להשיב ליד הבעלים דלא כתיב והשיב אלא בגזיל' וכן בהלוא' משום דמלו' להוצא' ניתנה אלא היכא דפשע ומחויב לשלם דמי הפקדון מחויב להחזיר הדמים ליד בעלים אבל כל היכא דפקדון איתיה בעינא אינו מחויב בהשב' אלא הבעלים נוטלין את שלהם מיד הנפקד וכמ"ש בסי' פ"ו סק"ד ובסי' קצ"ח סק"ג וע"ש. ומש"ה כאן בפקדון ס"ל לש"ע כיון דבכרך א' לא פשע מידי א"כ אין לו לנפקד להחזיר לבעלים אלא אומר הרי שלך לפניך כל היכא דאיתיה ואינו מחויב אפי' לציי"ש ואפי' תבעו אבל במקח סי' רכ"ב בלקח מחמש' בני אדם דהתם ה"ל חוב וצריך להחזיר חובו ליד בעליו וכיון שאינו יודע מי הוא בעליו צריך להחזיר לשניהם כשתבעו ליה לציי"ש אבל בפקדון ליכא דין חזרה כלל וכמ"ש אלא על הבעלים להחזיר על שלהם ומש"ה אפי' חיוב לציי"ש אין בו ודוק:

סעיף ב

ואי אינהו לא תבעי ליה ז"ל הרא"ש פרק המפקיד ומה"ט ניחא לי הא דקתני אביו של א' מכם הפקיד אצלי מנה ולא קתני א' מכם הפקיד אצלי כדקתני גבי גזל דבכה"ג אפי' לציי"ש לא מחייב דהמפקיד עצמו ה"ל למידק עכ"ל אבל בתוס' שם ד"ה התם דקא תבעי ליה ז"ל ולר' טרפון נקט ברישא אביו של א' מכם ולא נקט א' מכם לרבותא דאפי' שמא ושמא נותן לכל א' וא' לציי"ש ולר' עקיבא נקט אביו דמשמע שמא ושמא כו' ונקט אביו דאם הם עצמו הפקידו א"כ מסתמא תבעי ליה וה"ל ברי ושמא אפי' מדינא חייבין עכ"ל ומדבריהם נרא' דאפילו שמא ושמא מדכתבו דאם הם עצמן הפקידו מסתמ' תבעי ליה הא ע"כ אינו אלא בתבעי דאי לא תבעי אפילו לציי"ש פטור אלא משמע דס"ל דשמא ושמא נמי חייב בבא לציי"ש ועמ"ש בסי' שס"ה סק"ב:

סימן שא

סעיף א

ומ"מ ש"ש מפסיד שכרו עמ"ש בסי' ש"ה סק"ב:

סעיף ב

כל אלו אם קנו מידם ומשמע דגם בהקדשות נמי צריך קנין דהא כתב כל אלו וקאי על כל אלו הכתוב בסעיף א' וגבי הקדש קשי' לי למה לא ישתעבד באמיד' גריד' כיון דאמיר' לגבוה כמסיר' להדיוט וכיון שאומר לחייב עצמו אם יגנב או יאבד לשלם להקדש כיון דאפי' אסמכת' קונ' בהקדש כמ"ש במרדכי פ' שור שנגח דהוי כמו קנין המועיל בהדיוט וע"ש ובש"ס ס"פ הזהב דפריך משוכר את הפועל לשמור את הזרעים כו' י"ל דזרעי' הוי דין הדיוט אלא דהוה קרקע ומש"ה צריך שקנו מידו אבל גבי הקדש מהני אמיר' כמו מסיר' בהדיוט ומכ"ש זה דלאו אסמכת' גמור' היא דהא מהני קנין ואמיר' לגבוה לא גרע מקנין וצ"ע ועמ"ש בסי' ס"ו ס"ק מ"ז:

סעיף ג

להתחייב באחריותם מוהר"א ששון סי' ע"ב נסתפק במתנ' ש"ח להיות כשואל וטוען שנאנס' ואומר שלא נתחייב אלא כשיהי' עדים שננגב או נאבד אבל לא נתחייב על שבועת שומר שכר שהוא על טענת ספק והובא בש"ך רצ"א סי' ס"ק מ"ט ע"ש. אמנם נרא' כיון דמחויב לישבע עכ"פ שבועת ש"ח שאינו ברשותו ושלא פשע א"כ ממיל' נתחייב ע"י גילגול שנאנס' כיון דאפי' היכא דליכא תורת שבוע' נשבע ע"י גילגול אלא נ"מ בידוע בעדים שלא פשע ושלא נודע אם ע"י גניב' או ע"י אונס בזה הוא דראוי לספק אם צריך לישבע שנאנס כיון דבטענת ספק אינו נשבע אלא גבי שבועת שומרין וזה אינו משבועת שומרין אלא דהוא עצמו התחייב עצמו לשלם גניב' ואביד' ואין נשבעין בטענת ספק. ולדעת ש"ע סי' רצ"ד דעיקר שבוע' הוא שאינו ברשותו לית ביה נ"מ דהיכא דליכא עדים שאינו ברשותו נשבע ע"י גלגול וכמ"ש ואם בידוע בעדים שאינו ברשותו א"כ בלא"ה תו ליכא שבועת השומרין כלל. ולדעת הרמ"א בסי' רצ"ד דגם שבוע' לא פשע הוא מעיקר שבוע' הוא דאיכ' לספוקי בהך גוונא שאמרנו שידוע שלא פשע אלא שאינו ידוע אם בגניב' או באונס. ובמרדכי פרק הזהב בהא דפריך שם מהא דתנן בני העיר ששלחו את שקליהן ונגנבו או שאבדו נשבעין לגזברין וכו' אמר ר' אליעזר ששבוע' זו תקנת חכמים שלא יזלזלו בהקדשות ובתר הכי פריך בשוכר את הפועל לשמור את הזרעים כו' אמר רב ששת בשקנו מידם וכתב עלה בשם רבינו מאיר דמאי דמשני בשקנו מידם קאי נמי אקושי' קמיית' ופליג אדר' אליעזר ע"ש וכיון דתנן נשבעין לגזברין משמע דאפי' במתנ' ש"ח להיות כש"ש מחויב לשבע שבועת השומרים וע"ש במוהר"א ששון שהבי' ראי' מדברי המרדכי לחייב שבוע' במתנ' ש"ח להיות כש"ש:

אמנם לפמ"ש דע"י גלגול ודאי נשבעין והתם גבי שקלים צריך עכ"פ שבוע' שאינו ברשותו מדרבנן וכמ"ש בש"ך סי' ס"ו ולדעת הראב"ד אפי' מן התור' והא דפריך מנשבעין לגזברין היינו מדתנן ונגנבו או שאבדו נשבעין לגזברין דמשמע דחייב בגניב' ואביד' ע"ש בש"ך וא"כ כי קנו מידם להתחייב בגניב' ואביד' צריך שבוע' שנגנב מצד גלגול דאינו ברשותו. ובעיקר ספיקו של מוהרא"ש ירא' דאם אמר הריני מתחייב עצמי להיות כש"ש הרי הוא בתורת ש"ש לכל דיניו וצריך נמי לישבע שבאונס נאבד ואם לאו ישלם ואפי' איכא עדים שלא פשע כיון דאם קנו מידו לישבע או לשלם מהני וכמו שכתב בר"מ סי' ס"ו וכיון דהתנ' להיות כש"ש הרי נשתעבד לגמרי בדין ש"ש לישבע או לשלם כדין ש"ש בכל דינו דהא נתחייב בדברים בהאי הנא' דמהימן ליה כמו בקנו מידו ואם לא אמר להיות כש"ש אלא שהתחייב עצמו בגניב' ואביד' סתם א"כ אין בו אלא חיוב תשלומין כשידוע בעדים אבל אם ידוע בעדים שלא פשע ואינו ידוע אם באונס או בגניב' א"צ לישבע מספק כיון שלא אמר לישבע או לשלם אבל במה שאומר הריני כמו ש"ש בזה הוי דינו כש"ש לגמרי לישבע או לשלם זה נרא' ועמ"ש בסי' ס"ז סקמ"ז:

סעיף ד

מי שהפקידו אצלו מעות עניים. כת' בשלטי גבורים פ' המפקיד וז"ל דהא דאומר דכי לא קיץ דפטור השומר דוקא שהפקידו אצלו עתה ארנקי של צדקה אבל ראובן שהפקיד ביד שמעון מעות ואח"כ בעוד שהן פקדון נדר אותם לעניים אז אם פשע בהם שמעון חייב דהא מתחל' בתורת שמירה אתי לידיה ואין המעש' משתנ' בחילוף הדברים כמ"ש בסמוך לעיל עכ"ל ודבריו תמוהים דהתם ס"פ החובל בקרע כסותי אמרינן דכי אתי לידיה בתורת שמיר' אינו משתנ' בחילוף דברים אף על פי שנרא' מדבריו דאינו חושש אלא אם כן יאמר בפירוש והפטר אבל זה נשתנ' בע"כ כיון שהקדישו לעניים והרי כתב הרמב"ם להדיא חולין ואחר כך הקדש פטור וכן כתב הרמ"א חולין ואח"כ הקדישו ביד שומר דפטור וזה פשוט:

סימן שג

סעיף א

ואפי' הקיפו חומה של ברזל בפ' הכונס (בבא קמא דף נ"ז א)"ל אביי לרב יוסף ואת לא תסברא דשומר אבידה כש"ח דמי והא אמר ר' חייא בר אבא א"ר יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל ואי ס"ד ש"ש הוי כו' קרנא בעי שלומי א"ל הבמ"ע כגון שטען טענת ליסטים מזויין כו' כיון דמיטמר מאינשי גנב הוא וכתבו תוס' ז"ל

תימא אמאי מוקי לה בליסטים מזויין ודחיק למימר דגנב הוא לוקמה כגון שטען טענת גניבה באונס גדול כגון ששמר כספים בחפירה בקרקע שאי אפשר אלא במחילות תחת הקרקע דהוי אונס כליסטים מזויין או אם בא עליו חולי של טירוף הדעת או שינה נפלה עליו באונס או אונס אחר שאינו יכול לשמור ולרבה דפטר בסוף הפועלים על בעידנא דעיילי אינשי משכחת כפל שטוען טענת גנב בעידנא דעל או בעידנא דניימי אינשי ולהני אמוראי דפליגי התם מ"מ משכחת כדפרישית כו' ונראה לר"י דכיון שחייב הכתוב ש"ש בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס כדאמרי' בהשואל סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה יתחייב מגזירת הכתוב אפילו באונס גמור ואע"ג דבלסטים מזויין דהיינו שבוי' דקרא פטר בו הכתוב אע"פ שאין אונסו גדול יותר וע"ש:

ונראה דהיינו דוקא בגניבה הוא דחייב אפי אם היתה ע"י אונס גדול או שבא עליו חולי ואונס אחר שאינו יכול לשמור ומשום דכל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייבו רחמנא ולסטים מזויין למ"ד גנב הוא נמי ראוי לחייבו כיון דכל גניבה חייב אפי' באונס אלא דגלי קרא לפטור שבוי' וכמ"ש תוס' אבל אבידה ע"י אונס כגון שבא עליה חולי או אונס אחר שאינו יכול לשמור הרי הוא פטור כיון דאבידה קרובה לפשיעה לא חייבו הכתוב ע"י אונס ולפ"ז אפי' לרבה דס"ל פ' הפועלים דף צ"ג בעל בעידנא דעיילי אינשי וגם בעידנא דניימי אינשי ובא זאב וטרף דפטור היינו דוקא משום דבא זאב וטרף אבל על בעידנא דעיילי אינשי או נם כד ניימי אינשי ונגנב גם לרבה חייב כיון דאפי' גניבה שע"י אונס חייבתו התורה כיון דכל גניבה קרובה לאונס וכן להנך אמוראי שם דפליגי אדרבה ומטעמא דאמרו שם דלהכי יהבי לך אגר כי היכא דלינטר נטירותא יתירתא היינו בבא זאב וטרף הוא דהוצרכו להך טעמא אבל בגניבה אפי' נטרי' נטירותא יתירא חייב וכגון שהקיפו חומה של ברזל ונגנב בא זאב וטרף כד נטריה נטירותא יתירותא ובא עליו אונס שינה פטור זה הנראה לענ"ד בשיטת תוס': וראיתי בישש"ש פ' הכונס סי' י"א שדחה כל ראיות התוס' ומ"ש תוס' ראיה מדדחיק לשנויי בלסטים מזויין גנב כו' כתב עלה דאדרבה חידוש קמ"ל דאפ"ה גנב הוא ותדע שהרי רבה מוקי בפרק הזהב גבי הא דשלחו שקליהן כגון שנגנב באונס בלסטים מזויין ולמה לא אוקמה כפשוטו כגון דעל בעידנא דעיילי אינשי או נם כד ניימי דס"ל לרבה דפטור וחשוב כאונס אלא או משום דחידוש אשמעי' דלסטים מזויין גנב או משום דחדא מינייהו נקט וא"כ ה"ה נמי גבי רב יוסף ע"ש ולפמ"ש גם רבה מודה בנגנב כיון דאפי' ע"י אונס גדול חייב ולא פטר אלא בא זאב וטרף. עוד שם בישש"ש וז"ל ועוד קשה לי בהא דמסקינן ס"פ השוכר את הפועלים האי רעיא דהוי קא רעי בהמות והחליקה אחת מהם אתא לקמיה דרבה

ופטריה אמר מאי הוי ליה למיעבד הא נטרי כדנטרי אינשי א"ל אביי אלא מעתה אם עייל השומר לביתו בעידנא דעיילי אינשי ונגנבה או נאבדה ה"נ דפטור ונימא מאי ה"ל למיעבד א"ל אין ה"נ א"ל א"כ הוא ניים בעידנא דניימי אינשי ה"נ דאיפטר א"ל אין ה"נ וא"כ ש"מ להדיא דלא ס"ל לרבה הא דאיתא בירושלמי ובשאלתות עכ"ל והמעיין בגמ' שם דף צ"ג לא אמרו כלל לישנא דנגנבה והכי אמרי שם האי רעיא כו' שריק חדא מיניהו ונפלת למיא אתא לקמיה דרבה ופטריה אמר מאי ה"ל למיעבד הא נטר כדנטרי אינשי א"ל אביי אלא מעתה על למתא בעידנא דעיילי אינשי ה"נ דפטור א"ל אין גנא פורתא בעידנא דגנו אינשי ה"נ דפטור א"ל אין ולא הזכירו שם נגנבה וקאי באבידה כי האי דשריק חדא מינייהו דפטור ע"י אונס ורבה חשיב ליה אונס ואביי ס"ל דלא הוי אונס כשומר שכר דהוי ליה לנטרי' נטירותא יתירא אבל בגניבה אפי' לרבה דחשיב לי' אונס חייב כיון דכל גניבה קרובה לאונס וכמ"ש תוס' זה הנראה בשטת תוס' (ועמ"ש בסימן ע"ב ס"ק ה'):

סעיף ב

רועה שמצא גנב והתחיל להתגרות בו. כתב מוהרי"ק שורש קכ"ה ז"ל אפי' היתה כונת הרועה לטובה כדי להפחיד הלסטים אפ"ה חייב דבדיבור בעלמא חייב השומר שכר מיהו דוקא דידעינן דבלא דיבורו לא הוי בא אבל בלא"ה לא עכ"ל. ומשמע מלשונו דוקא ש"ש הוא דחייב אבל ש"ח אם היה כוונתו לטובה כדי להפחיד הלסטים פטור. וראיה לזה נראה ג"כ מדברי הנימוקי יוסף פ' המפקיד גבי האי דאפקידיה גבי' ויהב לי' לאימי' ע"ש שכתב דוקא ש"ח מיפטר בטענה זו דסבר אם לא יאמר לה שהו' פקדון תשמור טפי אבל ש"ש לא והובא בש"ך סי' רצ"א. ומבואר דש"ח שכוונתו לטובה פטור משא"כ ש"ש דה"ל למידק טפי. ומ"ש מוהרי"ק דוקא דידעינן דבלא דיבורו לא הוי בא. ומשמע דמספיקא לא מחייבין אותו. ובסעיף ג' גבי דליקה משמע דמחייבין אותו מספק אם אינו יודע שודאי נשרפו לפי שאינו יכול לישבע ואפשר לחלק ועמ"ש בסי' ש"מ ס"ק ד':

סעיף ג

ברועים אחרים ובמקלות. כתב בתשובת רמ"א סי' ק"ו בש"ש שהניח הפקדון עם שלו ונשרף בתיבה עם שלו והציל דברים אחרים שבחדר זה שהיה שם ואותה תיבה לא הציל אם חייב לשלם ע"ש שהעלה דמקרי פשיעה מאחר שהיה יכול להציל אם רצה אע"ג דהוצרך להציל ממונו הנשרף לו במקום אחר אין זה אונס וראיה מדברי הרשב"א שכ' נימוקי יוסף פ' הפועלים שכתב דש"ש לעולם חייב אפי' באונס המגיע לגופו כגון שאנסתו שינה או אונס אחר עד שמגיע לגופו של פקדון ממש עכ"ל ונדון זה שבא לו

האונס ממקום אחר לא מיקרי אונס מאחר שהיה יכול להציל ולכן אינו דומה כלל להא דרועה שנכנס לעיר ובא ארי ודרסה או זאב וטרפה כו' כי התם מיירי שאירע אונס בפקדון עצמו רק שנכנס קודם שידע האונס ואז יש חילוק בין נכנס ברשות או לא אבל בכה"ג שהיה יכול להציל אחר שראה האונס ולא הציל מיקרי פשיעה וכו' והכי אמרו זאב א' אינו אונס אפילו בשעת משלחת זאבים אע"ג דבודאי יוכל להגיע לו נזק מזה בגופו כ"ש בממונו לכן י"ל שזהו מיקרי פשיעה עכ"ל. ומדכתב הרמ"א לשון פשיעה כתב הש"ך דאפי' ש"ח חייב בכה"ג וע"ש ואינו נראה לפענ"ד דודאי בש"ח פטור כל שטרוד להציל את שלו כיון דאפי' נם כד ניימי אינשי ועייל בעידנא דעיילי אינשי ש"ח פטור ה"ה בזה ואע"ג דאם כבר בא זאב אין לו לש"ח להניח מלהציל ולהכנס לעיר אבל בזה שטרוד להציל נכסים שלו כה"ג לאו פשיעה הוא דהא עיקר ראיית הרמ"א מדברי הרשב"א שבנימוקי יוסף פרק הפועלים דאפי' אונס המגיע לגופו של שומר אינו פוטרו וזה אינו אלא בש"ש (בש"ח) ומה דקרי ליה פושע היינו לגבי ש"ש ה"ל פשיע' וכמ"ש בש"ע בש"ש שהי' לו להציל בשכר ולא הציל הרי זה פושע אע"ג דאינו פשיעה לגבי שומר חנם. ולפ"ז נראה דה"ה בזאב א' דאינו אונס היכא דמגיע לו איזה נזק בגופו דש"ח פטור כה"ג כיון דאין דרך להתגרות בזאב א' היכא דמגיע לו היזק בגופו אפילו נזק קצת וא"כ זאב א' דאינו אונס היינו לגבי ש"ש דוקא אבל פשיעה נמי לא הוי:

סימן שד

סעיף א

הסבל ששבר פ' השואל דף צ"ט אמר רבא הני שקולאי דתברו חביתא דחמרא לחנוואה ביומא דשוקא מזדבנ' בחמשא בשאר יומי מזדבנ' בארבע הדרו ליה ביומ' דשוקא מהדרי ליה חביתא דחמר' בשאר יומי מהדרי ליה חמשא ולא אמרן אלא דלא הוי ליה חמרא לזבוני אבל ה"ל חמרא לזבוני הא איבעי' ליה לזבוני. ושטת רש"י אהדרי ליה ביומא דשוקא קודם שיגיע יום השוק שיוכל למוכרה ביום השוק שיגיע ראשון מהדרי ליה חמשא דאמר להו אי הוי גבאי ביום השוק חמשא הוי שוי ולא אמרן דמהדרי ליה חמשא אלא דלית ליה לחנוני חמרא לזבוני אבל הוי ליה חמרא לזבוני ולא זבין גלי אדעתיה דלא הוי מזבין ולא משלמי אלא חביתא דחמר' וכן משמע שטת תוס' שם ע"ש. ומדבריהם מבואר דהשבירה הוי בשאר יומי אלא דאפי' כי אהדרו בתר יומא דשוקא הראשון מהדרו חמשא משום דאמר חנוואה אלו הוי גבאי ביום השוק מזבנא לי' בחמש'. אמנם קשה טובא כיון דקי"ל דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וכל השומרין כשעת הפשיעה ע'

סי' רצ"א סק"א וא"כ אמאי משלמי כיוקרא דלקמי'. ונראה לפי מה שאמרו פ' כל שעה (פסחים דף כ"ח) בהא דתניא האוכל חמץ של הקדש במועד מעל וי"א לא מעל ומוקי לה רב יוסף דמפלגו בדבר הגורם לממון כממון דמי ומ"ד מעל סבר כממון דמי ומ"ד לא מעל קסבר דבר הגורם לממון לאו כממון דמי ופי' רש"י מ"ד מעל קסבר אע"ג דהשתא לא חזי כיון דלקמיה חזי גורם לממון הוא וכממון הוא וע"ש. וא"כ ה"נ כיון דלקמיה חזי וביום השוק שוי חמשא אית ליה ביה גורם לממון בחמשה ומשלם חמש והא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה אע"ג דאייקר בשעת התביעה היינו היכא דלא נודע בשעת הגזילה אם יתייקר אח"כ אבל היכ' דידוע היוקר דלקמיה כי הכא דביום השוק שוה חמשה אזלינן בתר יוקרא דלקמיה דה"ל גורם לממון. ואע"ג דאנן קי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון ולית לן דר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון היינו משום דינא דגרמי מחייב אפי' לרבנן דפליגי אדר"ש דלא פליגי רבנן אדר"ש אלא בגונב קדשים שחייב באחריותן שיפטר מכפל וכמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי אבל קרן מודו רבנן דחייב משום דינא דגרמי וא"כ ה"נ מחייב משום דינא דגרמי כיון דברי היזקא שהרי שוה לקמיה ביום השוק חמש' ולא מיפטר בארבע אע"ג דיכול לקנות בזה חביות יין כיון דאזלינן בתר יוקרא דלקמיה וה"ל היזק בחמשה מש"ה צריך לחזור לו חביות יין דהוא נמי שוה חמשה ביום השוק:

ובס' המלחמות להרמב"ן נראה דס"ל נמי כשטת רש"י ע"ש פ' המפקיד גבי האי דזבין תורא דלית ליה ככי כו' משתבע איהו דלא ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול ופרש"י שהו' כעין פשר והרמב"ן כ' ז"ל והטעם הנכון דכיון דלית ליה ככי ושיני לא היה יכול להמתינו עד יומא דשוקא וכל מה שאדם מוכר מקמי יומא דשוקא פחות מכדי דמיו מוכרו כדאמרי' התם האי מאן דגזל חביתא דחמר' כו' ביומא דשוקא שוה חמשא ובשאר יומי שוה ארבעה וכו' אף כאן אלו היה יכול להמתינו עד יום השוק היה משלם לו כשער יום השוק וכיון שלא היה יכול להמתין משלם כשער של עכשיו שהו' שער הזול כך פי' ר"ת ז"ל עכ"ל. וכיון דדעת רש"י והתוס' והרמב"ן בחדא שיטה דאם ביום השוק שוה יותר צריך לשלם כשער יום השוק א"כ אם תפס מחנוני נראה דלא מפקינן מיניה עד דמשלם חמשא ועמ"ש בסימן קמ"ו סק"ג ושטת הרמב"ם הוא דאפי' היה השכירה בשאר יומא אזלינן בתר שעת החזרה ואם הי' חזרה ביום השוק דשוה חמשא כי משלם דמים נמי משלם חמשא ואם החזרה בשאר יומי דשוה ארבע משלם ארבע והוא דעת הש"ע ולדברי הרמב"ם לא ירדנו דהא כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ולא כשעת התביעה ובסמ"ע ז"ל וכת' המ"מ בטעמ' דהרמב"ם שהסבלים יש להם לשלם לו חביות

יין לפיכך כל המשלמין דמיהם רואין כמה הוא שוה בשעת החזרה כו' ואע"ג דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מ"מ לא מיקרי גזלן ואין עליו לשלם אלא מה שקלקל בפשיעה ואין לו להחזיר אלא חביות יין והרי מחזיר הן או דמיהם עכ"ל ותמוה לי מלתא דהא ס"פ המפקיד תנן במתני' דילקה בחסר וביתר וב"ה אומרים כשעת הוצאה ר' עקיבא אומר כשעת התביעה וקי"ל כב"ה ולא כר"ע ואע"ג דהתם שומר הוא דהוי ול"א כשעת התביעה וצ"ע:

סעיף ב

שהיה טורח במכירתה שם דף צ"ט ומנכה לו אגר טירחא ופירש"י מנכה ליה היינו אגר טירחא כפועל בטל כמה הוא רוצה לישב ולא למכור יין חבית אחת פרוטה פרוטה ויושב בטל ע"ש ומשמע דגם ביום השוק לא שוי חמשא אלא כשמוכרין פרוטה פרוטה אבל כשרוצה למוכרו בבת אחת אינו עולה חמשא וקשה לי דהא שם דף צ"ט אמר שמואל האי מאן דגזיל חביצה דתמרה מחברי' ואית בה נ' תמרי אגב הדדי מזבן בנ' נכי חדא חדא מזדבן בנ' להדיוט משלם נ' נכי חדא ע"ש וכן פסק הרמב"ם פ"ב מגזילה והרי"ף והרא"ש שם ובטור וש"ע סי' שס"ב סי"ג. וכיון דהחביות בבת אחת אינו שוה חמשא למה משלם כדמי שווי' שנמכר א' א' ואפשר דשומר שאני דחיובו על אשר לא שמרו ומשום הכי מחייב על כל חדא וחדא אבל גזלן אינו שומר וצ"ע:

סימן שה

סעיף א

שלא אתחייב באחריותו. עמ"ש בסי' ע"ב סקי"ד:

סעיף ב

ה"ז שמירה בבעלי' כתב בחלק חוט המשולש בכרך שו"ת הרשב"ץ סי' כ"ד וז"ל ראובן הביא לו שמעון עשרה משקלי זהב שיעשה לו מהם אצעדה אחת וכו' ושמעון מסייע בהתכתו כו' ובבואו ליקח האצעדה לא נמצאת ולא נודע מה היה לו כו' ע"ש שהאריך וז"ל סוף התשובה אמנם מצד מה שנתעסק עמו במלאכה נראה פשוט דהוי שמירה בבעלים וכו' א"כ דבר פשוט הוא דהוי פשיעה בבעלים לפטור דהכי איפסק' הילכתא וכן פסקו כל הפוסקים נמצא ראובן אפי' חשבינן ליה לשוכר גמור והיה פושע בשמירת חפץ הי' פטור וכו' ומאחר שהוכחנו שהוא פטור נראה פשוט שחייב שמעון לשלם לו דמי פעולתו בדיני ודיינא עכ"ל. ונראה דאע"ג דשמירה בבעלים פטור אפי' מפשיעה אבל שכרו מיהא מפסיד דלא גרע מעבדי' ושטרות והקדשות דנשבעין ליטול שכרן כמבואר

בפ' הזהב והוא בטור וש"ע סי' ש"א סעיף א'. וכל שלא שמר כראוי מפסיד שכרו ואפי' בשמירה בבעלים אלא דנראה דהיינו דוקא היכא דנתן לו שכר לשמור א"כ כל שלא שמר כראוי אפי' שאין בו דין שמירה אבל שכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מלאכתו ששכרו לכך לשומרו כתורת ש"ש אבל אומן שנוטל שכר עבור מלאכתו אלא דהוא ממיל' ש"ש כמו שוכר כיון דנהנה וכמ"ש בסי' ש"ו סק"א וא"כ כיון דעשה מלאכתו מלאכת אומן ונאבד בענין שהוא פטור כגון שהיו בעלים עמו א"כ ה"ל כמו חזרה ליד בעלים וכאלו נאנס דה"ל כמו חזרה ליד בעלים וצריכים לשלם שכרן והתם ס"פ הזהב (בבא מציעא דף נ"ח) דאמרו אגרייהו מיהא לפסידנהו פי' רש"י ז"ל אגרייהו מיהא ליפסדי שהרי נשתעבדו לשומרין מגניבה ואבידה וע"מ כן היו נוטלים שכר והרי לא השלימו מלאכתן עכ"ל אבל הכא כבר השלים המלאכה אלא שאח"כ נאבד וכיון דהוא פטור צריך לשלם השכירות. ואכתי צ"ע כיון דקי"ל אין לשכירות אלא לבסוף והיינו לאחר חזרה כמבואר בתוס' פרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) ונהי דאונסין הוי חזרה אבל פשיעה דלא הוי חזרה נהי דפטור כיון דהשלמת המלאכה הוא עד לאחר חזרה היה לו לשומרו:

סעיף ג

אפי' בחד יומא הוי השומר ש"ש בשו"ת חות יאיר סי' רכ"ג האריך בענין זה וע"ש שכ' וז"ל שמור לי ואשמור לך השאילני ואשאול לך שמור לי ואשאילך השאילנו ואשמור לך כולן נעשו ש"ש זה לזה ומקשי אמאי שמירה בבעלים נראה דמ"ש ש"ש זה לזה שלא ר"ל שאם שמעון אמר ללוי שמור לי פרתי ואשמור לך פרתך או השאילני וכו' דכל אחד משניהם נעשה ש"ש לחבירו על פרתו דהא תינח בבבא א' ב' אבל בבא ג' ד' דשני הפרות ביד אחד אי אפשר לפרש כן וגם אי אפשר לפרש בבבא ג' ד' דאין חילוק בין פרה לפרה דאיזה פרה שנגנבה חייב דאי אפשר לומר דעל השמירה יהי' שכיר למשמר רק קאי על אבידה וגניבה פרה של שמירה אע"ג דלפ"ז לא דמי' בבא ג' דאמר המלאכה תחלה ואח"כ השכר ובבא ד' בהיפך מ"מ האמת כמו שכתבתי וברור ומקשי אמאי שמירה בבעלים ופירש"י דלא מקשי רק על שמור לי ואשמור לך כו' ולהרמב"ם והרמ"ה ס"ל דהמקשן אכולהו בבי מקשי דכולם אי הוי בחד יומא הוי שמירה בבעלים וכו' ועל בבא ג' ד' תמה הב"י וכתב דעל בבא ג' שמור לי ואשאילך דמתה פרה דשאולה אפשר לו' דס"ל כל שכליו של אדם במלאכת חבירו הוי כאלו הוא עצמו במלאכתו כו' ונשאר אצלו בתימא בבא ד' השאילני ואשמור לך ואני תמה על תימא הנשארת אצלו כי סבור היה דכולהו בבי מיירי שמתה או נגנבה פרה שזכה שמעון בדיבורו תחלה בציוי או בבקשה ולכן גבי השאילני ואשמור לך ג"כ מיירי במתה זו דשאל' לכן תמה למה יפטור שמעון שאי

אפשר לומר שמה שמוטל לשמור פרה השניה של לוי שבזה יהיה לוי במלאכתו וכבר כתבתי שע"כ בבא ג' הזו מיירי בשמתה זו דשמירה דאי ס"ד זו דשאלה איך ס"ד דהוי שמעון חייב בגניבה ואבידה כש"ש ואיזה שכר יש לו ונפלאתי על הב"י שלא הרגיש בזה שעל כרחין עלינו לפרש מ"ש כולן ש"ש בברייתא כמו שפירשנו עכ"ל. ונראה דלא דק בכל הנך בבי כולן ש"ש זה לזה בין על הפרה השאולה בין על הפרה השמירה דבפרה השאולה הוי ש"ש בשכר שמשאיל לו הפרה ונהנה בפרה אלא לפי שאין כל הנאה שלו דהא עבור זה שומר לו פרה לזה הוי שוכר ממש וא"כ בפרה השאולה הוי שוכר דקי"ל כש"ש ובפרה השמירה נמי הוי שומר שכר דזהו שכרו שמשאיל לו בשכרו פרה וזה פשוט וברור ע"ש עוד שכתב ז"ל ונ"ל לחדש דבר הלכה בדינים אלו וכו' נ"ל לדברי הכל בשמור לי בשכר היום ואשמור לך בחנם למחר ונגנבה או נאבדה פרה בחנם דלא מיקרי שכר מה שחבירו ישמור לו בשכר וזה פשוט עכ"ל ע"ש. וגם בזה נראה דהוי ש"ש כיון שלא נתרצה לשמור בשכר שקצץ עד שיוסיף לו בשכרו דהיינו שמיר' פרתו למחר בחנם וא"כ זה ששומר למחר בחנם עבור שכרו של זה שקיבל עליו היום לשמור בשכר זה וכיון שהיה שמירה פרתו בחנם בתנאי השכירות ה"ל ש"ש על פרה דחנם וגם זה פשוט:

סימן שו

סעיף א

כל האומנין שומרי שכר. בסמ"ע מחלק בין קבלן לשכיר יום ע"ש ובש"ך כ' כיון דלדידן דקי"ל שוכר כש"ש א"כ הא דאומנין ש"ש היינו מדין שוכר דכש"ש וא"כ אין חילוק בין קבלן לשכיר ע"ש ועמ"ש בסי' ע"ב סק"ד:

סעיף ב

שאין האומן קונה בשבח כלי. כ' הרא"ש בתשובה כלל מ"ב סי' ו' ז"ל ששאלת הנותן טבל' לאומן לצייר בה ציורין ששוחקין עליו באיסקונדרי' ואסרה על בעלי' אחר שציירה קודם שפרע לו שכרו אם יש כח בידו לאוסרו תשובה כיון דקי"ל אין אומן קונה בשבח כלי הרי אין לו בגוף כלום אלא שכר הוא דמחייב עלה בעל הכלי ואין לו כח לאסור הכלי ואפי' אם היה האומן קונה בשבח כלי היינו היכא שיש ממשות בשבח כגון שנותן לו עצים ותיקון כלי אבל הכא לא עשה אומן אלא ציירה בסימנין. ואין בזה ממש דאיבעיא לן פרט הגוזל קמא דף ק"א אם יש שבח סימנין ע"ג צמר או לא כגון אם צבע קוף צמרו של ראובן בסימנין של שמעון אם חייב ראובן לשלם השבח שהשביח הצמר ולא איפשטא האיבעיא ואינו חייב לשלם נמצא שלא קנה הצייר בצבע כלום וכי תימא יכול לגרוד אם

יגרדנו אין בו ממש כדקאמר התם במאי מעבר ליה בצפון צפון עבורי מעבר ועוד כיון דאין אומן קונה בשבח כלי אין יכול לגורדו ולקלקל כליו של בעה"ב עכ"ל והוא תמוה מאד שהוא נגד סוגיא דפרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ט) שם אמר רב אשי ל"ש אלא שנתן לחרש שידה תיבה לנעוץ בהם מסמר ונעץ בהם מסמר ושברן אבל נתן לחרש עצים לעשות מהן שידה תיבה ומגדל ושברן פטור מ"ט אומן קונה בשבח כלי כו' לימא מסייע ליה הנותן צמד לצבע והקדיחו יורה נותן לו דמי צמרו דמי צמרו אין דמי צמרו ושבחו לא לאו שהקדיחו אחר נפילה דאיכא שבחא וש"מ אומן קונה בשבח כלי אמר שמואל הבמ"ע כגון דצמר וסימנין דבעה"ב וצבע אגר ידי' הוא דשקל א"ה נותן לו דמי צמרו וסימנין מיבעי ליה אלא שמואל דחויי קא מדחי ליה וע"ש ומבואר דאפי' בצבע אמרינן אומן קונה בשבח כלי וכבר התפלא בזה בתשובת מוהר"ש הלוי חח"מ סי' ז' דכתב עלה דתשובת הרא"ש הנז' ז"ל הן אמת כי תשוב' זו כל רואה אותה האיש משתאה וחרד על דברו דהרא"ש שכתב דלמ"ד אומן קונה לא הוי בצביע' וקשה טובא מה שהקשה החכם החשוב יצ"ו דבפרק הגוזל על מתני' דנתן לאומנין לתקן כו' עד אמר לך שמואל דחוי קא מדחי ליה הרי בפירוש דבצביעת צמר ג"כ אומן קונה בשבח כלי זולת אם הסימנין הם של בעה"ב וע"ש מ"ש ואין דבריו עולים בכוונת הרא"ש וכאשר הוא עצמו כתב שם ובדוחק נלע"ד לומר כן ע"ש. אמנם לענ"ד נראה דודאי למ"ד אומן קונה בשבח כלי קונה נמי בצביעה אלא דאע"ג דצבע דידיה כיון דצבע לאו מלתא לית ביה ולא כלום וכמו שהוכיח הרא"ש מהך דבעי' לה יש שבח סי' ע"ג צמר ע"ש (דף ק"א) רבינא אמר הבמ"ע כגון דצמר דחד וסי' דחד וקאתי קוף וצבע להאי צמר בהנך סי' יש שבח סי' ע"ג צמר דא"ל הב לי סי' דגבך נינהו או דלמא אין שבח סי' ע"ג צמר וא"ל לית לך גבי ולא מידי כו' ת"ש בגד שצבע בקליפי ערלה ידלק אלמ' חזותא מלתא כו' התם גזירת הכתוב משום דכתיב שלש ערלים חד לצביעה וכיון דאפי' בסימנין דחברי' לא מצי אמר סימנא גבך כיון דאין שבח סי' ע"ג צמר וא"כ לא עדיף האומן בשבח' דידיה כיון דאפי' למ"ד אומן קונה בשבח כלי אינו קונה כל הכלי אלא בשבח כלי וכמו שיבואר בס"ק ד' ולא מצבעו קוף ואין לו אלא מה שהנאהו ובצבע קוף אפי' מה שנהנה א"צ לשלם כמ"ש תוס' אבל אין לו בשבח כיון דאינו אלא חזות' וה"ל כליתנהו ומש"ה אין לו מה לאסור דאפי' צבע דאיסור אינו איסור אלא בערלה דכתי' שלש ערלים חד לחזותא ומכ"ש זה שאין לו בה דבר ממש ואין לו לאיסור לחול כלל אבל בצבע קוף בצמר דחד וסי' דחד והלך בעל הסימנין והעביר את הסימנין ע"י צפון ודאי אינו חייב לשלם עבור הסימנין דסימנין דידי' נינהו אלא דבעל הצמר א"צ לשלם עבורן כיון דליתנהו בעיני' ומשום נהנה

נמי א"צ לשלם כיון דלא באה לו הנאה ע"י מעשה אדם וכמ"ש תוס' שם אבל עכ"פ סימנא דידיה נינהו שם ויכול להעביר סימן דידיה בצפון. וזהו שכת' הרא"ש וכ"ת יכול לגורדו וכיון דיכול לגורדו הרי אית ליה זכות בו ונימא דיכול לאוסרו מה"ט לזה קאמר אם יגרדנו אין בו ממש כו' ועוד כיון דאין אומן קונה בשבח כלי חוזר לראשונה במה שהתחיל דלדידן דקי"ל אין אומן קונה אין יכול לגורדו אבל למ"ד אומן קונה ושבחא דידיה אלא שאין בו ממש ואין לו כח לאסרו אבל לגורדו יכול וא"כ בהקדיחו יורה ודאי א"צ לשלם את השבח כיון דשבחא דידיה למ"ד אומן קונה וז"ב ונכון ואכתי יש לדקדק במ"ש הרא"ש וכ"ת יכול לגורדו תיפוק ליה כיון דאין שבח סי' ע"ג צמר א"כ אפי' צבע דאיסור אינו אסור אלא בערלה דרבי קרא ערלים ואפשר כיון דעכ"פ מדרבנן אסור חזותא בכל האיסורים ועוד דהא הוי בעיא דלא איפשטא ביש שבח סי' ולזה כת' הרא"ש כיון דלא איפשט' אין לו כח לאסור דספק ממונא לקולא ואין לו בממונא כלום ולזה קאמר וכ"ת יכול לגורדו ואכתי אית ליה ביה זכות ממון לזה קאמר אם יגרדנו אין בו ממש וא"כ אין לו שום זכות ממון שיהיה נתפס עליו איסורו: אמנם יש מקום עיון לפמ"ש הרא"ש דלדידן דאין אומן קונה בשבח כלי אין האומן יכול לאסור שבחא בהא דתנן קונם שאני עושה לפיך אין צריך להפר ר"ע אומר יפר שמא תעדיף עליו יותר מן הראוי לו ר"י בן נורי אומר יפר שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור לו וכתבו תוס' בקידושין פ' האומר [דף ס"ג] וז"ל קונם מה שאני עושה לפיך ולא גרסינן איני עושה כיון דבלאו דמשועבד לבעלה לא מצי למיתסר בקונם ע"ש והיינו משום דקונם שאיני עושה ה"ל דבר שאין בו ממש אע"ג דמפרש לה בפ' אע"פ באומרת יקדשו ידי לעושיהן היינו משום קושיא דמקשי בש"ס דה"ל דשלבל"ע אבל שאיני עושה בלא"ה לא חייל לזה כתבו דגרסי שאני עושה והיינו שהקונם חל על מעשה ידיה לאחר שתעשה דכה"ג הוי נדר שיש בו ממש. וכ"כ הר"ן פרק הנודר (נדרים דף נ"ז) בהא דתנן שם האומר לאשתו קונם מעשה ידיך עלי וז"ל ולא תיקשי לך מעשה ידי' דבר שאין בו ממש כו' א"נ מעשה ידי אשתו לאחר שתעשה דבר שיש בו ממש הוא ע"ש וכיון דאומן אינו קונה ולא מצי אסר לשבחא אפי' אחר שנעשה שבח' היכא מצי אסר לשבחא קודם שעשה לומר קונם על מעשה ידיו לאחר שיעשה כיון דלאחר שנעשה לאו דידיה הוא וא"כ אמאי צריך להפר לריב"ן שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור ופירש"י שצריכה לטחון ולבשל ולאפות והא כיון דגוף הקמח של הבעל ולית לה בשבח' כלום שתאסר אותו שבחא לאחר שנעשה וכיון דהיא רשאה לכתחלה לבשל ולאפות דהא לא אסרה אלא המעשה ידי' אחר שתעשה ואחר שתעשה ה"ל דבר שאינו שלה. ובחידושי לאה"ע סי' פ"א שם הארכנו בזה וכתבנו משום דדעת ר"י ור"ת

דאומן קונה בשבח כלי וכמ"ש הרא"ש פ"ב דקידושין בשמם ע"ש. ומש"ה חייל נמי קונם במעשה ידי' אחר שתעשה דכה"ג ה"ל דבר שיש בו ממש דאוסרת את גוף מעשה ידיה לאחר שתעשה ועיין תוס' נדרים ס"פ קמא בהא דאמרו קונם פי מדבר עמך דהיינו באומר יאסר פי לדיבורו ידי לעושיהן והקשו בתוס' ז"ל ידי לעושיהם וא"ת ותיפוק ליה דמעשה ידיו גופיה יש בו ממש כדמוכח בכתובות (דף נ"ט) דאם אמר קונה מעשה ידי דחייל לר' מאיר דאמר אדם מקנה דשלבל"ע וי"ל דאין ה"נ וכו' ועוד דאיכ' מעשה ידים שאין בהם ממש כגון שלא אתן תבן לפני בקרך עכ"ל והו' לכאורה תמוה דודאי שלא אתן ה"ל דבר שאין בו ממש וכמו קונם שאיני עושה ביוד אבל קונם שאתן הרי הקונם חל על דבר שיש בו ממש וכמו קונם שאני עושה בלא יוד ועיין ש"ך י"ב סי' רל"ז סקכ"ו ולפמ"ש דהא דחייל נדר על המעשה ידיו אחר שיעשה היינו משום דתוס' סברי דאומן קונה בשבח כלי אבל קונם שאתן לפני בקרך דבזה ל"ש באומן קונה בשבח כלי דה"ל כשליח' דאגרתא דליכ' שבחא כדאמרי' פ' הגוזל קמא (דף ל"ט) מש"ה ה"ל כה"ג דקונם שלא אתן תבן אפי' אומר שאני אתן נמי לא חייל כיון דליכ' שבועה ודוק היטב ושם באה"ע הארכנו:

סעיף ג

האומן קונה בסוגיא שם דף צ"ט ת"ש הנותן טליתו לאומן במדו והודיעו אפי' מכאן ועד עשרה ימים אינו עובר עליו משום בל תלין נתנה לו בחצי יום כיון ששקעה עליו חמה עובר עליו משום בל תלין ואי ס"ד אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר אמר רב מרי בר כהנא בגרדא דסרבלא דליכ' שבחא סוף סוף למאי יהבי' ניהלי' לרכוכי כיון דרכוכי היינו שבחא לא צריכ' דאגרא לביטש' ביטש' במעתא דהיינו שכירות ומזה קשי' לן בדברי הרמב"ן שכת' בפ' שבועת הדיינין ולישב דברי הגאונים שכתבו במלוה על המשכון דנשבע בנק"ח דלא תיקשי להו מברייתא דתני כל זמן שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו הממע"ה בפ' חז"ה [דף מ"ה] ומשמע דברישא דטלית ביד האומן א"צ שבועה וכת' משום דלא דמי שכירות לשאר הטענות ולא מיבעי למ"ד אומן קונה בשבח כלי דכטוען על גופו של משכון דמי ע"ש בר"ן פ' הנז' וכיון דמוקי לה כמ"ד אומן קונה בשבח כלי א"כ ליכא בל תלין לטעמ' דאחר זמנו הממע"ה אמרו בש"ס משום דחזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין וכיון דליכ' בל תלין אין חילוק בין זמנו לעבר זמנו ואי מיירי היכא דליכ' שבחא וכגון דאגרי' לביטשא במעת' א"כ הרי הוא כמו שאר טענת כיון דלא קנה בשבחו ע' במ"ש בסי' פ"ט בזה סק"ו ונראה לפמ"ש תו' שם בסוגיא בהא דאגרי' לביטש' במעת' פי' רש"י דהיינו כל דריכה במעה

דאינו אלא שכירות ואינו אלא שכיר יום והקשו דאכתי היינו קבלנות וכתבו דרש"י פי' פ' המקבל דהיינו ששכרה בעד כל דריכ' במע' בין ישביח בין לא ישביח ע"ש ולפ"ז נראה דארכבי' אתרי ריכשי היכא דהשביח קונה בשבחו כיון דאומן קונה בשבחו כלי ואפ"ה עובר בבל תלין כיון דשכרו בין ישביח בין לא ישביח דדוקא היכי דשכרו להשביח א"כ אינו שכיר כלל אלא מוכר שבחו כיון דקונה בשבח כלי אבל שכרו בין ישביח בין לא ישביח א"כ אם לא השביח ודאי עובר בבל תלין ה"ה כשהשביח לא גרע כחו משאר שכיר ומגרע לו שכרו עבור הביטשא לא עבור השבח ועבור הביטשא עובר בבל תלין ודוק אלא דלפמ"ש בסי' ע"ב ס"ק כ"ד דשכירות שיש עליה משכון אינו עובר בבל תלין אפי' כבר החזיר לו משכונו ומשום דכבר קנה משכונו נגד חובו ה"ל כפרעון ומש"ה אפי' החזיר לו משכונו תו ליכא בל תלין ע"ש א"כ ה"ה בזה כיון דאיכ' שבח' וקנה בשבחו נגד שכירותו תו ליכא בל תלין אף ע"ג דמגיע לו שכרו עבור הביטש' אפי' לא ישביח כיון דכבר קנה בשבחו ה"ל כמו פרעון וע"ש בתוס' שכתבו בשם יש מפרשים דאגרי' לביטשא במעה עובר על דריכה קמא דליכ' שבחא ע"ש ולפ"ז שפיר משכחת לה באגרי' לביטשא דאיכ' איסור בל תלין על דריכה קמא דליכ' שבחא ומוחזק חשוב כיון דאח"כ אית ליה שבחא וקונה בשבחו ואע"ג דבתוס' פ' חז"ה (דף מ"ה) כתבו הא דעבר זמנו הממע"ה היינו משום חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין וחזקה אין שכיר משהה שכרו ובסלע שמודה דעובר ושהה אבל בסלע השני דלא חזינן דעבר ושהה סמכינן אחזקתיה דלא עבר ולא שהה ע"ש ולפמ"ש כיון דגבי סלע השני ע"כ איכא שבחא דהא מה"ט ה"ל כטוען על גופו של משכון וא"כ בסלע השני ליכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין ובסלע הראשון אע"ג דליכ' שבחא הרי חזינן דעבר ושהה משום דתוס' סברי דלר' יהודה דבעי מודה במקצת הטענה היינו מודה מקצת הטענה ממש אבל הר"ן כת' דר' יהודה לא בעי אלא כעין מקצת הטענה ואפי' באומר הילך ה"ל שבועה נוטה ע"ש פרק שבועת הדיינין וא"כ שפיר משכחת לה שהאומן אומר שתים קצצת לי ובעה"ב אומר אחת אבל כבר פרעתי האחת ואפ"ה ה"ל כעין מודה במקצת לענין תקנת שכיר וא"כ בעבר זמנו אמרי' חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין דאם היה קוצץ יותר ודאי היה עובר בבל תלין על דריכה קמא דליכ' שבחא דאע"ג דפרע לו מקצת לא נפטר מחובו שהו' עליו בבל תלין וכמ"ש הרשב"א בראובן שהיה חייב לשמעון שני חובות א' בשבועה וא' שלא בשבועה ופרע לו א' דהחוב שבשבועה הוא בתוקפו והובא בב"י סי' נ"ח וה"נ בחוב זה שבמקצת איכא איסור בל תלין ובמקצת ליכא ופרע מקצתו דהחוב שבבל תלין בתוקפו אלא ודאי דלא קצץ לו יותר מסלע ומש"ה בעבר זמנו הממע"ה:

סעיף ד

בשבח כלי בשו"ת מוהר"ש הלוי חלק ח"מ סי' ד' האריך בזה וחקר בהא דאומן קונה בשבח כלי אם אינו אלא בשבחו הוא דקונה אבל לא בגוף הכלי או נימא דע"י השבח זוכה בגוף הכלי להיות כשלו כיון שנתהפך חומר הכלי אל הצורה אשר נתן ולכן קונה בגוף הכלי והעלה דקונה בגוף הכלי וראיה מהא דכתבו תוס' והרא"ש פ' השוכר דהנותן כסף לגוי לתקן לו כלי שא"צ טבילה ואם לא היה לו זכות אלא בשבחו ולא בגוף הכלי ומהיכי תיתי דחייב טבילה אפילו למ"ד אומן קונה כיון דלא קנה גוף הכלי ולמה הוי צריכי תו לפוטרו משום שאין שמו עליו תיפוק ליה משום דהכלי לעולם של ישראל הוא ולעולם לא קנה העכו"ם וכן נראה מלשון רש"י בפ' האיש מקדש ע"ש. ועוד דהלשון הכי מוכח אומן קונה בשבח כלי כלומר קנה הכלי עם השבח ואלו היה קונה השבח היה לו לומר קונה שבח הכלי או אומן בשבח הכלי וע"ש שהאריך והעלה בפשיטות דהשבח והכלי הם מתהפכים איברא דנעלם ממנו דברי תה"ד סי' ש"ט דמבואר להדי' דאומן אינו קונה אלא בשבח ולא בגוף הכלי ע"ש ז"ל אמנם לפ"ז צריך לדקדק אם השביח הצורף החגורה כל כך שיש בשבח כדי ריבית שלו דבמרדכי פ' בתרא דע"ז כת' שהשיב רבינו שמחה לרבינו ברוך דאין אומן קונה אלא כפי השבח ולא בגוף הכלי ואם היה אומן רוצה לעכבו לא היה רשאי וכן משמע לשון רש"י פ' הגוזל אהא דקאמר התם דמקודשת היא כשעשה לה שירים ונזמים ופי' רש"י דכי יהיב לה מקודשת בשבח דאית ליה לאומן בגויה וכ"כ אשר"י בהאי פירקא אהא דאמר רב אסי אומן קונה בשבח כלי וכל השבח שלו עד שיתן לו שכרו ומשמע דוקא השבח שלו ולא הגוף ונוכל לומר דאף הגאונים המצריכים טבילה לכלי שתיקנו אומן גוי לישראל מטעם דאומן קונה בשבח כלי מודים דלא קנה אומן רק כנגד השבח ואפ"ה צריך טבילה משום האי שבח ואהא פליגי שאר גאונים וכתבו שאין צריך טבילה שאין שם הגוי עליו משום האי שבח דאי נימא דאומן קונה בשבח כלי לגמרי גופא ושבח' א"כ אמאי אין שם הגוי עליו עכ"ל ומבואר להדי' דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי אינו אלא בשבחו ולא בגוף הכלי וראוי להתבונן בהאי קנין דאומן קונה בשבח אם קונה קנין ממש וכשלו הוא מאי אית ליה לבעה"ב בהאי שבח' והיכא דשבח שוה יותר מדמי שכירות היכא מסלק ליה בעה"ב בפחות מדמיו ואי משום דכבר קנה ממנו בעה"ב בפסיק' שפסק לו עבור השבח הא ה"ל דשלבל"ע ואיך חוזר וקונה בעה"ב שבח' דאומן אם האומן אינו רוצה ליתן לו שבחו בדמי שכירות כיון דלא קנה מיד האומן ועוד דה"ל דשלבל"ע ולכן נראה אחר העיון דודאי האי שבח' דבעה"ב הוא והא דאומן קונה בשבח כלי אינו קנין גמור להיות כשלו ממש אלא

קצת קנין הוא דאית ליה בגויה לקדושי אשה כמו בע"ח דקונה משכון לקדושי אשה (כמו) והלוה יכול לסלקו בע"כ ותו לית ליה במשכון ולא מידי וה"ה נ"ב בשבח הכלי עד שיסלק לו דמי שכירות אית ליה קנין לקדושי אשה ולנזקין דהיינו אם הזיק אין לו לשלם בעד השבח ובזה עדיף מבע"ח דמלוה שקונה משכון אינו אלא כדי חובו ואם המשכון שוה יותר והזיקו צריך לשלם המותר אבל אומן בשבח כלי קונה לנזקין אפילו עלה שבחו יותר מדמי שכירתו וכן נכרי מישראל אינו קונה משכון ושבח כלי קונה אבל עצם הקנין אינו יותר מבע"ח במשכון ומש"ה יכול לסלקו בע"כ וכן מבואר להדי' מדברי הר"ן פ' כל הנשבעין ז"ל והרמב"ן ז"ל תירץ לדברי הגאונים ז"ל דלא דמי משכון דשכירות לשאר הטענות ולא מיבעי' למ"ד אומן קונה בשבח כלי דכשטוען על גופו של משכון וכו' וכת' עלה הר"ן וז"ל ולא נתבררו אצלי דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי אמאי עדיף ממלוה על המשכון דאיהו נמי קני לה כדרב יצחק אפילו במשכנו בשעת הלואה ואדרבה מלוה על המשכון קני לה טפי דהא כל האומנין ש"ש בלבד הם כדתנן פ' כל האומנין ואלו מלוה על המשכון קני לה קנין גמור אפילו להתחייב באונסין לדעת רש"י ז"ל כמ"ש שם עכ"ל הרי דקנין שקונה אומן בשבח' אינו יותר מקנין שקונה בעל חוב במשכון וכן מבואר מדברי ריטב"א פ' האומנין גבי הלוהו על המשכון ז"ל ושמעינן דאפילו לדרב יצחק אינו מתחייב באונסין וטעמ' דמלתא דלא קני ליה לגמרי שיהי' עליו כלוקח להתחייב באונסין שאינו אלא שקונה שלא ישמט וכו' ושיוכל לקדש בו האשה ומשום הא אינו נעשה לוקח ולא שואל להתחייב באונסין ומצינו שהאומן קונה בשבח כלי ואפ"ה אינו אלא ש"ש שאין קנינו עושה אותו לוקח כלל ואע"ג דקנין דהכא עדיף מ"מ כל שלא קנאו לגמרי אינו מתחייב באונסין ע"ש וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות ס"פ שבועת הדיינין בהשגתו על הרמ"ה דסובר מדרב יצחק קונה לאונסין ז"ל ואע"פ שקונה אותו למקצת דברים שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו אפ"ה אינו אלא שומר שכר והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ומקדשין בו האשה ואינו אלא שומר שכר עכ"ל ומבואר דאינו כלוקח אלא לקידושי אשה ולבל תלין ולהזיקו אפילו שבחו עולה יותר מדמי שכירותו ובזה הוא דיותר קונה מבעל חוב במשכון שאינו אלא כדי חובו אבל באיכות הקנין אינו יותר מב"ח במשכון שאינו לוקח גמור וכמו שכת': איברא דאיכא למידק בדברי הרמב"ן והריטב"א במ"ש דכל האומנין שומרי שכר ואינו קונה לאונסין ש"מ דאינו קנין גמור דהא לפי מ"ש קנין שקונה אומן בשבח כלי אינו אלא בשבחו ולא בגוף הכלי וכמ"ש בשם תה"ד וא"כ הא דתנן כל האומנין ש"ש לחייבו בגניבה ואבידה ע"כ אינו אלא בגוף הכלי דהא בשבחו אפילו הזיקו בידים פטור וכיון דלא מיירי אלא מגוף

הכלי א"כ מאי ראיה מייתי מכל האומנין ש"ש דאומן אינו קונה בשבחו לענין אונסין וצ"ע ואפשר דמפרשי כל האומנין ש"ש דמירי בין בכלי בין בשבחא אלא דבשבח' הוי ש"ש שאם נגנב או נאבד מפסיד שכרו וכהאי דמלוה על המשכון ש"ש למאן דפסק כרבה דלית ליה פרוטה דרב יוסף דהא דתנן ש"ש היינו בכדי חובו להפסיד חובו משום דה"ל כאלו פי' שאם יגנב או יאבד מפסיד חובו וכמבואר בתוס' בסוגי' דקתא דמגל' א"כ ה"ה כל האומנין ש"ש דמיירי בכל הכלי בין בשבחו בין בגוף הכלי ה"ל ש"ש בשבח דמפסיד דמי שכירותו אבל מה ששוה שבחו יותר מדמי שכירתו אין צריך לשלם מביתו אבל כשנאנס הכלי צריך בעה"ב לשלם לו שכרו כיון דלא קני לאונסין ודע דכל מה שקונה אומן בשבחו אינו אלא עד דפרע לו דמי שכירתו אבל מכי פרע דמיו שוב אין לו לאומן בשבחו כלום וממיל' שבחא דבעה"ב וכמו במלוה על המשכון מכי פרע ליה זוזי דהלואה אפילו בע"כ שוב אין למלוה במשכון כלום וא"כ ה"נ וכמ"ש בתה"ד בשם האשר"י וכל השבח שלו עד שיתן לו שכרו וא"כ שוב אין לו לאומן בשבחו וכי מזיק ליה אח"כ צריך שיפרענו כמו הזיקו אחר ונראה דה"ה אם התנדב האומן לתקן לו כלי בחנם וליכ' דמי שכירות א"כ הרי מעולם לא קנה בשבחו כלום כיון דאין לו בשבחו עד שיתן לו דמיו וזה שהתנדב בחנם הרי כאלו כבר נתקבל דמיו ואין לו כח לקדש בו אשה וכן בהזיקו חייב כיון דליכ' דמי שכירות ממיל' לא קנה בשבחו כיון דאינו לוקח גמור אלא מקצת קנין עד שיפרע לו דמיו וזה כבר קיבל דמיו וה"ל כאומר התקבלתי וכן אומן שמתקן בדמי שכירות ובעה"ב פורע לו דמיו אפילו בע"כ ממיל' שבחו דבעה"ב דא"צ קנין חדש מן האומן לבעה"ב כמו בלוה שיוכל לפרוע בע"כ למלוה דמי משכונו וכל זה ברור ובזה יתיישב מה שהקשה בס' פני יושיע פ' כל הגט בהא דתנן הכל כשרין לכתוב את הגט אפילו חדש שוטה וקטן והקשה למ"ד אומן קונה בשבח כלי והני לא ידעי לאקנויי ע"ש ולפי מ"ש דאומן בשבחו אינו קונה קנין גמור אלא מקצת קנין לקידושי אשה ולהזיקו עד שיפרע לו דמיו אבל מכי פרע דמיו אפילו בע"כ תו לית ליה בשבח' כלום וכמו לוה למלוה במשכון דאפילו בע"כ מסלקו א"כ אפילו חש"ו יוכל לסלק דמי שכירות ואין צריך דעתן כיון דהוא אפילו בע"כ וכמו שיוכל לסלק בע"כ אפילו לחש"ו היכא שקנו משכון דנראה כמו שקונין בשבחא כן נמי אית להו דינא דבע"ח קונה משכון ואפ"ה מלתא דפשיט' שיוכל לסלק חובו אפילו בע"כ וכל זה נראה ברור ובש"ך כת' ז"ל ובש"ג כת' וה"ה אם נגנב או נאבד הכלי ממנו לאחר שעשאו והשביחו דלהרמב"ם וסייעתו יתחייב בדמי הכלי ושבחו דלא קנאו בשבח ולדברי ר"י וסייעתו לא יתחייב רק בדמי עצים וכי היכי דפליגי בהני מלאכות ה"ה לכל שאר מיני מלאכות ונראה דפלוגתייהו הוי

כשלא קיבל עדיין האומן דמי שכירתו דאלו קבל דמי שכירותו ליכ' למאן דאמר שיתחייב להחזיר דמי השכירות כשקלקל עכ"ל ודבריו נכונים רק במ"ש בסוף דמי השכירות נ"ל שהוא ט"ס וצ"ל דמי השוה עכ"ל הש"ך ולפ"ש היכא שקיבל דמי שכירות לכ"ע האומן חייב כשהזיקו דאפי' למ"ד אומן קונה בשבחו אבל לאחר שפרע לו שכירתו הך שבחא ממילא דבעה"ב וכמ"ש הרא"ש להדי' פ' הגוזל בהא דאמר רב אסי אומן קונה בשבח כלי וכל השבח שלו עד שיתן לו שכרו אלא דש"ג קאי בגניבה ואבידה שכת' וה"ה אם נגנב או נאבד לאחר שעשאו והשביחו דלהרמב"ם וסייעתו יתחייב בדמי הכלי ושבחו ולזה הוא דלאחר שקיבל דמי שכירותו ליכ' למ"ד שיתחייב בדמי השיד' אבל אם הזיק אדרב' בזה שקיבל לכ"ע חייב בדמי כלי ושבחו וכמ"ש:

אמנם לפענ"ד נראה דגם בגניבה ואבידה חייב אפילו אחר שקיבל דמי שכירותו דכיון דאומן דהוי ש"ש לאו משום הנאה דתפיס ליה אאגרי' אלא משום דשוכר הוי ש"ש וכמ"ש הש"ך בס"ק א' וא"כ לעולם הוי ש"ש אפילו אחר שקיבל שכירתו כיון דכבר קיבל הנאה מזה החפץ עד שיאמר לו טול את שלך דאז כלתה שמירתו אבל כל זמן שלא אמר לו טול את שלך אפילו קיבל דמי שכירותו עדיין ש"ש הוא עליו וכמו במלוה על המשכון דהוי ש"ש אפילו אחר שפרעו כל זמן שלא החזיר לו משכונו ואמר לו בא למחר וכה"ג נמי באומן דש"ש הוא אפילו אחר שפרעו ועמ"ש בסי' ע"ב סק"ד ולפ"ז למ"ד אומן קונה בשבח היכי דנגנב או נאבד קודם שפרעו פטור מדמי שבחו כיון דאפילו הזיקו פטור אבל אחר שפרעו וקבע לו זמן בכדי שיטול את שלו דעדיין ש"ש הוא עליו וכמ"ש ואם נגנב או נאבד חייב לפרוע דמי כלי ושבחו אלא דאפשר לומר כיון דקודם שפרעו הוי שבחא לאומן א"כ מעולם לא נעשה ש"ש על השבח דהא דחייב בכלי אחר שפרעו היינו משום הנאת פרוטה דהיה לו בתחלה אבל בשבחו דבתחלה לא נעשה שומר כיון דאפילו הזיקו פטור ואחר שפרעו כלתה הנאה זו ומש"ה ראוי שיפטור בגניבה על השבח בין קודם שפרעו בין אחר שפרעו אלא שהיה צריך להחזיר דמי השכירות דלעניין זה נעשה שומר גם על השבח שיתחייב בגניבה ואבידה נגד דמי השכירות דהיינו להפסיד השכירות וא"כ אפילו אחר שפרע צריך להחזיר השכירות כשנגנב או נאבד ועדיין צ"ע:

סעיף ה

ומה שהיה ראוי להשביח בירושלמי מהו אם השבח יתר על היציאה בר נש דיהיב לחבריה חמש מנוי צמר וחמש מנוי סימנין ועשר' מנוי אגרא וא"ל זיל צבעי' סומק ואזיל וצבעי' אוכם ואמר ליה אלו צבעתיה סומק הוי שוה עשרים וחמש השתא דצבעת אוכם לית הוא שוה אלא עשרים מנוי את אבדת דידך ואנ' לא אבדנ' דידי אמר ר' יונה ותשמע

מיניה בר נש דיהיב לחבריה שמנה דינרין דלזבין ליה חטין מטברי' וזבין ליה מצפורי אמר ליה אלו זבנית לי מטברי' הוי עשרים וחמש מודיי כדין דזבנית מצפורי ליתנין אלא עשרים מודיי את אבדת דידך אנא לא אובד דידי ע"כ ופי' בתוס' והרא"ש דהשבח היתר על היציא' היינו כל מה שהיה ראוי להשביח אם היה צובע אדום בכלל היציאה הוא ומנכה לו אפילו נתן הצבע סימנין דידיה וצבעו שחור והיה לו יציאה מביתו אפ"ה כל שהיה ראוי להשביח בכלל קרן כל בעה"ב הוי ואינו נותן אלא מה שהשביח יותר ועיין סמ"ע: ובש"ך העל' דאין הצבע מפסיד כלום מביתו בשביל השבח שהיה ראוי להשביח ואפילו שכר טרח' כשאר פועלים זה נמי בכלל היציאה מביתו הוא ואינו מפסיד אלא אם הבטיח לצבע יותר משאר פועלין הפסיד זה התנאי נגד השבח שהיה ראוי להשביח ע"ש:

סעיף ו

אמר בעל הכלי. כתב מוהרש"ל פ' הגוזל קמא סי' כ"ז ז"ל בע"כ איירי היכא דליכא שבחא כלל ואינו שוה דמיו הראשונים דאי איירי בדאיכא שבחא אין שייך לומר אין שומעין ימכור הבגד ויקח המותר לעצמו או מאי דעתו של זה אלא מיירי דליכא ריוח כלל ואף לא הגיע לדמיו עכ"ל. ובש"ך כתב עלה ז"ל ולא נהיר' לי דהא אדלעיל קאי אם השבח יתר על היציאה אלמא דאיכא שבח' ועוד דהא מסיק עלה שאין האומן קונה בשבח כלי אלא מיירי דאי' שבחא ועוד דאי אינו שוה דמים הראשונים מ"ט אין שומעין לו הרי זה פחתו בידים אלא ודאי מיירי כפשוטו דאי' שבחא רק שבע"ה אינו רוצה להטריח ולמכור וחפץ דמי צמרו במעות מזומנים אין שומעין לו עכ"ל. ואינו נראה לע"ד דודאי פשיטא דלא מצי למימר בעל הכלי תן לי דמים דהא אפי' מזיק ממש יכול לסלק בסובין מדידיה וכמבואר פ"ק דב"ק ע"ש טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו כו' השת' אי אית ליה לדידיה יהיב ליה ע"ש והיכי ס"ד דבעה"ב לומר תן לי דמי צמרו במזומנים וכן פסק בש"ע סימן תי"ט במזיק אפילו אית ליה כסף יכול לסלקו בסובין ע"ש והוא דעת הרי"ף והרמב"ם ואפילו לפי דעת תוס' פ"ק דב"ק בגנב וגזלן דצריך לסלק בכסף דוקא אבל אומן אינו גזלן דלא קי"ל כר' מאיר דאמר דמעביר ע"ד בעלים נקרא גזלן וכיון דאין לו אלא דין מזיק א"כ היכי מצי למימר בעה"ב תן לי מזומנים ואפילו מזיק ממש א"צ לסלק במזומנים. אולם דברי הרמב"ם וש"ע נראה דקאי על האי שכתבו אם השבח יתר על היציאה או היציאה יתרה על השבח דצריך בעה"ב לשלם היציאה או השבח ואם אמר בעל הכלי איני רוצה בתקנה זו אלא טול שבחך ותן לי דמי צמרי ובזה אין שומעין לו וכמ"ש הרמב"ם בפ' המשניות ז"ל וענין שבח והיציאה כו' וכל זה אינו תלוי ברצון

בעל הבגד אלא אפילו אמר לו בעל הבגד כיון שעברת על מאמרי תן לי מה שהיה שוה בגדי בתחלה וטול לך הבגד לא יוכל לומר זה לפי שאמרנו אם השבח יתר על היציאה ואם היציאה יתירה על השבח היא תקנה לכל אחד משניהם עכ"ל. והיינו דאע"ג דבשאר דוכתי היה יכול לומר כיון שעברת על רצוני לא איכפת לי בשבחך ותן לי דמי כלי לזה קאמר דהוא משום התקנה דנעשה לשניהם מש"ה מוכרח בעל הכלי לשלם או היציאה או השבח והראב"ד הוא דמשיג בזה וכתב עלה דאין לזה טעם והיינו משום דלא מצינו תקנה זו להכריח את בעל הכלי בזה ולא עשו תקנה אלא לטובת בעל הכלי. ועיין ש"ך שכ' בהכרעת מהרש"ל כהראב"ד וכתב עלה הש"ך דא"כ שינוי קונה לאומן ע"ש דס"ל להראב"ד כיון דלא עש' תקנה זו לטובת שניהם א"כ ה"ל כמו בשדה שאינו עשוי ליטע דאומר לו טול עציך ואבניך אע"ג דגבי קרקע לא שייך שינוי קונה והרמב"ם לא אתי עלה אלא משום תקנה ודברי הרמב"ם וש"ע פשוט וברור כמ"ש וכמבואר להדיא מדבריו בפי' המשניות דקאי בעבר על דעת בעל הכלי ואיכא נמי שבחא אלא דבעל הכלי אינו רוצה ליתן לו היציאה או שבח וכמ"ש:

סעיף ז

ואם שחט בחנם. כתב בש"ג פרק הגוזל (דף ל"ז) ז"ל וראיתי בהגהת מרדכי מי שנסתפק אי הברכה חשיבא שכירות אי לא ונראה מדהביא תלמודא דפטור כי הוי אומן בחנם דלא חשיב לה לברכה בענין זה לשכירות ובודאי דידע תלמודא דאיכ' לברכה ערך ודמים כדאי' פרק החובל ופ' כיסוי הדם ואין לומר דמש"ה לא חשיב הברכה שכירות משום דאין כאן מצוה דשחיטה אינו מצוה אלא כיסוי הוא דקרי לה מצוה דזה אינו דאעפ"כ הרי יש לברכה ערך עשרה זהו' אפי' כשאין שם המצוה רק הברכה וכמ"ש תוס' פרק החובל גם אין לומר דאין כאן שייכות לשכירות הברכה כיון שהברכה אזיל לה כיון שנטרפה דגם זה אינו שהרי הטור חשיב שכירות מה שלוקח הכרכשתא אע"פ שמזאת הטריפה אינו לוקח וה"נ היה לנו לחשוב כאן שכירות הברכה אע"פ שנטרפה וצ"ע עכ"ל. ואא"ז במעד"מ כתב בטעמ' דלא חשיב הברכה לשכירות כיון דניבלה אין לו שכר ברכה ואע"ג דקי"ל דהיכא דנוטל שכר רק על הכשירות נמי הוי ש"ש לא דמי דהתם כשנטרפה אין לו שכר אבל הפסד אין לו וכיון כשניבלה הפסד הוא לו שמוציא שם שמים לבטלה ואף דאנוס הוא לגבי שמים חשבינן ליה כפושע עכ"ל ול"נ דאע"ג דברכה הוא מערך עשרה זהובים אפ"ה לא חשיב שכר לגבי ש"ש ותדע דהא בשומר אבידה פליגי רבה ורב יוסף אי ש"ש או ש"ח וטעמא דרב יוסף משום דמרויח פרוטה לעני ותיפוק ליה דמצוה לחודיה בלא ברכה נמי הוי עשרה זהו' וכמבואר פ' כיסוי הדם וכבר נתקיים

מצותו כהוגן בשעה שהגביה האבידה ונטלו תוך ביתו והרי הוא עשרה זהו' אלא ודאי דאין זה שכר לש"ש ומשום דמצות לאו ליהנות ניתנו ומה"ט מכסים בעפר איסור הנאה אע"ג דשכר מצוה שוה עשרה זהו' וזה פשוט:

סעיף ח

והטבחים שלוקחי' הכרכשתו' עמ"ש בסי' רכ"ז סקי"ב:

סעיף ט

שניבלה בודאי כ' הרמב"ן בדיני דגרמי וז"ל אי קשיא לך טבח שקלקל אמאי חייב בשלמ' הגרמה ועיקור היזק ניכר הוא אלא שהיה ודרסה הא לא ידיעא לא קשיא דכיון שלא שחט כראוי השחיטה עצמה היא ההיזק שאין זו שחיטה אלא כמתיז ראשה בסייף הוי והרי ניכר בין חיה לשחיטה ואם קשיא לך א"כ מפגל נמי לחייב דעיקר שחיטה ליהוי היזק איכא למימר כי אמרי' ה"ל לפסולי שחיטה שכל שעשה לה פסול בשחיטה שלא שחטה אלא נבילה אבל כל ששחיטתו כראוי ואיסור אחר גרם לה אין השחיטה כנחירה או כמתיז ראשה בסייף אלא השחיטה כשירה שהרי הוציאה מידי נבילה ואיסור אחר גרם לה ואינו ניכר בה עכ"ל:

סעיף י

ואע"ג דאנו נוהגין לאוסרו. וע' ש"ך שהעלה כדעת תה"ד סי' קפ"ו שכ' ז"ל טבח אומן שהוא שוחט בשכר וקלקל השחיטה בדבר שאין אנו מחמירין בו רק בשביל חומרא יתירתא כגון שהיה כל דהו בבהמה וכמו שאנו מחמירין כמה וכמה חומרות בה' שחיטה דמדאוריית' היתר גמור היא חייב הטבח לשלם או לא תשובה יראה דכל חומרא כה"ג שהוא מפורש בהדי' בהל' שחיטה שלומדים הטבחים מהם הל' שחיטה אם קלקל בהם חייב לשלם שהרי יודע שאם נעשה קלקול זה תיאסר השחיטה והיה לו לזהר בכה"ג כו'. ואם כי אין תלמיד כמוני מכריע הייתי אומר דאם עשה קלקול בשוגג בשהיה כל דהו דה"ל היזק שאינו ניכר דפטור בשוגג דכל שהוא מצד חומרא יתירא לא הוי כמתיז ראשה בסייף לפמ"ש סק"ט דהיינו טעמא דטבח אומן שנבילה דלא הוי היזק שאינו ניכר ומשום דה"ל כמתיז ראשה בסייף אבל בשהיה כל דהו שאנו מחמירין אינו אלא לאכילה אבל השחיטה כשירה להוציא מידי נבילה וה"ל היזק שאינו ניכר ופטור אבל אם עשה קלקול בחומר' יתירא שאנו מחמירין בהגרמה ועיקר ה"ל היזק ניכר וכמ"ש הרמב"ן א"כ אפי' מצד חומרא יתירה חייב דה"ל ליזהר וכדברי הת"ה ודעת הש"ך בסי' שמ"ג דאפילו שומר פטור בהיזק שאינו ניכר:

סעיף יא

המראה דינר לשולחני כתב המרדכי פרק הגוזל קמא דמראה דינר לשולחני אינו חייב אלא כשהוא נחסר מחמת רעתו והוא אומר שהוא טוב אבל אם נמחה צורתו והוא אומר שהוא טוב פטור דהא אי שף מטבע של חברו בידיה נמי פטור עכ"ל:

ומהשמטת הפוסקים לדברי המרדכי הנ"ל דלא ס"ל הך דמרדכי אלא אפי' בנמחק צורתו נמי חייב וכ"מ פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ט) שם כי תניא אומן פטור כגון דנכו ואיסור דלא צריכי למגמר כלל אלא במאי טען בסיכתא חדתא דהאי שעתא דנפיק מתוכי סיכתא ופרש"י שנפסל המטבע והעמידו צורה אחרת ועדיין לא היה בקיאין בה ע"ש והרי משמע דאף ע"ג דלא הוסיפו במשקל רק שהעמידו צורה אחרת ונעשה בה פסול מחמת צורה נמי אית ביה דין מראה דינר כיון דטעמי דנמחק צורה לא הוי היזק משום שיכול הוא להעמיד צורה וא"כ אפי' שף מטבע של חברו והעמיד עליו צורה הפוסל נמי פטור כיון דיכול להעמיד צורה ההולכת במדינה ובודאי אין לחלק בין נמחק צורה לצורה הפוסלת ובעיקר דברי המרדכי שהבי' ראיה משף מטבע לא הבנתי דהתם גבי שף מטבע של חברו כיון שאינו עושה ההיזק בגוף המטבע אלא במחיקת הצורה ויכול עדיין להוסיף עליו צורה אע"ג דצריך הוצאה לכך ה"ל כמו ריפוי דפטור בנזקי ממונו ולא מחייב ריפוי אלא באדם וכמ"ש בסי' שפ"ו סק"י בשם המרדכי ע"ש אבל אם נתחייב לו עבור איזה חוב או נזק ורוצה לסלקו במטבע שנמחק צורתו ודאי אינו יכול לסלקו אלא במטבע היוצא וא"כ ה"ה בזה שלא נעשה ההיזק בזה המטבע שלוקח ע"פ זה שאומר לו ללוקחו אלא ההיזק היה שהיה נושה בחברו מטבע טובה ופטרו ע"פ זה שאומר לו ליקח מטבע זה ופטר את חברו מחובו או שחברו הלך למד"ה וא"כ נעשה לו היזק במטבע שהיה לו אצל חבירו מעתה נתחייב לו זה שייעצו ליקח מטבע זה לשלם המטבע שהיה לו אצל חברו וכיון דכבר נתחייב לו אינו יכול לפטור עצמו במטבע שנמחק צורתו וצ"ע:

סעיף יב

הנוטע אילנות כת' בתשו' הרא"ש כלל ק"ד סי' ה' ז"ל ראובן נתן לשמעון מטוה לארוג בגד וטען עליו החלפת לי טוב ברע ושמעון מודה שנחלף לו ואמר שנעשה בלא דעתו ואמר השבע כמה נחלף וטול וראובן טוען א"י כמה החלפת תשבע אתה כמה ותפרע לי ואמר שמעון שאינו יודע כמה ופסק מורי הרא"ש ששמעון מחויב שבועה וא"י לישבע וישלם שהרי מודה שנתחלף לו ואינו יודע כמה והוי כמו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא הלכך ישלם כפי מה שישומו שנתקלקל הבגד בחילוף המטוה עכ"ל ולא אדע

הכוונה דהא חמשין ידענא לא אמרי' אלא היכא שטוען התובע ברי אבל אם התובע טוען שמא ליכא דין מודה במקצת צ"ע:

סימן שז

סעיף א

עד שיעשה א' מדרכי הקניי' פ' השואל אמרו כשם שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרין ושטת הרמב"ם דמשיכה בין לחזרה דמשכיר ומשאיל ובין לאחריות השמירה אבל דעת תוס' והרא"ש דמשיכ' בשומרין אינו לחזרה דמשאיל ומשכיר אבל באחריות השמירה נתחייבו שומרין תיכף משנסתלקו הבעלים משמירה ונראה בטעמא דתוס' והרא"ש דנתחייבו השומרין תיכף משנסתלקו הבעלים משמירה דה"ל דין פועל דמשהתחילו במלאכ' הוי להו קנין וכמבואר ר"פ האומנין ובטור וש"ע סי' של"ב ובנימוקי יוסף פ' השואל כת' דאית דמפרשי דהא דתיקנו משיכה בשומרין היינו דוקא בשואל ושוכר דקנו גוף הדבר לדידהו מהני משיכה אבל בש"ח וש"ש ל"מ משיכה כיון דלא קנו גוף הדבר והרמב"ן סובר דמהני משיכה משום דה"ל משיכה כמו התחילו במלאכה דהוי קנין אצל הפועלים ומש"ה בש"ח וש"ש מהני משיכ' ע"ש וקשה לי דא"כ למה לי משיכה הא פועלים משהתחילו במלאכ' אינן צריכין לשום קנין וא"כ ה"נ משהתחילו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירה ליהוי התחל' וכמ"ש בשטת תוספות והרא"ש ואפשר דס"ל להרמב"ן דעיקר התחל' בשמירה מכי משכו לרשותן אבל כל זמן שלא משכו לרשותן לא הוי התחלת השמירה: אמנם לענ"ד נראה דמשיכה בש"ח וש"ש אע"ג דלא קני שום דבר דה"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו כמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו אע"ג דלא קנו שום דבר אלא דהרמב"ן לטעמיה דסובר כל' בתרא דפ' א"נ דשומרין משעת פשיעה הוא דמחייבי והובא בש"ך סי' שמ"א וא"כ לא דמי לגנב וגזלן דחייבין כשעת הגזילה וא"כ שפיר מהני משיכ' להתחייב באונסין על שעת משיכה אבל שומרין דלא מחייבי אלא משעת פשיע' א"כ ה"ל כמשוך פרה ולא תקנ' אלא לאחר שלשים דכלתה משיכה קמא ומש"ה צ"ל בטעמ' דמשיכ' דהוי ליה כמו התחילו במלאכה אבל לדעת הרמב"ם דס"ל כלישנא קמא דריש פרק אלו נערות דשומרין משעת משיכה הוא דנתחייבו א"כ שפיר מצינו למימר טעמא דמשיכה בשומרין להתחייב בדינו כמו גנב וגזלן דקנו במשיכה להתחייב באונסין ודוק:

סעיף ב

אם תרצה תשאילנה. ונראה דה"ל כאומר קני פרה זו שתשאל אותה משיהי' דינך עם השואל אבל אם אינו על דרך קני פרה לא מצי למימר תשאילנ' ויהיה דינך עם השואל דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע אלא צ"ל דהוא על דרך קני פרה זו דה"ל כמו דקל לפירות דאע"ג דפר' לכפיל' ל"מ כמבואר בתוס' ר"פ המפקיד היינו משום דאיכ' מי יימר טובא ע"ש:

סעיף ג

והסברא הראשונה נראה עיקר. ובש"ך הניח בצ"ע משום דדעת מוהר"ם דחייב כדעת הר"ר חיים ובפרט שהתוס' והרא"ש והר"י לא הכריעו וע"ש. אמנם נראה דאדרבה מדברי תוס' משמע בפשיטות דחייב ע"ש פ' הנזקין דף נ"ג דה"ל גזלן וז"ל תימה היכי מדמה הכא דממילא למטמא בידים דנהי דמטמא בידים חייב היכי דנטמא ממילא אומר לו הרי שלך לפניך דהא המכחיש בהמת חבירו באבנים או במלאכה חייב ובהכחשה ממילא או פירות שהרקיבו מקצתן אומר לו הרי שלך לפניך ע"ש והכחשה זו ע"כ כחש דהדר דאי כחש דלא הדר אפי' ממילא לא מצי אמר הרי שלך לפניך דה"ל שינוי כמבואר ר"פ הגוזל קמא ואי נימא דכחש דהדר ה"ל שבח ואפי' בידים נמי פטור. וכן משמע בדברי תוס' פ' הכונס (בבא קמא דף נ"ו) ד"ה פשיטא ז"ל דמצינו דברים שהשומר חייב והגזלן פטור שהרי בהכחשה בהמה הוכחשה דהדר מוכח בהגוזל קמא דגזלן אומר לו הרי שלך לפניך משום דלא חשיב שינוי ופטור אפי' בפשיעה כיון דלא קיבל עליו אבל שומר כיון דמתחייב בכחשה דלא הדר אם נעשו בפשיעה כמו כן יתחייב בהכחשה דהדר כיין שקיבל עליו שמירה דלמה לא יתחייב בזה כמו בזה שאין השומר קונה בשינוי עכ"ל. ומבואר מדעת תוס' דס"ל לפשיטות במזיק שחייב בכחש דהדר וכן בשומרין מתחייבין בכחש דהדר ועכצ"ל דס"ל כדעת הר"ד חיים דסופו להתרפאות בבהמה חשיב נזק. ובסמ"ע כ' לחלק בין נכחש הבשר מאליו להיכ' דנכחש מחמת פשיעתו. וע"ש בש"ך דמשיג וכ' דאין לחלק דאידי ואידי שבח הוא לפמ"ש סברי תוס' כדעת הר"ד חיים וחייב בין במזיק בידים בין בשומרים ועמ"ש בסי' ש"מ סק"ב:

סימן שח

סעיף א

אם הוסיף חלק משלשים. הרמב"ם פ"ד מהלכות שכירות כ' ז"ל ואע"פ שדרך הבהמה לשאת יותר ממה שהטעינה זה כיון שהוסיף חלק משלשים על המשקל ששכרה חייב

והרמב"ן חולק בזה ואמר שאם שכר החמור להביא עלי' חצי לתך חטין והביא עליה יותר עד כדי משוי כל החמור כיוצא בזה אע"פ שאין לו לעשות כן וכדאמרינן לרכוב עליה איש לא ירכב עליה אשה אם עבר ועשה אינו חייב לשלם שמאחר שדרך כל חמור לישא לתך אינו יכול לומר לחצי לתך שכרתי לך וכן אם הוסיף על הדרך כגון ששכרה לחמש מילין כיון שדרך כל חמור לילך עשרה מילין אם מתה פטור והאריך בזה ואמר שהוא פטור אלא א"כ מתה ודאי מחמת המשא עכ"ל. והב"י כ' עלה ז"ל ועיין בתשו' הרא"ש שכ' רבינ בסי' ש"ט שהם כדברי הרמב"ם כיון ששנים מסכימים לדעת אחת כוותיה נקטינן ובשם תלמידי רשב"א מצאתי דהיכא דא"ל משכיר כו' דמוכחא מלתא שזה הי' יודע שחמורו חלוש אבל אם אמר שוכר כו' והוסיף על משאו פטור עכ"ל ודברי טעם הם ודברי הרא"ש בתשו' מסכימים לזה וגם דברי הרמב"ם יכולין להתפרש ע"פ דרך זה עכ"ל וכ"כ הב"י בסי' שאח"ז דכיון דהרמב"ם והרא"ש מסכימים לדעת אחת כו' ע"ש. ולפענ"ד נראה כי דעת הרא"ש נראה כדעת הרמב"ן דכיון דהרמב"ן לא פטר במתה אא"כ מתה ודאי מחמת המשא וכיון דודאי מתה מחמת משא מודה שהוא חייב א"כ דברי הרא"ש אינו סותרו דהא שם בתשו' הרא"ש במתה ודאי מחמת משא מיירי ע"ש ז"ל דע כי הרבה בהמות חורשות בהרים אעפ"כ כשהתנה שיחרוש בבקעה וחרש בהרים הרי זה שינוי כי זה הי' מכיר בהמתו שאינה יוכל' לסבול טורח חריש' ההר ומחמת שהוליכה בהר אנו תולין שמהר מתה וכן בנדון זה אע"פ שיש בהמות שהולכות וחוזרות ביום א' זה שהתנה שיחזירנה למחר מכיר כח בהמתו שאין כחה כ"כ לילך ולחזור בו ביום וזה ששינה פשע כו' וכיון שמתה לסוף ח' ימים יש הוכחה גדולה שמתה מחמת ששינה ע"ש וא"כ כיון שיש הוכחה שמחמת השינוי היא שמתה בזה גם להרמב"ן חייב ולא כת' הרמב"ן אלא במתה כדרכה הוא דפטור אע"ג דהוסיף במשא ממה שהתנה לא חשיב גזלן ושולח יד בכך להתחייב באונסין אבל בידוע שמחמת השינוי מתה ודאי חייב והרא"ש דמדמה לה להר ובקעה והתם נמי אינו חייב לדעת הרא"ש אלא בידוע שמחמת השינוי הוא דמתה או שידוע בודאי שינוי האויר אבל מה ששינה מהר לבקעה אע"ג דמעביד על דעת בעל הבית לא הוי גזלן להתחייב באונסין ולפי דמשמע מדברי הרמב"ם שכ' בהוסיף על משאו ומתה חייב ולשון ומתה משמע אפי' מתה כדרכה ובזה הוא דכת' הה"מ דהרמב"ן חולק אבל אם ידוע בהוכחה שמחמת שינוי מתה גם הרמב"ן מודה דחייב וכמבואר שם בדבריו ולזה נמי הרא"ש מודה כיון שכ' דמחמת הוכחה גדולה שמת מחמת השינוי ומש"ה חייב וכמ"ש וז"ל הנ"י בפ' האומנין ג' קבין לחמור ודוקא כשהוסיף זה על שיעור משאו דהיינו לתך לחמור אז הוא דחייב אם מתה אע"פ שלא ידענו מפני מה מתה אבל

שכרו לתת עליו חצי לתך אע"פ שהוסיף עליו שלשה קבין ומתה אינו חייב אע"פ שאין לו לעשות כן דהא סתם משוי חמור הוא לתך ומיהו ה"מ שמתה כדרכה ולא ידענו מפני מה מתה אבל אם נתברר לנו שמחמת תוספת של זה מתה אע"פ שדרכו של כל חמור כיוצא בו בכך חייב וכדאמרי' לעיל גבי שוכר להוליכה בהר והוליכה בבקעה שאם מתה אינו חייב אע"פ ששינה בה אא"כ ידוע שמתה מחמת השינוי וכגון שהכישה נחש וכהני גווני דלעיל וה"ה הכא שאם נתברר לנו שמחמת תוספ' מת שהי' חייב ודאי אפי' בפחות משיעור משאו כיון ששינה דאמרי' אותו שינוי גרמא עכ"ל וזה כדברי הרמב"ן וכמ"ש והרא"ש דמדמה להר ובקעה נמי מיירי דוקא שמחמת השינוי מתה וכמ"ש דהי' הוכחה גדולה וכו'. ולזאת תמיהני במ"ש הב"י דדעת הרמב"ם והרא"ש מסכימים דכיון דהרמב"ן מודה במתה מחמת השינוי דחייב הרי הרא"ש מסכים לדעת הרמב"ן וצ"ע. ונראה דמ"ש הנימוקי שאם נתברר שמחמת תוס' מת כו' אפי' בפחות משיעור משאו היינו שהוסיף חלק מלמ"ד אע"פ שהוא פחות משיעור משאו בדרך חמור כיוצא בו אבל ממה שהתנה עכ"פ הוסיף חלק משלשים דאי בפחות משלשים אפי' בודאי מחמת התוס' מתה נמי פטור וכדמוכח מהא דאמרי' גבי אדם קב לכתף שהוא חלק משלשים ואוקמה כשחבסו לאלתר ואזקי' ואפ"ה בעינן דוקא חלק משלשים ואם הוסיף משאו במה שאין דרך חמור כיוצא בו בכך ה"ל גזלן וחייב באונסין אפי' ידוע שמתה כדרכה משום דהוי שולח יד וגזלן ומ"ש בנימוקי יוסף דהיינו לתך לחמור אז הוא דחייב אם מתה אע"פ שלא ידעו מפני מה מתה לאו דוקא אלא אפי' ידוע שמחמת אונס מתה כיון שהוסיף חלק שלשים על החמור מדרכו כיוצא בו חייב באונסין ודוק:

סעיף ב

הכתף שהוסיף על משאו פ' האומנין דף פ' אי דלא מצי בי' לשדיי' אמר אביי כשחבסו לאלתר כו' כסבר חולש' הוא דנקט לי' וכ' בש"מ בשם הרמב"ן ז"ל תמיהני וכי שומר הוא על גופו ששלם לו ואי בשוכר עבד מחבירו אף הוא פטור מפשיעה וא"ת שנזקי אדם הם תימה הוא דהא לאו מכחו אתי ליה נזק ואפי' הטעינו הוא ועב"י שהביא קושי' זו בשם הריב"ן והניח בצ"ע. אבל בשטה שם ז"ל רב אשי אמר כסבור חולשא הוא דנקט ליה וא"ת מ"מ הוא הטעה את עצמו ולמה יהיה זה חייב עליו י"ל מפני שהוא גרם לו הטעות שהי' סבור שאמר לו אמת וכיון שעל פיו ועל סמך שלו ניזק הרי זה גירי כמראה דינר לשולחני ואמר לו שהוא יפה ונמצא שאינו יפה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל בשם הריטב"א וזה נראה טעמא דהרמ"ה שהובא בטור ז"ל ומסתברא דלא יהיב ליה אלא נזק בלבד אבל ארבעה דברים לא מחייב אלא היכ' דאזקי' בידים עכ"ל והיינו משום דכיון דזה אינו נזק

בידים אלא משום דינא דגרמי ולא מחייב בד"ג אלא בנזק ולא בד' דברים אבל בחבסי' לאלתר ורבץ תחת משאו בד' דברים נמי מחייב ועמ"ש בסי' של"ב סק"ג:

סעיף ג

ואם החמור עומד לישכר לא הוי גזלן בתה"ד סי' שט"ז ראובן היה לו סוס בביתו ויצא לשוק ובא שמעון לביתו של ראובן ולקח הסוס לרכוב עליו מהר עבור חוב א' שאם לא ירכב עתה יהא בודאי נפסד והחוב הוא בערך מאה ליטרין ושום סוס אחר לא נמצא לו אמרה אשת ראובן לשמעון אל תקח הסוס כלל כי בעלי צריך ג"כ לרכוב עליו מיד עבור עסק אחד אמר שמעון כמה הוא העסק י' ליטרין אני צריך לק' ליטרין אפרע מיד העסק שלו אם יהיה נפסד אקח הסוס וכן לקח אותו ע"מ לפרוע ג"כ שכרו כי הסוס עומד להשכיר לכל ונאנס בדרך חייב שמעון לשלם דמי הסוס לראובן או לא וע"ש שכ' יראה לפום ריהט' דחייב כיון דאמרה לו דבעלה צריך ואין דעתו כלל להשכירו עכשיו ה"ל שוכר שלא מדעת ונקר' גזלן כמו שואל שלא מדעת כיון דהשת' ודאי לא ניחא ליה לראובן בשכירות כו' והעלה כיון דברשות לקח והוא ברשות ב"ד משום שהיה ע"פ תנאי ב"ד שאם נסדקה לאחד חבית של דבש שופך יינו של חבירו כדי להציל דובשו ונותן לו דמי יינו וא"כ ה"ל שוכר שפטור מאונסין עכ"ל וע"ש ומשמע ליה להרמ"א מדכ' כיון דאמרה דבעלה צריך ואין דעתו להשכירה עכשיו ומשמע הא נטלו שלא מדעת ולא מיחתה בו לא הוי גזלן כיון שעומד להשכירו: אמנם נראה דוקא כשנאנס הוא דפטור ומשום דלא הוי גזלן כיון שעומד להשכירו ואם לקחו להציל שלו אפי' מיחה כיון שרשאי ברשות ב"ד אבל אם מתה מחמת מלאכה חייב דאע"ג דשוכר פטור במתה מחמת מלאכה זה שנטלו שלא מדעת אע"ג דעומד להשכירו חייב וכדמוכח פרק הגוזל קמא דף נ"ג בתוקף ספינתו של חבירו אמר רב רצה נוטל שכרה רצה נוטל פחתה ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה כו' ולא פליגי הא דעביד' דאגרי' והא דלא עביד' לאגרי' ואבע"א הא והא דעביד' לאגריה הא דנחית אדעת' דאגר' הא דלא נחית אדעת' דאגר' ומוכח דאפי' היכא דקיימ' לאגר' ונחית אדעת' דאגר' רצה נוטל פחתה אם הפחת יותר על השכר וכן פסק הרמב"ם פ"ג מגזילה ובש"ע סי' שס"ג ע"ש וא"כ ה"ה בחמור העשוי לשכור ונפחתה מחמת מלאכה רצה נוטל שכרה אם השכר יתירה על הפחת ואם הפחת יתירה נוטל פחתה וא"כ מ"ש הרמ"ה דלא הוי גזלן היינו להתחייב באונסין אבל בכחש או מתה מחמת מלאכה לא הוי דינו כשוכר וחייב לשלם וע"ש ל' רש"י בהא דקיימא לאגרא רצה נוטל פחתה דהא בע"כ שקלה וגזלן הוא ע"ש ומשמע מזה דה"ל גזלן ממש וחייב אפי' באונסין וצ"ע:

סימן שט

סעיף א

השוכר את החמור. ז"ל ש"ך כת' במרדכי פ' א"נ ז"ל מצאתי ראובן טען את שמעון השכרתיך פרה בששה פשיטים לשבת ואם תמות נתחייבת לי זקוק ועשית בה מלאכה ששה שבועות ומתה והשיב שמעון הזקוק אתן לך כדי שווי' אבל שכירות לא אתן לך לפי שהוא ריבית דין זה פשוט מהא דתניא וכו' מורי אמר דלא דמי דהתם לא משמע אלא דאין בו משום ריבית אבל מצי למימר לא קצצתי לו שכירות אלא בחזרת הסוס אבל בפריעתו לא אתן לך עכ"ל ולפענ"ד אף ראב"ן לא נחלק עליו דמיירי כשהתנה בהדיא שאף אם תמות אשלם לך הפרה ואשלם לך השכירות עכ"ל הש"ך ובש"מ פרק האומנין במתני' דהשוכר את החמור להוליכה בהר ז"ל והא דתניא ואם מתה חייב פירש"י חייב באונסין ופטור משכרה כיון דשינה בטלה קציצתו ושכירתו וה"ל כתוקף בספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה דאמרינן פרק הגוזל רצה נוטל שכרה רצה פחתה נוטל אי קיימא לאגרא ה"נ ל"ש בין שמתה בין שהוזקה ויש מרבותי שאומרים דלא דמי לתוקף שמשתמש שלא מדעת כולן אבל זה שירד לשכירות ובתורת שכירות נשתמש בה קודם שנאנסה ואין חיוב על שעת משיכה אלא על שעת האונס חייב הוא בשכרו ואגרא ופגרא אגרא על שעת תשמיש ופגרא על שעת אונסין ומ"מ אינו נותן שכר כפי מה שקצץ אלא כפי מה שנהנה שכבר בטל הקציצה ולזה דעתי נוטה הריטב"א עכ"ל. ואפשר דגם דעת מורי שבמרדכי לא אמר אלא דבטלה גוף הקציצה של השבח ומטעמא שאמר אבל בפריעתו לא אתן לך אבל מה שנהנה צריך לשלם כיון דאלו עד הכא בעי למיזל לאו אגרא בעי שלומי וכמ"ש כיוצא בסי' ש"י בש"ע ס"ב. ומסתבר דעת נוטה של הריטב"א:

סעיף ב

ומתה לסוף ח' ימים. עמ"ש בסי' ש"ח סק"א:

סעיף ג

שניהם חייבים ופרש"י משום דה"ל ספק מי שברה וה"ל ממון המוטל בספק ומשלמין בין שניהן ובתוס' הקשו דהא אנן לא ס"ל כסומכוס ופי' משום דשניהם פשעו דה"ל להזהיר זה את זה כיון דבקל הוא נשבר ע' פ' האומנין דף פ' ועמ"ש בסי' שפ"ג סק"א ובסי' שפ"ח ס"ק י"ד:

סימן שי

סעיף א

גדל הנהר עד שהוצרך לעכב. בשו"ת חוות יאיר סי' קנ"א ז"ל ראובן היה לו סוס עומד להשכיר בשכירות ידוע חצי זהוב ליום מיציאה עד ביאה ולוי נצטרך לרכוב אל השר מהלך ג' ימים ולקח לסוס על ח' ימים ובהיותו שם העליל עליו השר ועיכבו שם ויהי לעשרת ימים שלח ראובן שליח מיוחד אחר הסוס (שלו) והשיב לוי כעת מחר יגמור עסק ביש דידיה יחזיר לביתו וחזר השליח ריקם ולא הי' כאשר דימה לוי רק נתחזקו עלילות דברים ונתעכב עוד שם חדש ימים ובבואו תבעו ראובן שכרו לכל הימים מראש ועד סוף ולוי השיב כי נאנס וראובן תפס משל לוי בעדים. תשובה אי' בירושלמי מבטל כיסו של חבירו פטור הביאו הנ"י פרק המקבל וטעמא משום דלא הוי אלא גרמא ולפ"ז אפי' תבע מעותיו והתרה בו ואמר שיכול להרויח בהם וזה מעכב פטור וכן פסק רש"ל וחולק על הרמ"א בהג"ה סי' רצ"ב שכ' בכה"ג חייב הביאו הש"ך שם ולכאור' קשה מ"ש מהדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאם החצר עשוי לשכר חייב הדר לתת לבעה"ב שכרו כמבואר בסי' שס"ג וכן התוקף ספינתו של חבירו העשוי לשכר חייב כמבואר שם ס"ה והם ברייתות ומימרות. ולכאורה יש לחלק דמבטל כיסו מיירי כשבא המעות בהיתר לידו כו' משא"כ זה שתוקף בספינתו של חבירו וכן זה הנכנס לבית חבירו ודר בו שלא ברשות לא הוי גרמא רק גרמי ולפ"ז מי ששכר בית מחבירו על שנה ואחר שנה א"ל לצאת מביתו ונתעכב כמה שנים יהי' פטור מליתן לו שכר. ויותר נ"ל לחלק דבית וספינה שעומדים להשכיר ודרך העולם שאין עומדים פנויין דשכיחי שוכרים כו' משא"כ מעות דצריך התחכמות והתעסקות קניה ומכירה כו' והנה בנדון דסוס כו' דלא פשע המעכב לכ"ע פטור כו' וכן זה שלא נהנה בסוס חבירו כו' אדרבה הי' מוציא הוצאות במזונותיו חנם ועוד הרי נאנס בעכבת הסוס ואפי' נדון בזה דיני דגרמי כו' כבר הכריע הש"ך בסי' שפ"ו שהוא רק קנסא ובשוגג פטור כו' וכל זה בשכרו לוי על ח' ימים משא"כ בלקח הסוס בשכירות סתם שידוע שכרו או שפסק עמו חצי זהוב ליום ולא זכר סך ימים אע"פ שהמהלך ידוע שאינו רק שלשה ימים מ"מ צריך ליתן לו חצי זהוב לכל מראש ועד סוף ואין אומרים שינכה לו קצת מפני שישב בטל מפני דלא איכפת ליה למשכיר בכך ואפשר דמצי למימר ניחא לי טפי שישאר ברגילתו ברכיב' דוגמא למ"ש ניחא לאינשי דלא ליסתר עבדיה ואפי' אם שאל המשכיר לשוכר לכמה ישהה שם אצל השר והשיב יום או יומים לכל היותר ואחר כך לקח הסוס סתם דינו כשכרו סתם וראיה מתנאי דמכירה שכ' הרמב"ם פ' י"א מהל' מכירה והביאו טור וש"ע סי' ר"ז עכ"ל. ולבבי לא

כן ידמ' בכל דבריו בזה. דמה שהקשה מהא דמבטל כיסוי על האי דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו טעמ' מבואר דקרקע אינ' נגזלת ומש"ה חייב לשלם שכר משא"כ מטלטלין דנגזלים וכל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה ושבח גזילה דמטלטלין דגזלן הוא אבל שבח גזילה דקרקע דנגזל הוא וכמבואר בטור סי' שע"א כשם שהקרקע בחזקת הנגזל שיוכל לומר הרי שלך לפניך כן הוא ברשותו לטובתו דאע"ג דגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת הגזילה גבי קרקע אינו כן אלא אם נשתמש ואכל פירותיה צריך לשלם מה שנהנה והובא ברמ"א שם ע"ש. ומה שהקשה מספינה העשוי' לשכר דחייב התם נמי אינו אלא אם ירד אדעתא דאגר' אבל אם ירד אדעת' דלא לשלם אגר' אינו משלם שכרה ומשום דכל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה וכמבואר להדיא פ' הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ז) ע"ש וכן הוא בטור וש"ע סי' שס"ג ע"ש וכה"ג נמי במבטל כיסו אם עוסק אדעת' ליתן ריוח לבעל המעות צריך לשלם לו הריוח וכמבואר בסי' רצ"ב שם ואם עוסק אדעתא דידיה ושלא ניתן ריוח לבעל המעות פטור ומשום דגבי ספינה נמי כה"ג פטור. ובעיקר הדין שנתעכב ע"י עלילה. הנה לפנינו הדין מתוך תשובת הרא"ש שלפנינו והוא הך דינא דש"ע דאם שניהם לא ידעו ה"ל פסיד' דמשכיר ואם שכרו לימים סתם חצי זהוב ליום פשיט' שנותן לו כל שכרו לכל יום ויום כמבואר כאן לפנינו בש"ע: אמנם מנכה לו שכרו כפועל בטל ומ"ש בחו"י דה"ל כמו האי דאמרו דניח' לי דלא ליסתור עבדא וה"נ ניחא לי' ברגילתו ברכיב' הרי אמרו להדיא פ' האומנין גבי הלכו חמרין ולא מצאו מנכה לו כפועל בטל ואפי' בעד הסוסים מנכה וכן מבואר להדיא בתשו' הרא"ש כלל צ"ב בהך דינא דשכרו לימים דמנכה לו כפועל בטל וכ"כ בסמ"ע ע"ש. ומ"ש דאפי' אם שאל המשכיר לשוכר כמה ישהה שם אצל השר והשיב יום או יומים ולא יותר ואח"כ לקח הסוס סתם דינו כשכרו סתם וראיה מתנאי דמכיר' כו'. ולפענ"ד אינו נראה דמלת' דתנאה שאני דכל שלא פי' אופן התנאי בשעת מכירה מחל לתנאה אבל קוצב לו זמן שכירתו ואחר כך נגמר ביניהם השכירות ודאי על קצבת' הראשונה נגמר וה"ז כאומר מכור לי חצי טלית ואח"כ משך הטלית סתם דאין לו אלא חצי טלית והכי נמי לא הוי אלא כמו שכרו לשני ימים כיון דאמר למשכיר שלא ישהה יותר משני ימים וכל זה ברור:

סימן שיא

סעיף א

שהקפדה גדולה יש בספינה. ז"ל הטור ודקדק מכאן הרמ"ה מי ששוכר חמור או ספינה למשא ידוע אינו יכול לדחותו למשא אחר אפי' אינו כבד ממנו וכן המשכיר חמור זה אינו יכול לדחותו וליתן לו חמור אחר או ספינה אחרת וי"א דודאי בעלמא יכול לשנות דמה לו יין זה שהתנה או אחר אלא שמצאה כאן מקום קפידא לנוח ונחה וכן דעת א"א הרא"ש ז"ל ע"כ וכ"כ הה"מ פ"ה מה' שכירות בשם הרמב"ן והרשב"א ז"ל והא דאמר הב לי חמרא לאו למימרא דמעיקרא לא מצי לשנויי ליה חמרא אלא דהתם כיון דליכ' קפידא במלתא מה לי האי חמרא מה לי אחריני אבל כיון דטבע ויש לו ריוח בקפיד' מצא מקום לתבוע תנאו עכ"ל. ובסמ"ע מפרש למלתא דהיכא שהמשא לפנינו ומוכרח לישא משאו כופין אותו על מדת סדום דמה לי האי או האי אבל כל שאין המשא לפנינו ויש לו ריוח תו ליכא מדת סדום וע"ש. וקשי' מהא דאמרינן פ' האומנין דף ע"ז האי מאן דאגר אגיר' לעבידתי' ושלים עבידתיה בפלגא דיומא אי אית ליה עבידתא דניחא ליה מיניה יהיב ליה א"נ דכוותה מקפיד לי' דקשה לא מקפיד להו ונותן להם שכרם משלם והתם נמי ריוח יש לו כיון דליתיה לעבידתיה דאוגיר להו ואמאי כופין אותו לדכוותה כיון דמצא קפידא לנוח. ובהגהת אשר"י פ' האומנין גבי האי דאגיר אגירא ושלים עבידתיה כו' הקשה מספינה סתם ויין זה וע"ש דמחלק חילוקים ומסיק ז"ל שוב נ"ל דה"ה ?ניכוש במקום עידור אי ניחא מניה דכיון שהוא שכיר יום לא מיפטר במאי דאמר מלאכה זו וחשיב כמו עבד וההיא דספינה סתם ויין זה לא דמי דבקבלנות מיירי וכיון דאמר זה לא מחייב באחריות דכיון דלא הוי רק קבלן לא חשיב כעבד עכ"ל. אבל נראה דזה הוא שטת הרמ"ה שבטור דאם שכר חמור או ספינה למשא ידוע דאינו יכול לשנותו ומשום דקבלן שאני משכיר יום אבל לדעת הרא"ש וטור דבעלמ' יכול לשנות וא"כ אפי' קבלן נמי יכול לשנות אלא הא דבספינה סתם ויין זה היינו משום דמצ' קפיד' מקום לנוח וכיון דאין חילוק בין קבלן לשכיר א"כ תיקשי מהאי דאגר אגירא דהא התם נמי מצא קפיד' מקום לנוח כיון דשלים עבידתיה דה"ל כמו יין זה. ולכן נראה לענ"ד עיקר כדברי הש"ך שכ' דתרתי בעינן דכיון שנטבע ספינתו ואין היין הזה לפניו הוא דיכול להקפיד דיכול לומר הואיל ונטבע ספינתו למה לי להשתדל ספינה אחרת כיון שאין לך יין זה אבל אם הספינה לא נטבע רק היין יכול לטעון עליו יין אחר אע"פ שאמר יין זה ע"ש. ומש"ה ניחא בהאי דאגר אגירא כיון. דהפועל קיים אף ע"פ דשלים עבידתיה שהתנה ויכול להטיל מלאכה עליו כיון דהיא נמי דכוותה וכן משמע מתשו' מהרי"ק סי' קי"ב

ע"ש בראובן שנתחייב מעות לשמעון ונשבע לפורעו בעיר פ' אשד דר שם שמעון וביום פ' ושמעון הוצרך לצאת מן העיר ודר במקום אחר אלא שקרובה ממקום הראשון וע"ש שהעלה דכיון שאינו רחוק יותר ממקום הראשון מחויב להוליכו למקום שמעון וראיה מדאמר רבא פ' האומנין האי מאן דאגר אגיר' כו' ולא מצי למימר אנא לעידור התניתי ולא לניכוש אם אין טורח בניכוש יותר כ"ש בנדון הזה כו' שאין בדרך הזה טורח יותר כו' וגדולה מזו שנינו פרק הנושא (כתובות דף ק"א) גבי פוסק לאשה לזון בתה ה' שנים שאם גרשה ושוב פסק לה אחר כמו כן שאחד זנה ואחד נותן לה דמי מזונות אע"ג דלא התנה עמה כי אם מזונות ולא דמים כו' הרי מבואר בכל דוכתי אפי' ליתיה להאי דבר שנתחייב וע"ש הרי מצא קפידא מקום לנוח כיון דליתיה השתא בעיר הזה. וכן משמע נמי מדבריו דאין לחלק בין שכיר יום לקבלן דאל"כ מאי ראיה מהאי דאגר אגירא וכיון שאינו מחלק בין שכיר לקבלן א"כ מהאי דאגיר אגירא ושלים עבידתי' דאפי' ספינה סתם ויין זה נמי כשנטבע היין יכול להטיל עליו יין אחר וכדמוכח נמי מהנך ראיות דמוהרי"ק וא"כ עיקר לדינא כדברי הש"ך. עוד כת' בש"ך ז"ל מיהו כשאומר יין סתם וספינה זו אפשר דאפי' היין לא נטבע יכול לעכב עליו ולומר איני רוצה ספינה אחרת ע"ש ולי נראה דודאי י"ל איני רוצה ספינה אחרת דכיון דשכירות ליומא ממכר הוא וקנה ספינה זו אינו יכול לכופו למכור לו אחרת ודוקא במשא ידוע הוא דיכול לשנותה לדכוותה כיון דאינו אלא שעבוד יכול לשנותו לשעבוד דכוותה אבל בשוכר חמור זה או ספינה זו דקניא בשכירות אין לו אלא מה שקנה אע"ג דדעת כמה פוסקים דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר אלא באונאה אבל עכ"פ קניא ליה לשכירות וז"ב וכן משמע מלשון הטור שכת' ודקדק הרמ"ה כו'. וכן המשכיר חמור זה אינו יכול לדחותו וליתן לו חמור אחר או ספינה אחרת וי"א דודאי בעלמא יכול לשנות דמה לי יין זה או יין אחר וע"ש ואלו בחמור וספינה לא קאמר מה לי חמור זה או חמור אחר אלא ודאי דגם י"א לא פליגי אלא ממשא למשא אבל מחמור לחמור או מספינה נספינה ודאי אינו יכול לשנות ומשום דקנה חמור זה או ספינה זו לשכירות ואין לו אלא מה שקנ' וכמ"ש:

סעיף ב

נותן שכר כל הדרך. כת' ה"ה פ"ה משכירות ז"ל ופירשו ז"ל ואינו מנכה לו כלום שכיון שהספינ' קיימת יכול לומר לו אנא הא קאמינא ואינו דומה לספינה סתם ויין זה וטבעה ספינה שמנכה לו לפי שלשם אין הספינה קיימת עכ"ל וכת' במשנה למלך ז"ל לא יכולתי לעמוד על עיקר חילוק זה דמה לי אם הספינה קיימת הרי נהנה ממנה שלא טרח והלא גבי פועלים שהלכו ולא מצאו תבואה דאמרינן נותן להם שכרם כפועל בטל ועוד קשה

לי בדבריו במה שסיים דאינו דומה לספינה סתם ויין זה שלשם אין הספינה קיימת וזה תימה דכל מה שאנו מחייבים לשוכר משום שיכול המשכי' לקיים תנאו והרי הוא כאלו הביא ספינה אחרת וזה אינו יכול להביא יין זה היאך יועיל זה שלא לנכות כפ"ב עכ"ל. ועמדנו בעיקר חילוק זה בשטה מקובצת דף ע"ט ז"ל אוקמה דפרקה לטועניה בגויה ז"ל ופי' הר"ר יונתן כלומר שנצטרך להוליך הספינה לשפת הים וכו' אבל היכא שמכר סחורתו לאיש אחר ואותו לוקח הוציאה משם ואין לו מי שמוליך ספינתו למקום שהתנה חייב לתת לו כל שכרו של כל אותו הדרך דמצי א"ל הא קאמינא ואעמוד אני וספינתי בטל חדש ימים או ב' חדשים ודומה דין ספינה לדין אוכלסי דמחוזא שאמרנו דאי לא עבדי חלשי ומש"ה לא שייך למימר אינו דומה הבא טעון להבא ריקן עכ"ל וזה כוונת ה"ה שכ' דכיון שהספינה קיימת יכול לומר אנא הא קאמינא וספינתי בטל וה"ל כמו אוכלסי דמחוזא ואינו דומה לספינה סתם כיון שטבעה הספינה ואין הספינה קיימת לא מצי למימר הא קאמינא וספינתי בטל כיון שכבר טבע הספינה ואע"פ שיכול להביא ספינה אחרת תו לא הוה ליה עלה דין אוכלסי דמחוזא וזה פשוט כוונת הה"מ. ולפ"ז מה שכת' בש"ך ז"ל מיהו גם התוס' כתבו בפשיטות דלא כהטור וכן נראה עיקר לדינא ממאי דאמרינן בש"ס פרק האומנין דף ע"ז ובפוסקים וטור לקמן ר"ס של"ה עכ"ל דודאי ל"פ אהך דינא דש"ס דאמרו בפ"ב אלא דסבר הה"מ דספינה ה"ל דין אוכלי דמחוזא והוא דעת הר"ר יונתן:

סימן שיב

סעיף א

אפי' נפל ביתו של משכיר. והא דאמרו נפל ביתו של משכיר מצי אמר לא עדיפת מינא' היינו לענין זמן דהודעה אבל תוך זמן השכירות אפי' נפל ביתו אינו יכול להוציא עד הזמן ועב"י. ובתוס' פ"ק דב"ב דף ה' ע"ש שכתבו דגבי שוכר אמר פרעתי תוך זמנו ומשכיר אומר לא נטלתי דלכ"ע לא עביד אינש דפרע גו זימניה משום דשמא יפול ביתו של משכיר דא"ל לא עדיפת מינאי ע"ש ומשמע מזה דאפי' תוך זמן השכירות נמי אומר לא עדיפת מינאי. מיהו לפמ"ש הרב המגיד פ"ו משכירות דהא דבעי בפ' השואל דף ק"ב בשוכר אומר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי דהיינו בשוכר סתם ותוך זמנו היינו תוך ל' יום של הודעה דזה הוי תוך זמנו ע"ש ועש"ך סי' שי"ז א"כ אפשר דתו' נמי הכי מפרשי לה מש"ה לא עביד דפרע דשמא יפול ביתו של משכיר:

סעיף ב

ואפי' לא קצב לו זמן. עסמ"ע שכתב מדיוק דברי הטור אינו נשמע כו' מיהו הדין יכול להיות נכון מצד עצמו בלא הוכחה ע"ש ובש"ך כתב ז"ל ונפענ"ד אינו נכון דהא אמרי' בפ"ק דר"ה דף ז' המשכיר בית לחבירו כו' ואם אמר לשנה זו אפי' לא עמד אלא באחד באדר כיון שהגיע א' בניסן עלתה לו שנה וכתבו תוס' ז"ל ולא אמרינן הדמי' מודיעים והרי הוא המעות מתנה עכ"ל ואע"פ שיש לחלק דשאני התם כיון שאמר לשנה זו כו' מ"מ אינו נראה לחלק דהא גבי מכר את הצמד לא מכר את הבקר וקי"ל כחכמים דפ' הספינה דף ע"ז דאין הדמים ראיה אפי' פלגא קורין לבקר צמד כמו שנתבאר לעיל סי' רי"ו והוא מדשרי הרמ"ה בטור שם אלא אע"ג דאפשר כוונת לשונו היה על הבקר אין הדמים ראיה ומכ"ש למ"ש הב"י בשם הרשב"ם דאפי' רוב קורין לבקר צמד אין הדמים ראיה עכ"ל. ולפענ"ד דברי הרמ"א ברורים וכמו שיבואר לפנינו. הנה ר"פ המוכר פירות בפלוגתא דרב ושמואל במוכר שור לחבירו ונמצ' נגחן פריך וליחזי אי דמי רדיא לרדי' ומשני לא צריכא דאייקר בשרא וכתב הרשב"ם ז"ל לימא הדמים מודיעין ואפי' לרבנן דאמרי פרק המוכר את הספינה דאין הדמים ראיה ה"מ גבי מוכר את הצמד לא מכר את הבקר וכאוקימנ' בדוכתי' דקרי לצמד צמד ולבקר בקר ואיכא נמי דקרי לבקר צמר דכיון דלאו כ"ע קרי לבקר צמד איכא למימר דהאי לוקח הוא מהני דקרי לבקר בקר והלכך קאמר ליה מוכר צמדי מכרתי לך ולא בקר שהממע"ה והלכך על הלוקח להביא ראי' שהוא מאותן הרגילי' לקרא לבקר צמד אבל הכא דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה מודי רבנן דהדמים מודיעים כיון דידענין בודאי בהאי לוקח דרגיל לקרות וגם הדמי' מודיעים דכה"ג נמי אמרינן התם ה"ד אי דקרי ליה לצמד צמד כו' אלא דקרו לה נמי לבקר צמד כולה זבין אלמא היכא דכל בני העיר קורין לבקר צמד אע"פ שקורין לפעמים בקר אמרינן דכולה זבין כיון דידעינן בהאי לוקח שרגיל לקרות נמי לבקר צמד כשאר בני העיר וגם הדמים מודיעין דבקר עם צמד זבין וה"נ כיון דהאי גברא זבין לרדי' ולשחיטה והדמים מודיעין דלרדיא זבין ודאי כיון דאיכא מלת' דמוכחא הדמים ראיה עכ"ל ה"נ כיון דאין הלשון סותר מסתמ' שכרו נגד מעותיו ומ"ש הש"ך ממכר צמד אע"ג דפלגא קורין לבקר צמד וכמבואר ברמ"א סי' רי"ו סעיף ח' התם משום דהמוכר אומר ללוקח אנא לא קרינ' לבקר צמד וא"כ הלשון סותר והיכ' דהלשון סותר אין הדמים ראי' וכמ"ש הרשב"ם אכל היכא דאין הלשון סותר ודאי הדמים ראי' וכמ"ש הרשב"ם וכדמוכח להדי' בש"ס פ' הספינה דף ע"ז ואלא דקרו לה נמי לבקר צמדא כולה זבין וכן מבואר מדברי תוס' פ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס"א) ד"ה אלא דקרו לבירה נמי בירה ע"ש: ומ"ש הש"ך

ומכ"ש למ"ש הב"י בשם הרשב"א דאפילו הרוב קורין לבקר צמד אין הדמים ראי' התם משום דאין הולכין בממון אחר הרוב ואומר אני מן המיעוט והלשון סותר אבל הכא בלא קצב זמן דאין הלשון סותר הרי מבואר מדברי רשב"ם הנז' דכה"ג הדמים מודיעין וזה ברור. וכן מבואר להדי' מדברי הרמב"ן בחידושיו פ' המוכר הבית דף ס"ג גבי אומר תנו חלק לפ' בכור וז"ל ובספר המקח ראיתי לרבינו האי גאון ז"ל שהוא סובר דליתי' אלא במתנה אבל במכר לפי חשבון הדמים בדקדוק הוא נוטל אבל שמעתת' דרבה פ' במכר נראה שהו' סובר דהתם כיון שהזכיר פלגא או מיצר ארעא דמינה פליג' אין מחשבין לפי חשבון הדמים בדקדוק אבל האומר חלק בקרקע שלי אני מוכר לך בנך וכך הכי קאמר חלק ששוה הדמים סך הללו אני מוכר לך ולפיכך אומר שאין הולכין בזה בכדי שאין הדעת טועה אלא לפי דמים נוטל בדקדוק ובחקירה וע"ש בסי' רצ"ג סעיף כ"ה כתב הרמ"א הך דרבינו האי גאון ע"ש וא"כ מה לי חלק מהקרקע מ"ל חלק מהזמן כיון דלא קצב לו זמן א"כ לפי חשבון הדמים בדקדוק הוא שוכר ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהן ש"ן הקשה בהא דכתב הרמ"א בלא קצב זמן דהדמים מודיעין מהא דכתב הרשב"ם פ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס"א) ז"ל והדמים מודיעים ליכא למימר לר' יהוד' דאין אונא' לקרקעות ע"ש וה"נ בשכירות קרקע אין אונא' והיכי אמרינן הדמים מודיעין ע"כ מיהו נראה למ"ש תוס' שם להקשות על פי' רשב"ם דהא מה שאין אונא' לקרקעות אינו אלא מצד גזירת הכתוב ופירשו משום הכי אין הדמים ראי' לר' יהוד' דלפעמים אדם קונה קרקע הרבה יותר מה שהוא שוה כדאמרינן פ' מי שהי' נשוי כו' ע"ש וא"כ בשכירות קרקע אין דרך להרבות כל כך יותר ממה ששוה משום הכי הדמים ראיה ואע"ג דאין אונאה לשכירות קרקע זה אינו אלא מצד גזירת הכתוב ועוד נראה דהתם נמי דוקא משום דהלשון סותר אלא (דר' יהוד' סובר אפילו היכ' דהלשון סותר) דאפ"ה סובר ר' יהודה הדמים מודיעים אבל בקרקע כיון דאין אונא' לפי' רשב"ם או כפי' תוס' משום דעבידי לקנות קרקע הרב' ביותר מש"ה לא אמר ר"י בזה הדמים מודיעים אבל היכ' דאין לשון סותר ודאי על דרך הדמים הוא קונה ומוכר וכן מוכרח ממ"ש הרמב"ן בשם רבינו האי גאון גבי חלק לפ' דבמכר אמרינן הדמים מודיעים ומשמע דאפי' בקרקע כיון דקשי' ליה מהך שמעת' דרב' וכתב משום דהזכיר פלג' כו' ומשמע דבחלק אפי' בקרקע אמרי' הדמים מודיעים דאי נימ' דבקרקע לא אמרינן הדמים מודיעין א"כ מאי קשי' ליה מהך דרבה כיון דרבה בקרקע מיירי וע"ש בחידושי הרמב"ן במ"ש בשם ר"ח דבקרקע נמי יכול לו' סבור הייתי שתקנה כך וכך והרי הדמים ראיה ע"ש ואעפ"י שחולק שם על דברי ר"ח היינו בדין אחר שם בשם ר"ח אבל בחלק בקרקע מבואר שם דהדמים

ראיה ומוכח דאפילו בקרקע כל שאין הלשון סותר אמרי' הדמים ראיה והנה בתה"ד סי' שכ"ג ראובן שכר את שמעון עבור עשרה זהו' שילך לו למדינה פ' כו' וחזר ועשה שליחותו ותובע מראובן ההוצאות השיב ראובן על ההוצאות לא הי' דעתו ובשביל כך קצבתי לך י' זהו' לשכרך אלמלא כך לא הי' ראוי לתת לך אלא ז' זהו' ושמעון טוען מנהג כל השוכרים כה"ג שיתנו לעולם הוצאות לבד השכירות תשובה ירא' דהדין עם ראובן מאותה טעם שהוא טוען דהדמים מודיעין שהרי שמעון מודה שאין ראוי לתת לו שכר גדול כ"כ בשליחות כזאת ואף על פי שגם ראובן מודה שמנהג סתם השוכרים שיתנו הוצאות מכל מקום יש לומר דהדמים מודיעין כו' קיימ' לן כרבנן כו' דאין הדמים ראיה הא מחלק באשר"י פרק המוכר פירות וכן בהגהת אשר"י פרק המניח בשם ר"ת דאפילו רבנן מודי דהדמים מודיעין היכא דאין מכחישין עיקר הלשון ונדון דידן נמי אין עיקר הלשון מוכחש כלל כו' וא"ת תיפוק ליה דהדין עם ראובן דהא גם לדברי שמעון יש כאן אונאה שהרי מודה הוא לראובן שאם הי' נותן לו הוצאות לא הי' ראוי לתת לו רק ז' זהו' בשכרו והוא שכרו ביו"ד וקי"ל דיש אונאה בשכירות הא ליתי' דהרמב"ם כת' להדי' דשכירות האדם אין בו אונאה אלא א"כ קבלן ונדון דידן שכירות דמים הוא ומהני דברי הרמב"ם יש נמי להוכיח דלא אמרינן דלא שייכי הדמים מודיעים לגבי שכירות פועלים או שלוחים משום דלפעמים הפועל צריכי ליה זוזי ומתרצ' בכל דהו והכי כת' בהגהת אשר"י דלעיל דגבי שכירות בתים וקרקעות לא אמרינן הדמים מודיעין לפי שדרך הוא לקנות ביוקר וא"כ גם אונאה לא הוי שייכי' ביה מה"ט ולא הוי צריך לרמב"ם לפרש הטעם משום דהשוכר את האדם כאלו קונה אותו לזמן ואין אונאה בעבדים כו' ע"ש ומבואר מדברי תה"ד נמי דהיכ' דאין הלשון סותר אמרינן הדמים מודיעין זולת מ"ש תה"ד להוכיח מדברי הדמב"ם דס"ל דגבי שכירות אדם לא אמרינן דלא קפיד בעה"ב ביותר או שכיר בפחות דא"כ לא הוי צריך לומר טעמ' דאין לו אונאה משום דה"ל כקרקע תיפוק ליה דלפעמים הפועל בכ"ד ניח' דלפעמים בעה"ב לא קפיד אלא מוכר דאמרינן בדמים מקפיד בעה"ב גם השוכר וקשי' לי דהא גבי קרקע כבר כתבו תו' דלפעמים אדם קונה ביוקר ואפ"ה צריך קרא דאין אונאה לקרקעות ואפשר דצריך קרא דאין אונאה לקרקעות אם נתאנה מוכר וכן מה שכתוב בשם הגהת אשר"י שכת' דלגבי שכירות בתים וקרקעות לא אמרינן הדמים מודיעין אינו מוזכר בהגהת אשר"י רק קניות בתים והוא מדברי תוס' פ' המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס"א) שזכרנו ובתוס' לא כתבו אלא במכירת קרקע ומשום שדרך לקנותן ביוקר וכמו שהוכיחו מהאי דפרק מי שהיה נשוי בהאי גבר' דהוי מסקי ביה אלפי זוזי כו' ואי לא שקול אלפי זוזי כו' ומסתלק ע"ש התם

במכירת קרקע מיירי אבל שכירות קרקע אינו מוכרח לומר ששוכרין ביוקר ועוד דלפי מה שכתבנו מדברי הרמב"ן דגבי קרקע נמי הדמים מודיעים היכא שאין הלשון סותר וא"כ בהאי דתה"ד דשם אין הלשון סותר א"כ אפילו נימ' דגבי פועל נמי עביד בעה"ב לשכור ביוקר נמי אמרינן הדמים מודיעים דהא בקרקע ודאי עבידי אינשי לקנות ביוקר ואפ"ה אמרינן הדמים מודיעין היכא דאין הלשון סותר ודו"ק:

סעיף ג

שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו עמ"ש בזה בסי' שי"ט סק"א ושם הנחנו דין זה בצ"ע ואם השוכר כבר בבית קשה להוציאו וע"ש:

סעיף ד

המשכיר בית לשנה כת' הרי"ף בתשובת שאלה ז"ל וששאלת ראובן השכיר ביתו לשמעון בחשבו שהשנה היתה מי"ב חדש ונמצאת השנה מעובר' ולא ידע מזה ראובן יורנו אם יש לו לתבוע שכירות החדש הנוסף אם לאו תשובה היודע והבלתי יודע שוין בזה הלא תראה מה שאמרה המשנה המשכיר בית לחבירו ונתעברה השנה נתעברה לשוכר והנה שהעיבור לא נתחדש אלא אחר שנעשה שטר השכירות ואמרו נתעברה לשוכר וכך הדין עכ"ל הובא בשטה מקובצת:

סעיף ה

אבל מי ששכר מלמד. כת' בד"מ ז"ל כת' הרשב"א בתשו' סי' תרמ"ה השוכר מלמד בשני דינרין לשנה כל חדש בג' פשיטין ונתעברה השנה אין האב חייב לשלם לו חדש העיבור ולא דמי לקרקע שבחזקת בעליה קיימת ועוד דמלמד שלמד עמו מדעתו אע"פ דגלי דעתיה דמחמת שכירות השנה לומד עמו א"צ לשלם לו ועוד שהמלמד בן חבירו שלא מדעת האב אין האב חייב לשלם לו כלום עכ"ל. והנה מ"ש דלא דמי לקרקע שבחזקת בעלי' קיימ' לא הבנתי דודאי הפועל או המלמד הוא עצמו בחזקתו קאים וצ"ע ומ"ש שהמלמד בן חבירו שלא מדעת כו' זה הוא דעת הרשב"א דפוטר אבל דעת המרדכי פרק האומנין דמחייב משום דהוי כדין יורד לתוך שדה חבירו ועיין רמ"א סי' של"ה סעיף א'. ועיקר' דמלתא שסמך עליה רמ"א נראה דהוא מהך טעמ' שכ' הרשב"א לפי שלמד עמו מדעתו והיינו משום דגבי משכיר בית הרי השוכר דר בו שלא מדעת בעלים ומש"ה חייב לשלם השכירות אע"ג דמוחזק בשכירות כיון דבדיר' לא הוי מוחזק ה"ל תפס שלא ברשות אבל מלמד שלומד עמו מדעת אע"ג דדעת המלמד אדעת' דאגר' ה"ל תפס ברשות בגוף הפעול' ופטור מלשלם בעד חדש העיבור וה"ה כה"ג בשוכר משרת לשנה וא"ל שני לשונות והמשרת שרתו בחדש העיבור דפטור מלשלם בעד חדש העיבור כיון שמשרתו

מדעתו. ור"פ האומנין בעי לה בש"ס היכא דבעה"ב אמר בארבע ושליח אומר בשלש' ופועלים אמרו כמו שאמר בעה"ב מאי אדיבודי' דידיה סמכי דא"ל מהימנת לן דהכי אמר בעה"ב או דלמ' אדיבוריה דבעה"ב קא סמכי ולא איפשט' ופסק הרי"ף והרא"ש והרמב"ם וטור וש"ע סי' של"ג קול' לבעה"ב ואין צריך ליתן אלא שלש' ע"ש ולא אמרינן פועלים בחזקתן קיימ' וכמו בקרקע אלא דהיינו מטעמ' דאמרן כיון דפועלים עבדי מדעתן ה"ל תפס ברשות ועש"ך סי' שי"ז מיהו נראה דאם אין המלמד רוצה ללמוד בחדש העיבור צריך בעה"ב לשלם לו בעד י"ב חדש ואין בעה"ב יכול לו' עדיין צריך אתה ללמוד עם בני בחדש העיבור עד שישלם לו בעד חדש העיבור כיון דהמלמד הוי מוחזק בעצמו וה"ל דין קרקע בחזקת בעליה וא"כ כמו דאמרי' במשכיר בית לשנה דצריך השוכר לשלם בעד חדש העיבור ואפילו לשמואל דלית ליה קרקע בחזקת בעלי' אפ"ה בבא בתחלת החדש צריך לשלם שכרו דינר לחדש ולא הוי מוחזק בשכרו וכמ"ש בשטה מקובצת טעם הדבר בשם הר"ן ע"ש וביחוד הדברים עיין בקו' הספיקות כלל ז' וא"כ ה"ה הכא במלמד אם בא בתחלת החדש צריך בעה"ב לשלם בעד חדש העיבור ואם בסוף החדש כיון שלמד עמו מדעתו לא הוי דינו כדין קרקע וכמ"ש:

סעיף ו

אבל כל זמן שלא נפל הראשון. כ' בנ"י פ' השואל לדעת הרמב"ם נראה דאפילו קודם שנפל יכול להוצי' וליתן לו אחרת שהו' ארבע אמות ולא נראה לריטב"א אלא מאחר שהוריד לתוכו לא יכול לשנות לו אא"כ נפל עכ"ל ולא מצאנו ברמב"ם פ"ה משכירות מוזכר מזה ונראה דגם הרמב"ם הכי ס"ל ועמ"ש בסקי"א (בסק"ט) ואפשר דהיינו הרמב"ן:

סעיף ז

וליתן לו בית קטן. כת' הש"ך דהיינו בבית סתם אבל בבית זה אינו יכול להוציאו אפילו ליפה ע"ש ונראה דבבית זה אפילו אם עדיין לא הורידו בתוכו כיון דקנה בקניני השכירות הוי כממכר ושוב אינו יכול להחליף לו באחרת אפילו מקטן לגדול ועמ"ש בסי' שי"א סק"א:

סעיף ח

נשרף הבית דינו כנפל. עסמ"ע שתיקן לשון הרמ"א ע"פ מ"ש בד"מ נשרף הבית דינו כנפל וכן הוא בתשו' מיימוני בס' משפטים סי' ל"ז אבל בסי' כ"ז כת' בשם ריב"א שצריך ליתן כל שכרו מיהו אם נשרף כל העיר הוי מכת מדינה ע"ש:

סעיף ט

ואם דר אין מוציאין אותו מידו והוא בעיא דלא איפשט בש"ס וכת' הב"י על מ"ש הרמב"ם ואם דר אין מוציאין אותו מידו ז"ל והוא פשוט ע"ש והוא תמוה דהא בקרקע אפילו בספיק' דדינא אמרינן אוקי קרקע בחזקת בעליה שוב ראיתי קושי' זו במשנה למלך פ"ז משכירות ע"ש. ונראה כיון דדר עם בעה"ב ברשות בעה"ב כבר זכה בה ולא גרע מבית סתם דאין יכול להוציאו וליתן לו בית קטן וכמ"ש הרמ"א סי"ז וה"ה בזה אע"ג דיכול ליתן לו העליה כיון דכבר נתן לו הבית זכה בה כיון דעליה גרוע מבית ועמ"ש בסק"ז. ומיהו דוקא שדר בו בידיעת בעה"ב אבל שלא בידיעת בעה"ב יכול להוציאו לעליה כיון דקרקע בחזקת בעלים זה נראה לי:

סימן שיג

סעיף א

אעפ"י שהיא שכורה ביד אחרים. והקשו בזה מהאי עובד' דר"ג וזקנים ומקומו מושכר לו שהוא מתורת חצר כדאמרינן פ"ק דמציע' (דף י"א) וכן מהא דתני' פ' הספינה שוכר את מקומו. ובש"ך תירץ דהתם שאני שהונח על דעת כן שיקנה מקומו ע"ש. וקשי' לן כיון דמדינ' הוי חצירו של משכיר א"כ היכי מצי קונה שוכר מן המשכיר כמו בהאי עובד' דרבן גמליאל וזקנים דהא באומר יזכה חצירי לפלוני לא מהני אלא באחר ועיין סי' ר' ס"ב אבל שיאמר הנותן יזכה חצירי למקבל ודאי לא מהני עד שיקנה המקבל את מקומו וכיון דחצר שכורה אינו זוכה לשוכר אלא למשכיר אם כן היכי מצי מקנה משכיר לשוכר ע"י חצר השכורה אע"ג דניח' ליה שיקנה כיון דחצר דידיה וא"כ אכתי תיקשי מהאי עובד' דר"ג וזקנים. ובתשו' מוהרי"ט חלק ח"מ סי' פ"ב כ' על דברי הרמב"ם ז"ל מ"מ סבר' זו מלתא דתמיה' הוא מאחר שהשכיר המקום כבר נסתלק ממנו דשכירות מכירה ליומא איבר' מדחזינן באגב דלא קני אלא ע"י קרקע שקנה קנין גמור לא בשכירות כדמשמע בעובדא דעירוני פ"ק דקידושין דא"ל אין לך תקנה עד שיקנה אגב קרקע והלך וקנה סלע כו' וכי לא היה מקום בשכירות או בשאלה עכ"ל ותמהני במ"ש בפשיטות דאגב בשכירות ל"מ ואדרבה שם פ"ק דקידושין (דף כ"ו) פשיט לה דאגב בשכירות מהני וע' דמ"א סי' ר"ב ס"א. ובלחם משנה פ"ז משכירות כ' בשם הרב מוהר"ר מרדכי מטאלין דלפי מה דמשמע מפי' הרמ"ה בסוגיות הגמ' הוי כאלו פי' ואמר שלא השכיר החצר כי אם לתשמישים הצריכים לו אבל בזכות שהיה לו מדברים אחרים כגון שיהיה חצירו זוכה לו לא זכה לו ולפיכך הוא שלו עכ"ל. ומשמע מדבריו דמה"ט חצר השכורה

אינו זוכה אלא למשכיר ומשום דאינו מקנה לו אלא לתשמישים אבל לדברים אחרים כגון להיות זוכה לו אינו מקנה לו אלא משייר אותו כח לנפשיה ובזה ניחא עובדא דר"ג וזקנים כיון דמדינא חצר שכורה זוכה לשוכר אלא דהמשכיר משייר בעלמ' כח זה לנפשיה אבל אם רוצה להיות זוכה לשוכר זוכה לו חצירו אלא דבש"ע סי' ר"ס סעיף ג' משמע להדיא דמציאה זוכה בו השוכר ולא המשכיר וא"כ אין דבריו סותרים למ"ש כאן. ולכן נראה דהכא שאני ומשום דגבי זבל משייר כח לנפשיה שלא יזכה בו השוכר דכיון דהמשכיר את החצר לא השכיר הרפת שבה וכמבואר בגמ' שם ומשום הכי דעתיה על זבל שלא יזכה בה השוכר אפילו אם יהיה הזבל בחצר כיון דשבח רפת דידיה ומשייר לנפשיה כח בחצר לזכות בזבל אבל במציאות דעלמ' זוכה השוכר. ובזה ניחא לישב מה שהקשה בלחם משנה בהא דאמר בגמ' (דף ק"ב) ורפת שבחצר כו' זאת אומרת המשכיר חצר לא השכיר הרפת שבה והקשה דהא אפילו השכיר לו נמי הרפת אינו זוכה השוכר אלא המשכיר שגוף החצר שלו ועמ"ש בזה מוהרי"ט תשובה הנז' ולפמ"ש ניחא דאי הוי אמרינן דהשכיר גם הרפת לא הוי זבל אלא כמו מציאות דעלמ' דזוכה בהם השוכר לא המשכיר אלא משום דלא השכיר את רפת ודעת בעה"ב על כל שבח הרפת מתורי דאתי מעלמ' ואע"ג דגם בחצר המה א"כ משייר לנפשי' כח בחצר לזכות בזבל ודוק. וכן מוכח מדברי הרמב"ם דבעלמ' הוי כח החצר לשוכר שכ' בפ"ה מגירושין הזורק גט לאשתו בתוך חצירה בין שהוא קנוי לה בין שאול בין שכור קונה ע"ש ועב"י באה"ע סי' קל"ט שכ' עלה משום דשכירות ליומא ממכר ע"ש וכן מוכח בגמ' ר"פ הזורק דפריך חציר' מה שקנה אשה קנה בעלה ופירש"י קנה בעלה לפירות להשתמש בה ואכתי לא נפיק גט מידה דבעל ע"ש. ומבואר דעיקר חצר למי שיש לו רשות השתמשות שם בגמ' רבא אמר אטו ידה מי לא קניא לבעל אלא גיט' וידה באין כאחד ה"נ גיטה וחצירה באין כאחד א"ל רבינ' לרב אשי רבא יד דאשה קא קשיא לי' נהי דקנו ליה למעשה ידיה ידה גופה מי קנו לי' א"ל רבא יד דעבד קא קשיא ליה ולפמ"ש דאזלינן בחצר בתר רשות השתמשות א"כ יד דאשה נמי נהי דידה גופ' לא קני ליה הא למעשה ידי' מיהא קני ליה דלא גרע משכורה דהוי לשוכר דליתיה דודאי ונתן בידה כתיב בתורה א"כ נהי דקני ליה למעשה ידיה כיון דגוף היד הוא לאשה הוי לה ידה אבל בחצר דלא כתיב בתורה חצירה אלא דמרבינן חצירה מריבוי דקרא וא"כ כי מרבינן לא מרבינן אלא רשות דקונה ומש"ה קונה למי שהרשות שלו וכל מי שיש לו עתה רשות הוי רשותו. ובזה ניחא לישב קושיות תוס' שם ד"ה ידה גופי' מי קניא ליה ז"ל וא"ת חצירה נמי לא קניא ליה לגופי' אלא לפירי ע"ש. ולפמ"ש ניחא דודאי חצר לא כתיב בפירוש וחצר דמרבי היינו רשות

אבל חצר בעצם לאו קנין הוא אלא רשות הוא דהוי קנין ומש"ה מי שיש לו עתה הרשות הוא דקני ליה דזהו רשותו מש"ה בחצירה כיון דקני ליה לבעל פירות ה"ל רשות הבעל אבל ידה דכתיב בתורה לאו משום רשות הוא דקני לה לידה אלא דכן גזירת הכתוב דיד קונה א"כ כל שגוף היד דידה הרי קונה לה ידה כיון דידה הוי וקונה יד אפי' ברשות מוכר וזה נכון וברור:

סעיף ב

אפילו אחרים אופין. וכת' הסמ"ע וא"ת מ"ש מזבל של בהמות אחרים הנמצא בחצר דס"ל להרמב"ם דאפילו החצר מושכר לשוכר הזבל הוא של המשכיר ע"ש ולפי מ"ש בסק"א דהרמב"ם דוקא בזבל הוא דכתב כן ומשום דלא השכיר הרפת משייר לנפשיה כח בחצר לשבח הרפת שבחצר אבל בשאר מציאות מודה הרמב"ם דהשוכר זוכה אם כן בתנור וכירים כיון דהשכיר לשוכר ולא שייר לנפשיה בזה ה"ל כמו שאר מציאות דשוכר הוא שזוכה בהם. ועמ"ש בזה אא"ז בתי"ט פ' השואל שם והנלע"ד כתבתי:

סימן שיד

סעיף א

ואם אמר לו בית זה. והוא מדברי הנימוקי בשם הריטב"א פרק השואל אם השכיר לו בית זה חייב להעמיד לו בשעה שמכניסו מכאן ואילך אם נפל אין חייב להעמיד לו ואם השכיר לו בית סתם חייב להעמיד לו כל ימי השכירות עכ"ל. והובא בד"מ ותמיה' לי מלת' דהא פסק בש"ע סי' שי"ב סי"ז דוקא כשנפל כולו אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו חייב המשכי' לתקנו ע"ש והוא בתשו' הרא"ש הובא בטור שם דוקא כשנפל כולו דאזדא ליה בית זה אבל אם הבית מסוכן כיון שהוא קיים דהשת' לא שייך לומר אזדא ליה דמסתמ' עומד לתקן שעדיין נקרא בית הלכך מחויב המשכיר לתקנו ע"ש וא"כ הכא שהבית קיים אלא שנתקלקל המנעול והנגר ודאי שמו עליו ועומד לתקן אמאי אינו צריך המשכיר לתקנו. והריטב"א אפשר דלא ס"ל הך דרא"ש אבל בש"ע דפסק כהרא"ש והרמ"א אינו חולק שם א"כ היכי פסק כאן כריטב"א אשר לכאורה נראה דהוא תרתי דסתרי עם הך דתשובת הרא"ש ואע"ג שכ' בש"ע סי' שי"ב שם אם יש לו שכירות מוקדם כבר כ' בסמ"ע שם דלאו דוק' וגם בטור שם סי' שי"ב לא הזכיר שכירות מוקדם וצ"ע:

סימן שטו

סעיף א

אא"כ יש לו פירות. ז"ל סמ"ע בפרישה כתבתי דברי מוהרי"ק ופירושו והכלל דבעל בנכסי אשתו או מי שנתן לאחר הגוף מהיום ופירי לאחר מיתה ושייר הפירות לנפשו וכיוצ' כשיבא א' מהן למכור או להשכיר הפירות לאחרים והפירות הן דשלבל"ע ואינו יכול להקנותן אלא כשיאמר קנה קרקע זו לפירותיה ובזה קאמר דאין לו רשות להקנות לאחר הקרקע כדי לקנות הפירות בתורת מכירה כי אם בתורת שכירות כי יש חילוק בין דא לדא כמ"ש הרמב"ם וכתבו המחבר בסי' רי"ב וכו' ואף דבאחר כ' הטור כו' הא כתבתי שם דהיינו דוקא בשכירות בית כו' משא"כ בשדה דיכול לזורעה כו' וכיוצא דברים המכחישין את הקרקע ולא יודע לבעל הקרקע ע"ש וכוונתו לא אתברר דא"כ הא דכ' הרמב"ם אא"כ יש לו פירות בקרקע שזה שוכר הא בקרקע אינו יכול להשכיר דמכחיש הקרקע ולא יודה לבעלים וכמ"ש הסמ"ע בסי' רי"ב וא"כ לא יתכן לישנא דהרמב"ם שזה שוכר אמנם המעיין במוהרי"ק נראה דלא כוון לזה כלל וז"ל שורש ק' ומה שמסיים רבינו משה וכל שאין לו למכור אין לו לשכו' אא"כ יש לו פירות בלבד באותו קרקע הרי זה שוכר ואינו מוכר והבי' מוהרי"ל יצ"ו ראי' לענין הקוטמו דאין נקר' מכיר' דגם שם אין לו למקבל הקוטמו רק הפירות בלבד. הנה לא ירדתי לסוף דעתו כלל בזה שמ"ש רבינו משה שזה שוכר ואינו מוכר לאו למימרא שלא יקרא שכירות זה מכירה אלא הכי פירושו אע"ג שאמרנו למעלה דכל שאינו יכול למכור כך אינו יכול לשכור מכל מקום בזה שיש לו פירות בשדה ולא הגוף אף על פי שאינו יכול למכור השדה שהרי אין הגוף שלו מ"מ יכול למכור השדה לפירותיו כיון שהפירות שלו ומ"מ גם שכירות זה נקרא מכר עכ"ל וא"כ זה שכ' הרמב"ם אא"כ יש לו פירות בשדה היינו שזה שוכר את הפירות ואינו מוכר גוף השדה אבל הפירות איתנהו בין בשכירות בין במכירה וכמ"ש מוהרי"ק:

סעיף ב

ראובן שכר נער לשמשו אין לזה ביאור במ"ש כי כל תנאי של שכירות אין צריך קנין ומה ענין שמעון לזה שיתחייב ע"י דיבור כיון שלא הי' השכירות בינו לבין ראובן. ובתשובת הרא"ש כלל א' סי' ה' ז"ל וששאלת ראובן שכר נער משמעון ואמר לו שמעון לסמוך עליו שישלם לו כל מה שיפסיד הנער בביתו יען כי בעוד הנער עמו הי' לו משל הנער תחת ידו ולא הי' קנין בדבר אלא דברים בעלמא אם יכול ראובן ליטול משמעון בהיתר גמור דמי הפסידו תשובה שכירות הוא וכל תנאי שכירות א"צ קנין עכ"ל וכיון דשכר הנער

משמעון מש"ה כל מה שהתנה עם שמעון א"צ קנין. ונראה שטעות נפל בדפוס בספרי הטור וש"ע שכתוב שכר נער לשמשו ובמקו' לשמשו ראוי להיות משמעון וה"ג ראובן שכר נער משמעון:

סימן שטז

סעיף א

ואם השוכר רוצה לצאת מן הבית. נראה דאם אין המשכיר יכול להשכירו לאחרים צריך השוכר לשלם כל השכירות ואינו מנכה לו כפועל בטל דהא אפי' בבית מנכה לו כמ"ש במרדכי פ' האומנין בשוכר שמת תוך שנה דאם כבר הקדים לו שכרו ואין היורשים מוצאים אחר להשכירו אין בעה"ב צריך להחזיר שכרו אלא כפועל בטל מחזיר לו מה שהבית פנוי לו לעשות כל מה שירצה ע"ש דהיינו דוקא היכא שהשוכר אנוס כמו התם שהשוכר מת וכמו האי דר"פ האומנין דהלכו פועלים ומצאו שדה לחה דאי אפשר לבעה"ב לקיים השכירות אבל היכא דאפשר לו לשוכר לקיים השכירות אינו מנכה כפועל בטל וכן בפועלים אם בעה"ב רוצה לחזור היכא דאפשר לו לקיים השכירות ורוצה לנכות להם כפועל בטל לאו כל כמיני' כיון שהפועלים רוצים בפועלת' וה"ה בשוכ' כה"ג היכא דאפשר לו לדור בתוכו ואינו רוצה צריך לשלם לו כלן השכירות והא דגבי פרקה בחצי הדרך בספינה משלם לו כפועל בטל עש"ך בסי' שי"א סק"ד התם כיון שפרקה בחצי הדרך ה"ל כמו אנוס אבל גבי שוכר נראה דאפי' מתרמי ליה ביתא כגון שקנה או בנה לא ה"ל אונס כל כך משא"כ בספינה שדרך בעלי הספינה שמוכרין לפעמים באמצע הדרך ואדעתיה דהכי אגרי' מש"ה מנכה כפועל בטל וכן משמע בש"ע סי' שי"ב ס"ז ואם לא הודיעו אינו יכול לצאת אלא יתן השכר ע"ש ומשמע כל השכר והיינו מטעמא שכתבנו כיון דאינו אונס. ובפסק הגאון החסיד מוהר"ם טיקטין היא בדפוס ריש סדר נשים ע"ש שכת' בנדון שהיו מוכרחין לברוח מחמת דבר ר"ל ע"ש שכ' דאינו מנכה לו כלום כיון שהבית קמן וע"ש עוד דמחלק דאינו מנכה לו במה שהי' הבית פנוי דאין חילוק בבית בין אם יש בו דיורין או לא ואדרבה ביתא מיתב' יתיב ע"ש והא דמשמע מדברי המרדכי הנז' דגם בבית מנכה לו כפ"ב היינו משום דיכול המשכיר בעצמו להשתמש בו ובזה מרויח קצת ונהנה אבל התם דהוכרחו כולם לברוח אין לו הנאה כלום במה שהבית פנוי:

סעיף ב

יכול המשכיר להשכירו לאחרים. ז"ל סמ"ע במרדכי מפרש דאם כבר קיבל המשכיר המעות דא"צ להחזיר לשוכר המעות אף אם השוכר אומר א"כ אם יעמוד הבית בלי דיורין א"כ לשמוע לו וכו' אבל אם עדיין לא קיבל המעות מהשוכר והמשכיר משכירו לאחרים מנכה לשוכר מדמי שכירתו מה שמקבל מאחרים אף אם אמר השוכר אני אשלם כולו ולא ידורו בו אחרים והדין נותן שאין צריך לשמוע לו מ"מ י"ל אדרבה הרי גילה דעתו השוכר שלא יתן לו כל השכירות אלא אם לא ידורו בו אחרים והני דרו בו ואיך נוציא ממנו ממון עכ"ל ומשמע מדבריו דאם כבר הקדים שכרו אע"ג דמשכירו לאחרים אין המשכיר מנכה מה שקיבל מאחרים ובעיני יפלא דאיך עושה סחורה בפרתו של חבירו כיון שגוף הבית לשכירות קנוי לשוכר ונהי דס"ל למרדכי בהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחרים וצריך לשלם כל השכירות וביד המשכיר הברירה שלא להשכירו לאחרים אבל אם הלך המשכיר והשכירו לאחרים למה ירויח בכפל השכירות וראוי להחזיר השכירות דשני לראשון והמעיין בדברי המרדכי אין זה במשמע כלל וע"ש פ' חז"ה ז"ל מצאתי ראובן השכיר ביתו ללוי על עשר שנים ונתן לו לוי השכירות של עשר שנים והי' באותו בית שתי שנים וקנה לוי בית אחר ונכנס בו והשכיר אותו בית שהיה מושכר לו לשמעון ועכשיו תובע ראובן לשמעון מה אתה עושה בבית ושמעון משיבו מלוי שכרתי ששכרו ממך וראובן השיב אין זה רצוני שתהי' בביתי כו' אבל הכא שראובן נקט שכירות בידו וכבר זכה בו קנאו ודאי אין יכול לוי לומר תחזירנו לי ותשכיר ביתך לאחר שהרי זכה ראובן במה שבידו וכשיצא מן הבית עומד הבית בחזקת המשכיר כו' ולמי שישכירנו ראובן תהא מושכרת ואין לוי יכול לומר כיון שנתתי השכירות כל ימי השכירות תהא בדוד' שלא ע"מ כן השכיר שתהא שאיה אלא ע"מ ביתא מיתבא יתיב עכ"ל: ונראה דהמרדכי לא אמר אלא דבהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר וגם אינו יכול לומר תהא בדוד' כיון שנתתי שכירות ומשום דביתא מיתבא יתיב ולזה הוא בחזקת המשכיר שלא יהא יכול לומר תהא בדוד' אבל הברירה ביד המשכיר אם רוצה שתהא בדוד' ואם רוצה להניח לאיש א' לדור בחנם נמי יכול ומשום דשאי' יוכת שער אבל אם משכירו לאחר בשכר מוד' המרדכי דהשכר לראשון כיון דקנייי' ליה להשכירות ועוד דבעיקר הדין שכ' המרדכי בהקדים שכרו אין השוכר יכול להשכירו לאחר נראה דמוהר"ם פליג בזה כמבואר במרדכי פ' האומנין ז"ל ונשאל לרבינו מאיר בלאה ששכר' בית ומתה ועתה היורשים אין רוצים לפרוע אלא כפי מה שדרה וכו' וז"ל בקצרה אשיבכם מה שנראה בעיני אם לא נתנה כל השכירות היורשים פטורים מכל

מה שלא דרה בו כיון שנאנס' כו' ואם נתנה כל השכירות יש כח ביד היורשים להושיב בתוכ' דכוות' אבל לא לדקש' הימנ' וכו' ושלום מאיר בר' ברוך עכ"ל וכן משמע מדברי מוהר"מ במרדכי פ' האומנין הי' שכ"ו ע"ש כגון דפסקה לטוענ' בגוה כו' מכאן מוכיח ר' מאיר ראובן שהשכיר בית לשמעון דשמעון יכול להכניס לוי תחתיו וכו' ועוד ראי' מדתנן בערכין מכר' ראשון במנה ומכרה ראשון לשני במאתים אינו מחשב אלא עם הראשון שנאמר לאיש אשר מכרה לו מכר לראשון במאתים ולשני במנה אינו מחשב אלא עם השני שנא' לאיש כו' וכל שמוכר שדה בשע' שיובל נוהג אינו אלא כשכירות בעלמא הואיל וסופו לחזור ביובל ואפ"ה חזינא שיש לו רשות לראשון למוכרו לשני בלא רשות בעלי' עכ"ל וגבי יובל ודאי משמע אפי' כבר פרע ראשון למוכר אפ"ה יכול למוכרו לשני אע"ג דזמן שיובל נוהג אינו אלא שכירות ולדעת המרדכי דמחלק בהקדים שכרו אינו יכול להשכירו לאחר נראה הא דיובל שאני משום דכבר כ' הרמב"ם פ"ג ממכירה וז"ל ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיו ובין השוכר שדה מחבירו כו' ואין השוכר רשאי להשכיר אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה ע"ש ומוכר שדה בזמן שיובל נוהג ה"ל דין קונה שדה לפירות ושקנה לאחרים כל מה שקנה ועדיפא מינה דבשדה יובל בונה והורס וכמ"ש במגיד משנה שם וא"כ ודאי אפי' קיבל מוכר הראשון את מעותיו יכול למוכרו לשני:

אמנם לדינא כיון דדעת מוהר"ם בר' ברוך אפי' בהקדים שכרו יכול להשכירו לאחר א"כ כוותי' נקטינן וכן ראיתי בב"י סי' שי"ב וז"ל כ' המרדכי פ' חז"ה מצאתי ראובן השכיר ביתו ללוי וכו' ורוב אותם הדברים הם דחויים למתבונן בהם זולת מ"ש בסוף הדברים וז"ל ואין לוי יכול לומר כיון שנתתי השכירות כל ימי השכירות תהא בדוד' שלא ע"מ כן השכירה שתהי' שאי' דביתא מיתבי' יתיב עכ"ל וגם בד"מ הסכים לדברי הב"ן ע"ש ז"ל וכת' ב"י בס"ס שי"ב על התשוב' זו וכל דבריהם הם דחויין כו' וטעמו דס"ל דנקטינן דיוכל להשכירו למי שירצה כדברי הרמב"ם ומוהר"ם עכ"ל וכן נראה מהשמטת הרמ"א את דברי המרדכי במ"ש לחלק בין הקדים שכרו זולת סוף דבריו הביא במ"ש דיוכל המשכיר להשכירו לאחרים ומשום שאי' וסובר הרמ"א כדעת הב"י:

ולזאת תמה אני על מ"ש הסמ"ע דברי המרדכי לחלק בהקדים שכרו כיון דכבר הכריעו הב"י והד"מ דאין לחלק בזה וכדברי מהר"ם בר' ברוך שזכרנו ובתשו' מוהר"א ששון סי' ס"ח כתב ז"ל כת' הרמב"ם פ"ה משכירות מכאן אני אומר שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר כו' הוי יודע שכ' המרדכי פ' חזקת בתשוב' המתחלת מצאתי ראובן וכו' דאפי' לדעת הרמב"ם הני מילי בשלא קיבל המשכיר מעות אבל אם קיבלם

יכול לומר לו הא ביתא קמך קום ודור בה אבל איני רוצה שתכניס בה אחרים כו' ואפשר שהרמב"ם סובר ג"כ כן עכ"ל ואנו אין לנו אלא דברי הב"י והרמ"א בד"מ שכתבו דלא כמרדכי:

סעיף ג

או השכירו ושייר כח לעצמו במוהרי"ט חלק ח"מ סי' קי"ח כ' בראובן שהשכיר בית לשמעון לזמן י"ב חודש ובתוך הזמן נפלה מריבה ביניהם והקפיד המשכיר כנגדו ואמר לו תריק לי הבית עתה רוצה שמעון להריק הבית באומרו שכבר מחל לו במה שאמר שיריק לו הבית והמשכיר אומר שעדיין חיובו קיים כי מה שאמר לו דברים בעלמא ופטומי מילי ע"ש שהעל' דאין השוכר נפטר בזה דלשון תריק לי הבית אינו לשון פטור דאפשר לומר תריק ושלם לי בעד כל השנה וכהאי דקרע כסיתי כי אתא לידיה בתורת שמירה דצ"ל והפטר ועוד דאפילו תימא דתריק לי והפטר קאמר דאין סברא שיפרע לו השכירות והוא אינו דר בו מ"מ מסתמא לא סילק מעכשיו זכותו ופטרו לגמרי דאדרב' זיל לאידך גיסא דאין סברא שיפטור אותו לגמרי שנמצא יד השוכר על העליונה אם רוצה יריק ואם ירצה יחזיק בבית אלא מסתמא הכי קאמר כשתריק לי ואקבלנ' ממך תפטר אבל כל זמן שבידך להחזיקו כשלך ומצית למיהדר גם אני מחזיק כשלי וכל שעדיין לא הריק הבית יכול לחזור בו ולומר איני חפץ שתריק כמו באומר קרע כסותי והפטר דיכול לו' קודם שקרע אי אפשי שתקרע ועוד דמתכוין הי' לדחותו וכמו האי בשלהי מציעא במי שהיה כותלו סמוך לגינה ונפלו אבנים לגינה וא"ל הגיעוך עכ"ל ועיין משנה למלך פרק ב' משכירות אם א"ל בעה"ב לשוכר צא והניחו ואתה פטור משכירותו אם חזר בו המשכי' ואינו פוטרו כת' הרב בעל דרכי נועם סי' ד' דחייב השוכ' לדור או להשכיר לאחר ולפמ"ש מוהראנ"ח ח"א סי' א' נפטר השוכר בדבו' בעלמא עכ"ל ומסתב' טעמי' דמוהרי"ט לחייב השוכר: ועוד נראה לענ"ד שאין השוכר נפטר בדבור בעלמא לפמ"ש הריב"ש סי' תק"י דאם השוכר מוחל למשכיר אחר שנקנה לו בקנין הראוי לשכירות לא מהני אלא אם כן היה קנין מחדש משוכר למשכיר וע"ש ואם כן אפילו נתרצו שניהם השוכר והמשכיר שיריק הבית ויפטור מן השכירות עדיין לא נקנה הדירה משוכ' למשכיר כיון דמלוה לא קנה וכמבוא' בסי' ר"ד ואם קנה קרקע במלוה לא קנה ושניהם חוזרים והלוקח נמי חוזר ואע"ג דמחל לו המלוה דלא עדיף מכסף במטלטלין שניהם אע"ג דכבר נתן לו הכסף אדעתא דמקח אלא כל שלא נקנה החפץ לא קנה בכספו ובחובו אע"ג דפטרו אדעתא דזביני אם כן ה"ה בזה אע"ג דפטרו לשוכר כיון שלא זכה המשכיר בבית השכורה דהא חוב לא קנה שניהם חוזרים אלא אם כן אומר לו הריני

פוטר אותך משכירות ובהנאת מחילת מלוה תריק לי הבית דכה"ג מהני קנין מלוה וקנה הבית השכורה ושוב אין חוזרים לא זה ולא זה ואפילו תוך זמנו מהני מחילת מלוה וכמו שכ' בחידושי לאה"ע סי' כ"ח ובפרט דהכא חשיב כמו הגיע זמנו כיון שרוצים להקנות זה לזה הוה ליה שכירות שעבר כאלו הגיע זמנו:

סימן שיז

סעיף א

או בעדים. כת' בסמ"ע ז"ל או בעדים בין שהיתה בלא עדים ור"ל עדי הקנין שמשכיר לו כו' ונראה דר"ל דהיתה בעדים בלא קנין או שאין העדים לפנינו דה"ל כשכירות בע"פ וכלהו לדבר א' נתכוונו ללמדנו רבותא דאפי' היה בשטר נאמן השוכ' לאחר זמן כו'. ומדברי הסמ"ע שכת' דהיתה בעדים בלא קנין או שאין העדים לפנינו משמע דאפילו בקנין רק שאין העדים לפנינו והא דכת' בש"ע סי' ל"ט ס"ה דאפילו בקנין אם אין העדים לפנינו דנאמן לומר פרעתי אפי' תוך זמנו ע"ש ומשום דריע טענתיה דמלוה כשלא הוציא שטר. נראה דהתם דשטר והקנין לגוביינא א"כ טענתיה איתרע מדלא הוציא השטר כיון דסתם קנין לכתיבה עומד וסתמא כבר פרעו אבל הכא דאפי' שטרא נמי לאו לגוביינא אלא כי היכא דלא ליחזק וכדאיתא בגמ' פ' השואל דף ק"ג וא"כ אפי' פרע השכירות נמי היה צריך לשטר כדי דלא ליחזק וכיון דהאי שטרא לאו לגוביינא לא אתרע כי ליתנהי לשטרא ומש"ה תוך זמנו לא גרע כחו:

סעיף ב

ותובעו תוך שלשים. והוא לשון הרמב"ם פ"ז משכירות וכת' הראב"ד שלשים יום לאו דוקא והה"מ כת' ז"ל ותוך שלשים יום הכונה בשוכר סתם ובאותן שלשים יום של הודאה ובקצ' ספרי הגמ' הגירסא כך היא תנינא כל שלשים יום בחזקה שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן לאחר ל' יום בחזקה שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן ונראה שסובר רבינו שהיא ברייתא שנויה על דין זה ורש"י החליף הגירסא עכ"ל ובש"ך הקשה על המחבר דס"ל לעיל סי' ע"ח בפשיטות דוקא בקובע זמן הוא דאמרי' חזקה אין אדם פורע תוך זמנו אבל לא בסתם הלואה שלשים יום א"כ ה"ה הכא נאמן לו' פרעתי תוך שלשים ע"ש שהניח בצ"ע ולפמ"ש בסי' ע"ה דהא דנאמן לו' פרעתי תוך סתם הלואה שלשים יום היינו משום דסברי פרעון במנהגא תליא ועבידי אינשי דפרעו גו סתם הלואה וכן מבוא' במרדכי דחזקה דתוך זמנו במנהגא תליא ע"ש שכת' פ"ק דב"ב וז"ל ועוד הכא ליכא חזקה אלימתא דאנן סהדי שנוהגין העולם לתת לסופרים ולמלמדים קצת מן השכירות

קודם גמר המלאכה וגרסי' בר"פ הפועלים וליחזי היכי נהוג עכ"ל. ובשכירות סתם שנשים לא עבידי אינשי דפרעו גו זימניה וכן תוך שלשים של הודאה וכיון דבמנהגא תליא אין להקשות סתמא אסתמא דהכל לפי המנהג והיכי דנהוג נהוג וכמ"ש: ונראה דאם שכרו סתם לכל שנה כך וכך ובכלו' השנה טען פרעתיך עבור השנה דנאמן לו' פרעתיך דה"ל אחר זמנו ואע"ג דלא הודיעו ויש לו לדור עוד שנה היינו משום דלא הודיעו ה"ל כנותן לו רשות שידור עוד שנה אבל זמן הפרעון כבר עבר משנה הראשונה דהא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף משום דכתיב כשכיר שנה בשנה שכירות של שנה זו אינה משתלמת אלא בשנה שניה והרי כבר התחיל שנה שניה דהא אם רוצה צריך להוסיף לו בשנה שניה תלא משום דלא הודיעו מתחלה ה"ל כנתרצה לדור בשכירות כשנה הראשונה אבל שנה שניה מיהא הוי וממילא כה"ג בהזכיר לו לחדשים ואמ' לו בעד כל חודש כך וכך מכי כלתה חדש הראשון ה"ל זמנו ונאמן לו' פרעתי אחר כל חדש אלא דאם טען שפרע תוך שלשים יום של הודעה עבו' אלו התלתין יומין הוא דאינו נאמן כיון דלא הודיעו הרי יש לו לדור שלשים יום ואינו נאמן תוך זמן זה אבל מה שטוען שפרע אחר כלות שנה או אחר כלות חדש אע"ג דלא הודיעו ויש לו דירה עוד בביתו אבל הוא שכירות שניה וכמ"ש ודו"ק. וכן משמע מדברי תוס' פ' השואל דף ק"ג ד"ה לקיטת חמש שנין ע"ש שכתבו בשם ר"ח שכת' בשטר בזמן כך וכך שכרתי חצירו של פ' עשר שנים במאה דינרין י' דינרין בכל שנה כו' ע"ש ואע"ג דשכרן לעשר שנין כיון דאומר בכל שנה י' דינרין ה"ל כל שנה ושנה זמנו ונאמן לו' פרעתי ומכ"ש לנדון שכתבנו דהיינו שכרו סתם לכל שנה כך וכך:

סעיף ג

ואפי' ביום אחרון בפ' השואל דף ק"ב בעי מניה מר' ינאי שוכר אמר נתתי ומשכיר אומ' לא נטלתי מי נאמן כו' לא צריכא ביומא דמשלם זימניה כו' תניתוה שכיר בזמנו נשבע ונוטל טעמא דשכי' משום דטריד בפועליו כו' וריטב"א בחידושיו ז"ל וצ"ע מאי קא מוכח ליה משכיר דלמא התם שאני דאיכא איסורא בל תלין ומש"ה עביד דפרע כדי שלא יעבו' אבל בעלמא אימא לך דלא פרע עכ"ל. ולפמ"ש בסי' של"ט סק"א במשכי' בית לחבירו עובר משום בל תלין ומשום (דבית) דין תלוש אית לה דה"ל תלוש ולבסוף חיברו וה"ל כמו שכירות כלים א"כ שפיר פשיט ליה שוכר משכיר דבשניהם איכא בל תלין:

סעיף ד

מוציאין מידו. עב"ח בסי' קל"ז שהקשה דהא אמרי' לא חציף אינש ואפילו יש עדים שליקטן מהימן מהאי טעמא ומאי שנא במשכנתא דמוציאין מידו ובש"ך שם תירץ כיון דכבר ירד בתורת משכנתא חציף נמי לאוכלו יותר ע"ש וקושיא ופירוקא אתמר בריב"ש סי' של"ו:

סימן שיט

סעיף א

או שהטעהו פ' השואל דף ק"א האי גברא דזבין ארבא דחמרא לא אשכח דוכתי לאתובו א"ל להך אתתא אית לך דוכתי לאגורי א"ל לא אזל קדשה יהבי ליה דוכתי לעיולי אזל לביתיה כתב לה גיטא שדר אזל איהי אגרא שקולאי מיניה וביה אפיקתיה ואותבי' בשבילא אמר רב הונא בריה דר"י כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישיב בראשו לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא אלא אפי' חצר דקיימא לאגרא א"ל לכ"ע ניחא לי לאגורי ולך לא ניחא לי דדמית עלי כארי' ארבא וכת' הנ"י ז"ל דוקא כה"ג דהך אתתא שלא היה דעתה לאגורי להאי אלא מפני שקידשה הא אלו השכירה לו סתם קודם ואח"כ קידשה לאו כל כמיניה דמיעבד הכי אטו המשכיר או המשאיל בית לחבירו לזמן ידוע כשהוא אוהבו ואח"כ היתה מריבה ביניהם יכול להוציאו מן הבית שהשאיל או השכיר לו ודאי ליכא למימר הכי וכ"כ הריטב"א עכ"ל ומזה כת' הרמ"א בסי' שי"ב ס"ט דאם פי' ואמר שמשכי' לו מפני שהוא אוהבו ואח"כ נעשה שונאו יכול להוציאו ע"ש ותמיהא לי טובא כיון דלא התנה בדיני תנאי היכי מהני מפרש מפני שהוא אוהבו דהא כל שאינו כתנאי ב"ג בתנאי כפול המעשה קיים והתנאי בטל וכ"כ מוהרי"ק בשורש קמ"א ז"ל גם מה שטען האיש הזה כי יסוד החתימה לאהב' השלום והשלום לא היה מתמיד כו' הרי לא נכתב בלשון תנאי והרי שנינו בגיטין פ' השולח המוציא את אשתו משום שם רע לא יחזי' ואמרי' עלה בגמ' והוא שיאמר לה משום שם רע אני מוציאך קסב' טעמא מאי משום קלקולא אי אמר לה הכי מצי מקלקל לה אי לא לא מצי מקלקל לה ועל זה כתבו תוס' פ' השולח וז"ל דאי אמר הכי מצי מקלקל נראה דאינו אלא לעז בעלמא דהא לא אמר ע"מ אע"ג דבכמה דוכתי מהני גילוי דעת הכי ליכא למימ' הכי מדבעי לה תנאי כפול כו' הרי לך בהדיא דאע"ג דאמר לה משום שם רע ונמצא שאינו שם רע אפ"ה אין הגט בטל וכ"ש הכא דלא אמר ע"מ ועוד בר מן דין ובר מן דין אפי' חשבי' ליה הא לא כפלי' לתנאי' ע"ש וא"כ ה"ה כזה שאו' מפני שהוא אוהבו הא לא כפלי' לתנאיה וה"ל

כהאי דמוהרי"ק שכתבו לאהבת השלום והשלום לא היה מתמיד הא דבפ' השואל דהתם בתחלה כאשר שאל ממנה דוכתי לאגורי א"ל לא ולבתר דקדשה יהב' ליה זה הוי גילוי דעת גמור שא"צ בזה דיני תנאי כלל כמ"ש בתוס' ופוסקים דהיכא דאיכא גילוי דעת גמור לא בעינא תנאי כלל אבל בזה שאו' בשעה שמשכירו מפני שהוא אוהבו אין בזה גילוי דעת כלל רק במה שאמר וכיון דלא כפלי' לתנאי ולא אמר כלל בלשון תנאי אין בזה לא משום גילוי דעת ולא משום תנאי ואפשר לומר טעמא דהרמ"א לפמ"ש באשר"י פ"ב דקידושין במוכר שמפ' בשעת מכירה אדעתא למיסק ולא עלה דמהני בקרקע ולא במטלטלין וכ"כ בטור סי' ר"ז וברמ"א שם אמנם נראה לפי טעמא שכ' הרא"ש שם דבקרקע מהני מפ' בשעת מכירה משום דאין אדם מוכר קרקעותיו שהוא מתפרנס בהם ומסתמא לא מכר אלא אדעתא דפירש בשעת מקח אבל גבי מטלטלין כיון שדרך למכרן לא מהני מפ' בשעת מקח אלא דוקא בדיני תנאי וע"ש וא"כ היינו דוקא במוכר קרקעות שהוא מתפרנס ואין דרך למוכרן אבל שכירות קרקעות עבידי בהכי וכבר כ' הרמ"א בסי' שס"ג ס"ו סתם בתים בזמן הזה קיימא לאגרא אע"ג דעדיין לא השכירו מעולם והוא מדברי מרדכי פ' כיצד הרגל ע"ש א"כ שכירות בתים לא גרע ממכירת מטלטלין דאע"ג דמפ' בשעת מקח אדעתא דלילך למקום פ' דלא מהני אלא אם כן התנה בדיני תנאי ומשום דדרך למכור מטלטלין וא"כ שכירות בתים דקיימא לאגרא הרי הוא כמטלטלין ולא מהני מפרש בשעת שכירות ולכן נראה לענ"ד דקשה להוציא השוכר מן הבית תוך זמנו ולשון הטור ז"ל מי שבקש מחבירו להכניסו ולא רצה עד שהטעהו וקבל אותו ע"ש והיינו כמ"ש כיון דלא רצה בתחילה ה"ל גילוי דעת ואינו בדין תנאי אבל מכח אמירה שאמר בשעת מקח מפני שאוהבו לא מהני וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ב

יש לבעה"ב למכור והוא דעת הרמב"ם דמשוה הכנסה שלא מדעת להטעהו דאמרו בגמ' דאפי' בחצר דקיימא לאגרא יש לו רשות לאפוקי אבל רבי' ירוחם כת' שיש חולקים וס"ל דהכנסה שלא מדעת אינו דומה להטעהו אלא בחצר דלא קיימא לאגרא אכל קיימא לאגרא לא:

סעיף ג

וי"א דצריך להודיעו עב"י שכת' בדעת הרמב"ם דאין צריך להודיעו כלל אלא ממדת חסידות ובסמ"ע כת' דגם דעת הרמב"ם דצריך להודיעו אלא שדעת הרמב"ם שמוציאו תחלה ואח"כ מודיעו שיקח מן השוק ולדעת הרא"ש דצריך להודיעו קודם שמוציאו מן הבית ע"ש וכ"כ הב"ח דודאי גם הרמב"ם ס"ל דצריך הודעה דאם לא הודיעו והשליכו

לשוק ונאנס חייב מדינא דגרמי ומזיק בידים אלא דמדת חסידות שכת' הרמב"ם היינו להודיעו תחלה קודם השלכה דשמא בין השלכה והודעה יגיע איזה אונס ויתחייב בדיני שמים ע"ש ואינו מוכרח די"ל דס"ל להרמב"ם דא"צ הודעה כלל דגם בש"מ כ' דא"צ הודעה כלל ע"ש וז"ל האי מעשה דהאי גברא דזבין ארבא דחמרא אייתי ליה הכא משום דהאי אתתא אפיקתי' לחמר' לאלתר ולא אודיעי' כלל ואע"ג דאמרי' בכרכים צריך להודיע י"ב חדש כו' ושואל כשוכר דמי כו' הכא כיון דשלא כדין עבד וברמאות כאשר עשה כן יעשה לו הראב"ד וכ"כ ריטב"א בחידושיו ע"ש ולישנא דלא אודעי' כלל משמע דס"ל דלא בעי אודעה כלל לא בתחלה ולא בסוף וזה נראה נמי דעת הרמב"ם וכמ"ש הב"י ועיקר הודעה אינו אלא ממדת חסידות:

סימן שכ

סעיף א

והוי ליה כמלוה בשטר כת' הסמ"ע גם זה נתינת טעם הוא למה אין כותבין אלא מדעת שניהם שהרי משכתבו יהיה עליו הכתיבה כמלוה בשטר לטרוף על ידו ממשעבדי שלו מה שקצב עמו ולא ניחא לסתם אנשים שיהיה עליהם שטר כזה וכע"ש הט"ו בסי' ל"ט מיהו כתבתי בפרישה דהיינו דוקא כשפרט בתוך השטר קצבה ידוע ליתן לו וכן מוכח לשון הטור ע"ש אבל אם לא נפרט אלא שליש או רביע כו' אין מוציאים בשטר כזה ממשועבדין דאין מוציאין למזון האשה והבנות אלא מבני חורין עכ"ל. וקשיא לי דהא אפי' שוכר במעות וכת' שטר עליו נמי אינו כמלוה בשטר משום דלא נכתב אלא כי היכא דלא ליחזק עליה וכמ"ש תוס' פ' השואל (דף קי"ג) גבי האי שטרא דכתב לעשר שנין ע"ש וכ"כ בטור וש"ע סי' שי"ז ס"א דאפי' שכירות בשטר יכול לטעון פרעתי ע"ש ולא משכחת שכירות בשטר שלא יוכל לטעון פרעתי אלא א"כ כתבו שטר אחר על דמי השכירות חוץ משטר השכירות ע"ש בסמ"ע סי' שי"ז והכא דמיירי משטר השכירות א"כ אמאי הוי כמלוה בשטר ואין לחלק ולומר דלענין פרעתי לא הוי מלוה בשטר אבל למשעבדי ה"ל דין שטר דכיון דיכול לטעון פרעתי ממילא אינו גובה ממשעבדי דשמא פרע ואפי' היכא דאתברר דלא פרע וכגון תוך זמנו וכיוצא נמי אין לו' דגובה ממשעבדי כיון דטעמא משום דלא נכתב לגובייני א"כ למשעבדי נמי לא מהני ולכן נלפענ"ד דמ"ש הטור וה"ל כמלוה בשטר לאו למשעבדי קאמר אלא קאי על מ"ש ומשכתבו אין יכולין לחזור בהם ואם התנו שישלם לו כלום משכתבו קנו וה"ל כמלוה בשטר היינו דה"ל כמלוה בשטר לענין חיוב שמחייב עצמו בשטר אבל לענין משעבדי ופרעתי לא ה"ל

כמלוה בשטר דשטר שכירות אינו לגוביינא וכמ"ש בסי' שי"ז בטור שם והאי לישנא דכת' בטור דה"ל כמלוה בשטר לא מצינו לא ברי"ף ורא"ש ולא ברמב"ם ולא נדע מאין הוציא הטור האי דה"ל כמלוה בשטר ואכתי צ"ע:

סעיף ב

וחטיטת המקומות ז"ל הטור ויתן בעל השדה עיקר הדברי' הצריכים לעבודת הקרקע כמו הקורדם שחופרין בו וכו' והדברים שאינן מעיקר העבודה אלא כדי להקל מעבודה כגון היאורים שעושים להמשיך בהם מים ע"פ השדה על המקבל לעשותו ע"ש וכת' הסמ"ע שלפי זה לה"ל למימר חטיטת המקומות שמתקבצים בהם המים דמשמע שחופרין אותו להיות המים מקובץ ועומד שם ע"ש ונראה דהרמב"ם מפ' פי' אחר בש"ס דלא כפרש"י דמפ' יאורי היינו יאורים להמשיך בהם מים על פני השדה ע"ש וזה ג"כ דברי הטור ע"פ פירש"י אבל בשטה מקובצת כת' דהראב"ד מפ' אריסא עביד בה יאורי כמו נברכת לקבץ מהם מים ומשם יספקו לערוגות ע"ש וזה הוא נמי פי' הרמב"ם וש"ע שמקבצין בהם ע"ש בשטה פ' המקבל:

סימן שכא

סעיף א

שאמר מחכיר לחוכר. בפ' המקבל בהא דתנן אם א"ל מכור לי בית שדה בית השלחין זה או שדה בית האילן זה יבש המעיין ונקצץ האילן מנכה לו מן חכורו ואמרי עלה אמאי לימא ליה שמא בעלמא אמרי לך מי לא תניא האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך אע"פ שאין בו אלא לתך הגיעו שלא מכר לו אלא שמא והוא דמתקרי בית כור וכו' אמר שמואל לא קשיא הא דאמר ליה מחכיר לחוכר הא דא"ל חוכר למחכיר א"ל מחכיר לחוכר שמא בעלמא א"ל אמר ליה חוכר למחכיר קפידא רבינא אמר אידי ואידי דא"ל מחכיר לחוכר מדקאמר זה מכלל דקאי בגויה עסקי' בית השלחין למה ליה למימר ש"מ קפידא. ופסק הרי"ף והרא"ש דאין חילוק בין אמר מחכיר או אמר חוכר אלא כיון דאמר זה כרבינא ואפי' אינו עומד בתוכה כל שאומר בית השלחין שבמקום פ' כיון שאומר שדה במקום פ' בית השלחין למה ליה למימר ש"מ קפידא ועיין סמ"ע וכן משמע בש"ס דעיקר קפידא מוכח מדאמר בית השלחין דלא היה צריך למימר כיון דקאי בגוה וא"כ ה"ה היכא שרומז בית השלחין שבמקום פלוני נמי בית השלחין מיותר ש"מ קפידא. אלא דלשון הרמב"ם וש"ע משמע דעיקר קפידא במה שאומר זה ודעת הרמב"ם פ"ח משכירות נמי כרבינא ע"ש. ובטור הביא בשם הרמ"ה שכת' באומר חוכר

למחכיר מנכה לו אע"פ שאינו עומד בתוכו וע"ש וגם הרב המגיד פ"ח משכירות כת' שדעת הרמב"ן והרשב"א לחלק בין אמר מחכיר לחוכר או חוכר למחכיר ומשום דרבינ' לא פליג אדשמואל מדלא אמר רבינא לעולא ל"ש אמר מחכיר לחוכר ול"ש אמר חוכר למחכיר ש"מ דמודה רבינא דהיכא דאמר חוכר למחכיר קפידא הוי ואפי' אינו עומד בתוכו ותניא נמי בתוספת' שדה בית השלחין אני שוכר הימך שדה בית האילן אני שוכר הימך יבש המעין ונקצץ האילן מנכה לו מן חכורו וזה מבואר בדבריהם ז"ל עכ"ל וכ"כ בנימוקי בשם הרנב"ר דרבינא מודה באומ' חוכר למחכיר קפידא אפי' באינו עומד בתוכו דכן משמע מן התוספת' דחוכר למחכיר קפידא בלא זה כלל דתני התם שדה בית השלחין אני שוכר הימך כו' ובריש דהך תוספת' לא תני זה ואפ"ה חייב להעמיד לו מעין ואילן אחר כיון דקפיד ומיהו בסיפא דאמר זו הא פי' מעיין זה ואילן זה ובשעת המקח אין כאן טעות אלא כיון דאמר זו דמשמע קפידא כדקיימא השתא דמי לאחריות וכו' והרא"ש כ' ז"ל יש מפרשים דוקא קאמר רבינא באמ' ליה מחכיר לחוכר אבל אי אמר ליה חוכר למחכיר הוי קפידא בלאו האי טעמא מדלא קאמר אידי ואידי בין א"ל מחכיר לחוכר וכו' וליתיה דהא מתני' בדא"ל חוכר למחכיר אייריי כדקתני אם אמר לו חכור לי בית השלחין זו אפ"ה דוקא משום האי טעמא וכו' והא דתנן מנכה לו מן חכורו ואינו חייב להעמיד בית השלחין אחר ובית אילן אחר משום דאמר ליה בית השלחין זו אבל אם אמר חוכר למחכיר בית השלחין אני חוכר ויבש המעיין חייב ליתן לו בית השלחין אחר או יחכור מעין אחר או יטע אילן אחר והכי תניא בתוספת' שדה בית השלחין אני חוכר ממך וכו' ע"ש ודברי הרא"ש מרפסן איגרי כיון דס"ל כרבינ' דאפי' חוכר למחכיר אינו קפידא אלא באומר זה א"כ היכי כת' דבסתם חייב להעמיד בית השלחין אחר הא אם אינו אומר זה א"כ מצי אמר שמא בעלמ' אמרי לך וביותר תמוה דמסייע ליה מתוספת' והא זה ראיית הפוסקים דבאומר חוכר למחכיר אינו צריך זה והוא ראיית הרמב"ן והרשב"א והנ"י וכ"כ הטור אחר שהבי' דעת אביו הרא"ש כתב ז"ל ובתוספת' משמע כדברי הרמ"ה ע"ש וא"כ היכי סמך עלה הרא"ש כיון דאיהו ס"ל כרבינ' ועמ"ש ב"ח בזה ולענ"ד נראה כונת הרא"ש לפמ"ש הריטב"א דהא דפריך ולימא ליה שמא בעלמ' אמרי לך ז"ל ולימא ליה שמא בעלמ' דהא זה קאמר ליה וקא מתקרי הכי דאפי' לא היה מתחלה כיון דמתקרי הכי וזה קא"ל הגיעו כדתניא האומר לחבירו בית כור זה אני מוכר לך וכו' ובכולהי זה גרסי' כך גריס הראב"ד עכ"ל ועמ"ש בסי' רי"ח סק"א דכן הוא שטת הרמב"ם וטור וש"ע שכתבו שם בית כור שבמקום פ' כרם שבמקום פ' ע"ש דהיינו כמו זה כיון שאומר שבמקום פ' אבל במוכר סתם בית כור עפר

אני מוכר לך או כרם סתם אני מוכר לך לא אמרינן שמא בעלמ' קאמר ליה וכ"כ הב"י בסי' רמ"ח שם על מ"ש הרמב"ם בית כור שבמקום פ' וטעמו דאל"כ לית לן למימר שלא מכר לו אלא שמא ע"ש. וכן בש"ע שם סעיף י"ז וי"ח וי"ט בכולהו כתב שבמקום פ' וא"כ הא דמקשה בש"ס לימא ליה שמא בעלמ' אמרי לך היינו משום דתנן במתני' בית השלחין זה והיכי דאמר זה י"ל שמא בעלמ' מי לא תניא האומר בית כור זה דגרסי זה וכמ"ש הריטב"א וכ"כ בשטה מקובצת בשם הראב"ד ז"ל ולימא ליה שמא בעלמ' דהא זה קאמר ליה וקא מתקרי הכי דאפילו לא היה בו מתחלה כיון דמתקרי הכי וזה קאמר ליה הגיעו כדתני' האומר לחבירו בית כור עפר זה אני מוכר וכו' ובכולהי זה וזה גרסינן עכ"ל. ולפ"ז ניחא היכא דאמר ליה סתם בית השלחין אני חוכר כיון דלא אמר זה א"כ תו לא אמרי' שמא בעלמ' קאמר א"כ צריך ליתן לו בית השלחין אחר או יחפור מעיין אחר וא"ש דינא דתוספת' כיון דתוספת' מיירי דלא אמר זה א"כ תו לא הוי שמא ובאומר בית השלחין זה נמי הוי קפידא לרבינ' כיון דעומד בתוכו למה אמר בית השלחין אבל במקח אפילו אומר זה לא אמרינן קפיד' דהא גבי בית כור עפר גרסינן זה ואפ"ה אמרי שמא בעלמ' קאמר ליה ע"כ דגבי מוכ' ולוקח אפי' עומד בתוכו ואומר בית כור זה אני מוכר לך אינו אלא שמא בעלמ' ועיין שם בריטב"א וכל זה ברור:) (

ולפ"ז לדינא ליכא נ"מ בין דעת הרא"ש להחולקין דהא באומ' זה ודאי קפידא גבי חכירות וכדאמר רבינא והיכא דלא אמר זה א"כ לא מצי אמר כלל שמא בעלמא ועדיפא סתמא לדעת הרא"ש דלדעתו לפמ"ש א"כ כל שלא אמר זה או שבמקום פ' ודאי לאו שמא קאמר ואפי' אמר מחכיר לחוכר ואלו לדעת הרמב"ן והרשב"א דוקא בשאמר חוכר למחכיר והא דהבי' הרא"ש דעת היש מפרשים היינו משום נפקות' במוכר בית כור דגבי מוכר בית כור אפילו באומר זה לא הוי קפיד' ואמרינן שמא בעלמא וא"כ נ"מ היכא דאמר לוקח למוכר מכור לי בית כור זה אבל בחכירות ליכא נפקות' כיון דאומר זה הוי קפידא והיכא דלא אמר זה אפילו מחכיר לחוכר נמי כל שלא אמר זה לא אמר שמא בעלמ' ועמ"ש סי' רי"ט סק"א:

סימן שכב

סעיף א

אם אירע דבר זה לרוב השדות. כת' בתשובת מוהר"ש בר ברוך סי' שפ"ח ז"ל דין על ראובן ששכר בית משמעון לשני שנים והקדים ונתן לו השכר של שני שנים ובתוך אותן ב' שנים ברחו היהודים מן העיר מפני פיקוח נפש וברח גם הוא והניח הבית ריקם

ואח"כ חזרו וגם הוא חזר ורוצה שישלם לו שמעון מה שהיה חוץ מביתו ושמעון משיב ביתי היה לפניך ואתה ברחת ואיני משלם לך נראה בעיני טענת ראובן טענה ברורה לפי שמכת מדינה הוא אעפ"כ יחלוקו ההפסד שמעון ינכה לראובן חצי מה דשהה חוץ מביתו ושאר חצי ישלם לו לפי ששמא יהודי אחר שלא נגזר עליו היה שוכר הבית שהרי מיעוט הקהלה נשאר ולא היה נפסד כלום וכיון דאיכ' לספוקי יחלוקו עכ"ל. והא דאמרי' הכא דאם פשטה המכה ברוב השדות הוי מכת מדינה ולא אזלינן בתר מיעוט' ואפילו כבר הקדים בשכירות צריך להחזיר התם המכה באנשים ולא בבתים וכיון דמיעוט אנשים נשארו אמרי' שהיה שוכרו לזה שלא ברח אבל הכא דהמכה בשדות וזו השדה נמי נשדפה בכלל הרוב ואם היה משכיר זו השדה לאיש אחר ג"כ לא היה משלם כיון דנשדפה. אך דינא דיחלוקו קשה ממ"נ אם מספקא לן שמא היה שוכרו יהודי אחר שלא נגזר עליו א"כ כיון דהמשכיר מוחזק שהרי הקדים שכרו אמאי ינכה החצי מספק. מיהו בהגהת אשר"י פרק אלו מציאות כ' דהיכא דאין הדיין יכול לידע מחמת שעלתה הלכה בתיקו פי' ר"ח דהזי ספק וחולקין ע"ש א"כ נראה דזה הוא נמי טעמא דמוהר"מ שכת' כיון דאיכ' לספוקי היינו דאין הדיין יכול לידע חולקין וא"כ לדידן דקי"ל כל היכא דקיימ' ממונא תיקום ואפילו בספיק' דתיקו א"כ ה"נ אין המשכיר צריך להחזיר כלום:

סימן שלא

סעיף א

מקום שנהגו לזון. כת' בתה"ד סי' שכ"ג ז"ל ראובן שכר את שמעון עבור עשרה זהו' שילך לו למדינה פ' אל לוי ומסר לו כתבים כו' ויחזור לתוך ג' שבועות וקודם שיצא שמעון לדרכו הלך ראובן ג"כ לצד אחר וכשרצה שמעון לצאת לדרך אמר לא' או לשנים מבני העיר ראובן שכרני בכך וכך ובדעתי שיתן לי מקודם ההוצאה על הדרך בהליכה ובחזרה כו' סובר אני שיחזיר לי ההוצאה מלבד השכר שקצוב לי וחזר ועשה שליחותו ותובע מראובן הוצאות השיב ראובן על הוצאות לא היה דעתי ובשביל כך קצבתי לך י' זהו' לשכרך אלמל' כך לא היה ראוי לתת לך עשרה זהו' ושמעון טוען מנהג כל השוכרים כה"ג שיתנו לעולם הוצאות לבד השכירות ככה יעשה לי ג"כ הדין עם מי. תשובה יראה דהדין עם ראובן מאותו טעם שהוא טוען דהדמים מודיעים ששכרו על הוצאות שלו שהרי שמעון מודה לו שאין ראוי לתת שכר גדול כ"כ בשליחות כזאת ואע"פ שגם ראובן מודה לו שמנהג סתם שוכרים כה"ג שיתנו הוצאתו עם השכר מ"מ י"ל דהדמים מודיעים כמו שאבאר ואע"ג דקי"ל כרבנן גבי מכר את הצמד דאין הדמים ראיה הא מחלק באשר"י

ר"פ המניח בשם ר"ת דאפי' רבנן מודי דהדמים מודיעים היכא דאין מכחישים עיקר הלשון כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דפריך עלה וליחזי אי דמי רדיא לרדיא והיינו משום דאין הדמים מכחישים עיקר הלשון ונ"ד נמי אין הדמים מכחישים עיקר הלשון דשפיר יש בלשון השכירות שהשכיר יתן הוצאות. והתוס' פ' הפרה וכן בהגה' אשר"י ר"פ המניח מחלקים בשם ריב"ם דהא דסברי רבנן אין הדמים ראיה היינו היכא דליכ' רובא או חזקת ממון דמסייע לדמים אבל אי איכא חזקה או רובא בהודע' דמים אמרינן שפיר הדמים מודיעים ונ"ד נמי איכ' חזקת ממון לראובן והדמים מודיעים לו ג"כ ואפילו את"ל דמה שהוא מנהג המקום שהשוכרים נותנים הוצאות כה"ג חשיב כמו רוב א"כ הוי רובא נגד החזקה מ"מ מהני הודע' דמים עם החזקה דבהדי' אפי' לרבנן כדאי' בתוס' פ' המוכר פירות וה"ה אם רובא מסייע להודע' דמים אפילו איכא חזקה נגדה אמרינן הדמים מודיעים עכ"ל:

ותמיהא לן מלתא דהא בהדי' אמרו ר"פ הפועלים במקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב דאפי' הוסיף על שכרן לא מצי אמר אדעת' דלהשכים ולהעריב ולא אמרינן הדמים מודיעים וכן במקום שנהגו לזון יזון משמע דאפי' הוסיף בשכרן. וכן מוכח ר"פ המקבל ע"ש מקום שנהגו להשכיר אילנות על גבי קרקע כו' לא צריכא דכ"ע יהבי בתלת' ואזיל ויהבנ' בריבעא מהו דתימא דא"ל דאדעת' דלא יהיבנא לך באילנות קמ"ל דאיבעו ליה לפרושי וכן הוא בטור וש"ע סי' ש"ך ובכל הני דאמרן אין הלשון סותר ואפ"ה לא אמרי' הדמים מודיעים אלא דל"מ הודע' דמים נגד המנהג ואע"ג דמהני נגד רוב מנהג ל"מ נגד סתם מנהג דהא מנהג עדיף דלא אזלי' בתר רובא להוצי' ממון ואלו בסתם מנהג אזלי' בתריה להוציא ממון ואם דעתו אינו על דרך המנהג ה"ל לפרושי בהדי' וכמו שאמרו ר"פ המקבל וא"כ ה"ה בהוצאות אם מנהג' כל השוכרים כה"ג שיתנו לעולם הוצאות כנדון דתה"ד אין הדמים מודיעים) (וצ"ע:

סעיף ב

השוכר את הפועל וכ' הרא"ש פ' נערה אתמר אלמנה רב אמר שמין מה שעליה וכו' מ"ט כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה אדעת' למישקל ולמיפק לא אקני לה ר"כ מתני וכן בלקיט וכו' לקיט הוא עני המלקט בביתו של בעה"ב ואוכל פת של עצמו ומסייע לבעה"ב במלאכתו ובעה"ב מהנהו לפעמים במאכל ובמשתה ופעמים נותן לו מלבוש אבל אין לו שכר קצוב ואם יצא מעצמו מפשיט בגדיו מעליו אבל שכיר שנשכר אצל בעה"ב לזמן ידוע וקנה לו בגדיו אם יצא תוך זמנו כהאי דאמרינן פועל חוזר בחצי יום אדעתא דהכי לא יהיב ליה אבל אם יצא בזמנו כיון דידע בעה"ב דאורחי' דשכיר למיפק

בזמנו איבעי' ליה לאתנויי ומדיהיב לי' בסתמ' גמר ומקני לי' ולהכי נקיט לקיט ולא נקט שכיר כהאי דלקמן לקיט כהן בישראל לא ליכול עכ"ל ובש"ע השמיט הך דינא דלקיטו גם ברמב"ם השמיט ולא ידעתי למה. וכרי"ף ס"פ נערה הביא הך דינא דלקיט וצ"ע:

סעיף ג

ואמרו לו כאחד וכשנים מבני העיר. כ' הה"מ פ"ט משכירות וז"ל וכתבו הרמב"ן והרשב"א דכן הדין כיוצא בזה במי שאמר כדשיימי בי תלתא א"נ דפסק לפי דמים שמוכרים בעיר וכן כיוצא בזה בכולן משמנין ביניהם ושני בתוספת' לענין הפוסק על הפירות הנותן מעות לחבירו ליתן לו פירות בגורן חייב לו כשער בינוני איזהו שער בינוני היו מהלכות משמנה מתשע מעשר נותן לו מתשע עכ"ל. והא דאמרינן ר"פ האומנין דהיכ' דפועלים מתגרי בג' ובד' אין לו אלא כפחות שבפועלים וכ"כ הרי"ף שם דדעתי' דאינש אתרעא זילי ולא אמרינן שיתן כדרך המיצוע כבר כ' הריטב"א שם בהא דאמרו לא צריכא דאיכא דמתגרי בתלת' ואיכא דמתגרי בד' וז"ל וכיון דכן ידם על התחתונה ולית להו אלא תלתא ואפי' רובא בד' ומיעוט בג' שאין הולכין בממון אחר הרוב וה"ה היכא דמתגרי מג' מד' מה' ואע"ג דאמרינן באידך פירקא השוכר את הפועל כא' וכשנים מבני העיר משמנין ?ביניהן משום דאמר כא' וכב' מבני העיר אבל בשוכר סתם או כשעושה מלאכה שלא בקציצה אין לו אלא כפחות שבפועלים הובא בשטה מקובצת. וקשה דהא בפוסק על הפירות ליתן לו בגורן דהתם אינו מזכיר מוכרין כלל ואפ"ה מחויב ליתן כשער בינוני ועיין משנה למלך פ"ט משכירות שהניח זה בצ"ע:

ונראה דודאי כששוכר פועל בסתם ואינו מזכיר כלל לו' לפי דמים ששוכרין בעיר א"כ אין לו אלא כפחות ואפי' כמיעוט דזיילי וכמ"ש ריטב"א אבל באומר כא' וכשנים מבני העיר דנחית לשומא של בני העיר דעתו אשומא דבני העיר וה"ל כאומר כדשיימי לכן דעתו אמיצוע וכמ"ש הרמב"ן והרשב"א. אמנם כשפוסק על הפירות שיתן לו בגורן דהשתא ליכא שער כלל אלא הכוונה על שער הגורן וה"ל כאומר על שער שבגורן וכל שאומר על שער שיהיה הרי אין השער אלא ע"י בני העיר וה"ל כאומר כדרך שמוכרין בעיר ומש"ה דעתו אמיצוע אבל בלעבר כהאי דשוכר את הפועל וכבר נשכרין פועלים בפחות אין לו אלא בפחות וז"ב ולפ"ז בפועלים נמי אם שוכר פועל השתא ואומר לו שיבא בקציר כיון שהוא על שער שיעמוד בקציר דהא השתא לא הוי שער כלל לזמן הקציר וה"ל כמזכיר שער שיעמוד בקציר ודעתו אמיצוע כמו בפוסק על הפירות שיתן לו בגורן וזהו ראיית הרמב"ן והרשב"א דפוסק לפי דמים שמוכרים בעיר דדעתו על המיצוע מהא דפסק על הפירות ליתן לו בגורן אע"ג דגבי גורן לא הזכיר כדרך שמוכרים בעיר הוי

ליה כמזכי' כיון דדעתו על שער שיהיה בגורן שהיא לעתיד והוא השער ע"י בני העיר הוה ליה כאומר כדרך שמוכרין בעיר וכמ"ש ודו"ק:

סימן שלב

סעיף א

אינו נותן להם אלא ג' עמ"ש בסי' של"א סק"ג:

סעיף ב

אין להם אלא ג' ריש פ' האומנין פשיטא א"ל בעה"ב בג' ואזל איהו א"ל בד' ואמרו לי' כמו שאמר בעל הבית דעתייהו אעילוייא אלא אי אמר בעה"ב בד' ואזיל איהו ואמר להו בשלשה ואמרו כמו שאמר בעה"ב מאי אדיבור' דידיה סמכי דא"ל מהימנת לן דהכי אמר בעה"ב או דלמא אדיבוריה דבעה"ב קא סמכי ולא איפשטא ופסקו לקולא ועמ"ש בסי' שי"ב סק"ו הא דקולא לבעה"ב והוא השוכר וגבי משכיר את ביתו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחודש דמוקי קרקע בחזקת בעלים וה"נ הפועל מוחזק בעצמו ומשום דזה הוי דינא דמלמד ששכרוהו בשנים עשר זהו' מדינר זהב לחודש דאם למד עמו חודש העיבור אין בעה"ב צריך לשלם בעד חודש העיבור כיון דהוא עצמו למד עמו אוקי ממונא בחזקת מאריה וה"נ כיון שהפועל בעצמו עשה הפעולה א"צ לשלם מספיקא ואוקי ממונא בחזקת מארי' ואם הפועל בעצמו ידע מזה שאמר בעה"ב בד' ואינו רוצה להשלים פעולתו עד שיתן לו ד' אף ע"ג דכבר התחיל במלאכה אינו צריך להשלים את הפעולה עד שיתן לו ד' כיון דפועל מוחזק בגופו וע"ש. ומזה נראה דאם ראובן שלח שלוחו לשמעון להשכיר לו ביתו בשלשה אדומים לשנה ואזיל שלוחו וא"ל בשנים ואמר שמעון כמו שאמר השוכר דאפילו אם כבר דר בו ראובן כל השנה צריך לשלם שלשה אדומים כיון דהוא ס' ומוקי קרקע בחזקת שמעון וה"ל ממש הך דינא די"ב זהו' לשנה מדינר זהב לחודש ועמ"ש בסי' שי"ז סק"ד:

סעיף ג

עשו עמי מלאכה בארבעה כמו שעשו חבריכם. והוא בב"י בשם תלמידי רשב"א שכתבו וז"ל היכא דא"ל בעה"ב בואי עמי בה' כדרך שבאו חבריכם ואמרו לו כמו שבאו הם ואשתכח דבי' יהיב להו י' דדעתייהו אעילוייא וז"ב עכ"ל. וביאור דברים נראה דכי היכ' דאם אמר בעה"ב בג' ואזל איהו ואמר בד' וא"ל כמו שאמר בעה"ב דעתייהו אעילוייא ומפרשי דעתייהו אעילויא היילו שלא לגרוע ממה שאמר להם שליח ולכן ד' יהיב להו ועיין שטה מקובצת שם. ה"נ בעה"ב שאמר בה' כדרך שבאו חבריכם ואמרו לו

כמו שאמרו הם דעתייהו שלא לגרוע מדבריו במה שאמר כדרך שבאו חבריכם וכיון דאשתכח בי' יהיב להו י' משא"כ אמר בעה"ב בד' ואזל איהו ואמר בתלתא דלא שמעי מדברי השליח שום קציצה יותר מתלתא ואינהו אמרי כמו שאמר בעה"ב בזה הוא דמספקא ליה בש"ס אם דעתייהו אעילוי להוסיף על מאמר השליח או דמהימנת לן דהכי אמר בעה"ב כיון שלא שמעו משליח שום קציצה יותר אבל אם השליח אומר הריני שוכר אתכם בג' כמו שאמר בעה"ב ואמרו פועלים כמו שאמר בעה"ב כיון ששמעו מן השליח כמו שאמר בעה"ב אינהו נמי להכי איכוונו שיהיה כמו שאמר בעה"ב ושלא לגרוע ממה שאמר בעה"ב ובש"ך כ' דט"ס הוא ונתחלף ה' בי' ע"ש דקשיא ליה דלא אמרינן דעתייהו אעילויי אלא כי מוסיף שליח על דברי בעה"ב אבל כי אמר שליח בג' ובעה"ב בד' לא אמרינן דעתי' אעילוי ע"ש ולפמ"ש ניחא משום דגם באומר שליח בג' כמו שאמר בעה"ב ואמרו פועלים כמו שאמר בעה"ב נמי דעתי' אעילוי והיינו שלא לגרוע ממה שאמר כמו שאמר בעה"ב כן נראה ודוק:

סעיף ד

ואמר לו ליתן לו חפץ בשכרו כ' בתשו' מוהר"ם דפוס פארג סי' קס"ה ז"ל רבינו תם היה מסופק אם משכיר פועל לעשות מלאכה והתנה עמו ליתן חפץ בשכרו לאחר כן כשגמר מלאכתו תובע ממנו אותו חפץ שהתנה וזה אומר אתן לך דמי החפץ אם יכול לחזור בו מאחר שלא משכו ושוב דיקדק דיכול לחזור בו מדאמר פ' בתרא דע"ז גבי אתנן בא עלי' ואח"כ נתן לה אתננה אסור דאמר התבעלי לי בטלה זו ופריך והא מחסרא משיכה ואיני יודע איך משמע דהא איהו מהדר לאוקמה בנתן לה ואח"כ בא עליה ופריך בטלה זה מחסרא משיכה ולא קניא לה קודם ביאה אבל לאחר ביאה קני לה דאינה לשכירות אלא לבסוף עכ"ל ותמיהא לן דהא דברי רבינו תם מוכרחין שם בש"ס דפריך והא מחסרא משיכה ומשני דקאי בחצירו א"נ בזונה נכרית דלא מחסרה משיכה והיינו משום בנכרי כסף קונה ואי בנותן לה ואח"כ בא עליה דלא קניא קודם ביאה א"כ זונה נכרי' נמי לא קנה וע"ש בגמ' דהא דתני נתן לה ואח"כ בא עליה מפרקי לה והדר פריך מהאי דבא עליה ואח"כ נתן לה והא מחסרא משיכה ומשני בזונה נכרית דהיינו משום דשכירות קניא ליה במקום כסף וממילא מבואר דזונה ישראלית דלא קנה היינו משום דשכירות לא עדיפא מכסף ומחסרא משיכה וכבר הוכיחו מסוגיא זו בפשיטות הרא"ש ורבינו ירוחם והר"ן דשכירות לא קני חפץ ע"ש: אמנם דמי החפץ ודאי צריך להחזיר ומשום דשכירות אפי' אלף זוז קניא בדיבור אלא דאינו קונה החפץ משום דאפילו קיבל המוכר את כספו יכול לחזור כל שלא משך ומחסרא משיכה ואם חוזר המוכר צריך להחזיר את

כספו וה"נ צריך להחזיר דמי הפסיקה של הפעולה והוא כדמי החפץ ובתשובת מוהרי"ט ח"א סי' כ"ב כ' ז"ל ושמא דאפי' חיוב אין עליו כיון דאמר לה בטלה זה והיא לא זכתה בטלה משום דמחסר' משיכה והואיל וטלה אין כאן שעבוד אין כאן עכ"ל. ונראה שנעלם ממנו דברי הרא"ש והר"ן פ' השפוכר דכתבו להדי' דאין צריך ליתן את החפץ אבל דמי החפץ מחויב ליתן ונראה דאם השוכר רוצה ליתן לפועל את החפץ אין הפועל יכול לומר תן לי דמי החפץ אע"ג דמעות אינו קונה שניהם חוזרים הלוקח והמוכר ואפילו רוצה המוכר ליתן לו החפץ הלוקח יכול לחזור וליקח את כספו היינו משום דמעות איתנהו בחזרה אבל הפעולה ליתיה בחזרה וכיון דרוצה ליתן החפץ בשכרו כאשר הבטיחו אינו י"ל תן לי דמים כיון שלא שכרו אלא בחפץ. ובזה ראוי לספק היכא דנשרף החפץ אם יכול השוכר לו' שלך הוא דנאבד כיון דיכול הי' לפוטרו בחפץ כמ"ש ונראה דא"י לו' שלך נאבד כיון דטעמ' דא"צ ליתן החפץ כתבו ברא"ש ור"ן משום דמחסר' משיכה וכיון דקי"ל כר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונות ומשום שלא יאמר נשרף חיטך בעליה ואי נימא דחפץ הוא באחריות הפועל א"כ אמאי אינו קונה אותו בדמים שהיא שכירות כיון דסוף סוף יכול לומר נשרף חיטך בעלי'. ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהן ש"ן השיב לי בזה דאינו ראיה לפי מה שאמרו בפ' הזהב לר' שמעון דס"ל מוכר יכול לחזור ולא לוקח וטעמ' דטרח ומציל משום אוקרא ברשותיה גם הוא טרח ומציל ע"ש פירש"י וא"כ ה"נ כיון דהשוכר יכול לחזור בו אם נתייקרה וטרח ומציל וצ"ע. והנה כיון בטעמ' משום מחסרא משיכה א"כ נראה דאם חוזר בו השוכר הוא במי שפרע כיון דשכירות ה"ל כמו כסף אלא דהיא גופה קשי' לי במ"ש בטעמ' משום מחסרא משיכה ותיפוק ליה דליכ' כסף כלל לפי מה דקי"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וה"ל מלוה ומה"ט אומן המקדש אשה בשכרו אינה מוקדשת כדאי' פ' הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) וכן מבואר בטור וש"ע סי' כ"ח באה"ע שם ולפ"ז אפי' במי שפרע ליכא לדעת הרמ"א בסי' ר"ד דמלוה אינו במי שפרע ולפמ"ש בסי' ס"א סק"ג דגם בשכירות היכ' דבגמר פעולה והוא מכוש אחרון אית ביה ש"פ הוי מלוה והארכנו בזה בחידושי לאה"ע בשם הרשב"א בחידושיו ניחא דנ"מ היכ' דיש בגמר מלאכה ש"פ דכה"ג ה"ל כסף ממש אי לאו משום דמחסר' משיכה וכה"ג איכא נמי מי שפרע אבל היכא דליתי' במכוש אחרון ש"פ אפי' בנכרי אינו קונה וממיל' לית ביה מי שפרע לדעת הרמ"א סי' ר"ד ותשובת מוהר"ם הנז' בסוף דבריו שכ' ז"ל אבל לאחר ביאה קני דאינה לשכירות אלא לבסוף משמע דהבין בדברי ר"ת דטעמ' דאין צריך ליתן החפץ היינו משום דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וה"ל מלוה ולזה כ' דאינה לשכירות אלא לבסוף ומדברי ר"ת נראה

דטעמ' דידיה משום דמחסרא משיכה דכסף אינו קונה א"כ אפילו אינה לשכירות אלא לבסוף נמי הרי מחסרה משיכה דלא עדיף מכסף ועוד תמוה מש"כ דאינה לשכירות אלא לבסוף דנראה מדברי הפוסקים דקי"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף צ"ע.

ובשו"ת פנים מאירות ח"א סי' צ"ב ראיתי שהבי' דברי הרא"ש שכ' פ' השוכר בהא דא"ל בטלה זה והא מחסר' משיכה והקשה הרא"ש הא שכר פעולה לא בעי קנין כו' וביאה דבר שנותנים עלי' שכר כו' מכאן נראה לי לדקדק דהאומר לפועל עשה עמי מלאכה זו ואתן לך חפץ בשכרך יכול ליתן לו דמי חפץ בשכרו וכו' וקשה לי דלמא המקשה פריך הכי לרב חסדא ורב חסדא מוקי לבריית' פ' מי שאחזו (גיטין דף ע"ה) הרי זה גיטך ע"מ שתחזירי לי את הנייר הרי זו מגורשת כרשב"ג דאמר נותן דמיו ופריך עלה אביי אימר דאמר רשב"ג היכא דליתי' בעינא אבל איתיה בעינ' מי אמר וכיון דרב חסדא ס"ל לרשב"ג תתן דמי' אף כשהחפץ בעין פריך שפיר אבל אנן דקי"ל כאביי מחויב לקיים תנאו ככל תנאי שבממון וע"ש שהניח בקושי' ואינו קושיא דהתם שהיה דרך תנאי וס"ל לרב חסדא דמתקיים התנאי בדמיו ומשום דלא הקפיד דוקא על החפץ וכמו היכ' דליתיה בעינ' דמתקיים בדמיו ומשום דלא הקפיד דוקא על גוף החפץ ועמ"ש בסי' רמ"א סק"ו בשם תה"ד סי' שי"א. אבל בהבעלי בטלה זו דהוא קציצה בשכירות ואי נימא דשכירות קונה גוף החפץ הרי קנתה גוף הטלה וכיון דהטלה שלה בעין איך יוכל ליתן לה דמיו אלא ודאי דשכירות לא קנה גוף החפץ ומשום דמחסרה משיכה וא"כ לדידן נמי דק"ל דהיכ' דאיתיה בעינא צריך ליתן גוף החפץ היינו משום דאדעת' דהכי התנה שיתן לו גוף החפץ ולא אמר דמי החפץ אלא קפיד בתנאו דכל זמן שיהיה החפץ קיים יצטרך ליתן גוף החפץ ואם אינו נותן גוף החפץ ואיתיה בעינא יתבטל המעשה וכמ"ש שם בסי' רמ"א בשם תה"ד אבל בהבטיח בשכרו נהי דקפיד על גוף החפץ במאי קנה וביטול המעשה ל"ש כיון דכבר עשה הפעולה וזה פשוט ועמ"ש בסי' ר"ג סק"ג:

סעיף ה

יכול ליתן לו אח"כ דמיו. ז"ל הסמ"ע דוקא בחפץ דינא הכי ולא בשט"ח וכמ"ש בפסקי מוהרא"י סי' ר"ל עכ"ל ובש"ך כ' ז"ל ור"ל דבשט"ח אם לא יתן לו השט"ח א"כ לא יתקיים התנאי ולא יתן לו כלום והשוכר שיעבד עצמו לתת לו שכרו כן הוא בפסקי מוהרא"י שם ולפ"ז אם ירצה ליתן (יתן) לו מה ששוה השט"ח כפי מה שהוא שוה למכור כמו גבי מוחל שט"ח לעיל סי' ס"ו נ"ל עכ"ל ולפי שלענ"ד אינו נראה כן מדברי תה"ד לכן צריכים אנו להעתיק לפנינו לשון מוהרא"י וז"ל והאי דטרח אחר שט"ח של חבירו עד שהביאו לידי פרעון והורה (והודר) לו מן הבעלים ונתקבל קנין על זה כ' דהורה א' מדייני

דשפילי דלא קנה השכיר משום דאין אותיות נקנה אלא בכתיבה ומסירה נראה דמשום הא אין מזניחין להאי דינא ודאי לאו שפיר עביד למיגמר טענתא דאינשי דשוה נפשי' הדרנא אבל מ"מ לאו ברירה כל כך דזכה השכיר ברביעית שלו וליכא למימר דכיון דשכר פעולה לא בעי קנין א"כ קנה בפעולתו בכל אשר התנה ופסקו עמו והוי כאלו כתב ומסר לו. לכאורה לא משמע הכי מפ' בתרא דע"ז כו' ופריך עלה טלה זה הא מחסרא משיכה ומקשה שם אשר"י מאי נ"מ שלא משך הא שכר פעולה לא בעי קנין כו' ומסיק י"ל שהשוכר פועל בחפץ אינו חייב לתת לו החפץ אלא נותן לו דמיו אם ירצה אא"כ משוך או שהי' החפץ ברשות השכיר עכ"ל. מהכא מוכח דאינו קונה בפעולתו ממש מה שהתנה לו אלא שכרו בדמים א"כ נ"ד נמי לא קנה בגוף הכתב שהרי לא נכתב ונמסר כו' ונמצא שלא קנה אלא שכרו בדמים כפי מה שהיה שוה רביעי' הכתב כשהתחיל לטרוח בו אבל שנפרע ממנו אח"כ מהיכן יזכה בו דשלבל"ע הוא כיון שלא זכה בגוף הכתב וכו' אמנם נראה שי"ל בהאי דאשר"י פ' בתרא דע"ז שהתם כיון שלעולם צריך לתת לו דמי החפץ הרי נתקיים לשכיר תנאו כדאי' פ' מי שאחזו היכא דליכ' לצעורי קא מכוין אמרינן מה לי איצטלית מה לי דמי' א"כ נ"ד אם לא יקנה בגוף הכתב א"כ לא נתקיים לו תנאו והשוכר שעבד עצמו לתת לו שכרו כך ובריש אע"פ כתבו בתוס' בשם ר' אליהו שיכול אדם לשעבד א"ע בדשלבל"ע והיכי דחזינן למצא טעם וראיה כדי לקיים מנהג דפשט גם בארצינו שטורחין עבור חובות למחצה ושליש ורביע אין פוצה פה לחזור בדבר עכ"ל. ויבואר דבתחלה עלה על דעתו לומר שלא יקנה אלא דמי שויו של רביעית הכתב כשהתחיל לטרוח ואחר כך מסיק דכיון דהבטיח ליתן לו רביעית ממה שיהיה אחר שנפרע ואם יטול פחות מזה לא נתקיים התנאי כלל וא"כ אין שמין את השט"ח דודאי קודם שבא השטר לידי פרעון הרי לא שוה רביעית הכתב אלא דבר מועט ולכן הבטיחו ליתן במה שיגבה רביעית וצריך לקיים תנאו כפי שהתנה וכמ"ש בטעם הדבר בתה"ד. ותמה אני על הש"ך במ"ש דשמין את השט"ח כיון דלהדי' מבואר בתה"ד דכה"ג אין שמין את השט"ח וז"ב:

סעיף ו

הואיל ולא משך החפץ. ונראה דה"ה אם הבטיח לשכיר בשכרו דשלבל"ע כגון פירות דקל ולא אמר דקל לפירות נמי מחויב ליתן שכרו דלא גרע מהבטיח לו חפץ דלא קנה החפץ ואפ"ה בדמיו מיהו נתחייב וא"כ ה"ה בדשלבל"ע בדמיו מיהא נתחייב ולפמ"ש בסק"ה בהבטיח ליתן בשכר טירחא לגבות שט"ח שיהי' לו מזה שליש או רביע דאין שמין את השט"ח לפי מה שהי' שוה בעת שטרח אלא צריך ליתן דמי שליש ממה

שגבה א"כ ה"ה בהבטיח פירות דקל אין שמין כמה שוה עכשיו קודם שגדלו הפירות שהוא בזול אלא צריך ליתן פירות דקל אחר שגדלו או דמי הפירות אחר שגדלו ועמ"ש בסי' ס' סק"ב מה"ט בהבטיח לפועל ליתן מזונות דמחויב ליתן אפילו לדעת הרמב"ם דמזונות ה"ל דבר שאינו קצוב ומשום דשכירות דנקנה בדיבור וזה נלע"ד בענין יעקב ולבן בעקודים ונקודים דהו"ל ולדות דשלבל"ע וקנה יעקב מלבן בשכירות דנקנה אפילו דשלבל"ע מיהו בפסקי מוהרא"י סי' ק"ל כתב בהא דצאן לבן דקנה יעקב משום דה"ל כאומר קני בהמה לולדות ע"ש ולפמ"ש א"ש משום שכירות דנקנה בדיבור אפי' בדשלבל"ע ועמ"ש בסי' ער"ה סקי"א בשם הריב"ש בענין בכורה שקנה יעקב משום דקודם מתן תורה דשלבל"ע נמי נקנה א"כ ה"ה צאן לבן:

סעיף ז

והיה יכול לחזור בלא תרעומות והוא מדברי הנמוקי יוסף פ' האומנין ועיין ש"ך ועמ"ש בזה בסי' רכ"א סק"א:

סימן שלג

סעיף א

אלא תרעומת כתבו תוס' ומ"מ יש להם תרעומת אע"ג דמוצאין להשתכר שעתה לא ימצאו אלא ע"י טורח וכ"כ הרא"ש והטור. ובש"ך הקשה דא"כ מאי פריך בש"ס דף ע"ט גבי ספינה אי דמשכח לאגורי כולה בעי שלומי ה"ל לשנויי דמשכח לאגורי ע"י טורח ע"ש וכבר הרגיש בזה בשטה מקובצת ע"ש גבי ספינה וז"ל ה"ד אי דמשכח לאגורי ולית ליה פסיד' אמאי אית ליה תרעומת דאע"ג דפועל איכ' תרעומת כשחזר בו בעה"ב ואע"ג דליכא פסיד' וכדאי' לעיל הני מילי כי הדר בלא טענה אבל הכא בטענה רבה חוזר עכ"ל והיינו משום דפרקה בחצי הדרך ואין לו צורך עוד לספינה וכה"ג דחוזר בטענה רבה ומשכח לאגורי אין בו משום תרעומת:

סעיף ב

אבל אם היו נשכרין אמש. ר"פ האומנין תניא השוכר את האומנין והטעו את בעה"ב או בעה"ב הטעה אותן אין להם זע"ז אלא תרעומת בד"א שלא הלכו אבל הלכו חמרין ולא מצאו תבואה פועלים ומצאו שדה לחה נותן להם שכרן וז"ל תוס' וקשה לר"י דהא קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל כיון שעל ידן יתבטלו אותו היום וי"ל דמיירי כשחוזר בו עוד ימצאו להשתכר ומ"מ יש עליו תרעומת שעתה לא ימצאו אלא ע"י טורח ע"ש וקשיא זו נתקשו בו כל הראשונים עוד תירצו דמיירי דגם

מתחלה לא היה מקום אצל מי להשתכר ע' בנ"י ובני הבחור המופלא כמר יוסף דוב בער ש"ן הקשה מה בכך שנתבטלו על ידו ממלאכה דהא קי"ל המבטל כיסו של חבירו פטור וכן נועל חנותו של חבירו פטור ואם כן אפי' מצאו אמש להשתכר והיום לא מצאו נמי אין בו משום מזיק כיון דאינו אלא כנועל דלת חנותו של חבירו והשבתי לו דשאני נזקי ממון מנזקי גופו והוא דבאדם דאזיק שור ליכא אלא נזק אבל אדם דאזיק אדם חייב בד' דברים ואחד מהן הוא שבת ואפי' שבת שלא במקום נזק נמי חייב וכגון דאהדקיה באנדרוניא נמי חייב כמבואר בפ' החובל ומש"ה במבטל כיסו של חבירו או נועל חנות חבירו דליכ' דין שבת בנזקי ממון מש"ה פטור עלה אבל באדם דאזיק אדם דחייב בשבת כמו בנזק וא"כ לר' מאיר דדאין דינא דגרמי הוי גורם לשבת וחייב עלה:

ולפ"ז דוקא בפועלים הוא דחייב משום דד"ג היכא דמצאו אמש והיום לא מצאו מקום להשתכר אבל שכר בהמותיו ולא התחיל במלאכה אפי' מצאו אמש להשתכר והיום לא מצאו אין זה אלא כמבטל כיסו של חבירו ואין בו נזק. כלל ופטור וניחא בזה הא דמפלג בבריית' בין הלכו ללא הלכו וטפי הוה ליה לפלוגי וליתניה בדידיה בלא הלכו בין מצאו מקום להשתכר או לא ובתוס' כתבו דאורח' דמלת' נקט ע"ש ולפמ"ש ניחא משום דתני נמי חמרין וגבי חמרין פטור על שביתת בהמתן וכמ"ש ודו"ק:

אמנם לפמ"ש בסי' ש"ח סק"ב בשם הרמ"ה הובא בטור שם גבי קב לכתף כו' שם דאינו חייב אלא בנזק אבל לא בארבעה דברים ע"ש וכתבנו טעמא דמלת' משום דהתם אינו מזיק ממש אלא מחמת דינא דגרמי הוא דחייב ואינו חייב משום דד"ג אלא בנזק אבל לא בארבעה דברים ע"ש א"כ ה"נ אפי' לא מצאו מקום להשתכר אינו חייב במה שנתבטלו על ידו כיון דאינו אלא משום שבת ואינו חייב בדיני דגרמי אלא בנזק ולא בארבעה דברים ושבת חד מנהון דאינו חייב וא"כ אפי' נתבטלו הפועלים עצמן ממלאכתן נמי פטור ואינו חייב משום שבת אלא אהדקיה באנדרוני' דהוא בידים אבל גרמי דשבת פטור ודו"ק:) (

שוב מצאתי בתשובת מוהר"ם בר' ברוך דפוס פראג סי' תתכ"א שכתב וז"ל דין הא דדיני דגרמי היינו במקום שמפסיד חבירו ע"י גרמתו אבל מקום שהיה יכול להרויח וגורם לו בגרמתו שאינו מרויח פטור כדתנן השוכר את האומנין והטעו זא"ז אין עליהם אלא תרעומת לעיל בסי' תש"ץ ירושלמי המבטל כיסו של חבירו פטור עכ"ל ומבואר דס"ל למוהר"ם דגבי פועל אפי' מצאו אמש מקום להשתכר והיום לא מצאו פטור ומשום דאינו היזק אלא מניעת ריוח. ואף ע"ג דראיה דמייתי מוהר"ם מירושלמי ממבטל כיסו של חבירו יש לחלק בין נזקי ממון לנזקי גופו דיש בו משום שבת כמ"ש דכבר כתבנו

דלענין דינא דגרמי אידי ואידי שוין דאינו חייב משום שבת בדיני דגרמי. ולדינא צ"ע כיון דדעת מוהר"ם דפטור בפועלים אפי' הפסידו על ידו את מלאכתן ומסתבר טעמיה דמוהר"ם לפמ"ש וגם השוכר הוא מוחזק בממון וידוע דנפיש חיליה דמוהר"ם להוציי ממון (מ"י) נגדו. ונראה דמה"ט וגם בש"ע לא אתי עלה משום דינא דגרמי וכמ"ש תוס' אלא משמע דה"ל דבר האבוד וכמ"ש בש"ע דה"ז כדבר האבוד להם ע"ש אלא דנראה מדעת מוהר"ם דפטור בע"ה אפי' הפסידו הפועלים ולא הוי דבר האבוד דאי הוה ס"ל למוהר"ם דאין בע"ה יכול לחזור אלא כשמנאו פועלים גם היום מקום להשתכר א"כ לא הוי ראיה מיניה להא דמניעת ריוח וגם בזה נראה כדברי מוהר"ם ומשום דדבר האבוד לא מצינו אלא היכ' דכבר התחילו במלאכה דזה קנין שקונין בו השכירות פועלים ורצו לחזור בזה אמרינן שוכר עליהן או מטען אבל היכ' דלא התחילו במלאכה דאין בו משום קנין כלל אלא דברים בעלמ' א"כ אפי' הוי דבר האבוד אינו אלא משום דינא דגרמי שהפסידו על ידו וכה"ג דאינו אלא מניעת ריוח אפי' בנזק אדם פטור ומשום דלא מחייב בדיני דגרמי אלא בנזק ולא בארבעה דברים וכמ"ש הרמ"ה הובא בטור סי' ש"ה וא"כ כיון דדעת מוהר"ם דפטור נראה דמספיק' לא מפקינן ממונא ודוק ועמ"ש בסק"ג:

סעיף ג

הרי זה כדבר האבוד וז"ל הנ"י בד"א שאין להם ממון בשלא הלכו והא דנקט הלכו אי כשהיו פועלים מוצאין להשכיר עצמן מבערב עסקינן בלא הלכו נמי כל שעכבן והפסידן שכירות אותו היום חייב בע"ה דהא דבר האבוד הוא להם דכי היכא דפועלים מחייבי ליה לבע"ה בדבר האבד כדתנן במתני' ה"נ בע"ה מחייב להו לפועלים אלא הכא מיירי כגון שלא היו מוצאין להשכיר את עצמן מתחלה מש"ה דוקא כשהלכו שהיא בהתחלת מלאכה שכשם ששאר דברים נקנה בקנין כך שכירות פועלים נקנה בהתחלת מלאכה עכ"ל. ונראה הא דאתי עלה משום דבר האבוד ולא אתי עלה משום דינא דגרמי וכמ"ש תוס' הבאתי דבריהם סק"ב משום דהוי כמו מבטל כיסו של חבירו כמ"ש שם סק"ב ע"ש ומה"ט נמי בש"ע אתי עלם משום דבר האבוד אך קשה דהא כת' הנימוקי גבי פועלים בדבר האבוד וז"ל אבל בדבר האבוד אם ימתין אע"פ שלא התחילו מלאכה אע"פ שלא באת חבילה לידו שאין כאן אלא דברים חייבין לשלם עד כדי שכרן אפילו לפי היוקר שנתייקרו פועלים בשכרן וע"ש שכ' ואם באת חבילה לידו שוכר עליהם עד ארבעים ונ' זוז כו' ומיהו אם לא שכר עליהם אלא הפסיד בהמתנה אינם משלמין שלא קיבלו עליהם לשלם אלא שאם רצה בעל הבית שוכר עליהן או מטען עכ"ל וכיון דדבר האבוד

ל"מ אלא לשכור עליהן או מטען אבל לשלומי לא א"כ בעל הבית שחוזר בפועלים היכא שחייב לשלומי משום דבר האבוד וכבר הקשה דבר זה בחדושי מוהר"ם שי"ף ע"ש:
אמנם נראה דטעמ' דפועלים שחזרו בבע"ה ליתיה בתשלומין היינו משום דפועלים לא קיבלו עליהם אלא לגמור המלאכה ונשתעבדו לגמור מלאכתן עד כדי שכרן ומש"ה בדבר האבוד אפי' לא התחילו במלאכה כיון דקיבלו עליהם לעשות מלאכתן נשתעבדו עד כדי שכרן והיינו כששוכר עליהן אבל אם אינו שוכר עליהן לא בעי שלומי כיון דלא קיבלו עליהן תשלומין אבל בע"ה החוזר בפועלים עיקר חיובו דבעל הבית הוא לשלומי לפועלים וכיון דתנאו דבע"ה הוא לשלומי מש"ה בדבר האבוד צריך לקיים תנאו ובעי לשלומי וכי היכא דפועלים בדבר האבוד מחויבין לקיים התנאי שהוא לגמור המלאכה ומש"ה שוכר עליהן וא"כ בע"ה בפועלים שהוא להיפך דעיקר תנאו לשלומי א"כ בדבר האבוד בעי שלומי ומיהו כבר כתבנו בסק"ב דמוהר"ם ס"ל דאפי' הפסידו הפועלים פטור ומשום דבר האבוד לא מחייב וכמ"ש שם דאינו מוכרח לו' דיש חיוב בדבר האבוד אלא כשהתחילו במלאכה ומ"ש בנ"י כדתנן במתני' י"ל דמתני' נמי מיירי כשהתחילו במלאכה ואפי' נימא דבדבר האבוד אפי' לא התחילו במלאכה נמי היינו משום דפועלים בבע"ה היכא שהוא דבר האבוד הרי גרמו לו היזק ממש משא"כ בע"ה בפועלים אינו אלא מניעות ריוח וכמ"ש מוהר"ם בר' ברוך ובסמ"ע כת' טעמ' דדבר האבוד שכת' בש"ע היינו משום דד"ג. ולענ"ד נראה דהוא מדברי הב"י ולא אתי עלה הנ"י אלא משום דבר האבוד ומשמע דהוא טעמ' אחריני וכמ"ש אלא דטעמ' דמור"ם נראה כמ"ש משום דפועלים בבע"ה הוי היזק ממש ובע"ה בפועלים אינו אלא כמו מבטל כיסו של חבירו דפטור והך דחלילין למת דתנן במתני' דהוי דבר האבוד ואפילו נימא דמיירי שלא התחילו במלאכה צ"ל הא דשוכר עליהן או מטען היינו משום כבוד המת אבל מדין מזיק ל"ש שם אבל בע"ה בפועלים דאינו אלא מניעת ריוח דלא הוי היזק כמו פועלים בבע"ה כמו פשתן להעלות ממשרה הוי היזק ממש ולכן מסתבר לענ"ד דברי מוהר"ם אלא דבמרדכי כת' פ' האומנין בשם רבי מאיר דאין חילוק בין התחילו במלאכה כו' ומשמע כדעת תוס' וצ"ע:

סעיף ד

משלם להם הפחת. כת' הסמ"ע ר"ל מה שנשכרין היום פחות מאמש משלם לו לפי ערך כפועל בטל ע"פ שכירות של אמש עכ"ל ובש"ך תמה דמה ענין כפועל בטל לזה דהא כיון שנשכרין לעשות מלאכה כו' ע"ש ונראה דמיירי שלא הוזלה המלאכה אלא שלא מצאו מלאכה כבידה זו שנשכרין לה אמש (לא מצאו) אלא קלה מזו ומש"ה נשכרין לה בפחות ובזה משלם כפ"ב ע"פ שכירות של אמש דהיינו מכבידה לקלה וקל להבין:

סעיף ה

בחצי היום חוזר כ' ב"י ז"ל כת' הריטב"א בשם רבותיו שלא אמרו שפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה אבל כל שנשתעבד בקנין לטפויי מלתא אתא שלא יוכל לחזור בו עכ"ל ובש"ך העלה דבקנין למי חוזר ע"ש ז"ל וגם נראה דהוי קנין דברים כמ"ש הרמב"ם ספ"ה ממכירה הרי שכת' בשטר וקנינו מפ' שילך בסחורה עם פ' כו' הרי זה קנין דברים כו' ואף הראב"ד בהשגות שם נראה שמודה לו בזה ודוקא בשותפין פליג עליה בפ"ד מה' שלוחין לענין הריוח שהרויחו כבר או מטעם כיון דמשתעבדי אהדדי לא שייך ק"ד לו' עבדים) עכ"ל ול"נ דודאי כל שנשתעבד גופו לא הוי ק"ד וכמו שמבואר בדברי הראב"ד שם ע"פ פ"ד משלוחין שכת' הרמב"ם האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידן אינן שותפין וכת' עלה הראב"ד ז"ל א"א ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדישו ידי לעושיהן עכ"ל. ומבואר מדבריו שכת' כדין עבדים דאפי' היכר דלא משתעבדי זה לזה אלא א' משעבד גופו לחבירו נמי מהני בקנין כמו בעבדים וגם אפי' בריוח דלהבא כיון דאתי עלה מדין עבדים וז"ב והא דכתבו הפוסקים האי סברא בשותפין משום דמשתעבדי אהדדי אינו אלא לענין פועל שחוזר בחצי יום אבל בשותפין דה"ל פועלים זה לזה ומשתעבדי אהדדי אינו בחזרה וכמ"ש מוהרי"ק שורש קפ"ב בשותפין לענין חזרה דפועל ע"ש אבל לגוף השעבוד אין צריך טעמא דמשתעבדי אהדדי כיון דה"ל כדין עבדים וכמ"ש והרמב"ם נמי מודה לזה דמהני קנין לשעבד גופו כדין עבדים אלא משום דס"ל דשותפין לא משתעבדי גופייהו אהדדי וכמ"ש בכסף משנה שם על דברי הראב"ד ז"ל כונתו לו' כשם שהעבד משתעבד לעשות מלאכות שלא בא לעולם כיון שגופו הוא בעולם כך השותפין משתעבדי זה לזה וי"ל דלא דמי משום דהתם משתעבר גופו בהדי' אבל כאן אין שניהם משתעבדים זה לזה בפירוש וה"ל כמוכרים זה לזה דשלב"ל דלא קנה עכ"ל ומבואר דאם שעבד בפי' לא הוי קנין דברים כיון דמשעבד גופו וה"ל כדין עבדים וא"כ הא דכת' הרמב"ם ספ"ה ממכירה וקנינו מפ' שילך בסחורה כו' היינו נמי משום דלא משתעבד ומקנה גופו לזה ולא הוי הקנין אלא על הליכתו ומשום הכי ה"ל ק"ד אבל כאן גבי פועל דמשעבד גופו כסתם א"כ לא הוי ק"ד. ובשטה מקובצת פרק האומנין ז"ל ודעת מורי הרב שאין כל דיני משנתינו וגמרא דעלה אלא במי ששכר פועלים באמירה בלא קנין שאם נתחייבו פועלים בקנין הרי המלאכה מוטלת עליהן ואפי' נאנסו חייבין להשלימה על ידן או ע"י אחרים או לשלם מה שהפסיד בע"ה וה"ה כשקבלו כבר כל שכרן הריטב"א עכ"ל. וכיון דפסק בש"ע דאפי' קבלו כל שכרן יכול לחזור ולא גרע כסף מקנין דעבד

עברי נקנה בכסף א"כ ה"ה בקנין דיכול לחזור דאע"ג דלא הוי קנין דברים ומשעבד גופו אפי' הכי התורה אמרה עבדי הם ולא עבדים לעבדים:

סעיף ו

ואין בידו לשלם מוהרי"ק שורש קפ"א כת' על דברי השגות הראב"ד פ"ד משלוחין שכת' והורו רבותי שאדם יכול להקנות עצמו בקנין כדין העבדים והראב"ד בתשו' מדמה אומנין שנשתתפו לדין פועל והעלה דמש"ה מדמה לה בהשגות לדין עבדים דאין עבד עברי יכול לחזור בו דאינו קונה עצמו אלא בגרעון כסף או בשטר ובשנים וביובל אפי' פועל יכול לחזור בו ואפי' קיבל כבר דמי שכירתו ואין המעות בידו לשלם לבע"ה ואפ"ה יכול לחזור בו והמעות חוב עליו משא"כ בעבד דאינו קונה עצמו אלא בגרעון כסף כשהשיגה ידו כדי גאולתו שמגרע פדיונו ויוצא וקונה עצמו בכסף ישיב לבעליו כי כסף מכניס וכסף מוציא ומש"ה מייתי ראיה בהשגתו מדין העבדים ולא מדין פועל לאתויי ראיה דאי איכא קנין דאינו יכול לחזור בו אבל בתשו' מיירי בלא קנין רק תנאי בעלמ' והכי מודה לכאורה דיכול לחזור עכ"ל. ונראה מדבריו דס"ל כדעת הריטב"א הובא בסק"ה דבקנין אינו חוזר וכבר כתבנו שם דהריטב"א נמי ס"ל כשקיבל כל שכרו דאינו יכול לחזור ומשום דפועל אינו בחזרה אלא באמירה בלא קנין רק שהתחיל במלאכה בזה הוא דיכול לחזור ומש"ה כשקיבל שכרו כבר נמי אינו בחזרה אבל לדעת מהרי"ק דאפי' קיבל כל שכרו דכבר נקנה כמו בקנין כיון דע"ע נקנה בכסף א"כ מאי אולמיה דקנין טפי מכסף. ואפשר דקנין לטפויי קא אתי וכמ"ש הב"י טעם זה בשם הריטב"א אבל במה שקיבל כל שכרו אינו מוכח מלתא דטפויי אלא שהוצרך למעות קיבל מעותיו ועמ"ש בסק"ה:

אמנם מ"ש מהרי"ק דאפי' אין לו לשלם יכול לחזור הנה לפי מה שמבואר מתשובת מיי' נראה דגם פועל שחוזר בחצי יום נמי מדין גרעון כסף אתינן עלה ע"ש בספר קנין סי' ל"א וז"ל והא פועל יש לו דין ע"ע דמה"ט אמרינן פועל יכול לחזור בחצי יום דילפינן לה מע"ע דיוצא בגרעון לסף דכל קולי דעבד עברי יהבינן לפועל מק"ו השתא ע"ע דעבד איסורא ועבר על כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים וגופו קנוי מקילין ביה (כ"ש פועל) כדפרישית בפ"ק עכ"ל וכיון דאינו אלא בתורת גרעון כסף א"כ צריך ליתן מעות או שוה כסף ומשום דסתמא דמלתא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מש"ה אמרו דפועל יכול לחזור אפי' בחצי יום משום דהיינו גרעונו השכירות שיש לו בעד בע"ה אבל זה שאין לו לא כסף ולא שוה כסף אין לו גרעון ועוד דכיון דאין לו לשלם אין לך דבר האבוד גדול מזה ומ"ש בש"ך דכיון דיוכל להיות שיתעשר אח"כ לא הוי דבר

האבוד ע"ש הנה מצינו גבי אבל כה"ג ה"ל דבר האבוד והוא בטור וש"ע י"ד סי' ש"פ ע"ש שכת' אי מסיק זוזי באחריני והאידנ' משכח להו ובתר הכי לא משכח להו שרי לשדורי עלייהו ע"ש והוא מדברי הרמב"ן ע"ש והתם נמי אפשר דמשכח להו אח"כ או שיפרעו בעצמם אלא כיון דהשתא ודאי ואשראי ספק אתי מש"ה ה"ל דבר האבוד א"כ ה"כ דהשתא בע"ה יכול למשכח זוזי דידיה ע"י השלמת מלאכתן ובתר הכי לא משכח ובפרט דלא שכיח שיתעשר א"כ ה"ל דבר האבוד א"כ נראה דאינו חוזר ועיין בתוס' פ"ק דמציעא שכתבו דוקא עבד הוא דאסור להשכיר עצמו משום שאינו בחזרה ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם משא"כ פועל דיכול לחזור בחצי יום ע"ש ולפמ"ש בתשובת מיי' דפועל דחוזר היינו משום גרעון כסף א"כ מ"ש פועל מעבד עברי דהא עבד עברי נמי יוצא קודם זמנו בע"כ דאדון מדין גרעון כסף אלא משמע דפועל אפי' אין לו גרעון כסף וכגון שקיבל כל שכרו ואין לו לשלם וכדברי מהרי"ק וא"כ נראה מדברי תוס' כדברי מהרי"ק ודוק:

סעיף ז

שלשה שנים. ע' בשו"ת חות יאיר סי' ק"מ בחזן שנתקשר עם הקהל בת"כ לששה שנים והחזן רוצה לחזור משום דאין ת"כ חל לפי שנשבע לעבור על המצות וע"ש שהעלה דדוקא פועל דה"ל מיותר מג"ש עבד לעבדים ואפי' מלמד דאסר בהגהת מרדכי מ"מ ע"כ אין לו היתר בשכר שנוטל רק שכר שימור ופסקי טעמים דאינם מצות ה' ועבודתו יתברך משא"כ החזן שכל עצמו אינו רק להוציא ציבור ולעבדו כפלחן הראוי ואפי' נכלל בתוכו (בשכרו) מה שמשורר ובכה"ג וע"כ נגבה חציו לפי ממון כמ"ש מהר"ם פאדוא הביאו ב"י בא"ח סי' כ"ג והרמ"א שם מ"מ הואיל שמכבד בקול ה' מהונו ממה שחננו ומשמח אלהים ואנשים לא נקרא בכך עבד לעבדים וצ"ע ברב ושמש העושה צורכי בה"כ ע"ש ולע"ד לא נהירא דבריו בזה דמ"ש דפיסוק טעמים אינן מצות ה' ועבודתו חלילה לומר כן דאין זה עבודתו ית' דהא חזינן דבנדרים דף ל"ו ס"ל לרב דאסור ליקח שכר פיסוק טעמים והוא בכלל מה אני בחנם וכת' שם הר"ן דס"ל דלרב דהוי דאורייתא אלא דאנן דקי"ל כרבי יוחנן דשרי שכר פיסוק טעמים ומשום דס"ל דפיסוק טעמים אינו דאורייתא אלא מדרבנן וע"ש וכן כ' שם הרא"ש וע"ש וא"כ לא גרע מתפלה דתפלה נמי אינו אלא מדרבנן לדעת רוב הפוסקים ומוכח מזה כיון דמלמד חוזר דאע"ג דהוא עושה עבדות ה' עבד ה' מיקרי אבל מה שנתקשר לאחרים אינו עבד שלהם ויכול לחזור וא"כ ה"ה בחזן וז"ב:

אמנם בנשבע צריך לקיים שבועתו דאדם אסור להשכיר עצמו ביותר משלש אינו אלא מדרבנן ובדרבנן לא הוי מושבע ועומד מהר סיני וע' תשו' מבי"ט ח"ב סי' נ"א שכת' בשם הרא"ש דשבועה חלה על מצוה דרבנן אסור לעשותו כו' אלא דבביטול מצוה דרבנן אסור לעשות המצות כדי שלא לעבור על השבועה בקום ועשה ושבוע' איסור דרבנן העמידו דבריהם במקום תורה בשב ואל תעשה ע"ש שכ"כ ג"כ בשם הרשב"א ע"ש א"כ כה"ג שלא לחזור ה"ל שב ואל תעשה ואסור לו לחזור דחזרה דידיה היינו קום ועשה ועיין משנה למלך פ"ד מה' מלוה בנשבע ליתן אבק ריבית. ועוד דכיון דכבר השכיר עצמו ביותר משלש א"כ איסורא דעבד עבד ועכשיו שבא לחזור אחר שלש אין לו לחזור מחמת השבועה ודוק:

סעיף ח

או הוזלה כ' הטור דאם שכרו בח' דינרין והוזלה שיכול לגמור חצי היום הנשאר בב' דינרין צריך ליתן לו ששה דינרין ואינו מעכב בידו אלא שני דינרין וכת' הב"י מ"ש רבינו וה"ה נמי אם הוזלה פשוט הוא דמהוקר נלמד להוזלה ע"כ ובש"ך חולק וכ' עלה ז"ל ולא מצאתי כן בשום פוסק יותר וגם באמת לא נהירא ולע"ד דלמה יתן לו ששה דינרין נהי שיכול לחזור ואין ידו על התחתונה וצריך ליתן לו כפי מה ששכר עמו ולא ב' דינרין כפי מה שהוזל למה יהיה יד פועל על העליונה לענין שיתן לו יותר ממה ששכר עמו ח' דינרין ליום דהיינו ד' דינרין לחצי יום כיון שהפועל חוזר ולא ידעתי מנ"ל לטור הא ע"ש: ולענ"ד נראה דברי הטור נכונים לפי מ"ש בתשו' מיימוני לס' קנין סי' ל"א ז"ל והא פועל יש לו דין עבד עברי דמה"ט אמרי' פועל יכול לחזור בחצי יום דילפינן לה מעבד עברי דיוצא בגרעון כסף דכל קולי דע"ע יהבינן לפועל מק"ו השתא ע"ע דעבד איסורא ועבר על כי לי בנ"י עבדים ולא עבדים לעבדים וגופו קנוי מקילין ביה כ"ש פועל כדפרישית בפ"ק עכ"ל וכיון דהוא מדין ע"ע דיוצא בגרעון כסף ובע"ע קיי"ל דמחשבינן להקל כמבואר ספ"ק דקידושין וכ"כ הראב"ם פ"ב מהל' עבדים ז"ל כיצד הרי שנמכר במאה והרי הוא עתה שוה מאתים אינו מחשב עם אדוניו אלא לפי מאה נמכר במאתים והרי הוא שוה מאה מחשב עמו ע"פ שנים הנותרות ע"ש והוא מש"ס קידושין שם דף כ'. וא"כ ה"ה בפועל אם הוקר ושוה עכשיו יותר יוכל לחזור בחצי יום ומחשב עם בע"ה לפי דמים ששכרו ואם הוזל מחשב ע"פ שנים הנותרות וזה נכון ומ"ש הש"ך שלא מצא כן בשום פוסק יותר מצאתי כן בתשו' מיימוני לס' קנין סי' ל' דגבי מלמד החוזר ז"ל אך אם ימצא מלמד אחר בפחות יכול להכניסו תחתיו ובע"ה יתן לו כל שכירתו לבד מה שצריך ליתן למלמד שני הנכנס תחתיו וכן פי' רבינו שלמה בפ' האומנין ובמשנה ושלום שמעון

בר' אברהם זצל"הה וע"ש. וכן הוא בתשובת מהר"ם דפוס פראג סי' שפ"ז ומבואר דכל שנמצא מלמד אחר דתו לא הוי דבר האבד ואי' בחזרה דאז נותן לו לו שכרו ואינה מנכה רק מה שצריך ליתן לשני ואין לחלק בין היכא שהכניס פועל הראשון לשני דאז הוי משום שליחות ובין היכא דבע"ה צריך לשכור את השני דודאי אין בזה משום שליחות כיון דבע"ה לא שכר אלא הראשון אלא כל שנמצא מלמד אחר דתו לא הוי דבר אבד ואיתא בחזרה אינו מחשב לא לפי דמים שיתן לשני ולכן נראה עיקר כדברי הטור:

סעיף ט

חזר בעל הבית וקבלן והוא דברי הרא"ש שכ"כ לתרץ הא דמוכח מפ' האומנין דאם נאנס א"צ לשלם אלא כפי מה שעשה ובפ"ק דקידושין דף י"ז גבי ע"ע חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים לזה כתב דשם גבי עבד מיירי שחזר וקבלן סתם לאחר שעבר האונס לכן אינו מנכה לו ועוד כתב בשם מוהר"ם שמחלק בין הקדים לו שכרו והיינו הנך חילוקין שכתב הרמ"א ונראה דהיינו דוקא בחלה מחצית אבל אם חלה רוב ימי השכירות אפי' הקדים שכרו או חזר וקבלו בסתם נמי מנכה לו כל מה שחלה דהא מפרשי להא דתניא חלה שלש בהנך גווני ואפ"ה תני עלה חלה ארבע מנכה לו והיינו רוב ימי השכירות והרמ"א סתם בזה אבל נראה כמ"ש והרמב"ם כתב בפ"ב מעבדי' ז"ל חלה בין שחלה שנה אחר שנה או שחלה חלאים מקוטעים אם הכל פחות מארבעה שנים עולין למנין שש אבל אם חלה ארבעה שנים חייב להשלים כל ימי החולי שנאמר כשכיר כתושב ע"כ והיינו משום דסת' שכיר לשלש שנים כמ"ש בישעיה מקצה שלש שנים כשני שכיר ועבד הוא משנה שכר שכיר וצריך לכתחלה שש שנים ובחלה כשעבד שני שכיר סגי ליה שנא' כשכיר כתושב יהיה כ"כ מוהרי"ט בחדושיו לקידושין ע"ש ולפ"ז אין כאן קושיא וחלה שלש דהתם טעמ' שעבד שלש שנים אבל בשאר פועלים ינכה כל ימי חליו ועש"ך שכת' לדעת הרמב"ם חלה ארבעה שנים דוקא ובמשנה למלך כתב נקט לישנא דגמרא ולא פליג בזה על מ"ש רש"י ותוס' דכל שחלה יותר משלש קרוי ארבע:

סעיף י

או המלמד שכרו ועש"ך שהעלה כדעת תוס' והמרדכי והרשב"ץ דלא חילקו כלל בין קיבל שכרו או קיבלו בסתם ולעולם מנכה לו וכמ"ש תוס' יש שהיו רוצין לומר שאותן שכירות מלמדי תינוקות אם חלו חצי זמן כמו כן לא ישלמו וכו' דאין לדמות' כלל לע"ע דע"ע גופו קנוי לאדונו כו' אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכיר עצמו ללמוד עד הזמן וכשאינו יכול ללמוד עד הזמן לא יטול אלא מה שהרויח עכ"ל כו' וכן דעת הריטב"א

פ"ק דקידושין ז"ל חלה שלש ואע"ג דאמרי' פרק האומנין דפועל או קבלן שחלה אין לו אלא שכרו במה שעשה לא דמי פועל לע"ע דאלו פועל או קבלן השכירו עצמם לבעה"ב למלאכ' זו ועל דבר ידוע נוטל שכרו כו' אבל ע"ע לא נשתעבד ליה לעשות דבר ידוע אלא נשתעבד שיכפהו למלאכתו לומר שכל מלאכתו לרבו ולפיכך אם חלה ולא עשה כלום נסתחפ' שדהו של אדון עכ"ל. נראה דבפועל אפי' השכיר עצמו לכל מלאכות מ"מ כיון דאין גופו קנוי לו שהרי לא נקנה בכסף שטר וחזקה כקנין העבדים אין לו אלא לפי חשבון אלא אורחא דמלתא נקט הריטב"א דמסתמא כשמשכיר עצמו לכל מלאכות מקנה את גופו בכסף או שטר וחזקה עכ"ל הש"ך. ונראה דלשטת תוספת ודעת מרדכי דהטעם הוא משום דע"ע גופו קנוי א"כ בפועל אפי' משכיר עצמו לכל מלאכות ובכסף ושטר וחזקה נמי אינו אלא פועל ולא עבד דע"ע אינו נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג ואינו אלא שעבוד בעלמא ואין משלם אלא כפי מה שעשה ודברי הריטב"א הוא שטה אחרת לחלק בין נשתעבד לכל מלאכו' או לדבר הידוע ולשטתו ה"ה בפועל שנשתעבד לכל מלאכות דין ע"ע יש לו אבל לשטתיה ליכא השתא דין עבד כלל שיהיה גופו קנוי ומנכה לעולם ואינו משלם אלא כפי מה שעשה וז"ב:

סעיף יא

שוכר עליהן. כתב הש"ך ז"ל אפילו אם עדיין לא התחילו במלאכה כיון שהוא דבר האבוד שוכר עליהן או מטען כ"כ הטור והרא"ש ושאר פוסקים ובקבלן אפי' אינו דבר האבוד יכול להטעותו אע"פ שלא התחיל במלאכה וכמ"ש בס"ק שאח"ז עכ"ל והנה מ"ש דבפועל אם הוא דבר האבוד שוכר עליהן אע"פ שלא התחיל במלאכ' כ"כ הנימוקי יוסף הבאתיו בסק"ו אבל מ"ש הש"ך דבקבלן אפי' אינו דבר האבוד מנכה עליהן ואע"פ שלא התחיל במלאכ' ורמז למ"ש בס"ק שאחריו והיינו תשוב' הרא"ש כלל ק"ד סי' ב'. ותמהני בזה דודאי כל שלא התחיל במלאכ' ואינו דבר האבוד בין פועל בין קבלן יכול לחזור ואינו שוכר עליו ואינו מטעהו כיון שבדין יכול לחזו' ואין לבעה"ב אלא תרעומו' ואע"ג שבעה"ב היה יכול למצוא פועלים אינו היזק כיון דאינו דבר האבוד וברא"ש שם מיירי בהתחיל הקבלן במלאכ' ע"ש שכת' ראובן שקיבל משמעון בגד לארוג וכאשר התחיל במלאכ' אמר שהמטו' היה גרוע כו' ע"ש:

סעיף יב

שפסק להם באחרונ' כתב הש"ך ז"ל בש"ס אי' ואומ' לו צא ושכור מאלו כו' ולפי"ז ניחא הא דכת' הרא"ש בתשוב' כלל ק"ד סי' ב' דקבלן שחוזר יכול להטעותו אף אם הי' מוצא פועל אחר דהתם מיירי שאין הפועל אומר לו שכור מאלו ולפי"ז ניחא דאין

הרא"ש חולק על מ"ש הנ"י בשם האחרוני' דהיכא דלא היה יכול לחזו' אלא בתרעומו' אינו נותן אלא כפי הפסיק' הראשונ' והביאו הרב כו' ע"ש והנה ז"ל הרא"ש בתשו' כלל ק"ד סי' ב' ילמדנו ראובן שקיבל משמעון בגד לארוג חמש אמות בזהב וכאשר התחיל במלאכה אמר שהמטוה הוא גרוע וגורם לו להניח מלאכתו אם לא שיוסיף לו מעות ומפני השינוי הזה נדר לתת לו זהב בד' אמות ועתה יורנו אם שמעון חייב התוספ' כו' ובנדון הלז לא נתייקרה המלאכ' אלא שמצוי עליו לומר שהטוי הוא רע ולא היה יכול למהר לארוג כפי רצונו ואין זה טענה הואיל וראהו לעיני' הי' לו לבדקו קודם וגם דומה למקום שאין שם פועלי' לשכור מטע' שכתבתי לעיל דאין א' נכנס למלאכ' חבירו. תשוב' כיון דקבלן לא מצי למיהד' וידו על התחתונ' אף אם היה מוצא אחר היה יכול להטעותו ודוק' לענין שוכר עליהן אם באת חביל' לידו היינו דוק' אם אינו מוצא פועל אחר אבל להטעותו כדי לגמור מלאכתו כמו שהו' חייב לגמרי שהרי מן הדין אינו יכול לחזור אף אם היה מוצא פועל ואף אם אינו אבוד יפה עשה שהטעוהו עכ"ל ולכן דברי הבדק הבית נכוני' מ"ש דהטו' כתב דבריו על פי דברי הרא"ש בפסקיו דאלו דברי הרא"ש בתשו' מן הדין אינו יכול לחזור כלל אפי' מצא פועל אחר ואלו אנן קי"ל דאפילו קבלן וגם התחיל במלאכה נמי חוזר כל שיש פועלים אחרים לפניו וכן בעה"ב בפועל חוזר כל שיש בעה"ב אחר לכן לדברי הרא"ש בתשו' לא ירדנו ומ"ש הש"ע לחלק בין אמר לו שכור מאלו אינו יכול להטעותו ובין לא א"ל שכור מאלו יכול להטעותו אכתי לא נתיישב בדבריו לשון הרא"ש בתשו' שכת' שהרי מן הדין אינו יכול לחזור אף אם הי' מוצא פועל אחר ואמאי הא ניהו דזה יכול להטעותו כיון שלא אמר צא ושכור מאלו אבל ודאי הקבלן מצי חזר כל שיש פועלים אחרים אפי' לא א"ל צא ושכור מאלו ואפשר דס"ל להרא"ש בתשובה דמן הדין אין הקבלן חוזר אפי' יש פועלים אחרים אא"כ א"ל צא ושכור מאלו וכ"כ הרשב"א ז"ל הובא בשטה מקובצת ז"ל אומרים לו צא ושכור מאלו ומדנקט האי לישנא משמע שעליהם לברר ולהראות דאיכ' פועלים לשכור ואי איכ' טענה וכפירה בין בעה"ב לפועלים בזה על הפועלים להביא ראיה עכ"ל אבל אנן קי"ל כפסקים והרי אינו מחלק בפסקים כלל בזה אלא כל שיש פועל אחר יכול לחזור פועל אפי' אינו אומר צא ושכור מאלו ועוד דגם הריטב"א לא אמר דלשון צא ושכור פועלים יצטרך לומר הפועל והוא הקבלן אלא לענין צריך לברר ואיכא טענה וכפירה צריך הפועל לברר דאלו בעה"ב מודה שהיו לפניו פועלים ואע"ג דלא אמר ליה הפועל צא ושכור מאלו נמי פטור והריטב"א לא קאמר אלא דלישנא צא ושכור מאלו היינו שיהיה מלתא דברירא ופרהסיא שלא יהיה אח"כ הכחשה בין הבע"ב לפועלים

בזה לכן הלך הטור בתר פסקי הרא"ש ודלא כהרא"ש בתשובה. ומ"ש הש"ך דהרא"ש הוא נגד דברי הנ"י בשם האחרונים והרמ"א פסק בסי' של"ב כדברי הנמוקי דהיכא דיש לבעה"ב תרעומות הולכין אחר פסיקה הראשונה והכא פסק שצריך ליתן כפי מה שפסק באחרונה אבל באמת אין כאן סתירה כלל דהנ"י לא קאמר אלא היכא שהיה בתחלה קציצה ואח"כ חזרו פועלים בבעה"ב או להיפך בעה"ב בפועלים פייסו בסתם אמרינן דמסתמ' נתרצו בקציצה ראשונה אע"ג דכבר חזרו וכה"ג במקח עושין כדברי מוכר או לוקח אבל בזה כיון שאין להם להחזיר אלא בתרעומות אמרינן כל בסתמא בקציצה הראשונה הוא דנתרצו בכדי שלא יהיה תרעומת אבל אם חזרו פועלים מקציצה הראשונה והלך בעה"ב ופייסינהו לפועלים ביותר מקציצה הראשונה ודאי צריך ליתן כפי דמים שפסק באחרונה כיון דיכולין לחזור והיינו הך דרמ"א דהכא כיון שפסק להם בפירוש אם לא היכא שהדין נותן להיות שוכר או מטען אבל כל שאין רשות להטעות וכמו הך דיש פועלים לפניו וחזרו ובעה"ב פסק להם בפירוש ביותר מקציצה הראשונה ודאי צריך ליתן כפסוקה האחרונה ואין לו עליהם אלא תרעומות וזה ברור:

סימן שלו

סעיף א

או ללקט לו דבר הפקר. פרק הבית והעליה דף קי"ח בהא דתנן ואומר לו טול מה שעשית בשכרך אין שומעין לו והתניא שומעין לו כו' אמר רב נחמן לא קשיא כאן בשלו כאן בשל הפקר איתביה רבא לר"נ מציאת פועל לעצמו כו' אבל אם אמר לו עשה עמי מלאכה היום מציאתו לבעה"ב אלא אמר ר"נ לא קשיא כאן בהגבהה כאן בהבטה אמר רבה הבטה בהפקר תנאי היא דתנן שומרי ספיחי שביעית כו' אמר רבא לא דכ"ע הבטה בהפקר קני ע"ש והקשה בזה בני הנבון מוהר"ר בעריש הכהן ש"ן דלרבא היכי מתרצה קושיות הש"ס הברייתא דתניא שומעין לו דלדידיה ליכא למימר כאן בהגבהה כאן בהבטה דכיון דס"ל הבטה נמי קונה הרי הוא כמו הגבהה הוא מותיב הוא מפרק לה דבתוס' רפ"ק דמציע' דאמרינן אי תני אני מצאתיה כו' תני כולה שלי דבראיה בעלמא לא קני לה והא דאמרי' הבטה בהפקר היינו שעשה מעשה כל דהוא כגון שגדר גדר קטן ע"ש. אבל מדברי רש"י שם דף קי"ח נראה דראייה לחוד לא קני ומפרש הך דהבטה בהפקר ז"ל הואיל ודבר טורח הוא ודעתו לכך ועל ידו נשמר ע"ש אם כן אינו קונה בהבטה אלא היכי שנשמר על ידו והתם רפ"ק אמרו ראייה בעלמא לא קני היינו ראייה בעלמא ובלי שימור ובפרק הפועלים דף צ"ב איפלגי רב ושמואל בפועל האוכל ממעשה

ידיו היכא דיושב ומשמר אם הוא כמעשה או לא ואנן קיימא לן כשמואל שם דיושב ומשמר לאו כעושה מעשה וכמבואר בטור וש"ע סי' של"ז עיין שם והרא"ש כת' בנדרים בהא דעושה שליח להפר נדרי אשתו ופריך בגמרא והא לא שמע בעל וכת' שם הרא"ש ושמיעת האפוטרופוס לא הוי כשמיעת הבעל דבמידי דממילא לא שייך מינוי שליחות עיין שם וכיון דאפילו בהגבהה דצריך לשלם שכרו אינו אלא משום דקני לה בתורת שליחות דהמגביה מציאה לחברו קנה חבירו והבטה נהי דנשמר על ידו לא קנה חבירו כיון דנשמר לאו כעושה מעשה ושליחות לא הוי אלא במידי דעשיה עכ"ד:

סימן שלט

סעיף א

שכר קרקע. בטור כתבו בשם הרמ"ה ומשום דכתיב כל אשר בארצך ולא ארצך ע"ש. והוא בפ' המקבל (בבא מציעא דף קי"א) שם אין לי אלא שכר אדם מניין לרבות בהמה וכלים ת"ל בארצך כל שבארצך ע"ש ומשום דשכר קרקע לא מיקרי כל שבארצך אלא ארצך ממש אין לנו לרבות. ונראה דלדעת הפוסקים דבית מיקרי תלוש כיון שהוא תלוש ולבסוף חיברו ואפי' לפי מ"ש הרמ"א בסי' צ"ה דבית ה"ל דין קרקע ע"ש אכתי יש לחלק בין איסור לממונא דלענין איסור' תלוש ולבסוף חברו דין תלוש הוי ועיין ש"ך סי' צ"ה ועמ"ש שם סק"ג ולכן נראה לענ"ד דהכא לענין איסור בל תלין שהוא איסור דאוריית' יש לחוש לדעת הפוסקים דה"ל דין תלוש ועמ"ש בסי' שי"ז סק"ג:

סעיף ב

שהטלית ביד האומן. עמ"ש בסי' ע"ב סקכ"ג:

סעיף ג

שקבלנות הוא כשכירות. כת' בתשו' מוהר"א ששון סי' קי"ט על ראובן שצוה לסופר שיכתוב לו כתובה והתופר כתבה וחתמה כו' אם עובר בבל תלין אם אינו נותן לו שכרו וע"ש שהעלה דאינו עובר ז"ל ואע"ג דאיפסק' הלכת' דאין אומן קונה בשבח כלי מ"מ היינו באומן שאין לו כלום בכלי אבל באומן שהכלי עצמו הוא שלו נראה דודאי נאמר דדמי למכר וק"ו ממה דהוי ס"ד דאומן קונה בשבח כלי והוי הלואה כו' מכ"ש הכא שהכלי עצמו הוא שלו דהוי מכר והלואה ע"ש:

סעיף ד

שהמחהו אצל שולחני. עמ"ש בסי' ע"ב דהיכא דבעה"ב נתן משכון לאומן על שכרו דאומן קנה המשכון ה"ל כפרוע ותו ליכא איסור בל תלין ואע"ג דהחזיר לו אח"כ את המשכון וע"ש סק"ג:

סימן שמ

סעיף א

מחמת מלאכה פטור. ונסתפקתי בהתנה השואל להתחייב מחמת מלאכה אם בעי קנין או לא ומה שהביאני לידי ספק הוא לפי מ"ש תו' בפ' הזהב בהא דאמרי מתנה ש"ח להיות כשואל בדברי' בעלמא ובעבדים ושטרות וקרקעות בעינן קנין וכתבו משום דהנך דפטירי אפי' משבועה בעי קנין א"נ כיון שמתחייב כשואל כסבורים העולם שהשאיל לו ובהאי הנאה משעבד נפשי' עכ"ל וא"כ לפמ"ש התוס' הטעם משום דסוברין שהשאיל לו א"כ טפי משואל לא מחייב אלא בקנין. וכן לפי מ"ש הש"ך בסי' ס"ו ס"ק כ"ט לחלק בין עבדים ושטרות וקרקעות דבעי קנין ובין מתנה שומר חנם להיות כשואל משום דה"ל כאומר שואל אני ודומה לאומר הריני כאלו התקבלתי משא"כ הנך דאימעיטו מדין שומרין אפילו שואל פטור ומשום הכי בעי קנין וע"ש וא"כ הכי נמי לא מצי לחייב נפשיה ביותר מדין שואל מיהו בשטה מקובצת פרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ס"ט) משמע דמצי מחייב עצמו במתה מחמת מלאכה בדיבור בעלמא ע"ש בהא דאמר רב אגרא ופגרא ופריך עלה אי אגרא לא פגרא וז"ל כלומר כיון שנוטל שכר כו' הלא ע"מ כן שכרה שתפח' מדמי' שא"א שלא תינקב מחמת המים כו' אבל לא מקשי משום דהוי מתה מחמת מלאכה דהא תנן מתנה ש"ח להיות כשואל ומתנה שואל להיות משלם הכל ואפילו מתה מחמת מלאכה והכא הא אמרי' שהתנה לו בפירוש שישלם לו אם תשבר עכ"ל ואפשר דס"ל לשטה כדברי תי' הראשון שבתו' בפרק הזהב דטעמ' דמתנה ש"ח להיות כשואל משום דחייב שבועה דאורייתא וקרקעות אפילו משבועה פטור וע"ש וא"כ מה"ט נמי מתנה שואל להתחייב במתה מחמת מלאכה אבל לפי תי' השני שבתוס' כסבורין שהשאיל לו א"כ אינו מתחייב ביותר משואל וכן לפמ"ש הש"ך בסי' ס"ו וכמ"ש ובריטב"א בחידושיו פרק א"נ דף ע' גבי מלוין מעות יתומים קרוב לשכר ורחוק להפסד כו' אלא הכי מפרשא דהני זוזי פקדון נינהו גביה והאי דמקבל עליהם כל ההפסד משום מצות יתומים הוא דקעביד כדאמרינן מתנה ש"ח להיות כשואל כו' ואית דמפרשי לה אפי' בהלוואתו וכו' ונ"מ ביו הני תרי טעמי דאם בתורת פקדון הוא ומשום

מתנה ש"ח להיות כשואל אם נאבדו החובות שלא בפשיעה פטור דה"ל כמתה מחמת מלאכה דפטור בשואל מ"מ אבל אי הוי בתורת הלואה בכל ענין חייב עכ"ל. ומדכתב דמתה מחמת מלאכה פטור בכל ענין משמע דאינו מתחייב במתה מחמת מלאכה אפי' בהתנה דאל"כ ליכא נ"מ דגם בטעמא דפקדון נימא דה"ל כמתנה שיתחייב בכל ענין ואפי' מחמת מלאכה וא"כ מידי ספיק' לא נפקא ופטור השואל אפי' התנה אא"כ קנו מידו ובעיקר הקושיא שהקשו תוס' ס"פ הזהב בהא דבעינן גבי שמירת קרקעות שקנו מידו נראה לפי מ"ש תוס' פ' אע"פ דף נ"ו שהקשו בהא דאמרו ס"פ הפועלים במתנה ש"ח להיות פטור מפשיעה דלא הוי מתנה עמש"ב דמעיקרא לא שעבד נפשיה ואלו גבי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות תנאו בטל ולא אמרי' מעיקרא לא שעבד נפשי' ותי' לגבי שומרין אין החיוב אלא משום דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצין להתחייב בכך ש"ח בפשיעה וש"ש בגניבה ושואל באונסין וכיון דלא שעבד נפשיה לא חייבו התורה ע"ש. וכיון דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצין להתחייב בכך ואפ"ה בעבדים ושטרות וקרקעות פטרו התורה אע"ג דדעתן להתחייב שוה בהנך כמו בשאר מטלטלין א"כ אינו מוסיף באמירה דידיה שאמר שרוצה להתחייב כיון דידעינו שרוצה להתחייב ואפ"ה פטרו התורה ואינו מחויב באמירי' יותר אא"כ קנו מידו אבל בהנך דאית בהו דין שומרין לא חייבו התורה את השומרין ביותר מדעתן משום דש"ח אין דעתו אלא לחייב בפשיעה וכן כולם אבל היכא דשעבד נפשי' ביותר מש"ח חייב בדברים בעלמא:

סעיף ב

נכחש הבשר. בטור כת' נכחש הבשר מאליו כחש דהדר אפי' שלא מחמת מלאכה פטור ע"ש. ובסמ"ע סי' ש"ז כ' דהטור מחלק בין היזק בידים דאפילו כחש דהדר ה"ל נזק אבל נכחש הבשר מאליו לכ"ע פטור ע"ש. ובש"ך שם השיג וכת' דכיון דשואל חייב בהיזק דממילא א"כ מה לי היזק דבידים להיזק דממינא ועוד דהרי הרא"ש כ' בהא דאיבעיא ליה בגמ' כחש בשר מחמת מלאכה ופשטוה דאפי' מתה מחמת מלאכה פטור וכת' הרא"ש להפוטרין במכה שסופו להתרפאות א"כ הא דבעי לה בכחש בשר כו' היינו במכה שאינו חוזר ולפמ"ש הסמ"ע א"כ גם למחייבין צ"ל הכי כיון דלכ"ע פטור בנכחש מאליו ע"ש: (והנה) כבר כתבנו בסי' ש"ז סק"ד דשפיר יש לחלק בין היזק דממילא דאפי' לדעת מי שאומר דה"ל נזק מכל מקום כיון דכחש דהדר לאו שינוי היא ואפילו גנב וגזלן מצי אמרי הרי שלך לפניך וה"ה שומר דמצי אמר הרי שלך לפניך וכדמשמע מדברי רש"י פ' שור שנגח ד' וה' גבי ליפלגי בחמץ בפסח וא"כ דוק' מזיק בידים חייב וע"ש. וכעת מצאתי בשטה מקובצת פרק השואל וז"ל כחש בשר מחמת מלאכה מהו וא"ת מי גרע

מגזלן הא בגזלן מצי למימר בכחש הרי שלך לפניך י"ל דמיירי שהכחישה בידים עכ"ל והרי מבואר כדברינו דע"כ בשטה מפרש לה בכחש דהדר דאי כחש דלא הדר גזלן נמי לא מצי אמר הש"ל וא"כ ס"ל דכחש דהדר נמי הו"ל נזק ואפ"ה בנכחש מאליו כת' דלא גרע מגזלן וכמ"ש ומפרש לה בכחשה בידים וא"כ דברי הסמ"ע בסי' ש"ז נכונים. ומ"ש בש"ך להוכיח מדברי הרא"ש שכת' להפוטרין כו' הא גם למחייבין צ"ל הכי וכו' אינו קושי' דהתם דמיירי בכחש מחמת מלאכה למאי דס"ד דחייב מחמת מלאכה הוי ליה היזק בידים כיון דמחמת מלאכה נעשה הכחש ומשום הכי כת' להפוטרין דס"ל דאפי' בידים נמי פטור צ"ל דמיירי במכה שאינו חוזר וז"ב. ובשטה שכת' דמיירי שהכחישה בידים נמי צ"ל דכתבו בפשיטות דמיירי בידים כיון דנעשה מחמת מלאכה וכמ"ש. אלא דלשון הסמ"ע סי' ש"ז שכת' בטעמ' דמאליו פטור משום דה"ל שבת ע"ש אינו מדוקדק דודאי אי נימ' דשבת הוא אפילו מזיק בידים נמי פטור כיון דאין שבת בבהמה אלא כמ"ש דודאי לדעת המחייבין נזק הוא ואפ"ה ממילא פטור דלא גרע מגזלן דאמר הרי שלך לפניך בכחש דהדר וכמ"ש בשיטה אבל מזיק בידים לא מצי אמר הרי שלך לפניך כמ"ש תוס' פרק הנזקין דף נ"ג ע"ש וס"ל לשטה הנז' דלא כתוס' פ' הכונס (בבא קמא דף נ"ו) דבשומר לא מצי אמר הש"ל ע"ש אלא ס"ל דבשומר נמי מצי אמר הש"ל וכן מוכח מדברי הטור שכת' ז"ל אבל אם בכחשה מאיליה ומתה אחר כך שהו' חייב לשלם כיון שאינו בעין משלם כמו שהיתה בשעת שאלה עכ"ל ואמאי משלם כשעת שאלה הא קי"ל דכל השומרים משלמים כשעת הפשיעה ועמ"ש בסי' רצ"א סק"א. ובסמ"ע כת' כיון דמתה אח"כ אמרינן דהכחשה הוי אתחלתא דמיתה ע"ש ואינו נראה דכיון דהטור מיירי בכחש דהרר ודאי היה ע"פ אומדנ' דוודאי הדר וא"כ במתה אח"כ ה"ל אונס מיתה שלא מחמת הכחש. ולפמ"ש דס"ל לטור דהוי נזק ממש אלא בנכחש מאליה מצי אמר הש"ל ומשום דלא גרע מגזלן ומש"ה במתה אח"כ דתו אינו בעין לומר הש"ל ומש"ה משלם כשעת הנזק והוא מדוקדק בלשון הטור שכת' שהוא חייב לשלם כיון שאינו בעין וזה כולל אפילו נשרפה ונאבדה אח"כ כל שאינו בעין חייב למפרע משעת הנזק דפטורא דריש' אינו אלא משום דכל שהוא בעינ' אומר הש"ל ובדברי הש"ע קשי' לן שכת' כלשון הטור כיון דס"ל בסי' ש"ז דכחש דהדר לא הוי אלא שבת וא"כ פטור אפי' במזיק בידים וא"כ במתה אח"כ לא לחייב אלא כשעת הפשיעה ולא כמו שהיתה שוה בשעת שאלה וצ"ע ועמ"ש בסי' ש"ז שם:

סעיף ג

לילך דרך ידוע. ר"פ השואל תני' ונשבר כו' אין לי אלא שבורה ומתה גניבה ואבידה מנין אמרת ק"ו ומה ש"ש כו' וכ"ת איכ' למיפרך מה לש"ש שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת לסטים מזויין אפ"ה קרנא בלא שבועה עדיפ' מכפלה בשבועה. ומאי פירכ' הא בשואל נמי משכחת תשלומי כפל בטוען טענת לסטים מזויין בדרך ידוע ולסטים מזויין גנב הוא. מיהו כיון דיותר מצוי כפל בש"ש דבשואל לא משכחת אלא בשאלה לילך דרך ידוע חשיב ליה נמי פירכא וע' תוס' ס"פ המפקיד. וניחא בזה ליישב הגירס' רפ"ק דב"ק דף ד' ורבי אושעי' מ"ט לא תני גנב וגזלן תשלומי כפל לתשלומי ד' וה' ומשני הא תני לה ש"ח והשואל וכת' רש"י דבכל ש"ח גנב וגזלן יש בטוען טענת גנב הרי הוא כגנב ובטוען טענת גזלן הרי הוא כגזלן אבל לא גרסינן שואל דשואל לא פטר נפשיה בטענת גנב וע"ש וכ"כ תוס' שם ולפמ"ש שבכלל שואל משכחת גנב וגזלן דהיינו בשואל לדרך ידוע ואם טוען טענת לסטים מזויין באו עליו בדרך ה"ל טענת גנב ואם טוען גזלנים ה"ל טענת גזלן ופטר נפשיה בזה כיון דזה הוי מתה מחמת מלאכה:

סעיף ד

לא הרגיש מיד והוא מדברי הרא"ש כיון שאינו יודע אם מחמת מלאכה או לאו חייב לשלם. והב"י הקשה דאמאי נחייביה מספיק' וע"ש ולכן השמיטו בש"ע ובש"ך כח' משום דה"ל משואיל"מ כיון שאינו יכול לישבע בבירור וכ"כ בתה"ד סי' של"ג דשומר שטען א"י אם בפשיעה הרי הוא משואיל"מ ע"ש. מיהו בנימוקי יוסף לא משמע הכי ע"ש ס"פ בתרא דב"ק שכת' בענין שומר מאימת מתחייב משעת משיכה או פשיעה ע"ש בשם הרמ"ה ז"ל ונפק' מיניה בשואל חמור לרכוב עליה שלוחו ומתה בדרך ואינו יודע אם מחמת מלאכה כיון דאינו חייב עד שעת אונסין פטור דה"ל א"י אם נתחייבתי אבל השואל חמור לרכוב עליה ונתנה לשלוחו והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה חייב שהרי אין השואל רשאי להשאיל ומתחייב משעת פשיעה והרי הוא כאומר א"י אם פרעתיך שהוא חייב עכ"ל. ונראה מדבריו דלא אמרינן בשומר שטוען א"י דליהוי משואיל"מ דאל"כ בשואל חמור לרכוב עליו שלוחו ליחייב השואל משום מתוך ובב"י סי' רצ"א כת' בשם תלמידי רשב"א ז"ל ש"ש שמסר לאשתו ולבניו או למי שהבעלים רגילים להפקיד דעת הרמב"ן שאלו נשבע השני שהוא ש"ח שלא פשע בה ואומר שגנב או נאבד שהראשון חייב כו' ולא מצי אמר שמא באונס מתה ופטור אני שעליו לברר וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני או שהלך למד"ה הראשון חייב ולא מצי אמר שמא באונס מתה ופטור אני או בפשיעה וחייב השני וכ"כ מור"י ר"ש אבל דעת רבינו דש"ש

שמסר לש"ח ואין השני רוצה לישבע שהראשון פטור ואפי' הלה תובעו בברי כיון שזה טוען א"י כו' וה"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי דפטור עכ"ל ובש"ך סי' רצ"א האריך בזה וע"ש שהקשה על דעת רבינו שבתלמידי רשב"א דפוטר דהא אמרינן בהדי' דאפי' ש"ח שמסר לש"ש חייב דא"ל את מהימנת לי בשבועה אלמ' דאפי' רוצה השני לישבע אפ"ה חייב הראשון כ"ש כשאין השני רוצה לישבע דחייב ע"ש שהעלה דשומר שטען א"י ה"ל א"י אם פרעתיך וז"ל ולא דמי לאומר איני יודע אם נתחייבתי כיון שנעשה שומר דמי לא"י אם החזרתיו ואפי' לדעת הסוברין דשומר לא אשתעבד נכסי אלא מעידן פשיע' אפי' הכי הוי אינו יודע אם החזרתיו כו' והכי מוכח מתוס' פרק השואל דף צ"ז מהא דאמרינן התם ממתני' דשאל פרה אחת כו' וכתבו תוס' דוק' אמר א"י אם הלויתני אבל א"י אם החזרתיו חייב ומ"מ פריך שפיר ממתני' דאע"ג שמסר לו שתי פרות כיון כשמחזיר אחת מהן ה"ל כאומר א"י אם השאלתני עכ"ל משמע דוק' כשמחזיר אחת מהם אבל אם היה אומר א"י ולא היה מחזיר א' ה"ל א"י אם החזרתיו ודו"ק ובישו"ש פ' הגוזל הביא דברי הנ"י וכתב עלה תמיה לי אי מיירי שטוען המשאיל ברי כו' ואי מיירי שגם משאיל טוען שמא אפי' גבי שליח פטור שהרי אין כאן טענת ודאי לחייבו ושמא ושמא הוי וכו' ע"כ נראה לדינא דאפי' בטוען המשאיל שמא חייב ולא דמי לאומר א"י אלא כיון שאינו יכול לישבע בבירור חייב והכי משמע מדברי הפוסקים בכמה דוכתי ומה שדימה רבינו והנ"י לאומר א"י אם הלויתני לא דמי כלל אלא כיון שנעשה שומר ה"ל א"י אם החזרתיו ואע"ג דלא אשתעבד נכסי עד שעת מיתה וע"ש שהאריך וכן בישו"ש פרק הגוזל ומאכיל סי' ג' נמי דן ליה משום א"י אם פרעתיך ע"ש שכת' על דברי הנימוקי ז"ל ותימה לי אי איירי שטוען המשאיל ברי לי שפשעת כגון שראה מרחוק א"כ אפי' גבי דידיה נמי מחייב דה"ל כהלויתני וא"י אם פרעתיך דהא אתחייב ליה להשיב בהמתו ובטענת ספק רוצה ליפטר עצמו נגד טענת ברי ואי איירי שג"כ המשאיל בא בטענת שמא נ"ל דאפי' גבי שליח פטור כו' ומה בכך שפשע אם מתה ודאי מחמת מלאכה שלא מצד הפשיעה פטור והשתא דספק לן שייך דין הממע"ה ולפענ"ד לא דק הרא"ה כשורה עכ"ל. ובמסקנא העלה בישו"פ דה"ל א"י אם פרעתיך אלא דצריך שיטעון המשאיל ברי ואפילו לדעת הסוברים דשומר משעת פשיעה משתעבד נמי ה"ל א"י אם החזרתיו ע"ש. ולפענ"ד נראה דברי הרא"ה נכונים מכל צד והוא דודאי לדעת האומר דשומר משע' פשיעה א"כ כל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב דמ"ש בישו"ש דהא אתחייב ליה להשיב בהמתו כו' אינו נראה והוא משום דשומר אין עליו חיוב השבה כלל כ"ז שהוא בעין ודוק' גנב וגזלן הוא דמחייבי בהשבה אבל שומר

אינו חייב בהשבה אלא כל היכא דאי' ברשות בעלים הוא והבעלים מחזירין על שלהם וכמ"ש בסי' פ"ו סק"ד ע"ש ובסי' קצ"ח סק"ח ודוק' היכא שמתה בפשיעה הוא דכת' רחמנ' יביא עד דהיינו יבי' עדודה לב"ד אבל היכא דמתה באונס אין השומר מחויב להבי' עדודה וכמ"ש בא"י פ"ק דב"ק ומכ"ש כשהוא בעין ואפי' להך לישנא דשומר מתחייב מעידן משיכה נמי דן ליה הריטב"א בא"י אם נתחייבתי לך והובא בשטה מקובצת פ' השואל דף צ"ט בהא דפריך לימא תיהוי תיובתיה דר"נ ז"ל וה"נ שאינו יודע אם שאולה כו' ה"ז כאומר א"י אם הלויתני ולא מיבעי' להאי לישנא דאמרינן פ' הגוזל דחיוב שואל משע' אונסין אלא אפילו להאי לישנא משעת משיכה כו' דאפי' למ"ד התם דחיוב שואל מחייב משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאי' ברשות' דמאריה אי' וליכא על השומר שום חיוב אלא לומר דכי נגנבה או נאנסה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה ונ"מ למי שמכר נכסים בנתים כו' וז"ב הוא אלא מקצת הגאונים נשתבשו בה קצת עכ"ל והרי מבואר דכל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב ואפילו מצות השבה אינו בשוכרין ודוק' גנב וגזלן הוא דמחייבי בהשבה אבל שומרים אינם בהשבה כלל אלא אם הבעלים רוצים בפקדונם הולכים לביתו של שומר ולוקחים את אשר להם. ובזה נסתלקה טענת יש"ש במה שכתוב דהא אתחייב ליה בהשבה ומה שטוען עוד דאפי' גבי שליח פטור דמה בכך שפשע סוף סוף אם מתה ודאי מחמת מלאכה שלא מצד הפשיעה פטור וכו' נראה דס"ל להרא"ה דאפי' להך לישנא דשומר מתחייב משעת אונסין אפ"ה כל שנותנו לאחר כיון דה"ל התחלת פשיעה דאין השואל רשאי להשאיל משום דאין רצונו שיה' פקדונו ביד אחר אע"ג דאם מתה באונסין אח"כ פטור ומשום דאינו אלא לכתחלה אבל בדיעבד במה שמסרו לאחר לא מיקרי פשיעה וכמ"ש תוס' פ' המפקיד מ"מ מתחייב תיכף משעת התחלת הפשיעה שמסרו לאחר וכי מתה באונסין אח"כ ה"ל חזרה דידיה וכמו להך לישנא דסבר דכל השומרים מחייבי משמת משיכה ואונסין הוי חזרה כן נמי להך לישנ' דמשעת פשיעה ה"ל חיוב משעה שמסרו לאחר דה"ל התחלת פשיעה ונאנס אח"כ הוי חזרה וכשטוען א"י ה"ל א"י אם החזרתיו לך ומש"ה בשאל לרכוב הוא עצמו ונתנו לשלוחו כיון דאינו רשאי למוסרו לאחר ה"ל התחלת פשיעה ותיכף מחייב ואונסין שאח"כ ה"ל חזרה וכשנסתפק ה"נ א"י אם החזרתיו כמו למ"ד משעת משיכה וכמ"ש וז"ב: שוב ראיתי בשטה מקובצת לכתובות פ"ב גבי הניח להם אביהם אחריות נכסים דחייבים ע"ש בשם הרמב"ן ז"ל דאינהו ודאי לאו פושעים נינהו אלא אביהם חשבינן ליה פושע דה"ל למימר בשעת מיתה ושמעינן מיניה דכי קאמר רב פפא דאין חייבים עד שעת האונס לאו שעת האונס

ממש קאמר דא"כ היכא מחייב הכא אלא משעת פשיעת האונס עכ"ל וכן מורה לשון הנ"י שם ז"ל הא דמחייבים ליורשים בטבחוה ואכלוה אם הניח להם אביהם אחריות נכסים מצד פשיעה דאביהם דמשעת פשיעה הגורמת לאונס אתחייב השומר עליה ונ"מ לשואל חמור לרכוב וכו' והיינו דאפי' למ"ד משעת פשיעה לאו פשיעה ממש אלא משע' פשיעת קצתו וכמו בטבחוה ואכלוה דחייבים בהניח להם אביהם אחריות מצד פשיעת אביהם דלא פקיד אע"ג דאין זה פשיעה המחייבו אלא דאפ"ה רמי עליה חיוב כמו למ"ד משעת משיכה ובאונס דאח"כ ה"ל חזרה וכמ"ש וס"ה בשומר שמסרו לאחר ה"ל קצת פשיעה דאינו רשאי למוסרו לכתחלה ורמי חיובו תיכף וכל זה ברור וזה נמי טעמ' דרבינו שבתלמידי רשב"א שכת' בשומר שמסר לשומר ורגיל להפקיד והשני אינו נשבע דפטור הראשון. ובש"ך הקשה דהא קי"ל בשומר שמסר לשומר דאפי' השני רוצה לישבע כו' מכ"ש כאן שאינו נשבע כלל ע"ש. ומשום דחיובא דשומר שמסר לשומר הוא משום א"י אם פרעתיך ומש"ה אומר לו את מהימנת לי היאך לא מהימן וכיון שטוען שמא ה"ל א"י אם החזרתיו ולטענת ברי דשני לא מהימן ליה אלא לפי מה דס"ל דשומר מתחייב משעת פשיעה התם נמי כיון דאינו רשאי לכתחלה רמי עליה חיובא משעה שמסרו לשני וכשנסתפק אח"כ אם באונס ה"ל א"י אם החזרתיו אבל היכא דמוסרו למי שרגיל להפקיד דליכא שום פשיעה כיון דרשאי בכך לכתחלה ה"ל א"י אם נתחייבתי ומש"ה אפילו השני אינו רוצה לישבע פטור הראשון וה"ל כהאי דהרא"ה ששאל לרכוב עליה שלוחו דפטור. וזה נמי נראה הא דאמרו ברועה שהניח עדרו אומדין אותו אם יכול להציל ואם אין הדבר ידוע חייב לשלם והוא בסי' ש"ג וע"ש בש"ך סק"ג ולפמ"ש היינו משום דהרועה פשע קצת במה שהניח עדרו א"כ נתחייב תיכף והספק שאחר כך אם נאנסה ה"ל א"י אם החזרתיו. ועוד דהתם ברועה כיון שתחלתו בפשיעה כל שאנו יכולים לתלות האונס מחמת הפשיעה חייב עד שיבורר בודאי שהאונס אינו מחמת הפשיעה דהא תחלתו בפשיעה שאמרו בצריפא דאורבני ע"ש דאפשר היה בא האונס אע"ג דלא היה הפשיעה אלא דהכי דינא דתחלתו בפשיעה חייב אא"כ ידוע בבירור שאונס לא בא מחמת פשיעה הא מסתמא חייב והיינו נמי הך דרועה ודו"ק היטיב. ומ"ש בישש"ש דהיכא דמשאיל טוען שמא ה"ל טוענין שניהם שמא ואפי' א"י אם פרעתיך נראה דס"ל להרא"ה דדוק' בהלואה פטור כשטוען המלוה א"י אם פרעתני דה"ל למידע אבל היכא דלא ה"ל למידע אפי' טוען התובע שמא נמי חייב וכמ"ש במשנה למלך הובא דבריו בסי' ע"ה סק"ו שם. ומ"ש הש"ך דהכי מוכח מתוס' פ' השואל כו' משמע דוקא כשמחזיר אחת כו' ע"ש סיומ' לא הוי מסיימי קמיה דברי התוס' שם שכתבו וז"ל וכן בפרה אחת

כשאינו יודע אם מתה בעודה שאולה ע"ש וא"כ מבואר להדיא דפרה אחת נמי ה"ל א"י אם הלויתני וס"ל להתוס' כהך לישנ' דשומר משתעבד משעת פשיעה או כדברי הריטב"א שזכרנו דאפי' למ"ד משעת משיכה נמי ה"ל א"י אם נתחייבתי. ואכתי צריך להתבונן בדברי הרא"ה דנהי דס"ל דלמ"ד משעת פשיעה ה"ל א"י אם נתחייבתי ופטור כששאלו לרכוב עליה שלוחו אמאי לא מחייב משום מתוך וכמ"ש בתה"ד בשומר שא"י אם באונס דה"ל משואלי"מ ונראה דס"ל להרא"ה דעיקר שבועת השומרים הוא שבועה שאינ' ברשותו וכמ"ש הרב המגיד פ"ד משאלה. ובש"ע סי' רצ"ד וכיון דהשואל מכיר הבהמה שמתה אלא שא"י אם דרך פשיעה או מחמת מלאכה וזה אינו אלא כדין גלגול וס"ל דלא אמרינן מתוך גבי גלגול שבועה והיכא דעיקר שבועה ע"י שמא ודאי לא אמרינן גלגול מתוך וכמ"ש הב"י בסי' שמ"ה בשם הרב המגיד והא דאמרינן בשומר שמסר לשומר דחייב לאו מדין מתוך הוא אלא משום דה"ל א"י אם החזרתיו וכמ"ש דכה"ג דה"ל פשיעה במה שמסרו לאחר מתחייב מנע' פשיעה (וכמ"ש בסי') והיינו נמי דקשיא ליה להב"י בספר בדק הבית במ"ש הרא"ש כיון שאינו יודע אם מחמת מלאכה חייב לשלם וכי משום ספיקא נחייב לזה ע"ש והיינו משום דס"ל דמדין מתוך אינו מתחייב כיון דעיקר שבועה יכול לישבע ובגלגול לא אמרינן מתוך ושבועה העיקרית שאינו ברשותו וזה יכול לשבע ובפרט היכא דשבועה העיקרית ע"י שמא ודאי לא אמרינן מתוך בגלגול אבל הרא"ש לטעמיה דס"ל פ' המפקיד דשבועה שלא פשעתי נמי ה"ל משבועה העיקרית ומש"ה מחייב ליה כשאינו יודע דה"ל משואיל"מ. ועוד נראה דאין לחייב בטוען א"י לפמ"ש רש"י פרק השואל (דף צ"ח) בהא דפריך ולרמי בר חמא דאמר ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת וז"ל רש"י אלמא מדקאמר צריכין כפירה ולא אמר צריכין הודאה ש"מ אע"ג דשייכא ביה שבועת השומרין בלא שום כפירה לא משבעינין ליה עד דכפר כפירה אחריתי כגון להד"מ או החזרתי ולדידיה לא מחייב שבועה אהודאה בלא כפירה ואיני יודע לאו כפירה הוא והא דרבא לית ליה ע"ש. ומבואר משטת רש"י דהא דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא אמרינן משואיל"מ היינו משום דהודאה שלו מחייבו שבועה וכיון שטוען על השאר א"י ה"ל משואיל"מ וא"כ בשבועת השומרין דהוא בלא הודאה א"כ כשטוען א"י לאו מחויב שבועה הוא כלל כיון דא"י לאו כפירה הוא וכן בע"א וטוען א"י דאמרינן מתוך נמי משום דהעד הוא המחייבו שבועה אבל גבי שומרין בלי הודאה וטוען א"י לאו בר שבועה הוא כלל ומיהו שיטת תוס' שם דא"י נמי הוי כפירה וע"ש וא"כ גבי שבועות שומרין נמי ה"ל מתוך אפי' טוען א"י והב"י דס"ל דאין לחייבו מספיקא אפשר דס"ל כשעת רש"י הנזכ' וא"כ אינו בדין מתוך וכמ"ש. וע' ברי"ף

ורמב"ם פ"ג משכירות גבי רועה מזויין וכנגד ליסטים מזויין דפטור ע"ש והוא בגמ' דבעי' דלא איפשטא ולכאורה תיקשי לפמ"ש בתה"ד דכל שומר צריך לישבע בבירור והיכא דא"י לישבע משלם. וברועה מזוין כו' כיון דספיק' הוא ואינו יכול לישבע שנאנס אמאי פטור מיהו ודאי גם לדעת התרומת הדשן היינו דוק' בספיק' דגוף המעשה ואינו יכול לישבע בבירור בגוף המעשה אם היה בפשיעה או באונס אבל ברועה מזוין וכיוצ' דהמעשה ברור לו אלא שהדין מסופק עלינו בזה ודאי כיון דנשבע בבירור ומספק' דדינ' אין מוציאין ממון ואכתי תיקשי לפמ"ש מוהראנ"ח ח"ב סי' א' דלא אמרינן קים לי אלא כשהספק הוא על עיקר החוב אבל היכא דהספק על הפטור ה"ל א"י אם פרעתיך ע"ש וא"כ ברועה מזוין ה"ל הספק בפטור לפמ"ש דשומר שטען א"י אם באונס ה"ל א"י אם החזרתיו. מיהו בכסף משנה פ"ג משכירות כת' דבנוסחות דידיה בגמ' איפשטא רועה מזוין כנגד ליסטין מזוין דפטור א"כ לק"מ:

סעיף ה

השואל בהמה כללא דשואל שיהיה כל הנאה שלו והיכא דבעלים נהנין ג"כ ה"ל דין שוכר ופטור מאונסין. ונראה דאפי' נתן השואל לבעלים פחות מש"פ תו לא הוי עלה דין שואל כיון דגם הבעלים נהנין מיהת ואע"ג דש"ש לא הוי בשכרו בפחות מש"פ מ"מ לגבי משאיל סגי לה בפחות מש"פ כיון דהא לא הוי כל הנאה שלו ועמ"ש בסי' ע"ב סק"ד:

סעיף ו

ונשבע שבועת השומרין שמחמת מלאכה כחשה. וקשה לפי דעת הש"ע בסי' רצ"ד דעיקר שבועה הוא שאינו ברשותו אבל נאנסו מדין גלגול וכיון שהפרה כמות שהיא מחזיר לו תו ליכא שבועה שאינו ברשותו ולמה צריך לישבע מחמת מלאכה:

סימן שמא

סעיף א

שמא תבעו בכל עת שירצה כת' בשטה מקובצת פרק אלו נערות דאפי' אמרינן סתם שאלה לאחר שלשים יום הני מילי לגבי דידיה אבל לא לגבי יורשים:

סעיף ב

והעור ישלמו כולו. כ' הסמ"ע שפי' הרשות בידם אם רוצין להחזיר העור בידם ולשלם דמי שויו לבעלים שהרי קנאו בשינוי טביחה והפשטה ואם רוצים מחזירים העור לבעליהם בעין עכ"ל ואינו נראה לענ"ד דלא מצינו קונה אלא בגנב וגזלן אבל אלו אינן בתורת גנב וגזלן אלא בשוגג טבחוה סבורים של אביהם הוא ואם כן העור כולו לבעלי'

אם רוצים בעורם ואפילו טבחוה ולא אכלוה עדיין נוטלים הבעלים את הבשר כולו בעין דשינוי אינו קונה בזה ומ"ש בש"ע והעור ישלמו כולו לאו דוקא או מיירי דהעור נמי אינו בעין כגון שמכרו ומשלמים כולה היינו מה שלקחו בעד העור וזה פשוט וברור:

סעיף ג

ואם הניח להם נכסים בגמרא פרק א"נ ובפרק הגוזל מתה אין חייבים באונסין טבחוה ואכלוה משלמים דמי בשר בזול הניח להם אביהם אחריות נכסי' חייבים לשלם א"ד אריש ודלא כרב פפא א"ד אסיפא וכדרב פפא דאמר רב פפא היתה פרה שאולה וטבח' בשבת פטור והיינו כיון דלרב פפא עכצ"ל דחיוב' דשומר משע' פשיעה אם כן ע"כ הניח להם אביהם אחריות נכסים לא קאי אריש והקשו על הרמב"ם שפסק בפ"א משאלה דאם הניח להם אביהם אחריות נכסים ומתה או שטבחוה משלמים דמיה מנכסיו וע"ש והוא דלא כר"פ ובפ"ג מגניבה כ' בפרה שאולה וטבחוה בשבת דפטור וזה כר"פ. וע"ש בהרב המגיד ובכסף משנה כ' ז"ל ואני אומר דרבינו לא הוי גריס ופליג' דר"פ ולא היינו דר"פ דהאי דר"פ אינו ענין לכאן דהא דאמר ר"פ ס"ד הואיל ואמר רב כו' קמ"ל לאו למימרא דמשעת שאלה לא אחייב באונסין כלל דהא ודאי משעת שאלה אתחייב בהו אלא היינו לומר שחיוב זה תלוי ועומד הוא שמא לא תיאנס ואם תיאנס יתחייב נמצא כשטבחוה אז נתחייב בפועל וע"כ חיובו בכח התחיל משעת שאלה וא"כ כי אמרינן הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם אונסין טעמא משום דמחיים נשחעבדו נכסים משעת שאלה שאם תיאנס יגבה מאותם נכסים ור"פ מודה בהא עכ"ל. אמנם לא יכולתי לירד לסוף דעתו הרמה דכיון דאמרינן דאפילו מתה ביד היורשים חייבים לשלם ונכסים שהניח וע"כ חיובו בכח היה משעח שאלה אם תיאנס ואף על גב דלאחר מיתה ליכא תורת חיוב מבמתים חפשי וע"כ אינו אלא כמו תנאי שאם תאנס ומש"ה אפילו היה האונס לאחר מיתה שאין בו חיוב אפ"ה כיון שאינו אלא כמו תנאי נשתעבדו נכסיו למפרע וא"כ טבחה בשבת נמי לחייב כיון דכבר נתחייב בשעת שאלה בתנאי שאם תאנס והתנאי מתקיים גם כשמתה בשבת כיון שאין אנו מחייבין אותו על הטביחה אלא על שעת שאלה וכשטבחה בשבת נתקיים התנאי למפרע ואי נימא כיון דבשבת ליכ' חיוב בפועל גם התנאי אינו ומשום דנימא דהתנאי לא היה להשתעבד למפרע אלא כי תיאנס בשע' חיוב א"כ כי מחתה ביד היורשים נמי ליכא תורת חיוב עליו בפועל דבמתים חפשי וכמ"ש כללו של דבר לא הבנתי מה בין טבחה בשבת לטבחוה היורשים וכמ"ש וצ"ע ובמשנה למלך שם החזיק גם כן בדרכי הכסף משנה וע"ש ואנחנו לא נדע ומחוורתא מ"ש בזה בשטה מקובצת פרק א"נ והיא דס"ל להרמב"ם לחלק בין פרה

שאולה שלא בדרך גניבה להטובח בשבת פרה שאולה דרך גניבה שכ' הרמב"ם פרק ג' מגניבה דהא ודאי כל כמה שהיה בחיים כל היכא דאית' ברשות' דמאריה איתיה וליכא על השואל שום חיובא אלא הכי קאמרינן כי נגנבה ונאנסה ואתי חיוב' עליה משחעבדי נכסי למפרע מעתה יש לנו לו' בשלמ' בטובח בשבת פרה שאולה בתורת שאולה לפרוע דמים לבעלים איכא למימר חיובא דאתי עליה לבסוף דהיינו מחמת שאלתו מעיקרא משע' שאלה נתחייב עלה וה"נ גבי הניח להם אביהם אחריות נכסים אמרינן כיון דנאנסה ומת' לבסוף מעיקר' בשעת שאלה הוא דנתחייב אביהם בהאי אונס' אבל היכ' דטבחוה שוב בתורת גניבה הרי כלתה שאלתו וחיוב חדש ופנים חדשות באו לכאן דהיינו גניבתו והיכא מצינו למימר דלמפרע משע' שאלה נתחייב בגניבה זו והרי בתורת שאלה בא לידו ושוב כשנגנבה בהאי שעת' רמי הך חיובא דגניבה עליו ולא משעת שאלה ע"כ וע"ש בשטה דמפרש נמי הסוגי' לפי דרכו והסבר' נכונה דודאי אינו משתעבד לגמרי משעת שאלה אלא בתנאי שאם תיאנס אח"כ וכמו שכתב הריטב"א דחיובא למפרע על האונס שיבא אח"כ והיינו דוקא באונס או פשיעה שיבא מתורת שומר בזה הוא דמתחייב למפרע אבל היכא דבא עליו בתורת גניבה דכלת' שמירתו דקי"ל כר' עקיבא דכיון ששלח בה יד כלתה שמירתו וכדאי' ס"פ המפקיד עיין שם ונעשה חיוב חדש ופנים חדשות ואינו מתחייב למפרע על האונס שבא עליו בתורת שומר אך מ"ש בשטה דאם טבחה בתורת שאולה לפרוע דמים לבעלים איכא למימר חיובא למפרע לא ידעתי מי הזקיקו לכך לחלק בין השוין דודאי בטבחה ע"מ לשלם נמי אית ליה דין גנב וגזלן וכמבואר בסי' שנט בש"ע ואין כאן דין שואל אלא דוקא טבחוה יורשים מתחייב למפרע משום דאין בו משום גנב וגזלן כיון דבשוגג טבחו וה"ל בתורת שומר עד דמהדר ליה:

סעיף ד

משלמים דמי' מנכסיו. נראה מדנקט בגמ' היתה להם פרה שאולה וטבחוה ולא נקט בשומר סתם ומשום דשומר חנם כיון דפטור באונסין פטורים היורשים אפילו הניח להם אביהם אחריות נכסים ואפילו להך לישנא דשומר מתחייב למפרע והוא כיון דמת אין לך אונס גדול מזה ובאונסין פטור וכן הניח להם אביהם פרה שכורה נמי באונס פטור לפמ"ש בגמ' פרק המפקיד דגניבה ע"י אונס גדול נמי חייב אלא אם אירע אונס בשומר גופו כגון שחלה בענין שאינו יכול לשומרו ודאי פטור ע"ש. וא"כ פשיטא כשמת דה"ל אונס בגופו שאינו יכול לשומרו ופטור. ומיהא בש"ח ונאבד בפשיעה אפשר דחייב כי הניח להם אביהם נכסים מדלא קפיד דה"ל נמי פשיעה דהיה לו לצוות עליהם שהוא פקדון בכדי לשומרו מפשיעה אבל אם נגנבה או נאבדה ביד היורשים אע"ג דאביהם

היה שוכר או ש"ש ה"ל אונס ופטור אפי' להך לישנא דשומר מתחיי' מעידן משיכה ומשום דפטור באונסין וזה נמי כשמת אין לך אונס גדול מזה ועמ"ש בסי' ע"ב סקי"ב:

סעיף ה

השואל משתמש בו לעולם. כ' בנ"י ז"ל וכתב הרנב"ר ז"ל יש להסתפק אם יכול המשאיל להשתמש בו בעוד שאין השואל משתמש בו דאיכא למימר דיכול המשאיל לומר לא השאלתי לך אלא למלאכתך ועכשיו כיון שאין צריך לך תנה לי ואשתמש בה או אפשר שיכול שואל לומר לך כיון שהשאלת לי לכל תשמישי אני יכול לעכב על ידך שאם תשמש בה יפחות או ישבר בידך ונ"מ עוד לענין תשלומי אונסין דודאי אע"פ שהוא שאול לו לעולם אם נגנב או נאנס חייב לשלם כיון שאינו מקבל מתנה דשואל הוא וא"כ כשתמצ' לומר שאין המשאיל יכול להשתמש בה כלל אפי' בשעה שאין השואל צריך לו אם נאנס אינו חייב לשלם אלא דמי שברים בלבו שהרי אין להמשאיל בו שום זכות בעודו שלם ואם המשאיל יכול להשתמש בו ונגנב או נאנס משלם לו לפי זכותו עכ"ל ובטור כ' זה הספק ומסיק בשם הרמ"ה מסתברא אינו יכול לקחת אותו שלא בשעת מלאכה ע"ש וא"כ ממילא כשנאנס אינו צריך לשלם אלא דמי שברים ועמ"ש בסי' שמ"ו סק"ה:

סימן שמב

סעיף א

שאל ספר תורה וקשה לי דהא הר"ן כתב בתשובה סי' י"ט דשואל ספר לאו שואל הוי להתחייב באונסין כיון דהמשאיל נמי מצוה קעביד ומרויח פרוטה דרב יוסף ואין כל הנאה של השואל ע"ש וכאן משמע דחייב כדין שואל ואינו פטור אלא מחמת מלאכה ובתשובת מוהר"ם דפוס קרומינה ז"ל וששאלתני אם חייבים אתם לפרוע הספרים שנשרפו דגם פשוט הוא שאתם חייבין דשואל חייב באונסין עכ"ל. ואפשר דפוסק מוהר"ם כרבה ולא כרב יוסף וא"כ ה"ל כל הנאה שלו ובש"ע דפסק כרב יוסף ונקט שאל ספר תורה אפשר דנקט מחמת מלאכה לאשמועי' שאם עשה מלאכה אחרת דחייב אבל ה"ה דפטור באונסין וצ"ע:

סעיף ב

ואם השאיל לאחרים. כ' בש"ך ז"ל חייב לפרוע משעת שאלה לאחרים ונ"מ לענין הדין שכתבתי לקמן סי' שד"מ סעיף ד' נ"ל עכ"ל ודבר גדול דיבר והיינו דאפי' למ"ד דשומר משעת פשיעה משתעבד להו דוקא פשיעה המחייב' אלא אפי' מתחל' הפשיעה אשתעבדי נכסי וכמ"ש הרמ"ה הובא בנ"י פ' הגוזל בהאי דשומר מאימת משתעבד וז"ל

ונ"מ בשואל חמור לרכוב עליו שלוחו כו' אבל בשואל חמור לרכוב עליו הוא עצמו ונתנו לשלוחו ומתה בדרך ה"ל א"י אם החזרתיו ע"ש והיינו משום דכשמסרו לאחר אע"ג דאינו פשיעה גמורה ואם נאנס ביד השני פטור אפ"ה נכסי אשתעבד משעת התחלת פשיעה שמסרו לאחר ואם נאנס אח"כ ה"ל חזרה כמו למ"ד משעת משיכה וכבר ביארנו דבר זה בסי' ש"מ סק"ד ע"ש וזהו שכתב ונ"מ לענין הדין שכתבתי לקמן סי' שד"מ סעיף ד' נראה דט"ס הוא וראוי לכתוב לענין הדין שכתבתי סי' שמ"א סעיף ד' והיינו דשם כתב אם מתה ביד היורשין והניח אחריות נכסי למ"ד משעת פשיעה פטורין היורשין אבל אם מסרו ליד אחר ומתה אח"כ אע"ג דכבר מת השואל אשתעבדי נכסי למפרע משעה שמסרו לאחר ואם הניח אחריות נכסים גובה מהם והש"ך קיצר בדבריו ולא הביא ראיה אבל דברים ברורים המה כמבואר אצלינו שם בסי' ש"מ סק"ד:

סימן שמג

סעיף א

שומר שכר לזמן. כתב הריטב"א ז"ל ומסתברא דפקדון בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו ש"ש הוי עליו עד שיאמר לבעלים טול את שלך שאיני רוצה לשומרו וכדאמרינן גבי אומן שאומר גמרתיו עכ"ל הובא בשטה מקובצת פ' האומנין:

סימן שמד

סעיף א

לא מצי לאתנויי בדברים כתב המרדכי פ' החובל וז"ל מעשה בראובן הלוה לשמעון עשרה ליטרין לזמן קצוב ואחר הזמן אמר ראובן לשמעון אותו י' ליטרין שאתה חייב לי יהיו בידך למחצית שכר ונתעסק שמעון בהם ונאנסו נראה דשמעון חייב באונסין כאשר בתחלה כיון דמתחלה בתורת שמירה בא לידו והא דאמרינן מתנה ש"ח להיות כשואל היינו קודם ששעבד נפשיה הא שעבד נפשי' לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא עד כאן לשונו ומובא בד"מ ע"ש ומזה למד הרמ"א הדין כאן כ"כ הרמ"א דברי המרדכי בסי' ק"ז ובסי' קע"ו. אמנם כבר כתבנו בסי' ק"ז סק"ג דהיינו דוקא היכא דלא פטרי בפירוש מחיובו אלא שאומר לשון שנראה שאינו חושש בשמירתו ובזה לא נפטר בדברים בעלמא וכמבואר סוף פרק החובל דהיכא דאמר קרע כסותי אף על גב שנראה שאינו חושש כיון דכבר אתי לידיה בשמירתו חייב ואמרינן קרע ושלם קאמר אבל אם אומר בפירוש והפטר ודאי פטור אפי' היכא דאיתי' בידיה בתורת שמירה וכדאמרינן גבי קרע כסותי

דאפילו אתי לידי' בתורת שמירה אומר קרע והפטר פטור וכיון דבש"ע כתב שהתנה שלא ישבע או שלא ישלם וכל שאומר לא ישלם הרי אומר והפטר וזה ודאי מהני אפילו כבר אתי לידי' בתורת שמירה וא"כ לא היה לרמ"א לכתוב כאן לא מצי לאתנויי בדברים כיון דבש"ע מיירי שהתנה להדי' בלשון הברור לפטור:

סעיף ב

נגנבו השברים. ע' סמ"ע דקשיא לי' בתרתי דמשמע דאם לא אמר לו טול את שלך אינו חייב אלא מגניבה ואבידה אבל באונסין פטור ומשום דכלתה שמירתו ואלו בנ"י פ' השואל כתב הסכימו אחרונים לדעת הרמב"ן ז"ל דכל שאמר שואל למשאיל טול שברים שלך ונאנס לאחר מיכן שנאבדו לגמרי הוי כאלו נאנסו ברשות משאיל ומשמע דקודם שאומר לו טול את שלך חייב באונסין ועוד דבנ"י משמע דוק' מאונסין הוא דפטור כל שאומר טול את שלך אבל בגניבה ואבידה חייב וברמ"א כתב כל שאומר טול את שלך פטור אפי' מגניבה ואבידה וע"ש שהאריך בזה. והגיה וגם אם נאנסו חייב אא"כ אומר לו טול את שלך ואז פטור בנאנס ולענ"ד נראה דודאי אפילו לא אמר טול את שלך לא הוי דין שואל שכלתה שמירתו ולא עדיף משואל לזמן דכלתה שמירתו לאחר זמן וזה שנשבר ואינו ראוי עוד למלאכתו ואין כל הנאה שלו לא הוה אלא ש"ש וכן משמע מדברי הבית יוסף שכתב ז"ל כתב בנימוקי אהאי עובדא דשאל נרגא הסכימו האחרונים לדעת הרמב"ם שאם א"ל שואל למשאיל טול שברים שלך או הטפל בנבילה ונאנסו לאחר מיכן לגמרי כאלו נאנסו ברשות משאיל ואין השואל חייב כלום אלא מדמי מה שהזיקו מתחלה וכתבו תלמידי רשב"א מסתברא דאם נגנבו חייב דהרי הוא כשומר שכר דהואיל ונהנה מהנה והוי כש"ש וכן דעת רבינו נר"ו עכ"ל ומבואר דאינו אלא ש"ש וליכא למימר דמיירי בתר שיאמר טול את שלך דודאי כל השומרין אחר שיאמרו טול את שלך אין עליהם דין שמירה כלל ואפי' מפשיעה פטורין וכמו שיבואר וא"כ ודאי מיירי תלמידי רשב"א קודם שאמר טול שלך. מיהו נראה דטעות בדפוס דמלשון הב"י נראה שמעתיק לשון הנימוקי ואינו כתוב שם דברי תלמידי רשב"א והוא ענין אחר מדברי ב"י שמעתיק דברי ת"ר ולכן נראה עיקר דבתר שבירה אינו אלא ש"ש הואיל ונהנה בתחלתו ומ"ש הנמוקי ונאנסו לאחר מיכן לגמרי לאו דוק' נאנסו אלא ר"ל שנאבדו לגמרי דה"ל כנאנסו ביד המשאיל ועיקר' דמלת' להשמיענו דלא נימא כיון דטורח נבילה על השומר א"כ כל שלא העמידו לבעלים ה"ל דשואל קמ"ל דבכלל פחת נבילה הוא ודבעלים הוי וכן משמע מדברי הרמב"ן הובא בשטה מקובצת בהאי עובדא דשאל נרגא ז"ל וכל זה בפחת נבילה ואע"פ שאמרו בנזקין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו וכן בשומרין

אמרו יביא עדודה לב"ד אפ"ה אינו חייב באחריותן כמו שחייב בשאלה דמעיקר' והיינו דבעי התם אילימ' דבדברא שויא זוזא ובמת' ארבע כי קא טרח בדידיה טרח ולא מתרץ דבאחריות מזיק הוא עד שיחזרנה לרשותו אלא אחריות נבילה בכלל פחת נבילה ועל הניזק הוא וכן בשומרין עכ"ל הרמב"ן והיינו נמי דברי הנ"י דלא אתי לומר אלא דלא הוי עלה דין שואל מחמת שהיה עליו טורח נבילה אלא בכלל פחת נבילה הוא וכיון דהוא בכלל פחת אם כן אפילו לא אמר טול את שלך אינו באונסין אלא בתורת כ"ש הואיל ונהנה וכמ"ש ואם אמר טול את שלך ודאי פטור לגמרי וכמ"ש וכדאי' פ' הזהב (בבא מציעא דף מ"ט) שקול זוזך לא מיבעי' דש"ש לא הוי אלא אפילו ש"ח נמי לא הוי והא דאי' פרק האומנין דף פ"א גבי אומן שאמר טול את שלך דהוי ש"ח כבר כתבו תוס' שם לחלק דהיינו דוק' באומן אבל בעלמ' אפינו ש"ח לא הוי ומה שמדמה הסמ"ע להלואה ע"ש אינו דמיון דודאי הלואה דלהוצאה ניתנה לא שייך טול את שלך דאין זה מעותיו אבל פקדון איתיה בתורת טול את שלך וכ"כ הרמב"ן הובא בשטה מקובצת פרק הזהב (בבא מציעא דף מ"ט) גבי שקול זוזך דבהלואה לא מהני בא וטול מעותיך אבל בשומרין מהני משום דשומרין בדיבור בעלמ' מסתלקי ע"ש ואפי' תימא דמלשון הנימוקי דכתב בנאנסו דמשמע דקודם שאמר טול את שלך אפילו באונסין חייב נראה דלאו מדין שואל הוא חייב כיון דכבר כלתה שאלתו בתר שנשבר דאינו ראוי עוד למלאכתו וכמ"ש אלא דלפמ"ש בנ"י פ"ק דב"ק בהא דאמרו שם פחת נבילה דניזק דאינו אלא בתר שהודיעו לבעלים ודעת נימוקי שם בזולא דבעי נמי הודעה ויש חולקין דזולא אינו צריך הודעה ומשום דדוק' פחת נבילה פשיעותא הוא דהוי במה שלא הודיעו לבעלים אבל זולא לאו פשיעה דלא ידע דתיזל ע"ש בשם הרמ"ה. וא"כ בנאנס נמי ה"ל כמו זולא ואם כן אפשר לומר דבאונסין נמי צריך הודעה. וכל שלא הודיעו לבעלים הוי פחת דמזיק אבל לדעת הרמ"ה דזולא א"צ הודעה ומשום פשיעות' נגעו ביה וזולא לאו פשיע' דלא אסיק אדעתיה א"כ מכ"ש דאונסין לאו אסיק אדעתיה וכיון דכתב הרמ"א בסי' ת"ג די"א דזולא א"צ הודאה א"כ מכ"ש אונסין ואפילו לדעת הפוסקים דזולא נמי צריך הודעה אפשר דס"ל דזולא נמי ה"ל לאסוקי אדעתיה ומשום דשערים עשוין להשתנות אבל אונסין ודאי לאו אסוקי אדעתיה הוא וא"כ כיון דאין בו משום הודעה ותורת שואל נמי לית ביה כיון דאחר שנשבר אינו ראוי למלאכה וכלתה שאלה אינו חייב אלא כש"ש הואיל ונהנה וגם הרמ"א לא הוצרך להשמיענו אלא דלא נימ' עדיין שואל הוא כיון דעליו הטורח היכא שחייב בתשלומין קמ"ל דזה בכלל פחת וכיון דאין לו דין שואל ממיל' מבואר דקודם שאמר טול את שלך הוי ש"ש ובתר דאמר טול את שלך אפי' ש"ח לא הוי וכהאי דפ'

הזהב (בבא מציעא דף מ"ט) וכמ"ש הסמ"ע בשם הד"מ דאפי' אמר טול את שלך אינו פטור אלא מאונסין אבל חייב בגניבה ואבידה ע"ש. ותמהני דהא כולן שאמרו טול את שלך אפילו ש"ח אינו ובד"מ שלפנינו אינו כתוב מזה ואולי בכוונה השמיטו. העולה מדברינו דקודם שאמר טול את שלך אינו חייב אלא כש"ש ואחר שאמר טול את שלך אפי' ש"ח לא הוי ותדע דהא אפי' בפחת נבילה דמחמת פשיעות' הוא אפ"ה כל שהודיעו לבעלים דאין עליו אלא הוצאת וטורח על הבעלי' כמבואר בסי' ת"ג וכל שהודיעו אין על השומר כלום ומשום דהיה להם להבעלים לטרוח ולמוכרן מכ"ש (אם) אומר לו בפי' טול את שלך דהיה לו למשאיל לטרוח ולמכור והארכתי בזה יען ראיתי שהסמ"ע ירד לחלק בזה הרבה ולעד"נ עיקר כדברי הרמ"א שלפנינו וכמ"ש:

סעיף ג

או שאינו יודע. בנ"י הקשה בהא דפריך לימא תיהוי תיובת' דרב נחמן ומסיק שיש עסק שבועה ביניהם ותיפוק ליה דה"ל א"י אם החזרתיו כיון דשאלה חצי יום ושכרה חצי יום ושומר מתחייב מעידן שאלה וע"ש שכתוב דקושיות הש"ס הוא משאל א' ושכר א' וכן בשאלה חצי יום ומשמע נמי להיפך ע"ש ומזה הקשה בלחם משנה פרק ג' משאלה על הרמב"ם שכ' כל הנך בבי לפטור והא שאלה חצי יום והדר שכרה ה"ל א"י אם החזרתיו כיון דס"ל להרמב"ם פ"א משאלה דשומר מתחייב משעת משיכ' וע"ש שהניח בצ"ע. והנה בתו' בסוגי' שם דצ"ז נראה דס"ל כדברי הנ"י שכתבו שם ד"ה לימ' תיהוי תיובת' דר"נ וז"ל וא"ת והא מתני' אתי' כסומכוס כו' ולא אזיל בתר חזקה ולהכי ברי ושמא לדידי' ברי עדיף ע"ש לכאורה אינו קושי' לפמ"ש תוס' פרק השואל דף ק"י ד"ה מני סומכוס דמודה סומכוס היכ' דאיכ' תרי חזקות חזקת ממון וחזקת מעוברת דחולקין וע"ש שכתבו דהא דתנן במתני' יחלוקו לא קאי אשאלה היום ושכרה למחר ע"ש ומשום דאיכא תרי חזקות חזקת הגוף דהשת' מתה וחזקת ממון א"כ מאי מקשי תוס' דמתני' אתי' כסומכוס כיון דבשאלה חצי יום מודה סומכוס ולפמ"ש בנ"י דשאלה והדר שכרה לאו קושי' אלא אשאל א' ושכר א' או מהא דמשמע נמי להיפך ובזה ודאי ס"ל דחולקין ומיהו אפשר דקושיות תוס' הוא מהא דמשמע בש"ס דפריך נמי משאל א' ושכר א' מהא דמוסיף בה בש"ס פרה אחת. ובשטה מקובצת שם בסוגי' כת' שם לפי דרכו דכיון דהוצרך להוסיף פרה בחד בבא מוסיף נמי בשני ע"ש. ובדעת הרמב"ם נראה דס"ל דע"כ לא אמרו א"י אם פרעתיו חייב אלא היכ' דליכ' רגלים לדבר ואין מקום לספק פרעון אבל היכא דהספק לפנינו אפי' ספק פרעון נמי פטור וכן מבואר מדברי הרשב"א בחידושיו פ' הזורק (גיטין דף ע"ח) שם רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו הכא בשתי כתי עדים עסקינן

ז"ל הקשה הרב אלחנן ז"ל א"כ הא דתני לענין החוב מחצה יחלוקו היינו נמי בשתי כתי עדים אמאי יחלוקו אדרבה ה"ל למימר אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונ' בחזקת מאריה ותי' בתוס' דהכ' לתרווייהו אית ליה חזקה למלוה איכ' למימר אוקי אחזקתו שהי' חייב לו הלוה קודם שנפל הספק הזה וללוה איכ' חזקה דאיכ' למימר אוקי ממונ' בחזקת מאריה הלכך יחלוקו וא"ת אדרבה ה"ל כמנה הלויתני וא"י אם פרעתיך שהוא חייב וי"ל דשאני התם דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל הכא הרי נולד ס' זה לפניך והלכך יחלוקו עכ"ל וא"כ הכא נמי בשאלה חצי יום כו' הס' לפניך אלא דלהרשב"א כל כה"ג שהס' לפנינו חולקין והרמב"ם ס"ל דפטור לגמרי. אמנם קשה בהא דמוקי בש"ס מתני' דז"א א"י וז"א א"י יחלוקו כסומכוס והא שפיר מצינו למימר כרבנן ונימא דיחלוקו קאי אשאלה חצי יום כו' וכה"ג דינא דחלוקה לפי שהוא ספק פרעון והספק לפנינו ואיכא חזקה להאי ולהאי וכמ"ש הרשב"א ובתוס' כתבו דיחלוקו לא קאי אלא אשאל א' ושכר א' כן אנו נאמר דלא קאי אלא אשאלה חצי יום ונראה כיון דגבי שאלה חצי יום איכ' נמי לשואל חזקת קיימ' ולרבנן בחדא חזקה סגי להו הוה דינ' דהממע"ה ובזה יתיישב קושיות תוס' דהקשו לסומכוס בשאלה חצי יום ה"ל תרי חזקה חזקת ממון וחזקת קיימת ולפמ"ש ניתא דבשאלה חצי יום נגד חזקת ממון איכ' למשאיל חזקת חיוב. ובשאל א' ושכר א' דליכ' חזקת חיוב ליכ' נמי לשואל חזקת קיימת אלא חזקת ממון ובחד' חזקה אית ליה לסומכוס ממון המוטל בס' חולקין וא"כ מצי קאי יחלוקו אכולהו בבי ולפמ"ש תוס' דיחלוקו לא קאי אכולהו בבי נראה ליישב לפמ"ש קושיות תוס' פרק השואל דף ק' שם שהוכיחו דסומכוס לא קאמר יחלוקו אלא גבי חזקת מרא קמא אבל בחזקת ממון ממש מודה דהממע"ה והקשו מהא דתנן ז"א איני יודע כו' יחלוקו והתם השואל מוחזק ממש ע"ש ולפמ"ש י"ל דיחלוקו לא קאי אלא אשאלה חצי יום דנגד חזקת ממון איכ' נמי למשאיל חזקת חיוב וליכ' לשואל אלא חזקת קיימת והוא כמו חזקת מרא קמא ובזה סבירא ליה לסומכוס יחלוקו ודו"ק:

סימן שמו

סעיף א

בפשיעה פטור. ודע דשליחות יד אפי' בעליו עמו חייב בכל השומרין וכדאמרי' ס"פ המפקיד (בבא מציעא ד' מ"א) לא תאמר שליחות יד לא בש"ח ולא בש"ש ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב ש"ח וש"ש לא כ"ש למה נאמר חדא לומר לך שליחות יד אינה צריכה חסרון ואידך שלא תאמר דיו לבא מן הדין להיות כנדון

מה שואל בבעלים פטור אף ש"ח וש"ש בבעלים פטור ולמ"ד שליחות יד צריכה חסרון חדא שלא תאמר דיו כו' ומבואר דלכ"ע שליחות יד בבעלים חייב וכיון דחייב בש"ח ובש"ש שלח יד בבעלים א"כ ה"ה בשואל וכגון ששאלה למלאכה זו ושלח בה יד לעשות מלאכה אחדת דחייב אפי' בבעלים משום דשואל לא עדיף משאר שומרין ואדרבה חיובו טפי משאר שומרין. וראיתי בתשובת בית יעקב סי' קמ"ג שכת' דגבי שואל קי"ל דשאלה בבעלים ושלח בה יד דפטור וכמבואר בהדי' בגמ' ס"פ המפקיד לא יאמר שליחות יד לא בש"ח ולא בש"ש ונילף משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב ש"ח וש"ש לא כ"ש חדא שלא תאמר שליחות יד צריכה חסרון ואידך שלא תאמר דיו מה שואל בבעלים פטור אף ש"ח וש"ש בבעלים חייב וע"ש דמסיק א"כ יש לחייב שליח יד בבעלים בכל השומרים חוץ מן השואל עכ"ל. ונראה שהבין דהא שאמרו לא תאמר בש"ח ובש"ש שליחות יד ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב היינו שליחות יד ממש ובזה אמרו דיו לבא מן הדין להיות כנדון היינו דגבי שואל שליחות יד ממש פטור בבעלים ובשאר שומרין חייב וליתיה דגבי שואל לא כתיבה כלל שליחות יד אלא דממיל' חייב היכי דשלח בה יד ממש כגון דשינה למלאכה אחרת שאינו שאול לה ומשום דכל חיובי דשומרין גניבה ואבידה ממיל' מחייבי בשואל דוכי ישאל מוסיף על ענין ראשון כדאיתא ר"פ השואל אלא הא דאמרי לא תאמר שליחות יד בשומר חנם ובש"ש ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים עבד חייב היינו שואל למלאכתו ממש וכמו שפירש רש"י שם ומה שואל דלדעת בעלים קא עבד שלח בה יד חייב היינו שלח בה יד לעשות מלאכתו מדעת בעלים חייב באונסין שומר שכר ושומר חנם דלא מדעת בעלים עבדי מלאכה מכל שכן דחייב באונסין ולזה משני' דיו לבא מן הדין דשואל שעושה מלאכתו ממש פטור בבעלים ואם כן בתר דגלי קרא בש"ח ובש"ש דשלח בה יד שלא מדעת בעלים חייב ממיל' נמי בשואל כהאי גוונ' ששלח בה יד לעשות מלאכה שלא מדעת בעלים דחייב דהא בשואל לא כתיבה שליחות יד כלל ואינו אלא בתורת חיוב דשאר שומרין שבפרשה ומשום דכתיב וכי ישאל וי"ו מוסיף על ענין ראשון ואם עושה מלאכה אחרת שלא מדעת בעלים חייב אפילו בעלים עמו והארכתי בפשיטות להוציא מסברי שו"ת הנז' שכת' בפשיטות דשליחות יד בכל השומרין חייב ובשואל פטור בבעלים וזה ודאי כל ששלח בה יד ממש למלאכה שאינו שאול דחייב בשואל לבעלים עמו ועיין שם שכת' פלפול ארוך בגמרא פרק השואל דף צ"ו בהא דבעי רמי ב"ח כו' דאגר מיניה והדר נסבה בעל שואל או שוכר עיין שם ולפי מ"ש רוב דבריו שם דחוים:

סעיף ב

שנא' אם בעליו עמו. עיין סמ"ע סק"א ועמ"ש בסי' ר"צ סק"א:

סעיף ג

שאל משני שותפים. פ' השואל דף צ"ו שאל משותפים ונשאל לו אחד מהן מהו כולו בעליו בעינן והא ליכא או דילמא מהאי פלגא דידיה מיהו מפטר ואין הספק אלא בפלגא דידי' אבל בפלג' דאח' שלא נשאל לו ודאי חייב לשלומי לי' כן כת' בשטה מקובצת שם דבפלגא דאחר שלא נשאל לו ליכא ספיקא דודאי חייב לשלם לו: ונראה דשותף דידיה אינו נוטל כלום בפלג' דמשלם כיון דהפטור בא לו מחמת זה שנשאל לו אין שותף חבירו מפסיד על ידו ונוטל חלקו משלם ואע"ג דבחוב מקולקל מה שגבו חולקין בשוה הכא כיון שהתודה פטרה אותו מחלק השותף שנשאל לו גובה זה שלא נשאל לו חלקו משלם ואידך אינו נוטל כלום מחלקו וכן באידך איבעי' שותפין ששאלו ע"ש בגמ' נמי אין הספק אלא בהאי פלגא דשיילי אבל פלגא דחברי' ודאי חייב וכן כת' בנימוקי יוסף שם וכן נראה מדברי הטור ע"ש. ודברי הרמב"ם וש"ע סתומים שכתבו לפיכך אם מתה אינו משלם ולא ביארו דאינו אלא בפלגא ועמ"ש בסי' ע"ז סק"א:

סעיף ד

אבל לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים. ועסמ"ע שכת' ז"ל וחלקתי בין אם שאלה היא הפרה כל ימי חיותה דפרה או כל ימי חיותה כו' דאש' דומיא למ"ש הטור והמחבר בסי' שמ"א בא"ל השאילני בטובך ע"ש דכה"ג פטור אפילו בפשיעה משום לוקח ולא משום פשיעה בבעלים כיון דעכ"פ הפרה אינ' שלה ומזה איירי הטור והמחבר ומור"ם כאן ובין שכרה או שאלה לזמן כגון לשלשים יום דכה"ג אף שהוא לוקח חייב בפשיעה דלא עדיף מלוקח ממש לזמן וכמ"ש ר"י והטור ע"ש ובני הבחור כמר יוסף דוב בעריש ש"ן טען דאי מיירי בשאלה הפרה כל ימי חיותה דפרה א"כ ליכא חיוב כלל אפי' בפשיעה שלא בבעלים כיון דאין שום זכות למשאיל כמ"ש בנ"י פרק השואל דאי נימ' דאין המשאיל יכול לקחת שלא בשעת מלאכה כשאמר לו השאילני בטובך ליכא חיוב אונסין כיון דאין שום זכות למשאיל ועיין שם ובסמ"ע כת' בסי' שמ"א גבי השאילני בטובך דאין המשאיל יכול לקחת שלא בשעת מלאכה ע"ש וא"כ ליכא שום חיוב כלל אלא בשברים ע"כ. ומ"ש הסמ"ע או כל ימי חיותה דאשה כו' נראה דכל ימי חיותה דאשה נמי לא עדיף מלוקח לשלשים יום דמה לי לוקח לשלשים או כל ימי חיותה דאשה כיון דסופו לחזור לבעלים מחייב בפשיעה צ"ע:

סעיף ה

לוקח בהמה לשלשים יום. כ"כ תוס' דלוקח בהמה לשלשים ש"ח הוי ולא ש"ש ע"ש פרק השואל דף צ"ז. ונראה לענ"ד דלפמ"ש הרמב"ם פ' כ"ב ממכירה לא הוי אפי' ש"ח דכת' שם ז"ל ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנ' אותו לפירות שהקונה לפירו' אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יהרוס ולא יבנה אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקנוי קנין עולם לעולם עכ"ל וכיון דקונה לזמן רשאי להרוס ועושה בזמנו כמו שעושה קונה קנין עולם א"כ מזיק ממש פטור ומכ"ש בפשיעה והתוס' שכתבו דהוי ש"ח אפשר דס"ל כשטת הראב"ד שם דקונה לזמן אינו רשאי לקלקל ע"ש ולכן תמה אני לא אדע דרכי הש"ע שבסי' רי"ב כ' כדברי הרמב"ם הנזכר וכן הרמ"א שם אינו חולק וכיון דקונה לזמן רשאי לקלקל השתא אזוקי מזיק ליה ופטור ומכ"ש בפשיעה וצ"ע:

סעיף ו

ש"ח עליו עיין ב"ח שהקשה ז"ל ומיהו צ"ע במסתמא ודאי בלוקח בהמה לשלשים יום התנה עמו שיחזרנה לו לאחר ל' יום וכיון דאמר החזירה לי ואפי' הקדישה אינו קדוש כדאמר ש"פ יש נוחלין וא"כ כ"ש אם נגנבה או נאבדה וכן כת' הרא"ש פרק לולב הגזול דבמתנה ע"מ להחזיר לא מיבעיא דחייב בגניבה ואבידה אלא אפילו באונסין חייב כו' ואע"פ שברשות ירד הוא ביטל אותו רשות בשלא קיים תנאו ועשה את עצמו גזלן למפרע עכ"ל. וא"כ לפ"ז ה"ה בלוקח בהמה ע"מ שיחזירנו לאחר שלשים אם לא החזירו נתבטל המקח והוי גזלן ששלח בה כו' דמ"ש מתנה מ"ש מכר וכאן כת' הרא"ש דאינו אלא ש"ח ואינו חייב אפילו בגניבה ואבידה וכ"ש דפטור מאונסין ע"ש שהניח בקושיא ואינו קושי' דודאי דרך תנאי חייב ואפילו באונסין וכמ"ש הרא"ש גבי מתנה וכאן לא מיירי דרך תנאי אלא לקחו לזמן וממילא לאחר שלשים הדרא למאריה קמא ואם נאנס תוך שלשים יום לא נתבטל המקח למפרע וזה פשוט:

סימן שמח

סעיף א

או כדי לצערו. ריש פרק איזהו נשך לא תגנובו דכ' רחמנא למה לי כו' אפילו ע"מ למיקט וכת'. בשטה מקובצת שם ז"ל ע"מ למיקט יש מפרשים דאיירי שהוא אינו רוצה לעכב הגניבה בידו אלא גונב כדי לצערו ולא נראה דהא מעשים בכל יום שעושים כך ולכך יש מפרשים דודאי בדעתו לעכב הגניבה בידו אבל אינו גונב בשביל שום הנאה אלא כדי

לצערו עכ"ל. ומלשון הרמב"ם בס' המצות נראה דאפינו רצונו להשיב הגניבה נמי הוי ע"מ למיקט ע"ש מצוה רס"ד וז"ל ובספרי לפי שנא' בגניבה שנים ישלם שמענו עונש אזהרה מנין ת"ל לא תגנובו ע"מ למיקט פי' לצער הבעלים ולהדאיבן ואח"כ ישיבהו לו וע"ש וא"כ מ"ש דמעשים בכל יום ראוי ליזהר בזה. ונסתפקתי בגונב ע"מ למיקט אם הו"ל דין גנב ממש להתחייב באונסין או נימא כיון דבדעתו להשיבו ואינו עושה אלא ע"מ לצערו לשעה נהי דאיסורא עביד אבל אין בו דין גנב להתחייב באונסין. והנה מדברי שטה מקובצת ס"פ המפקיד נראה דגוזל ע"מ לשלם אינו חייב באונסין ע"ש בסוגיא דשליחות יד ז"ל וגזלן ושואל שלא מדעת שייכי בכל אדם בין שומר בין אינש דעלמא אבל שולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמו מוכיח עליו וכדאמר קרא גבי שומרין אם לא שלח ידו והנוטל לגזול ע"ד ליטלה כולה או ליטול מקצתה או שיחסרנה ולא ישלם לבעליו והוא חייב באונסין מכיון שמשך לדעת כן אע"פ שלא חסר והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל או מקצת ע"ד לשלם עכ"ל. ומשמע דבאונס דעלמא אינו חייב באונסין אם הגביה ע"מ לשלם ומכ"ש גונב ע"מ למיקט ולהשיבו בעינא אח"כ ואכתי צ"ע):

סעיף ב

ואם הכניסה לרשותו. פ"ק דמציעא דף י"א תניא אין לי אלא ידו גגו חצירו קרפיפו מנין ת"ל אם המצא תמצא ופירש"י גבי חצירו כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה עכ"ל ומשמע דאם נכנסה מעצמה לרשותו ונתכוין לקנותה לגזילה לא מחוייב במחשבה גרידא ואפילו היה חצר המשתמרת ומשום דבמחשבה אינו נעשה גזלן עד שיעשה מעשה כמו נעל בפניה אע"ג דבמציאה כה"ג קני לה במחשבה גריד' אבל בגזילה צריך נעל בפניה או שיכניסנה בעצמו לרשותו וזה שכת' בש"ע ואם הכניסה לרשותו אבל נכנסה מאליה לא וה"ה נכנסה מאליה ונעל בפניה דזה נמי הוי מעשה ובתשובת מוהרי"ט חלק ח"מ סי' פ"ח ז"ל אלמא אפי' מתעסק לגונבו כל שלא עשה מעשה פטור ותנן נמי ס"פ המפקיד החושב לשלוח יד בפקדון כיצד הטה את החבית כו' הגביה ונטל הימנה רביעית ונשברה משלם דמי כולה דלא מחייב במחשבה אלא במעשה הגבהה עכ"ל ומוכח ממשנה זו אע"ג דהפקדון הוא בביתו וברשותו דה"ל חצירו אפילו הכי אינו קונה לאונסין עד שיעשה מעשה וכמו נעל וכמ"ש רש"י ועמ"ש בסי' רמ"ג ס"ק י':

סעיף ג

דאין שליח לדבר עבירה. והיכא דשלח שלוחו לגנוב אדעתיה ואדחבריה דעת רש"י פ"ק דב"מ דף ח' דכהאי גוונ' יש שלד"ע ע"ש אמר רמי ב"פ זאת אומרת המגביה מציאה

לחבירו קנה חבירו דאי ס"ד לא קנה חבירו תעשה זו כמי שמונחת ע"ג קרקע וזו כמונחת ע"ג קרקע ולא יקנה לא זה ולא זה אמר רבא לעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו והכא היינו טעמא מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה תדע שאלו אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנבו פטור ושותפין שגנבו חייבין מ"ט לאו משום דאמרינן מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה וכת' רש"י ז"ל ואלו שותפין שגנבו והאחד מוציאה מרשות הבעלים לדעתו ולדעת חבירו אמרינן בב"ק דחייבין עכ"ל ודעת תוס' שם נראה חולק ע"ש שכתבו עלה ז"ל ואין נראה דהתם בטביחה איירי וטביחה אפי' אמר צא וטבוח לי חייב דדרשינן תחת לרבות השליח אלא שותפין שגנבו שהגביהו שתיהן עכ"ל ומשמע דוק' הגביהו שניהם אבל הגביה אחד אדעתיה ודעת שותף חבירו לא וקשי' לי דהא אפילו בהגביהו שניהם נמי אי לאו דאמרינן מגו דזכי לנפשיה כו' לא הוי מהני כלום וכדאמרי' בגמ' שם משום דמעשה זו כמונחת ע"ג קרקע וכו' וכיון דמהני גם בשליח לד"ע בהגביהו שניהם לו' מגו דזכי לנפשיה א"כ אפי' הגביה אחד אדעתיה ואדחברי' נמי נימ' מגו דזכי לנפשי'. ומ"ש רש"י ואלו שותפין שגנבו אמרי' בב"ק דחייבין נראה דלאו מטביחה יליף דבטביחה אפי' היכ' דאינו טובח רק אדחבריה רבי קרא דיש שלד"ע אלא משותפין שגנבו הוא דיליף דאי לאו משום מגו דזכי לנפשיה בדבר עבירה לא משכחת שותפין שגנבו דאפי' הגביהו שניהם כא' אי לאו משום מגו דזכי לנפשיה תעשה זו כמונחת ע"ג קרקע וכו' וכמ"ש ובפ' מרובה (בבא קמא דף ע"א) כת' רש"י ז"ל שותף שטבח אחד לדעת חבירו משלמין בין שניהם דאי' וטבחו כולו באיסור' דהטובח חייב על חלקו וחבירו נמי עשאו שליח והא רבנין לעיל דיש שלד"ע הכא דאמרינן תחת לרבות השליח עכ"ל. והא דלא כת' משום מגו דזכי לנפשיה כדאמרינן גבי שנים שגנבו ואמאי הוצרך רש"י להא דרבי שלד"ע בטביחה משום דלא שייך מגו דזכי לנפשיה אלא בקנין שעושה אדידי' ואדחבריה הן במציאה הן במקח הן בגניבה וגזילה דצריכים קנין לאונסין כדרך שקונין בלקוחות ושייך ביה מגו דזכי לנפשיה בהאי קנין מהני נמי לחבירו אבל טביחה דאין בו משום קנין אלא על מעשה טביחה הוא דחייב רחמנ' ואי לאו משום דרבי שליחות בטביחה לא שייכא ביה הך מגו דזכי כו' ועמ"ש בסי' ל"ד סק"ג:

סעיף ד

אינו בר חיוב. בפ' מרובה (בבא קמא דף ע"ט) תנן הי' מושכו ויוצ' כו' נתנו לשומר לשואל ולנושא שכר והי' מושכו ויוצ' ומת ברשות הבעלים פטור הגביה או הוציאו מרשות הבעלים חייב ופרש"י שאמר גנב לשומר שור א' יש לי בבית פ' קחנו ותהא עליו שומר הוציאו השומר מרשות בעלים ומת חייב הגנב במשיכת השומר ע"ש. ובתוס'

הקשו והא אין שלד"ע וכתבו דכיון שאין השומר יודע שהוא גנוב ה"ל כחצר דבע"כ מותיב ביה וכן כת' תוס' פ"ק דמציע' דף י' וכ"כ המרדכי אבל דעת הנימוקי יוסף דאפי' לא ידע השליח נמי אין שלד"ע ופטור המשלח. ובש"ך האריך בזה להוכיח כדברי הנ"י וז"ל ועוד דע"כ מה שהוציאו כן מהמשנה דפ' מרובה כפי פירש"י אין פי' המשנה כן דא"כ למה ליה לתלמוד' להקשות פ"ק דמציע' דף י"א אריש לקיש דאמר חצר משום שליחות אתרבאי ומשמע דלר' יוחנן לא קשה מידי והא בלא"ה תיקשי כן אמתני' דמרובה אפי' בלא ברייתי' דהמצ' תמצא כו' וכמו שמוכרח לתרץ המשנה כן יתורץ דברי ריש לקיש אלא ודאי אין הפי' במשנה דמרובה דהמשלח חייב במשיכת השומר אלא כמו שפירשו שאר מפרשים וע"ש. ואינו מוכרח דהא בפ' מרובה שם מפרש לה בש"ס נמי באנפי אחריני וא"כ מה"ט לא קשי' ליה לר' יוחנן אלא לריש לקיש הוא דקשי' ליה מברייתי' דהמצא תמצא ע"ש במרובה דף ע"ט בעי אמימר תקנו משיכה בשומרין או לא ת"ש נתנו לבכור בנו או לבע"ח לשומר חנם כו' היה מושכו ויוצ' ומת ברשות בעלים פטור מאי לאו שומר ש"מ תיקנו משיכה בשומרין א"ל לא גנב הא תנא ריש' גנב תנא גנב שגנב מבית בעלים ותנ' גנב שגנב מבית שומר א"ל רב אשי לא תדחיי' מה לי גנב שגנב מבית שומר מה לי גנב שגנב מבית בעלים וכתבו שם תו' ורב הונא דאמר בקע בו קנאו דאי הכי לא גנב ולא חייש לפירכ' מה לי גנב כו' וא"כ לפי ס"ד דש"ס דאפי' בחצר דבע"כ נמי אין שלד"ע הוי מפרש למשנתינו דמרובה דקאי אגנב שגנב מבית שומר וכדמפ' לה רב הונא אבל לרב אשי דלא ס"ל דקאי אגנב וא"כ צריכים לפרש כפירש"י דגנב מתחייב במשיכת השומר ומשום דשליח לא ידע ה"ל כמו בע"כ מותיב ביה ובעיקר הדין נראה כהכרעת הש"ך דאפילו היכא דלא ידע ששליח אין שלד"ע ומשום דאי בעי עבד ואי בעי לא עבד וכן נראה מדברי רש"י גופיה פרק האיש מקדש (קידושין דף נ') ד"ה שליח מעל ז"ל רש"י ובעה"ב פטור כיון שנזכר לאו שגגה הוא גביה ושליח חייב שהוצי' מעות הקדש לחולין ואלו לא נזכר בעה"ב הוי רמיא מעילה אבעה"ב דאתרבי שליח למעול שולחו על ידו בריש פרקין דף מ"א אבל השת' דאפטר בעה"ב רמי' מעילה אשליח ככל התורה כולה דאין שלד"ע והעושה הוא מחייב עכ"ל הרי מבואר להדי' מדברי רש"י שכת' בכל התורה כולה דאשלד"ע והעושה מתחייב ואע"ג דלא ידע שליח דהא גבי מעילה השליח לא ידע ואי נימ' דהיכ' דלא ידע יש שליחות לד"ע א"כ בנזכר בעה"ב אמאי מעל השליח כיון דלא ידע השליח וה"ל כעושה זאת המשלח ולא עביד שליח מידי וכשנזכר בעה"ב ליהוי תרווייהו המשלח והשליח פטורים ממעילה השליח דלא עביד כלום אלא המשלח והמשלח נמי פטור דנזכר ע"כ מוכח דס"ל לרש"י דאין שלד"ע אפילו היכא דלא ידע

שליח וכהאי דמעילה שם וא"כ מ"ש תוס' בשטת רש"י דהיכ' דלא ידע יש שלד"ע הרי לפנינו מלשון רש"י דאפי' כה"ג דלא ידע אשלד"ע וגם בעיקר דברי תוס' שכתבו דיש שלד"ע היכא דלא ידע. קשה דא"כ נזכר בעה"ב אמאי מעל השליח כיון דה"ל כאלו עשאו המשלח מיהו ברש"י בחגיגה דף י' פי' בהא דנזכר בעה"ב שליח מעל משום דכיון דנזכר בעה"ב אנן סהדי דלא ניח' ליה בשליחותיה והוי כביטל שליחותיה ומש"ה שליח מעל וע"ש. וא"כ נשטת תוס' והמרדכי צ"ל כטעמ' דרש"י בחגיגה ואע"ג דדברים שבלב לאו דברים כיון דאנן סהדי בביטולו ה"ל דברים שבלב כל אדם דהוי דברים ועמ"ש בסי' י"ב סק"א. ובחילוף הטעמים שכת' רש"י בקידושין ובחגיגה בצ"ע ועכ"פ למדנו מדברי רש"י בקידושין דאשלד"ע אפילו היכא דלא ידע. ולכן נראה לענ"ד לולי דברי תוס' במה דקשי' להו דהיכי מתחייב הגנב במשיכת השומר הא אשלד"ע נראה דרש"י לטעמיה דס"ל פ"ק דמציעא (דף ח') גבי שותפין שגנבו דהיכ' דעושה שליח לגנוב אדעתיה ואדחבריה יש שליח לדבר עבירה מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחברי' ועמ"ש בסק"ד וכיון דשומרין בעי משיכה ובלא משיכה לא מחייבי וכמ"ש הרמב"ם וש"ע בסי' רצ"א ומש"ה כשנתנו הגנב לשומר מגו דזכי לנפשיה להתחייב בדין שמירה זכי נמי לחבריה והיינו שיקנה הגנב להתחייב באונסין דכיון דזכי לנפשיה במשיכה זו זכי נמי לחבריה וזה נכון ודו"ק. וניח' בזה ליישב פרש"י שם דקשי' טוב' שם בגמ' (דף ע"ט) דבעי אמימר אי תקנו משיכה בשומרים ואמרינן עלה ת"ש נתנו לבכורות בנו לש"ח כו' ש"מ תיקנו משיכה בשומרים כו' וכיון דלפרש"י מיירי בגנב שיתחייב הגנב וא"כ ודאי בעי משיכה דאם לא משך נהי שהשומר יתחייב בלא משיכה הגנב אינו מתחייב אלא במשיכת השומר שהוא שלוחו וע"ש בתורת חיים. ולפמ"ש ניחא דאם שומרים לא בעי משיכה גם הגנב לא מתחייב במשיכת השומר כיון דאשלד"ע ומגו דזכי לנפשיה לא שייך ביה כיון דאמרת שומרים לא בעי משיכה אע"כ תיקנו משיכה בשומרים ואמרינן ביה מגו דזכי לנפשיה ונתנו לבכורות בנו או לבע"ח לא מיירי שנתנו לגמרי אלא שנתנו אפותיקי וכמ"ש תוס' שם ד"ה תיקנו משיכה בשומרים ע"ש וא"כ ה"ל נמי שומר ואמרינן ביה מגו דזכי לנפשיה וכמ"ש וא"כ שפיר מצי איירי שידע השומר והתוס' שהקשו הא אין שלד"ע לטעמיה פ"ק דמציע' דף ח' דמשמע מדבריהם דלא אמרינן בשלד"ע מגו דזכה לנפשיה. וראיה ברורה נראה דאפי' היכא דלא ידע שליח נמי אין שלד"ע מהא דאמרינן בהמניח (דף ל"ב) מתיב רבא הוסיף לו רצועה אחת ומת ה"ז גולה על ידו והא הכא דשוגג קרוב למזיד הוא דאיבעי אסוקי אדעתיה דמייתי אינשי בחדא רצועה וקתני ה"ז גולה אמר רב שימי מנהרדעא דטעי במניינא טפח ליה רבא בסנדל' א"ל אטו הוא מני והתניא גדול שבדיינים

קורא והשני מונה והג' אומר הכהו דלא אמר רב שימי מנהרדעא דטע' דיינא גופיה וע"ש ואי נימא דהיכ' דהשליח לא ידע שלוחו כמותו אפילו לדבר עבירה א"כ שליח ב"ד אמאי גולה כיון דאינו אלא שליח ב"ד והב"ד הוא המשלחו ואע"ג דהמשלח נמי לא ידע וכדמוכח מתוספת פרק האיש מקדש שהקשו למה לי קרא גבי מעילה דמשלח מעל תיפוק ליה דשליח לא ידע ע"ש ואע"ג דהתם המשלח לא ידע. ואם כן התם בשליח בית דין כיון דאינו אלא שליח ב"ד אלא ודאי דאפי' בשוגג נמי אין שליח לדבר עבירה ומשום הכי שליח בית דין גולה ואף ע"ג דבגניבה אם השליח שוגג ודאי פטור השליח היינו משום דבגניבה אינו מחייב בשוגג אבל גלות חייב על השוגג והשליח הוא דחייב וזה ראיה ברורה ודו"ק:

סימן שמט

סעיף א

שגנבו. בירושלמי פרק ארבעה שומרים תני וגונב מבית האיש לא מראש גגו א"ר אלעזר הדא דתימר בגג שאינו מבוצר אבל בגג מבוצר כבית הוא תני וגונב מבית האיש ולא מבית השואל ומר וגונב מבית האיש ולא מבית נושא שכר והשוכר מכיון ששמירתו עליו כמי שהוא עליו וביאורו הדא דתימ' בגג שאינו מבוצר והיינו שאינו מקורה ואינו משתמר אבל בגג מבוצר שהוא משתמר כבית הוא ופריך תני נמי ולא מבית השואל ותימר נמי לא מבית שוכר ונושא שכר ומשני מכיון ששמירתו עליו כמי שהוא עליו והיינו דכל היכא דאי' ברשות בעלים מכיון ששמירתו עליו וכ"כ תוס' פ"ק דמציעא (דף ו') דפקדון כל היכא דאית' ברשות' דמאריה וראיה מדחייב כפל אם גנבו מבית שומר ע"ש מיהו הא דמשמע בירושלמי וגונב מבית האיש ולא מראש גגו שאינו מבוצר אינו נראה כן מדברי הפוסקים דלא הביאו כלל לא ברמב"ם ובטור וש"ע לא נמצא מזה ומשום דלא ממעט בגמ' דילן אלא גונב מבית הגנב ומהכ' יליף רבי יוחנן דאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו ע"ש פ' מרובה אבל בגג שאינו מבוצר ואפי' גנבו מרשות הרבים כיון דיכול להקדישו ודאי חייב בגניבתו וכן מוכח מהא דאמרינן ר"פ המפקיד בהני לישנ' דסמוך לגניבה קנוי לך או משעת משיכה מאי בינייהו דקיימא באגם ע"ש וכיון דחייב הגנב בגנבו מאגם מכ"ש מגגו אפי' אינו מבוצר לא גרע מאגם:

סעיף ב

ושלא שלח בהם יד. כת' הסמ"ע ז"ל בטור כ' גם שלא פשע בה שנגנב וכ"כ מוהר"ם לעיל בהגהותיו סי' צ"ו עכ"ל. מיהו נראה מדברי הש"ע דבכוונה השמיט להאי שבועה דלא

פשעתי וכמ"ש בבדק הבית ז"ל בתשו' הרא"ש שבידינו כתוב כמ"ש רבינו ויש לתמוה למה צריך לישבע שלא פשע שמאחר שאינו שומר כי פשע מאי הוי ומצאתי בס' חזה התנופה שכת' כלשון הזה ישבע הוא וגם היא שאינה ברשותה שלא שלח הוא יד בהם עכ"ל השמיט שלא פשע בהם וטעמו מפני מה שכתבתי דכיון שאין הבעל שומר כי פשע בהם מאי הוי אבל אם שלח יד בהם אע"פ שאינו שומר חייב דשואל שלא מדעת גזלן הוא וחייב עכ"ל ועמ"ש בסי' רצ"א ס"ק א' דהיכ' דאינו שומר איכ' גווני דלא מחייב אפי' משום שליחות יד ע"ש דהיינו בהך שליחות יד דחדית רחמנא בשומרין ובסמ"ע סק"ד כ' ז"ל ומה"ט צריך לישבע שלא פשע אע"ג דלא קיבל עליו שמירה כו' ונראין דברי הב"י בבדק הבית דא"צ שבועה שלא פשע דאינו שומר כלל ולפ"ז הך שבועה דאינו ברשותו נמי אינו משבועת השומרים כיון דאינו שומר כלל ואינו אלא שבועת היסת ומשום דהוי רגלים לדבר כיון שמודה שהחפצים באו לרשותו וברגלים לדבר נשבעים היסת על הספק כמ"ש הרמ"א בסי' ע"ה ובדברי הרמ"א והסמ"ע קשיא לי טובא דנהי דס"ל דהוי שומר ומשום דעדיף מהנח לפניך כמ"ש בסמ"ע סק"ד דכיון דקי"ל בעל לוקח הוי ואשה ששאלה ואח"כ נשאת הבעל לוקח ופטור אפי' מפשיעה כמבואר בש"ע סי' שמ"ו סעיף י"ז וכ"כ בסמ"ע שם דפטור אפי' מפשיעה אלא דאתי עלה מכח תרתי דה"ל לוקח וגם פשיעה בבעלים ע"ש וא"כ מה לי אשה ששאלה ואח"כ נשאת או שאלה בעודה תחת בעלה דה"ל נמי לוקח ואין לו' דמיירי בהודיעה לבעלה שהם שאולים דכה"ג חייב אפי' באונסין לדעת הרמב"ם וכאן משמע דאינו חייב אלא בפשיעה ועוד דהא כ' הרמ"א בסי' שמ"ו דבעינן דוק' נשתמש בה לאחר שהודיעתו או שקיבל עליו להיות שואל ע"ש וצ"ע ולפמ"ש הב"י בספר בדק הבית דאינו שומר כלל א"כ הנך שבועת שאינו ברשותו ושלא שלח בה יד דאינו משבועת השומרים אלא שבועת היסת ומשום רגלים לדבר כמ"ש:

סעיף ג

וגם האשה תשבע שאינו ברשותה. עמ"ש בסי' צ"ו דשבועה זו אינו אלא מדרבנן דכיון דמודה שחייבת לשלם תו ליכ' שבועת השומרים אע"ג דאינ' משלמ' משום שאין לה אפ"ה לית ביה שבועת התורה דבין עני ובין עשיר פטור כשמודה שפשע ודוקא כשפוטר עצמו מחיוב תשלומין הוא דצריך לישבע מה"ת וע"ש:

סימן שנ

סעיף א

גנב חלבו. עיין ש"ך מ"ש בענין טובת הנאה ממון ובמרדכי פרק שבועת הדיינים ז"ל נראה דטובת הנאה אינה ממון כעולא ורב אסי דפרק ב' דקידושין ואע"ג דרבא בתרא הוא ומוקי מתני' פ"ב דנדרים דטובת הנאה ממון היינו דלא בעי לאוקמה כו' ומיהו רבא גופה איהו סבר דטובת הנאה אינה ממון עכ"ל ובש"ך כת' עלה דהיכן מצינו לרבא כן שסובר דטובת הנאה אינו ממון עכ"ל ונראה דכוון המרדכי להא דאמר רבא פ"ק דמציע' (דף י"א) ע"ש דאמר רבא שפיר עבד דלא קיבלה וכי לא היה להם סודר לקנות בחליפין אלא טובת הנאה אינו ממון לקנות בחליפין ה"נ טובת הנאה איני ממון לקנות ע"ג קרקע ועמ"ש בסי' ער"ה סק"א ובסי' רע"ח ס"ק א':

סעיף ב

כת' הטור ז"ל גנב שור של שותפין וטבחו או מכרו והודה לא' מהם וכפר לשני ואח"כ באו עדים שטבח ומכר משלם לזה שכפר חמשה חצאי בקר. וכת' הב"ח ופירש רבינו דמיירי בהודה לאחד מהן כשתובעו בב"ד וכפר לשני כשתובעו בב"ד אחר דאל"כ לא יתחייב לשני דמסתמ' כיון דהודה לא' מן השותפין כאלו הודה גם לשני אלא מיירי בדכפר לשני בב"ד לפיכך כשבאו עדים חייב לשלם לשני ה' חצאי בקר עכ"ל ואחי הרב המופלג תמה בזה על דברי הב"ח דמה בכך שכפר בב"ד אחר כיון דכבר הודה ואיפטר בבי דינ' קמא ואטו הודה בקנס בהודאה כראוי לפני ב"ד ואח"כ תובעו בב"ד אחר וכפר בו יהיה חייב זה לא נשמע כיון דהודה הודה ע"כ. ונראין דברי ב"ח ואין בזה תימה והוא דמצינו בש"ס רפ"ק דב"ק ופ"ק דמכות לר' עקיב' דס"ל עדים זוממין קנס' ואם הודו עדים בב"ד ואמרו הוזמנו בב"ד פ' דפטורין ע"ש וכיון דהוזמו כבר בב"ד עפ"י עדים כשרים והיכ' דבאו עדים ואח"כ מודה ודאי חייב אליביה דכ"ע וא"כ היכ' משכחת לה מודה בקנס בעדים זוממין אלא עיקר' דהאי מלת' כיון דהתורה אמרה אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע עצמו אין הדבר תלוי אלא באותו ב"ד שדנין אותו עכשיו ואם באו עדים והעידו עליו בב"ד ולא גמרו את הדין אותו ב"ד ובא ותובעו אותו לפני ב"ד אחר ומודה לפניהם ה"ל מודה בקנס ובי דינ' קמאי שבאו העדים על הקנס שפיר מחייבין אותו דלפניהם אינו מודה בקנס כיון שכבר העידו עדים עליו לפניהם וכן להיפך במודה בקנס לפני ב"ד תו אין מחייבין אותו אפילו באו עדים אח"כ ואם תובעו לפני ב"ד אחר ובעדים הב"ד השני שפיד מחייבין אותו כיון דלא הודה באותו ב"ד שדנין אותו ומשום דמודה

בקנס לא הוי בנמחל שעבודו אלא שאין מחייבין אותו כיון דכבר הרשיע את עצמו וב"ד השני שפיר מחייבין אותו וא"כ דברי הב"ח נכונים דאע"ג דהודה לפני ב"ד הראשון כל שכפר לפני ב"ד השני מחייבין אותו וראיה מהא דאמרינן ר"פ נערה דלרבי שמעון דס"ל דקנס לא הוי ממון עד אחר הגביה ואפילו כבר העמידו בדין עדיין קנס' ואמרו שם לענין הודאה עיין שם בתו' וע"כ היינו בב"ד אחר דבאותו ב"ד ודאי כל שהעמידו בדין וגמרו הדין אינו שייך בו הודאה לו' דמודה בקנס פטור וע"כ היינו בב"ד השני כשמודה העמדתני בדין ונתחייבתי בב"ד והרי כבר באו עליו עדים ע"כ דעיקר תלי' באותו ב"ד שדנין אותו וכמ"ש ואפי' לדידן דהוי ליה ממון אחר העמדה בדין היינו אם כבר גמרו הב"ד את הדין וחייבוהו אבל אם העמידו בדין והעמיד עדים והעידו ועדיין לא גמרו הדין דעדיין קנס הוא עד אחר שחייבוהו ב"ד ואם תובעו בב"ד אחר ומודה מיפטר וכן משמע מדברי הש"ע סי' פ"ז סעיף כ"ו ע"ש טענו דבר שאינו חייב עליו אלא קנס שאלו הודה היה פטור אבל אם טענו שהעמידו בדין על הקנס והביאו עדים וחייבוהו ב"ד לשלם והלה אומר להד"מ צריך לישבע עיין שם ומשמע דכל שלא חייבוהו ב"ד אע"ג דכבר הבי' עדים כיון דעדיין קנס הוא עד אחר פסק דין אמרינן ביה מודה מיפטר כל שהיה בפני ב"ד אחר שלא שמעו ולא ידעו מהעדאת העדים וז"ב ודו"ק:

סעיף ג

בטור שם ז"ל עשה שליח לשחוט לו בשבת והשליח שחט בשבת כ' הרמב"ם שהוא חייב. ובמשנה למלך פ"ג מגניבה כ' דאם עשה שליח בפי' לשחוט לו בשבת אין שלד"ע דנהי דמרבי בטביחה שלד"ע אבל צריך שלא יתערב עמו איסור אחר וע"ש ועמ"ש בסי' רצ"ב סק"ב ליישב ודברי הטור:

סעיף ד

כ' בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' ק"י ז"ל שאלת מי שגנב בעדים והשיב את הגניבה קודם שתבעוהו בב"ד אם משלם כפל אם לאו את"ל שזה דבר ברור שאינו משלם כפל דאשר ירשיעון אלהים כתיב ותו דלא גרע מאומר בב"ד גנבתי ובאו עדים שגנב שהוא פטור אם גנב בעדים ואמר החזרתי מהו מי מהימנינן ליה או לא ואת"ל דמהימנינן ליה היאך גנב מתחייב כפל לעולם שהרי כל גנב מרשיע את עצמו שהרי יכול ליפטר א"ע ולומר החזרתי ואם תאמר שלא זזה יד העדים מתוך ידו קשי' הא דתנן גנב ע"פ שנים וטבח ע"פ ע"א או ע"פ עצמו כו' שגם זה המודה שלא החזיר מרשיע א"ע הוא תשובה כל שבאו עדים והעידו בב"ד שגנב אינו יכול ליפטר מתשלומי כפל שכבר נמצאת הגניבה בעדים ומ"מ אפשר שיהיה נאמן לומר החזרתי וכדעת מקצת מרבותי נ"נ שאמרו שהגוזל

חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים כו' ומ"מ אין נאמנתו בחזרה פוטרתו מן הכפל שהכפל תלוי בהעדאת עדים וכמו שאינו נאמן לומר אחר שבאו עדים כבר הודיתי לו על הגניבה קודם שבאו עדים אלו לפטור עצמו מכפל כך אינו נאמן בטענת החזרתי ואל תתמה ותאמר שזה תלוי בזה ואם נאמן שהחזיר כבר האמנתו על ההודאה שאין זה תלוי בזה שהרי מצינו כיוצ' בו בשלשה שישבו לקיים את השטר כו' ומוקי בערעור דגזלנות' ומעידין עליו שחזר בתשובה אבל הוא (אינו) נאמן להכשיר את עצמו אע"פ שהוא נאמן לגבי הממון לו' החזרתי וכו' וה"ה והוא הטעם בזה שהוא נאמן על הממון אבל אינו נאמן על הכפל כיון שבאו עדים שגנב ולא להכשיר א"ע ועוד כי במה שהוא חייב נאמן לו' פרעתי אבל אינו נאמן לו' לא נתחייבתי בכפל שהרי העדים מעידין עליו גם מה שקראת מרשיע א"ע כשהו' שותק ואינו טוען שגנב ושילם זה אינו קרוי מרשיע א"ע כו' אלא ב"ד מרשיעין אותו ע"פ עדים ואין אנו צריכים להודאתו וז"ב וכן נ"ל עכ"ל והנה נראה מדברי הרשב"א דבהחזיר הגניבה קודם שבאו עדים דפטור הוא משום מודה בקנס ולענ"ד הוא משום דכבר חזרה קרן לבעלים וכדאמרינן פרק מרובה בהא דמשני ריש לקיש שהקדישו בעלים ביד גנב ופריך והא חזרה קרן לבעלים ופי' רש"י רכתי' המצא תמצא בידו הגניבה וכאן כבר בא הגניבה ליד בעלים ע"ש והתם לאו מדנפשיה החזירו דליהוי בכלל מודה בקנס דהא הבעלים הקדישו אלא כל שבא הגניבה ליד בעלים תו לא הוי בכלל המצא בידו וכמו שפירש"י וגם מ"ש הרשב"א כמו שאינו נאמן לו' אחר שבאו עדים כבר הודיתי לו על הגניבה קודם שבאו אלו עדים לפמ"ש בסק"ב אפילו כבר הודה בהודאה גמורה לפני ב"ד אפ"ה ב"ד אחר שלא ידעו ולא שמעו מהודאה יכולין לחייבו דע"י הודאה בקנס לא נמחל שעבודו אלא דאותו ב"ד שהודה בפניהם הוא דאין יכולין לחייבו:

סימן שנא

סעיף א

היה מגרר ויוצ'. בפרק א"נ דף ל"א ודאפקיה להיכ' אי דאפקיה לרה"ר איסור שבת איכ' איסור גניבה ליכ' אי דאפקיה לרה"י איסור גניבה איכ' איסור שבת ליכ' כו' אמר רב אשי כגון שצירף ידו למטה משלשה וקיבלו וכדרבא דאמר רבא ידו של אדם חשובה לו כד' אמות רבינ' אמר דאפקי' לרה"ר כו' ופי' רש"י כדרב' דכי היכ' דלענין שבת חשוב מקום לענין מיקני נמי חשוב מקום למיקני כאלו הגביה למעלה מג' מיהו ברשות היחיד לא אגבה דתיקני ליה מקמי דאתי איסור שבת ולהכי משני כשצירף דלא תיהוי הגבהה

ברשות היחיד ע"ש. ואיכ' למידק מסוגי' דשבת פ' המצניע (שבת דף צ"א) דפליגי אביי ורבא באגד כלי אי שמיה אגד. ומקשי מהאי דגונב כיס בשבת כו' שהרי איסור שבת ואיסור גניבה באין כא' ואי ס"ד אגד כלי שמיה אגד קדים ליה איסור גניבה לאיסור שבת. ופרש"י דכיון שהוצי' מקצתו קנה כל המעות שבחוץ שיכול להוצי' דרך פיו כו' ומשני דאפקיה דרך שוליו והא איכ' מקום תלת' בנסכ' וכיון דאי' שנצין כו' ומסיק דליכ' שנצין. ולפי מה דאמר רב כשצירף ידו למטה מג' דה"ל קנין מחמת יד וגבי יד קי"ל דכל מה שבידו כמאן דפסק וכדאי' פ"א דמציעא דף ט' האי סודר' כו' כמאן דפסק ע"ש וא"כ בנסכ' נמי איסור גניבה קדים דכיון שהגיע מקצתו לידו קני להאי מקצת אפילו בנסכ' כמאן דפסק ואיסור שבת לא הוי עד דנפק לה כולה. ונראה דלפי מה שפירש"י וכדרבא היינו כי היכי דלענין שבת חשיב מקום חשיב נמי לענין קנין והיינו משום דלשטת רש"י אין הגבהה אפילו בידו פחות משלשה וזה שצירף ידו למטה משלשה לא הוי קנין אלא מגו דחשיב לענין שבת כו' וכ"כ במגיני שלמה שם בשטת רש"י דהגבהה אינו קונה בפחות משלשה אלא בגט שהוא בע"כ ומש"ה אמר כדרבא דהרבה כיוצא בזה מצינו מגו דחשיב להא חשיב נמי להא ע"ש וניחא דתו לא קדים איסור גניבה לאיסור שבת דכל דלא אתי איסור שבת עדיין ליכא איסור גניבה כיון דידו לא קנה בפחות משלשה אלא מגו דחשיב ליה מקום לשבת. וניח' בזה ליישב קושיות תוס' שם שהקשו לפרש"י דאמאי לא מוקי רב אשי שצירף ידו למעלה משלשה ובאסקופה גבוהה שלשה דליכ' הגבהה ברשות היחיד ע"ש ולפמ"ש ניחא דאי בידו גבוה שלשה א"כ לא משכחת איסור גניבה ושבת כאחד דבידו לעולם גניבה קדים אפי' בנסכא ה"ל כמאן דפסק אבל למטה משלשה לא הוי קנין אלא משום חשיבות דשבת דליכא גניבה בלא איסור שבת וכמ"ש. וא"כ הא דפריך ואי ס"ד דאגד כלי שמיה אגד קדים ליה איסור גניבה אינו קושי' אלא לרבינ' דמפרש לה משום משיכה ולדידיה שפיר משני בנסכא דלא קני במשיכה מד שימשכנו כולו מרשות הבעלים אבל לפירוקא דרב אשי דאמר משום יד ולמטה משלשה אם כן לא תיקשי כלל מאגד כלי וכמ"ש ובזה אפשר ליישב דברי הטור דקשי' לן בהו שכת' שצירף ידו למטה משלשה ולא כת' התנאים שנאמרו בה למ"ד אגד כלי שמיה אגד דקי"ל כוותיה וכמבואר ברמב"ם פ' י"ב מה' שבת דצריך לו' בנסכ' וליכ' שנצין וכל זה הי' לו נטור להבי' ולפמ"ש א"כ לרב אשי א"צ להני תירוצים שבש"ס פ' המצניע ודו"ק ודברי הרמב"ם פ"ב מגניבה סתומין שכת' האי דינא דמגרר ויוצא פטור ולא הבי' לא פירוק' דרב אשי ולא דרבינ' וגם השמיט כל הנך דאוקמ' לה שם פרק המצניע וצ"ע:

סעיף ב

אבל אם אבדו אח"כ חייב פרק בן סורר (סנהדרין דף ע"ב) אמר רב הונא הבא במחתרת ויצא ונטל כלים פטור אמר רבא מסתבר' מלת' דרב כששיבר אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפי' נטל כיון דביש לו דמים ונאנסו קיימי ברשותי' ה"נ כי אין לו דמים קיימ' ברשותי' ולא היא דכי אוקמיה ברשותי' לענין אונסין אבל למיקני לא מידי דהוי אשואל והקשו בתוס' ז"ל וא"ת כששיבר פשיט' וי"ל דקמ"ל אפי' שיבר אח"כ עכ"ל וצריך ביאור דכיון דלא קנה אותו כשהוא בעין ואח"כ שוב אינו בחיוב מיתה אמאי פטור כששיבר אח"כ. וראיתי טעמו של דבר מבואר בבעל המאור שם ז"ל מסתבר' מלתא דרב בששיבר ואי אמרת כששיבר מאי קמ"ל כו' יש להשיב דאי ממתני' הוי אמינ' ה"מ כששיבר במחתרת עצמו בשעה שנתחייב מיתה אבל יצא ונטל כו' ואי הוי כלים בעינייהו הוי הדר' למרי' כששיבר בתר הכי אשתכח דהשת' היא דקא גזל כדאמרינן במאן דגזל חביתא דחמר' מעיקר' שויא זוזא ולבסוף שוי' ארבעה תברא או שתיא משלם ארבעה דכיון דאלו איתיה הדרא בעינ' אשתכח דהאי שעתא הוא דקא גזל קמ"ל דשאני דין רודף מדין גזלן דרודף מכי מטא לידיה קנינהו בדמים מהאי שעת' ולכי תבר לה ואע"ג דכי אית' הדר' בעינייהו חומר' הוא דרמי רבנן עליה דליהדר ממונא למרי' כיון דאי' בעינא עכ"ל. והיינו דמרינ' אפי' אי בעינ' קנינהו אלא דכי אי' אינו אלא חומר' דרבנן דליהדר בעינ' אבל מכי תבר וליתיה בעינ' אוקמה אדינ' דכבר קנינהו בדמים מכי אי' בעינ' ופטור מלשלם אבל הרמב"ן במלחמות שם השיב עליו ז"ל שהרי מפורש בגמ' דכי אוקמה ברשותיה ה"מ לענין אונסין אלמ' דמדינ' דאוריית' הדרי וכו' והא דאמרינן והלכתא דשדינהו בנהרא אחריני קאמרינן דלגבי אונס אינו מתחייב אלא בשעת הוצאה והיינו דאמרי' דשדינהו ולא דשדינהו הוא א"נ יש לפרש דשדינהו איהו בנהר' מיד כגון ששלשל ידו ועשאה קטפרס וקבל וזרק מיד לר"ה שאם באת לחייבו על שעת הוצאה את מחייבו ואיסור שבת ואיסור גניבה באין כא' וכאוקמת' דמוקי בכתובות בשלשל ואפקינהו לרשות הרבים או לצדי רה"ר ע"ש ושטת רש"י ותוס' ובעה"מ כולהו בחדא שטה קיימי וטעמ' כדאמרן בשם בעה"מ דמדינ' קנה אותו בעינ' ולא אחמור רבנן אלא כי אייתי' בעינ' כמ"ש. ובש"ך כ' ז"ל צ"ע מנ"ל הא ובטור ליתיה כן אלא במחתרת משום דמיד שיוצ' ממחתרת תו לא מחייב מיתה אבל הכא י"ל כיון דעדיין עומד בחיוב מיתה דשבת פטור כשאבדו עכ"ל וכן כת' בדרישה דהר"ר ישעיה אינו חולק אלא במחתרת אבל בשבת מודה דפטור כיון דעדיין עומד בחיוב מיתה מ"ש ואינו נראה דודאי מי שחילל שבת ואח"כ שיבר כלים לכ"ע חייב אע"ג דעדיין עומד בחיוב מיתה כיון דחיוב מיתה שנתחייב כבר עברה ומשנה

שלימה פ"ק דערכין ד' ז' היוצא ליהרג והזיק חייב לשלם הרי דחיוב מיתה אינו פטור אלא בשעת מעשה ולא אח"כ אלא טעמ' דהר"ר ישעיה דס"ל כשטת הרמב"ן דמדינ' לא קני כשהוא בעין ומש"ה חייב על שעת שבירה והזיק וא"כ ה"ה בשבת חייב דהא הרמב"ן בשבת נמי מחייב דהא כת' לפרש הך דשדינהו בנהרא והוא לענין שבת ובאופן שיבואו כאחד וז"ב. ובסמ"ע סק"ה כת' טעמייהו דה"ל בכל ענין פטור דמיד שהוצי' הכיס חייב במיתה ולא פקע מיניה האיסור ותו לא חל עליה חיוב ממון כיון דהוא חייב מיתה דקים לי' בדרב' מיניה עכ"ל. ולדבריו אם שיבר כלים אחרים נמי פטור ולענ"ד אינו נראה כמ"ש ממשנה דיוצ' ליהרג והיזק חייב אלא טעמא דפטרי משום דכבר קנה אותו מדינ' אפי' בעינ' וכמ"ש בעה"מ:

סעיף ג

והשליכו לנהר אבל כי אי' בעינ' לכ"ע חייב להחזיר וכדאמר רבא מסתברא מלת' דרב כששיבר כו' אבל למיקני לא מידי דהוי אשואל:

אמנם נראה לענ"ד דאע"ג דלא מהני למיקני מ"מ אינו מחייב בהשבה כמו בעלמ' דגנב וגזלן מתחייבין בהשבה דכתי' והשיב את הגזילה אבל זה שגנב בשבת כיון דקם ליה בדרבה מיניה אין אנו מחייבין אותו כלום על שעת גניבה אלא בתבריה בידים אבל איתבר ממילא פטור וא"כ ממיל' נמי אינו מתחייב בהשבה אלא דלא קני אותו ואפי' בשומרין נמי אינן בחיוב השבה לבעלים וכמ"ש בסי' קצ"ה סק"ה אלא דכל מקום שהוא ברשות בעלים הוא וטורח השבה על הבעלים הוא. ובזה נראה ליישב פרש"י פרק השוכר דף ע"ב ע"ש דבעי למידק משיכה בכותי קונה מהא דאמר ר' יוחנן בן נח נהרג על פחות משוה פרוטה ולא ניתן להשבון ואי אמרת אינו קונה במשיכה אמאי נהרג משום דצערי' ומאי לא ניתן להשבון דאינו בתורת השבון ופרש"י ז"ל אינו בתורת שום גזילה דב"נ דכל היכא דאי' דמרה היא וה"ה בשוה פרוטה והא דנקט פחות לאשמועינן דנהרג עליה עכ"ל וכתבו שם תוס' ז"ל תימה דהא ישראל נמי לא קנה הגזילה ואפילו הכא אי' בתורת השבה דכתי' והשיב את הגזילה ע"ש. מיהו נראה דרש"י לטעמיה דכת' בעירובין פרק הדר (עירובין דף ס"א) בהא דאמר ר' יוחנן ב"נ נהרג על פחות משוה פרוטה ולא ניתן להשבון דגבי ישראל כתי' והשיב את הגזילה אבל בבני נח לא כתי' השבה הלכך כיון שעבר נהרג ואינו משלם עכ"ל והקשו תוס' שם דהא היכא דאי' בעינא חייב להחזיר כדאי' פרק בן סורר וע"ש ולפי מ"ש דנהי דלא קני לה כדאי' בעינ' אבל אינו בתורת השבון אלא טורח השבה לבעלים כיון דקם ליה בדרבה מיניה אינו בתורת חיוב השבה. וניח' ליישב קושיות תוס' שהקשו דהא ישראל נמי לא קנה כו' דכתי' והשיב ומשום

דבישראל מחויב בהשבה מעידן דגזלי' ואי' בתורת השבה אבל בני נח אינן בתורת חיוב השבה דכל היכ' דאי' דמרה הוא והיינו דנהי דלא קנה לה וה"ל דמרה בכל מקום שהוא אבל אינו מחויב בהשבה וזה נכון ודו"ק:

סימן שנג

סעיף א

נתייאשו הבעלים. כת' הטור דיאוש קונה לחומרא מספיקא וכת' הב"י עלה ז"ל ובקשתי ליה חבר ולא מצאתי עכ"ל ובדרישה הקשה דהא מדברי ר' יוחנן גופה מוכח דקאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו משמע הא נתייאשו הבעלים יכול להקדישו מספיק' ע"ש דמתרץ דר' יוחנן לרבותא קאמר לא נתייאשו דאפי' לא נתייאשו אין הבעלים יכולין להקדישו וע"ש. ותמהני דהא ודאי בנתייאשו אמרו בש"ס להדי' דיכולין להקדיש דתנן הגנב והגזלן הקדשן הקדש ותרומתן תרומה ופריך מינה בפ' מרובה (בבא קמא דף ס"ז) למ"ד יאוש כדי לא קנה ומשני לה משום דהוי יאוש ושינוי השם דמעיקרא חולין והשת' הקדש. אמנם בעיקר דברי הרא"ש והטור תמהו האחרונים דהא אע"ג דיאוש כדי לא קנה אבל יאוש ושינוי רשות ודאי קני ובקידושין איכ' יאוש ושינוי רשות אצל האשה וכ"כ הרמב"ם פ"ה מאישות ז"ל המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס אם נתייאשו הבעלים כו' הרי זו מקודשת וכת' הרב המגיד שם והטעם דמקודשת אע"ג דבעלמ' יאוש כדי אינו קונה הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהוא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה עכ"ל וע' בישש"ש פרק מרובה סי' ז' מ"ש בזה. ונלענ"ד דודאי בקידושי אשה בעינן נתן הוא מכספו וכיון דיאוש אינו קונה אלא מחמת שינוי רשות דידה הרי לא נתן הוא והיכי כת' הרב המגיד דמקודשת מה"ט אלא דטעמא דהרב המגיד כיון דהיא קנאה גם הוא קנה אותה וכמ"ש הרשב"א בחידושיו פרק מרובה בהא דאמרינן הקדישן הקדש מעיקרא חולין והשת' הקדש שהקשה דאכתי היכי חייל הקדש כיון דהקדיש דבר שאינו שלו וכת' משום דאיכ' שינוי השם קנאה הגזלן בזה השינוי וקנייתו והקדשו באין כאחד ע"ש. מיהו נראה דהיינו דוקא בשינוי השם דגזלן גופי' קונה ביאוש ושינוי השם שייך לומר כן דהקדישו וקנייתו באין כאחד אבל ביאוש ושינוי רשות דאינו קנין אלא משום דלידא דלוקח בהיתרא אתי לידיה וכמבואר ברמב"ן במלחמות בפרק מרובה ובתוס' ר"פ לולב הגזול וא"כ לא שייך לומר כשהיא קנאתו אף הוא קונה אותה כיון דבעינן כסף קידושין משלו וזה אינו שלו ובבת אחת לא שייך

למימר הכא דקידושין וקנין באין כא' דלדידיה שינוי רשות לא מהני אלא לדידה דהוי בהיתרא ולדידיה הרי באיסורא אתי לידיה ולזה שפיר כתבו הרא"ש והטור דבקידושין אינו אלא מספיק' דיאוש לחודי' קונה לחומרא:

אמנם הרמב"ם לטעמיה דס"ל דאפי' שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קונה ואע"ג דבאיסור' אתי לידיה א"כ בקידושין נמי שייך למימר כיון דהיא קנאתו ה"ל קידושין וקנין שלו באין כא' דגזלן נמי קונה ע"י שינוי רשות דהא צ"ל דשינוי רשות נמי הוי כמו שינוי קצת דאע"ג דאתי לידיה דגזלן באיסור' הא שינוי רשות ואח"כ יאוש דודאי באיסור' אתי לידיה דלוקח אפ"ה קונה בהצטרפות שניהם אבל לשטת הרא"ש דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני א"כ ע"כ טעמ' דיאוש ואח"כ שינוי רשות אינו אלא משום דאתי ליד לוקח בהתירא א"כ לגזלן אינו קונה כלל אפילו בשעה דאתי לידה דאשה כיון דלדידיה באיסור' אתי לידיה וכיון דבעל לא קני לא הוי קידושין כיון דאין הכסף שלו ודו"ק. ובזה יתיישב קושיות תוס' מרובה שם דף ס"ז בהא דאמרו הקדישן הקדש מעיקרא חולין והשת' הקדש והקשו תיפוק ליה דהקדש ה"ל שינוי רשות ע"ש ולפמ"ש ניחא דאי משום שינוי רשות א"כ אכתי היכי חייל הקדש כיון דמקדיש דבר שאינו שלו דבשלמ' ביאוש ושינוי רשות דלוקח הרי הלוקח בעצמו קונה אותה ע"י משיכה כיון דלדידיה בהיתרא אתי לידיה והגזלן נמי רוצה אבל הקדש דאינו אלא ע"י מקדיש ואינו שלו והקדשו וקנייתו באין כאחד לא שייך בזה כיון דגזלן מעולם לא קני ע"י שינוי רשות כיון דאתי לידיה באיסור' ומש"ה אמרו טעמא דשינוי השם דאפילו גזלן נמי קונה בהצטרפות יאוש ושינוי השם וא"כ הקדישו וקנייתו באין כאחד ודו"ק. ולפי שטת הרא"ש כמו שביארנו צריך לומר הא דאמרינן בקידושין דף נ"ב גבי האי גברא דחטף זוזי מחברי' אמר לה מיקדשא לי אמר לית דחש להא דר' שמעון דאמר סתם גזילה יאוש בעלים וע"ש ומשמע דהיכא דהוי יאוש מקודשת וע"כ צ"ל דרבא ס"ל דיאוש קני מדרבנן והא דבעי רבא בפרק הנזקין בהקדישה מהיכא מוקי לה ברשותיה אי משעת גניבה או משעת הקדשו ומשמע דאפילו מדרבנן אינו קונה כבר כת' במגיני שלמה דרבא לשיטתיה דעולא שם קמבע"ל ע"ש. ונראה דהיינו מדפוסל עולא להקרבה משום מצוה הבאה בעבירה ואי הוי יאוש קנין עכ"פ מדרבנן תו לא הוי מצוה הבאה בעבירה וכמ"ש תוס' ר"פ לולב הגזול מהאי דכשורא דמטללתא ואם כן ע"כ מוכח דעולא ס"ל דאפי' מדרבנן אינו קונה ביאוש ואם כן בעי לה אליבא דעולא וכמ"ש במג"ש. ולשטת הרמב"ם דס"ל דשינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קונה ומה"ט שייך נמי גבי שינוי רשות כשהיא קנאתו גם הוא קונה ע"י שינוי רשות ויאוש בהצטרפות שניהם כמו ביאוש ושינוי השם ואם כן תיקשי קושיות תוס' פרק מרובה שם

בהא דאמרו הקדשו הקדש משום שינוי השם ות"ל דהוי שינוי רשות. ונראה דלשטת הרמב"ם דס"ל דיאוש ושינוי רשות אינו קונה אלא גוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר אלא דהיכ' דאית' משום תקנת השוק א"צ להחזיר הדמים כגון בגנב שאינו מפורסם וכמ"ש בש"ע סעיף ג' וא"כ גבי הקדש לא שייך תקנת השוק דהא אפילו במתנה לא עשאו תקנת השוק וכמ"ש הרשב"א. כן פסק בש"ך סי' שנ"ו ע"ש וכיון דהקדש יצטרך להחזיר הדמים תו ליכא דין הקדש כלל דלא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט אלא היכא דאית' רווחא להקדש וכמ"ש תוס' פ"ק דקידושין דף כ"ט ד"ה משכו במאתים דז"ל וא"ת תיפוק ליה מטעם דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כו' י"ל דהתם כששם אותו פחות משויה מתכוין לוותר להקדש כו' אבל הכא לא נתכוין לוותר להקדש כשמשכו במאתים שכך היה שוה בשעה זו לא שייך אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ע"ש וע' ש"ע י"ד סי' רנ"ח וכיון דליכ' רווח' להקדש דהא מחזיר הדמים וגוף החפץ נמי אינו קדוש כיון דליכא רווחא אבל משום שינוי השם קונה לגמרי ודו"ק:

סעיף ב

וי"א דא"צ ליתן לו דמים. כת' הב"י בשם הרשב"א בפרק הגוזל ז"ל גבי נטלו מוכסין חמורו וכו' שהראב"ד כת' דאע"ג דיאוש ושינוי רשות קני דמים מיהו בעי לאהדורי משום דבאיסור אתי לידיה דיאוש כדי לא קני ואע"פ שכת' הרב שזה עיקר עדיין צריך תלמוד דיאוש ושינוי רשות בכולי תלמודא משמע דקנה קנין הגוף דאי לא הא דאמר רב הונא להני אוונכרי כי זבניתו אסא ליגזזו אינהו כי היכא דליהוי יאוש בידא דידהו ושינוי רשות בידיכו מאי אהני דהא מ"מ האי אסא לא מיקניא קנין הגוף דהא אינו אלא כעין משכון דדמים בעי לאהדורי ואנן בעינן ביום הראשון לכם עכ"ל. ודבריו תמוהין דכיון שגוף החפץ שלו אע"ג דצריך ליתן הדמים אמאי לא הוי לכם ותדע דהא למ"ד יאוש לחודיה קני ודאי צריך להחזיר הדמים ואפ"ה הוי לכם כדמוכח בפשיטות ר"פ לולב הגזול ע"ש דאמרו דתני גזול ולא שאול לרבותא דס"ד סתם גזילה יאוש בעלים וכן בשינוי מעשה ושינוי השם דצריך להחזיר הדמים והוי לכם כדאמרינן שם פרק לולב הגזול גבי אסא ולקנינהו בשינוי מעשה ובשינוי השם אע"כ כיון שגוף החפץ שלו הוי לכם וא"ז כמשכון דמשכון הוי גוף החפץ לבעלים ואין למלוה עליו אלא שעבוד וזה להיפך שהחפץ שלו ואין לבעלים אלא חוב דמים. שוב ראיתי בספר כפות תמרים דהביא שם בשם גידולי תרומה ובשם ס' דורש משפט שהקשו קושי' זו בשם מוהרש"ן חסין ז"ל ע"ש שהניח בצ"ע ונראה לענ"ד דודאי שינוי מעשה ושינוי השם קונה את החפץ קנין גמור וכן למ"ד יאוש קונה נמי קונה אותו לגמרי קנין גמור והא דצריך הגזלן ליתן את הדמים

היינו על מה שנתחייב משעת גזילה ואפילו נאבד החפץ נמי צריך ליתן הדמים שכבר נתחייב משעת הגזילה אבל לוקח שקנה ביאוש ושינוי רשות אין בו שום חיוב כיון דלא גזליה אלא צ"ל דקנין שקונה ביאוש ושינוי רשות אינו קנין גמור אלא שיור בקנינו דאינו קונה אלא גוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר ובזה אם נאבד החפץ אצל הלוקח אינו מחייב ליתן הדמים לבעלים כיון דהוא לא נתחייב מעולם אלא שייר בקניינו וכמ"ש ואם נאבד החפץ אינו מחויב בדמים כלל וכיון דהוי שיור בקניינו לזה הוכיח הראב"ד דאי נימא דצריך ליתן הדמים ע"כ אינו קונה קנין גמור ושייר בקניינו וא"כ לא הוי לכם ומ"ש דה"ל כעין משכון היינו משום דמשכון נמי לדעת כמה פוסקים אין הלוה יכול להקדישו דאינו ברשותו עד שיסלק למלוה את הדמים וע' בתוס' פ' א"נ גבי מרי בר רחל ע"ש וה"נ כיון דהלוקח צריך ליתן דמי החפץ לבעלים וה"ל כמו משכון ואפותיקי ולא הוי לכם וזה נכון וברור ודו"ק:

אמנם אכתי תיקשי מיאוש דאבידה דבפרק מרובה (בבא קמא דף ס"ז) אמר רבה יאוש אמר רבנן דנקני ולא ידענא אי מדאו' מידי דהוי אמוצא אבידה כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה קני ה"נ קני או דלמא מוצא אבידה בהיתרא אתי לידיה אבל הכא באיסור' אתי לידיה. וכתבו התוספת שם דאע"ג דרבה רצה לו' דגבי גזילה נמי יאוש קונה אע"ג דבאיסור' אתי לידיה אפי' הכא באבידה דוקא כי מייאש מרה מינה מקמי דאיתיה לידיה דבתר דתיתי לידיה כי מייאש אע"ג דקונה גוף האבידה היה צריך ליתן דמי האבידה וע"ש. וביאוש דאבידה ליכא חיוב דמים על שעת הגבהה דאבידה אינו אלא שומר חנם או ש"ש לרב יוסף וכל השומרין אין מתחייבין אלא משעת פשיעה כמבואר סי' שמ"א ואפי' למאן דאמר דשומרין מתחייבין משעת משיכה היינו כשנאבד בפשיעה אח"כ הרי מתחייב למפרע משעת משיכה אבל שומר אבידה דנתייאש מרה מינה אח"כ דאין כאן שום פשיעה אמאי יתחייב בדמים וע"כ צ"ל דיאוש גופה אפי' למ"ד קונה אינו קונה קנין גמור היכא דאתי לידיה קודם יאוש אלא לקנות גוף החפץ אבל לענין הדמים לא קני לה ואם כן ה"ל שיור בקניינו ואפ"ה הוי לכם למ"ד יאוש קונה וכדמוכח ר"פ לולב הגזול וכן לענין קרבן משמע פרק מרובה (בבא קמא דף ס"ו) דהוי שלו ממש ויכול להקדישו וכן לענין כפל אמרו במרובה דמשלם לגנב ראשון למאן דאמר יאוש לחודיה קונה. ואם כן מוכח דאפילו היכי דהוי קנין לענין החפץ ולא לענין הדמים נמי הוי שלו. מיהו לפי מה שכתב' בסי' שס"א סק"ב דהא דאינו קונה יאוש באבידה כי אתי לידיה מקמי יאוש דהוא משום דיד שומר כיד בעה"ב והוה ליה כמונחת בבית בעליה דלא מהני יאוש ואפילו גוף החפץ אינו קונה ואפילו למאן דאמר יאוש לחודיה קונה בגזלן

אבל באבידה אינו קונה משום דיד שומר כיד בעלים ע' שם ואם כן שפיר מצינו לו' דיאוש למאן דאמר קני הוה ליה קנין גמור לגמרי וגזלן דצריך ליתן דמים היינו על החוב שנתחייב משעת גזילה ודו"ק היטיב ועמ"ש בסי' רנ"ט סק"א:

סימן שנד

סעיף א

שהיתה מעוברת. והוא מדעת הרמב"ם פ"א מגניבה ע"ש וס"ל דולדה וגיזה לא חשיב שינוי אפי' לגוף הולד והגיזה ודעת הראב"ד שם דאין לך שינוי גדול מזה וקונה אפילו קודם יאוש. ודעת הרמב"ן במלחמות דלא הוי שינוי אלא לגוף הולד והגיזה אבל גוף הפרה אינו קונה בשינוי זה דלידה וגיזה לא הוי שינוי לגוף הפרה ע"ש. ודעת בעה"מ שם דאפי' לגוף הפרה הוי שינוי וכן דעת הרא"ש דמעיקר' גופא מליא והשתא גופא סריקא וע"ש. ונראה ראיה לדברי הרמב"ם וש"ע מהא דאמרו בע"ז דמ"ז המשתחוה לקמח חטין מהו למנחות יש שינוי לנעבד וקמחן מותר למנחות או אין שינוי לנעבד אמר רב זוטרא בריה דרב נחמן ת"ש כל האיסורין לגבי מזבח וולדותיהן מותרין ותני עלה ר"א אוסר ולאו אתמר עלה א"ר נחמן אמר רבא בר אבוה מחלוקת כשנרבעו ולבסוף עיברו אבל עיברו ולבסוף נרבעו ד"ה אסור וה"נ כעיברו ולבסוף נרבעו דמי הכי השתא התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה דשא הוא דאחיד' באפה הכא מעיקר' חיטי והשתא קמחה וע"ש פרש"י התם לא אשתני דמעיקר' במעי אמו קרוי בהמה והשתא קרוי בהמה דשא הוא דאחידה באפה דלתי הרחם סגורין בפניו ע' שם ומבואר דלידה לא חשיב שינוי אפי' לגוף הולד וז"ב:

סעיף ב

או אבדו. בסמ"ע מפרש הך אבדו היינו בפשיעה ז"ל שם משום דקי"ל סתם אבידה ה"ל כפשיעה אם לא שכת' בצדה שנשברה מאיליה דה"ל כאלו כת' דידוע דנאבד שלא בפשיעה עכ"ל ולעד"נ דהך אבידה היינו אבידה בידים דהוא מזיק ממש אבל אבדו בפשיעה אין הגזלן מתחייב בכך דגזלן אינו שומר ואפי' ש"ח לא הוי וכמ"ש תוס' פרק הכונס (בבא קמא דף נ"ו) ד"ה פשיט' ז"ל דמצינו דברים שהשומר חייב והגזלן פטור שהרי בהמה בהכחשה דהדר ופירות שהרקיבו מקצתן מוכח בהגוזל קמא דף צ"ח דגזלי אומר הרי שלך לפניך משום דלא חשיב שינוי ולא קנה ופטור אפי' מפשיעה דלא קיבל עליו שמירה וע"ש כיון דלא הוי שומר אינו מתחייב אלא על שעת גזילה ואינו חייב כשעת איבודו מהעולם אלא בתבר' או שתיה דה"ל מזיק ממש אבל על שעת הפשיעה

אין הגזלן חייב כיון דאינו שומר וכ"כ הרא"ש להדי' פרק מרובה ז"ל אלא כי קאמר רב כגון דמעיקרא שוי' ארבעה והשת' שוי זוז' קרן כעין שגנב מלת' דפשיט' היא דאלו איתבר ממיל' ע"כ משלם ארבעה דבשעת שביר' לאו מידי עבד ואפי' אתבר בפשיעה דגזלי לא מקבל עליו שמירתה ואשע' גזילה קא מחייבת ליה והאי שעתי הוי שוי' ארבע' עכ"ל וממיל' נשמע דהיכ' דמעיקרא שוי זוז' ולבסוף שוי' ארבעה ונאבד בפשיעה כיון דגזלן לא הוי שומר אינו משלם אלא זוז' כשעת הגניבה וא"כ הא דכת' בש"ע שברו או אבדו משלם ארבעה מיירי ששברו בידים ואבדו דה"ל מזיק ממש וז"ב:

סעיף ג

ואם רצו הבעלים. הרב המגיד תמה בזה דהא שינוי קונה וכת' אולי מיירי בששמו עליו ע"ש. והב"ח כת' דלא משמע הכי אלא משמע בין שמו עליו בין אין שמו עליו ולכן כת' ז"ל אבל נראה דליכ' הכא קושי' דכבר כתבו תוספות אליב' הך דר"א (עשה) במרובה דף ס"ח דטביחה אהני מעשיו דשינוי מעשיו קונה ור' אלעזר גופיה סובר בפ"ק דב"ק שמין לגנב ולגזלן אלמא דשינוי מעשה אינו קונה ותירצו בחד שינויי דהא דשינוי מעשה לא קני היינו במתה מאליה או בנרגא דאתבר ממיל' אבל בידים כגון טביחה קני בשינוי מעשה והשת' הרמב"ם ס"ל כהך שינוי' שכתבו תוס' ולא קשה כלל מה שהקשה הרב המגיד עכ"ל. וליתי' דהתוס' לא כתבו אלא ליישב דברי ר' אלעזר ומשום דר"א הכי ס"ל דשינוי ממיל' אינו קונה אבל שינוי בידים קונה אבל אנן הא קי"ל דשינוי קונה אפי' בשינוי ממיל' ובהדיא כת' הרמב"ם פ"ג מגזילה גזל בהמה והזקינה מטבע ונסדק משלם כשעת הגזילה ע"ש דהוי שינוי דממיל' והוא פשוט בכולי תלמוד' דשינוי קונה לדידן אפי' בשינוי דממילא. ובמרובה דף ס"ו אמר רבה שינוי קונה כו' וכת' רש"י ז"ל שינוי קונה היכא דשני לה בידים עכ"ל ומשמע דוק' שינוי בידים וקשה דהא במתני' תנן גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזלה והוא מטעם שינוי קונה כדמוכח בגמרא שם והוא שינוי ממילא וצ"ע:

סעיף ד

גנב או גזל. בפ' מרובה (בבא קמא דף ס"ח) מוקי ריש לקיש הא דתנן גנב והקדיש שהקדישו בעלים ביד גנב ופריך ומי קדוש והאמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדישו כו' הוא דאמר כצנועין דתנן והצנועין מניחין את המעות ואומרים כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות האלו. ובתוס' שם הקשו הא יכול לחלל מעשר שני של חבירו דאמרינן בפ' האיש מקדש (קידושין דף נ"ה) אין לוקחין בהמה טמאה עבדים וקרקעות ממעות מעשר שני ואם לקח יאכל כנגדן בירושלים ופריך ואמאי

יחזרו דמים למקומן ומשני כשברח אלמא מחללין מעות שביד מוכר וי"ל דהתם הוי כמו גזלן דאי לא ברח הוי המקח חוזר והוי כמו גזל ולא נתייאשו הבעלים וכצנועין דהכא וע"ש ובתוס' רי"ד פרק האיש מקדש כת' דהך דאין לו לוקחין בהמה טמאה לא הוי כמו גזלן כיון דבטעות מקח בא לידו ואלו הוי ידע המוכר שהמקח חוזר הוי מהדר והוי ציית דינא אלו אמרי' ליה דליהדר אלא דלא ידע לכן הוי כמו בפקדון שביד חבירו דיכול להקדישו משום דהוי ברשותו וע"ש:

ונראין דברי תוס' דכל היכא דלא ידע ה"ל דבר שאינו ברשותו אע"ג דציית דינא וראיה מהא דאמרינן שם בסוגיא דף ס"ט אמר ר' יוחנן צנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד צנועין הא דאמרן ר' דוסא דתנן ר' דוסא אומר לעתותי ערב אומר כל שלקטו עניים יהא הפקר וע"ש והתם גבי לקט דאמר ר' דוסא לאו בתורת גזילה אתי ליד עניים אלא משום דאין בקיאין בדין דשנים לקט ושלשה אינו לקט ועניים סברי דשלשה נמי לקט וכמו שפרש"י שם ע"ש שכת' לפי שאין כל עניים בקיאין בהלכה ובודאי נמי צייתי דינא ואפ"ה חשיב ליה אינו ברשותו וכן מוכח שם בגמרא דאמרו ומה בגנב עבדי רבנן תקנת' בעניים לא כ"ש. ומבואר דעני לאו גנב הוא אלא טועה בדין ואפ"ה ה"ל דבר שאינו ברשותו כיון דאינו מחזיר עד שיחזירוהו בית דין ודוק' פקדון ה"ל דבר שברשותו משום דכל אימת דבעי מפקיד שקיל ליה אבל כל שבטעות דין אתי לידיה או בטעות אחר ומחוסר ראיה והעמדה בדין אע"ג דציית דינ' ה"ל דבר שאינו ברשותו. וכן נראה ראיה מהא דאמרו פרק מרובה (בבא קמא דף ס"ח) בגנב ומכר ובא אחר וגנבו דאם מכרו קודם יאוש דאין הגנב משלם כפל לא לבעלים ולא ללוקח וכ"כ הרמב"ם פ"א מגניבה ע"ש וכיון דטעמ' דאין הגונב אחר הגנב משלם כפל לבעלים אלא משום דה"ל דבר שאינו ברשותו וכדאיתא פרק מרובה (בבא קמא דף ס"ט) ואי נימ' דכל שבטעות בא לידו הוה ליה דבר שברשות בעלים א"כ בקנה לוקח קודם יאוש ומשום דלא ידע א"כ ה"ל דבר שברשותו וישלם כפל לבעלים דהיכא דיכולים להקדישו ה"ל דבר שברשותו נמי לענין כפל וכדמוכח במרובה דף ס"ט בהא דאמרו שם ר' יוחנן סתמא אחריני אשכח אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל לבעלים ע"ש אלא ודאי דאינו מיקרי דבר שברשותו אלא פקדון דלית ליה לנפקד שום טענה ולחזרה קאי כל אימת דבעי מפקיד אבל כל שיש לנפקד איזו טענה ולא מהדר ליה למפקיד כל אימת דבעי ה"ל דבר שאינו ברשותו ואין הבעלים יכולין להקדישו ולא להקנותו ודו"ק. וע' מה שכתבתי בסי' ל"ז סק"ח:

סעיף ה

ולא הבעלים פרק מרובה (בבא קמא דף ס"ח) שם בהא דאמרו ריש לקיש דאמר כצנועין דתנן והצנועין מניחין את המעות כו' הקשו תוס' דהיכי מדמה הקדש לחילול דאמאי לא יוכל לחלל נטע דבעי של חבירו שלא מדעתו כיון דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו כו' והניחו בתימה. ובתוס' קידושין דף נ"ו ד"ה מתקיף לה רבי ירמיה תירצו בשם רבינו מאיר דבהאי דצנועין ליכא למימר הכי שהרי הגזלנין עצמן אין יכולין לתקן כלום מה שבידן שהרי אינו שלהן והוי גזל ולא נתייאשו הבעלים דשניהם אין יכולין להקדישו וכיון דאינהו לא מצי מחללין שלוחין נמי לא מצי מחללי ע"ש. ובמוהרש"א פרק מרובה כת' שם דקושיות תוס' שהקשו דהא זכין לאדם שלא בפניו מוסב על דבריהם ראש הדיבור בתוס' שם דגבי צנועין הוי יאוש וריש לקיש ס"ל דיאוש לחודיה קני וא"כ המלקטים יכולין לחלל ושלהם הוא דזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל ע"ש:

ולענ"ד נראה דאפי' למ"ד יאוש קני נמי לא אמרינן בזה זכין לאדם שלא בפניו לפי מה שכתבו תוספת בקידושין בשם הר"ר מאיר דאע"ג דלמ"ד יאוש קני ה"ל של המלקטים והא לפמ"ש תוס' פרק מרובה ד"ה כל הנלקט ז"ל תימה מתי אומרים כן דלמה שלוקטין אחר אמירה למה היה מועיל וכי בכל שעה היו אומרים כן בלי הפסק וכ"ת שבכל ערב היו אומרין כן מ"מ לא היה תקנה למה שאכלו קודם אמירה ואומר ר"י דכל הנלקט לאו דוקא ממש אחר לקיטה אלא מניח מעות בעוד שלא היה נלקט ואומר כרם רבעי זה לכשיהיה נלקט יהיה מחולל אחר הלקיטה עכ"ל. וכ"כ הר"ש בפירוש המשנה ע"ש ואם כן המלקטין עצמן אלו אומרים קודם לקיטה אפילו בשנות השמיטה דהפקר הוא דהמעות יהי' מחולל על הפירות שיבואו לידינו מן ההפקר לא הוי מהני מידי דה"ל דשלבל"ע וא"כ אפי' למ"ד יאוש קני א"י לחלל אלא אחר לקיטה דהוא קונה ביאוש אבל לא קודם לקיטה וכיון דהבעלים מניחים את המעות קודם לקיטה ומתנין שלא יחול החילול עד אחר לקיטה אם כן תו לא מצינו לומר מצד זכיה מלקטים דהא למלקטים נמי כה"ג לא מצי לחלל קודם לקיטה כיון דעדיין לא בא לידם ואין אדם מחלל דשלבל"ע ומצד הבעלים פשיטא דלא מהני כיון שמתנין שלא יחול החילול עד אחר לקיטה ואז ה"ל דבר שאינו ברשותו וצ"ל דמיירי קודם יאוש דאי לאחר יאוש א"כ ודאי לא מהני החילול לא מצד המלקטים דה"ל דבר שלא בא לעולם כמ"ש ומצד הבעלים ה"ל דבר שאינו שלו כיון דאחר לקיטה יזכו בהם הלוקטים לגמרי ביאוש ואפילו למ"ד אדם יכול לחלל דבר שא"ב אבל דבר (שאינו) שלו ודאי ליתיה בחילול וע"כ קודם יאוש ומצד הבעלים דמצד הלוקטין לא מהני כיון דלאו דידהו נינהו וכמ"ש רבינו מאיר בתוס' קידושין ודוק היטב

והן נסתר מחמתו דברי אחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהנא ש"ן במ"ש ליישב דברי הרמב"ם הובא בסימן ס"א סק"ג ע"ש:

סימן שנו

סעיף א

מפני תקנת השוק. ובעבדים אם עשו תקנת השוק ע' תשו' מוהר"א ששון סי' רי"ח שהעלה לדינא דעשה תקנת השוק בעבדים ומה שהאריך בפלפולו שם בדברי הרא"ש פ"ק דב"ק הנה כבר כוונתי ת"ל לדבריו והוא בסי' ל"ט סק"א ע"ש אך הוא כתב שם קצת באופן אחר ע"ש. ותראה ההבדל וסיום הפסק ז"ל ומ"מ העלינו שאין ספק דעבדא כמטלטלי לענין תקנת השוק שהרי לכל מילי דרבנן הוא כן וע"ש ואינו מוכרח לפמ"ש הנ"י בפ"ק דב"ק בטעמא דבע"ח אינו גובה מעבדי דיתמי היינו משום דלא סמיך הבע"ח דעתו עליה שיכול להבריחם ע"ש וכ"כ הרשב"ם פרק מי שמת וע"ש וכן העלה הש"ך בסי' שס"ג כדברי הרשב"ם והנ"י ע"ש וא"כ אין לחלק כלל בין מילי דאורייתא למילי דרבנן. ובש"ך כת' בשם מוהרשד"ם סי' רי"ב ותי"ד דבעבדים ובהמה לא עשו תקנת השוק ע"ש: והנה לפי שטת הב"י והרמ"א בדברי הרמב"ם דיאוש ושינוי רשות אינו קונה אלא לגוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר בגנב מפורסם אלא דבגנב שאינו מפורסם אינו צריך להחזיד הדמים דמגיע לו כנגדו דמי החפץ מן הבעלים משום תקנת השוק וכמבואר בסי' שנ"ג בדבריהם ע"ש. וא"כ הא דתני פרק חז"ה דף מ"ג במכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה ומכר לו בית ינו מעיד ומוקי לה בגמרא שם ביאוש ושינוי רשות וכ"כ הרמב"ם פ' ט"ז מעדות וכ"כ בש"ע סי' ל"ז ואי נימא דבבהמה לא עשו תקנת השוק אם כן בפרה אכתי נוגע בעדות דאע"ג דקני' לוקח ביאוש ושינוי רשות אינו קונה אלא החפץ אבל צריך להחזיר דמי הפרה ואפילו בגנב שאינו מפורסם כיון דלא עשו תקנת השוק בבהמה ומוכרח דבבהמה עשו תקנת השוק וכן משמע מדברי הרמב"ם פ"ה מגזילה שכת' ז"ל נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת נטלו חמורו והחזירו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שזה כמכירה הוא וחזקתו שנתייאשו הבעלים ואינו בודאי שזו גזילה ומדכ' ואינו בודאי שהוא גזילה ע"כ לענין הדמים הוא דכתבו דגוף החפץ קונה אפילו ידע שזו גזילה וכמ"ש בסמ"ע סי' שע"ט סק"ח ע"ש וא"כ משמע דגבי בהמה נמי עשו תקנת השוק דאם לא כן בחמורו לעולם צריך להחזיר הדמים אפי' אינו יודע שזו גזילה:

סעיף ב

והבעלים חוזרים. כת' הש"ך ז"ל ע"ש מ"ש לעיל סי' קכ"ו בשם תשובת מוהר"ם אלשיך ותלמוד לכאן שאם בא דבר הגנוב אחר שנמכר לבעלים אין צריך לשלם ללוקח מעותיו אף שידוע שקנהו מתחלה דלא שייך ביה תקנת השוק כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים ואף ששם חלקתי עליו מכל מקום כאן מודינא עכ"ל ועמ"ש בסי' נ' סק"ב:

סעיף ג

ואם אמר הלוקח לטובה נתכוונתי. כן כת' תוס' פרק הגוזל (בבא קמא דף קי"ד) וז"ל ואם תאמר בלא תקנת השוק יטול מה שנתן דמצי אמר להציל נתכוונתי ולהשיב אבידה ויש לומר דמיירי שהיה יכול לתבוע מבני אדם שלנו בתוך ביתו אפילו לא היה זה קונה אותם עכ"ל ומבואר דהיכא דלא אמר להציל נתכוונתי אינו נוטל מה שנתן אלא משום תקנת השוק והיכא דלא עשו תקנ, השוק כגון בגנב מפורסם אינו נוטל כלום. אמנם נראה דאפילו אינו מתכוין להציל נוטל לפחות מה שההנהו כיון דלא היה יכול להציל בענין אחר וכמבואר מדברי, וס' פרק הכונס (בבא קמא דף נ"ח) ד"ה אי נמי מבריח ארי ע' שם בפסק רבינו גרשום כו' דלא דמי למבריח ארי כיון שמצילו מההפסד ונוטל מה שההנהו ע"ש ואף ע"ג דלא כוון להציל אלא קנה אותו לעצמו ע"ש אלא דהיכא דכוון להציל ולהשיב אבידה נוטל כל מה שהוציא ונתן בעד החפץ והיינו דהקשו בתוס' בלא תקנת השוק יטול מה שנתן כו' והיכא דאינו מכוין להשיב אבידה אינו נוטל אלא מה שההנהו וכן מבואר מדברי הרא"ש פרק הכונס שם בפסק רבינו גרשום כו' ונוטל מה שההנהו ואינו נותן כל מה שהוצי' כמו רועה שקדם במקלות דהתם כוון לטובת בעל הצאן אבל הכא לצורך עצמו וקנאו הלכך אין לו אלא מה שההנהו עכ"נ ע"ש. והיכא דיכול להציל בלא דמים והיה יכול לתבוע מבני אדם שלנו בתוך ביתו אין לו כלום במקום דלא עשו תקנת השוק כגון בגנב מפורסם ובספרים כת' בהגהת מיימוני שאם קנאם אחד יחזיר לו דמים שנתן אפי' לפירש"י כו' כיון דאין לוקחים ספרים יותר מכדי דמיהן הא בכדי דמיהן נותנין דלא ניחא לביזנייהו באנפייהו כדאי' פרק השולח ואם לא יקנה כו' ויש בזיון בכתבי הקודש הלכך הפודה בכדי דמיהן צריך להחזיר לו הדמים עכ"ל וכ"כ בהגהת אשר"י פ' הכונס ע"ש וא"כ בספרים אפי' קנה אותו לעצמו ולא נתכוין להשיב אבידה נוטל כל מה שנתן בכדי דמיהן משום תקנת הספרים ומיהו בקונה מן הישראל אין חילוק בין ספרים לשאר מטלטלין כיון דישראל הוא בודאי יחוש לכבודן ובתשובת מוהר"ם דפוס קרימנה סי' קצ"ו כ' שם בספרים והיה גנב מפורסם דצריך להחזיר בחנם ע"ש ומשמע שם דלית ליה כלל תקנת הספרים וכ"כ שם סי' קנ"ז ובמרדכי פ' הגוזל

קמא כת' בשם ראבי' דבספרים צריך להחזיר הדמים שנתן ע"ש והוא כדברי הגה"מ הנז' וכיון דבהג"מ והגה' אשר"י ומרדכי דכתבו דספרים צריך להחזיר הדמים שנתן אם קנה אותן מכותי א"כ לא מפקינן מיד הלוקח הספרים בלא דמים אפי' היכא דלית ביה משום תקנת השוק ומשום תקנת ספרים:

סעיף ד

המותר מדמי המקח והיינו משום דלוקח לא קני ביאוש ושינוי רשות אלא לגוף החפץ אבל דמים צריך להחזיר אלא שמנכ' לו הדמים שנתן משום תקנת השוק ונראה דהיינו דוקא בידוע בכמה קנה צריך להחזיר המותר אבל אם אינו ידוע בכמה קנה אין הלוקח צריך לישבע בכמה קנה אותו אלא כיון שלוקח מוחזק וטוען שקנהו בכך וכך נאמן בלא שבועה דהא דתנן ישבע הלוקח כמה הוציא ויטול היינו קודם יאוש דאז לא קנה החפץ וצריך להחזירו לבעלים אלא משום תקנת השוק נוטל הדמים מש"ה צריך שבועת המשנה אבל אחר יאוש דהחפץ נקנה לו ואין לבעליו עליו אלא תביעת ממון וכיון דלוקח מוחזק ואינו בא להוציא והבעלים הוא דתבעי מיני' אין נשבעין בטענת שמא וכה"ג במשכון דצריך שבועה כיון דבא ליטול אבל תפס מעות אין צריך שבועה עיין סי' ע"ב ואחר יאוש אין הלוקח בא להוציא אלא הבעלים ועמ"ש בסי' שנ"ז ס"ק (אולי צ"ל שנ"ג סק"א):

סעיף ה

דהכי נהיגי עכשיו. עיין ש"ך מ"ש בזה ועמ"ש בסי' רנ"ט ס"ק ג' וע"ש וא"כ ה"נ אם הוא עני ולקח אותו בזול דא"צ להחזיר לבעלים הראשונים וכמו שמחלק הרמ"א בין עני לעשיר באבידה שם סי' רנ"ט ולפמ"ש שם ה"ה הכא ובחידושי לאה"ע סי' כ"ח כתבתי בהא דנתחבטו ונתלבטו בס' בית הילל ובית שמואל שם בהא דכת' בש"ע שם דאם קידש אשה בגזל דמקודשת משום יאוש ושינוי רשות והקשו דהא עכשיו צריך להחזיר אפי' אחר יאוש ושם כתבתי דזה שקנה אותו ביאוש ושינוי רשות גם עכשיו קונה אותו אלא שראו ב"ד לכוף אותו להחזיר בכדי לעשות לפנים משורת הדין דמחזיר לבעלים ואם רצו ב"ד כופין על לפנים משורת הדין וכמבואר אצלינו בסי' רנ"ט שם והני מילי בעשיר דיכולת בידו לעשות לפנים משורת הדין אבל לא בעני וגם בעשיר כיון דאין לו פסידא במה שמחזיר האבידה דלא הוציא עליה כלום וגם בלוקח אחר יאוש מחזירין לו הדמים שנתן ומש"ה ראו ב"ד לכופו לעשות לפנים משורת הדין במקום שאין בו חסרון אבל בקידושי אשה שיתבטלו הקדושין מחמת זה ודאי אין כופין את האשה להחזיר לפנים משורת הדין ולבטל קידושי מצוה. ובתוס' פ"ק דחולין דף ד' בשם רש"י דחליפי איסורי

הנאה אסורין למחליף ואפ"ה מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ולא אסרו עליו האשה כו' משום דקידושי אשה מצוה ע"ש וה"ה הכא וכיוצא בזה כת' רשב"ץ ח"ג סי' פ"ה שאלה שמעון קידש את האשה בחוב שחייב לו ראובן במעמ"ש ואח"כ בא בע"ת של שמעון לגבות מה שחייב לו ראובן לשמעון אם יהיו נפקעין הקידושין או לא תשובה וכו' וכבר כתבו הראשונים דאע"ג דמן הדין יכול לטרוף אי כת' ליה מטלטלין אג"ק כו' כבר נהגו בתי דינין שלא לעשות מעשה בזה משום תקנת השוק וכ"ש שאין לעשות מעשה בזה מפני תקנת הזיוג עכ"ל וה"ה הכא כיון דקונה אותו קנין גמור ביאוש ושינוי רשות אלא דכופין את הלוקח לעשות לפנים משורת הדין ולצדק משלו והכא מפני תקנת הזיווג אין כופין אות' להחזיר הקידושין וז"ב:

סעיף ו

אבל לא הריבית. כ' בנימוקי יוסף פ' א"נ בהא דאמרו שם במעות יתומים בדקינן גברא דאית ליה דהבא פריכא אבל דבר מסוים דלמא פקדון נינהו גביה ואתא מאריה יהיב סימנא שקיל ליה וכת' עלה בנימוקי ז"ל ואע"ג דהך דבר מסוים בידינו למשכון תחת מעות יתומים וא"כ אפילו מהימן אידך בסימנים מ"מ נמצא דהאי עשיר גזלן הוא ששלח יד בפקדונו לתת משכון בידינו וה"ל למימר דלא מהדרינן ליה למריה כדאמרינן פ' הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ד) דעשו תקנה בגנב וגזלן אפי' במשכנתא דלא מפקינן בלא זוזי. תירץ הראב"ד ז"ל כיון דלאו אמשכנתא בלחוד סמכינן אלא אעיסקא דהא לא מצי מתעסק למשתיה ביה שיכרא בלא רשותא דבי דינא לא עשו תקנה בכי הא והכי אמרינן התם גנב ופרע בחובו לא עשו בו תקנת השוק משום דמעיקרא לאו אדעתא דהכי נחית דכי עשו תקנה הני מילי היכא דאדעתא דמשכנתא בלחוד נחית וכתבו האחרונים שזה נכון עכ"ל. אבל בהגהת מרדכי פ' איזהו נשך לא משמע הכי ע"ש שכת' דמש"ה לא שקלינן דבר מסוים כי היכא דלא נפסיד הריבית ע"ש ומשמע דקרנא לא מפסיד וצ"ע לדינא:

סימן שנז

סעיף א

מכלים העשויין להשאיל ולהשכיר. ועש"ך שהאריך בזה והוכיח דהרמב"ם מודה בלא יצא לו שם גניבה אפי' הם עשויין להשאיל ולהשכיר אין מוציאין מידו וכמ"ש הרמב"ם להדיא פ"ח מטוען דאע"פ שהם מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר מעמידין אותו בידו יצא לבעלים הראשונים שם מכליהן שנגנבו ישבע זה בנק"ח כמה הוצי' ויטול כו'

אלא ודאי איצא לו שם גניבה דכת' ברישא קאי וס"ל להרמב"ם דלעולם אין מוציאין עד דאיכא תרתי לטיבותא דהיינו שם גניבה ואינו עשוי למכור או שם גניבה ודברים העשויין להשאיל ולהשכיר וה"ה דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ובע"ה אינו עשוי למכור כליו דהוי נמי תרתי לטיבותא ועוד שכת' בשם הרמב"ם דאפילו לא יצא שם גניבה בעיר מוציאין מידו קאי באינו עשוי למכור כליו דהוי תרתי לטיבותא והרא"ש פליג וס"ל דלא נ"מ מידי בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דכיון דטוען גנובין איתרע ליה חזקה רעשויין להשאיל ולהשכיר כיון שאינו טוען השאלתים אלא גנובי' וע"ש. ודבריו מוכרחין בדברי הרמב"ם דלא קאמר דמוציאין בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כי אם ביצא לו שם גניבה בעיר וכדמוכח להדיא מדברי הרמב"ם פ"ח מטוען. אלא דאכתי טעמא בעי דמה ענין עשוין להשאיל ולהשכיר לטענת גנובין כיון שאינו טוען השאלתים. ונראה דהרמב"ם לשטתו שכ' בפ"ח מטוען פי' מה הם הדברים העשוים להשאיל ולהשכיר היינו הם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן וליטול שכרן כו' כגון היורות הגדולות של נחשת שמבשלין בהן בבית המשתאות וכגון כלי נחשת הטוח בזהב ששוכרין אותו לכלה להתקשט בו שעשיית אלו הכלים אינו למכירת עצמן ולא להשתמש בהן בעה"ב בביתו אלא להשאילן לאחרים כדי להנות כנגדן או להשכירן וליטול שכרן ע"ש. ועש"ע סי' ע"ב סעיף י"ז ומש"ה ס"ל להרמב"ם דכי היכא דאמרינן בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו דמהני בצירוף שם גניבה בעיר ונאמן לומר גנובין כיון שאינו עשוי למכור כליו מסתמא אינו מוכר ה"ה בבעה"ב שעשוי למכור כליו והם דברים העשוין להשאיל ולהשכיר א"כ אין הדבר ההוא עומד למכירת עצמו וה"ל כמו בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו והרא"ש לטעמיה דס"ל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר עומד למכירת עצמן אלא שהוא רגיל להשאיל ולהשכיר לאדם כזה א"כ כיון שאינו טוען השאלתים אפילו יצא לו שם גניבה לא מהני ליה מידי כיון שאינו טוען השאלתים. ולפ"ז נראה דהיינו דוקא כלים העשויין להשאיל ולהשכיר בצירוף שם גניבה הוא דמהני כמו דמהני שם גניבה בבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו אבל צירוף כלים העשויין להשאיל ולהשכיר בצירוף בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו לא מהני דהוא אינו אלא חדא בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו והכלים מחמת עצמן אינן עשוין למכירת עצמן וא"כ לא מהני אלא בהצטרפות שם גניבה:

סימן שנח

סעיף א

מותר ליקח מן האריס. בפרק אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ב) בתוס' שם דאם אדם נותן לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו אלא של אחר אע"פ שהוא יודע שחבירו ודאי יתרצה לכשיודע לו אסור לאוכלו משום דהלכה כאביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואע"ג דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא ניחא ליה דלא ידע וכן כתב בהגהת אשר"י ובמרדכי שם ע"ש. ויש לדקדק מהא דאמרו בפרק נערה דף מ"ח מי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר א"ל רבינא לרב אשי מ"ש מהא דתניא מי שהלך למד"ה ואשתו תובעת מזונות ב"ד יורדים לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו אבל לא בניו ובנותיו ודבר אחר א"ל ולא שאני לך בין יוצא מדעת ליוצא שלא מדעת ופירש"י דנשתטה דשלא לדעת יצא מן העולם מסתמא ניחא ליה שיזונו בניו ובנותיו משלו ע"ש וכיון דאפי' היכא דידוע לנא דבודאי יתרצה ה"ל יאוש שלא מדעת וא"כ היכי זנין בניו ובנותיו נהי דניחא לי' השתא מיהו לא ידע: ואפשר כיון דגבי בניו ובנותיו אפי' ביותר משש מצוה מיהא הוי אע"ג דלא כפינן ליה כמבואר שם דף מ"ח וניחותא דמצוה שאני דאע"ג דהשתא לא ידע מהני וכמ"ש הב"י בי"ד סי' של"ג וע' מ"ש בסי' רס"ב סק"א אלא דהתם נמי אמרו דבר אחר היינו תכשיט ומשום דניחא ליה דלא תינוול ע"ש ומה בכך דניחא ליה השתא מיהא לא ידע:

סימן שנט

סעיף א

ויזכה אותו לבעלים. בפרק הכונס (בבא קמא דף ס"א) מהו ליטול גדישין של שעורים ליתן לפני בהמתו ע"מ לשלם גדישין של עדשים שלחו ליה חבול ישיב רשע גזילה ישלם כו' וכת' עלה הרא"ש ז"ל יראה דמירי שעדיין לא היה מזומנים אלא רצו ליקח גדישין של ישראל שעורין וכשיזדמן להם גדישין דעדשים דפלשתאי יחזירו להם אבל אם היו גדישים דעדשים מזומנים אפי' אין בעלי גדישי דשעורים לפנינו מותר לזכות להם גדישין של שעורים משום דזכות הוא לו דעדשים עדיפי טפי וכן משמע לישנא דקרא חבול ישיב רשע גזילה ישלם דמשלם אחר שכבר גוזלו עכ"ל. וביש"ש פרק הכונס השיג על הרא"ש וז"ל ולא נהירא לי כלל וכי שרי ליה להסתחר בממון חבירו שלא מדעתו דדלמ' חביב עליו יותר שעורין או דלמא לא ניחא ליה למכור את שלו הלא מסקינן בסוף פרקין דחמסן אפי' יהיב דמי ומסתמא אין חילוק בין שלם לו דמיו או יותר מדמיו ולא אמרינן

זכין לאדם אלא במידי דאית ליה זכיה ולא יש בו שום צד חסרון אבל כה"ג לא נקרא זכות אלא דינו כחמסן עכ"ל וע"ש ואינו קושיא דאע"ג דחמסן אפילו ביותר מדמיו וגם משלם ליה נמי כל שהוא בפניו והוא מוחה א"ז זכות אלא שלא בפניו אמרינן זכות הוא וזכין לו שלא בפניו דמסתמא ניחא ליה ואפי' שלא בפניו ושמע אח"כ וצוח נמי לא מהני כיון דמוחה כששמע דאפי' במתנה גמורה כי מוחה בתר דשמע יכול למחות וזה פשוט. וע' בטור שכת' וז"ל ודוקא שידוע שזכות הוא כגון בדבר העומד לימכר אבל מחפצי ביתו לא עכ"ל ומפרש לה הש"ך דוקא שידוע שאינו עומד אלא למכור אבל סתמא לא עכ"ל ובזה מיישב שם השגת מוהרש"ל ע"ש. ומלישנא דהרא"ש וטור לא משמע הכי מדכת' הרא"ש גבי גדישין של שעורין דמיירי שעדיין לא היו מזומנים כו' ונימא דלא היו ידוע שאינו עומד אלא למכירה אלא משמע דכל שאינו מחפצי ביתו אינו מקפיד ועומד למכור כל שנותן כפלים בדמיו ועמ"ש בסי' רל"ה סק"ג:

סעיף ב

החוטף משכון עסמ"ע שכת' דחוטף משכון הוי גזלן ופסול לעדות ולשבועה וכ"כ הראב"ד פ"ג מגזילה ובש"ך כת' דנהי דחייב באונסין אבל פסול מיהא לא הוי ומשום דלא משמע לאינשי למיהוי גזלן בהכי ע"ש והיכא דחטף לגוביינא ליכא איסור כלל וכמ"ש בנ"י ס"פ המקבל בשם ר"ת בהא דאמרו לא ימשכננו אלא בב"ד וא"ת והא אמרינן בפרק המניח עבר אינש דינא לנפשיה ותי' שבא בתורת גבייה עכ"ל. ובסי' צ"ז סק"ב קשיא לן בגוויה היכא שייך תורת גוביינא בלא ב"ד ומאן שם ליה ושם הנחנו הדבר בצ"ע. וכעת מצאתי בריב"ש סי' שצ"ו ושם עמד בזה וז"ל ואף ר"ת ז"ל שחלק בין נוטלו בתורת משכון בין נוטלו לגוביינא להציל את שלו לא רצה לומר לגוביינא בלא ב"ד ושיקחנו להיות שלו מעתה אלא ר"ל שהוא נוטלו לאחר זמן ב"ד לגוביינא שיגבוהו לו ב"ד ואז אינו עובר בנטילתו שלא אסר הכתוב אלא בנוטלו להבטחה לבד ואין דעתו להתפרע מהמשכון ההוא כי אם מעות או קרקע וכגון שנתנו לו ב"ד זמן ונוטלו כדי שלא ישמיטנו בשביעית או שלא יעשה מטלטלין אצל בניו זה נראה כוונת ר"ת אבל שהוא יגבה לעצמו ויחליט המשכון לעצמו או ימכור לאחרים בלי שומת ב"ד חלילה ישתקע הדבר ולא יאמר עכ"ל. ואכתי לא הונח לנו דמ"ש הריב"ש דלא אמר הכתוב אלא בנוטלו להבטחה ולא להתפרע ממנו אח"כ לא משמע הכין מסתימת הפוסקים ומשמע מדבריהם דאפי' דעתו להתפרע ממנו אח"כ נמי למשכון הוא ואסרו הכתוב ועור דבפרק האומנין דף פ"א גבי משכון דשוי שיעור זוזי ומפרש רש"י שם כולה סוגיא משום דנקטו לגוביינא וכן שלא בשעת הלואה לגוביינא נקטיה ע"ש וכיון דסתמא לגוביינא נקטיה א"נ היכא

משכחת להאי איסור דלא ימשכננו אלא בב"ד כיון דסתמא לגוביינא נקט ולהפרע ממנו אח"כ כמ"ש רש"י שם פרק האומנין ואין לומר דהא דאסור למשכן שלא בב"ד היינו דוקא לבטחון וכמ"ש הריב"ש דא"כ היכא דנקטיה לגוביינא להתפרע ממנו אחר כך אין לו דין משכון שאסרו הכתוב ואינו צריך נמי להחזיר כסות יום ביום כיון דלא מיירי הכתוב אלא במשכון לבטחון וכמו דאמרינן במשכון בשעת הלואה דאינו צריך להחזיר כסות יום כיון דהכתוב לא מיירי אלא בשעת הלואה ואם כן הא דאמרינן בפרק האומנין דף פ"א ובשבועת הדיינים דף מ"ד שם אמרו דפליגי בדרבי יצחק דאמר בעל חוב קונה משכון והתם מפרש רש"י משום דלגוביינא נקטיה ואי בלגוביינא ל"ש דרבי יצחק כיון דלא שייך ביה ולך תהיה צדקה כמו בשעת הלואה דסבירא ליה דסוגיא שם דלא אמרינן ביה דר' יצחק וצ"ע כעת:

סימן שס

סעיף א

הואיל ובתחלתה היתה ש"פ עמ"ש בסי' פ"ח סק"ד:

סעיף ב

נשתנית הגזילה פרק מרובה (בבא קמא דף ס"ו) אמר רבה שנוי קונה כתיבא ותנינא כתיבא והשיב את הגזילה אשר גזל אי כעין שגזל יחזיר ואם לאו לא יחזיר ובתוס' דף ס"ה ד"ה הן ולא שינוייהן ז"ל תימא דבסמוך נפקא ליה לרבה דשינוי קונה מקרא אחרינא דכתיב אשר גזל ועוד קשה דרב חסדא קאמר דשינוי אינו קונה דדריש אשר גזל מ"מ ובהגוזל קמא קאמר ר' יוחנן דבר תורה גזילה המשתנית חוזרת בעיניה וכי פליני אבית הלל דסברי באתנן דשינוייהם מותר ונראה לר"י דלקמן מיירי בשינוי החוזר לברייתו ואהכי מייתי בריש הגוזל קמא מלתא דר' יוחנן ורבה דבסמך סבר דאפי' שינוי החוזר לברייתו נמי וצריכי תרי קראי דאי לאו אלא חד קרא הוי מוקי לה בשינוי שאינו חוזר עכ"ל:

ולענ"ד נראה בישוב קושיות תוס' לפי מה שאמרו בתמורה פ"ק דף ה' גבי פלוגתא דאביי ורבא במאי דאמר רחמנא לא תעבד אי עבד מהני ופריך מהא דתנן הגוזל עצים ועשאן כלים כו' משלם כשעת הגזילה תיובתא דרבא אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא אשר גזל כמה שגזל ולאביי האי אשר גזל מבע"ל על גזילו שלו מוסיף חומש כו' ולפ"ז ניחא דצריכי תרי קראי באתנן ובגזל דהקדש מהדיוט לא גמרינן דאפילו מ"ד שינוי קונה סובר באתנן דלא מהני כדאית' ר"פ הגוזל קמא דגבוה שאני ומשום דאימאס ע"ש ואי כתיב

באתנן הן ולא שינוייהם אכתי לא הוי ידעינן בגזל דס"ד כיון דאמר רחמנא לא תעבד אי עבד לא מהני וכדס"ד בש"ס דמה"ט ראוי לומר דאינו קונה שינוי בגזל אלא משום דגלי קרא אשר גזל ולמ"ד כל מאי דאמר רחמנא לא תעבד אי עבד מהני נמי לא קשה אשר גזל למה לי דהא כבר פריך לה ולאביי כו' על גזילו שלו מוסיף חומש. ובזה ניחא לי הא דפריך ולאביי האי אשר גזל כו' ופירש"י ז"ל ואביי להכי לא איצטריך קרא דאנא ידענא דמהני אלא להך דרשא דהאי אשר גזל כתיב גבי שבועה ע"ש וקשיא דאכתי מנא ליה לאביי דשינוי קונה ונהי דס"ל אי עבד מהני אכתי מנ"ל דשינוי קנין הוא ולא שייך אי עבד מהני או לא אלא היכא שהדבר כשהוא בהיתר ודאי מהני ופליגי בעבד באיסור אבל שינוי אי לאו אשר גזל לא ידעינן עצם הקנין כלל. ולפמ"ש ניחא דודאי שינוי דמהני ילפינן מהן ולא שינוייהן אלא דאי נימא אי עבד לא מהני לא יליף מיניה גזילה וכמ"ש ולאביי דאמר אי עבד מהני לא איצטריך קרא לשינוי קונה דיליף מהן ולא שינוייהן ואינו אלא לחומש כדאמר בגמרא על גזילו מוסיף חומש וע"ש פ"ק דתמורה דף ו' והשתא דשנינן כל הני שינויי אביי ורבא במאי פליגי ופסקינן בשינוי קונה פליגי וכת' רש"י ז"ל ונראה בעיני בשינוי קונה כהאי דגוזל עצים ועשאן כלים דתנן משלם כשעת הגזילה דפריך מיניה לרבא לעיל ומשני התם דכתיב אשר גזל דבעינא כעין שגזל והשתא משני דרבא ס"ל כמ"ד שינוי אינו קונה דפלוגתא היא עכ"ל והוא תמוה דאשכחן דרבא גופיה ס"ל שינוי קונה בר"פ הגוזל ובמוהרי"ט ח"א סי' ס"ט כת' מכח קושיא זו שאין זה מפרש"י אלא בגליון מבחוץ וע"ש ולפמ"ש תוס' בשם ר"י דצריך תרי קראי חד לשינוי החוזר דאי מחד קרא הוי מוקי לה בשינוי שאינו חוזר וא"כ י"ל דפליגי בשינוי קונה היינו בשינוי החוזר דלאביי דאמר כל מאי דאמר רחמנא לא תעבד אי עביד מהני וא"כ שפיר מצינו למילף שינוי קונה מהן ולא שינוייהן וע"כ אשר גזל לשינוי החוזר ולרבא דס"ל אי עביד לא מהני וכא מצינו למילף גזל מאתנן וכמ"ש ואם כן קרא לגופיה אתי דשינוי קונה אבל שינוי החוזר לא ידעינן מקרא ואינו קונה ואע"ג דמעיקרא אמרו לאביי אשר גזל לחומש הוא דאתא ובמסקנא מסיק דפליגי בשינוי קונה והיינו בשינוי החוזר וכמ"ש כן נראה ליישב הגירסא דגרסי דפליגי בשינוי קונה:

סעיף ג

כיצד הגוזל עצים. ואם גזל אבנים וקבען בבנין דעת רש"י דהוי שינוי וקנאו ודעת תוספת דלא הוי שינוי ע"ש מעילה דף כ' תנן נטל אבן או קורה של הקדש ה"ז לא מעל כו' בנאה בתוך ביתו ה"ז לא מעל עד שידור תחתיו ש"פ ואמר שמואל והוא שהניחה ע"פ ארובה וכת' רש"י והוא שהניחה ע"פ ארובה ולא קבען בבנין דאי קבען בבנין הואיל וסתתן הוי

שינוי ובתוס' כתבו שם דקבען בבנין לא הוי שינוי אלא במה שסתתן וכ"כ תוס' פרק כיצד הרגל דף ך' ז"ל פ"ה דלא קבען בבנין תימא כי קבען בבנין נמי לא קנה דהשינוי החוזר לברייתו וכו'. ואיכא למידק לפי דעת רש"י דקבען בבנין הוי שינוי בהא דתנן ועל המוריש הגזול שבנאו בבירה שנוטל דמיו מפני תקנת השוק תיפוק ליה דקני מן התורה בשינוי ואפי' לדעת תוס' דלא הוי שינוי נראה דאינו אלא משום דה"ל שינוי החוזר וא"כ למ"ד שינוי החוזר נמי קונה וע' תוס' מרובה דף ס"ה דלרבה שינוי החוזר נמי קונה ותיקשי לדידיה ממתני' דמריש דליהוי שינוי במה שקבעו בבנין. ונראה לפמ"ש הטור דלא מקרי שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מחמת השינוי וכמ"ש ברמ"א סעיף ו' ומריש שמו עליו כדאמרי' במרובה דף ס"ז מריש שמו עליו דתניא צלעות הבית אלו המטלטלין והעובים אלו המרישות וכיון דשמו עליו לא נקרא שינוי משא"כ גזל אבנים וקבען בבנין ולפי מה דס"ד בש"ס דף ס"ז שם דמריש הוי שינוי השם דמעיקרא כשורא והשתא טללא קשה אדפריך מרב יוסף שם דאמר שינוי השם כשינוי מעשה הא אפי' שינוי השם לאו כשינוי מעשה ה"ל שינוי מחמת תלוש וקבעו בבנין ואפשר לומר הא דכת' רש"י דקבען בבנין הוי שינוי לאו מחמת שינוי מעשה הוא אלא מחמת שינוי השם דמעיקרא אבנים והשתא בנין:

סעיף ד

ועשאו מטבע. בפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ו) אמר רב פפא האי מאן דגזל נסכא מחבריה ועבדיה זוזי לא קנה מ"ט הדר עביד להו נסכא זוזי ועבדיה נסכא קני מאי אמרת הדר עביד להו זוזי פנים חדשות באו לכאן. ונסתפקתי בגזל נסכ' ועבדיה זוזי והדר עביד להו נסכא מי הוי שינוי הא דעבדיה נסכא מזוזא שהיו קודם או כיון דמעיקרא גזל נסכא והשתא נמי נסכא ה"ל כעין שגזול אע"ג דבאמצע הוי זוזי כיון דלא קני בזוזא בתר נסכא דה"ל שינוי החוזר. ונראה דכה"ג ה"ל שינוי וקונה וראיה מהא דכתבו תוס' פרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ה) ד"ה בשבח שע"ג גזילה ע"ש דלרב זביד גזל פרה ריקנית ונתעברה לא הוי שינוי מה דהוי גופה סריקא והשתא גופה מליא כפי שהוא שינוי החוזר לברייתו אלא כשגזל פרה מעוברת וילדה הוי שינו שאינו חוזר דמעיקרא גופה מליא והשתא גופה סריקא ע"ש ותנן שם במתני' גזל פרה ונתעברה וילדה משלם כשעת הגזילה ופי' תוס' ובעל המאור דהוי שינוי לגוף הפרה ע"ש בשטתם וא"כ מוכח דאע"ג דהוי מעיקרא פרה סריקא והשתא פרה סריקא אפ"ה הוי שינוי מה שנשתנ' שהיה ביני וביני גופא מלי' והשתא סריקא וע' בטור סי' שנ"ד וא"כ ה"נ ה"ל שינוי במאי דה"ל ביני וביני זוזי והשתא נסכ' וקני לה ודו"ק:

סעיף ה

אא"כ נשתנה שם הגזילה ובס' תורת חיים חולק בזה וכת' שכן דעת הרמב"ם והמחבר דלא בעינן נשתנה שם הגזילה וע"ש. אבל דעת הטור והרמ"א דבעינן נשתנה שם הגזילה וכ"כ תוס' ריש הגוזל קמא ע"ש וכן נראה מדברי הרב המגיד פ"א מגניבה ע' שם במ"ש הרמב"ם נשבר הכלי וכו' ואם רצו הבעלים ליטול כלי השבור נוטלין והקשה דהא כשנשבר ה"ל שינוי וקונה הגנב בשינוי ותירץ דאירי בששמו עליו ע"ש. ובש"ך כת' דכן דעת הש"ע בסעיף ט' וכן פסק מוהרש"ל. מיהו נשתנה שם הגזילה נראה דלאו היינו שינוי השם ממש דא"כ שינוי מעשה לא משכחת כלל כיון דאם לא נשתנה שמו לא קנה ובנשתנה שמו תיפוק ליה דהוי שינוי השם אלא דשינוי השם בלא שינוי מעשה דהיינו שינוי השם שהוא חשוב וכמ"ש הרא"ש פרק מרובה גבי גנב טלה ונעשה איל ע"ש ובשינוי מעשה סגי לה בנשתנה שם הגזילה אפי' שינוי שמו בשינוי כל דהו. אך קשה מהא דפריך בפרק הנזקין דף נ"ג בהא דאמר חזקיה דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב מ"ט היזק שאינו ניכר שמיה היזק מהא דתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך כו' תיובתא ואי נימא דאפי' בשינוי מעשה כל שלא נשתנה שם הגזילה לא קנה א"כ אפילו למאן דאמר היזק שאינו ניכר שמיה היזק וחשיב ליה שינוי מעשה וכמו דמפרשי תוס' שם ע"ש אכתי מצי אמר הרי שלך לפניך כיון דלא נשתנה שם הגזילה דמעיקרא לחם והשתא לחם וצ"ע:

סימן שסא

סעיף א

יאוש לחוד בתוספות פרק מרובה (בבא קמא דף ס"ו) כתבו דיאוש אינו מטעם הפקר דאי משום הפקר אם כן כי נמי באיסורא אתי לידיה מ"ט לא קני ע"ש ודעת רש"י פרק השולח נראה שהוא מתורת הפקר ולשטת רש"י תיקשי קושיות תוספת דבאיסורא אתי לידיה מ"ט לא קני בתורת הפקר. וגם לשטת תוס' דיאוש אינו מתורת הפקר נמי טעמא בעי כיון דעכ"פ יאוש קנין הוא מ"ש בהיתרא או באיסורא ונראה דבע"ז דף ע"א בהא דמשיכה בכותי אין קונה כו' ת"ש דאמר ר' חייא בר אבא א"ר יוחנן בן נח נהרג על פחות מש"פ ולא ניתן להשבון ואי אמרת משיכה אינו קונה בו אמאי נהרג משום דצעריה ומאי לא ניתן להשבון דאינו בתורת השבון אי הכי אימא סיפא בא חבירו ונטלה הימנו נהרג עליו בשלמא רישא דצעריה אלא סיפא מאי עביד אלא ש"מ משיכה בכותי קונה וכתבו תוס' שם ד"ה ומאי לא ניתן להשבון וז"ל למאי דפרישית לעיל דאף דמשיכה אינו

קונה היינו היכא דאיכא דמים כגון במקח אבל במציאה ומתנה ודאי קונה במשיכה כיון דליכא דמים וא"כ מאי ראיה מייתי הא כאן בגזילה שפיר קני ליה הכותי במשיכה היכא דישראל מחל לו דהוי כמו מתנה דליכא דמים וי"ל דאי אינו קונה בכותי במקח אף בגזל נמי לא תיקני דלא דמי למציאה ומתנה דבהיתר אתי לידיה אבל גזל דבאיסורא אתי לידיה אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל עכ"ל וכיון דקי"ל כר' יוחנן דבר תורה מעות קונות ולא משיכה א"ש הא דזוכין אהפקר במשיכה בלא מעות היינו משום דבמציאה ומתנה דליכא דמים משיכה קונה וא"כ היכא דבאיסורא אתי לידיה לא קני במשיכה כיון דאינו קונה במקח ומש"ה אע"ג דיאוש קני באבידה כיון דאינו קונה אלא במשיכה ומשיכה אינו קונה במקח לא הוי קנין אלא היכא דבהיתרא אתי לידיה אבל באיסורא אתי לידיה לא ודו"ק ועמ"ש בסי' קצ"ח סק"ד דלר' יוחנן ליכא שום קנין מה"ת במקח אלא מעות ובזה י"ל בפלוגתא דר"י ור"ל פרק מרובה דר' יוחנן ס"ל יאוש לא קנה ורישׁ לקיש ס"ל דיאוש לחודיה קנה. ומשום דריש לקיש ס"ל משיכה מפורשת מן התורה במקח א"כ באיסורא אתי לידיה נמי קונה במשיכה וע' תוס' מרובה דף ס"ט ד"ה כל שלקטו עניים דיאוש לא קני לגזלן אם הגזילה עומדת בר"ה וא"כ יאוש נמי בעי קנין משיכה או חצר ולר' יוחנן מעות קונה ולא משיכה ולא חצר ועש"ך סי' שס"ח דהעלה בפלוגתת דרבנן ור' שמעון בעורות של בעה"ב של גנב וגזלן מיירי בישראל ע"ש ודו"ק וניחא בזה ליישב מה שהקשה בספר פני יהושע פרק השולח (גיטין דף ל"ח) בהא דאמרו שם דקני שבאי ביאוש דהא באיסורא אתי לידיה ובעינן יאוש ושינוי רשות ויאוש לחודיה אינו קונה ע"ש ולפמ"ש דטעמא דבאיסורא יאוש לחודיה אינו קונה היינו משום דמשיכה אינו קונה אבל חזקה דודאי קונה אליבא דכ"ע במקח אם כן אפ"ה דבאיסורא אתי לידיה קונה בחזקה ודו"ק:

סעיף ב

לא קנה במרובה דף ס"ו אמר רבה שינוי קונה כו' יאוש אמור רבנן דנקני מיהו לא ידעינן אי דאורי' אי דרבנן אי דאו' מידי דהוי אמוצא אבידה ומוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי לידיה קני לה האי נמי קני או דלמא לא דמי לאבידה אבידה הוא דכי אתא לידיה בהיתרא אתי לידיה אבל האי כיון דבאיסורא אתי לידיה מדרבנן הוא דאמרו רבנן דנקני משום תקנת השבים וכתבו שם תוס' הא דאמר באבידה כיון דמייאש מרא מיניה מקמי דתותי לידיה ומשמע הא בתר דתיתי לידיה לא הוי יאוש ובעי למילף מינה גזלה דהוא בחד דתיתי לידיה וכתבו משום דאבידה בתר דתיתי לידיה היה צריך עכ"פ להחזיר המעות ובעי למילף מיניה גזילה נמי דתקני לגוף הגזילה וע"ש ולע"ד נראה

דבאבידה אליביה דכ"ע בעינן דוקא מייאש מרה מיניה מקמי דתיתי לידיה ואפילו למ"ד יאוש לחודיה בגזילה אבל באבידה אינו קונה והוא לפמ"ש הרמב"ן במלחמות פרק אלו מציאות ז"ל אמר רבא ראה סלע שנפלה כו' ואע"ג דאהדריה לבתר יאוש מתנה בעלמא הוא דקא יהיב לא ואי קשיא לך היאך הוי מתנה והא אמרינן אע"ג דמייאש לבסוף לא קנה וכו' והכא הוא סברא דגאון ז"ל דגזילה ואבידה היא זו ואבידה הוא נקנה ביאוש היכא שלא נטלה וגזלה אינה נקנה ביאוש מדאו' לעולם ואת"ל נקנית דמים מיהא משלם וזו כיון שנטלה ע"מ לגוזלה ולא ולא להשיבה הרי היא כמונחת ע"ג קרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה ולא ע"מ לגוזלה קודם יאוש א"א לקנותו ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים אבל זו שע"מ לגוזלה נטלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה אשר גזל שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה הלכך אע"פ שהחזירה עובר בכולן וזה הפירוש ברור ונכון עכ"ל כיון דיאוש באבידה בתר דתיתי לידיה דלא קנה לאו משום דבאיסורא אתי לידה דאבידה לא מקרי כלל באיסורא אתי לידיה דכיון דרשאי לטלה ודוקא גזילה מיקרי באיסורא אתי לידיה דנטלה בלאו דגזל אלא הא דאינו קונה בתר דתיתי לידיה היינו משום דבתר דאתי לידיה ה"ל שומר של הבעלים וידו כידו וכמ"ש הרמב"ן ומש"ה ניחא דאמר רבה מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מיניה מקמי דתיתי לידיה דבאבידה בתר דתיתי לידיה הוה ליה שומר אבל גזילה דאינו שומר דגזלן לא הוי שומר כמו שכתב תוספות פרק הכונס (בבא קמא דף נ"ו) ד"ה פשיטא ע"ש. ומשום הכי בגזילה קונה ביאוש או דלמא משום דבאיסורא אתי לידיה לא קנה ודו"ק ועמ"ש בסימן קמ"ג ובסי' רנ"ט סק"א ובסי' שנ"ג סק"ד:

סימן שסב

סעיף א

או נתן במתנה נסתפקתי בנתן הגזילה לאחר יאוש לקטן במתנה אם הקטן קונה אותו ביאוש ושינוי רשות ומשום דקטן אינו קונה מן התורה אלא היכי שדעת אחרת מקנה וכמו שכתב תוס' פ' התקבל (גיטין דף ס"ג) והכא שהגזלן לא קנה ביאוש לחודיה לא הוי דעת אחרת מקנה. ונראה דלפי שטת תוס' והרא"ש והרמב"ן טעמא דיאוש ושינוי רשות היינו משום דבהיתרא אתי לידיה דלוקח וכמבואר בתוס' ר"פ לולב הגזול וברמב"ן פרק מרובה. וא"כ שינוי רשות לאו קנין הוא כלל והלוקח דקני אותו אינו אלא ביאוש

כיון דבהיתרא אתי לידיה וא"כ בנתנו לקטן ליכא דעת אחרת מקנה כיון דהמקבל זוכה מחמת עצמו ביאוש וכמו באבידה דבהיתרא אתי לידיה וקטן באבידה אין לו זכיה מן התורה אלא מפני דרכי שלום. והא דאין הלוקח זוכה בע"כ של הגזלן היינו כמ"ש תוספת במרובה דף ס"ט ד"ה כל שלקטו עניים ע"ש מכל מקום אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן ליפטר מן הנגזל ע"ש אבל כיון שנתנו מדעתו הרי המקבל זוכה מחמת עצמו ביאוש וכמ"ש. אבל לשטת הרמב"ם דס"ל אפילו שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קונה ואע"ג דבאיסורא אתי לידיה וצ"ל דשינוי רשות בעצמו הוי קנין בצירוף יאוש וא"כ בשעה שמוכרו או נותנו ה"ל דעת אחרת מקנה וכמ"ש הרשב"א בחידושיו פרק מרובה בהא דאמרו גנב וגזלן הקדשן הקדש משום שינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש שהקשה דאיך יכול הגזלן להקדישו כיון דאינו שלו וכתב משום דהקדישו וקנייתו באין כאחד ע"ש. וא"כ ה"נ ה"ל דעת אחרת מקנה ונתינתו לקטן וקנייתו באין כאחד אבל לשיטת הרא"ש ותוס' והרמב"ן שזכרנו אין לומר דנתינתו וקנייתו באין כא' דדוקא בשינוי השם דגזלן גופיה קניה בשינוי השם איכא למימר דהקדשו וקנייתו באים כאחד כיון דנעשה שינוי אבל ביאוש ושינוי רשות לעולם אין הגזלן קונה כיון דס"ל דשינוי רשות ואח"כ יאוש אינו קונה משום דבאיסורא אתי לידיה ואם כן אינו קנין אלא למקבל ולא לגזלן כלל ואם כן אין הקטן זוכה מעצמו כיון דליכא דעת אחרת מקנה. ואפילו לדעת הנ"י פ"ק דמציעא דהפקר מדעת חשיב דעת אחרת מקנה וכן דעת רש"י שם דף י"ב יאוש אינו מטעם הפקר כמ"ש תוס' במרובה ואפילו לדעת רש"י דס"ל מטעם הפקר מ"מ אינו הפקר מדעת אלא יאוש הוי סילוק רשותו ונקנה כמו הפקר אבל אין בו משום הפקר מדעת וכיון דלא קני מדאו' א"כ מדרבנן נמי לא קני דמציאת חש"ו אינו אלא מפני דרכי שלום דלא ליתי לאנצויי והכא אם הקטן אינו זוכה הרי הוא של הבעלים ולא אתי לאנצויי וע' ר"פ הגוזל בתרא בגוזל ומאכיל את בניו וע"ש בבניו הקטנים ובתוס' שם:

סעיף ב

וכן אם השביח הלוקח. ז"ל סמ"ע בע"ש כ' דבזה דהשביחו היורש או הלוקח אין הנגזל חוזר על הגזלן שהרי לא הושבחה בידו עכ"ל ולא ידעתי טעם נכון לחלק ביניהן דהרי כאן בשבח שהושבח ממילא מאליה מיירי ויכול הנגזל לומר לולי שגזלתני גם בביתי היה נשבח ונהי דתקנו רבנן לשלם ללוקח ויורש השבח הגזלן עכ"פ צריך להחזיר כאלו היה נשבח ביד הגזלן וע"ש ונראין דברי ע"ש דודאי כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ובתברא או שתיה משלם כשעת הוצאה מן העולם הכא נמי אם מכרה הגזלן אחר שהושבח משלם כשעה שמוכרה דהוא שעת הוצאה מן העולם כיון דלוקח קונה השבח

ולא אתי למיהדר ליה משלם כשעת הוצאה אבל אם לא נשבחת ביד הגזלן ונשבחה ביד הלוקח אינו משלם יותר משעה שגזלה ושעת הוצאה ומ"ש בסמ"ע דיכול הנגזל לומר לולי שגזלתני גם בביתי היה נשבח אתמהה דא"כ גזלן שמכר לאלם בענין דא"א להדורי ליה יצטרך לשלם יותר משעת מכירה ואע"ג דנשבח ביד האלם אח"כ ופשוט הוא דאינו משלם יותר משעת מכירה וכל הגזלנין דמשלמים כשעת הגזילה אמאי לימא ליה הנגזל אילו היה הבהמה בידי היה הולך וגדל עד מאד לכן עיקר כדברי ע"ש:

סעיף ג

אין מוציאין מידו. וכת' ב"י דזה פשוט דבכל ספיקא דדינא מהני תפיסה וע"ש. ולפמ"ש הה"מ פ"ז מגזילה במ"ש הרמב"ם בתקנת נגזל דשכירו ולקיטו אינו נשבע ונוטל ולא כת' אי תפס לא מפקינן כיון דהוא איבעיא דלא איפשטא משום שאינו אלא תקנה ובספק תקנה אוקמוה אדינא ולא מהני תפיסה ע"ש. וכיון דבספק תקנה אוקמוה אדינ' א"כ אפי' לא תפס יטול הנגזל את השבח כיון דמדינא דנגזל ושבח דגזלן אינו אלא תקנה ונראה דהיכא דהוא מוחזק מעיקרא אפי' בספק תקנה ה"ל מוחזק ודוקא בתופס דמהני לרמב"ם אבל בס' תקנה לא מהני תפס:

סימן שסג

סעיף א

ועבר עליו הפסח בחק יעקב הלכות פסח כתב דאם תובעו תוך הפסח לא מצי אמר הרי שלך לפניך לפי שהכל מצווין לבערו באותו פעם וכאלו שרוף ועומד דמי ונמצא שאינו מחזיר לו כלום ומה"ט נקטו בש"ס ופוסקים חמץ ועבר עליו הפסח כו' וכדאיתא בב"ק דף צ"ח גזל חמץ ובתוך המועד בא אחר ושרפו פטור דהכל מצווין לבערו עכ"ל. וקשה ממ"נ אי חשבת ליה היזק ניכר בתוך הפסח דחשוב כשרוף א"כ כבר קנה בשינוי וכדמוכח בפרק הנזקין דלמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק דה"ל שינוי וקנהו בשינוי ע"ש דפריך למ"ד שמיה היזק מהא דתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך ואי נימא דלאו היזק ניכר הוא וא"כ תוך הפסח נמי אמאי לא מצי לומר הש"ל והא דאמרו בב"ק דף צ"ח גזל חמץ ובא אחד ושרפו דהכל מצווין לבערו היינו דכיון דמצוה לבערו מש"ה אף על גב דמפסיד בזה לגזלן שיצטרך ליתן דמים מ"מ מצוה רמי לבערו אבל אכתי אינו מוכח מזה דלא מצי אמר הש"ל ולפמ"ש הרמ"א באה"ע סי' קכ"ד בגט שנכתב על דבר שצריך שריפה דהגט בטל ומשום דכל העומד לשרוף כשרוף ע"ש וא"כ ה"נ אפשר לומר כיון דתוך הפסח מצווין לבערו א"ז השבה דכתיב והשיב את הגזילה

וזה ה"ל כשרוף אלא דכבר נחלקו האחרונים בזה על הרמ"א ומשום דקי"ל כרבנן דלא סברי כר"ש דכל העומד לשרוף כשרוף. ועור דלא גרע חמץ תוך הפסח מתרומה ונטמאת דמצותו נמי בשריפה ותנן בהדיא תרומה ונטמאת אומר לו הש"ל. ואפשר לקיים דברי חק יעקב כיון דהגזלן עבר עליה בבל יראה דבחמץ דבר הגורם לממון כממון ובל יראה וגזלן באחריות אונסין רמי עלה ולאו דבל יראה ניתק לעשה ואין ביעור חמץ אלא שריפה א"כ בתוך הפסח אינו רשאי לומר הרי שלך לפניך דצריך לשורפו דוקא ואפי' מפרר וזורה לרוח לא מהני והוא דעבר בלאו דידיה במזיד לקיים העשה שבו לשורפו אבל אם עבר הגזלן ואמר לו הרי שלך לפניך והשליכו לפניו נתקיים מצות השבה אע"ג דעבר אמימרא דרחמנא ודו"ק:

סעיף ב

התוקף עבדו של חבירו. בפרק הגוזל קמא (בבא קמא דף צ"ז) ומי אמר רב עבדא כמקרקע והאמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור ואי ס"ד עבדא כמקרקע אמאי פטור ברשותיה דמארי' קאי הבמ"ע שלא בשעת מלאכה כי הא דשלח ליה ר' אבא כו' ושלחו ליה א"צ להחזיר הכי השתא בשלמא התם כו' אלא הכי מי ניחא ליה דליכחוש עבדא ה"נ ניחא ליה דלא ליסתריה עבדא ומשמע דאי הוי עבדא כמטלטלין אפי' בשעת מלאכה פטור כיון דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וכדינא דספינה ומזה הקשו על הרי"ף שדעתו עבדא כמטלטלין ונגזלין וכתב התוקף עבדו של חבירו שלא בשעת מלאכה פטור והא אפילו בשעת מלאכה נמי פטור במטלטלין דנגזלין. ונראה לפמ"ש בסק"ג גבי עבד אפי' אהדקי' באנדרוניא ולא עשה בו מלאכה חייב משום שבת דאדם באדם חייב בארבעה דברים וכיון דשבת באדם ה"ל דין נזק וכמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי ע"ש דאהדקינן באנדרוניא לא הוי דינא דגרמי אלא מכי אהדקיה ה"ל נזק ממש עד דאהדריה ע"ש וא"כ אפילו נימא דעבדי כמטלטלי נמי חייב לשלם לרבו כל שבטלו ממלאכת רבו משום שבת ולא אמרינן בזה כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ושבחא דגזלן הוי דהיינו דוקא במטלטלין רמו בהמה וכלים דליכא בהו דין שבת אלא שיתחייב להחזיר מה שהרויח בגזילה ובזה אמדי' שבחא דגזלן אבל הכא דאזקי' ממש חייב לשלם היזקו וכדאמר רבה תברא או שתיה משלם ארבעה כיון דכי איתיה הדרא למריה וה"נ מחייב משום שבת שבכל יום ויום על ביטול מלאכת רבו דה"ל שבת באדם כמו נזק מש"ה ניחא בחמור וספינה דלית בהו דין שבת ואם כן ניחא דברי הרי"ף דאע"ג דעבדא מטלטלין אינו פטור אלא שלא בשעת מלאכה אבל בשעת מלאכת רבו חייב משום דה"ל כאזקי' בכל יום ויום ואם הוקר אח"כ משלם

הנזק כשעת היוקר וזה נכון והא דפריך ומי אמר רב עבדא כמטלטלין כו' הא אפי' עבדא כמטלטלין נמי לחייב משום שבת וכמ"ש משום דאי עבדא כמטלטלין מצינו למימר דמיירי שלא בשעת מלאכה ואי משום זה נהנה וזה לא חסר חייב כיון דעבדא כמטלטלין וליכא שבחא כיון דהוא שלא בשעת מלאכת רבו תו לא מחייב משום זה נהנה כיון דשבח גזילה במטלטלין דגזלן והנאה דגזלן הוי ושבת ליכא כיון דרבו לא חסר אבל במקרקע אע"ג דהוא שלא בשעת מלאכה לחייב משום זה נהנה וזה לא חסר כיון דשבח גזילה בקרקע דנגזל הוא ולזה משני שלא בשעת מלאכה ואי משום זה נהנה וזה לא חסר חייב ה"נ כיון דניחא ליה דלא נסתריה עבדא לא מחייב משום זה נהנה ודו"ק:

סעיף ג

שהרי חסרו ממון. בטור כתב וז"ל והרמ"ה הוסיף לומר דאפילו לא היה דר בו כיון שהיה עומד להשכיר וגזלו ממנו חייב וא"א הרא"ש ז"ל כתב על זה דפטור וז"ל הרא"ש פרק כיצד הרגל דאפי' גירש חבירו מביתו ונטל הדלת בפניו א"ז אלא גרמא בעלמא ולא מחזיר אלא כשעת הגזילה עכ"ל. וראיתי בב"ח שנתקשה בזה ממה דקי"ל דשבת אפילו שלא במקום נזק כגון דאהדקיה באנדרוניא חייב כדאיתא בפרק כיצד הרגל וע"ש שכתב דצריך לחלק בין אהדקיה באנדרוניא דה"נ מזיק בידים כשהכניסו לחדר וסגרו בתוכו דהתחיל ההיזק מיד בידים ממש ובין גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו דלא התחיל ההיזק עכשיו מיד אלא אח"כ כשלא יוכל להכניס בתוכו דיורין מפני נעילתו ואלמותו עכ"ל ע"ש. והבדיל בין השוין דאהדקי' באנדרוניא נמי מחייב במה שלא יוכל אח"כ להשכיר את עצמו ונימא שאין ההיזק מתחיל עכשיו אלא דלא קשה מידי דודאי גבי אדם באדם התורה רבתה לחייבו בד' דברים ואפילו שבת שלא במקום נזק אבל בנזקי שור לא חייבו התורה אלא בנזק בלבד מש"ה בנועל בביתו דליכא דין נזק אלא במה ששובת החנות ממלאכתו ואין דין שבת באדם דאזיק שור או שאר ממון ואפילו בכחש דהדר יש פוטרין משום דה"ל שבת וכמבואר בסי' ש"ז ואפילו למאן דמחייבי אינו אלא משום דדנו אותו לדין נזק אבל בנועל ביתו דודאי לית ביה משום נזק לכ"ע פטור וכן בנועל בהמת חבירו פטור משום דאין שבת בבהמה אבל האי דאהדקיא באנדרוניא אדם באדם וחייב משום שבת וזה פשוט וברור. ובנ"י כתב בשם הרמ"ה דחייב בנועל ביתו והביא ראיה לדבריו משבת שלא במקום נזק כגון דאהדקיה באנדרוניא חייב כדאיתא פ' החובל (בבא קמא דף פ"ה) וכל היכא דקיימא לאגרא אפי' לא דר ביה חייב ע"ש. ותמה אני על עצמו בראיה זו דהתם אדם באדם וחייב משום שבת אבל בנועל חנות דה"ל אדם בשור פטור משבת ובב"ח שם הקשה לדעת הרמ"ה הא דאמרינן בתוקף בעבדו של חבירו

ועשה בו מלאכה דחייב אלמא דוקא עשה בו מלאכה אבל לא עשה בו מלאכה אלא אהדקיה באנדרוניא פטור ואפילו בטלו ממלאכת רבו וע"ש שכ' דס"ל להרמ"ה דעשה בו מלאכה קמ"ל דתוקף בעבדו של חבירו כשאינו עושה מלאכת רבו דפטור אפילו עשה בו מלאכתו ומשום דניחא ליה דלא ניסתריה עבדיה כו' אבל לשון רבי' קשה דמשמע דוקא דעשה בו מלאכה חייב ואין לפ' דכ"כ אליבא דהרא"ש דחולק על הרמ"ה וס"ל דאהדקי' באנדרוניא פטור דהא בסי' ת"ך כתב רבינו להדיא כהרמב"ם וסמ"ג דאהדקיה באנדרוניא חייב ע"ש ונראה מדבריו דלדעת הרא"ש פטור אהדקי' באנדרונייא והלא גמרא ערוכה פרק החובל דחייב ואין חולק בזה וכן פסק הרא"ש שם ע"ש אלא דאדם באדם הוא דחייב והיינו הך דסי' ת"ך וכמ"ש וא"כ בתוקף בעבדו של חבירו נמי אליבא דכ"ע חייב משום שבת כשבטלו ממלאכת רבו אפי' לא עשה בו מלאכה דגבי עבד נמי חייבין עליו בד' דברים וכדאית' פרק הנזקין ובטור וש"ע סי' תל"ו והא דנקט הטור התוקף עבדו ועשה בו מלאכה לאו דוקא ה"ה לא עשה בו מלאכה ומשום שבת דרבו א"א דנקט עשה מלאכה דבזה חייב במה שנהנה אפי' לא חיסר כ"כ מלאכת רבו דמגלגלין עליו את הכל כיון דנהנה:

סעיף ד

כגון שהיה בית חדש. שם בפרק כיצד הרגל דף כ' ת"ש ר' יודא אומר אף הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב שאני התם דאיכא שחרוריתא דאשייתא וכתבו תוס' כיון דזה חסר מעט מגלגלין עליו את הכל. ודעת הרמ"ה שאינו אלא כחסרון וע' בטור יש להקשות לפי דעת הרמ"ה דאינו משלם אלא החסרון א"כ הא דאמר ר' יודא אלא בעל העליה בונה את בבית ואת העליה ומקרה את העליונה ויושב בבית עד שיתן לו יציאותיו וכיון דאינו משלם אלא החסרון מאי מהני שזה לא נהנה מי לא צריך לשלומי מה שהזיק. ונראה דשחרירותא דאשייתא לא מחייב מדין מזיק כיון דאם ישכור פועל ללבנו הדרא ללבנוניתא וה"ל כמו זורק מטבע לים היכא דאפשר לאהדורי ע"י בר אמוראי דאע"ג דצריך הוצאה אינו אלא גרמא ופטור אלא היכא דנהנה מתחייב על הנאתו כיון דגרם לזה חסרון וכמו באומר אתה גרמת לי הקיפה יתירא דודאי אין בזה אלא משום דין מזיק אלא אם נהנה חייב לשלם מה שנהנה כיון שזה מיהא חסר על ידו אבל היכא דלא נהנה אינו חייב בעד שחרוריתא דאין בזה משום מזיק וכמ"ש:

סעיף ה

וזה חסרו במה שהשחירו. וכ"כ הרב המגיד פ"ג מגזילה דמגלגלין עליו הכל ע"ש ונראה דאע"ג דאכתי לא החזיר לו דמי הבנין וא"כ הי' מהראוי לנכות לו בעד היזק שחרוריתא לבד אבל במה שנהנה משלו אכתי אינו שלו כיון דעדיין לא החזיר לו דמי הבנין אלא משום דכבר זכה בו למפרע כיון דעל הקרקע שלו בונה קונה לו חצירו וכמ"ש הנ"י בפרק המקבל גבי יורד לחורבתו של חבירו ובנאו שלא ברשות דא"י לומר עצי ואבני אני נוטל משום דקנה לו חצירו ונתחייב ליתן לו בדמיו וכ"כ בנימוקי פ"ק דב"ב גבי כותל חצר שנפל ע"ש וא"כ ה"נ קונה לו חצירו את הבית וכיון שבית דידיה הוא וזה מחסרו מעט מגלגלין עליו הכל. ויש לדקדק בהא דאמרו שם פרק כיצד הרגל ההוא גברא דבנה אפדנא אקילקלת' דיתמי אגביה ר"נ לאפדנא מיניה לימא קסבר ר"נ הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ההוא מעיקר' קרמנאי הוי דיירי ביה ויהבי ליה ליתמי דבר מועט ע"ש ותיפוק ליה דחסרון מעט יש בו משום שחרורית' דאשיית' דמשמע שם דבנה בית חדש ואפשר כיון דהתם עדיין לא החזירו לו היתומים דמי בנין וכמ"ש בנ"י שם מדלא קאמר ההוא גברא דדר בבית יתמי ע"ש ואם כן אע"ג דהשת' המה מחזירים לו דמי הבית לא קנה חצירם להם למפרע משום דחצר משום שליחות ואין שליחות לקטן וכמו שכת' בטור וש"ע סי' רמ"ג וע"ש בנ"י שכת' בשם הרמ"ה להוכיח דזה נהנה וזה לא חסר פטור לאו משום מחילה דאפילו ביתומים קטנים ואי לאו משום דהוי דיירי קרמנאי פטור היה ואע"ג דיתמי לאו בני מחילה ע"ש א"כ משמע דקטנים היו וק"ל:

סעיף ו

י"א צריך ליתן לשמעון שכרו. כת' בשלטי גבורים ז"ל בהגהת אשר"י אי' דפסק ראבי"ה אע"ג דאלו הוו בעלים הכא הוו מוגרי ליה כיון דליתנהו הכא לא היא ולא שלוחו ולא שום משתדל להשכירו הדר בו פטור דהוי כמו דלא קיימא לאגר' וכו' ואין להקשות לראבי"ה מהאי דשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון דאע"פ דדר ביה שלא ברשות שמעון מעלה שכר לשמעון דהתם ראובן שמשכירו חשיב משתדל של שמעון עכ"ל. ותמהני דהא הך דינ' הוא מהגהת מיימוני שכת' בפ"ג מגזילה ושם מבואר להדיא דהיינו דוקא ששמעון או שלוחו בכאן והיו משתדלין להשכירו אבל אי ליתיה לשמעון ולא שום משתדל אע"ג דראובן משכירו אין השוכר מעלה שכר לשמעון וע"ש:

סעיף ז

כל השכר הראוי ליתן בנ"י פ' כיצד הרגל דאפילו שכרה מראובן בדמים קלים מעלה שכר לשמעון כמו ששוכרין שאר בתים ולא מצי אמר כסבור הייתי שהבית של ראובן ואלו ידעתי שהיה לו לתת שכר הרבה לא נכנסתי בו וכ"כ הריטב"א עכ"ל וקשיא לי מ"ש מהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחו' ואכלוה משלמין דמי בשר בזול והיינו שליש פחות משויו וכמבואר פ' א"נ ומשום דמצי אמרי אלו ידענו שהפרה אינה של אבינו לא היינו אוכלין ומ"ש הכא דלא מצי אמר אלו ידעתי שהיה לי לתת שכר הרבה לא נכנסתי:

סעיף ח

אם היה לו רשות להשכירו. כת' בנ"י וז"ל ומיהו אם היה רשאי לשוכרה כגון שהתנה עמו או שלא היו בני ביתו של זה האחר מרובים ממנו נראה שהרויח למשכיר כו' ולא דמי לפרה דר' יוסי שאין השוכר רשאי להשכיר וכ"ש להשאיל כך נ"ל עכ"ל. וקשה דהא בפרה דר' יוסי משמע דאפילו יש לו רשות להשאיל איירי וכמבואר בפרק המפקיד (דף נ"ו) בהא דאמרו שם שומר שמסר לשומר חייב ומשום דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ומקשי ממתני' דשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שכדרכה מתה והשואל משלם לשוכר ואם איתא לימ' לי' אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ומשני הכא במ"ע בשנתנו לו רשות להשאיל אי הכי לבעלים בעי שלומי דא"ל לדעתך והרי מבואר דאע"ג דהיה לו רשות להשאיל אפ"ה ס"ל לר' יוסי כיצד עושה סחורה וכו'. אלא דקושט' מעיקר' נראה לענ"ד ליישב דלא דמי לפרה דר' יוסי דהתם השואל משלם עבור גוף הפרה וכיון דפרה גופ' דמשכיר הוא ואינו עושה סחורה בפרתו של חבירו אבל הכא כיון דכבר קנה הבית לדירה דשכירות קניא ויש לו רשות להשכירו ושכירות שנוטל דידיה הוא וה"ל סחורה דידיה וזה ברור:

סעיף ט

האומר לחבירו דור בחצרי והוא מתשובת רשב"ץ. וע' ר"ן ר"פ דייני גזירות גבי עמד א' ופרנס את אשתו דהניח מעותיו על קרן צבי וז"ל בשם הרשב"א דכי אמר חנן אבד מעותיו דוקא במפרש אבל בסתם חוזר וגובה לפי שכל המפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלואה וראיה מירושלמי פ' א"נ חד בר נש אשאיל לחבריה דינרין אשריתיה בגו ביתא א"ל הב לי דינרי א"ל הב לי אגר ביתא ואתא עובדא קמי ר' אבא בר זבידא א"ל וקים ליה מאי דהוי חמי למשרייה והכא ודאי בשהעמידו בסתם בתוך ביתו מיירי ולא שהעמידו בפירוש וכו' וכיון שכן המפרנס אשת חברו בסתם חוזר וגובה ממנו וע"ש

בר"ן שהסכים לדברי הרשב"א ובר"ן פ"ק דקידושין נראה מדבריו דסתם דרך מתנה הוא ע"ש גבי נתן הוא ואמרה היא וז"ל דהיינו דוקא שאמרה בשעת נתינה אבל לאחר נתינה לא דאי מעיקרא יהיב לה סתמ' ומדינ' הרי הן שלה במתנה וכדמוכח בפרק שבועת העדות דאמרי התם אי דאמר אין שקלי ודידי שקלי כי עדים רואין אותו מבחוץ מאי הוי ע"ש וצ"ע. והרמ"א בסי' רס"ד כ' כדברי הר"ן ר"פ דייני גזירות ע"ש ובעיקר הראיה שהביא הרשב"א מהאי דירושלמי נראה דהתם כיון דחייב לו איזה חוב תו לא אמרינן דרך מתנה נתנה אלא ודאי בחובו הוא דפרע וכמ"ש הרמב"ן גבי סטראי ע"ש וכן הוא בראש פרק כל הנשבעין ובטור ובב"י סי' נ"ח אבל היכא דליכ' חוב איכ' למימר כל בסתמא דרך מתנה הוא וכן בראיה שכת' הר"ן פ"ק דקידושין מהאי דפרק שבועת העדות אי דאמר אין שקלי ודידי שקלי נראה דהתם טענת הכחשה ביניהם וזה אומר בפירוש נתנה לי במתנה ועדים רואין מבחוץ ולא ידעי באיזה ענין נתן לו א"כ לא מהני עדים כלל אבל היכא דליכ' הכחשה ומודה שנתנו לו בסתמ' איכ' למימר דרך הלואה וכדעת הרשב"א ובפ"ב דגיטין דף כ' שם התקבלי גיטך והשאר לכתובה נתקבלה גיטה והשאר לכתובה כו' והא קמ"ל דאע"ג דאיכ' שאר אי אמר לה אין אי לא לא מ"ט אויר' דמגילת' היא. ומשמע דאי לאו טעמ' דאויר' דמגילת' הוי השאר לכתובה ואע"ג דיהיב לה בסתמ' ומשמע דכל בסתם לאו דרך מתנה הוא מיהו לפמ"ש דהיכא דהיה חייב לו מסתמ' על החוב נתנו ניחא דאי לאו מטעמ' דאויר' דמגילתא הוי אמרינן דהשאר בסתמ' לכתובה ולא לשום מתנה והאחרונים לא הכריעו בזה והניחו הדבר בספק וכמ"ש הב"ח וש"ך וע"ש בש"ך שכ' דהיינו דוקא בחצר דקיימ' לאגר' וגבר' דעביד למיגר אבל חצר דקיימ' לאגר' וגבר' דלא עבי' למיגר לא מאחר שלא חסרו מדעתו וע"ש ועמ"ש בסי' רמ"ו סק"א:

סימן שסד

סעיף א

ועל השא' נשבע היסת. וראוי לספק בגוזל את חבירו בעדים וטוען החזרתי דנאמן כמ"ש בש"ך סי' שס"א אם משביעין אותו שבועת היסת שכדבריו כן הוא שהחזיר או נימא כיון דגזל חבירו בעדים וה"ל חשוד ופסול לעדות ולשבועה דאע"ג דגוזל חבירו בעדים א"צ להחזיר בעדים א"נ אלא ממון שבו ולומר החזרתיו אבל א"נ להכשיר א"ע עד שיבאו עדים ויעידו שהחזיק בעצמו וכמו שכת' הרשב"א בתשובה ח"ג סי' ק"י הובא בסי' ש"ן סק"ה ע"ש וכיון דמוחזק לחשוד אין מוסרין אותו לשבועה וצ"ע:

סימן שסה

סעיף א

והם חולקים כת' הש"ך ז"ל ומשמע דמדינא חולקים דליכא למימר דחולקים כשיסכימו שניהם דא"כ מאי קמ"ל פשיטא כו' ועוד דהא הרמב"ם ס"ל דכל היכא דתנן יהא מונח היינו שיהא מונח בידו וכ"כ ר"י וא"כ אמאי כתבו כאן נותן מנה אלא ודאי הכא דינא דחולקין ולא אמרי' יהא מונח בידו דדוקא לעיל סי' רנ"ב וסי' ש' דתבעי ליה ודאי חד מינייהו רמאי אמרינן הכי משא"כ הכא כיון שהם עצמם אין יודעים בברי א"כ ליכא רמאי ע"ש והנה לדעת רש"י רפ"ק דמציעא דס"ל בזה אומר ארגתי' דינא דמונח ומשום דאית חד מינייהו דמאי א"כ ודאי ה"נ היכא שאין יודעין בברי ליכא רמאי כיון דעיקר טעמ' דמונח אינו אלא משום רמאי אבל לשטת תוס' והרא"ש אפי' בז"א אני ארגתיה חולקין ומשום דהחלוקה יכולה להיות אמת ובמנה שלישי אין החלוקה אמת אם כן אפי' ליכא רמאי נמי נראה דינא דמונח דלשטת תוס' והרא"ש אין הדבר תלוי אלא בדבר שהחלוקה אמת דינא דחלוקה והיכא דא"א להיות אמת דינא דמונח ואין לומר לדעת תוס' והרא"ש לדינא דמונח בעי תרתי שהחלוקה לא יהיה אמת וגם רמאי ובחד מינייהו לא אמרינן מונח דמסתימת דברי התוס' והרא"ש משמע הך כללא לחוד דהחלוקה אמת או לא וכן משמע ברא"ש רפ"ק דמציע' שכת' להוכיח דאפי' אי' ודאי רמאי חולקין ז"ל וכך מוקי בגמ' אהא דקאמר אלא מאי רבנן הא נמי כשאר דמי' האי מאי אא"ב רבנן התם ודאי האי מנה דחד מינייהו אמרי רבנן יהא מונח הכא דאיכ' למימר דתרוייהו היא פלגי בשבועה ולא הזכיר טעמ' דרמאי כדאמר גבי דר' יוסי התם ודאי איכ' רמאי הכא אית למימר תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה אלמא לרבנן כל היכא דאיכ' למימר דתרוייהו כו' אע"ג דודאי איכ' רמאי פלגי בשבועה עכ"ל. ואי נימא דאפי' היכא דאין החלוקה אמת נמי אמרינן חולקין כיון דליכא רמאי אם כן לרבנן נמי הוי מצי למימר טעמ' דרמאי כמו לרבי יוסי דבמציאה ומקח ליכא רמאי כדקאמר לרבי יוסי אלא ודאי משמע דלרבנן אין הדבר תלוי אלא בחלוקת אמת והא דכת' הרא"ש כאן חולקין מיירי שהסכימו שניהם. ומה שהקשה הש"ך כיון דס"ל להרמב"ם מונח היינו בידו כו' לא ידענ' מאי קושי' דודאי היכא דהדין מונח הרי הוא בידו אבל היכא שהסכימו ביניהן לחלוקה צריך להוציא מתחת ידו לחלוקה ואין לזר בו כלום כיון שידוע שאין לו בהם כלום וזה פשוט. ומ"ש הסמ"ע בס"ס קל"ט בספיק' דדינא ולא תפיס חד מיניה דחולקין היינו משום דספיק' דדינא ה"ל כמו ספק דררא דממונ' ובזו ודאי חולקין אע"ג דאין חלוקה אמת. וכדמשמע מדברי תוס' רפ"ק דמציע' ד"ה ויחלוקו ז"ל ולסומכוס אע"ג דאין מוחזקין בו ואין החלוקה

יכולה להיות אמת היכא דאיכ' דררא דממונא פי' שבלא טענותיהן יש ספק לב"ד יחלוקו עכ"ל וספיק' דדינ' נמי הוי דררא דממונא דבלא טענותיהם ספיק' דדינא לב"ד וזה נמי נראה לי בהא דאמרי' בבכורות דף י"ח חולקין ומשום דהתם נמי הוי דררא דממונ' וכדמשמע מתוס' בבא מציע' (דף ק') ד"ה וליחזי ברשות' ע"ש:

סעיף ב

אם בא לצאת ידי שמים. ובפקדון כה"ג פטור לצי"ש ובאשר"י פרק המפקיד ז"ל ומה"ט נמי ניח' לי הא דקתני אביו של א' מכם הפקיד אצלי כדקתני גבי גזל דבכי ה"ג אפי' לצי"ש לא מחייב דהמפקיד עצמו ה"ל למידק עכ"ל. וכת' אא"ז בס' מעד"מ הא דגבי גזל לא אמרי' הכי משום שסובר גבר' אלמ' הוא דגזלי' ולא שכיח דהדר ולכך לא תבעי ליה עכ"ל וביאור דבריו נראה דודאי עיקר מאי דה"ל למידק היינו בשעת פקדון כי היכ' דיזכור היטב מי הפקיד בכדי שיוכל לתבוע ממנו אבל גבי גזילה לא רמי אנפשיה למידק כיון דסובר גבר' אלמ' הוא ולא מיהדר ושבקיה מזכרונו ומלבו ולכך לא תבעי ליה היינו דמש"ה אינו יודע בברי דתבעו היינו ברי דלא תבעו היינו שמא וזה כיון דלא רמי למידק אינו יודע עכשיו ומש"ה לא תבעו ליה וראוי להיות שוכח וכמ"ש. ובש"ך הבין כוונת מעד"מ בדרך אחר ולכן הוקשה לו וע"ש. ודבריו פשוטין כמ"ש. וע"ש בש"ך שכתב דא' מכם גזלתי היינו שלא בפניו דאי בפניו פטור אפי' לצי"ש דהנגזל ה"ל למידק:

ולענ"ד נראה דגבי פקדון דחייב בשני כריכות היכא דתבע ליה אינו אלא משום דה"ל למידק כדאי' שם בגמ' ובכרך א' דלא ה"ל למידק אפי' לצי"ש פטור וכמבואר ברא"ש שם ובש"ע סי' ש' ועמ"ש שם סק"ב. וא"כ בלא תבעו נמי דחייב לצי"ש היינו דוק' בשתי כריכות ומשום דה"ל לנפקד למידק ובלא תבעו אפי' לצי"ש פטור כיון דאין חיובו דנפקד אלא משום דה"ל למידק וכיון דלא תבעו בברי אמרי' היה לו למפקיד למידק וכיון דהמפקיד לא רמי למידק אין לחייב את הנפקד במאי דלא דק שפיר אבל בגזילה דאין חיובו משום דה"ל למידק אלא משום דעבד איסור' קנסוהו רבנן וכדאי' שם בגמ' א"כ אפי' היכא דהנגזל לא תבעו בברי ולא רמי למידק נמי מחייב הגזלן משום קנס וניחא בזה הא דאמרו בש"ס דף ל"ז בטעמ' דמתני' דגזלתי א' מכם ואילי יודע איזהו נותן לזה מנה כו' ואמרו שם טעמ' דגזילה משום דעבד איסור' קנסוהו רבנן וטעמ' דפקדון אמרו שם משום דהוי ליה למידק. ולכאורה תיקשי בגזילה נמי הוי סגי לה בהאי טעמ' דה"ל למידק וע' בש"מ מ"ש בזה ולפמ"ש ניחא דאי משום ה"ל למידק א"כ היכא דנגזל נמי לא דק אין לחייבו לגזלן משום דהיה לו למידק וכמ"ש אבל משום טעמ' דאבד איסור' שפיר מחייבין אותו אע"ג דנגזל אינו יודע אבל בסיפ' בפקדון דשם תני אביו של אחד

מכם הפקיד כו' שפיר מחייבי לנפקד במה דלא דק שפיר כיון דהמפקיד אינו לפנינו ואלו היה לפנינו אפשר דידע ליה שפיר:

סימן שסז

סעיף א

עד שיבואו ויודיע אותם וכת' הב"ח לדעת הטור והרא"ש צריך לשלוח להודיע אותם במקום שהוא שם גם הסמ"ע כת' דלכאורה משמע כן מדברי הטור אלא דמלשון הרמב"ם משמע דלא ס"ל הכי אלא שיהיה בידו עד שיבואו מעצמן ומ"ש הרמ"א ויודיע אותם היינו בבואם לעיר הגזלן אזי הגזלן יודיע אותם ע"ש וכ"כ הב"ח לדעת הרמב"ם אין צריך הודעה. ובש"ך כת' ז"ל נלפע"ד דגם הרמב"ם והמחבר מודי דצריך לשלוח להודיעו לו ולא באו אלא לומר דאינו חייב לרדוף אחריו וכן משמע לפענ"ד בש"ס ב"ק (דף ק"ד) גבי האי דקאמר כיון דידע למאן גזלי' ואודי ליה כמאן דאמר ליה יהיה לי בידך דמי דאל"כ חייב לצי"ש לר' טרפון ולר' עקיבא אף מדינא חייב עכ"ל ואינו מוכרח לענ"ד דבש"ס לא קאמר שם אלא בהא דס"ל לר' עקיבא בגזל א' מהחמשה ואינו יודע למי גזל דצריך להחזיר לכל א' מדינא ולר' טרפון לצי"ש ובמתני' תנן בגזל דא"צ להוליך אחריו ומסיק דהתם כיון דידוע למאן גזליה ואודי ליה כיון דאפשר לאהדורי ממונ' למאריה ה"ל כמאן דאמר ליה יהיה לי בידך ע"ש ופרש"י כיון דידע למאן גזל ומודי ליה משעת הודעה דמזומן הוא להשיב הוי גביה כפקדון ע"ש והיינו דהוה לי' כפקדון וכאלו אמר יהיו בידך כן בזה אע"ג דלא ידע כלל הוי כאומר כיון דמזומן להשיב א"צ להוליך וכ"כ בשטה מקובצת שם ז"ל דכיון דידע למאן גזליה וקא מודה ולא אשתבע מה הנאה יש לנגזל כשיתן ביד ב"ד הא כמאן דה"ל כפקדון בידו דה"ל כמ"ד יהיו לי בידך עכ"ל הרשב"א ונראה דאפילו אינו מודה כלל אלא שהוא בעצמו רוצה לצי"ש ולהחזיר הגזילה כיון דידע למאן גזליה ומזומן להחזיר ה"ל כפקדון גבי' וא"צ כלל הודעה ומה שאמרו בגמ' כמ"ד יהיו לי בידך היינו כמאן דאמר בפירוש יהיו לי בידך ודאי א"צ להוליך כן בדיני זה שמזומן להחזיר:

סעיף ב

אבל אם נשבע לו. כת' הסמ"ע משום דכתיב לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו ובש"ך השיג וכת' ז"ל וליתיה דבש"ס מסיק טעמ' דנשבע דכיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה ע"ש וכדברי הסמ"ע אי' שם בגמ' להדי' ע"ש (דף ק"ג) דכתיב לאשר הוא לו יתננו

ביום אשמתו והא דאמרו טעמא דנשבע כיון דבעי כפרה כו' היינו משום דכתיב לאשר הוא לו יתננו ומינה יליף דכפרה דשבועה לא סגי עד שיתננו לידיה:

סעיף ג

מפני שכבר נתייאשו. והוא לשון הרמב"ם ובש"ך כת' עלה ז"ל ומיהו תימה למה המצי' טעם חדש מלבו דהא בש"ס משמע להדי' דטעמא כיון דנשבע ובעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה ולפ"ז אפי' יודע הגזלן בבירור שלא נתייאש צריך להוליך אחריו ומ"ש ונראה משום דקשיא ליה להרמב"ם קושיות תוס' שם דאם הודה בפניו אפי' נשבע נמי כיון דהניחו בידו הרי הוא כהפקידו בידו ויכול להביא כפרה וע"ש שכתבו דמיירי שהודה שלא בפניו. ולפי דבש"ס שם משמע אפילו הודה בפניו ע"ש דאמרי הלכך נשבע אע"ג דקא"ל יהיו בידך כיון דבעי כפרה וכו' ומשמע דאפי' א"ל בפירוש יהיו לי בידך נמי צריך להוליך אם נשבע לזה מפרש הרמב"ם טעמ' דהך מלת' לפי שנתייאשו הבעלים מאחר שנשבע דאין כאן עוד לתובעו ומש"ה אפילו הודה בפניו אין כאן השבה ולא פקדון וסבור שלא יחזיר ואפי' מודיע לו שרוצה להחזיר לא סמכי דעתייהו וצריך להחזיר לידו ממש. ומזה נראה מוכח דהיכא דלא נשבע א"צ אפי' הודעה וכמו שכת' בסימן א' דאי נימא דצריך הודעה אפילו היכא דלא נשבע א"כ להרמב"ם דס"ל טעמא דנשבע לא מהני הודאתו ומשום דנתייאשו הבעלים וה"ל דבריו שמודה כלא היה ועש"ך וא"כ למה אמרו בש"ס טעמא דנשבע כיון דבעי כפרה לא סגי עד דמטא לידיה כיון דנשבע שהבעלים מתייאשין ליכא הודעה וממילא צריך השבה אלא מוכח דס"ל דלא נשבע א"צ הודעה כלל אלא כיון דרוצה להחזיר א"צ להוליך אחריו ובנשבע הוא דצריך כפרה ולא סגי עד דמטי לידיה אלא דלא תקשי כיון דמודה והוא מניחו ברצון ה"ל פקדון וכמ"ש תוס' לזה כתב הרמב"ם כיון דנתייאשו לא סמכו דעתן אבל בלא נשבע אפי' נתייאשו הבעלי' וסבורין שלא יחזור נמי אינו צריך להוליך אחריו דא"צ לא הודאה ולא הודעה כמ"ש בס"ק א' ע"ש:

ובתי"ט כ' על דברי הרמב"ם הנזכר שכתב מפני שהבעלים מתייאשין כו' ולפ"ז באינו נשבע אפי' להודיע אינו צריך ע"ש והבין בש"ך דסובר להרמב"ם אפיי בנשבע סגי בהודעה והשיג עליו ע"ש אבל נראין דברי תי"ט והיינו דודאי בנשבע צריך לרדוף אחריו וליתנו לידו אלא מדכתב הרמב"ם מפני הנתייאשו הבעלים ע"כ אפילו בהודעה נמי מתייאשין וכמ"ש בש"ך דסבור לא יחזיר לי אע"פ שמודיע אותו ע"ש וא"כ למה אמרי' בנשבע טעמא דבעי כפרה תיפוק ליה בהודעה שלו אינו לזה כתב בתי"ט דמוכח מדברי הרמב"ם באינו נשבע אפילו להודיע א"צ ודו"ק:

סעיף ד

לוה מאחרים בתוס' פרק הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"ט) ד"ה לוה ובע"ח באין ונפרעין ממנו ז"ל. נראה לפרש לוה על הקרקע שלו מאחרים אפי' בלא אפותיקי דקרקע משועבד לבע"ח ואח"כ נותן קרקע שלו לבניו או לאחיו בעבור הגזילה וכיון שאין הגזיל' קיימת וחוזרין בע"ח ונפרעין מאותו קרקע אע"ג דיש לו שאר נכסים במה לפרוע וכו' וראיתי שכתב מוהרש"א בזה וצ"ל דהני נכסים היינו מטלטלים אבל קרקעות אין לו רק אותו קרקע שנתן לבניו דאל"כ לא הוי בע"ח טורף מהם קרקע דלפום סברתם דהשתא ה"ל כמקבלי מתנה ואינו גובה בעל חוב מהם כיון שיש בני חורין עכ"ל. ולא שמענו לחלק בין קרקע למטלטלין דהא דאין נפרעין מנכסים משועבדי' במקום שיש בעל חוב אפילו מצא מטלטלין לגבות וכן הוא בשולחן ערוך סימן ק"ד סעיף א':

סימן שסח

סעיף א

וסתם גניבה הוי יאוש. בפ' הגוזל (בבא קמא דף קי"ד) ע"ש וביש"ש פרק הגוזל בתרא סימן כ"ז כת' להוכיח דפלוגתא דר"ש ורבנן איירי בישראל דאל"כ מאי פריך תלמודא לרבה ממתני' דנטלו חמורו נימא דמתני' מיירי בישראל כו'. ובש"ך דחה ראיה זו וכת' כיון דסובר רבה בידוע נמי מחלוקת וכו' ע"ש. ודברי מוהרש"ל נראין דאפילו לרבה דאמר בידוע נמי מחלוקת לאו משוה דס"ל דיאוש לא מהני אלא משום דאע"ג דשמעינן מייאש אמרי רבנן דבלבו אינו מתייאש בכל שעתא דעתיה למינקט בדינא וכמו שפרש"י שם וא"כ גם לרבה אית לן לחלק בין דבר שעומד ליאוש ומה הוא הדבר שעומד ליאוש וא"כ דברי מוהרש"ל עולין שפיר דהוי מצינו לומר דמתני' דנטלו חמורו מיירי בישראל אע"ג דפלוגתא דר"ש ורבנן בגזלן ישראל מיירי ודו"ק:

סימן שסט

סעיף א

אסור להבריח ממנו דבר הקצוב. והוא מדברי הב"י שכתבו מדעת עצמו דאע"ג דנוטל יתר בתר גנבא טעמא טעים ע"ש. אמנם לענ"ד נראה דכה"ג רשאי להבריח וראיה מרברי הטור בי"ד סי' רל"ב ז"ל נודרין למוכסין אם הוא מוכס העומד מאליו או שבא ליטול ממנו יותר מקצבתו יכול לידור או לישבע כדי ליפטר ממנו וע"ש ומדכתב שבא ליטול ממנו יותר מקצבתו משמע דקצבה אית לה אלא שנוטל יותר. ואין לומר דהתם נשבע שהיא

של תרומה רק על היתר מה שנוטל ואינו מבריח מה שמגיע לו דכד דייקת בלשון הטור נראה לכאורה שכת' דין שאינו מוזכר בש"ס דבגמ' שם מוקי לה במוכס העומד מאליו ושמואל אמר במוכס שאין לה קצבה והיכי כת' דין זה שבא ליטול יותר מקצבתו אלא דברי הטור הוא מלשון הרא"ש בנדרים שם (דף כ"ח) ע"ש בפירושו ז"ל במוכס שאין לו קצבה והאי לאו דינא הוא כו' כיון שאין לו קצבה מרבה ליקח יותר ממה שהמלך חפץ הלכך כולו גזל עכ"ל והרי מבואר דכל שנוטל יותר ממה שהמלך חפץ הוי כולו גזל כיון דאין לו אלא בדמ"ד וכיון דנוטל יותר אין המלך חפץ בזה כלל וה"ל כולו גזל ומש"ה כת' הטור שנוטל יותר מקצבתו וקמ"ל כדברי הרא"ש דכיון שנוטל יותר מדינא ה"ל כולו בגזל וכאלו (כל) המוכס עמד מאליו והב"י בסי' זה השמיט הך סברא שכת' בב"י וביי"ד בש"ע סי' רל"ב כת' כדברי הטור או שבא ליטול ממנו יותר מקצבתו ע"ש. וא"כ משמע דכל כה"ג ה"ל כולו גזל וכמו שכתבתי:

סעיף ב

אבל מס והאידנא דגובה מא' לכולם בר מתא אבר מתא מיעבט וכ"כ בישש פרק הגוזל סי' כ"א ז"ל והא דפסקינן שא' נתפס על חבירו בעבור המס היינו שתפסוהו בע"כ אבל אם הוא מעצמו שילם פשיטא דלאו כל כמיניה ואם היה בידו ממון ושילם בו צריך להחזיר את שלו וכעין זה כת' הרא"ש בתשובה והטור הביאו בסי' קכ"ח ז"ל שאלה לא"א הרא"ש ז"ל ראובן ושמעון היה להם שטרות בשותפות והיה כל א' מהם חייב מס לקהל והיו השטרות ביד ראובן ולקחו אותו ממנו בשביל מס שהיה חייב וגבו אותם ושואל שמעון מראובן חלקו מן השטרות ואומר כיון שפרעת בהם המס תפרע לי חלקי מהם וראובן אומר כיון שגם אתה חייב במס ואותם שטרות היו של שנינו עלה חלקי מהם בפרעון מס שלי וחלקך בפרעון מס שלך הדין עם שמעון כיון שניכו לראובן מס שלו בפרעון אלו השטרות הרי פרע חובו בשל חבירו וצריך לשלם לו ומה שאמר לפרוע בחלקו בשבילו המס אינו טענה כיון שחייב לפרוע לו חלקו מהשטרות אינו פרעון אם לא שיתנהו ליד שמעון או למקום שצוה ליתנו אבל ליתנו בע"כ של שמעון לפי שיש לו ממון ביד שמעון לאו כל כמיניה ולאו פרעון הוא עכ"ל ולענ"ד נראה דודאי כל שיש לו מחבירו בידו אפילו בחוב אחר לא בעניני מסים נמי אינו בכלל פורע חובו של חבירו וכמ"ש בתשובת מוהרי"ו סי' קס"ו דלא אמרו הפורע חובו כו' דפטור אלא אם אין משלו בירדו כלום וע"ש וכ"כ בהגהת מרדכי סוף כתובות ע"ש וכ"כ הרמ"א סי' קכ"ח ובאה"ע סי' ע' ע"ש ומ"ש מתשובת הרא"ש שהובא בטור סי' קכ"ח המעיין בתשובת הרא"ש יראה שאינו סותר לזה ע"ש כלל פ"ט סי' ט' ז"ל שאלה ראובן ושמעון היו להם ביחד שט"ח על

גוים והיו מהם ביד ראובן וכתובים על שמו ומהם ביד שמעון ג"כ וכתובים על שמו והיה ראובן ושמעון כל א' מהם חייב מס לקהל ושלחו הקהל קצת המס שנתחייב שמעון משטרות שהיו לו בפני עצמו עתה אומר שמעון לראובן כיון שגבו הקהל אותן השטרות שהיו בידך שהיה בין שנינו וחשבו אותן במס שלך ופרעת חובך בשטרות תפרע לי עתה חלק מהם וראובן אמר כיון שגם אתה חייב עדיין מס אותן השטרות שגבו משל שנינו עולה חלק מהם לפרעון מס שלי וחלקך מהם לפרעון מס שלך תשובה יראה שהדין עם שמעון מאחר שגבו הקהל בכתב המלך מה שהיה מס ראובן משטרות שנכתבו על שם ראובן והיה לשמעון חלק בהם מיד נתחייב לפרוע לשמעון חלקו כי פרע חובו מממון שמעון וכו' וא"ת יאמר ראובן כן אני חייב לפרוע לך חלקך ואפרע במס שאתה חייב עדיין הא לאו טענה כי מיד שגבו השטרות בשביל המס שהי' ראובן חייב לקהל נתחייב ראובן לפרוע לשמעון חלקו שהיה לו בשטרות ואינו פרעון אם לא שיתנהו ליד שמעון וכו' אבל ליתנו למקום ששמעון חייב ממון בע"כ לאו כל כמיניה ולאו פרעון הוא עכ"ל. ומבואר דהרא"ש מיירי בבא לעכבו על מס דלהבא ובזה אין לו ענין להאי דפורע חובו של חבירו שלא מדעתו דהתם כבר פרע ומש"ה ביש לו בידו מנכה לו אבל אינו יכול לעכבו על חוב שחייב לאחר כל שעדיין לא פרע ושעבודא דר' נתן לא אמרינן באית ליה נכסי כמבואר בש"ע סי' פ"ו ובטור שהעתיק לשון הרא"ש העתיקו בדילוג. ועוד נראה דגבי מסים אפילו פרע מעצמו צריך לפרוע מה שפרע בשבילו כיון דבר מתא אבר מתא אחראין וערבאין זה לזה וגבי ערב ששילם אפי' מעצמו צריך הלוה לפרוע מה שפרע עבורו ואפי' לדעת החולקים ע' ש"ע סי' ק"ל היינו בערב שנכנס מעצמו אבל בני מתא על כרחך ערבים הם זה לזה ועוד שותפין נינהו באותו מס וה"ל כשותפים שלוו ורשאי אחד לפרוע עבור חבירו ומחויב להחזיר לו חלקו:

סימן שע

סעיף א

הגוזל נחיל של דבורים. כ' בטור אשה או קטן נאמנין לומר מכאן יצא נחיל זה והוא שיהיו הבעלים מרדפין אחריהם וגם מסיחין לפי תומן עכ"ל והוא בפרק הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ד) שם בגמ' אשה וקטן בני עדות נינהו א"ר יהודה אמר שמואל כגון שהיו בעלים מרדפים אחריהם ואשה וקטן מסיחים לפי תומן ואומרים מכאן יצא נחיל זה ופירש"י מרדפים אחריהם קודם דבור הקטן עכ"ל. וביש"ש פרק הגוזל קמא העלה דכשבעלים מרדפין קודם דבור הקטן אינו מסיח לפי תומו בענין זה וע"ש וכבר הארכנו

בזה בשו"ת ובש"מ לכתובות (דף כח) ז"ל ובפרק הגוזל האמינו קטן לומר מכאן יצא נחיל זה כשהיו בעלים מרדפין אחריהם ואלו מסיחין לפי תומן ואומרים מכאן יצא נחיל זה והיינו טעמא משום דהתם קנין דרבנן כו' והו' שאומר כן לאלתר כדאי' בירושלמי עכ"ל הריטב"א ותמהני במה שהשמיטו הפוסקים כאן דבעינן לאלתר דוקא ובאה"ע סי' י"ז סעיף י"ג במסל"ת דקטנים כת' הרמ"א ודוקא לאלתר כגון שאומרים עכשיו באנו מהספד פ' אבל אם אינו לאלתר לא מהני עדותן וע"ש ובשטה מקובצת לב"ק פרק הגוזל שם ז"ל מכאן יצא נחיל ירושלמי ובפורח ובלבד על אתריה אבל אם יצאו וחזרו אני אומר לא אמרו אלא מפני היראה ומפני הפיתוי ונראה כי פורח תינוק פורח אבל קודם שהגיע לכלל פורח אינו נאמן הרשב"א ז"ל עכ"ל. מיהו בפסק מוהרא"י סי' ר"ך כת' בשם א"ז בהא דבעינן לאלתר הוא מחלוקת ראב"ן וראב"י ושראב"י מכשיר אפי' לאחר זמן ובשל תורה הלך אחר המחמיר וע"ש וא"כ כיון דאינו אלא ספיקא אמרי' ביה כל דאלים גבר כמ"ש הרמ"א בס"ס קל"ט:

סימן שעא

סעיף א

ונתייאשו הבעלים. ויאוש בעבדים נראה מדברי הראב"ד דמהני ע"ש פ"ט מגזילה שכת' להוכיח דעבדים נגזלין היכא דליתיה בעינא מדחזינן דנקנין ביאוש דכתיב וישב ממנו שבי ואמרינן עבד שנשבה ופדאוהו לשום בן חורין אחר יאוש לא ישתעבד לא לרבו ראשון ולא לרבו שני אלמא לאו כקרקע דמי דהא קני נפשיה ביאוש הלכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו וע"ש ובש"ך סי' שס"ג סק"ג כ' דדברי הראב"ד נכונים דהא בהא תלי' וכמ"ש תוס' ר"פ לולב הגזול דכשם שאין קרקע נגזלת כך אין יאוש לקרקע והא דכתיב וישב ממנו שבי היינו משום חזקת מלחמה דמהני אפילו בקרקע וכ"כ הרשב"א דאין יאוש לעבד כשם שאין יאוש בקרקע והא דכתיב וישב ממנו שבי היינו חזקת מלחמה וע"ש. ולפ"ז נראה בשטרות דנמי אין נגזלין אין יאוש קונה בהם ובתוס' פרק הספינה (בבא בתרא דף ע"ו) מבואר להדי' דשטר נקנה ביאוש ע"ש שכתבו דמכירת שטרות לאו דאו' והא דאצטריך למעוטי שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעלים ביוקר ע"ש. וכ"כ בסמ"ג הל' מקח וממכר הובא בסי' ס"ו סק"א מיהו נראה דהא יאוש תלי' בגזילה ועבדים אינן נקנין ביאוש לפי שאינן נגזלין אבל יאוש דאבידה שפיר מהני בעבדים וה"ה בשטרות ובתוס' פ' הספינה מיירי ביאוש דאבידה. ובס' כפות תמרים ריש פרק לולב הגזול כת' דקרקע אינו נקנה ביאוש אפילו

שלא בתורת גזילה וכגון שהלך מעיר ונתייאש מקרקעותיו וירדו בהם אחרים אחר יאוש לא קני דיאוש לא מהני בקרקע וע"ש היינו דוקא בקרקע דארץ לעולם עומדת אבל יאוש דעבדים אינו תלי' בגזילה אלא יאוש דגזל וכמ"ש. וכן מוכח בפרק בנות כותים (דף ס"ג) בעבד שברח דקונה עצמו ביאוש ע"ש. וע"ש עוד בס' כפות תמרים שהקשה בשם מוהרשד"ם בהא דקי"ל קרקע אינה נגזלת ואינה נקנית לעולם ביאוש מהאי דסקריקון דאמרי' שם דהיכא דאיכ' בי דואר דמהני יאוש וע"ש מ"ש בשם מוהרשד"ם וגם מ"ש משמיה דנפשיה. ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהנא ש"ן כת' בזה שעיקר החילוק הוא כמ"ש הריב"ש בסי' ר"צ דודאי בגזל לא מהני יאוש בקרקע אבל היכא שהאנס בא עליו בעקיפין מצד אחר וכדי להפטר ממנו אומר לו שא קרקע והנחני ובזה אע"ג דבעלמ' תלוהו ויהיב לא מהני אבל היכא דאיכ' בי דואר יש הוכחה דגמר ויהיב אגב אונסיה וע"ש לשון הריב"ש ז"ל גם מלשון הרשב"א ז"ל נראה דמיירי כגון שבעה"ב קנה האנפרוס דכת' בטעמ' דאין בו משום סקריקון ותחזור בלא כלום משום דתלוהו ויהיב הוא ואפ"ה בבבל דאיכ' בי דואר ידוע הממונין על הנזילות מקרי קיים ואע"ג דתלוהו ויהי' הוא דבעלמא הוא דאמרינן דהאי דשתק לאו משום דמחל אלא משום דלא מצא עת למקבל אבל בי דואר דבכל עת שכיח לעשות לו דין ולא אזיל אחולי אחיל ע"כ תורף לשונו והעולה ממה שאמרתי ע"ש וכן מבואר מדברי הרשב"א והר"ן פרק השולח ע"ש וא"כ אינו קושי' כלל מהאי דסקריקון כיון דהתם טעמא משום דבעצמו הקנהו לו ובתוס' פרק חזקת (בבא בתרא דף מ"ד) הביאו ג"כ ראיה זו מהך דסקריקון דיאוש קונה בקרקע אבל לפי מה שכת' הרשב"א והריב"ש ניחא והיינו נמי כוונת הטור בסי' רנ"ו שכת' שבא עליו בעקיפין מה שכת' והיינו מחמת שבא עליו בעקיפין נתן לו מדעתו את הקרקע דאם גזלו אפילו אית ביה דואר אינה נקנית לעולם ביאוש וכמו שמבואר שם בריב"ש דקרקע אינה נגזלת אבל בא בעקיפין ונתנו לו מדעתו כה"ג כי אית ביה דואר מהני תלוהו ויהיב ובס' כפות תמרים הרעיש בזה על הטור במ"ש שבא עליו בעקיפין והשיאו לדבר אחר ומ"ש הוא הנכון עכ"ד:

סימן שעה

סעיף א

ולא ידעת כמה אתה חייב ליתן. ומשמע מזה דהטעם הדבר משום דעדיין לא שמו ואינו יודע כמה ומשום הכי לא פרע. אמנם דין זה נלמד מפ"ק דב"ב גבי כותל חצר למעלה מארבע אמות בחזקת שלא נתן עד שיבי' ראיה שנתן ואמרו משום טעמא דמי יימר

דמחייבי לי רבנן ומשמע דעיקר החיוב לא ידוע ליה. ובסימן קנ"ז כתב הרמ"א דאם קבע לו בנין קבוע נאמן לומר שפרע ועיין שם דבזה משפטו גלוי עיין שם ואף על גב דלא שמו עדיין כמה חייב ומשמע דעיקר תלוי בגוף החוב שיהיה משפטו נודע וגלוי וכל שיורד שלא מדעתו אין משפטו נודע ועיין מה שכתב בסימן פ"ט סק"ד:

סימן שפב

סעיף א

והוא י' זהובים בפ' כיסוי הדם (דף פ"ז) ושם אמרו דברכת המזון ארבעים זהובים וכתבו התוס' ז"ל וא"ת דה"ל למימר חמשים זהובים דהא איכא ברכת פרי הגפן וי"ל דסבר כמ"ד דא"צ לברך אכסא דברכתא אלא אכסא קמא עכ"ל. ובש"ך כת' לתרץ כיון דהא דחייב עשרה זהובים אינו אלא במצוה דאוריית' ולא במצוה דרבנן וכמ"ש מוהרש"ל בפרק החובל סי' ס' דנראה דבמצוה דרבנן פטור הטוב והמטיב ביבנה תיקנו ואינו אלא דרבנן וא"כ עם ברכת פרי הגפן ליכא אלא ד' וכו' ע"ש. וקשיא לי דא"כ אמאי משלם עבור פרי הגפן דהוא נמי אינו אלא מדרבנן דכל הברכות אינו אלא דרבנן לבד ברכת המזון שהיא מן התורה או ברכת התורה לדעת קצת פוסקים מן התורה אבל שאר ברכות ליכא למ"ד מן התורה לכן נראה דאפילו לדברי מוהרש"ל נמי היינו דוקא במצוה דרבנן הוא דאינו משלם אבל בעד ברכה משלם אפי' בברכה דרבנן וכדמוכח להדי' מברכת הכיסוי דנמי אינו אלא דרבנן אלא דעיקר סברות מוהרש"ל לא נדע לחלק בין דאורייתא לדרבנן כיון דאשכחן דמשלם בעד ברכה דרבנן והוא ברכת הכיסוי וכמ"ש:

סעיף ב

היה לו בן לימול. ז"ל הרא"ש פרק כיסוי הדם ובלא הנך טעמי דר"ת נ"ל למפטר המוהל דאע"פ שאמר האב למוהל אחר למול את בנו לא זכה באותו מצוה לחייב אחר אם קדם ועשאה ולא דמי לכיסוי דאמרה תורה ושפך וכיסה מי ששפך יכסה וכן האב שחייב למול את בנו ורצה למולו וקדם אחר חייב אבל אם אין האב רוצה למולו כל ישראל חייבים למולו ובדיבור שאמר האב למוהל לא זכה במצוה לחייב לאחר אם קדמו עכ"ל וכת' הש"ך וז"ל ומדברי הרא"ש מוכח דמי שהוא מוהל אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למולו וחייב הוא בעצמו למולו דומי' דכיסוי מי ששפך יכסה וכן משמע מדברי רמב"ם כו' וכתבתי זה לפי שראיתי כמה אנשים מכבדים לאחר למול את בנו אף שהם בעצמם יכולין למול ולדעתי הם מבטלים מצות עשה מצוה גדולה של מילה ויש לב"ד לבטל הדבר הזה עכ"ל ובתבואת שור סי' כ"ח כת' על דברי הש"ך ז"ל לא ידענא מאי ראיה

מייתי מדברי הרא"ש וכי לא ידענא דהמצוה הוא על האב וכן בכיסוי מי ששחט יכסה אך דאפ"ה יכול לעשות שליח דשלוחו של אדם כמותו וכן הד"מ בי"ד הל' מילה הביא בשם א"ז דאם האב מוהל אסור לכבדו לאחר וכ' הד"מ ותמהני הא קי"ל בכל מקום שלוחו של אדם כמותו עכ"ל. ולא ירדתי לסוף דעתו מאי מייתי מדברי הרא"ש וכו' ואל תשיבני ממ"ש יבמות (דף מ') גבי מצות תאכל במקום קדוש דקמ"ל דלא תימא רצה כהן העובד אוכלה רצה כהן אחר אכלה דשאני התם דכבר כתיב ואכלו אותם וגו' ומהתם משמע דכהן מחויב לאכול ומסתמא המצוה מוטלת על הכהן העובד שהרי עבודת' דהיינו אכילה שלו כמ"ש בב"ק דף ק"ט ולהכי תני ביה קרא לעכב וכו' וע"ש שכת' עוד ראיה מהא דאמרינן מצוה בגדול לייבם ואפ"ה אי בעי שאחר ייבם את קצתם הרשות בידו וכדאי' ביבמות (דף מ"ג) אם רצה הגדול לייבם את כולם הרשות בידו אלמא דאי בעי שא' ייבם את קצתם רשאי וכן מוכח שם (דף הנ"ל) דתנן לא רצה מהלכין אצל האחין ועיין שם שהאריך להבי' ראיות בזה דיכול לעשות שליח במצוה מקבעי ליה מזוזה ע"ש: ולענ"ד דמדברי הרא"ש שפיר מוכח דלא מהני שליחות במצות מילה שעל האב דאי נימ' דשליח של אדם כמותו בזה א"כ כי היכי דאם היה האב עצמו רצה למוהלו ובא אחר וקדמו דחייב לשלם עשרה זהובים ה"נ אם נתנו לשלוחו כיון דשלוחו כמותו ומצותו עליו נתקיים ע"י שלוחו כמותו והשתא שבא אחר וקדמו ואינו שלוחו הרי ביטל מצותו והיה בדין לשלם לו עשרה זהו' אע"כ דלא מהני שליחות במצות האב למולו ומשום הכי כל שנתנו לאחר וקדם אחר פטור דאינו מפסיד לאב כיון דלאו שלוחו הוא בזה ואת האחר נמי לא מפסיד כיון דעדיין לא זכה בה ובדברי הרמ"א קשיא לן דכת' כדברי הרא"ש דאם נתנו לאחד למוהלו ובא אחר וקדמו פטור וכיון דס"ל להרמ"א בזה שלוחו כמותו א"כ מה לי שהאב בעצמו רצה למוהלו או נתנו לשלוחו דעדיין מצותו הוא דנתקיים ע"י שלוחו כמותו ובבא אחר וקדמו דאינו שלוחו ולא הוי כמותו הפסיד מצות האב. ואפשר לומר כיון דכבר גילה האב לעשות הדבר ע"י שליח א"כ בקדמו אחר נמי ה"ל שליח דאב והא דאמרינן בפ"ק דחולין האומר לשלוחו צא ותרום לי ושמע אינש אחריני ואזל ותרם אין תרומתו תרומה דה"ל תורם שלא מדעת יש לומר התם שאני וכמו שכתב בתרומת הדשן סי' קפ"ח משום דדעת בעה"ב דשלוחו דוקא יתרום משום דיודע ומכיר באיזו מדה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה או בעין רעה או בינוני וכן אם דרכו לומר כלך אצל יפות ע"ש וא"כ הא שפיר מתקיים שליחות ע"י האחר שקדמו אבל אם האב בעצמו רוצה למוהלו ומשום דמצוה בו יותר מבשלוחו וקפיד לעשות בעצמו אין האחר שקדמו נעשה שלוחו כלל ועיין במ"ל פ"ד מבכורות בזה דאם גילה לא' לעשות איזו פעולה ובא

אחר ועשה דהוי שלוחו ע"ש. אלא דלענ"ד נראה דאפילו היכא דליכא קפיד' נמי לא הוי שלוחו אם לא עשאו בפירוש מהא דאמרינן פרק התקבל (גיטין דף ס"ו) באומר לשנים כתבו ותנו גט לאשתי ואמרו לסופר כתוב תצא ואמרו שם בגמ' משום דמילי לא מימסרי לשליח והתם ודאי ליכא קפיד' כלל וכמ"ש תוס' שם דאי משום בזיון דבעל אם כן אפילו נימא מילי מימסרי לשליח נמי לא מצי משוי שליח שלא מדעת בעל כיון דקפיד וכיון דליכא קפיד' נהי דמילי לא מימסרי לשליח ולא הוי שליח דעדים ליהוי שליח דבעל מעצמו כיון דכבר גילה לאדם לכתוב לו הגט. ואין לומר דגט שאני דבעינן שישמע קולו דבעל דאי נימ' דאם גילה לאיזה אדם לעשות לו פעולה רשאי גם האחר לעשות שליחותו ה"ל כשמיעת קולו והא דכת' בש"ע אה"ע סי' ל"ד דאפי' לא מינהו שליח בהדיא אלא שגילה דעתו שחפץ באשה פ' ואמר ליה לשדכה והלך השדכן וקידשה בלי מיני שליחות דמקודשת והוא מדברי הרא"ש פ"ק דקדושין ומשמע מזה דאפילו אדם אחר וכמ"ש בתה"ד סי' רל"ז בשם א"ז בשם רבינו שמחה דאפילו אינש דעלמא נמי ע"ש נראה דהתם מטעם זכיה הוא דכיון דגילה דעתו שחפץ באשה פ' ה"ל זכיה וזכין לאדם שלא בפניו וכבר כתבנו בסי' רמ"ג סק"ט דזכיה לא שייך אלא במה שזוכין לו מעלמ' בדבר חדש אבל דבר שהוא של הבעלים לא שייך ביה זכיה אלא שליחות וע"ש היטב ההפרש שבין שליחות לזכיה ומש"ה באשה ה"ל זכיה שזכין לו כיון שגילה דעתו שחפץ בה אבל במידי דשליחות היכא דלא שייך זכיה לא נעשה שליח אלא זה שמינה אותו לשליח ומש"ה גבי גט דלא שייך זכיה אלא שליחות וכיון דמילי לא מימסרי לשליח לא נעשה שלוחן ושליח הבעל נמי לא הוי ממילא וכן הכא במצות האב למוהלו לא שייך זכיה אלא שליחות ועוד דחזינן דקפדי אינשי טובא בזה לכבד לאוהבו ולקרובו ולאומן וא"כ אחר שקדמו לא הוי שלוחו כלל. ועמ"ש בחידושי לאה"ע סי' ל"ד ולכן נראה מדברי הרא"ש שכת' דאם צוה לאחר למולו דאין האחר שקדמו מחייב לשלם דס"ל דשליח לא הוי כמותו דאם נימא דשלוחו כמותו א"כ לשלם לאב וכמ"ש. ומה שהקשה בד"מ דהא בכל דוכתי קי"ל שלוחו כמותו נראה לפמ"ש בתוס' רי"ד בפ' האיש מקדש וז"ל יש מקשים א"כ לכל דבר מצוה יועיל השליח ויאמר אדם לחבירו שב בסוכה עבורי הנח תפילין עבורי ולאו מלת' היא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו היאך יפטר הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום בודאי בקידושין ובגירושין מהני כי הוא המגרש ולא השליח שכותב בגט אנא פ' פטרית פ' וכן נמי האשה למי היא מקודשת כי אם לו והיא אשתו וכן בפסח הוא אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם אבל בסוכה ה"נ יכול לומד

לשלוחו עשה לי סוכה והוא יושב בה אבל אם ישב בה חבירו לא קיים הוא כלום וכן לולב וכן ציצית וכל המצות עכ"ל:

ובזה נדחה כל הראיות שהביא בתב"ש משום דגבי קבע לי מזוזה ה"ל כעושה שליח לעשות לו סוכה והוא יושב בסוכה וה"נ במזוזה הוא הדר בבית שיש בו מזוזה אבל במצות כיסוי שהתורה הטילה עליו מי ששפך יכסה אם מכסהו שלוחו לא קיים הוא כלום והיינו נמי טעמא דמילה והוא דומה לתפילין וסוכה וציצית דאינו בשליחות וכמ"ש בתוס' רי"ד ומ"ש בתב"ש ואל תשיבני ממה שאמרו ביבמות גבי מצות תאכל במקום קדוש כו' דהתם תני קרא לעכב ע"ש א"צ לזה דודאי במידי דאכילה דבעינן שיאכל כדרך הנאתן ואם שלוחו אוכל אין לו הנאה וכדאי' בפ' האיש מקדש אפילו למ"ד יש שליח לדבר עבירה מידה באומר צא ובעול את הערוה דלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב ע"ש וה"ה באכילת חלב דאין המשלח חייב וה"ה באכילת מצה לא שייך שליחות ומ"ש ראיה מהא דאמרינן מצוה בגדול ליבם ואפ"ה אי בעי שא' יבם את קצתם הרשות בידו ותמהני איך עלה על דעתו הנפלאה דהא שאחר ייבם הוא מטעם שליחות והא אפי' בחליצה אמרו ביבמות דף ק"ט דלית ביה משום שליחות ומכ"ש ביבום. ובפ' האומר פריך והא ביאה דליתיה בשליחות ואפילו הכי מהני ביה תנאי וע"ש אלא דהתם לאו מתורת שליחות הוא אלא כיון דהגדול אינו רוצה מחזירין על שאר האחין ואפי' אם הגדול אינו רוצה שייבמו א' מאחיו ומשום דיבום הוא בכל האחין ומצוה בגדול ואם לא רצה הרי הוא מצותו בשאר אחין. ובס' הכלבו בדין הלכות ברכות הריח ושם כת' בשם י"א שכל מצוה ואי אפשר לעשותו ע"י שליח והיא להבא כגון מצות ציצית ומקצת הברכות בלמד וכל מצוה שאפשר לעשות ע"י שליח כשחיטה וביעור מברך בעל כו' וכיסוי הדם שאי אפשר לעשותו ע"י שליח ומברך בעל כו' וע"ש. ונראה מזה דסובר ג"כ דבכיסוי הדם לא מהני שליחות וא"כ ה"ה במילה וכיון דבא"ז ובכלבו גם לפי מ"ש בתוס' רי"ד הנז' נראה דבכיסוי ובמילה לא מהני שליחות ולפמ"ש גם מדברי הרא"ש מוכח הכי א"כ מי שיכול להיות מוהל בעצמו ראוי לו לעשותו בעצמו מלבד מציצה דאינו אלא לרפואה בזה יכול לכבדו לאחר והנה ראיתי במקצת מקומות שמכבדין לקטן במצוה זו ובזה נלע"ד דכי איתה לאב למוהלו דמצותו עליו דהא דמכבדו לאחר אינו אלא משום שליחות כמ"ש בד"מ דשליח של אדם כמותו וכיון דקטן אינו בתורת שליחות א"כ אינו נעשה מצות האב כלל ואפילו היכא דאין האב יכול למוהלו יתקיים מצותו עכ"פ ע"י שליחות כמ"ש בד"מ וא"כ אינו רשאי לכבד אלא לגדול דאי' בשליחות והא דכ' בש"ע י"ד סי' רס"ד הכל כשרין למול אפי' עבד ואשה וקטן. נראה דהיינו דאיתנהו

במצות מילה שלא יצטרך לחזור ולהטיף דם ברית דאם מל מי שאינו במצוה זו חייב לחזור ולהטיף ממנו דם ברית וכמ"ש הב"י בי"ד שם או היכא דליתיה לאב אבל כי אי' לאב דמצוה זו עליו רמיא כדכתיב וימל אברהם וגו' וצריך לעשות שליח במקומו וקטן אינו בשליחות ואפי' הגיע הקטן לכלל שנים לא מהני עד שידוע שהבי' שתי שערות ומשום דבמידי דאורייתא צריך בדיקה כגון בכתיבת ס"ת ותפילין ומזוזות וגיטין ולכן ראוי ליזהר עכ"פ היכא דאיתיה לאב אע"ג שא"י למול בעצמו שלא לכבד אלא לאיש הידוע בגדלות דאז מתקיים מצותו לפמ"ש הרמ"א בד"מ ע"י שלוחו כמותו:

סימן שפג

סעיף א

חמשה חבילות. והיינו דמפרש הרמב"ם להא דפריך בפ"ק דב"ק והא איכא מרבה בחבילות וכמ"ש הרמב"ם בפ"ו מחובל וע"ש ואיכ' למידק בהא דכת' הרמב"ם ואם אין ידוע משלמים בשוה ואמאי הא כל חד וחד מצי אמר אני לא הזקתי אלא האחרון וכן האחרון שמא הוזק בראשון והיכי מוציאין ממונא בספיק' ונראה דהרמב"ם יש לו ראיה לזה ממה דאמרו בפרק האומנין דף פ' היכי דלא שני בה מאן משלם אמר רב פפא דנקט פרשא וכו' ואי דוכתי דמחזקי גונדרי תרווייהו ומשלמים ופי' רש"י שהיה להם ליזהר מאד ובדבר מועט שעיות אף המנהיג הוא נשבר והוי דבר המוטל בספק וע"ש ומשמע דשנים שהזיקו ביחד והס' בין שניהם דמשלמים בין שניהם בשוה וה"ה הכא באינו יודע משלמין בשוה אלא דבתוס' שם כתבו פירש בקונטרס משום דהוי ספק כו'. ואין נראה דלא סבירא לי' כסומכוס אלא כרבנן והממע"ה ואי הוי ספק שניהם פטורים וע"ש שפירשו משום דשניהם פשעו וא"כ לפי שטת תוס' ה"נ בחבילות אם אינו ידוע כלום פטורין ולכן יש לתמוה במה שסתמו בטור וש"ע כדברי הרמב"ם כיון דנשמע מדברי תוס' דכה"ג פטורין ועוד דנראה גם לדעת רש"י הכא פטירי כולן ומשום דודאי אנן קיי"ל כרבנן ודלא כסומכוס אלא דאיכא דוכתי בש"ס דפסקו דינא דחלוקה בממון המוטל בספק ואפילו במוחזק וכמ"ש תוס' בפרק המוכר את הבית (בבא בתרא דף ס"ג) ד"ה אתמר להאי גיסא ע"ש שכתבו דבכמה מקומות בש"ס דפסקו דין חלוקה ומשום דבכל אלו היה נראה לחכמים שיחלוקו והיכא דאתמר אתמר והיכא דלא מפרש גמרא מידי אית לן למימר הממע"ה ע"ש וא"כ כדעת רש"י דמפרש האי דגונדרי דאמרי בגמ' משלמין תרווייהו דהוא מספק היינו נמי משום דנראה לחכמים בגמרא דכה"ג חולקין. וא"כ היינו דוקא בגינדרי דאתמר אבל היכא דלא אתמר לא ואית לן למיקם אכללה

דהממע"ה. ואפשר כיון דלפירש"י אתמר בגמ' בב' שהזיקו בגונדרי דתרווייהו משלמין בשאר נזקין נמי בספק משלמין תרווייהו אלא דאכתי תיקשי כיון דלשטת תוס' אמרי' כה"ג דפטירי ולא אתמר כלל א"כ ה"נ פטירי וצ"ע ועמ"ש בסי' שפ"ח סקי"ג:

סימן שפה

סעיף א

שהרי הוא ככותי. כת' הב"י בי"ד סימן ד' בהא דמוקי לה בש"ס בישראל מומר וז"ל ולא מצי לשנויי בכותי דלא ציית דינא עכ"ל. ואפשר לומר דמשום הכי לא מוקי לה בכותי דבעירובין דף ס"ב אמר רבי יוחנן בן נח נהרג על פחות משוה פרוטה ולא ניתן להישבון ופירש"י משום דאזהרתן היא מיתתן וקם ליה בדרבה מיניה מש"ה לא ניתן להשבון וא"כ הכא במנסך כיון דטעמא דחייב אינו אלא משום דכי אגביה קניה ובן נח בהגבהתו נמי ק"ל בדרבה מיניה ולשטת תוס' שם כתבו דגבי בן נח לא אמרינן ק"ל בדרבה מיניה דלא אתמר אלא בישראל ע"ש וניחא נמי דמוקי לה בישראל דבגמ' שם עביד צריכות' למטמ' ומדמע ומנסך אי תני מטמא ומדמע הוי אמינא ק"ל בדרבה מיניה קמ"ל כדרבי ירמיה כו' ואי לא מיירי בישראל א"כ תיקשי מנסך למה לי כיון דלא שייך ביה ק"ל בדרבה מיניה:

סימן שפו

סעיף א

קי"ל כרבי מאיר. הרמב"ן האריך בזה והעלה דדינא דגרמי דאורייתא. ובש"ך הוכיח לנגדו והעלה דאינו אלא מדרבנן וז"ל נראה לי ראיה נכונה מדאמרינן בפרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) בתר הך שקלא וטריא דשורף שטר מחלוקת ר' שמעון ורבנן אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעלי' ואם איתיה דדינ' דגרמי דאוריית' הא מעיקר' מפליג הש"ס דאף רבי שמעון דסובר דבר הגורם לממון כממון מדאוריית' פטור (ר"ש) בשטר משום דלא ה"ל עיקרו ממון א"כ מנ"ל לאמימר דמאן דדאין דד"ג מחייב בשטר דלמא כר' שמעון ס"ל וכו' ועוד נראה לי ראיה מהא דאמרינן במרובה דף ע"ח גבי הא דמחייב ר' מאיר ד' וה' בשור הנסקל אמאי איסורי הנאה נינהו אמר רבא רבי מאיר ס"ל כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון וכתבו תוס' תימ' דנימ' ר"מ לטעמיה דדאין דד"ג וכ"ש דמחייב בדבר הגורם לממון דהא אמר בהגוזל דאפי' ר"ש מודה בשטר שאין עיקרו ממון וי"ל דאי נמי סברא איפכא דע"כ לא מחייב ר"מ אלא בשורף שטר וכה"ג

שראוי לכל העולם כולו למכור ולגבות בו וכן מחיצת הכרם ראוי לכל העולם אבל שור הנסקל אינו ראוי אלא לו ויש מפרשים דר"מ לא מחייב אלא קרן אבל לא שמעינן ליה דמחייב כפל וריב"ש מפרש דבד"ג לא מחייב רבי מאיר אלא מדרבנן עכ"ל. וקשה לי על שני התירוצים הראשונים דא"כ היאך קאמר בפ' הגוזל באנו למחלוקת ר"ש ורבנן ה"ל למימר נמי איפכ' ע"כ לא קאמרי רבנן התם אלא בקדשים או לענין תשלומי כפל אבל בשטר שראוי לגבות לכל העולם כולו אפילו רבנן מודי דמחייב לשלם הקרן ודוחק לומר דרבא פליג אכל האי שקלא וטרי' ועוד קשה לי טובא על תי' השני דהא רבה קאמר בפרק הגוזל קמא השורף שטר של חבירו באנו למחלוקת ר"ש ורבנן אלמא דאין חילוק בין קרן לכפל והאיך נאמר דרבא פליג ארבה שהיה רבו כו' עוד הביא ראיה מהא דבעי בפרק הכונס אי עשו תקנת נגזל במסור ש"מ דאינו אלא מדרבנן דאי הוי דאו' לא הוי ספק דודאי עשו בו תקנת נגזל וכו' ומן הש"ס זו קשה לי על מ"ש תוס' בריש ב"ק דף ה' בהא דפריך התם ורבי חייא מ"ט לא תני מוסר וכו' דאפילו מאן דלא דד"ג אפ"ה מחייב מוסר משום קנס בהגוזל בתרא דף קי"ו עכ"ל וקשה דהא הכא קאמר אמימר בהדי' דלמאן דלא דאין ד"ג מוסר נמי לא דייניגן ליה כו' ולפ"ז נראה דהא דא"ל רב הונא לר"נ דינא או קנסא ה"ה דהוי מצי למיבעיא אכל דינא דגרמי למאן דדאין ד"ג אלא ששאל כן אעובדא דר"ג ומעשה שהיה כך היה עכ"ל:

ואחר העיון הנה כל ראיותיו אינן מכריחות כלל דמ"ש בש"ך להוכיח דמנ"ל לאמימר דמאן דדאין ד"ג מחייב בשטר דלמא כר"ש ס"ל וע"ש אינו קושיא דר' שמעון לא קאמר אלא דבר הגורם לממון כממון וככיס מלא מעות ואם הזיקו בידים חייב כמזיק ממש בשאר ממון אבל דיני דגרמי הוא בענין אחר והיינו שאינו מזיק ממש בגוף הממון אלא ע"י גרמי והוא ממחיצת הכרם שנפרצה דאין ההיזק אלא ע"י גרמי דהא הממון שהוא הגפנים הוי ממון ממש אלא דאין ההיזק שעושה בגפנים אלא ע"י גרמי ואפילו הכי חייב ומש"ה דן אמימר דה"ה שורף שטר דה"ל היזק ע"י גרמי דחייב. וכן מבואר בדברי הרמב"ן בדיני דגרמי ע"ש שכתב דר' שמעון הוא דפליג במחיצת הכרם על ר' מאיר דתני שם ר"י ור' שמעון אומרים אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ופליג נמי אדר' מאיר בדיני דגרמי ואע"ג דר"ש ס"ל דבר הגורם לממון כממון אפ"ה פוטר בהיזק גרמא דלא מחייב אלא בשור הנסקל ובחמץ השורפו דכיון דדבר הגורם לממון כממון הוי ככיס מלא מעות אבל בהיזק הנעשה ע"י גרמא מודה ר"ש ע"ש וזה כמ"ש והיא פשוט. ומ"ש הש"ך להקשות על שני התירוצים הראשונים שבתוס' מרובה דהל"ל איפכא ע"כ לא קאמרי רבנן התם אלא בקדשים או לענין תשלומי כפל אבל שטר שראוי לכל העולם

וכן מחיצות הכרם ראוי לכל העולם אפי' רבנן מודי וכו' ועוד הקשה על תי' השני דהא רבה אמר השורף שטר באנו למחלוקת ר"ש ורבנן אלמא דאין חילוק בין קרן לכפל ע"ש וכל זה אינן קושיות דודאי רבה לא דאין דינא דגרמי וכן רב דימי לא אתי עלה בתחלה מתורת ד"ג אלא מתורת דבר הגורם לממון כממון וסבירא ליה דלא דייניו ד"ג וא"כ אינו אלא משום דבר הגורם לממון הוה ליה ככיס מלא מעות וחייב בשורף שטר ולרבנן דלית ליה דבר הגורם לממון ממילא פטור בשורף שטר ואפילו מקרן כיון דדינא דגרמי לא ס"ל אין חילוק בין קרן לכפל כיון דלאו כממון דמי ודינא דגרמי לאו דייני א"כ למה יתחייב בקרן דע"כ לא מחלקינן בין קרן לכפל אלא למאן דס"ל ד"ג ואפ"ה כיון דלאו כממון דמי א"כ אין בו משום תשלומי כפל דהא התורה מיעטה מכלל ופרט דבר שאין גופו ממון ומה הפרט מפורש דבר שגופו ממון אלא דלר' שמעון דס"ל דבר הגורם לממון כממון א"כ לא אימעט כלל כיון דזה גופו ממון הוי אבל למאן דלית ליה דבר הגורם לממון כממון אלא משום דינא דגרמי אם כן אין לחייבו בכפל כיון דאין גופו ממון אימעט בכלל ובפרט אבל למאן דלית ליה דינא דגרמי ודאי דפטור לגמרי אפילו מקרנא וכן לפי מ"ש תוס' לחלק בין דבר הראוי לכל העולם נמי אינו אלא למאן דדאין ד"ג אבל מאן דלא דאין ד"ג ודאי פטור אפילו בדבר שראוי לכל ורבה דלית ליה ד"ג א"כ אינו תלוי אלא בפלוגתא דר"ש ורבנן וכן לרב דימי ודחה לה ע"כ לא קאמר ר' שמעון אלא בדבר שעקרו ממון אבל שטר לא וא"כ שטר אינו ענין כלל לדבר הגורם לממון ובתר הכי קאמר אמימר למאן דדאין ד"ג והוא תנא דמחיצת הכרם מחייב נמי בשורף ולמאן דדאין ד"ג הוא דמחלקי תוס' בין דבר הראוי לכל העולם וכן בין קרן לכפל וכמ"ש והייינו בתר דינא דאמימר דדאין ד"ג אבל לרבה וכן לרב דימי לא דייני ד"ג אלא משום מחלוקת דר"ש ורבנן א"כ למאן דלית דבר הגורם לממון ור"ג נמי לא ס"ל לעולם פטור אפילו מקרן ואפילו בדבר שראוי לכל העולם. ומ"ש בש"ך דאי הוי ד"ג דאורייתא לא הוי ספק דודאי עשו תקנת נגזל במסור וכו' כבר הרגישו בו הראשונים וכתבו דאפ"ה כיון דאינו אלא בדיבור בעלמא מספקא להו אי עשו תקנת נגזל במוסר ולפי מ"ש בסי' שפ"ח ס"ק י"א דלא מספקא ליה אי עשו תקנת נגזל במוסר אלא בטוען המסור ברי דכה"ג במזיק ממש נמי לא עשו תקנת נגזל אלא דוק' בטוען שמא הוא דעשו תקנת נגזל במזיק. ומספק' ליה במוסר אי למזיק דומה ואין בו תקנת נגזל בטוען ברי או לנגזל ממש דומה וא"כ מספקא ליה אי חמיר' יותר ממזיק או לא אבל להקל מן מזיק ממש לא מיבעי' ליה א"כ ודאי ניח' דאפילו ד"ג דאוריית' מספק' ליה בחמיר יותר ממזיק וז"ב. ומ"ש בש"ך דקשה מש"ס זו על מ"ש תוס' רפ"ק דב"ק כו' נראה דודאי מהא דשאל רב הונא לרב נחמן ליכ'

הוכחה דיש לומר דעל כל דיני דגרמי שאל וכמ"ש הש"ך וכ"כ הרמב"ן בחידושיו ע"ש. אלא דראייתם נראה מהאי דהגוזל בתרא דף קי"ז גבי אחוי אמר רבה אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי וגרסינן רבה וכיון דרבה לא דאין ד"ג ואפ"ה דן מוסר ש"מ דאפילו מאן דלא ס"ל ד"ג מחייב במוסר. וכן ראיתי שכתב אח"ז בספרו מעד"מ בדברי הרא"ש שכת' ז"ל אמר רבה ואם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד ואף דאיני אלא גרמא מכל מקום כיון שהראה מעצמו בלי שום אונס חייב וכת' עלה במעד"מ ז"ל הא דקשי' ליה להרא"ש דוק' במימר' דרבה הא מעיקר' נמי הביא דאחוי חייב אלא דקשי' ליה לרבה דלא דאין ד"ג וע"ש. ובש"ך כת' ז"ל ובספרים שלפנינו איתיה אמר רבה וט"ס הוא וצ"ל אמר רבא דהא רבה לא דאין לד"ג וכן הוא בריי"ף ורא"ש רבא עכ"ל אבל במעד"מ הגיה בספרי הרא"ש רבה וז"ל ה"ג רבה וע"ש והיינו נמי גירסת התוס' ומש"ה כתבו דאפילו מאן דלא דד"ג מחייב במסור. ובפ' הפרה דף נ"ד אמרינן חמור דבור לר' יודא קשיא ובתוס' שם הקשה הר"ד משה מפינטזיא נימא דאתי חמור למעוטי שטרות שאם נפל שטרותיו לבור דבעל הבור פטור וע"ש שכתבו משום דד"ג אינו אלא מדרבנן ולפי שיטת הרמב"ן דהוא מן התורה הדרא קושיות תוס' לדוכתיה. ונראה לפמ"ש תוס' במרוב' דלא מחייב משום דינא דגרמי אלא במחיצת הכרם שראוי לכל העולם וכן שורף שטר ראוי למכור לכל העול' ולגבות בו אבל שור הנסקל אינו ראוי אלא לשומר ופטור אפילו לר' מאיר ע"ש. ולפמ"ש הרמב"ם פ"ו ממכירה דמכירות שטרות דרבנן א"כ שורף שטר מה"ת לא מחייב משום דינא דגרמי כיון דאינו ראוי אלא למלוה גופיה וא"כ לא צריך קרא למעוטי שטרות אבל השתא דכבר תיקנו רבנן מכירה בשטרות וראוי לכל העולם למכור ולגבות חייב עליו מן התורה כיון דהשת' ראוי לכל העולם. אמנם קשיא לי בדברי תוס' במה שמחלקין בין דבר הראוי לכל כו' בהא דאמרינן פ' המניח (בבא קמא דף ל"ג) גבי שחטו תם מה שעשוי עשוי ש"מ המזיק שעבודו של חבירו פטור וכו' הא נמי רבה אמרה דאמר השורף שטר של חבירו פטור ע"ש. והיכי מוכח דמזיק שעבודו פטור כיון דאפילו למאן דדאין ד"ג אינו אלא בדבר הראוי לכל העולם ושטר דראוי לכל העולם כתבו תוס' משום דראוי למכור ולגבות בו וכיון דקי"ל המוכר קנסיו לא עשה ולא כלום א"כ שחטו תם דאינו ראוי אלא (לו) לניזק ה"ל כמו שור הנסקל דאין בו משום ד"ג לפי מ"ש תוס' כיון דאינו ראוי אלא לו וא"כ היכי מוכח מהך דשחטו תם מזיק שעבוד ופטור הא שעבוד ראוי לכל העולם למכור ולגבות בו דבמלוה בשטר ע"י כתיבה ומסירה נמכר וכן אפילו במלוה ע"פ או במעמ"ש אבל תם ליתיה במכירה וכדאית' שם דף ל"ג הקדישו ניזק איכ' בינייהו והך בריית' דשחטו אתיא כר' ישמעאל כמ"ש תוס' שם וביותר קשה במ"ש תוס'

בהא דאמרי מאן תנא דדאין ד"ג ר' מאיר ולא אשכחן בהדי' תנא דפליג על ר' מאיר בהא וכתבו דהאי תנא דשחטו תם מה שעשוי עשוי הוא דפליג על רבי מאיר ואינו דן ד"ג וע"ש והיכי מוכח מהך דשחטו תם הא מחיצת הכרם ראוי לכל העולם אבל תם ליתיה כלל במכירה לרבי ישמעאל כדאית' שם בגמר' הקדישו ניזק א"ב וכעת צ"ע:

סעיף ב

דדאין דינא דגרמי. בסמ"ע האריך לחלק בחילוקים לבין גרמי דחייב וגרמ' דפטור ומש"ה פטור לדעת הרא"ש והטור בדוחף ופוחת וזורק כלי מראש הגג דהנך כולהו בכלל גרמא דפטור אבל הרמב"ם וש"ע ושאר פוסקים דמחייבי בזורק ודוחף ופוחת ס"ל דאין חילוק בין גרמי לגרמא ואף שמצינו בש"ס בכמה מקומות דגרמ' בניזקין פטור ס"ל דהנך סוגיות אזלי אליביה דרבנן אבל לר' מאיר דקיי"ל כוותיה אין חילוק בין גרמי לגרמא והשיג על הע"ש שכת' בטעמו דאותן ההזיקות שחייב עליהם אדם המזיק מיקרי גרמי ואותן שפטור בהן מיקרי גרמא וז"א לדעת הפוסקים שכולן חייבין עליהן ועיין שם אמנם אין זה קושיא על הע"ש דודאי גם להרמב"ם אשכחן דסביר' ליה דגרמ' בניזקין פטור דהא בשולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן בפרק הכונס ואינך שם פורץ גדר בפני בהמת חבירו והכופף קומתו בפני הדליקה והמבעית חבירו והנותן סם המות לפני בהמת חבירו ושיסה בו הכלב וכל הנך להרמב"ם נמי פטור כמבואר בדבריו אלא ודאי דהרמב"ם נמי מחלק בין גרמי לגרמא אלא דס"ל דדוחף ופוחת וזורק בכלל גרמי דחייב הוא:

סעיף ג

דינא דגרמי. כת' הרמב"ן וז"ל וכן אני אומר בגורם לשרוף שטרות של חבירו וליכ' לדמויי כלל להאי דאמרינן בשבועות הכל מודים בעדי סוטה כו' דהתם לא חייבה התורה שבועה אלא על שבועת העדות המחייבת ממון או גורמת אבל גורם דגורם כפירת דברים הוא וממונא ליכא אפילו בכובש עדות גמור ומי שדימה שתי עניינים אלו וערבן חייב משום כלאים עכ"ל וכבר עירבן בעה"ת שער נ"א וכתב דגורם דגורם פטור וכדאמרינן בשבועות הכל מודים בעדי סוטה הלכך השולח הבעירה ביד חש"ו ושרפה שטרות פטור. וכן מצאתי כתוב בתשובת מוהר"ם דפוס פראג סי' תתמ"ד ז"ל ראובן ושמעון באו לדין וכו' וראה שאין לראובן על שמעון כלום מאותו הפסד ואף ע"ג דדיינין דינא דגרמי גורם דגורם לא אשכחן דחייב והאי גורם דגורם הוי וראיה מפ' שבועת העדות הכל מודים בעדי סוטה ובעידי קינוי דפטור דכי גורם דגורם הוא משם יש להוכיח דגורם דגורם פטור מכל עכ"ל. ובש"ך כתבו לשטתו דדינא דגרמי דרבנן ואינו אלא משום קנס אבל נראה דאפי' למ"ד ד"ג מן התורה אפ"ה גורם דגורם פטור כיון דמדמה לה להאי

דסוטה והתם בדאורייתא מיירי אך מ"ש בעה"ת הלכך השולח הבעירה ביד חש"ו ושרפה שטרות פטור דה"ל גורם דגורם וקשיא לי בגוה דהא בפרק הכונס איפלגי רבי יוחנן וריש לקיש ר"ל משמיה דחזקיה אמר ל"ש דמשלח פטור אלא שמסר לו גחלת וליבה אבל מסר לו שלהבת חייב מ"ט מעשיו גרמו לו ור' יוחנן אמר אפי' מסר לו שלהבת פטור ולא מיחייב עד שימסור לו סילתא ושרגא דהאי ודאי מעשה דידיה קא גרמי ופסקו הפוסקים כריש לקיש וכמבואר בטור וש"ע סי' תי"ח. וא"כ היכא דמסר לו גחלת וליבה אפילו שרפה כלים נמי פטור ואם מסר לו שלהבת אין בו משום גורם אלא מזיק ממש ואשו הוא דחייב אליביה דכ"ע אפילו למאן דלא דאין ד"ג ודאי חייב במסר לו שלהבת וא"כ שרפה שטרות אמאי פטור הא מאן דמחייב לה בתורת אש הוא דמחייב לה ולאו משום ד"ג וה"ל כהדליק אש והלך ברוח מצויי' דחייב ובודאי התורה דחייב בנזקי אש לאו משום ד"ג הוא וא"כ שרפה שטרות נמי נחייב היכא דהוא באופן דחייב בשלח ביד חש"ו והיכא דפטור בשלח הבעירה ביד חש"ו אפילו שרפה כנים פטור וצ"ע. מיהו נראה באש דכלו לו חציו דהיינו בענין שהיה לו לגודרה ולא גדרה דחייב באש משום ממונו וכמבואר בטור וש"ע סי' תנ"ח ובזה נראה דשרף שטרות כה"ג פטור לדעת הרמ"א דאינו חייב בד"ג אלא בנזקי גופו ולא בנזקי בהמתו וזה שכלו לו חציו אין בו משום חציו ותו לא הוי נזקי גופו אלא נזקי ממונו ופטור בשטרות:

סעיף ד

וכן השורף כת' בעה"ת שער כ"ט אם בעל השטר אומר מנה היה בו והשורף אומר לא כי אלא חמשים ישבע כדין מודה במקצת ואי אודי במקצת ועל השאר טוען איני יודע משואיל"מ עכ"ל. ובש"ך האריך בזה והעלה דאין בו שבועת התורה דשטרות אימעט משבועה כו' והכי מוכח בתוס' להדיא פרק שבועת הפקדון (שבועות דף ל"ז) שכתבו דהא דאימעט שטרות משבועה א"ש טפי לר' מאיר דמחייב בד"ג השורף כו'. ושוב ראיתי בד"ג להרמב"ן שכ' להדיא כדברי וז"ל שם בשורף שטרות ודכוותי' ק"ל כר"מ דדאין ד"ג ואע"ג דלא קי"ל כר"ש דאמר קדשים שחייב באחריותן חייב ואף אין משלמין עליהן תשלומי ד' ה' ואף אין נשבעין עליהן שהרי אין גופן ממון אע"פ שגורמין לממון ואע"פ שאם הזיק חייב לשלם אם פשע בשמירתן פטור שלא מצינו ד"ג אלא במזיק כו'. אבל שבועת התורה לעולם אין נשבעין עליהן אלא על דבר שגופו ממון ולא על הגור' שהרי אין נשבעין על השטרות וכן נמי אין בהם אונאה דליתיה לדר"ש וכן הסכימו הגאונים דליתיה לדר"ש עכ"ל הרי להדיא דאין נשבעין שבועת התורה בשורף כו'. ונראה דאפי' לפי מה שהעליתי לעיל סוף סי' צ"ה כהראב"ד דהיכא דנפסד הקרקע כו'. חייב

ש"ד היינו דווקא התם דאימעיט מכח שישנה קרקע ואינה מטלטלין א"כ מה שהיא בעינא גרע כחה וכיון דאשתני ואינה בעין אשתני דינא אבל הכא דשטרות אימעטי כיון דתחלתן אין עיקרן ממון ובזה לא אשתני ומכ"ש לפי מה שהעלתי דד"ג אינו אלא קנסא דרבנן דאין לחייב ש"ד בהא וכ"כ מוהרש"ל בפרק הכונס סי' למ"ד דלמ"ד דהוי דרבנן לא שייך שבועת דאורייתא כלל ודלא כבעה"ת והנמשכים אחריו עכ"ל ש"ך. ולענ"ד נראין דברי בעה"ת. דמ"ש הש"ך ראיה שמוכח מדברי התוס' פ' שבועת הפקדון דלר' מאיר דדאין ד"ג א"ש טפי למעט שטרות משבועה. הנה המעיין בדברי תוס' שם יראה דלא כתבו כלל לענין שבועה דודאי שבועה בשטרות היינו שתובעו שטרות יש לי בידך דלכ"ע כל זמן דאיתא בעינא מחויב להחזיר ואימעטי משבועה אלא דהקשו שם בהא דאימעטו שטרות מדין גזילה היכא דאשתני והקשו בזה למאן דלא דאין ד"ג א"כ אפילו שרפה בידים פטור ומכ"ש היכא דליתיה בעינא ע"י גזילה דאי איתא בעינא ודאי מחויב להחזיר ולזה כתבו דלר"מ דדאין ד"ג א"ש דאימעיט להו מגזילה כיון דאם שרפו בידים חייב וכשגזלן פטור אע"ג דליתניהו ע"ש אבל משבועה לא מיירי תוס' מידי. וגם מ"ש הש"ך שכ"כ הרמב"ן כו' הנה לפנינו לשון הרמב"ן כאשר העתיקו בש"ך ואין בו הכרע דלא לשון הרמב"ן הוא אלא ל' הש"ס דאין נשבעין על שטרות ואיכא למימר היכא דאיתנהו בעין דומיא דאין בהן אונאה דאית' בעין ולאפוקי לר' שמעון דס"ל דבר הגורם לממון בממון דה"ל ככיס מלא מעות ונשבעין עליו לכן נראה עיקרא דהך מלתא תליא במה שנחלקו הרמב"ם והראב"ד בהיזק בקרקע דלדעת הרמב"ם אזלינן בתר מעיקרא ה"נ אין נשבעין אע"ג דשרפן ולדעת הראב"ד דאזלינן בתר בסוף והשתא דמים קא תבע א"כ ה"ה בשורף שטרות השתא מיהא תבע ממון ממש שחייב לו ומה שמחלק בש"ך לדעת הראב"ד נזק שטרות מדין נזק קרקע אין לחלק בין השוין דגבי נזק שטרות נמי כיון דהשתא מחייבי בנזק השטר הרי תובע ממון ממש וכמ"ש ולדעת הראב"ד הא דאימעטו שטרות משבועה היינו בעינא כמו בקרקע והיינו שתובעו שטרות יש לי בידך ויש לו ע"א דאין נשבעין ומ"ש שם בש"ך ז"ל ולכן נ"ל דברי הרמב"ן בזה עיקר' לדינא דבשורף שטר אין נשבעין עליו כיון דמיעט קרא משבועה משום שאין גופן ממון מסתמא מעטינהו אף שגורם לו היזק בזה במה שאינו מחזיר לו השטרות כגון שאומר לא הפקדת אצלי אלא אחד ומחמת זה לא יכול המלוה להוציא חובו פטור משבועה דכיון שאין גופן ממון אין נשבעין עליהן כו' וע"ש. ואינו ראיה דודאי היכא דאיתא בעינא אע"ג דמחמת זה לא יוכל המלוה לגבות חובו אינו פטור משבועה דכי קא תבע שטרות קא תבע דהא אפילו תבעו למלאות החפירה ה"ל תביעת קרקע לדעת הראב"ד פ"ה מטוען ומכ"ש בתובעו

להחזיר השטרות דודאי פטו' אבל אחר ששורפן אזלינן בתר בסוף ולדעת הראב"ד חייב שבועה וכמ"ש ומ"ש בש"ך דלפי מה שהעלה דד"ג ואינו אלא מדרבנן אין בו ש"ד כבר כתבנו בזה בסי' פ"ו ס"ק ל"ב דאפי' בממון מדרבנן נמי נשבעין שבועת התורה כיון דהפקר ב"ד הפקר ה"ל ממון ממש ובטוען א"י ה"ל משאולי"מ ע"ש ומה שנסתייע הש"ך מדברי מוהרש"ל שכת' דלמ"ד ד"ג דרבנן לא שייך שבועה דאו' ע"ש שכתבו דמוהרש"ל לטעמיה דס"ל דמ"ד ד"ג דרבנן וקנסא הוא ואי מודה מיפטר ובזה ודאי ליכא שבועה דאורייתא כיון דאפי' מוד' מיפטר וכמ"ש תוס' ר"פ הפרה דבקנס ליכא שבועה מה"ט אבל לפי מה שהשיגו בש"ך סי' שפ"ח דאפי' למ"ד דיני דגרמי קנסא נמי לא מהני בזה מודה מיפטר א"כ אפילו בד"ג דרבנן נמי נשבעין שבועת התורה וא"כ נראה בשורף שטר ותובעו הממון לדעת הרמב"ם פטור ומשום דאזלינן בתר מעיקרא ולדעת הראב"ד חייב כמו בדמי קרקע ועמ"ש בסי' שפ"ח סק"ז:

סעיף ה

שטרות חבירו כת' הרמב"ם פ"ז מחובל דכן העוש' עבדו אפותקי ושחררו חייב המשחרר משום גרמי שגרם להפסיד חובו וע"ש והראב"ד נחלק עליו בזה ומשום דקי"ל כרבנן דפליגי אדרשב"ג ולא דמי לשורף דהתם בדחברי' קא עביד מעשה אבל הכא בדנפשיה קא עביד וע"ש ועמ"ש בסי' ס"ו סק"י בטעמא די"א בסי' ס"ו סט"ו במוכר שט"ח לחבירו ופרע הלוה למלוה דלא נפטר מחובו ללוקח ע"ש ואינו מובן דהא פרעון ממש ודאי לא גרע ממחילה וכתבתי שם דהלוה במה שפרע למלוה ה"ל מזיק שעבודו לגבי לוקח שקנה את השעבוד יע"ש. ולפמ"ש הראב"ד דמזיק שעבוד ובדידיה קא עבד פטור והתם נמי הלוה שהזיק שעבודו בדידיה קא עבד דהא הקרקעות שלו אבל המלוה שחייב במוחל משום דבדחבריה קא עביד ועמ"ש בסי' כ"ה סק"ב. ובש"ך העלה כדעת הראב"ד דהיכא דבנפשיה קא עביד פטור וע"ש. אמנם מדברי תוס' נראה כדעת הרמב"ם ע"ש פרק הגוזל (בבא קמא דף ק') בהא דאמרו ר"מ היא דדאין דד"ג והקשו ומאן תנא דפליג אדר"מ דהא ר' יוסי ור' שמעון לא פליגי אלא משום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו כו' וי"ל דהאי תנא דפרק המניח דתני שחטו תם מה שעשוי עשוי פליג אדר"מ דמשמע דיש לפטור יותר בשורף שטרותיו מבשחטו תם ולמאן דד"ג אמר לעיל דמגבי ביה דמי שטרא מעליא עכ"ל ואי נימא דהיכא דעבד בדידי' פטור א"כ לעיל ראיה משחטו תם דהתם בדידיה הוא דעבד. מיהו בעושה קרקע אפותיקי ובא אחר וחפר בה בורות אפי' לדעת הראב"ד חייב כיון דלאו בדידיה קא עבד אלא בדחבריה. ובמרדכי פרק המניח כ' דהיכא שאחר חפר בורות חייב ואפי' למאן דלא דאין דד"ג ומשום שעבודא דר"נ

ולא הוצרכנו לחייב משום מזיק שעבודו אלא אם הלוה עצמו חופר בה וע"ש. אמנם לא ירדנו לסוף דעת המרדכי דהא כיון דעשאו אפותיקי וא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו דומיא דשחטו תם דה"ל אפותיקי מפורש א"כ אין הלוה חייב כלום למלוה משאר נכסיה והיכי שייך ביה שעבודא דר' נתן כיון דהמלוה אינו יכול לתבוע כלל את הלוה ואפי' ללוה נמי נראה דא"צ לשלם כיון דהלוה נפטר מחובו ואלו הוי האפותיקי קיימת היה המלוה נוטלו וא"כ לא הפסיד ללוה מידי ולא מצי לוה אמר מפייס הוינא ליה וכדאמרינן בפורע חובו דהתם אינו אלא עילה מצאו וכדאי' בירושלמי ולפטור את הלוה אין מחייבין אותו מה"ט: מיהו אפילו נימא כיון דאכתי עד הגוביינא גוף הקרקע של הלוה ומחוייב המזיק לשלם ללוה וכמ"ש ר' ירוחם בשם הר"ר מאיר הובא בש"ך סקי"ג אבל שיתחייב למלוה מכח שעבודא דר"נ ודאי כיון דאין הלוה חייב כלום למלוה משאר נכסי אלא מזה הקרקע האפותיקי כהאי דשחטו תם אין בו משום שעבודא דרבי נתן וגדולה מזו כת' הר"ן פ"ב דכתובו' דגבי כתובה כיון שלא ניתנה לגבות מחיים אין בו משום שעבודא דר' נתן ובתוס' פ"ק יש ברור גבי שני כהנים דכל אחד מדחי ליה כתבו שם דשעבודא דר"נ לא שייך ביה כיון דלא מצי תבע ללוה ל"ש ביה דר"נ ע"ש ולכן דברי המרדכי צ"ע. וזה נראה לענ"ד בדעת ב"י וד"מ שכתבו בשם רבינו ירוחם ואם היה אפותיקי מפורש אין הבע"ח גובה מהמזיק כמו שאינו גובה משאר נכסי הלוה עכ"ל. ובש"ך התפלא עליהם דהא אדרבה באפותיקי מפורש ראוי לגבות מהמזיק שהפסידו לגמרי אבל באפותיקי סתם מצי אמר המזיק מה עשיתי לך הלא תגבה משאר נכסים וע"ש שהגיה בדברי ר' ירוחם. ולפמ"ש נראה דר' ירוחם לא מיירי מדינא דגרמי אלא מדין שעבודא דר"נ דבאפותיקי מפורש כיון שאין הלוה חייב משאר נכסים אין בו משום דר"נ וכמ"ש אבל באפותיקי סתם דגובה משאר נכסים א"כ הלוה חייב למלוה וגובה משעבודא דר' נתן. ולפמ"ש דבאפותיקי מפורש אין בו דר"נ א"כ הא דמזיק שעבודו של חבירו חייב א"צ לפרש דהבעלים בעצמן הזיקו אלא אפי' אחר ונ"מ היכא שהזיקו בשוגג דלדעת הפוסקים דד"ג אינו אלא קנסא ובשוגג פטור וכן אם מת לא קנסו בנו אחריו ואלו מחמת שעבודא דר"נ מדינא חייב אבל באפותיקי מפורש אין בו משום שעבודא דר"נ אחר כתבי זאת עיינתי בשטה מקובצת לבבא קמא פרק המניח ושם כת' ז"ל זאת אומרת המזיק שעבודו של חבירו פטור ודקדק הר"ר יונתן ז"ל מדלא מחייב מדר' נתן כו' ודיוקא דר' יהונתן ז"ל ליתיה דמצינו לומר דאפילו איירי בשאחר שחטו דלמא האי תנא ס"ל כרבנן דר' נתן ותו מה שייך הכא דר' נתן דמה שחייב לוה למלוה אחרי שעשאו אפותיקי דומיא דשור דאינו גובה אלא גופו הרי כמו פושע הוא עכ"ל ואם כי דבריו

סתומין וחתומין נראה שכוון למ"ש והיינו דמה חייב הלוה למלוה אחרי שאינו גובה אלא גופו וכמ"ש ודו"ק היטב:

סעיף ו

חייב לשלם כל החוב כתב בישׁ"ש דהא דפטור שורף שטר למאן דלא דאין דד"ג היינו היכא דלא אגביה אבל אגבי' חייב למיעבד השבה וכדאמרי' גבי דוחף. ובש"ך השיגו מדלא אמר רבה אגביה חייב אלא בדוחף משמע דבאינך סתמא פטור ואפי' אגביה ועיין שם שהוכיח מש"ס דקרקעות ועבדים ושטרות אימעט מדין גזילה וכמו בגזל קרקע ושטפה נהר דפטור ה"ה בגוזל שטרות ונשרפו דפטור וכו' ואפילו הראב"ד דס"ל בעבדים דנגזלין היכא דליתנהו בעינא היינו משום דמצינו קרא וישב ממני שבי אלמא לאו כמקרקע דמי אבל בשטרות דליכא קרא דליקני ביאוש דמי לקרקע וע"ש ועמ"ש בסימן שע"א סק"א. ועמ"ש בסימן ס"ו סקמ"ג להקשות על הרשב"א שכתב בתשובה בשטרות נשבע שלא שלח בה יד ע"ש דכי שלח יד מאי הוי כיון דשטרות אין נגזלין ולפי מ"ש מוהרש"ל דשטרות נגזלין היכא דליתנהו בעינא ניחא מיהו עיקר כדברי ש"ך דשטרות אין נגזלין ואפי' היכא דליתנהו בעינא פטור:

סעיף ז

הרי גרם לאבד ממון נסתפקתי בשורף חמצו של חבירו בפסח בענין שמותר להשהותו עד אחר הפסח וכגון חמץ נוקשה דרבנן וכמבואר בטור א"ח סי' תמ"ב מי נימא כיון דהשתא תוך הפסח לא שוי ולא מידי פטור מלשלם או נימא כיון דלקמיה שוי דהיינו אחר הפסח יתחייב המזיק. ונראה דכה"ג פטור המזיק מהא דאמרינן פרק כל שעה (פסחים דף כ"ט) בהא דתניא האוכל חמץ של הקדש במועד מעל וי"א לא מעל מאן י"א כו' עד הכא בהא קמפלגי בדבר הגורם לממון כממון דמי מ"ד מעל סבר דבר הגורם לממון כממון ומ"ד לא מעל סבר דבר הגורם לממון לאו כממון ופרש"י מ"ד מעל סבר אע"ג דהשתא לא חזי כיון דלקמיה חזי גורם לממון הוא וכממון דמי ע"ש ואם כן בנ"ד נמי כיון דהשתא תוך הפסח לא שוי מידי ואע"ג דלקמיה חזי כיון דאנן קי"ל כרבנן דר"ש ודבר הגורם לממון לאו כממון ופטור ואע"ג דבעה"ת כת' בשם הראב"ד דאנן ס"ל כר"ש דאמר כממון כבר נחלקו רוב הפוסקים והעלו דקי"ל כרבנן. ואיכא למידק דמשמע בש"ס הנזכר דלמ"ד דבר הגורם לממון כממון אע"ג דהשתא לא חזי כיון דלקמיה חזי ה"ל גורם לממון דהא בפרק החובל (בבא קמא דף צ') תני המוכר עבדו לאחר ופסק עמו ע"מ שישמשנו ל' יום ר"מ אומר הראשון ישנו בדין יום או יומים מפני שהוא תחתיו ר' יהודה אומר שני מפני שהוא כספו ומפרש לה בגמ' שם דר"מ סבר קנין פירות כקנין הגוף ע"ש

וכיון דר"מ סבר לה כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון וכדאמרינן במרובה דף ע"א גבי שור הנסקל ע"ש ואם כן נהי דקנין פירות ה"ל כקנין הגוף הא לאחר שלשים דשני הוי וא"כ תוך שלשים נמי הוי דשני מחמת דבר הגורם לממון. ונראה דע"כ לא קאמר ר"ש דבר הגורם לממון כממון אלא שיתחייב בהזיקו כיון דע"י היזק זה יפסדו הבעלים ממון כמו בקדשים שחייב באחריותן דחייב מה"ט לר"ש בהיזקן ובגניבתן אבל כל זמן דאי' בעינא לאו ממון הוא כלל וגבי חמץ של הקדש דמעל נמי כיון דמפסיד ממון הקדש שהיה להקדש בו אחר הפסח ה"נ השתא דבר הגורם לממון ומעל בו אבל בעינא לאו ממון הוא דלא אמרינן אלא שיתחייב בהיזקן ובגניבתן דנפסד על ידו וכמ"ש. וכן מוכח מהא דאמרינן פ"ק דפסחים דף ו' אמר רבא בעירו חמירא דבני חילא כיון דאלו מיגנב או מיתבד ברשותייכו קיימו ובעי שלומי כדילכון דמי הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון אלא למ"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר שאני הכא דאמר קרא לא ימצא איכא דאמרי הניחא למ"ד לאו כממון היינו דאצטריך לא ימצא אלא למ"ד כממון לא ימצא למה לי איצטריך ס"ד אמינא הואיל וכי אי' הדר בעינא לאו ברשותיה קאי קמ"ל וכת' רש"י ז"ל הואיל וכי איתיה הדר בעינא היא גופה למרה וזה עדיין לא נאבד וכי אמר רבי שמעון להאי היכא דאינו בעין כגון גבי גונב קדשים שהיו הבעלים חייבין באחריותן אמר ר"ש אע"פ שאין כפל בהקדש דכתיב רעהו ולא של הקדש הכא חייב כיון דזה חייב באחריות רעהו קרינן בה דהאי גרם לו להתחייב ממון עכ"ל. ומבואר דר"ש לא קאמר היכא דאי' בעינא וגבי חמץ רבי קרא לעבור בבל יראה דהא אפילו לדידן דלית לן דבר הגורם לממון שאני חמץ דכתב לא ימצא אבל אי נימא דלר"ש ה"ל כממון אפי' היכא דאיתא בעינא א"כ תיקשי לא ימצא למה לי וז"ב:

וראיתי בחידושי פני יושיע פרק מרובה (בבא קמא דף ס"ו) בהא דאמרו קרבנו ולא הגזול דמוקי לה בגזל קרבן דחבריה והקשו תוספות למה לי קרא דאי בחטאת כו' ואי בעולה ושלמים הא אמר בפסחים המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ונלא כלום וכת' שם ז"ל ומיהו בעירר תמיהת תוס' יש לי ליישב דקרא שפיר מיירי בשלמים ואליבא דרבי יוסי הגלילי דאמר קדשים קלים ממון בעלים וה"ה דיכול למכרה א"נ אפילו בעולה וכר"ש דאמר בפ' הזהב קדשים שחייב באחריותן הוי ממון בעלים והאי ברייתא דפסחים דלא כוותיה עכ"ל ונראה מדברי פני יושיע דלר"ש איתנהו במכירה ולפמ"ש דלא אמר ר"ש אלא היכא דליתיה בעינא ולחייבו על גניבתו והיזקו וא"כ ודאי ליתיה במכירה כיון דאי' בעינא והא דתנן ס"פ הזהב ר"ש אומר קדשים שחייב באחריותן יש להם אונאה דמשמע דאיתנהו במכירה היינו כפרש"י שם קדשים שחייב באחריותן אמר הרי עלי עולה והפרישה

והוממה ומכרה ע"ש. ואחר שהוממה ודאי איתא במכירה אבל קודם שהוממה אפי' למ"ד קדשים שחייב באחריות כממון דמי אבל במכירה ליתיה שוב ראיתי כדברינו אלה בתשובת צמח צדק סי' ה' דלר"ש לא אמרינן דבר הגורם לממון כממון דמי אלא היכא דליתיה בעינא והביא ג"כ הך ראיה שאמרנו מהאי דפסחים ומרש"י דף ו' ולא אמר ר"ש אלא היכא דליתיה בעינ' וע"ש:

אמנם בני הנבון מוהר"ר יוסף בעריש הכהן ש"ן הקשה מהא דאמרינן בסנהדרין דף קי"ב בהא דתני היו בה קדשי קדשים וקדשי מזבח ימותו ופריך ואמאי ימותו ירעו עד שיסתאבו וימכרו ויפלו דמיהן לנדבה ריש לקיש אמר ממון בעלים הוא והכא בקדשים שחייב באחריותן ור"ש הוא דאמר ממון בעלים הוא ופירש"י שם הלכך לענין עיר הנדחת נמי ממון בעלים הוא ודינייהו לפי חרב כשאר בהמות שבתוכה והלכך אסירי דמיהן בהנאה והאי דקאמר יומתו ולא אמר שיחרימו אותה עמהם משום כבוד שמים ע"ש והרי מוכח דאפילו איתנהו בעינ' קאמר ר"ש כממון וצ"ע מיהו נראה דאפי' נימא דר"ש ס"ל דבר הגורם לממון כממון אפילו היכא דאיתא בעינא אפ"ה במכירה ודאי ליתיה והגע עצמך המקבל פקדון מחבירו באחריות היעלה על הדעת שיוכל הנפקד למכור דבר שאינו שלו וא"כ ה"ה בקדשים שחייב באחריותן ודאי ליתנהו במכירה ודלא כפני יושיע ובתוס' פ"ק דב"ק שור של הקדש הבעלים חייבים באחריותן הבעלים נוטלין את נזקו ונותנין את נזקו ע"ש ומשמע דאתיא כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון ומדקתני נותנין את נזקו משמע דאפילו איתנהו בעינ' ה"ל דבר הגורם לממון וכממון וצ"ע:

והנה ראיתי לבעל המאור דמפרש שם פרק כל שעה. בהא דאמרו שם דפליגי בדבר הגורם לממון דמיירי באוכל חמץ של הקדש שהקדישו הבעלים ובאחריות ומש"ה ה"ל דבר גורם לממון וע"ש וא"כ אינו ענין להך מלתא שכתבנו בנדון דידי דהשתא לא חזי ולקמיה חזי. אלא דלא ירדנו לכוונה בהאי דתני מעל ומה ענין מעילה לזה כיון דהפסד הוא לבעלים שהקדישו באחריות ולישנא דמעל משמע קרן וחומש ואשם דהוא להקדש ועמ"ש בסי' קע"ו (ס"ק):

סעיף ח

לאבד ממון בנ"י פ' הפרה כת' בשם הרא"ה דוק' בנזקי אדם הוא דחייב בדיני דגרמי אבל בבהמה פטור וע"ש והרמב"ן כת' ז"ל ולפום הך סברא שורו שהדליק את האש ושרף שטרותיו של חבירו או אפילו קרען או מחקן פטור דגרמת שורו הוא ומסתברא דחייב ושאני גרמא דדיחא דממילא אתיא מהך דהכא מעשה שורו הוא עכ"ל והרמ"א סתם כדברי הנ"י ובחדושי פני יושיע כת' פ"ק דב"ק דף י"ב בהא דאמרו שם על מתני'

דתני נכסים שאין בהן מעילה הא מקדש קדשי הא מני ר' יוסי הגלילי הוא דאמר קדשים קלים ממון בעלים וכת' ז"ל הא דלא מוקי לה כר"ש דאמר בפרק הזהב דקדשים שחייב באחריות מקרי ממונו נראה לי דהכא לענין נזקי בהמתו אין לחייבו מטעם דאחריותו עליו דלא הוי אלא גרמא בנזקין ובמזיק בהמתו לכ"ע פטור וכ"כ הרמב"ן בדיני דגרמי עכ"ל והנה לפנינו דעת הרמב"ן דגם בנזקי בהמתו חייב משום דד"ג אלא אפי' לפמ"ש הנ"י בשם הרא"ה נמי אינו אלא בדיני דגרמי אבל למ"ד דבר הגורם לממון כממון דה"ל ככיס מלא מעות א"כ ודאי אפי' בנזקי בהמתו חייב והכי מוכח מתוספתא שהובא בסק"ז ע"ש ומאי דקשיא ליה נימא בקדשי קדשים וכדר"ש דאמר קדשים שחייבין באחריות כו' לא ידענא מאי קושיא דאי כר"ש א"כ היכי אמר נכסים שאין בהם מעילה אפילו יש בהן מעילה נמי כיון דהוי דבר הגורם לממון וקדשים שחייב באחריות אפילו בקדשי קדשים נמי ומשום הכי מוקי לה כרבי יוסי הגלילי דאינו ממונו אלא בנכסים שאין בהם מעילה והוא בקדשים קלים וזה פשוט:

סעיף ט

וכן בדוחף בפרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) אמר הזורק מטבע של חבירו לים פטור מ"ט דא"ל הא מנח קמך אי בעית שקליה והני מילי במים צלולים אבל עכורים דלא קא חזי ליה ודוק' דאדי' אדויי אבל שקליה בידים מגזל גזליה ובעינן השבה. וכתבו תוס' והרא"ש דאורחא דמלתא נקט שמחלק בין צלולים לעכורים ולאו דוקא אלא כל היכי דמצי למשקל בר אמוראה פטור ואם לאו חייב ע"ש ובנ"י פרק הגוזל קמא בהא דאיבעיא להו יש שבח סימנין ע"ג צמר וכו' וכגון גזל צמר וסימנין כו' דצבע בהו קופא וכת' שם בנ"י ז"ל דהא לא אתי אלא למאן דלא דאין דד"ג אבל למאן דדאין דד"ג דקי"ל כוותיה חייב דהא אותבינהו בדוכתיה דלא מצי למשקלינהו ע"ש והוא מדברי הרמב"ן בספר המלחמות ז"ל אמר הכותב הבו ליה אפריון לבעל המאור דהיינו שכת' רבינו הגדול ז"ל בעי' דז"ל ציבעא פי' דזל אחר שצבעו ולא כת' דצבע בהו קופ' עכ"ל והיינו משום דבעה"מ כת' דאוקימת' דצבע בהן קופ' ליתיה לדידן דדיינין ד"ג וע"ש ולפי שטת תוספות והרא"ש דכתבו דאפילו בצלולים נמי היכי דלא מצי למשקל בר אמוראה חייב ואפי' לרבה דלא ס"ל דינא דגרמי א"כ היכי משכחת להו אוקימת' דצבע בהו קופ' דהא אפי' למאן דלא דאין ד"ג חייב היכי דאי אפשר למשקלינהו ואי ע"י צפון הא צפון עבורי מעברי וליתיה לצבע וכדאי' בש"ס וצ"ע ומדברי הנ"י ובעל המאור והרמב"ן למדנו דכל היכא דחזי ליה כמו בצבע בהו קופ' פטור למאן דלא דאין ד"ג וא"כ ה"ה בצלולים דפטור לרבה אפילו לא מצי למשקלינהו:

סעיף י

מטבע של חבירו כת' במרדכי ז"ל אמר רבי יקר הזורק מטבע של חבירו לים כו' דפטור היינו לרבנן אבל ר"מ דדאין ד"ג חייב וא"ת לפי מה דפרישית דמחייב רבי מאיר בהזורק מטבע כו' או הדומה לו מ"ש לר"מ מהמכה בהמת חבירו דמשלם נזק ואם רפאה אינו משלם לו אע"ג דגורם ליתן לו שכר הרופא כמו זורק מטבע דגורם ליתן לו שכר להעלותו וכן קשה מ"ש מאדם דחייב לו ליתן ריפוי ושבת לבד הנזק משא"כ בבהמה דפטור ומ"ש אלא ע"כ נ"ל דאף רבי מאיר מודה דפטור בזורק מטבע לים כו' וכדומה לו ויש לחלק בין נזקי גופו לנזקי ממונו שבמזיק לגופו יש לו ליתן לרופא הזיקו שע"כ יש לו ליתן לרופא מה שחייב לשלם ריפוי לבד מן הנזק דאפחתיה מכספא אבל כשמזיק לממונו ומחמת אותו ממון נפסד ממון אחר כגון חובל בהמה מחמת הבהמה נפסד ממון אחר שיש לו ליתן לרופא מש"ה פטורי וה"נ בזורק מטבע כו' דמחמת ממון מפסיד ממון אחר בכה"ג מודה ר"מ עכ"ל וכ"כ בהגהת מרדכי פרק הגוזל ז"ל כת' הרב ר' אלי' כשאדם מזיק דבר של חבירו כמו שורף שטרותיו דמזיק החוב עצמו וכן נתייאש ולא גדרה ע"י היאוש נאסרו הזרעים וכן מראה דינר לשולחני דעל ידו קיבל הדינר שאינו רוצ' וכיוצ' בו נקרא דינא דגרמי אבל אם הדבר בעין אע"פ שצריך לתת משלו כדי להעמידה כבראשונה ושאינו שוה עתה למכור כמו שהיתה כמו זורק למים צלולין אע"פ שצריך לתת שכר לתרמודאי לטלו גרמא בניזקין הן דפטור וכן השף מטבע בקורנס אע"פ שצריך לתת שכר לצורף וכן החובל בהמת חבירו דפטור אע"פ שאינו שוה עתה כבראשונה וכן כל דבר שאינו מחוסר גוף הדבר אלא שצריך להוצי' כדי להשיבו לקדמותו הוא נקרא גרמ' עכ"ל ואיכא למידק בהא דאמרי פ"ק דב"ק דף י"א תניא אחרים אומרים מנין שעל בעל הבור להעלות שור חבירו ת"ל כסף ישיב לבעליו והמת א"ל אביי לרבא האי טורח נבילה היכי דמי אילימא דבביר' שוי' זוזא ואגודה שויא ארבע כי טרח בדנפשיה טרח ופרש"י ריוח דנפשיה קא עביד דשיים ליה לניזק בדמי יתיר' ולמה לי קרא דוהמת ומסיק לא צריכ' דבבירא שוי' זוזא ואגודה נמי זוז' ומאי פריך כי טרח בנפשיה טרח הא אי לאו קרא דוהמת הוי שיים ליה לניזק בארבע כדשוי' אגודה דכיון דיכול להוציא מהבור אע"ג דיצטרך להוציא אין המזיק חייב בשביל הוצאה ומש"ה צריך קרא והמת לאשמועינן דהמזיק חייב להעלותו מן הבור ואפילו לדעת הש"ע דמחייב בדוחף לים משום דד"ג אכתי תיקשי לפמ"ש הל"י בשם הרא"ש דבנזקי גופו הוא דמחויב משום דד"ג ולא בנזקי בהמתו ובור לא הוי נזקי גופו וצ"ע. ולולי פירש"י היה נראה לפרש דלאו על קרא דוהמת קא פריך אלא קאי אהא דתני' שם ואם טרף יטרף יביאהו עד יביא עדותה לב"ד דברי אבא

שאול ות"ק דריש יבי' עדים שנטרפה באונס ואמרינן עלה בטורח נבילה קמפלגי והתני' אחרים אומרים מנין שאין בעל הבור כו' ונימ' הא דפריך היינו אברייתי' דאבא שאול דהוא אדם המזיק וניח' לדעת הש"ע דמחייב בדוחף מטבע לים משום דינ' דגרמי אלא דאכתי תיקשי לפמ"ש המרדכי והרא"ש והטור דגבי דוחף אפילו אדם המזיק פטור ואפי' לדעת הש"ע דהוא חייב מדד"ג היינו בדוחף ומזיק בידים אבל שומרים דאין הדבר נעשה בידים אלא באונסין או אפי' בפשיעה ואכתי אינו מזיק ממש בידים ועוד דהא לפרש"י דקושי' הוא על קרא דוהמת דכתי' בבור וא"כ לא טרח בדנפשיה כלום וצ"ע. ונראה לפמ"ש תוס' פרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) ד"ה מיתיבי רבא כו' אי אפשר לחרישה בלא טיפת' דדמא וז"ל כיון דאיכ' חסרון באותו קילקול חייב על כל הקילקול כמו בשפי' דחייב על כל הקילקול דלחייביה על מה שחסריה לא היה צריך רבה להשמיענו דחייב ע"ש וכיון דאפי' בשף מטבע דאין משום היזק כיון דיש לו תקנה ע"י צורף להחזירו כבראשונה ואפ"ה כל שיש בו חסרון חייב בכל הקלקול א"כ ה"ה גבי העלאה דבור כיון שהיה שם היזק קצת ע"י הבור חייב בכל הקלקול ומחויב לשלם כל מה שיצטרך להוציא מן הבור אך קשה דאם כן אדם דאזיק בהמה אמאי פטור מריפוי במקום נזק ונימא כיון שהיה שם קצת נזקו מחייב להשלים כל הקלקול מה שצריך ליתן לרופא אע"כ ס"ל להמרדכי דאפי' היה קצת נזק אינו חייב אלא בעד הנזק ומה שיש לו תקנה אינו צריך להשלים ואם כן הדר' קושי' לדוכתיה. וגם אין לחלק ולומר דכיון דבעל הבור עשה נזק קצת וצריך שומא כמה היה הנזק ושומ' אין לך אלא מקומו ושעתו ובבור אינו שוה כל כך אבל בדוחף מטבע לים דליכ' נזק כלל ואינו צריך שומ' כלל מש"ה פטור דא"כ בריפוי דבהמה במקום נזק נמי נימא הכי אע"כ דאין שמין אלא הנזק ומה שיש לו תקנה ע"י הוצאה אינו נחשב בכלל השומ' ואם כן בבור נמי נימא הכי והדרא קושי' לדוכתיה וכעת צ"ע. מיהו נראה דבדוחף מטבע לים ונפלה על האבן ונעשה בו קצת נזק דלא הדר דבזה צריך להעלותו מן הים על הוצאות שלו דכיון דגלי קרא בבור דעל בעל הבור להעלותו במקום נזק וכן גבי שומרין דהא אדם המזיק דצריך להבי' עדודה לב"ד ולמ"ש בנ"י רפ"ק דב"ק ובאבא שאול שם ועיין בטור וש"ע סי' ת"ג וע"ש בסמ"ע דה"ה לשור שהזיק וכיון דעל המזיק להבי' השברי' לב"ד א"כ כל שהיה קצת נזק מחויב המזיק להביא השברים לב"ד ומחויב להעלותו מן הבור ולא מיפטר דוחף מטבע לים אלא היכא דלא היה נזק כלל משא"כ בריפוי דאפי' במקום נזק דאינו בכלל יבי' עדודה לב"ד כיון דהבהמה לפנינו ודו"ק:

סעיף יא

או פחת צורתה כת' בש"ך סק"ד דהיינו דוק' דלא אגביה ולא חסריה אבל אגביה בין בדוחף בין בפוחת ודאי בעי למיעבד השבה עכ"ל ונראה דגבי פוחת אפי' אגביה פטור מדלא אמר רבה וה"מ דאדיי אדויי אבל אגביה חייב אלא בדוחף לבד אמרה משמע דבאחריני אפילו אגביה פטורי וכן הוכיח הש"ך נגד דברי מוהרש"ל שכת' גבי שורף שטר דאגביה חייב והוכיח לנגדו מדלא אמר רבה אלא בדוחף ע"ש וא"כ בפוחת נמי פטור אפילו אגביה וטעמ' דמלת' נראה לפמ"ש תוס' בפרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) ד"ה השף מטבע וז"ל נראה דרבה סבר פסלתו מלכות לא הוי כנסדק דאי הוי כנסדק א"כ כ"ש דשף מטבע הוי כנסדק והרי חסריה טובא ואמאי פטור עכ"ל וכיון דשף מטבע לא הוי כנסדק אלא בפסלתו דמצי אמר הרי שלך לפניך דהא בגזל מטבע ופסלתו מלכות נמי מצי אמר הש"ל כמ"ש תוס' וא"כ אפילו אגביה נמי פטור כיון דמצי אמר הש"ל מיהו קשה בהאי דכת' הרמב"ם בפ"ז מחובל ומזיק וז"ל וכן המרקע דינר חבירו והעביר צורתו חייב לשלם משום גורם וכן כל כיוצא בזה ע"ש וכיון דפסק הרמב"ם פ"ג מגזילה דפסלתו מלכות לא מצי אמר הש"ל א"כ תיפוק ליה דחייב משום מזיק ממש בשף מטבע כיון דהוי כנסדק וכן קשה בדברי הש"ע שכ' בסי' שס"ג דפסלתו מלכות לא מצי אמר הש"ל וא"כ למה כת' לחיובו דפוחת משום גורם ונראה דס"ל להרמב"ם כשטת הרשב"א פרק הגוזל ע"ש שהקשה בדברי רבה דפוטר פוחת דהא קי"ל גזל מטבע ועשה נסכא דה"ל לשנויי דמעיקר' מטבע והשת' נסכא ואם כן שף מטבע נמי מעיקר' מטבע והשת' נסכא וה"ל שינוי ממש וע"ש שכת' דה"ל שינוי ממש אלא דאפ"ה פטור לענין מזיק משום דאומר לו מאי חסרתיך וע"ש. וא"כ ניחא דברי הרמב"ם דפוסלתו לא מצי אמר הש"ל ומשום דה"ל כנסדק דלא מצי אמר הש"ל ולענין מזיק פטור משום דא"ל מאי חסרתיך ואין החיוב אלא משום גורם. ולפ"ז אפשר לומר דאפי' לדעת הרמ"א בסי' שס"ג דבפוסלתו לא מצי אמר הש"ל ולא הוי כנסדק אפ"ה בפוחת כיון דמעיקר' מטבע והשתא נעשה נסכא דלא מצי אמר הש"ל היכ' דאגביה כיון דנעשה שינוי והא דפטור בלא אגביה היינו משום דאומר לו ומאי חסרתיך אלא דבתוס' משמע דתלי זה בזה דהיכי לא מצי אמר הש"ל חייב על היזקו וא"כ לדעת תוס' אפי' אגביה בפוחת נמי אומר לו הש"ל. שוב ראיתי בישו"ש פרק הגוזל סי' י"ז שהעלה דאגביה חייב בפוחת משום דהוי שינוי דמעיקר' מטבע והשתא נסכ' וטעמ' דרבה משום דאכתי אינו אלא גרמא בנזקין ועיין שם שכת' ז"ל ואף שלא ראיתי שום אחד מהפרשנים שפי' כך מ"מ הנראה בעיני כתבתי כו' אח"כ עיינתי בספר צפנת פענח וכת' להדי' כדברי עכ"ל והנה לפנינו שטת הרשב"א

דמפרש כן מ"מ מידי ספיק' לא נפק' כיון דמדברי תוס' משמע דתלי' זה בזה א"כ מספיק' לא מפקי' ממונ' ואפי' אגבי' מצי אמר הש"ל:

סעיף יב

צורת' פטור והיינו דוק' בדלא חסרי' כלל אבל חסרי' אפי' קצת חייב על כל הקילקול כ"כ תוס' בפרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) והבאתי דבריהם סק"י:

סעיף יג

מנה במקום מאתים עיין מה שכתב בסי' נ"ה ס"ק ב':

סעיף יד

הזורק חייב ר"פ כיצד הרגל בעי רבא דרסה על הכלי ולא שברתו ונתגלגל למקום אחר ונשבר מהו בתר מעיקרא אזלינן וגופו הוי או דלמא בתר תבר מנא אזלינן וצרורות נינהו תיפשוט ליה מדרבה דאמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרינן ליה מנא תבירא תבר לרבה פשיט' ליה לרבא מיבעיא ליה ופסק הרמב"ם והרי"ף והרא"ש כרבה משום דלרבה פשיטא ולכן הזורק חייב והמשבר פטור והרמב"ן בס' המלחמות האריך בזה והעלה שטה אחרת והוא דרבה לא קאמר אלא בא אחר ושברו דפטור המשבר אבל מזורק לא קאמר דחייב אלא ודאי דרבה סבר דזורק ודאי פטור דאזלינן בתר תבר מנא ולא בתר מעיקרא ואפילו הכי המשבר פטור דהכלי אחר שנזרק מן הגג שוב אין לו דמים ושניהם פטורים וקאמר בש"ס תיפשוט מדרבה דאזלינן בתר תבר מנא מדלא קאמר הזורק חייב ומסיק לרבה פשיטא דאזיל בתר תבר מנא ולרבא מספקא ליה והשתא דקיימא לן כרבה שניהן פטורין הזורק פטור משום דאזיל בתר תבר מנא והמשבר נמי פטור דשוב אין לכלי דמים וע"ש שכתב שכן הוא שטת הרי"ף:

סימן שפח

סעיף א

ואם תפס והוא דעת הרמב"ם דבספיקא דדינא מהני תפיסה אבל דעת הרא"ש והטור דלא מהני תפיסה וכמ"ש הרמ"א ויש חולקין ובש"ך סק"ח כת' וז"ל וי"א דתפיסה בעדים לא מהני בספיק' דדינא אבל בלא עדים פשיט' דנאמן עכ"ל ונראה כיון דלדעת הרא"ש והטור והרמ"א הך בעיא דסוף פ' הכונס מי מנח אינשי מרגנית' בכס' אפי' ביש עדים נמי מיבעי' ליה א"כ אפי' בלא עדים ויש לו מגו מה מהני ליה המגו כיון דאפילו אלו מאמינין אותו מספק' לן אם מחייב בזה וכיון דס"ל להרמ"א דבספיק' לא מהני תפיסה א"כ כה"ג אפי' בלא עדים לא מהני התפיסה:

סעיף ב

מהיפה שבנכסיו והיינו מן העידיות ודעת רש"י רפ"ק דכריתות דמוסר אינו משלם מעידיות ובתוס' שם נחלקו וכתבו דמשלם מעידיות:

סעיף ג

דזה לא מיקרי נשא ונתן ביד. וכת' הש"ך ז"ל דאם היה להם משכון ביחד על החוב ונתנו להשר דזה מיקרי נשא ונתן ביד וכן מוכח בתשובת מוהר"ם שבמרדכי שכת' ז"ל ואי עביד הכי מדעתיה בלא אונס חייב כמו שורף שטרותיו אבל באונס פטור ואע"ג דאמרי' פאד"מ כיון דאמר ליה פטור אתה כמי שנשא ונתן ביד דמי הא אתותב עכ"ל ובפרק אד"מ דף ל"ג שם בתר דאיתותב מתרץ דמיירי כשנשא ונתן ביד והא דזיכה את החייב מיירי כגון שהיה לו משכון ונטלו ממנו דה"ל נשא ונתן ביד עכ"ל. ולענ"ד נראה דאפי' במשכון נמי לא הוי מזיק ממש אלא משום דינא דגרמי כיון דגוף המשכון אינו אלא כמו מזיק שיעבודו וכמו בשחטו תם כיון דיוכל לסלוקי בזוזי ה"ל מזיק שעבודו ואינו חייב אלא משום דד"ג וא"כ באונס פטור ואין לחלק במשכון משום דבע"ח קונה משכון כיון דישראל מכותי לא קנה משכון ועוד אפי' בישראל מישראל נמי אכתי אינו אלא שעבוד כיון דיכול לסלוקי בזוזי וכן משמע בתשו' מיימוני לס' נזיקין סי' י"א וז"ל השיב ר"ת סוס שהיה ממושכן לראובן ושמעון והפקידו אותו לכותי א' לשומרו ובא לוי ואמר לכותי שישאיל לו הסוס ולא רצה עד שיאמר לו שמעון להשאיל לו והוליכו לוי ונגזל ממנו נראין הדברים ששמעון הזיק שעבודו של ראובן וכרב נחמן וכרשב"ג דהמזיק שעבודו של חבירו חייב וגם אם היה רוצה ראובן היה חוזר על לוי רצה מזה גובה ורצה מזה גובה עכ"ל. והרי להדיא דלא אתי עלה בהיזק משכון אלא מדרב נחמן ודרשב"ג ואינו אלא מחמת מזיק שעבודו וכיון דאינו אלא מחמת מזיק שעבודו אכתי אינו אלא גרמי ופטור באונס והא דאמרי' פ' אד"מ שהיה לו משכון דה"ל כנו"נ בידו ומשמע שם דחייב אפי' למאן דלא דדד"ג כבר ביארנו הדבר היטב בסי' כ"ה סק"ח ע"ש וז"ב:

סעיף ד

לא מיקרי נו"נ ביד. ונראה דאפי' לדעת תוס' פרק הגוזל (בבא קמא דף צ"ח) דזיכה את החייב כיון דקם דינא בדבורו ה"ל מזיק ממש והא דמוקי זיכה את החייב בהיה לו משכון אינו אלא אגב גררא ע"ש אפ"ה כאן פטור דלא הוי מזיק בדיבור אלא היכא שדיבורו עושה מעשה ממש וכהאי דשיקול הדעת דקם דינא ועל ידי דיבורו קם דינא ממש והוי זיכה את החייב אבל הכא אע"ג שמחל לא נפטר מחובו דשותף שמחל לא נמחל חלק חבירו ואין לו כח למחול חלק שותפו ועוד דה"ל תלוהו ויהיב והכא ע"י אונס הוי וכיון

שבאמת החוב לא נמחל על ידו אלא שהלוה אינו רוצה לשלם עבור זה א"כ לא הוי אלא גורם ועמ"ש בסי' כ"ה סק"א:

סעיף ה

והמוסר כופר. וכת' הרב המגיד ומביאו ב"י דמדברי הרמב"ם משמע שסובר כר"ת דאם אין המוסר כופר אלא שאינו יודע כמה הפסידו נשבע הנמסר ונוטל ע"ש וכן כת' מוהרש"ל פרק הכונס סי' צ':

סעיף ו

המוסר אומר איני יודע. והוא דעת ר"ת בתוס' דע"כ לא מיבעי' ליה אי עשו תקנת נגזל במוסר אלא היכא דהמוסר אומר ברי אבל אם טוען שמא ודאי נשבע הנמסר ונוטל וע"ש וכן נראה ראיה דכבר הקשו הראשונים בהא דאיבעיא ליה בתקנת נגזל במוסר והא כיון דדינא דגרמי דאור' א"כ מאי עדיפותיה משאר מזיק ובחידושי הרמב"ן בדד"ג כת' משום דאעפ"כ דיבורא הוא ע"ש ואכתי אינו מתברר דמה בכך שהוא דיבורא כיון דעושה היזק בדיבור כמעשה. וכן אפי' לדעת פוסקים דד"ג אינו מן התורה אכתי תיקשי כיון דכבר חייבוהו חכמים להזיק זה בודאי הוא בתקנת נגזל אבל לפמ"ש ר"ת ניחא דהא בטוען נמסר שמא לא מיבעיא ליה ובמזיק גופיה כל היכא שטוען הניזק ברי לא עשו תקנת נגזל וכן באש וטוען המזיק שמא לא עשו בו תקנה זו ולא החמירו בטוען ברי אלא בגזלן וקא מיבעיא ליה אם החמירו במסור תקנת נגזל ממש ואפילו טוען ברי ומחמת עונשו של מוסר דחמיר אי לא עשו תקנת נגזל ולא חמיר משאר המזיקין ובטוען ברי לא עשו תקנה זו ומש"ה ניחא דעת ר"ת דבטוען שמא לא מספקא ליה וכמ"ש דלא עדיף משאר המזיקין ואפי' למ"ד גרמי דרבנן ה"ל מזיק מדרבנן והוי בכלל תקנת מזיקין ולא מיבעיא ליה אלא בטוען ברי וכמ"ש ודו"ק ועמ"ש בסי' שפ"ו סק"א:

סעיף ז

וישבע הנמסר ויטול. וכת' בש"ך ס"ק ל"ו ז"ל ולענין הלכה נראה לכאורה לפסוק כאן משואיל"מ כיון דכבר העליתי כהרמב"ם וסייעתו דאפילו היכא דלא ה"ל למידע כו' אך שצ"ע בכאן מטעם אחר דהרמב"ן ס"ל דאין נשבעין שבועה דאוריית' על כל דיני דגרמי והבאתיו לעיל סי' שפ"ו סק"י וגם יש פוסקים דדינא דגרמי הוא דרבנן ולדידהו לא שייכא שבועה דאוריית' כלל עכ"ל. וכבר כתבנו בסי' שפ"ו סק"ד דמדברי הרמב"ן אין הכרע דלא כת' אלא דינ' דש"ס דאין נשבעין על השטרות ומצינו לומר דהיינו היכא דשטרות בעינ' והעליתי שם דשטרות היכא דליתנהו וכגון ששרפן תלי' בדעת הרמב"ם והראב"ד דלדעת הרמב"ם דאזלינן בתר מעיקרא ותובעו נזק קרקע ה"ל קרקע א"כ ה"ה

נזק שטרות ה"ל שטרות ולדעת הראב"ד דאזיל בתר בסוף וה"ל דמים ה"נ נשבעין על שטרות היכ' ששרפן מיהו אפי' נימ' דאין נשבעין בשורף שטר היינו משום דאזלינן בתר מעיקר' ושטרות אימעיט מדין שבועה והא דמיעט שטרות משבועה היינו משום דכתיב כי יתן איש אל רעהו כלים וכו' והיינו דבר שגופו ממון כדאיתא בש"ס אבל טענת מסור ודאי כיון שחייב הוא מדיני דגרמי הרי הוא טענת ממון ממש ואינו דומה לשטרות דגוף התביעה היינו השטרות אין גופן ממון ואפי' נשרפו אזלינן בתר מעיקר' אבל היכא שתובעו היזק שעשה לו ע"י דד"ג ה"ל תביעת ממון ממש שהפסיד ע"י וזה ברור. ומ"ש הש"ך דלהפוסקים דדיני דגרמי דרבנן לא שייך שבועת התורה כבר כתבנו בסי' פ"ז סקל"ב דבממון דרבנן נמי נשבעין שבועת התורה ואמרינן ביה נמי משאיל"מ ע"ש ומדכתב ר"ת ישבע הנמסר ויטול ע"כ לאו משום מתוך אתי עלה דא"כ שבועה זו למה דבחמשין ידענ' וחמשין לא ידענ' נוטל המלוה בלא שבועה וטעמ' דנשבע הנמסר אינו משום מתוך וכמ"ש וכן ס"ל לתוס' דהיכ' דלא ה"ל למידע לא אמרינן מתוך אלא טעמ' דנשבע הנמסר היינו משום תקנת נגזל ומשום דבמזיק לא עשו תקנה זו בטוען המזיק ברי ומיבעי' ליה אם חמור מוסר כמו גזלן או לא וכמ"ש בסק"ו ע"ש. ובראש כת' וז"ל והא דסליק בתיקו אם עשו תקנת נגזל במוסר ולא פשיט ליה מפקדון משום דמסור דינא דגרמי ובדיבור' בעלמ' הוא דאפסדיה עכ"ל והיינו משום דהרא"ש לשטתו דס"ל דאיבעי' במוסר אפי' בטוען שמא ומש"ה קשי' ליה מפקדון אבל לפמ"ש ר"ת דאיבעי' בטוען ברי א"כ מפקדון לא קשי' דאינו אלא בטוען הנפקד שמא. ובמוהרי"ט חלק ח"מ סי' מ"ז ושם הביא דברי הרא"ש הנזכר וכתב עלה ז"ל וא"ת נהי דמסור בדבור' בעלמ' אפסדיה מ"מ דמי למזיק טפי מפושע בפקדון דאלו מסור דיינין ליה כמזיק לשלם ממיטב כדמוכח בריש קמא ואלו פושע בפקדון לא משלם ממיטב ולא אמרו אלא במזיק ממש כדמוכח ר"פ הנזקין למה אמרו הנזקין שמין להם בעידית עיין שם ותמהני בדבריו דהא כי היכי דמוכח מסור מרפ"ק דב"ק ה"נ מוכח שומרין וארבעה שומרין המה תוך ארבעה ועשרים אבות נזיקין וכולהו לשלם ממיטב וכן כת' הרי"ף והרא"ש רפ"ק דב"ק דארבעה שומרין ממיטב נינהו וזה פשוט שם בש"ס ובישו"ש פרק הכונס סי' ל' וז"ל דמסור מיירי כשטוען ברי ואף דהא אמרינן עשו תקנת נגזל באשו לא איירי בכופר המבעיר מכל מקום לא הוי רשע כגזלן ודוק' מוסר ראוי לדמותו לגזלן אבל לא מזיק אפי' להכעיס עכ"ל. וא"כ דברי ר"ת ניחא דבטוען מוסר שמא לא גרע מפקדון ומזיק וכמ"ש ולכן נראה עיקר כדברי ר"ת וכן משמע מסתימת דברי הש"ע שכ' והמוסר כופר ומשמע בטוען שמא ודאי

נשבע הנמסר ונוטל ואע"ג דש"ך דעתו דלא כר"ת נראין עיקר דברי הש"ע וגם הרמ"א שלא הביא דעת החולקין נראה דס"ל כדברי ש"ע:

סעיף ח

אם גורם לו תפיסה. ובש"ך האריך בזה והעלה דאין לחלק בכך כלל בין מוסר ממונו למוסר גופו דסוף סוף לא עביד מעשה אלא דיבורא ולא מחייב אלא משום דינא דגרמי והוי בכלל מה דקאמר בש"ס כי תבעי לך למאן דדאין דד"ג וסוף דבריו ז"ל הלכך נ"ל ברור כמ"ש דבין מוסר ממונו או גופו אם לא עשה מעש' בידו כגון שהוליכו בעצמו לתפיסה ולא עביד אלא דיבורא לא מיחייב אלא משום דד"ג כו' ולא הוצרכתי להאריך רק מפני שגדול הדור מוהרי"ל לא פסק כן ונמשכו אחריו מוהרש"ל והרב מוהר"ם לובלין ושאר אחרונים ולפענ"ד הוא כשגגה היוצא מלפני השליטים האלו עכ"ל. וז"ל מוהרי"ל סי' פ"ו והשתא כיון דרבי דוד מוסר גמור כו' ישבע ר' ישי ויטול מר' דוד כל מה שברור לו שהזיקו בתפיסה אחרונה אע"ג דרבותינו פסקו דתיקו לקולא ולא עשו תקנת נגזל במסור חבירו כו' אבל המזיק ממון חבירו בידים עשו תקנת נגזל באשו וכאן המזיק בידים כו' אלא היכא דמסר בידים כי האי דמסור גופו דחשיב מזיק בידים כדפסק רבי אפרים שלהי הגוזל קמא דכשמוסר גופו הוי מזיק ממש דאפי' רבנן מידי דהוי כחובל וע"ש ובמרדכי פ' הגוזל ז"ל אם היה מוסר חבירו בגופו כו' אפי' רבנן דפליגי במראה ממון חבירו ופטרי מטעמא דגרמא בניזקין הכא מודי ודומה לחובל בחבירו שמשלם ריפוי דחשוב ליה כאלו הפסיד ממונו ממש בשגרם לו ריפוי ה"נ הואיל ומסר גופו כאלו מסר ממונו בידים. ותדע שיש חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממונו כה"ג מטעמא דפרישית שהרי שבת דאדם אם סגרו בחדר ובטלו ממלאכתו חייב שהרי ד' דברים שייכי באדם ושבת אחת מהן ואם סגר בהמה בבית ובטלה ממלאכתה פטור לד"ה וכו' וה"ט משום דע"י ממון הפסיד ממון אחר פטור ומש"ה פטור אפי' לר"מ עכ"ל והנה בש"ך מפרש דברי המרדכי דמיירי דמוסר גופו של חבירו בידים דהיינו שנוטל גופו בידו ומוליכו בחזקה לתפיסה ולאפוקי דלא נימא סוף סוף אינו נוטל ממונו בידו לא תיהוי אלא גרמא אלא כיון דמוסר גופו בידו ומחמת זה נפסד לו ממון כל היזק דממונו ה"ל כאלו הזיקו בעצמו ובזה יש חילוק בין נזקי ממונו לנזקי גופו וכו' ע"ש. ולישנא דמוסר לא משמע הכי אלא מוסר בכל דוכתי אינו בידים אלא בדיבורא ועוד תמה אני היכא תפסי' בידים לתפיסה וכי בדידי' תלי' מלתא להוליכו לבית הסהר ומי עשאו לשר בית הסהר והכל תלוי ביד השלטון ואם לא היה דעת השר לזה תפיסתו לא מעלה ולא מוריד ואם היה דעתו לזה א"כ המוליכו לא עבד כלום ואין זה אלא דבורו הגורם לזה. ולכן נראה דברי

המרדכי דמחלק בין גרמי דממון לגרמי דאדם ומשום דאשכחן אדם באדם דמשלם שבת וריפוי אע"ג דשבת וריפוי אינו אלא גרמא דהא מה"ט דוחף מטבע לים וצריך הוצאות לבר אמוראה כיון דע"י ממון זה נפסד ממון אחר ה"ל גרמא ופטור ובאדם באדם חייב אלמא חייבי התורה אדם באדם בנזקי גרמי ואפילו דיני דגרמי דפטור לרבי מאיר כמו שבת וריפוי דפטור בבהמה אבל באדם חייב וא"כ מה לי אהדקי באנדרוניא דחייב לשלם השבת אע"ג דלא אזקיה מידי אלא שבטלו ממלאכתו וגרם לו הפסד ממון ה"נ גורם דליהדקי' באנדרוניא נמי חייב כיון דעיקר חיובו דשבת וריפוי אינו אלא גרמא ומש"ה אפי' לרבנן חייב בגרמי דאדם באדם והיינו דברי מוהרי"ל משום דע"כ לא מיבעי ליה במוסר אם עשו תקנת נגזל לפי מה שמפרש דאינו אלא מדרבנן כמו שהוכיחו מקצת הראשונים מהך איבעיא דגרמי אינו אלא מדרבנן דאי מן התורה מאי מבעי' ליה מי גרם משאר מזיק אבל במוסר גופו דגרמי דאדם לכ"ע חייב מן התורה אפי' לרבנן דר"מ א"כ ודאי עשו תקנת נגזל:

אמנם בעיקר דברי המרדכי לבי מהסס לו' אדם באדם חייב בנזקי גרמי ומשום דאע"ג דאשכחן דחייבו התורה בשבת וריפוי היינו נמי הכא דעשה מעשה בגופו דאז חייב בריפוי ושבת הנעשה ע"י מעשה בידים אבל היכא דתחלתו לא נעשה אלא ע"י גרמא אדם באדם נמי פטור וראיה מהא דתנן המבעית חבירו ותקע באזנו פטור משום דאינו אלא גרמא ועיין ר"פ הכונס וא"כ מוכח דאפילו אדם באדם פטור ואפשר לדעת המרדכי מטעמא דמבעית משום דאינו אלא גרמא ולא גרמי ודוקא גרמי הוא דחייב באדם אך מדברי רש"י ר"פ הכונס לא משמע הכי ע"ש דכתב רש"י המבעית חבירו דסבר גרמא בנזקין פטור ומשמע דלרבי מאיר דדאין ד"ג מבעית נמי חייב ומשום דרש"י אינו מחלק בין גרמי לגרמא וכמ"ש בש"ך סי' שפ"ו סק"א ע"ש וא"כ מוכח דלמ"ד דיני דגרמי פטור אדם באדם נמי פטור. אמנם בעיקר הדין נרא' לענ"ד כדברי מוהרי"ל והרמ"א ומוהרש"ל ומוהר"ם לובלין ואע"ג דמראה גופו נמי אינו אלא משום דיני דגרמי ופטור לרבנן דלפמ"ש בסק"ז דעיקר כדברי ר"ת וכמ"ש מוהרש"ל דעיקר כדברי ר"ת וע"כ לא מיבעיא ליה אלא בטוען הנמסר ברי אבל בטוען שמא לא מיבעיא ליה דבין גרמי דאורייתי' או דרבנן מזיק הוי ועשו תקנת נגזל במזיק אלא משום דלא עשו תקנה במזיק אלא בשמא ומבעיא ליה בטוען ברי אם עשו בו תקנת נגזל וחמור ממזיק ואפילו בברי נמי או דלמא לא חמיר משאר מזיק וכמ"ש בסק"ז וא"כ הני מילי במוסר ממון דמזיק ממון נמי לא עשו תקנה בטוען ברי אבל במוסר גופו דהוי חובל וכבר עשו תקנה בנחבל דנשבע ונוטל אפילו בטוען ברי וכיון דאין חילוק בין הוזק גרמי להיזק שע"י מעש' לדברי ר"ת א"כ

במוסר גופו אפילו נימא דמוסר לא חמיר יותר ממזיק הרי נשבע ונוטל מדין תקנת נחבל שהוא אפילו בטוען ברי ולכן עיקר כדברי מוהרש"ל והנמשכים אחריו ודו"ק:

סעיף ט

האו' לחבירו מסרתני. וכתב הרשב"א בתשובת מוסר שהודה במקצת משלם מה שהודה ואינו משלם השאר דלא ה"ל למידע ובש"ך כתב דלפי מה שהעלה בסי' ע"ב דאע"ג דלא ה"ל למידע נמי אמרינן ביה משאיל"מ א"כ ה"ה הכא ע"ש. ונראה סותר לפי מ"ש הש"ך ס"ק ל"ו דאפילו לדעת הרמב"ם נמי אין בו ש"ד כיון דהוא מדיני דגרמי ע"ש. מיהו כבר כתבנו בסק"ה דבמוסר נמי א"י שבועת התורה:

סעיף י

שלא נפטר ממסירה הראשונה. כתב בש"ך וז"ל ואם יש ספק בדבר אם נפטר ממסירה הראשונה מספיקא לא מפקינן ממונא והאחרון פטור כן הוא בתשובת מוהר"ם שם עכ"ל. וצל"ע מהא דכתב הרמב"ם פ"ו מחובל ז"ל שנים שהמיתו בהמה ביחד או שברו כלי ביחד משלמין ביניהם חמשה שהניחו חבילות על בהמה ולא מתה ובא זה והניח חבילתו עליה ומתה אם היתה הבהמה מהלכת עם איתם חבילות ומשהוסיף זה חבילו' עמדה ולא הלכה האחרון חייב ואם מתחלה לא היתה מהלכת האחרון פטור ואם אינו ידוע כולם משלמין בשוה עד כאן לשונו וכן פסק בטור וש"ע סימן שפ"ג ומבואר דשנים שהזיקו ואינו יודע על ידי מי נגמר ההיזק משלמין בשוה וע"ל סימן שפ"ג סק"א וא"כ ה"נ נימא דמשלמין בשוה ועוד מ"ש דהאחרון פטור ואמאי הראשון חייב נימא שההיזק היה על ידי האחרון ואפשר כיון דהיה כדי היזק במסירה הראשונה בודאי דמוסר ה"ל כתוא מכמר והספק אינו אלא אם נפטר אח"כ ממסירה הראשונה וכה"ג הוי ליה כאו' איני יודע אם פרעתיך וצ"ע:

סעיף יא

וכן אם הודה שמסר. כ' מוהרש"ל פרק הגוזל בתרא סי' נ' ז"ל ואם הודה המוסר מעצמו כבר כתבנו בהגוזל קמא גבי דינא דגרמי שאינו קנס וא"כ ממילא חייב לשלם בהודאתו וכן נמצא בשם מוהר"י מקורביל בעל הסמ"ק להדיא עכ"ל ומשמע מדבריו דלמ"ד קנס ומודה פטור ובש"ך השיגו מדברי המרדכי דמודה בקנס פטור אינו אלא בקנס דאורייתא ע"ש אמנם בשטה מקובצת לב"ק משמע דגם בקנס דרבנן מודה מיפטר ע"ש פ' הגוזל דף צ"א ז"ל אלא בעינא למיעבד מצוה וקי"ל שהחוטף מצוה מחבירו העוסק בה חייב לשלם לו עשרה זהובים וקמ"ל רבה בר בר חנה שאע"פ שאם היה נודע לנו בבירור שחטף ממנו היינו מחייבין אותו אפ"ה בטוען שהוא אמר לו ובשליחותו עבד מהימנין ליה דקנסא

בעלמא הוא וגם שבועת היסת לא רמינן עלה כיון דקנסא בעלמא הוא או תקנה בעלמא כדי שיהיו המצות חביבות על בעליהן ונ"מ בין קנסא לתקנתא דאי הוי קנסא מודה בקנס פטור ואי תקנתא הוא אע"ג דמודה שלא מחמת פחד עדים חייב לשלם הר"ר יהונתן עכ"ל. ובזה ניחא ליישב מה שהקשה פני יהושע בחידושיו לגיטין פ' הנזקין דף נ"ג בהא דאמרו שם לימא כתנאי המטמא והמדמע והמנסך א' שוגג וא' מזיד חייב דברי ר' מאיר ור' יהודא אומר בשוגג פטור במזיד חייב מאי לאו בהא קמפלגי דמר סבר שמיה היזק ומ"ס לא שמיה היזק ומסיק דכ"ע לא שמיה היזק והכא בקנסו שוגג אטו מזיד קמפלגי ורמי ר"מ אדר"מ ודר"י אדר"י וכו' והקשה מאי פריך דר' יודא אדר' יודא נימא דר' יודא סבר קנסי שוגג אטו מזיד והא דפטר ליה במטמא ומדמע ומנסך טעמא דידיה כדי שילך ויודיע אותו כדאמר חזקיה לטעמיה דאמר היזק שאינו ניכר שמיה היזק וע"ש. וכיון דאפי' בקנסא דרבנן נמי מודה מיפטר א"כ למ"ד היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק לא מצינו לומר טעמ' כדי שילך ויודיע אותו כיון דלא מחייב בלא עדים דמודה בקנס פטור א"כ שפיר מודע ליה. מיהו מהא דמוקי לה בש"ס שורף שטר תהא במאמינו וא"כ למ"ד דינא דגרמי קנסא היכי מחייב במאמינו בלא עדים ועמ"ש בסי' ל"ח:

סעיף יב

אם השליח הוחזק. ועש"ך שחולק בזה ובלאו הכי קשיא לי טובא דנקטו הפוסקים טעמא דאין שליח לדבר עבירה משום דסבור לא ישמע אלי דהא דעת רש"י גבי ריבית דשרי ע"י שליח ומשנה דאין שליח לדבר עבירה דהיכי שייך לו' סבור הייתי שלא ישמע אלי כיון דאנן מתירין אותו לכתחלה ע"י שלוחו וצ"ע ומוכח ע"כ דא"ז עיקר הטעם וכמ"ש הריטב"א בקידושין דעיקר הטעם אינו משום דברי הרב כו' אלא משום דכן הוא גזירת הכתוב ע"ש. וא"כ אפילו בהוחזק השליח נמי אין שליח לדבר עבירה:

סימן שצ

סעיף א

ונתגלגל למקום אחר. בפרק כיצד הרגל בעי רבא דרסה על הכלי ולא שברה ונתגלגל למקום אחר ושברו מהו בתר מעיקרא אזלינן וגופה הוא או דלמא בתר תבר מנא אזלינן וצרורות נינהו תפשוט ליה מדרבה דאמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרינן מנא תבירא תבר כו' וכתבו תוס' ז"ל ונראה דאם זרק אבן או חץ ובא אחר ושברו דפשיטא דחייב ול"ש כאן מנא תבירא תבר דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצרורות חצי נזק וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו עכ"ל.

אמנם מדברי הרא"ש נראה דגם בזורק חץ אזלינן בתר מעיקר' שכת' בפרק כיצד הרגל גבי התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י חייב וז"ל ואע"ג דגבי דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר אסיקנא לעיל כרבה דבתר מעיקר' אזלינן הכא לא אזלינן בתר מעיקר' אלא אחר המקום שנעשה בו הנזק דגלי קרא ברגל ובער בשדה אחר והביעור היה בחצר הניזק עכ"ל. ואי נימא לחלק בין זרק חץ לזרק כלי א"כ מאי קשיא ליה מדרבה דהא התם התיזה ברה"ר דאינו אלא צרורות וה"ל זורק חץ אלא ודאי דהרא"ש אינו מחלק בין זורק חץ לזורק כלי וכן מוכח מדברי הטור וש"ע בסי' תי"ח סעיף י' ז"ל עשה האחד אש ובא אחר והוסיף אם יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב ע"ש ומשמע דאינו חייב אלא הראשון ולא השני ואי נימא דזורק חץ ובא השני ושברו השני חייב א"כ באש דהוי נמי משום חיציו אמאי אינו חייב השני או עכ"פ יתחייבו שניהם כיון דלא אזלינן בתר מעיקרא בזורק חץ. ולשטת תוס' דגבי חץ לא אזלינן בתר מעיקרא א"כ הא דפריך פ"ק דב"ק דף ה' גבי מרבה בחבילות אי דבלאו איהו נמי אזלא מאי קעביד. ופרש"י ותוס' דמרבה בחבילות היינו באשו וכיון דאשו אינו אלא משום חציו לא אזלינן בתר מעיקרא. ואין לו' דהא אמרינן בזורק חץ ובא אחר ושברו השני חייב היינו דוקא אם בא ושברו בידים אבל אם השני ג"כ זרק חץ הראשון חייב ולא השני דמ"ש כיון דלא אזלת בתר מעיקרא בחץ וכן משמע מדברי הנ"י פרק כיצד הרגל גבי אשו משום חציו וז"ל ואי קשיא לך א"כ היכי שרינן עם חשיכה להדליק את הנירות כו' לא קשיא שהרי חיובו משום חציו כזורק החץ שבשעה שיצא החץ מתחת ידו באותו שעה נעשה הכל ולא חשבינן ליה מעשה דמכאן ולהבא דא"כ הל"ל למיפטריה דאנוס הוא כו' וה"נ אם מת קודם שהספיק להדליק את הגדיש ודאי משלם מזיק מאחריות נכסיו דהא קרי כאן כי תצא אש כו' אלא כמאן דאדליק מעיקרא ע"ש ומשמע מזה דגבי חץ נמי ה"ל כאלו אתעבד מעשה. ומ"ש תוס' דא"כ לא משכחת צרורות נראה לענ"ד דאכתי אינו אלא כחו ואע"ג דכמאן דנשבר דמי כיון דאינו אלא ע"י כחו הלכה דחצי נזק משלם וכמו בתרנגולים שהזיקו ברוח שבכנפיהם כיון דאינו אלא ע"י כחו חצי נזק משלם והא דאמרי' פ' כיצד הרגל דף כ"ב לריש לקיש דאשו משום ממונו מהא דתנן גמל פשתן כו' האי אש לאו ממונו דבעל הגמל היא כו' הבמ"ע במסכסכת כל הבירה ע"ש וכיון דתיכף מכי אדליק במקצת ה"ל כשריף כל הבירה וא"כ אמאי נתחייב במסכסכת כיון דכבר נגמר כל ההיזק ואזלינן בתר מעיקרא והיינו משום דע"כ לא אזלינן בתר מעיקרא אלא למ"ד אשו משום חציו וה"ל כאלו נגמר כל המעשה וכמ"ש בנ"י אבל למ"ד אשו משום ממונו וה"ל כאלו ממונו הזיק בזה ודאי לא אזלינן בתר מעיקרא כמו דלא אזלינן

בתר מעיקרא בבור עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים דשניהם חייבים ואע"ג דהבור כרוי ועומד וה"ה למ"ד אשו משום ממונו. והנה בטור כת' בסי' תי"ח וז"ל גמל טעון פשתן ועבר ברה"ר ונכנס פשתנו לתוך החנות של חנוני ודלקה בנרו של חנוני ודלקה כל הבירה בעל הגמל חייב שפשע במה שהרבה משוי עד שנכנס בתוך החנות ואם הגמל הולך ומסכסך האש בכל הבירה חייב בכולו נזק שלם ואם לא סכסך כל הבירה אלא הדליק במקום א' ומשם נתפשט בכולו חייב על מקום שהדליק נזק שלם ועל השאר חצי נזק עכ"ל. וקשיא לן לפי מה שכתב דגבי חץ נמי אזלינן בתר מעיקרא אם כן כיון שהדליק במקצת הבירה הרי הוא כשרוף כולה ואלו בא אחר ושרפו לא היה משלם כלל דאזלינן בתר מעיקרא ואם כן איהו גופיה כשמסכסך אחר כך כל הבירה הרי כבר הוא מבוער ולא ליחייב ביה נזק שלם וצ"ע:

סימן שצא

סעיף א

שאין לו לשלם. כת' אא"ז במעד"מ פ' כיצד הרגל וז"ל וטעמא אע"ג דפקח בר תשלומין הוא מ"מ כיון דליכא לאשתלומי מיניה מחייב אידך לשלם כדרבי נתן דכל דין שותפין יש לשנים שהזיקו ע"ש ובש"ך הקשה עליו מדברי הטור בסי' ת"י שהשיג על הרמ"ה בעל סברא זו וע"ש דמסיק וז"ל אלא נראה לי דשאני הכא כיון שהמושיט לא הזיק כלום רק שהושיט לפי פרה ואז הוי עדיין בשלימותו וא"כ הפרה עשתה כל ההיזק והמושיט לא הוי רק כגזלן כיון דמעידנא דאגביה ה"ל שולח יד בדבר שאינו דה"ל כגזלן וא"כ הוי כגוזל ומאכיל דרצה מזה גובה רצה מזה גובה עכ"ל: ולענ"ד נראה דודאי אם היה הבהמה יכולה ליטול מעצמו אז לא הוי על המושיט רק דין גזלן ולא דין מזיק ורצה מזה גובה כו' כמ"ש בש"ך אבל כיון דמיירי כאן שלא היה הבהמה יכולה לטול מעצמה וכמ"ש תוספות ובטור וש"ע לפנינו א"כ הוי על המושיט דין מזיק ממש דה"נ מעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו דחייב מתורת מזיק וכמבואר בסי' שצ"ד. וכן מבואר במרדכי פרק כיצד הרגל ז"ל איבעיא להו פי פרה כחצר הניזק פי' ר"י כגון שנכנס הפרה בחצר הניזק ובאו חש"ו ולקחו פירות ונתנו לתוך פיה ואכלתן וממקום שהפרה עומדת לא היתה יכולה ליטול אם חייב בעל הפרה או לא אבל אם בר דעת נתן לתוך פיה פשיטא דחייב ואם הפירות היה במקום שהפרה היתה יכולה ליקחם פשיטא דבעל הפרה חייב פי' ר"י לכאורה נראה דאיפשט' האיבעי' דכחצר הניזק דמיא וצ"ע אם פקח נתן לתוך פיה והפירות היו מונחים במקום שהפרה היתה יכולה לקחתם ונראה דאותו פקח חייב

כיון דאגביה קניי' ואי לא אגביה אלא קירב אצלה א"כ לאו מידי עביד כיון דגם במקומו היתה אוכלתם עכ"ל. ומבואר דאם הבהמה בעצמה יכולה ליטול אינו חייב בקירוב אלא באגביה ומתורת גזלן אבל אם הבהמה לא היתה יכולה ליטול חייב על הקירוב ואפי' לא אגביה וע"כ הוא מתורת מעמיד בהמת חבירו וכמ"ש דחייב מדין מזיק וכיון דכאן מיירי שלא היה הבהמה יכולה ליטול וה"ל עליה תורת מזיק וה"ל כשנים שהזיקו ומשום דאגביה לא הורע כחו של בעל הפרה כיון דשותפי אית ליה להזיקו: אמנם (בעיקר דברי התוס' קשיא לי דלמה הוצרכו לפרש דוקא שלא היתה הבהמה יכולה ליטול דנהי דהיתה יכולה ליטול בעצמה סוף סוף השתא לא לקחה הבהמה אלא חש"ו הושיטו לתוך פיה א"כ אמאי יתחייב בעל הפרה הא לקיחה ליכא ואכילה נמי ליכא בחצר הניזק אי אמרינן פי פרה כחצר המזיק וכי משום שהיתה יכולה ליקח מעצמה נדון אותו כאלו לקחה וצ"ע. ומדברי) הרא"ש משמע כמ"ש וז"ל וש"מ נמי דפי פרה כחצר הניזק ונ"מ אם הושיט ראובן פירות של שמעון בחצר שמעון לתוך פי פרה דלוי דחייב לוי דפי פרה כחצר הניזק והמושיט היה חש"ו או פקח ואין לו לשלם עכ"ל ומדלא הזכיר הך דלא היה הבהמה יכולה ליטול ש"מ דס"ל דאין חילוק כיון דסוף סוף ליכא לקיחה וכמ"ש וא"כ בדברי הרא"ש ניחא הך דפקח ואין לו לשלם דאם הבהמה יכולה ליקח ליכא על הפקח אלא דין גזלן ורצה מזה גובה וכמ"ש בש"ך אבל בטור וש"ע שכתבו כדברי תוס' דמיירי שהבהמה אינה יכולה ליקח א"כ ודאי המושיט ה"ל מזיק ממש וכמ"ש ולכן צ"ל כמ"ש אא"ז משום דינא דר' נתן ואע"ג דטור וש"ע לא סברי כהרמ"ה כתבוה אליבא דהרמ"ה וצ"ע. אחר כתבי ראיתי בשטה מקובצת לב"ק שהרגיש בדברי תוס' הנז' ז"ל עוד הקשו על מה שכתבו תוספות כו' דלמה לא פירשו דאיירי אפילו יכולה ליקח ובשלא לקחה ותלמידי הרא"י ז"ל תירצו כו' וגם הוצרכו לפרש במקום שאינה יכולה ליקח דאם לא כן היה תחלתו בפשיעה עד כאן לשונו ועיין שם:

סעיף ב

משלם כל מה שנהנית ונראה דאע"ג דאבות נזיקין משלמים ממיטב אבל בזה אינו משלם אלא מזיבורית דהא בעל חוב דינו בזיבורית אע"ג דנהנה הלוה ממעותיו וחכמים הוא דתקנו בבינונית משום נעילת דלת והכא שלא מדעת בעלים הוא דנהנה ואינו משלם אלא בזיבורית:

סימן ת

סעיף א

שבועת התורה על השאר בש"ך התפלא על דברי הרב המגיד שכת' בשניהם תמין כיון שיש עדים חייב שבועת התורה דהא קנס הוא ואין נשבעין על קנס כיון דכי מודי נמי מיפטר ע"ש. וראיתי בתומים סי' פ"ט שכת' ליישב וז"ל והוא דמודה בקנס תנן ולא מודה בתשלומין והגע מעצמך אם יש עדים שגנב ומוחזק בערטלאי והוא בא לב"ד וגילה מצפוניו שיכול להשתלם ממנו הזה נקרא מודה בקנס דזה תשלומי קנס ולא בקנס עצמו ואף כאן הקנס שחייבו התורה הוא על הנגיחה וכ"ש שור נגח רעהו והזיקו מאה חייבו התורה קנס חמשים וזהו הקנס על הנגיחה אך ממה ישולם זה הקנס בזה אמרה תורה שלא ישולם רק מגוף המזיק ואם אינו שוה יפסיד הניזק בקנסו ואם יהי' שוה באיזו אופן שיהי' יגבה קנסו וזהו תשלומי קנסו אבל עיקר הקנס בנגיחה וכו' וא"כ אם יבא המזיק ויודה שגדול היזק באופן שיגיע הניזק לתשלומי הקנס אין זה מודה בקנס כלל כו' משא"כ בשור שנגח את הפרה ועוברה בצדה דעדים ראו הנגיחה אבל לא ראו ולא ידעו אם גם נגח הולד או שהיה בלא"ה מפלת א"כ הספק בחיוב הקנס הולד כי אם לא נגחו אין כאן קנס לולד כלל וא"כ הספק בגוף הקנס בזו יפה כתבו תוס' דאם מודה המזיק שנגח גם לולד ה"נ מודה בקנס והרב ש"ך במחכ"ת אגב ריהטא כתבו ולא הבדיל בין הנושאים עכ"ל. ונראה דלא רק בתוספות שם דהא בדבריהם מבואר להדיא דגם במזיקין דהיינו בפרה שהזיקה ונמצא עוברה בצדה ולא נודע אם גם הולד נגח או לא דה"ל מידה בקנס בהודאת הנזק שגם הולד הזיק וע"ש ר"פ הפרה בהא דאמרו שם אפילו ניזק ברי ומזיק שמא והקשו דה"ל משואיל"מ ותירץ משום דהוי קנס וע"ש והתם תנן נמי ברישא ונמצא עוברה בצדה ואינו ידוע אם קודם נגיחה ילדה כו' והיינו אם היה הולד נמי בנגיחת הפרה משתלם גם מן הולד ואם לא הי' הולד בעת נגיחת הפרה אין לו להשתלם מן הולד ולדברי התומים בזה יצטרך לשנם היכא דמודה שהולד ג"כ נגח והיינו ממש דשני תמים שכתב בש"ך. ומה זה שכת' בזו יפה כתבו תוספות כו' כיון דקושיות תוספות הוא בין ברישא בין בסיפא ולפי מ"ש בתומים הדרא קושית תוספת ברישא ולא תירצו בדבריהם כלום וכ"כ בטור להדיא בסי' שצ"ט וז"ל פרה מעוברת שנגחה ונמצא עוברה בצדה ואינה ידוע אם קודם נגיחה ילדה ואז אין לו להשתלם או לאחר נגיחה ילדה ויש לו להשתלם מן הולד ואין הפרה לפנינו הממע"ה וכן שור שנגח את הפרה כו' ואם לא יביא ראיה פטור אפילו משבועה דלא רמינן שבועה אנתבע אלא כי היכא דלודי אבל היכא דקנסא הוא ואי מודה מיפטר אכפירה נמי לא מחייב שבועה עכ"ל

ומבואר להדיא דגם בספק אם יש לו להשתלם את נזקו או לא נמי פטור משבועה ומשום דמודה נמי פטור. ותמהני שנעלם ממנו דברי תוס' והטור הנזכר ואם כן דברי הש"ך נכונים ומ"ש בתומים דה"ל מודה בתשלומי קנס כו' ודאי במודה בכפל או בשלשים של עבד על תשלומיו דהיינו שמוחזק בעני וכמ"ש והודה שיש לו כיון דכבר נתחייב בב"ד לשלם ואם אין לו עכשיו יהי' לו לאחר זמן ומה שמודה שמגיע ממנו עכשיו לשלם חובו אין זה מודה בקנס אבל בנזק תם דאינו משלם אלא מגופו והתורה פטרו לגמרי משאר נכסיו ואם זה לא נגח אין בו חיוב כלל וכשמודה ה"ל מרשיע עצמו אבל היכא דהחוב ברור שהוא חייב אלא שאין לו עכשיו ועני הוא נמי הב"ד מרשיעין אותו וב"ד דנין אותו לחייב ולא תהדר פני דל וכיון דב"ד מרשיעין אותו אלא שלא נודע מצפוניו עכשיו ובתמין אין הב"ד מחייבין אלא מגוף השור וזה פשוט וברור וכן מבואר מדברי הרשב"א להדיא דכה"ג בשני תמין ה"ל מודה בקנס ע"ש בפ' כיצד הרגל גבי מכירין את בעל השור ואין מכירין את השור וז"ל ואפי' מודה שזה השור הוא שנגח הו' מודה בקנס כיון דאין מכירין את השור ואפשר שנאבד וא"כ כשמודה שזה השור הוי מודה בקנס וע"ש וכן מוכח בש"ס ב"ק דמ"ג ע"ש אידי ואידי דמים הוא מיהו בן חורין דמשלם עפ"י עצמו כופר וה"ד דאי אתי סהדי דאסהידי ביה דקטל ולא ידע אי תם הוי אם מועד הוי ואמר מארי' דמועד הוא דמשלם כופר ע"פ עצמו היכי דליכא עדים משלם דמים גבי עבד שאינו משלם קנס ע"פ עצמו וה"ד דאי אתו עדים ואסהידו ביה דקטל ולא ידע אי תם הוי או מועד הוי ואו' מאריה דמועד הוי לא משתלם קנס ע"פ עצמו היכא דליכא עדים לא משלם דמים ע"ש והא דתם אינו משלם שלשים של עבד אינו אלא משום דהביאהו לב"ד ואשלם לך וא"כ ה"ל נמי מודה בתשלומי קנס אלא ודאי כל כה"ג כיון דתם אינו משתלם אלא מגופו ה"ל מודה בחיוב הקנס וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ב

שבועת התורה על השאר. וקשא טובא דכיון דגבי פקדון ליכא שבועת התורה ומשום דהודאת פקדון אפילו עדיין לא נתן מיקרי הינך וכמ"ש הר"ן ר"פ שבועת הריינים והרב המגיד פ"ג מטוען ומשום דפקדון כל היכא דאי' ברשותא דמאריה אית' ועש"ך סי' פ"ו סק"ג והכא נמי כיון דתם משתלם מגופו ויחלט השור א"כ כל היכ' דאית' ברשותא דמאריה אי' ובש"ך כת' משום דתם צריך שומא ע"ש. ואינו מובן דנהי דצריך שומא מכל מקום חלק הניזק כל היכ' דאי' ברשותיה איתא ונראה לפי מ"ש נ"י פרק השואל גבי מחליף פרה בחמור גבי טענו עבד בכסותו כו' ומוקי לה בדלייפי ומכל מקום לאו הילך הוא וכיון שאין הבגד שתובע מסוים אלא יתן לו מהבגד ממקום שירצה ע"ש. וה"נ בתם

אין הודאתו בדבר מסויים דכיון דצריך שומא ובשעת הודאה אין הדבר נודע כמה שוה השור דאם שוה יותר ה"ל הודאתו בדבר שאינו מסויים ואע"ג דנודע לסוף שאינו שוה יותר כיון דבשעה שהודה לא נודע השומא. ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה הכהן ש"ן כת' בזה לפי מה שכת' בעל המאור רפ"ק דמציעא בטעמא דהילך פטור הוא משום דכמאן דנקט להו דמי ואין זה מודה כלל דכיון שמזומן לתת לו הוה ליה כאלו כבר נתן לו קודם שתבעו ועיין שטה מקובצת בסוגיא דהילך. וגבי קנס דאינו מתחייב כלל בלי תביעה ובעינן בקנס תביעת הבעלים דתורת קנס אינו אלא בעדים ובבית דין ואפי' לצי"ש אינו חייב בלא ב"ד וא"כ אפי' הילך חייב דלא שייך בזה לו' כיון שמזומן לתת לו ה"ל כמאן דנקט בידו קודם התביעה דהא אינו מחויב עד אחר התביעה בעדים ובב"ד ע"כ ודבריו נכונים:

סעיף ג

חטין והודה לו בשעורין. עיין ש"ך שהקשה מדברי הנימוקי יוסף דכת' דבבא דמועד לא הוי חטין ושעורין ועמ"ש בסי' פ"ח ס"ק ח':

סעיף ד

ואם תפס הניזק. והיינו משום דקנסא דפלגא נזקא שאני דמהני ביה תפיסה: ובש"ך חולק וכת' דאין לחלק פלגא נזק' משאר קנסות. ועמ"ש בסי' א' ס"ק ח' ובסי' פ"ח ס"ק י"ד:

סימן תא

סעיף א

ניזק שתפס. כתבו תוס' ר"פ שור שנגח ד' וה' דפעמים שהרביעי אין לו כלום ושלישי יש לו כגון שנזקי ארבעה וחמשה שוין ונזקי שלישי יתירים ואפילו חמישי נמי פעמים שאין לו כל ניזקיו אם נזקיו יתירים על של ארבע שאינו נוטל אלא חלקו של ארבע וע"ש: ובשלטי גבורים תמה על דבריהם דלמה לא יטול החמישי מגוף המזיק גם מחלק הבעלים ומהשלישי והרביעי וכדפריך לקמן ולימא ליה אי תם הוי משתלם מגופה ומשום דא"ל סוף סוף תורא בעי שלומי ועיין שם שהניח בצ"ע. וגם במוהרש"א הניחו בקושיא. ובש"ך דחה קושייתם ואומר דלק"מ דהתם נתנו לשומר משא"כ הכא שתפסו בע"כ יכול המזיק לו' אנוס הייתי ולא הייתי יכול לשומרו וה"ל כהוציאו לסטין דהבעלים פטורין וע"ש אמנם נראה דאפי' תפסו בע"כ אין המזיק יכול לו' דאונס הייתי וראיה מהאי דפרק הכונס דף נ"ג דאמרו שם אהא דתנן הוציאו ליסטין לסטין חייבין ופריך עלה פשיט' כיון דאפקוה קמה ליה ברשותי' ומשמע דגם בשור תם נוטלין הנזקין גוף

השור דליכא למימר דהתם מיירי דוקא בנזקי שן ורגל דמשלמין מן העלי' אבל בקרן דמשלם מגופו לא ומשום דבעלים אמרו אנוסין היינו דכבר כת' הרשב"א בחידושיו להדיא אפי' בנזקי קרן ע"ש פרק הכונס וז"ל פשיטא כיון דאפקוה קמה ליה ברשותייהו לכל מילי כלו' בדאפקי' לגוזלו דקם ליה ברשותא לאונסין ולכל מילי ואפילו לתשלומי נזקין ולאו דוקא בנזקי שן ורגל דמשלמי מן העליה אלא אפילו בנזקי קרן תמה שאינו משתלם ואפילו החזירוהו לבעלים מכל מקום בתשלומי נזקו נתחייבו הן משעת משיכה עכ"ל. וכ"כ תוס' שם ד"ה פשיטא וז"ל ואין לו' דמחייבי לפי שאין יכולין לקיים מצות השבה דמשתלם מגופו דבנזקי שן ורגל איירי וכו' ע"ש ומבואר דבנזקי קרן פשיטא יותר דמחייבו ומבואר להדי' דאפי' בנזקי קרן הניזק נוטל גוף השור ואע"ג שהוציאו ליסטין בע"כ וכמו שכת' תוס' שם דכיון שהוציאו מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירתו ואין הבעלים יכולין לשומרו לפי שנגזלה מהם על הגזלן לשומרו דלענין נזקין מיקרי בעלים כל מי שיכול לשומרו עכ"ל וא"כ ה"נ כיון שזה שתפסו נעשה שומר תחת הבעלים ונוטל הניזק גוף השור ממי שהיה יכול לשומרו והבעלים יחזרו אחר הגזלן או התופס וז"ב. אמנם נראה דהכא על כרחך מיירי שלא היו הבעלים אנוסין בתפיסת הניזק מדכתבו תוס' דלר' עקיבא אינו תופס אלא בעד מחצית שלו ואינו ש"ש על חלק הבעלים וצריכין הבעלים לשלם מחצית והניזק מחצית ע"ש וכתבו הרמ"א ולמה יתחייבו הבעלים לשלם כיון דאנוסין הם לפי דעת הש"ך ואפילו לפמ"ש דאפילו באונסין נמי נוטל הניזק גוף השור היינו דוקא בהוציאו ליסטין ומשום דהגזלן יכול לשומרו הרי הוא נכנס תחת הבעלים אבל פרצוה לסטים ונפרצה בלילה כיון דלא נכנס השור תחת יד מי שיוכל לשומרו הרי פטורי בעלים משום דאנוסין הם וכיון דלרבי עקיבא לא נכנס תחת יד הניזק רק במחצית שלו אבל מחצית של הבעלים לא נכנס כלל לרשותו א"כ ודאי הבעלים פטורים. וכן מבואר מדברי תוס' פרק הכונס דף נ"ג שם ד"ה פשיטא וז"ל ולא דמי נתפסו ניזק לר' עקיבא דאפילו ש"ח אין על חלק חבירו דשותף אינו מתכוין להחזיק רק בשלו ואינו בא להוציא חלק חבירו מרשותו כמו גזלן וע"ש וכיון דהתופס אינו נכנס תחת יד הבעלים והרי הוא עכשיו בלי שומר א"כ ה"ל כנפרצה בלילה דפטירי. ולכן נראה דמיירי כאן שתפסו הניזק בפשיעת הבעלים והיו יכולין לשומרו שלא יתפוס אותו הניזק ומש"ה משלמים הבעלים חציה לפי דעת תוספות והרא"ש והיכא דתפסו ניזק בע"כ שלא בפשיעת הבעלים דכה"ג הבעלים פטורים כמ"ש נראה דהתופס צריך לשלם חלקו וחלק הבעלים מדרבי נתן כיון דהבעלים פטירי מדינא מיהו לפי דעת הרמב"ן בספר המלחמות ר"פ הפרה דלא אמרינן דר' נתן אלא גבי שור ושור פסולי מוקדשין שהרי

הוא מזיק בלא כחו של חבירו אבל בשר ואימורין הבשר לא כולי נזק ולא פלגא נזק מצי עבד הבשר בלא אימורין ודין שישתלם מהבשר ולא שישתלם מהבשר נגד אימורים ע"ש וא"כ ה"נ ל"ש דר"נ אבל לדעת רש"י ותוס' פ"ק דב"ק דאפילו בבשר ואימורין נמי אמרינן דרבי נתן א"כ ה"ה הכא ודו"ק:

סימן תה

סעיף א

שור שחבל באדם. כתב הדמב"ם פרק י' מנזקי ממון וז"ל בהמה שנכנסה לחצר הניזק ודרסה ע"ג תינוק דרך הילוכה והרגתו בעלים משלמין את הכופר כו' נמצאת למד שהמועד שהמית בכוונה נסקל והבעלים חייבים בכופר ותם שהמית שלא בכוונה פטור מן המיתה ומן הכופר ואם נתכוין להמית נסקל והבעלים פטורים מן הכופר וכן מקנס של עבד נ"ל שאע"פ שהתם שהמית בכוונה עבד או שפחה פטור מן הקנס שהוא שלשים סלע הכתוב בתורה אם המית שלא בכוונה משלם חצי דמי העבד או חצי דמי השפחה מגופו כאלו המית שור חבירו או חמורו עכ"ל ובהשגות כתב ז"ל א"א הסברא הזו אינו מחוורת שהרי ע"פ עצמו דאמר רבא דלא משלם כופר בבן חורין אפ"ה משלם דמים ולגבי עבד דמים נמי לא משלם ואי בבן חורין לא משלם חצי דמים גבי עבד אמאי משנם חצי דמים כו' ע"ש ועמ"ש בזה הרב המגיד ולחם משנה והמתבאר מדבריהם לשטת הרמב"ם תם פטור מכופר ושלא בכוונה דאין השור בסקילה אפ"ה לא משלם דמים דס"ל דאין דמים לבן חורין אלא בעבד ולהראב"ד שלא בכוונה דאין השור בסקילה משלם דמים בבן חורין דיותר שייך דמים בבן חורין מבעבד וכדמוכח שם בסוגיא פ' ד' וה' (ד' מ"ג) אמר רבה ע"ש. ונראה דגם הרמב"ם סובר דשייך דמים בן חורין וכדמוכח שם בסוגיא (דף מ"ג) אלא כיון דכופר אינו משלם אלא לאחר מיתה וכדאיתא פ' ד' וה' (דף מ"ב) והמית איש או אשה כו' לא אמר רבי עקיבא אלא בכופר הואיל ואינו משתלם אלא לאחר מיתה וביש"ש פרק ד' וה' שם כתב דה"ה דמים נמי לא משלם אלא לאחר מיתה וכיון דפלגא נזקא קנסא אין אדם מוריש קנס לבניו כדאי' פרק נערה וא"כ לא משכחת דמים לבן חורין בפלגא נזקא דתם כיון דבתורת ירושה בא הדמי' ליורשי המת אבל בעבד דכסף מקנתו הוא ובשורו וחמורו שפיר שייך דמים בעבד בפלגא נזקא דתם ובסוגיא שם (ד' מ"ג) דמשלם דמים בבן חורין במועד אמרו שם ע"ש אבל בתם דקנסא לא שייך דמים וכמ"ש דאין אדם מוריש קנס ומשום הכי בתם פטור מכופר ומדמים דכופר אע"ג דכופרא כפרה ואינו קנס הרי תם פטור מכופר ודמים לא שייך ביה משום דה"ל קנס וכמ"ש ובפרק

שור שנגח (בבא קמא דף מ"ב) לבעל השור נקי ר' אליעזר או' נקי מחצי כופר א"ל ר' עקיבא והלא הוא עצמו אינו משלם אלא מגופו הביאהו לב"ד כו' א"ל רבי אליעזר כו' אין דיני אלא כשהמית ע"פ ע"א או ע"פ בעלים ופריך ע"פ בעלים מודה בקנס קסבר כופרא כפרה תו תניא שם ובעל השור נקי רבי עקיבא או' נקי מדמי עבד ופריך ולימא ר"ע לנפשיה והלא הוא עצמו אינו משתלם אלא מגופו וכו' ולפמ"ש תיקשי מאי פריך ולימא ר"ע לנפשיה דהא רבי עקיבא דשלא בכוונה ליכא כופר ולא שלשים של עבד וכמ"ש תוס' ד"ה נקי מחצי כופר ע"ש וא"כ בעבר אתי בעל השור נקי למעטו מדמים אבל לר' אליעזר נקי מחצי כופר שפיר קא מקשה והלא הוא עצמו כו' ואי לדמים הא בבן חורין לא שייך דמים מטעמא שכתבנו דקנס אין אדם מוריש. מיהו לפמ"ש תוס' שם ד"ה נקי מחצי כופר דכיון דדמים לא כתיב בקרא אין סברא למעוטי דמים ע"ש ניחא ודו"ק:

סימן תו

סעיף א

שור של עכו"ם וה"ה שור של הקדש בר"ש פ"ק דב"ק נסתפק בבכור בזמן הזה כשהוא ביד כהן אי הוי ממון בעלים דלרבי יוסי קדשים קלים ממון בעלים הם ולרבנן לא הוי ממון בעלים ע"ש. ובאה"ע סי' כ"ח ע"ש ולגבי קידושין דהוי ספק ובחלקת מחוקק שם כתב דאנן קי"ל כרבי יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים וכמ"ש הרא"ש בבכורות וחזר בו הרא"ש שם ממ"ש בפ"ק דב"ק. וכ"כ בלחם משנה פ"ח מניזקי ממון אליבא דהרמב"ם דסובר כר' יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים הם ע"ש. וכן נראה לענ"ד מהא דאמרי' פרק השוחט (חולין דף ל"ו) מכלל דחבת הקדש דאורייתא מנלן אלימא מדכתיב והבשר אשר יגע בכל טמא האי בשר דאתכשר במאי אלימא דאתכשר בדם והא אמר ר' חייא בר אבא אמר רבי יוחנן מנין לדם קדשים שאינו מכשיר כו' אלא לאו דאכשר בחבת הקודש ודלמא כרב יהודה אמר שמואל כגון שהיתה פרה של זבחי שלמים והעבירה בנהר דעדיין משקה טופח עליה ע"ש וכיון דכתב הרמב"ם פ' י"ג מה' טומאת אוכלין ז"ל כל דברי הכשר דברי קבלה כו' א' המים וא' שאר ז' המשקים והוא שינתן ברצון הבעלים עכ"ל. וע"ש בכסף משנה שכתב הרשב"א חולק וליישב דעת רבינו משמע ליה דפשיטא דרצון בעלים בעינן דאין סברא לרצון אחרים יגרום טומאה לדבר שאינו שלהם עכ"ל וא"כ היכי משכחת בקדשים הכשר מים כיון דבעינן רצון הבעלים וקדשים לית להו בעלים ומזה נראה מוכח כדעת הפוסקים כרבי יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים וא"כ בפרה של זבחי שלמים דהוי קדשים קלים שפיר מהני ליה

הכשר מים דבעלים ובזבחי' (דף קי"ז) אי דאקדשינהו והדר אקנינהו הא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ומשני בקדשים קלים ואליבא דר' יוסי הגלילי ומוכח דאליבא דרבנן אינו אוסר בקדשי' לפי שאינו שלו וא"כ הא דמהני הכשר מים ע"כ משום דס"ל כרבי יוסי הגלילי וכמ"ש ובזה ניחא לישב הא דנקט פרה של זבחי שלמים וברש"י הרגיש בזה וכתב משום דזבחי שלמים העור לבעליהם ע"ש ולפמ"ש ניחא דנקט פרה של זבחי שלמים דאלו שאר קדשים אין להם בעלים ולא משכחת הכשר מים כיון דבעי' שיפלו ברצון בעלים וקדשים לית להו בעלים אבל שלמים ממון בעלים. וניחא בזה ליישב מה דקשיא לן בהא דאמרי כגון שהיה לו פרה של זבחי שלמים והעבירה בנהר ועדיין משקה טופח תיפוק ליה בשלמים דנאכלין בכל העיר ומשכחת לה שפיר שהדיח בנהר את הבשר לאחר שחיטה וכמ"ש רש"י פ"ק דפסחים (דף כ') דתנן מחט שנמצאת בבשר וכו' ופריך עלה האי בשר דאתכשר כו' במאי וכתב רש"י הא דלא פריך אקרא דכתיב והבשר אשר יגע בכל טמא דקרא פשיטא דאית הכשר טובא שהשלמים נאכל בכל העיר ושם מדיחין אותו ומבשלין אותו ע"ש וא"כ מאי פריך לה בחולין אקרא ולפמ"ש ניחא דפרק האיש מקדש (קידושין דף נ"ב) תנן המקדש בחלקו בין קדשי קדשים בין קדשים קלים אינה מקודשת ואמרי' עלה נימא מתני' דלא כר' יוסי הגלילי דאמר קדשים קלים ממון בעלים אפי' תימא רבי יוסי הגלילי כי קאמר רבי יוסי מחיים אבל לאחר שחיטה לא מ"ט כי קא זכו משלחן גבוה קא זכו ע"ש ומש"ה הוצרכנו לו' שהעבירה בנהר ועדיין משקה טופח דהכשר דאיכא בעור לאחר שחיטה לא מהני בקדשים אפילו בקדשים קלים דלאחר שחיטה תו לא דמאריה ולית להו בעלים וא"כ ליכא רצון בעלים אבל העבירה בנהר ועדיין משקה טופח ה"ל מחיים וה"ל ממון בעלים לפי מה דקי"ל כרבי יוסי הגלילי ואע"ג דמחיים לא הוכשר אלא לאחר שחיטה אכתי ממון בעלים הוא עד אחר ארבע עבודות וכמ"ש רש"י פרק מרובה (בבא קמא דף ע"ו) ז"ל דבכי האי שחיטה לא אמר רבי יוסי הגלילי דמשולחן גבוה קא זכו אלא במקדש בחלקו דהוי התם שחיטה וזריקה והקטרת חלבים אבל בשעת טביחה אכתי ממון בעלים הם ע"ש ומש"ה בעינן זבחי שלמים והעבירה בנהר דוקא דאז ה"ל ממון בעלים אבל שאר קדשים אפי' מחיים אינן ממון בעלים וכן הכשר דאיכא בעור בשלמים קודם הבישול נמי תו לאו ממון בעלים ואנן בעלים בעי' גבי הכשר וכמ"ש הרמב"ם והוא שיפלו ברצון הבעלים וזה נכון היטב: אמנם קשיא מדברי הרמב"ם שכתב בפ"ח מנזקי ממון שלמים שהזיקו גובה מבשרן ע"ש והוא כרבי יוסי הגלילי ובפ"ח מגניבה כתב הרמב"ם הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים הרי זה פטור מכפל וע"ש ואמאי פטור מכפל גבי קדשים

קלים כיון דס"ל ממון בעלים. מיהו בלחם משנה שם כתב דבגניבה איתא מיעוטי וגונב מבית האיש ומה"ט לא סמיך הרמב"ם שם בהלכו' גניבה על רעהו ע"ש. אך קשה הא דכתב הרמב"ם בפ' זו ממעילה המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום ע"ש וכיון דס"ל קדשים קלים ממון בעלים למה לא מהני מכירתו. ונראה לענ"ד בזה דהא דקדשי' קלים ממון בעלים לרבי יוסי הגלילי אינו אלא לענין הבשר שיוכל למוכרו מחיים שיאכל הקונה את הבשר אבל שישחט ויזרוק על שם הקונה מודה רבי יוסי הגלילי דלא מהני דהזבח אינו נשחט ונזרק אלא על שם הבעלים שהקדישו אותו וכשם שאסור לשנויי מזבח לזבח כן אסור לשנות שם הבעלים שהקדישו אפי' בקדשים קלים וא"כ ניחא המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום דהיינו להקריבו על שם הקונה וכמ"ש רש"י בפסחי' דף פ"ט ע"ש וז"ל המוכר עולתו להתכפר בו אחר לא עשה כלום ואין העולה קריבה אלא לשם בעלים הראשונים עכ"ל וה"ה בשלמים כה"ג שתקרב על שם הלוקח ובזה גם רבי יוסי מודה וכמ"ש וכן מוכח מהא דאמרינן פ"ק דב"ק (דף י"ג) תורה שהזיקה אינו גובה מלחמה ופריך פשיטא ומשני הא קמ"ל דמתכפר מביא לחמה מהו דתימא נימא את אכלת בישרא ואנא מביא לחמה קמ"ל דלחמה חובה דגברא ע"ש ואי נימא דלרבי יוסי הגלילי קדשים קלים ממון בעלים למוכרן לאחר שישחוט ויזרוק על שם הלוקח א"כ תודה שהזיקה כיון דהוחלט השור לניזק ושחט ויזרק על שם הניזק ולא יעלו לבעלים לשום חובה ויצטרך תודה אחרת וממילא יביא לחמה וכן נראה מדברי הרמב"ם פ"ח מנזקי ממון ז"ל שלמים שהזיקו גובה מבשרן כו' תודה שהזיקה גובה מבשרה כו' וכיצד גובה שיאכל הניזק וחבורתו מן הבשר בקדושה כנגד חצי נזק שלו עכ"ל הרי מבואר דאין לו לניזק אלא אכילת בשרה אבל נשחט ונזרק על שם בעלים הראשונים אע"ג דהוחלט השור מחיים וזה נראה לענ"ד ברור ובתוס' מרובה (דף ס"ו) בהא דמוקי קרבנו לא הגזול דגזל קרבן דחבריה והקשו תוס' אי בחטאת כו' ואי בעולה ושלמים הא אמר בפסחים המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום ע"ש. ובחידושי פני יושיע ראיתי שכתב ז"ל ובעיקר תמיהת תוס' יש לי ליישב דמתוקמא שפיר בשלמים ואליבא דר' יוסי הגלילי דאמר קדשים קלים ממון בעלים מחיים כדאי' בקידושין דיכול לקדש בו את האשה וה"ה דיכול למוכרה והאי ברייתא דפסחים דלא כרבי יוסי הגלילי או אפילו כר' יוסי מודי דמדרבנן לא עשה כלום וה"נ משמע התם משום קנס עכ"ל. ולפי מ"ש אפילו לרבי יוסי אינו נמכר אלא לאכילת בשר וא"כ אכתי תיקשי היכי משכחת גזל קרבן דחברי' דהוא להקרבה. וגם מ"ש פני יושיע דלר' יוסי נמי מדרבנן לא עשה כלום ומשום קנס המעיין שם בפסחים (דף צ"ט) יראה דלא אמרו שם קנס בעיקר המכירה

אלא בהא דתני לא עשה ולא כלום והמעות יפלו לנדבה ופריך וכי מאחר דלא עשה ולא כלום מעות אמאי יפלו לנדבה אמר רבא קנסא ופירש"י קנסו רבנן לקונה דלא ליקני זימנא אחריתי עולה ושלמים דאחר איהו הוא דאפסיד אנפשיה דלא ה"ל למיקני כפרת אחרים וע"ש וא"כ הקנס אינו אלא ללוקח שיפלו המעות לנדבה דלא ה"ל למיקני כפרת אחרים אבל אי נימא דאיתיה במכירה אמאי נקנסי' כיון דכדין עשה ולמה יענש וכן משמע פ' האיש מקדש (קידושין דף נ"ב) דלר' יוסי הגלילי יכול לקדש בהן את האשה בקדשים קלים מחיים וע"ש ואי נימא דמודה דמדרבנן לא עשה כלום א"כ אשה נמי לא קנסה כלל ואין לה שום הנאה ובפסחים (דף צ') תנו רבנן הממנה אחרים עמו על פסחו ועל חגיגתו מעות שבידו חולין והמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום ופריך עלה בגמ' זה הפריש טלה לפסחו וזה הפריש מעות לפסחו היאך הקדש חל על הקדש דקתני מעות שבידו חולין אמר אביי אי לאו דאוקמא רבי אושעיא להההוא בממנה זונה על פסחו ורבי הוא הוי מוקמינן להאי בקדשים קלים ואליבא דרבי יוסי דאמר ממון בעלים כו' וההוא דמוקי לה רבי אושעיא כרבי לא מוקמינא אלא כרבי דבפסח לא משייר אינש והא ליכא לאוקמי כרבי יוסי דהא תני בה והמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום. ולפי מ"ש דהמוכר עולתו ושלמיו אתיא אפילו כרבי יוסי כיון דמיירי להתכפר בו אחר וכמו שפרש"י שם ובזה ר' יוסי מודה דלא מהני נראה דהכי קאמר אביי והא ליכא לאוקמי כרבי יוסי דהיינו הא דתני והמעות חולין כיון דתני בה והמוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום א"כ מוכח דס"ל דלהתכפר בו ודאי לאו כלום הוא ואם כן היכי קדושה חלה על קדושה כיון דעולה ושלמים לא נפקא מקדושתן והקדושה לא נמכר ודמים של הקדש לא נפקא לחולין אלא היכא דקונה בו בהמת חולין וכיון דגוף הקדושה לא נמכר לקונה א"כ היכא נעשה המעות חולין אבל אכתי מתוקמא שפיר הא דמוכר עולתו ושלמיו גם לרבי יוסי וכמו שכתבתי כיון דמיירי שמוכרו להתכפר אלא דלא מתוקמא הא דתני והמעות חולין כיון דתני לא עשה ולא כלום על כרחך דס"ל דלא קנה להתכפר וא"כ ודאי לא יצא המעות לחולין ודו"ק היטב: שוב ראיתי במשנה למלך פ"ד ממעילה שהקשה על הרמב"ם דפוסק לא עשה ולא כלום ופסחים (דף צ') משמע דלא מתוקמא כרבי יוסי ובפ"י מנזקי ממון פסק כרבי יוסי והניח שם בצ"ע ע"ש ולפמ"ש ניחא. אמנם קשיא לי בהא דמשמע בקידושין (דף נ"ב) דלרבי יוסי המקדש בקדשים קלים מחיים מקודשת דה"ל ממון בעלים. ולפמ"ש היינו למוכרן לבשרן וכמ"ש דהא מבואר בפסחים (דף כ"ז) שם בתנור שהסיקו בעצי הקדש ופריך והא מעל המסיק ונפק לחולין א"ר פפא הכא בעצי שלמים עסקינן כו' כיון דלאו בר מעילה הוא ופרש"י שם ז"ל

וקדשים קלים אין להם מעילה דלאו קדשי ה' קרינן ביה שכולן לבעלים כו' ואיסורא רכב עלה וממעילה הוא דאימעט במסכת מעילה עכ"ל וכיון דאסור בהנאה מן התורה היכי מקדש בו את האשה וכ"כ תוספת בתמורה ריש פ"ק (דף ג') ד"ה לאו דאיסורא ע"ש וכן מוכח בפשיטות בנדרים (דף י"א) בהא דבעי רמא בר חמא הרי עלי כבשר זבחי שלמים לאחר זריקת דמים מהו כו' אלא דמחית בשר זבחי שלמים ומחית דהיתרא גביה ואמר זה כזה מאי בעיקרו קא מתפיס וע"ש פירש"י והר"ן דקודם זריקה ודאי מיתסר בהנאה ע"ש וא"כ היכי רשאי לקדש בו את האשה ומה שנא ממקדש בערלה וכלאי כרם ואפשר לו' דערלה וכלאי כרם אין לאשה בהם הנאה כלום דאסור בהנאה לדידה אבל קדשים קלים אית לה הנאה בה לאחר שחיטה וד' עבודות מיהו בתוס' ע"ז ר"פ השוכר הקשו במקדש בערלה כיון דאפרן מותר הרי אית ליה הנאה וכן שלא כדרך הנאתן ותירצו כיון דקידושי כסף יליף משדה עפרון וכיון דאינו ראוי לקנין לא מהני בקידושין ע"ש ומוכח דאפילו היכא דיכולה ליהנות בהן כיון דלדידה אסור בהנאה ואינו ראוי לקנות בו את השדה נמי אינה מקודשת ובביאור דברי תוס' הנזכר הארכנו בחידושי לאה"ע סי' כ"ח. ועוד עיקרא מלתא דלרבי יוסי דאמר ומעלה מעל בה' לרבות קדשים קלים ולמה יתחייב בכפירתו הא כיון דלא אמר רבי יוסי הגלילי אלא מחיים אבל לאחר שחיטה משלחן גבוה קא זכו ומחיים אסור בהנאה מן התורה כיון דאסור בהנאה תו לאו כפירת ממון הוא וכדאמרינן במרובה כיון דשחט בה פורתא אסרה ותו לאו דמארי' קא טבח וזה ודאי דעל איסורי הנאה לא יתחייב בכפירתו וכן בשלמים שהזיקו דגובה מבשרן ולמה יתחייב בעלים על ממון דאיסורי הנאה וצ"ע כעת:

סעיף ב

והפקירו קודם שעמד בדין ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהן ש"ן הקשה בהא דאמרינן פרק החובל (בבא קמא דף צ') שור שהמית ואח"כ הזיק אם הוא מועד דנין אותו ד"מ ואח"כ דנין אותו דיני נפשות קדמוהו ודנוהו דיני נפשות אין חוזרין ודנין אותו דיני ממונות ופריך וכי קדמוהו ודנו אותו דיני נפשות ליהדר ולדייני אותו ד"מ ע"ש ומאי פריך הא אמרינן בכריתות (דף כ"ד) שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם וזכה בו זכה בו משום דאפקורי אפקר ליה וכיון דקדמוהו ודנו אותו דיני נפשות הרי נעשה הפקר ואיך איפשר ליהדר ולדייני דיני ממונות כיון דהפקירו קודם שהעמידו בדין ע"כ:

ונראה בזה משום דבאסורי הנאה לא מהני הפקירו כלל וכדמוכח בפסחים (דף ה') בהא דאמרו ונבטליה בשית משום דרב גידל דאמר המקדש משש שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין אלמא דאין לבעלים שום כח להפקיר אחר שנאסר בהנאה וכ"כ רש"י פרק שור

שנגח ד' וה' (בבא קמא דף מ"ה) בהא דאמרו שם שור הנסקל משנגמר דינו מכר אינו מכור הקדישו אינו מוקדש ופרש"י אינו מוקדש דלאו ברשותיה דמאריה קאי לאקדושי' וא"כ ה"ה לאפקוריה אינו ברשותו אלא דאיסורי הנאה אע"ג דלאו ברשותיה קאי אבל בעלים מיהא אית ליה וכמ"ש הריב"ש בסי' ת"א דזכיה יש בו באיסורי הנאה מדאמרינן בע"ז מכי אגבה קניא ע"ש וכ"כ הרשב"א בחדושיו פרק לולב הגזול באתרוג של ערלה חשיב לכם ומשום דאית ליה בעלים אע"ג דאסור בהנאה ע"ש וא"כ הא דאפקירו קודם שעמד בדין פטור היינו משום דבעינן בעלים מתחלה ועד סוף והא אית ליה בעלים והפקר שלהם לאו כלום כיון דאיסורי הנאה מיקרי דבר שאינו ברשותו וכמו גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדישו והא דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בהם היינו דכיון שהוזמו עדיו הרי מעולם לא היה מאיסורי הנאה וכיון דבעלים הפקירו הרי הפקירן הפקר ודו"ק וכן נראה מדברי הרמב"ם שכת' בפרק י"א מנזקי ממון ז"ל שור שהמית את אדם והקדישו בעליו אינו קדוש וכן אם הפקירו אינו מופקר כו' בד"א אחר שנגמר דינו לסקילה ואחר כת' ז"ל שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו ע"ש ומאי מהני הפקר בעליו כיון דכבר כת' דהפקירו אינו הפקר אלא נראה כמ"ש דודאי איסורי הנאה בעלים ואפ"ה הפקירו אינו מופקר ומשום דלא עדיף מדבר שאינו ברשותו דאף ע"ג דשלו הוא אינו ברשותו להקדישו ולהפקירו וכמ"ש בסי' רי"א ע"ש אבל בהוזמו עדיו למפרע בעלים אית להו וברשותייהו הוי קם לאפקוריה ואע"ג דיאוש ודאי מהני אפי' בדבר שא"ב דהא בגזילה מהני יאוש וא"כ כי נגמר דינו נימא דיאוש מיהא הוי דליתיה דיאוש לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה ואינו כהפקר וראיה מהא דאמרינן במרובה (דף ס"ו) זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנותו ע"ש ואי נימא דביאוש יצא מרשות בעלים נהי דאינו רוצה לקנות אכתי היכי מצי אמר הרי שלך לפניך בתר דמייאש מאריה מיניה כיון דתו לאו דמאריה ודו"ק:

סימן תז

סעיף א

אע"פ שהוא מכור. ביש"ש תמה בזה דהא לדידן דקי"ל כרבי עקיבא אפילו לרדיא אינו מכור ע"ש. והיינו דשם ב"ק (דף ל"ג) תני בברייתא שור תם שהזיק עד שלא עמד בדין מכרו מכור הקדישו מוקדש שחטו תם ונתנו במתנה מה שעשה עשוי משעמד בדין מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש שחטו ונתנו במתנה לא עשה כלום ואמרינן עלה מכרו

מכור לרדיא הקדישו מוקדש משום דרבי אבהו שחטו לא צריכא לפחת שחיטה ושטת תוס' שם דאתיא כר' ישמעאל אבל לר' עקיבא אינו מכור לרדיא. אמנם נראה דשטת הרמב"ם דאתיא כר"ע דאלו לר' ישמעאל א"כ אפילו עמד בדין דהא לרבי ישמעאל אפי' אחר העמדה בדין נמי יכול לסלוקי בזוזי ואין לומר הא דתני עמד בדין היינו ששמו לו השור והחליטו לפי שלא היה רוצה מזיק לסלק מזוזי דכה"ג במועד נמי כל שלא נתן המזיק מעות והב"ד הגבו לו את גוף השור דהוי של הניזק. ולשטת תוס' צריך לו' דסברי דאפילו לרבי ישמעאל אינו יכול לסלקו בזוזי אחר העמדה בדין וצ"ע. ולכן נראה דהך ברייתא כר"ע הוא דאתיא אלא דלרבי עקיבא נמי קודם העמדה בדין עדיין לא זכה בו דקנס אין אדם זוכה אלא אחר העמדה בדין כיון דאי מודה מיפטר והא דאמרינן שם הקדישו ניזק איכא בינייהו נמי לאחר העמדה בדין קאמר ובתוס' שם הקשו דהא קנס אינו זוכה אלא אחר העמדה בדין ע"ש ולפמ"ש דמיירי לאחר העמדה בדין ניחא דלר' ישמעאל אפי' אחר העמדה בדין אין הניזק יכול להקדישו דאפי' אינו אלא בע"ח ויכול לסלוקי בזוזי והך ברייתא דאתי' כר"ע ואפ"ה קודם שעמד בדין מכרו מכור לרדיא אבל גוף השור חוזר וגובהו אחר שיעמדו אותו בדין דאע"ג דאין לו לניזק אלא אחר העמדה בדין חוזר וגובהו דלא גרע מבע"ח דמכאן ולהבא גובה ואפ"ה טורף מלקוחות וכן מהקדש טריף דלא עדיף כח הקדש מכח מקדיש וכמ"ש תוס' פ' השולח (גיטין דף מ') ע"ש והא דהקדישו מוקדש אינו אלא משום דרבי אבהו ושחטו תם מה שעשוי עשוי כיון דאכתי אינו שלו קודם העמדה בדין אינו אלא כמו מזיק שעבודו הא דאמרו שם מכרו אינו מכור מני ר' עקיבא היא דאמר מוחלט היינו משום דהוי סלקא אדעתיה דמיירי נמי לאחר העמדה בדין ואינו מכור כלל אפי' לרדיא א"כ כר"ע אתיא אבל במסקנא דמוקי מכרו אינו מכור אפי' כרבי ישמעאל ומשום דמשעבדא ליה והקדישו מוקדש אפילו לרבי עקיבא ומשום דר' אבהו זה הנראה בשטת הרמב"ם ועמ"ש בסי' פ"ח ס"ק י"א:

סעיף ב

וי"א דצריך לשלם פחת השחיטה כת' בש"ך ז"ל וכן עיקר לפי מה דקי"ל כרשב"ג דמזיק שעבודו חייב וכמ"ש הרמב"ם פ"ז מחובל ע"ש וכן בב"י למדו ממזיק שעבודו אמנם לשטת תוס' דהברייתא אתי כר' ישמעאל והוא דה"ל מזיק שעבודו כיון דיכול לסלוקי בזוזי ואינו אלא שעבוד אבל לדידן דקי"ל כר' עקיבא דמוחלט השור א"כ ה"ל מזיק ממש ולפי מ"ש בסק"א בשטת הרמב"ם וש"ע דקודם העמדה בדין אפילו לרבי עקיבא אינו שלו ואינו אלא כמו שעבוד דיגבה אותו כשיעמוד בדין א"כ אינו אלא מזיק שעבודו:

סעיף ג

פחת השחיטה. ז"ל הטור ואם שחטו המזיק צריך לשלם פחת שפחתו המיתה אפי' לדידן דלא מגבינן ליה בדינא כיון דאי תפס לא מפקינן מיניה עכ"ל וברמב"ם פרק כ"א מהלכות עדות ז"ל העידו על פ' שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא את עינו והוזמו משלמין דמי העבד ודמי עינו והראב"ד כת' ז"ל והוא כת' בהל' חובל שהאדון אינו משלם אלא אם תפס העבד וא"כ העדים שהוזמו אמאי משלמין עכ"ל ואם כן ה"נ לדעת הרמב"ם אע"ג דעדין לא תפס צריך לשלם פחת שחיטה ומשום דה"ל היזק כיון דיכול לתפוס וכמ"ש בכסף משנה שם כדעת הרמב"ם דמשלמין דמי עינו משום דבקל יכול לתפוס ע"ש אבל להראב"ד דס"ל כה"ג שצריך תפיסה כל שלא תפס עדיין לא מיקרי היזק ה"נ פטור ואפשר דאפילו לדעת הרמב"ם אינו אלא בעדים זוממין וכמ"ש במגדול עוז שם ז"ל משום דתלי רחמנא דינא במחשבתן כדכתיב כאשר זמם והרי זממו עליו ואם יתפוס לא מפקינן מיניה ע"ש אבל כאן גבי מזיק אין לחייבו כל שאין לו חיוב ברור דהא אכתי לא תפס ומי יימר דתפס וצ"ע. מיהו נראה גם לדעת הטור והרמ"א נמי אינו אלא אם תפס אבל אם לא תפס אין הב"ד מחייבין אותו בפחת שחיטה כיון דאנן השתא לא דיינין דיני קנסות ואפי' איתיה לשור בעינא מכ"ש היכא דליתיה לשור ובתפס מיירי והיכא דאי' לשור צריך לתפוס גוף השור בקרן תמה והשתא דשחטו ואפחתיה מהני אפילו תפס מידי אחריני ועמ"ש בסי' א' סק"ה:

סעיף ד

וכן אם נשתמש בו ובחידושי הרשב"א הקשה למה ישלם הרדיא הא קי"ל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ולוקח מגזלן כגזלן וע"ש דמפרש לה לענין לכתחלה ולענ"ד נראה לישב דעת רש"י והטור דס"ל דצריך לשלם הרדיא דהא דכיון דהא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה היינו דוקא היכא דאי' בתורת גזילה וגבי קרקע דאינה נגזלת צריך לשלם שכירות אע"ג דירד אדעתיה דגזלנות. וה"נ בשור תם דעד שלא העמידו בדין רשאי המזיק להשתמש בו אפילו לכתחלה כיון דאפילו לצי"ש אינו חייב כלל בקנס קודם שחייבו אותו בית דין וכמ"ש בסי' א' סק"ה. אלא דגבי נזק גלי קרא לרבי עקיבא דכי העמידו בדין יזכה למפרע ומשום דכתיב ומכרו את השור החי ע"ש אבל זה ודאי דכל זמן שלא העמידו בדין אין בו שום חיוב על המזיק ורשאי המזיק להשתמש בו ואם כן אפילו נחית המזיק אדעתא דגזלנותא ושלא לשלם שכירות אין בו תורת גזילה כיון דרשאי להגביהו ולהשתמש בו וכמו שכתבתי ולא גרע מקרקע דכיון דאינו בתורת גזילה משלם שכרה וה"נ הכא אינו בתורת גזילה וכי העמידו בדין אחר כך וזכי ליה רחמנא

למפרע משלם שכרה אבל נהי דזכה למפרע כיון דבדין משתמש ורשאי בכך אין בו תורת גזילה וכמ"ש וזה נכון:

סימן תי

סעיף א

בין שהי' בן חורין או עבד. משום דכתי' ונפל שמה שור או חמור ודרשינן מיניה שור ולא אדם ובתוס' פ"ק לעיל דאצטריך לעבד וכותי הקנוי לישראל דהא שרי בהנאה. וע"ש תוס' ד"ת שהקשו למה לי שור ולא אדם תיפוק ליה מעליו ולא על שאר נזקין וי"ל דאצטריך שור ולא אדם לפטור עבד או כותי הקנוי ע"ש. ונראה דהא דכתבו לפטור עבד או כותי עיקר תירוץ הוא לכותי דאי לעבד ודאי דין ישראל ממש יש לו ומעליו ולא על שאר נזקין כי היכא דמיעט ישראל ה"נ עבד ותדע דהא גבי אש תני שם בברייתא דפטור משלשים של עבד וכתבו שם תוס' דאש ובור פטירי מעליו ולא על שאר נזקין ע"ש ומשום דכופר בבן חורין ושלשים של עבד חד דינא אית להו וכל מקום דפטור בבן חורין פטור בעבד דהא באש לא כתיב מיעוטא אחריני ומעליו ולא על שאר נזקין ילפי' לה וא"כ נ"ל דעיקר תירוצם לכותי הקנוי וכן מ"ש התוס' דהאי שרי בהנאה נראה נמי דעיקר כוונתם לכותי הקנוי דאלו עבד כיון דחייב במצות כאשה ה"ל דין ישראל וכך מבואר מדברי הראב"ד פ"ח מערכין במ"ש הרמב"ם האומר ראש עבד זה עלי וכתב עלה הראב"ד ז"ל מה ישוה ראש אדם כאשר יסור ראשו ואפילו לכלבים אינו ראוי שהרי איסור הנא' הוא ובכסף משנה כתב דהרמב"ם מיירי בעבד שלא קיבל עליו מצות דאינו אסור בהנאה אלא ישראל דומיא דמרים עכ"ל ומבואר דכל שקיבל עליו מצות אסור בהנאה וא"כ אפשר דתוספות מיירי נמי בעבד שלא קיבל עליו מצות. ואיכא למידק לפי מה דאמרינן בפרק החולץ (יבמות דף מ"ה) הלוקח עבד מן הנכרי וקדם וטבל לשום בן חורין קנה לעצמו בן חורין מ"ט כותי גופיה לא קני מה דקני הוא דמקני וכיון דקדם וטבל לשום בן חורין אפקעיה לשעבודא כדרבא דאמר הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד כו' אמר רב אויא לא שנו אלא בלוקח מן הכותי אבל כותי גופיה קני דכתיב וגם מבני התושבים הגרים עמכם מהם תקנו אתם קונים מהם ולא הם קונים מכם ולא הם קונים זה מזה למאי אי מעשה ידיו אטו כותי לא קני לישראל למעשה ידיו אלא לאו לגופיה וקאמר רחמנא אתם קונים אפי' גופיה פריך רב אחאי אימא בכספא וטבילה קשיא ועיין בלחם משנה פ"ח ופ"ט מעבדים לשטת הרמב"ם דס"ל כרב אחאי דלא קני אלא בכספא וטבילה ע"ש: ולפי"ז הדרא קושיות תוס' לדוכתיה למה לי שור ולא אדם

תיפוק ליה מוהמת יהיה לו או מעליו ולא על שאר נזקין ואי לעבד וכותי הא כיון דלא קני לגופי' ואינו אלא שעבוד ומזיק שעבוד אינו אלא משום דד"ג ולדעת הפוסקים דגרמי מדרבנן למה לי קרא ואי לעבד ממ"נ אם קיבל עליו מצות א"כ ישראל גמור הוא ואסור בהנאה ואם לא קיבל עליו מצות עדיין לא קנה גופיה דהא לא קני גופיה אלא בכספא וטבילה וכל שלא טבל אכתי אינו אלא מזיק שעבודו דלית ליה אלא שעבוד למעשה ידיו דמה"ט אפקיה לשעבודיה ואפי' לשטת הפוסקים דגרמי דאוריי' תיקשי לפמ"ש הרא"ה הובא בנ"י דאינו חייב אלא בנזקי גופו ולא בנזקי ממונו וכן פסק הרמ"א בסי' שפ"ו ע"ש וליכא למימר דמזיק שעבודו יותר חייב מדיני דגרמי דלכל הפוסקים מזיק שעבודו אינו אלא בתורת גרמי ולמ"ד גרמי דרבנן גם מזיק שעבודו מדרבנן וכן משמע מדברי הנ"י פרק החולץ שכתב בשם רבוותא דעבד שקדם וטבל לשום בן חורין דצריך לכתוב שטר על שמיה על דמיו משום מזיק שעבודו של חבירו וכן אם הבית דין ידעו מזה וטבלוהו לשום ב"ח דחייבו לשלם מדיני דגרמי מרבו של הריטב"א עכ"ל ומבואר דמזיק שעבודו הוי ממש דיני דגרמי אמנם לפמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי דגם בנזקי ממון חייב משום דדאין ד"ג וגם ס"ל דד"ג דאורייתא ניחא דצריך קרא למעוטי עבד וכותי אע"ג דאין גופו קנוי ואין לו בהם אלא שעבוד דמזיק שעבודו חייב מן התורה. ובזה ניחא ליישב קושיות תוס' פרק הפרה דף נ"ד שם ולר' יהודה דקא מרבי להו לכלים בשלמא שור ממעט ביה אדם אלא חמור מאי ממעט ביה אלא אמר רבא חמור דבור לר' יודא קשיא וכתבו תוספות הקשה הר"ר משה מפונטזייא אימא חמור אתי למעט שטרות וע"ש בתוספות שכתבו לפי שטתם דגרמי אינו אלא מדרבנן ולפי מה שכתבתי ניחא דכיון דשור דממעט ביה אדם לא צריך קרא למעט אלא עבד וכותי וכיון דאין גופן קנוי ואין לו בהם אלא שעבוד למעשה ידיו ע"כ צ"ל דאפילו דבר שאין גופו ממון חייב בבור דאי נימא דפטור א"כ שור ולא אדם לא צריך למעט כיון דאין גופו קנוי וא"כ תו לא מצי למימר חמור למעוטי שטרות דאי נימא דמיעט גרמי בנזקי בור א"כ שור ולא אדם לא צריך קרא דאין גופן ממון אלא שעבוד ודו"ק. ועיין פ"ק דקידושין גבי ויצאה חנם אלו ימי נערות ואין כסף אלו ימי בגרות ע"ש דף ה' וקאמר רבא חמור דבור לר' יודא קשיא ולכאורה תיקשי מה קמ"ל בהא הא כבר הקשה חמור דבור למעוטי מאי. ונראה דאפשר לומ' חמור אתי למעט שטרות ויהיה גרמי פטור בנזקי בור ואי קשיא שור ולא אדם למה לי וכמ"ש נימא דשור קשיא לר' יודא ולזה קאמר רבא דשור קאי במיעוטא דידה למעט אדם וגרמי חייב בנזקי בור וחמור דבור לר' יודא קשיא ובש"ע י"ד סי' שמ"ט כתב דמת בין כותי ובין ישראל אסור בהנאה הוא עפ"י מ"ש בדק הבית שם בשם הרשב"א בתשובה סי' שס"א דהשיב

דאי אמרינן מת נכרי לא מיתסר בהנאה א"כ יין נסך דאסור בהנאה מנלן דאי משום דאתקש לזבח וזבח למת ההיא מת גופיה מנלן דמתי ישראל קאמר עכ"ל. וקשה בהא דתניא אמר רבי יודה בן בתירה מנין לתקרובת ע"ז שהיא מטמאה באהל שנא' ויצמדו לבעל פעור ויאכלו זבחי מתים מה מת מטמא באהל כו' והאי מת מנלן דמתי ישראל קאמר וקברי עכו"ם אין מטמאין באהל ומיהו כיון דפליגי תנאי בזה רבי שמעון בן יוחאי ורבנן איכא למימר דסבירא ליה לר' יודא ב"ב דקברי עכו"ם נמי מטמאין באהל. וניחא בזה ליישב קושית תוס' פרק קמא דחולין דף י"ג ע"ש שהוכיחו דאפי' לרבנן דריב"ב נמי ס"ל היקשא דזבחי מתים לענין איסור הנאה וכן נמי לטומאת מגע ומשא מהא דאמרינן בפסחים דף ע"ב השוחט בשבת בחוץ לע"ז חייב שלש חטאות מאי תיקן פי' דלא מצית אמרית תיקן להוציא מידי נבילה דהא אית ליה מכח תקרובת ע"ז משמע דאי' טומאה דאורייתא כו' משמע אפי' לרבנן מדלא קאמר לריב"ב מאי תיקן ע"ש דהוקשה להם א"כ אמאי לא דרשי נמי לענין טומאת אהל ע"ש. ולפמ"ש יש לו' דס"ל לרבנן דריב"ב דקברי כותים אין מטמאין באהל ומידי מתי ישראל כתיב אבל במגע ומשא ודאי מטמא וכן פסק הרמב"ם בפ"ה מטומאת מת דאינן מטמאין באהל ואע"ג דהרשב"א שם דחה ראיה זו וכת' דאין לו' דאתקש למת כותי דא"כ היקשא למה לי ע"ש היינו אי נימא דלא איתקש רק לענין איסור הנאה וכדס"ל לתוס' פ"ק דחולין שם דף י"ג וא"כ אי נימא דמיירי במת כותי א"כ היקשא למה לי אבל לפי מה דפסק הרשב"א דאין חילוק בין מת ישראל למת עכו"ם דאסירי בהנאה ואיתקש שפיר לענין איסור וכן לטומאת מגע ומשא שפיר מצינו לו' מידי מתי ישראל כתיב ואין לנו בתקרובת טומאת אהל:

סעיף ב

והיה אדם שלא בכוונה והיא מדברי תוס' ב"ק דף ה' דאם אדם בכוונה ודאי בעל הבור פטור ואדם חייב דאטו אם ישים אדם טליתו של חבירו באש חבירו מי מחייב בעל האש ושורו בכוונה הוי כמו שלא בכוונה באדם. וראוי לספק אדם ושור שדחפו שור א' לבור והי' אדם בכוונה באיזו אופן ישלמו דודאי אם לא היה השור אלא אדם לבדו דחפו היה בעל הבור פטור ואדם חייב כיון שהיה בכוונה ואם לא היה האדם אלא שור דוחף שור אחר לבור היו שניהם חייבין בשוה השור והבור והשתא דהזיקו שלשתן השור והבור והאדם בכוונה היכי נדייני אי נימא האדם בכוונה ישלם חציו ובעל השור חציו ובעל הבור יפטור לגמרי הא בעל השור טוען אנא שותפאי אית לי והוא בעל הבור דלענין בעל השור ה"ל בעל הבור שותף בהיזק ואי נימא האדם שני חלקים ובעל הבור שליש האדם טוען אנא שותפאי אית לי והוא בעל השור דהאדם והשור שהזיקו משלמין שניהם

בשוה. ונראה דבזה ישלם האדם חציו והשור והבור חציו דהאדם לית ליה שותף אלא השור ומחציתו השני שור רביע ובור רביע ולפ"ז אפשר לו' דהא דאמר רבא אדם ושור ובור שלשתן חייבין והיינו דכולן חייבין אבל אין משלשין ביניהם וא"כ שפיר מצי איירי אדם בכוונה דהא בשור תם ודאי אין משלשין ביניהן אלא שכולן חייבין וה"נ כולן חייבין והאדם מחציתו והשור והבור מחציתו השני אלא דנראה מדברי תוס' דכל שהיה אדם בכוונ' פטור בעל הבור לגמרי וצ"ע:

סעיף ג

עד שיעור מה שהי' הוא חייב. עסמ"ע שהביא לשון הטור שכ' ודוקא שהזיק לבדו וכת' עלה לכאורה פי' הטור דדוקא כשכל א' יכול להזיק אבל אם הוזק בדחיפת שניהם יותר מבדחיפת א' פטור לשלם חלק חבירו אבל אי אפשר לו' כך דהא באדם ובור אי לאו בור לא היה נפל וע"ש. ולענ"ד נראה עיקר כוונת הטור כמ"ש הסמ"ע בתחלה דהיינו דוקא כשכל א' יכול להזיק. וכן משמע פרק הפרה דף נ"ג בהא דאמר ר' נתן בשור שדחף את חבירו לבור דתם משלם הרביעי ובעל הבור ג' חלקים מאי קסבר אי קסבר האי כולה היזקא עבד והאי כולה היזקא עבד האי משלם פלגא והאי פלגא ופרש"י הואיל ובלאו בור נמי הוי מיית כו' וכן גבי בור הואיל ובלאו כח נגיחת השור הוי מיית כאלו המיתו כולו ע"ש ואי קסבר האי פלגא הזיקא עבד והאי פלג' הזיק' עבד וכו' אמר רבא כו' לעולם קסבר האי כוליה היזקא עבד וכו' משום דא"ל בעל השור לבעל הבור שותפאי מאי אהנית לי ואבע"א לעולם קסבר האי פלגא היזקא עבד כו' משום דא"ל בעל השור לבעל הבור אנא תוראי בבורך אשכחיה את קטילתיה כו' ובתוס' שם ז"ל וא"ת כיון דפלגא נזקא עבד מאי סברא הוא משום דאשכחיה בבור ישלם יותר ממה שהזיק כו' ע"כ נראה דבור נמי פלגא היזקא עבד ומשום שגמר ההיזק ודומה כמי שעשאו כולו אמרינן כי ליכא לאשתלומי מבעל השור משתלם מבעל הבור עכ"ל. ומבואר מזה דהיכא דלא עבד כולה הזיקא לא אמרינן דינא דר' נתן אלא בבור ומשום דדומה כמי שעשאו כולו לפי שנגמר ההיזק על ידו וכן נראה מדברי הגהת מיימוני פ' י"ג מנזקי ממון בשם תשובת מוהר"ם בשנים ערבים שפטרו את החוב ודן ביה מוהר"ם דינא דר"ן אע"ג דשני נמי בר חיובא אלא דלית ליה לשלם וע"ש ז"ל ואף דלא שייך הכא דאנא תוראי בבירא אשכחינן דלא קאמר האי טעמא אלא אי קסבר האי פלגא היזקא עבד אבל אי האי כולה היזקא עבד לא צריכין לטעם זה והכא כל א' לבדו הי' יכול לפטור את החוב ע"ש. וא"כ היכא דלא עבד כולה היזקא וליכא נמי טעמא דאנא תוראי בבורך אשכחן לית ביה דינא דר"ן. וכן העלה מוהרש"ל ביש"ש פרק הפרה סי' מ' כדברי הגהת מיימוני

וא"כ דברי הטור כפשוטן וכמ"ש הסמ"ע בתחלה. אמנם מדברי הרמב"ן נראה דאפילו היכא דא' לבדו לא היה יכול לעשות כולה הזיקא נמי אמרינן ביה דינא דר"ן ע"ש בס' המלחמות ז"ל ולא תדקדק במה שאמרו בגמ' אנא תוראי בבורך אשכחית כו' אי לאו משום דאשכחתיה בבירא לא הוי משתלם מיניה דודאי אע"ג דליכ' למימר הכי משתלם מיניה כיון דליכ' לאשתלומי מהאיך אלא הכי קאמר לעולם פלגא היזק' עבד וכיון דאיכא לאשתלומי מהאיך לא משתלם מהאי אלא רביעי דהוא פלגא נזקא דידיה אבל היכא דליכא לאשתלומי מהאי אע"ג דפלגא נזקא עבד משתלם נזקו משלם ממי שאפשר לשלם ממנו משום שאמר את גרמת לי עכ"ל יע"ש ובסי' כ"ה סקי"ב קשיא לן בהא דאמרינן בשנים אומרים חייב וא' אומר זכאי דמשלמין השנים את חלקם ואת חלק הג' מפסיד ומשום דאמרי אי לאו האיך אנן לא הוי גמרי את הדין ואמאי לא מחייבי לשלומי הכל משום דינ' דר' נתן כיון דהג' פטור מדינ' וע"ש שהארכנו ולא מצאנו ישוב נכון. וכעת נראה לפמ"ש הרמב"ן בס' המלחמות פרק הפרה ז"ל ודקא קשיא לך אמאי אינו גובה בשר כנגד אימורין איכא למימר משום דא"ל בשר בלא אימורין לא כולה נזקא ולא פלגא נזקא קא עביד ואפי' בפלג' נזקא אימורין מסייעו ודיו שמשתלם מבשר ולא שישתלם מבשר כנגד אימורין שאין הבשר ולא אימורין מזיק ואי רביע אדי' אאימורין לא משתלם מבשר אבל בשור ושור לכל חד וחד אמר את קטלתי' שהרי הוא מזיק בלא כחו של חבירו עכ"ל וניח' נמי התם בדיינים כיון דלא מצי שנים למיגמר דינא בלא הג' א"כ אפי' פלגא נזק לא עבדי בלתי הג' והוי ליה כמו בשר ואימורין אלא דאכתי תיקשי לפי דעת רש"י ותוס' פ"ק דב"ק (דף י"ג) דגובה מבשר כנגד אימורין ע"ש וא"כ מוכח דאפילו היכא דליכא נזק כלל בלתי סיוע השני אפ"ה אמרינ. דינא דר"נ וא"כ הדר' קושי' לדוכתיה:

סעיף ד

דאם אין לא' לשלם משלם האידך. והוא דעת הרמ"ה וכ"כ בהגהת מיימוני פ' י"ג מנזקי ממון בשם תשובת מוהר"ם דשייך דינא דר"נ אפי' היכא דחייב מדינא אלא שאין לו לשלם ע"ש ואיכא למידק בהא דר"פ הפרה אמר אביי ואי פרה וולד דחד ה"נ דמצי אמר לבעל פרה ממ"נ חצי נזק הב לי אלא לא צריכ' דפרה דחד וולד דחד אמר ליה גלית אדעתך דשותפ' אית ליה ע"ש ומאי אהני ליה שותפות כיון דמדינ' דר' נתן חייב אפי' היכא דשני חייב מדינ' אלא שאין לו לשלם או ברח וה"נ בעל הולד אינו משלם וא"כ לישתלם מבעל הפרה וכ"כ תוס' שם ז"ל ואפי' לר' נתן כו' מודה הכא דע"כ לא קאמר ר' נתן אלא בשור תם שדחף לבור שבעל השור אין לחייב אלא רביע אע"ג שודאי היזק אבל כאן שאם הולד בשעת נגיחה יש לו להתחייב בתשלומין אין לחייב בעל הפרה תשלומין

שהן על הוולד ע"ש. ואם כן לשטת הרמ"ה ומוהר"ם חיקשי הא דאמר אביי ולכן נראה דגבי קרן תמה כיון דק"ל הוחלט השור ודאי לית ביה משום דינא דרבי נתן דהא קי"ל כיחש מזיק ברשות' דתרווייהו דשותפים נינהו וכדאי' פרק המניח (בבא קמא דף ל"ד) ע"ש ובטור וש"ע סי' ת"ד וה"ה נאבד וא"כ ה"ה בזה שברח הא' אין השני משלם משום דינ' דר' נתן כיון דשותפי נינהו וה"ל כבר גבה כיון דמדינ' חייבי ותדע דאי נימא כה"ג בשני שוורים שהזיקו וא' ברח דשני משלם הכל א"כ כיחש מזיק נמי לשתלם מהבשר הנשאר משום דינ' דר' נתן אלא ודאי כיון דחייב מדינ' והוחלט השור למזיק ונאבד ברשות הניזק הוא כיון דה"ל כאלו כבר גבה ונאבד מידו וא"כ בקרן תמה לא שייך דינ' דר' נתן היכ' דחייב מדינ' אפי' לדעת הרמ"ה ומוהר"ם. ובטור כת' על דברי הרמ"ה ז"ל ואינו נראה דלא מחייב דר' נתן היכא דליכא לאשתלומי אלא היכ' שפטור מדינא וכו' וכ"כ הר"ר חזקיה שור שדחף בהמה לבור האידנ' אינו משלם אלא שלשה חלקים וכו'. ולפמ"ש יש לו' דהר"ר חזקיה נמי ס"ל כשטת הרמ"ה אלא דבקרן תמה מודה הרמ"ה וע"כ לא קאמר הרמ"ה אלא היכ' שהחיוב על המזיק אבל בקרן דיוחלט השור אין לו אלא שורו ואם נאבד או ברח אינו גובה מהשני דה"ל כאלו כבר גבה ונאבד ואע"ג דקנס אין לו אלא משעת העמדה מכל מקום נפחת ברשות מזיק וכדמוכח מכחש מזיק ברשות' דתרווייהו וכמ"ש ובפרק הפרה (דף נ"ג) אמר רבא שור ואדם שדחפו לבור לענין נזקין כולן חייבין לענין כופר ושלשים של עבד שור חייב אדם ובור פטורין וכת' רש"י ז"ל אדם ובור פטורין אדם דהא בר קטלא הוא ואי נמי לא אתרו ביה פטור מדתנ' דבי חזקיה ובור דכתיב שור ולא אדם עכ"ל והתם הא דאמר רבא שור חייב ע"כ כופר שלם וכמ"ש הרמב"ן בס' המלחמות דכופר שלם משלם מדר' נתן דאל"כ הא כופר שלם אמר רחמנא ולא חצי כופר כו' ואע"ג דאיבעי' לן בשור של שני שותפין כיצד משלמין כופר היינו משום דבין שניהן עכ"פ איכא כופר שלם ע"ש וכיון דק"ל בדרבה מיניה מדינ' חייב אלא שאין הב"ד כופין אותו ואי תפס לא מפקי' מיניה וכמ"ש רש"י בפרק הפועלים (בבא מציעא דף צ"א) ע"ש א"כ אמאי משלם השור כופר שלם מדינ' דר"נ כיון דפטור' דאדם אינו אלא משום ק"ל בדרבה מיניה וא"כ מדינ' אדם נמי חייב אלא שאין הב"ד כופין אותו וס"ל כהאי דהר"ר חזקיה דשור ובור שהזיקו ביחד דבעל הבור פטור מלשלם חלק השור כיון דמדינ' חייב אלא שאין הב"ד כופין אותו ולכן נראה מדברי רש"י דס"ל נמי כשטת הרמ"ה ותשובת מיימוני דאפילו היכא דחייב מדינא אלא שברח או שאין לו לשלם משלם מדרבי נתן וכיון דאין ב"ד כופין אותו ה"ל כברח ולדעת הטור דלא תיקשי מהאי דאמר רבא שור ואדם דע"כ שור משלם כופר שלם והוא מדרבי נתן כמו שכת'

הרמב"ן היינו משום דאדם דפטור מכופר מדינ' הוא דפטור ומדכתיב עליו ולא על האדם וכדאמרינן בפ"ק דב"ק דף כ"ו ויהא אדם חייב בכופר כו' אמר קרא עליו ולא על האדם ע"ש וכיון דהתורה פטרו ממילא פטור אפי' לציי"ש דע"כ ל"א דחייב לציי"ש אלא היכ' דפטור' דידיה משום ק"ל בדרב' מיניה וא"כ חייב הוא וכדפירש"י פרק הפועלים שם אבל כופר דפטור אדם הוא מקר' דכתיב עליו ולא על האדם ורש"י דכת' פטור' דאדם משום ק"ל בדרבה מיניה קשה לי טובא דהא בגמרא אימעט לה מקר' דעליו. ובס' טורי אבן שחיבר הרב הגאון מוהר"ר אריה ז"ל הקשה בהא דאמרו בגמ' סנהדרין (דף פ"ז) גבי זקן ממרא דיני נפשות בפלוגתא דרבי ורבנן דתני' רבי אומר ונתת נפש ממון אתה אומר ממון או אינו אלא נפש נאמר נתינה למעלה ונאמר נתינה למטה מה להלן ממון אף כאן ממון ופרש"י במתכוין להרוג את זה והרג את זה ומחייב ליה רבי ממון ורבנן פטרו ואי תפסי יורשין דהרוג ממונ' דהורגו ופטר ליה זקן ממרא וקידש בו את האשה לרבי מקודשת ולרבנן אינה מקודשת ואי אתי אינש אחריני וקידשה מקודשת לשני הרי חיוב כרת בדבר וע"ש ולפמ"ש רש"י פרק הפועלים גבי ק"ל בדרבה מיניה אי תפס לא מפקינן מיניה א"כ אפילו לרבנן אי תפסי יורשין דהרוג זכה ביה וע"ש. ולפמ"ש אין כאן קושי' דלרבנן דלא דרשי נפש תחת נפש ממון א"כ ליכ' דין ממון כלל דכתיב עליו ולא על האדם ותפיסה לא מהני אלא בפטור' דקם ליה בדרבה מיניה ודוק' לרבי דס"ל נפש תחת נפש ממון הוא דמחייב בממון אבל לרבנן פטור לגמרי ומקרא דעליו. אמנם בהגהת אשר"י פרק שור שנגח כת' וז"ל ראובן שהרג את שמעון אע"פ שחייב מיתה משלם דמיו ליורשים בבא לציי"ש אי נמי אי תפסי יורשים לא מפקינן מיניה עכ"ל ונראה דס"ל דהא דממעט קרא דעליו ולא על האדם היינו פטור' דכופר דעליו בכופר כתיב אבל דמים דלא כתיב שם מחייב נמי באדם ואינו פטור מדמים אלא משום ק"ל בדרבה מיניה ומש"ה בתפס לא מפקינן מיניה וכופר הוא דצריך קרא למעט דלא שייך למפטריה משום ק"ל בדרבה מיניה וכמ"ש תוס' פ"ק דב"ק (דף ד) ד"ה כראוי אדם שאינו משלם את הכופר הקשה ריב"א מאי חומרא האי דאינו משלם כופר משום ק"ל בדרבה מיניה כו' ואור"י דלאו פירכא הוא כלל דלא מיפטר משום ק"ל בדרבה מיניה וכאן נמי אין שייך להזכיר תנא דבי חזקיה דלקמן (דף כ"ו) משמע דאי דלאו קרא דעליו ולא על האדם הוי ילפינן אדם משור שיתחייב מזיד מיתה וכופר ומעליו פטרי ליה אפי' שוגג ותנא דבי חזקיה דפטר אפי' שוגג היינו ממון שהזיק בשעת מיתה עכ"ל אבל פטור' דדמים משום ק"ל בדרבה מיניה הוי דה"ל כשאר ממון שהזיק בשעת מיתה ומש"ה מהני ביה תפיסה כיון דאינו אלא משום ק"ל בדרבה מיניה ובזה אפשר ליישב דברי רש"י שכת' לענין כופר

ושלשים של עבד שור חייב אדם ובור פטורין אדם משום ק"ל בדרבה מיניה וקשיא לן אדם מעליו פטור ולפמ"ש דמעליו לא מיעט אלא כופר אבל דמים לא אימעט ולישנא דאדם ובור פטורין משמע לגמרי דומיא דבור דפטור לגמרי לזה כתב רש"י משום ק"ל בדרבה מיניה. אלא דלפ"ז הדרא ?קושיית הגאון הנזכר לדוכתיה כיון בדמים מיהא מהני תפיסה א"כ אכתי בין לרבי בין לרבנן מקודשת כיון דתפסי לה יורשין. ונראה דס"ל לרש"י כשטת הרמב"ם פ"י מנזקי ממון דאין דמים לבן חורין וכמ"ש הרב המגיד שם דהא סוגיא דב"ק (דף מ"ג) דמשמע שם דיש דמים לבן חורין לרבה הוא דאתמר ולדידן לא ס"ל ע"ש וא"כ דוקא לרבי דס"ל ונתת נפש תחת נפש היינו ממון גלי קרא דמשלם ממון אבל לרבנן דלא גלי קרא ליכא שום חיוב באדם כופר ליכא אפי' לצי"ש מעליו ולא על האדם ודמים ליתיה לבן חורין כמ"ש הרב המגיד וכן משמע מדברי תוס' ב"ק (דף מ"ד) שהקשו למה לי קרא בבור שור ולא אדם תיפוק ליה מעליו ולא על האדם דכתיב בשור וממילא ולא בשאר נזיקין וע"ש ואי נימא דמעליו לא ממעט דמים א"כ אכתי צריך קרא בבור שור ולא אדם דמיפטר מדמים עכצ"ל דס"ל דאין דמים לבן חורין או דמעליו ממיל' נמי אימעט דמים ואם כן אפילו לצי"ש ליכא חיוב ולדעת הגהת אשר"י דמהני תפיסה בדמים נראה ליישב הך דסנהדרין לפמ"ש בסי' כ"ח סק"א בשם הישו"ש דהיכ' דאנן עבדינן החומרא אפי' תפיסה לא מהני אלא דוקא היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או במזיד ולא אתרי ביה ע' שם ואם כן ניחא שם בפלוגתא דרבי ורבנן דכיון דרבנן סברי ונתת נפש תחת נפש היינו נפש ממש ואם כן הרי עבדינן החומרא ותו ל"מ תפיסה אבל הגהת אשר"י מיירי בזה"ז דלא עבדינן החומרא ובזה מהני תפיסה וס"ל דיש דמים לב"ח ולא אימעט מעליו אלא כופר וכמ"ש:

סימן תיח

סעיף א

הרי זה נשבע. עסמ"ע שכת' דהיכא דמזיק אומר ברי נמי הניזק נשבע ונוטל. ובש"ך חולק והעלה דדוקא במזיק שמא הוא דעשו תקנת נגזל אבל במזיק ברי נשבע ונפטר כיון דלא הוי רשע כמו גזלן ע"ש וכ"כ בישו"ש פרק החובל סי' ל' ע"ש. וקשה בהא דאמרו ס"פ הכונס כרבי יהודה דמחייב על נזקי טמון באש עשו תקנת ננזל באש וכיון דלרבי יודא אפילו בגזל לא עשה תקנה אלא עד שיהא מודה במקצת וכדתנן פרק כל הנשבעין ר' יודא אומר שני כלים נטלת ע"ש ואי בטוען שמא תיפוק ליה דה"ל משואיל"מ כיון דע"כ מיירי במודה במקצת ואי מיירי באומר הילך א"כ תו ליכא מודה במקצת ור' יודא

ס"ל בכולן עד שיהי' שם מודה במקצת. ולפמ"ש תוס' ר"פ הפרה דהיכ' דלא ה"ל למידע לא אמרינן מתוך ניחא אלא דא"כ מודה במקצת מאי אהני כיון דליכא בזה שום שבועה כיון דלא ה"ל למידע ור' יודא דבעי מודה במקצת היינו כי היכא דלחייב שבועת התורה ואז שקלוה מגזלן ורמי אנגזל אבל היכא דליכ' שום שבועת התורה מודה במקצת מה מהני. ולכן נראה לפמ"ש הר"ן פרק כל הנשבעין דלר' יודא דבעי במקצת אפ"ה מהני ג"כ באומר הילך כיון דה"ל כעין מודה במקצת ע"ש א"כ משכחת לה בהילך אלא דמדברי תוס' פ' חז"ה (דף מ"ה) נראה מבואר דלר' יהודה בעינן מודה במקצת ממש ע"ש וכן נראה מדברי הראב"ד בהשגות פ"ה מטוען משמע דלר' יודא בעינן מודה במקצת המחייב שבועת התורה ע"ש ועש"ך סי' שפ"ח סק"ו שכת' ע"פ הירושלמי דפלוגת' דלר' יודא ורבנן במדליק בשל חבירו עיקר פלוגתא אם עשו תקנת נגזל באש ע"ש וכיון דלר' יודא בעינן מודה במקצת ממש א"כ לא משכחת לה בטוען שמא דה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכמ"ש ומיהו לפי מ"ש בש"ך סי' צ' סק"א ניחא:

סימן תכ

סעיף א

כאלו הוא עבד נמכר בשוק. ושטת רש"י כאלו נמכר לעבד עברי וכ"כ בנ"י ושטת הרא"ש דנישום כעבד כנעני ע"ש פרק החובל והנה לשטת רש"י דנישום כעבד עברי ומשום דישראל אינו נישום כעבד כנעני א"כ הא נמי דאמרינן בסנה' דף ט"ו גבי דמי עלי דשמין אותו כעבד ע"ש היינו נמי כעבד עברי וא"כ תיקשי לפמ"ש תוס' פ"ק דקידושין ד' ז' דבן חורין לא איתקש לקרקע אלא דוק' בדמי עלי לפי ששמין אותו כעבד כדאיתא פ"ק דסנהדרין דף ט"ו ע"ש ואי נימא דהך דסנהדרין דשמין אותו כעבד היינו כעברי אכתי אינו כקרקע ואינו שומת קרקע כלל ואמאי צריך בדמי עלי תשעה וכהן דעבד עברי אינו כקרקע כמו שאר אדם כיון דאינו בוהתנחלתם וכמ"ש בר"ן פ' כל הנשבעין ובריטב"א קידושין דע"ע לא איתקש לקרקע. לכן נראה דס"ל לתוספות נמי דשמין אותו כעבד היינו כעבד כנעני וכמ"ש הרא"ש ומש"ה באומר דמי עלי צריך תשעה וכהן כיון דנישום כעבד כנעני והוי כקרקע וצריך שומת קרקע ורש"י לטעמיה דסבירא ליה פ"ק דקידושין דף ז' דכל אדם הוקש לקרקע ומשום הכי בהך דסנהדרין דף ט"ו אף ע"ג דאינו נישום אלא כעבד עברי נמי הוה ליה דין קרקע וצריך תשעה וכהן ודו"ק ועמ"ש בסימן צ"ה סק"ח:

סימן תכד

סעיף א

החובל בעבד כנעני שלו פטור והיינו אפילו ממלקות ואע"ג דהיכא דליכא תשלומי בחובל מחייב מלקות כיון דפטורא דרבו אינו אלא משום דמה שקנה עבד קנה רבו וה"ל בר תשלומין אלא שרבו זוכה ממנו אח"כ ועב"י ולזה כת' שם דאם הוא מכה שאין בו ש"פ חייב מלקות כיון דליתיה בתשלומין כלל. ואיכא למידק בהאי דר"פ אלו נערות (כתובות דף ל"ב) ורמינהו אלו הן הלוקין הבא על אחותו וכו' וק"ל דאינו לוקה ומשלם כו' השתא דאתית להכי אפי' תימא אחותו נערה ביתומה ומפותה וע"ש והיינו כיון דיתומה היא והכל שלה ומפותה מחלה הכל ע"ש ובתוס' פרק אע"פ דף נ"ו וז"ל וא"ת כיון דשייך מתנה עמ"ש בתורה אפי' גבי ממון א"כ נזקין דחייב מן התורה נימא שלא יוכל למחול דה"ל מתנה על מ"ש בתורה וכ"ת ה"נ והתנן בהחובל קרע כסותי ושבר כדי ע"מ ליפטר פטור ותי' הר"ר אלחנן דהתם נמי אם היה אומר שבר כדי ע"מ שאין לי עליך דין נזק הוי חשיב מתנה עמש"ב אבל למחול יכול ע"ש וא"כ מפותה נמי ע"כ היינו מתורת מחילה דאי במשמע שלא יהא בו דין נזק הוי ליה מתנה עמש"ב וכיון דאית בה דין נזק אלא שמחלה ה"ל כמו בחובל בעבד כנעני שלו דזוכה הרב מיניה דעבד דה"ל בר תשלומין. ובש"מ לכתובות כת' בפרק אע"פ דהא דאמר רב יהודה בדבר שבממון תנאו קיים היינו משלם דס"ל לר' יוד' הכוונה ע"מ שתמחלי וכ"כ בחידושי הרשב"א וע"ש וכיון דלא מצי מתנה שלא יהי' דין נזק אלא דוק' שתמחלי א"כ המפתה מינה הוא דזכי וה"ל בר תשלומין כה"ג ולפמ"ש בסי' ר"ט סקי"א דלר' יוד' מהני מתנה על מש"ב בדבר שבממון אפי' במתנה שלא יהי' בו דין ומשום דלא חייבו התורה אלא ברצון המתחייב ע"ש א"כ ניח' דמפותה נמי לית בה דין נזק כלל:

סעיף ב

בטובת הנאה שם פרק החובל (בבא קמא דף פ"ט) לימ' מסייע לתקנת אושא דתנן העבד והאשה פגיעתן רעה ואם אית' תזבין נכסי מלוג ותיתב ליה ולטעמיך תזבין נ"מ בטובת הנאה אלא דלית לה ה"נ דל"ל ואיכ' למידק בהא דקאמר תזבין נ"מ בטובת הנאה ומסיק דלית לה הא אפי' אית לה נ"מ קרקע נמי לא מהני מידי דהא בלא"ה יטול הנחבל אחרי שימות בעלה או יגרשנה אלא דפריך ותזבין עכשיו בטובת הנאה ואינו שוה כ"א עשרה זוז ואחר זמן יטול מאה כשימות בעלה בחייה וכיון דשומא הדרא לעולם ואפי' בנתייקרה דעת בעה"ת דצריך להחזיר כשעת הזול והובא בש"ך סי' ק"ג ע"ש דא"כ מאי

ירויח הנחבל כשתזבין עכשיו כיון דלאחר שימות בעלה נמי לא יטול אלא עשרה זהו' דשומא הדר'. מיהו י"ל דהכי פריך תזבון נכסי מלוג לאחר ודמים שיתן הלוקח יותן לנחבל דהלוקח ודאי ירויח דלא הדר' אלא לבע"ח ואפילו שמו לבע"ח ומכרה לאחר תו לא הדרה. וניח' בזה ליישב קושיות תוספות ס"פ י"נ דמסיק דטבא ליה עבדי ונו' גבי תקנת אושא הוי לוקח אע"ג דאי' פסיד' לאחריני משום דלא איבעי' ליה למיזבין מאתת' דיתב' תותי גברא. והקשו בהא דמייתי סיוע לתקנת אושא מהאי דעבד ואשה פגיעתן רעה הא אפי' איתא לתקנת אושא תזבין לנחבל גופיה ולא שייך ה"ט דלא איבעי ליה למיזבן כיון דלא זבין מידי אלא אנן יהבינן ליה לנחבל בעד חבלתו וע"ש ולפמ"ש דהא אחר שימות בעלה או שתמות האשה בלא"ה יטול ופגיעתן רעה דהשת' לא שקיל מידי דבעל אוכל פירות ואי נימא תזבין השת' בזול ולמיתב ליה כיון דמאיש אחר הבעל מוצי' ולנחבל גופיה ל"מ מודי כיון דשומא הדרא כשעת הזול וכמ"ש ודו"ק. והא דפריך בפ' החובל גבי כתובה ותזבין לנחבל גופיה ואם תמחול כו' היינו משום דשטרות דין מטלטלין וגבי מטלטלין לא אמרינן שומא הדרא. אך קשה בהא דכת' בעה"ת שער ל"ו דאם אין מי שיקנה הנכסי מלוג בטובת הנאה יקחם הנחבל עצמו והובא בסמ"ע ומה ירויח כיון דס"ל לבעה"ת שומא הדר' כשעת הזול וצ"ע ואפשר דמיירי במטלטלין נכסי צאן ברזל כיון דחוב הוא על הבעל ה"ל דין מטלטלי:

סעיף ג

ומשלמת לנחבל. שם פרק החובל ותזבין כתובתה כו' כל לגבי בעלה ודאי מחלה כו' ותזבין לנחבל כו' ומסיק דודאי מחלה והוי אטרוחי בי דינ' בכדי. והקשו בזה הרמב"ן והריטב"א דהא בשעבוד' דר' נתן לא מהני מחילה א"כ כי תזבין לנחבל שוב לא מהני מחילה. וע' ש"ך סי' פ"ו מה שתירץ בזה וכת' דמקום הניחו לו להתגדר. וע' מה שכתבתי בסי' פ"ז סק"ו בשם התומים שכת' על דברי הש"ך דאינו כדא' לדחות דברי הרמב"ן והר"ן וע"ש שהחזקנו דברי הש"ך וכעת הנה מצאתי שלא נעלם דבר מן הראשונים והוא בשטה מקובצת לכתובת פרק האשה שנתארמלה ע"ש דבמקום שחב לאחרים לא מהני מחילה וז"ל ויש מי שהקשה מהא דגרסינן פרק החובל ותזבין לכתובתה בטובת הנאה להאי שחבל ביה כו' סוף סוף כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואם איתיה הא אינה יכולה למחול דהא משעבוד ליה מדר' נתן כו' ואנא גברא חזינא תיובתא לא חזינא דהתם משום דאמרינן היא שחבלה באחרים פטורה כלומר עד שתתאלמן או עד שתתגרש דליהוי לה נכסי כדאיתא התם משום דייקינן לאשכוחי ליה פרעון לניזק ביושבת תחת בעלה ואמרינן ותזבין כתובתה להאי דחבלה ביה וניתן ליה בטובת הנאה של כתובתה מהשתא

ופרקינן בין במוכרת לאחרים בין במוכרת לניזק עצמו יכולה היא למחול לבעל דאפי' כי מכרה לניזק בעצמו משעה שמכרה לו נמחל שעבודו דנזקיו וחזר ומכר דמה לי מכרה במעות דעלמא מה לי מכרה בדמי נזקיו וכיון שכן מה לי ניזק מה לי אחר דא ודא מתורת מכר אית ליה ואי אמרי ליה גבי מהשת' בתורת גובייני' בטובת הנאה לא אפשר דראי' שבה לית ליה גוף ואינה נגבית בתורת גובייני' אלא דלכי מטא זמן גובייני' מפקי מהאי ונותנין להאי הלכך טעמא תרוצא כנ"ל עכ"ל הרשב"א ז"ל ונתבררו דברי הש"ך ודבר ה' אמת בפיו של הכהן הגדול הרב ש"ך לכוין שמועתו לדברי הרשב"א: